

الاجتهاد

للمدراسات القانونية والاقتصادية

ISSN 2335-1039

E-ISSN 2437-0754



ISSN 2335-1039

E-ISSN 2437-0754

مجلة دولية، علمية، أكاديمية، محكمة، متخصصة، سداسية ومهترسة
تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمنغت / الجزائر
تعنى بنشر البحوث القانونية والاقتصادية بهتلف اللغات



من مواضع العدد

- اقتصاديات الدولة عند الإهمام الشاطبي
- عبد الرحمن بن معمر السنوسي
- ظاهرة التكفير وأخطارها دراسة شرعية تاريخية
- محمد توفيق رمضان
- خطاب الضمان المصرفي أنواعه وأحكامه
- عبد الرحمن إجم أبوهم
- النسب والخبرة: إشكالات التصور والتعريف،
- أحمد الهدي لكامي
- وضوابط الإعمال والتوظيف ...
- الإجراءات القضائية للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد...
- أحمد بن صالح الصواب الرفاعي
- رسالة المهفلي للأهراء في ردة الناس عن الحرام:
- بللو تكرر
- دروس لتطوير المهتجع الإسلامي المعاصر
- جامعة ولاية يوبي دهايترو، (نيجيريا)
- Ali Khashan
- Conditions of refugees & displaced families
- Alquds University

مجلة دولية علمية محكمة ومهترسة
منشورات جامعة تلمنغت - الجزائر

DOI Prefix: 10.36540

رجب 1442هـ

المجلد العاشر / العدد الأول

فيفري 2021م

الاجتهاد

للمدراسات القانونية والاقتصادية

المجلد 10 العدد 01

رجب 1442هـ / فيفري 2021م

DOI Prefix: 10.36540

الاجتهاد



الاجتهاد

للدراسات القانونية والاقتصادية

مجلة دولية علمية، أكاديمية، مُحَكَّمة، متخصصة، سداسية ومفهرسة
تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تامنغست-الجزائر
تعنى بنشر البحوث في الدراسات القانونية والاقتصادية بمختلف اللغات

المجلد العاشر / العدد الأول

الرقم التسلسلي 29

رجب 1442هـ - فيفري 2021م

المراسلات

توجه جميع المراسلات باسم السيد رئيس التحرير إلى:

ص.ب 10034 سرسوف - تهنراست - الجزائر

E-mail: revue.indr@gmail.com

البريد الإلكتروني للمجلة:

E-mail: ijtihad@cu-tamanrasset.dz

Cite web: <http://alijtihead.cu-tamanrasset.dz>

الموقع الرسمي للمجلة:

Cite web www.cu-tamanrasset.dz: الموقع الرسمي لجامعة تامنغست

للإرسال المقالات عبر البوابة الجزائرية للمجلات العلمية (ASJP)

<http://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/222>

صفحات المجلة عبر مختلف مواقع التواصل الاجتماعي:

https://twitter.com/revue_indr

<https://www.facebook.com/alijtihead>

<https://dz.linkedin.com/in/alijtihead>

التقييم الدولي المعياري للمجلة: ISSN 2335-1039

التقييم الدولي المعياري الإلكتروني للمجلة: E-ISSN 2437-0754

رقم الإيداع القانوني: 5172-2012

DOI Prefix: 10.36540

معرف الكائن الرقمي للمجلة

منشورات جامعة أميين العقال

الحاج موسى أق أخموك لتامنغست

حقوق الملكية محفوظة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



الاجتهاد

للدراسات القانونية والاقتصادية

مجلة دولية علمية، أكاديمية، مُحَكَّمة، متخصصة، سداسية ومفهرسة
تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تامنغست- الجزائر
تعنى بنشر البحوث في الدراسات القانونية والاقتصادية

(قواعد النشر في المجلة)

بغرض إتاحة الفرصة للإفادة من أبحاث الأساتذة والباحثين من داخل الوطن وخارجه، فإن إدارة المجلة ترحب بنشر الدراسات والبحوث المتخصصة في مجالي القانون والعلوم الاقتصادية باللغة العربية أو الفرنسية أو الإنجليزية، وفق القواعد الآتية:

الشروط الشكلية:

- يكتب البحث على جهاز الحاسوب وفق النموذج المعد، من دون تغيير فيه، مع ذكر بيانات الباحث: اسم ولقب المؤلف، العنوان المهني والبريد الإلكتروني، ويقدم المقال في نسخة إلكترونية (بصيغة word) لا يتجاوز عدد صفحاته خمسا وعشرين صفحة (25)، ولا يقل عن عشرة صفحات (10) على افتراض مقاس الصفحة (15-23)، وفق بُعد (2) من كل جهة، من دون ترقيم للصفحات، ووضع أرقام الهامش في آخر البحث وبطريقة آلية وبين قوسين وجوبا في المتن (يكون رقم الهامش بين قوسين ومرتبعا عن سطر الكتابة في المتن) والهامش (يكون رقم الهامش بين قوسين وموازيا لسطر الكتابة في الحاشية ويكون تنسيقه معلقا بـ: (0.6 سم))، وإعطاء معلومات بليوغرافية، وخط فاصل بين المتن والهامش.
- يجب إرفاق المقال بملخص مرفقا بكلمات مفتاحية يكون بلغة المقال وآخر باللغة الإنجليزية إن لم تكن لغة المقال لا يتجاوز الصفحة الواحدة، وأن يكون عنوان البحث والملخص والكلمات المفتاحية مكتوبا بلغتين إحداهما لغة المقال والأخرى باللغة الإنجليزية إن لم تكن لغة المقال، وتكون الأشكال والجداول توضع في آخر الصفحة أو في مكانها في المقال ويكون عنوان الجدول أو الشكل في الأعلى والمصدر في الأسفل.

الشروط الموضوعية:

- يجب احترام قواعد الأمانة العلمية، ولا تتحمل المجلة مسؤولية الإخلال بها، وأن يقدم المقال بعناية وتدقيق للمواد الإملائية والنحوية، وخاليا من الأخطاء، وأن يصف المقال بوضوح خلفية عنوان الموضوع، والغرض من كتابته، بما في ذلك الطرق المستخدمة، والمناقشة الختامية على أهمية العمل، وتفسير المصطلحات التقنية والاختصارات العلمية، وأن تكون الاختصارات مكتوبة وواضحة في أول ظهور لها، وأن يتسم البحث بالعمق والأصالة والإسهام العلمي، وفق المنهج العلمي والموضوع، وأن يخدم البحث السياسة العامة للمجلة، وأهدافها، وأن يكون البحث جديداً لم يسبق نشره، وألا يكون قد أرسل للنشر في مجلة أخرى، ويخضع المقال للتحكيم وجوباً، ويخطر صاحبه برأي الهيئة العلمية، ولا ترد البحوث التي تعذر نشرها، ويحق لإدارة المجلة تغيير ما تراه مناسباً من دون المساس بالموضوع.

البحوث المنشورة لا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة

لا تتحمل المجلة مسؤولية الإخلال بقواعد الأمانة العلمية



الاجتهاد

للدراسات القانونية والاقتصادية

مجلة دولية علمية، أكاديمية، مُحَكَّمة، متخصصة، سداسية ومفهرسة
تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تامنغست - الجزائر
تعنى بنشر البحوث في الدراسات القانونية والاقتصادية

(الرئيس الشرفي للمجلة)

أ.د شوشة عبد الغني

مدير جامعة تامنغست

(مديرة المجلة)

أ.د زهيرة كيبي

جامعة تامنغست

(رئيس التحرير)

والهشرف على الموقع الالكتروني لها)

د.شوقي نذير

جامعة غرداية

(مراجعة)

د.محمودي عفاف جامعة تامنغست

أ.د عبد الحق مرسللي جامعة تامنغست

(المحررون المساعدون)

د. أيمن محمد زين جامعة الشارقة	أ.د. بناصر يوسف جامعة وهران
د. بلواضح الطيب جامعة المسيلة	أ.د. حسينة شرون جامعة بسكرة
د. جواد الرباع	أ.د. دحمان بن عبد الفتاح جامعة أدرار
جامعة ابن زهر أكادير المغرب	أ.د. عبد الحق حميش
د. جيهان عبد السلام عباس كلية الدراسات الافريقية العليا مصر	جامعة حمد بن خليفة
د. صدراوي طارق جامعة المنستير، تونس	أ.د. علي فيلاي جامعة الجزائر 1
د. سيدعال القاسم مولاي	أ.د. مخفي أمين جامعة مستغانم
المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية موريتانيا	أ.د. مصبح عمر جامعة الشارقة
د. عبد القادر محمد الداه	أ.د. منتري مسعود جامعة عنابة
جامعة نواكشوط العصرية موريتانيا	أ.د. منصور مجاجي جامعة المدية
د. عبد الله طرابزون	د. يحضيه سلالتي جامعة الملك فيصل، المملكة العربية السعودية
جامعة إسطنبول	د. الدحيات عماد
د. عبو عبد الصمد	جامعة الامارات العربية المتحدة
جامعة مولاي إسماعيل مكناس	د. الدجاوي أحمد عبد الصبور
د. علاق عبد القادر	جامعة أسيوط، مصر
المركز الجامعي لتيسمسيلت	د. الدياب حسن
أ.د. عمار أوكيل	كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس
جامعة السلطان قابوس، عمان	د. الرقاد عبد الله
أ.د. عيسى معيزة جامعة الجلفة	الجامعة الألمانية الأردنية، الأردن
د. مبارك قرطب	د. العربي مصطفى
جامعة تانغست	جامعة المرقب / ليبيا
د. محمد راضي فخري صبري	أ.د. القحطاني عبد القادر بن حمود
جامعة الأمة للتعليم المفتوح غزة	جامعة قطر
د. محمد طلعت عبد المجيد يدك	د. القينعي بن يوسف جامعة المدية
وزارة العدل	أ.د. المساعيد فرحان
أ.د. معبوط أحمد جامعة الجزائر 1	جامعه آل البيت الأردن
د. موسى نورة جامعة تبسة	د. أيمن عطا الله أحمد حموري
	جامعة العلوم التطبيقية البحرين

Dr.Ragulin Viktorovich the Bashkir economical and legal technical school moscow/ Russia	Andrey
Pr. Vus Viktor National Academy of Educational Science of Ukraine	
Pr. Danylova Tatina National University of Life and Environmental Sciences of Ukraine	

د. نعيم عبد المنعم جامعة الجزائر 1
د. هشام عبد السيد الصافي جامعة حلوان مصر
د. همام القوسي سوريا
د. يوسف ناصر الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا
د. يوب أمال جامعة سكيكدة
Dr.Abdelhamid Majid Ismail Istunbul university
Dr.Delebecque Philippe Université Paris I,
Dr.Korkusuz Mehmet Refik Istanbul Medeniyet University

(الهيئة العلمية)

من خارج الوطن

أ.د. أهد محمد الأمين الجامعة الإسلامية

ميسوتا - أمريكا

أ.د. أحمد أبو شنب الجامعة اللبنانية

الحكومية

أ.د. أحمد عبد الصبور الدجاوي جامعة

أسبوط جمهورية مصر العربية

أ.د. آدم محمد أبو بكر جامعة ولاية يوبي،

نيجيريا

أ.د. القحطاني عبد القادر ج قطر

أ.د. القصاب حسن جامعة ابن زهر،

أكادير، المغرب

أ.د. جميلة أوحيدة جامعة محمد الخامس

المغرب

أ.د. ديارا سيالك جامعة كوت ديفوار

أ.د. علي عثمان منذو جامعة ولاية يوبي،

نيجيريا

أ.د. فرحان المساعيد جامعة آل البيت

أ.د. فيصل مرعي (université de)

(québec a montreal UQAM)

أ.د. قاسم حسين حسين جامعة الجزيرة،

السودان

أ.د. مثنى فائق العبيدي جامعة تكريت

أ.د. محمد رفيق كوركوزوس، جامعة

المدينة، تركيا.

أ.د. ميسون علي البندرجي جامعة بغداد

أ.د. محضيه السملالي جامعة الملك فيصل

د. أحمد محمد أحمد الزين جامعة ظفار

سلطنة عمان

د. إحسان مجدي عز الدين جامعة النيلين،

السودان

د. إدوارد نشأت معهد العبور العالي
للإدارة والحاسبات ونظم المعلومات،
مصر.د. الجمل حازم حسن معهد الادارة العامة
 بالرياض السعوديةد. الخلف حسين حسين زيدان وزارة
التربية العراقية

د. الرقاد عبد الله الجامعة الألمانية الاردنية

د. الشيعاني عبد الله جامعة أوروبا

الإسلامية في هولندا

د. العذار أنيس جامعة سفاقس / تونس

د. العربي مصطفى جامعة المرقب / ليبيا

د. المناصير محمد جامعة ظفار

د. أيمن عطالله أحمد حموري جامعة العلوم

التطبيقية مملكة البحرين

د. أيمن محمد زين عثمان جامعة الشارقة

د. جواد الرباع جامعة ابن زهر، أكادير

د. جيهان عبد السلام عباس مصر

د. جيهان فقيه الجامعة اللبنانية

د. حقي حمدي خلف جسام العزاوي

العراق

د. خيري مرتضى عبد الله جامعة ظفار

سلطنة عمان

د. شريف أحمد بعلوشة فلسطين

د. عبد الحميد مجيد إسماعيل، جامعة

إسطنبول، تركيا

د. عبد القادر الشاشي جامعة صباح

الدين زعيم اسطنبول، تركيا

د. عبد القادر محمد الداه جامعة

نواكشوط العصرية موريتانيا

د. عبد الله طرابزون جامعة إسطنبول،

تركيا

Dr. AYDIN TEMİZER
MARMARA University

من داخل الوطن

- أ.د. أحمية سليمان جامعة الجزائر 01
أ.د. الشبهاني هو جامعة غرداية
أ.د. أورهون محمد الطاهر جامعة الجزائر
أ.د. باخويا إدريس جامعة أدرار
أ.د. بلخير إبراهيم المركز الجامعي تيبازة
أ.د. بن عبد الفتاح دحان جامعة أدرار
أ.د. بن قدور أشواق جامعة تامنغست
أ.د. بن مشري عبد الحليم جامعة بسكرة
أ.د. بوعبدلي أحلام جامعة غرداية
أ.د. بوعزة عبد القادر جامعة أدرار
أ.د. بوقرة زواوي جامعة الكويت
أ.د. بومدين محمد جامعة أدرار
أ.د. جمال قتال جامعة تامنغست
أ.د. حاروش نور الدين جامعة الجزائر 03
أ.د. حساني علي جامعة تيارت
أ.د. حسينة شرون جامعة بسكرة
أ.د. رحاني إبراهيم جامعة الوادي
أ.د. رفيس أحمد جامعة غرداية
أ.د. زهيرة كيسي جامعة تامنغست
أ.د. زوايية رشيد جامعة جامعة بجاية
أ.د. سي يوسف زاهية حورية ج تيزي وزو
أ.د. عمار بوضياف جامعة تبسة
أ.د. عرابة الحاج جامعة ورقلة
أ.د. علي فيلاي جامعة الجزائر 01
أ.د. قدي عبد المجيد جامعة الجزائر 03
أ.د. قوريش نصيرة جامعة الشلف
أ.د. مرسل عبد الحق جامعة تامنغست
أ.د. مصطفى وينت جامعة غرداية
أ.د. ملاوي إبراهيم جامعة أم البواقي
أ.د. منصور المبروك جامعة تامنغست
أ.د. مونة عمر جامعة غرداية
أ.د. محياوي مفيدة جامعة بسكرة

د عبو عبد الصمد جامعة مولاي اسماعيل
مكناس - المغرب

- د عماد فوزي ملوخية ج الإسكندرية
د عمار أوكيل جامعة السلطان قابوس
د عمر بامبا جامعة الساحل بمالي
د عمر مصبح جامعة الشارقة
د فخري صبري راضي جامعة غزة
د فؤاد أحمد عطاء الله جامعة الجوف
د محمد المدني صالح الشريف جامعة ظفار
د محمد جمال زعين جامعة الأنبار
د محمد عز الدين مصطفى حمدان جامعة
فلسطين

- د مراد بن صغير جامعة الشارقة
د مولاي سيدعال القاسم جامعة العلوم
الإسلامية موريتانيا
د ناصر عبد الرحيم ثمر العلي جامعة
روسيا الحكومية الاجتماعية
د هشام عبد السيد الصافي جامعة
حلوان مصر جمهورية مصر العربية
د همام القوسي سوريا
د وائل محمد جبريل جامعة عمر المختار

Pr. Danylova Tatina National
University of Life and
Environmental Sciences of
Ukraine

Pr. PÉREZ BELTRÁN CARMELO
Université de Granada
Espagne

Pr. Philippe Marie Delebecque
Université de Paris-I

Pr. Ragulin Andrey Viktorovich
Pr. Vus Viktor National
Academy of Educational
Science of Ukraine
Russia

- د البرج محمد جامعة غرداية
 د السبتي وسيلة جامعة بسكرة
 د السعيد بوشول جامعة الوادي
 د العزاوي أحمد جامعة تلمنغست
 د العمودي محمد الطاهر جامعة الوادي
 د العيد الراعي جامعة غرداية
 د القينعي بن يوسف جامعة المدية
 د محمدي بوزينة أمينة جامعة الشلف
 د أمينة لطروش جامعة مستغانم
 د أوشر حنان جامعة خنشلة
 د أوكيل محمد أمين جامعة بجاية
 د آيت عبد المالك نادية ج خميس مليانة
 د آيت عودية محمد الخير جامعة غرداية
 د أيوب دهقاني جامعة تيسيمسيلات
 د باباعمي حاج أحمد جامعة غرداية
 د باباواسماعيل يوسف جامعة غرداية
 د باباواسماعيل زهير جامعة غرداية
 د برادي أحمد جامعة تلمنغست
 د بريك الله حبيب المركز الجامعي لتندوف
 د بلال بوجعة جامعة أدرار
 د بلعلياء محمد جامعة تلمسان
 د بلواضح الطيب جامعة المسيلة
 د بوحيدة عبد الكريم جامعة غرداية
 د بليدي دلال جامعة الطارف
 د بن الدين احمد جامعة أدرار
 د بن بوعبد الله نورة جامعة باتنة
 د بن جديد فتحي المركز الجامعي غليزان
 د بن رمضان عبد الكريم جامعة غرداية
 د بن سديرة عمر جامعة سطيف
 د بن عاتق حنان جامعة معسكر
 د بن عمارة محمد جامعة تيارت
 د بن عمران إنصاف جامعة خنشلة
 د بن قانة إسماعيل جامعة ورقلة
 د بن قומר لخضر جامعة غرداية
 د بن مويزة أحمد جامعة الأغواط
- د بوبكر مصطفى جامعة البويرة
 د بوخضرة إبراهيم جامعة البلدية
 د بوزكري سليمان جامعة غرداية
 د بوفنش وسيلة جامعة ميلة
 د بوكماش محمد جامعة خنشلة
 د بولقواس ابتسام جامعة خنشلة
 د تفرات يزيد جامعة أم البواقي
 د تلي سيف م الجامعي لتلمنغست
 د توفيق عطاء الله جامعة خنشلة
 د تومي هجيرة جامعة خميس مليانة
 د جبار جميلة جامعة خميس مليانة
 د جعفر عبد القادر جامعة غرداية
 د جلود صالح جامعة البلدية 2
 د جمال جعيل جامعة باتنة
 د جمال عياشي جامعة المدية
 د جوادي إلياس جامعة الوادي
 د جيلالي بن الطيب جيلالي ج تلمنغست
 د حاج إبراهيم عبد الرحمن ج غرداية
 د حاجي فطيمة جامعة برج بوعريريج
 د حاروش رفيقة جامعة الجزائر
 د حباس عبد القادر جامعة غرداية
 د حجاب عيسى جامعة المسيلة
 د حمودي محمد المركز الجامعي تندوف
 د حمودين بكير جامعة غرداية
 د حنطاوي بوجعة جامعة غرداية
 د حوبة عبد القادر جامعة الوادي
 د خالدي المهدي جامعة الشلف
 د خويلدات صالح جامعة ورقلة
 د دغمان زوبر جامعة سوق أهراس
 د دواس يمينة جامعة تلمنغست
 د رابح نهائي جامعة غرداية
 د راجي لخضر جامعة الأغواط
 د رحوني محمد جامعة أدرار
 د رقية شرون جامعة بسكرة

- د زروخي فيروز جامعة الشلف
 د زروقي خديجة جامعة غليزان
 د زواني بلحسن جامعة تيزي وزو
 د زيوش سعيد جامعة الشلف
 د ساوس الشيخ جامعة أدرار
 د سايج فطيمة جامعة غليزان
 د سايجي يوسف جامعة تامنغست
 د سعودي عبد الصمد جامعة المسيلة
 د سلطاني أمينة جامعة الوادي
 د سلكة أسماء جامعة تامنغست
 د سهام حرفوش جامعة سطيف 1
 د سويلم محمد جامعة غرداية
 د شوقي نذير جامعة غرداية
 د صونيا كيلاني جامعة باتنة
 د طويطي مصطفى جامعة غرداية
 د عائشة عبد الناصر كاملي ج أم البواقي
 د عبد الحميد عائشة جامعة الطارف
 د عبد الرحمان عبد القادر جامعة أدرار
 د عبد الرحيم وهيبة جامعة تامنغست
 د عبد الرزاق سلام جامعة المدية
 د عبد القادر رحال جامعة الجزائر 1
 د عبد الكريم هشام جامعة باتنة 1
 د عبد المالك رقاني جامعة تامنغست
 د عبد المجيد صغير بيرم جامعة المسيلة
 د عبد النعم نعيمى جامعة الجزائر
 د عبد النبي مصطفى جامعة غرداية
 د عثمانى علي المركز الجامعي أفلو
 د عرابش زينة المركز الجامعي غليزان
 د عز الدين عبد الدائم جامعة البويرة
 د عزوز محمد جامعة الجلفة
 د علاق عبد القادر م ج لتيسمسيلت
 د عمر سدي جامعة تامنغست
 د عمران عبد الحكيم جامعة المسيلة
 د عنان جمال الدين جامعة المسيلة
 د عنزة بن مرزوق جامعة المسيلة
 د عيساني عامر المركز الجامعي بركة
 د عيسى معيزة جامعة الجلفة
 د غزالي نصيرة جامعة الأغواط
 د غيدة فلة جامعة خميس مليانة
 د فتيحة بوحروود جامعة سطيف
 د فخار هوو جامعة غرداية
 د فروحات السعيد جامعة غرداية
 د فضيلة بوطورة جامعة تبسة
 د قرطب مبارك جامعة تامنغست
 د قريد مصطفى جامعة المسيلة
 د كبوط عبد الرزاق جامعة باتنة 1
 د كروش نور الدين م ج تيسمسيلت
 د كريمة خنوسي جامعة خميس مليانة
 د كريمة محروق جامعة قسنطينة 1
 د كوديد سفيان م الجامعي عين تموشنت
 د لجلط إبراهيم م الجامعي لتيسمسيلت
 د لخذاري عبد الحق جامعة تبسة
 د لغلام عزوز جامعة غرداية
 د لوكال مريم جامعة بومرداس
 د مبروك كاهي جامعة ورقلة
 د محبوب مراد جامعة بسكرة
 د محيد حيد جامعة الجلفة
 د محي الدين اسطنبولي جامعة البليدة 2
 د مسعودي هشام جامعة المسيلة
 د معمر طرايش جامعة تامنغست
 د معيوف هدى جامعة سوق أهراس
 د مفتات صابرينة المركز الجامعي غليزان
 د مغري شاعة هشام جامعة تامنغست
 د موراود خطاب جامعة تامنغست
 د نادي مفيدة المركز الجامعي غليزان
 د نورة موسى جامعة تبسة
 د هيفاء رشيدة تكاري جامعة البليدة
 د يامة إبراهيم جامعة أدرار

د يوب أمال جامعة سكيكدة.

د يوسف زروق جامعة الجلفة

فهرس

15	استهلالية رئيس التحرير
16	اقتصاديات الدولة عند الإمام الشاطبي عبد الرحمن بن معمر السنوسي، جامعة الجزائر 01، (الجزائر)
51	ظاهرة التكفير وأخطارها دراسة شرعية تاريخية تحليلية محمد توفيق رمضان، جامعة دمشق (سوريا)
72	خطاب الضمان المصرفي أنواعه وأحكامه عبد الرحمن اجّاه أبوه المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية، (موريتانيا)
94	التسبب والخبرة: إشكالات التصور والتعريف، وضوابط الأعمال والتوظيف - بحث في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي المغربي - أحمد المدني لكلمي، الإمارات العربية المتحدة
126	حماية المعطيات الشخصية في البيئة الافتراضية في التشريع الجزائري (الواقع والتحديات) معزوز دليبة، جامعة البويرة، (الجزائر)
145	الإجراءات القضائية للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19) في المؤسسات القضائية في المملكة العربية السعودية "دراسة تأصيلية تحليلية" أحمد بن صالح الصواب الرفاعي الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، (المملكة العربية السعودية)
196	حماية الموارد الطبيعية بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني في وقت النزاعات فخري صبري محمد راضي، جامعة الأمة للتعليم المفتوح (فلسطين)
213	دور مجلس الأمن في حماية حقوق الإنسان سالم حوة، جامعة غرداية، (الجزائر)
232	الأحكام الدولية المشتركة لتوحيد تشريعات الدول في مجال محاربة تقليد الملكية الصناعية والتجارية - "دراسة في أحكام إتفاقية باريس وتريبس" بن دريس حليمة، جامعة سيدي بلعباس، (الجزائر)
255	الحكمة العليا للدولة بين النص والتطبيق اللياس جوادي، جامعة الوادي، (الجزائر)

267	ثلاثية النص والقاعدة والقانون في نظام روما بن تغري موسى، جامعة المدية، (الجزائر)
291	التنظيم القانوني للشركة القابضة في القانون العراقي في ظل قانون التعديل رقم (17) لسنة 2019 م.م رحان عبدالله محمد، جامعة نوروز (العراق) م.م كليزار عبدالله محمد، جامعة بوليتكنيك (دهوك - العراق)
320	مدى نجاعة الضمانات القانونية لترقية الاستثمار الأجنبي في التشريع الجزائري جريفيلي محمد، جامعة أدرار (الجزائر)
236	آليات دعم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة من خلال تنظيم الصفقات العمومية 247/15 شريف سمية جامعة مولود معمري تيزي وزو (الجزائر)
357	إجراءات الربط الضريبي في ضوء قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (34) لسنة 2014 المعدل وأحكام محكمة التمييز الأردنية فرحان نزال المساعيد، جامعة آل البيت، (الأردن) فرح فيصل الشحادات، نقابة المحامين الأردنيين، (الأردن)
384	التأصيل القانوني لحقوق الموظف العام المصاب بإصابة عمل في القانون الأردني عبدالله خلف الرقاد، الجامعة الألمانية الأردنية، (الأردن) أسماء محمد الرقاد، جامعة البلقاء التطبيقية، السلط، (الأردن)
404	العقوبات المقررة للطفل الجانح في ظل التشريعات المقارنة الخال إبراهيم، جامعة تامنغست، (الجزائر)
426	أثر الإثبات بالأدلة العلمية الحديثة على الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائري بها بن مالك أحمد، جامعة تامنغست، (الجزائر)
445	رسالة المغيلي للأمرء في ردع الناس عن الحرام: دروس لتطوير المجتمع الإسلامي المعاصر بللو تكرر، جامعة ولاية يوبي دماثرو، (نيجيريا)
468	المسار الدستوري والسياق الثوري في تونس: قراءة سوسيولوجية مراد مهني، جامعة سوسة، (تونس)
487	تأثير القيادة الإبداعية على بناء وتعزيز رأس المال الفكري دراسة حالة مجمع شي علي عبد الباقي حياة، المركز الجامعي عين تموشنت، (الجزائر) كوديدي سفيان، المركز الجامعي عين تموشنت، (الجزائر)

506	الفضل المقاوالاتي: المساحة المثيرة للنقاش زهية عبا، وصونية كيلاني، جامعة باتنة-1 (الجزائر)
-----	---

(قسم الدراسات باللغة الأجنبية)	
01	Conditions of refugees & displaced families Ali Khashan; Alquds University
32	ELECTRONIC CRIME Mezaour nassima; Abdel Hamid DJEDID; Ouled himouda djamaa; University of Ghardaia,(Algeria)



استهلالية

(هذا وصلا وسلاها)

وهي تلج عامها العاشر لنشأتها، يصدر العدد الأول من المجلد العاشر من مجلة (الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية)، تحت مسمى **جامعة أمين العقال الحاج موسى أق أخوك لتامنغست - الجزائر**، بعد صدور قرار ترقية المركز الجامعي إلى جامعة؛ أملا أن يعزز مكانته بين الجامعات، وأن تكون المجلة نبراسا في فضاء المعرفة.

وإنّ من أهداف المجلة أن تكون ذات مستوى، يتمكن من فهم بحوثها غالبية القراء من مختلف البلدان فهماً يمكنهم من متابعة ما ينشر فيها وهضمه، وأن تكون وجهة للباحثين من أجل نشر أبحاثهم، وقد بدأنا نجد بعض آثار هذه الأهداف المسطرة، إذ احتلت المجلة المرتبة التاسعة على المستوى المحلي والعربي، كما أنّ هذا العدد امتاز باستقطاب أقلام خيرة الباحثين والعلماء من الجزائر والبلدان العربية والإفريقية.

وإننا نلاحظ أنّ عدد الباحثين الذي أرسلوا ونشروا بحوثهم في هذا العدد من خارج الجزائر أكبر بكثير من عدد الباحثين الجزائريين، مع أنّنا قمنا برفض الكثير من بحوث الجزائريين وغيرهم من الباحثين العرب والأفارقة بسبب أمور شكلية وأخرى موضوعية.

إنّ **مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية** والصادرة عن جامعة تامنغست حديثة التكوين والنشأة مقارنة بعمر كثيرا من المجلة المصنفة محليا، فهي لم تكمل من عمرها العاشرة، ولكنها قد قطعت شوطاً، بل أشواطاً طيبة إلى الهدف المقصود من إنشائها، آمليين أن يتحقق فيها غرض الباحثين الجزائريين المقبلين على مناقشة رسائلهم في الدكتوراه، وعرض أبحاثهم للتأهيل، وحصول الترقية إلى مصف الأستاذية، والترقية العلمية عموماً.

د. شوقي نذير

رئيس التحرير

تاريخ القبول: 2020/05/09

تاريخ الإرسال: 2020/05/29

اقتصاديات الدولة عند الإمام الشاطبي

The State Economy according to Imam Al-Shatibi

أ.د. عبد الرحمن بن معمر السنوسي¹

كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، (الجزائر)، aassanou@gmail.com

المخلص

يتناول هذا المقال جهود الإمام أبي إسحاق الشاطبي (ت/790هـ) في تأصيل مسائل الاقتصاد ودور الدولة فيه، حيث قدم هذا الفقيه الأصولي المالكي طرحاً تأسيسياً جديداً لقضايا أصول الفقه من خلال تأسيسه لعلم المقاصد، وفي هذا السياق تناول بالشرح والتحليل جملة من القضايا التي تعتبر من صميم علم الاقتصاد المعاصر، وكانت له آراء فريدة سبق بها كثيراً من منظري الاقتصاد المعروفين.

من أهم القضايا التي يهدف إليها المقال: بيان التأصيل المقاصدي للاقتصاد عند الشاطبي، من خلال قصد الشارع لحفظ المال باعتباره حاجة بشرية معتبرة، وصلة فكرة المقاصد بالفكر الاقتصادي عند الشاطبي، حيث توصل الباحث إلى سبق عناية الإمام الشاطبي بمسألة التخصيص الأمثل للموارد الاقتصادية، وطرحه لمسائل محورية في الاقتصاد على نحو غير مسبوق؛ مثل بيانه وتحليله لمسألة مراعاة المقاصد في مجال الإنتاج والتوزيع، وتحقيق العدل الاقتصادي وترشيد الاستهلاك، وتنظيم السوق، ومكافحة الاحتكار حفظاً للمصلحة العامة، والمحافظة على التوازن بين المصالح العامة والخاصة، وأخيراً مسألة فرض الضرائب الاستثنائية عند الضرورة.

الكلمات المفتاحية: الشاطبي، مقاصد الشريعة، الاقتصاد، النظام الاقتصادي، الاقتصاد الإسلامي، الدولة، السياسة الشرعية.

* المؤلف المرسل

Abstract

This article deals with the ideas of Imam Al-Shatibi in the field of political economy, as the Imam made a new foundational proposition through his theories in the philosophy of Sharia. So, he explained and analyzed fundamental and important issues in contemporary political economics, as he had the unique opinions preceded by theorists of modern economics.

Among the most important issues in this article is the teleological view of the economy of Al-Shatibi, through the emphasis of Sharia law on the preservation of wealth, which is a necessary human need, and the relationship of Sharia philosophy to the economic thought of Al-Shatibi. Al-Shatibi also explained important and fundamental issues in the economy, such as taking into account production and distribution goals, achieving economic justice and rationalizing consumption, regulating the market and combating monopoly, achieving a balance between public and private interests and finally the issue of imposing exceptional taxes when it is necessary.

Key words: Al-Shatibi, Economy, Economy system, Islamic economy, Maqasid, State, Islamic politics.

مقدمة:

تعتبر شخصية الإمام أبي إسحاق الشاطبي (ت/790هـ) من الشخصيات المحورية في تاريخنا العلمي عموماً وفي الغرب الإسلامي على وجه الخصوص؛ فقد قدّم هذا العالم الكبير تأصيلاً فريداً في مجال أصول التشريع منطلقاً من مبدأ مراعاة المقاصد، وفي مجال التجديد وتنقية الدين مما يخالف حقيقته وهديه من بدع وانحرافات؛ وكان لهذه التأصيلات الفذة مكانة لافتة في نقل الدراسات الإسلامية إلى الاشتغال بالجواهر والتركيز على الفهم المنظومي لشرائع الدين، وفي تصحيح ممارسات التدين لدى قطاع واسع من الأمة بفضل ما قدّمه من استنباطات عميقة، وتقييدات دقيقة، وتطبيقات جليّة؛ من خلال كتابيه «الموافقات» و«الاعتصام».

على أن إسهامات الإمام الشاطبي لا تقتصر على مجال الدراسات الفقهية الأصولية فحسب، ولا على حقل الدراسات الإسلامية الذي هو مجاله العام فقط؛ بل إنه قدّم تأصيلات وأفكاراً نفيسة في علوم أخرى كالتربية والاجتماع والاقتصاد والسياسة والأخلاق وغيرها؛ وفي هذا المقال طرح لأهم أفكاره في مجال علاقة الاقتصاد بالدولة في ضوء نظريته العامة التي اشتغل عليها وهي نظرية المقاصد.

إشكالية البحث:

تتخصر الإشكالية الأساسية لهذا الموضوع في سبق الشاطبي لتأصيل بعض النظريات الاقتصادية التي هي من مباني علم الاقتصاد الحديث؛ بحيث يرمي المقال إلى عرض أهم النصوص التي قرّر فيها هذا الفقيه المالكي قضايا الاقتصاد السياسي على نحو سبق به منظري الاقتصاد المعاصرين، وبطريقة فيها تميّز وفرادة عمّا قرّروه وطرحوه. ومدى نجاعة آرائه في هذا الميدان مقارنة بالآراء المؤسسة للاقتصاد السياسي الحديث.

فرضيات البحث:

أهم الأسئلة التي يسعى المقال للإجابة عنها وفحص مكوناتها أربع فرضيات: أولاً طبيعة الدولة في الإسلام ووظيفتها الاقتصادية في ضوء التشكيك المتعالي بوجود صلة للإسلام بالسياسة والحكم وإدارة الدولة. وثانيها علاقة التشريع الإسلامي بالاقتصاد وقضايا المال من منظور الطرح المقاصدي الذي اقتصرنا فيه على تنظيرات الإمام الشاطبي. وثالثها البرهنة على سبق فقهاء المسلمين من خلال الإمام الشاطبي - في التنظر للقضايا المركزية لعلم لاقتصاد السياسي. ورابعها بيان تفرد الإمام الشاطبي في طرحه لحلول أهم المعضلات التي قد تعترض اقتصاد الدولة ومالياتها.

منهج البحث:

اعتمدت في معالجة هذا الموضوع على المنهج الوصفي، مع استخدام آليات الاستقراء في تتبع أفكار الإمام الشاطبي وآرائه الاقتصادية من خلال كتبه، واعتماد آليات التحليل والتركيب في معالجة المادة العلمية ذات الصلة وفي استخلاص النتائج والمقررات منها.

وقد اشتمل هذا المقال على سبعة مباحث:

المبحث الأول: موجز ترجمة الإمام الشاطبي.

المبحث الثاني: طبيعة الدولة في الفكر الإسلامي.

المبحث الثالث: التأصيل المقاصدي للاقتصاد عند الشاطبي.

المبحث الرابع: مراعاة المقاصد في مجال الإنتاج والتوزيع.

المبحث الخامس: تحقيق العدل الاقتصادي وترشيد الاستهلاك.

المبحث السادس: تنظيم السوق ومكافحة الاحتكار حفظا للمصلحة العامة.

المبحث السابع: فرض الضرائب الاستثنائية عند الضرورة.

المبحث الأول: موجز ترجمة الإمام الشاطبي:

اشتهر القرن الثامن الهجري بالأندلس بأنه عصر المخاطر الكبرى والتهديدات التي حاقت بالوجود الإسلامي في الأندلس، فقط شهد حماسة نصرانية شديدة لابتلاع المناطق الخاضعة لملوك المسلمين الذين استشرى فيهم الفساد، واشتد بينهم التنافس على الملك، وازدادت في ظل حكمهم كل أنواع الفتن والاضطرابات، وحين تولى سقوط الحواضر الأندلسية بيد الممالك النصرانية؛ كان أهل تلك الأحواز والثغور يلوذون بحاضرة غرناطة التي كان يحكمها بنو الأحمر النصريون¹.

وفي وصف هذه الحالة يقول الشقندي فيما حكاه عنه المقرئ: «ولما استولى الفرنج على معظم بلاد الأندلس انتقل أهلها إليها فصارت مصر المقصود، والمعقل الذي تنضوي إليه العساكر والجنود»².

إن هذه الوضعية الحرجة لغرناطة من حيث التهديدات المترتبة بها، ومن حيث اضطرابها إلى التعبئة المركزة لكل مقدّرات الدولة لمواجهة خطر الزحف النصراني والدفاع عن آخر ثغور الإسلام في شبه الجزيرة الأيبيرية؛ جعلتها في موقع شديد التوتر على مختلف الأصعدة، وشغلتها بالتحدي العسكري عن تحقيق التنمية في المجتمع³.

في هذا الجو المشحون بالتحديات السياسية والعسكرية واضطراب العلاقة بين الحاكم والمحكوم ولد ونشأ الإمام أبو إسحاق الشاطبي، الذي يعتبر أحد أهم الشخصيات العلمية في تاريخ الأندلس كله.

اشتهر بالشاطبي نسبة إلى «شاطبة»؛ مدينة تقع شرقي الأندلس جنوب غرب بلنسية، يظهر أنّ أصله وأصل آبائه منها، غير أن نشأته ودراسته وتبريزه ونشاطه كان كله تقريباً بمملكة غرناطة، بل وفيها مات أيضاً كما سيأتي.

أما اسمه الكامل فهو: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللّخمي الغرناطي ثم الشاطبي⁴.

على أنّ مصادر ترجمته تكاد تجمع على عدم ذكر تاريخ مولده، غير أنّنا بناءً على إشارته إلى بعض شيوخه نجد بينهم أبا جعفر أحمد بن الزيات الذي توفي عام 728هـ⁵؛ فإنّ الشاطبي يكون على الأقلّ في عمر لا يقلّ عن عشرة أعوام، وهو ما يجعلنا نرجّح أنّه ولد حوالي عام 717هـ، أمّا وفاته فإنّ أغلب تلك المصادر صرّحت بأنّها كانت يوم الثلاثاء الثامن من شهر شعبان عام (790هـ)⁶.

أما فيما يتعلّق بشيوخه الذين تلقى عنهم فمن أبرزهم: أبو عبد الله محمد بن علي بن أحمد البلنسي (752هـ)، وأبو عبد الله محمد بن علي الفخار البيري (754هـ)، والشيخ أبو عبد الله محمد بن محمد المقرّي التلمساني صاحب القواعد (756هـ)، والشرّيف أبو عبد الله محمد بن أحمد التلمساني صاحب مفتاح الوصول (771هـ)، وأبو عبد الله محمد بن أحمد بن مرزوق الخطيب التلمساني (781هـ)، والشيخ أبو سعيد فرج بن قاسم بن لبّ التغلبي، شيخ شيوخ غرناطة (782هـ)، وأبو علي منصور بن علي بن عبد الله الزّواوي (كان حيّاً سنة 770هـ)، وغيرهم من أكابر العلماء في غرناطة سواء كانوا من أهلها أو ممن هاجروا إليها⁷.

أما عن تلاميذه فقد اشتهر منهم خلق كثير؛ منهم: أبو يحيى محمد بن عاصم (813هـ)، وأخوه أبو بكر ابن عاصم قاضي الجماعة وصاحب نظم تحفة الحكام (829هـ)، ومنهم أيضاً أبو جعفر أحمد القصار، وأبو عبد الله المجاري، والفقهاء أبو عبد الله البياني وغيرهم⁸.

وبين أيدينا نصّ للشاطبي نفسه يلخص لنا فيه مسيرته في طلب العلم وخدمته يقول فيه: «لم أزل منذ فتقّ للفهم عقلي، ووَجّه شطرَ العلم طلبِي؛ أنظرُ في عقليّاته وشرعيّاته، وأصوله وفروعه، لم أقتصر منه على علم دون علم، ولا أفردتُ عن أنواعه نوعاً دون آخر، حسبما اقتضاه الزّمان والمكان، وأعطته المنّة المخلوقة في أصل فطرتي، بل خُصتُ في لُججِه خوضَ المحسن للسّباحة، وأقدمتُ في ميادينهِ إقدام الجريء، حتى كدتُ أتلف في بعض أعماقه، أو أنقطع في رفقتي بالأنس بها تجاسرتُ على ما قدّر لي، غائباً عن مقال القائل وعذل العاذل، ومُعرضاً عن صدّ الصّاد ولوم اللّائم، إلى أن منّ علي الرّبُّ الكريم الرّؤوف الرّحيم، فشرح لي من معاني الشّريعة ما لم يكن في حسابي، وألقى في نفسي القاصرة: أنّ كتاب الله وسنّة نبيه لم يتركاً في سبيل الهداية لقائلٍ ما يقول، ولا أبقياً لغيرهما مجالاً يعتدّ فيه، وأنّ الدّين قد كمل، والسّعادة الكبرى فيما وضع، والطلّبة فيما شرع»⁹.

ويقدّم لنا توصيفاً لولوجه إلى الحياة العملية وطرفاً من حياته مع الإصلاح والتعليم فيقول: «فمن هنالك قويت نفسي على المشي في طريقه بمقدار ما يسرّ الله فيه، فابتدأتُ بأصول الدّين عملاً واعتقاداً، ثم بفروعه المبنية على تلك الأصول، وفي خلال ذلك أتبيّن ما هو من السنن أو من البدع، كما أتبيّن ما هو من الجائز وما هو من الممنوع، وأعرض ذلك على علم الأصول الدّينية والفقهية، ثم أطالب نفسي بالمشي مع الجماعة التي سماها رسول الله ﷺ بالسواد الأعظم...، وكنتُ في أثناء ذلك قد دخلتُ في بعض خطط الجمهور من الخطابة والإمامة ونحوها، فلما أردتُ الاستقامة على طريق وجدتُ نفسي غريباً في جمهور أهل الوقت؛ لكون خططهم قد غلبت عليها العوائد، ودخلتُ على سننها الأصليّة شوائب من المحدثات الزوائد، ولم يكن ذلك بدعاً في الأزمنة المتقدمة، فكيف في زماننا هذا»¹⁰.

ولقد ارتكزت جهود الإمام الشاطبي على منهج الإصلاح الديني الذي خصّه في الجانب النظري بتأصيل علم المقاصد والدعوة إلى فهم الشريعة كلها وفق نظامه، وخصه في الجانب التطبيقي بتطهير الممارسات الدينية مما علق بها من المحدثات والبدع والانحرافات الاعتقادية والعملية، وقد قدّم في الجانب الأول دراسته المستفيضة

ذات الصيت الواسع في عصرنا وهي كتابه «الموافقات»، وقدّم في الجانب الثاني كتابه الذي عنيت به حركات الإصلاح والإحياء في القرنين الأخيرين وهو كتاب «الاعتصام»، وله كتب أخرى أيضاً لا تخلو من هاتين النزعتين رغم أنها عالجت موضوعات علمية صرفة.

وفيما يلي بيان أهم هذه المؤلفات:

أولاً- كتاب الموافقات¹¹:

وهو أشهر كتب الشاطبي على الإطلاق، وبه عرف، وكان قد اختار له اسم «عنوان التعريف بأسرار التكليف»، ثم عدل عن ذلك لرؤيا قصّها في مقدّمته. ورغم أنّ الموضوع الرئيس للكتاب هو تأصيل علم المقاصد والاستدلال لمسائله وقضاياها وجذوره الأصولية والفقهية؛ غير أنّه حافل بالتأصيلات التربوية والنظريات الاجتماعية والأفكار الاقتصادية والسياسية، ذكر بعضها عرضاً في ثنايا شرحه وتنظيره واستطراده، وذكر بعضها باعتبارها جزئيات مكونة لبعض حلقات السلسلة التشريعية المتكاملة.

ثانياً- كتاب الاعتصام¹²:

عالج فيه موضوع البدع والحوادث، وطرح فيه طرائق الإصلاح والتصحيح العقدي والسلوكي، وانتصر فيه لأصالة مبدأ الاتّباع ولزوم السنّة في الأمور كلّها. ثالثاً- كتاب الإفادات والإنشادات¹³:

جمع فيه بعض الفوائد النفيسة والطريقة في مختلف الفنون، وبعضها يعتبر من قبيل الملح والطرف، وكذا بعض الأشعار التي رواها عن أعلام عصره مما لا يخلو من دلالة ومغزى.

رابعاً- المقاصد الشافعية في شرح خلاصة الكافية¹⁴:

شرح فيه ألفية ابن مالك في النحو والصرف، وقد أطل فيه النفس، مع تحقيقات فريدة وتوجيهات تدل على ضلّاعته في العربية، وهو أيضاً مطبوع منذ سنين.

خامساً- كتاب المجالس:

شرح فيه كتاب البيوع من صحيح الإمام البخاري، لكنه لم يتمه حسب إفادة التنبكتي¹⁵.

وله تأليف أخرى أشارت إليها المصادر الآنفه؛ لكنّ هذه التأليف في عداد المفقود من تراثنا¹⁶.

المبحث الثاني: طبيعة الدولة في الفكر الإسلامي:

إذا رجعنا إلى التراث السياسي الإسلامي؛ فإننا نجد أنّ طبيعة الدولة في الفكر الإسلامي لا تختلف في الجملة عن طبيعتها في الفكر الحديث من حيث المكونات الأساسية، والأبنية الدستورية؛ والهياكل العامة؛ لكنّها تختلف عنها من حيث المضمون والفلسفة؛ فالدولة في الإسلام تنطلق من مفهوم استخلاف الله للإنسان في الأرض لكي يقيم فيها العدل والقسط، فهو مكلف بمجموعة من التكاليف التي يجب عليه القيام بها ويحاسب عليها أمام الأمة في الدنيا، وأمام الله في الآخرة.

وهو في مختلف مراحلها مرتبط بمرجعية عليا هي القرآن الكريم وسنة النبي صلى الله عليه وسلم؛ وهذان المصدران يقرران بوضوح شديد، وعلى نحو منكر؛ أنّ الغاية العليا من خلق الإنسان هي: التوحيد، والتزكية، والعمران، كما يقرران أنّ التشريعات المتعلقة بنظام الحياة ترتبط بمقصدتين عظيمين هما: تحقيق العدل، وتحقيق مصالح البشر في الدنيا والآخرة، وهذان المقصدان راعاهما التشريع الإسلامي في كلّ تفاصيله وأحكامه¹⁷.

وقد اتفقت علماء الفقه السياسي المسلمين منذ أكثر من ألف عام على تأكيد أنّ الشريعة جاءت لحفظ الكليات الخمس الكبرى وهي: حفظ الدين، حفظ النفس، حفظ العقل، حفظ المال، وحفظ النسل. وهذه الكليات كلها روعي فيها أن تصبّ في خانة تحقيق المقصدتين السابقتين وهما: العدل والمصلحة¹⁸.

يؤكد الإمام الشاطبي مركزية هذه الكليات في النظام الإسلامي بقوله: «فقد اتفقت الأمة- بل سائر الملل- على أن الشريعة وضعت للمحافظة على الضروريات الخمس وهي: الدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل؛ وعلمها عند الأمة كالضروري»¹⁹.

من ههنا تشدد مصادر التراث السياسي الإسلامي على ضرورة أن تكون مهمة الدولة هي سياسة شؤون الدنيا وتسييرها وفق هذه الغايات والمقاصد، سواء في الشؤون الداخلية أو في علاقتها مع أي نظام سياسي خارجي أو دولة أجنبية؛ وهو ما يعني مركزية الأخلاق في المفهوم الإسلامي للسياسة²⁰.

وتؤكد هذه المصادر على أن ضمان السلوك السياسي الرشيد يتطلب تأسيس الحكم في الإسلام على مبدأ الشورى التي يحققها الرأي الجماعي لمجموع الأمة ولنخبها المتخصصة حين يتعلق الأمر بقضايا خاصة، وذلك تحقيقاً لما جاء في القرآن الكريم: ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ [سورة الشورى: 38]، وقول الله لنبيه الكريم: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [سورة آل عمران: 159]، وكذلك انطلاقاً من الممارسة العملية للنبي ﷺ الذي كان يشاور أصحابه في سائر الشؤون العامة²¹. وأغلب مواضع الشورى تكون في الأمور التي لم يحسمها التشريع بنص قطعي، أو من الأمور الاجتهادية الظنية التي تركت الشريعة حرية الاجتهاد فيها للحاكم أو للعلماء والخبراء في أي مجال من المجالات.

وبما أن غير المتخصص في الشريعة قد يتساءل عن شكل الدولة في الإسلام انطلاقاً مما ينشره الإعلام عن بعض ممارسات المتطرفين الذين يدعون أنهم يمثلون الشريعة أو أنهم يقيمونها ويطبقونها؛ فإنه من الواجب هنا التأكيد على أن نصوص الشريعة وتنظيراتها علمائها منذ عصر صدر الإسلام لم تحدد شكلاً معيناً للحكم، كالحكم الجمهوري، أو نظام الخلافة، أو الحكم الملكي الوراثي، فهذا لم يكن يعني علماء الشريعة كثيراً نظراً لكونه أمراً شكلياً، وإنما أكدوا جميعاً على القيم المؤسسة لنظام الإسلام السياسي؛ مثل الشورى والعدل والمساواة واحترام إرادة الأمة ومرجعيتها؛ ضمن دائرة الأركان الأساسية للدولة وهي الأرض والأمة والسلطة²²، كما أكدوا على أن مشروعية الدولة أو عدم مشروعيتها يرتبط بمدى قيامها بتحقيق المقاصد والغايات العليا التي سبقت الإشارة إليها؛ وهو في هذا لا يعتبر الحكام أو علماء الشريعة ملائكة أو ذوي حق إلهي، أو وسطاء بين الله وبين الناس.

لهذا كله يتعين التأكيد على أن تلك الجدليات التي أفرزتها التجربة الأوروبية الغربية كالعلمانية وفصل الدين عن الدولة وغيرها من المفاهيم؛ لا وجود لها في التراث السياسي الإسلامي؛ ذلك أن الأمة في الإسلام تنطلق من جوهر الارتباط الوثيق بين المفاهيم المنسجمة للحياة؛ فالدين والسياسة والاقتصاد والثقافة كلها متواشجة متكاملة، لأن الإسلام نظام حياة كامل في فلسفته وفي منهجه.

وما يهمننا في هذا الصدد هو أن الشريعة رغم تأكيدها بصرامة بالغة على ضرورة احترام القيم العليا للحكم؛ إلا أنها تركت مسألة الكيفيات، والأشكال، والممارسات؛ إلى حرية الناس الذين يعملون على تجسيد تلك القيم في ضوء معطيات ظروفهم وواقعهم؛ والمهم أن يحترموا الضوابط التي وضعتها الشريعة كي لا يتظالم الناس، أو يتجاوزوا حدود العدل والحق والخير.

ولقد كانت مسألة الفصل بين السلطات الثلاث: التشريعية، والتنفيذية، والقضائية؛ من أهم ما تم إرساؤه في عصر النبوة²³، ثم تمّ تعزيز ذلك من خلال الإجراءات والتحسينات التي أدخلها الخلفاء الراشدون ومن بعدهم؛ إذ رغم الاختلافات الشكلية في التعاطي مع هذه السلطات الثلاث إلا أن الخصائص الجوهرية لمكانتها ووظائفها وللفضل بينها قد استمرت على نحو منسجم مع روح الإسلام ونظمه وتشريعاته، ويتمثل سر انسجامها في أن هذه السلطات الثلاث كانت متساوية في تمتعها بالحرية والقوة السلطوية في قيامها بوظائفها؛ لكن إرادة الأمة الحقيقية المنطلقة من المصدر التشريعي الجامع هو ما كان يحدد علاقاتها، ويضمن عدم تناقضها وتضارب صلاحياتها.

وذلك أن سلطة التشريع مهمتها وضع التشريعات والقواعد التي يجب على الناس احترامها.

أما سلطة التنفيذ فمهمتها تحقيق هذه التشريعات والقواعد والأهداف فعلياً في الواقع.

أما سلطة القضاء فمهمتها الحكم بمدى التطابق بين الأفعال والتشريعات المقررة رسمياً في الدولة.

على أنّ الجدل الحديث في الغرب الأوروبي حول أشكال «الدولة الحارسة» و«الدولة المتدخلة» لا ينطبق تماماً على التجربة التاريخية للدولة في الإسلام²⁴؛ نظراً لكون القيم العليا للأمة هي التي وضعت أسس التكامل بين الدولة والشعب، بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة، بين القطاع العام والقطاع الخاص، بين السياسة والقيم، وبين الاقتصاد والأخلاق؛ وربطت هذه الأمور كلها بمبدأ المشروعية العليا.

أما عن طبيعة الفرد ومركزه في الدولة الإسلامية فيمكن اختصاره في كلمة «المواطنة»؛ التي قررتها السيرة العملية لتصرّفات النبي ﷺ بعد أن كانت العلاقات قائمة على رابطة الدم والانتماء إلى القبيلة أو العرق؛ لجعلها قائمة على أساس المواطنة التي تحترم مرجعية الدولة ونظامها حتى ولو لم يكن الفرد معتقفاً للدين السيد في الأمة؛ كما فعل ذلك مع الأقليات التي نصّ عليها «دستور المدينة» الذي وضعه النبي ﷺ بعد هجرته من مكة موطنه الأصلي إلى المدينة موطن أنصاره واستقراره²⁵.

المبحث الثالث: التأسيس المقاصدي للاقتصاد عند الشاطبي:

1-: المال باعتباره حاجة بشرية مقصودة الحفظ شرعاً:

انطلق الشاطبي في تأسيسه لدور الدولة الاقتصادي مما قرره الفقهاء المسلمون من قبله؛ حيث اتفقوا على تقرير مسؤولية الدولة عن توفير الرخاء والرفاه وضمان المتطلبات الأساسية للعيش الكريم، وحماية الملكية الفردية والعامة على حد سواء، وتنمية موارد الدولة المالية، وتحقيق أكبر قدر من العدالة التوزيعية.

وقد بدأ الشاطبي تنظيراته الاقتصادية بشرح معنى المال؛ فهو يقول في تعريفه: «لو عدم المال لم يبق عيش، وأعني بالمال ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذ من وجهه، ويستوي في ذلك الطعام والشراب واللباس على اختلافها، وما يؤدي إليها من جميع المتمولات، فلو ارتفع ذلك لم يكن بقاء، وهذا كله معلوم ولا يرتاب فيه من عرف ترتيب أحوال الدنيا»²⁶؛ فهو هنا أعطى مفهوم المال شمولاً واسعاً بأنه: كل الأشياء التي يكتسبها الإنسان بطريقة مشروعة.

وإذا كانت المنفعة في الاقتصاد الرأسمالي تركز على النزعة الفردية والمادية والتجرد عن المحتوى القيمي والخلقي والإهمال التام لمسألة الجزاء الأخروي، فضلاً عن ضيق مداها المفاهيمي الذي يجعلها في غاية السطحية والتهافت²⁷؛ فإن معناها في التشريع الإسلامي يتسم بالشمول والاتساع بحيث تستغرق جميع الحاجات البشرية الروحية والمادية والخاصة والعامة، مع ما فيها من خصائص المسؤولية الاجتماعية والنزعة الإنسانية العامة؛ كما أن علماء المسلمين قد أصلوا لتفاوت رتب هذه الحاجات الإنسانية منذ قرون طويلة قبل التأصيل الغربي الذي لا يزال قاصراً وسطحياً في هذا الصدد.

ومن بين أهمّ التّأصيلات المهمّة في هذا ما قرّره الشاطبي وقبله الجويني والغزالي لمراتب الحاجات البشرية بجلعها في مستويات ثلاثة: الضروريات، والحاجيات، والتحسينيات، واعتبروا التشريعات الواردة لتنظيم شؤون الناس راجعة إلى محاور خمسة سمّوها «الكليات الخمس»؛ وهي حفظ الدين، والنفس، والعقل، والمال، والنسل²⁸.

ومن اللازم التأكيد على أن الشاطبي وهو يحدد مفهوم المال ويبين مرتبته بين الكليات الخمس؛ قام بتذكير قرائه بأنّ المال يكتسب مكانته بين هذه الكليات الخمس بسبب أنّه خادمٌ لبقية الضروريات الخمس؛ وليس لخدمة أهواء مالكة وإشباع جميع ملذاته؛ وذلك أن الشريعة جاءت لإخراج المكلف عن داعية هواه؛ حتى يكون عبداً لله اختياراً كما هو عبدٌ له اضطراراً، وأنّ قيام المكلف بصرف المال فيما يخدم تلك الضروريات الخمس يجعله يتصرف تصرف الشاكر للنعم التي أنعم الله بها عليه²⁹.

2:- فكرة المقاصد وصلتها بالفكر الاقتصادي عند الشاطبي:

يلزم ههنا التنبيه على أنّ الشاطبي لم يكن يؤصّل للاقتصاد وقضايا المال حين تناول هذه القضايا؛ وإنّما كان ينظر لفلسفة التشريع وأصول الفقه ومقاصد الشريعة، وكان اهتمامه بإقامة بنیان علم المقاصد قد دفعه إلى بيان مقصود الشارع في المسائل المدنية والجزائية، وقد عرض مسائل البيع والشراء والإنتاج والتوزيع ودور السلطة

في التنفيذ أو الرقابة كأمثلة على القواعد والتأصيلات التي كان قد حشد الأدلة لإثباتها وتقريرها.

وقد انطلق من تقرير مسألة كون الهدف الأعظم للشرعية هو أنها جاءت لتحقيق مصالح العباد في الدنيا والآخرة، ثم رتب عليها فكرة المقاصد الكلية الخمس، وجعلها موزعة على الترتيب المنطقي بحسب مقدار الحاجة إليها. وترجع فكرة هذا الترتيب للمقاصد إلى ما قام الشاطبي بشرح أهميته في أن قوة هذا البناء الهرمي للمقاصد ثابت بدليل الاستقراء التام لنصوص الكتاب والسنة، وبتتبع التشريع الإسلامي في جميع أحكامه³⁰؛ ومضمون التخصيص يركز على ترتيب الأولويات في الإنفاق بحسب الاحتياج وبحسب ما هو متاح من الموارد الاقتصادية؛ وحسب لغة الشاطبي فإن الضروريات تعتبر مقاصد أصلية عظمى، وبعدها في الترتيب تأتي الحاجيات، وأخيراً التحسينيات.

يقرر الشاطبي القانون العام الذي يحكم هذه الأولويات بهذه المعايير الخمسة:

- 1- أن المقصد الضروري أصل للمقصد الحاجي والتحسيني.
- 2- أن اختلال المقصد الضروري يلزم منه اختلال المقصدين الباقيين بإطلاق.
- 3- أنه لا يلزم من اختلال المقصدين الحاجي والتحسيني اختلال المقصد الضروري.
- 4- أنه قد ينتج عن اختلال التحسيني بإطلاق، أو الحاجي بإطلاق، اختلال المقصد الضروري بوجه من الوجوه.
- 5- أنه ينبغي المحافظة على المقصدين الحاجي والتحسيني من أجل المحافظة على المقصد الضروري³¹.

أما فيما يتعلق بتدخل الدولة؛ فإن من المهم بيان رأي الشاطبي في مكانة المناصب والوظائف من بنية النظام العام في الفقه الإسلامي في ضوء النظرة المقاصدية؛ حيث يرى الشاطبي أن بعض التكاليف فيها حظٌ للمكلف يسعى لتحصيله مثل الأكل والشرب والزواج والسكن وغيرها؛ ففيها مصالح يطلبها الإنسان بدافع ذاتي وانسياق داخلي. كما أن هناك تكاليف ليس فيها حظٌ، أو أن فيها حظاً لكن ليس مقصوداً لذاته؛ وهو ما سماه فرائض الكفايات؛ وقد جعل منها الوظائف العليا في الدولة

ومناصب الحكم والسلطة؛ وفي هذا يقول: «ما ليس فيه حظ عاجل مقصود؛ كان من فروض الأعيان...، أو من فروض الكفايات؛ كالولايات العامة؛ من الخلافة، والوزارة، والنقابة، والعرافة، والقضاء، وإمامة الصلوات، والجهاد، والتعليم وغير ذلك من الأمور التي شرعت عامة لمصالح عامة إذا فرض عدمها أو ترك الناس لها انخرم النظام»³².

3-: التخصيص الأمثل للموارد الاقتصادية:

اهتم الشاطبي بفكرة الكفاءة الاقتصادية من خلال التخصيص الأمثل للموارد الاقتصادية حسب رتب المقاصد الثلاث التي راعتها الشريعة وهي: الضروريات، ثم الحاجيات، ثم التحسينيات؛ وذلك بحفظ الدين والنفس والنسل والعقل والمال؛ ويتأتى حفظها بطريقتين:

- طريقة الوجود: أي حفظ المقاصد عن طريق ما يرسخها وينميها ويقويها، ويكون أيضاً بوضع التشريعات التي توجب العمل والاستثمار والتنمية.
 - طريقة العدم: أي حفظها عن طريق منع ما يهدمها أو يفسدها أو يدخل الخل عليها؛ وذلك بوضع التشريعات التي تمنع إتلاف المال أو التعدي عليه بالسرقة أو الغصب والإتلاف، بحيث توضع العقوبات الحازمة ضد من يتعدى عليها³³.
- وبعد تقريره لكون الشريعة أجازت للأفراد ملكية المال سواء بعوض أو بغير عوض، تعرض لمسألة تنمية المال، وساقه ذلك إلى كيفية اهتمام الشريعة بوضع التدابير العقابية والجزائية لحفظ المال حيث يقول: «وحفظ المال راجع إلى مراعاة دخوله في الأملاك، وكنتميته أن لا يفي، ومكملة: دفع العوارض، وتلافي الأصل بالزجر والحد والضمان، وهو في القرآن والسنة»³⁴.

ويعتبر تأصيل الشاطبي لحفظ المال من جانب الوجود بمثابة تأصيل لعلم الاقتصاد بمختلف فروعه، أما تأصيله لحفظ المال من جانب العدم فهو بمثابة تأصيل لعلمي القانون التجاري والقانون الجنائي.

ولقد قدّم الشاطبي آراء مستفيضة في شتى جوانب الاقتصاد الكلي والجزئي؛ فقد تحدث في الإنتاج، كما تحدث عن التوزيع وإعادة التوزيع، وقدم آراء مهمة في مسائل

اقتصادية وتجارية دقيقة؛ بل إننا نجده يؤصّل لفكرة الخزينة العامّة وارتباطها بفكرة المصالح العامّة، وعبر بلفظ «الإرصاد» الذي هو مصطلح عريق عند فقهاء الحنفية ويراد به تخصيص أموال من بيت المال للمصالح العامّة على سبيل الوقف³⁵، ونصّ عبارته -رحمه الله-: «جعل الشرع في الأموال ما يكون مُرصداً لمصالح المسلمين، لا يكون فيه حقّ لجهة معيّنة إلّا لمطلق المصالح كيف اتّفقت؛ وهو مال بيت المال، فيتعيّن لإقامة مصلحة هذا المكلف ذلك الوجه بعينه»³⁶.

المبحث الرابع: مراعاة المقاصد في مجال الإنتاج والتوزيع:

تطرق الشاطبي إلى موضوع الإنتاج وأهميته؛ فقرر أن احتياج الإنسان هو الدافع إلى ذلك؛ بحيث إنّ دواعي الحاجة هي ما يدفعه إلى السعي من أجل اكتساب ما يشبع تلك الحاجات؛ وفي هذا يقول: «وذلك أن حكمة الحكيم الخبير حكمت أن قيام الدين والدنيا إنما يصلح ويستمرّ بدواعٍ من قبل الإنسان تحمله على اكتساب ما يحتاج إليه هو وغيره، فخلق له شهوة الطّعام والشراب إذا مسّه الجوع والعطش، ليحرّكه ذلك الباعث إلى التّسبّب في سدّ هذه الخلّة بما أمكنه، وكذلك خلق له الشهوة إلى النّساء لتحركه إلى اكتساب الأسباب الموصلة إليها، وكذلك خلق له الاستضرار بالحرّ والبرد والطّوارق العارضة، فكان ذلك داعية إلى اكتساب اللّباس والسكن»³⁷.

وهو يؤكّد على أهمية البعد الاجتماعي للإنتاج وأنه عملية يتعاون عليها المجتمع كله حتى تعطي أفضل النتائج؛ وفي هذا يقول: «فأخذ المكلف في استعمال الأمور الموصلة إلى تلك الأغراض، ولم يجعل له قدرة على القيام بذلك وحده؛ لضعفه عن مقاومة هذه الأمور، فطلب التّعاون غيره، فصار يسعى في نفع نفسه واستقامة حاله بنفع غيره، فحصل الانتفاع للمجموع بالمجموع، وإن كان كلّ أحد إنما يسعى في نفع نفسه»³⁸.

والشاطبي يلفت نظرنا إلى مسألة عدم ارتباط الإنتاج بالجانب الكميّ الماديّ فقط؛ وأنّه أشمل بكثير من هذا الجانب الضيق المحدود؛ حيث أشار إلى أنّ متقدّمي عصر صدر الإسلام كانوا يعتنون بإنتاج ما يحقق حاجياتهم فقط ولا يزيدون على ذلك؛ نظراً لانصرافهم إلى تحقيق أنواع أخرى من التوازن في حياتهم الفردية والاجتماعية؛ وفي

هذا يقول: «وقد وجدنا من السلف الصالح -رحمهم الله- كثيراً يذخرون الأموال لمصالح أنفسهم، ويأخذون في التجارة وغيرها بمقدار ما يحتاجون إليه في أنفسهم خاصة، ثم يرجعون إلى عبادة ربهم، حتى إذا نفذ ما اكتسبوه عادوا إلى الاكتساب، ولم يكونوا يتخذون التجارة أو الصناعة عبادة لهم على ذلك الوجه؛ بل كانوا يقتصرون على حظوظ أنفسهم، وإن كانوا إنما يفعلون ذلك من حيث التعفف والقيام بالعبادة»³⁹.

وفي هذا النص دلالة أخرى على ما أشار إليه من سيرة الأوائل؛ وهو أنهم كانوا يكتفون في الإنتاج بقدر الحاجة لما في ذلك من توفير ثروة الأمة للأجيال القادمة، وعدم استنزاف مواردها الأولية بطريقة سريعة وجشعة.

بل يؤكد بعبارة أخرى على أهمية الأخلاق ومركزيتها في عملية كسب المال عند الفرد في تعامله مع أبناء مجتمعه؛ وهي النزعة التي ينبغي أن تسعى الدولة لتربية المجتمع عليها، وبثها من خلال وسائل التعليم والتربية والإعلام من أجل تثبيت الدوافع الأخلاقية التي هي العامل الأهم لحفظ التوازن المجتمعي. يقول الشاطبي في وصف التجار الأتقياء الذين كانوا في عصر صدر الإسلام: «وتجدهم في الإجازات والتجارات لا يأخذون إلاّ بأقلّ ما يكون من الربح أو الأجرة؛ حتى يكون ما حاول أحدهم من ذلك كسباً لغيره لا له؛ ولذلك بالغوا في النصيحة فوق ما يلزمهم؛ لأنهم كانوا وكلاء للناس لا لأنفسهم..؛ بل كانوا يرون المحاباة لأنفسهم وإن جازت كالغش لغيرهم»⁴⁰؛ ومراده أنّ هؤلاء التجار كانوا يراعون في استثماراتهم وأعمالهم التجارية المصلحة العامة؛ وهو ما عبر عنه «بالنصيحة لغيرهم»، والنصيحة نقبض الغش في المفهوم الإسلامي للتجارة، كما أنّ الغش هو أحد أظهر أنواع الفساد في المعاملات التجارية.

ويشدد الشاطبي على ضرورة مكافحة الدولة للفساد والمنع من أكل الرشوة والكسب غير المشروع؛ خاصة للموظفين في الوظائف العامة وغيرها؛ وفي هذا يقول: «فلا يجوز لوال أن يأخذ أجرة ممن تولاهم على ولايته عليهم، ولا لقاضٍ أن يأخذ من المقضي عليه أو له أجرة على قضائه، ولا لحاكم على حكمه، ولا لمفت على فتواه، ولا لمحسن على إحسانه، ولا لمقرض على قرضه، ولا ما أشبه ذلك من الأمور العامة التي للناس فيها مصلحة عامة، ولذلك امتنعت الرشى والهدايا المقصود بها نفس

الولاية؛ لأن استجلاب المصلحة هنا مُؤدّ إلى مفسدة عامّة تضادّ حكمة الشريعة في نصب هذه الولايات. وعلى هذا المسلك يجري العدل في جميع الأنام، ويصلح النظام، وعلى خلافه يجري الجور في الأحكام»⁴¹.

هذا في الإنتاج، أما فيما يتعلق بالتوزيع؛ فقد أطلّ النفس في شرح مراتب التوزيع والاشتراك في الموارد؛ واحتج على ترغيبه في فضيلة الإيثار ومساعدة الآخرين بأمر النبي ﷺ لأصحابه بقوله: «مَنْ كَانَ مَعَهُ فَضْلٌ ظَهَرَ، فَلْيُعْذْ بِهِ عَلَى مَنْ لَا ظَهَرَ لَهُ، وَمَنْ كَانَ لَهُ فَضْلٌ مِنْ زَادٍ، فَلْيُعْذْ بِهِ عَلَى مَنْ لَا زَادَ لَهُ. قَالَ: فَذَكَرَ مِنْ أَصْنَافِ الْمَالِ مَا ذَكَرَ حَتَّى رَأَيْنَا أَنَّهُ لَا حَقَّ لِأَحَدٍ مِنَّا فِي فَضْلٍ»⁴² ثم علّق عليه بأنّ النَّاسَ: «لَا يَكُونُونَ كَالْجَسَدِ الْوَاحِدِ إِلَّا إِذَا كَانَ النِّعَمُ وَارِدًا عَلَيْهِمْ عَلَى السَّوَاءِ، كُلُّ وَاحِدٍ بِمَا يَلِيقُ بِهِ؛ كَمَا أَنَّ كُلَّ عَضْوٍ مِنَ الْجَسَدِ يَأْخُذُ مِنَ الْغِذَاءِ بِمِقْدَارِ قِسْمَةِ عَدَلٍ لَا يَزِيدُ وَلَا يَنْقُصُ، فَلَوْ أَخَذَ بَعْضُ الْأَعْضَاءِ أَكْثَرَ مِمَّا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ أَوْ أَقَلَّ؛ لَخَرَجَ عَنْ اعْتِدَالِهِ»⁴³.

المبحث الخامس: تحقيق العدل الاقتصادي وترشيد الاستهلاك:

لا يمكن للتنمية أن تتحقّق إلا بوجود عدل، ولا عدل إلا بوجود اكتفاء لجميع الأفراد فيما يحتاجونه من ضروريات حياتهم⁴⁴، وقد تناول الشاطبي مفهوم «الكفاية الاقتصادية» التي يجب على الدولة تحقيقها للشعب، وفصل في بيان حدّ الكفاية التي من حقّ الفرد الحصول عليها من دولته فقال: «فإذا قال الشارع: وأطعموا القانع والمعتّر، أو قال: اكسّوا العاري، وأنفقوا في سبيل الله، فمعنى ذلك طلب رفع الحاجة في كلّ واقعة بحسبها من غير تعيين مقدار؛ فإذا تعيّن حاجة؛ تبيّن مقدار ما يحتاج إليه فيها.. فإذا تعيّن جائع فهو مأمور بإطعامه وسدّ خلّته بمقتضى ذلك الإطلاق؛ فإن أطعمه ما لا يرفع عنه الجوع؛ فالطلب باقٍ عليه ما لم يفعل من ذلك ما هو كافٍ ورافعٌ للحاجة التي من أجلها أمر ابتداء، والذي هو كافٍ يختلف باختلاف الساعات والحالات في ذلك المعين»⁴⁵.

وقد ربط الشاطبي هذا المفهوم بأصل العدل الذي هو أحد أهم ركائز التشريع الاقتصادي ومقاصده في الإسلام؛ فقال في بيان أهمية العدل في إصلاح أحوال الناس: «وعلى هذا المسلك يجري العدل في جميع الأنام، ويصلح النظام، وعلى خلافه يجري الجور في الأحكام وهدم قواعد الإسلام»⁴⁶.

ويقرر بصراحة أن العدل يُطلب في الشؤون الكبيرة كما يُطلب في أدق التفاصيل بقوله: «فإن العدل كما يُطلب في الجملة يُطلب في التفصيل؛ كالعدل بين الخلق إن كان حاكماً، والعدل في أهله وولده ونفسه..»⁴⁷.

وكما انتصر الشاطبي لمقصد العدل وقرّره فإنّه استوعب بيان أصل المصالح المعتبرة -عموماً والمرسلة خصوصاً- في أغلب ما كتب، ولم يكتف بمجرد التأصيل على النحو الظاهر من صنيعة في «الموافقات»؛ بل إنه بنى كثيراً من آرائه الفقهية واجتهاداته وفتاويه على اعتبار المصالح المرسلة؛ حيث نقل من كتاب «العتبية» من سماع ابن القاسم قال: «وسألت مالكا عن معاصر الزيت، زيت الجلجلان والفجل: يأتي هذا بأرادب وهذا بأخرى حتى يجتمعوا فيها، فيعصرون جميعاً. قال: إنما يُكره هذا لأنّ بعضه يُخرج أكثر من بعض؛ فإذا احتاج الناس إلى ذلك، فأرجو أن يكون خفيفاً لأنّ الناس لابدّ لهم مما يصلحهم. والشئ الذي لا يجدون عنه بُدّاً ولا غنى، فأرجو أن يكون لهم في ذلك سعة إن شاء الله، ولا أرى به بأساً. قال: والزيتون مثل ذلك»⁴⁸.

وهذا النصّ للإمام مالك، ليس مجرد مثال فقهي لمراعاة المصلحة المرسلة وبناء الأحكام عليها، ولكنّه - إذا توّمل - يؤصّل ويقعد للمسألة ولنظائرها أيضاً؛ ولهذا نجد الشاطبي قد بنى عليه فتواه في تجويز ما كان يفعله الناس من خلط ألبانهم للاشتراك والتعاون على استخلاص جبنها، تجنباً لكثرة المشقة والكلفة رغم اشتماله على الغبن من جهة التفاوت والتفاضل، وقد أشار إلى انبئائه على قاعدة المصالح المرسلة⁴⁹.

وإذا كان الاستهلاك عبارة عن إشباع مادي أو نفسي باستخدام السلع والخدمات الاستهلاكية أو امتلاكها، فهو إشباع للحاجات والرغبات الإنسانية أيضاً⁵⁰؛ فإن الشاطبي يقرر جواز الاستهلاك ومشروعيته لإشباع حاجات الإنسان سواء كانت

حاجاته ضرورية أو تحسينية؛ أخذاً من منطق القرآن الكريم في إباحة جميع الطيبات؛ حيث جاء في القرآن الكريم: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾⁵¹، وقوله: ﴿لِيُنْفِقُ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فليُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يَكْفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾⁵²، ففي ذلك شكرٌ للمنع الذي خلق هذه النعم لعباده، كما أن فيه تحفيزاً للأمة على النشاط الاقتصادي المتنوع؛ لكن الأمثل حسب عبارته هو التوسط وعدم الإسراف؛ وفي ذلك يقول: «والإسراف مذموم، وليس في الإسراف حدٌ يوقف دونه كما في الإقتار، فيكون التوسط راجعاً إلى الاجتهاد بين الطرفين؛ فيرى الإنسان بعض المباحات بالنسبة إلى حاله داخلاً تحت الإسراف فيتبركه لذلك، ويظنّ من يراه ممن ليس ذلك إسرافاً في حقّه أنّه تاركٌ للمباح، ولا يكون كما ظنّ؛ فكلّ أحد فيه فقيه نفسه . والحاصل أنّ التفقه في المباح بالنسبة إلى الإسراف وعدمه والعمل على ذلك مطلوب.. فكذاك هنا تناول المباح مشروط بترك الإسراف»⁵³.

المبحث السادس: تنظيم السوق ومكافحة الاحتكار حفظاً للمصلحة العامة:

1- تنظيم السوق ومكافحة الاحتكار:

تطرق الشاطبي إلى مسألة تنظيم السوق وحماية المستهلكين من جشع التجار والمحتكرين والمستغلين؛ وقد كان طرحه منسجماً مع القواعد التي أصلها؛ حيث ربط مسألة تنظيم السوق بقاعدة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة التي سيرد موقفه منها لاحقاً؛ حيث تناول ما ورد في السنة النبوية من النهي عن السمسرة واحتكار السلع والتلاعب بالسوق؛ فقد وردت أحاديث كثيرة ساقها ثم قال: «ومنع بيع الحاضر للبادي؛ لأنه في الأصل منعٌ من النصيحة؛ إلا أنّه إرفاقٌ لأهل الحضر، وتضمن الصنّاع قد يكون من هذا القبيل، وله نظائر كثيرة؛ فإنّ جهة التعاون هنا أقوى، وقد أشار الصحابة على الصديق -إذ قدّموه خليفة- بترك التجارة والقيام بالتحرف على العيال؛ لأجل ما هو أعمّ في التعاون، وهو القيام بمصالح المسلمين، وعوضه من ذلك في بيت المال»⁵⁴.

ويعود في موضوع آخر إلى التذكير بأنه إن أمكن التوفيق بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة فهو أفضل؛ وإلاّ فالتقديم يجب أن يكون للمصلحة العامة على الخاصة حيث يقول: «وإن أمكن انجبار الإضرار ورفع جملة؛ فاعتبار الضرر العام أولى؛ فيمنع الجالب أو الدافع مما هم به؛ لأنّ المصالح العامة مقدّمة على المصالح الخاصة؛ بدليل النّهي عن تلقّي السلع، وعن بيع الحاضر للبادي...؛ وذلك يقضي بتقديم مصلحة العموم على مصلحة الخصوص؛ لكن بحيث لا يلحق الخصوص مضرة»⁵⁵.

كما أكد على ضرورة شرعية العقود وجميع المعاملات الاقتصادية بقوله عنها: «ألا ترى أنّ إباحة عقود البيوع والإيجارات وغيرها تستلزم إباحة الانتفاع الخاصّ بكلّ واحد منها؛ وإذا تعلّق بها التحريم كبيع الرّبا والغرر والجهالة؛ استلزم تحريم الانتفاع المسبّب عنها»⁵⁶.

والشاطبي لا يتحدث عن هذه العقود دون أن يؤصل لضرورة تدخل الدولة في محاربة العقود المحرمة كالاحتكار والتلاعب بالأسعار ومنع الضرر الواقع على الناس؛ وفي ذلك يقول: «ويؤيد ذلك إكراه صاحب الطّعام على إطعام المضطرّ؛ إمّا بعوض وإمّا مجاناً سمع أنّ صاحب الطّعام محتاج إليه-، وقد أخذ من يده قهراً لمّا كان إمساكُهُ مؤدياً إلى إضرار المضطرّ، وكذلك إخراج الإمام الطّعام من يد محتكره قهراً؛ لمّا صار منعه مؤدياً لإضرار الغير»⁵⁷.

2- المحافظة على التوازن بين المصالح العامة والخاصة:

يصرّ الشاطبي على أنّ سعي الإنسان لتحصيل متطلباته لا تقتصر منفعته عليه وحده؛ بل إنّ نفعها يتعدّى إلى المجتمع كلّ؛ بحيث يستفيد غيره من أفراد الشعب، كما يعود نفع ذلك في النهاية إلى الدولة؛ وفي هذا يقول: «فإنّ اكتساب الإنسان لضروريّاته في ضمن قصده إلى المباحات التي يتنعم بها ظاهر...، فإنّ في اكتسابه بالتّجارات وأنواع البياعات والإيجارات وغير ذلك مما هو معاملة بين الخلق؛ قياماً بمصالح الغير، وإن كان في طريق الحظّ؛ فليس فيه -من حيث هو- حظّ له يعود عليه منه غرض؛ إلاّ من جهة ما هو طريق إلى حظّه، وكونه طريقاً ووسيلة غير كونه مقصوداً في نفسه، وهكذا نفقته على أولاده وزوجته وسائر من يتعلّق به شرعاً»⁵⁸.

ويؤكد الشاطبي على أهمية المصلحة العامة وأنها مقدّمة على المصلحة الخاصة، وأنه يجب على الإنسان مراعاة هذا الترتيب إلا إن كان ثمة مفسدة وضرر يصيبه في نفسه إذا هو قدّم مصالح الآخرين على مصلحته الضرورية له في ذاته؛ حيث يقول: «المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة؛ إلا إذا دخل على المكلف بها مفسدة في نفسه؛ فإنه لا يكلف إلا بما يخصه»⁵⁹.

وقد ركز الشاطبي على دور القطاع الخيري في تخفيف العبء عن الدولة في مجال النفقات العامة والخدمات كالصحة والتعليم وإنشاء المرافق العامة؛ حيث تطرّق إلى مسألة الإنفاق والتبرع للمصالح العامة، لما يكتسبه القطاع الخيري من أهمية كبيرة؛ فقال في سياق مدحه للصحابه الكرام الذين ضربوا أمثلة رائعة للتبرع وفعل الخير وإنفاق المال في خدمة المجتمع: «كانوا في الاكتساب ماهرين ودائبين ومتابعين لأنواع الاكتسابات؛ لكن لا ليخروا لأنفسهم، ولا ليحتجوا أموالهم؛ بل لينفقوها في سبيل الخيرات، ومكارم الأخلاق، وما ندب الشرع إليه، وحسنته العوائد الشرعيّة، فكانوا في أموالهم كالولاء على بيوت الأموال»⁶⁰.

وفي هذا الصدد حاول الشاطبي التنبيه على تناول مسألة التوازن بين مسؤولية القطاعين العام والخاص على تحقيق الاكتفاء الاقتصادي للمجتمع، وذلك عن طريق: قيام القادرين بتحقيق الكفاية لأنفسهم ولأهلهم وعائلاتهم، وقيام الدولة بالأعباء الاقتصادية والنفقات اللازمة لبقية الرعية من خلال خزينة الدولة وميزانيتها، ثم قيام القطاع الخيري الذي يمثل الوقف والبذل التطوعي في تحقيق الكفاية في مجال الضروريات وغيرها؛ بما يجعل الأمة محققة للكفاية والرفاه؛ وفي هذا يقول رحمه الله:- «جعل الشرع في الأموال ما يكون مرصدا لمصالح المسلمين لا يكون فيه حق لجهة معينة إلا لمطلق المصالح كيف انفق ، وهو مال بيت المال فيتعين لإقامة مصلحة هذا المكلف ذلك الوجه بعينه ويلحق به ما كان من الأوقاف مخصوصا بمثل هذه الوجوه فيحصل القيام بالمصالح من الجانبين ولا يكون فيه ضرر على واحد من أهل الطرفين؛ إذ لو فرض على غير ذلك الوجه لكان فيه ضرر على القائم ، وضرر على المقوم لهم»⁶¹.

وعند تأكيده على مسألة المصلحة الخاصة؛ وعلى اعتبار حدّ الكفاية أهمّ مظهرٍ من مظاهر رتبة الضروريات الواقعة في نطاق المصالح الخاصة للرعية؛ صرّح عقب ذلك بأنّ حد الكفاية لا يختلف باختلاف الأفراد فحسب؛ بل يختلف بالنسبة للشخص الواحد من حال إلى حال ومن وقت إلى وقت؛ فهو يقول: «والذي هو كافٍ يختلف باختلاف الساعات والحالات في ذلك المعين»⁶²؛ ولا شك أن هذا التفاوت يقتضي مراعاته في تحقيق العدالة التوزيعية، وفي تحقيق المتطلبات الأساسية للشعب؛ فالخطاب بحدّ الكفاية ليس فقط للأفراد؛ وإنما الخطاب موجّه بالدرجة الأولى إلى السلطة التي تقع عليها مسؤولية تحقيق الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي.

المبحث السابع: فرض الضرائب الاستثنائية عند الضرورة:

حين أصيبت مملكة غرناطة بضائقة مالية خانقة بسبب الحروب الخارجية والأوضاع السياسية الحرجة التي أثقلت كاهل الخزينة وأفرغتها، وتكاثرت التحديات الداخلية والخارجية على الدولة؛ قام حكام غرناطة باستفتاء الفقهاء في مدى جواز فرض ضرائب استثنائية على الأغنياء والميسورين لجبر هذا الخلل، ولتمويل خزينة الدولة بما يجعلها قادرة على القيام بواجباتها نحو الشعب، وللمحافظة على أمن المجتمع ودفع المخاطر عنه؛ وقد اختلف الفقهاء في ذلك، وذهب أكثرهم إلى عدم جواز فرض الضرائب على الناس بسبب اعتمادهم على ظواهر النصوص الفقهية التي بحوزتهم؛ أما الشاطبي فقد أعلن مخالفته لهؤلاء الفقهاء، وصرّح بجواز فرض ضرائب عامة لكنها بحسب مقدار الثروة لأجل المحافظة على قوة الدولة ودفع الأخطار، وفي ذلك يقول: «إذا قررنا إماماً مطاعاً، مفتقراً إلى تكثير الجنود لسد الثغور، وحماية الملك المتسع الأقطار، وخلا بيت المال، وارتفعت حاجات الجند إلى ما لا يكفيهم؛ فلإمام إذا كان عدلاً أن يوظف على الأغنياء ما يراه كافياً لهم في المال إلى أن يظهر مال بيت المال، ثم له النظر في توظيف ذلك على الغلات والثمار وغير ذلك كيلا يؤدي تخصيص الناس به إلى إحاش القلوب وذلك يقع قليلاً في كثير بحيث لا يجحف بأحد ويحصل المقصود»⁶³.

وإنّ هذا الحلّ الذي قدّمه الشاطبي اجتهداً تابع فيه فقهاء كباراً سبقوه إلى هذه الفكرة؛ منهم ابن حزم الأندلسي وأبو حامد الغزالي وأستاذة إمام الحرمين الجويني، وكذلك الإمام العز بن عبد السلام صاحب أول محاولة لدراسة فقه المصالح والوسائل المؤدية إليها؛ فقد سوّغ هؤلاء العلماء فرض الضرائب على الأغنياء عند شغور خزينة الدولة عند الحاجة الشديدة⁶⁴، وقد قرّر هؤلاء العلماء جواز الأخذ بفكرة فرض الضرائب عند شغور خزينة الدولة في أحوال الحرب والحاجة الشديدة للإنفاق على الشعب في الأحوال الاستثنائية.

وهذا الذي أفتى به الشاطبي لأول مرّة في الأندلس بعد أن وقعت المخاطر فعلياً؛ يتماهى مع فكرة الجويني والغزالي وابن عبد السلام؛ التي تقوم على أساس افتراض حالة غير متوازنة في موازنة الدولة تستلزم فرض ضرائب استثنائية على الأغنياء تؤخذ من المال الموجود فعلياً بأيدي الناس على وجه المساواة بينهم، وليس باللجوء إلى خلق النقود أو غير ذلك من الحلول الترقيعية؛ وهو اقتراح سباق ومتفوق على آراء كثير من الاقتصاديين المعاصرين الذين يجعلون الحل في مثل هذه الأحوال هو لجوء البنك المركزي إلى سياسة التدخل عن طريق السوق المفتوحة.

وإذا كانت فتاوى الفقهاء الذين سبقوا الشاطبي في إباحة الضرائب الاستثنائية افتراضاً نصّوا عليه في مؤلفاتهم؛ فإنّ الشاطبي قد جهر به في مجتمع يقوم على التمسك الشديد بنصوص المذهب المالكي، وخالف بفتواه هذه جمهور الفقهاء في غرناطة، وتحمل تبعه هذه المخالفة حين قاموا بالإنكار عليه وتشنيع قوله؛ وهو مظهر من أبرز مظاهر شجاعته الفقهية.

خاتمة:

نخلص من هذا إلى أنّ الإمام أبا إسحاق الشاطبي يمثل ذلك النموذج الرائع لعلماء الإسلام الجامعين بين المعارف والعلوم وثقافة العصر والإحاطة بأحواله وظروفه؛ ممّن أسهموا في تأسيس العلوم الاجتماعية والإنسانية في ضوء هدي مصادر التلقي لشريعة الإسلام؛ التي جاءت لتعالج قضايا الإنسان كلها، ولتحلّ مشكلات الحياة التي تعترضه في ذاته أو معاشه أو علاقاته مع محيطه أو خارجه، وهو نموذج يؤكد

على ضرورة عودة الباحثين في العلوم الإنسانية والاجتماعية الحديثة إلى تراثنا الزاخر لاستخراج ما فيه من تأصيلات فريدة وسبّاقة لقضايا المعارف الحديثة؛ فذلك خير من نسبة الفضل كلّه لرجال الفلسفة والعلم في العصور الأوروبية رغم أنّ كثيراً مما جاؤوا به كانوا قد أخذوه دون تصريح من تراثنا الذي تعرّفوا عليه في الأندلس وفي رحلاتهم إلى الشرق واحتكاكهم بحضارة الإسلام خلال الحملات الصليبية وغيرها.

المصادر والمراجع:

- إبراهيم، زكريا عبد المنعم، نظام الشورى في الإسلام ونظم الديمقراطية المعاصرة، مطبعة السعادة، القاهرة سنة 1985م.
- الأصفهاني، الحسين بن محمد المعروف بالراغب، تفصيل النشأتين وتحصيل السعادتين، تحقيق: عبد المجيد النجار، دار الغرب الإسلامي، بيروت سنة 1987م.
- ابن تغري بردي، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة سنة 1938م.
- التنبكتي، أحمد بابا، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، ط. مكتبة السعادة، مصر سنة 1329هـ، وأبو عبد الله محمد بن عبد الله بن الحميري، عبد المنعم، الروض المعطار في خبر الأقطار، تحقيق: إحسان عباس، ط. مؤسسة ناصر للثقافة، بيروت سنة 1980م.
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، دار الآفاق الجديدة، الدار البيضاء سنة 1991م.
- -----، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي وابنه، ط. الرئاسة العامة لشؤون الحرمين الشريفين الرياض (د.ت.).
- جبرون، محمد، مفهوم الدولة الإسلامية: أزمة الأسس وحتمية الحداثة، منشورات المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، بيروت سنة 2014م.
- الجويني، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله، البرهان في أصول الفقه، تحقيق: عبد العظيم الديب، دار الأنصار، القاهرة سنة 1980م.

- ، غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق: عبد العظيم الديب، مكتبة إمام الحرمين، سنة 1981م.
- حجازي، أحمد مجدي وآخرون، المجتمع الاستهلاكي ومستقبل التنمية في مصر، مركز البحوث والدراسات الاجتماعية، كلية الآداب، جامعة القاهرة سنة 2001م.
- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد، المحلى بالآثار، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت (د.ت.).
- ابن حيان، أبو مروان حيان بن خلق، المقتبس في أخبار بلد الاندلس، تحقيق: عبد الرحمن علي الحجي، ط. دار الثقافة، بيروت سنة 1385هـ-1965م.
- ابن الخطيب، لسان الدين محمد بن عبد الله، الإحاطة في أخبار غرناطة، تحقيق: صلاح الدين المنجد، ط. دار الكتاب الجديد، بيروت سنة 1968م.
- ، اللوحة البدرية في الدولة النصرية، تحقيق: محي الدين الخطيب، ط. دار الآفاق الجديدة، بيروت سنة 1978م.
- الدريني، محمد فتحي، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، ط. مؤسسة الرسالة، بيروت سنة 1982م.
- ، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت سنة 1998م.
- دنيا، شوقي، النظرية الاقتصادية من منظور إسلامي، مكتبة الخريجي، الرياض سنة 1984م.
- الريسوني، أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ط. دار الكلمة، المنصورة - مصر سنة 2010م.
- الزركلي، خير الدين بن محمود، الأعلام، ط. دار العلم للملايين، بيروت سنة 2002م.
- ابن زنجويه، حميد بن مخلد، الأموال، مركز الملك فيصل، الرياض سنة 1986م.
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبه أمم شرقية، تحقيق: توفيق محمد الشاوي ونادية عبد الرزاق السنهوري، مؤسسة الرسالة، القاهرة سنة 2008م.

- السنوسي، عبد الرحمن بن معمر، معرفة اللغة العربية ومكانتها بين شروط الاجتهاد عند أبي إسحاق الشاطبي، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، (المجلد 11، العدد 2/2018).
- -----، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، دار ابن الجوزي، الدمام سنة 2003م،
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الاعتصام، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، ط. دار ابن عفان، السعودية سنة 1412هـ/1992م.
- -----، الإفادات والإنشادات، تحقيق: محمد أبو الأجفان، مؤسسة الرسالة، بيروت سنة (1406هـ-1986م).
- -----، الموافقات، شرح وتحقيق: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت (د.ت.).
- -----، فتاوى الإمام الشاطبي، تحقيق: محمد أبو الأجفان، تونس سنة 1985م.
- الشريف، كمال، حقوق الإنسان في صحيفة المدينة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض سنة 2001م.
- الصعدي، حازم عبد المتعال، الفكر الإسلامي في الدولة مع المقارنة بنظرية الدولة في الفقه الدستوري الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 1977م.
- الطماوي، سليمان، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي: دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة سنة 1979م.
- ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ط. دار الفكر، بيروت سنة 1992م.
- ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، ط. الشركة التونسية للنشر والتوزيع، تونس سنة 1975م.
- ابن عبد السلام، العز عز الدين، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، دار المعرفة، بيروت (د.ت.).

- عبد المتعال، زكي، تاريخ النظم السياسية والقانونية والاقتصادية، مطبعة نوري، القاهرة سنة 1935م.
- العبيدي، حمادي، الشاطبي ومقاصد الشريعة، ط. دار قتيبة، دمشق سنة 1412هـ/1992م.
- العمري، أكرم ضياء، عصر الخلافة الراشدة، ط. مكتبة العبيكان، الرياض سنة 2009م.
- العوا، محمد سليم، النظام السياسي للدولة الإسلامية، دار الشروق، القاهرة سنة 1989م.
- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، المستصفى من علم الأصول، دار الفكر، بيروت (د.ت.) مصورة عن المطبعة الأميرية، بولاق سنة 1322هـ.
- -----، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، تحقيق: حمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد، بغداد سنة 1971م.
- الفنجري، محمد شوقي، الإسلام والتنمية الاقتصادية، دار الفكر، القاهرة سنة 1981م.
- ابن القاضي، أبو العباس أحمد بن محمد المكناسي، درة الحجال في غرة أسماء الرجال، تحقيق: محمد الأحمدى أبو النور، ط. دار التراث بالقاهرة والمكتبة العتيقة بتونس، سنة 1391هـ-1971م.
- قلعة جي، محمد رواس وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت سنة 1988م.
- ابن قيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، ط ،
- ليلة، محمد كامل، النظم السياسية: الدولة والحكومة، دار الفكر العربي، القاهرة سنة 1973م.
- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، قوانين الوزارة وسياسة الملك، تحقيق رضوان السيد، دار الطليعة، بيروت سنة 1993م؟
- متولي، عبد الحميد، الإسلام ومبادئ نظام الحكم، منشأة المعارف، الإسكندرية سنة 1990م.

- المجاري، أبو عبد الله محمد، برنامج المجاري، تحقيق محمد أبو الأجفان، ط. دار الغرب الإسلامي، بيروت سنة 1982م.
 - محي الدين، عمرو، التنمية والتخطيط الاقتصادي، دار النهضة العربية، بيروت سنة 1972م.
 - مخلوف، محمد بن محمد، شجرة النور الزكية، ط. المطبعة السلفية، القاهرة سنة 1349-1350هـ.
 - مسلم، ابن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، مصر سنة 1991م.
 - المقري، أحمد بن محمد التلمساني، نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب، تحقيق: إحسان عباس، ط. دار صادر، بيروت سنة 1968م.
 - ملكاوي، فتحي حسن، منظومة القيم العليا: التوحيد والتزكية والعمران، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا سنة 2013م.
 - منصور، أحمد إبراهيم، عدالة التوزيع والتنمية الاقتصادية، ط. مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت سنة 2007م.
 - النباهي، أبو الحسن علي بن عبد الله، نزهة البصائر والأبصار، نشره: مولر، ط. ميونخ سنة 1283هـ-1866م.
- المراجع الأجنبية:**
- Antonio Fernández-Puertas, The Three Great Sultans of al-Dawla al-Ismā'īliyya al-Naṣriyya Who Built the Fourteenth-Century Alhambra: Ismā'īl I, Yūsuf I, Muḥammad V (713-793/1314-1391) , Journal of the Royal Asiatic Society, Third Series, Vol. 7, No. 1 (Apr., 1997).
 - Brown, Susan Love, The Free Market as Salvation from Government: The Anarcho-Capitalist View, Meanings of the Market: The Free Market in Western Culture, edited by James G. Carrier, Berg/Oxford, 1997.
 - Buresi Pascal, «Nommer, penser les frontières en Espagne aux XIe-XIIIe siècles», in Carlos de Ayala et al. (dir.), Identidad y

representación de la frontera en la España medieval (siglos XI-XIV), Madrid, Collection de la Casa de Velázquez, 2001.

- David D. Friedman, The machinery of freedom: guide to a radical capitalism, Edition 2, Open Court, 1995.
- Edward Stringham, Anarchy and the law: the political economy of choice,
- Ricardo Petrella, Le bien commun. Éloge de la solidarité. Bruxelles, Éditions Labor, collection Quartier libre, 1996 (2e édition).
- Robert Nozick, "Anarchy, State and utopia", New York: Basic Books , 1974.
- Wilfred C. Smith; Islam in modern history (Princeton university press, 1957).

1 لسان الدين محمد بن عبد الله المعروف بابن الخطيب، الإحاطة في أخبار غرناطة: (332-319/1)، تحقيق: صلاح الدين المنجد، ط. دار الكتاب الجديد، بيروت سنة 1968م، وله أيضا: اللحة البدرية في الدولة النصرية: (ص/28-39، و60-65)، تحقيق: محي الدين الخطيب، ط. دار الآفاق الجديدة، بيروت 1978م، وأبو مروان حيان بن خلق بن حيان، المقتبس في أخبار بلد الاندلس: (129/1)، تحقيق: عبد الرحمن علي الحجي، ط. دار الثقافة، بيروت 1385هـ- 1965م، وأبو الحسن علي بن عبد الله النباهي، نزهة البصائر والأبصار: (ص/119)، نشره: مولر، ط. ميونخ 1283هـ-1866م، وعبد الرحمن السنوسي، معرفة اللغة العربية ومكانتها بين شروط الاجتهاد عند أبي إسحاق الشاطبي: (ص/316-350)، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، (المجلد 11، العدد 2/2018)، ينظر أيضاً:

Antonio Fernández-Puertas, The Three Great Sultans of al-Dawla al-Isma'iliyya al-Nasriyya Who Built the Fourteenth-Century Alhambra: Isma'il I, Yūsuf I, Muḥammad V (713-793/1314-1391) , Journal of the Royal Asiatic Society, Third Series, Vol. 7, No. 1 (Apr., 1997), pp. 1-25., Buresi Pascal, « Nommer, penser les frontières en Espagne aux XIe-XIIIe siècles », in Carlos de Ayala et al. (dir.), Identidad y representación de la

- frontera en la España medieval (siglos XI-XIV), Madrid, Collection de la Casa de Velázquez, 2001, p. 75, 341.
- 2 - أحمد بن محمد المقرئ التلمساني، نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب: (148/1)، تحقيق: إحسان عباس، ط. دار صادر، بيروت سنة 1968م.
- 3 - ابن الخطيب، اللحة البدرية في الدولة النصرية: (ص/28-39).
- 4 - أبو عبد الله محمد المجاري الأندلس، برنامج المجاري: (ص/116)، تحقيق محمد أبو الأجنان، ط. دار الغرب الإسلامي، بيروت سنة 1982م، و أحمد بابا التبتكي، نيل الابتهاج بتطريز الديباج: (ص/46)، ط. مكتبة السعادة، مصر سنة 1329هـ، وأبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عبد المنعم الحميري، الروض المعطار في خبر الأقطار: (ص/337)، تحقيق: إحسان عباس، ط. مؤسسة ناصر للثقافة، بيروت سنة 1980م.
- 5 - الشاطبي، الإفادات والإنشادات: (ص/32، 143)، تحقيق: محمد أبو الأجنان، مؤسسة الرسالة، بيروت سنة (1406هـ-1986م).
- 6 - أبو العباس أحمد بن محمد المكناسي الشَّهير بابن القاضي، درة الحجال في غرة أسماء الرجال: (97/1)، تحقيق: محمد الأحمدي أبو النور، ط. دار التراث بالقاهرة والمكتبة العتيقة بنونس، سنة 1391هـ-1971م، والمجاري، برنامج المجاري: (ص/122)، والتبتكي، نيل الابتهاج: (ص/49).
- 7 - الإحاطة في أخبار غرناطة: (269-287/2)، وبرنامج المجاري: (ص/119)، والتبتكي، نيل الابتهاج: (ص/282)، ومحمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية: (ص/232-233)، ط. المطبعة السلفية، القاهرة سنة 1350-1349هـ.
- 8 - برنامج المجاري: (ص/117-118)، ونيل الابتهاج: (ص/308).
- 9 - أبو إسحاق الشَّاطبي، الاعتصام: (31-32/1)، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، ط. دار ابن عفان، السعودية سنة 1412هـ-1992م.
- 10 - المصدر نفسه: (32/1).

- 11 - برنامج المجاري: (ص/118)، ونيل الابتهاج: (ص/48)، وشجرة النور الزكية: (ص/231)، وابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية: (ص/8)، ط. الشركة التونسية للنشر والتوزيع، تونس سنة 1975م.
- 12 - المصادر نفسها، وانظر أيضا: خير الدين بن محمود الزركلي، الأعلام: (75/1)، ط. دار العلم للملايين، بيروت سنة 2002م.
- 13 - نيل الابتهاج: (ص/48)، والمقري، نفح الطيب: (7/249).
- 14 - نيل الابتهاج: (ص/48)، وشجرة النور الزكية: (ص/231).
- 15 - نيل الابتهاج: (ص/48-49).
- 16 - برنامج المجاري: (ص/118)، ونيل الابتهاج: (ص/49)، وشجرة النور الزكية: (ص/231)، وحماي العبيدي، الشاطبي ومقاصد الشريعة: (ص/97-116)، ط. دار قتيبة، دمشق سنة 1412هـ/1992م.
- 17 - الراغب الأصفهاني، تفصيل النشأتين وتحصيل السعادتين: (ص/104-114)، تحقيق: عبد المجيد النجار، دار الغرب الإسلامي، بيروت سنة 1987م، وفتحي حسن ملكاوي، منظومة القيم العليا: التوحيد والتزكية والعمران: (ص/21) وما بعدها، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا سنة 2013م، عبد الرحمن السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات: (ص/176)، دار ابن الجوزي، الدمام سنة 2003م،
- 18 - ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية: (ص/79)، وفتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق: (ص/25)، مؤسسة الرسالة، بيروت سنة 1998م.
- 19 - الموافقات: (1/38).
- 20 - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: (ص/32)، ط ، ومحمد فتحي الدريني، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم: (ص/188-194)، ط ، مؤسسة الرسالة، بيروت سنة 1982م، وعبد الحميد متولي، الإسلام ومبادئ نظام الحكم: (ص/11-14)، منشأة المعارف، الإسكندرية سنة 1990م.

21 - أبو الحسن الماوردي، قوانين الوزارة وسياسة الملك: (ص/20-23)، تحقيق رضوان السيد، دار الطليعة، بيروت سنة 1993م، وابن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية: (ص/134-137)، دار الآفاق الجديدة، الدار البيضاء سنة 1991م، وزكريا عبد المنعم إبراهيم، نظام الشورى في الإسلام ونظم الديمقراطية المعاصرة: (ص/14-16)، مطبعة السعادة، القاهرة 1985م.

22 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية: (ص/247)، تحقيق: توفيق محمد الشاوي ونادية عبد الرزاق السنهوري، مؤسسة الرسالة، القاهرة سنة 2008م، وحازم عبد المتعال الصعيدي، الفكر الإسلامي في الدولة مع المقارنة بنظرية الدولة في الفقه الدستوري الحديث: (ص/143)، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 1977م، ومحمد جبرون، مفهوم الدولة الإسلامية: أزمة الأسس وحتمية الحداثة: (ص/6-7)، منشورات المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، بيروت سنة 2014م. وانظر أيضاً:

Edward Stringham, Anarchy and the law: the political economy of choice, p. 504., David D. Friedman, The machinery of freedom: guide to a radical capitalism, Edition 2, Open Court, 1995, p. 19.

23 - سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي: دراسة مقارنة: (ص/427)، دار الفكر العربي، القاهرة 1979م ومحمد سليم العوا، النظام السياسي للدولة الإسلامية: (ص/183)، دار الشروق، القاهرة سنة 1989م، وزكي عبد المتعال، تاريخ النظم السياسية والقانونية والاقتصادية: (ص/39)، مطبعة نوري، القاهرة 1935م، ومحمد كامل ليلة، النظم السياسية: الدولة والحكومة: (ص/303)، دار الفكر العربي، القاهرة 1973م،

24 - Wilfred C. Smith; Islam in modern history (Princeton university press, 1957) pp.215, 239., Robert Nozick, "Anarchy, State and utopia", New York: Basic Books , 1974, pp. 5-42., Brown, Susan Love, The Free Market as Salvation from Government: The Anarcho-Capitalist View, Meanings of the

- Market: The Free Market in Western Culture, edited by James G. Carrier, Berg/Oxford, 1997, p. 113.
- 25 - حميد بن مخلد بن زنجويه، الأموال: (470-466/2)، مركز الملك فيصل، الرياض 1986م، وكمال الشريف، حقوق الإنسان في صحيفة المدينة: (1/68-70)، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 2001م، وأكرم ضياء العمري، عصر الخلافة الراشدة: (ص/392)، ط. مكتبة العبيكان، الرياض 2009م.
- 26 - الموافقات: (17/2).
- 27 - Ricardo Petrella, Le bien commun. Éloge de la solidarité. Bruxelles, Éditions Labor, collection Quartier libre, 1996 (2e édition), 93p. (ISBN 2-8040-1110-0).
- 28 - الجويني، البرهان في أصول الفقه: (958-923/2)، تحقيق: عبد العظيم الديب، دار الأنصار، القاهرة سنة 1980م، والغزالي، المستصفى: (1/286-293)، دار الفكر، بيروت (د.ت.)، والشاطبي، الموافقات: (2/48)، شرح وتحقيق: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت (د.ت.).
- 29 - الموافقات: (17/2).
- 30 - المصدر نفسه: (ص/6-7).
- 31 - المصدر نفسه: (22-16/2). وانظر: أحمد إبراهيم منصور، عدالة التوزيع والتنمية الاقتصادية: (ص/310-230)، ط. مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت 2007م.
- 32 - المصدر نفسه: (180/2).
- 33 - الموافقات: (7/2).
- 34 - المصدر نفسه: (29-28/4).
- 35 - محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار: (184/4)، ط. دار الفكر، بيروت 1992م.
- 36 - الموافقات: (367-368/2).

- 37 - الموافقات: (179/2).
- 38 - المصدر نفسه: (179/2).
- 39 - المصدر نفسه: (191/2).
- 40 - المصدر نفسه: (195/2).
- 41 - المصدر نفسه: (178/2).
- 42 - أخرجه مسلم: (رقم: 5419)، كتاب اللقطة، باب استحباب الموساة بفضول المال.
- 43 - الموافقات: (355-354/2).
- 44 - عمرو محي الدين، التنمية والتخطيط الاقتصادي: (ص/210)، دار النهضة العربية، بيروت 1972م، ومحمد شوقي الفنجري، الإسلام والتنمية الاقتصادية: (ص/17)، دار الفكر، القاهرة سنة 1981م.
- 45 - الموافقات: (157/1).
- 46 - المصدر نفسه: (178/2).
- 47 - المصدر نفسه: (142/3).
- 48 - فتاوى الإمام الشاطبي: (ص/159)، تحقيق: محمد أبو الأجنان، تونس 1985م.
- 49 - المصدر نفسه: (ص/160-156)، المثال مستفاد من د. أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي: (ص/64)، ط. دار الكلمة، المنصورة - مصر 2010م.
- 50 - محمد رواس قلعة جي وحامد صادق قنبيبي، معجم لغة الفقهاء: (ص/66)، دار النفائس، بيروت سنة 1988م، وشوقي دنيا، النظرية الاقتصادية من منظور إسلامي: (ص/91)، مكتبة الخريجي، الرياض 1984م، أحمد مجدي حجازي وآخرون، المجتمع الاستهلاكي ومستقبل التنمية في مصر: (ص/100)، مركز البحوث والدراسات الاجتماعية، كلية الآداب، جامعة القاهرة 2001م.
- 51 - [سورة الأعراف: 157].

- 52 - [سورة الطلاق: 7].
- 53 - الموافقات: (121/1-122).
- 54 - المصدر نفسه: (260/3).
- 55 - المصدر نفسه: (385/2).
- 56 - المصدر نفسه: (191/1-192).
- 57 - المصدر نفسه: (352/2).
- 58 - المصدر نفسه: (184/2-185).
- 59 - المصدر نفسه: (367/2).
- 60 - المصدر نفسه: (188/2).
- 61 - المصدر نفسه: (367-368/2).
- 62 - المصدر نفسه: (157/1).
- 63 - الشاطبي، الاعتصام: (380/2)، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت سنة (1418هـ-1998م).
- 64 - ابن حزم، المحلى: (156/6)، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت (د.ت.)، والجويني، غياث الأمم في التياث الظلم: (ص/256-273)، تحقيق: عبد العظيم الديب، مكتبة إمام الحرمين، 1981م، والغزالي، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل: (ص/236)، تحقيق: حمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد، بغداد سنة 1971م، والمستصفي: (1/303-305)، المطبعة الأميرية، بولاق 1322هـ، وابن تيمية، مجموع الفتاوى: (30/40-42)، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي وابنه، ط. الرئاسة العامة لشؤون الحرمين الشريفين الرياض (د.ت.)، والعز بن عبد السلام، قواعد الأحكام: (2/123)، دار المعرفة، بيروت (د.ت.)، وابن تغري بردي، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة: (7/72-73)، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة سنة 1938م.

تاريخ القبول: 2021/02/08

تاريخ الإرسال: 2021/01/30

ظاهرة التكفير وأخطارها دراسة شرعية تاريخية تحليلية

The takfir phenomenon and its dangers: a sharia, analyisistic and historical studyأ.د محمد توفيق رمضان¹¹كلية الشريعة، جامعة دمشق (سوريا)، boutitoufikramadan@gmail.com**المخلص:**

لعل من أخطر الظواهر التي تهدد سلامة الأمة ووحدة كلمتها تلك الظاهرة التي تتمثل بما يسميه البعض بظاهرة التكفير. وهي ظاهرة قديمة، عانت منها الأمة في الصدر الأول من تاريخنا الإسلامي. ثم انحسرت أو انحسر أثرها وانقرضت أكثر أطيافها، حتى ظهرت في العصر الحاضر لتمارس جرائمها مرة أخرى .

الكلمات المفتاحية: التكفير، التطرف، العنف.

Abstract:

Perhaps one of the most dangerous phenomenon that threat the nation safety and its words unify, is what some called the takfir phenomenon. It consider as an old phenomenon which the nation has been suffered with since our early history, Subsequently its effect and spectrums has reduced until the current age when appeared to practice its crimes again.

Keywords: Takfir , extremism , violence

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين وبعد،

فعل من أخطر الظواهر التي تهدد سلامة الأمة ووحدة كلمتها تلك الظاهرة التي تتمثل بما يسميه البعض بظاهرة التكفير. وهي ظاهرة قديمة، عانت منها الأمة في الصدر الأول من تاريخنا الإسلامي. ثم انحسرت أو انحسر أثرها وانقرضت أكثر أطيافها، حتى ظهرت في العصر الحاضر لتمارس جرائمها مرة أخرى.

والتكفير مشكلة خطيرة، تستخدم النصوص الشرعية لغير معناها، وفي غير مقاصدها؛ مما يحقق أهدافاً كثيرة من أهمها الوقيعة بين أبناء الأمة، ليقنتلوا ويسفك بعضهم دم بعض. ومتى بلغ الأمر بين الناس سفك الدماء يغدو من الصعب معالجة الحالة التي وصلوا إليها. ومنها تشويه الإسلام بإظهاره ديناً يدفع بالناس إلى سفك الدماء، وإكراه الناس على اعتناق عقيدته، والتمسك كرهاً بشريعته. وهذا يعود بالتالي إلى تنفير غير المسلمين عن الإسلام، وسد الطرق التي تصل ثقافات الشعوب ومعارفها ودياناتها ببعضها. ولعل أشد مخاطر التكفير جعل الأمة المسلمة تتآكل ذاتياً؛ من خلال تكفير أبناء الأمة بعضهم بعضاً. مما يضعف الأمة ويجعلها لقمة سائغة في فم دول الطغيان والاستكبار، وتمكينها من فرض وصاية جديدة على الدول الإسلامية.

ولعل المناخ المناسب لنشر ظاهرة التكفير إنما هو مناخ الجهل والفنوية العرقية والطبقية وغيرها من مظاهر التشتيت للأمة الواحدة، على النقيض مما يتجه إليه القرآن في تعاليمه وتوجيهاته. فكتاب الله يدعو إلى جمع الكلمة فيقول داعياً إلى جمع الشمل، وممناً عليهم بتوحيد صفوفهم على الحق والهدى، بعد أن سادت فيهم الفرقة والعداء: ﴿وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ إِذْ كُنْتُمْ أَعْدَاءً فَأَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِكُمْ فَأَصْبَحْتُمْ بِنِعْمَتِهِ إِخْوَانًا وَكُنْتُمْ عَلَى شَفَا حُفْرَةٍ مِّنَ النَّارِ فَأَنْقَذَكُم مِّنْهَا كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ﴾¹. ويجعل من الدين سبيلاً لجمع الشمل، بينما التكفيريون يجعلون من الدين أداة لتمزيق وحدة الأمة. ويقول: ﴿وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ﴾²، مُحَرِّمًا التنازع المؤدي إلى الفشل والهزيمة.

ويقول: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلَحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾³. ويجعل سبيل الدعوة إلى الحق إنما يتمثل في الحوار الودّي والعلمي فقال: ﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ﴾⁴.

ونهانا أن نحاور غير المسلمين من أهل الكتاب ونحوهم إلا بالتي هي أحسن، فقال موضحاً ضرورة البدء في محاورتهم من نقاط الاتفاق: ﴿وَلَا تَجَادِلُوا أَهْلَ الْكِتَابِ إِنَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّا الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْهُمْ وَقُولُوا آمَنَّا بِالَّذِي أُنْزِلَ إِلَيْنَا وَأَنْزَلَ إِلَيْكُمُ وَإِلَهُنَا وَإِلَهُكُمْ وَاحِدٌ وَنَحْنُ لَهُ مُسْلِمُونَ﴾⁵. ويحدد كتاب الله منهج الدعوة بطريق الحوار، ويمنع أسلوب الإكراه بقوله: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾⁶، والنبي ﷺ يوجه أصحابه إلى منهج الدعوة، فقد كان رسول الله ﷺ إذا بعث أحداً من أصحابه للدعوة قال: «يَسِّرُوا وَلَا تَعْسِرُوا، وَسَكِّنُوا وَلَا تَنْفَرُوا»⁷.

فأين منهج التكفيريين قديماً وحديثاً من الإسلام، وأوامر الله وتوجيهات نبيه ﷺ؟! سوف أعرض فيما يأتي لبيان معنى التكفير في اللغة والاصطلاح، ثم عرض النصوص الشرعية وأقوال علماء العقيدة والفقه التي تتناول بيان حكم التكفير، ثم أعرض لظاهرة التكفير في التاريخ الإسلامي؛ ولا سيما في الصدر الأول، من خلال عرض حركة الخوارج التي كان لها أخطر الأثر على الأمة الإسلامية. وأعقب العرض التاريخي في الصدر الأول بتحليل تلك الظاهرة وأسبابها وعوامل ظهورها وآثارها. ثم أعرض لظاهرة التكفير في العصر الحديث، ولا سيما في الفتنة التي أوقدت في وطننا ولا تزال راحا تدور فيه، لتنتشر الموت والخراب. ولتمارس أفقر دور في محاربة الإسلام باسم الإسلام، وخدمة العدو بوقاحة لم يسبق لها نظير. وبدعم من دول تدعي الإسلام؛ وهي تتعامل مع العدو الصهيوني. ودول غربية تكالبت على بلادنا بغية فرض وصايتها على سيادة القرار الوطني، وتوفير المناخ الآمن للتوسع الصهيوني. وبدعم غدا صريحاً من دولة العصابات الصهيونية.

ثم نحاول أن نصل من خلال العرض التاريخي وتحليل هذه الظاهرة قديماً وحديثاً إلى منشأ هذه الظاهرة ومخاطرها، وسبل كبح جماحها، إن شاء الله وبالله التوفيق.

المبحث الأول: مفهوم التكفير

المطلب الأول: التكفير في اللغة والاصطلاح

ذكر في مختار الصحاح أن الكُفر ضد الإيمان، وكَفَر من باب نصر، وأن الكُفر أيضاً جحود النعمة، وهو ضد الشكر. ويقال: كفره كفراناً، أي جحده.

أما الكُفر فهو التغطية، وهو من باب ضرب. والكُفر أيضاً القرية، ومنه تسمية كفر سوسة مثلاً وكفر تخاريم. وكل شيء غطي شيئاً فقد كَفَرَه. ويسمى الزارع كافراً لأنه يغطي البذر بالتراب.

ويقال: لا نكفر أحداً من أهل القبلة: أي لا ننسبه إلى الكُفر⁸.

وقال في اللسان⁹: في بيانه لحديث النبي ﷺ: «لَا تَرْجِعُوا بَعْدِي كُفَّارًا، يَضْرِبُ بَعْضُكُمْ رِقَابَ بَعْضٍ»¹⁰، عدّ قتال المسلمين بعضهم بعضاً بمثابة الكفر. والقول الثاني: أنه يكفر الناس، فيكفر، كما تفعل الخوارج، إذا استعرضوا الناس فيكفرونهم. وهو كقوله ﷺ: «أَيُّمَا رَجُلٍ قَالَ لِأَخِيهِ يَا كَافِرُ، فَقَدْ بَاءَ بِهَا أَحَدُهُمَا»¹¹.

ثم قال: كفر الرجل: نسبه إلى الكفر.

من خلال ما عرضته من معان لغوية لمادة (ك.ف.ر) يتضح أن الكفر ضد الإيمان، أي أن الإيمان الذي يعني أعلى درجات التصديق، فإن الكفر يعني الإنكار، فإن ما يؤمن به فريق من الناس هو ما يصدقونه في دينهم، والفريق الآخر الذي لا يتفق معهم في تصديق ما يؤمنون به هم كفرة بما يؤمن به الفريق الأول. وهذا لا إشكال فيه. فمن أنكر وجود الله أو أنكر بعض أركان الإيمان عند المسلمين هو كافر بها. وفي الوقت ذاته فإن المسلم المنكر لما يعتقدّه مخالفوه؛ أي لا يصدق به، هو في نظر هذا الفريق من غير المسلمين كافر بما يعتقدون به.

نتيجة المعنى اللغوي وتحليله في الواقع العملي: والعلاقة بين المسلمين وغيرهم في عصر النبوة وعلى مرّ التاريخ في جوانب الحياة الأخرى طبيعية، لأن المجتمع فيه المسلم وغير المسلم منذ عهد النبوة. إنما الإشكال في اتهام فريق من المسلمين فريقاً آخر منهم بالكفر. أي يكفرونهم، ومعنى يكفرونهم: أي ينسبونهم إلى الكفر، مع أن كلا الفريقين ينتسب إلى الإسلام. لبيد الصراع والنزاع، لاسيما عندما يكون أحد الطرفين

متشجناً لموقفه، متطرفاً في طريقة معالجة اختلافه مع مخالفيه، فيجعل تكفيره لمخالفه مسوغاً لسفك دمه، ومقاتلته. مع أن الكفر في الأصل ليس مسوغاً للقتال. والجهاد القتالي لم يشرع لإلزام أحد على الإسلام¹². وإنما شرع لمواجهة من يحارب الدولة، أو يعتدي على أبنائها. أو ما يسمى بظاهرة "البغي"، أعني الخروج المسلح على الدولة.

المطلب الثاني: التكفير في النصوص الشرعية وعند أئمة الفقه وعلماء العقيدة:

— في القرآن: ذهب علماء التفسير في بيان قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنَابَرُوا بِاللِّقَابِ بئسَ الاسمُ الفسوقُ بعدَ الإيمانِ وَمَنْ لَمْ يَتُبْ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾¹³ إلى حرمة وصف المسلم بالكفر، فقد نقل البغوي في تفسيره عن عكرمة قوله في تفسير الآية: ((هُوَ قَوْلُ الرَّجُلِ لِلرَّجُلِ يَا فَاسِقُ يَا مُنَافِقُ يَا كَافِرُ. وَقَالَ الْحَسَنُ: كَانَ الْيَهُودِيُّ وَالنَّصْرَانِيُّ يُسَلِّمُ، فَيَقَالُ لَهُ بَعْدَ إِسْلَامِهِ يَا يَهُودِيَّ يَا نَصْرَانِيَّ، فَهَؤُلَاءِ عَنْهُ ذَلِكَ))¹⁴. وذكر ابن عطية في تفسير هذه الآية: ((وقال ابن زيد. معنى: وَلَا تَنَابَرُوا بِاللِّقَابِ أي لا يقول أحد لأحد: يا يهودي بعد إسلامه. ولا يا فاسق بعد توبته. ونحو هذا))¹⁵.

— في السنة: روى البخاري عن أبي هريرة ؓ: أن رسول الله ﷺ قال: «إِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِأَخِيهِ يَا كَافِرُ، فَقَدْ بَاءَ بِهِ أَحَدُهُمَا»¹⁶، وروى مسلم أن رسول الله ﷺ: «أَيُّمَا امْرِئٍ قَالَ لِأَخِيهِ: يَا كَافِرُ، فَقَدْ بَاءَ بِهِمَا أَحَدُهُمَا، إِنْ كَانَ كَمَا قَالَ، وَإِلَّا رَجَعَتْ عَلَيْهِ»¹⁷. ذكر الإمام النووي في شرحه للحديث: ((في تَأْوِيلِ الْحَدِيثِ أَوْجُهُ أَحَدُهَا أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى الْمُسْتَحِلِّ لِذَلِكَ، وَهَذَا يُكَفِّرُ فَعَلَى هَذَا مَعْنَى بَاءَ بِهِمَا أَيِّ بِكَلِمَةِ الْكُفْرِ، وَكَذَا حَارَ عَلَيْهِ وَهُوَ مَعْنَى رَجَعَتْ عَلَيْهِ أَيِّ رَجَعَ عَلَيْهِ الْكُفْرُ. فَبَاءَ وَحَارَ وَرَجَعَ بِمَعْنَى وَاحِدٍ وَالْوَجْهُ الثَّانِي مَعْنَاهُ رَجَعَتْ عَلَيْهِ نَقِصَتُهُ لِأَخِيهِ وَمَعْصِيَةُ تَكْفِيرِهِ، وَالثَّلَاثُ أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى الْخَوَارِجِ الْمُكْفَرِينَ لِلْمُؤْمِنِينَ...))¹⁸.

وخلاصة ذلك أن وصف المسلم بالكفر منهي عنه، وقد بلغ ببعض العلماء حمل الحديث على ظاهره، فحكموا على من قال لمسلم: يا كافر بالكفر، إلا أن الإمام النووي وآخرين لم يحكموا بذلك مطلقاً، بل قيدوا ذلك بمن يستحل ذلك، أي يعدّ وصف المسلم بالكفر حلالاً¹⁹. وقد نص العلماء في باب التعزير على تعزير من ثبت أنه وصف مسلماً بالكفر. من ذلك ما ورد في العناية شرح الهداية للحنفية²⁰ وفي الروض المربع

للحنابلة²¹ وفي الشرح الكبير للدردير²². وقد نص على ذلك علماء العقيدة، ومنهم ابن حزم الأندلسي في كتابه "الفصل في الملل والأهواء والنحل"²³.
والخلاصة: أن عامة العلماء منعوا تكفير المسلم، إلا بناء على دليل قاطع يثبت كفره، بأن ينكر أمراً ثابتاً بدليل قطعي من أمور ديننا، أو يتصرف تصرفاً يحمل دلالة قطعية على الكفر كسجود لصنم أو نحو ذلك. أما إن كان على سبيل السب والشتم أو التعبير بأصله فإن فاعل ذلك يعاقب بالتعزير²⁴.

المبحث الثاني: التكفير في التاريخ الإسلامي

المطلب الأول: ظاهرة التكفير في التاريخ الإسلامي

بدأت ظاهرة التكفير عند الخروج على ولي الأمر أمير المؤمنين في عهد سيدنا علي عليه السلام تأخذ شكلاً متشددًا، وكانت سياسة سيدنا علي مع الخارجين على بيعته أن يحاورهم. وكانوا امتداداً للخارجين على الخليفة الراشدي الثالث عثمان عليه السلام. ويتجلى ذلك من خلال حديث من خرجوا عليه يوم صفين؛ ومن أشدهم ما أشار إليه الشهرستاني في الملل والنحل: ((أعلم أن أول من خرج على أمير المؤمنين علي عليه السلام جماعة ممن كان معه في حرب صفين، وأشدهم خروجاً عليه ومروفاً من الدين: الأشعث بن قيس الكندي، ومسعر بن فدكي التميمي، وزيد بن حصين الطائي؛ حين قالوا: "القوم يدعوننا إلى كتاب الله، وأنت تدعوننا إلى السيف! حتى قال: أنا أعلم بما في كتاب الله! انفروا إلى بقية الأحزاب! انفروا إلى من يقول: كذب الله ورسوله، وأنتم تقولون: صدق الله ورسوله". قالوا: لترجعن الأشر عن قتال المسلمين، وإلا فعلنا بك مثل ما فعلنا بعثمان)).

هذا النص يدل على أن الخوارج إنما ظهر يوم ثارت الفتنة من مصر ضد عثمان بن عفان عليه السلام، وفي الناس يومئذ بعض من اغتروا بأكاذيب لفقت، وفيهم من يصدق فيهم الوصف التاريخي: "ركب الشقا" إذ كانوا من الغوغاء الذين تدفعهم يد خفية، مستغلة جهلهم وسوء أخلاقهم. وهؤلاء لم يكن لهم ميل إلى علي ضد عثمان، ولا لمعاوية ضد علي، وإنما كانوا يريدون إثارة الفتنة. والناس يومئذ فريقان فريق من الصحابة الذين صقلتهم التربية النبوية إلى حد بعيد، وإنما كان الكثير منهم يفتقر إلى مزيد من الوعي

والحذر. وفريق من حديثي عهد بالإسلام، بعيدون عن مناهل العلم والمعرفة والوعي، استغل ذلك فيهم من كان يسعى لتقويض الإسلام من داخل بنائه، من خلال هؤلاء الغوغاء الذين يسهل استدراجهم وتضليلهم وإغواؤهم. فاتجهوا إلى المدينة ناقلين على سيدنا عثمان رضي الله عنه بأكاذيب أو أخطاء اجتهد فيها عثمان، إن صحت نسبتها إليه.

ولم يكن كثير من الناس يتصور أن يصل الأمر بركب الشقا والغوغاء إلى قتل عثمان، الذي لم يرض أن تراق من أجله قطرة دم. بينما كان في حراسته الحسن والحسين بأمر من سيدنا علي رضي الله عنهم جميعاً. ولخوف عثمان عليهما أبى عليها إلا أن يعودا إلى أبيهما الذي غضب لعودتهما، ولكن قدر الله كان سيقع، فافتحم ركب الشقا على عثمان بيته وقتلوه صائماً وهو يقرأ كتاب الله. فهؤلاء طليعة الخوارج.

ويتجلى ذلك في قولهم لسيدنا علي: ((الترجعن الأشر عن قتال المسلمين، وإلا فعلنا بك مثل ما فعلنا بعثمان))، أي أن البداية التي ظهرت في خلافة عثمان هي نفسها التي أثارت الفتنة ضد سيدنا علي حتى انتهت بقتله أيضاً. لكن المسوغات التي وضعت للفتنة الأولى تختلف عنها في الفتنة الثانية موضوعاً، وتتفق معها من حيث كونها مغالطات وافتراءات، لعل بعضها انطلى على كثير الناس، ثم ما لبثت أن انكشفت، ولكن بعد أن فعلت بالأمة ما فعلت، فهل تركت فيها عظة لمتعظ؟

المطلب الثاني: علاقة فتنة الخوارج بظاهرة التكفير:

خالف الخوارج عامة الصحابة، وقد جمعوا من حولهم الأعراب والجهلة بشعارات استمالوهم بها، وخرجوا على سيدنا علي رضي الله عنه محتجين بأمر حكما بتخطئته فيها: — أنهم جعلوا الإمامة إلى من نصبوه هم وارتضوه. وأجازوا أن لا يكون للأمة إمام. أي أنهم سوغوا حالة الفوضى السياسية.

— أنه حكم الرجال، أي في خصومته مع معاوية بشأن قتل عثمان رضي الله عنه، مع أنهم هم الذين حملوه على التحكيم. ولكنهم تجاوزوا الحكم بتخطئته إلى الحكم بكفره، بل طعنوا في عثمان، ونالوا منه، وبلغ بهم الأمر إلى تكفيره.²⁵

وأمر التكفير خطير كما مرّ معنا في أول المبحث²⁶. وإنما لجؤوا إلى التكفير لتسويق استباحة دماء مخالفينهم من أئمة المسلمين وعامتهم، بل جعلوا تكفير مخالفينهم وقتله

علامة على ادعاء أحد من الناس أنه منهم. فقد نقل في كتاب الفرق بين الفرق أن فرقة الأزارقة منهم كانت من أشد الخوارج وأعنفهم، فكانوا يحكمون بكفر أو شرك مخالفينهم. وأنهم كانوا يمتحنون من يدعي أنه منهم أن يدفع إليه أسير من مخالفينهم فيأمره بقتله فإن قتله صدقوه، وإلا وصفوه بالكفر والنفاق وقتلوه!! ومن غلوهم أنهم استباحوا قتل نساء وأطفال مخالفينهم، وزعموا أن أطفال مخالفينهم مشركون مخلصون في النار. واستحلوا أمانة مخالفينهم، بحجة أن مخالفينهم مشركون فلا يلزمهم أداء الأمانة إليهم.²⁷

على أن الخوارج اختلفوا فرقا متعددة. منهم المحكّمة الأولى، وهم من أشدهم تمسكا بظاهر الدين وعنفاً وشدة في مواجهة مخالفينهم. ومنهم الأزارقة وهم أيضاً من المتشددين والمكفرين، وهم الذين قتلوا سيدنا علياً عليه السلام، وهم ممن قالوا بإباحة قتل الأطفال والنساء. ومنهم النجدات العاذرية... وقد استباحوا سبي نساء مخالفينهم، وإن خالفوا الأزارقة في بعض مذهبهم. وقد قضى عليهم عبد الملك بن مروان بجيش جعل في قيادته عمر بن عبيد الله التميمي. ومنهم البيهسية والعجاردة والثعلبية والإباضية. أمّا الإباضية فهي فرقة معتدلة، إذ لم يكفّروا مخالفينهم. وهم الآن موجودون في عمان والجزائر وليبيا. وقد غدا مذهبهم ذا ملمح فقهي، لا يخالفون أهل السنة في العقيدة بأمور فيها تكفير وغلو، سوى أنهم يوافقون المعتزلة في بعض معتقداتهم. وهم الآن أقرب إلى عامة المسلمين في كثير من شأنهم. فلا يصنفون بين المكفرين والغلاة كما يصنف الخوارج.

المبحث الثالث: التكفير والتطرف والعنف في الصدر الأول

المطلب الأول: تحليل ظاهرة التكفير والتطرف والعنف في الصدر الأول

— يلاحظ أولاً أن الجماعات المتطرفة لم يكن فيها أحد من الصحابة تقريباً، وأنهم إنما جاؤوا من مناطق نائية عن عاصمة الدولة الإسلامية، وعن المراكز التي تعد متميزة بالعلم وكثرة العلماء كدمشق.

— يلاحظ أن أصابع خفية كانت تحرك الأحداث، وتتجه نحو تصعيدها، من حيث التطرف العقدي والعنف واستباحة الدماء.

وأذكر أمثلة على ذلك: قضية الرسالة المزعومة التي حملها من يدعي أنه رسول عثمان إلى عامله في مصر، التي كان يتجه إليها الركب الذيفاوض عثمان، ووصل معه إلى اتفاق. ليجد الوفد في الطريق رجالاً يظهر ويختفي أثناء سيرهم، بقصد لفت أنظار الوفد إليه، وليس معروفاً من قبل كثير منهم. ليوقفوه ويتضح أنه يحمل رسالة إلى عامل عثمان على مصر يأمره بقتلهم !! مما يدل على أنه كان ثمة تواطؤ بين من يحرك الوفد من وراء ستار وهذا الرسول المزعوم. وقد عاد الوفد، وقد تأجج حقدهم على عثمان، وصاروا يحرضون على قتله. بينما أقسم عثمان على أنه لم يرسل أي رسالة وأن خاتمه لديه، وأن ثمة تزويراً تم على خاتمه.²⁸

ومن خلال ما أورده الدكتور يوسف العش نقلاً عن تاريخ الطبري من رواية سيف بن عمر التميمي يلاحظ أن دوراً خفياً مارسه عبد الله بن سبأ ذو الأصل اليهودي، من أهل صنعاء، والذي أظهر الإسلام في زمن عثمان، وتنقل من الحجاز إلى البصرة إلى الكوفة والشام، بغية إضلال الناس وإثارة الفتنة، فلم يتمكن من ذلك بنظر بعض المؤرخين. حتى وصل إلى مصر، فوجد فيها بيئة تقبلت ضلالاته. ومنها أنه إذا كان عيسى سيرجع فإن محمداً أولى بالرجعة، ويفسر الآية: ﴿إِنَّ الَّذِي فَرَضَ عَلَيْكَ الْقُرْآنَ لَرَادُّكَ إِلَىٰ مَعَادٍ﴾²⁹ بذلك، وغير ذلك مما يؤدي إلى نشر الفوضى والخلافات، وإثارة الفتنة بين المسلمين³⁰. وبث دعائه الذين تمكن من استمالتهم إليه في البلاد بصورة سرية ونشروا كتباً تحرض على الخروج على الولاة، وإثارة الرعية عليهم وعلى الخليفة. وكان عامة من تأثر بفتنته من الأعراب والغوغاء، ومن ذوي الأغراض.

وقد دفع بجماعته الذين استجابوا لضلالاته في مصر للاحتجاج على عثمان ومناظرته بافتراءات وادعاءات تنثير الفتنة، فردّ عليهم افتراءاتهم. وعادوا إلى مصر وتواعدوا على العودة في موسم الحج بصفة حجاج، واندسوا بين الحجاج تمويهاً؛ وهم يقصدون شراً. وخرج من الكوفة مثلهم ومن البصرة كذلك. وكل فريق كان يميل إلى أحد الصحابة يدعي نصرته، وإنما فعل عبد الله بن سبأ ذلك حتى لا تجتمع لهم كلمة. وإنما اجتمعوا على ثورة وفتنة يقتلون بها عثمان. ويشيرون بها فتنة عمياء. حتى تمكنوا من قتل سيدنا عثمان ؓ في 18 ذي الحجة سنة 35 للهجرة.

— والمشهد الآخر في البصرة يؤكد وجود الأصابع الخفية، يوم ظهرت عائشة وطلحة والزبير، وأرسل علي إليهم القعقاع بن عمرو الذي تمكن من جمع أمرهم إلى الصلح مع سيدنا علي رضي الله عنهم جميعاً. واتجه علي نحو البصرة، فقال الأشر — وهو ممن كانوا فيمن شارك في قتل عثمان —: إذا تصالح علي وعائشة فعلى دماننا، فلنقتل علياً ولنلحقه بعثمان. ولم يرض بذلك ابن السوداء (ابن سبأ) ونصحهم أن يفرقوا بين الفئات، فإذا اجتمع أمرهم بدأ كل فريق منهم يرمي على الفريق الآخر، لقطع الطريق على التفاهم.

وكان سيدنا علي قد خطب الناس وحمد الله وأثنى عليه، ثم نصحهم أن يكفوا أيديهم وألسنتهم عن الآخرين، لأنهم إخوانهم. واتجه الجميع نحو الصلح، واطمأن الناس واتفق علي وطلحة والزبير على الصلح ثم مضى كل منهم إلى عسكره. وأغاض ذلك أهل الفتنة، وعزموا على إثارة الحرب، حتى إذا عم الظلام اندس بعضهم بين أصحاب علي وبعضهم بين أصحاب طلحة، وهكذا، ثم بدأ كل فريق يرمي على الفريق الآخر، وإنما كان الذي يرمي أهل الفتنة المندسون بينهم. ولم يكن في عزم علي ولا عائشة ولا طلحة ولا الزبير القتال. وإنما وضع السبئية سيوفهم ورماحهم في الناس، للوقيعة وليستحر القتل. ويمتتع الصلح³¹.

لم أعرض هذه المشاهد لمجرد عرض قصة تاريخية، وإنما أردت من خلال ذلك أن أربط بين ظاهرة العنف والشراسة التي أظهرها الخارجون على الخليفة وبين فكرة التكفير التي بها سوغوا لأنفسهم استباحة دماء الناس، وبين ما يتجلى من خلال الأحداث التاريخية من وجود أصابع خفية تدير الفتنة وتسير بالناس في مسالك غوغائية.

فعبد الله بن سبأ الذي أظهر الإسلام ومضى ينتقل بين البصرة والكوفة والشام ومصر ومكة والمدينة، لم يكن تنقله سياحة، وإنما كان يبحث عن تشكيل "تنسيقيات" ليحركها في "ساعة الصفر"³².

ووجد تربة مصر أكثر مناسبة لينطلق منها بتحريك جماعته لاغتيال الدولة الإسلامية من خلال شخص الخليفة، وبدء فتنة خطط لها بصورة متدرجة، بحيث توجد فجوة بين

أطياف المجتمع الإسلامي لا يمكن ردمها. وكلما حاول العقلاء إصلاح ما أفسد طرح أموراً من شأنها إعادة حالة الخلاف والشقاق بين أبناء الأمة، وبطريقة خبيثة يصعب تجاوز الطروحات التي يثيرها. مع أن الإخلاص والوعي قد خفف الكثير من آثار الكيد الذي رسم خطته، وتابعه في إتمامها من بعده خلفاؤه وحلفاؤه.

كان يدرك إلى من تميل عواطف الناس في كل جهة، فيظهر تأييدها، ويدرك أن سيدنا علياً صاحب الحظ الأوفر في القبول بين الصحابة، فادعى نصرته في مواجهة ظلم لحق به، وجعل العصبية القبلية لدى الغوغاء والجهلة أحد الأدوات التي يستخدمها عند اللزوم، ويطول الحديث إذا ما أردنا بيان ذلك؛ إلا أنني أعتقد أن القارئ المتدبر لما بين السطور السابقة يستشف كثيراً مما عرضت. وقد يتطلب الأمر بحثاً ضافياً موسعاً يظهر كثيراً مما يضيق المجال هنا عن عرضه بصورة أكثر وضوحاً وتفصيلاً.

المطلب الثاني: أخطر معتقدات الخوارج:

ذهبوا إلى أن المسلم يكفر بارتكاب المعصية، أيأ كانت، حتى وإن كانت نتيجة اجتهاد لم يوافق اجتهادهم. وقد كفروا سيدنا علياً عليه السلام لأنه رضي بالتحكيم في خلافه مع معاوية³³ ونقل الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه "تاريخ المذاهب الإسلامية" عن سيدنا علي هذا النص: ((فإن أبيتم إلا أن تزعموا أنني أخطأت وضللت، فلم تضلون عامة أمة محمد صلى الله عليه وآله، وتأخذونهم بخطئي وتكفرونهم بذنوبي؟. سيوفكم على عواتكم تضعونها مواضع البرء والسقم، وتخلطون من أذنّب بمن لم يذنّب، وقد علمتم أن رسول الله صلى الله عليه وآله رجم الزاني المحصن ثم صلى عليه، ثم ورثه أهله. وقتل القاتل وورث ميراثه أهله، وقطع يد السارق وجلد الزاني غير المحصن، ثم قسم عليهما من الفيء، ونكحنا المسلمات، فأخذهم رسول الله صلى الله عليه وآله بذنوبهم وأقام حق الله فيهم، ولم يمنعهم سهمهم من الإسلام ولم يخرج أسماءهم من بين أهله))³⁴.

أحسب أن هذا النص يتضمن رداً مفحماً لهذه الفرقة التي ركبت رأسها غلواً وعناداً، دون أن يكون لها من كتاب الله وسنة نبيه حجة ولا دليل. قال في الفرق بين الفرق: ((ثم اختلفت الخوارج بعد ذلك فيما بينها فصارت مقدار عشرين فرقة كل واحدة تكفر سائرهما))³⁵، ومنهج الغلو ظهر في غيرهم، إلا أنهم كانوا أشد تطرفاً وخطراً. فهم

الذين ابتدأ ظهورهم بقتل سيدنا عثمان وبلغ بهم الشر قتل سيدنا علي عليه السلام، واستباحوا دماء المسلمين، ثم آل بهم الأمر أن يكفر بعضهم بعضاً.

ويعمل الشيخ محمد أبو زهرة تطرف الخوارج بأن أكثرهم كان من عرب البادية وقرائها، والتزموا بالإسلام بعاطفة دون علم، وبسذاجة وضيق أفق وجهل. فكان ذلك سبباً في قسوتهم وتعصيبهم وتهورهم³⁶. وهذا لا يعني أن الخروج كان بسبب ذلك وحده. وإنما يعني أنهم غدوا تربة خصبة للمغرضين، الذين يريدون تقويض الدولة الإسلامية، أو الذين كانوا يطمعون ببلوغ كرسي الحكم، فاستغلوا الغوغاء لإثارتهم ضد الخليفة، ووصفوا لهم مخالفيتهم بالكفر والردة، ومن ثم استباحوا دماء أجلاء الصحابة. ولا أجد ما يقتضي عرض المذاهب المغالية الأخرى التي تحمل توجهاً تكفيرياً؛ لانقراضها ولعدم وجود تأثير مباشر لها على المجتمع الإسلامي الأول. وقد انقرضت تقريباً، بحيث لم يعد لها وجود إلا في الكتب.

المبحث الرابع: ظاهرة التكفير في العصر الحاضر

المطلب الأول: أصولها وفئاتها والأسس الفكرية التي تستند إليها

لعل الغزو الأوروبي الأخير للعالم الإسلامي، وبصورة خاصة، لبلاد الشام ومصر أوجد حالة من الإحباط والرفض لدى عامة الناس، سواء بدافع قومي أو بدافع ديني. ذلك أن سيطرة القوى الأجنبية على بلد ما لن يقابل بالرضا والارتياح، بل سيقابل بالرفض. إلا عند من استمرأت نفوسهم مهانة العمالة وتقبلت دناءة الخيانة. وقد أعدت الدول المستعمرة (حسب المصطلح المستخدم لها) لنفسها قواعد وأدوات لها في المنطقة، تمجد الأجنبي وثقافته وتسوغ نفوذه وتحكمه. وهؤلاء ليسوا موضع بحث هنا. إنما الذي أريد أن أشير إليه هنا أن حالة الإحباط التي أصابت المنطقة نتيجة الهزائم، وتحكم الأجنبي في بلاد كان لها في التاريخ أمجادها وحضارتها، دفعت بالكثيرين إلى البحث عن استعادة مجد الأمة ومكانتها وقوتها وحضارتها. وصدرت كتبٌ تتحدث عن شروط النهضة، وقامت أحزاب أو جماعات تسعى فيما تدعو إليه إلى الحرية والحضارة ووحدة الأمة.

وإن جلاء المستعمر عن المنطقة لا يعني أنها غدت بمنأى عن مطامعه، بل إن المعسكر الغربي لا يزال يرى في المنطقة مصالح، له الحق في السيطرة على مقاليدها ومقوماتها. ويرى في الحضارة والثقافة التي تتمتع بها بلادنا خطراً يهدد مصالحها، ويرى أن وعي الأمة مما ينبغي أن توضع دونه العوائق.

وبما أن هذه الأمة أمة متدينة، والتدين أصيل في حياتها سواء بالإسلام أم بالمسيحية، وقد ألفت الأمة العيش المشترك، على اختلاف أطرافها؛ كما هو واضح في بلادنا ... فقد وجدت الدول المعادية لنا أن الدين ورقة، يمكن أن تكون مصدر قوة في رفض هيمنتها على مقدرات ومصالح وقوة أمتنا، كما يمكن في حال أخرى جعله ورقة تستخدمها في إضعاف وحدة وسلامة هذه الأمة. وذلك من خلال افتعال صراعات طائفية من شأنها تمزيق وحدة هذه الأمة، ومن ثم يسهل على تلك الدول السيطرة والتحكم بمنطقتنا، وفرض نفوذها وهيمنتها عليها.

ولا ينكر أثر الغزو الفكري والثقافي لأمتنا بغية إفسادها، فقد اجتاحت هذا الغزو العالم كله، ومن ثم فإنه لا مناص من اجتياحه لبلادنا، وتأثيره على أبناء أمتنا. ولاسيما إذا أمكن أن يُضعف الوازع الأخلاقي والديني والوطني من نفوس شبابنا. فثمة تأثير متبادل بين الغزو الثقافي وضعف الوازع الديني والأخلاقي والوطني. فالغزو الثقافي من شأنه إضعاف الوازع الديني والوطني والأخلاقي، كما أن ضعف هذا الوازع من شأنه أن يجعل من شبابنا تربة خصبة للغزو الثقافي وآفاته الخطيرة.

ووسائل الإعلام المختلفة، ومن بعدها وسائل التواصل بأنواعها، بمقدار ما يمكن أن تحقق من إيجابيات، يمكن أن تشكل بيئة خطيرة جداً؛ في حال عدم وجود ضوابط لاستخدامها في نشر أنواع المفاسد والتضليل.

وقد شكلت في المرحلة التي نعيشها وسيلة ذات تأثير سلبي خطير في تضليل أبناء أمتنا، ولعل الحرب التي تعرضت لها أمتنا بما يسمى بالربيع العربي كانت حرباً إعلامية بالدرجة الأولى، استغلت الجهات المتآمرة وسائل الإعلام ووسائل التواصل وحولتها إلى غرف إدارة عمليات ضد بلادنا، ولا تزال.

ومن خلال ذلك حورب الدين باسم الدين، وحوربت الحرية باسم الحرية، وحورب الوطن تحت غطاء الدفاع عن مصالح الوطن!!

والذي يهمني هنا أن أقف عند مسألة التكفير التي ظهرت خلال هذه المرحلة، وعلى يد جماعات صنعتها القوى الغربية، بغية تسهيل السيطرة على المنطقة تحقيقاً لمصالحها، وتوفير المناخ الآمن لدولة العصابات الصهيونية.

هذه الجماعات رفعت شعار "الله أكبر" و"لا إله إلا الله محمد رسول الله"، واستهدفت أكثر ما تستهدف المؤسسة الدينية من مساجد ومدارس وعلماء.... وقد سار في برنامجها أناس طالما تستروا بالدين، فخدعوا بأفئدتهم الكثير من الناس. ضمن برنامج يحقق للعدو تشريد شعب وتدمير وطن.

وقد أعدت القوى المعادية لما يجري منذ أمد، من خلال تنمية جماعات تحمل فكراً متطرفاً، تمولها جهات مشبوهة. وقد استدرجت هذه الجماعات الكثير من الجهلة والفتيان بل الأطفال مستغلين جهلهم ورعونتهم، ودفعت بهم إلى ساحة الفتنة ليحققوا من خلال ذلك خدمة مخطط تدمير المنطقة وسفك دماء الناس ... وهدفاً أخطر من ذلك وهو تشويه الإسلام الذي غدا قوي الانتشار في العالم، ليصبح مصدر خوف ورعب ومبعث كراهية واشمئزاز.

وقد ورد في النصوص الدينية ما يحذر من خطورة هذه الجماعات، ومنها حديث النبي ﷺ الذي يرويه الإمام البخاري أن سيدنا علياً ؓ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «يَأْتِي فِي آخِرِ الزَّمَانِ قَوْمٌ، حَدَثَاءُ الْأَسْنَانِ، سَفَهَاءُ الْأَحْلَامِ، يَقُولُونَ مِنْ خَيْرِ قَوْلِ الْبَرِيَّةِ، يَمْرُقُونَ مِنَ الْإِسْلَامِ كَمَا يَمْرُقُ السَّهْمُ مِنَ الرَّمِيَّةِ، لَا يَجَاوِزُ إِيْمَانُهُمْ حَنَاجِرَهُمْ، فَأَيْنَمَا لَقَيْتُمُوهُمْ فَأَقْتُلُوهُمْ، فَإِنَّ قَتْلَهُمْ أَجْرٌ لِمَنْ قَتَلَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»³⁷.

ولست بصدد تحليل سياسي لنشأة هذه الجماعات، وإن كانت نشأتها مشبوهة. وولادتها إنما تمت برعاية أمريكية غربية، وتمويلها وتسليحها من دول لا تخفي عمالتها لإسرائيل وأمريكا، إن لم يكن بشكل مباشر من إسرائيل وأمريكا.

وتضليل هذه الجماعات للناس تم من خلال:

— رفع شعارات دينية، كما سبق ذكره.

— تسمية كياناتهم المزيف "الدولة الإسلامية" وظهورهم بمظاهر إسلامية لكنها منفردة.
— فرض أفكارهم ومعتقداتهم التي يحكمون من خلالها على جميع الناس بالكفر إلا على أتباعهم.

— ترغيب الناس بالانتماء إليهم عن طريق وعود غيبية بالتمتع بالجنس، من خلال الحور العين، حتى غدا كثير من أتباعهم يتخيل أن قتاله في صفوفهم وقيامه بعمليات انتحارية أقرب طريق لتحقيق نهمهم الجنسي. أو من خلال استباحة أعراض مخالفيهم واسترقاقهم. وهذا من أقدر أساليبهم الدنيئة التي تنسب إلى الإسلام انحطاطهم الأخلاقي.

— فرض الإسلام الذي يدعونه على الناس، بما فيهم النصارى وغيرهم. وقتل وسبي من يرفضون ذلك. بل حتى وإن استسلموا لدعوتهم نجاة بأنفسهم، تلبية لأهوائهم. ومناقشة مثل هذه الأمور التي يمارسونها مناقشة علمية لا أعتقد أننا بحاجة إلى مزيد من البيان والمناقشة بعد الذي أوضحته عند مناقشة أفكار المكفرين الخوارج.

المطلب الثاني: تحليل بعض أسس التكفير في العصر الحاضر

وتستوقفني هنا أمور:

— مسألة فرض مذهبهم على غير المسلمين: إذا كان ربنا تبارك وتعالى يقول في كتابه الكريم: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾³⁸، ويقول لنبيه ﷺ: ﴿لَسْتُ عَلَيْهِمْ بِمُسْطَرٍّ﴾³⁹، بل إن الإسلام ضمن سلامة المواطنين غير المسلمين، وضمن حريتهم في ممارسة شعائرهم الدينية، وسلامة كنائسهم وصلبانهم، وهو ما تضمنته العهدة العمرية، ودل عليه التاريخ. حيث لا تزال كنائس النصارى ومعابد غيرهم قائمة، منذ فجر التاريخ الإسلامي، أفيكون الصحابة الذين دخلوا هذه البلاد ومن بعدهم من التابعين وتابعيهم على امتداد الأجيال إلى عصرنا هذا لا يفهمون الإسلام، حتى جاءت هذه العصابات لتفرض عليهم رغم أنوفهم ديناً لم يفرضه الله عليهم عنوة؟! وقد أمر الله تعالى بصريح كتابه أن لا نجادل مخالفيها، والنصارى منهم، إلا بالتي هي أحسن، بل عدّ النبي ﷺ نفسه خصماً مدعياً على من مارس مجرد إيذائهم.

وجود الديانات الأخرى في ظل البلاد الإسلامية إلى يومنا هذا دليل على أن الإسلام لم يفرض على الآخرين اعتناقه، بل نفى أن يكون الإسلام إسلاماً بالإكراه.

— تكفير مخالفهم بحجة أو غيرها، ومبدأ التكفير منهج سارت عليه المدرسة الوهابية التي تدعي أنها تسلك مسلك السلف، أي مسلك الصدر الأول. بينما هي أبعد ما تكون عن منهج السلف الصالح. يكفرون مخالفهم بتهمة التصوف، وبتهمة الأشعرية، وبتهمة التشيع، وبتهمة موالاته النظام، حتى بلغ بهم الأمر تكفير أي إنسان لا ينقاد لهم. وهم يبادئون الناس بالتكفير، مما جعل أتباعهم يستحلون بذلك دماء الآخرين وأعراضهم. وهذا ما يذكرنا بمنهج الخوارج الذين كفّروا عثمان واستباحوا دمه، ثم قتلوا علياً رضي الله عنهما.

ومن عجب أن أشد الناس عداوة للذين آمنوا (وهم اليهود بنص كتاب الله) لا يستهدفهم هؤلاء بأي إساءة، بل إن أنظمتهم الحاكمة تتعاون معهم سراً وعلانية. ويسوغون ذلك بأن (أشد الناس عداوة للذين آمنوا) أهل كتاب، أما المسلمون المخالفون لمذهبهم فهم بنظرهم مرتدون...!! ولذلك فلا حرج من التعاون مع دولة العصابات الصهيونية ضد سورية مثلاً، كما لا تجد دولة العصابات الصهيونية أي مانع من مد يد العون لهم...! إن مثل هذه المواقف والتصورات يمكن تفسيرها بالنسبة للعامة والغوغاء بأن مصدرها الجهل. ولعل كثيراً منهم غير ملتزم بدينه، ولكنه سار معهم لغرض يبتغيه، أو لتبعية عمياء، أو غره ما كانوا يتمتعون به من قوة ومال ... أما بالنسبة للقادة فيهم فإن مواقفهم وتصوراتهم ومعتقداتهم تجعلهم موضع تهمة، لأنهم يسوقون نصوص الشريعة لغير مقاصدها.

ولذلك فإنني أرى تشابهاً واضحاً بين الخوارج الذين ظهروا في الصدر الأول، وكان وراءهم بادئ ذي بدء عبد الله بن سبأ، حتى إذا ما حقق هدفه في تمزيق الأمة غاب اسمه عن الظهور. وبين الخوارج الجدد الذي ظهروا في الفترة الأخيرة. وأنا أرى أن الأحداث التي جرت ولا تزال تجري في منطقتنا وفي سورية بوجه خاص لا تتفصل حلقاتها عن بعضها. فأحداث تونس ومصر واليمن وليبيا ثم سورية، والتي بدأت بمظاهرات، ثم تطورت في سورية إلى دعوة لانشقاق الجيش، ثم بدأ توجه المتطرفين

بالدخول إلى سورية لدعم ما يسمى (بالثورة) بعشرات الألوف ... إلى ظهور جبهة النصرة المستترة بالإسلام والفصائل المتفرعة عنها، إلى ما يسمى داعش... كل ذلك حلقات مترابطة توجهها جهة أو جهات متحالفة، لتحقيق أهداف منها توفير أمن إسرائيل، وتشويه الإسلام. وقد سار في خضم هذه الفتنة من تستر بشعار الإسلام، ولكن الكثير منهم ليسوا متدينين، بل فيهم الملحد وكثيرون ليسوا مسلمين أصلاً، وفيهم من كل أطراف المجتمع.

إذا كان عبد الله بن سبأ وراء حركة التمرد على الدولة الإسلامية الذين انتهى إلى قتل عثمان ثم علي رضي الله عنهما، فإن برنارد هنري ليفي وفابوس وزملاء الستة الفرنسيين الصهاينة وغيرهم وراء ما جرى ويجري في منطقتنا عامة وفي سورية خاصة؛ خدمة للكيان الصهيوني والمصالح الغربية.

الخاتمة

من خلال العرض التاريخي لمشكلة التكفير وتداعياتها وآثارها الخطيرة، ومدى مخالفتها لمبادئ وأحكام الدين الحنيف، وكونها أداة خطيرة تستخدمها جهات مغرضة خارجية؛ بغية تشويه الإسلام والتفجير منه، وبغية تمزيق الأمة، في الوقت الذي ينبغي الحرص فيه على وحدة كلمتها، ومن ثم تحقيق مصالح لجهات معادية؛ سواء في صدر الإسلام أو في المرحلة المعاصرة، ومن خلال ما تبين من العرض والتحليل لهذه الظاهرة قديماً وحديثاً، وأنها إنما تستتبت في تربة الجهل، لأن أدواتها غالباً غوغاء جهلة، بالإضافة إلى أدوات رخيصة ارتضت لنفسها أن تكون مجرد جسر تستخدمه الجهات المعادية؛ من خلال ذلك كله نستطيع القول بأن مشكلة التكفير إنما يكمن سببها في أمور:

— مناخ الجهل بحقيقة الدين وأحكامه.

— ضعف الوعي، وعدم الانتباه للمكائد التي يخطط لها أعداء الأمة.

— ضعف الوازع الديني والأخلاقي عند البعض⁴⁰.

ومعالجة هذه الأسباب مسؤولية يشترك في تحملها جهات متعددة، فالوعي إنما يتم من خلال وسائل الإعلام؛ عندما تنبه إلى مصادر الفكر التكفيري الفتوي، وتكشف عن

أهدافه. والجهل يعالج من خلال المؤسسة الدينية ودورها في مؤسساتها التعليمية، ووضع مناهج للتربية الإسلامية توضح للناشئة حقيقة الفكر التكفيري، وتعارضه مع مبادئ الإسلام ونصوصه وتعاليمه، وهذا ما يتم فعلاً والله الحمد. أما الوازع الأخلاقي والديني فإنه اليوم من أهم ما يجب بثه في النفوس من خلال مناهج مؤثرة تسمو بالنفوس حتى يتحقق فيها هذا الوازع.

ولا شك أن المعاهد الشرعية والمؤسسات التعليمية الشرعية، بما تقدمه للمجتمع من كوادِر، تنبؤاً مواقعها في الخطابة والتدريس، قد أثبتت أثراً نأمل أن يتنامى من خلال الجهود الرامية إلى تطوير مناهجها بما يحقق هذا الهدف.

أهمّ المراجع

- تاريخ المذاهب الإسلامية: محمد أبو زهرة
- الجهاد في الإسلام: كيف نفهمه، وكيف نمارسه؟ : للعلامة الشهيد د. محمد سعيد رمضان البوطي
- الدولة الأموية: الدكتور يوسف العش
- الروض المربع شرح زاد المستقنع منصور بن يونس البهوتي الحنبلي.
- الشرح الكبير للدردير.
- صحيح البخاري : محمد بن إسماعيل البخاري
- صحيح مسلم بشرح الإمام محيي الدين يحيى بن شرف النووي
- العناية شرح الهداية لمحمد بن محمد بن محمود البابرتي.
- الفرق بين الفرق عبد القاهر بن طاهر الأسفراييني، أبو منصور
- الفصل في الملل والأهواء والنحل
- لسان العرب: ابن منظور
- المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام بن عطية.
- مختار الصحاح: للرازي

- * المذاهب التوحيدية والفلسفات المعاصرة. للعلامة الشهيد د. محمد سعيد رمضان البوطي
- * معالم التنزيل في تفسير القرآن، محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي.
- * الملل والنحل للشهرستاني على هامش الفصل في الملل والأهواء والنحل لابن حزم

- 1 سورة آل عمران/103.
- 2 سورة الأنفال/46.
- 3 سورة الحجرات/10.
- 4 سورة النحل/125.
- 5 سورة العنكبوت/46.
- 6 سورة البقرة/256.
- 7 أخرجه مسلم رقم 8/1734.
- 8 مختار الصحاح مادة ك ف ر
- 9 لسان العرب. مادة: ك ف ر
- 10 أخرجه البخاري رقم 121، وفي غير هذا الموضع. ومسلم رقم 65/118.
- 11 أخرجه البخاري رقم 6104، ومسلم رقم 60/111
- 12 ينظر مبحث: هل الجهاد القتالي لدرء الحراة أم للقضاء على الكفر ؟ من كتاب الجهاد في الإسلام : كيف نفهمه، وكيف نمارسه : للعلامة الشهيد محمد سعيد رمضان البوطي.
- 13 سورة الحجرات/11.
- 14 تفسير البغوي 4/ 261
- 15 تفسير ابن عطية: 5/ 250
- 16 أخرجه البخاري رقم 6103.
- 17 أخرجه مسلم رقم 60/111

- 18 شرح صحيح مسلم للنووي ج 2 ص 50.
- 19 شرح النووي على صحيح مسلم ج 2 ص: 57 فما بعدها.
- 20 العناية شرح الهداية 5/ 347
- 21 الروض المربع ج 1 ص: 669
- 22 الشرح الكبير للدردير: 4/ 230
- 23 الفصل في الملل: 3/ 138
- 24 التعزير: عقوبة يرجع تقديرها إلى القاضي، لا تبلغ أقصى الحدود عند أكثر الفقهاء
- 25 ينظر في تكفيرهم سيدنا علياً وسيدنا عثمان الفصل في الملل للشهرستاني ج 1 ص: 117 – 118 .
- 26 ينظر ص: 4، 5 من هذا المبحث
- 27 الفرق بين الفرق ص 50 فما بعدها.
- 28 ينظر تحليل هذه المسألة مع توثيقها للدكتور يوسف العش في كتابه (الدولة الأموية ط: دار الفكر بدمشق ص: 44
- 29 سورة القصص/85.
- 30 الدولة الأموية ص 67
- 31 المرجع نفسه 94- 96 .
- 32 معذرة إن استخدمت مصطلحات خاصة استخدمت في الفتنة التي دارت رحاها في سورية، ولا تزال إلى يوم كتابة هذا البحث، لصلة سائير إليها بين ما جرى يومئذ وما يجري اليوم، وبهدف سيتضح من خلال عرض ظاهرة التكفير المعاصرة..
- 33 ينظر الفرق بين الفرق للبغدادي ص: 117، والعقائد التوحيدية للعلامة الشهيد البوطي ص: 59
- 34 المذاهب الإسلامية للشيخ محمد أبو زهرة ص: 108- 109 وينظر: المذاهب التوحيدية للشهيد البوطي رحمه الله. وقد نقل أبو زهرة النص من نهج البلاغة

- 35 الفرق بين الفرق عبد القاهر بن طاهر بن محمد بن عبد الله البغدادي التميمي الأسفراييني، أبو منصور (المتوفى: 429هـ)
- 36 تاريخ المذاهب الإسلامية . محمد أبو زهرة : ص: 59
- 37 أخرجه البخاري رقم 6311، وفي غير هذا الموضع.
- 38 سورة البقرة/256.
- 39 سورة الغاشية/22.
- 40 وقد كان العلامة البوطي رحمه الله قد نبه إلى خطورة ما يخطط لأمتنا من خلال إثارة مشاكل متعددة من أخطرها مشكلة التكفير، في أكثر من كتاب له، بالإضافة إلى خطبه ومحاضراته التي كان يلقيها، وقد ضمن بعضها كتابيه: قضايا ساخنة، الجهاد في سبيل الله كيف نفهمه وكيف نمارسه. وقد ألفه للرد على أصحاب الفكر التكفيري الذين أثاروا فتنة الجزائر في التسعينات.

تاريخ القبول: 2021/01/03

تاريخ الإرسال: 2020/12/01

خطاب الضمان المصرفي أنواعه وأحكامه**Bank letter of guarantee, its types and provisions**د. عبد الرحمن آجاء أبوّه¹¹المعهد العالي للدراسات والبحوث الإسلامية، (موريتانيا)، bouhejah@gmail.com**الملخص:**

خطاب الضمان المصرفي من أهم الخدمات التي تقدمها البنوك لزبائناتها، لتسهيل المعاملات المحلية والدولية، وهو من المعاملات التي اشتهر التعامل بها، وشاع بين الناس، واشتدت الحاجة إليه. فما حقيقة خطاب الضمان؟ وما أنواعه؟ وما حكم أخذ الأجرة عليه؟ ذلك هو ما حاولت في هذه الورقة الإجابة عليه، وقد قسمت البحث إلى مقدمة، ومبحثين، وخاتمة. المقدمة: تتضمن تمهيدا موجزا عن أهمية الموضوع، ثم خطة البحث. وخصصت المبحث الأول لتوضيح صورة خطاب الضمان، وبيان أنواعه. وأما المبحث الثاني فخصصته لبيان حكم أخذ الأجرة على خطاب الضمان، وبسطت في أقوال العلماء المعاصرين، وناقشت أدلتهم نقاشا مستفيضا، وفي الختمة خلاصة ما توصلت إليه في حكم أخذ الأجرة على خطاب الضمان.

الكلمات المفتاحية: الأجرة؛ الأحكام؛ الأنواع؛ الخطاب؛ الضمان؛ الكفالة.

Summary:

Letter of bank guarantee is one of the most important services that banks provide to their customers, to facilitate local and international transactions, and it is one of the transactions in which dealings are well known, popular among people, and the need for it is greatest. What is the truth about the letter of guarantee? What are its types? What is the ruling on taking the fee for it? That is what I tried in this paper to answer, and I divided the research into an introduction, two papers, and a conclusion. Introduction: Includes a brief introduction to the importance of the topic, and then a research plan.

*المؤلف المرسل

The first topic was devoted to clarifying the image of the letter of guarantee, and indicating its types. As for the second topic, I devoted it to explaining the ruling on taking the fee on the letter of guarantee, and I simplified the sayings of contemporary scholars, and discussed their evidence extensively, and in the conclusion a summary of what I reached regarding the ruling on taking the fee on the letter of guarantee.

Key words: fare; Provisions; the speech; Security; Warranty, types.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد خاتم النبيين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

لما كان خطاب الضمان من أهم الخدمات التي تقدمها البنوك لزبائناتها؛ لتسهيل المعاملات التجارية المحلية والدولية.

وبما أن خطاب الضمان قد اشتهر التعامل به، وشاع بين الناس، واشتدت الحاجة إليه. وبما أنه من النوازل الفقهية المعاصرة التي تباينت فيها آراء العلماء والباحثين المعاصرين، ولكنه ما وال يحتاج إلى مزيد من الدراسة والنقاش والتأصيل؛ أردت أن أتأوله في هذه الدراسة بنفس فقهي أصولي؛ يستعرض الأقوال ويناقشها نقاشاً علمياً، ثم يرجع ماراه أولاً بالترجيح.

خطة البحث

قسمت البحث إلى مقدمة، ومبحثين، وخاتمة.

المقدمة: تتضمن تمهيداً موجزاً عن أهمية الموضوع، ثم خطة البحث.

وخصصت المبحث الأول لتوضيح صورة خطاب الضمان، وبيان أنواعه.

وأما المبحث الثاني فخصصته لبيان حكم أخذ الأجرة على خطاب الضمان، وبسطت في أقوال العلماء المعاصرين، وناقشت أدلتهم نقاشاً مستفيضاً.

الخاتمة: وتتضمن خلاصة ما توصل إليه الباحث في حكم أخذ الأجرة على خطاب الضمان.

المبحث الأول: صورة خطاب الضمان وأنواعه

صورة خطاب الضمان

أن يتوجه العميل (الزبون) الذي يريد الدخول في التزام - كالمناقصة مثلا- إلى البنك ويطلب منه تقويةً لمركزه المالي أن يتعهد بأن يدفع للمستفيد مبلغا معيناً من المال حين يطلب المستفيد منه ذلك، ويحدد البنك مع العمي لأجل انتهاء هذا التعهد.

وعليه فخطاب الضمان عبارة عن تعهد كتابي، يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة أحد عملائه (طالب الإصدار) في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث، بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، وذلك ضمانا لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة، على أن يدفع المصرف المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان خطاب الضمان، دون التفات لما قد بيديه العميل من المعارضة.

فخطاب الضمان هو إذاً: تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص، يسمى العميل الأمر، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين لشخص آخر، يسمى المستفيد، إذا طلب منه ذلك خلال الفترة الزمنية المحددة في الخطاب(1).

أنواع خطابات الضمان:

أولاً: من حيث التغطية

ينقسم خطاب الضمان من حيث الغطاء وعدمه إلى نوعين:

أ- خطاب ضمان مغطى.

ب- وخطاب ضمان غير مغطى.

والمراد بالغطاء: ما يدفعه الزبون للبنك على جهة التوثيق عند طلب خطاب الضمان، نقوداً أو أوراقاً مالية أو سوى ذلك.

لأن البنك قد يطلب من العميل مقابل إصدار خطاب الضمان بعض الضمانات التي تكفل له استرداد قيمة الخطاب في حال دفعها إلى المستفيد، وتسمى هذه الضمانات غطاء.

وقد يكون الغطاء كاملاً أي بقيمة مساوية لقيمة خطاب الضمان، وقد يكون جزئياً أي في حدود نسبة معينة من قيمة خطاب الضمان يتفق عليه البنك مع العميل.

وقد يصدره البنك بدون غطاء، أي على المكشوف، ولا يكون ذلك إلا إذا كان العميل يحظى بثقة كبيرة في الأوساط التجارية وذا مركز مالي متين.(2).

ثانيا: من حيث الشكل:

وينقسم خطاب الضمان من حيث الشكل إلى نوعين:

أ- خطاب ضمان ابتدائي

ب- خطاب ضمان نهائي

النوع الأول خطاب الضمان الابتدائي:

هو تعهد موجه إلى المستفيد من هيئة حكومية أو غيرها بضمان دفع مبلغ من النقود من قيمة العملية التي يتقدم طالب الضمان للحصول عليها، ويستحق الدفع عند قيام الطالب باتخاذ الترتيبات اللازمة عند رسو العملية عليه.

النوع الثاني خطاب الضمان النهائي:

هو تعهد للجهة الحكومية أو غيرها بضمان دفع مبلغ من النقود يعادل نسبة أكبر من قيمة العملية التي استقرت على عهدة العميل، ويصبح الدفع واجباً عند تخلف العميل عن الوفاء بالتزاماته المنصوص عليها في العقد النهائي للعملية بين العمل والجهة التي صدر خطاب الضمان لصالحها(3).

المبحث الثاني: حكم أخذ الأجرة على خطاب الضمان

اختلف العلماء المعاصرون في حكم أخذ الأجر على خطاب الضمان المصرفي وتعددت آراؤهم في ذلك وتباينت، ويمكن إرجاع آرائهم في حكمه إلى قولين:

القول الأول: منع أخذ الأجرة على خطاب الضمان ما لم يكن الضمان مغطى

وممن قال بهذا القول الشيخ وهبة الزحيلي، والشيخ عمر المترك، والشيخ الصديق محمد الأمين الضرير(4)، والشيخ بكر أبو زيد(5)، والدكتور محمد عثمان شبير، والشيخ أحمد علي السالوس، والشيخ عبد الستار أبو غدة، والدكتور حسن عبد الله الأمين، وهو مذهب جمهور العلماء المعاصرين.(6).

وبهذا القول صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة مؤتمره الثاني المنعقدة بجدة من 10-16 ربيع الثاني 1406هـ، الموافق 22 - 28 ديسمبر 1985م.

القرار رقم: 5 بشأن خطاب الضمان (7).

وفي ذلك يقول الشيخ عمر المترك: «والذي أرى أنه إذا كان الضمان مسبقاً بتسليم جميع المبلغ المضمون للمصرف، أو كان له غطاء كامل فلا يظهر في أخذ الجعالة عليه شيء؛ لأن العمولة التي يأخذها المصرف في هذه الحالة مقابل خدماته كالعمولة التي تؤخذ من قبله في عملية التحويل بالشيكات؛ لأن هذه العملية ليست مقابل عملية قرض، ولا ما يؤول إلى قرض، لأن المصرف لا يدفع من ماله شيئاً، وإنما يدفع ما التزمه بموجب الضمان من مال المضمون عنه الموجود لديه، أما إذا كان خطاب الضمان غير مغطى فلا أرى جواز أخذ الجعالة عليه؛ لأن هذا الضمان قد يؤدي إلى قرض فيكون قرضاً جر فائدة، والربا أحق ما حُميت مرابعه، وسدت الطرائق المفضية إليه» (8)

أدلة هذا القول

استدل أصحاب القول بالمنع ما لم يكن خطاب الضمان مغطى بأدلة من أهمها ما يلي:
الدليل الأول: أنه تقرر في الفقه الإسلامي عدم جواز أخذ الأجر على الضمان، حتى نقل بعض العلماء الإجماع على ذلك.

وقال الإمام أبو بكر بن المنذر: «أجمع من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحماله بجعل يأخذ الحميل لا تحل ولا تجوز، واختلفوا في ثبوت الضمان على هذا الشرط، فكان الثوري يقول: إذا قال الرجل للرجل: اكفل عني، ولك ألف درهم، فإن الكفالة جائزة، وترد إليه الألف درهم.

وقال أحمد: ما أرى هذا يأخذ شيئاً بحق.

وقال إسحاق: ما أعطاه من شيء فهو حسن» (9).

قال الإمام خليل ابن إسحاق المالكي: «لا خلاف أن صريح ضمان بجعل ممنوع؛ لأن الشرع جعل الضمان والجاه والقرض لا يفعل إلا لله بغير عوض، فأخذ العوض عليه سحت» (10).

المناقشة:

نوقش هذا الدليل بأن دعوى الإجماع منقوضة بمخالفة الإمام إسحاق ابن راهوية كما تقدم في كلام ابن المنذر: وقال إسحاق: «ما أعطاه من شيء فهو حسن».

الإجابة:

وأجيب بأن مراد إسحاق ما أعطي عن طيب نفس بدون شرط (11)

اعتراض:

ويعترض على هذا الجواب بأن الإمام الماوردي نص على أن الإمام إسحاق بن راهويه خالف الجمهور في المسألة؛ فقال: «فلو أمره بالضمان عنه بجعل جعله له لم يجز، وكان الجعل باطلاً، والضمان إن كان بشرط الجعل فاسداً، بخلاف ما قاله إسحاق بن راهويه؛ لأن الجعل إنما يستحق في مقابلة عمل، وليس الضمان عملاً فلا يستحق به جعلاً» (12).

والجواب الأولى عن ذلك -في رأيي- أن يقال: إنه حتى ولو سلمت مخالفة إسحاق بن راهوية، فقولته لا يعدو أن يكون قولاً شاذاً ضعيفاً لا تقوم به حجة؛ لأنه مخالف لما أطبق عليه العلماء، ومعارض بالأدلة التي سيأتي بعضها.

الدليل الثاني: أنه من بيع الغر المنهي عنه

عن أبي هريرة رضي الله عنه - قال: «نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن بيع الحصة وبيع الغر» (13).

ووجه ذلك - كما بين الإمام المازري - أن من اشترى سلعة وقال لرجل: تحمل عني ثمنها، وهو مائة دينار، وعلى أن أعطيك من حمالتك (ضمانك) عشرة دنانير لم يدر هل يفلس من تحمل عنه، أو يغيب فيخسر مائة، ولم يأخذ إلا العشرة، أو يسلم من الغرامة ويفوز بالعشرة، وهذا نفس الغر والمخاطرة، فلهذا منع (14).

المناقشة:

اعتراض على هذا الاستدلال بأنه احتجاج وجيه لو كان التكييف الفقهي للأجر على الضمان أنه عوض عن الدين المكفول به، إذا أداه الضامن لرب الدين، ولكنه غير مسلم بناء على ما يرى القائلون بالإباحة من أن الجعل في الضمان إنما هو في مقابل مجرد التزام الضامن بالدين المكفول في ذمته، سواء أداه عن المكفول أو لم يؤده.. ولما كان الأمر كذلك؛ فحيث قام الضامن ببذل ذمته في الالتزام بالدين، فإنه يستحق عوضه المشروط على أي وجه، وعليه فلا غرر في المسألة(15).

الإجابة

ويجاب عن هذا الاعتراض بأنه حتى ولو سلم جدلاً أن الأجر إنما هو في مقابل الالتزام فإن هذا الالتزام لا يجوز أخذ الأجرة عليه؛ لأنه يؤدي إلى القرض بزيادة في حال أدى الضامن المال لرب الدين، ويكون من أكل أموال الناس بالباطل في حال لم يؤد الضامن المال المضمون.

الدليل الثالث: أنه يؤول إلى القرض بزيادة وهو ربا

ووجه ذلك:

أن الكفيل إذا أدى الدين نيابة عن المضمون عنه يكون مقرضاً له، فيكون إعطاء الأجر على الضمان قرضاً بزيادة، والقرض بزيادة من صريح الربا. وهذا الدليل هو أقوى الأدلة، وهو وحده كاف للقول بحرمة ضمان بجعل؛ لذلك تواطأ على التعليل به عدد من علماء المذاهب الفقهية.

قال الإمام اللخمي المالكي: «الحمالة بجعل فاسدة؛ لأنه يأخذ الجعل فإن كان المتحمل موسراً كان من أكل المال بالباطل، وإن كان معسراً فغرم الحميل كان ربا سلف بزيادة، فقضاؤه عنه سلف، والزيادة الجعل المتقدم»(16).

وقال الإمام ابن قدامة الحنبلي: «ولو قال: اقترض لي من فلان مائة ولك عشرة فلا بأس، ولو قال اكفل عني ولك ألف لم يجز؛ وذلك لأن قوله اقترض لي ولك عشرة جعالة على فعل مباح؛ فجازت، كما لو قال: ابن لي هذا الحائط ولك عشرة، وأما

الكفالة فلان الكفيل يلزمه أداء الدين فإذا أداه وجب له على المكفول عنه فصار كالقرض، فإذا أخذ عوضا صار قرضا جر منفعة فلم يجز» (17).

وقال ابن عابدين الحنفي -ناقلا عن الرملي-: «... ولو كفل رجل عن رجل على أن يجعل له جعلا فهذا على وجهين إما أن يكون الجعل مشروطا في الكفالة، أو لا، فإن لم يكن مشروطا في الكفالة فالجعل باطل والكفالة جائزة؛ أما الجعل باطل لأن الكفيل مقرض في حق المطلوب، وإذا شرط له الجعل مع ضمان المثل فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه فهو باطل، لأنه ربا...» (18).

المناقشة:

نوقش هذا الاستدلال بأن عقد الضمان عقد اسيثاق وليس عقد قرض؛ فإنه وإن شابه القرض في وجه فقد خالفه في وجوه كثيرة، ثم إن الأصل في عقود الاستيثاق توقع وفاء المضمون وأن الاستثناء هو تنفيذ الالتزام على عقد الاستيثاق، والحكم يبنى على الغالب لا على الاستثناء؛ وعليه، فإن أخذ الأجر على الضمان لا يدخل تحت محظورات كل قرض جر منفعة فهو ربا لأن الضمان ليس بقرض (19).

الإجابة:

وأجيب عن هذا الاعتراض: بأن كون الضمان عقد استيثاق لا ينافي كونه قرضا، فهو عقد استيثاق بالنسبة لعلاقة المضمون له مع الضامن، فالكفالة -كما يقول ابن عابدين-، توجب ديناً للطالب على الكفيل، وهذا هو الاستيثاق، وتوجب ديناً للكفيل على الأصل وهذا هو القرض.

وقد بين عدد من الفقهاء -كما تقدم- أن الضمان وجه من وجوه القرض، ولم يذكر المعترض على كون الضمان قد يصير وجهاً من وجوه القرض أي وجه من الوجوه التي زعم أنها كثيرة! (20)

وقد بين الشيخ مصطفى الزرقا أن القول بإباحة ضمان بجعل يفقد تحريم الربا حجبه؛ فقال: «... قضيت في الماضي زمنا طويلا متحيرا في اتفاق الفقهاء على تحريم أخذ الأجر على الكفالة، ولكن بعد تفكير طويل جاءتني فكرة كشفت لي حكمة النصوص الفقهية بالتحريم، ذلك أني قلت إذا جاز أخذ الأجر على الكفالة فإن تحريم الربا يفقد

حجيته، فلا يبقى هناك مجال أبدا لتعليل حكمة الربا، لماذا؟ لأننا نحرم على المقرض أن يأخذ فائدة، أو أي زيادة على مبلغ القرض، لماذا؟ لأنها ربا وهو محرم. فكيف إذن نبرر ذلك إذا قبلنا أن الكفيل لمجرد تعرضه لأن يؤدي عن المكفول مالا في المستقبل وقد لا يؤدي، لا تقع المسؤولية لمجرد هذا الالتزام وتعرضه إلى أن يؤدي عنه مالا في المستقبل سيصبح قرضا، أننا نسوغ له أخذ الأجر، ذاك المقرض الربوي الذي يدفع بالفعل ويتخلى عن جانب من ماله لمصلحة ذلك الآخر الذي يستعمل مال ذلك المقرض، نقول: لا يجوز أن يأخذ هذا المقرض زيادة عما أقرض، وإذا لم يقرض بالفعل ولكنه دخل تحت مسؤولية تعرضه لأن يؤدي فيما بعد... وظهرت لي حكمة اتفاق الفقهاء، وكنت أعجب لهذا الاتفاق لأنه قلما توجد مسألة فقهية ليس فيها خلافات في المذاهب والآراء بكثرة، هذه لم أجد فيها خلافات...»(21).

القول الثاني: جواز أخذ الأجرة على خطاب الضمان مطلقا سواء كان مغطى أم لا.

وممن قال بهذا القول الشيخ محمد رواس قلعه جي(22)، والشيخ أحمد علي عبد الله(23)، والدكتور زكريا البري(24)، والشيخ الدكتور نزيه حماد(25). لكن الشيخ نزيه حماد يشترط للقول بجواز أخذ الأجرة على الضمان أن لا يترتب على عقد الضمان بأجر مداينة إلى أجل؛ لأن الأجر المشروط في هذه الحالة ما هو إلا حيلة لأكل ربا النسئنة أو ذريعة إليه، وذلك محرم شرعا (26).

وبذلك يكاد يكون الخلاف بين الشيخ نزيه حماد وجمهور العلماء المعاصرين القائلين بحرمة خطاب الضمان ما لم يكن مغطى خلافا لفظيا، رغم أنه بذل جهده في محاولة نقض أدلة القائلين بحرمة ضمان بجعل!

أدلة هذا القول استدل أصحاب هذا القول بأدلة منها:

الدليل الأول:

أن الضمان عمل محترم فيه منفعة ومصلحة مشروعة كسائر المنافع والمصالح المعتبرة المتقومة.

ووجه ذلك:

أن التعهد الذي يشتمل عليه خطاب الضمان يعزز قيمة التزامات الشخص المقاول؛ وبذلك يكون عملاً محترماً يمكن فرض جعالة عليه، أو عمولة من قبل ذلك الشخص؛ لأن محض الالتزام بالضمان فيه منفعة مقصودة، ومصلحة مشروعة مشابهة للمنافع التي تبذل في الوديعة والعارية والوكالة، ولذلك صح كونه محلاً للعقد في الضمان والوديعة، كما جاز مبادلتها بالمال في كثير من الفروع والمسائل الفقهية، كجواز أخذ الأجر على محض الالتزام بحفظ الوديعة، وكجواز التزام الزوج لزوجته أن لا يتزوج عليها مقابل جعل يأخذها منها، وكالتزام الزوجة بعدم الزواج بعد موت زوجها مقابل جعل على ذلك (27).

المناقشة:

نوقش هذا الاستدلال: بأنه يسلم لهم أن الضمان عمل محترم مفيد، يثاب فاعله إن شاء الله، ولكن ليس كل عمل محترم يجوز أخذ الأجر عليه؛ فالإقراض عمل محترم، ولا يجوز أخذ الأجر عليه، فكيف يجوز أخذ الأجر على الإقراض المتوقع المستتر في الضمان (28).

الدليل الثاني: قياس الضمان على الجاه؛ فكما جاز أخذ الأجر على الجاه يجوز أخذ الأجر على الضمان.

ووجه ذلك:

أن الضمان شقيق الجاه فيصح قياسه عليه، لأن الضمان والجاه يتمخضان عن معنى واحد. فالشخص الذي يتحلى بسمعة طيبة مبنية على درجة وفائه بالتزاماته هو الذي يقبل ضامناً. وبذلك يكون له وجه مقدر عند الآخرين فيقبلون كلمته. فالجاه والضمان إذن بمعنى واحد (29).

ولا بأس قبل مناقشة هذا القياس أن أتعرض لحكم مسألة ثمن الجاه.

فمسألة ثمن الجاه اختلف فيها أهل العلم؛ فذهب الإمام أحمد إلى جواز ثمن الجاه مطلقاً وهو مذهب الشافعية أيضاً، وللمالكية فيه ثلاثة أقوال: قول بالمنع مطلقاً وقول بالكراهة

وقول مفصل فجوز أخذ ثمن الجاه إذا بذل ذو الجاه جهدا ولو كان يسيرا. وقصدت تأخير المذهب المالكي لأن فيه تفصيلا في حكم المسألة

مذهب الحنابلة

قال الإمام ابن قدامة:

«قال- يعني الإمام أحمد- ولو قال اقترض لي من فلان مائة ولك عشرة فلا بأس، ولو قال اكفل عني ولك ألف لم يجز وذلك لان قوله اقترض لي ولك عشرة جعلالة على فعل مباح فجازت كما لو قال ابن لي هذا الحائط ولك عشرة، وأما الكفالة فلان الكفيل يلزمه أداء الدين فإذا أداه وجب له على المكفول عنه فصار كالقرض، فإذا أخذ عوضا صار قرضا جر منفعة فلم يجز» (30).

وقال المرداوي: « لو جعل له جعلاً على اقتراضه له لجأه صح لأنه في مقابلة ما بذله من جأه فقط ولو جعل له جعلاً على ضمانه له لم يجز نص عليهما لأنه ضامن فيكون قرضا جر منفعة ومنع الأزجي في الأولى أيضا » (31).

مذهب الشافعية

قال الإمام الماوردي: « فصل آخر يشتمل على فروع في القرض وإذا قال الرجل لغيره: أقرض لي مائة درهم، ولك علي عشرة دراهم، فقد كره ذلك إسحاق، وأجازه أحمد، وهو عندنا يجري مجرى الجعالة، ولا بأس به » (32).

وجاء في فتاوى الإمام النووي: «مسألة: إذا كان الإنسان في حبس السلطان، أو غيره من المتعذرين حُبَسَ ظلماً فبذل مالا لمن يتكلم في خلاصه بجأه وبغيره هل يجوز؟ وهل نص عليه أحد من العلماء؟.

الجواب:

نعم؛ يجوز وصرح به جماعة منهم: القاضي حسين في أول باب الربا من تعليقه، ونقله عن القفال المروزي، قال: هذه جعلالة مباحة، قال: وليس هو من باب الرشوة؛ بل هذا العوض حلال كسائر الجعالات » (33).

مذهب المالكية:

جاء في المعيار أن الفقيه أبا عبد الله القروي سئل عن مسألة ثمن الجاه «فأجاب: الحمد لله، اختلف علماؤنا رضوان الله عليهم أجمعين_ في حكم ثمن الجاه، فمن قائل بالتحريم بإطلاق، ومن قابل بالكرهه بإطلاق، ومن مفصل فيه؛ وأنه إن كان ذو الجاه يحتاج إلى نفقة وتعب وسفر أو ترداد مشي فأخذ مثل أجر مثله في ذلك جائز، وإلا حرم» (34).

وقد بين أبو علي ابن رجال أن محل منع الأخذ على الجاه إذا كان الإنسان يمنع غيره بجاهه من غير مشي ولا حركة، وبين أن قول الشيخ خليل: "...وذو الجاه" مقيد بذلك، أي من حيث جاهه فقط، كما إذا احترم زيد مثلاً بذو جاه ومنع من أجل احترامه فهذا لا يحل له الأخذ من زيد.

ثم ساق فتوى أبي عبد الله القروي المتقدمة، ثم علق على القول المفصل في حكم ثمن الجاه الذي جاء فيه أنه إن كان ذو الجاه يحتاج إلى نفقة وتعب وسفر أو ترداد مشي فأخذ أجر مثله فذلك جائز وإلا حرم، علق عليه بقوله: «وهذا التفصيل هو الحق» (35).

وقال التسولي: «... وكذا اختلف في ثمن الجاه فمن قائل بالتحريم، ومن قائل بالكرهه بإطلاق، ومن مفصل بين أن يكون ذو الجاه يحتاج إلى نفقة، وتعب، وسفر، فأخذ مثل أجره فذلك جائز، وإلا حرم. وهذا هو الحق، ولكن لا ينكر على دافعه ولا على آخذه مطلقاً، لأنه مختلف فيه، فلا ينكر على من دفعه لمن يتكلم في أمره مع السلطان ونحوه كما هي عادة الناس اليوم» (36).

وبذلك يتضح أن الشافعية والحنابلة يقولون بجواز أخذ ثمن الجاه مطلقاً، وأن المالكية لديهم ثلاثة أقوال في المسألة: قول بالمنع مطلقاً، وقول بالكرهه، وقول بالتفصيل وهو الصحيح الراجح.

مناقشة قياس الأجر في خطاب الضمان بمسألة ثمن الجاه

قياس أخذ الآخر على الضمان على مسألة ثمن الجاه قياس غير سديد، لأنه قياس مع الفارق؛ لأن الضمان قد يؤول إلى قرض بزيادة، لأن الضمان قد يغرم فيه الضامن فيكون مقرضاً، بخلاف ثمن الجاه؛ فأخذ العوض على الجاه لا يؤول إلى القرض

بزيادة؛ فالعلة التي من أجلها منع أخذ الأجر على الضمان غير موجودة في مسألة ثمن الجاه فكيف يمكن قياس أخذ الأجر على الضمان على جواز أخذ الأجر على ثمن الجاه (37)

الدليل الثالث: قياس الضمان على بعض الأعمال التي منع الفقهاء أخذ الأجرة عليها ثم أجازوها.

ووجه ذلك:

أنه يجب أن يعاد النظر في عدم جواز أخذ الأجرة على الضمان، نظرا لتبدل حال الكفالة اليوم، ولا ينكر تبدل الأحكام بتبدل الأزمان، أي بتغير عرف أهلها وعاداتهم لذلك يرى المجوزون لأخذ الأجر على الضمان أنه يمكن قياسه على أخذ الأجر على بعض الأعمال التي أفتى المتقدمون من فقهاء بعض المذاهب بعدم جواز أخذ الأجر عليها، مثل تحفيظ القرآن، ثم أفتى المتأخرون من فقهاء هذه المذاهب بجواز أخذ الأجر عليها، ويمثلون كذلك بالهبة؛ فإنها تنقلب بالتراضي إلى هبة الثواب، وبالعارية إذا شرط فيها العوض تنقلب إلى إجارة، وبالوكالة بأجر، والإيداع بأجر؛ لذلك يرون أن الضمان أيضا لا يتمتع شرعا انقلابه بالتراضي إلى معاوضة. وفي ذلك يقول الدكتور نزيه حماد:

«وحيث تقرر عند جمهور الفقهاء انقلاب عقود التبرعات تلك إلى معاوضات بالتراضي فإنه لا يمنع شرعا أن ينقلب محض الالتزام في الكفالة بالمال وإن كان الأصل فيه التبرع إلى معاوضة إذا اشترط ذلك...» (38).

مناقشة هذا الاستدلال

اعترض على هذا الاستدلال بأنه قياس مع الفارق؛ لأن عقود التبرعات التي ذكروا تتحول برضا المتعاقدين إلى عقود معاوضات جائزة شرعا، بينما يتحول عقد الكفالة بأجر من عقد تبرع جائز إلى عقد معاوضة محرم؛ لأنه يتحول إلى قرض بأجر، والقرض بأجر هو الربا فالعلة التي من أجلها منع الفقهاء أخذ الأجر على الضمان وهي السلف بزيادة غير متصورة في أخذ الأجر على بقية عقود التبرعات التي تتحول برضا المتعاقدين إلى عقود معاوضات جائزة (39).

واشتراط كون خطاب الضمان مغطى فيه فوائد كثيرة، وقد بين الشيخ عمر المترك - رحمه الله - بعض فوائده ومزاياه بقوله: «...وفي هذا الإجراء من الفوائد ما لا يخفى على ذي بصيرة منها:

1- عدم إفساح المجال لمن ليس لهم المقدرة على الوفاء بالتزاماتهم في الدخول في المناقصات والعطاءات.

2- إن فيه حداً من التعامل الجشع والتوسع في الأعمال بما ليس في استطاعة الإنسان القيام به مما يعود عليه بالضرر وتتعكس عليه آثاره السيئة ذلك أن المناقص قد يقدم ضماناً مصرفياً بمبلغ ليس في استطاعته الوفاء به مما قد يضطره في النهاية إلى الخضوع لما تفرضه عليه المصارف منفوائد ربوية لقاء تسديده بمقتضى الضمان الذي التزمته»(40).

خاتمة

بعد بيان شدة الحاجة إلى خطاب الضمان، وبعد بيان حقيقته وأنواعه، وبعد استعراض الأقوال المختلفة في حكمه، ومناقشتها نقاشاً مستفيضاً؛ تبين للباحث رجحان جواز أخذ الأجرة على خطاب الضمان، إذا كان خطاب الضمان مغطى من قبل الزبون؛ لأن المصرف - في الحالة التي يكون فيها خطاب الضمان مغطى - سيسدد المستحقات المترتبة على الزبون من رصيد الزبون الموجود عند المصرف، لا من مال المصرف نفسه؛ فلا يؤول الضمان في هذه الحالة إلى قرض بزيادة، فلا يبقى وجه وجيه للقول بتحريمه، ثم إن حاجة الناس تدعو إليه.

أما إذا كان خطاب الضمان غير مغطى فإن أخذ الأجرة عليه لا يجوز؛ لأنه في هذه الحال يؤول إلى قرض بزيادة الذي هو من الربا المحرم بإجماع.

والله ولي التوفيق

قائمة المصادر والمراجع

1. ابن عابدين، محمد بن أمين بن عمر، حاشية ابن عابدين على البحر الرائق لابن نجيم، الناشر: دار الكتب العربية الكبرى (مصطفى البابي الحلبي)، (242/6).

2. أبو الحسن علاء الدين علي بن سليمان المرداوي، الإصناف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي بيروت — لبنان، ط: 1، 1419هـ، الإصناف، للمرداوي، (103/5).
3. أبو الحسن علي بن عبد السلام التّسولي، البهجة في شرح التحفة، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، لبنان ط: 1، 1418هـ / 1998م، (473/2).
4. أبو الحسن علي بن محمد الربيعي، اللخمي المالكي، التبصرة، تحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، نشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط: 1، 1432 هـ - 2011 م، (5639/12).
5. أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي البغدادي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: الشيخين علي محمد معوض، وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1، 1419هـ/1999 م، (443/6).
6. أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، رقم (1513).
7. أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب، تحقيق: الدكتور محمد حجي، ط: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للملكة المغربية 1401هـ/1981م، (239/6).
8. أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير لابن قدامة، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة- جمهورية مصر العربية، (365/4).
9. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: تحقيق: الدكتور محمد حجي وآخرين، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط: 2، 1408هـ/1988م، (290/11).

10. أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الإشراف على مذاهب العلماء، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة - الإمارات العربية المتحدة، ط: 1، 1425هـ/2004م، (120/1).
11. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف والنووي، فتاوى الإمام النووي، ترتيب: تلميذه الشيخ علاء الدين بن العطار، الناشر: دار البشائر الإسلامية، ط: 6، 1417هـ/1996م، الصفحة: (153).
12. أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري، شرح التلقين للقاضي عبد الوهاب، تحقيق: الشيخ محمد المختار السلافي، دار الغرب الإسلامي، ط: 1، 2008م، الجزء الثالث، المجلد الثاني، الصفحة (193).
13. أحمد علي عبد الله، جواز أخذ الأجر أو العمولة في مقابل خطاب الضمان: بحث منشور بالعدد الثاني من مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي.
14. بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، ط: 1، 1416 هـ، 1996 م، (210/1).
15. خليل بن إسحاق بن موسى المالكي، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب الفرعي، تحقيق الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب، نشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط: 1، 1429هـ - 2008م، (368/5).
16. زكريا البري، خطاب الضمان، بحث منشور بالعدد الثاني من مجلة المجمع الفقه الإسلامي الدولي.
17. ستر بن ثواب الجعيد، أحكام الأوراق النقدية والتجارية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير نوقشت في جامعة أم القرى، قسم الفقه وأصوله، 1405/1406 هـ، صفحة: (259).
18. السيد محمد باقر الصدر، البنك اللاربوي في الإسلام، مكتبة جامع النقي العامة، الصفحة: (128).
19. الصديق محمد الأمين الضرير، تعليق على بحث الدكتور نزيه حماد: "

- مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي"، جدة: مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي العدد 11 سنة 1419هـ -1999م.
20. الصديق محمد الأمين الضرير، خطابات في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم لمؤتمر المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية، الجامعة الأردنية، عمان، 1414 هـ / 1994م.
21. علي أحمد السالوس، الكفالة في ضوء الكتاب والسنة والتطبيق المعاصر، دراسة منشورة بحولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة قطر العدد الرابع 1405هـ -1985م، الصفحة: (597).
22. علي البارودي، أستاذ القانون التجاري والبحري عميد كلية الحقوق بالإسكندرية سابقاً، العقود وعمليات البنوك التجارية: دار المطبوعات الجامعية أمام كلية الحقوق الإسكندرية، الصفحة: (416-417).
23. عمر بن عبد العزيز المترك، الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الصفحة: (385).
24. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، دار الفكر، بيروت، (224/3).
25. محمد بن الحسن بن مسعود البناي، حاشية البناي على شرح الزرقاني على مختصر خليل بالمسمى الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1422 هـ - 2002 م، (59/6).
26. محمد رواس قلعه جي، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، دار النفائس، ط: 2، 1423هـ/2002م، الصفحة: (105).
27. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع-الأردن، ط: 6، 1427هـ/2007م، الصفحة: (300).
28. مصطفى أحمد الزرقا، من مداخلة للشيخ مصطفى الزرقا في جلسة مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة بتاريخ 10-16 ربيع الثاني 1406هـ، الموافق 22 -28 ديسمبر 1985م،

المخصصة لمناقشة مسألة خطاب الضمان.

29. نزيه حماد، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، دار القلم دمشق، الصفحة: (306).

30. وهبة مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر-سوريا- دمشق، (3759/5).

الهوامش والإحالات

(1)- ينظر: كتاب المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشرعية، للدكتور محمد رواس قلعه جي: (105)، ودراسة الكفالة في ضوء الكتاب والسنة والتطبيق المعاصر إعداد الشيخ علي أحمد السالوس حولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة قطر العدد الرابع 1405هـ- 1985م، وكتاب العقود التجارية وعمليات البنوك، علي البارودي: (416-417).

(2)- العقود التجارية وعمليات البنوك، علي البارودي: (416-417).

(3)- ينظر: كتاب البنك اللاربوي في الإسلام، للسيد محمد باقر الصدر: (128).

(4)- هو العلامة الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير (ت: 2015م)، فقيه وقانوني سوداني، أستاذ بكلية القانون بجامعة الخرطوم، وعضو في مجمع اللغة العربية في الخرطوم، حاصل على جائزة الملك فيصل العالمية في الدراسات الإسلامية، من أشهر كتبه: والغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة

(5)- هو العلامة الدكتور بكر بن عبد الله بن محمد بن أبوزيد (ت: 1429م)، أحد كبار العلماء المعاصرين بالمملكة العربية السعودية، عضو المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، وعضو هيئة كبار العلماء بالسعودية واللجنة الدائمة للبحوث العلمية، من أشهر كتبه: فقه النوازل: دراسة فقهية معاصرة.

(6)- ينظر: كتاب الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، (3759/5)، والربا والمعاملات المصرفية للشيخ عمر المترك: (385)، وخطابات في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم لمؤتمر المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية، الجامعة الأردنية، عمان، 1414 هـ / 1994م، وفقه النوازل للشيخ بكر أبو زيد، (210/1)،

والكفالة في ضوء الكتاب والسنة والتطبيق المعاصر دراسة إعداد الدكتور علي أحمد السالوس، منشورة في العدد الرابع من حولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة قطر 1405هـ - 1985م، وكتاب المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد عثمان شبير: (300)، والعدد الثاني من مجلة مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي.

(7) جاء في القرار المشار إليه ما يلي:

« 1- إن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والانتهازي لا يخلو إما أن يكون بغطاء أو بدونه، فإن كان بدون غطاء، فهو: ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيما يلزم حالا أو مآلا، وهذه هي حقيقة ما يعني في الفقه الإسلامي باسم: (الضمان) أو (الكفالة).

وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي (الوكالة) والوكالة تصح بأجر أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له).

2- أن الكفالة هي عقد تبرع يقصد للإرفاق والإحسان، وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة، لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جر نفعاً على المقرض، وذلك ممنوع شرعاً؛ ولذلك فإن المجمع قرر ما يلي:

أولاً: أن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان (والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته)، سواء أكان بغطاء أم بدونه.

ثانياً: أما المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه ف جائزة شرعاً، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل، وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي، يجوز أن يراعى في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء.

(8) - الربا والمعاملات المصرفية، للشيخ عمر المترك: (391-392).

(9) - الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر، (120/1).

(10) - التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، للشيخ خليل، (368/5).

(11)- ينظر: كتاب أحكام الأوراق النقدية والتجارية في الفقه الإسلامي للجعيد: (259)

(12)- كتاب الحاوي الكبير للإمام الماوردي، (443/6).

(13)- صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر، رقم (1513).

(14)- ينظر: شرح التلخين للإمام المازري، الجزء الثالث المجلد الثاني الصفحة (193) وينظر أيضا التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، (294/6)، وحاشية البناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل، (59/6).

(15)- ينظر: كتاب قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد للدكتور نزيه حماد: (306).

(16)- التبصرة للإمام أبي الحسن اللخمي، (5639/12)، وينظر أيضا البيان والتحصيل للإمام ابن رشد، (290/11).

(17)- الشرح الكبير لابن قدامة، (365/4).

(18)- حاشية ابن عابدين على البحر الرائق لابن نجيم، (242/6).

(19)- ينظر: بحث جواز أخذ الأجرة أو العمولة في مقابل خطاب الضمان، إعداد الشيخ أحمد علي عبد الله منشور بالعدد الثاني من مجلة المجمع الفقهي الدولي.

(20)- ينظر: خطابات في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم لمؤتمر المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية، الجامعة الأردنية، عمان، 1414 هـ / 1994 م

(21)- من مداخلة الشيخ مصطفى الزرقا في جلسة مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة بتاريخ 10-16 ربيع الثاني 1406هـ، الموافق 22-28 ديسمبر 1985م، المخصصة لمناقشة مسألة خطاب الضمان.

(22)- الشيخ الدكتور محمد رواس قلعه جي (ت: 2014م)، فقيه وأكاديمي سوري، مارس التدريس في الجامعات السورية والسعودية والكويتية، ألف مجموعة من الموسوعات الفقهية منها: موسوعة فقه أبي بكر الصديق، ومجموعة فقه عمر بن

الخطاب، ومن أشهر كتبه: كتاب المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشرعية الإسلامية

(23)- الدكتور أحمد علي عبد الله، فقيه سوداني، عضو مجمع الفقه الإسلامي، والأمين العام للهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية بالسودان.

(24)- الشيخ الدكتور زكريا البري (ت: 1991م)، فقيه مصري، رئيس قسم الشريعة الإسلامية في كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ووزير الأوقاف الأسبق في جمهورية مصر العربية.

(25)- المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشرعية الإسلامية، للدكتور محمد رواس قلعه جي: (105)، وبحث جواز أخذ الأجرة أو العمولة في مقابل خطاب الضمان إعداد الشيخ أحمد علي عبد الله منشور بالعدد الثاني من مجلة المجمع الفقه الإسلامي الدولي، وبحث خطاب الضمان إعداد الدكتور زكريا البري منشور بالعدد الثاني من مجلة المجمع الفقه الإسلامي الدولي، وكتاب قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد للدكتور نزيه حماد: (283).

(26)- ينظر: كتاب قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد للدكتور نزيه حماد: (309).

(27)- ينظر كتاب البنك اللاربوي في الإسلام للسيد محمد باقر الصدر: (131) وكتاب قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد للدكتور نزيه حماد: (292) وبحث جواز أخذ الأجرة أو العمولة في مقابل خطاب الضمان، إعداد الشيخ أحمد علي عبد الله، منشور بالعدد الثاني من مجلة المجمع الفقهي الدولي.

(28)- ينظر بحث خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد الأمين الضرير.

(29)- ينظر: بحث جواز أخذ الأجر أو العمولة في مقابل خطاب الضمان إعداد الشيخ أحمد علي عبد الله، منشور بالعدد الثاني من مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي.

- (30)- الشرح الكبير لابن قدامة، (4/365)، ولكون كلام ابن قدامة يتضمن حكم مسألة ثمن الجاه، وحكم الضمان بجعل أعدته هنا، رغم أنه تقدم في الكلام على الإجماع على حرمة الضمان بجعل.
- (31)- الإنصاف، للمرداوي، (5/103).
- (32)- الحاوي الكبير للإمام الماوردي، (5/358).
- (33)- فتاوى الإمام النووي: (153) ترتيب: تلميذه الشيخ علاء الدين بن العطار.
- (34)- المعيار المعرب، للونشريسي، (6/239).
- (35)- ينظر: حاشية البناني على شرح الزرقاني لمختصر خليل، (5/407)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، (3/224).
- (36)- البهجة شرح التحفة، للتسولي، (2/473).
- (37)- ينظر: خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية للشيخ الصديق محمد الأمين الضرير، بحث مقدم لمؤتمر المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية، الجامعة الأردنية، عمان، 1414 هـ / 1994م..
- (38)- ينظر: كتاب قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد نزيه حماد: (291)، وينظر أيضاً: المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة الإسلامية، لرواس قلعه جي: (105).
- (39)- ينظر: تعليق الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير على بحث الدكتور نزيه حماد: "مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي"، جدة: مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي العدد 11 سنة 1419هـ -1999م.
- (40)- الربا والمعاملات المصرفية، للشيخ عمر المترك: (391-392).

تاريخ القبول: 2020/12/03

تاريخ الإرسال: 2020/11/12

النسب والخبرة: إشكالات التصور والتعريف، وضوابط الأعمال والتوظيف

-بحث في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي المغربي-

Lineage and expertise: problems of perception and definition, and parameters of use - a study of family legislation and Moroccan jurisprudence-

د. أحمد المدني لكلمي¹¹الإمارات العربية المتحدة، ahmed.laklimi@um5a.ac.ae

المخلص

يهدف هذا البحث إلى تحليل مفهومي النسب والخبرة، ومعالجة مختلف ما يرد عليهما من إشكالات نظرية في مستويي الفهم والتنزيل، انطلاقاً من المبادئ والنصوص الشرعية، ومن التشريع الأسري والتجربة العملية للاجتهاد القضائي بالمغرب. وقد خلص إلى جملة نتائج منها:

- 1- أهمية التمييز في الأحكام الفقهية المقررة بين ما هو موضوعي وما هو إجرائي، لما يتيح ذلك من فتح آفاق الاجتهاد في تكييف الأحكام الإجرائية مع مستجدات واقع البحث العلمي.
- 2- أن الطابع القطعي لنتائج الخبرة الطبية يقتضي إيلاءها ما تستحقه من الأولوية على ما سواها من الوسائل التقليدية الظنية.
- 3- أن الاجتهاد القضائي ينبغي أن يفتح على الثروة الفقهية الضخمة التي تضمنتها مصادر المذاهب الفقهية، وأن يحرص على انتقاء ما يستجيب منها لمتجدد أحوال المجتمع.

* المؤلف المرسل

4- أن الاجتهاد القضائي في قضايا النسب بما هو واقع تحت رقابة محكمة النقض يمكنه التأسيس لعمل قضائي يضمن لثوابت التشريع خاصية الاستمرار والملاءمة لمتغيرات الأحوال.

الكلمات المفتاحية: الخبرة، النسب، الفقه، الإثبات، النفي، التشريع، الاجتهاد القضائي، العمل القضائي.

Abstract:

In this research an analysis of the concepts of lineage and experience, based on the principles and Sharia texts, and from family legislation and the practical experience of the jurisprudence in Morocco.

He concluded a number of results, including:

- 1- The importance of distinguishing between what is objective and procedural in the established jurisprudential rulings in opening the door to diligence in adapting procedural rulings to the developments in the reality of scientific research.
- 2- The definitive nature of the results of medical expertise requires that it be given the priority it deserves over other presumptive traditional means.
- 3- That the jurisprudence should be open to the various sources of jurisprudence schools, especially those that respond to the needs of contemporary society.
- 4- The jurisprudence in the cases of lineage can establish a judicial work that guarantees the characteristics of the legislation continuity and suitability to the variables of conditions

Keywords: Expertise-Parentage-Jurisprudence-Evidence-Disavowal - Legislation-Holding of the court-Juristic act

مقدمة:

ظلت أحكام الأسرة عامة وما يتعلق منها بالنسب خاصةً مُستَمَدَّةً من الفقه المالكي منذ استقرار العمل به لدى المغاربة، وبدخول المغرب عهد التقنين، استصحبَ المشرع الالتزام بهذا الفقه استبقاءً لما يحققه ذلك من الأمن القانوني للأفراد، والاستقرار للمصادر المادية التي يعتمد عليها نظام القضاء، فكان التشريع الأسري ممثلاً في مدونة

الأحوال الشخصية، صورة تقنين حديث لما استقر عليه الفقه المالكي في أحكام المناكحات والمواريث، مما به الفتوى مما جرى عليه العمل أو الراجح أو المشهور. وإذا كانت مدونة الأسرة مظهراً للحدثة القانونية التي تقتضي الاستجابة لها ما استجد من أوضاع اجتماعية، وحاجات حقوقية مطلع الألفية الثالثة، فإنها مع ذلك استطاعت أن تحافظ على نفس أصالتها، لما اتخذت الشرع الإسلامي الحنيف المصدر المادي الأساس لجميع الأحكام المتضمنة في مختلف أبوابها وأقسامها وموادها. ومن أهم ما تتجلى فيه تلك الأصالة أحكام النسب المنصوص عليها في القسم الأول من الكتاب الثالث المتعلق بالولادة ونتائجها.

ذلك أنها يتضح فيها بجلاء حرص المشرع الأسري على إيلاء النسب ما يتناسب مع مكانته في المدونات الفقهية والنصوص الشرعية.

ومما تجلى فيه بعد نظر المشرع الأسري في هذا الباب أن تمسكه بالأصالة لم يكن مانعاً له من الاستجابة لروح الحدثة القانونية التي تقتضي الانفتاح على ما جادت به الأبحاث العلمية في مجال الإثبات.

فكان من أهم مميزات التشريع الأسري إدراج الوسائل العلمية ممثلة في نصه على اعتماد الخبرة القضائية في مادة النسب.

وإذا كان النسب عموماً من جملة ما علم تشوف الشارع إلى توسيع نطاق التمتع به، ففي فتح المشرع المغربي الباب أمام الأخذ بالخبرة القضائية ما يتناسب مع هذا التوجه الشرعي العام.

إشكالية البحث:

إن أخذ التشريعات الحديثة عموماً بالخبرة القضائية لا يخلو من إشكالات نظرية تترتب عليها مصاعب في مقام التنزيل.

ومن جملة تلك الإشكالات:

- ما يتعلق بمفهوم النسب نفسه من حيث ما هي حقيقته الشرعية وطبيعته القانونية؟ لاسيما في ضوء تفريق المشرع المغربي بينه وبين "البنوة"، ولا شك أن مما

يزيد هذا الإشكال خطورةً ما يترتب على توسيع مجال إثبات النسب أو نفيه اعتماداً على الخبرة الطبية.

- أن الخبرة الطبية نفسها مثار إشكالات نظرية من حيث مفهومها وطبيعتها القانونية وتكييفها الشرعي ومناطق الأخذ بها، لا سيما مع ما يؤكد العلم من قطعية نتائجها.

- هل يمكن أن يعتمد على الخبرة الطبية في حالات التنازع بين الأزواج التي سنّت فيها الشريعة اللعان؟ وماذا يمكن أن يترتب على إطلاق العمل بها بديلاً عن ذلك من هنك حُجب السّر وما إلى ذلك.

أهداف البحث:

إن هذه الإشكالات النظرية وآثارها التطبيقية العملية هي التي يهدف البحث إلى تناولها بالدراسة والتحليل، وذلك في أفق تحقيق النتائج الآتية:

- تحديد طبيعة النسب، هل هو علاقة شرعية أم لحمة طبيعية؟
- فهم مسلك المشرع المغربي في تفرقه بين البنوة والنسب.
- الاستفادة من تجارب الاجتهاد القضائي في تحقيق مبادئ العدالة والإنصاف لفئة المواليد على غير فراش الزوجية ولأمهاتهم، من خلال اعتماد الخبرة الطبية كوسيلة لإحاق البنوة بالآباء البيولوجيين الطبيعيين، وترتيب آثار التعويض المادي عليهم، ومشاركتهم الأمهات في تحمل غرم وتبعة العلاقة غير الشرعية.
- استخلاص ما يمكن اعتباره أسساً لعمل قضائي مكمل للتشريع، من خلال تجارب الاجتهاد القضائي من قبل مختلف محاكم الأسرة، وقرارات محكمة النقض، فيفد القضاء في معالجتهم لما يعرض على أنظارهم من قضايا النسب والبنوة، بما لا يعارض ثوابت الشريعة ومقاصدها ولا يصادم مبادئ العدالة والإنصاف.

منهجية البحث:

اعتمد البحث في مقاربة ما يطرحه الموضوع من مختلف الإشكالات منهجاً جامعاً بين التأصيل والتحليل، وصاغ مادته العلمية بعد المعالجة في مبحثين: اعتنى أولهما بمعالجة الإشكالات النظرية التي تتعلق بالنسب والخبرة في مستوى التنظير، بينما اهتم

الثاني بتحليل نماذج من الأحكام والقرارات القضائية بما مكن الباحث من استخلاص جملة من الضوابط التي من شأنها ترشيد الاجتهاد القضائي في نوازل النسب نحو ما تتم به الملاءمة بين ثابت استقرار التشريع، وسامي قيم العدالة والإنصاف، ومتغير الوقائع والمستجدات.

وَذِيْلٌ بِخَاتَمَةٍ تَلْخِصُ مُخْتَلَفَ مَا أُسْفِرَ عَنْهُ مِنْ نَتَائِجٍ وَمَخْرَجَاتٍ.

المبحث الأول: النسب والخبرة في التشريع الأسري: إشكالات التصور والتعريف:

لا شك أن الأبوة والبنوة والانتساب كلها معان وجدت منذ بدأ الاجتماع البشري، وعُرفت قبل الشرائع والقوانين، فكانت علائق ترتبت عليها حقوق اقتضت حمايتها إيجاد مؤسسات القانون ونظم التشريع.

وكثيرا ما يؤدي التعاقل عن هذا المدخل إلى التباس بعض المفاهيم الفطرية الخلقية، بمفاهيم قانونية تشريعية، ويترتب على ذلك التباس في التصور ينعكس أثره على التشريع.

ولعل مفهوم النسب من تلك المفاهيم التي نالها من الالتباس في التصور ما أبعدته عن سياق نشوئه، فوظف في نظم التشريع على نحوٍ لم يراع فيه ذلك السياق، وما أكسبهُ من خصائص العموم والسعة والإطلاق.

وتقريباً لهذا الإشكال أصوغه في سؤال يجتهدُ في الإجابة عنه بما يتجلى فيه ذلك الالتباس، وما يُستعان به في تصحيح ما اعوج من آثاره في مستوى العمل والتشريع.

فما هو النسب: هل هو حقيقة علاقة شرعية أم لحمة فطرية؟

المطلب الأول: إشكالات مفهوم النسب:

لا مرأى أن علاقة الشريعة بالفطرة علاقة تأكيد لا تأسيس، ومن دلائل ذلك ما ورد في القرآن الكريم من الأمر بإلحاق الأبناء بأنساب آبائهم التي اكتسبوها زمن الجاهلية حيث لا شريعة ولا قانون؛ قال تعالى: أ^١ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ ، فالضميرُ في: أ^٢ □ □

لِلدَّعِيَاءِ، وَهُمْ الْمَتَّبِعُونَ، وَاللَّامُ فِي قَوْلِهِ: أٌ □ □ □ □ □³ لَامُ الْإِنْتِسَابِ، يَقَالُ: فُلَانٌ لِفُلَانٍ، أَيْ: هُوَ ابْنُهُ، يَنْتَسِبُ لَهُ⁴، وَالْآيَةُ أَمْرَةٌ بِنَسَبِ الْأَبْنَاءِ لِأَبَائِهِمْ سِوَاءِ أَوْلَدُوا لِرِشْدَةٍ أَمْ لَغِيَةٍ، مَصْرُحَةٌ أَنَّ ذَلِكَ مِنَ الْقِسْطِ، مَفْهَمَةٌ أَنَّ ضِدَّهُ هُوَ هَدْرُ أَنْسَابِهِمْ وَإِضَاعَتُهَا ظُلْمٌ

لهم وَتَجَنُّ عَلَيْهِمْ، وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ الْجَوْرُ وَالتَّجَنِّي، أَنْ يَكُونَ بِالْإِهْمَالِ أَوْ بِالتَّنْبِي، فِكْلَاهُمَا حَائِذٌ عَنْ سَبِيلِ الْعَدْلِ، وَاقَعَ مَوْقِعَ الْجَوْرِ؛ وَلِذَلِكَ وَرَدَ فِي قِصَّةِ نَزُولِ هَذِهِ الْآيَةِ أَنَّ أَبَا بَكْرَةَ قَالَ: "أَنَا مِمَّنْ لَا يَعْرِفُ أَبُوهُ.."، قَالَ بَعْضُ رَوَاةِ هَذِهِ الْآيَةِ: "وَاللَّهِ إِنِّي لَأُظَنُّ لَوْ عَلِمَ أَنَّ أَبَاهُ كَانَ حِمَارًا لَانْتَمَى إِلَيْهِ"⁵.

فَيَكُونُ النَّسَبُ بِهَذَا مِنْ مَعَانِي الْفِطْرَةِ وَالْخَلْقِ، لَا مِنْ مَتَعَلِّقَاتِ التَّكْلِيفِ وَالْأَمْرِ.

فَكَيْفَ نَظَرَ إِلَيْهِ الْمَشْرِعُ الْأَسْرِي الْمَغْرِبِي؟

يِلَاحِظُ أَنَّ الْمَادَّةَ: 150 مِنْ مَدُونَةِ الْأُسْرَةِ عَرَفَتِ النَّسَبَ بِأَنَّهُ: "حِمَّةٌ شَرْعِيَّةٌ بَيْنَ الْأَبِ وَوَلَدِهِ، تَنْتَقِلُ مِنَ السَّلَفِ إِلَى الْخَلْفِ".

فَجَعَلَتْهُ رَابِطَةً بَيْنَ الْأَصْلِ وَالْفَرْعِ تَنْتَجُ عَنْ عِلَاقَةٍ شَرْعِيَّةٍ بَيْنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ، ثُمَّ اعْتَبَرَتْ الْمَادَّةَ: 142 مِنْ مَدُونَةِ الْأُسْرَةِ الْعِلَاقَةَ الْبَيُولُوجِيَّةَ بَيْنَ الْأَصْلِ وَالْفَرْعِ النَّاتِجَةَ عَنْ عِلَاقَةٍ غَيْرِ شَرْعِيَّةٍ بَيْنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ "بَنُوَّةً" لَا "نَسَبًا"، مَرْتَبَةً عَلَى ذَلِكَ قِصْرَ ثُبُوتِ الْبَنُوَّةِ وَآثَارَهَا عَلَى الْأُمِّ خَاصَّةً، وَوَقَّفَ ثُبُوتَ النَّسَبِ وَآثَارَهُ لِلْأَبِ عَلَى شَرْطِ الْفَرَّاشِ أَوْ شَرْعِيَّةِ الْارْتِبَاطِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأُمِّ، كَمَا نَصَّتْ عَلَى ذَلِكَ الْمَادَتَانِ: 146 وَ148 مِنْ مَدُونَةِ الْأُسْرَةِ.

وَهَذَا التَّمْيِيزُ بَيْنَ "الْبَنُوَّةِ" وَ"النَّسَبِ" نَاشِئٌ عَنْ تَأَثُّرِ الْمَشْرِعِ الْأَسْرِي بِمَسْلَكِ جُمْهُورِ فَقْهَاءِ الشَّرِيعَةِ؛ إِذْ كَانُوا يَتَّخِذُونَ هَذَا التَّمْيِيزَ أُسَاسًا فِي التَّعْرِيفِ، كَمَا فِي قَوْلِ ابْنِ الْعَرَبِيِّ الْمَالِكِيِّ (ت: 543 هـ): "النَّسَبُ هُوَ عِبَارَةٌ عَنْ مَرَجٍ -أَي: خُلُطٍ- الْمَاءِ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى عَلَى وَجْهِ الشَّرْعِ، فَإِنْ كَانَ بِمَعْصِيَةٍ كَانَ خُلُقًا مُطْلَقًا، وَلَمْ يَكُنْ نَسَبًا مُحَقَّقًا"⁶.

بَيِّدُ أَنَّ هَذَا التَّمْيِيزَ لَوْ أُرْجِعَ إِلَى مَنْشَأِهِ لَلْوُحُظُ أَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْمُنَاقَشَةَ؛ إِذْ إِنَّمَا اسْتَنْبَطَهُ الْفُقَهَاءُ مِنْ حَدِيثٍ: {الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ}⁷، وَالنَّظَرُ فِي سِيَاقِ وَرُودِهِ يَفْتَحُ مَجَالًا لِتَأْوِيلِهِ عَلَى عِدَّةِ أَوْجِهٍ، ذَلِكَ أَنَّهُ -أَعْنِي: سِيَاقُ وَرُودِ الْحَدِيثِ- يَبْدُو أَنَّهُ لَا يَفِيدُ أَنَّ الْقَصْدَ مِنْهُ إِفَادَةُ ذَلِكَ التَّمْيِيزِ؛ لِأَنَّهُ وَرَدَ مُورِدُ الْفَصْلِ فِي نَازِلَةٍ تَعَارَضَتْ فِيهَا دَعْوِيَانِ:

أولاهما: دعوى مستندة إلى أصلٍ مستصحب، وهو: أن الولدَ للفراش، وأن الفراش قرينةٌ على النسب.

والثانية: دعوى مستندة على شبهة دليل، وهي الشبهة.

فلما قويت شبهة الدليل فأشبه الولدُ عتبة ابن أبي وقاص، ولم يكن صاحب الفراش، روعي ذلك في جانب من جوانب الحكم، كما روعي الأصل المستصحب في جانب آخر منه، ففضى النبي صلى الله عليه وسلم بما يلائم الجانبين لما تعذر عليه دحضُ الشكِّ باليقين، ففضى بالولد المتنازع عليه لمن ولد على فراشه، وألزمَ أخته سودة أن تحتجب منه مراعاة لشبهه بعتبة الذي كان قد أقر به وعهد به إلى أخيه سعد.

فكانت الغاية من هذا الحكم بيان أن الفراش قرينةٌ على ثبوت النسب، لكنها تبقى قابلةً لإثبات العكس؛ لذلك أعملت قرينة الشبه كذلك، فروعي مقتضاها في الحكم، دلالةً على تساوي القرينتين إذا تعذر تغليب مقتضى أحدهما على مقتضى الآخر، أخذاً بمبدأ الاحتياط في موضع الاشتباه.

فكان في قضاء النبي صلى الله عليه وسلم في تلك النازلة تفسير الشك والاشتباه لصالح من تمسك بالأصل، ومراعاة مقتضى مقابله، لما تعذرت سبيل الحسم والقطع. وقد علل السرخسي الحنفي الأخذ بقرينة الفراش باستحالة معرفة حقيقة من صاحب الماء الذي تخلق منه الولد، مشيراً إلى كون تلك الاستحالة مناطاً الأخذ بقرينة الفراش، فقال: "وثبوت النسب من الرجل باعتبار الفراش، لا بحقيقة انخلاقه من ملته؛ لأن ذلك لا طريق لمعرفته"⁸.

وإذن ففي استنباط وجوب نفي ولد الزنا عن أبيه من هذا الحديث نظر. ومن مداخل التأويل التي يحتملها هذا الحديث أيضاً، كونه معارضاً بما هو أقوى منه، وهو آية سورة الأحزاب المتقدمة، التي ورد فيها الأمر بإلحاق الأدعياء بأبائهم الطبيعيين، بأقوى أوجه الدلالة عليه، وهو الأمر الصريح، وفي هذه المعارضة إضعاف للقول بنفي ولد الزنا عن أبيه..

وحتى لو سلم بهذا القول فإنه يبقى منوطاً بحالة الزنى بامرأة متزوجة؛ إذ الحديث نصٌّ على الفراش، أما لو كان الزنى من غير فراش، فهل يستقيم أن يحكم فيه هذا الحديث؟

لاشك أن تعدية حكم أنيط بالفراش إلى ما لا فراش فيه تسوية بين ما حقه أن يراعى اختلافُ المناط فيه..

ولذلك كان من عميق فقه بعض الأئمة لمح هذا الملمح من التفريق بين الحالتين، وقد عزا ذلك ابنُ القيم إلى إسحاق بن راهويه، والحسن البصري، وعروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، قال ابن القيم: "وهذا المذهب كما تراه قوة ووضوحاً، وليس مع الجمهور أكثر من: "الولد للفراش"، وصاحب هذا المذهب أول قائل به، والقياسُ الصحيح يقتضيه، فإن الأب أحد الزانيين، وهو إذا كان يلحق بأمه، وينسب إليه، وترثه ويرثها، ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه مع كونه زنت به، وقد وجد الولد من ماء الزانيين، وقد اشتركا فيه، واتفقا على أنه ابنهما، فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدعه غيره؟"⁹.

على أن الباحث يجد هذه المسألة تحيله على إشكال آخر، يمكن أن نسميه إشكال اختلال بعض الأنساق الفقهية، ذلك أن جمهور الفقهاء القائلين بتعليق النسب على شرط الفراش أخذوا بقاعدة: "الولد للفراش"، نجد كثيراً منهم يقولون بتنزيل النسب الطبيعي منزلة النسب الشرعي في تعدية آثار "النسب" إلى "البنوة"، بينما يرى آخرون خلاف ذلك، فالفقه المالكي مثلاً -وهو موافق لرأي الجمهور في التفرقة بين "البنوة" و"النسب"- راعى ما تقتضيه تلك التفرقة من عدم تعدية أحكام النسب وآثاره إلى البنوة الطبيعية، فقرر أنه لا تحرمُ البنت من الزنى على أبيها، ولا تحرمُ عليه أمٌ ولا بنت من زنى بها؛ إذ الحرامُ لا يحرم الحلال، قال ابن العربي: "ولم يدخل تحت قوله: **أَتَنَتِي** □¹⁰ ابنته من الزنا؛ لأنها ليست ببنت في أصح القولين لعلمائنا"¹¹.

خلافاً لمذهب أحمد ابن حنبل الذي تقرر فيه أنه تحرم على الرجل ابنته من الزنى، لأنها خلقت من مائه.

والذي حدا بالحنابلة إلى القول بذلك هو نظرهم إلى ضعف ما بنى عليه الجمهور قولهم بإناطة النسب بالفراش، وتعدية ذلك إلى حالات عدم وجود الفراش أصلاً، قال سبط ابن الجوزي مبيناً ذلك: "هذه ابنته بالنص -يعني: بنص آية الأحزاب-، فتحرم عليه، وأما الحديث -يعني حديث: {الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ} الذي عدّه الجمهور نصّاً في قطع

إضافة نسب ابنة الزنى إلى أبيها- فخيرُ آحاد ورد على مخالفة الكتاب، ولا نسلم أنه لقطع الإضافة، بل لقطع الأحكام التابعة، كالملك ونحوه¹².

ومرجع الخلاف في ذلك هو دلالة لفظ النكاح في قول الله تعالى: ﴿أَنْ يَكُونَ مِنْكُمْ مَنْ يَتَّبِعُ الْهَوَىَٰ﴾¹³

هل هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد أم العكس؟

فعلى القول بكونه في الوطء حقيقة يتعين تعدية آثار النكاح الصحيح على الوطء بزنى، فتحرم على الرجل ابنته من الزنى، وعلى القول بكونه في العقد حقيقة لا تحرم عليه، ولا تسري بسبب وطئه إياها الأحكام المنوطة بالعقد على البنات أو الأمهات..

والملاحظ على الفقه هنا قصرُ اهتمامه على البحث في مدى ترتب آثار النكاح والمصاهرة والعقوبة على وقائع الزنا، دون أيما التفات إلى ما يترتب على تلك الوقائع من آثار المسؤولية عن الأطفال، وحقوقهم في الرعاية المادية والاجتماعية.

وهنا تبرز أهمية ما أثاره ابن القيم من الخلاف في مسألة إلحاق ابن الزنا بأبيه؛ لما يدل عليه من توجه حقوقي يحاول لفت النظر الفقهي إلى ما ينتظر منه من استصلاح أحوال النساء، والعناية بتمتعيم بحقوقهم، لكنه توجه لم يكتب له أن يصمد في وجه التوجه العام المتمسك بمقرر الأحكام.

ولأجل ذلك نرى المشرع لا يكاد يستجيب للنزعة الحقوقية في مسائل الأسرة إلا على استحياء، حيث قصر ذلك على بعض الحالات التي رأى أنها لا تثير مخالفة واضحة لمقرر الأحكام.

وموقفه من المولود على غير فراش الزوجية أظهر مثال على ذلك، ذلك أن المادة: 148 من مدونة الأسرة نصت -كما تقدم- على أنه لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية.

فهذه المادة تعكس تمسك المشرع بالتوجه العام لجمهور الفقهاء في مسائل النسب.

لكن النظر إلى آثار هذا التوجه في الواقع الاجتماعي ربما يبعث على التساؤل عن مدى مصلحيته؟ لا سيما مع تناقض تلك الآثار مع قيم العدل والمساواة، وهي قيم إسلامية بل كونية كلية.

وهنا يثار التساؤل الآتي: ألا يمكن أن يكون تناقض هذه الآثار مع ما روح التشريع الأسري متمثلة في قيم العدل والمساواة موجبا لوقوع ما انبنى من الأحكام والقرارات القضائية على المقررات الفقهية التي تمسك بها المشرع الأسري تحت طائلة البطلان، بناء على أن ذلك يؤول إلى خرق القانون الداخلي، وفق ما نص عليه الفصل: 359 من قانون المسطرة المدنية؟

ومن جانب آخر، ألا يكون المشرع الأسري قد وقع في التناقض لما سنّ المادتين: 146 و148 المكرستين لنظرة التمييز ضد المرأة بإعفائهما الأب البيولوجي من جميع آثار البنوة غير الشرعية، وتحميل أولاهما الأم جميع آثار البنوة وإن ترتبت من علاقة غير شرعية، وفي نفس الوقت سنّ المادة: 400 التي نص فيها على تحقيق قيم العدل والمساواة؟

ثم لماذا فتح المشرع الأسري المجال للأخذ بهاتين القيمتين في حدود ما لم ينص عليه من حالات؟

ألم يكن الأولى أن يحتكم فيما سن من المواد إلى هاتين القيمتين عوض التمسك برأي فقهي نشأ في واقع اجتماعي لم يعد قائما؟

هذه التساؤلات تقفنا على جملة من المفارقات التي اقتضاها حرص المشرع الأسري على موافقة تصور الجمهور عامة والفقهاء المالكي خاصة لمفهوم النسب.

ويبدو أن هذه المفارقات يمكن تلافيها من خلال الانفتاح على مختلف نظريات الثروة الفقهية، وما تقترحه من حلول تتيح إمكانات هائلة تمكن القضاء الأسري من حلول لا تعارض النظام العام، كما لا تناقض مقتضيات المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الطفل والمرأة، وتستجيب للتحولات الاجتماعية المعاصرة.

كما يمكن ذلك أيضا من خلال أعمال آلية الاجتهاد اعتماداً على المبادئ الشرعية الكلية، واتخاذها أصولاً تعالج بها القضايا والواقعات، ومن تلك المبادئ:

- مبدأ المعاملة بنقيض المقصود الفاسد: فيمكن إجراء هذه القاعدة وطردّها في حالة الأبوة الطبيعية غير الشرعية، تحميلاً للأب الطبيعي مسؤوليته عن ولده على وفق ميزان العدل والإنصاف، كما تتحملها الأم.

- قاعدة الغنم بالغرم: حتى لا تخلص للأب لذة الوطء ويعفى من أية مسؤولية عن خطئه، لتبقى تلك المسؤولية ملقاةً على الأم لوحدها، تنوء بتحملها ما يلاحقها من مرة الوصم بالزنى والمنبوذية.

- أصل اعتبار المآل: بالنظر في المآلات، قبل البت في الوقائع، وهو أصل شرعي مبني على فقه الواقع، ومراعاة معطياته في التشريع والقضاء والفتوى معا، وله عظيم الأثر على تحقيق هذه الثلاثة لمقاصدها.

فيبدو لنا أن إعمال هذه القواعد والمبادئ وغيرها مما يستفاد من الانفتاح على الثروة الفقهية لمختلف المذاهب الإسلامية مدخل إلى ما نراه كفيلا بتحقيق مقاصد التشريع الأسري، من تجسيد قيم العدل والمساواة.

ولعل ذلك يتيح من أصول التكليف وأسس التخريج ما يمكن به الاستجابة لما اقترحه بعض الباحثين علاجاً للواقع الذي تفتشت فيه ظواهر "أطفال الشوارع"، و"الأمهات العازبات"، و"جنوح الأحداث"، و"جرائم اغتصاب الأطفال"¹⁴، وهو تعديل المادة: 148، وذلك بجعل البنوة الغير الشرعية كالبنوة الشرعية تنتج نفس الآثار المترتبة عن عقد زواج صحيح¹⁵.

المطلب الثاني: إشكالات الخبرة:

من مستجدات التشريع الأسري المغربي في نسخته الأخيرة المتمثلة في "مدونة الأسرة" إقرار المشرع بالخبرة الطبية، خلافاً لما كان عليه في مرحلة "مدونة الأحوال الشخصية" من عدم اعتمادها في مادة النسب، مع أن صياغة الفصل: 91 من تلك المدونة كانت فيها سعة مجال للاعتماد عليها، بإدخالها في مفهوم "الوسائل المقررة شرعاً"¹⁶.

وإذا كان الفقه المالكي لا يمكن طبعاً أن يتصور فيه وجود نصّ على حكم اعتماد الخبرة الطبية في مجال النسب، فإن المفروض ألا يناقش في ذلك أحد، ما دامت نتائج الخبرة قطعية بشهادة أهل الاختصاص.

وفي ذلك تبدو مصلحة إعمالها؛ لما سترتب عليها من توسيع وعاء النسب، وصون حق فئة واسعة من الأطفال فيه، لا سيما في حالات التناكر والتنازع أو الاختلاط والاشتباه.

وذلك يقتضي بدهاء القول بجواز إعمالها والأخذ بنتائجها مبدئياً.

لكن بعض الفقهاء المعاصرين ذهبوا إلى الجزم بعدم جواز قبول الخبرة في مجال النسب عموماً، معللاً رأيه بعدم ورود النص عليها في الشرع، أخذاً بمبدأ عدم جواز تأخير البيان عن وقت الحاجة¹⁷، وبما رأى من أنها: "وسيلة لفضح عورات المسلمين وقطع أنسابهم، وضرب من التجسس عليهم، فلا يجوز الإقدام عليها إلا بدليل خاص ولا وجود له"¹⁸.

لا شك أن هذا الرأي -مع مراعاة ما يجب لشخص صاحبه لجلالة قدره من الاحترام والتقدير- ناشئ عن خطأ في تصور مفهوم الخبرة؛ إذ الحكم على شيء فرع عن تصوره كما قالت المناطقة، فيقتضي ذلك بيان مفهوم الخبرة وطبيعتها القانونية ومناطَ سماح المشرع الأسري للأخذ بنتائجها.

- مفهوم الخبرة:

لا يجد الباحثُ تعريفاً للخبرة منصوباً عليه في التشريع الأسري؛ إذ إن ذلك خارج عن اختصاصه، معهود به إلى فقهاء القانون، الذين يعرفون المصطلحات القانونية عادة ببعدها العملي الإجرائي.

وقد عرف د. محمد التازي الخبرة بأنها: "الرأي التقني الصادر من أهل الاختصاص في مسألة فنية ليست في تناول العلم العام للقاضي، يتوقف عليه الحكم في خصومة معروضة عليه وفق ما يتطلبه القانون"¹⁹.

فهذا التعريف يستفاد منه أن الخبرة عمل اجتهادي يفيده القاضي علماً بما يمكن أن يبني عليه حكمه، فهي بمثابة استشارة يعمد القاضي إلى الاستعانة بها في تقديره للجوانب الفنية التي يتوقف على معرفتها حسن تصوره لملازمات القضية المعروضة أمام نظره. وقد أصبحت الخبرة تنبؤاً مكانة هامة في العمل القضائي، باعتبار دورها في الإثبات والنفي، لاسيما في ظل التطور التقني الهائل الذي تعرفه البشرية في سائر المجالات.

وتتأكد أهمية تلك الاستشارة كلما اشتدَّ تعلُّقُ فهم معطيات الوقائع والقضايا بجوانب فنية وتقنية خارجة عن اختصاص القاضي.

ولذلك نص الفصل: 59 من قانون المسطرة المدنية على وجوب التزام كل من القاضي والخبير بحدود اختصاصه، فعلى القاضي "أن يحدد النقط التي تجرى الخبرة فيها، في شكل أسئلة فنية لا علاقة لها مطلقاً بالقانون، ويجب على الخبير أن يقدم جواباً محدداً وواضحاً على كل سؤال فني، كما يمنع عليه الجواب على أي سؤال يخرج عن اختصاصه الفني وله علاقة بالقانون".

- الطبيعة القانونية للخبرة:

يوقفنا البحث في تعريف الخبرة على ملاحظة ازدواجية طبيعتها القانونية، ذلك أنها تنتاز عنها صبغتان:

- الصبغة الشكلية الإجرائية التي اكتسبتها من موقعها في قانون المسطرة المدنية الذي عدها من جملة إجراءات التحقيق²⁰؛ ولأجل ذلك عرفها كثير من فقهاء القانون تعريفات ركزت على هذا البعد الشكلي الإجرائي، كتعريفها من قبل الأستاذ محمد المجدوبي بقوله: "إجراء من إجراءات التحقيق، يعهد بواسطتها القاضي إلى شخص مختص بمهمة تدوير معارفه في المسائل التقنية أو الفنية التي يتوقف على إدراكها الفصل في النزاع"²¹.

- الصبغة الموضوعية الإثباتية التي أضفاها عليها المشرع الأسري بموجب المادة: 158 من مدونة الأسرة، إذ نص على كونها وسيلة من الوسائل المعتمدة قانوناً لإثبات النسب.

وإذا كانت الصبغة الأولى قد وسعت مجال إعمالها، لما جعلتها وسيلةً إجرائيةً في مختلف المنازعات، فإن الصبغة الثانيةً أكسبتها قوةً إثباتيةً تبوأَتْ بها مكانةً مرموقةً فيما أصبح المشرع الأسري يميل إليه من اعتماد نظام الإثبات الذي يتخذ المزاوجة بين الأخذ بالحقائق العلمية والواقعية أساساً له ومرتكزاً.

لكن هذه الازدواجية في الطبيعة القانونية للخبرة، التي نتجت عن تجاذب تنظيمها بين قانون شكل هو المسطرة المدنية، وقانون موضوع وهو مدونة الأسرة، مثار إشكال من حيث ما يترتب عليها من آثار، في مستوى قيمة نتائجها.

وقد أثرت هذه الازدواجية على موقف محكمة النقض منها؛ إذ نجد أنها في بعض قراراتها تعتبرها "وسيلة من وسائل الإثبات، تملك معها المحكمة سلطة تقديرية لا تخضع لرقابة محكمة النقض"²²، بينما نجدها في قرار آخر تتشدد في اعتبارها "وسيلة تحقيق، وليست وسيلة إثبات"²³.

فكيف يمكن تدبير هذا التعارض بين القرارين؟

يسعنا أن نستعين بألية التكيف الفقهي في التعامل مع هذا الإشكال؛ إذ قد وُجد في التراث الفقهي المالكي ما يمكن أن يحتذى به في ذلك.

ذلك أن المالكية ناقشوا الطبيعة الشرعية للقائف، هل هو شاهد أم مخبر أم حاكم؟ قال التسولي عند قول المتحف:

"وواحد يُجْزَى في باب الخَبَرِ واثْنان أولى عند كل ذي نظر"

معلقا على قول القرافي في الذخيرة: "المتروك بين الشهادة والخبر سبع: القائف والترجمان، والكاشف عن البنيان، وقائس الجرح، والناظر في العيوب كالبيطار والطبيب والمستكّه للسكران": "ولما اجتمعت في هذه الأمور ونحوها شائبتا الخبر والشهادة كانت مترددة بينهما.. فالقائف والترجمان مثلا من حيث إن في قوليهما إلزاما لمعين صارا كالشاهد، ومن حيث إنهما منتصبان انتصابا عاما لجميع الناس صارا كالراوي المخبر، وأيضا فإنهما أشبهتا الحاكم من حيث إنه وجههما لذلك"²⁴.

وأثر هذا الخلاف يتجلى في أنه إذا اعتُبر القائفُ شاهداً وجب اشتراط التنثية في العمل بمقتضى القيافة، أما إذا اعتُبر مخبرا أو حاكما فلا يجب ذلك.

فيمكن أن نحل إشكال الطبيعة القانونية للخبرة في ضوء هذا التكيف الفقهي للقيافة، بمحاولة التوفيق بين الطبيعتين بما يعصم مقتضى إحداها من التعارض مع مقتضى الأخرى.

ف نقول: إن الخبرة وسيلة قانونية تبعية لا أصلية، ذلك أن المشرع الأسري وإن عدها ضمن وسائل الإثبات في المادة: 158، إلا أنه جعلها دون بقية وسائل الإثبات قوة، لما علق الاستعانة بها على شرطين، نصت عليهما المادة: 153، هما: أن يدلي الزوج بدلائل قوية على دعواه، وأن يصدر بها حكم قضائي.

ومعنى هذا أنها وإن عدت من جملة وسائل الإثبات إلا أن شائبة الإجرائية فيها أقوى من شائبة الاستقلال بالإثبات.

- مناط العمل بالخبرة:

يلاحظ على مسلك المشرع الأسري في مجال النسب أنه نحا نحو تقييد العمل بالخبرة بنطاق النفي.

ذلك أنه في المادة: 151، توسع في إثبات النسب حين أجاز أن يكتفى فيه بالظن، بينما ضيق في الانتفاء، حين علقه على شرط صدور حكم قضائي به.

وهنا أيضا مثار إشكال في تصور مفهوم الخبرة، ومناط إعمالها كذلك.

فإذا كانت الخبرة التي عناها المشرع هي البصمة الوراثية-ولا يمكن أن يقصد القيافة لكونها متجاوزة- فإن في إناطة ثبوت النسب بالظن إيماء إلى عدم اعتماد الخبرة في ذلك؛ إذ هي قطعية²⁵.

والقواعد الشرعية تقضي بأن "القطعي لا مجال للنظر فيه بعد وضوح الحق في النفي والإثبات"²⁶، فلا يبقى اعتبار بالظن إذا وُجد القطع.

وقد صرح السرخسي الحنفي بقصر مناط ثبوت النسب على حالة استحالة معرفة حقيقة من انخلق الولد من مائه²⁷، مما يعني أنه لو وُجدت البصمة الجينية في زمن الواقعة لما تأخر النبي صلى الله عليه وسلم عن إعمالها والأخذ بها في فض النزاع.

ويبدو أن المشرع قد لحظ هذا الملحظ فعمد إلى تداركه لما نص في المادة: 158 على أنه "يثبت النسب بالفراش.... وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة الطبية".

لكنّ في صياغة هذه المادة نظراً؛ لما فيها من تكرار بعض أسباب النسب المذكورة في المادة: 152 قبلها، ومن خلط بين الأسباب ووسائل الإثبات²⁸، وهنا أيضاً مثار الإشكال المذكور أعلاه في الطبيعة القانونية للخبرة.

فكان الأولى أن تفرد هذه المادة بنقل الواسائل المقررة شرعاً لإثبات النسب، كما أفردت المادة: 152 بنقل الأسباب التي يثبت بها النسب ابتداءً، دفعا لتوهم اعتبار الخبرة سبباً يثبت به النسب استقلاً، كما أن الأولى أن تعدل صيغة المادة: 152 بما لا يفهم منه قصر إعمال الخبرة على حالة النفي دون حالة الإثبات.

وفي ضوء قراءة المواد: 153-155-156-158 يمكن أن نستخلص ضوابط لإعمال الخبرة الطبية في مجال النسب.

ذلك أنه يلاحظ أن هذه المواد الأربعة متعلقة بحالات التنازع في نسب الحمل أو المولود نتيجة تنكر الزوج أو الخاطب له، أو الاشتباه فيه بسبب الاتهام بالزنى أو الوطء بشبهة، أو في حالات اختلاط المواليد في مستشفيات الولادة، وفي ذلك يقول الأستاذ عبد السلام البوزيدي: إن "الخبرة الطبية لا يلتجأ إليها إلا في حالة النزاع، أو في حالة الإخلال بشروط الفراش، أو نكاح الشبهة، أو تعذر معرفة من نسب إليه الولد"²⁹.

والمعنى المشترك بين هذه الحالات هو قيامُ الشبهة، فيمكن اعتباره مناط الأخذ بالخبرة الطبية فيها.

على أن الشبهة في هذه الحالات تتصور على نحوين:

- أن تكون ناتجة عن تكافؤ دعوين في حالات تنازع رجلين في ولد مجهول النسب، فيدعيه كل منهما لنفسه، من غير دليل له على صحة ادعائه، فلا مناص في هذه الحالات من اللجوء إلى الخبرة، لنقوم مقام الحكم الفصل لنقضي بالترجيح³⁰.
- أن تنشأ عن ملابسات محيطية بما أدلى به مدعي ثبوت النسب من بقية وسائل الإثبات كشهادة الشهود أو الليف مثلاً، فيتمسك المنازع المعترض بتلك الملابسات مطالباً بإجراء خبرة طبية، فلا يكون أمام القضاء إلا إصدار حكم بذلك، واعتماد ما ستسفر عنه تلك الخبرة من نتيجة النفي أو الإثبات.

والأصل في تفصيل هذه الحالات هو التكييف الفقهي مع ما ذهب إليه الفقهاء من العمل بمقتضى القیافة في مثيلاتها، قال الإمام القرافي: "القیافة إنما تكون من حيث يستوي الفراشان"³¹، ونص الباجي على أن الشبه الذي هو أصل مشروعية القیافة يرجح به عند تساوي الأسباب المثبتة للنسب³²

المبحث الثاني: الخبرة في الاجتهاد القضائي بين رقابة النقض وضوابط التوظيف:

تقدمت الإشارة إلى أن من عوائق التوسع في الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة تمسك المشرع بمقرر الأحكام الفقهية خاصة في نطاق المذهب المالكي، كما سبق الإلماع إلى ما يثيره ذلك من إشكالات نظرية طرحت تساؤلاً عن مدى حرص التشريع الأسري على تحقيق قيم العدل والمساواة في كثير مما نص عليه في مواده من أحكام. لكن التنزيل العملي لهذه الأحكام هو أجلى مظهر لمدى ذلك الحرص؛ لانطلاقه من وقائع مادية مشخصة، تترجم مدى نجاعة التشريع في صون الحقوق وحمايتها، وتمكين أهلها منها.

وإذا كان الاجتهاد القضائي في قضايا النسب يسعى في كثير من الأحيان إلى التحليق في آفاق تلك القيم السامية التي يراد من التشريع أن يحققها، تأسيساً لعمل قضائي مكمل للتشريع، فإن هذا الاجتهاد يبقى معرضاً لمقصد الشذيب من قبل محاكم الموضوع من الدرجة الثانية، ممثلة في غرفة الأحوال الشخصية والميراث بمحاكم الاستئناف أو لمقصلة النقض، حينما يحال على محكمة القانون ممثلة في محكمة النقض.

ويبدو أن ذلك أهم عائق عملي يحول دون تحقيق الاجتهاد القضائي لدوره في التوفيق بين مقاصد التشريع ومتطلبات الواقع، تأمينا لمواكبة التشريع لتطورات الحياة الاجتماعية من خلال تطبيق القواعد بروح جديدة.

وفيما يلي عرض وتحليل لنماذج من الاجتهادات القضائية في مجال الأخذ بالخبرة الطبية في قضايا النسب، يتجلى في زمرة منها بوضوح ما غلب عليها من نزعة مصلحة حقوقية تحاول بها القصد إلى الأخذ بروح التشريع، وما تقابل به تلك الاجتهادات من قرارات النقض كلما لوحظ فيها ما يخالف النظام العام، كما نتبين في

زمرة أخرى معالم ما تحاول محكمة النقض التأسيس له من عمل قضائي عبر ممارستها رقابتها القانونية على الاجتهادات القضائية.

المطلب الأول: رقابة النقض على أعمال الخبرة في الاجتهاد القضائي:

ظل الاجتهاد القضائي عقوداً من الزمن فيما قبل صدور "مدونة الأسرة" يستبعد الخبرة الطبية عن مجال النسب، نظراً لكونها غير معدودة من وسائل الإثبات، وإن كانت صيغة الفصل: 91 من مدونة الأحوال الشخصية تحتمل أن تشملها بعمومها.

من ذلك ما ورد في قرار للمجلس الأعلى من التصريح بأنه إنما "يلتجأ للتحليل الطبي لمعرفة ما في الرحم أكلة هو أم حمل إذا بقيت الرية في الحمل بعد انقضاء السنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة، ولا يلتجأ إلى هذه الوسيلة لنفي النسب"³³، وجاء في بعض قراراته ما يفيد وجوب التمسك بالوسائل التقليدية في قضايا النسب، وأنه لا يسوغ الاستغناء عنها بحال، ولو بالخبرة الطبية، فنص أحد القرارات على أنه "إذا كان الشرع والقانون يعتدان بأهل الخبرة من الأطباء في عدة مسائل، فإنهما لم يعتدا برأيهما فيما يرجع لنفي النسب استناداً إلى عدم قابلية الزوج للإخصاب ما دام في وسعه نفي النسب عن طريق اللعان"³⁴.

ولا تزال محكمة النقض تسير في هذا الاتجاه؛ إذ قالت في قرار لها رفضت بموجبه إجراء خبرة قضائية لتعزيز طلب الرجوع في الإقرار: "الثابت من القرار المطعون فيه أن الطالب سبق وأن أقر ببنوة الابن المذكور، وأنه لم يطعن في تاريخ ازدياده أثناء قيام العلاقة الزوجية بين الطرفين، ومعلوم فقها أن المستند في نسبه لوالده إلى فراش الزوجية أو إقرار الوالد لا ينتفي نسبه عن هذا الوالد بادعاء العم المكتشف حديثاً بزعمه، وإنما لا بد من سلوك مسطرة اللعان بشروطها الشرعية"³⁵.

ويلاحظ على هذا الاتجاه إهماله ما تقرر فقها من أن اللعان -وهو الوسيلة الشرعية التقليدية لنفي النسب- قد جرى العمل على إيقاف العمل به منذ القرن الرابع الهجري، حتى حكى صاحب الصلة أن آخر لعان وقع في الإسلام لعان الفقيه ابن الهندي ت: 399 هـ زوجته سنة: 388 هـ بقرطبة³⁶، وحتى نص الزقاق في لاميته على أن وقف العمل به جرى عليه عمل فاس.

وإذا كانت حكمة اللعان أن يعصم الزوجان من الحد، فيبدو أنه لا وجه للأخذ به وقد أوقف العمل بالحدود؛ إذ لا يسوغ أن يفصل عن آثاره.

ومن جهة أخرى يتعين -فيما نرى- أن يُصار إلى القول بثبوت النسب مع اللعان؛ إذ ليس القول بانتفائه محل اتفاق بين الفقهاء، وقد قال النووي: "فأما نفي الولد فإن غلب على ظنه أنه ليس منه نفاه، وإن غلب على ظنه أنه منه لم يجز نفيه"³⁷.

فجعل غلبة الظن أساساً في الإلحاق بعد اللعان، ومن باب أولى أن تتخذ الخبرة لقطعيتها أساساً في ذلك؛ لانباء الأنساب على الإلحاق، وتشوف الشريعة إلى لحوق الأنساب.

ومما يتجلى فيه حرص محكمة النقض على موافقة مقرر الأحكام الفقهية في باب النسب، عدم تجويزها الإقرار بنسب مولود على غير فراش، وهو نفسه ما كان عليه المجلس الأعلى في ظل أحكام مدونة الأحوال الشخصية، ففي قرار له بتاريخ: 30 مارس 1983، أن: "البنت لا تلحق بنسب أبيها المدعى عليه ولو أقر ببنتها وكانت من مائه؛ لأنها بنت الزنا لا يصح الإقرار ببنتها"³⁸.

وفي قرار لمحكمة النقض: أن "الإقرار بالاتصال الجنسي بين الطرفين قبل إبرام عقد الزواج الناتج عنه ازدياد مولود في أدنى مدة الحمل الشرعي لا يوجب أثراً؛ لأن الولد يثبت نسبه الشرعي لوالده إذا وُلد على الفراش الصحيح أو ما يلحق به، لا يثبت بعلاقة فساد"³⁹.

وهذا المسلك وإن كان هو الغالب على الفقهاء يرد عليه ما تقدم من الملاحظ على مفهوم النسب في المبحث الأول من هذا البحث؛ إذ هو مبني على التفرقة الاصطلاحية بين مفهومي: "البنة" و"النسب"، وهي فيما محل نظر؛ لما ذكر من أنها ليست محل اتفاق بين الفقهاء.

فكان الأولى تشجيع الاجتهاد القضائي على الانفتاح على مختلف الآراء الفقهية، ما دامت فيها إمكانات لتوسيع نطاق النسب، سعياً إلى تمتيع الطفولة من حقها الفطري في الرعاية الاجتماعية والمادية، وصونا لها من التشرذ والضياع.

ومن النماذج الواضحة التي تتجلى فيها النزعة المحافظة لمحكمة الدرجة الثانية ممثلة في غرف الأحوال الشخصية إلغاء محكمة الاستئناف بطنجة الحكم الصادر عن قسم قضاء الأسرة لدى ابتدائية نفس المدينة، والذي أثار جدلا لدى الرأي العام، والقاضي بثبوت البنوة للمدعى عليه، وبأداء تعويض قدره: 100000 درهما اعتمادا على تقرير الخبرة الجينية المنجز من طرف مختبر الشرطة العلمية، ومما جاء فيه: "حيث خلص تقرير الخبرة إلى وجود علاقة بنوة بيولوجية بين الطفلة (...) ووالدها المدعى عليه، وحيث تبعا للعلل التي تم بسطها تكون رابطة البنوة... ثابتة في النازلة"⁴⁰، فاعتبر القرار الاستئنافي ألا قيمة لهذا التقرير في الدعوى بعدما: "ثبت أن العلاقة بين الطرفين كانت علاقة فساد (زنا) فإنه من المعلوم فقها وقانونا أن ابن الزنا لا يلحق بالفاعل ولو ثبت بيولوجيا أنه تخلق من نطفته؛ لأن هاته الأخيرة لا يترتب عنها أثر يذكر، ولا يحتاج إلى إثباتها، ويكون الحكم المطعون فيه لما قضى بثبوت بنوة البنت (...) للطاعن؛ للعلل الواردة به غير مرتكز على أساس"⁴¹.

والملاحظ أن هذا الحكم أنبنى على أساس التفرقة بين البنوة والنسب، وهي النظرة التي تبنتها مدونة الأسرة واستمدتها من الفقه، كما لا يبدو من نص الحكم الملغى أنه قضى بشرعية الرابطة بين الطفلة ووالدها البيولوجي؛ إذ نص على أنها علاقة "بنوة بيولوجية" لا "نسب شرعي".

وهو في تقديرنا اجتهاد قضائي وإن قُضي عليه بالإلغاء، فقد رام التأسيس لعمل قضائي، يبحث عن محامل اجتهادية تضمن تحقيق قيم العدل والأنصاف لفئة المواليد على غير فراش، والمساواة في تحمل المسؤولية عن الخطأ وعن نتيجته بالنسبة للأبوين.

يتبين من هذه النماذج إذن أن لمحكمة النقض توجهها معينا نحو نموذج لعمل قضائي رأت هذه الاجتهادات القضائية وغيرها متقاصرة عن مستوى ذلك العمل الذي تستشرفه وتتطلع إليه، ويمكن أن نقف على مجمل معالمه من خلال التأمل في بعض القرارات، فلنفرد ذلك بمطلب نجعله مسك ختام هذا البحث.

المطلب الثاني: معالم العمل القضائي المنشود في ضوء قرارات محكمة النقض:

يستفاد مما تقدم إirاده من نماذج قرارات محكمة النقض أن لها تصوراً خاصاً لمعالم الاجتهادات القضائية الممكن اعتبارها أساساً لعمل قضائي مكمل للتشريع في مادة النسب، ومن شأن الوقوف عليها معرفة الأسباب التي من أجلها تنقض الأحكام مع ما يرى فيها من موافقة روح التشريع الأسري ومقاصده في هذه المادة، خاصة منها ما نحا منحى التوسع في إعمال الخبرة وسيلة لإثبات النسب.

هذه المعالم يمكن استخلاصها من جملة من القرارات القضائية المشار إليها فيها نصاً أو استنباطاً، ويسعنا أن نعرضها منظمة في ضوابط على النحو الآتي:

أولاً: انعدام الحسم في النزاع فقهاً وقانوناً:

هذا الضابط معناه أنه لا مجال لمخالفة الأحكام القضائية لما استقر الأخذ به من مقررات الأحكام، من ذلك مثلاً ما ورد في أحد القرارات من التنبيه على وجوب الاكتفاء في تحقق شرط الفراش أن تأتي الزوجة بالولد لأقل مدة الحمل بعد العقد، أو داخل أجل سنة بعد الطلاق أو الوفاة، وأن ذلك يغني عن إجراء الخبرة الطبية، يقول القرار: "فما دام حمل الزوجة قد وقع أثناء فترة عقد الزواج وأمكن الاتصال وازداد الولد أثناء المدة المعتبرة شرعاً، فإن المحكمة لم تكن في حاجة إلى إجراء أي تحليل طبي؛ لأن حل النزاع محسوم فقهاً وقانوناً"⁴².

ومن ذلك أيضاً تأييد محكمة النقض حكم محكمة بعدم سماع دعوى ثبوت النسب وطلب إجراء خبرة طبية بشأنه، في حالة مولود لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد؛ وذلك أخذاً بالمقرر فقهاً من أنه لا يثبت نسب الولد بفراش الزوجية في هذه الحالة، كما نصت عليه المادة: 154 من مدونة الأسرة، فقد جاء في قرار لها أن "البين من أوراق الملف أن الطالبة وضعت حملها لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد، فإن المحكمة لما اعتبرت الولد "بدر" غير لاحق بنسب المطلوب في النقض الذي ينفيه عنه تكون قد طبقت المادة المحتج بها، ولم تكن في حاجة إلى إجراء خبرة طبية في هذا الشأن"⁴³.

ثانياً: ضابط انتفاء معارضة قاعدة: "لا يجتمع حد ونسب":

هذا الضابط يضمن سلامة الأحكام القضائية من التناقض، ذلك أن لها أثراً تتعلق بها، ولا يجوز تأخيرها عنها.

ومعنى قاعدة: "لا يجتمع حد ونسب" أن العلاقة الجنسية الخارجة عن مؤسسة الزواج مجرّمة في الشرع، موجبة العقوبة الحدية، وكل ما وجبت فيه عقوبة حدية امتنع فيه ثبوت النسب.

ولأجل هذا اعتبرت محكمة النقض المصرية أن: "السفاح لا ينتج نسباً؛ لأن الولد للفراس وللعاهر الحجر، والخبرة على الزمر الدموية لطرفي الدعوى والولد لا تصلح دليلاً لإثبات النسب ولا نفيه مهما كانت النتيجة التي انتهت إليها ولو جاءت بصيغة الجزم"⁴⁴.

والأحكام الجنحية قائمة مقام الحدود الشرعية؛ فلذلك قُيد اللجوء إلى الخبرة الطبية في إثبات النسب بقيد انتفاء إدانة أطراف العلاقة بجنحة الفساد، وذلك ما يشير إليه قرار لمحكمة النقض تقول فيه: "الأحكام الزجرية لها حجيتها أمام القضاء المدني إذا أصبحت نهائية"⁴⁵، وفي قرار آخر: "إن المحكمة لما قضت برفض طلب ثبوت النسب بعلّة أن العلاقة التي جمعت بين الطرفين غير شرعية، حسب القرار الجنحي الاستثنائي الذي أدانتهما من أجل جنحة الفساد، تكون قد طبقت الفقه المعمول به الذي بمقتضاه لا يمكن الجمع بين حد ونسب"⁴⁶.

ثالثاً: ضابط مراعاة مراتب أسباب النسب:

ومعنى ذلك أنه لا يجوز إعمال الخبرة بعد استقرار الأنساب بموجب قيام أسبابها؛ إذ لا مصلحة في الطعن فيها ولو بما يمكن أن تسفر عنه الخبرة الجينية من نتائج قطعية؛ ولذلك رفضت محكمة النقض طلب نقض قرار استثنائي منع من إجراء خبرة قضائية لتعزيز طلب الرجوع في الإقرار، وجاء في قرارها: "الثابت من القرار المطعون فيه أن الطالب سبق وأن أقر ببنوة الابن المذكور، وأنه لم يطعن في تاريخ ازدياده أثناء قيام العلاقة الزوجية بين الطرفين، ومعلوم فقها أن المستند في نسبه لوالده إلى فراس الزوجية أو إقرار الوالد لا ينتفي نسبه عن هذا الوالد بادعاء العم المكتشف حديثاً

بزعمه، وإنما لابد من سلوك مسطرة اللعان بشروطها الشرعية، والمحكمة لما ردت على الدفع بنفي النسب بعلّة الإقرار المشار إليه، والذي يعتبر وحده ملزماً للطالب وحاسماً للنزاع، فإنها تكون استبعدت ضمناً طلب إجراء خبرة لعدم جدواه في مثل هذه النازلة⁴⁷.

فلانعدام الضوابط المذكورة سابقاً خاصة منها ضابط مراعاة مراتب الأسباب قبول طلب النقض بالرفض في هذا القرار.

رابعاً: ضابط النظر في مآل إعمال الخبرة والأخذ بنتائجها.

ومعناه أنه لا ينبغي الحكم بإجراء الخبرة إلا بعد تقدير ما تستفر عنه من نتائج الثبوت أو الانتفاء، وما يتوقع ترتيبه على ذلك من المصلحة الفضلى للطفل خاصة. من ذلك مثلاً: حكم المحكمة الابتدائية ببركان في دعوى التماس مدعية الحكم بلحق نسب طفلة بأبيها المدعى عليه استناداً إلى إقراره ببينوتها، الوارد بمحضر الضابطة القضائية، خلافاً لما أصبح يتمسك به -بعد سبق ذلك الإقرار منه- من أن البنت نتجت عن علاقة غير شرعية، فقررت المحكمة اللجوء إلى خبرة طبية وجاء في حيثياتها: "حيث إن الخبرة الطبية المنجزة من طرف مختبر الشرطة العلمية أثبتت بنوة الطفلة .. للمدعى عليه.

وحيث إنه -والحال ما ذكر- فإنه يتعين الاستجابة لطلب المدعية والحكم بثبوت نسب الطفلة "رجاء" لنسب المدعى عليه"⁴⁸.

ففرى أن هذا الحكم قد تأسس على أساس صحيح من إعمال قرينة أدلتها وسيلة إثبات قطعية، هذه القرينة هي إقرار المدعى عليه بنسب المولودة، الذي هو مثبت بمحضر الضابطة القضائية، وهي قرينة تضعف إذا ما نُظر إلى سياق ورودها، وهو سياق الاستماع عليه حال المواجهة بتهمة الفساد، مما يقوي الشك في أن الغاية من إقراره إنما هي دفع التهمة عن نفسه لئلا يتابع بجنحة الفساد، لكنه لما تراجع عن إقراره أمام قضاء الأسرة، قوي الظن في أنه كان يقصد إلى التخلص من مسؤوليته عن الطفلة والواقعة التي نتجت عنها.

ولما كان التشوف للحقوق الأنساب أصلاً، قُدم مقتضى ذلك على مقتضى قرار محكمة النقض بأن التصريحات الواردة أمام الضابطة القضائية لا حجية لها أمام القضاء المدني؛ لعدم التنصيص عليها ضمن وسائل الإثبات الواردة في الفصل: 404 من قانون الالتزامات والعقود⁴⁹.

وتأكيداً لذلك تم تصحيح الإقرار، والاحتكام إلى الخبرة الطبية التي أكدت صدق مقتضاه، وهو ثبوت نسب الطفلة من المدعى عليه.

وفي هذا الحكم إعمال لقواعد فقهية مبنية على أصل اعتبار المآل، كقاعدة المعاملة بنقيض المقصود الفاسد، التي تقضي بتحميل الأب ما توسل إلى التملص منه من مسؤوليته عن الطفلة بالتراجع عن الإقرار، وهو ما أكدته الخبرة الطبية التي أثبتت مناط تحمل تلك المسؤولية وهو ثبوت النسب.

فهذه جملة من الضوابط المستقاة من مُثُلٍ منتقاة من القرارات القضائية الصادرة عن أعلى سلطة قضائية في مؤسسات النظام القضائي المغربي، وردت مورد التنبيه على أن هناك من القواعد غير المدونة في التشريع الأسري ما تقتضيه روح ذلك التشريع⁵⁰.

وعلى البحث العلمي الجاد المعول في مواكبة حركة الاجتهاد القضائي وما تمارسه محكمة النقض من سلطة الرقابة عليه، في استكمال بناء ذلكم العمل الذي تتضافر على تأسيسه جهود القضاء الأسري بنوعي مؤسساته، أعني: محاكم الموضوع ومحاكم القانون، بما يستجيب لمستجد التطورات الاجتماعية، ضماناً لاستقرار التشريع واستمراره.

خاتمة:

تحصلت مما تقدم جملة من النتائج نعرضها كما يأتي:

- 1- أن جملة من الأحكام الفقهية المتعلقة بجوانب إجرائية في مجال النسب ينبغي الاجتهاد في تكييفها مع مستجدات الوسائل التي يسفر عنها البحث العلمي المتطور.

2- أن التشريع الأسري بانفتاحه على الخبرة الطبية وسيلة للإثبات في مجال النسب، قد استجاب لمستجدات احتياجات الحياة الاجتماعية المعاصرة، التي صارت أعقد مما كانت عليه فيما مضى.

3- أن الخبرة الطبية إذا كانت قطعية في نتائجها فإن ذلك يقتضي إيلاءها ما تستحقه من الأولوية على ما سواها من الوسائل التقليدية في الإثبات؛ لما يتحقق بها من الاستجابة لتشوف الشارع إلى لحوق الأنساب من جهة، وللمطالب الحقوقية التي تروم تمتيع كل طفل بحقه في الاعتراف الاجتماعي والرعاية المادية.

4- أنه لما كانت الخبرة ربما آل أمر التوسع في أعمالها إلى تهديد الاستقرار الاجتماعي، حرص المشرع على تضيق مجال أعمالها بحالات نص عليها، وهي حالات تطرق الالتباس إلى الأنساب، فجعلها وسيلة إثبات "تبعية"، كما حرص كذلك على تقييد سلطة القضاء في السماح باللجوء إليها؛ لما يترتب على ترك ذلك التقييد والتضييق من مفسد تربو على ما يمكن أن يتحقق بها من فوائد.

5- أن الاجتهاد القضائي ينبغي أن يفتح على الثروة الفقهية الضخمة التي تضمنتها مصادر المذاهب الفقهية، وأن يحرص على انتقاء ما يستجيب منها لمتجدد أحوال المجتمع.

6- أنه إذا كان الاجتهاد القضائي مظهر نجاعة الأحكام في تحقيق مقاصد التشريع فإن في ممارسة محكمة النقض لرقابتها عليه ما يتم به ترشيد مختلف ما يصدر عن محاكم الموضوع من أحكام، كما أنها مصدر يُتشوف منه إلى التأسيس لعمل قضائي مبني على الجمع بين مقررات الأحكام الممثلة للنظام العام، ومتطلبات الوقائع المستجدة، من شأنه أن يضمن لثوابت التشريع خاصية الاستمرار والملاءمة لمتغيرات الأحوال.

وبالله التوفيق

5. المراجع

المراجع

1. الإثبات وسلطة القاضي في الميدان المدني، دراسة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، سعيد الكوكبي، دار القلم، 2005م.
2. أحكام القرآن، أبو بكر ابن العربي المعافري، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الفكر.
3. إشكالية الخبرة الطبية في إثبات النسب أو نفيه، ندوة مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق: الحصيلة والمعوقات، أشغال اللجنة الدولية المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة، يومي: 15-16 مارس 2007م، بكلية الحقوق بوجدة، ط: 2008/1م.
4. إيثار الإنصاف، في آثار الخلاف، يوسف بن قزأوغلي بن عبد الله شمس الدين سبط ابن الجوزي، تحقيق: ناصر العلي الناصر الخلفي، دار السلام-القاهرة، ط: 1408/1هـ.
5. البهجة في شرح التحفة، أبو الحسن التسولي، دار الكتب العلمية.
6. التحرير والتنوير، الطاهر بن عاشور، دار سحنون-تونس.
7. تفسير القرآن العظيم، الحافظ ابن كثير، دار إحياء التراث العربي-بيروت.
8. توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، عثمان التوزري الزبيدي، المطبعة التونسية، ط: 1339/1هـ.
9. الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله القرطبي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط: 1427/1هـ-2006م.
10. دور الخبرة الطبية في دعوى النسب: الضوابط الموضوعية والمسطرية، د. محمد التازي، دار نشر المعرفة-الرباط، 2019م.
11. روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكرياء محيي الدين النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي-بيروت-دمشق-عمان، ط: 1412/3هـ-1991م.

12. زاد المعاد في هدي خير العباد، ابن قيم الجوزية، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط: 1998/3م.
13. السلطات الولائية في القضاء وطرق الطعن بقراراتها، محمد زكي شمس، دار الحكمة للطباعة والنشر.
14. شرح مدونة الأسرة، محمد الكشور، مطبعة النجاح الجديدة-البيضاء، ط: 1427/1هـ-2006م.
15. الصلة، ابن بشكوال، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب المصري-القاهرة، ودار الكتاب اللبناني-بيروت، ط: 1410/1هـ-1989م.
16. ضوابط الأسرة وحقوقها على ضوء مدونة الأسرة والتشريع الإسلامي والعمل القضائي، ذ. عبد العزيز هدوي، المطبعة والوراقة الوطنية-مراكش، ط: 2017/1م.
17. الفروق، أبو العباس القرافي، عالم الكتب.
18. قرارات المجلس الأعلى بغرفتين أو بمجموع الغرف، إدريس بلمحجوب، مطبعة الأمنية-الرباط، ط: 2007/2.
19. قرارات مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات ، القرار السابع، من الدورة السادسة عشرة، ط: 2.
20. المبسوط، شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة-بيروت، 1414هـ-1993م.
21. مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، محمد بفقير، منشورات دراسات قضائية، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، 2006م.
22. المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد الباجي، مطبعة السعادة-مصر، ط: 1332/1هـ.
23. الموافقات في أصول الشريعة، أبو إسحاق الشاطبي، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط: 1417/1هـ-1997م.
24. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية-الكويت، ط: 1404هـ إلى 1427هـ.

25. موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية، العلامة الدكتور محمد التاويل، منشورات البشير بنعطية-فاس، ط: 1440/1هـ-2019م.
26. الولد للفراش، في فقه النوازل والاجتهاد القضائي المغربي، د. عبد السلام الرفعي، أفريقيا الشرق-المغرب.

- 1-سورة الأحزاب، الآية: 5.
- 2-سورة الأحزاب، الآية: 5.
- 3-سورة الأحزاب، الآية: 5.
- 4-الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، دار سحنون-تونس، 261/21.
- 5-الحافظ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 466/3.
- 6-أبو بكر ابن العربي المعافري، أحكام القرآن، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الفكر، 1426/3.
- 7-أخرجه الإمام مسلم من حديث أبي هريرة، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، رقم الحديث: 2737.
- 8-السرخسي، المبسوط، دار المعرفة-بيروت، (1414هـ-1993م)، 70/17.
- 9-ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط: 3 (1998م)، 381/5.
- 10-سورة النساء، الآية: 23.
- 11-ابن العربي، أحكام القرآن، 1426/3، والمسألة مسألة خلاف مذهبي؛ لأن ابن العربي من أعلام "محدثي المالكية" فسار على منهجهم في المسألة، وبينهم وبين "أهل الفقه" خلاف، ومن أهل الفقه عبد الرحمن ابن القاسم العتقي، وقد روى في هذه المسألة خلاف ما نقل ابن العربي، وروايته هي المشهورة؛ قال القرطبي: "لا تحل أم المزني بها، ولا بناتها، لأباء الزاني ولا لأولاده، وهي رواية ابن القاسم في المدونة" انظر: الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله القرطبي، تحقيق: عبد الله

بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط: 1/1427هـ-2006م، ج: 189/6-192، وقال التوزري: "يحرم على التأبيد خمسة أنواع: النوع الأول: المقاربة، وهي السبع الوارد فيها نص الكتاب العزيز في قول الله عز وجل: (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم...) إلى آخر الآية، وهي: أصول الرجل وفصوله وفصول أو أصوله، وأول كل فصل من كل أصل وإن علا، فالأصول الأمهات وإن علون، والفصول: البنات وإن سفلن لابن أو بنت، والمنفية بلعان، والمخلوقة من ماء الزنى على المشهور"، انظر: التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، المطبعة التونسية، ط: 1(1339هـ)، 2/15.

12- سبط ابن الجوزي، إنبأ الإنصاف، في آثار الخلاف، تحقيق: ناصر العلي الناصر الخلفي، دار السلام-القاهرة، ط: 1، (1408هـ)، 107، وانظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية-الكويت، 8/214.

13- سورة النساء، الآية: 22.

14- ذ. عبد العزيز هدي، ضوابط الأسرة وحقوقها على ضوء مدونة الأسرة والتشريع الإسلامي والعمل القضائي، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط: 1 (2017م)، 186.

15- ذ. عبد العزيز هدي، ضوابط الأسرة وحقوقها على ضوء مدونة الأسرة والتشريع الإسلامي والعمل القضائي، 171.

16- نص الفصل 91 من مدونة الأحوال الشخصية على أنه: "يعتمد القاضي في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب".

17- الدكتور محمد التاويل، موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية، منشورات البشير بنعطية-فاس، ط: 1(1440هـ-2019م)، 33.

18- المرجع نفسه ص: 58.

- 19- د. محمد التازي، دور الخبرة الطبية في دعوى النسب: الضوابط الموضوعية والمسطرية، دار نشر المعرفة-الرباط، (2019م)، 16.
- 20- خصص قانون المسطرة المدنية المغربي الفرع الثاني من الباب الثالث الخاص بإجراءات التحقيق للخبرة، فنص على مختلف جوانبها الإجرائية في ثمانية فصول، بدءاً بالفصل: 59، وانتهاءً بالفصل: 66.
- 21- سعيد الكوكبي، الإثبات وسلطة القاضي في الميدان المدني، دراسة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار القلم، (2005م)، 163.
- 22- قرار عدد: 352، المؤرخ ب: 2004/05/29، الملف المدني عدد: 02/2373، منشور بمجلة المعيار، عدد: 41، ص: 245.
- 23- قرار عدد: 352، المؤرخ ب: 2004/01/29، الملف المدني عدد: 02/2373 منشور بمجلة المعيار، عدد: 31، ص: 230.
- 24- أبو الحسن التسولي، البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 181/1.
- 25- ورد في قرار لمجمع الفقه الإسلامي الدولي بمكة المكرمة أن: "نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين، أو نفيهم عنهم... فهي أقوى بكثير من القيافة العادية التي هي إثبات النسب بوجه الشبه الجسماني بين الأصل والفرع، وأن الخطأ في البصمة الوراثية ليس وارداً من حيث هي، وإنما الخطأ في الجهد البشري، أو عوامل التلوث ونحو ذلك"، انظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات: من الأولى إلى السابعة عشرة، القرار السابع، من الدورة السادسة عشرة، ط: 2، ص: 343.
- 26- أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط: 1417/1هـ-1997م، ج: 5/115.
- 27- السرخسي، المبسوط، 70/17.

- 28- "والحق أن الإقرار والشبهة وسيلتان لا سببان، والفراشُ وحده هو السبب" انظر :
د. عبد السلام الرفعي، الولد للفراش، في فقه النوازل والاجتهاد القضائي المغربي،
أفريقيا الشرق-المغرب، ص: 52.
- 29- إشكالية الخبرة الطبية في إثبات النسب أو نفيه، ندوة مدونة الأسرة بعد ثلاث
سنوات من التطبيق: الحصيلة والمعوقات، أشغال اللجنة الدولية المنظمة من طرف
مجموعة البحث في القانون والأسرة، يومي: 15-16 مارس 2007م، بكلية
الحقوق بوجدة، ط: 1/2008م، ص: 196.
- 30- محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة-البيضاء، ط:
(1427هـ-2006م)، 2/318.
- 31- أبو العباس القرافي، الفروق، عالم الكتب: 4/102.
- 32- أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة-مصر، ط:
(1332هـ-)، 6/10.
- 33- قرار عدد: 527، بتاريخ: 15/09/1981م، ملف جنائي عدد: 92299.
- 34- قرار عدد: 96، بتاريخ: 09/02/1982م.
- 35- قرار عدد: 492، بتاريخ: 26/10/2005، ملف شرعي عدد:
293/2/2005، قضاء المجلس الأعلى، عدد: 64-65، ص: 184-185.
- 36- ابن بشكوال، الصلة، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب المصري-القاهرة،
ودار الكتاب اللبناني-بيروت، ط: 1(1410هـ-1989م)، 1/43.
- 37- أبو زكرياء محيي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير
الشاويش، المكتب الإسلامي-بيروت-دمشق-عمان، ط: 3(1412هـ-1991م)،
8/331.
- 38- انظر: ذ. عبد العزيز توفيق، التعليق على مدونة الأحوال الشخصية، 96.
- 39- صدر بتاريخ: 10 ماي 2006م تحت عدد: 193.

- 40-الحكم الصادر بتاريخ: 2017/01/20م، في الملف عدد: 273 و246 و1613/422، غير منشور.
- 41-قرار صادر بتاريخ: 2017/10/04 في الملف عدد: 273 و246 و1613/422، غير منشور.
- 42- محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، (2006م)، 134-136.
- 43-ذكره إبراهيم بحماني، مرجع سابق، ص: 48.
- 44- محمد زكي شمس، السلطات الولائية في القضاء وطرق الطعن بقراراتها، دار الحكمة للطباعة والنشر، ط: 449.
- 45-قرار عدد: 571، بتاريخ: 2007/11/14، ملف شرعي عدد: 07/1/2/146.
- 46-قرار عدد: 167، بتاريخ: 2016/02/16، ملف شرعي عدد: 2015/1/2/712.
- 47-قرار عدد: 492، بتاريخ: 2005/10/26، ملف شرعي عدد: 2005/1/2/293، قضاء المجلس الأعلى، عدد: 64-65، ص: 184-185.
- 48-الحكم عدد: 2006/350، بتاريخ: 2006/04/13، ملف رقم: 04/271، قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية ببركان (غير منشور).
- 49-قرار عدد: 2223 الصادر بغرفتين بتاريخ: 8 نونبر 1989م، انظر: قرارات المجلس الأعلى بغرفتين أو بمجموع الغرف، إدريس بلمحجوب، مطبعة الأمانة-الرباط، ط: 2 (2007م)، 115/1 وما بعدها.
- 50- د. محمد التازي، دور الخبرة الطبية في دعوى النسب: الضوابط الموضوعية والمسطرية، دار نشر المعرفة-الرباط، (2019م)، 18.

تاريخ القبول: 2020/12/22

تاريخ الإرسال: 2020/09/05

**حماية المعطيات الشخصية في البيئة الافتراضية في التشريع الجزائري
(الواقع والتحديات)**

**Protection of personal data in the virtual environment
in Algerian legislation (reality and challenges)**

د. معزوز دليلا*¹

¹جامعة البويرة، (الجزائر)، mazouz dall@gmail.com

المخلص:

الانتقال من الحق في الحياة الخاصة في صورتها التقليدية إلى الحق في الخصوصية الرقمية حمل في طياته عدة آثار انعكست سلبا على حياة الأفراد وحياتهم الأساسية وذلك من خلال ظهور عدة مخاطر تهدد خصوصيتهم الرقمية، وهذه الأخيرة عديدة ومتنوعة نذكر منها: المخاطر الناتجة عن الخطأ في المعلومات، مخاطر الفيروس على الكمبيوتر، مخاطر القرصنة على الكمبيوتر، وسنحاول من خلال هذه الورقة البحثية التعرض لمفهوم هذه المخاطر في إطار الخصوصية الرقمية والآليات التي وضعها المشرع الجزائري للحد منها.

الكلمات المفتاحية: المخاطر الرقمية، الخصوصية الرقمية، الانترنت، أجهزة الكمبيوتر، الحماية القانونية، التشريع الجزائري.

Summary:

The transition from the right to private life in its traditional form to the right to digital privacy carries with it several effects that negatively impacted on the lives of individuals and their basic freedoms, through the purification of several risks to their digital privacy, and these risks are many and varied, including: the risks resulting from the error in information, The dangers of virus on the computer, the dangers of piracy on the computer, so we will try through this research paper to expose the concept of these risks in the context of digital privacy and the mechanisms set by the Algerian legislator to reduce them.

Keywords: Digital hazards, digital privacy, the internet, computers, legal protection, Algerian legislation.

مقدمة

شهد العالم خلال النصف الثاني من القرن العشرين ثورة هائلة في مجال تقنية المعلومات وكان من أهمها ظهور الحاسب الآلي الذي غزا شتى مجالات النشاط الإنساني، كما توج التطور المتلاحق في تقنية المعلومات ظهور شبكة الانترنت التي خلقت بيئة رقمية افتراضية تتدفق فيها المعلومات والاتصالات دون أي اعتبار للحدود الجغرافية، وسهلت الحصول عليها من أي مكان في العالم.

غير أن شيوع استعمال الحاسب الآلي المتصل بالشبكة العنكبوتية قد أثر وبشكل سلبي على حقوق وحريات الأفراد، خاصة فيما يتعلق بالحقوق في الخصوصية الرقمية وهذا نظرا للمخاطر العديدة التي أصبح يشكلها عليه التقدم التكنولوجي والإعلام المعلوماتي الذي أصبح، يتخذ عدة أشكال لاقتحام هذا الحق المقدس شرعا وقانونا، الأمر الذي جعل المشرع سواء على المستوى الدولي أو الوطني⁽¹⁾ التصدي لحماية بالأسلوب الذي يتفق وطبيعة هذه المخاطر ذلك من خلال وضع أحكام قانونية تضبط هذا النوع من الخصوصية وتضع حد للمخاطر التي تهددها بعدة آليات قانونية.

بناء على ما تقدم، فإن الإشكالية الرئيسية لهذه الورقة البحثية هي: فيما تتمثل آليات حماية مخاطر الخصوصية الرقمية في التشريع الجزائري؟

وللإجابة على إشكالية هذه الورقة البحثية حاولنا تقسيم موضوع الدراسة الى **المبحث الأول** تناولنا فيه مفهوم مخاطر الخصوصية الرقمية، وخصصنا **المبحث الثاني** لآليات حمايتها من هذه المخاطر في التشريع الجزائري.

المبحث الأول: مفهوم مخاطر الخصوصية الرقمية

شهد مفهوم الحق في الحياة الخاصة تطورا ملحوظا وتغيرا جذريا، فلم يعود مفهومه مرتبطا بالجوانب المادية اللصيقة بشخصية الأفراد، بل ظهرت مستجدات ساهمت وبشكل بَيِّن في تغيير مضمون هذا المفهوم حيث أصبح طابعه معنويا بحثا نتيجة لكثرة استعمال الوسيط الرقمي من طرف مستخدميه في جميع معاملاتهم، إلى درجة أصبحت حياتهم مرتبطة بهذا الفضاء الرقمي نظرا لما يقدمه من خدمات جد متقدمة من جهة، ومن جهة أخرى للتدفق المستمر للمعلومات.

غير أن هذا التغيير والتطور الجذري الذي مس مفهوم الخصوصية في إطار استعمال الوسيط الرقمي وخصوصا إذا كان متصلا بالإنترنت صاحبه عدة مخاطر تهدد عملية جمع وتخزين المعلومات والبيانات المتعلقة بالأفراد وأسرهم، وللبحث أكثر في مفهوم مخاطر الخصوصية الرقمية، يقتضي الأمر التطرق لتعريف مخاطر الخصوصية الرقمية وخصائصها في **المطلب الأول** وتحديد أنواعها في **المطلب الثاني**.

المطلب الأول: تعريف مخاطر الخصوصية الرقمية وخصائصها

تعرضت مخاطر الخصوصية الرقمية لعدة تعريفات فقهية ⁽²⁾ (فرع أول)، ومنها تم استنباط عدة خصائص مميزة لهذه المخاطر (فرع ثان)

الفرع الأول: تعريف مخاطر الخصوصية الرقمية

يقصد بالمخاطر لغة المخاطرة، خاطر هو ما قد ينجم عنه مكروه أو ضرر، وهو عمل لا تروى فيه أو هي مواضع الأخطار أي المهلك ⁽³⁾.

أما الخصوصية الرقمية عند بعض فقهاء القانون تعني: "تحكم الأفراد في مدى وتوقيت وظروف مشاركة حياتهم مع الآخرين، وتدخل الخصوصية كحق يمارسه الأفراد للحد من إطلاع الآخرين على مظاهر حياتهم والتي يمكن أن تكون أفكار أو بيانات شخصية" ⁽⁴⁾.

كما تعرف أيضا بأنها: "حق الأفراد في التحكم في بنك معلوماتهم وفق الطريقة التي يريدونها بعيدا عن المساس بها أو انتهاكها، ويتمثل بنك المعلومات في كل مضمون رقمي للشخص عبر شبكة الانترنت، سواء تعلق بالبريد الإلكتروني، حسابات مواقع التواصل الاجتماعي، الحسابات البنكية الرقمية، الصور"⁽⁵⁾.

وعرفها روجر كلاك⁽⁶⁾ "أنها قدرة الأشخاص على المحافظة على مساحتهم الشخصية في مأمن من التدخل من قبل منشآت أو أشخاص آخرين".

يستنتج من خلال هذه التعاريف الفقهية أن مخاطر الخصوصية الرقمية يقصد بها مجموعة من انتهاكات أو أضرار، متوقعة الحدوث، تمس أحد أبرز حقوق الإنسان في صورته المعاصرة، ألا وهو الحق في الخصوصية الرقمية، والتي تشمل مختلف المعاملات الرقمية التي تستدعي إدخال المعلومات والبيانات الشخصية وذلك من خلال استعمال الحواسيب أو الهواتف أو غيرها من تقنيات الاتصال الحديثة.

الفرع الثاني: خصائص مخاطر الخصوصية الرقمية

تتسم المخاطر التي تهدد الخصوصية الرقمية بعدة خصائص، ولعل أبرزها يتم ذكرها فيما يلي:

أولاً: مخاطر تمس معطيات الحاسب الآلي

تعد هذه المخاطر مخاطر تتربص بذاكرة جهاز الكمبيوتر باعتبارها المكان الذي يتم فيها تخزين المعلومات والبيانات، وذلك من خلال الدخول إليها عبر شبكة الانترنت، حيث يتم سرقتها أو العبث بها عن طريق إرسال فيروسات تعمل على إتلافها وتخريبها وتعطيلها لأطول فترة ممكنة⁽⁷⁾.

ثانياً: مخاطر عابرة للحدود

ألغت شبكة الانترنت كل الحدود الجغرافية والسيادات الوطنية، الأمر الذي جعلها تكتسب الطبيعة الدولية، ولعل أهم المخاطر العابرة للحدود تزوير وإتلاف المعلومات والبيانات، تخريب وخرق أجهزة الكمبيوتر عند الضرورة، التزوير والتشفير، سرقة وتبييض الأموال⁽⁸⁾.

ثالثاً: مخاطر يصعب توقعها وإثباتها

هناك بعض المخاطر يصعب توقعها وإثباتها والسبب في ذلك يعود الى عدم توقع واثبات مخاطر الخصوصية الرقمية في كونها مخاطر خفية، تكتشف في حالة حدوثها بالصدفة، ومما يزيد الأمر تعقيداً أن أغلب هذه المخاطر خارجية أي؛ لا ترتكب من أجهزة الجاني الخاصة به، وإنما يدخل شبكات بعيدة عنه ويهاجم من خلالها⁽⁹⁾، ناهيك عن قدرته على المنع من الوصول لأي دليل يثبت جريمته، حيث يقوم بعمليات التشفير ووضعه كلمات سرية ورموز تعيق الوصول إلى المعلومات.

المطلب الثاني: أنواع مخاطر الخصوصية الرقمية

أصبحت الخصوصية الرقمية للأفراد كالفديوهات وبطاقات التعريف الالكترونية وقواعد البيانات الشخصية وغيرها معرضة لعدة مخاطر تهدد إفشاء خصوصياتهم، وعموماً هذه المخاطر تتمثل في تلك المخاطر الناتجة عن الخطأ المادي في المعلومات (فرع أول) ومخاطر الفيروس على الكمبيوتر (فرع ثان) إضافة لمخاطر القرصنة على الكمبيوتر (فرع ثالث).

الفرع الأول: المخاطر الناتجة عن الخطأ المادي في المعلومات

تتمثل المخاطر الناتجة عن الخطأ المادي في المعلومات فيما يلي:

أولاً: مخاطر الناتجة عن سرقة المعلومات أو البرامج من قبل الموظفين

تنتج هذه المخاطر نتيجة لعدم التزام الموظفين بالسرية المهنية، مما يسمح بسرقة المعلومات أو برامج خاصة بالموظفين وإلحاق الضرر بهم، خاصة وأن الطفرة التكنولوجية تسهل استعمال الكمبيوتر على مسافات بعيدة، الأمر الذي يسهل عليهم استعمال كلمة السر بشكل غير مأذون، ويخلق لهم مجال أوسع لسرقة ما يريد من برامج ومعلومات، وإساءة استعمالها، منحرفاً أو خاطئاً، كمراقبة وكشف خصوصية الموظفين من خلال البيانات والمعلومات الشخصية المخزنة في أجهزة الكمبيوتر.

ثانياً: المخاطر الناتجة عن أخطاء مادية وعدم الأمان في الاتصالات

تلحق المعلومات المخزنة على أجهزة الكمبيوتر أخطاء مادية تلقائية لا يمكن تفاديها وضعت بصورة مغلوبة، كأن يُقدم أحد العاملين على وضع رقم 1000 عوض

رقم 100 خاصة وأن لا شيء يمكن أن ينبه ذاكرة الكمبيوتر للتصحيح⁽¹⁰⁾، فنتم جميع العمليات استنادا لذلك بصورة خاطئة، مما يؤكد ضرورة وجود برامج للتأكد من المعطيات، والحقائق المراد إدخالها لذاكرة أجهزة الكمبيوتر من أجل تفادي هذه الأخطاء أو على الأقل الإنقاص منها⁽¹¹⁾.

أما المخاطر الناتجة عن عدم الأمان في الاتصالات، فهي تثار عند ما تكون هذه الأخيرة عبر مراكز الكمبيوتر بحيث تتم هذه العمليات بصورة سريعة وبعد استعمال كلمات المرور السرية، لذلك يجب أن تحذف أوتوماتيكيا بعد إتمام هذه الاتصالات.

ثالثا: المخاطر الناتجة عن استعمال الانترنت

استعمال شبكة الانترنت ينتج عنها مخاطر عدة لا يمكن تداركها، خاصة وأن الجرائم التي ترتكب عبر هذه الشبكة تسمح للمجرمين بارتكاب جرائمهم، وهم على يقين بأنهم لا يمكن كشفهم حيث تعد السرية مضمونة لهم⁽¹²⁾، ولعل من أبرز هذه المخاطر التي تنتج عن استعمال الانترنت، جرائم التعدي على الحقوق الأدبية والفكرية، جرائم الاحتيال بعدة طرق كاستعمال هوية المستهلك الإلكتروني أو بريده الإلكتروني واستخدام اسمه في عمليات وقضايا غير قانونية.

الفرع الثاني: مخاطر الفيروس على الكمبيوتر

الفيروس عبارة عن جزء ضار يحضر من أخصائيين مطلعين على أسرار أجهزة الكمبيوتر ومتحكمين في كيفية استخدامها، حيث يقومون بإضافته إلى برامجها، فيعمل على إزالة المعلومات الموجودة على الديسك (القرص) ومسحها أو إتلافها أو خلط المعلومات الموجودة فيها على شكل لا يمكن استعمالها، وذلك لتحقيق أهداف غير مرخص بها⁽¹³⁾، وهي متمثلة في الأنواع التالية:

أولا: الفيروس الإلكتروني

برنامج مصمم عمدا من أخصائيين ليقترن ببرامج أخرى، ويعمل عندما تعمل هذه البرامج، ويتكاثر ويعيد إنتاج نفسه باستعمال وحدات وتجهيزات وبرامج الحواسيب الآلية ومن دون علم أصحابه⁽¹⁴⁾.

ويتم خلق هذا النوع من الفيروسات وإرسالها إلى الكمبيوتر بسرعة هائلة وعلى مسافات كبيرة ونقوم بمسح ذاكرة الحواسيب الآلية وتعطيلها حتى بعد القضاء عليها⁽¹⁵⁾.

ثانياً: الدودة الإلكترونية

تعرف الدودة الإلكترونية **Worm** بأنها "برنامج ينقل نفسه من حاسب لآخر عبر شبكة الانترنت يزرع نفسه كملف على الأقراص المستهدفة للتعطيل أو المسح، وهدفها الأساسي استنساخ وزرع نفسها داخل الذاكرة النشطة للحاسب الآلي من أجل مراقبة، أي مسح والعتور على مواطن الضعف فيها ومن ثم انتشارها في الحواسيب الرقمية الأخرى"⁽¹⁶⁾.

ثالثاً: البريد الإلكتروني العشوائي

يطلق عليه عدة تسميات منها البريد التطفلي، البريد الاقتحامي **Spam** وهو رسائل إلكترونية دعائية غير مرغوب بها ترسل إلى بريد المستخدم والتي لا فائدة منها، والغرض من إرسالها هو القضاء على رزمة أوراق الفاكس.

رابعاً: حضان طروادة الإلكترونية

يظهر كبرنامج عادي يؤدي بعض المهام المفيدة لمستخدمه غير أن باطنه برنامج خادع يخفي غرض غير مشروع حيث يخفي داخله بعض الأوامر والتعليمات التي تؤدي عند تشغيلها مهام ضارة غير متوقعة⁽¹⁷⁾.

ما يلاحظ على هذه الأنواع من الفيروسات أنها ذات طبيعة غير مرئية بالطرق العادية إنما تحتاج إلى أسلوب علمي للكشف عنها والتقليل منها، لأنه من الصعب ولغاية هذا التاريخ إيجاد أجهزة القضاء عليها بشكل قطعي، مما يستدعي أخذ جميع الاحتياطات من قبل مستخدمي مجال الرقمية حتى يتفادى أكبر قدر ممكن من مخاطرهما تهاجم بياناته المتعلقة بخصوصيته أو بعمله.

الفرع الثالث: مخاطر القرصنة على الكمبيوتر

يقصد بقرصنة جهاز الحاسوب الآلي التوصل إلى المعلومات المخزنة فيه بطرق غير مشروعة ونسخ برامجه دون وجه حق، وتتم هذه العملية بالحصول على

كلمة السر أو بواسطة التقاط موجات الكهرومغناطيسية بحاسوب معين أو عن طريق رشوة أحد العاملين في مؤسسات منافسة⁽¹⁸⁾.

والغرض من عملية القرصنة يكمن في سرقة الأسرار والمعلومات التجارية والتسويقية والتلاعب بقيود المؤسسات المالية من أجل سرقة الأموال، ونسخ البرامج بهدف إعادة تصنيعها دون تراخيص قانونية⁽¹⁹⁾.

المبحث الثاني: آليات حماية الخصوصية الرقمية في التشريع الجزائري

إن المعاملات الالكترونية المبرمجة بعدة وسائل الاتصال الحديثة كجهاز الحاسوب وغيره قد نتج عنها العديد من المخاطر والتحديات واجهت مستخدمي هذه الوسائل، سواء كانوا أشخاص طبيعيين (المستهلكين) أو أشخاص معنوية (كالشركات وغيرها) متمثلة في انتهاك حرمة معطياتهم الشخصية أو معطيات شريكاتهم وكذا أرصدة بنوكهم وذلك باستعمال إحدى هذه المخاطر التي تمس هذه وسائل الاتصال الحديثة وتسمح بجمع سجلات المكالمات والرسائل النصية من مواقع الانترنت التي زاروها المستخدمين أو من خلال هواتفهم النقالة وترسل إلى "سيرفرات" وشركة "فيرفاتا" وتمكن للعملاء الوصول إليها عبر مواقع خاصة، كما قد يقع تزوير بطاقات ائتمان هؤلاء المستخدمين عبر اقتحام الحواسيب الخاصة، أو الدخول للبريد الالكتروني، أو كذلك محاولة انتحال الهوية وممارسة الابتزاز والقرصنة⁽²⁰⁾.

ولتجسيد الحماية قام المشرع الجزائري بتعديلات معينة على القوانين العامة (مطلب الأول) واستحدث عدة قوانين خاصة لمواجهة هذا النوع من المخاطر التي تهدد الخصوصية الرقمية (مطلب ثان) محاولة منه تدارك الفراغ القانوني الذي يعتري هذا الموضوع.

المطلب الأول: حماية الخصوصية الرقمية من خلال بعض التعديلات في القوانين العامة

تطرق المشرع الجزائري لحماية الخصوصية بصورة ضمنية في إطار القواعد العامة المتعلقة بحماية الحياة الخاصة في صورتها التقليدية، كما أن انتشار التكنولوجيا في عدة مجالات، ومنها مجال الخصوصية المعلوماتية، وفر المشرع حماية أخرى عند

المعالجة الآلية لكل البيانات المتعلقة بهذه الخصوصية مهما كان مجال استخدامها، سوف نتطرق لهذه الحماية من خلال التعديل الذي عرفه الدستور (فرع أول) وقانون العقوبات الجزائري (فرع ثان).

الفرع الأول: حماية الخصوصية الرقمية في التعديل الدستوري لسنة 2016⁽²¹⁾.

الحماية القانونية للخصوصية لم تكن مجسدة في دستور 1996 بصورتها الحالية، بل وردت بصورة ضمنية في المادة 39⁽²²⁾ منه التي تنص في مضمونها على حماية الحقوق الأساسية للإنسان وعلى الحريات الفردية والجماعية.

غير أنه سعيًا لمواكبة التطورات الحاصلة في مختلف المجالات سواء كانت في المعاملات الالكترونية المختلفة أو في مجال الاتصالات الخاصة بكل أشكالها أولى المشرع الجزائري اهتمامًا أكبر للخصوصية بصفة عامة في التعديل الدستوري لسنة 2016، حينما نص في المادة 46⁽²³⁾ منه على: «لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميها القانون سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة لا يجوز بأي شكل المساس بهذه الحقوق دون أمر معلن من السلطة القضائية، ويعاقب القانون على انتهاك هذا الحكم. حماية الأشخاص الطبيعية في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي يضمنه القانون ويعاقب على انتهاكه».

وهكذا بغض النظر عن الوسيلة المستعملة في لانتهاك الحق في الخصوصية الرقمية للأشخاص سواء باستعمال إحدى المخاطر التقنية العلمية المتطورة أو عن طريق الاختراق أو الاحتيال وسرقة كلمات المرور، أو عند معالجة المعطيات الشخصية يعاقب عليها الدستور حماية لها.

الفرع الثاني: حماية الخصوصية الرقمية من خلال تعديل قانون العقوبات بقانون رقم

15-04.

تنبه المشرع الجزائري للأخطار والعقبات التي يمكن أن تتجم عن الجرائم الالكترونية أو المعلوماتية في مجال المعاملات الالكترونية المختلفة أين يتم الكشف عن الخصوصية الرقمية متعلقة بمعلومات خاصة به، أو معلومات أخرى متعلقة بتجارته أو

أمواله، فحاول المشرع مواكبتها من خلال تعديل قانون العقوبات لسنة 2004⁽²⁴⁾، وذلك بإدراج القسم السابع مكرر الموسوم بـ: «المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وتنص على هذه الجريمة المادة 394 مكرر إلى المادة 394 مكرر 7. فمن خلال هذا التعديل لقد اهتم المشرع الجزائري صراحة بأنظمة المعالجة للمعطيات، وتشمل الجرائم المتعلقة بالمساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات في التشريع الجزائري، جريمة الدخول عن طريق الغش إلى النظام ونص عليها في المادة 394 مكرر: «يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 50.000 دج إلى 100.000 دج كل من يدخل عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة المعالجة الآلية للمعطيات، وجريمة البقاء غير المصرح به في النظام المعلوماتي التي تنص عليها في المادة 394 مكرر: «...أو يبقى عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة المعالجة للمعطيات...»، وأيضاً جريمة إتلاف نظام المعالجة الآلية التي نصت عليها المادة 394: «يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة مالية 5000.000 إلى 20.2000.00 دج كل من ادخل بطريق الغش معطيات في نظام المعالجة الآلية أو أزال أو عدل بطريق الغش المعطيات التي يتضمنها».

المطلب الثاني: الحماية من خلال بعض القوانين المستحدثة في مجال البيانات الشخصية

تمكن المشرع الجزائري كذلك من إصدار قوانين مستحدثة بهدف تخصيص حماية أكبر للخصوصية الرقمية، فبعدما بدأ هذا الأخير بتعديل الهرم التشريعي، استحدث المشرع الجزائري قوانين عدة منها قانون رقم 09-04⁽²⁵⁾، المتعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها (فرع أول)، وقانون رقم 15-12، المتعلق بحماية الطفل (فرع ثان)، قانون رقم 18-05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية (فرع ثالث)، قانون رقم 18-07، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعية في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي (فرع رابع)،

الفرع الأول: حماية الخصوصية الرقمية من خلال قانون رقم 09-04.

لقد أولى المشرع اهتماما للبيانات الشخصية عن طريق استحداث قانون رقم 09-04⁽²⁶⁾، المتعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، وهنا يلتزم مقدم الخدمة بحفظ المعطيات المتعلقة بالخصوصية فورددت على سبيل الحصر في المادة 11 من هذا القانون وذلك لمدة سنة واحدة، ومع ذلك فكل المتعاملين بالحواسب أو الهاتف النقالة أو غيرها من وسائل الاتصال الرقمية يخضع للعقوبات الجزائية عند جمع هذه البيانات عن الأشخاص، فقد يكونوا زبائن أو مستهلكين أو أشخاصا عادية وذلك لأكثر من سنة.

الفرع الثاني: حماية الخصوصية الرقمية من خلال قانون رقم 15-12

نظم المشرع الجزائري قانون رقم 15-12⁽²⁷⁾، في مجال حماية الحق في الخصوصية المتعلقة بالأطفال ضد حماية جرائم استغلال أو انتهاك حياة الأطفال الخاصة بواسطة نشر أو بث صور أو بيانات عبر كل وسائل الاتصال مهما كان شكلها سواء عبر شبكة الانترنت، بحيث يكون الطفل هدفا سهلا للمخترقين أو المنحرفين نظرا لسهولة تحديد موقعهم الجغرافي واستدراجهم نحو المجهول.

الفرع الثالث: حماية الخصوصية الرقمية من خلال قانون رقم 18-05.

تتسم الحماية القانونية التي خصها المشرع الجزائري للمورد الإلكتروني في المادة 26 من قانون رقم 18-05⁽²⁸⁾ المتعلق بالتجارة الإلكترونية بكونها حماية وقائية أكثر من جزائية، وبالتالي فهذا القانون لم ينظم ولا عقوبة جزائية ذات صلة بالبيانات الشخصية للأفراد، أي المتعلقة بخصوصية هؤلاء، فيعاب المشرع على هذا الإغفال القانوني الوارد في هذا المجال ، فانه بات من الضروري والحتمي عليه تضمين هذا القانون بمواد تحمي خصوصية المتعاملين عبر الانترنت من العبث بها على أوجه غير مشروعة ،وكذا محاولة إدراج ضمن هذا القانون تسمية لبعض المخاطر التي تنتهك الخصوصية الرقمية وكيفيات حمايتها .

الفرع الرابع: حماية الخصوصية الرقمية من خلال قانون 18-07.

أما بالنسبة لقانون رقم 18-07⁽²⁹⁾، يمكن القول أنه استدرّك للإغفال الذي وقع فيه المشرع في قانون رقم 18-05، و سن ضمن هذا القانون 76 مادة موزعة على سبعة أبواب تضمنت ونظمت حماية الحياة الخاصة للأشخاص وأسرهم في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ولعل من أبرز هذه المواد التي وضعها بخصوص هذه الحماية، فجدد المادة 02⁽³⁰⁾ من هذا القانون التي تنص في مضمونها على ضرورة أن تتم معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي مهما كان مصدرها أو شكلها، في إطار احترام الكرامة الإنسانية والحياة الخاصة والحريات العامة وألا يمس بحقوق الأفراد وشرفهم وسمعتهم.

كما نجد أيضا المادة 07⁽³¹⁾ من هذا القانون والتي تنص بدورها على ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة للشخص المعني من أجل السماح بمعالجة معطياته الشخصية، وإذا كان فاقد أو ناقص الأهلية تخضع الموافقة للقواعد القانونية العامة، كما يمكنه التراجع عن موافقته في أي وقت شاء، غير أن المشرع استثنى حالات معينة لا تكون موافقة الشخص المعني ضرورية متى تعلق الأمر باحترام التزام قانوني يخضع له المعني أو لحماية حياته الخاصة أو لتنفيذ عقد يكون طرفاً فيه أو للحفاظ على مصالحه الحيوية وذلك عند عدم قدرته البدنية أو القانونية على التعبير عن رضاه أو في حالة يتعلق الأمر بالمصلحة العامة أو بمهام السلطة التشريعية.

وسعياً من المشرع الجزائري على ضمان تطبيق الأحكام القانونية التي تضمنها هذا القانون، أنشأت لجنة وطنية مهمتها الأساسية السهر على تطبيق هذا القانون، من خلال منح هذه اللجنة صلاحية القيام بمنح الرخص والتراخيص للمسؤولين الراغبين في معالجة هذه المعطيات، والقيام بمهام التحقيق وتسليط العقوبات على كل من يخالف الأحكام القانونية الواردة بهذا القانون.

خاتمة:

في ختام هذه الورقة البحثية، يمكن القول أن الخصوصية الرقمية ما هي إلا مظهر من مظاهر الحق في الخصوصية للإنسان أفرزته التطورات التقنية والتكنولوجية، فأصبحت متعرضة لمخاطر تقنية عدة، ففي ظل هذا التصور الخطير لأثر هذه التقنيات السلبية التكنولوجية على خصوصية المعلومات، يمكننا القول المنظومة القانونية المتعلقة بالحق في الخصوصية غير كافية لحماية أصحابها في البيئة الرقمية، وهذا نظرا لعدم مواكبة المنظومة القانونية الجزائرية للتطور العلمي والتكنولوجي غير المتناهي للمخاطر التي تمس الحق في الخصوصية الرقمية واتضح ذلك جليا في قانون رقم 18 — 05 الذي خصص مادتين يهتمين للبيانات الشخصية، دون محاولة إضافة مواد أخرى متعلقة بحمايتها من شتى المخاطر والأفعال غير المشروعة التي تلحق في كل دقيقة وثانية بهذه الخصوصية ولذا نود اقتراح بعض التوصيات في الموضوع:

- 1- نود تحيين القانون 18-07 المتعلق بحماية المعطيات بالإشارة إلى حماية البيانات الشخصية التي يتم إرسالها عبر مختلف وسائل الاتصال في المعاملات الرقمية
- 2- ضرورة إدراج ضمن القانون رقم 18 — 05 تسميات على سبيل المثال وليس الحصر للمخاطر التي تنتهك الخصوصية الرقمية والآليات القانونية لحمايتها.
- 3- بات من الضروري على المشرع الجزائري سن تشريع آخر منفرد أو خاص يتضمن الحماية في حق الخصوصية الرقمية نظرا للمخاطر المتنوعة التي تلحق هذا الحق وتتسبب في انتهاكه.
- 4- توفير تقنيات التشفير المعقدة الحامية للحق في الخصوصية لشرائها في الأسواق حتى لا يمكن للبرمجيات المتقدمة المتاحة لدى القراصنة فكها.
- 5 - نشر الوعي الرقمي لمستخدمي البيانات الشخصية أو المالية أو الصور ضمن هذه الوسائل المتعلقة بالخصوصية عبر مختلف وسائل الاتصال والإعلام بعدم الاحتفاظ بها ضمن هذه الوسائل نظرا لسهولة انتهاكها باستعمال إحدى المخاطر السابق ذكرها رغم تشفيرها من قبل أصحابها.

الهوامش والمراجع المعتمدة:

- (1) نذكر منها ما يلي: العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بتاريخ 1966/12/16 في نيويورك.
- _ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, **journal officiel** N° 281, du 23.11.1995, p. 31.
- _ Directive 2002/58 CE (modifiée en 2009) sur la vie privée et les communications électroniques.
- _ القانون المغربي رقم 09-08 متعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية المغربية، عدد 5711، صادر بتاريخ 2009/02/23.
- _ قانون أساسي تونسي، عدد 63 لسنة 2004، متعلق بحماية المعطيات الشخصية، الفصل السابع المعنون " حماية البيانات الخاصة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، صادر 2004/07/30.
- (2) لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف الخصوصية الرقمية وفي اعتقادنا أن المشرع ترك هذه المهمة للفقهاء.
- (3) أحمد بن محمد بن علي القيومي المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، لبنان، ص 255.
- (4) محمد عبد المحسن المقاطع، حماية الحياة الخاصة في مواجهة الحاسوب الآلي، بدون ذكر دار النشر وبلد النشر، 2013، ص 45.
- (5) مارية بوجدانين، من الحق في الحياة الخاصة إلى الحق في الخصوصية الرقمية، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، المركز الديمقراطي العربي، العدد الثالث، ماي 2019، ص 51- 79.

- (6) استشاري وخبير في خصوصية البيانات والأعمال الإلكترونية، نقلا عن؛ منى تركي الموسوي، جان سيريل، الخصوصية المعلوماتية وأهميتها ومخاطر التقنيات الحديثة عليها، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، 2013، ص 203.
- (7) محمود أحمد عابنة، جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 39.
- (8) عفاف خذيري، الحماية الجنائية للمعطيات الرقمية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، تخصص علوم في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تبسة، ص 21.
- (9) محمود أحمد عابنة، مرجع سابق، ص 37.
- (10) نعيم مغبغب، مخاطر المعلوماتية والانترنت-المخاطر على الحياة الخاصة وحمايتها، دراسة مقارنة، دون ذكر دار النشر، لبنان، 1998، ص 211، 212.
- (11) مصطفى موسى، مخاطر تهدد الحق في الخصوصية عبر التقنيات الإلكترونية الرقمية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، عدد 10، ص ص 421_455، ص 447، 448.
- (12) نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 213.
- (13) عفاف خذيري، مرجع سابق، ص 20، 21.
- (14) أحمد بن مسعود، جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات الشخصية في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد العاشر، عدد 01، فيفري 2017، ص ص 482 - 491، ص 487.
- (15) منى تركي الموسوي، جان سيريل، مرجع سابق، ص 203 وما يليها.
- (16) نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 215، 216.
- (17) مصطفى موسى، مرجع سابق، ص 445.
- (18) مصطفى موسى، المرجع والموضع السابق.
- (19) نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص ص 221 - 222.

- (20) صغير يوسف، الجريمة المرتكبة عبر الانترنت، مذكرة ماجستير في القانون الدولي للأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014/2013.
- (21) دستور 1996 معدل بموجب القانون رقم 01-16، مؤرخ في 6 مارس 2016، متضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، عدد 14 الصادر بتاريخ 07 مارس 2016.
- (22) تنص المادة 39 من دستور 1996 على: "الدفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان وعن الحريات الفردية والجماعية، مضمون"، مرجع سابق.
- (23) المادة 46 من التعديل الدستوري لسنة 2016، مرجع سابق.
- (24) المواد 394 مكرر إلى المادة 394 مكرر 7 من قانون رقم 04-15 صادر بتاريخ 10 نوفمبر المعدل والمتمم لقانون 66-156، متضمن قانون العقوبات.
- (25) قانون رقم 04-09 مؤرخ في 05 أوت 2009 متعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام ومكافحتها، الجريدة الرسمية، عدد 47، صادر بتاريخ 16 أوت 2009.
- (26) قانون رقم 04-09 مؤرخ في 05 أوت 2009 متعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام ومكافحتها، الجريدة الرسمية، عدد 47، صادر بتاريخ 16 أوت 2009.
- (27) قانون 15-12 المؤرخ في 15 جويلية 2015 متعلق بحماية الطفل، الجريدة الرسمية، عدد 39 صادر بتاريخ 19 جويلية 2015.
- (28) المادة 26 من قانون رقم 05-18، يتعلق بالتجارة الالكترونية، الجريدة الرسمية، عدد 28، صادر في 16 مايو 2018.
- (29) قانون رقم 07-18، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية، عدد 34، صادر بتاريخ 10 يونيو 2018.

(30) المادة 02 من القانون رقم 18-07، مرجع سابق.

(31) المادة 07 من القانون رقم 18-07، مرجع سابق

قائمة المراجع:

I / باللغة العربية

أولاً: الكتب

1/ أحمد بن محمد بن علي القيومي المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، لبنان، ص 255.

2/ محمد عبد المحسن المقاطع، حماية الحياة الخاصة في مواجهة الحاسوب الآلي، (د.ن، ب)، 2013.

3/ حمود أحمد عابنة، جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

4/ نعيم مغبغب، مخاطر المعلوماتية والانترنت-المخاطر على الحياة الخاصة وحمايتها، دراسة مقارنة، دون ذكر دار النشر، لبنان، 1998.

ثانياً: الأطروحات والمذكرات الجامعية

1/ عفاف خذيري، الحماية الجنائية للمعطيات الرقمية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، تخصص علوم في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تبسة الجزائر.

2/ صغير يوسف، الجريمة المرتكبة عبر الانترنت، مذكرة ماجستير في القانون الدولي للأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013/2014.

ثالثاً: المقالات

1/ أحمد بن مسعود، جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات الشخصية في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، عدد 01، جامعة الجلفة، فيفري 2017.

2/ مارية بوجداين، من الحق في الحياة الخاصة إلى الحق في الخصوصية الرقمية، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، العدد الثالث، المركز الديمقراطي العربي، ماي 2019.

3/ مصطفى موسى، مخاطر تهدد الحق في الخصوصية عبر التقنيات الإلكترونية الرقمية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، عدد 10.

4/ منى تركي الموسوي، جان سيريل، الخصوصية المعلوماتية وأهميتها ومخاطر التقنيات الحديثة عليها، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، جامعة بغداد، 2013، ص 203 وما يليها.

رابعاً: القوانين

أ/ القوانين التشريعية الوطنية:

1/ دستور 1996 معدل بموجب القانون رقم 16-01، مؤرخ في 6 مارس 2016، متضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، عدد 14 الصادر بتاريخ 07 مارس 2016.

2/ أمر 66-156 مؤرخ في 08 يونيو 1966 متضمن قانون العقوبات الجزائري معدل ومتمم، العقوبات، الجريدة الرسمية، عدد 71 صادر بتاريخ 10/11/2004.

3/ مرسوم رئاسي رقم 89-67 مؤرخ في 16 ماي 1989، متعلق بانضمام الجزائر للعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، الجريدة الرسمية، عدد 20 صادر في 17 ماي 1989.

4/ قانون رقم 09-04 مؤرخ في 05 أوت 2009 متعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام ومكافحتها، الجريدة الرسمية، عدد 47، صادر بتاريخ 16 أوت 2009.

5/ قانون رقم 15-04 صادر بتاريخ 10 نوفمبر المعدل والمتمم لقانون 66-156، متضمن قانون العقوبات.

- 6/ قانون 15-12 المؤرخ في 15 جويلية 2015، متعلق بحماية الطفل، الجريدة الرسمية، عدد 39 صادر بتاريخ 19 جويلية 2015.
- 7/ قانون رقم 18-05، متعلق بالتجارة الالكترونية، الجريدة الرسمية، عدد 28 صادر في 16 مايو 2018. —
- 8/ قانون رقم 18-07، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية، عدد 34.
- ب/ القوانين التشريعية الدولية:

- 1/ العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بتاريخ 16/12/1966 في نيويورك.
- 2/ أساسي تونسي، عدد 63 لسنة 2004، متعلق بحماية المعطيات الشخصية، الفصل السابع المعنون "حماية البيانات الخاصة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، صادر 2004/07/30.
- 3/ قانون المغربي رقم 09-08 متعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية المغربية، عدد 5711، صادر بتاريخ 2009/02/23.
- II / باللغة الفرنسية

A/ Directives

- 1/ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, **journal officiel** N° 281, du 23.11.1995, p. 31.
- 2/ Directive 2002/58 CE (modifiée en 2009) sur la vie privée et les communications électroniques.

تاريخ القبول: 2021/01/09

تاريخ الإرسال: 2020/11/28

**الإجراءات القضائية للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد
(covid-19) في المؤسسات القضائية في المملكة العربية السعودية
"دراسة تأصيلية تحليلية"**

**Judicial measures to limit the spread of the new
Corona virus (covid-19) in the judicial institutions in
the Kingdom of Saudi Arabia" n analytical rooting
study"**

"بحث ممول من عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة"

أ.د. أحمد بن صالح الصواب الرفاعي*¹

¹ الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، كلية الأنظمة والدراسات القضائية، قسم الدراسات القضائية، (المملكة العربية السعودية)، ahmed.s.alrefai@gmail.com

المخلص

ركز هذا البحث والمعنون بـ: "الإجراءات القضائية للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19) في المؤسسات القضائية في المملكة العربية السعودية" دراسة تأصيلية تحليلية¹ على بيان التأصيل الشرعي والتحليل للإجراءات التي اتخذتها القيادة الرشيدة - حفظها الله - للحد من انتشار فيروس كورونا في المؤسسات القضائية في المملكة العربية السعودية وهي تأجيل جلسات جميع القضايا المنظورة لدى جميع المحاكم خلال فترة تعليق الحضور إلى مقرات العمل للحد من انتشار فيروس كورونا، وإطلاق خدمة التقاضي عن بعد للحد من انتشار فيروس كورونا، وتعليق تنفيذ الأحكام القضائية في الرؤية والزيارة للحد من انتشار فيروس كورونا، وتعليق تنفيذ عقوبة حبس المدين في قضايا الحق الخاص، مع الإفراج المؤقت بشكل فوري عن حُبس تنفيذاً لتلك الأحكام والأوامر للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19) .

*المؤلف المرسل

والباحث يوصي في بحثه بضرورة مراجعة الأنظمة القضائية في المملكة العربية السعودية والموائمة بينها وبين الظروف الطارئة، والتطرق إلى تلك الظروف الطارئة وطريقة تعامل الأنظمة معها، وسن ووضع اللوائح والأنظمة القضائية المتعلقة بالتقاضي الإلكتروني، مع التوسع في الدورات التدريبية للقضاة ومساعدتهم في طريقة التعامل مع هذه النقلة النوعية في التقاضي، والاستفادة من التجارب العملية في جانب الاحترازات القضائية.

الكلمات المفتاحية: إجراءات، قضائية، كورونا، تأجيل جلسات، تقاضي عن بعد، تنفيذ.

Summary

Praise be to God alone, and blessings and peace be upon the one after whom there is no prophet.

This research entitled “Judicial measures to limit the spread of the new Corona virus (covid-19) in the judicial institutions in the Kingdom of Saudi Arabia“ an analytical rooting study” focused on the statement of the legal rationale and analysis of the measures taken by the wise leadership - may God protect it - to limit the spread The new Corona virus (covid-19) in the judicial institutions in the Kingdom of Saudi Arabia, which is the postponement of the sessions of all cases pending in all courts during the period of suspension of attendance at work places to limit the spread of the new Corona virus (covid-19), and the launch of the remote litigation service To limit the spread of the new Corona virus (covid-19), And the suspension of the implementation of the judicial rulings in the vision and the visit to limit the spread of the new Corona virus (covid-19), and the suspension of the implementation of the penalty of imprisonment of the debtor in private right cases, with the immediate release of those imprisoned in implementation of those provisions and orders to limit the spread of the new Corona virus (covid-19)

And the researcher recommends in his research the necessity of reviewing the judicial systems in the Kingdom of Saudi Arabia and harmonizing them with the emergency conditions, and addressing those emergency conditions and the way the systems deal with them, enacting and developing judicial regulations and systems

related to electronic litigation, with an expansion of the training courses for judges. And their assistants in the way to deal with this paradigm shift in litigation, and to benefit from practical experiences in the aspect of judicial precautions.

Key words: procedures - judicial - corona - adjournment of sessions - remote litigation - execution.

الحمد لله رب العالمين، الرحمن الرحيم، مالك يوم الدين وأصلي وأسلم على المبعوث رحمة للعالمين نبينا الهادي الأمين، محمد بن عبد الله ﷺ وعلى آله وصحبه أجمعين.
أما بعد:

لقد اقتضت حكمة الله تعالى أن يبنتلي عباده بالسراء، والضراء، والشدة، والرخاء، والعسر والبسر، وإن مما نزل بالأمة في هذا الزمان الوباء المسمى بـ "فيروس كورونا الجديد (covid-19)" والذي كان إعلان تسجيل أول حالة أصيبت به في جمهورية الصين الشعبية بتاريخ 5/5/1441هـ الموافق 31/12/2019م، فتحرك العالم أجمع لمواجهة هذا الوباء، واتخذت الدول العديد من الإجراءات لحماية شعوبها ومن يعيشون على أرضها لمواجهة هذا الوباء .

وكان في مقدمة وطلبة تلك الدول دولتنا المباركة - المملكة العربية السعودية - فكانت سباقاً في اتخاذ التدابير والاحترازمات الوقائية رغبة من قيادتنا الرشيدة -وفقها الله - في حماية مواطنيها، والمقيمين على أراضيها من خطر هذا الوباء حتى أصبحت تلك الإجراءات مضرب المثل عند القاضي والداني في التعامل مع هذه الجائحة - سلم الله العباد والبلاد منها إنه ولي ذلك والقادر عليه - وكان شعار هذه الدولة المباركة الإنسان أولاً مواطناً كان أو مقيماً منطلقين في ذلك من أحكام الشريعة الإسلامية السمحة.

وكان من بين تلك الإجراءات التي اتخذتها قيادة هذه البلاد المباركة -وفقهم الله وسدد آرائهم - جملة من الإجراءات القضائية في المؤسسات القضائية في المملكة العربية السعودية.

فرغبت في هذا البحث أن أجمع تلك الإجراءات التي اتخذتها القيادة الرشيدة -حفظها الله - في المؤسسات القضائية في المملكة العربية السعودية للحد من انتشار فيروس

كورونا الجديد (covid-19)، وأن أقوم بالتأصيل الشرعي لتلك الإجراءات، مع طرح بعض الحلول والمقترحات في جانب الإجراءات القضائية الناتجة عن الجائحة العالمية فيروس كورونا الجديد (covid-19).

أسباب اختيار الموضوع:

هناك جملة من الأسباب العامة والخاصة من أبرزها:

- 1- أهمية الموضوع فهو يتناول بعض الأحكام المتعلقة بهذه النازلة أعني جائحة فيروس كورونا الجديد (covid-19) والتي تلامس واقع المجتمع في هذا الوقت وحاجة الناس إلى معرفة ما يتعلق بها من قضايا شرعية أو طبية أو غير ذلك.
- 2- إسهامها من الباحث في مبادرة الجامعة في هذا المجال لقللة الدراسات في هذا الموضوع.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى ثلاثة أمور رئيسة وهي:

- الأمر الأول: جمع الإجراءات القضائية للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19) في المؤسسات القضائية في المملكة العربية السعودية وإبراز دور القيادة الرشيدة في إصدار تلك القرارات الحكيمة.
- الأمر الثاني: الوقوف على الحكم الشرعي في الإجراءات التي اتخذتها القيادة الرشيدة في المؤسسات القضائية في المملكة العربية السعودية من خلال تحليل تلك الإجراءات من الناحية الشرعية.
- الأمر الثالث: طرح بعض المقترحات، والحلول في العمل القضائي في المؤسسات القضائية للمشكلات الطارئة عن جائحة فيروس كورونا (covid-19).

حدود البحث:

الحدود الموضوعية: تقتصر الدراسة على الإجراءات القضائية للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19) في المؤسسات القضائية في المملكة العربية السعودية وهي أربعة إجراءات.

الإجراء الأول: تأجيل جلسات جميع القضايا المنظورة لدى جميع المحاكم خلال فترة تعليق الحضور إلى مقرات العمل للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19).

الإجراء الثاني: إطلاق خدمة النقاضي عن بعد للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19)

الإجراء الثالث: تعليق تنفيذ الأحكام القضائية في الرؤية والزيارة للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19).

الإجراء الرابع: تعليق تنفيذ عقوبة حبس المدين في قضايا الحق الخاص، مع الإفراج المؤقت بشكل فوري عن حُبس تنفيذاً لتلك الأحكام والأوامر للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19).

الحدود المكانية: تقتصر هذه الدراسة على المؤسسات القضائية في المملكة العربية السعودية.

الحدود الزمانية: منذ بدء جائحة كورونا، وحتى نهاية شهر ربيع الأول في عام 1442هـ.

تبويب البحث:

يتكون البحث من مقدمة وتمهيد وثلاثة مباحث وخاتمة.

المقدمة: وتشتمل على (الافتتاحية - سبب الاختيار - أهداف البحث - حدود البحث - خطة البحث - منهج البحث).

التمهيد: في التعريف بمصطلحات عنوان البحث. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بالإجراءات القضائية.

المطلب الثاني: التعريف بفيروس كورونا الجديد (covid-19).

المبحث الأول: حصر الإجراءات القضائية في المؤسسات القضائية في المملكة العربية السعودية للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19)، والموقف الشرعي من الإجراءات الاحترازية عموماً للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19).

وفيه مطلبان.

المطلب الأول: حصر الإجراءات القضائية في المؤسسات القضائية للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19).

المطلب الثاني: الموقف الشرعي من الإجراءات الاحترازية عموماً للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19).

المبحث الثاني: تأجيل جلسات القضايا المنظورة لدى جميع المحاكم خلال فترة تعليق الحضور إلى مقرات العمل، وإطلاق خدمة التقاضي عن بعد. وفيه مطلبان.

المطلب الأول: تأجيل جلسات جميع القضايا المنظورة لدى جميع المحاكم خلال فترة تعليق الحضور إلى مقرات العمل للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19).

المطلب الثاني: إطلاق خدمة التقاضي عن بعد للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19).

المبحث الثالث: تعليق تنفيذ الأحكام القضائية في الرؤية والزيارة وتعليق تنفيذ عقوبة حبس المدين في قضايا الحق الخاص مع الإفراج المؤقت بشكل فوري عمن حُبس تنفيذاً لتلك الأحكام والأوامر للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19).

وفيه مطلبان.

المطلب الأول: تعليق تنفيذ الأحكام القضائية في الرؤية والزيارة للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19).

المطلب الثاني: تعليق تنفيذ عقوبة حبس المدين في قضايا الحق الخاص مع الإفراج المؤقت بشكل فوري عمن حُبس تنفيذاً لتلك الأحكام والأوامر للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19).

الخاتمة وتشتمل على: المقترحات والتوصيات - الفهارس.

منهج البحث:

سأسير في كتابة البحث وفق النقاط التالية:

أولاً: جمع مادة البحث عن طريق المنهج الاستقرائي التحليلي من خلال البحث في المصادر الأصلية عن مباحث الموضوع، وقد اقتصرنا في الجمع على المسائل المتعلقة بالموضوع.

ثانياً: التوثيق العلمي للمسائل الواردة في البحث.

ثالثاً: عزو الآيات القرآنية الى سورها، وكتابتها بالرسم العثماني.

رابعاً: تخريج الأحاديث من مصادر السنة الأصلية، بذكر اسم الكتاب، والباب، ورقم الحديث - إن وجد - وبيان ما ذكره أهل الحديث في درجتها، وأكتفي بذكر موضع الحديث في الصحيحين أو أحدهما إن كان فيهما .

خامساً: تخريج الآثار من مصادرها.

سادساً: التعريف بإيجاز بالكلمات الغريبة والمصطلحات العلمية.

سابعاً: قمت في نهاية البحث بوضع ثبوت للمصادر والمراجع وفهرس للموضوعات.

التمهيد: وفيه التعريف بمصطلحات عنوان البحث. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بالإجراءات القضائية.

أولاً: عند أهل اللغة.

عند النظر في كتب أهل اللغة نجد أنهم يعرفون هذا المصطلح بمعنى يقترب من المعنى الاصطلاحي لهذا المصطلح، فقد عرف هذا المصطلح في المعجم الوسيط بأن الإجراءات القضائية هي الطرق التي تتبع في رفع الدعوى أمام المحاكم⁽¹⁾، أو هي خطوات معينة يقوم بها المحامي أو النائب العام في المحكمة من اتهام أو دفاع⁽²⁾ .

ثانياً: عند أهل الاصطلاح.

من خلال النظر في الأنظمة الخاصة بالإجراءات القضائية في المملكة العربية السعودية لا نجد فيها نصاً يبين فيه معنى الإجراء القضائي، وبناء عليه سنورد -بمشيئة الله تعالى- جملة من تعريفات الباحثين لهذا المصطلح على النحو التالي:

عرف بعض الباحثين الإجراء القضائي بأنه: تلك الأعمال التي يجب على الخصوم الالتزام بها، كما يجب مراعاتها في مواجهتهم عندما يلجؤون إلى القضاء للتوصل إلى إثبات حقهم المدعى به، وتشمل قواعد النظام القضائي واختصاص المحاكم⁽³⁾،

فالإجراء القضائي هو " العمل الذي يترتب عليه القانون أثراً إجرائياً مباشراً ويكون جزءاً من الخصومة "(4)، وهو عمل ذو مسلك إيجابي "من جانب الخصوم أو من جانب المحكمة في رفع الدعوى إلى القضاء أو المرافعة فيها أو في تحقيقها أو الحكم فيها" (5).

فالإجراء القضائي عمل يُترتب عليه القانون أثراً إجرائياً ويكون جزءاً من الدعوى، سواء تعلق الأمر ببديها أو المشاركة فيها تدخلاً، أو اختصاصاً أثناء نظرها، أو التقدم بدعوى حادثة، أو بإنهاء الدعوى الأصلية (6)، فالإجراءات القضائية تستمر حتى مرحلة تنفيذ الأحكام.

يل نقل بعض الباحثين توسع الفقه الفرنسي في مفهوم الإجراءات القضائية، وأنها مجموعة الأعمال التي تتعاون في إعمال الحق سواء كانت قضائية أم تتم خارج مجلس القضاء (7).

وخلاصة الأمر أن الإجراءات القضائية هي القواعد والضوابط الإجرائية المنطة لعمل المحاكم والدوائر والجهات المختصة، وهذه المبادئ تكاد تتفق عليها جميع أنظمة العالم مع اختلاف يسير من حيث التطبيق (8).

المطلب الثاني: التعريف بفيروس كورونا الجديد (covid-19).

ورد في موقع منظمة الصحة العالمية على الشبكة العنكبوتية تعريف فيروس كورونا بأنه: "سلالة واسعة من الفيروسات التي قد تسبب المرض للحيوان والإنسان، ومن المعروف أن عدداً من فيروسات كورونا تسبب لدى البشر أمراضاً تنفسية تتراوح حدتها من نزلات البرد الشائعة إلى الأمراض الأشد وخامة مثل: متلازمة الشرق الأوسط التنفسية (مجرس)، والمتلازمة التنفسية الحادة الوخيمة (سارس).

ويسبب فيروس كورونا المكتشف مؤخراً مرض كوفيد-19، ومرض كوفيد-19 هو مرض معد يسببه آخر فيروس تم اكتشافه من سلالة فيروسات كورونا، ولم يكن هناك أي علم بوجود هذا الفيروس الجديد ومرضه قبل بدء تفشيه في مدينة ووهان الصينية (9) في كانون الأول/ ديسمبر 2019. وقد تحول كوفيد-19 الآن إلى جائحة تؤثر على العديد من بلدان العالم" (10).

"ويعد فيروس كورونا Coronavirus أحد الفيروسات الشائعة التي تسبب عدوى الجهاز التنفسي العلوي، والجيوب الأنفية، والتهابات الحلق. وفي معظم الحالات لا تكون الإصابة به خطيرة باستثناء الإصابة بنوعيه المعروفين بمتلازمة الشرق الأوسط التنفسية (MERS) الذي ظهر في ٢٠١٢ والمتلازمة التنفسية الحادة الوخيمة (SARS) الذي ظهر في ٢٠٠٣ بالإضافة إلى النوع المستجد الذي ظهر في الصين في نهاية 2019 " (11).

كما في ورد موقع وزارة الصحة السعودية على الشبكة العنكبوتية في التعريف بالمرض أنه " في 31 ديسمبر من عام 2019م تم إبلاغ المكتب الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية في الصين بحالات الالتهاب الرئوي المسبب لمرض غير معروف تم اكتشافه في مدينة ووهان الصينية، وتم إعلان فيروس (كورونا الجديد) على أنه الفيروس المسبب لتلك الحالات من قبل السلطات الصينية يوم 7 يناير 2020م. ففيروس (كورونا) من فصيلة فيروسات (كورونا) الجديد؛ حيث ظهرت أغلب حالات الإصابة به في مدينة ووهان الصينية نهاية ديسمبر ٢٠١٩م على صورة التهاب رئوي حاد.

وقد انتقل فيروس (كورونا) المسبب لمتلازمة الالتهاب الرئوي الحاد الوخيم (السارس) من القطط إلى البشر في الصين عام 2002م، وقد انتقل فيروس (كورونا) المسبب لمتلازمة الشرق الأوسط التنفسية (Mers) من الإبل إلى البشر في المملكة العربية السعودية عام 2012م. كذلك انتقل فيروس (كورونا) الأخير COVID-19 من فصيلة فيروسات (كورونا)، وكان له ارتباط بسوق للبحريات والحيوانات في مدينة ووهان الصينية. وهناك العديد من سلالات فيروس (كورونا) الأخرى المعروفة التي تسري بين الحيوانات دون أن تنتقل العدوى منها إلى البشر حتى الآن" (12).

المبحث الأول: حصر الإجراءات القضائية في المؤسسات القضائية في المملكة العربية السعودية للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19) إجمالاً، والتأصيل الشرعي لها.

وفيه مطلبان.

المطلب الأول: حصر الإجراءات القضائية في المؤسسات القضائية للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19) إجمالاً .

بادرت حكومة المملكة العربية السعودية باتخاذ جملة من التدابير والإجراءات الاحترازية للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19) حرصاً منها - أيدها الله - على سلامة الجميع.

وكانت مؤسسات القضاء (القضاء العام والقضاء الإداري) من الجهات الحكومية في المملكة العربية السعودية التي بادرت إلى اتخاذ جملة من تلك التدابير والإجراءات، ويمكن حصر تلك الإجراءات للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19) في النقاط التالية:

أولاً: تأجيل جلسات جميع القضايا المنظورة لدى جميع المحاكم خلال فترة تعليق الحضور إلى مقرات العمل فقد " أصدر المجلس الأعلى للقضاء قراراً بتأجيل جلسات جميع القضايا المنظورة لدى جميع المحاكم، اعتباراً من يوم الاثنين الموافق 07 / 21 / 1441 هـ وحتى إشعار آخر، على أن تستأنف كليا أو جزئياً بقرار من رئيس المجلس⁽¹³⁾. ويأتي هذا القرار تماشياً مع الإجراءات الاحترازية والوقائية التي قامت بها الدولة للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد؛ وحرصاً على سلامة الجميع. كما تضمن القرار إعادة جدولة جميع الجلسات المؤجلة فترة التأجيل وأن يكون لها أولوية في المواعيد، ويشعر أطراف الدعوى بالطرق الالكترونية. وأكد القرار على استمرار المحاكم في النظر في القضايا المستعجلة، أو التي تتطلب طبيعتها اتخاذ إجراءات مستعجلة لا تحتتمل التأخير وفقاً لما تراه الدائرة القضائية أو رئيس المحكمة -بحسب الحال-، ومع مراعاة قرار التأجيل ستستمر المحاكم في إجراءات المحاكمة والترافع عن بعد، وفرض تبادل المذكرات بين أطراف الدعوى الكترونياً واستلامها، وطلب ما تحتاجه من مستندات أو وثائق، وإيداع مسودات الأحكام، وتسليم الأحكام الكترونياً، واستقبال الاعتراضات ونحو ذلك مما لا يتطلب حضور الأطراف للمحكمة على أن يكون ذلك عبر أنظمة وزارة العدل الالكترونية⁽¹⁴⁾.

كما أصدر مجلس القضاء الإداري في جلسته يوم الأحد 20 / 7 / 1441هـ قراره رقم (1441/14) ونص على جملة من القرارات تتمثل في أولاً: تؤجل جلسات جميع الدعاوى لدى جميع محاكم الديوان اعتباراً من يوم الاثنين 21 / 7 / 1441هـ وحتى إشعار آخر، وتستأنف كلياً أو جزئياً بقرار من رئيس المجلس. ثانياً: إعادة جدولة جميع الجلسات المؤجلة - بعد صدور قرار رئيس المجلس بالاستئناف - وتكون لها أولوية في المواعيد، ويشعر أطراف الدعاوى بالطرق المقررة. ثالثاً: مع مراعاة ما ورد في الفقرة الأولى من هذا القرار؛ تستعين الدوائر القضائية بالخدمات الإلكترونية المتاحة في ديوان المظالم في جميع إجراءات المرافعة بما في ذلك تبادل المذكرات بين أطراف الدعاوى وما تحتاجه من مستندات أو وثائق فيها، وإيداع مسودات الأحكام، وتسليم نسخها، واستقبال طلبات الاستئناف والاعتراض وغيرها مما لا يتطلب حضور الأطراف إلى المحكمة⁽¹⁵⁾.

ثانياً: أصدر خادم الحرمين الشريفين الملك سلمان بن عبد العزيز - حفظه الله - في يوم الثلاثاء، الموافق 8/14 / 1441 هـ أمراً ملكياً يقضي بتعليق تنفيذ الأحكام القضائية المتصلة بحبس المدين لقضايا الحق الخاص وتعليق تنفيذ أحكام قضايا الرؤية والزيارة. وجاء في تفصيل القرار الملكي وفقاً لما نقلته وكالة الأنباء السعودية الرسمية: "تعليق تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية النهائية المتصلة بحبس المدين في قضايا الحق الخاص، مع الإفراج المؤقت بشكل فوري عن حُبس تنفيذاً لتلك الأحكام والأوامر، وكذلك تعليق تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية النهائية المتصلة بتمكين الأولاد من زيارة أحد الوالدين المنفصلين، وذلك حتى تاريخ إعلان اللجنة المعنية باتخاذ جميع الإجراءات الاحترازية اللازمة لمنع تفشي فيروس كورونا وزوال الظروف الاستثنائية لجائحة الفيروس"⁽¹⁶⁾.

ونقل تقرير الوكالة السعودية على لسان وزير العدل، "الشكر لخادم الحرمين الشريفين الملك سلمان بن عبدالعزيز آل سعود وولي عهده الأمين صاحب السمو الملكي الأمير محمد بن سلمان بن عبدالعزيز آل سعود - حفظهما الله - على هذه الرعاية الكريمة واللفتة الحانية، لمواطني ومقيمي المملكة المشمولين بهذا الأمر الكريم، الذي يأتي في

إطار ما تبذله الدولة من جهود للحد من تفشي فيروس كورونا والحرص على سلامة الجميع في المملكة العربية السعودية، وأن الأولوية هي صحة الإنسان ، كما أكد الوزير وفقا للوكالة السعودية على أن "أوامر الحبس جرى رفعها إلكترونياً بشكل فوري وإشعار الجهة المعنية بإنفاذ ذلك، أما أحكام الرؤية والزيارة للأطفال فتم تعليقها إلكترونياً وإشعار الأطراف برسالة نصية بذلك"⁽¹⁷⁾.

ثالثاً: إطلاق وتفعيل حزمة من الخدمات الإلكترونية عبر القنوات الإلكترونية وتشمل تلك الخدمات كلا من الخدمات الإلكترونية الخاصة بمنسوبي الجهات العدلية من قضاة وكتاب عدل وموظفين والخدمات التي تقدم للمستفيدين عبر بوابة ناجز⁽¹⁸⁾. ويتم تقديم أكثر من 120 خدمة عبر تلك البوابة وكان محور الكثير من الخدمات هو خدمة التقاضي عن بعد⁽¹⁹⁾، وقد أصدرت وزارة العدل دليلاً إجرائياً لتلك الخدمة بالإضافة إلى مجموعة كبيرة من الخدمات⁽²⁰⁾، و نحو ذلك صدر في القضاء الإداري فقد نص قرار مجلس القضاء الإداري في جلسته يوم الأحد 20 / 7 / 1441هـ قراره رقم (1441/14) الأنف الذكر على استعانة الدوائر القضائية بالخدمات الإلكترونية المتاحة في ديوان المظالم في جميع إجراءات المرافعة بما في ذلك تبادل المذكرات بين أطراف الدعاوى وما تحتاجه من مستندات أو وثائق فيها، وإيداع مسودات الأحكام، وتسليم نسخها، واستقبال طلبات الاستئناف والاعتراض وغيرها مما لا يتطلب حضور الأطراف إلى المحكمة⁽²¹⁾.

المطلب الثاني: الموقف الشرعي من الإجراءات الاحترازية عموماً للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19).

عند بدء انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19) اتخذت دول العالم عدداً كبيراً من الإجراءات والتدابير في شتى مجالات الحياة للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19)، وكان لتلك الإجراءات أثر كبير على حياة الناس ومعاشهم. وهذا ما دفع الكثير من الهيئات العلمية والمجامع الفقهية في شتى بقاع العالم لإصدار جملة من الفتاوى الشرعية لتجلية الحكم الشرعي لهذه الواقعة والإجراءات الاحترازية

المرتبة عليها (22)، كما أن هناك جملة كبيرة من العلماء والجهات البحثية التي تناولت تلك الجائحة بالبحث والدراسة (23).

وقد تعرضت تلك الهيئات والجهات العلمية لتلك الإجراءات من حيث الجملة، وأقرت - من حيث الجملة - تلك الهيئات والجهات العلمية الإجراءات التي قامت بها الدول كالمملكة العربية السعودية.

كما عرجت بعض الهيئات العلمية بالتفصيل على بعض الإجراءات المتعلقة بالعبادات مثل: الرخصة في عدم شهود صلاة الجمعة والجماعة في حال انتشار الوباء أو الخوف من انتشاره، وتعليق العمرة والزيارة، وسأكتفي بنقل نموذجين من نماذج قرارات تلك الهيئات العلمية على النحو التالي:

أولاً: مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي.

أصدر مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي توصيات الندوة الطبية الفقهية الثانية لهذا ال عام 1441هـ، والتي عقدت عبر تقنية مؤتمرات الفيديو يوم الخميس 23 / 8 / 1441هـ الموافق 16 ابريل 2020م تحت عنوان "فيروس كورونا المستجد (covid-19) وما يتعلق به من معالجات طبية وأحكام شرعية". وجاء في تلك الندوة العديد من التوصيات المهمة وسأنقل هنا جملة من تلك التوصيات مما له صلة بموضوعنا:

" 2- ومن المعلوم أن الشريعة الإسلامية وأحكامها تمتاز بصفات عديدة من أهمها: رفع الحرج والسماحة والتيسير ودفع المشقة وقلة التكاليف، وإذا وجد ما يصعب فعله ووصل الأمر إلى درجة الضرورة، فقد شرع الله تعالى رخصاً تبيح للمكلفين ما حرم عليهم، وتسقط عنهم ما وجب عليهم فعله حتى تزول الضرورة، وذلك رحمة من الله بعباده وتفضلاً وكرماً، ففي الفقه الإسلامي قواعد فقهية مهمة حاکمة لأوقات الأزمات، من أهمها: قاعدة رفع الحرج والسماحة، وقاعدة المشقة تجلب التيسير، وإذا ضاق الأمر اتسع، وقاعدة الأخذ بالرخص أولى من العزيمة حفظاً للنفوس، وقاعدة لا ضرر ولا ضرار، وقاعدة التصرف على الرعية منوط بالمصلحة، وقاعدة للإمام تقييد المباح في حدود اختصاصه مراعاة للمصلحة العامة.

3. لذلك كان هنالك ضرورة لحماية النفس وصحة الإنسان فيجب على المسلمين أن يحافظوا على أنفسهم بقدر المستطاع من الأمراض، وقد أوجبت الشريعة الإسلامية إنقاذ الأرواح والأنفس من الهلاك، وجعلت إنقاذ النفس حقاً لكل فرد، بالوقاية من الأمراض والأسقام قبل حدوثها وبالتداوي بعد حدوثها، وقد قال ﷺ: (عباد الله! تداووا، فإن الله تعالى لم يضع داءً إلا وضع له الدواء إلا داءً واحداً الهرم)، [في روايات متقاربة عند البخاري ومسلم وأحمد وأبي داود والترمذي والنسائي والبيهقي]، إذ إن الحفاظ على النفس البشرية من مقاصد الشريعة الأساسية والتي تشمل بالإضافة إلى حفظ النفس: حفظ الدين، وحفظ العقل، وحفظ النسل، وحفظ المال، قال سبحانه وتعالى: **أَمْ مِى نَجْ نَخْ نَمْ نِ نِي هَجْ هَمْ هِي هِي يَحْ يَخْ يَمْ يِي دُر** ⁽²⁴⁾، كما يحق لجهات الاختصاص إلزام الناس بعلاجات معينة، ويحق لها القيام بإسعافات وتدخلات طبية خاصة بال جائحة، ذلك أن "مما تقتضيه عقيدة المسلم أن المرض والشفاء بيد الله عز وجل، وأن التداوي والعلاج أخذ بالأسباب التي أودعها الله تعالى في الكون وأنه لا يجوز اليأس من روح الله أو القنوط من رحمته، بل ينبغي بقاء الأمل في الشفاء بإذن الله". انظر: قرار المجمع رقم: 67 (7/5) بشأن العلاج الطبي، في دورته السابعة التي عقدت في مدينة جدة بالمملكة العربية السعودية، لذلك يرفض الإسلام ما يسمى بمناعة القطيع أو الجمهور، والذي يدعو لترك انتشار المرض أولاً والذي سيهلك به الذين يستحقون الهلاك من كبار سن ومن الذين تعددت أمراضهم، لأن في ذلك نقاعس عن المعالجة المطلوبة شرعاً.

4. يجوز للدول والحكومات فرض التقييدات على الحرية الفردية بما يحقق المصلحة سواء من حيث منع الدخول إلى المدن والخروج منها، وحظر التجول أو الحجر على أحياء محددة، أو المنع من السفر، أو المنع من التعامل بالنقود الورقية والمعدنية وفرض الإجراءات اللازمة للتعامل بها، وتعليق الأعمال والدراسة وإغلاق الأسواق، كما إنه يجب الالتزام بقرارات الدول والحكومات بما يسمى بالتباعد الاجتماعي ونحو ذلك مما من شأنه المساعدة على تطويق الفيروس ومنع انتشاره لأن تصرفات الإمام

منوطة بالمصلحة، عملاً بالقاعدة الشرعية التي تنص على أن (تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة).⁽²⁵⁾

وأيضاً مما ورد في التوصيات ما يأتي:

" 7. يؤكد الأطباء والمختصون أن التجمعات تؤدي إلى الإصابة بفيروس كورونا ولذلك لا بد من الأخذ بالأسباب، والابتعاد عن التجمعات بجميع أشكالها وصورها، قال تعالى: أَلَمْ يَأْمُرْ لِي مَا مِم نر⁽²⁶⁾، ويشمل ذلك جواز إغلاق المساجد لصلاة الجمعة والجماعة وصلاة التراويح، وصلاة العيد، وتعليق أداء المسلمين للحج والعمرة، وتعليق الأعمال، وإيقاف وسائل النقل المختلفة، ومنع التجوال، وإغلاق المدارس والجامعات والأخذ بمبدأ التعليم عن بُعد وأماكن التجمع الأخرى، وغيرها من صور الإغلاق."⁽²⁷⁾

" 22. يجوز عقد النكاح عبر وسائل الاتصال المتعددة عند الحاجة ما دام يحتوي على الأركان والشروط اللازمة، وذلك بمعرفة السلطات المعنية، ويجب أن تقتصر حفلات الأعراس على الأقربين من أهل العروسين، وبأقل عدد ممكن مع مراعاة الأحكام والتوجيهات الطبية"⁽²⁸⁾.

ثانياً: هيئة كبار العلماء السعودية.

عرض على هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية العديد من المواضيع ذات الصلة بجائحة كورونا ومن ذلك موضوع الرخصة في عدم شهود صلاة الجمعة والجماعة في حال انتشار الوباء أو الخوف من انتشاره وأصدرت الهيئة قرارها رقم (246) في 16 / 7 / 1441هـ، وفيما يلي نصه: -

" الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فقد نظرت هيئة كبار العلماء في دورتها الاستثنائية الرابعة والعشرين المنعقدة بمدينة الرياض يوم الأربعاء الموافق 16 / 7 / 1441هـ فيما عرض عليها بخصوص الرخصة في عدم شهود صلاة الجمعة والجماعة في حال انتشار الوباء أو الخوف من انتشاره، وباستقراء نصوص الشريعة الإسلامية ومقاصدها وقواعدها وكلام أهل العلم في هذه المسألة فإن هيئة كبار العلماء تبين الآتي:

أولاً: يحرم على المصاب شهود الجمعة والجماعة لقوله صلى الله عليه وسلم (لا يورد ممرض على مصح) متفق عليه، ولقوله عليه الصلاة والسلام: (إذا سمعت الطاعون بأرض فلا تدخلوها وإذا وقع بأرض وأنتم فيها فلا تخرجوا منها) متفق عليه.

ثانياً: من قررت عليه جهة الاختصاص إجراءات العزل فإن الواجب عليه الالتزام بذلك، وترك شهود صلاة الجماعة والجمعة ويصلي الصلوات في بيته أو موطن عزله، لما رواه الشريد بن سويد الثقفي رضي الله عنه قال: (كان في وفد تقيف رجل مجذوم فأرسل إليه النبي ﷺ إنا قد بايعناك فارجع) أخرجه مسلم.

ثالثاً: من خشي أن يتضرر أو يضر غيره فيرخص له في عدم شهود الجمعة والجماعة لقوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار) رواه ابن ماجه. وفي كل ما ذكر إذا لم يشهد الجمعة فإنه يصلها ظهراً أربع ركعات.

هذا وتوصي هيئة كبار العلماء الجميع بالتقيد بالتعليمات والتوجيهات والتنظيمات التي تصدرها جهة الاختصاص، كما توصي الجميع بتقوى الله عز وجل واللجوء إليه سبحانه بالدعاء والتضرع بين يديه في أن يرفع هذا البلاء قال الله تعالى: تَأْتِي السُّحُبُ بِمُغِيثٍ يُمِيطُ الْيَقِيمَ يَبِيذُ (29)، وقال سبحانه: أَأَنْخَنُ فِي نَارٍ جَهَنَّمَ (30) وصلى الله وسلم على نبيينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين" (31).

كما أصدرت هيئة كبار العلماء قرارها رقم (247) في 22 / 7 / 1441 هـ فتوى عامة فيما يتعلق بجائحة كورونا وسرعة انتشارها وكثرة الوفيات بها وفيما يلي نصه: " الحمد لله رب العالمين. والصلاة والسلام على نبيينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين. أما بعد:

فقد اطلعت هيئة كبار العلماء في دورتها الاستثنائية الخامسة والعشرين المنعقدة بمدينة الرياض يوم الثلاثاء بتاريخ 22 / 7 / 1441 هـ على ما يتعلق بجائحة كورونا وسرعة انتشارها وكثرة الوفيات بها واطلعت على التقارير الطبية الموثقة المتعلقة بهذه الجائحة المشمولة بإيضاح معالي وزير الصحة لدى حضوره في هذه الجلسة التي أكدت على خطورتها المتمثلة في سرعة انتقال عدواها بين الناس بما يهدد أرواحهم

وما بينه معاليه من أنه ما لم تكن هناك تدابير احترازية شاملة دون استثناء فإن الخطورة ستكون متضاعفة مبيناً أن التجمعات تعتبر السبب الرئيس في انتقال العدوى. وقد استعرضت هيئة كبار العلماء النصوص الشرعية الدالة على وجوب حفظ النفس من ذلك قول الله عز وجل: **أَأَين بي بي نبذ⁽³²⁾** ، وقوله سبحانه: **أُ مبي بر بنيم بن بي ترتر⁽³³⁾**. وهاتان الآيتان تدلان على وجوب تجنب الأسباب المفضية إلى هلاك النفس، وقد دلت الأحاديث النبوية على وجوب الاحتراز في حال انتشار الوباء كقوله ﷺ: **(لا يُورد ممرض على مصح)** متفق عليه. وقوله ﷺ: **(فر من المجذوم كما تفر من الأسد)** أخرجه البخاري. وقوله ﷺ: **(إذا سمعت الطاعون بأرض فلا تدخلوها وإذا وقع بأرض وأنتم فيها فلا تخرجوا منها)** متفق عليه. وقد تقرر في قواعد الشريعة الغراء أنه: **(لا ضرر ولا ضرار)**. ومن القواعد المنفرعة عنها: **(أن الضرر يدفع قدر الإمكان)**.

وبناء على ما تقدم فإنه يسوغ شرعاً إيقاف صلاة الجمعة والجماعة لجميع الفروض في المساجد والاكتفاء برفع الأذان، ويستثنى من ذلك الحرمان الشريفان، وتكون أبواب المساجد مغلقة مؤقتاً، وعندئذ فإن شعيرة الأذان ترفع في المساجد، ويقال في الأذان: صلوا في بيوتكم؛ لحديث بن عباس أنه قال لمؤذنه ذلك ورفعته إلى رسول الله ﷺ، والحديث أخرجه البخاري ومسلم. وتصلى الجمعة ظهراً أربع ركعات في البيوت. ومن فضل الله تعالى أن من منعه العذر عن صلاة الجمعة والجماعة في المسجد فإن أجره تام لعموم قوله ﷺ: **(إذا مرض العبد أو سافر كتب له مثل ما كان يعمل مقيماً صحيحاً)** أخرجه البخاري.

هذا وتوصي هيئة كبار العلماء الجميع بالنقيد التام بما تصدره الجهات المختصة من الإجراءات الوقائية والاحترازية والتعاون معها في ذلك امتثالاً لقوله تعالى: **أُ عَج غم فج فحفخ فم قح قم كج كحكخ⁽³⁴⁾**، والنقيد بهذه الإجراءات من التعاون على البر والتقوى، كما أنه من الأخذ بالأسباب التي أمرنا الشرع الحنيف بامتنالها بعد التوكل على الله سبحانه وتعالى.

كما نوصي الجميع بتقوى الله عز وجل والإلحاح في الدعاء وكثرة الاستغفار، قال الله تعالى: **أَفْذِهِمْ قَدْحًا كَمِزْ أُولَئِكَ ذَرْبًا تَتَذَكَّرُ بِهِ نَبَايَا أَتَقْنَعُونَ** (35)، والقوة هنا تشمل: سعة الرزق، وبسط الأمن، وشمول العافية.

نسأل الله تعالى أن يرفع هذا الوباء عن عباده، وأن يجزي خادم الحرمين الشريفين وسمو ولي عهده الأمين وحكومتنا الرشيدة خيراً لما يبذلونه من جهود مشكورة، وتدابير وإجراءات ساهمت - بفضل الله عز وجل - في الحد من تأثير هذا الوباء المنتشر عبر العالم.

كما نسأله سبحانه أن يحفظ الجميع بحفظه : اَأَنْحِ نَحْنُ نَمْنِي هَجْ هَمْ⁽³⁶⁾.
وصلّى الله وسلّم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين " (37).

"كما وصف سماحة مفتي عام المملكة رئيس هيئة كبار العلماء الرئيس العام للبحوث العلمية والإفتاء الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن محمد آل الشيخ الإجراءات والاحترازاات والتدابير الوقائية المتخذة من لدن حكومة خادم الحرمين الشريفين الملك سلمان بن عبدالعزيز آل سعود - حفظه الله- بأنها تهدف إلى منع انتشار هذا الوباء والحد من تفشيه بإذن الله تعالى، مطالباً سماحتة الجميع من مواطنين ومقيمين التعاون مع الجهات المختصة الأمنية والصحية وغيرها من الجهات التي قامت بجهود مباركة في تطبيق الإجراءات الاحترازية لما فيه سلامة الجميع ، وأشار سماحة المفتي إلى جهود المملكة لمواجهة وباء مرض كورونا ، من خلال تسخير جميع طاقاتها من الصحية والأمنية في مجابهة هذا الوباء لدفعه بإذن الله تعالى عن العباد والبلاد، وسأل سماحتة الله تعالى في ختام كلمته أن يحفظ قيادة هذه البلاد المباركة وعلى رأسها خادم الحرمين الشريفين الملك سلمان بن عبدالعزيز آل سعود ، وسمو ولي عهده الأمين وأن يوفقهما لكل خير ، ويسدد خطاهما على الحق ، ويبارك في جهودهما، وأن يجعل هذه البلاد آمنة مطمئنة مستقرة ، إنه ولي ذلك والقادر عليه صلى الله وسلم على نبينا محمد" (38).

وبعد البحث والتحري لم أقف على من تعرض لدراسة الإجراءات التي اتخذتها الدول عموماً وبلادنا الغالية - المملكة العربية السعودية - خصوصاً في مؤسساتها القضائية

بالبحث والتحليل ولعل هذا البحث يغطي جانباً من ذلك الأمر والله المستعان وعليه التكلان (39).

المبحث الثاني: تأجيل جلسات جميع القضايا المنظورة لدى جميع المحاكم خلال فترة تعليق الحضور إلى مقرات العمل، وإطلاق خدمة التقاضي عن بعد وفيه مطلبان.
المطلب الأول: تأجيل جلسات جميع القضايا المنظورة لدى جميع المحاكم خلال فترة تعليق الحضور إلى مقرات العمل للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19).

من الإجراءات الاحترازية التي اتخذتها المؤسسات القضائية السعودية تأجيل جلسات جميع القضايا المنظورة لدى جميع المحاكم خلال فترة تعليق الحضور إلى مقرات العمل (40)، وهذا التأجيل فيما يبدو يتعارض مع مبدأ "سرعة البت في الدعوى" ولعلنا نجلي هذا الأمر من خلال أمرين:

الأمر الأول: التأصيل الشرعي لمبدأ "سرعة البت في الدعوى".
الأمر الثاني: حقيقة تعارض هذا المبدأ مع قرار تأجيل جلسات جميع القضايا المنظورة لدى جميع المحاكم خلال فترة تعليق الحضور إلى مقرات العمل. وفيما يلي بيان ذلك.
الأمر الأول: التأصيل الشرعي لمبدأ سرعة البت في الدعوى.

إن الناظر في أقضية الرسول ﷺ يجد مبادرة النبي ﷺ وسرعته في البت في القضايا التي تعرض أمامه فهذا رجلاً من الأنصار يخاصم الزبير بن العوام ﷺ عند النبي ﷺ في شراج الحرة (41) التي يسقون بها النخل فكان حكم النبي ﷺ سريعاً في ذات المجلس، فقال ﷺ للزبير: "اسق يا زبير، ثم أرسل إلى جارك" (42)، و أيضاً ما ورد أن كعباً بن مالك ﷺ تقاضى ابن أبي حردد ﷺ دينا كان له عليه في عهد رسول الله ﷺ في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله ﷺ وهو في بيته، فخرج إليهما رسول الله ﷺ حتى كشف سجف حجرته، ونادى كعب بن مالك، فقال: «يا كعب»، فقال: لبيك يا رسول الله، «فأشار إليه بيده أن ضع الشطر من دينك»، قال كعب: قد فعلت يا رسول الله، قال رسول الله ﷺ: «قم فأقضه» (43)، وقد كان الخلفاء يوصون أمرائهم وقضاةهم بضرورة الإسراع في إيصال الحقوق إلى مستحقيها كما

في كتاب عمر لمعاوية بن أبي سفيان ؓ وفيه: "وتعاهد الغريب، فإنه إن طال حبسه ترك حقه، وانطلق إلى أهله، وإنما أبطل حقه من لم يرفع به رأساً..." (44)

[illegible]

كما أن تأخير الحق عن صاحبه يترتب عليه مفساد كثيرة منها: " حرمان صاحب الحق من الانتفاع بحقه، وذلك إضرار به، ومنها: إقرار غير المستحق على الانتفاع بشيء ليس له وهو ظالم للمحق، ومنها: استمرار المنازعة بين المحق والمحقوق، وفي ذلك فساد حصول الاضطراب في الأمة. فإن كان في الحق شبهة للخصمين وليتضح المحق من المحقوق ففي الإبطاء مفسدة بقاء التردد في تعيين صاحب الحق وقد يمتد التنازع بينهما في ترويح كل شبهته، وفي كلا الحالين تحصل مفسدة تعريض الأخوة الإسلامية للوهن والانخراط، ومنها تطرق التهمة إلى الحاكم في تريثه بأنه يريد إملال المحق حتى يسأم من متابعة حقه فيتركه فينتفع المحقوق ببقائه على ظلمه فنزول حرمة القضاء من نفوس الناس، وزوال حرمة من النفوس مفسدة عظيمة " (47).

قال في المغني: "إذا اتصلت به - أي القاضي - الحادثة واستتارت الحجة لأحد الخصمين حكم"⁽⁴⁸⁾.

وقد نص المنظم السعودي على سرعة البت في الدعاوى في نظام المرافعات في المادة 159: "متى تمت المرافعة في الدعوى قضت المحكمة فيها فوراً، أو أجلت إصدار الحكم إلى جلسة أخرى تحددها مع إيفهام الخصوم بقبل باب المرافعة وموعد النطق بالحكم"، كما وردت العديد من التعاميم الوزارية حول ضرورة سرعة البت في الدعاوى وعدم تأخيرها (49).

الأمر الثاني: مدى تعارض مبدأ سرعة البت في الدعوى مع قرار تأجيل جلسات جميع القضايا المنظورة لدى جميع المحاكم خلال فترة تعليق الحضور إلى مقرات

العمل.

إن قرار تأجيل جلسات القضايا المنظورة لدى المحاكم لا يتعارض مع مبدأ سرعة البت في الدعاوى الذي هو أحد المبادئ المقررة في النظام القضائي الإسلامي، فهذا المبدأ من الأمور التي يجب على القاضي مراعاتها ، و من المعلوم أن الواجب في الشريعة الإسلامية معلق بالاستطاعة كما هو مقرر عند علماء أصول الفقه⁽⁵⁰⁾ ، و قد دل على ذلك قول الله تعالى: **أَأُتَى نَجْدٌ نَجْدٌ ثُمَّ** ⁽⁵¹⁾ ، وقول الرسول ﷺ: **"إِذَا نَهَيْتُمْ عَنْ شَيْءٍ فَاجْتَنِبُوهُ، وَإِذَا أَمَرْتُمْ بِأَمْرٍ فَأَتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ"** ⁽⁵²⁾ ، و كما ورد في حديث عمران بن الحصين ﷺ قال: كانت بي بواسير، فسألت النبي ﷺ عن الصلاة، فقال: **"صل قائماً، فإن لم تستطع فقاعداً، فإن لم تستطع فعلى جنب"** ⁽⁵³⁾.

هذا هو المتقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أن الأمر منوط بالاستطاعة ، و لاشك أن عدم الاستطاعة لفعل هذا الواجب مع وجود هذا الوباء من الأمور الغالبة على الظن فانعقاد جلسات التقاضي مظنة لانتقال العدوى إلى الحضور بحضورهم تلك الجلسات كما أفاد بذلك أهل الخبرة ، **"و إيقاع السبب ينزل منزلة إيقاع المسبب قصد ذلك المسبب أو لا ؛ لأنه لما جعل مسبب عنه في مجرى العادات عد كأنه فاعل له مباشرة"** ⁽⁵⁴⁾ ، و الأخذ بالأسباب - مع اعتقاد كونها سببا وأن تأثيرها متعلق بإرادة الله تعالى - في تحصيل المنافع و دفع المضار مأمور به شرعا، فقد قال النبي ﷺ للأعرابي: **"اعقلها وتوكل"** ⁽⁵⁵⁾ ، و قال النبي ﷺ أيضا: **"لا يورد ممرض على مصح"** ⁽⁵⁶⁾ ، و قال ﷺ أيضا : **" إذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فرارا منه"** ⁽⁵⁷⁾. كما أن في منع انعقاد الجلسات حفظ للنفس وحماية لها من هذا الوباء قال تعالى: **أَأَيْنِ يِي يِي نَجْدٌ ثُمَّ** ⁽⁵⁸⁾ ، و كما هو معلوم أن حفظ النفس من مقاصد الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: إطلاق خدمة التقاضي عن بعد⁽⁵⁹⁾ للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19).

أطلقت وزارة العدل⁽⁶⁰⁾، والمجلس الأعلى للقضاء⁽⁶¹⁾، وديوان المظالم⁽⁶²⁾ جملة كبيرة جدا من الخدمات الإلكترونية تحقيقا لرؤية المملكة 2030م، وقد كان لوقوع هذه الجائحة أثر في تسريع الكثير من تلك الخدمات الإلكترونية.

وكان من بين تلك الإجراءات والخدمات الإلكترونية التي أطلقتها الوزارة خلال جائحة كورونا خدمة التقاضي الإلكتروني والتي يجري فيها نوعين من أنواع التقاضي هما:

1- "الترافع الكتابي عبر التقاضي الإلكتروني" الذي يمكن الدائرة القضائية وأطراف الدعوى من الترافع الكتابي، وتبادل المذكرات، وإيداعها، بالإضافة إلى توجيه الأسئلة من الدائرة والإجابة عنها كتابياً من قبل الأطراف وإرفاق مستنداتهم. ويستمر الطرفان على ذلك حتى قفل باب المرافعة، ومن ثم إصدار القاضي حكمه وتبليغ محضره لأطراف الدعوى وتبليغ الحكم لهم⁽⁶³⁾.

2- "الترافع المرئي" الذي يمكن الدائرة القضائية من عقد جلسة مرئية بالصوت والصورة يحضرها الأطراف عبر وسائل الاتصال المعتمدة من الوزارة، ويتم فيها مناقشة الأطراف، واستكمال إجراءات التقاضي والنطق بالأحكام.

ولابد لكي تطبق إجراءات التقاضي عن بعد أن تتوفر المحكمة الإلكترونية⁽⁶⁴⁾، والعديد من التجهيزات اللازمة لها والمستلزمات التابعة لها.

إن تطبيق التقاضي عن بعد له العديد من الخصائص والمزايا الحسنة، كما أن تطبيقه يواجه الكثير من الصعوبات التقنية والإدارية والتنظيمية، والمأمول - إن شاء الله - اختفاء تلك الصعوبات واضمحلالها مع مرور الزمن والاستفادة من تلك الآثار الحسنة والفوائد الجليّة من تطبيق التقاضي عن بعد.

ولعلنا في هذا المبحث أن نساهم في حل الإشكالات المتعلقة بمشروعية هذا النوع من أنواع التقاضي إذ يعد مبحث المشروعية لهذا النوع من التقاضي من أهم الصعوبات التي تواجه السلطة القضائية. فالتقاضي عن بعد يحتاج لمستند شرعي ونظامي يستمد القضاة سلطتهم بموجبه ليكون لهم الحق في نظر الدعاوى وإصدار الأحكام بناء على

إجراءات التقاضي عن بعد وبالتالي تكون تلك الأحكام حجة مكنسبة للقطعية واللزوم. وسنبحث هذا الأمر من خلال أمرين هما:

الأمر الأول: مشروعية هذا النوع من التقاضي في الشريعة الإسلامية.

الأمر الثاني: الجانب التنظيمي في المملكة العربية السعودية المتعلق بهذا الإجراء.

الأمر الأول: مشروعية هذا النوع من التقاضي في الشريعة الإسلامية.

من المعلوم أن هذا النوع من التقاضي حديث النشأة فقد نشأ في بداية هذه الألفية الميلادية (65)، وقد أدى حدوث هذا النوع من التقاضي إلى جدل عند علماء الشريعة والقانون في مدى مشروعية هذا النوع من التقاضي، ويمكن حصر الاتجاهات في مدى حجية ومشروعية هذا النوع من التقاضي في اتجاهين:

الاتجاه الأول: الاتجاه المؤيد لهذا النوع من التقاضي وقد ركز هذا الاتجاه على محاسن هذه التقنية من السرعة وتوفير الوقت والجهد على القضاة، وتحسين بيئة العمل للجهاز الإداري القضائي (66). كما ذهب إلى هذا الاتجاه بعض الفقهاء المعاصرين وعلوه بما يلي:

أولاً: ما ورد في كتاب النبي ﷺ في قصة عبد الله بن سهل ومحبيصة لما خرجا إلى خير: «إما أن يدوا صاحبكم، وإما أن يؤذنوا بحرب»، فكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم إليهم به، فكتب ما قتلناه (67) فالنبي ﷺ كتب لليهود في دعوى القتل وكتبوا إليه بنفي ذلك فدل على مشروعية كتابة الحاكم إلى الخصوم وكتابتهم إليه في الدعوى والإجابة (68).

ثانياً: لا يوجد ما يمنع من تحقيق الصفات التي ذكرها الفقهاء في مجلس القضاء (69) ثالثاً: التقاضي بهذه الطرق له حكم الوسائل قال ابن القيم رحمه الله في بحثه لمسألة حكم الوسائل والذرائع " الرابع: وسيلة موضوعة للمباح، وقد تقضي إلى المفسدة ومصلحتها أرجح من مفسدتها... فالشريعة جاءت بإباحة هذا القسم أو استحبابه، أو إيجابه بحسب درجاته في المصلحة" (70).

رابعاً: هذه من الأمور الشكلية في كيفية وطريقة رفع الدعاوى لم يرد في الشرع تقييدها بطريقة معينة والناظر في أقضية الرسول ﷺ يجدها قد خلت من كل تلك

الإجراءات الشكلية للدعوى ورفعها وإجراءات التقاضي وكان الفقهاء يذكرون ما عليه الإجراءات في زمانهم (71) ما يؤكد أنه ليس في كيفية رفع الدعوى أما م القضاء سنة يجب اتباعها، بل المسألة اجتهادية، خاضعة لما يراه ولي الأمر أو القاضي بحسب الأحوال والأزمنة والأمكنة.

الاتجاه الثاني: الاتجاه المعارض لهذا النوع من التقاضي وقد ركز هذا الاتجاه على مساوئ هذه التقنية كإلغاء روح القضاء، والتفريط بأسس وضمانات المحاكمة العادلة كمبدأ المواجهة العلنية والشفوية، والتعدي على خصوصية مرفق العدالة في ظل الاختراقات المعلوماتية، والمساس بإجراءات تبليغ الأوراق القضائية (72).

وقد استدلل له (73) بحديث علي عليه السلام قال: "بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضيا، فقلت: يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن، ولا علم لي بالقضاء، فقال: «إن الله سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء»، قال: «فما زلت قاضيا، أو ما شككت في قضاء بعد» (74). فظاهر قوله: "فإذا جلس بين يديك الخصمان" أنه لابد من الحضور شخصيا أمام القاضي.

وجوابه: أن التحاكم عن بعد يتحقق به الحضور الحكمي للطرفين لدى القاضي وتتم فيه جميع الحقوق المقررة في الادعاء والدفاع والمواجهة بين الخصمين فلا فرق بين الحضور شخصيا أو عن بعد (75).

وعلى القول بجواز هذا النوع من التقاضي ينبغي مراعاة الأمور التالية:

- 1- ضرورة تحقق القاضي من هوية الطرفين وصفاتهم في الدعوى.
- 2- التحقق من وصول الكتابة للقاضي ومنه للخصوم وكذا سائر الإجراءات مع أمن التزوير.
- 3- إمكانية التوقيع من قبل الخصوم على محاضر القضية.
- 4- إذن الجهة القضائية المختصة.
- 5- أن تتم المرافعة طبقا للأحكام والقواعد والإجراءات المقررة نظاما.

6- ضبط الإجراءات الفنية التي تمنع من الاختراق والتزوير وتمكن من المرافعة عن بعد على وجه الضبط والإتقان.

7- استيفاء الأطراف للحقوق المقررة لهم شرعا في أثناء سير القضية من إدلاء كل واحد بحجته والعدل بينهم (76).

و يمكن أن يضاف إلى ما سبق ضرورة التحقق من البيانات و طرائق الحكم و خصوصا الشهادة (77) كما ينبغي التنبيه إلى أن من حق القاضي على كل حال إذا رأى أن طبيعة الدعوى أو بعض جلساتها كجلسة أداء اليمين أو سماع الشهود الحضور لدى القاضي تقتضي حضور أطراف الدعوى أو الشهود فله طلب ذلك (78) ، فمنزلة القضاء و قدره عظيم فالقضاء يرفع به التهاجر ، و ترد النوائب ، و تقطع الخصومات ويؤمر بالمعروف وينهي عن المنكر، وهو ركن من أركان الشريعة بل هو أسها، ورئيس العلوم الإسلامية بل هو رأسها، القائمون من البشر بحقه هم رسل الله و هو في هذه الملة رسول الله ، ومن بعده الخلفاء الراشدون ثم، صار يختار لهذا المنصب من القضاة الأئمة المهتدون ؛ إذ عليهم مدار الأحكام ، وإليهم النظر في جميع وجوه القضاء ، من القليل والكثير بلا تحديد (79).

الأمر الثاني: الجانب التنظيمي في المملكة العربية السعودية المتعلق بهذا الإجراء. ما سبق ذكرها من جواز التقاضي عن بعد اشترط له العلماء مجموعة من الشروط كضرورة التحقق القاضي من هوية الطرفين وصفاتهم في الدعوى، والتحقق من وصول الكتابة للقاضي ومنه للخصوم وكذا سائر الإجراءات مع أمن التزوير، و التحقق من إمكانية التوقيع من قبل الخصوم على محاضر القضية، وإذن الجهة القضائية المختصة، وأن تتم المرافعة طبقا للقواعد والإجراءات المقررة نظاما، وضبط الإجراءات الفنية التي تمنع من الاختراق والتزوير وتمكن من المرافعة عن بعد على وجه الضبط والإتقان ، و استيفاء الأطراف للحقوق المقررة لهم شرعا في أثناء سير القضية من إدلاء كل واحد بحجته لابد من تحقيقها ، و قد سعت الدولة في تحقيق ذلك لإيجاد مجموعة من الأنظمة و الأدلة الإرشادية التي تساعد في تحقيق ذلك بالإضافة إلى الدعم الفني من قبل المختصين في علوم الحاسب الآلي والأمن السيبراني.

من أجل ذلك كله صدرت في المملكة العربية السعودية مجموعة من الأنظمة واللوائح والأدلة التي تنظم التعاملات الإلكترونية والتي تساعد في استيفاء الشروط التي ذكرها العلماء لجواز التقاضي عن بعد ومن ذلك:

1- نظام التعاملات الإلكتروني السعودي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/18 في 1428/3/8هـ وقرار مجلس الوزراء المرقم 80 في 1428/3/7هـ. كما صدرت اللائحة التنفيذية للنظام في ربيع الأول 1429 هـ وقد اشتملت على الكثير من الضوابط فيما يتعلق بالتعاملات الإلكترونية والسجلات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني والتصديق الرقمي.

2- دليل (التقاضي الإلكتروني) الصادر عن وزارة العدل (80).

3- الدليل الإرشادي لاستخدام خدمة الجلسات القضائية الإلكترونية في استراتيجية ديوان المظالم 2020م (81).

المبحث الثالث: تعليق تنفيذ الأحكام القضائية في الرؤية والزيارة، تعليق تنفيذ عقوبة حبس المدين في قضايا الحق الخاص مع الإفراج المؤقت بشكل فوري عمن حُبس تنفيذاً لتلك الأحكام والأوامر للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19). وفيه مطلبان.

المطلب الأول: تعليق تنفيذ (82) الأحكام القضائية في الرؤية والزيارة للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19).

سبق وأن أشرت في حصر الإجراءات القضائية للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19) إلى ما أصدره خادم الحرمين الشريفين الملك سلمان بن عبد العزيز -حفظه الله - في يوم الثلاثاء، الموافق 1441 / 8/14 هـ من أمر ملكي يقضي بتعليق تنفيذ الأحكام القضائية المتصلة بحبس المدين لقضايا الحق الخاص وتعليق تنفيذ أحكام قضايا الرؤية والزيارة. وجاء تفصيل القرار الملكي وفقاً لما نقلته وكالة الأنباء السعودية الرسمية: "تعليق تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية النهائية المتصلة بحبس المدين في قضايا الحق الخاص، مع الإفراج المؤقت بشكل فوري عمن حُبس تنفيذاً لتلك الأحكام والأوامر، وكذلك تعليق تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية

النهائية المتصلة بتمكين الأولاد من زيارة أحد الوالدين المنفصلين، وذلك حتى تاريخ إعلان اللجنة المعنية باتخاذ جميع الإجراءات الاحترازية اللازمة لمنع تفشي فيروس كورونا وزوال الظروف الاستثنائية لجائحة الفيروس⁽⁸³⁾. ولعلنا نقف في هذا المطلب حول مدى توافق هذا الإجراء مع مبدأ لزوم تنفيذ الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية في أمرين .

الأمر الأول: لزوم الحكم القضائي.

الأمر الثاني: تعليق تنفيذ الحكم القضائي والعلاقة بينه وبين اللزوم. وفيما يلي بيان ذلك.

الأمر الأول: لزوم الحكم القضائي وتنفيذه.

إن الحكمة والغاية من وجود منصب القضاء هو فصل الخصومات، وإنهاء النزاعات، والإلزام بما حكم به القاضي، وهذا الأمر أعني الإلزام بالحكم الصادر من القاضي يتضح جليا عند النظر في تعاريف الفقهاء للقضاء والحكم القضائي⁽⁸⁴⁾.

وقد عد العلماء رحمهم الله لزوم الحكم القضائي من الآثار المترتبة على الحكم القضائي الذي حكم به القاضي، فالدعاوى المرفوعة أمام القضاء إذا لم تفصل بالحكم القضائي فذلك يعني أن تبقى تلك الخصومة أبد الدهر؛ لأن استيفاء الحقوق يكون بطرق أهمها وأشهرها وأكثرها استخداما طريق القضاء⁽⁸⁵⁾.

يقول ابن نجيم عند تعداده لأحكام القضاء: "فمنها بالنسبة إلى الحكم اللزوم فليس لأحد نقضه حيث كان مجتهدا فيه ومستوفيا شرائطه الشرعية"⁽⁸⁶⁾، ويقول الحجاوي: "وإذا حكم وقع الحكم لازما لا يجوز الرجوع فيه ولا نقضه إلا بشرطه المتقدم في باب آداب القاضي"⁽⁸⁷⁾.

ويعلل ذلك الشوكاني فيقول: "مرجع لزوم حكم الحاكم، ووجوب امتثاله، وتحريم نقضه يرجع إلى كونه مطابقا للحق، وعدم لزومه وجواز نقضه يرجع إلى كونه مخالفا للحق، ومثل هذه الموافقة والمخالفة لا تخفى على المحققين من أهل العلم المشتغلين بأدلة الكتاب والسنة ولن يخلي الرب عز وجل عباده وبلاده عن وجود من يقوم بالبيان لما في الكتاب والسنة ويرشد العباد إلى ما اشتملا عليه مما عليه مما شرعه لهم وبهذا تعرف

أن ما خالف الدليل القطعي أو خالف إجماع المسلمين من الأحكام كان أولى بالنقض وأحق بعدم وجوب الامتثال⁽⁸⁸⁾.

الأمر الثاني: تعليق تنفيذ الحكم القضائي في الرؤية والزيارة.

من مقتضيات الإلزام بالحكم القضائي أن يكون الحكم قابلاً للتنفيذ حتى تعود الحقوق إلى أصحابها أما إذا لم يقبل الحكم التنفيذ فإنه يكون بلا قيمة، ومما يدل على اشتراط أن يكون الحكم قابلاً للتنفيذ ما ورد عن عمر رضي الله عنه في كتابه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه : "إن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة، فافهم إذا أدلى إليك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له"⁽⁸⁹⁾.

هذه هي القاعدة العامة في الأحكام القضائية القطعية وجوب التنفيذ، وبتاء على ذلك ألزم المنظم السعودي في نظام التنفيذ الجميع بتنفيذ أحكام الرؤية و الزيارة في " المادة السادسة والسبعون: يحدد قاضي التنفيذ طريقة تنفيذ الحكم الصادر بزيارة الصغير ما لم ينص الحكم عليها، ويجري التنفيذ بتسليم الصغير في مكان مهياً ومناسب لهذا النوع من التنفيذ، وتحدد وزارة العدل تلك الأماكن في اللائحة، على ألا يكون في مراكز الشرط ونحوها".و أيضاً رتب على عدم تنفيذ ذلك الحكم القضائي عقوبة السجن كما ورد فيه في : " المادة الثانية والتسعون: يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر كل من امتنع من الوالدين - أو غيرهما - عن تنفيذ حكم صادر بالحضانة، أو الولاية، أو الزيارة ، أو قام بمقاومة التنفيذ، أو تعطيله"⁽⁹⁰⁾.

فالحكم القضائي بمجرد صدوره يلزم تنفيذه كما ذكرنا سابقاً، ولكن العلماء قيدوا هذا التنفيذ بإمكانيته وعدم استحالة في قاعدة مهمة وهي أن: "القضاء متى أمكن تنفيذه ينفذ"⁽⁹¹⁾، فما سبق بيانه من وجوب تنفيذ الحكم القضائي هو الأصل إلا أن العلماء ذكروا جملة من الأمور التي تمنع تنفيذ الحكم القضائي ومنها استحالة تنفيذ الحكم القضائي⁽⁹²⁾. وحتى تتحقق استحالة التنفيذ التي تمنع الالتزام يجب أن يتوفر في استحالة التنفيذ شرطان هما:

1- أن تكون الاستحالة فعلية.

2- أن تعود استحالة التنفيذ لأمر أجنبي خارج عن إرادة المنفذ⁽⁹³⁾. وعند توفر هذين الشرطين يكون الحكم القضائي مستحيل التنفيذ.

و جعل هذا الأمر أعني استحالة التنفيذ للحكم القضائي مانعا من موانع تنفيذ الحكم القضائي - سواء كان دائما أو مؤقتا - هو الذي تدل عليه قواعد الشريعة الإسلامية و مقاصدها العامة فالأوامر الشرعية منوطة بالاستطاعة قال تعالى : **أُجِرْ نَحْنُ نَمُ**⁽⁹⁴⁾ ، وقال الرسول ﷺ : **"إِذَا نَهَيْتُمْ عَنْ شَيْءٍ فَاجْتَنِبُوهُ، وَإِذَا أَمَرْتُمْ بِأَمْرٍ فَأَتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ"**⁽⁹⁵⁾ ، ولاشك أن الرؤية و الزيارة يترتب عليها المخالطة بين الزائر و الطفل وقد تنتقل العدوى إلى الحاضن و هذه الأمور كما ذكر أهل الاختصاص من أسباب انتقال العدوى⁽⁹⁶⁾، و قد يترتب عليها هلاك الأنفس التي أمر الشارع الكريم بالمحافظة عليها قال تعالى: **أَأَيْنَ يَسِيئُ نَحْنُ**⁽⁹⁷⁾ ، فعندئذ يكون تنفيذ هذا الحكم غير ممكن في ظل هذه الظروف ، و بناء عليه قام ولي الأمر - حفظه الله - بتعليق أحكام الرؤية و الزيارة في هذه الظروف الاستثنائية.

المطلب الثاني: تعليق تنفيذ عقوبة حبس المدين في قضايا الحق الخاص مع الإفراج المؤقت بشكل فوري عن حبس تنفيذاً لتلك الأحكام والأوامر للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19)⁽⁹⁸⁾.

سبق وأن أشرت في حصر الإجراءات القضائية للحد من انتشار فيروس كورونا الجديد (covid-19) إلى ما أصدر خادم الحرمين الشريفين الملك سلمان بن عبد العزيز -حفظه الله - في يوم الثلاثاء، الموافق 8/14 / 1441 هـ من أمر ملكي يقضي بتعليق تنفيذ الأحكام القضائية المتصلة بحبس المدين لقضايا الحق الخاص. وجاء في تفصيل القرار الملكي وفقا لما نقلته وكالة الأنباء السعودية الرسمية: "تعليق تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية النهائية المتصلة بحبس المدين في قضايا الحق الخاص، مع الإفراج المؤقت بشكل فوري عن حبس تنفيذاً لتلك الأحكام والأوامر"⁽⁹⁹⁾.

ولعلنا نقف في هذا المطلب حول مدى توافق هذا الإجراء مع مبدأ لزوم تنفيذ الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية⁽¹⁰⁰⁾ فأقول مستعينا بالله:

عقوبة حبس المدين في قضايا الحق الخاص من العقوبات التعزيرية، ولا شك أن تلك العقوبات أعني العقوبات التعزيرية (101) يكون لولي الأمر سلطات واسعة فيها بعكس العقوبات الحدية والقصاص.

و من المعلوم أن العقوبات التعزيرية منها ما يجب لحق العبد كما في حبس المدين، و منها ما يجب لحق الله كمن قبل امرأة أجنبية عنه (102). فالعقوبات التعزيرية لحق الله يجوز لولي الأمر إسقاطها للمصلحة عند جمهور العلماء (103) لقول النبي ﷺ : " أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود" (104) بخلاف العقوبات لحق آدمي إذا كان الآدمي مطالباً به ؛ لأن هذه العقوبات والحال هذه تكون من حقوق العباد، وحقوق العباد ليس للحاكم إسقاطه، بل الذي يملك ذلك هو صاحبها . قال الماوردي : "ولو تعلق بالتعزير حقّ لآدمي، كالتعزير بالشتم والمواثبة ففيه حق للمشتوم والمضروب، وحق السلطان التقويم والتهذيب، وهنا لا يجوز لولي الأمر أن يسقط بعفوه حقاً للمشتوم والمضروب، وعليه أن يستوفي حقه من تعزير الشاتم والضارب" (105). هذا فيما يتعلق بحكم إسقاط العقوبة التعزيرية من حيث العموم .

أما ما يتعلق بإيقاف العقوبة التعزيرية بصفة مؤقتة فهو أولى بالجواز من إيقاف العقوبة التعزيرية؛ لأن الإيقاف لا يعني الإسقاط، بل يعني أنه هناك بعض الموانع التي تمنع من إقامة العقوبة التعزيرية، فالتعزير في الشريعة الإسلامية تقدير المصلحة فيه مفوض إلى الإمام أو من ينوب عنه (106).

يقول ابن تيمية رحمه الله: "أن العقوبات التعزيرية تكون بقدر ما يراه الوالي، على حسب كثرة ذلك الذنب في الناس أو قلته، وعلى حسب المذنب، فإذا كان من المذنبين على الفجور زيد في عقوبته بخلاف المقل، وعلى حسب كبر الذنب وصغره" (107).

هذا من حيث الأصل في تعليق العقوبة التعزيرية إن كانت لحق الله أو لحق آدمي، أما تعليق تنفيذ عقوبة حبس المدين في قضايا الحق الخاص والإفراج المؤقت بشكل فوري عن حبس تنفيذاً لتلك الأحكام والأوامر فهو بسبب الظروف استثنائية التي اجتاحت العالم أعني جائحة كورونا، فقد احتفت بهذه العقوبة ظروف استثنائية دعت ولي الأمر

إلى تعليق تلك العقوبة ، وعند النظر في قواعد الشريعة الإسلامية ومقاصدها نجد أن التعليق متوافق مع تلك القواعد والمقاصد فالأوامر الشرعية و منها الحكم القضائي بحبس المدين منوطة بالاستطاعة قال تعالى : **أَأُتْبِخُ نَحْنُ نَم** ⁽¹⁰⁸⁾ ، وقال الرسول ﷺ : **«إذا نهينكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»**⁽¹⁰⁹⁾ ، ولاشك حبس المدين يترتب عليه المخالطة بين المحبوسين ، وقد تنتقل العدوى إلى السجناء، وهذه الأمور كما ذكر أهل الاختصاص من أسباب انتقال العدوى ⁽¹¹⁰⁾، و قد يترتب عليها هلاك الأنفس التي أمر الشارع الكريم بالمحافظة عليها قال تعالى: **أَأُيْنُ بِي بِي بِي نَحْنُ نَم** ⁽¹¹¹⁾ ، و من المتقرر عند علماء الإسلام أن مصلحة و مقصد حفظ نفس المدين مقدم على مصلحة و مقصد حفظ المال الذي لأجله حبس المدين .

ويجدر التنبيه هنا إلى ما ذكره الفقهاء عليهم رحمة الله تعالى من أن تعليق العقوبة التعزيرية أو العفو عنها لا يبطل حق العبد أو يهدره ويجب على القاضي أن يستوفي حق العبد في ذلك الأمر ⁽¹¹²⁾.

التوصيات:

خلص الباحث بعد هذه الرحلة الماتعة مع هذا البحث إلى جملة من التوصيات تتلخص في النقاط التالية:

أولاً: ضرورة مراجعة الأنظمة القضائية وخصوصاً نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية ونظام التنفيذ في المملكة العربية السعودية والموائمة بينها وبين الظروف الطارئة، والتطرق إلى تلك الظروف الطارئة في النظام وطريقة تعامل الأنظمة معها.

ثانياً: المسارعة في إنشاء "مراكز تنفيذ أحكام الرؤية والزيارة والحضانة" وهي إحدى مبادرات برنامج التحول ال وطني 2020 لتحقيق رؤية المملكة 2030 ، والتأكد من استيفائها للشروط الصحية والاجتماعية المناسبة.

ثالثاً: سن ووضوح اللوائح والأنظمة القضائية المتعلقة بالتقاضي الإلكتروني، وتعديل الأنظمة واللوائح وفق ذلك بالتوسع في تنظيم وتقليص الاستثناءات وخصوصاً فيما يتعلق " بالتبليغ الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، والمعاملات الإلكترونية ".
رابعاً: التوسع في الدورات التدريبية للقضاة ومساعدتهم في طريقة التعامل مع هذه النقلة النوعية في التقاضي.

خامساً: ضرورة الوقوف على تجارب الدول الأخرى في التعامل مع الجوائح والظروف الاستثنائية والاستفادة من تلك التجارب في جانب العمل القضائي خصوصاً والحمد لله أولاً وآخر وظاهراً وباطناً
وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

ثبت المصادر والمراجع.

1. ابن الأثير، أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني (1399هـ - 1979م)، النهاية في غريب الحديث والأثر (د.ط.). بيروت: المكتبة العلمية
2. ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ) إعلام الموقعين عن رب العالمين تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1991م
3. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: 861هـ)، فتح القدير، الناشر: دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
4. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني "السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، الناشر: دار ابن حزم، 1424هـ - 2003م.
5. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ)، حاشية ابن عابدين، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: الثانية، 1412هـ - 1992م.

6. ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفى: 1393هـ)، مقاصد الشريعة الإسلامية، المحقق: محمد الحبيب ابن الخوجة، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، عام النشر: 1425 هـ - 2004 م
7. ابن فرحون، إبراهيم بن علي اليعمرى. (1406هـ - 1986م). تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام. (ط1). القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية.
8. ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيين المقدسي، (1388هـ - 1968م). المغني. (ط1). مكتبة القاهرة.
9. ابن مفلح، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الرامين ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: 763هـ)، الفروع، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي، الناشر: دار الكتب العلمية، سنة النشر 1418 هـ بيروت.
10. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم. (1387). البحر الرائق شرح كنز الدقائق. (ط2). بيروت: دار الكتاب الإسلامي.
11. أبوداود، سليمان بن الأشعث السيسناني (1993م). سنن أبي داود. (ط1). بيروت: المكتبة العصرية.
12. احمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية، دار الكتب المصري، ط1، القاهرة مصر ، 2003م.
13. أحمد مسلم، أصول المرافعات دار الفكر العربي، بدون ذكر الطبعة، القاهرة، 1963. ص 393.
14. آدم وهيب النداوي، فلسفة إجراءات التقاضي، مطبعة التعليم العالي، بغداد، العراق، 1988.
15. الأصبحي، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)، المدونة، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415هـ - 1994م
16. الأصفهاني محمود بن عبد الرحمن (أبي القاسم) ابن أحمد بن محمد، أبو الثناء، شمس الدين الأصفهاني (المتوفى: 749هـ)، بيان المختصر شرح مختصر ابن

- الحاجب، المحقق: محمد مظهر بقاء، الناشر: دار المدني، السعودية، الطبعة: الأولى، 1406هـ / 1986م
17. آل خنين، عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، المرافعة عن بعد، الجمعية العلمية القضائية السعودية مركز قضاء للبحوث والدراسات. 1442هـ.
18. الألباني، محمد ناصر الدين الألباني المتوفى 1420هـ، صحيح سنن الترمذي، مكتبة المعارف-الرياض، الطبعة الأولى، 1420هـ.
19. الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: 926هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب الناشر: دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ
20. الأنصاري، شرح عماد الرضا ببيان آداب القضا لشيخ الإسلام أبي يحيى زكريا الأنصاري، على فتح الرؤوف القادر لعبد الرؤوف المناوي، تحقيق: عبد الرحمن عبد الله بكير، الدار السعودية، 1406هـ.
21. البخاري، محمد بن إسماعيل. (1422هـ) — الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري. (ط1). دار طوق النجاة.
22. البهوتي، منصور بن يونس البهوتي. (1403) . كشف القناع عن متن الإقناع. (د.ت). بيروت: عالم الكتب.
23. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي الخُسْرُو جَرْدِي الخراساني. (1424 هـ -2003 م). السنن الكبرى. (ط3). بيروت: دار الكتب العلمية.
24. ابن المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: 897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1416هـ-1994م.
25. الترمذي، محمد بن عيسى بن سَوْرَة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: 279هـ) سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر (ج 1، 2)، ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج 3)، وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر

- الشريف (ج 4، 5)، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، الطبعة: الثانية، 1395 هـ - 1975 م
26. التسولي، علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي (المتوفى: 1258هـ) البهجة في شرح التحفة ((شرح تحفة الحكام)) المحقق: ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين الناشر: دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت، الطبعة: الأولى، 1418هـ - 1998م
27. الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي (1412هـ - 1992م)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. (ط 3). دار الفكر.
28. حيدر، علي حيدر خواجه أمين أفندي. (1411هـ - 1991م). درر الحكام في شرح مجلة الأحكام. (ط1). بيروت: دار الجيل.
29. الدار اقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (المتوفى: 385هـ)، سنن الدار قطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م
30. رباب محمود عامر، بحث التقاضي في المحكمة الإلكترونية، مجلة كلية التربية للبنات للعلوم الإنسانية، العدد 25، 2019 م.
31. زغلول أحمد ماهر، نظرية البطلان في قانون المرافعات، منشأة المعارف، ط2، الإسكندرية، 1997م.
32. السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل (1414هـ - 1993م). المبسوط. (د.ت). بيروت: دار المعرفة.
33. السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (المتوفى: نحو 540هـ)، تحفة الفقهاء، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الثانية، 1414 هـ - 1994 م

34. السمناني، علي بن محمد بن أحمد، أبو القاسم الرحبي المعروف بابن السمناني (المتوفى: 499 هـ) روضة القضاة وطريق النجاة، المحقق: د. صلاح الدين الناهي، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - دار الفرقان، عمان، الطبعة: الثانية، 1404 هـ - 1984 م
35. السنهوري، عبد الرزاق أحمد السنهوري المتوفى 1971م، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
36. الشاطبي إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: 790 هـ)، الموافقات، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة الأولى 1417 هـ / 1997 م
37. الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس (1410 هـ: 1990 م). الأم. (ط1). بيروت: دار المعرفة.
38. الشربيني، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: 977 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415 هـ - 1994 م
39. الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي (المتوفى: 1393 هـ)، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت - لبنان، 1415 هـ - 1995 م
40. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: 1250 هـ)، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة الأولى
41. الألباني، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (المتوفى: 1420 هـ) صحيح الجامع الصغير وزياداته، الناشر: المكتب الإسلامي.
42. صفاء أوتاني، المحكمة الإلكترونية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد 28 - العدد الأول 2012 م.

43. طارق العمر، أحكام النفاضي الإلكتروني، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن، المعهد العالي للقضاء 1430هـ.
44. ابن القيم، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية 751هـ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المحقق: نايف الحمد، الناشر: دار عالم الفوائد - مكة المكرمة، الطبعة: الأولى، 1428 هـ.
45. عامر، عبد العزيز موسى، التعزير في الشريعة الإسلامية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1957 م.
46. الصنعاني، عبد الرزاق بن همام الصنعاني المتوفى: 211هـ، المحقق: مركز البحوث بدار التأصيل، الناشر: دار التأصيل - القاهرة، الطبعة: الأولى، 1436هـ - 2015م.
47. عمر، أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى، 1429 هـ - 2008 م
48. عمر لطيف كريم العبيدي، النفاضي الإلكتروني وآلية التطبيق دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت السنة الأولى المجلد 1 العدد 2 ال جزء 1
49. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: 505هـ)، المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1413هـ - 1993م.
50. نظام الدين، الفتاوى الهندية لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثانية، 1310 هـ
51. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار الكتاب الجامعي، بدون ذكر الطبعة، القاهرة، 2001،
52. القرافي أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684 هـ) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة، الناشر: دار البشائر

- الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، 1416 هـ - 1995 م
53. القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري المتوفى 671هـ، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت.
54. الكعبي، هادي، والقرعاوي نصيف، بحث " التقاضي عن بعد " مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية. السنة الثامنة، العدد الأول. 2016 م
55. الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ)، الأحكام السلطانية، الناشر: دار الحديث - القاهرة.
56. محمد محمد الألفي، ورقة عمل بعنوان " المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول " مقدمة لمؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس: الإدارة العامة الجديدة والحكومة الإلكترونية.
57. المذن واصل، الوقف ومبادئ الإجراءات القضائية، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، 1427 هـ نقلا عن الدفوع الإجرائية وأثرها في الدعوى القضائية دراسة شرعية تأصيلية.
58. المرداوي، علي بن سليمان الصالحي (د.ط). الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. (ط2). بيروت: دار إحياء التراث العربي.
59. مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (د.ط). المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم " صحيح مسلم " بيروت: دار إحياء التراث العربي.
60. مصطفى والزيات وعبد القادر والنجار، إبراهيم مصطفى -أحمد الزيات - حامد عبد القادر -محمد النجار، (2001م)، المعجم الوسيط. (ط1). دار الدعوة.
61. النووي، محيي الدين يحيى بن شرف (1412هـ -1991م). روضة الطالبين وعمدة المفتين. (ط3). بيروت: المكتب الإسلامي.

62. وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي، ط1، القاهرة، مصر، 1978.
63. العبودي عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية العراقي، بدون ذكر المطبعة، ط1، بغداد، 2000م.
64. وزارة الصحة السعودية، كورونا الفيروس المستجد أسئلة شائعة.
65. وكيع، محمد بن خلف الضبي البغدادي (المتوفى: 306هـ) " أخبار القضاة، صححه وعلق عليه وخرّج أحاديثه: عبد العزيز مصطفى المراغي، نشر: المكتبة التجارية الكبرى، بشارع محمد علي بمصر لصاحبها: مصطفى محمد، الطبعة: الأولى، 1366هـ=1947م
66. ياسين، محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية التجارية، ط2، الأردن، دار النفائس، 1420هـ.
- المواقع الإلكترونية:
- موقع مجلس القضاء الإداري <https://www.bog.gov.sa>
- موقع المجلس الأعلى للقضاء <https://www.scj.gov.sa>
- موقع ديوان المظالم <https://www.bog.gov.sa>
- موقع منظمة التعاون الإسلامي. <https://www.oic-oci.org>
- موقع منظمة الصحة العالمية. <https://www.who.int>
- موقع ناجز <https://najiz.moj.gov.sa>
- موقع وزارة الصحة السعودي <https://www.moh.gov.sa>
- موقع وكالة الأنباء السعودية <https://www.spa.gov.sa>
- موقع ويكيبيديا على الشبكة العالمية. <https://ar.wikipedia.org>

(1) مصطفى و آخرون ، مجمع اللغة العربية بالقاهرة ، المعجم الوسيط ، دار الدعوة 361/1

(2) عمر ، أحمد مختار عبد الحميد عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة 918/2.

- (3) د. احمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية، دار الكتب المصري، ط1، القاهرة مصر ، 2003، ص190.
- (4) د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار الكتاب الجامعي ، بدون ذكر الطبعة، القاهرة، 2001 ، ص 350 ؛ د. وجدي راغب ، مبادئ الخصومة المدنية ، دار الفكر العربي، ط1، القاهرة، مصر، 1978، ص25. ، د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية العراقي، بدون ذكر المطبعة، ط1، بغداد، 2000، ص131.
- (5) أحمد مسلم، أصول المرافعات دار الفكر العربي، بدون ذكر الطبعة، القاهرة، 1963. ص 393.
- (6) انظر آدم وهيب النداوي، فلسفة إجراءات التقاضي، مطبعة التعليم العالي، بغداد، العراق، 1988، ص18.
- (7) وقد انتقد هذا التعريف؛ لأن الإجراءات لا بد من أن تكون أمام المحاكم أو من قبلها أو بأمر منها د. فتحي والي ود. زغلول أحمد ماهر، نظرية البطلان في قانون المرافعات، منشأة المعارف، ط2، الإسكندرية، 1997، ص 109.
- (8) انظر : المذن واصل ، الوقف و مبادئ الإجراءات القضائية ، وزارة الشؤون الإسلامية و الأوقاف و الدعوة و الإرشاد ، 1427 هـ ، ص 33 نقلا عن الدفوع الإجرائية و أثرها في الدعوى القضائية دراسة شرعية تأصيلية ص 25 ، 26 .
- (9) هي عاصمة مقاطعة هوبي وتعد أكبر مدينة فيها والأكثر اكتظاظا بالسكان في وسط الصين، ويبلغ عدد سكانها أكثر من 11 مليون نسمة ، وسابع أكثر المدن الصينية اكتظاظا بالسكان ، واحدة من تسع مدن وطنية مركزية في الصين. تقع في شرق الصين الأوسط على نهر يانغتزيه (تشانغ جيانغ) عند التقائه بنهر هان، وهي مركز صناعي واقتصادي رئيسي بالنسبة لوسط الصين. قدر عدد سكانها بحوالي 9100000 نسمة في عام 2006. تعتبر ووهان اليوم المركز السياسي والاقتصادي والمالي والتجاري والثقافي والتعليمي لوسط الصين. انظر: موقع ويكيبيديا على الشبكة العالمية

<https://ar.wikipedia.org>

- (10) انظر: موقع منظمة الصحة العالمية. <https://www.who.int>
- (11) وزارة الصحة السعودية ، كورونا الفيروس المستجد أسئلة شائعة ، ص 2.
- (12) انظر: موقع وزارة الصحة السعودي <https://www.moh.gov.sa>
- (13) الجدير بالذكر أن تم إطلاق العديد من الخدمات الإلكترونية كما سيأتي ذلك في ثالثاً وتم عودة العمل في مقر العمل في 7 / 10 / 1441هـ.
- (14) انظر: موقع المجلس الأعلى للقضاء على الشبكة العنكبوتية. <https://www.scj.gov.sa>
- (15) انظر: موقع مجلس القضاء الإداري <https://www.bog.gov.sa>
- (16) انظر : موقع وكالة الأنباء السعودية <https://www.spa.gov.sa>
- (17) انظر المرجع السابق.
- (18) بوابة ناجز هي: منصة الخدمات العدلية الإلكترونية والتي يتم من خلالها تقديم كافة خدمات وزارة العدل الإلكترونية من خلال بوابة موحدة سعياً لزيادة رضا مستخدميها ووزارة العدل من مواطنين ومقيمين وقطاعات أعمال وتسهيلاً للمستخدمين للوصول والتعامل مع الخدمات العدلية الإلكترونية بشكل ميسر وسريع. وتضم بوابة ناجز في نسختها الأولى العديد من الخدمات العدلية الإلكترونية والمصنفة حسب طبيعتها العدلية كخدمات المحاكم والوكالات والعقارات والتنفيذ وغيرها، ويقوم الفريق المختص بالبوابة بإضافة خدمات إلكترونية جديدة بشكل دوري حتى تشمل البوابة جميع الخدمات العدلية. ويتم تقديم أكثر من 120 خدمة عبر تلك البوابة. انظر:

<https://najiz.moj.gov.sa>

- (19) سيأتي مزيد بيان لهذه الخدمة عند الحديث عليها بالتفصيل.
- (20) يتم تقديم أكثر من 120 خدمة إلكترونية من أهمها : خدمة المصادقة على قرارات الاستئناف عن بُعد، مما يتيح لقضاة محاكم الاستئناف التعامل مع القضايا من خلال منظومة الوزارة الإلكترونية وكتابة القرار بالتأييد أو النقص أو الملاحظة واعتماده،

دون الحاجة للحضور إلى مقرات المحاكم. وخدمة "إثبات حضانة" التي تمكن المرأة من إصدار إثبات حضانة لأطفالها دون الحاجة إلى رفع دعوى - عند عدم وجود نزاع - في عملية إلكترونية من رفع الطلب وحتى صدور الصك. وخدمة "التقاضي الإلكتروني للقضايا التجارية" التي تمكن أطراف الدعوى من تبادل المذكرات والردود على أسئلة الدائرة القضائية. وخدمة "المصادقة الإلكترونية عن بعد" التي تمكن أطراف الدعوى من المصادقة على محاضر ضبوط الجلسات القضائية من خلال رسالة نصية تصل لهواتفهم في عملية إلكترونية متكاملة دون الحاجة إلى زيارة المحكمة. وخدمة "حصر ورثة" التي تمكن الورثة من إصدار إثبات حصر ورثة في عملية إلكترونية بالكامل من رفع الطلب وحتى صدور الصك، وخدمة "تصديق عقد نكاح" وخدمة "تحديث الصكوك إلكترونياً".

انظر: موقع وكالة الأنباء السعودية <https://www.spa.gov.sa> ، موقع وزارة

العدل <https://www.moj.gov.sa>.

(21) انر: موقع ديوان المظالم <https://www.bog.gov.sa/Pages/default.aspx>.

(22) من تلك الهيئات العلمية الشرعية: مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي، هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، هيئة كبار العلماء بالأزهر الشريف ، هيئة الفتوى بالكويت ، مجلس الإفتاء الأردني، المجلس العلمي بالمغرب ، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف بالجزائر ، المجلس الأوروبي للإفتاء.

(23) ومن ذلك الجمعية الفقهية السعودية فقد أصدرت عددها 51 و هو عدد خاص ببحوث جائحة فيروس كورونا الجديد (covid-19) ، كما قامت العديد من عمادات البحث العلمي في الجامعات السعودية ببعض المبادرات حول أبحاث فيروس كورونا الجديد (covid-19) ، كما أصدر عددا من العلماء و الباحثين كتباً حول تلك المسائل.

(24) سورة المائدة الآية 32.

(25) انظر: توصيات الندوة الطبية الفقهية الثانية للعام 2020 م موقع منظمة التعاون

<https://www.oic->

[oci.org/topic/?t_id=23343&t_ref=13985&lan=ar](https://www.oic-oci.org/topic/?t_id=23343&t_ref=13985&lan=ar)

- (26) سورة النساء الآية 71.
- (27) انظر: توصيات الندوة الطبية الفقهية الثانية للعام 2020 م موقع منظمة التعاون الإسلامي.
- https://www.oic-oci.org/topic/?t_id=23343&t_ref=13985&lan=ar
- (28) انظر: توصيات الندوة الطبية الفقهية الثانية للعام 2020 م موقع منظمة التعاون الإسلامي.
- https://www.oic-oci.org/topic/?t_id=23343&t_ref=13985&lan=ar
- (29) سورة يونس الآية 107.
- (30) سورة غافر الآية 60.
- (31) موقع وكالة الأنباء السعودية. . <https://www.spa.gov.sa/2047028>
- (32) سورة البقرة الآية 195.
- (33) سورة النساء الآية 29.
- (34) سورة المائدة الآية 2.
- (35) سورة هود الآية 52.
- (36) سورة يوسف 64.
- (37) موقع وكالة الأنباء السعودية. <https://www.spa.gov.sa/2048662>
- (38) انظر : وكالة الأنباء السعودية. <https://www.spa.gov.sa/2048223>
- (39) سيأتي في المبحث الثاني مزيد بيان و تفصيل في ذلك إن شاء الله.
- (40) سبق التنبيه على هذا الإجراء من ضمن الإجراءات الاحترازية ص 12.
- (41) الشراج جمع شرجة وهي: مسيل الماء من الحرة إلى السهل. النهاية في غريب الحديث 2/ 456.
- (42) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب المساقاة باب سكر الأنهار برقم 2359.
- صحيح الب خاري 3/111.
- (43) أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب المساقاة باب استحباب الوضع من الدين برقم 1558.
- صحيح مسلم 3/1192.

- (44) أخبار القضاة لوكيع 74 / 1 ، المبسوط 16 / 66.
- (45) سورة النور الآية 48-50
- (46) الجامع لأحكام القرآن 12 / 269 ، أضواء البيان للشنقيطي 70/3.
- (47) مقاصد الشريعة لابن عاشور
- (48) المغني 10 / 48
- (49) كما في التعميم رقم 743 / ت في 1437/4/24هـ من رئيس المجلس الأعلى للقضاء لرؤساء المحاكم والدوائر القضائية بشأن سرعة البت في قضايا السجناء ، و التعميم رقم 953 / ت في 1438/11/18هـ من رئيس المجلس الأعلى للقضاء بشأن سرعة إنجاز المعاملات فيما يخص النواقص.
- (50) المستقصى ص 208 ، بيان المختصر للأصفهاني 27/2.
- (51) سورة التغابن الآية 16.
- (52) أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الحج باب فرض الحج مرة واحدة برقم 1337 صحيح مسلم 2 / 957
- (53) أخرجه البخاري في كتاب التهجد باب إذا لم يطق قاعدا صلى على جنب برقم 1117 صحيح البخاري 2 / 48
- (54) الموافقات للشاطبي 335/1.
- (55) أخرجه الترمذي في سننه في كتاب صفة القيامة و لم يذكر بابا برقم 2517. سنن الترمذي 4/249، وحسنه الألباني في صحيح سنن الترمذي 2 / 610.
- (56) أخرجه مسلم في كتاب السلام باب لا عدوى ولا طيرة ولا هامة .برقم 2221. صحيح مسلم 4 / 1742
- (57) أخرجه مسلم في كتاب السلام باب الطاعون و الطيرة و الكهانة و نحوها برقم 2218. صحيح مسلم 4 / 1737
- (58) سورة البقرة الآية 195.
- (59) التقاضي عن بعد هو: "نظام قضائي معلوماتي جديد يتم بموجبة تطبيق كافة اجراءات

التقاضي عن طريق المحكمة الالكترونية بواسطة اجهزة الحاسوب المرتبطة بشبكة الانترنت وعبر البريد الالكتروني ، لغرض سرعة الفصل في الدعاوى وتسهيل اجراءاتها على المتقاضين وتنفيذ الاحكام الكترونيا". الكعبي، هادي، والكرعاوي نصيف ، بحث " التقاضي عن بعد " مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية. السنة الثامنة، العدد الأول. 2016 م ص 283. رباب محمود عامر، بحث التقاضي في المحكمة الإلكترونية، مجلة كلية التربية للبنات للعلوم الإنسانية، العدد 25، 2019 م، ص 393 -394، التقاضي الإلكتروني وآلية التطبيق دراسة مقارنة، عمر لطيف كريم العبيدي، مجلة جامعة تكريت السنة الأولى المجلد 1 العدد 2 ال جزء 1 ص 512-513. وعرف العمر التقاضي الإلكتروني بأنه استخدام وسائل تقنية في معالجة المعلومات التي يمكن من فصل الخصومات وقطع المنازعات بتبيين الحكم الشرعي فيها. طارق العمر، أحكام التقاضي الإلكتروني، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن، المعهد العالي للقضاء 1430هـ، ص 51.

(60) من مبادرات الوزارة مبادرة نظام إدارة القضايا المتكامل و يعني التحول الرقمي الشامل لجميع إجراءات منظومة التقاضي وذلك من خلال أتمته جميع الأعمال الإدارية والمعلوماتية، ابتداءً من مرحلة قيد الدعوى وتسجيلها، مروراً بإجراءات التبليغ، ومن ثم دعم عمليات التقاضي ومتابعة القضايا، وانتهاء بعمليات التنفيذ. كما أن من الركائز الاستراتيجية لتحقيق رؤية المملكة 2030 م تطوير التعاملات الإلكترونية من خلال زيادة نسبة الخدمات المقدمة للمستفيدين ومستويات الإتاحة لها ورفع كفاءة الإجراءات الداخلية للوزارة. انظر: موقع وزارة العدل

https://www.moj.gov.sa/ar/Ministry/vision2030/Pages/ntp_moj.aspx

(61) انظر : موقع المجلس الأعلى للقضاء <https://www.scj.gov.sa>

(62) من الأهداف الاستراتيجية لديوان المظالم ١٤٣٧-١٤٤٢هـ (٢٠٢٠) الهدف الثاني التحول الإلكتروني لأعمال ديوان المظالم خلال خمس سنوات. انظر: موقع ديوان

المظالم <https://www.bog.gov.sa/StrategicPlan/Pages/StrategicFeatures.aspx>

(63) المرافعة عن بعد .آل خنين (ص 3-4).

(64) المحكمة الإلكترونية من المصطلحات الحديثة وقد عرفها بعض الباحثين بأنها: " المحكمة التي تقوم بجميع الاعمال الموكلة اليها قانوناً باستخدام الحاسب الالكتروني الذي يحتوي على البرامج الخاصة بتطبيق إجراءات التقاضي و الموصول بشبكة الاتصالات الدولية (الانترنت)، لاختصار الوقت والجهد وإصدار الحكم بأبسط وأسرع الطرق دون الحضور الشخصي للمحكمة ". وتتألف هذه المحكمة من عدد من العناصر هي: 1-القضاة. 2-الموظفين الحقوقيين 3-الموظفين المختصين بالحاسوب والشبكات والانترنت. انظر: الكعبي، هادي، والكرعاوي نصيف، بحث " التقاضي عن بعد ص 300. رباب محمود عامر ، بحث التقاضي في المحكمة الإلكترونية ص 406-412

(65) يرجع أساس نشأه هذا النظام الى الاجتماع الذي تم بين معهد القانون الخاص لحل المنازعات الإلكترونية ومركز فيلانوفيا للمعلومات في القانون والسياحة في 25 أكتوبر 1995 بواشنطن ومن ذلك التاريخ حتى الإعلان عن هذا المشروع استمر العمل لتأسيس هذا المشروع بمشاركة جمعية المحكمين الأمريكيين وفي 4 مارس 1996 تم الإعلان رسميا عن هذا المشروع من خلال نشره في صحيفة تم توزيعها من خلال البريد الإلكتروني وغيرها من الأجهزة على شبكة الأنترنت، وقد بدأ استخدام هذا النوع من التقاضي في دول العالم حديثا في بداية هذه الألفية كما في سنغافورة والصين والبرازيل. انظر: رباب محمود عامر، بحث التقاضي في المحكمة الإلكترونية، ص 394، 414-415، محمد محمد الألفي، ورقة عمل بعنوان " المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول" مقدمة لمؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس: الإدارة العامة الجديدة والحكومة الإلكترونية ص 34، المحكمة الإلكترونية، صفاء أوتاني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد 28 - العدد الأول 2012 م، ص 189 - 199 وقد تسارع استخدام هذه التقنية مع هذه الجائحة في الكثير من دول العالم ومن بين ذلك الدول العربية كمصر والسعودية.

(66) آل خنين ، المرافعة عن بعد ، ص 7

(67) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الأحكام باب كتاب الحاكم إلى عماله و القاضي

إلى أمنائه برقم 7192. صحيح البخاري 9/ 75.

(68) آل خنين ، المرافعة عن بعد ، ص 4.

(69) طارق العمر، أحكام النقاضي الإلكتروني، رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء، 1430 هـ، ص 128-136 مع مراعاة أن تكون جميع الطرفيات خاضعة لسلطة القاضي وغرفة التحكم بالاتصال تحت إشرافه بحيث تكون الغرفة التي يجلس فيها الأطراف البعيدين كوجود في أي جهة رسمية يمكن للقاضي أن يدير الجلسة فيها ، كما يجب استخدام تقنيات عالية الجودة في الاتصال المرئي، وكذلك استخدام برمجيات و تقنيات اتصال تمكن من المزامنة بين الصوت والصورة والتي تحقق التفاعل بين الأطراف، مع توفير ما استحبه الفقهاء من وجود الأعوان والمترجمين وما استحبه الفقهاء في مجلس القضاء من كون المكان فسيحا لاثقا والابتعاد عما يشوش مع استحضار أن الأصل هو الحضور الشخصي إلى مجلس القضاء والعدول عن هذا الأمر راجع لسلطة القاضي.

(70) إعلام الموقعين 3/ 109 -110.

(71) انظر : تحفة الفقهاء 3/ 373 ، أسنى المطالب 4/ 268 ، المغني 10/ 65

(72) هذا هو رأي بعض القانونيين. انظر: صفاء أوتاني، المحكمة الإلكترونية ص179-188.

(73) آل خنين ، المرافعة عن بعد ، ص5.

(74) أخرجه أبوداود في كتاب الأقضية باب كيف القضاء برقم 3582. سنن أبي داود 3/ 301، و الترمذي في سننه في كتاب الأحكام باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما برقم 1331. سنن الترمذي 3/ 610. وحسنه الترمذي.

(75) آل خنين، المرافعة عن بعد ، ص 5

(76) ذكر هذه الشروط السبعة معالي الشيخ آل خنين في المرافعة عن بعد ص 6.

(77) الأصل في الشهادة أن تكون في مجلس القضاء ، و لكن أجاز الفقهاء من حيث الجملة بعض صور الشهادة التي يكون فيها الشاهد في غير مجلس القضاء كما في

كتاب القاضي إلى القاضي بشهادة شهود عنده. شرح أدب القاضي للحصاف 3/ 289، روضة القضاة 1/ 335-337، شرح ميارة على التحفة 1/ 41-44، مغني المحتاج 4/ 409، أدب القضاء لابن أبي الدم 461-464، المغني 14/ 74-75، كشاف القناع 6/ 362. وكما في الشهادة على الشهادة المبسوط 16/ 137-138، تبصرة الحكام 1/ 436، الأم 6/ 250، ال مغني 14/ 199. وفي حال ما إذا فوض الإمام للقاضي أن يستخلف من يسمع شهادة الشهادة تبصرة الحكام 1/ 61، أسنى المطالب 4/ 286، كشاف القناع 6/ 294. قال صاحب "المبسوط 16/ 137-138 في كتاب القاضي إلى القاضي: "ولحاجة الناس إلى ذلك فقد يكون الشاهد للمرء في حقه على بلدة وخصمه في بلدة أخرى فيتعذر عليه الجمع بينهما ، وربما لا يتمكن من أن يشهد في شهادة ما ، وأكثر الناس يعجزون عن أداء الشهادة على الشهادة على وجهها ، ثم يحتاج بعد ذلك إلى معرفة عدالة الأصول ويتعذر معرفة ذلك في تلك البلدة فتقع الحاجة إلى نقل شهادتهم بالكتاب إلى مجلس ذلك القاضي؛ ليتعرف القاضي من الكتاب عدالتهم ويكتب ذلك إلى القاضي المكتوب إليه فللتيسير جوزنا ذلك ".

(78) آل خنين ، المرافعة عن بعد ، ص 7.

(79) انظر: تبصرة الحكام 1/ 93 ، شرح مياره 3/1.

(80) انظر : موقع وزارة العدل <https://www.moj.gov.sa/ar/pages/default.aspx>

(81) انظر : موقع ديوان المظالم

<https://rserv1.bog.gov.sa/EServices/Pages/default.aspx>

(82) التنفيذ هو: إمضاء قضاء القاضي بشروطه. حاشية ابن عابدين 5/ 297.

(83) انظر: ص 13. مع العلم بأن وزارة العدل أعلنت عبر موقعها الإلكتروني بتاريخ 7/

10 / 1441هـ عن صدور أمر ملكي كريم يقضي برفع تعليق تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية النهائية المتصلة بتمكين الأولاد من زيارة أحد الوالدين المنفصلين. في حين أصدر معالي رئيس المجلس الأعلى للقضاء قراراً بأن يتولى قاضي التنفيذ تعديل قرارات التنفيذ للأحكام الصادرة بزيارة الصغير، وذلك بما يتواءم مع أوقات السماح بالتجول الصادرة من الجهات المعنية، دون الحاجة لإعادتها لقاضي الموضوع، ويعد

التعديل سارياً لحين رفع الظروف الاستثنائية، وتوجيه المستفيدين بالتقيد بالإجراءات والتدابير الوقائية المبلغة من الجهات المعنية. وقالت الوزارة أنه بإمكان المستفيدين الاطلاع على حالة طلبات التنفيذ الخاصة بهم عبر بوابة ناجز للخدمات العدلية الإلكترونية najiz.sa. انظر: موقع وزارة العدل

<https://www.moj.gov.sa/ar/MediaCenter/News/Pages/NewsDet>

ails.aspx?itemId=1068. كما أعلن المتحدث باسم وزارة العدل، الشيخ محمد

المطلق، اليوم الثلاثاء، 15/ 8/ 1441هـ: " أن قضايا الزيارة والرؤية التي تم تعليقه؛ إنفاذاً للأمر الكريم ما يقارب من الـ 5000 قضية من قبل وزارة العدل. انظر

: <https://www.mnbr.news/193132.html>

(84) و من النماذج التي يظهر فيها ذلك تعريف ابن عابدين حيث عرف القضاء بأنه فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص ، و تعريف القرافي للقضاء بأنه إنشاء إلزام أو اطلاق في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع فيه النزاع لمصلحة الدنيا. وتعريف زكريا الأنصاري بأنه إلزام من له الإلزام بحكم الشرع. وتعريف البهوتي بأنه الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات. انظر تلك التعاريف في: حاشية ابن عابدين 5/ 352، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص 2، شرح عماد الرضا 1/ 228، كشف القناع 6/ 280. ومن النماذج في تعريف الحكم القضائي تعريف المالكية للحكم القضائي بأنه ما يلزم القاضي به أحد الخصمين. البهجة شرح التحفة 1/ 34، وتعريف الشافعية للحكم القضائي بأنه إلزام من له الإلزام بحكم الشرع. شرح عماد الرضا 1/ 288.

(85) انظر: درر الحكام 4/ 519 ، نظرية الدعوى 1/ 122.

(86) البحر الرائق 6/ 281

(87) الإقناع 4/ 392.

(88) السيل الجرار 1/ 835.

(89) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه 11/ 319 ، والدارقطني في سننه في كتاب الأفضية

- و الأحكام و غير ذلك في كتاب عمر رحمه الله إلى أبي موسى الأشعري رحمه الله . برقم 4471. سنن الدار اقطني 5/ 367، والبيهقي في سننه الكبرى في باب لا يحيل حكم القاضي على المقضي له برقم 20567 السنن الكبرى للبيهقي. 20/ 446
- (90) نظام التنفيذ الصادر بالمرسوم الملكي رقم: م / ٥٣ وتاريخ: ١٣ / ٨ / ١٤٣٣ هـ.
- (91) القواعد والضوابط ص 491 عن التحرير 3/ 871. ونحوه في النهر الفائق، فتح القدير 3/ 244
- (92) توسع علماء القانون في ذلك عند ذكر أسباب انقضاء الحق دون الوفاء به وذكروا من تلك الأسباب: الإبراء، استحالة التنفيذ، مرور الزمن . الوسيط للسنهوري 3 / 962، 963-978
- (93) الوسيط للسنهوري 3/ 984.
- (94) سورة التغابن الآية 16.
- (95) سبق تخريجه ص 22
- (96) انظر: موقع منظمة الصحة العالمية.
- <https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses> ، .
- موقع وزارة الصحة السعودي
- <https://www.moh.gov.sa/HealthAwareness/EducationalContent/PublicHealth/Pages/corona.aspx> ،
- وزارة الصحة السعودية، كورونا الفيروس المستجد أسئلة شائعة.
- (97) سورة البقرة الآية 195
- (98) لا يخلو حال المدين من حالين. الأول: أن يكون المدين معسرا فهذا لا يحبس باتفاق العلماء. الثاني: أن يكون المدين موسرا قادرا على الوفاء فقد أجاز جمهور العلماء حبس ذلك المدين مع تفصيلات كثيرة في ذلك. انظر: شرح فتح القدير 2/ 316، المدونة 4/ 105، الأم 3/ 149، الطرق الحكمية ص 63، الفروع 2/ 649.
- (99) انظر ص 12. وقد أعلن المتحدث باسم وزارة العدل، الشيخ محمد المطلق، يوم الثلاثاء، 15 / 8 / 1441هـ: " تعليق تنفيذ قرارات حبس المدين لقضايا الحق الخاص

التي أمر بها خادم الحرمين الشريفين، والتي بلغت ما يقارب 70 ألف. انظر:

<https://www.mnbr.news/193132.html>.

(100) سبق بيان و تقرير هذا المبدأ في القضاء الإسلامي ص 31.

(101) التعزير هو: تأديب على ذنب لا حد فيه ولا كفارة. الفتاوى الهندية 167/2، إعانة

الطالبين 167/4، إعلام الموقعين 99/2.

(102) الفتاوى الهندية 167/2 ، مواهب الجليل 320 / 6 ، روضة الطالبين 381/7.

(103) خلافا للحنفية في رواية والحنابلة في رواية فقد استثنوا ما نص عليه من التعزير

فيجب عندهم الامتثال له ولو كان لحق الله. انظر: البحر الرائق 49/5، حاشية ابن

عابدين 75/4، التاج والإكليل 319 / 6 ، مواهب الجليل 320/6، روضة الطالبين

176/1، إعانة الطالبين 199/4، المغني 149 / 9 ، الإنصاف 10 / 241.

(104) أخرجه أبوداود في سننه في كتاب الحدود باب في الحد يشفع فيه برقم 4375.

سنن أبي داود 133/4 وصححه الألباني في صحيح الجامع الصغير 260/1 برقم

1185.

(105) الأحكام السلطانية للماوردي ص 230.

(106) التعزير في الشريعة الإسلامية ص 422.

(107) السياسة الشرعية لابن تيمية ص 86.

(108) سورة التغابن الآية 16.

(109) سبق تخريجه ص 22.

(110) انظر: موقع منظمة الصحة العالمية. <https://www.who.int> ، موقع وزارة

الصحة السعودي <https://www.moh.gov.sa>، وزارة الصحة السعودية، منشور

كورونا الفيروس المستجد أسئلة شائعة.

(111) سورة البقرة الآية 195.

(112) فتح القدير 346/5 ، الأحكام السلطانية للماوردي ص 230.

تاريخ القبول: 2021/01/03

تاريخ الإرسال: 2020/11/28

حماية الموارد الطبيعية بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني في وقت النزاعات

Protection of natural resources between Islamic law and international humanitarian law in times of conflict.

فخري صبري محمد راضي*¹¹ جامعة الأمة للتعليم المفتوح (فلسطين)، fakhrradi72@gmail.com

الملخص:

مما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية سبقت كل التشريعات في حماية الموارد الطبيعية التي ليس لها علاقة مباشرة بالقتال أثناء النزاعات، وجعلت ذلك من ضمن تشريعاتها الأساسية، وطبقت ذلك على أرض الواقع، والتقت مع القانون الدولي الإنساني في كثير من الأسس والقواعد التي تحافظ على إنسانية الإنسان وبيئته وطبيعته وكرامته حيا وميتا، ومن هذه القواعد حماية الموارد الطبيعية في وقت النزاع، فقد أقرت الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني ممثلة باتفاقيات جنيف وما تبع ذلك من ملاحق بعدم تخريب الأموال والموارد التي لا تبررها الضرورات العسكرية، وجرمت من يقوم بانتهاكها على مقياس غير مشروع وتعسفي.

وفي ذات السياق أجاز المشرع الإسلامي والقانون الدولي الإنساني بالأخذ (بمبدأ الضرورة) واللجوء إلى تخريب ومهاجمة الموارد الطبيعية في حالة الضرورة القصوى، وفي حال زال الخطر زالت الضرورة، فالضرورة تقدر بقدرها.

ويتناول البحث تعريف موجز عن ماهية الموارد الطبيعية، وحث الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني على الحفاظ على الموارد الطبيعية في أثناء النزاعات.

الكلمات المفتاحية:

القانون الدولي الإنساني، الموارد الطبيعية، وقت النزاعات، الاعتداءات العشوائية

*المؤلف المرسل

Abstract:

There is no doubt that the Islamic Sharia proceeded all legislations in talking about the protection of natural resources which have no direct relation to hostilities. All this has been in the Islamic Sharia basic rules which was applied on the ground. These Islamic rules meet with the principles of the International Humanitarian Law in many cases which all aim at the end to preserve the human dignity in life and death. All these rules also include the protection of natural resources at times of conflicts as Islamic Sharia and International Humanitarian Law provide for the protection of resources and money as well as long as there is no military necessity as in the Geneva conventions and other Islamic rules. In case of any violation this is not allowed.

Islamic Sharia and International Humanitarian Law allow in terms of military necessity sabotage and targeting of natural resources and if there is no risk there is no military necessity.

Keywords: International humanitarian law. Natural Resources. Time for disputes .Indiscriminate attacks

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه ومن تبعهم واستن بسنتهم واهتدى بهادهم إلى يوم الدين وبعد:

موضوع حماية الموارد الطبيعية من المواضيع المهمة في وقتنا، لما نرى من حروب كثيرة في العالم، وخصوصا العالم العربي والإسلامي، وفي الواقع الفلسطيني المعاصر أيضاً.

أسباب اختيار الموضوع

يرجع أسباب اختيار الموضوع إلى ما نرى من هجمات عشوائية لا تفرق بين مدني وعسكري، وصغير وكبير، وشيخ وامرأة، وشجر وحجر، فهذه الهجمات تهلك الحرث والنسل والأخضر واليابس، ويذهب ضحيتها الآلاف من المدنيين وممتلكاتهم ومواردهم الطبيعية.

فكان لا بد أن من التحذير والتذكير بخطورة الاعتداء على الموارد الطبيعية بأنواعها، وتوضيح أن هذه الاعتداءات مخالفة لأحكام الإسلام، ومنافيه لقواعد القانون الدولي الإنساني، الذي اعتبر الهجمات والاعتداء الموارد الطبيعية من أكبر الجرائم التي يحاسب عليها القانون الدولي الإنساني، واعتبارها جرائم حرب، ونص البرتوكول الأول والثاني عام 1977م الملحق لاتفاقية جنيف لعام 1949 وغيرهما من الاتفاقيات على ذلك.

غير أن هناك أموراً ضرورية أجاز المشرع الإسلامي الاعتداء على الموارد الطبيعية لدفع ضرر ومفسدة أعظم، وفي حال انتفت المضرة والمفسدة، حرمت لانتفاء الضرر والخطر، فالضرورة تقدر بقدرها.

هدف الدراسة

يحاول الباحث أن يصل إلى أن الشريعة الإسلامية سبقت القانون الدولي الإنساني في حرمة وتجريم الهجمات والاعتداء على الموارد الطبيعية، والتي قد تؤدي لتدمير لمستلزمات الحياة، وتدمير للبيئة الطبيعية، إلا ما كان ضرورياً أو حاجياً.

إشكالية البحث

تتمثل إشكالية البحث في محاولة الإجابة عن التساؤلات التي تطرحها الدراسة.

متى يجوز انتهاك الموارد الطبيعية في الشرع الإسلامي وقت النزاعات؟

ومتى يجوز انتهاك الموارد الطبيعية في القانون الدولي الإنساني في وقت النزاعات؟

الدراسات السابقة.

من دراستنا وبحثنا لهذا الموضوع، تبين لنا أن الدراسات السابقة كان في أغلبها العموم، ولم يكن هناك تخصيص في انتهاك الموارد الطبيعية، سواء في الشريعة الإسلامية أم القانون الدولي الإنساني.

فمن هنا كان حرصنا وتخصيصنا في هذا البحث عن حماية الموارد الطبيعية.

الصعوبات التي واجهت الرسالة:

لم يواجه الباحث في دراسة هذا الموضوع إلا مشكلة وحيدة، فكما ذكر سابقاً بأن الدراسات السابقة كانت عامة في انتهاك الموارد الطبيعية، ولم تخصص ذكراً مفرداً

في هذا الجانب، فكان يتطلب البحث عمق النظر في المراجع التي تتناول هذا الموضوع، وذلك لخصوصية البحث.

ولله الحمد والمنة تغلبنا على هذا الإشكالية ببذل الجهد ودقة النظر فيما كتب في هذا الموضوع.

منهج الدراسة

تقوم هذه الدراسة على المنهج الاستقرائي المقارن بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني في موضوع الدراسة، ومن ثم تأخذ خلاصة البحث من نتائج وتوصيات.

خطة البحث

يتكون البحث من خمسة مطالب، يندرج تحت كل مطلب فروع متعددة إذا تطلب الأمر ذلك، وبيان ذلك كالآتي:

المطلب الأول تعريف الموارد الطبيعية وأقسامها.

المطلب الثاني: حماية الموارد الطبيعية في الشريعة الإسلامية في وقت النزاعات.

المطلب الثالث: حماية الموارد الطبيعية في القانون الدولي الإنساني في وقت النزاعات.

المطلب الرابع: مدى استخدام الهجمات في حال الضرورة في تخريب الأعيان والأحياء المدنية في الشريعة الإسلامية.

المطلب الخامس: مدى استخدام الهجمات في حال الضرورة في تخريب الأعيان والأحياء المدنية في القانون الدولي الإنساني.

ثم خاتمة البحث مشتملة على أهم النتائج والتوصيات.

المطلب الأول: تعريف الموارد الطبيعية وأقسامها وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الموارد الطبيعية: هي كل الظواهر الطبيعية علي سطح الأرض ويعتمد عليها الإنسان في سد احتياجاته، وهي وسيلة لتحقيق هدف الإنسان سواء كانت ظاهرة أو كامنة وتعرف عليها الإنسان خلال العصور ويوجد موارد أخرى لم يتعرف عليها الإنسان¹.

الفرع الثاني: أقسام الموارد الطبيعية

تحتوي البيئة الطبيعية ضمن مكوناتها الرئيسية الثلاثة والتي تعرف بالغلاف اليابس والمائي والجوي على مجموعة من الموارد الطبيعية الضرورية للإنسان والكائنات الحية الأخرى وكذلك النظام البيئي، والموارد البيئية الطبيعية هي موارد لا دخل للإنسان في وجودها، ونظرا لأهميتها الحيوية واعتماد الإنسان فهو يؤثر فيها ويتأثر بها أيضا، ومن هنا فقد صنف الباحثون البيئيون الموارد البيئية الطبيعية إلى صنفين تندرج في كل واحد منها عدد من الموارد وهي:

القسم الأول: موارد غير متجددة: تتضمن الموارد الموجودة في البيئة على هيئة رصيد ثابت وما يؤخذ منه لا يعوض. ومن ثم فهي موارد معرضة لخطر النضوب والنفاد، مثل الفحم والنفط والغاز الطبيعي والمعادن المشعة.

القسم الثاني: موارد متجددة: تتضمن الموارد التي تتجدد ذاتيا مجموعة من مختلف مصادر الطاقة، فمن أمثلتها المصادر النباتية والحيوانية. وهي موارد لا تتعرض للنضوب إذا ما استغلها الإنسان بأسلوب معتدل راشد بعيدا عن الإسراف².

المطلب الثاني: حماية الموارد الطبيعية في الشريعة الإسلامية في وقت النزاعات

لئن كانت البيئة أو بالأحرى الأرض أحد مكوناتها، هي التي يحصل الإنسان منها على كل مقومات عيشه، فإن حمايتها تعد السبيل الأقوم للحفاظ على حياته. لذلك، فإن الخطوة الأولى في هذا السياق، تمثلت في دعوة الإسلام إلى عدم الإسراف، ومن ثم استنزاف الموارد الطبيعية وتبديدها، كما في قوله تعالى: "كُلُوا وَاشْرَبُوا مِنْ رِزْقِ اللَّهِ وَلَا تَعْنُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ"³، وقوله تعالى: "وَلَا تُطِيعُوا أَمْرَ الْمُسْرِفِينَ"⁴.

ثم نهى عن الفساد في الأرض كما في قوله تعالى: "وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ لَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ قَالُوا إِنَّمَا نَحْنُ مُصْلِحُونَ" ليشمل هذا النهي علاوة عن عموم الفساد في الأرض، مكوناتها من حرث ونسل وإذا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ⁵.

وإلى جانب القرآن الكريم، فإن الرسول صلى الله عليه وسلم حث بدوره على حماية البيئة ومكوناتها. وليس أدل على ذلك من وصاياه التي أوصى بها جيل—شه في

غزوة مؤتة وهو يتأهب للرحيل: (لا تقتلن امرأة ولا صغيراً رضيعاً، ولا كبيراً فانياً، ولا تحرقن نخلاً، ولا تقلعن شجراً، ولا تهدموا بيوتاً⁶).

يعد من قواعد الشريعة الإسلامية ومبادئها الأساس الحفاظ على البنية التحتية و المال العام والخاص والموارد الطبيعية حتى في أثناء القتال ووقت الحرب والذي يعد ظرفاً استثنائياً، يظهر ذلك جلياً من خلال وصايا النبي صلى الله عليه وسلم كما جاء وذكر من المراسل، عن مكحول قال : أوصى رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا هريرة ثم قال: ' إذا غزوت ' فذكر أشياء قال : ' ولا تحرقن نخلاً ولا تغرقنه ، ولا تؤذ مؤمناً ' ثم قال : ومنها - ولم يصل به سنده - عن القاسم مولى عبد الرحمن ، قال: [قال] النبي صلى الله عليه وسلم وذكر نحوه: " ولا تحرقن نخلاً ، ولا تغرقنها ، ولا تقطع شجرة تمر ، ولا تقتل بهيمة ليست لك بها حاجة ، وائق أذى المؤمن "⁷.

ولقد صار الصديق أبو بكر رضوان الله عليه على الهدي الذي خطه له صاحبه رسول الله صلى الله عليه وسلم فأوصى يَزِيدُ بْنُ أَبِي سُفْيَانَ، والذي خص منها سبعا لحرمة الأموال الأعيان المدنية فقال وَإِنِّي مُوصِيكَ بِعَشْرٍ: "...، وَكَأ تَقَطَّعَنَّ شَجَرًا مُثْمِرًا، وَكَأ تُخَرَّبَنَّ عَامِرًا، وَكَأ تَعْقَرَنَّ شَاةً وَكَأ بَعِيرًا إِلَّا لِمَاكَلَةٍ، وَكَأ تَحْرَقَنَّ نَخْلًا وَكَأ تُغَرَّقَنَّهُ، وَكَأ تَغْلُلَ، وَكَأ تَجْبُنَ "⁸.

فهو يدل بوضوح تام أن الأعيان المدنية والموارد الطبيعية تتمتع -في الأصل -بحماية خاصة في الشريعة الإسلامية أثناء الحرب، وتتجلى تلك الحماية من خلال قاعدة أن الجهاد في الإسلام لم يشرع لذاته بل شرع وسيلة لغاية سامية وهي القضاء على الفساد والإفساد⁹.

قال ابن الهمام " ولأن المقصود كبت أعداء الله وكسر شوكتهم وبذلك يحصل ذلك فيفعلون ما يمكنهم من التحريق وقطع الأشجار وإفساد الزرع، هذا إذا لم يغلب على الظن أنهم مأخوذون بغير ذلك، فإن كان الظاهر أنهم مغلوبون وأن الفتح باد كره ذلك؛ لأنه إفساد في غير محل الحاجة وما أبيع إلا لها "¹⁰.

وعموماً، فإن القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة تزخران بدعاوى الحفاظ على البيئة والموارد الطبيعية ومكوناتها الحية وغير الحية، انطلاقاً من الإنسان والحيوان

والنبات، وصولاً إلى الماء والهواء والأرض.. التي تهدف في اعتقادنا إلى تعزيز مفهوم الإسلام لعلاقة الإنسان بالبيئة -التي تقوم على الوفاق والتكامل بدل الصراع والتنافر- الذي يدفع بدوره نحو التمديد في استخدام مختلف الموارد الطبيعية عبر الزمان والمكان، ومن ثم حماية حقوق الأجيال المقبلة في التمتع بتلك الخيرات، التي تتدرج في إطار دعوة أشمل إلى نبذ الإسراف والتبذير على مستوى الاستهلاك كما في قوله تعالى: "يَا بَنِي آدَمَ خُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ"¹¹ " وقوله تعالى: "(وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا"¹² " ومن ثم إلى ترشيد استخدام الموارد الطبيعية وعدم استنزافها وتبديدها على صعيد الإنتاج.⁽¹³⁾

المطلب الثالث: حماية الموارد الطبيعية في القانون الدولي الإنساني في وقت النزاعات
لقد حذر القانون الدولي الإنساني من الاعتداءات العشوائية التي تصيب من ليس لهم علاقة بالقتال، أو كان لها أثر بالغ على حياتهم من بعد ذلك من إفساد لأرضهم وتلوث بيئتهم، وجاء التحذير منذ تأسيس وبداية القانون الدولي الإنساني لوضع حداً للمعاناة التي تسببها النزاعات المسلحة.

فمنذ إعلان في الفترة من 29 تشرين الثاني/ نوفمبر إلى 11 كانون الأول/ ديسمبر من العام 1868 بشأن حظر استعمال بعض القذائف في وقت الحرب، أقر عدة قواعد منها:

يجب أن يكون من شأن تقدم المدنية التخفيف بقدر الإمكان من كوارث الحرب، ويجب أن يكون الغرض الشرعي الوحيد الذي تستهدفه الدول أثناء الحرب هو إضعاف قوات العدو العسكرية، ويكفي لهذا الغرض عزل أكبر عدد ممكن من الرجال عن القتال، وقد يتم تجاوز هذا الغرض إذا استعملت أسلحة من شأنها أن تفاقم دون أي داع آلام الرجال المعزولين عن القتال أو تؤدي حتماً إلي قتلهم، ويكون استعمال مثل هذه الأسلحة بالتالي مخالفاً لقوانين الإنسانية¹⁴.

فقد أقر هذا الاتفاق الكثير من القواعد التي تحفظ وتحقق الكثير من المدنيين وأعيانهم، لأن الهدف من الحرب هو إضعاف قوات العدو العسكرية وليس فناءها.

وقد نص الملحق (البروتوكول) الأول الإضافي لعام 1977 إلى اتفاقيات جنيف لعام 1949 يوم 10 حزيران / يونيو 1977 في المادة 54: حماية الأعيان والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين، في البند الثاني:

يحظر مهاجمة أو تدمير أو نقل أو تعطيل الأعيان والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين، ومثالها المواد الغذائية والمناطق الزراعية التي تنتجها والمحاصيل والماشية ومرافق مياه الشرب وشبكاتها وأشغال الري، إذا تحدد القصد من ذلك في منعها عن السكان المدنيين أو الخصم لقيمتها الحيوية مهما كان الباعث سواء كان بقصد تجويع المدنيين أم لحملهم على النزوح أم لأي باعث آخر .

فهذا نص واضح على حماية الموارد الطبيعية بأنواعها، واعتبار من هاجمها واعتدى عليها من جرائم الحرب التي يحاسب عليها في المحاكم الجنائية الدولية .

وفي الملحق (البروتوكول) الثاني الإضافي لعام 1977 إلى اتفاقيات جنيف عام 1949، يوم 10 حزيران / يونيو 1977 في المادة 14 : حماية الأعيان التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين على قيد الحياة.

يحظر تجويع المدنيين كأسلوب من أساليب القتال. ومن ثم يحظر، توصلًا لذلك، مهاجمة أو تدمير أو نقل أو تعطيل الأعيان والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين على قيد الحياة ومثالها المواد الغذائية والمناطق الزراعية التي تنتجها والمحاصيل والماشية ومرافق مياه الشرب وشبكاتها وأشغال الري.

وفي المادة 15 : حماية الأشغال الهندسية والمنشآت المحتوية على قوى خطر لا تكون الأشغال الهندسية أو المنشآت التي تحوي قوى خطر، ألا وهي السدود والجسور والمحطات النووية لتوليد الطاقة الكهربائية محلاً للهجوم حتى ولو كانت أهدافاً عسكرية، إذا كان من شأن هذا الهجوم أن يتسبب في انطلاق قوى خطر ترتب خسائر فادحة بين السكان المدنيين.

تنص هذه المواد من الملحق (البروتوكول) الثاني الإضافي لعام 1977 إلى اتفاقيات جنيف عام 1949، يوم 10 حزيران / يونيو 1977 بوضوح على أن الاقتراب من الموارد الطبيعية التي تنطلق منها قوى خطر في حال مهاجمتها جريمة حرب، حتى

ولو كانت أهدافاً عسكرية، وهذا يدل على الاهتمام الشديد من قبل القانون الدولي الإنساني في هذا الأمر، لخطورته على البشرية وعلى البيئة والطبيعة والموارد بأنواعها .

أيضاً جاء في الملحق (البروتوكول) الثاني الإضافي لعام 1977 إلى اتفاقيات جنيف عام 1949، يوم 10 حزيران / يونيو 1977 في الباب الثالث: أساليب ووسائل القتال والوضع القانوني للمقاتل ولأسير الحرب القسم الأول: أساليب ووسائل القتال في المادة 35: قواعد أساسية ، ما يقيد أساليب القتال ولا تكون بدون حدود ، وجاء في نصها:

1. إن حق أطراف أي نزاع مسلح في اختيار أساليب ووسائل القتال ليس حقاً لا تقيده قيود.

2. يحظر استخدام الأسلحة والفدائف والمواد ووسائل القتال التي من شأنها إحداث إصابات أو آلام لا مبرر لها.

3. يحظر استخدام وسائل أو أساليب للقتال، يقصد بها أو قد يتوقع منها أن تلحق بالبيئة الطبيعية أضراراً بالغة واسعة الانتشار وطويلة الأمد.

وجاء تعليقا على ذلك في مقال لموقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر بعنوان "أساليب الحرب ووسائلها. 15-04-2010 نظرة عامة:

يضع القانون الدولي قيوداً لأساليب الحرب والوسائل المستخدمة لشنها. وتنطبق هذه القيود على نوع الأسلحة المستعملة، وطريقة استعمالها والتصرف العام لجميع الأطراف المشاركة في النزاع المسلح. ويقتضي مبدأ التمييز من أطراف النزاع المسلح التمييز في جميع الأوقات بين المقاتلين والأهداف العسكرية من جهة، والسكان المدنيين والأعيان المدنية من جهة أخرى، ومن ثم توجيه عملياتها ضد الأهداف المشروعة للهجمات دون غيرها.

أخيراً، تمنح أيضاً قواعد سير العمليات العدائية حماية خاصة لبعض الأعيان، ومن بينها الممتلكات الثقافية وأماكن العبادة (مثل المباني التاريخية)، والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين على قيد الحياة (بما في ذلك المناطق الزراعية التي تنتج

المواد الغذائية والمحاصيل، ومرافق مياه الشرب)، والأشغال الهندسية والمنشآت المحتوية على قوى خطرة (وتحديدا السدود، والحواجز الصخرية، والمحطات النووية لتوليد الطاقة الكهربائية). ويحظر استخدام وسائل وأساليب القتال التي يتوقع أن تسبب أضرارا بالغة واسعة الانتشار وطويلة الأمد في البيئة الطبيعية لأنها تهدد صحة السكان المدنيين وبقائهم¹⁵.

ونصت القاعدة 42 من القانون الدولي الإنساني العرفي ونشرتها مطبعة جامعة كامبردج في 2005م على أنه " يجب إيلاء عناية خاصة في حال الهجوم على الشغال الهندسية والمنشآت التي تحوي على قوى خطرة، أي السدود والحواجز المائية والمحطات النووية لتوليد الطاقة الكهربائية والمنشآت الأخرى الواقعة عند أو بمحاذاة هذه الأشغال الهندسية والمنشآت لتجنب انطلاق قوى خطرة تسبب خسائر فادحة بين السكان المدنيين".

ولا شك أن الاعتداء على بعض الموارد الطبيعية يشكل ضررا كبيرا على البيئة الطبيعية، ولهذا اعتبرت كثيرا من الدول الهجمات ضد الشغال الهندسية والمنشآت التي تتجم عنها خسائر فادحة جرما، وأقرت ذلك في تشريعاتها¹⁶.

ونصت القاعدة 43 من القانون الدولي الإنساني العرفي ونشرتها مطبعة جامعة كامبردج في 2005م على أنه " تنطبق المبادئ العامة لإدارة الأعمال العدائية على البيئة الطبيعية:

- 01 لا يجوز الهجوم على أي جزء من البيئة الطبيعية ما لم يكن هدفا عسكريا.
- 02 يحظر تدمير أي جزء من البيئة الطبيعية إلا في الحالات التي تستلزمها الضرورة العسكرية القهرية.
- 03 يحظر الهجوم على هدف عسكري قد يتوقع منه التسبب بأضرار عارضة للبيئة ويكون مفرطا في تجاوز ما ينتظر أن يسفر عنه من ميزة عسكرية ملموسة ومباشرة . وهذه قاعدة واضحة في أن الهجوم على بعض الموارد الطبيعية التي تسبب عند تدميرها أضرارا على البيئة الطبيعية ، يعتبر جرما يحاسب مرتكبه أمام المحاكم الدولية .

وتأكيداً على هذا الأمر فإن اللجنة الدولية للصليب الأحمر مع كثير من المنظمات الدولية المهتمة بالقانون الدولي الإنساني تحرص كل عام على إقامة اليوم العالمي للبيئة: ومن هذه الأيام ما كان في عام 2012 بعنوان: "اليوم العالمي للبيئة: للجنة الدولية ملتزمة بالتنمية المستدامة" وجاء فيه :

البيئة في القانون الدولي الإنساني

تحتل البيئة الطبيعية بوضع "العين المدنية" بموجب القانون الدولي الإنساني، أي أنها تتمتع بالحماية من أي هجوم. تتوقف هذه الحماية عند اعتبار هذه "العين المدنية" هدفاً عسكرياً. إلا أنه في حالة حدوث ذلك، لا تزال المبادئ العامة الواردة في قانون الحرب تطبق ولها قوة القانون العرفي (انظر القاعدة 43 من القانون الدولي الإنساني العرفي ونشرتها مطبعة جامعة كامبردج في 2005م الصادر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر).

بالإضافة إلى ذلك، تحظر الفقرة الثالثة من المادة 35 والمادة 55 من الملحق (البروتوكول) الأول الإضافي لعام 1977 إلى اتفاقيات جنيف لعام 1949 يوم 10 حزيران / يونيو 1977 استخدام وسائل أو أساليب للقتال... "قد يتوقع منها أن تلحق بالبيئة الطبيعية أضراراً بالغة" وتعكف اللجنة الدولية حالياً على تنقيح تعليماتها الخاصة بحماية البيئة الواردة في الأدلة العسكرية 17.

كل هذه المواد والقواعد السابقة تؤكد على أن القانون الدولي الإنساني اهتم اهتماماً كبيراً في الحفاظ على الموارد الطبيعية وحمايتها أثناء النزاعات ، وشدد على من يخالف هذه القواعد بأنه مجرم حرب يحاسب أمام المحاكم الدولية .

المطلب الرابع: مدى استخدام الهجمات في تخريب الأعيان والأحياء المدنية في الشريعة الإسلامية.

يجوز في حالة الضرورة أيضاً تخريب الأعيان المدنية من مبان وأحياء مدنية وأشجار وزروع وثمار وأعقار الدواب والآليات التي يتقون بها بالرمي والتغريق والإحراق ونحوها من الآلة الحالية

قال محمد بن الحسن الشيباني: "ولا بأس للمسلمين أن يحرقوا حصون المشركين بالنار أو يغرقوها بالماء وأن ينصبوا عليها المجانيق، وأن يقطعوا عنهم الماء، وأن يجعلوا في مائهم الدم والعذرة والسم حتى يفسدوه عليهم"¹⁸، وأن يحابوهم بكل سلاح ممكن فيه كسر شوكتهم والحاق الضرر بهم طالما أنهم ممتنعون في حصونهم إذا كان المسلمون لا يتمكنون من الظفر بهم بوج آخر¹⁹.

والأدلة على ذلك من الكتاب والسنة والمعقول:

أ- من الكتاب: قوله تعالى [وَلَا يَطْنُونَ مَوْطِنًا يَغِيظُ الْكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنْ عَدُوٍّ نِيًّا إِلَّا كُتِبَ لَهُمْ بِهِ عَمَلٌ صَالِحٌ إِنَّ اللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ الْمُحْسِنِينَ]²⁰.

وجه الدلالة: أفادت الآية مشروعية كل ما يؤدي إلى كسر شوكتهم وقهرهم وإلحاق الغيظ والضرر بهم وتفريق شملهم؛ لأن كل ذلك مأمور به حسب الآية²¹.

وقوله تعالى: [مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لِينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً عَلَى أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ]²²

وجه الدلالة: قال الطحاوي: ففعلنا بذلك أن هذه الآية أنزلها الله عز وجل على رسول الله صلى الله عليه وسلم ليعلم بها المسلمون أن الذي كان من قطعهم لما قطعوا من نخل بني النضير وتحريقها مباح لهم لا إثم عليهم فيه، وأن الذي تركوه منها فلم يقطعه ولم يحرقوه مباح لهم لا إثم عليهم فيه²³.

قال العز ابن عبد السلام وهو يتحدث عن قاعدة فيما لا يمكن تحصيل مصلحته إلا بإفساده: "أما إتلاف أموال الكفار بالتحريق والتخريب وقطع الأشجار فإنه جائز لإخزائهم وإرغامهم، بدليل قوله تعالى: [مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لِينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً عَلَى أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ]²⁴"²⁵.

ب- من السنة: عَنْ أُسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ، قَالَ: بَعَثَنِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى قَرْيَةٍ يُقَالُ لَهَا: أُبْنَى، فَقَالَ: " ائْتِهَا صَبَاحًا ثُمَّ حَرِّقْ "²⁶.

وجه الدلالة: أفاد بالتصريح مشروعية التخريب ما داموا ممتنعين فهي حالة ضرورة من المعقول: قال السرخسي: "لما جاز قتل النفوس، وهو أعظم حرمة من هذه الأشياء لكسر شوكتهم فما دونه من تخريب البنيان وقطع الأشجار لأن يجوز أولى"²⁷.

ولكن يجب الانتباه على أن هناك قاعدة من قواعد الشريعة الإسلامية توضح أن "الضرورة تقدر بقدرها" بمعنى إذا زال الخطر زال العذر والضرورة، أو الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة، فلا يجوز اللجوء إلى الضرب والقذف العشوائي الذي لا يفرق بين مقاتل وغير مقاتل، أو كان ثمة طريق آخر للظفر بالأعداء، فالأولى سلوكه، في ذلك يقول السرخسي: "لا بأس بتحريق حصونهم وتخزيقها ما داموا ممتنعين فيها، سواء كان فيها قوم من المسلمين أسراء أو مستأمنين أو لم يكونوا، والأولى لهم إذا كانوا يتمكنون من الظفر بهم بوجه آخر ألا يقدموا على التخريق والتحريق؛ لأن في ذلك إتلاف من فيها من المسلمين إن كانوا وإن لم يكونوا، ففي ذلك إتلاف أطفالهم ونسائهم، وذلك حرام شرعاً، فلا يجوز المصير إليه إلا عند تحقق الضرورة، والضرورة فيه ألا يكون لهم طريق آخر يتمكنون من الظفر بهم بذلك الطريق، أو يلحقهم في الطريق الآخر حرج عظيم ومثونة شديدة، فحينئذ لدفع هذه المثونة يباح لهم التحريق" ²⁸.

المطلب الخامس: مدى استخدام الهجمات في حال الضرورة في تخريب الأعيان والأحياء المدنية في القانون الدولي الإنساني.

لقد أخذ القانون الدولي الإنساني مبدأ الضرورة ونص عليها في تشريعاته، واعتبر أن الحرب في أساسها لا تنشأ إلا عن ضرورة قصوى، وهي وسيلة، بل يجب أن تكون الوسيلة الأخيرة التي تستخدمها دولة لإجبار دولة أخرى على الإذعان والاستسلام.

فقد جاء في إعلان سان بطرسبرغ لعام 1868 بشأن حظر استعمال بعض القذائف في وقت الحرب، والذي أرسى قاعدة مفادها "إن الهدف الوحيد المشروع الذي يجب أن تسعى إليه الدول أثناء الحرب هو إضعاف قوات العدو العسكرية، لذلك فإن إقصاء أكبر عدد ممكن من الجنود يكفي لتحقيق هذا الغرض". "الحرب إذًا تنطوي على استخدام ما يلزم من سبل الإكراه للوصول إلى تلك النتيجة، وبالتالي فإن كل العنف الذي لا ضرورة له لتحقيق هذا الهدف إنما هو عنف لا غرض له، ويصبح مجرد عمل وحشي.

واتفق الفقه والقضاء الدوليين على أن الضرورة العسكرية محكومة ومقيدة بعدة شروط قانونية وهي :

- أ- ارتباط قيام هذه الحالة بسير العمليات الحربية خلال مراحل القتال بين المتحاربين، أو لحظة الاشتباك المسلح بين قوات الاحتلال والمقاومة، ولذلك لا يمكن الادعاء بتوافر الضرورة الحربية في حالة الهدوء وتوقف القتال.
 - ب- الطبيعة المؤقتة وغير الدائمة للضرورة الحربية، وإنما هي- بالنظر لطابعها الاستثنائي- ليست أكثر من حالة واقعية تبدأ ببداية الفعل وتنتهي بنهايته وزواله. فإذا ما كان مبرر هذه الضرورة مثلاً تدمير منزل لصد هجوم، زالت هذه الضرورة بانتهاء التدمير أثناء الهجوم، ولكن لا يجوز تدمير المنزل بعد انتهائه .
 - ت- ألا تكون الإجراءات المستخدمة لتنفيذ حالة الضرورة محظورة بموجب أحكام وقواعد القانون الدولي كالتدرع باستخدام الأسلحة المحرمة دولياً أو قصف وإيذاء السكان المدنيين أو عمليات الثأر والاقتصاص من المدنيين وممتلكاتهم بحجة الضرورة العسكرية .
 - ث- أن لا يكون أمام القوات المتحاربة في حالة الضرورة أي خيار بتحديد طبيعة ونوع الوسائل سوى التي استخدمت بالفعل، حال قيام وتوافر الضرورة الحربية، والتي تسمح باستخدام وسائل متفاوتة الضرر، مثل استخدام وسيلة الاستيلاء والمصادرة للممتلكات كإجراء بديل عن التدمير أو الأسر بدلاً من القتل كما ذكرنا سابقاً. ويجب في هذه الحالة على القوات المتحاربة العزوف عن التدمير أو القتل، واللجوء إلى استخدام البدائل الأخرى الأقل ضرراً²⁹.
- وبهذا يكون القانون الدولي الإنساني قيد بشكل كبير اللجوء إلى حالة الضرورة، ووضع لها شروطاً صارمة للجوء إليها، ومن يتعدها أعتبر مجرم حرب ومنتهاك لقواعد القانون الدولي الإنساني.
- ووافق القانون الدولي الإنساني الشريعة الإسلامية في مبدأ الضرورة واللجوء إليها، والتدرج في الاعتداء على الموارد الطبيعية، ولا يجوز الانتقال من مرحلة إلى أخرى إلا بعد أن استنفاد المرحلة التي قبلها، وإذا زال الخطر، زالت الضرورة.

لكن نظرة الشريعة أكثر رحابة في جانب الضرورة والحاجة التي تنزل منزلة الضرورة بناء على أنه يفعل في زمن الحرب ما لم يكن مشروعاً فيما دونه.

الخاتمة

من خلال الدراسة والبحث لموضوع حماية الموارد الطبيعية بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني في وقت النزاعات توصلنا إلى بعض النتائج المهمة، وبناء على هذه النتائج نوصي ببعض الأمور.

نتائج البحث

01 أن الشريعة الإسلامية تزخر بدعوى الحفاظ على البيئة والموارد الطبيعية ومكوناتها الحية وغير الحية، سواء كان في السلم أو الحرب .

02 وافق القانون الدولي الإنساني الشريعة الإسلامية في الحفاظ على الموارد الطبيعية التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين، وعدم مهاجمتها أو تدميرها أو نقلها

03 وافق القانون الدولي الإنساني الشريعة الإسلامية باعتبار من هاجم أو دمر أو نقل الموارد الطبيعية وكان لها تأثير على حياة الناس، بأن هذا الفعل جريمة حرب يحاسب مرتكبه أمام المحاكم الدولية .

04 أجاز المشرع الإسلامي اللجوء إلى تخريب ومهاجمة الموارد الطبيعية في حالة الضرورة القصوى، وفي حال زال الخطر زالت الضرورة، فالضرورة تقدر بقدرها.

05 أخذ القانون الدولي الإنساني مبدأ الضرورة ونص عليها في تشريعاته، واعتبر أن الحرب في أساسها لا تنشأ إلا عن ضرورة قصوى، وهي وسيلة، بل يجب أن تكون الوسيلة الأخيرة التي تستخدمها دولة لإجبار دولة أخرى على الإذعان والاستسلام.

التوصيات

بناء على ما استنتج من الدراسة نوصي بالآتي:

01 العمل على نشر على قواعد الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني، التي تنص على حماية الموارد الطبيعية أثناء النزاعات المسلحة على أوسع نطاق.

02 التأكيد والتنبية على أن مبدأ الضرورة (الضرورة العسكرية) في الاعتداء والهجوم على الموارد الطبيعية، لا يكون إلا في حال الضرورة القصوى، وأن الضرورة تقدر بقدرها.

03 تفعيل دور المحاكم الجنائية الدولية لمحاكمة من يعتدون على الموارد الطبيعية، باعتبارها جريمة حرب يحاسب عليها القانون الدولي الإنساني .
الهوامش والإحالات:

- (1) موسوعة البيئة <http://www.bee2ah.com> ستار تايمز <http://www.startimes.com>
- (2) المرجع السابق.
- (3) [البقرة: 60]
- (4) [الشعراء: 151]
- (5) [البقرة: 205]
- (6) السنن الكبرى، البيهقي، (18148) (152/9)، الموطأ، مالك برواية يحيى الليثي (1292) (2 / 447)
- (7) بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام - (2 / 213).
- (8) السنن الكبرى، البيهقي، (18148) (152/9) الموطأ-رواية يحيى الليثي- (447/2)
- (9) انظر قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العز بن عبد السلام (125/1).
- (10) شرح فتح القدير، ابن الهمام (5 / 447).
- (11) [الأعراف: 31]
- (12) [الإسراء: 29]
- (13) عبد القادر الطرابلسي. أضواء على مشكلة الغذاء بالمنطقة العربية الإسلامية» المبحث الثاني: الإسلام وحماية البيئة
- (14) إعلان سان بترسبورغ لسنة 1868 بغية حظر استعمال قذائف معينة في زمن الحرب، د. عامر الزمالي. مقالات في القانون الدولي الإنساني والإسلام ص163،

- موقع الصليب الأحمر. الأسلحة نظرة عامة 2010/4/15.
- <https://www.icrc.org/ar/war-and-law/weapons>
- (15) اللجنة الدولية للصليب الأحمر. أساليب الحرب ووسائلها. 15-04-2010 نظرة عامة <https://www.icrc.org/ar/war-and-law>
- (16) جون ماري هنكرتس - لويز دوزوالد بك القانون الدولي الإنساني العرفي . المجلد الأول: القواعد . اللجنة الدولية للصليب الأحمر . القاهرة 2007م .
- (17) اليوم العالمي للبيئة: اللجنة الدولية ملتزمة بالتنمية المستدامة " تحقيقات: 04-06-2012.
- (18) شرح السير الكبير، السرخسي (4/ 1467).
- (19) انظر مختصر اختلاف العلماء، الطحاوي (432/3) .
- (20) [التوبة: 120]
- (21) انظر: شرح السير الكبير، السرخسي (4/ 1467).
- (22) {الحشر: 5}.
- (23) شرح مشكل الآثار، الطحاوي (3/ 143).
- (24) {الحشر: 5}
- (25) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العز بن عبد السلام (1/ 92).
- (26) مسند الإمام أحمد، (21785) (36/ 118) قال شعيب الأرناؤوط: صحيح.
- (27) شرح السير الكبير، السرخسي (4/ 1554).
- (28) المرجع السابق (1/ 43).
- (29) سلسلة القانون الدولي الإنساني رقم (2) المبادئ الأساسية للقانون الدولي الإنساني 2008. منقول عن: ناصر الرئيس، دليل تدريبي حول القانون الدولي الإنساني، مؤسسة الحق، طبعة 10. 2005 .

تاريخ القبول: 2020/12/05

تاريخ الإرسال: 2020/11/03

دور مجلس الأمن في حماية حقوق الإنسان

The role of the united nations security council in protecting human rightsسالم حوة*¹

جامعة غرداية، (الجزائر)، salem.haoua@gmail.com

المخلص:

لقد شكل تحقيق احترام حقوق الإنسان أساسا لتبلور نظام قانوني دولي يعرف بالقانون الدولي لحقوق الإنسان، تطلب ذلك مرحلتين أساسيتين؛ تتمثل المرحلة الأولى في مرحلة بناء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان عبر قيام الفقه والمنظمات غير الحكومية الدولية بنشر الوعي بأهمية مسألة حقوق الإنسان ما يؤثر بالضرورة في الموقف الرسمي للدول والذي انتهى بصوغ نصوص اتفاقية دولية حددت مضمونها.

تتمثل المرحلة الثانية في مرحلة إعمال وتفعيل تلك القواعد وذلك عبر المساهمة الفاعلة لأجهزة الأمم المتحدة لذلك يجب على مجلس الأمن أن يلعب دورا فعالا في منع اندلاع النزاعات المسلحة خاصة غير الدولية منها والمساهمة في بلورة حلول سياسية لها عبر اعتماد الإجراءات التالية؛ العقوبات الذكية، المتابعة الجنائية وقوات السلام، سينعكس ذلك إيجابا على تحقيق احترام وترقية حقوق الإنسان .

الكلمات المفتاحية: حقوق الإنسان، القانون الدولي لحقوق الإنسان، الأمم المتحدة، مجلس الأمن، العقوبات الذكية، عمليات حفظ السلام القوية.

Abstract:

The international protection of human rights has been the origin of an international legal order called the international human rights law. This new branch emerged from many multi-lateral conventions defining the various individual and collective rights human beings deserve.

*المؤلف المرسل

The realization of these rights required the active contribution of the united nations and its organs. The security council may participated actively in respecting human rights when dealing with situation threatening peace and security through ;united nations sanctions, strong peace missions and even the criminal prosecution

Keywords: human rights, international human rights law, united nations, security council, united nations sanctions, strong peace missions.

1. مقدمة:

لقد شكل ميلاد منظمة الأمم المتحدة بعد التصديق على ميثاقها في 15 أكتوبر 1945 و دخوله حيز النفاذ في 31 جويلية 1945 بداية نظام دولي جديد سلمي وآمن بعد الفشل الذريع لعصبة الأمم ، لذلك أكد محررو الميثاق الأممي على وجوب أن يقوم النظام على المبادئ التالية ؛ المساواة ، السيادة والتعايش ، التعاون ، نبذ اللجوء إلى القوة والحل السلمي للنزاعات واحترام حقوق الإنسان ، تم إنشاء أجهزة عهد إليها بتحقيق هذه الأهداف على رأسها مجلس الأمن الذي يملك اختصاصات واسعة لكن تأثيره جد متواضع على الساحة الدولية لعجزه في التصدي للكثير من القضايا التي طرحت عليه وذلك بسبب عدم توافر الإجماع السياسي ، جعل هذا الواقع الفقه ينقسم فريقين ؛ الفريق الأول يعتبر أن مجلس الأمن لا يملك أي اختصاص في مسألة حقوق الإنسان لأن أحكام الميثاق تؤكد صراحة أنه جهة تنفيذية ينحصر اختصاصه الأصيل في الحفاظ على السلم والأمن الدوليين ، بينما يعتبر الفريق الثاني أن مجلس الأمن يمتلك اختصاص حماية وترقية حقوق الإنسان ، سوف نحاول أن نحسم هذه الإشكالية عبر تبيان ؛ أولا الأساس القانوني لاختصاص مجلس الأمن بحماية وترقية حقوق الإنسان ، ثانيا آليات مجلس الأمن لحماية وترقية حقوق الإنسان .

2. الأساس القانوني لاختصاص مجلس الأمن بحماية وترقية حقوق الإنسان

من الثابت أن المجتمع الدولي يخضع لتنظيم تشكل الأمم المتحدة وأجهزتها والوكالات المتخصصة التابعة لها نواته الأساسية، لذلك يجب أن نرجع إلى ميثاق الأمم المتحدة كما الممارسة الدولية لنستشف هل يملك مجلس الأمن باختصاص حماية وترقية حقوق الإنسان.

1.2 أحكام الميثاق الأمم المتحدة

تؤكد أحكام الميثاق الأممي أن مجلس الأمن يعمل في أداء واجبات حفظ السلم والأمن الدوليين وفقا لمقاصد "الأمم المتحدة" ومبادئها¹، حيث يعتبر ضمان حقوق الإنسان وحماية حرياته الأساسية أهم هذه المقاصد وهذا ما تؤكد صراحة أحكام الميثاق².

لقد ظهر رأي فقهي يعتبر أن خلو ميثاق منظمة الأمم المتحدة من نصوص صريحة مفصلة تحدد مفهوم حقوق الإنسان هو قرينة قاطعة على عدم انصراف إرادة المحررين لإعطاء أهمية لحقوق الإنسان في النظام العالمي الجديد الذي تشكل الأمم المتحدة أساسه، لكن نعتقد أن هذا الرأي قاصر ودليلا هو فشل مسعى وزير خارجية بنما "ريكاردو الفارو" بمساندة كوبا وتشيلي لإدراج ورقة البحث الصادرة عن لمعهد الأمريكي للقانون في 1944 الموسومة بـ "Statement of Essential Human Rights" والتي هدفت إلى تحديد قائمة لحقوق الإنسان والحريات الأساسية بل وأكدت على مبادئ عدم التمييز وتقرير المصير³، يرجع اعتماد محوري ميثاق الأمم المتحدة الإجمال وعدم التفصيل خاصة فيما يتعلق بحقوق الإنسان للأسباب المنطقية التالية؛ أولا العجلة لبلورة ميثاق يشكل الأساس القانوني لمنظمة دولية ستشكل نواة التنظيم الدولي بدل عصبه الأمم، ثانيا تحقيق إجماع الدول تجاوز المصالح الوطنية خاصة مبدأ السيادة المقدس وكذلك الاختلاف الإيديولوجي بين الدول الليبرالية والاشتراكية.

لقد بدأت الجهود حثيثة لبناء النظام القانوني لحماية حقوق الإنسان بعد التصديق على ميثاق الأمم المتحدة في 15 أكتوبر 1945 ودخوله حيز النفاذ في 31 جويلية 1945، كانت الخطوة الأولى هي عملية صوغ ميثاق دولي لحقوق الإنسان Une charte internationale des droits de l'homme لذلك قامت لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان بعد تكليف المجلس الاقتصادي والاجتماعي لها بموجب المادة 68 من ميثاق الأمم المتحدة بصوغ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في اجتماع تاريخي عقد بباريس في 10 ديسمبر 1948

أي بعد ثلاثة سنوات فقط من قيام الأمم المتحدة ، تم صوغ ثلاثة موانيق دولية : العهد الأول المتعلق بالحقوق المدنية و السياسية ، العهد الثاني المتعلق بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية والثقافية ، بالإضافة إلى البرتوكول الاختياري الأول المتعلق بالاتفاقية الدولية للحقوق المدنية و السياسية وأقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966 ، شكل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و العهدين الدوليين لحقوق الإنسان ما يطلق عليه بالميثاق العالمي لحقوق الإنسان أو الشرعة الدولية لحقوق الإنسان ، لقد كان بروز قانون دولي لحقوق الإنسان حافزا لتكوين أنظمة إقليمية لحماية حقوق الإنسان لأن نظام الأمم المتحدة يشجع العمل الإقليمي ، ظهرت ثلاثة موانيق إقليمية متعلقة بحماية حقوق الإنسان ؛ الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب .

2.2 مسؤولية الحماية

يقوم التنظيم الدولي الحديث على قاعدة احترام سيادة الدول وهو ما يفترض عدم تدخل الدول في شئون بعضها البعض لذلك كرس ميثاق الأمم المتحدة قاعدتين ؛ أولا عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول " ليس في هذا الميثاق ما يسوغ "للأمم المتحدة" أن تتدخل في الشؤون التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما ، وليس فيه ما يقتضي الأعضاء أن يعرضوا مثل هذه المسائل لأن تحل بحكم هذا الميثاق، على أن هذا المبدأ لا يخل بتطبيق تدابير القمع الواردة في الفصل السابع" ، ثانيا منع استعمال القوة " يتمتع أعضاء الهيئة جميعا في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة"⁴، كما أسهمت الجمعية العامة للأمم المتحدة في تكريس تلك المبادئ حيث اعتمدت في 21 / 10 / 1965 بالإجماع " إعلان عدم قبول التدخل في الشؤون الداخلية للدول وحماية سيادتها وسيادتها"⁵، واتبعته في 24 / 10 / 1970 ب " إعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون"⁶، ثم " إعلان عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول"⁷.

لقد تميزت مرحلة ما بعد الحرب الباردة بانفجار نزاعات مسلحة غير دولية تميزت بمستوى عنف جسيم كان المدنيين هم أكبر ضحاياها ما دفع مجلس الأمن لتقرير التدخل العسكري بعدما اعتبر قمع الأكراد في شمال العراق والنزاع في الصومال تهديد للسلم والأمن الدوليين⁸، فشلت تجارب التدخل العسكري في الصومال ، رواندا ، البوسنة والهرسك وكوسوفو لأنه لم يساعد على حل النزاع ومنع ارتكاب مجازر بحق المدنيين بل فاقمها ، لذلك أصبح التدخل الإنساني موضوع نقاش رسمي حاد بعد أن كان موضوع جدل فقهي ما دفع الأمين العام للأمم المتحدة " كوفي عنان " إلى إرسال مذكرة في سبتمبر 1999 للجمعية العامة في دورتها 54 موسومة " آفاق الأمن الإنساني والتدخل في القرن المقبل " تتضمن دعوة لبلورة حلول تمكن من تحقيق أهداف وغايات الميثاق الأممي خاصة فيما تعلق باحترام حقوق الإنسان⁹.

لقد أصبح من الثابت أن الدول تتحمل بالتزام حماية مواطنيها من كوارث جسيمة وأكيدة الوقوع ؛ أفعال إبادة ، تطهير عرقي ، عنف جنسي ، الموت جوعا ، انتشار أوبئة فتاكة... الخ ، ينتقل التزام الحماية هذا إلى الجماعة الدولية عند عدم وفاء الدول بهذا الالتزام لعجزها أو لعدم رغبتها بسبب نزاع مسلح داخلي ، حرب أهلية أو عدم توفر القدرة المادية والبشرية لفشل الدولة ، يجد هذا الالتزام أساسه في الآتي ؛ أولا مبدأ سيادة الدول حيث أن الدول هي من تمتلك ممارسة السلطة الحصرية على إقليمها، ثانيا الميثاق الأممي حيث تؤكد المادة 24 على اختصاص مجلس الأمن في أداء واجبات حفظ السلم والأمن الدوليين وفقا لمقاصد "الأمم المتحدة" ومبادئها والتي من أهمها مسألة حقوق الإنسان¹⁰، ثالثا الالتزامات القانونية المترتبة على القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني وأخيرا الممارسات الحديثة لمجلس الأمن وأخيرا الممارسات الحديثة للدول ومجلس الأمن المنظمات الإقليمية ، يتمثل مضمون مسؤولية الحماية في عدة مستويات ؛

- أولا مسؤولية الوقاية بجب على الدول أن تبذل ما في وسعها لتجنب نشوء الأزمات السياسية والاقتصادية طبعا ذلك يستلزم الحكم الراشد الذي يقوم على الشفافية والديمقراطية التشاركية التي تركز الحوار لرسم السياسات وحل المشاكل ، كما يجب

على أعضاء المجتمع الدولي دولاً ومنظمات حكومية دولية مساعدة الدول في الوفاء بالتزام الوقاية عبر المساعدة في الانتقال الديمقراطي ورفض الاعتراف بالأنظمة الانقلابية وتقديم المعونة المالية والتقنية لتجاوز الأزمات الاقتصادية وبذل كل الوسع لحل الأزمات والنزاعات وديا .

- ثانياً مسؤولية رد الفعل عند فشل إجراءات الوقاية يجب على المجتمع الدولي دولاً والمنظمات الحكومية الدولية أن لا تكتفي بالتنديد بل يجب أن تقوم برد فعل مناسب عبر تفعيل إجراءات إكراهية ؛ فرض عقوبات سياسية واقتصادية والمتابعة الجنائية ، يمكن اللجوء للتدخل العسكري بوصفه إجراء استثنائياً عند وقوع انتهاكات مكثفة لحقوق الإنسان تتصف بالجسامة ؛ قتل على نطاق واسع بدوافع إبادة سواء أكان بمساهمة أو تواطؤ سلطات الدولة المعنية بعدم التدخل أو تقصير منها بسبب عجزها نتيجة لفشل الدولة وغياب أجهزتها ، أعمال تطهير عرقي على نطاق واسع بالقتل أو التهريب باستعمال التعذيب والعنف الجنسي أو التهجير القسري.

من الثابت أن نجاح عملية التدخل العسكري مرهون باعتماد المبادئ التالية ؛ أولاً الإرادة الصحيحة Right intention حيث أن الهدف الأساسي للتدخل هو وضع حد لمعاناة الأفراد عبر وقف انتهاك حقوق الإنسان وذلك عبر استخدام وسائل الإعلام لكسب مباركة الرأي العام الدولي والمحلي والقيام بالتدخل تحت مظلة منظمة إقليمية لأنه سبيل ضمان مساهمة دول كثيرة ، ثانياً الحل الأخير فشل الطرق الودية وحتى الطرق الإكراهية غير العسكرية في حل النزاع أو الأزمة هنا يصبح التدخل العسكري ضرورة ، السلطة المختصة The right authority يجب أن تكون الجهة المختصة بتقرير التدخل العسكري مجلس الأمن وذلك عبر إصدار قرار بالإجماع بمبادرة من الدول الأعضاء أو بناء على طلب من الأمين العام للأمم المتحدة أو بناء على طلب من الدول الأعضاء في الأمم المتحدة ، إذا عجز مجلس الأمن عن اتخاذ قرار في المسألة بسبب استحالة توافر الإجماع السياسي نتيجة استخدام دولة عظمى أو أكثر لحق الفيتو وازدادت حدة النزاع من حيث جسامة الانتهاكات لحقوق الإنسان وتهديد السلم والأمن الدوليين ، يمكن دعوة الجمعية العامة للأمم المتحدة للانعقاد في دورة طارئة لكي تقرر

التدخل العسكري كما حدث مع قرار الاتحاد من أجل السلام الذي تم التدخل العسكري في الحرب الكورية.

يفترض نجاح التدخل العسكري توافر الشروط التالية ؛ أولا تحديد الأهداف بدقة لذلك يجب أن يحدد قرار مجلس الأمن أهداف العملية عبر تحديد الاختصاصات الممنوحة للقوة التي ستقوم بالتدخل العسكري ، ثانيا بناء نظام سلمي فعال لضمان السيطرة والقيادة خاصة وأن القوات العسكرية تتكون من جنسيات متعددة ، ثالثا تحديد قواعد فك الاشتباك بدقة حيث يجوز للقوات أن تستخدم القوة العسكرية للدفاع عن النفس بما يتناسب مع شدة الاعتداء مع الاحترام الصارم لقواعد القانون الدولي ، رابعا التنسيق مع منظمات الإغاثة .

- ثالثا مسؤولية إعادة البناء يجب على المجتمع الدولي دولا والمنظمات الحكومية الدولية أن لا يتوقف رد فعلها عند نجاح الإجراءات الإكراهية التي اتخذتها بوقف أعمال العنف وبلورة حل سياسي بل يجب عليها أن تدعم ذلك ببناء دولة ديمقراطية ، يتطلب الوفاء بهذا الالتزام القيام بالإجراءات التالية ؛ المشاركة في بناء مؤسسات الدولة وإن لزم الأمر الإدارة المباشرة للإقليم من قبل موظفين أممين ، توفير قوة حفظ سلام للقيام بمهام حفظ النظام ، تقديم المعونة المادية والتقنية ، الرقابة على التحول الديمقراطي من خلال تحضير ورقابة الانتخابات الخ .

3. آليات مجلس الأمن لحماية وترقية حقوق الإنسان

تتمثل الإجراءات التي يملها مجلس الأمن لتحقيق حماية واحترام حقوق الإنسان في الآتي؛

1.3 العقوبات الذكية

تؤكد أحكام الميثاق تحمل الدول الأعضاء بالالتزام الامتناع في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة¹¹، يقرر مجلس الأمن ما إذا كان قد وقع تهديد للسلم أو إخلال به أو كان ما وقع عمل من أعمال العدوان ثم يقرر مجلس الأمن توصياته أو يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير طبقا لأحكام المادتين 41 و

42 لحفظ السلم والأمن الدوليين أو إعادته إلى نصابه¹²، أولاً يمكن لمجلس الأمن بعدها اتخاذ ما يراه مناسباً من إجراءات لإعادة السلم والأمن الدوليين إلى نصابه أو المحافظة عليه وذلك بموجب الفصل السابع ، تؤكد المادة 41 على أن لمجلس الأمن أن يقر ما يجب اتخاذه من التدابير التي لا تتطلب استخدام القوات المسلحة لتنفيذ قراراته ونذكر على سبيل الذكر لا الحصر ؛ الصلات الاقتصادية والمواصلات الحديدية والبحرية والجوية والبريدية والبرقية واللاسلكية وغيرها من وسائل المواصلات وفقاً جزئياً أو كلياً وقطع العلاقات الدبلوماسية¹³، يمكن لمجلس الأمن إذا قدر أن التدابير المنصوص عليها في المادة 41 لا تفي بالغرض أو ثبت أنها لم تف به اللجوء إلى العمل العسكري حيث يجيز له الميثاق أن يتخذ بطريق القوات الجوية والبحرية من الأعمال لفرض الحصار البحري السلمي¹⁴.

لقد تدخل مجلس الأمن بعد اندلاع الأزمة في رودسيا بموجب الفصل السابع وفرض عقوبات اقتصادية إعمالاً للمادة 41 من الميثاق الأممي¹⁵، أقدم مجلس الأمن مع توسيع مجال العقوبات الاقتصادية على إنشاء لجنة فرعية وذلك بموجب المادة 28 من التنظيم الداخلي المؤقت لمجلس الأمن¹⁶، عهد إلى هذه اللجنة اختصاص فحص تقارير الأمين العام حول تطبيق القرار 253 ومطالبة الدول بتقديم المعلومات التي تراها ضرورية وتقديم تقرير إلى مجلس الأمن يتضمن ملاحظات اللجنة¹⁷ ، لعبت لجنة روديسيا دوراً كبيراً في تفعيل الرقابة على العقوبات الاقتصادية ما جعل مجلس الأمن يعتمد عليها باضطراد¹⁸.

تؤكد مختلف التجارب الفشل الذريع للعقوبات الاقتصادية حيث أنها لم تحقق النتائج المرجوة لأنها في الغالب لا تؤثر على الحكام بل تنحصر أثارها السلبية على المدنيين والام المدنيين لا تحقق نتائج سياسية ، فقد أكد الأمين العام للأمم المتحدة " بطرس غالي " أن العقوبات تتسبب في معاناة الفئات الضعيفة وتعد عمل إنساني للوكالات المتخصصة للأمم المتحدة وتتسبب في آثار طويلة الأمد على القدرة الإنتاجية للبلد المستهدف بل وتولد آثاراً سلبية على الدول خاصة الدول المجاورة .

لقد أدت الآثار السلبية للعقوبات الاقتصادية على المدنيين خاصة الفئات الضعيفة حيث تؤدي إلى انتهاك حقوقهم الأساسية المتمثلة في الغذاء والعلاج والدواء رغم أنها في الأصل قررت لتعزيز السلام وحقوق الإنسان إلى تبلور رأي عام دولي معارض ، فقد دعت عدة منظمات حكومية دولية كالإونيسيف ومنظمة الصحة الدولية وبرنامج الغذاء الدولي إلى إلغاء آلية العقوبات الاقتصادية التقليدية التي توصف بالعمياء واعتماد عقوبات اقتصادية موجهة أو ذكية.

تمثل العقوبات الذكية تراجعا عن مقارنة العقوبات الشاملة واعتماد مقارنة تعتمد العقوبات الجزئية المؤثرة على الحكام وليس على المواطنين العاديين ، توصف العقوبات بالذكية إذا توفرت أخذت بعين الاعتبار المعايير التالية ؛ أولا تخفيف العواقب الإنسانية على المدنيين عموما وخصوصا الفئات الضعيفة ، ثانيا استهداف الطبقة الحاكمة ، ثالثا تناسب شدة العقوبات مع النتائج المرجاة ، رابعا الجمع بين سياسة الترغيب والترهيب لتحقيق الهدف المرجو وهو خضوع الحكومة بأقل الأضرار وفي أقصر مدة ، يستلزم تحقيق العقوبات الذكية بذل الجهد في تصميم العقوبات على النحو التالي ؛

- تجميد الأصول والأموال الحكومية والخاصة بالطبقة الحاكمة الموجودة في البنوك الأجنبية .

- الحظر على الأسلحة وكل المواد التي يمكن أن تستخدم في التسليح العسكري .
- الحظر الدبلوماسي عبر تخفيض التمثيل الدبلوماسي وقطع العلاقات الدبلوماسية التضييق على الدولة في المشاركة في المؤتمرات الدبلوماسية والمنظمات الحكومية الدولية عبر التشدد في منح تأشيرات الدخول لممثليها .

- حظر السفر على المسؤولين الحكوميين والكيانات المستهدفة وعزل الدولة المعنية عبر إغلاق مكاتب الطيران الأجنبية ووقف رحلات الطيران المدني .

- الحظر التجاري على السلع الحيوية ذات القيمة المالية العالية كالنفط والذهب والماس كونها مورد للأطراف المستهدفة بالعقوبات إما بمنعها من دخول الأسواق الدولية أو بمنع تحويل أموال البيع عبر تجميدها في البنوك الأجنبية .

- العقوبات المالية عبر تجميد الأصول والأموال الحكومية ، فرض عقوبات على البنوك الحكومية وقد يصل الأمر حد عزلها عن النظام العالمي .
- تجميد الاستثمارات الأجنبية في المشاريع الاقتصادية وحظر بيع آلات الإنتاج الجديدة وقطع الغيار .

2.3 عمليات حفظ السلام

أعقب إنشاء الأمم المتحدة حدوث نزاعات مسلحة بسبب الصراع بين الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتي السابق فشل مجلس الأمن في تفعيل نظام الأمن الجماعي الذي وضعه الميثاق الأممي تحت الفصل السابع بموجب المادة 43 بسبب عجزه لانعدام توافر الإجماع السياسي بين الدول الخمس الكبرى التي تملك حق النقض " الفيتو " ، ابتدع مجلس الأمن آلية قوات حفظ السلام لمواجهة اندلاع النزاعات المسلحة التي اندلعت في ستينيات القرن الماضي معتمدا الفصل السادس من الميثاق الأممي الذي يؤسس للحل السلمي للنزاعات الدولية حيث أطلق المجلس عملية سلام لمواجهة الأزمة في الكونغو وذلك بإنشاء قوة مسلحة ومنحها اختصاص منع اندلاع حرب أهلية ولو تطلب ذلك استعمال القوة من دون أن يعتمد الفصل السابع كأساس قانوني¹⁹ ، يقوم التصور الكلاسيكي لعملية حفظ السلام الذي يقوم على قوات فصل محدودة العدد يكون تسليحها خفيف تعتمد الحياد المطلق وعدم استخدام القوة إلى في حالة الدفاع الشرعي²⁰.

لقد أصبح من الثابت أهمية حقوق الإنسان ليس فقط فيما يتعلق بحفظ السلم والأمن الدوليين بل يتعداه إلى التطور الاقتصادي والرفي الحضاري للمجتمع الدولي والبشرية لذلك أولت الأمم المتحدة كل جهودها لتحقيق احترام وترقية حقوق الإنسان ، كان المأمول أن تؤدي نهاية الحرب الباردة إلى مرحلة سلام وتعاون دولي لكن الأمر كان عكس ذلك حيث حدثت جملة معطيات عقدت الوضع الدولي ؛ أولا انفجرت عديد النزاعات المسلحة غير الدولية التي ينبع معظمها من الداخل وتؤدي إلى تفكك الدول وتستهدف السكان المدنيين بشكل منتظم حيث يطاردون بسبب انتماءاتهم العرقية²¹ ، انعكست النزاعات المسلحة غير الدولية على المدنيين حيث كانوا أكثر المتضررين

حيث تعرضوا لشتى أنواع الأذى من قتل وتعذيب مثلاً وصل عدد الضحايا في رواندا في مدة 04 أشهر أي من 6 أبريل 1994 إلى 18 جويلية 1994 إلى ما بين 500 ألف إلى 800 ألف ضحية من التوتسي والهوتو المعتدلين بالإضافة إلى ملايين النازحين والمهجرين في الدول المجاورة ، ثانياً لم يصبح العنف السياسي حكراً على الدول ظهرت مجموعات مسلحة تشن أعمالاً إرهابية وحروباً تهدد أمن الدول مبررها في ذلك الدفاع عرق معين أو دين معين أو عن قيم تتجاوز الحدود القطرية²²، كان على مجلس الأمن مواجهة هذه التحديات الجسيمة التي تهدد السلم والأمن الدوليين عبر اللجوء إلى صنف جديد من عمليات حفظ السلام ولكن تحت الفصل السابع يطلق عليها الفقه عمليات حفظ السلام التي توصف بالقوة ، تقوم هذه العمليات على قوات كبيرة العدد تتوافر على أسلحة متوسطة وحتى الثقيلة كما يمكن أن تتوافر على دعم جوي ، تهدف هذه العمليات إلى صنع السلم Peace Making أو بناء السلم Peace Building لذلك تتنوع أهداف عمليات حفظ السلام القوي ؛ أولاً حفظ الأمن والنظام العام عبر القيام بمهام الشرطة والمساهمة في بناء جهاز شرطة مدني عبر القيام بالتأطير والتدريب ، ثانياً حماية المدنيين عبر إقامة مناطق آمنة تحرسها قوات أممية وإقامة مخيمات توفر الأمن والغذاء والعلاج ، ثالثاً المساعدة في تأمين وصول المساعدات الإنسانية ، رابعاً المساعدة في عملية المصالحة عبر المساهمة في نزع سلاح المعارضة المسلحة وإعادة إدماج المقاتلين في قوات الجيش والشرطة ، يتطلب تحقيق هذه الأهداف الحياد الإيجابي الذي يفرض استعمال القوة العسكرية لقمع أي اعتداء على القوات الأممية أو أطراف النزاع الأخرى أو المدنيين²³، يمكن لمجلس الأمن عند عدم خضوع أطراف النزاع لقراراته أن يلجأ إلى معاقبة الطرف المعتدي عبر عمل عسكري يقوم به تحالف دولي .

تؤكد الممارسات الحديثة لمجلس الأمن لجوءه المتزايد إلى عمليات حفظ السلام القوي التي تعتمد الفصل السابع مع بداية الألفية الثالثة²⁴، يرجع سبب تفضيل مجلس الأمن لعمليات حفظ السلام التي توصف بالقوة إلى العوامل التالية ؛ أولاً توافر الإجماع السياسي بعد نهاية الحرب الباردة ، ثانياً موافقة أطراف النزاع على تدخل الأمم

المتحدة لأن ذلك يتم في إطار أنفاق السلام وأحيانا تقوم الدول المعنية بطلب ذلك صراحة كما فعلت ليبيريا ، وأحيانا لا تكون هناك حاجة لموافقة الدولة المعنية لأنها أصبحت دولة فاشلة بعد انهيار كل مؤسساتها كما هو الحال في الحالة الصومالية ، ثالثا اعتماد عملية السلام القوية " **Robuste** " التي تمكن من استخدام القوة ليس للدفاع عن النفس بل لتحقيق أهدافها وهو تطور نوعي أخذ بعين الاعتبار النقائص التي أدت إلى فشل تجارب عمليات السلام في التسعينات وبخاصة التجربة الصومالية²⁵.

3.3 المتابعة الجنائية

لقد عجز مجلس الأمن الدولي في تسعينيات القرن الماضي عن بلورة حل سياسي للأزمة وذلك بسبب انعدام التوافق السياسي بين أعضائه لكن حجم انتهاكات القانون الدولي الإنساني دفع بمجلس الأمن للتحرك حيث قام مجلس الأمن بمواكبة النزاع في البوسنة والهرسك منذ 1992 حيث عبر عن إنشغاله بأعمال العنف الدائرة هناك ثم أكد على أن النزاع يشكل تهديدا للسلام والأمن الدوليين كما أكد على المسؤولية الجنائية الفردية للأشخاص المفترضة مسؤوليتهم عن تلك انتهاكات القانون الدولي الإنساني²⁶ ، ثم قرر إنشاء لجنة من الخبراء بموجب القرار 780 / 1992 قامت بتحقيق ميداني معمق من خلال القيام بزيارات ميدانية تضمنت استخراج الجثث من المقابر الجماعية والاستماع إلى شهادة الضحايا والشهود ، قدمت اللجنة في 1994 تقريرا حوى على 65000 وثيقة من المستندات و 300 ساعة من الشرائط فضلا عن 3300 صفحة من التحليلات²⁷ ، شكل هذا التقرير قرينة قاطعة على حجم الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني التي حدثت في يوغسلافيا السابقة والحاجة إلى إنشاء محكمة جنائية تقوم بمعاقبة الجناة لذلك قرر المجلس في سابقة فريدة إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة²⁸، بعدها أنشأ المجلس المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا²⁹.

يملك مجلس الأمن الدولي اختصاص تحريك الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية الدولية وذلك بإحالة حالة على المدعي العام يبدوا فيها أن جريمة أو أكثر قد ارتكبت وتشكل تهديدا للسلام أو إخلالا به أو تعد عملا من أعمال العدوان³⁰، لقد جاء

الاعتراف لمجلس الأمن بهذا الحق للاعتبارات التالية ؛ أولا كون مجلس الأمن صاحب الاختصاص الأصيل بمعالجة كل ما يهدد السلم و الأمن الدوليين حيث يمنح هذا الاختصاص مجلس الأمن سلطة تكييف واسعة لاقتراح الحلول الواجبة وأحد هذه الحلول قد يكون المتابعة الجنائية ، ثانيا تشكل الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية جرائم لا يعقل أن تقع إلا في إطار نزاعات مسلحة دولية أو غير دولية تهدد في كل الأحوال السلم والأمن الدوليين³¹، ثالثا تعتبر المحكمة الجنائية الدولية أحد المنظمات المتخصصة للأمم المتحدة بعد أن وقعت اتفاقية معها لذلك لا توجد أي غضاضة في الاعتراف لمجلس الأمن بهذا بل لا بد من الاعتراف لمجلس الأمن بذلك لأنه يمكنه تجميد تحريك الدعوى الجنائية³²، رابعا سيؤدي أي تصادم بين مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية إلى تحجيم المحكمة وإضعافها خاصة وأن مجلس الأمن أصبح ينشئ المحاكم الجنائية الدولية لذلك الأحسن هو استدراج مجلس الأمن لتدعيم المحكمة الجنائية الدولية عبر منحه حق تحريك وتجميد الدعوى الجنائية الدولية وتدعيم استعمال الآلية القضائية لحل النزاعات المسلحة³³، أخيرا سيمكن ذلك من إضفاء صبغة الإلزامية على العدالة الجنائية الدولية حيث أن الإحالة من مجلس الأمن تفرض التزامات على كل دول سواء أكانت طرفا في اتفاقية روما أم لا لأن أساس الالتزام هنا هو الفصل السابع من النظام الأممي³⁴.

4. خاتمة:

نستخلص في الأخير أن موقع مجلس الأمن بوصفه الهيئة التنفيذية الدولية ذات الاختصاصات الواسعة والملزمة تفترض التسليم بدوره الفاعل والفعال في حماية وترقية حقوق الإنسان ، لكن يتطلب تحقيق ذلك توافر الشروط التالية :

- توفير الإجماع السياسي في مجلس الأمن وذلك عبر إصلاحه بتوسيع عضويته ليضم القوى الدولية الاقتصادية والعسكرية الصاعدة ، سيمكن ذلك من الضغط على الدول الخمس الكبرى ومنعها من استخدام حق الفيتو الذي يعرقل فصل المجلس في القضايا المعروضة عليه .

- إدخال تعديل على ميثاق الأمم المتحدة بما يجعل الجمعية العامة الجهاز البديل الذي يملك اختصاص حماية السلم والأمن الدوليين عند عجز الجهاز الأصلي ممثلاً في مجلس الأمن عن ممارسة اختصاصه .
- يجب على مجلس الأمن تفعيل العمل الإقليمي عبر تمكين التجمعات الإقليمية من المساهمة في بلورة الحلول السياسية بل ومنحه مهمة العمل على الأرض لتنفيذه.
- اعتماد آلية العقوبات الذكية وهي إجراءات دبلوماسية ، اقتصادية ومالية توصف بالجزئية والتركيز لأنها تستهدف الحكام وليس على المواطنين العاديين كوسيلة لدفع الحكومات لعدم انتهاك حقوق الإنسان .
- اعتماد آلية المعونات المالية والتقنية كوسيلة لتحفيز الحكومات على الوفاء بالتزام احترام وترقية حقوق الإنسان .
- اعتماد عمليات السلام المتكاملة كآلية لحل النزاعات المسلحة الغير دولية ، تقوم العملية على إعادة بناء مؤسسات الدولة ، إطلاق عملية سياسية ديمقراطية لبناء سلطة ومراقبة الانتخابات و تفعيل العدالة الانتقالية لمعاقبة الجناة وإنصاف الضحايا وجبر أضرارهم وهو ما يدعم المصالحة الوطنية .

5. المراجع

- شيندلر ديتريش ، أهمية اتفاقيات جنيف بالنسبة للعالم المعاصر ، جنيف ، المجلة الدولية للصليب الأحمر ، مختارات 1999.
- دوميستيسي مت ماري جوزي ، مئة عام بعد لاهاي وخمسون عام بعد جنيف ، جنيف ، المجلة الدولية للصليب الأحمر ، مختارات 1999.
- غروسيدير بول ، القانون الدولي الإنساني ومبادئه ، هل له مستقبل ، جنيف ، المجلة الدولية للصليب الأحمر ، مختارات 1999.
- ميثاق الأمم المتحدة
- قرار مجلس الأمن 253 الصادر في 28 مايو 1968.
- قرار مجلس الأمن 161 / 1961 الصادر في 21 / 02 / 1961 .
- Bourdon.William, Duverger. Emmanuelle, la cour pénale internationale, Paris, Edition du Seuil, 2000

- De Shutter . Oliver , International Human Right Law , Cambridge , Cambridge university press , 2010.
- Tavernier Paul, le comité de sanctions du conseil de sécurité instrument du nouvel ordre international, colloque international sur le nouvel ordre international, Université Blida. Le 24.26 /04/1993.
- Security Council Resolution 764, 13 July 1992
- Security Council Resolution 771 , 13 Aug 1992 .
- Security Council Resolution 780 , 6 October 1992.
- Declaration of the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of their Independence and Sovereignty” (UN Doc. A/RES/2131 (XX)).
- Declaration on the Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations”, the so called “Friendly Relations Declaration” (UN Doc. A/RES/2625 (XXV)).
- Declaration on the Inadmissibility of Intervention and Interference in the Internal Affairs of States” (UN Doc. A/RES/36/103) , adopted in 9 / 12 / 1981 . with 120 votes in favor, 22 votes against and 6 abstentions.
- Supplément à l’Agenda pour la paix , A/50/60, S/1995/1, 25 janvier 1999
- Rapport du Groupe d’étude sur les opérations de paix de l’Organisations des Nations Unies, cité ensuite sous le nom de Rapport Brahimi , A/55/305, S/2000/809, 21 août 2000

1 - انظر المادة 24 فقرة 2 من ميثاق الأمم المتحدة .

2 - انظر ديباجة ميثاق الأمم المتحدة والمواد : 1 فقرة 3 ، 13 فقرة 1 ، 55 ، 56 ،

62 ، 68 ، 76 فقرة ج من ميثاق الأمم المتحدة .

3 - De Shutter . Oliver , International Human Right Law, Cambridge , Cambridge university press , 2010 , p 14 .

4 - المادة 2 فقرة 7 و 4 من ميثاق الأمم المتحدة .

5 - Declaration of the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of their Independence and Sovereignty” (UN Doc. A/RES/2131 (XX)).

6 - Declaration on the Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations", the so called "Friendly Relations Declaration" (UN Doc. A/RES/2625 (XXV)).

7 - Declaration on the Inadmissibility of Intervention and Interference in the Internal Affairs of States" (UN Doc. A/RES/36/103) , adopted in 9 / 12 / 1981 . with 120 votes in favor, 22 votes against and 6 abstentions.

8 - Security Council Resolution 688 / 1991. Security Council Resolution 733 / 1992, 23 January 1992, on Somalia . Security Council Resolution 827 / 1993, 25 May 1993, on former Yugoslavia .

9 - استجابات الحكومة الكندية في 2002 بإنشاء لجنة من الخبراء المستقلين " لجنة دولية حول سيادة الدول والتدخل " عهد إليها بصوغ تصور جديد للتدخل الإنساني ينال إجماع الدول على ضوء تجارب التسعينات ، قامت اللجنة بالإحاطة بآراء الدول والفقه عبر بعقد اجتماعات مفتوحة في العديد من عواصم العالم وحضور الملنقيات والأيام الدراسية ، قامت اللجنة بصوغ تقرير كرس مسؤولية الحماية وأحاله إلى الأمين العام للأمم المتحدة حني يتم اعتماده ثم العمل به .

10 - Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, The Responsibility to Protect ,Ottawa , The International Development Research Centre, 2001 , p 2 .

11 - أنظر المادة 2 فقرة 4 من ميثاق الأمم المتحدة .

12 - أنظر المادة 39 من ميثاق الأمم المتحدة .

13 - أنظر المادة 41 من ميثاق الأمم المتحدة .

14 - أنظر المادة 42 من ميثاق الأمم المتحدة .

15 - قرار مجلس الأمن 253 الصادر في 28 مايو 1968.

16 - كانت لجنة روديسيا تتكون من تسع دول أربع دائمة العضوية هي الولايات المتحدة ، بريطانيا ، فرنسا ، الاتحاد السوفيتي ، الهند ، الجزائر ، باراغواي ، توسعت العضوية في 1972 لتشمل كل الأعضاء الدائمين لمجلس الأمن وأصبحت الرئاسة

بعدها كانت شهرية سنوية وكانت اللجنة تعمل وفق مبدأ التوافق وامتدت من 1968 - 1979 نشرت اللجنة 12 تقرير سنوي 5 تقارير مستعجلة و 6 تقارير خاصة بناء على طلب مقدم من مجلس الأمن.

17 -Tavernier Paul, le comité de sanctions du conseil de sécurité instrument du nouvel ordre international, colloque international sur le nouvel ordre international, Université Blida. Le 24.26 /04/1993. p 76.

18 - أنظر لجان العقوبات التالية ؛ اللجنة المنشئة بموجب القرار 421 الصادر عن مجلس الأمن في 9 ديسمبر 1977 المتعلق بتطبيق الحصار الإلزامي على مبيعات الأسلحة لجنوب إفريقيا بموجب القرار 418 الصادر عن مجلس الأمن في 4 نوفمبر 1977 ، اللجنة المنشئة بموجب القرار 748 الصادر في 31 مارس 1992 لتطبيق العقوبات الإلزامية في المجال الجوي ومبيعات الأسلحة والتجهيزات العسكرية ضد ليبيا ، اللجنة المنشئة بموجب القرار 724 الصادر عن مجلس الأمن في 15 ديسمبر 1991 لتطبيق الحصار على بيع الأسلحة ليوغسلافيا السابقة بموجب القرار 713 في 25 سبتمبر 1991، اللجنة المنشئة بموجب القرار 751 الصادر عن مجلس الأمن في 24 أبريل 1992 لتطبيق الحصار العام ومبيعات الأسلحة للصومال بموجب القرار 793 الصادر في 23 جانفي 1991. رغم فرض مجلس الأمن لحصار على مبيعات الأسلحة- والأجهزة العسكرية على ليبيريا بموجب القرار 708 الصادر في 19 ديسمبر 1992 إلا انه لم يقرر إنشاء لجنة لمراقبة تطبيق قرار الحصار ، اللجنة المنشئة بموجب القرار 661 الصادر في 6 أوت 1990 لفحص التقارير المقدمة من الأمين العام للأمم المتحدة حول تطبيق القرار 661، توسع اختصاص اللجنة إلى ضمان دفع التعويضات الضرورية لجبر الأضرار المنسوبة للعراق عن طريق إقامة صندوق خاص وإنشاء لجنة لإدارته .

19 - انظر قرار مجلس الأمن 161 / 1961 الصادر في 21 / 02 / 1961 .
20 - Supplément à l'Agenda pour la paix , A/50/60, S/1995/1, 25 janvier 1999, para 33 .

- 21 - أنظر لأكثر تفصيل : شيندلر ديتريش ، أهمية اتفاقيات جنيف بالنسبة للعالم المعاصر ، جنيف ، المجلة الدولية للصليب الأحمر ، مختارات 1999 ، ص ص 13 - 24 ، دوميستيسي مت ماري جوزي ، مئة عام بعد لاهاي وخمسون عام بعد جنيف ، جنيف ، المجلة الدولية للصليب الأحمر ، مختارات 1999 ، ص ص 59 - 78 .
- 22 - غروسيدر بول ، القانون الدولي الإنساني ومبادئه ، هل له مستقبل ، جنيف ، المجلة الدولية للصليب الأحمر ، مختارات 1999 ، ص 12 .
- 23 - Rapport du Groupe d'étude sur les opérations de paix de l'Organisations des Nations Unies, cité ensuite sous le nom de Rapport Brahimi , A/55/305, S/2000/809, 21 août 2000 , par 50 .
- 24 - بعثة الأمم المتحدة في سيراليون (MINUSIL) من 22 أكتوبر 1999 حتى 31 ديسمبر 2005 ، الإدارة الانتقالية للأمم المتحدة في تيمور الغربية (ATNUTO) من 25 أكتوبر 1999 حتى 20 مايو 2002 ، بعثة الأمم المتحدة في جمهورية الكونغو الديمقراطية (MONUC) منذ 24 فيفري 2007 ، بعثة الأمم المتحدة في إثيوبيا وارتريا (MINUEE) في 15 / 09 / 2000 حتى 31 / 07 / 2008 ، بعثة الدعم للأمم المتحدة في تيمور الغربية (MANUTO) في 17 / 05 / 2002 حتى 20 / 05 / 2005 / بعثة الأمم المتحدة في ليبيريا (MINUL) منذ 19 / 09 / 2003 ، عملية الأمم المتحدة في ساحل العاج (ONUCI) منذ 24 / 02 / 2004 ، بعثة الأمم المتحدة في هايتي (MINUSTAH) منذ 30 / 04 / 2004 ، عملية الأمم المتحدة في بوروندي (ONUB) من 21 / 05 / 2004 حتى 31 / 12 / 2006 ، بعثة الأمم المتحدة في السودان (MINUS) منذ 24 / 03 / 2005 ، القوة الدولية للأمم المتحدة في لبنان (FINUL) منذ 11 / 08 / 2005 ، العملية المختلطة بين الأمم المتحدة والاتحاد الإفريقي في دارفور (MINUA) منذ 31 / 08 / 2007 ، بعثة الأمم المتحدة في جمهورية إفريقيا الوسطى وتشاد (MINURCAT) منذ 14 / 01 / 2009
- 25 - Rapport du Groupe d'étude sur les opérations de paix de l'Organisations des Nations Unies, cité ensuite sous le nom de Rapport Brahimi , A/55/305, S/2000/809, 21 août 2000.

26 - Security Council Resolution 764, 13 July 1992 ; Security Council Resolution 771 , 13 Aug 1992 .

27 - Security Council Resolution 780 , 6 October 1992.

28 - القرار 827 الصادر في 25 مايو 1993.

29 - القرار الصادر عن مجلس الأمن رقم 955 الصادر في 8 نوفمبر 1994.

30 - انظرا المادة 14 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

31 - بموجب المادة 15 يمكن لمجلس الأمن أن يفرض ما يراه من تدابير غير عسكرية لتنفيذ قراراته وهناك إجماع على أن الإجراءات الواردة جاءت على سبيل الذكر لا الحصر بمعنى أن مجلس الأمن له أن يبتدع ما شاء من إجراءات و تدابير و إنشاء المحاكم الجنائية الدولية أحدها.

32 - انظرا المادة 16 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

33 - لقد أثبتت تجربة المحاكم الجنائية الدولية الخاصة بنجاحها في حل النزاعات

المسلحة لذلك نجد الاتجاه إلى إنشاء العديد من المحاكم : محكمة سيراليون، محكمة

كمبوديا ، محكمة تيمور ن محكمة لبنان ، .. الخ .

34 - Bourdon. William, Duverger. Emmanuelle, la cour pénale internationale, Paris, Edition du Seuil, 2000, p 83.

تاريخ القبول: 2021/01/09

تاريخ الإرسال: 2020/12/01

الأحكام الدولية المشتركة لتوحيد تشريعات الدول في مجال محاربة تقليد الملكية الصناعية والتجارية- "دراسة في أحكام إتفاقية باريس وتريبس"

Common provisions for the unification of countries legislation in the field of combating the counterfeiting of industrial and commercial property-“Study of the provisions of the Paris and TRIPS Agreement”

بن دريس حليلة*¹

¹جامعة سيدي بلعباس، (الجزائر)، halima.bendriss@univ-sba.dz

المخلص:

تنقسم الحقوق الصناعية بكونها ذات طبيعة دولية، لذلك جعلت مسألة تنظيم أحكامها وحمايتها ليست حكرا على تشريعات دول المنشأ، ومن أجل توحيد تشريعات الدول في مجال حماية هذه الحقوق ومحاربة التقليد تضمنت إتفاقية باريس لسنة 1883 على غرار إتفاقية "تريبس" جملة من الأحكام الموحدة، تهدف هذه الأحكام إلى التوفيق بين تشريعات الدول في مجال الحماية الممنوحة لحقوق الملكية الصناعية ومحاربة فعالة للتقليد، تظهر أهمية هذه الأحكام في كونها تكمل مبدأ المعاملة الوطنية الذي جاءت به هذه الاتفاقيات هذه الأحكام منها ما يتخذ طابعا مشترك بين كافة حقوق الملكية الصناعية، ومنها ما هو خاص ببعض الحقوق

الكلمات المفتاحية: الملكية الصناعية؛ التقليد؛ التدابير الحدودية؛ المنافسة غير المشروعة؛ تريبس.

*المؤلف المرسل

Abstract:

Industrial rights are characterized by their international nature, so I have made the issue of organizing and protecting their provisions not limited to the legislation of the countries of origin. In order to unify the legislation of countries in the field of protecting these rights and fighting counterfeiting, the Paris Convention of 1883 along the lines of the TRIPS Agreement included a set of unified provisions, These provisions aim to reconcile the legislation of countries in the field of protection granted to industrial property rights and an effective fight against imitation, showing the importance of these provisions in that they complement the principle of national treatment that these agreements brought in. These provisions are those that take a common character among all industrial property rights and those which are specific to some rights

Keywords: industrial property - imitation - border measures - unfair competition - TRIPS

مقدمة:

أضحت حقوق الملكية الصناعية ضرورة ملحة خاصة في ظل عصر صناعي زراعي متطور، يغذيه العقل وتسيره الآلة وتحكمه التكنولوجيا، ولأن الهدف من الملكية الصناعية هو -بالنتيجة- تعزيز التقدم الاقتصادي والاجتماعي والثقافي للمجتمع من خلال تطوير وإدارة القوانين والمعاهدات الدولية الخاصة بهذه الحقوق. لذلك عمدت إتفاقية باريس لحماية حقوق الملكية الصناعية والتجارية المبرمة سنة 1883 على غرار إتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية "تريبس" على جملة من الأحكام الموحدة، تهدف هذه الأحكام إلى التوفيق بين تشريعات الدول في مجال الحماية الممنوحة لحقوق الملكية الصناعية من أجل وضع قواعد فعالة لمحاربة التقليد.

من هذا المنطلق تظهر إشكالية هذه الورقة في البحث عن ماهي الاحكام التي جاءت بها إتفاقية باريس وتريبس من أجل توحيد تشريعات الدول في مجال محاربة التقليد؟ وما مكانتها في تشريع الملكية الصناعية والتجارية الجزائري؟

تعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي والمقارن لوصف الأحكام والمبادئ التي جاءت بها الاتفاقيات الدولية وتحليلها ومقارنتها مع الأحكام ذات الصلة التي تضمنتها قوانين الملكية الصناعية الجزائرية.

تقسم هذه الدراسة وفقا للأحكام التي جاءت بها هذه الاتفاقيات ، من الاحكام ما يتخذ طابعا مشترك بين حقوق الملكية الصناعية (المحور الاول) ، أما البعض الآخر من هذه الأحكام فهو خاص بالعلامة والاسم التجاري (المحور الثاني).

المحور الأول: الأحكام المشتركة بين حقوق الملكية الصناعية والتجارية في مجال محاربة التقليد

تضمنت اتفاقية باريس واتفاقية ترييس جملة من الأحكام الغاية منها حماية حقوق الملكية الصناعية، وهذه الأحكام تهدف إلى محاربة بعض التصرفات التي تنتافي ومبادئ المنافسة النزيهة والشريفة بين التجار (أولا)، و أحكام خاصة بالتدابير الحدودية (ثانيا).

أولا: الأحكام المتعلقة بمحاربة المنافسة غير المشروعة

نصت اتفاقية باريس في مادتها العاشرة على أنه "تلتزم دول الاتحاد بأن تكفل لرعايا دول الاتحاد الأخرى، حماية فعالة ضد المنافسة غير المشروعة"، وأضافت ذات المادة مفهوم المنافسة غير المشروعة والأعمال التي تدخل في نطاق هذه المنافسة (أولا). ثم نطاق هذه النص ضمن المنظومة القانونية الجزائرية بإعتبارها منظمة لهذه الاتفاقية (ثانيا)

أولا-مضمون المنافسة غير المشروعة في إتفاقية باريس وترييس :

عرفت المنافسة غير المشروعة على "أنها كل منافسة تتعارض مع العادات الشريفة في الشؤون الصناعية أو التجارية"¹، وتدخل ضمن أعمال المنافسة غير المشروعة كافة الأعمال التي من طبيعتها أن توجد بأية وسيلة كانت لبسا مع منشأة أحد المنافسين أو منتوجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري، وكل الادعاءات المخالفة للحقيقة في مزاوله التجارة والتي من طبيعتها نزع الثقة عن منشأة أحد المنافسين أو منتوجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري، وأيضا البيانات أو الادعاءات التي يكون

استعمالها في التجارة من شأنه تضليل الجمهور بالنسبة لطبيعة السلع أو طريقة تصنيعها أو خصائصها أو صلاحياتها للاستعمال أو كميتها².

لقمع أعمال المنافسة غير المشروعة نصت الاتفاقية على أنه: "تتعهد دول الاتحاد بأن تكفل لرعايا دول الاتحاد الأخرى وسائل الطعن القانونية الملزمة لقمع أعمال المنافسة غير المشروعة بطريقة فعالة"³. كما ألزمت الاتفاقية دول الاتحاد بتوفير الإجراءات التي تسمح للنقابات و إتحادات الصناعة والتجارة التي لا يتعارض وجودها مع قوانين الدول التي تنتمي إليها بالالتجاء إلى القضاء أو السلطات الإدارية لقمع أعمال المنافسة غير المشروعة في الحدود التي يجيزها قانون الدولة التي تطلب فيها الحماية للنقابات والاتحادات التابعة لتلك الدولة⁴. انتقد بعض الفقه هذه الأحكام، على أساس أنها تنقصها فعالية التطبيق المباشر والموحد وهذا الأمر يرجع لافتقار الاتفاقية للإجراءات العملية لتنفيذها، الأمر الذي يتسبب في تنوع طرق التطبيق من دولة لأخرى، وسبب ذلك يرجع إلى أن الاتفاقية تخول للدول الأعضاء صلاحية تقدير التطبيق المناسب بحسب تأويل كل بلد عضو لتلك الأحكام، وهذا التأويل سيتمشى وما تتطلبه المصالح الذاتية للدولة على حساب مصالح الآخرين⁵.

بالنسبة لإتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس) تتميز عن اتفاقية باريس لحماية حقوق الملكية الصناعية، كونها لم تهتم بوضع قواعد موضوعية لتوفير حد أدنى من مستويات حماية حقوق الملكية الفكرية في مختلف الدول الأعضاء فحسب، بل اهتمت أيضا بوضع قواعد إجرائية تفصيلية لضمان تنفيذ معايير الحماية التي نصت عليها في الدول الأعضاء، ولا مثيل لهذه القواعد الإجرائية في اتفاقية باريس. وعليه فقد فرضت اتفاقية تريبس على الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية بتوفير قواعد إجرائية في القانون الوطني تسمح باتخاذ تدابير فعالة لمواجهة أي اعتداء على أي حق من حقوق الملكية الفكرية، ويجب أن تشمل هذه القواعد الإجرائية الجزاءات السريعة لمنع التعدي الواقع على هذه الحقوق ، بالإضافة إلى جزاءات جزائية تشكل ردعا لأي تعدي في حالة وقوعه، ويجب أن تطبق هذه الإجراءات في القوانين الوطنية بأسلوب يضمن عدم إقامة حواجز أمام التجارة

المشروعة، وأن تكون هذه الإجراءات منصفة وعادلة، وألا تكون معقدة أو باهظة التكاليف بصورة غير ضرورية أو تستغرق وقتا طويلا لا مبرر له⁶.

2- موقف المشرع الجزائري من أحكام المنافسة غير المشروعة:

بالنسبة للمشرع الجزائري نص على الممارسات التجارية غير النزيهة⁷ عوضا من النص على أحكام المنافسة غير مشروعة مثل ما فعلت بعض القوانين العربية⁸، لكن قانون الممارسات التجارية نص على كل ما من شأنه أن يعتبر منافسة غير مشروعة إلا أن التعداد الوارد لأعمال المنافسة غير المشروعة والذي جاءت به المادة العاشرة من اتفاقية باريس جاء على سبيل المثال لا الحصر⁹، وعليه يمكن لتشريعات الدول المتعاقدة أن تعتمد على محتوى أوسع كتلك الأفعال التي إعتماهاها الفقه مثل وسائل الاضطراب داخل المؤسسة والمنافسة الطفيلية¹⁰. بينما الامر يختلف في قانون الممارسات التجارية الجزائري الذي يتميز بطابع جزائي لأن المادة 26 منه تنص على جزاءات تتمثل في الغرامة مع أنه كان من الأحسن للمشرع أن يترك هذه المسألة للقاضي المدني لأن القاضي الجزائري لا يعول عليه كثيرا في إثراء التعداد التشريعي للممارسات التجارية غير النزيهة ، كما أنه وفي المجال الجزائي يسود مبدأ الشرعية لذا لا يمكن التوفيق بين هذا المبدأ و الصياغة التي جاءت بها المادة 27 من الأمر 02-04 السالف الذكر عندما إعتبرت بعض الأفعال المذكورة على سبيل المثال من قبيل الممارسات التجارية غير النزيهة ،و أنه يمكن إضافة أفعال أخرى لهذه القائمة وعليه فمن الأفضل ترك المجال الذي عالجته المادة 27 من المر 02-04 للقضاء المدني لأن له القدرة على التطور والتكيف مع المحيط التجاري¹¹.

ثانيا: التدابير الحدودية -أحكام صارمة لمحاربة التقليد -

إن القضاء على جنحة التقليد والحد من انتشار الأسواق الموازنة يستلزم وضع حد لعمليات التبادل الحدودية للمنتوجات المقلدة، ومن أجل ذلك قضت اتفاقية باريس وعلى منوالها اتفاقية تريبس على أحكام الاحتجاز عند إستيراد المنتوجات المقلدة.

1-الحقوق الصناعية المعنية بالاحتجاز الجمركي والإجراءات الواجب إتباعها- الصرامة في إتفاقية تريبس-

نصت اتفاقية باريس على أنه: "... كل منتج يحمل بطريق غير مشروع علامة صناعية أو تجارية أو اسما تجاريا يصادر عند الاستيراد في دول الاتحاد التي يكون فيها لهذه العلامة أو لهذا الاسم حق الحماية القانونية، توقع المصادرة أيضا في الدولة التي وضعت فيها العلامة بطريق غير مشروع أو في الدول التي تم استيراد المنتج إليها" تسري نفس هذه الأحكام على تسمية المنشأ المزورة¹².

حددت إتفاقية باريس حقوق الملكية الصناعية التي يشملها الاحتجاز وهي العلامة والاسم التجاري وتسمية المنشأ واستثنت باقي الحقوق الأخرى، وتركت الاتفاقية مسألة تنظيم إجراءات الاحتجاز إلى التشريع الداخلي لكل دولة، كما أوضحت ذات الاتفاقية عدم تطبيق هذا الاحتجاز على المنتجات التي تمر بالدولة في تجارة عابرة، وفي حالة ما إذا كان تشريع الدولة لا يجيز المصادرة عند الاستيراد فيستعاض عن ذلك بحضر الاستيراد أو بالمصادرة داخل الدولة، وأضافت الاتفاقية أنه إذا كان تشريع الدولة لا يجيز المصادرة عند الاستيراد ولا حضر الاستيراد ولا المصادرة داخل الدولة فيستعاض عن هذه الإجراءات بالدعاوى والوسائل التي يكفلها قانون تلك الدولة لرعاياها في الحالات المماثلة، وذلك حتى يتم التعديل اللازم في التشريع¹³.

بالنسبة لتسمية المنشأ فالإ جانب اتفاقية باريس التي نصت على المصادرة أو الاحتجاز عند الاستيراد نصت على هذا الإجراء أيضا اتفاقية مدريد بشأن قمع بيانات المصدر المزورة المبرمة في 14 أبريل سنة 1891¹⁴، انضمت إليها الجزائر سنة 1972¹⁵، وفقا لهذا الاتفاقية فإن كل السلع لتي تحمل بيانا زائفا أو مضلل للمصدر ويشار فيه بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى أن أحدى الدول المتعاقدة أو أي مكان فيها هو البلد أو المكان الأصلي لها، يجب حجزها عند الاستيراد، أو حضر استيرادها أو اتخاذ التدابير والعقوبات الأخرى في هذا الشأن. إن اتفاقية مدريد بشأن قمع بيانات المصدر المزورة شأنها شأن اتفاقية باريس تركت إجراءات الحجز الجمركي للتشريعات الداخلية للدول.

اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية تريس أخذت جملة من التدابير الحدودية هي أكثر صرامة من أجل القضاء على التقليد قبل خروجه من النطاق الجمركي وهذه التدابير تضمنتها المواد من 51 - 60 من اتفاقية تريس تحت تسمية القواعد الخاصة بالتدابير الحدودية، والحقوق المستفيدة من التدابير الحدودية وفقا للاتفاقية هي العلامة وحقوق المؤلف، إذ تلزم الاتفاقية الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية بأن توفر في تشريعاتها الوطنية قواعد إجرائية تتيح لأصحاب العلامات التجارية المسجلة وأصحاب حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الذين يوجد لديهم أسباب مشروعة تدعو للارتياح في أن السلع المزعم استيرادها تحمل علامات تجارية مقلدة، أن يتقدموا بطلب كتابي إلى السلطة المختصة سواء كانت هذه السلطة جهة قضائية أو إدارية لكي توقف السلطات الجمركية إجراءات الإفراج عن تلك السلع وتداولها.

إلا أن ما تجدر الإشارة إليه هو أنه لا يوجد ما يلزم الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية بأن تتخذ التدابير الحدودية بشأن الاعتداءات على براءة الاختراع أو رسم أو نموذج صناعي أو غير ذلك من الاعتداءات التي تقع على حقوق الملكية الفكرية الأخرى وهذا يوضح مدى اهتمام اتفاقية تريس يوضح أحكام خاصة لمواجهة ظاهرة الاتجار الدولي في سلع تحمل علامات مقلدة ، كما يجوز للدول الأعضاء أن تتوسع في أن تقرر في تشريعاتها اتخاذ التدابير الحدودية بما يتجاوز التزاماتها المنصوص عليها في الاتفاقية، شريطة ألا يؤدي ذلك إلى إقامة حواجز أمام التجارة المشروعة. تستثنى من التدابير الحدودية السالفة الذكر البضائع العابرة لحدود الدولة (الترانزيت) ولا يسري أيضا الالتزام باتخاذ إجراءات الحجز الجمركي السالف الذكر على الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية التي تكون اتحادات جمركية تسمح بتدفق السلع فيها بينها بدون حواجز أو رسوم جمركية¹⁶.

إن المنافذ الجمركية تزايدت في الدولة حسب مساحتها وكثرت موانئها، وعندما تكثر عدد المنافذ الجمركية في دولة عضو في منظمة التجارة العالمية يصعب على صاحب العلامة المسجلة أن يقدم طلبا مستقلا في كل منفذ جمركي على حدى لإجراء

حجز على السلع المستوردة والتي تعتبر تقليدا لعلامته ، حيث أن تعدد الطلبات وخضوع كل طلب لإجراءات مستقلة يتطلب جهدا ومصاريف عالية وهذا الأمر يتعارض مع ما جاءت به المادة 41 ن الفقرة 2 من اتفاقية تريبس والتي فرضت على الدول الأعضاء التزاما عاما مضمونه ألا تكون إجراءات الحماية معقدة أو باهظة التكاليف بصورة غير ضرورية أو تستغرق وقتا طويلا لا مبرر له أو تأخير لا داعي منه، فإن هذا الالتزام يفرض على الدول الأعضاء تذليل الصعوبات الناتجة عن تعدد طلبات الحجز الجمركي، وخضوع كل طلب لإجراءات منفصلة عن الطلبات الأخرى، عن طريق وضع قواعد تبسط الإجراءات دون تعقيد وتجنب كثرة المصاريف بالطريقة التي تراها مناسبة. وتستثني الاتفاقية من إجراءات الحجز الجمركي السلع المقلدة والتي لا تستورد لأغراض تجارية، وعليه فإنه يجوز للدول الأعضاء أن تستبعد السلع الواردة من الخارج ضمن الأمتعة الشخصية للمسافرين أو التي ترسل في طرود صغيرة من الخضوع لأحكام الحجز عند استيراد المنتجات المقلدة الواردة في هذه الاتفاقية.

تقتضي أحكام اتفاقية تريبس أن طلب الحجز الجمركي للسلع التي يعتقد أنها مقلدة من صاحب العلامة المسجلة ، وهذا معناه أن الاتفاقية لا تلزم الدول الأعضاء لأن تتيح للمرخص له باستعمال العلامة إمكانية تقديم طلب الحجز الجمركي، غير أنه لا يوجد في الاتفاقية ما يحول دون قيام الدول الأعضاء بتحويل المرخص له خاصة في عقد الترخيص الاستثنائي إمكانية تقديم طلب الحجز الجمركي¹⁷.

على السلطة المختصة في النظر في قرار الحجز الجمركي أن تخطر كل من الطالب التدخل والمستورد عن القرار الصادر بالحجز عن السلعة فور صدوره، وعلى طالب الحجز أن يرفع دعوى في الموضوع وإخطار مكتب الجمارك بما يفيد ذلك خلال 10 أيام من تاريخ إخطاره بالحجز الجمركي عن السلعة. يفرج مكتب الجمارك عن السلع طالما أن كافة الشروط المتصلة بالاستيراد قد توافرت ما لم تكن السلطة المختصة قد اتخذت تدبيرا من شأنها إطالة مدة الحجز، ويجوز لتشريعات الدول

الأعضاء في منظمة التجارة العالمية أن تمدد المهلة إلى 10 أيام أخرى في حالات الضرورة.

إذا كان قرار الحجز الجمركي قد اتخذ كتدبير مؤقت تطبيقاً لأحكام المادة 50 من الاتفاقية، فإن السلطات القضائية التي أمرت بالحجز الجمركي هي التي تحدد الميعاد الذي يجب فيه على المدعى أن يرفع دعواه في الموضوع، فإذا لم تحدد هذه الجهة الميعاد، يلغى الحجز إذا لم يرفع المدعى دعواه خلال فترة لا تتجاوز 20 يوماً، إذا رفع المدعى دعوى في الموضوع فإن المدعى عليه يحق له أن يطعن في قرار الحجز في غضون فترة زمنية معقولة من أجل تعديل الحجز أو إلغائه أو تثبيته. ومن دون الإخلال بحماية المعلومات السرية ومن دون الإخلال بالسرية المهني يجوز للسلطات المختصة أن تمنح للمدعى فرصة كافية لمعاينة السلعة التي يحتجزها مكتب الجمارك لتمكينه من إثبات صحة ادعائه، وبالموازاة فإنه تمنح نفس الفرصة للمستورد لمعاينة تلك السلعة مع تزويد المدعى بأسماء المرسل والمستورد والمرسل إليه وكمية السلعة التي تنطوي على تعدد على العلامة من أجل محاربة الأشخاص المتورطين في تصنيع وتجارة السلع المقلدة¹⁸.

2- موقف المشرع الجزائري من الاحتجاز الجمركي للمنتجات المقلدة :

خص المشرع الجزائري قوانين الملكية الفكرية بجنة استيراد المنتجات المقلدة، إذ تشكل المنتجات المقلدة المستوردة من أكثر عمليات التقليد التي تغزو السوق الجزائر، وساعدت بنسبة كبيرة في انتشار السوق الموازية، وصعبت من جهود الدولة في القضاء على هذه السوق، وهنا تكمن أهمية التدابير الحدودية لأنه من أسهل القضاء على التقليد قبل خروجه المجال الجمركي أما إذا خرج فمن الصعب جداً متابعته.

ومن أجل القضاء على ظاهرة التقليد وضع المشرع الجزائري إجراء خاص يتمثل في الاحتجاز الجمركي للمنتجات المقلدة يهدف إلى مراقبة الحدود مراقبة فعالة قبل دخول السلع المقلدة للسوق الجزائرية وهذا في المادة 22 من قانون الجمارك¹⁹، والتي نصت على أنه: "تحضر عند الاستيراد كل البضائع التي تحمل بيانات مكتوبة على المنتجات نفسها أو على الأغلفة أو الصناديق أو الأحزمة أو الأظرفة أو

الأشرطة أو الملصقات، والتي من شأنها أن توحى بأن البضاعة الآتية من الخارج هي ذات منشأ جزائري، وتحضر عند الاستيراد، مهما كان النظام الجمركي الذي وضعت فيه، وتخضع إلى المصادرة البضائع الجزائرية أو الأجنبية المزيفة²⁰، وتعتبر "السلع المزيفة تلك السلع التي تمس بحق من حقوق الملكية الفكرية لا سيما منها السلع بما فيها توضيحيها الموضوع عليه بدون رخصة أو علامة تجارية مماثلة لعلامة مصنع أو علامة تجارية مسجلة قانونا والخاصة بنفس النوع من السلع، أو تلك التي لا يمكن تمييزها في جوانبها الأساسية من علامة المصنع أو علامة تجارية والتي تمس نتيجة لذلك بحقوق مالك هذه العلامة.

ويندرج ضمن السلع المعنية بعملية الاحتجاز الجمركي أيضا أي قالب أو مصفوفة تركيب يوجه خصيصا أو كيف لصناعة علامة مزيفة أو سلع تحمل هذه العلامة أو صناعة بضاعة يمس بحق من حقوق الملكية الفكرية. للاستفادة من الحجز الجمركي، يجب على صاحب الحق الاحتكاري أو لمن آل إليه هذا الحق عن طريق عقد الترخيص، أن يتقدم بطلب خطي لمديرية الجمارك يطلب من خلاله تدخلها لإجراء احتجاز السلع التي يعتبرها مقلدة لحقوقه، ويجب أن يتضمن الطلب المقدم كل البيانات والوثائق التي تثبت ملكية الحق وكذلك كل المعلومات عن هوية المستورد، عند قبول الطلب تفرض إدارة الجمارك على صاحب الحق الطالب دفع كفالة وهذا من أجل تغطية مسؤوليته في مواجهة المستوردين في حالة ما إذا تبين فيما بعد أن السلع موضوع الخلاف ليست سلعاً مقلدة، كما تعتبر هذه الكفالة ضمان لدفع النفقات المرتبطة بقرار احتجاز السلعة ووضعها تحت الرقابة الجمركية²¹.

بعد إتمام عملية الحجز الجمركي ووضع السلع المحجوزة تحت الحراسة تتولى إدارة الجمارك بإعلام المصريح وصاحب طلب التدخل، وعلى هذا الأخير رفع دعوى قضائية في الموضوع أو اتخاذ الإجراءات التحفظية وإعلام مكتب الجمارك المختص فورا بالإجراءات المتخذة التي اتبعتها، إذا لم يتم إعلام مكتب الجمارك بالإجراءات المتخذة من قبل صاحب طلب التدخل خلال 10 أيام تسري من تاريخ رفع اليد عن السلع أو حجزها، في هذه الحالة يرفع إجراء الحجز ويمكن تمديد أجل 10 أيام مرة

واحدة في حالات خاصة، وتوضع السلع تحت نظام الإيداع لدى الجمارك خلال مدة إيقاف رفع اليد عنها أو حجزها. إن رفع الدعوى القضائية من طالب التدخل خلال مدة 10 أيام المذكورة أعلاه تستوجب علمه بهوية الشخص الذي توجه ضده هذه الدعوى وهو المصرح أو المرسل، وعليه فإن القانون خول لإدارة الجمارك ومن دون أن تكون ملزمة بالسرد المهني بإعلام المدعي باسم وعنوان المصرح والمرسل، إذا كان معلوما من أجل سير الدعوى القضائية، كما خول القانون لمكتب الجمارك المختص بتفتيش السلع التي أوقف امتياز رفع اليد بخصوصها أو التي تم حجزها، مع إمكانية أخذه لعينات أثناء فحص السلع من أجل تسهيل مواصلة الإجراء.²²

يمكن لمالك السلع المحجوزة أو مستوردها أو المرسله إليه إذا كانت تمس ببراءة اختراع أو بالحقوق المتعلقة بالرسومات أو النماذج الصناعية أن يطلب رفع الحجز عنها، شريطة أن يكون صاحب الحق المتضرر قد رفع دعوى قضائية ولم يتبعها أي إجراء تحفظي خلال 10 أيام السابقة، ويجب تقديم الضمانات الكافية لحماية مصالح المستفيد من البراءة أو الرسم أو النموذج، ولا يمنع إنشاء الضمان من اللجوء إلى إمكانية الطعن الأخرى التي يحوزها مالك الحق، وفي حالة ما إذا تم إخطار السلطة المؤهلة للبت في المضمون من طرف جهة أخرى غير مالك الحق واتضح بأن الضمان قد تم تحريره إذا لم يمارس صاحب الحق حقه في اللجوء إلى التقاضي في أجل 20 يوما مفتوحة ابتداء من اليوم الذي أعلم فيه بإيقاف رفع اليد أو الحجز.

المحور الثاني: أحكام خاصة بحماية العلامة والاسم التجاري

إن الأحكام التي جاءت بها اتفاقية باريس السالفة الذكر تعنى بحماية كافة حقوق الملكية الصناعية والتجارية التي نصت عليها الاتفاقية، فأحكام الحماية هي أحكام مشتركة بين براءة الاختراع، التصميم الشكلي الرسوم والنماذج الصناعية، تسمية المنشأ والعلامة والاسم التجاري وبالتالي فهي أحكام عامة وشاملة لكافة حقوق الملكية الصناعية والتجارية، إلا أن اتفاقية باريس خصت العلامة والاسم التجاري بأحكام خاصة تتمثل في حضر تسجيل العلامة المقيدة وكذا حماية الاسم التجاري في دول الاتحاد دون الحاجة إلى تسجيله.

أولاً : أحكام خاصة بحماية العلامة التجارية .

حظيت العلامة التجارية باهتمام كبير في الاتفاقيات الدولية ومن أهمها اتفاقية باريس لحماية حقوق الملكية الصناعية والتجارية واتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية تريبس، فقد نظمت اتفاقية باريس الشروط المتعلقة بتسجيل العلامة في سائر دول الاتحاد واستثنت من هذا التسجيل العلامات المقلدة، إذ نصت الاتفاقية على أحكام تحظر تسجيل العلامة المقلدة التي تعتبر تعدي على حقوق الغير، كما أولت اتفاقية باريس حماية خاصة للعلامة المشهورة.

01-حماية العلامة المسجلة في بلد المنشأ في سائر دول الاتحاد بالحالة التي سجلت عليها

أوجبت اتفاقية باريس على الدول الأعضاء بقبول إيداع وتسجيل كل علامة سجلت في بلدها الأصلي وفقاً لتشريعاتها الوطنية، وأن يطبق مبدأ المعاملة الوطنية على هذه العلامة بالحالة التي هي عليها، يهدف هذا النص إلى تسهيل تسجيل العلامة التجارية في جميع دول الاتحاد، كما يهدف إلى إزالة الاختلافات الموجودة بين تشريعات دول الاتحاد ، والتي قد تؤدي إلى أن المنتج المغطى بعلامة ما في إحدى الدول، لا يمكنه أن يغطي بذات العلامة في دولة أخرى مما يفقد العلامة صفة التميز التي اكتسبتها²³.

إن الإلزام الذي جاءت به اتفاقية باريس بقبول إيداع وتسجيل العلامة بالحالة التي سجلت بها في بلدها الأصلي قد يؤدي إلى حماية علامات لا تتمتع بخاصية التميز، خاصة إذا كانت بعض الدول في الاتحاد لا تعرف تشريعاتها نظام الفحص المسبق للعلامة، وبالتالي تسمح بتسجيل كل العلامات التي تم إيداعها لديها وفقاً للشروط الشكلية التي تطلبها قوانين هذه الدول ،وعليه فإنه لا يمكن تسجيل مثل هذه العلامة في دول الاتحاد الأخرى التي تستوجب تشريعاتها شروط موضوعية تعطي للعلامة صفة التميز، وبالتالي فإن مبدأ قبول تسجيل العلامة بالحالة التي هي عليها يقتصر تطبيقه على شكل العلامة ولا يمتد إلى الشروط الموضوعية ومثال ذلك أنه لا مجال لتطبيق مبدأ قبول تسجيل العلامة بالحالة التي عليها إذا كانت العلامة المسجلة

في بلد المنشأ علامة مجسمة ثلاثية الأبعاد وكان التشريع الوطني للدولة التي أودع فيها الطلب اللاحق لتسجيل العلامة تستبعد العلامة المجسمة من نطاق الحماية المقررة للعلامات التجارية لأن اتفاقية باريس لا تلزم الدول الأعضاء صراحة بحماية العلامة ثلاثية الأبعاد، وعليه ولكي يستفيد صاحب العلامة المسجلة في إحدى دول الاتحاد بتسجيل علامته في سائر دول الاتحاد بالحالة التي هي عليها في بلد المنشأ، يجب أن يوضح عند تقديمه لطلب تسجيل العلامة الشكل الذي سبق أن سجلت به العلامة في بلد المنشأ ويطلب تسجيلها بنفس هذا الشكل²⁴.

على هذا الأساس لا يجوز لأي دولة من الدول الأعضاء في الاتحاد أن ترفض طلب تسجيل علامة تجارية سبق تسجيلها في دولة أخرى من دول الاتحاد إستناداً إلى أن شكل العلامة لا يتفق مع التشريع الوطني، وعليه فإن هذا الحكم الاستثنائي الذي يضع قيداً على التشريعات الوطنية فيما يتعلق بشكل العلامة يتيح لصاحب العلامة المسجلة في بلد المنشأ أن يسجل علامته بالحالة التي عليها في سائر دول الاتحاد الأخرى دون إجباره على إدخال أي تعديلات على شكلها بغض النظر عن القيود التي تفرضها التشريعات الوطنية على شكل العلامة.

يعتبر مبدأ قبول تسجيل العلامة في دول الاتحاد بالحالة التي سجلت عليها في دولة المنشأ استثناء من مبدأ استقلال العلامة الذي قرره المادة 6 من اتفاقية باريس، ومفاد هذا الأخير أن العلامة التي تسجل في إحدى دول الاتحاد تعتبر مستقلة عن العلامات المماثلة التي تسجل في دول الاتحاد الأخرى بما في ذلك دولة المنشأ. لا تتقدم دعوى إبطال هذه العلامة إلا بعد مرور مدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ التسجيل، إلا أنه إذا كان التسجيل بسوء النية، فإنه يمكن المطالبة بالإبطال في أي وقت. على هذا الأساس أوردت ذات المادة استثناءات على قاعدة قبول تسجيل كل علامة سجلت في بلدها الأصلي بالأوضاع القانونية، وأن تمنح هذه العلامة الحماية بالحالة التي هي عليها، وهذه الاستثناءات جاءت على سبيل الحصر، وعليه يحضر تسجيل كل علامة من شأنها الإخلال بالحقوق المكتسبة للغير في الدولة التي تطلب فيها الحماية ومعنى ذلك أنه يحضر تسجيل كل علامة يترتب عن تسجيلها منافسة غير

مشروعة في الدولة المعنية بالحماية أو العلامات التي من طبيعتها غش الجمهور أو تلك التي تعتبر تقليدا لعلامة في الدولة المعنية بالحماية²⁵.

02- حماية خاصة للعلامة المشهورة:

أولت اتفاقية باريس وعلى غرار اتفاقية ترييس اهتماما بالغا بالعلامة المشهورة، إذا ألزمت اتفاقية باريس دول الاتحاد برفض تسجيل أو إبطال العلامة الصناعية أو التجارية سواء من تلقاء نفسها إذا أجاز تشريعها ذلك، أو بناء على طلب صاحب الشأن، متى كانت العلامة المراد تسجيلها تشكل نسخا أو تقليدا أو ترجمة يكون من شأنها إحداث لبس بعلامة ترى السلطة المختصة في الدولة التي تم فيها التسجيل أو الاستعمال أنها مشهورة وترجع لشخص يتمتع بمزايا هذه الاتفاقية ومستعملة على منتجات مماثلة أو مشابهة ، أو إذا كان الجزء الجوهري من العلامة يشكل نسخا لتلك العلامة المشهورة.

تساهم أحكام اتفاقية باريس في وضع حد لأساليب الغش والتدليس التي يعتمد عليها الأشخاص للاستفادة من مزايا علامة مشهورة وغير مسجلة أو مستعملة على إقليم دولتهم²⁶، لأنه إذا كانت العلامة معروفة ولكن غير مسجلة فإن إيداعها وتسجيلها من قبل الغير على منتجات مماثلة يحدث خطر الخلط لدى الجمهور ويلحق بذلك ضرر لصاحب العلامة المشهورة²⁷، وعليه فإن الشهرة تظهر هنا كبديل للتسجيل في الإشارة إلى أن الرمز غير حر²⁸.

نص المشرع الجزائري في الأحكام الراهنة للعلامة على العلامة المشهورة إذ نص على أنه "تستثنى من التسجيل الرموز المماثلة أو المشابهة لعلامة أو لاسم تجاري يتميز بالشهرة في الجزائر وتم استخدامه في سلع مماثلة ومشابهة تنتمي لمؤسسة أخرى إلى درجة إحداث تضليل بينهما أو الرموز التي هي بمثابة ترجمة للعلامة أو الاسم التجاري". المشرع الجزائري شأنه شأن إتفاقية باريس لم يحدد مفهوم الشهرة ، وعدم تحديد مفهوم الشهرة من قبل إتفاقية باريس يجعل نصها غير موحد بين تشريعات الدول و بالتالي فكل دولة من دول الاتحاد تعطي مفهوما خاصا للشهرة مما يصعب من حماية هذه العلامة خارج حدودها وفقا لما جاءت به إتفاقية باريس ، وعليه يرى بعض

الفقه أنه لا بد من شهادة تفيد شهرة العلامة من الجهة المختصة المسجلة فيها العلامة²⁹.

إتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية "تربيس نصت على أنه" تعتبر العلامة مشهورة إذا كانت معروفة في قطاع الجمهور المعني بما في ذلك معرفتها في البلد العضو المعني نتيجة ترويج العلامة " ، تأخذ هذه الاتفاقية في تقديرها للشهرة بالنظر إلى معرفتها من قبل الجمهور ، و أي كان معيار تقدير الشهرة فإن هذه الأخيرة يمكن للعلامة أن تفقدها وهذا ما يعرف بإنكاس العلامة وهذا الأمر يثير نقطة قانونية هامة وهي أن الحماية الخاصة التي كانت تتمتع بها العلامة أثناء شهرتها تزول عند إنكاسها ، إتفاقية باريس وعلى مثالها المشرع الجزائري لم يشير إلى إنكاس العلامة على خلاف المشرع الفرنسي الذي تضمنت أحكامه الإشارة إلى هذه النقطة. إن الحماية المقررة للعلامة المشهورة في إتفاقية باريس تقتصر على علامة السلعة دون علامة الخدمة، حيث أن نص المادة السادسة ثانيا لا يتحدث عن العلامة المشهورة إلا بصدد علامة السلعة ، و للإشارة فإن إتفاقية باريس تضمن حماية لعلامة الخدمة إلا أنها لا تلزم الدول الأعضاء بتسجيل هذه العلامة³⁰.

ثانيا-ضوابط خاصة بحماية الاسم التجاري

يتمتع الاسم التجاري بقيمة مالية كبيرة بالنسبة لصاحبه، إذ يعتبر أحد عناصر جذب العملاء، ولذلك يسعى التاجر فردا كان أم شركة إلى حمايته من الاعتداء عليه، إلا أن حماية الاسم التجاري وعلى عكس باقي حقوق الملكية الصناعية الأخرى تختلف من دولة إلى أخرى فبعض الدول تقرر حماية الاسم التجاري بضرورة قيده لدى هيئة مختصة وتمنح له حماية مدنية وأخرى جزائية متمثلة في دعوى التقليد ، والبعض الآخر لا يتطلب شكلية لإضفاء الحماية عليه و لا يحضى بالحماية إلا تلك التي توفرها دعوى المنافسة غير المشروعة ، وهذا الاختلاف يثير إشكالية تطبيق مبدأ المعاملة الوطنية الذي تقره إتفاقية باريس وعليه ما هي ضوابط حماية الاسم التجاري على الصعيد الدولي؟

1- خصوصية حماية الاسم التجاري في إتفاقية باريس :

نصت اتفاقية باريس على مبدأ المعاملة الوطنية والذي يعتبر من أهم المبادئ التي تهدف إلى تكريس الحماية الدولية لحقوق الملكية الصناعية على الصعيد الدولي، وفقا لمبدأ المعاملة الوطنية يتمتع رعايا كل دولة من دول الاتحاد في جميع دول الاتحاد الأخرى وبالنسبة لحماية حقوق الملكية الصناعية بالمزايا التي تمنحها حاليا أو قد تمنحها مستقبلا قوانين تلك الدول للمواطنين وذلك دون الإخلال بالحقوق المنصوص عليها بالاتفاقية ذاتها، ومن ثمة يكون لهم نفس وسائل الطعن القانونية ضد أي إخلال بحقوقهم، بشرط إتباع الشروط والإجراءات المفروضة على المواطنين، ويعامل نفس معاملة رعايا دول الاتحاد رعايا الدول غير الأعضاء في الاتحاد المقيمين في إقليم إحدى دول الاتحاد، أو الذين لهم منشأة صناعية أو تجارية حقيقية³¹.

وفقا لما سبق يمتد تطبيق مبدأ المعاملة الوطنية إلى حماية الأسماء التجارية لمواطني دول الاتحاد وكذا الأشخاص التابعين لدول غير الأعضاء في الاتفاقية إلا أنهم مقيمين في إحدى دول الاتحاد أولهم منشأة صناعية أو تجارية فيها، وعليه يحق لهؤلاء التمتع بالمزايا ذاتها التي يتمتع بها مواطنوا كل دولة من دول الاتحاد ضد أي اعتداء على الأسماء التجارية والحصول على التعويضات التي تقررها التشريعات الداخلية، وعليه يكون لكل دولة الحق في تنظيم تشريعاتها الوطنية من حيث الإجراءات القضائية والإدارية والجهات المختصة بكل منها أو تعيين وكيل وفقا لقوانين الملكية الصناعية³².

تضمنت المادة 8 من إتفاقية باريس على أن الاسم التجاري يتمتع بالحماية في جميع دول الاتحاد، دون التزام بإيداعه أو بتسجيله، سواء كان جزء من علامة صناعية أو تجارية أو لم يكن ، وفقا لهذا النص تلزم اتفاقية باريس الدول الأعضاء فيها بحماية الاسم التجاري على إقليمها وفقا لمبدأ المعاملة الوطنية، وبذلك تقرر الاتفاقية حماية كاملة للاسم التجاري سواء كان مسجل أو غير مسجل، وهذا الأمر يتعارض مع قوانين بعض دول الاتحاد التي تستوجب تسجيل الاسم التجاري ذا شهره لتمتعه بالحماية الخاصة وهذه الأخيرة هي الحماية الجزائية المقررة للتقليد والتي لا تستفاد منها إلى الحقوق الاحتكارية الناشئة عن طريق الإيداع والتسجيل. في غير ذلك فإن الاسم

التجاري يتمتع بالحماية العامة وفقا لقواعد المنافسة غير المشروعة متى توافرت شروطها، أي أن الدول التي لا تشترط تسجيل الاسم التجاري تخضعه للحماية العامة، وبالتالي فإن اتفاقية باريس لم تحدد شروط حماية الاسم التجاري ولا نطاق هذه الحماية مما يخلق صعوبة في تطبيق مبدأ المعاملة الوطنية أو مبدأ المساواة بين دول الاتحاد.

في ضوء المادة الثانية من نفس الاتفاقية والتي تقرر مبدأ المساواة بين رعايا دول الاتحاد والمواطنين، حيث لا يتصور منح رعايا دول الاتحاد مزايا أكثر من المواطنين في الدولة المراد حماية الاسم التجاري فيها، وبهذا الخصوص قضى القضاء في فرنسا إلى أن المواطن التابع لإحدى دول اتحاد باريس لا يمكنه حماية اسمه التجاري في فرنسا تطبيقا للمادة الثامنة من اتفاقية باريس لعام 1883، إلا إذا استعمل هذا الاسم في فرنسا، أسست المحكمة هذا الحكم على ضرورة تفسير حكم المادة الثامنة من الاتفاقية على ضوء المادة الثانية منها والخاصة بمبدأ المساواة بين المواطنين والأجانب بشأن حقوق الملكية الصناعية.³³

يذهب الفقه لتفسير أحكام المادة الثامنة من اتفاقية باريس والتي تقضي بحماية الاسم التجاري في دول الاتحاد دون الحاجة لتسجيله في ظل تعارض تشريعات دول الاتحاد في شروط إضفاء الحماية على الاسم التجاري وكذا بوجود نص المادة الثانية من الاتفاقية السالفة الذكر بالقول أنه "لا يجوز لأية دولة التي يطلب فيها حماية الاسم التجاري، أن ترفض أن يكون الاسم التجاري قد تم تسجيله في مكان ما، ولو كان هذا التسجيل إجباريا في بلد المنشأ"³⁴، أما البعض الآخر من الفقه فيرى أنه "ما دام الاسم التجاري يعرف بالنظر إلى تشريع الدولة التي يوجد بها مقر المؤسسة، فإنه إذا اشترط تسجيل الاسم التجاري لتحقيق حمايته وفقا لهذا القانون فيجب استكمال الشروط الشكلية في هذا البلد للاستفادة من الحماية المقررة في باقي دول الاتحاد". يذهب اتجاه آخر من الفقه لتفسير نص المادة الثامنة إلى مقارنتها مع المادة السادسة من نفس الاتفاقية، إذ تقضي هذه الأخيرة على أن "كل علامة مسجلة بشكل صحيح في بلد المنشأ تقبل وتحمى مثل ما هي عليه في دول الاتحاد الأخرى" بينما لا تضمن أحكام المادة الثامنة

إلى إشارة مماثلة مما يؤدي إلى القول أنها لا تعترض على مسألة حماية الاسم التجاري، أما الشروط إكتسابه فتخضع لقواعد القانون الدولي الخاص³⁵.

إضافة إلى ما سبق ذكره فإن اتفاقية باريس تحمي الاسم التجاري عن طريق مصادرة كل منتج يحمل بطريقة غير مشروعة علامة أو اسما تجاريا عند استيراده في دول الاتحاد التي يكون فيها لهذه العلامة أو لهذا الاسم الحق في الحماية القانونية. ولا تلزم الدولة بإجراء المصادرة إذا كانت المنتجات تمر مرورا عابرا، وإذا كان تشريع الدولة لا يجيز المصادرة عند الاستيراد يتم اللجوء إلى منح استيراد المنتجات التي تحمل الاسم التجاري المعتدى عليه، أو أن تتم المصادرة داخل الدولة، ولما كان التشريع الوطني لا يجيز أي من هذين الإجراءين فيتم التغاضي عنهما بالوسائل التي يكفلها قانون الدولة لمواطنيها في الحالات المماثلة إلى أن يتم تعديل التشريع الداخلي، وإلى جانب هذا تكفل الاتفاقية حماية فعالة للاسم التجاري ضد المنافسة غير المشروعة³⁶.

2- موقف إتفاق تريبس من الاحكام الخاصة بالاسم التجاري :

بالنسبة لاتفاقية تريبس فإنه لم يندرج الاسم التجاري في اصطلاح الملكية الفكرية الذي جاءت به، إذ يندرج ضمن حقوق الملكية الفكرية المعنية بالحماية في الاتفاقية حقوق المؤلف براءة الاختراع التصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة، المعلومات غير المفصح عنها العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية ، إلا أن عدم إدراج الأسماء التجارية ضمن حقوق الملكية الفكرية المحمية باتفاقية تريبس لا يعني إهمال هذه الأخيرة لهذا النوع من حقوق الملكية التجارية، بل إن اتفاقية تريبس اكتفت بالحماية القانونية للأسماء التجارية التي نظمها اتفاقية باريس السالفة الذكر وهذا بالإحالة إلى أحكام هذه الأخيرة، إذ نصت على أنه "فيما يتعلق بالأجزاء الثانية والثالثة والرابعة من الاتفاق الحالي (اتفاق تريبس) تلتزم البلدان الأعضاء بمراعاة أحكام المواد من 1 حتى 12 والمادة 19 من اتفاقية باريس، ولا ينتقص أي من الأحكام المنصوص عليها في الأجزاء من الأولى وحتى الرابع من هذه الاتفاقية من أي الالتزامات الحالية التي تترتب على البلدان الأعضاء بعضها تجاه الآخر بموجب معاهدة باريس³⁷.

خاتمة

جاءت اتفاقية باريس لحقوق الملكية الصناعية واتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية "تريبس" بأحكام تهدف إلى تكريس حماية حقوق الملكية الفكرية على الصعيد الدولي، كما تهدف هذه المبادئ أيضا إلى توحيد تشريعات الدول في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية عن طريق محاربة الاتجار الدولي بالسلع المقلدة ، ومن النتائج التي خلصت إليها هذه الدراسة نوجز مايلي :

-إنفاق تريبس لم يلغي الأحكام التي جاءت بها إتفاقية باريس بشأن مكافحة التقليد، بيد أنه كان أكثر صرامة من حيث التفصيل في إجراءات التدابير الحدودية وكذا النص على عقوبات ردية في حالة التعدي على حقوق الملكية الفكرية بصفة عامة .

-تضمن إتفاق باريس وتريبس أحكام خاصة بالمنافسة غير المشروعة وإجراءات التدابير الحدودية كأحكام موحدة لكافة حقوق الملكية الصناعية يستوجب على الدول أن تتضمنها في تشريعاتها ، وإلى جانب هذه الاحكام هناك أحكام خاص بالعلامة بما فيها العلامة المشهورة والاسم التجاري.

-المشرع الجزائري لم ينظم أحكام خاصة بالمنافسة غير المشروعة وأدرجها ضمن الممارسات المنافية للتجارة ضمن قانون الممارسات التجارية ، وتضمنت قوانين الملكية الصناعية ومعها قانون الجمارك وقانون الاجراءات المدنية أحكام تتعلق بحجز التقليد على المعابر الحدودية وحتى عند دخولها.

-المشرع نظم أحكام حماية خاصة بالعلامة المشهورة ، لكن بالمقابل لم ينظم أحكام جزائية خاصة بالاسم التجاري .

على ضوء هذه النتائج نخلص الى التوصيات التالية :

-وجوب النص على قانون للمنافسة غير المشروعة في منظومة قوانين الملكية الفكرية -إعادة النظر في العقوبات الجزائية المقررة لتقليد تسمية المنشأ والرسوم والنماذج الصناعية وفقا لما تضمنته أحكام إتفاقية تريبس

-النص على حماية جزائي لتقليد الاسم التجاري شأنه شأن الشارات المميزة

-تدريب رجال الجمارك لمعرفة المنتجات المقلدة والتعرف عليها على مستوى المعابر الحدودية
الهوامش

- 1 المادة 10 الفقرة 2 من اتفاقية باريس . إنظم إليها المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 75-2 المؤرخ في 9 يناير 1975 المتضمن المصادقة على اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883 والمعدلة، ج.ر مؤرخة 4 فبراير 1975 العدد 10، ص154
- 2 المادة 10 الفقرة 3 من اتفاقية باريس
- 3 المادة 10 ثالثا الفقرة 1 من اتفاقية باري
- 4 المادة 10 ثالثا الفقرة 2 من اتفاقية باريس
- 5 الطيب زروتي، القانون الدولي للملكية الصناعية، مطبعة الكاهنة الجزائر طبعة 2004، ص 124.
- 6.. المادة 41 الفقرة 1 و 2 من اتفاقية تريبيس.
- 7 المادة 27 من الأمر 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية.
- 8 القانون رقم 82 سنة 2002 المتعلق بحقوق الملكية الفكرية المصري .
- 9 استعملت المادة العاشرة من اتفاقية باريس عبارة "بصفة" خاصة.
- 10 SAINT-GAL. (Y), Protection et défense des marques de fabrique et concurrence déloyale, Delmas et Cie, 5ème éd., 1982,p w 18.
- 11 نوال صاري ، قانون المنافسة والقواعد العامة للإلتزامات ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق جامعة الجبالي اليباس سيدي بلعباس ، 2009-2010 ، ص109.
- 12 . المادة 9 الفقرة 1 والمادة 10 الفقرة 1 من اتفاقية باريس.
- 13 المادة 9 (3،4،5،6) من اتفاقية باريس.
- 14 عدلت هذه الاتفاقية في واشنطن سنة 1911، وفي لاهاي 1925 وفي لندن سنة 1934، وفي لشبونة سنة 1958 وفي ستوكهولم سنة 1967.

15 بموجب الأمر رقم 72-10 المؤرخ في 22 مارس 1972 المتضمن الانضمام إلى بعض الاتفاقيات الدولية، ج.ر مؤرخة في 21 أبريل 1972، العدد 32، ص 467.

16 المادة 51 من اتفاقية تريبس

17 مقارنة بالتشريع الجزائري فإن أحكام هذا الأخير تجيز للمرخص له باستغلال حقوق الملكية الفكرية بطلب الحجز الجمركي، أنظر أحكام القرار المؤرخ في 15 يونيو 2002، السالف الذكر

18 المادة 55 و 57 من اتفاقية تريبس .

19 القانون رقم 98-10 المؤرخ في 22 أوت 1998 الذي يعدل ويتم القانون رقم 79-07 المؤرخ في 21 يوليو 1979 المتضمن قانون الجمارك، ج.ر مؤرخة في 23 أوت 1998 العدد 61، ص 6

20 تطبيق هذه المادة وفقا للقرار المؤرخ في 15 يوليو سنة 2002، ج.ر، مؤرخة في 18 أوت 2002، العدد 56

21 المادة 2 و 3 و 6 و 8 من القرار المؤرخ في 15 يونيو 2002 الذي يحدد كيفية تطبيق المادة 22 من قانون الجمارك.

22 المادة 9 و 10، 11، 12، 13 من القرار المؤرخ في 15 يونيو 2002 الذي يحدد كيفية تطبيق المادة 22 من قانون الجمارك.

23 HAROUN (A), La protection de la marque au Maghreb, O.P.U., Alger, 1979, , p 311.

24 خالد كدفور المهيبي ، حماية للملكية الصناعية والتجارية ، حماية العلامات التجارية في دولة الإمارات العربية المتحدة في ظل الاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء ، رسالة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية ، مصر سنة 2006.ص 352

25 المادة 6 ثانيا (2-3) والمادة 6 خامسا (ب-1) من اتفاقية باريس السالفة الذكر
سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة التاسعة،
2013، ص 656.

26 PÉROT- MOREL .(M-A) , L'extension de la protection des
marques notoires, Rev. trim. dr. com., 1966, p16.

27 AZÉMA.(J) et Galleux. (J), droit de la propriété industrielle,
Dalloz, 6 ème éd, 2006 p 87: « le caractère notoire de la
marque permet de déroger au principe de la territorialité, et la
marque notoire, bien que non enregistrée, peut être opposée à
l'enregistrement à titre d'antériorité »

28 DASSAS .(G) , Les marques notoires, R.D.A.E. 1998, no 4, p.
336. « la notoriété et ainsi considérée comme se substituant à
l'enregistrement comme signal d'indisponibilité »

29 المادة 7 الفقرة 8 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات ، المؤرخ في 19 يوليو

2003 والمتعلق بالعلامات، ج.ر مؤرخة في 23 يوليو 2003، العدد 44، ص 22

30 المادة 16 الفقرة 2 من إتفاقية ترييس،و المادة 6 (سادسا) من إتفاقية باريس "

تتعهد دول الاتحاد بحماية علامات الخدمة ، ولا تلتزم هذه الدول بأن تكفل
التسجيل لتلك العلامات "

31 لمادة 2 من إتفاقية باريس

32 سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 840

33 CHAVANNE.(A) et BURST.(J-J), Droit de la propriété
industrielle, Précis Dalloz, 5ème éd., 1998 , p 831 « une
unioniste, ne peut demander en France le protection de son nom
commercial en application de l'article 8 de convention d'union
s'il n'a pas exploité ce nom en France... l'article 8 n'a pu avoir
pour effet d' étendre le bénéfice de la loi interne française sur le
nom commercial aux actes d'usage de ce nom accomplis en
territoire étranger... ».

34 فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية والتجارية، وحقوق الملكية الأدبية والفنية، ابن خلدون لنشر والتوزيع وهران، طبعة 2006 . ص 99.

35 M.M.PILLET et CHABAUD cité in juriscl .com . Annexe concurrence déloyale, 1952, p 18

36 المادة 9 الفقرة 1، 2، 3، 4 و 10 ثانياً اتفاقية باريس .

37 سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 844.

تاريخ القبول: 2021/01/25

تاريخ الإرسال: 2020/12/28

المحكمة العليا للدولة بين النص والتطبيق

Supreme Court of State between text and application

الibas جوادي*¹djouadi.ilys@yahoo.com، (الجزائر)، جامعة الوادي،¹

المخلص:

تعد المحكمة العليا للدولة هيئة قضائية استثنائية مهمتها فقط محاكمة رئيس الجمهورية والوزير الأول أو رئيس الحكومة، وقد أقرتها معظم الدساتير في العالم وحددت اختصاصاتها وتركت للقوانين العضوية أو الأساسية تطبيق ذلك، هذه المحكمة جعلت من رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة ليس بمنأى عن المساءلة الجنائية، حيث يمكن مساءلتهما جنائيا عن أعمال يحددها الدستور.

وقد اختلفت الدساتير في العالم حول تشكيل هذا النوع من المحاكم وطبيعة الجرائم وإجراءات المحاكمة، ومثال ذلك الدستور الأمريكي، والذي حصرها في الخيانة، الرشوة وسوء السلوك، في حين نجد الدستور المصري الذي نص على حالتين من الأعمال: الأولى تتمثل في الجرائم الجنائية، الثانية وهي الحالة الوحيدة التي نص عليها كل من الدستور الفرنسي والدستور الجزائري، والمتمثلة في الخيانة العظمى.

الكلمات المفتاحية: المحكمة العليا للدولة، رئيس الجمهورية، الوزير الأول، الخيانة العظمى، المسؤولية الجنائية.

Abstract:

The Supreme Court of the State is an exceptional judicial body with only a trial function President and First Minister approved by most constitutions in the world, defined their terms of reference and left them to the [organic laws](#) apply this, This court made the President of the Republic or the Prime Minister not immune from criminal accountability.

*المؤلف المرسل

They can be criminally held accountable for acts specified in the Constitution.

Constitutions in the world differ on the formation of this kind The courts, the nature of the offenses and the proceedings, An example of this is the US Constitution, which confined it to treason, bribery and misconduct, The Egyptian constitution provides for two cases of action: The first is criminal offenses, Second, it is the only case provided for in both the French and Algerian constitution, represented in high treason.

Keywords:

Supreme Court of State - President - Prime Minister - High treason – criminal responsibility.

1. مقدمة:

باستقراء دساتير الجزائر نجد أن دستور 1963 ومن خلال المادتين 47 و55 يتضح أن طبيعة مسؤولية رئيس الجمهورية هي مسؤولية سياسية وليست جنائية ولا حتى في حالة الخيانة العظمى حيث أن دستور 1963 حصر مسؤولية رئيس الجمهورية في المسؤولية السياسية دون غيرها والتي على ضوءها يقوم الرئيس بتقديم استقالته.

وأما دستور 1976 فإننا لا نعثر فيه على أي نص يتضمن ذكر ولو بالإشارة لمسؤولية الرئيس، وبهذا فقد اختزل من نصوصه المبدأ القائل حيث السلطة تتواجد المسؤولية فهذا مبدأ غير معمول به في الدستور وهو ذات الحال بالنسبة لدستور 1989 الذي جاء خاليا من أي نص يثير مسؤولية رئيس الجمهورية وكيفية محاسبته والجهة التي تتولى ذلك بالرغم من التعديل الذي جاء به هذا الدستور بإضافة جهاز آخر المتمثل في رئيس الحكومة وهو بذلك ناقض المبدأ القائل أين توجد السلطة تكون المسؤولية.

وقد تضمن دستور 1996 المعدل والمتمم صراحة مسؤولية رئيس الجمهورية وهو نص المادة 177 والتي جاء فيها: "تؤسس محكمة عليا للدولة تختص بمحاكمة رئيس الجمهورية عن الأفعال التي يمكن وصفها بالخيانة العظمى، والوزير الأول عن الجنايات والجناح التي يرتكبها بمناسبة تأديته لمهامه⁽¹⁾".

وهذا النص الدستوري يعبر من حيث المبدأ عن الأسلوب الديمقراطي وعن دولة القانون من خلال وضع جهاز دستوري قضائي جديد على مستوى عالي (محكمة عليا للدولة) مهمتها الرقابة القضائية الجزائية على رئيس الجمهورية ممثلاً أعلى وأقوى سلطة في الدولة وهي السلطة التنفيذية خصوصاً رئيس الجمهورية رئيس السلطة السامية في الدولة، وحامي الدستور وقاضي القضاة، والقائد الأعلى للقوات المسلحة... ومحاكمته من طرف محكمة داخلية على جرائم كالخيانة مثلاً هي بلا شك فكرة جوهرية نحو تكريس مبدأ الفصل بين السلطات واستقلال السلطة القضائية.

استناداً لذلك يمكن طرح الإشكالية الآتية: ما مدى فعالية دور المحكمة العليا للدولة وتحديد مسؤوليات رئيس الجمهورية عن الخيانة العظمى، والوزير الأول عن الجنايات والجنح التي يرتكبها بمناسبة تأديتهما لمهامهما؟ وما هي الضمانات اللازمة لإنشائها وممارسة صلاحياتها؟

من خلال ذلك تبرز لنا ثلاث نقاط أساسية وهي: "تؤسس محكمة عليا للدولة"، "بمحاكمة رئيس الجمهورية والوزير الأول"، "الخيانة العظمى، الجنايات والجنح". سنتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي من أجل شرح النصوص القانونية ذات الصلة بصلاحيات المحكمة العليا للدولة وتحليلها قضائياً وفقهياً، والمنهج المقارن من أجل مقارنة القانون الجزائري بتجارب نظيره المصري والفرنسي.

سنتبع في هذه الدراسة الخطة الآتية:

المبحث الأول: ماهية المحكمة العليا للدولة

المبحث الثاني: اختصاصات المحكمة العليا للدولة

2. المبحث الأول: ماهية المحكمة العليا للدولة

أقر الدستور الجزائري هيئة قضائية خاصة تسمى المحكمة العليا للدولة، وهي محكمة استثنائية ذات طابع جزائي وسياسي تختص بمحاكمة شخصين فقط وفقاً لنص المادة 177 من الدستور هما:

- رئيس الجمهورية عن جريمة الخيانة العظمى أثناء العهدة الرئاسية.

- أما الوزير الأول كل جنابة او جنحة يرتكبها بمناسبة تأديته لمهامه طيلة بقاء الوزير الأول على رأس الحكومة، وبالتالي استبعاد محاكمتها أمام الجهات القضائية العادية أو البرلمان.

أما في ما يخص تشكيلة المحكمة، فهناك اختلاف من نظام لآخر، ففي فرنسا تتشكل المحكمة من الأعضاء المنتخبين عددهم 24 عضوا برلماني دائمون 12 يختارون من بين النواب طيلة العهدة التشريعية و 12 يختارون من بين الشيوخ يتم تجديدهم في كل مرة يجدد فيها مجلس الشيوخ، و 12 عضو احتياطي، 6 من النواب الجمعية الوطنية و 6 من أعضاء مجلس الشيوخ⁽²⁾.

وفي مصر، تتشكل المحكمة العليا من 12 عضو 6 يختارون بواسطة القرعة من بين أعضاء مجلس الشعب يمثلون البرلمان، و 6 يختارون بنفس الأسلوب من بين مستشاري محكمة النقض وأقدم ثلاثين مستشارا من محاكم الاستئناف⁽³⁾، وهؤلاء يتم اختيارهم مباشرة بعد صدور قرار الاتهام من مجلس الشعب وتقتصر مهمتهم بمحاكمة الرئيس على الجرم المنصوص عليه في ذات القرار.

هذه المحكمة الخاصة والتي تصنف ضمن الهيئات القضائية أقرها الدستور الفرنسي وتختص بمحاكمة أعضاء السلطة التنفيذية⁽⁴⁾. ويبقى هناك أنموذجين لهذا النوع من المحاكمة:

الأول: اختصاص الجهات القضائية العادية سواء كانت أعلى محكمة في التنظيم القضائي في الدولة أو محكمة دستورية بمحاكمة أعضاء السلطة التنفيذية، في حين يبقى الاتهام من اختصاص البرلمان، وهو الاتجاه المعمول به في كل من ألمانيا واليابان وبلجيكا وإسبانيا والدانمرك وإيطاليا؛

الثاني: اختصاص البرلمان بتوجيه الاتهام الجنائي لأعضاء السلطة التنفيذية ومحاكمتهم، حيث عادة ما يكون توجيه الاتهام الجنائي من صلاحيات الغرفة السفلى وتتولى الغرفة العليا المحاكمة، وهو ما أخذ به دستور الولايات المتحدة الأمريكية، أين يوجه مجلس النواب الاتهام الجنائي لرئيس الدولة وكبار الموظفين، ويتولى مجلس الشيوخ المحاكمة⁽⁵⁾.

ويظهر أن حصانة رئيس الجمهورية أوسع من حصانة الوزير الأول، ففي حين يحاكم رئيس الجمهورية عن جريمة واحدة، نجد أن الوزير الأول يحاكم عن كل جنحة أو جنائية يرتكبها أثناء مهامه. وبذلك تم استبعاد محاكمة أعضاء الحكومة من اختصاص المحكمة العليا للدولة، أثناء تأديتهم لوظائفهم، كجرائم الرشوة وتبديد المال العام واستغلال السلطة، على العكس مما ذهب إليه الدستور الفرنسي لسنة 1958⁽⁶⁾.

والملاحظ أن المؤسس الدستوري لم يحدد نوع هذه الجنح أو الجنائيات، والقاعدة تقضي أن المطلق يبقى على إطلاقه ما لم يقيد، ويفترض صدور القانون العضوي الذي سوف يحدد لنا طائفة هذه الجرائم، إذ أن روح النص يذهب إلى أنه ليس المقصود كل الجنح والجنائيات التي يعاقب عليها القانون العام، وإنما فقط الجنح والجنائيات التي تمس النظام العام كالتمرد ومحاولة الانقلاب، والتخابر وتسريب أسرار الدولة، ولا يمكن تصور متابعة رئيس الجمهورية أمام هذه المحكمة بجنحة سب أو جنحة شيك بدون رصيد، وبالتالي من شروط تطبيق هذا النص الدستوري، هو أن ترتكب الجريمة أثناء ممارسة رئيس الجمهورية أو الوزير الأول لمهامهما.

التساؤل المطروح هنا: هل هذا يعني أن النص لا يعاقب في حالة ارتكاب هذه الجرائم خارج المهام الرسمية، أي قبل أو بعد انتهاء العهدة الرئاسية لرئيس الجمهورية أو بعد انتهاء مهامه بغض النظر عن سبب الإنهاء.

في هذه الحالة المحكمة العليا للدولة غير مختصة بنظر هذه الجريمة، ولكن مرتكب الفعل يسأل ولا يعاقب ليس أمام هذه المحكمة وإنما أمام محكمة الجنائيات بالجزائر العاصمة، مع الإشارة إلى أن هذه المادة في الواقع نصت على اختصاص محكمة جنائيات العاصمة بمحاكمة أعضاء الحكومة، ورئيس الجمهورية واحد من أعضاء الحكومة بالمفهوم الواسع لكلمة حكومة، كما أنه من الممكن كذلك أن يحاكم رئيس الجمهورية أمام المحكمة العسكرية باعتباره وزيرا للدفاع وقائدا للقوات المسلحة.

من خلال تتبعنا لإقرار هذا النص الدستوري المتعلق بالمحكمة العليا للدولة منذ صدور دستور 1996 أي بعد أربع وعشرون سنة (24) من دخوله حيز التنفيذ لم يصدر القانون العضوي المحدد لتشكيلة المحكمة العليا للدولة والإجراءات المطبقة أمامها إلى يومنا هذا، وإن احتجوا في السابق بأن الدستور حديث العهد بهذا الأمر، فإن اليوم وبعد مرور أكثر من عقدين لم يعد لهذه الحجة معنى، وفي غياب هذا القانون لا يمكننا الحديث عن تشكيلة هذه المحكمة، على خلاف التجربة الدستورية الفرنسية أين صدر الأمر المتضمن القانون العضوي للمحكمة العليا المختصة بمحاكمة كل من رئيس الجمهورية وأعضاء الحكومة، بعد مرور ثلاثة أشهر فقط على وضع دستور 1958⁽⁷⁾،

3. المبحث الثاني: اختصاصات المحكمة العليا للدولة

فصل المؤسس الدستوري الجزائري في تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في الخيانة العظمى والجرائم و الجنح التي يرتكبها كل من رئيس الجمهورية والوزير الأول أثناء ممارسة مهامهما وهي المحكمة العليا للدولة ، فمعظم دساتير العالم حددت المسؤولية الجنائية لرئيس الدولة أو رئيس الجمهورية، حيث يمكن مساءلته جنائيا عن الأعمال التي يحددها الدستور، فهناك من حددها حصرا مثال ذلك الدستور الأمريكي، والذي حصرها في الخيانة، الرشوة وسوء السلوك، في حين نجد الدستور المصري الذي نص على حالتين من الأعمال الأولى تتمثل في جرائم الجنائية، والثانية وهي الحالة الوحيدة التي نص عليها كل من المؤسس الدستوري الفرنسي والجزائري، والمتمثلة في الخيانة العظمى.

أولا: الجرائم الجنائية

تعتبر الجرائم الجنائية تلك الأفعال المحددة عليها في قانون العقوبات تقابلها عقوبة تطبق على مرتكب الفعل، واستنادا إلى القواعد العامة فإن الجريمة الجنائية هي ذلك السلوك الجنائي - الركن المادي - الذي يرتكبه الفرد عن قصد -الركن المعنوي - و المعاقب عليه بنص القانون - الركن الشرعي - وهكذا تنشأ الجريمة⁽⁸⁾.

من خلال اطلعنا على بعض الدساتير ومن ذلك الدستور الجزائري وكذا الفرنسي نجد أنهما اکتفيا بالتنصيص على الأعمال التي توصف بالخيانة العظمى، في حين نجد أن الدستور المصري نص زيادة عن الخيانة العظمى على الجرائم الجنائية، وبشكل صريح حيث إذا جاء في نص المادة 159 منه على أنه "يكون إتهام رئيس الجمهورية بالخيانة العظمى أو بارتكاب جريمة جنائية..."⁽⁹⁾. وبالتالي حصر المؤسس الدستوري الجزائري الجريمة التي يعاقب عليها رئيس الجمهورية في الأفعال التي توصف بالخيانة العظمى فقط ولا يمكن مساءلته عن أي جريمة منصوص عليها في قانون العقوبات، اللهم إلا إذا كان ارتكاب الفعل المحرم خارج إطار المهام الرئاسية حينما يعتبر رئيس الجمهورية مواطنا عاديا تسري عليه أحكام قانون العقوبات⁽¹⁰⁾، وهناك من يرى بأن ارتكاب الجرائم الجنائية يندرج ضمن مفهوم الخيانة العظمى⁽¹¹⁾.

في حين أن الوزير الأول يكون مسؤولا عن الجنایات والجنح أثناء تأديته لمهامه، ويبقى الغموض سائدا حول وضعيته القانونية تجاه الحكومة عند ارتكابه لهذا النوع من الجرائم هل يعزل أم يقال أم يستقيل حكما أو تسحب منه الثقة قبل المباشرة في محاكمته؟ وما دور رئيس الجمهورية في ذلك، كلها إجراءات لابد من تحديدها في القانون العضوي في حال صدوره. بعد ذلك كيفية تحديد الجريمة واجراءات محاكمته والضمانات المكفولة له وطبيعة الحكم الصادر...

ثانيا: الخيانة العظمى

إن مصطلح الخيانة العظمى يصعب تحديد مفهومه بشكل دقيق مما جعل المؤسس الدستوري بنأى بنفسه عن تحديد هذا المصطلح والفصل بينه وبين جريمة الخيانة المنصوص عليها في قانون العقوبات تاركا ذلك إلى الفقه الدستوري.

من خلال نص المادة 177 من الدستور الجزائري تؤسس محكمة عليا للدولة تختص بمحاكمة رئيس الجمهورية عن الأفعال التي يمكن وصفها بالخيانة العظمى.

وقد ترك المجال مفتوحا لتعريفها وإن كان قانون العقوبات حدد الحالات التي تشكل جرائم الخيانة من خلال المواد 61 و 62 و 63 من قانون العقوبات الجزائري

المعدل والمتمم⁽¹²⁾ ولم يكن يخص بها رئيس الجمهورية وإنما يخص بها كل مواطن جزائري.

وقد اختلف الفقه في تعريف الخيانة العظمى بين من يضعها في خانة الجنايات وبين من يضفي عليها الطابع السياسي وقد برزت في ذلك عدة مواقف:

الاتجاه الأول: الذي يرى بأن الخيانة العظمى جريمة جنائية رغم عدم وصفها بذلك في الدستور، و استند هذا الاتجاه إلى⁽¹³⁾:

1/ تحديد عقوبة جنائية عند ارتكاب عمل من أعمال الخيانة العظمى والتي تتمثل في الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبد أو المؤقتة.

2/ رجوعا إلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 247 لسنة 1956 بخصوص المادة السادسة نجد أنها تنص على أن: "...و قد ترك المشرع تحديد أعمال الخيانة العظمى لأحكام قانون العقوبات..."⁽¹⁴⁾.

3/ القانون الخاص بمحاكمة الوزراء، أعطى تعريف للخيانة العظمى حيث جاء فيه: "تعتبر الخيانة العظمى كل جريمة تمس سلامة الدولة وأمنها الخارجي أو الداخلي أو نظام الحكم الجمهوري، ويكون منصوبا عليها في القوانين المصرية والسورية، وكذلك على عمل يصدر من رئيس الجمهورية ويعتبر إهمالا جسيما في الحفاظ على سيادة الدولة و استقلالها، أو الاعتداء على أحكام الدستور"⁽¹⁵⁾، ومحددا لها في أي من هذه القوانين عقوبات الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبد أو المؤقتة أو الاعتقال لمؤبد أو المؤقت⁽¹⁶⁾.

وخلص هذا الاتجاه الى أن قانون العقوبات المصري بالتحديد نص صراحة على جريمة الخيانة العظمى وحدد العقوبة الجنائية لها، مما يؤكد الطبيعة الجنائية لهذه الجريمة⁽¹⁷⁾.

الاتجاه الثاني: يرى بأن الخيانة العظمى لها طابع سياسي ويستدلون في ذلك بالأدلة الآتية⁽¹⁸⁾:

1/ حيث نجد هنا الفقه الفرنسي ومنهم العميد جورج فيدال ذهب الى أن قانون العقوبات الفرنسي لم يتكلم عن الخيانة العظمى مما يصعب اعتبارها جريمة جنائية،

كما أن اعتبار الإهمال الشديد لواجبات الوظيفة والانتهاك الجسيم للواجبات الملقاة على عاتق رئيس الجمهورية من قبيل الخيانة العظمى وبالتالي على الجمعية الوطنية توجيه الاتهام للرئيس الفرنسي وتقدير الجرم المنسوب بالخيانة العظمى أم لا وهذا يدل على حسب العميد فيدال الخيانة العظمى هي مجرد فكرة سياسية يصعب تقنينها⁽¹⁹⁾.

1/ فصلت المادة 159 من الدستور المصري بين الخيانة العظمى وارتكاب جريمة جنائية، هذا ما يعني أن لكل مصطلح معنى محدد.

2/ لم يعرف القانون المحدد لمحاكمة رئيس الجمهورية الخيانة العظمى كما أنها -أي الخيانة العظمى- يختلف مدلولها بالنسبة لرئيس الجمهورية وأعضاء الحكومة أو الوزراء.

4. خاتمة:

نظرا للمركز القانوني الخاص الذي يتمتع به رئيس الجمهورية، والوزير الأول فإن اتهامه ومتابعته من طرف المحكمة العليا للدولة وهي هيئة غير موجودة على أرض الواقع، قد تكون من الصعوبة بمكان، وهنا نتساءل من توكل له صلاحية الاتهام، خصوصا في النظام السياسي الجزائري، ومن له صلاحية المحاكمة، وكيف تتشكل المحكمة، في ظل عدم استقرار التعديلات الدستورية.

في غياب القانون العضوي المحدد لصلاحيات المحكمة العليا للدولة، لا يمكن الإجابة عن هذه الأسئلة، وفي ظل المصادقة على التعديل دستوري لسنة 2020 ولم يصدر بعد، ولكن يمكن التنبؤ بالهيئات التي قد تتاط لها مستقبلا مهمة المتابعة والمحاكمة وغيرها من القواعد الإجرائية، ولا يتم ذلك إلا بالرجوع إلى أحكام القانون المقارن، لاسيما في الولايات المتحدة وفرنسا ومصر، ولو فرضنا منح الدستور لأعضاء البرلمان إمكانية توجيه الاتهام الجنائي لرئيس الجمهورية أو الوزير الأول، في ظل العلاقة الحالية بين السلطتين التنفيذية والتشريعية وطبيعة نظامنا السياسي نكاد أن نجزم بأن نواب الشعب لا يمكنهم توجيه أي اتهام من هذا النوع، فما بالك بالمحاكمة أو الإدانة.

5. الهوامش

- (1) المادة 177 من الدستور الجزائري 1996 المعدل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016.
- (2) Jean Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques Paris, LGDJ, 5e éd. 2014, P539.
- (3) المادة الأولى من قانون محاكمة رئيس الجمهورية رقم 247 لسنة 1956 بشأن محاكمة رئيس الجمهورية والوزراء، الجريدة الرسمية رقم 47 صادرة يوم الخميس 14 يونيو 1956. مصر.
- (4) cf, Christian Bigaut, la responsabilité pénale des hommes politiques, Paris, LGDJ, 1996, p. 139 et s.
- انظر كذلك: مدونة عمار عباس: المسؤولية الجنائية لرئيس الجمهورية والوزير الأول، منشور على موقع: 2020/12/20
http://ammarabbes.blogspot.com/2019/04/blog-post_25.html
- (5) عمار عباس: المرجع السابق.
- (6) Article 67 Le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68.
 Il ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite. Tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu.
 Les instances et procédures auxquelles il est ainsi fait obstacle peuvent être reprises ou engagées contre lui à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation des fonctions
- (7) -cf, L'ordonnance N° 59-1 du 2 janvier 1959 portant loi organique sur la Haute Cour de justice.

انظر كذلك عمار عباس: مرجع سابق

- (8) عمارة فتيحة: مسؤولية رئيس الجمهورية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 1، عدد 5، تصدر عن كلية القانون جامعة الكوفة، العراق 2010. ص 146

- (9) تنص المادة 159 من دستور مصر المعدل في 23 أبريل 2019: "يكون اتهام رئيس الجمهورية بانتهاك أحكام الدستور، أو بالخيانة العظمى، أو أية جنائية أخرى، بناء على طلب موقع من أغلبية أعضاء مجلس النواب على الأقل، ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس، وبعد تحقيق يجريه معه

النائب العام. وإذا كان به مانع يحل محله أحد مساعديه. وبمجرد صدور هذا القرار، يوقف رئيس الجمهورية عن عمله، ويعتبر ذلك مانعاً مؤقتاً يحول دون مباشرته لاختصاصاته حتى صدور حكم في الدعوى. ويحاكم رئيس الجمهورية أمام محكمة خاصة يرأسها رئيس مجلس القضاء الأعلى، وعضوية أقدم نائب لرئيس المحكمة الدستورية العليا، وأقدم نائب لرئيس مجلس الدولة، وأقدم رئيسين بمحاكم الاستئناف، ويتولى الادعاء أمامها النائب العام، وإذا قام بأحدهم مانع، حل محله من يليه في الأقدمية، وأحكام المحكمة نهائية غير قابلة للطعن. وينظم القانون إجراءات التحقيق، والمحاكمة، وإذا حكم بإدانة رئيس الجمهورية أعفى من منصبه، مع عدم الإخلال بالعقوبات الأخرى"

(10) Philippe Ardant, DROIT CONSTITUTIONNEL ET INSTITUTIONS POLITIQUES. 9ème édition (Broché) LGDJ Paris 1997, P446 .

(11) عبد الله بوقفة: آليات تنظيم السلطة في النظام السياسي الجزائري، دراسة مقارنة، دار مومة، الجزائر 2002 ص195.

(12) تنص المادة 61 من قانون العقوبات: يرتكب جريمة الخيانة ويعاقب بالإعدام كل جزائري وكل عسكري أو بحار في خدمة الجزائر يقوم بأحد الأعمال الآتية: - حمل السلاح ضد الجزائر.. - القيام بالتخابر مع دولة أجنبية.. - تسليم قوات جزائرية أو أراض أو مدن.... - إتلاف أو إفساد سفينة أو سفن...

وتنص المادة 62 من نفس القانون: يرتكب جريمة الخيانة ويعاقب بالإعدام كل جزائري وكل عسكري أو بحار في خدمة الجزائر يقوم في وقت الحرب بأحد الأعمال الآتية: - تحريض العسكريين أو البحارة على الانضمام إلى دولة أجنبية... - القيام بالتخابر مع دولة أجنبية أو مع أحد عملائها... - عرقلة مرور العتاد الحربي... - المساهمة في مشروع لإضعاف الروح المعنوية للجيش أو للأمة يكون الغرض منه الإضرار بالدفاع الوطني.

وتنص المادة 63: يكون مرتكباً للخيانة ويعاقب بالإعدام كل جزائري يقوم: - بتسليم معلومات أو أشياء أو مستندات أو تصميمات، يجب أن تحفظ تحت ستار من السرية لمصلحة الدفاع الوطني أو الإقتصاد الوطني إلى دولة أجنبية أو أحد عملائها... - الإستحواذ بأية وسيلة كانت على مثل هذه المعلومات أو الأشياء أو المستندات أو التصميمات بقصد تسليمها إلى دولة أجنبية أو إلى أحد عملائها. - إتلاف مثل هذه المعلومات أو الأشياء أو المستندات أو التصميمات بقصد معاونة دولة أجنبية..

(13) عمارة فتيحة: مرجع سابق. ص 148.

- (14) المادة السادسة من القانون رقم 247 لسنة 1956 والتي تنص على أنه: "يعاقب رئيس الجمهورية بالاعدام او الاشغال الشاقة المؤبدة او المؤقتة اذا ارتكب عملا من اعمال الخيانة العظمى او عدم الولاء للنظام الجمهوري".
- (15) عبد الغني بيسوني: المرجع السابق ، ص 740.
- (16) المادة 5 من قانون محاكمة الوزراء رقم 79 لسنة 1958 والتي تنص على أنه: "يعاقب رئيس الجمهورية بالاعدام او الاشغال الشاقة المؤبدة او المؤقتة اذا ارتكب عملا من اعمال الخيانة العظمى او عدم الولاء للنظام الجمهوري".
- (17) عبد الغني بيسوني: النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف ، الاسكندرية 1997، ص 137.
- (18) عبد الغني بيسوني: المرجع السابق، ص 137.138.
- (19) عادل محمد أبو النجا: دور رئيس الدولة في النظم الدستورية المعاصرة، د.د. القاهرة 2006. ص 380.

تاريخ القبول: 2021/01/09

تاريخ الإرسال: 2020/12/06

ثلاثية النص والقاعدة والقانون في نظام روما

Trilogy of Text, Rule and Law in the Rome Statute

د. بن تغري موسى*¹¹جامعة المدية، (الجزائر)، bentegri.moussa@yhao.com

الملخص:

هذه المصطلحات الثلاث التي ذكرت في العنوان وهي النص و القاعدة و القانون توجد في نظام روما في أوضاع قانونية مختلفة، فرضتها طبيعة القانون الدولي الجنائي وخصوصية نظام روما، وتراكمية وجود الأنظمة الأساسية للمحاكم الدولية المختلفة، جعلت منها أحد أهم الركائز العلمية الحديثة في وجود هذا القانون وتطوره، وأبرزت ثباتها في كل فقرات نظام روما أو القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات أو ملحق أركان الجرائم، وهو ما يستدعي منا توضيح مكانتها ومركزها القانوني، وما مدى قدرة كل منها على تحقيق المطلوب، ومدى ما يمكن أن يقع من خلط بينها وبين مصطلح النظام الأساسي.

ويهدف البحث إلى إظهار قوة القانون أمام النص والقاعدة، نظرا لقدرة ذلك على وضع القانون الدولي الجنائي في مكانه الصحيح ضمن فروع القانون الدولي، لنصل إلى نتيجة قوة القانون أمام هذه المصطلحات في نظام روما وفي الأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية المختلفة، وكذا الأنظمة الأساسية الجنائية في العالم بسبب قوة قواعده الآمرة وكذا قبول الدول به بهذا الشكل.

الكلمات المفتاحية: النص ، القاعدة ، القانون ، القانون الدولي الجنائي، نظام روما.

*المؤلف المرسل

Abstract:

These three interests that were mentioned in the title, namely the text, the rule and the law, exist in the Rome system in different legal situations, imposed by the nature of international criminal law and the specificity of the Rome system, and the cumulative existence of the statutes of the various international courts, which made it one of the most important modern scientific pillars in the existence and development of the law. And it highlighted its consistency in all the paragraphs of the Rome Statute or the procedural rules and the rules of evidence or the annex of the elements of crimes, which requires us to clarify their position and legal status, and the extent of each of them to achieve the required, and can they be confused with the term of the Basic Law.

The research aims to show the power of law in front of the text and the rule, given its ability to place international criminal law in its rightful place within the branches of international law, to reach the result of the force of law in front of these terms in the Rome system and in the statutes of the various criminal courts, as well as the criminal statutes in the world. Because of the strength of its peremptory rules, as well as the acceptance of states in this way.

Keywords: Text, rule, Law, international criminal law, Rome Statute.

مقدمة:

يطرح تطور القانون الدولي الجنائي إشكاليات عديدة منها وجود النص و القاعدة والقانون ضمن مشتملاته، وهو ما يجعل تطوره مرهونا بالتعامل القانوني مع هذه الأوضاع الثلاث بمنتهى الحذر تجنباً للتداخل بينها، وتحقيقاً لفاعلية كل منها ضمن الحدود المرسومة لها من هذا القانون، على أن التطورات الحاصلة في تطبيق النص و القاعدة والقانون أفرزت نوعاً من البناء الهرمي لهذه الأوضاع جعلت القانون في قمته والنص في قاعدته، تتوسطهما القواعد، فكان ذلك أحد أهم العناصر الواجب تطويرها في هذه المرحلة خاصة مع وجود الكثير من المحاكم والأنظمة الجنائية في العالم وحتى تشريعات الدول التي تختلف نظرتها لهذا البناء الهرمي في هذا القانون الدولي الجنائي.

على أن تعامل نظام روما الأساسي مع كل هذا متعلق بالمصطلحات الثلاث محل الدراسة والتي ترتبط بأوجه التعامل التوافقي الدولي خلال إعداد نظام روما، أو حتى بعد انضمام الدول إلى هذا النظام، وهو ما يجعل وجودها في هذا القانون أمراً ثابتاً ولا يستدعي الشك، خاصة أن ذلك مرتبط بالجانب الموضوعي لهذا القانون وبمواطن التجريم والعقاب وهي مجالات حساسة لكل مخاطب بالنص أو القاعدة أو القانون، وهي في المقابل تمثل ضمانات للمتهم والضحايا وللقضاة، وهنا يجب أن يكون كل ذلك بعيداً عن أي خلفية سياسية لوجود ما يبررها من الناحية القانونية والقضائية.

وأمام هذا الوضع ستتصّب دراستنا على تحديد الحدود الفاصلة بين كل منها وفق قواعد القانون الدولي الجنائي ونظام روما الأساسي، لكون ذلك يجعلنا نقدم أدلة وبراهين لإثبات كل وضع ولتحقيق شمولية القانون على هذه الأوضاع وهذا ليس تصوراً بل هو مطلب تفرضه طبيعة القانون الدولي الجنائي ويفرضه التسلسل الحاصل في تطور قواعد ونصوص هذا القانون بدءاً من مبادئ نورنبورغ إلى يومنا هذا، دون أن يكون ذلك بمعزل عن باقي المحاكم العسكرية والخاصة والمدولة وحتى قضاء الدول الأطراف في نظام روما.

لذا تبرز أهمية هذه الدراسة من زوايا عديدة منها أولوية القانون على النص والقاعدة، ذلك أن إبراز أهمية القانون الدولي الجنائي كفرع من فروع القانون الدولي على مجمل النصوص والقواعد القانونية ذات الصلة يجعلنا نعطي لهذا القانون مكانته اللازمة، ونقدم بالمقابل لنظام روما وللأنظمة الجنائية في العالم سمو هذا القانون على باقي فروع القانون الدولي وحتى على نصوص وقواعد هذا القانون بعيداً عن أي تجزؤ يمكن أن يؤثر على تطور القانون المطبق أمام الأجهزة القضائية الدولية المتنوعة.

والأهمية الثانية فتظهر في تحقيق هذا المبدأ للشرعية الجنائية الصارمة في هذا القانون، إذ أن وضع القانون في أعلى مرتبة في هرم تسلسل القانون ليست ميزة خاصة بهذا القانون بل أنها ضمانات لحماية الحقوق والحريات وكفالة لتحقيق مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلى بنص، مع إثبات المسؤولية الجنائية الفردية والمسؤولية الدولية للدولة وفق هذا النظام، كل ذلك مناسب في الوقت الراهن لتطوير هذا القانون

وللوصول إلى نظام جنائي دولي متكامل بعيدا عن أي تعارض بين القانون الدولي الجنائي والنظم الجنائية العالمية أو تشريعات الدول.

أما هدف الدراسة فهو تمكين الباحثين من معرفة حدود هذه الأوضاع الثلاث مع إسقاطها على المادة 21 من نظام روما التي تنطبق إلى القانون الواجب التطبيق أمام المحكمة الجنائية الدولية، والتي تشير أيضا إلى كل هذه الأوضاع القانونية دون أي ترتيب ذي قوة أو مرتبة أمام الأخرى ما عدا ما تعلق بأسبقية نظام روما في حال نظر القضية أمام المحكمة ذاتها، مع تقديمنا لنماذج قانونية تمكن من معرفة الفرق بينها وبين غيرها من المفاهيم المشابهة ومدى تعامل الدول مع هذه الأوضاع في تشريعاتها في حال مواعمة نظام روما مع قانونها الوطني.

الإشكالية:

ما هي مكانة كل من النص و القاعدة و القانون في نظام روما؟ وكيف تتعامل معها الدول الأطراف وغير الأطراف في هذا النظام وفق قواعد القانون الدولي الجنائي؟

فرضية الدراسة:

وضع القانون الدولي الجنائي في منزلة قانونية أفضل من النص و القاعدة و نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يحافظ على مكانته في الهرم القانون الدولي.

منهجية الدراسة:

لدراسة هذا الموضوع اعتمدنا منهج تحليل المحتوى من أجل الوصول إلى كل عناصر الموضوع و جزئياته القانونية المتداخلة محاولين تجنب الخلط و اللجوء إلى التفسيرات البسيطة في كل ذلك، وذلك بتحليل العديد من نصوص نظام روما الأساسي. وللإجابة على هذه الإشكالية سوف يتم اعتماد خطة الدراسة التالية:

- مقدمة
- منزلة النص والقاعدة والقانون في نظام روما.
- توازي وهرمية النص و القاعدة و القانون في نظام روما.

- الترابط العملي بين النص والقاعدة والقانون في نظام روما.
- الموامة التشريعية لنظام روما بين النص و القاعدة والقانون.
- العودة إلى الميثاق في نظام روما وأثره على تطوره.
- التجزؤ الموضوعي للقانون الدولي الجنائي.
- الخاتمة.

1. منزلة النص والقاعدة والقانون في نظام روما.

ذكر نظام روما الأساسي هذه المصلحات الثلاث، مما يجعلنا نفهم أن كلمة نظام تشمل الأوضاع القانونية الثلاثة وهي النص والقاعدة والقانون، دون أن يكون هناك أي توضيح، تشبيهاً لهذا النظام الأساسي بالأنظمة الأساسية للمحاكم الخاصة والمدولة، على أن وضع نظام روما مختلف وله هدف ومنهجية غير التي تحويها باقي هذه الأنظمة الأساسية للمحاكم العسكرية أو الخاصة أو المدولة، وقبل توضيح ذلك وجب تحديد كل من هذه المصطلحات، إذ يقصد بالنص في نظام روما مجمل المواد القانونية التي لا تشمل أي قاعدة قانونية معترف بها في الأنظمة الجنائية في العالم أو في مبادئ القانون العامة، فيكون النص مثلاً نصاً إذا فرض عقوبة وافية لتثبيط عزيمة المجرم ومنعه من ارتكاب الفعل الجنائي لشدة الجزاء المترتب عن فعله، ويهدف إلى الردع العام ككل، دون أن يكون قد شكّل قاعدة سابقة، فديباجة نظام روما وبعض موادها كالمادة 13/ب الخاصة بالإحالة من مجلس الأمن الدولي لم يسبق تكريسها لأي قاعدة قانونية سابقة، ما يجعلها نصاً صريحاً بامتياز.

أما القاعدة في نظام روما فهي ما تشكل نصاً سبق وأن أُقر بأنه قاعدة معترف بها في الأنظمة الجنائية في العالم، كنص المادة 22 التي تنص على أنه لا جريمة إلا بنص¹، أو المادة 23 التي تنص على أنه لا عقوبة إلا بنص²، حيث سبق تكريس هذه المبادئ في كل تشريعات دول العالم وفي كل الأنظمة الجنائية الدولية والقضاء الدولي الجنائي، ووضعت مباشرة كقواعد في نظام روما، أو قد تشكل قاعدة تجريبية سابقة كما هو حال المادة 06 من نظام روما التي أخذت ما هو موجود في اتفاقية 1948 إلى نصوص نظام روما الأساسي بشكل سبق وأن حققت به وجود القاعدة الجنائية الدولية³،

وكذلك الأمر فيما يتعلق بالمادة 08 المتعلقة بجرائم الحرب المستقاة من اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949.

أما القانون فهو أوسع من كل منها إذ يشمل مجمل ما تحويه هذه النصوص والقواعد من مضامين، وهو ما ذكرته المادة 21 تحت مسمى القانون الواجب التطبيق، وهو ما يشمل الاتفاقيات الدولية الممكن تطبيقها أمام المحكمة الجنائية الدولية كاتفاقية الإبادة الجماعية لعام 1948، أو اتفاقيات القانون الدولي الإنساني كما ذكرته المادة 08 المتعلقة بجرائم الحرب بقولها الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف المؤرخة 12 أوت 1949، كما أن التعامل مع نظام روما يجب أن يكون وفق قواعد القانون الدولي في أنه يشكل اتفاقية دولية تخضع لقواعد اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969⁴.

وهنا تكون هذه الأوضاع الثلاث مرتبة بشكل هرمي تكون قاعدته النص وفي الوسط القاعدة وقمته القانون، ويكون النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية هو الآلية أو الميكانيزم الذي يشمل مختلف الأوضاع التي تطبق فيها هذه المصطلحات الثلاث، وجعلته المادة 21 من نظام روما تحت مفهوم القانون الواجب التطبيق بقولها تطبق المحكمة، في المقام الأول، هذا النظام الأساسي وأركان الجرائم والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة، فجعلت النظام الأساسي جزء من القانون وفي المقابل مساقاً لانطباق باقي الأوضاع أمام المحكمة، وهي الرابط بين القانون الدولي الجنائي ونظام روما، وبين نظام روما والقانون الوطني للدول، وهو ما سبق تكريسه في كل المحاكم الخاصة و المدولة، لقدرة الأنظمة الأساسية على وضع التجميع القانوني لكل ذلك أمام المحكمة المختصة لغياب السلطة التشريعية وللسعي في الحصول على التوافق الدولي في ذلك.

هذه المكانة الخاصة بالنص و القاعدة و القانون تستدعي منا القول أن وجودها النظري بهذا الشكل قانوني سليم في نظام روما إذا ما نظرنا إلى النص و القاعدة تحت مفهوم القانون، أما بالعودة إلى المادة 21 منه نجدها جعلت الأسبقية في الترتيب لنظام روما ثم المعاهدات ثم المبادئ العامة التي تحوي القواعد، وهو ترتيب يطبق أمام المحكمة، لكن بالنسبة للدولة الطرف فإن ذلك يجعل الترتيب كما هو أي النص و

القاعدة و القانون، ويصبح نظام روما بمثابة القانون، خاصة بعد القيام بعملية الموائمة التشريعية له، وهنا يكون المخاطب بالقانون- بالنسبة للدولة الطرف- مشمولاً بالنص و القاعدة و القانون، وحتى وإن رفضت الدولة الطرف محاكمة هذا الشخص فإن وضع نظام روما كقانون قد تحقق، وهو ما يجعل نظام روما بعد الموائمة التشريعية قانوناً ثابتاً.

على أن مكانة ومنزلة كل من هذه المصطلحات لا تأثير لها على علم المخاطب بها، إذ أن ملحق أركان الجرائم الخاص بالمحكمة الجنائية الدولية أشار إلا أنه يجب أن يعلم مرتكب الجريمة بهذه الأوضاع الخاصة بكل جريمة، ما يجعل قوتها في مواجهة المخاطب نفسها ولا يحتاج باختلاف مركزها القانوني والقضائي في مواجهته، إلا ما تعلق بكون دولته ليست طرفاً في نظام روما، ما يجعله محكوماً بالنص و القاعدة وهو كفيلاً بتحقيق المطلوب، خاصة إذا كانت دولته طرفاً في الاتفاقيات التي استقي منها نص المادة 06 و 08 من نظام روما، كما أن القرار 3314 الخاص بالعدوان يأخذ نفس الحكم، ودليل ما نقول أن نظام روما توقف عند النص و القواعد، فيكتمل بناء الهرم بالوصول إلى القانون وهو ما يكون بعد انضمام الدولة إلى نظام روما وموائمته في قانونها الوطني.

كما أن الخلافات في الأنظمة الوطنية حول مكانة الاتفاقيات الدولية في تشريعاتها الوطنية، يجعلنا نشير إلى أن دساتير الدول أشارت إلى أن الاتفاقيات والمعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية تسمو على القانون، وبالتالي لا أثر لذلك على القانون الدولي ولا على مكانته بشكل عام، بمعنى آخر حتى الدول التي ترفض فكرة سمو الاتفاقيات الدولية على القانون الوطني، فهي تقبل سمو العرف الدولي دائماً، وبالتالي حتى في حال لم تصادق دولة على اتفاقية دولية، أو في حال صادقت ولكنها لم تمنحها مكانة تؤهل محاكمها إنفاذ ما فيها، إلا أن ما هو عرفي في القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي الجنائي واجب التطبيق⁵.

2. توازي وهرمية النص و القاعدة و القانون في نظام روما

هنا تظهر قوة كل من النص والقاعدة والقانون في الوضوح بشكل دقيق في مواد نظام المحكمة الجنائية الدولية، فجد النصوص تتناول مسائل جنائية أو إجرائية بصورة مباشرة وتلاحظ أنها حديثة وقد لا تكون معلومة من قبل، تشاركها في ذلك القواعد التي تكون في شكل نص قانوني فيصبح النص قالباً للقاعدة القانونية الجنائية الدولية التي تتضمن في أغلبها مبادئ وأصولاً قانونية، فجد نظام روما ساوى بينهما وجعل خطابهما متوازيًا دوي أي تفاضل، ما عدا ما ذكره في باب المبادئ العامة للقانون الجنائي في الباب الثالث أين جعل القاعدة مهمة في الوضوح أكثر من النص تبعاً لما سينجر عن ذلك من مسائل قانونية⁶، ليأتي القانون جامعاً لها كونه هو الفرع من فروع القانون الدولي دون النص والقاعدة ويشمل حتى نظام روما.

هذا الحل القانوني هنا مرده قوة القواعد والمبادئ والتي تجعل منها مسائل متفق عليها وتكون أسمى من النص لقدرتها على الإلزام بمسائل لا يمكن للنص احتواءها لكونها قواعد ومبادئ معترف بها ومعلومة للدول الطرف وغير الطرف في نظام روما، على أن التوازي هنا فرضته طبيعة نظام روما الذي كان في شكل اتفاقية سمحت بإدراج كل المسائل المتفق عليها في هذه النصوص، كونها ستطبق أمام جهتين قضائيتين مختلفتين القضاء الوطني والدولي، فيطبق أمام قضاء الدولة الطرف أو المحكمة الجنائية الدولية، في حال انطباق نص المادة 17/د، أو في حال الدولة غير الطرف، أما مسألة الهرمية والأسبقية فرغم قوة القواعد إلا أن النص دائماً ما يكون أسبق لكونه يخاطب الشخص مباشرة ولكونه الوعاء الذي يحوي حتى القواعد و المبادئ⁷.

كما أن هذا التوجه الجديد في اعتماد التقارب التشريعي بينها يجعلنا نسلم أن النظام الأساسي استعمل النص والقواعد حسب الحاجة التجريبية والقضائية معتبراً القانون أسمى من النص والقاعدة ومن نظام روما وهو ما كفلته المادة 2/22 بقولها لا تؤثر هذه المادة على تكييف أي سلوك على أنه سلوك إجرامي بموجب القانون الدولي خارج إطار هذا النظام الأساسي، فجعلت القانون الدولي بمثابة المنارة التي تسترشد بها

أمام أي قاعدة أو نص قانوني آخر، وهو المسعى الحقيقي للإبقاء على قوة القانون في التعامل مع الجرائم الدولية بشكل يجعله أوسع وأقوى و أسمى من النظام الأساسي، ويضع لهذا النظام الأساسي قوة القاعدة القانونية الأمرة و التي لا يجوز مخالفتها أو القضاء بخلاف ما تقضي به من قواعد⁸.

والقواعد الأمرة من القواعد العامة للقانون الدولي تعلو تراتبياً على غيرها من قواعد القانون الدولي، وكون القواعد الأمرة تعلو تراتبياً على القواعد الأخرى للقانون الدولي هو في آن واحد خاصية ونتيجة للقواعد الأمرة من القواعد العامة للقانون الدولي، وهو نتيجة لأن تحديد قاعدة باعتبارها قاعدة أمرّة من القواعد العامة للقانون الدولي يترتب عليه أن تكون أسمى مرتبة من القواعد الأخرى، غير أنه أيضاً خاصية لأن السمو التراتبي يصف طبيعة القواعد الأمرة من القواعد العامة للقانون الدولي، هذا السمو مكفول للقانون من ناحية القانون الدولي، وهو ما خلصت إليه المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، من أن من سمات حظر التعذيب ما يتعلق بتراتبية القواعد في النظام المعياري الدولي وأن هذا الحظر قد تطور حتى أصبح قاعدة أمرّة ، أي قاعدة تنبؤاً في التسلسل الهرمي الدولي مرتبة أعلى من القانون التعاهدي بل ومن القواعد العرفية العادية⁹.

ويمكن الوقوف أيضاً على الاعتراف بالأسبقية التراتبية للقواعد الأمرة من القواعد العامة للقانون الدولي في ممارسة الدول، ففي قضية بريتون مان ضد جمهورية غينيا الاستوائية، وصفت المحكمة العليا لزمبابوي القواعد الأمرة بأنها القواعد التي تكون لها الغلبة في التسلسل الهرمي للقواعد التي تشكل النظام المعياري الدولي، واعترفت المحاكم في الولايات المتحدة على نحو مماثل بالسمو التراتبي للقواعد الأمرة من القواعد العامة للقانون الدولي، ففي قضية سيدرمان دي بليك ضد الأرجنتين، ذكرت محكمة الاستئناف في الدائرة التاسعة أن القواعد الأمرة من القواعد العامة للقانون الدولي هي تلك القواعد التي تستحق أعلى مركز في القانون الدولي، واستخدمت المحاكم الوطنية المختلفة مصطلحات شتى تشير إلى السمو التراتبي في وصف القواعد الأمرة من القواعد العامة للقانون الدولي، وخلصت إلى أن لها أعلى

مرتبة في التسلسل الهرمي بين سائر القواعد والمبادئ العرفية، وأنها تسمو لا على القانون التعاهدي فحسب، بل وعلى جميع مصادر القانون، وأنها قواعد لها الغلبة على كل من القانون الدولي العرفي والمعاهدات، وما فتئت الدول تشير في بياناتها هي أيضاً إلى السمو التراتبي للقواعد الأمرة من القواعد العامة للقانون الدولي¹⁰.

كما أن موضوع المسؤولية الجنائية الفردية في نظام روما وهو المحكوم أيضاً بكل من النص و القاعدة تحت نظام روما، حيث ذكرت المادة 01/25 ذلك بقولها يكون للمحكمة اختصاص على الأشخاص الطبيعيين عملاً بهذا النظام الأساسي، مع العودة في آخر المادة على الإشارة على عدم استبعاد القانون الدولي بقولها لا يؤثر أي حكم في هذا النظام الأساسي يتعلق بالمسؤولية الجنائية الفردية في مسؤولية الدول بموجب القانون الدولي، وهي تأكيد على الهرمية القانونية في هذا النظام وبقوة تجعلنا نستحسن الوضع القائم للقانون الدولي وما انعكس ذلك إلا على كل ما له علاقة بتطوير النظام الأساسي للمحكمة من حيث النص أو القاعدة وهو ما كفلته المادة 10 من نظام روما بقولها ليس في هذا الباب ما يفسر على أنه يقيد أو يمس بأي شكل من الأشكال قواعد القانون الدولي القائمة أو المتطورة المتعلقة بأغراض أخرى غير هذا النظام الأساسي.

لذا ارتبطت النصوص بالقواعد بشكل متسق في كل مواد نظام روما جاعلة منها منظومة متكاملة من الناحية الجنائية وسواء طبقت أمام المحكمة أو أمام قضاء الدولة الطرف، وأعقت ذلك بنص المادة 32 بقولها.... أن يكون الغلط في القانون سبباً لامتناع المسؤولية الجنائية إذا نجم عن هذا الغلط انتفاء الركن المعنوي المطلوب لارتكاب تلك الجريمة، فحددت القانون بمحتوى النص والقاعدة وغيرها مما يشملها القانون، وأعادت التأكيد على قوة القانون وأنه هو الذي يبني قواعد المسؤولية أو ينفيها وفي أي مرحلة من مراحل ارتكاب الجريمة الدولية، وهو المطبق أمامها والذي سمته المادة 21 بالقانون الواجب التطبيق أمام المحكمة الجنائية الدولية.

وهنا نصل إلى القناعة أن التوازي و الهرمية ما هي إلا تعميم أو تخصيص للنص في مواجهة المخاطب بأحكامه وهي موجودة في كل تشريعات الدول و الأنظمة الجنائية في العالم بشكل متفاوت في القوة، إلا أن الخصوصية في نظام روما هي أن

كلا من النص و القاعدة و القانون يجب ألا يخل بمبدأ التكامل مع الدول الأطراف ولا بعلاقات المحكمة بالأمم المتحدة وأجهزتها، ما يجعل نظام روما يجمعها كلها لخصوصيته الجنائية ولمحاولة الإبقاء عليه في شكل الأنظمة الأساسية السابقة حتى لا يقع التخلي عن المبادئ التي جاء فيها رغم أن نظام روما كان في شكل اتفاقية دولية ولم يكن بقرار من مجلس الأمن.

3. الترابط العملي بين النص والقاعدة والقانون في نظام روما

نوضح هنا مسألة مهمة وهي تكامل هذه الأوضاع وترابطها في نظام روما، وهو ما يشكل ترابطاً عملياً مطلوباً لتحقيق مبتغى كل منها، حيث تظهر علاقة النص بالقاعدة من خلال ما سبق ذكره، أما علاقة نظام روما بالقانون فإنها تأخذ اتجاهين لا غير، أولهما علاقته بالقانون الدولي والتي تظهر في العلاقة بين الأمم المتحدة و المحكمة الجنائية الدولية والتي تمت عن طريق الاتفاق المبرم في 2004/10/04¹¹ والذي يظهر العلاقة بين نظام روما و القانون الدولي من زاوية ميثاق الأمم المتحدة بما يكفل تطبيق نظام المحكمة.

ووفق ما ذكرته ديباجة هذه الأخيرة والتي تؤكد من جديد مقاصد ومبادئ ميثاق الأمم المتحدة، وبخاصة أن جميع الدول يجب أن تمتنع عن التهديد باستعمال القوة أو استعمالها ضد السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لأية دولة، أو على أي نحو لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة، كما تظهر العلاقة في القانون الدولي من خلال لجوء نظام روما إلى قواعد القانون الدولي في الكثير من المواد منها المادة 08 التي أشارت إلى اتفاقيات جنيف، بقولها الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف المؤرخة 12 آب / أغسطس 1949، أو من خلال ما ذكرته المادة 02/21 بقولها في المقام الثاني، حيثما يكون ذلك مناسباً، المعاهدات الواجبة التطبيق ومبادئ القانون الدولي وقواعده، بما في ذلك المبادئ المقررة في القانون الدولي للمنازعات المسلحة.

وتظهر العلاقة بين نظام روما و القانون الوطني من خلال أوجه تعاون تظهر في مبدأ التكامل الذي اعتمد في ديباجة النظام الأساسي بقولها وإذ تؤكد أن المحكمة الجنائية الدولية المنشأة بموجب هذا النظام الأساسي ستكون مكملية للولايات القضائية

الجنائية الوطنية، أو من خلال ما ذكرته المادة الأولى التي تنص على أنه تكون المحكمة مكملّة للولايات القضائية الجنائية الوطنية، وهنا يكون نظام روما قد ربط نصوصه بالقانون الوطني ووضع نص نظام روما في التطبيق بعد القانون الوطني وهذه ليست اعتباطاً ولا قصوراً جنائياً بقدر ما هي حفظ لقوة وقيمة القانون أمام النص، لكن هذا يجب أن يبقى على سمو القانون الدولي حتى بعد إدراجه في المنظومة الجنائية الوطنية للدولة الطرف، بمعنى أن نظام روما يبقى في وضعه القانوني في شكل اتفاقيات ويكون له الأسبقية على القانون بعد المواءمة، منها ما ذكره دستور الجزائر لعام 2020 من أن المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون¹².

لكن على ما يبدو أن مبدأ التكامل القانوني بين نظام روما وقواعد القانون الوطني يستوجب على المحكمة الجنائية الدولية لدى عرض قضية ما عليها أن تبحث في المبادئ والأحكام الوطنية، وخاصة في أنظمة الدول المرتبطة بالقضية المنظور فيها، وهذا طبعا في حالة غياب الحكم في قواعد النظام الأساسي للمحكمة وفي المعاهدات واجبة التطبيق ومبادئ القانون الدولي وقواعده، والأساس القانوني لهذا التكامل بين نظام روما والقانون الوطني هو نص المادة 21 فقرة 1 البند ج من نظام روما، والتي تشترط كذلك أن لا تتعارض هذه المبادئ العامة المستخلصة من القوانين الوطنية مع النظام الأساسي لمحكمة الجنائية الدولية ولا مع القانون الدولي ولا مع المعايير المعترف بها دولياً¹³.

كما أن مبدأ التكامل الذي يقضي بأولوية اختصاص القضاء الوطني على اختصاص المحكمة الجنائية الدولية لا يمكن الحديث عنه إلا إذا كانت هناك قواعد قانونية وطنية تجرم تلك الجرائم الدولية التي اهتم بها نظام روما فالاختصاص القضائي في جريمة مثل جريمة الإبادة الجماعية لا ينعقد للقضاء الوطني إلا إذا كان هذا الأخير يستند إلى نصوص قانونية وطنية تتضمن تجريم مثل هذه الجرائم الدولية، وإلا وفي هذه الحالة فإن القضاء الوطني سيكون عاجزا نظريا عن القيام بذلك¹⁴.

ويتضح مما سبق أن القوة القانونية لنظام روما مرتبطة بمسألة تصنيف المعاهدة الدولية ضمن السلم أو الهرم القانوني في الدولة ذاتها، فدولة تعتبر المعاهدة بدرجة الدستور ليست كدولة تصنفها في درجة القانون العادي، حيث أن هذا التصنيف يؤثر على الوفاء بالالتزامات المتضمنة في نصوص المعاهدة الدولية، وهو شأن نظام روما الذي يتضمن التزامات عديدة و التي منها الالتزام بمواءمة تشريعات الدول للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والتي تستأثر في تفعيل المواءمة لارتباطها بمسألة درجة وقوة المعاهدة الدولية في النظام القانوني الداخلي¹⁵.

4. المواءمة التشريعية لنظام روما بين النص والقاعدة والقانون

التدابير الوطنية التي يقصد بها الملائمات التشريعية لنظام روما تصبح ذات قيمة لإسنادها لمبدأ الشرعية المبني على وجود النص القانوني للتمكن من التجريم والعقاب، وبمعنى أدق لا قيمة للنص القانوني الدولي كنظام روما إلا إذا وجد له انعكاس داخلي على مستوى الدول بالتدابير والملائمات والمواءمات التشريعية له، وهنا نكون أمام وضع قانون دولي في منظومة قانونية وطنية بشكل يتلاءم مع القانونين الوطني والدولي، وهي عملية مهمة من ناحية الاندماج القانوني ما يتيح وضعاً لا يمكن أن يخل بمبدأ الشرعية الجنائية ولا بضمانات المحاكمة العادلة.

فالجرائم الدولية الجسيمة والتي يدخل فيها تلك المنصوص عليها في نظام المحكمة الجنائية الدولية، يمكن تجريمها في القانون الوطني عن طريق إدراج مادة تحيل إلى الأحكام ذات الصلة بالقانون الدولي الإنساني ونظام روما و غيرها من الاتفاقيات الإنسانية و القانون الدولي بشكل عام، كما قد تكون عن طريق آلية الاندماج أي أنه و من خلال السلطة التشريعية تلتزم الدولة بتنفيذ التزامها الدولي المعقود بمقتضى اتفاقية نظام روما بما يتفق مع مبدأ الشرعية الجنائية، الأمر الذي يتعين معه على التشريع الوطني أن يورد نصوصاً واضحة عن تعريف الجريمة الدولية وبيان أركانها وعقوباتها¹⁶.

على أن القوة القانونية لكل من القانون ونظام روما لا تتعارض أو تتضاد لكون حدود ممارسة الاختصاص محددة بدقة، ما يجعل اختلاف مركز نظام روما بين كونه ممارساً أمام المحكمة الجنائية الدولية أو أمام القضاء الوطني غير ذي أهمية من الناحية الإجرائية، غير أنه لا يجوز بأي شكل كان تجاوز ما هو مرسوم من طرف نظام روما أمام القضاء الوطني في أي مرحلة من مراحل المحاكمة ولا يجوز الخروج عما هو مرسوم فيه، وهو ما فرضته المادة 12 بقولها: الدولة التي تصبح طرفاً في هذا النظام الأساسي تقبل بذلك اختصاص المحكمة فيما يتعلق بالجرائم المشار إليها في المادة 5، وهذه الحدود هي التي تحدد الاختصاص ولكنها لا تعطي أي قوة للقانون الوطني أو نظام روما.

لذلك نشير إلى أن الدول التي صادقت سابقاً على الاتفاقيات التي تجرم وتقيم المسؤولية الدولية عن هذه الجرائم كاتفاقيات جنيف لعام 1949 وبروتوكولها الملحقين أو اتفاقية 1948 المتعلقة بجريمة الإبادة الجماعية أو غيرها من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، ستكون في حالة مواعمة سلسلة ولا تتناقض تشريعاتها ونظامها القضائي مع نظام روما، خاصة أن المبادئ الموجودة في هذه الاتفاقيات و القواعد وضعت في نظام روما فلا مجال للحصانة أو العفو أو التقادم، وبالتالي يصبح القانون أدق في ضبط ذلك، بشرط الحفاظ على سيادة الدولة وتحقيق المسائل الإجرائية من المدعي العام للمحكمة ومجلس الأمن بشكل قانوني وقضائي محض.

على أن ما يشار إليه هنا هو بقاء قوة القاعدة القانونية وفق النظام القانوني الذي هي فيه دون أن تفقده ولا أن تتحرر منه، وهنا تكون قواعد نظام روما الأساسي قبل المواعمة أو بعدها قواعد أمرة بمعنى أنها تلك القواعد العامة للقانون الدولي التي يقبلها ويعترف بها المجتمع الدولي ككل بوصفها قواعد لا يُسمح بتعديلها أو الخروج عنها أو إلغائها، حيث تحمي القواعد الأمرة القيم الأساسية للمجتمع الدولي، وتعلو من الناحية التراتبية على غيرها من قواعد القانون الدولي، وتكون واجبة التطبيق عالمياً، وقوتها الإلزامية تستند إلى ممارسة عامة للدول أنزلت منزلة القانون، فاعتبرت القواعد

المذكورة قواعد لا يجوز التحلل منها، حتى لو أمكن الاستعاضة عنها بقواعد أخرى لها الطابع نفسه¹⁷.

هذه التراتبية القانونية تجعل نظام روما قانونا بعد الموازنة ما يمنحه القدرة على تشكيل الشرعية الجنائية الصارمة، على أن تعادله مع القانون الوطني سمح بمنحه مركزا قانونيا مساو له وهو ما ذكرته المادة 80 من نظام روما تحت مسمى عدم المساس بالتطبيق الوطني للعقوبات والقوانين الوطنية، من أنه: ليس في هذا الباب من النظام الأساسي ما يمنع الدول من توقيع العقوبات المنصوص عليها في قوانينها الوطنية أو يحول دون تطبيق قوانين الدول التي لا تنص على العقوبات المحددة في هذا الباب 18، وهو مسعى كفه نظام روما بما يخدم الشرعية الجنائية وبما يتناسب مع ضمانات المحاكمة العادلة وغيرها من مبادئ القانون الجنائي في نظام روما.

لذا فإنَّ العلاقة بين القانون الدولي والوطني هي قضية تقليدية وذات أهمية كبرى. فتعتمد فعالية المعاهدات الدولية على قيمتها إزاء التشريعات الداخلية، ولا سيما تفوق معاييرها في حالة التعارض بينهما، ويُعدُّ مبدأ سمو القانون الدولي على القانون الداخلي أحد أهمَّ المبادئ الدولية، وهذا ما تطرقت إليه محكمة العدل الدولية الدائمة منذ عقود؛ وذلك في أكثر من رأي استشاري، وخاصة منها المؤرخ 04 فيفري 1932 والتي أعلنت فيه بأنه لا يمكن لدولة أن تتذرع بنصوص دستورها لتفادي تطبيق الالتزامات المفروضة عليها بمقتضى قواعد القانون الدولي أو المعاهدات السارية، وعلى غرار ذلك، نصّت المادة 27 من "اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات على أنه: "لا يجوز لطرف في معاهدة أن يحتج بنصوص قانونه الداخلي كمبرر لإخفاقه في تنفيذ المعاهدة".

كما تتطلب بعض الاتفاقيات صراحة تعديل تشريعات الدول الأطراف أو إلغاء ما هو متعارض معها كما هو حال الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري التي تنصُّ على أنَّ "تتخذ كل دولة طرف تدابير فعالة لإعادة النظر في السياسات الحكومية القومية والمحلية، ولتعديل أو إلغاء أو إبطال أية قوانين أو أنظمة تكون مؤدية إلى إقامة التمييز العنصري أو إلى إدامته حيثما يكون قائماً"¹⁹، هذا

وأدركت مختلف لجان حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة أهمية توضيح هذه المسألة من قِبَلِ الدول الأعضاء، فغالباً ما تتطرق هذه اللجان في قائمة مسائلها وفي توصياتها إلى هذا المبدأ، وفي هذا الإطار خصّصت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ملفاً يتعلّق بالالتزام المترتب على عاتق الدول الأطراف لضمان تطبيق العهد على المستوى الوطني. فقد أشارت هذه اللجنة إلى أنّه ينبغي أن تُنظّم القضايا المتعلقة بتنفيذ العهد على المستوى الوطني بموجب المادة 27 من اتفاقية فيينا المذكورة أعلاه.

5. العودة إلى الميثاق في نظام روما وأثره على تطوّره

العديد من مواد نظام روما أشارت إلى ميثاق الأمم المتحدة كجزء من نظام روما رغم أنها ينتميان على فروع مختلفة من القانون الدولي، هذا المسعى أصبح واقعا يفرض نفسه بقوة رغم أن الميثاق لم يشكل مصدرا للتجريم والعقاب، إلا أننا يجب أن نوضح مسألة في غابة الدقة مرتبطة بعلاقة النص والقاعدة والقانون بمواد الميثاق بأسلوب قانوني في نظام روما، إذ يبدو للوهلة الأولى أنه لن يقع أي تعارض بين هذه المترابطات القانونية بالميثاق إلا ما تعلق بالمسائل الإجرائية، غير أن ذلك أصبح واقعا بعد أن أصبح الميثاق جزء من منظمة التجريم والعقاب خاصة بعد اعتماد المادة 08 مكرر الخاصة بجريمة العدوان، والتي أشارت إلى ميثاق الأمم المتحدة مباشرة.

هذه العودة إلى الميثاق بالشكل المحدد في نظام روما خاصة المواد 2/5 و المادة 08 مكرر و 13/ب و المادة 16 وغيرها، تجعل الدولة الطرف في حالة القبول بما قد لا يتلاءم مع قانونها الوطني، خاصة ما تعلق بالمادة 08 مكرر التي تشير إلى حالة العمل العدواني الذي يشكل انتهاكا لميثاق الأمم المتحدة فيصبح النص واسعا، ومواءمته تجعل النص الوطني يعود إلى الميثاق ويضع الشرعية الجنائية على المحك لعدم تحقيق النص بدقة من العمل العدواني إلا بعد أن يحدد مجلس الأمن ذلك ووفق رؤيته، ما يجعل ذلك ماسا بقوة القانون الوطني الذي يحوي نصا يفوقه قوة وفي مسائل جنائية أي يتعلّق بمبدأ الشرعية الجنائية، وهو ما حدا بالكثير من الدول إلى الامتناع عن الانضمام إلى نظام روما خوفا من تحقق ذلك²⁰.

كما أن الحل إزاء ذلك يكمن في قدرة الدول على تحقيق المحاكمة وفق نظام روما دون تعارض بين قانونها و القانون الدولي أي أن الدولة تحاكم هذا الشخص أمام قضائها عن الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة و التي واءمتها في قانونها الوطني، وهنا تكون الدول قد طبقت نظام روما والميثاق وقانونها الوطني بعيدا عن أي إشكالات قانونية قد تثيرها المسألة، حيث تصبّ فكرة العدالة الجنائية في صميم السيادة، إذ إنّ أحدَ المفاهيم المكوّنة للسلطة السيادية يكمن في استئثار الدولة بالقوّة التي تتمثّل بسلطة الشرطة على الاحتجاز والتوقيف وبسلطة المحكمة على المقاضاة والاقتصاص من المجرم وفق قانونها الجنائي الذي يمثل أحد أوجه سيادتها.

والحل الآخر قد يشمل معرفة النظام الجنائي لتلك الدولة وطريقة المواءمة التي قامت بها، وفي حال وجود تعارض في تفسير قانون الدولة مع نظام روما الذي اعتمدت على الميثاق في مسائل موضوعية أو إجرائية، فإن نظام روما كفل حلا قانونيا مدرج في نص المادة 119 بقولها يحال إلى جمعية الدول الأطراف أي نزاع آخر بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف بشأن تفسير أو تطبيق هذا النظام الأساسي لا يسوى عن طريق المفاوضات في غضون ثلاثة أشهر من بدايته، ويجوز للجمعية أن تسعى هي ذاتها إلى تسوية النزاع أو أن تتخذ توصيات بشأن أية وسائل أخرى لتسوية النزاع، بما في ذلك إحالته إلى محكمة العدل الدولية وفقاً للنظام الأساسي لتلك المحكمة، وهنا تكون الدولة أمام عرض النزاع على محكمة العدل الدولية فيما يتعلق بتعارض قانونها مع نظام روما، على أن أثار ذلك لم يتم توقعها رغم كل ذلك.

كما أن كل الحلول المقدمة في نظام روما تتعلق بالمقبولية في نظر الدعوى فهي لا تتعلق بانطباق النص حيث يصبح مسلما بوجوده في النظام القانوني للدولة الطرف، على أن الوضع مختلف ويثير الكثير من التساؤلات فيما يتعلق بالعودة إلى الميثاق من نظام روما بالنسبة للدولة غير الطرف، وهو ما يجعلها في وضع لا تتعامل فيه مع نظام روما ولكن بالمقابل وما دام نظام روما قد ربط خطأ مع الميثاق التي هي عضو فيه، فإنها تكون مجبرة على قبول ممارسة الاختصاص طوعا وفق المادة 3/12 التي تنص على أنه إذا كان قبول دولة غير طرف في هذا النظام الأساسي لازماً بموجب

الفقرة 2، جاز لتلك الدولة بموجب إعلان يودع لدى مسجل المحكمة ، أن تقبل ممارسة المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بالجريمة قيد البحث ، وتتعاون الدولة القابلة مع المحكمة دون أي تأخير أو استثناء وفقاً للباب 9، كما قد يكون ذلك كرها وفق المادة 87 التي تنص على أنه في حالة عدم امتثال دولة طرف لطلب تعاون مقدم من المحكمة بما يتنافى وأحكام هذا النظام الأساسي ويحول دون ممارسة المحكمة وظائفها وسلطاتها بموجب هذا النظام يجوز للمحكمة أن تتخذ قرار بهذا المعنى وأن تحيل المسألة إلى جمعية الدول الأطراف أو إلى مجلس الأمن إذا كان مجلس الأمن قد أحال المسألة إلى المحكمة.

على أن عدم قبول الدولة غير الطرف بنص نظام روما يفترض أن يجعلها في وضع بعيد تماماً عن انطباقها أمام قضائها، غير أن ديباجة النظام الأساسي لنظام روما جعلت ذلك ممكناً عندما نصت على إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة مستقلة ذات علاقة بمنظومة الأمم المتحدة وذات اختصاص على الجرائم الأشد خطورة التي تثير قلق المجتمع الدولي بأسره، وبالتالي فعلاقة المحكمة بالأمم المتحدة و الميثاق تجعل كل الدول مشمولة بذلك بما فيها الدولة غير الطرف²¹.

6. التجزؤ الموضوعي للقانون الدولي الجنائي

توسع نطاق القانون الدولي توسعاً شديداً، من أداة مكرسة لتنظيم شؤون الدبلوماسية الرسمية وتنظيم علاقات الدول إلى معالجة شتى أنواع النشاط الدولي، من التجارة إلى حماية البيئة وقمع الجرائم الدولية، ومن حقوق الإنسان إلى التعاون العلمي والتكنولوجي وأنشئت مؤسسات متعددة الأطراف جديدة، إقليمية وعالمية، في ميادين التجارة والثقافة والأمن والتنمية وغيرها، كما أنشأت محاكم دولية متعددة، ويصعب اليوم تصور مجال من مجالات النشاط الاجتماعي و القانوني لا يخضع لشكل من أشكال التنظيم القانوني الدولي، لذا يثير التجزؤ خطر ظهور قواعد ومبادئ ومنظومات قواعد وممارسات مؤسسية متضاربة ومتنافرة، ومن ناحية أخرى، يعكس التجزؤ توسع النشاط القانوني الدولي إلى ميادين جديدة شتى وتنوع مواضيعه وأساليبه. وقد أدى التجزؤ والتنوع إلى تطور وتوسع القانون الدولي استجابةً لمتطلبات عالم

تعددي وفي الوقت نفسه، قد يثير التجزؤ والتنوع نزاعات بين القواعد والنظم على نحو يمكن أن يقوض فعالية تطبيقها²².

ويشكل القانون الجنائي الدولي تعبيراً قانونياً عن مكافحة الإفلات من العقاب، وتأتي كل مجموعة قواعد أو كل نظام بمبادئه الخاصة وبخبراته الخاصة و منظوماته القيمية الخاصة غير المماثلة بالضرورة للمنظومات القيمية لمجالات التخصص المجاورة، وهي انقسام القانون إلى مجالات شديدة التخصص تستدعي استقلالا نسبياً، بعضها عن بعض وعن القواعد العامة للقانون، وإن الأساس المنطقي لمعالجة مسألة التجزؤ وفق لجنة القانون الدولي هو أن ظهور أنواع جديدة وخاصة من القانون، وما يسمى نظاماً قائمة بذاتها، ونظم تعاهدية محدودة جغرافياً أو وظيفياً، يثير مشاكل اتساق في القانون الدولي ، فالأنواع الجديدة من القانون المتخصص لا تظهر عَرَضاً وإنما استجابة لمتطلبات تقنية ووظيفية جديدة²³.

فالقانون الدولي الجنائي بوصفه نظاماً قانونياً يقوم بالاتصال مع القواعد والمبادئ الأخرى وينبغي تفسيرها انطلاقاً من خلفية تلك القواعد والمبادئ والقانون الدولي، بوصفه نظاماً قانونياً، وليس مجموعة عشوائية من تلك المعايير، إذ توجد بينها علاقات هادفة وعليه قد تقع المعايير في مستويات أعلى أو أدنى في التسلسل الهرمي، وقد تنطوي صياغتها على قدر أكبر أو أقل من التعميم والتحديد، غير أن قوة القانون تجعل تحول القانون الدولي الجنائي إلى نصوص و قواعد وأنظمة أساسية و اتفاقيات و أعراف دولية مكسبا رغم ما قد يثيره التجزؤ من تفكك صلة هذه القانون مع بعض الأنظمة الجنائية في العالم أو عدم القبول بقواعده في حالات أخرى، ورغم وجود التجزؤ منذ بداية تطور القانون الدولي إلا أن الكثير رأى ذلك فقط حين تطور القانون الدولي الجنائي بمثل هذه المعايير، حيث لا يمكن أن يتطور هذا الفرع كباقي فروع القانون الدولي، فإذا كان التجزؤ خلا في فروع أخرى فإنه بالنسبة للقانون الدولي الجنائي يمثل خاصية من خصائصه.

وهذا التجزؤ الموضوعي هو أحد الطرق التي اعتمدت في تطوير هذا القانون، حيث اعتمد على العرف والاتفاقيات الدولية والأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية

المختلفة وعلى العديد من الأنظمة الجنائية الرئيسية في العالم وهو ما تم تأكيده في المادة 21 من نظام روما، والتي اعتمدت على ما هو موجود في المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية و التي اعتمدت هي أيضا على مصادر متنوعة تطبق أمامها، لذا فهذا التجزؤ أحد عوامل ظهور هذا القانون وأحد أمدته تطوره في المراحل القادمة.

الخاتمة:

نخلص في النهاية إلى أن أفاق سمو القانون الدولي الجنائي على نظام روما ليست مطلبا قانونيا فحسب، بل مطلب متعلق بسيادة القانون الدولي على أي من القوانين و الأنظمة القانونية التي لا تصل إلى مرتبته، فالقانون الدولي الجنائي هو أعقد فرع من فروع القانون الدولي كونه يجمع عدة أنظمة قانونية في مجالاته، فهو يجمع القانون الوطني عندما تصبح الدول طرفا في اتفاقياته أو من خلال أنها أصبحت طرفا في نظام روما أو من خلال وجود قواعدها القانونية مطبقة في المحاكم المدولة، كما يرتبط بالأنظمة الجنائية العالمية التي لها ولاية على الجرائم الدولية من خلال اعتماد عدة مبادئ قانونية مستمدة منها في منظومته القانونية كمبدأ عدم تقادم الجرائم الدولية أو مبدأ عدم العفو وعدم الاعتداد بالحصانة.

كما يرتبط بجميع المحاكم الدولية من خلال تطوير قواعد القانون المدرجة في أنظمتها الأساسية، كما فعل مع مبادئ محكمة نورنبورغ وهي أول مرحلة بنى فيها القانون الدولي أولى قواعد القانون الدولي الجنائي، كما أن القانون الدولي الجنائي يعتمد على نظام روما كأحد أصوله الجنائية مع الكثير من الاتفاقيات والأعراف الدولية ليكمل منظومته القانونية بشكل متكامل، وليبقى هذا القانون منفردا عن نظام روما ويكون هو الكل ونظام روما جزء منه، وبالمقابل توجد الحدود القانونية الموضوعية في النصوص التي تبين مجالات الترابط والتداخل بينها.

أما عن الاقتراحات فنتمثل في:

- تعامل الدول الأطراف في نظام روما مع القانون الدولي الجنائي بكل مشتملاته تعاملًا يحقق مبادئ هذا القانون خاصة المبادئ و القواعد المعترف بها في كل الأنظمة

الجنائية في العالم، وكذا المبادئ الخاصة به كمبدأ منع العفو أو التقادم أو الحصانة في الجرائم الدولية كما هي ضمانا لتحقيق مبدأ عدم الإفلات من العقاب.

- محاولة الدول العمل على تحقيق التكامل الموضوعي مع هذا القانون من خلال تجريم مختلف الجرائم الدولية الواردة فيه ولو في حال عدم الانضمام إلى هذا النظام الأساسي تجنبا للآثار غير المرغوب فيها في حال انطباقه عليها.

- سعي الدول إلى الانضمام إلى المحاكم الإقليمية كالمحكمة الإفريقية للعدل وحقوق الإنسان في إفريقيا، أو المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، و التي يشتمل نظامها الأساسي مثل هذه الجرائم الدولية، سعيا لتخفيف حدة تدخل نظام روما في حال كانت الدولة غير طرف فيه.

المراجع و الهوامش المعتمدة:

(1) المادة 22 لا جريمة إلا بنص:

- لا يسأل الشخص جنائياً بموجب هذا النظام الأساسي ما لم يشكل السلوك المعني وقت وقوعه، جريمة تدخل في اختصاص المحكمة.

- يؤول تعريف الجريمة تأويلاً دقيقاً ولا يجوز توسيع نطاقه عن طريق القياس، وفي حالة الغموض يفسر التعريف لصالح الشخص محل التحقيق أو المقاضاة أو الإدانة.

- لا تؤثر هذه المادة على تكييف أي سلوك على أنه سلوك إجرامي بموجب القانون الدولي خارج إطار هذا النظام الأساسي.

- نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في روما في 17 تموز/ يولييه 1998، والذي دخل حيز التنفيذ في 01/07/2002، الرابط الإلكتروني.

<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/284265/RomeStatuteAra.pdf>

(2) المادة 23 لا عقوبة إلا بنص،

لا يعاقب أي شخص أدانته المحكمة إلا وفقاً لهذا النظام الأساسي.

(3) المادة 06 من نظام روما الأساسي، المرجع السابق.

(4) اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، اعتمدت من قبل المؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عقد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2166 المؤرخ في 5 كانون الأول/ديسمبر 1966، ورقم 2287 المؤرخ في 6 كانون الأول/ديسمبر 1967، وقد عقد المؤتمر في دورتين في فيينا خلال الفترة من 26 آذار/مارس إلى 24 ماي 1968 وخلال الفترة من 9 نيسان/أبريل إلى 22 أيار/مايو 1969، واعتمدت الاتفاقية في ختام أعماله في 22 أيار/مايو 1969 وعرضت للتوقيع في 23 أيار/مايو 1969 ودخلت حيز النفاذ في 27 كانون الثاني/يناير 1980، الرابط الإلكتروني:

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/viennaLawTreatyCONV.html>

(5) عاصم خليل، ما هي مكانة الاتفاقيات الدولية في فلسطين على ضوء الخبرات المقارنة؟ (أهم النقاط التي تعرضت لها في ورشة عمل نظمها مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان في فلسطين) مقال إلكتروني، اطلع عليه بتاريخ 2020/12/01، الرابط الإلكتروني.

<https://asemkhalil.com/2018/08/02/status-international-agreements/>

(6) الباب الثالث المبادئ العامة للقانون الجنائي، نظام روما الأساسي، المرجع السابق.

(7) Frederik HARHOFF, La consécration de la notion de Jus Cogens dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux. Dans: Paul TAVERNIER (sous direction de), Actualité de la jurisprudence pénale internationale, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2004 (collection du CREDHO n°6), p67.

(8) M. CHERIF BASSIOUNI, INTERNATIONAL CRIMES, JUS COGENS AND OBLIGATIO ERGA OMNES, LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS, Vol. 59: No. 4. P9. site internet consulte le 24/06/2014. Lien électronique.

<https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol59/iss4/6>

(9) تقرير لجنة القانون الدولي لعام 2019، الدورة الحادية و السبعون، من 29 أبريل إلى 29 جوان، ومن 08 جويلية إلى 09 أوت 2019 ، الرابط

الإلكتروني. <https://undocs.org/pdf?symbol=ar/A/74/10>

(10) تقرير لجنة القانون الدولي لعام 2019، المرجع السابق، ص 207
 (11) Relationship Agreement between the United Nations and the, International Criminal Court, International Criminal Court, United Nations, New York, 04/10/2004, lien électronique.
<https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=0800000280073f01>

(12) المادة 154 من الدستور الجزائري استفتاء 2020/11/01 الرابط الإلكتروني.
https://www.constitution2020.dz/assets/docs/constitution_2020_ar.pdf

(13) العيد جباري، هارون سعدي، نور الدين سالم القطعان، مبدأ الاختصاص التكميلي للمحكمة الجنائية الدولية، بحث مقدم في مقياس في الجرائم الدولية الكبرى، قسم الماجستير، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، الموسم الجامعي 2010/2009، ص 15.

(14) عبد السلام الطيف، المحكمة الجنائية الدولية بين الإرادة والجبرية مصادرة للسيادة أم حماية للسيادة؟ بحث مقدم للندوة العلمية حول المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، الطموح، الواقع، وآفاق المستقبل، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا 2007، ص 01.

(15) رنا إبراهيم سليمان العطور، الالتزام بالشرعية الجنائية في الجرائم الدولية، مجلة الشريعة والقانون، العدد السادس والأربعون، الإمارات العربية المتحدة، 2011، ص 83.

(16) ساسي محمد فيصل، حدود تطبيق مبدأ التكامل على ضوء العلاقات القانونية للمحكمة الجنائية الدولية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2013/2014، ص 74.

(17) تقرير لجنة القانون الدولي لعام 2016، الدورة الثامنة والستون، (2 أيار/مايو - 10 حزيران/يونيه و4 تموز/يوليه - 12 آب/أغسطس 2016)، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية، الدورة الحادية والسبعون، الملحق رقم 10 ص 388، الرابط الإلكتروني.
https://legal.un.org/ilc/reports/2016/arabic/a_71_10.pdf

- (18) المادة 80 من نظام روما الأساسي، المرجع السابق.
- (19) الاتفاقية الدولية للقضاء علي جميع أشكال التمييز العنصري، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2106 ألف (د-20) المؤرخ في 21 كانون الأول/ديسمبر 1965، تاريخ بدء النفاذ: 4 كانون الثاني/يناير 1969، وفقا للمادة 19 منه.
- <https://www.ohchr.org/ar/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>
- (20) خالد بن عبد الله الغامدي، معوقات تطبيق القانون الدولي الجنائي أمام المحكمة الجنائية الدولية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، دكتوراه في العلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2013، ص 151.
- (21) Ottavio QUIRICO, Réflexions sur le système du droit international pénal, La responsabilité pénale des États et des autres personnes morales par rapport à celle des personnes physiques en droit international, en droit international, Thèse pour le Doctorat en Droit, université des sciences sociales TOULOUSE 1 Faculté de droit, 2008, p 143.
- (22) تجزؤ القانون الدولي، الصعوبات الناشئة عن تنوع وتوسع القانون الدولي، تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة الخامسة والستون، (6 أيار/مايو - 7 حزيران/يونيه و8 تموز/يوليه - 9 آب/أغسطس 2013، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية الدورة الثامنة والستون الملحق رقم 10 (A/68/10)، ص 219 و220، الرابط الإلكتروني.
- <https://legal.un.org/ilc/reports/2013/arabic/cover.pdf>
- (23) تجزؤ القانون الدولي، المرجع السابق، ص 220.

تاريخ القبول: 2021/02/02

تاريخ الإرسال: 2021/01/30

التنظيم القانوني للشركة القابضة في القانون العراقي**في ظلّ قانون التعديل رقم (17) لسنة 2019****The Legal Regulation of the Holding Company in Iraqi Law Under the Amendment Law No. (17) of 2019**م.م رحان عبدالله محمد¹، م.م كليزار عبدالله محمد²¹ جامعة نوروز (العراق)، Rahan.abdullah@yahoo.com² جامعة بوليتكنيك (دهوك - العراق)، Gulizarmohammed@gmail.com**المُلخَص:**

الشركة القابضة ليست شكلا جديدا من اشكال الشركات انما هي ذات الشركات المنصوص عليها في القانون ، وان غالبية الدول تمنح الحق لشركات الاموال كالشركة المساهمة والشركة المحدودة بان تصبح شركة قابضة وذلك من خلال سيطرتها على شركة او اكثر تكون تابعة لها. ونظرا لاهميتها فان معظم الدول قد نظمت احكامها بشكل دقيق وهذا ما حاول ان يفعله المشرع العراقي وذلك من خلال قانون تعديل قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 نظم احكام الشركة القابضة لأول مرة في العراق، ومن خلال هذا البحث نحاول دراسة قانون التعديل الاخير ، نظرا لاهمية هذه الشركات اذ لا بد ان يتم تنظيم الاحكام القانونية المتعلقة بها بشكل تفصيلي دقيق ابتداء من شكل الشركة القابضة وتنظيم العلاقة بينها وبين الشركات التابعة لها وكيفية ادارتها وانقضائها.

الكلمات المفتاحية: الشركة القابضة، الشركة الام، الشركات التابعة.

*المؤلف المرسل

Abstract:

The holding company is not a new form of company. Rather, it is the same companies mentioned in the law, most of the countries allow the joint-stock company and the limited company to become a holding company, and that through its control over one or more companies that are affiliated with it. Due to its importance, most countries have organized their rulings carefully This is what the Iraqi legislator tried to do, through Companies Law No. 21 of 1997 amending the provisions of the holding company for the first time in Iraq, through this research, we try to analyze the Law of the Last Amendment, Given the importance of these companies, as the legal provisions related to them must be carefully detailed Starting from the form of the holding company and the organization of the relationship between it and its subsidiaries.

Keywords: holding company, parent company, subsidiary companies.

المقدمة

إنّ الشركة القابضة ليست وليدة اليوم فهي موجودة منذ نهاية القرن التاسع عشر في اوربا وامريكا وبعد ذلك انتشرت في العالم بشكل واسع ومنها الدول العربية ، ولا شك ان للشركات القابضة دور كبير للنهوض بالاقتصاد الوطني لكن يبدو ان هذا النوع من الشركات لم يكن مرغوبا بها في ظل الانظمة الاشتراكية باعتبارها رمز لقوة المال والسيطرة على النشاط التجاري والنظام العراقي من الانظمة التي كانت قد اتبعت النهج الاشتراكي كغيرها من العديد من الدول العربية والعالمية انذاك ، قد تكون هذه احدى اهم اسباب عدم ذكر هذه الشركة في القوانين العراقية السابقة وعدم تنظيم احكامها، لا شك ان للشركات القابضة والشركات المتعددة الجنسيات لها دور كبير ليس فقط على التأثير على الاقتصاد العالمي انما لها دور ايضا في تغيير السياسات والانظمة السيادية. وبسبب سياسة الانفتاح العالمي والتطور الهائل في مجال التجارة الدولية والتبادل الاقتصادي الذي ادى الى تكوين انواع كثيرة من الشركات سواء الشركات العابرة للقارات والتي يطلق عليها الشركات المتعددة الجنسيات او شركة ام تسيطر على عدة شركات تابعة لها والتي يطلق عليها الشركات القابضة التي هي

محور بحثنا هذا، فكان لا بد للمشرع العراقي ان يواكب عجلة التطور وان ينظم احكام الشركة القابضة تنظيمًا قانونيًا ملائمًا. لم ينص قانون الشركات العراقي الصادر سنة 1997 على تاسيس الشركة القابضة، ولا القوانين التي سبقتها فكان لا بد من تعديل هذا القانون وتم تعديله من قبل مجلس النواب العراقي بتاريخ 2019/3/16 الذي عالج فيها وضع الشركة القابضة الا ان هذا التعديل فيه قصور تشريعي لانه لم يعالج جميع ما يتعلق بالشركة القابضة. ومن خلال هذا البحث سوف نحاول ان نسلط الضوء على هذه الشركة للتعرف على مفهومها وكيفية تكوينها والى الاشكال التي من الممكن ان تظهر بها هذه الشركة، بالاضافة الى دراسة وتحليل النصوص القانونية الواردة في التعديل رقم (17) لسنة 2019 .

فرضية البحث: التعديل الاخير لقانون الشركات العراقي عالج النقص الموجود في قانون الشركات الذي لم ينظم الشركة القابضة، فكان لا بد من معالجتها بما يلائم سياسة الانفتاح الاقتصادي الحالي، وتوفير الحماية القانونية للشركات بمختلف انواعها، لما له من اهمية اقتصادية تنعكس ايجابا على الدولة.

إشكالية البحث: ان وجود الشركات القابضة في العراق دون وجود تنظيم قانوني لها كان محل انتقاد واسع من قبل المستثمرين سواء المحليين ام الاجانب ، فكان لا بد من تعديل قانون الشركات العراقي وتنظيم احكام الشركة القابضة بما يتناسب مع الواقع الحالي لدولة العراق وبشكل خاص بعد الانفتاح الاقتصادي وتشجيع الاستثمار من خلال تقديم التسهيلات للشركات من اجل المساهمة في الانتعاش الاقتصادي ، وبالفعل صدر قانون التعديل رقم (17) لسنة 2019 لقانون الشركات رقم (21) لسنة 1997. فمشكلة البحث تكمن فيما يلي:

- 1- عدم دقة الاحكام القانونية الواردة في التعديل الاخير.
 - 2- قلة عدد المواد القانونية المتعلقة بالشركة القابضة. اذ انها وردت محدودة وهذا يعتبر قصور تشريعي يجب معالجته.
- ومن اجل ذلك حاولنا من خلال هذا البحث تسليط الضوء على مواطن القصور فيه وسبل معالجته.

أهمية البحث : يكمن أهمية البحث الى حداثة اصدار قانون ينظم الشركة القابضة في العراق، فكان لابد من دراسة الاحكام الواردة فيه وتحليلها لمعرفة مدى ملائمتها للواقع الذي يعيشه البلد في ظل سياسة الانفتاح الاقتصادي و تشجيع الشركات المحلية والاجنبية للنهوض بالاقتصاد الوطني.

منهجية البحث: اتبعنا في في كتابة هذا البحث على الاسلوب الوصفي التحليلي، معتمدين على التعديل الاخير رقم (17) لسنة 2019 لقانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997 الذي كان الهدف الاساسي منه هو تنظيم احكام الشركة القابضة لأول مرة في القانون العراقي. مع المقارنة ببعض القوانين العربية في بعض المواضع التي تحتاج الى المقارنة.

هدف البحث: يهدف البحث الى النقاط التالية:

الهدف من كتابة هذا البحث هو تحليل احكام القانون الجديد الصادر سنة (2019) وابرار ملامح هذا القانون الذي نظم الشركة القابضة لأول مرة في العراق، وكذلك بيان اوجه القصور فيه وسبل معالجته.

خطة البحث: للاحاطة بالموضوع محل الدراسة قمنا بتقسيم البحث الى مبحثين،خصص المبحث الاول لمفهوم الشركة القابضة وبيان اهميتها الاقتصادية ، اما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه احكام تاسيس الشركة القابضة في العراق وطرق انقضاءها، وفي الاخير توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات.

المبحث الاول: مفهوم الشركة القابضة

بداية لا بد من الاشارة الى ان الشركة القابضة كغيرها من الشركات تنشأ بعقد ، هذا ما نص عليه قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997 المعدل سنة 2004 وتحديدًا من خلال الفقرة الاولى من المادة الرابعة منه الذي عرف الشركة بالشكل التالي " الشركة عقد يلتزم به شخصان او اكثر بان يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال او عمل لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح او خسارة". الا ان فكرة الشركة القابضة تقوم على اساس سيطرة شركة تدعى بالشركة الام على شركة اخرى او شركات اخرى تابعة لها ، وتكون السيطرة للشركة الام على الشركات

التابعة لها من خلال اما تملك راس مال الشركة التابعة او السيطرة على مجلس ادارتها.

لاجل اعطاء مفهوم دقيق للشركة القابضة لابد من تعريفها وبيان اهميتها وتمييزها عما يشتهر بها . وعليه قسمنا هذا المبحث الى مطلبين خصصنا المطلب الاول للتعريف بالشركة القابضة وبيان اهميتها اما المطلب الثاني حاولنا فيه ان نميز بين الشركة القابضة وما يشتهر بها من الشركات.

المطلب الاول: تعريف الشركة القابضة واهميتها وشروطها.

اولا: تعريف الشركة القابضة .

إنّ لتعريف الشركة القابضة تعريفا دقيقا لابد من تعريفها لغويا وقانونيا وذلك على النحو الاتي:

التعريف اللغوي: التعريف في اللغة العربية قبض معناه اخذ يقال قبضت الشيء اي اخذته، والقبض خلاف البسط . وان من اسماء الله تعالى القابض، هو الذي يمسك الرزق وغيره من الاشياء عن المخلوقات وهو الذي يقبض الارواح.⁽¹⁾

التعريف الاصطلاحي: لقد عرف الفقه الفرنسي الشركة القابضة بانها (مجموعة من الشركات المنفصلة عن بعضها البعض وفي الوقت ذاته هي مرتبطة ببعضها من خلال سيطرة شركة تدعى بالشركة الام على بقية الشركات التي تكون لها القدرة على فرض القرارات عليها واستخدام اموالها في شراء اسهم شركات اخرى او الاكتتاب فيها).⁽²⁾ اما في الفقه العراقي نجد ان الدكتور فوزي سامي قد عرف هذا النوع من الشركات من خلال الارتكاز على الفكرة التي تقوم عليها وهي ان الشركة القابضة هي الشركة التي تسيطر على شركة اخرى تكون تابعة لها بحيث يكون بإمكان الشركة ان تقرر من يتولى ادارة الشركة التابعة . وتتحكم في القرارات التي تصدر من مجلس ادارتها.⁽³⁾

التعريف التشريعي: ان غالبية التشريعات العربية لم تعرف الشركة القابضة بشكل دقيق انما اكتفى ببيان شكلها القانوني كالتشريع اللبناني⁽⁴⁾ والمشرع السوري⁽⁵⁾ اما القانون الفرنسي قد عرفها بانها " كل شركة تحوز بشكل مباشر او غير مباشر على جزء من راس مال شركة اخرى بحيث يخولها اغلبيه الاصوات في الهيئة العامة لهذه

الشركة، او هي الشركة التي يكون لها وحدها اغلبيية الاصوات بمقتضى اتفاق مع باقي المساهمين بشرط عدم الاضرار بمصلحة الشركة⁽⁶⁾ اما المشرع العراقي فقد عرف الشركة القابضة في (قانون تعديل قانون الشركات رقم (17 لسنة 2019) (الشركة القابضة هي شركة مساهمة أو محدودة تسيطر على شركة أو شركات مساهمة أو محدودة تدعى الشركات التابعة بإحدى الحالتين، اولاً" أن تمتلك أكثر من نصف رأس مال الشركة إضافة إلى السيطرة على إدارتها. ثانياً" أن تكون لها السيطرة على مجلس إدارتها في الشركات المساهمة.⁽⁷⁾

ثانياً: اهمية الشركة القابضة:

الشركة القابضة هي اداة دعم كبير للاقتصاد الوطني وتساهم بعدة اشكال في دفع عجلة التطور الاقتصادي للبلد⁽⁸⁾. وقد بدأت هذه الشركات بالانتشار السريع في معظم دول العالم لما تتمتع به من مميزات :

1- ان الشركة القابضة تستثمر اموالها في اكثر من مجال واكثر من شركة واكثر من موقع جغرافي واحد وفي حال خسارة شركة معينة فان هناك شركات اخرى رابحة تابعة لها وهذه ميزه تتمتع بها هذا النوع من الشركات لان الشركات الغير القابضة قد تخشى الاستثمار في مشروع معين مخافة الخسارة والافلاس لكن الشركة القابضة يمكنها المجازفة لانها لا تضع كامل راسمالها في مشروع واحد او في شركة معينة وحدها ، وان حدث ان خسر المشروع لا يؤثر كثيرا عليها لانها تجني ارباحا من مشاريعا الاخرى من الشركات الاخرى التابعة لها . وكما هو معلوم فان المجازفة في الاعمال التجارية والتقاط الفرص في عالم التجارة واردة باستمرار فالشركة القابضة تستفيد من هذه الفرص اكثر من غيرها من الشركات.

2- افلاس الشركة التابعة لا يؤدي الى افلاس الشركة القابضة ، لان اغلب التنظيمات القانونية في العالم لم تجعل افلاس الشركة التابعة سببا لافلاس الشركة القابضة. لان الشركة القابضة وان كانت هي المسيطرة فعليا على الشركة التابعة سواء بامتلاك مايزيد عن 51% من راس مالها، او بالسيطرة على مجلس ادارتها ، الا انها تتحمل الخسارة فقط في حدود الاموال التي استثمرتها في الشركة التابعة . اي يمكن للدائنين

استيفاء ديونهم من راس مال الشركة التابعة وموجوداتها ومعداتها واملاكها ولا يحق لهم مطالبة ديونهم من الشركة القابضة. وهذا عامل امان كبير للشركة القابضة.

3- من حيث الضرائب والقروض البنكية، بما ان الشركة القابضة هي التي تقوم بتقديم تقارير كلية عن الضرائب المترتبة على الشركات التابعة لها فانه في حال انشاء شركة جديدة او في حالة الخسارة تكون الضرائب اقل. كما يمكن للشركة القابضة الحصول على قروض بنكية بشكل اكثر سهولة من بقية الشركات وذلك لما تملكه من اصول وهذا قد يجعل الفوائد على القروض اقل.

المطلب الثاني: تمييز الشركة القابضة عما يختلط معها من أنظمة متشابهة.

تتشابه الشركة القابضة في بعض صفاتها مع شركات اخرى ، على سبيل المثال الشركة المتعددة الجنسيات وايضا الشركة الاستثمارية، لذلك سوف نحاول في ما يلي ان نميز بين الشركة القابضة والشركة المتعددة الجنسيات والشركة الاستثمارية على التوالي

اولا" تمييز الشركة القابضة عن الشركات المتعددة الجنسيات.

سبق ان عرفنا الشركة القابضة ولاجل تمييزها عن الشركات المتعددة الجنسيات لابد من تعريف الاخرى. اذ تعرف الشركة المتعددة الجنسيات بانها عبارة عن تجمع اقتصادي بين عدة شركات تحمل كل منها جنسية دولة مختلفة، ولكنها ترتبط فيما بينها عن طريق المساهمة المشتركة في راس المال بحيث تصبح كيانا اقتصاديا واحدا.⁽⁹⁾ ويمكن تمييز الشركة القابضة عن الشركة المتعددة الجنسيات من خلال النقاط التالية:

1. للشركة القابضة اسهم وحصص في راس مال الشركات التابعة لها، اما الشركات المتعددة الجنسية قد تكون لها ملكية مطلقة او اسست بمفردها شركات اخرى بالامكان تاسيس شركة تجارية قابضة في حدود الدولة فقط، على سبيل المثال شركة قابضة يكون لها عدة شركات تابعة لها في عدة محافظات داخل القطر، اما الشركات المتعددة الجنسيات لا تكون كذلك الا اذا كانت لها شركات في دول اخرى اي يتعدى حدود القطر.

2. في عدة دول.

3. الشركة القابضة وشركاتها التابعة داخل الدولة يحكمها قانون واحد وهو القانون الوطني، اما الشركات المتعددة الجنسيات فتحكمها أنظمة قانونية مختلفة لأنها تعمل في عدة دول.(10)

ثانياً: تمييز الشركة القابضة عن شركة الاستثمار.

1- لقد عرف القانون العراقي شركة الاستثمار في المادة(9/أولاً) من قانون الشركات العراقي (21 لسنة 1997 المعدل) بأنها (شركة يكون نشاطها الأساس توجيه المدخرات نحو التوظيف والاستثمار في الأوراق المالية العراقية من أسهم وسندات وحوالات خزينة في ودائع ثابتة)

2- الشركات القابضة والشركات الاستثمارية كلاهما تشترك في نفس الصفة وهي امتلاك اسهم في رؤوس اموال الشركات الاخرى (11)، الا ان السمة الاساسية للشركات القابضة هي السيطرة على الشركات التابعة لها بعكس الشركات الاستثمارية التي هدفها هو توظيف رؤوس الاموال فقط(12). اي ان غرض الشركة القابضة هو التملك اما الشركات الاستثمارية فهدفها هو الحصول على الربح. لكن لا مانع من تحولها الى شركة قابضة.

3- الاختلاف الاخر هو أن العلاقة بين الشركة القابضة والشركة التابعة علاقة تبعية وقيادة طرفية من قبل الشركة المسيطرة . أما علاقات شركة الاستثمار مستقلة وبحدود الاستثمار فقط.(13)

المطلب الثالث : الإطار القانوني للشركة القابضة في القوانين المقارنة

المقصود بالشكل القانوني للشركة القابضة هو التنظيم القانوني الذي تعتمد عليه الشركة نمودجا لها- اي الشكل القانوني الذي حدده المشرع والزم مؤسسي الشركات باتخاذ احدى تلك الاشكال ليكون نظاما قانونيا للشركة القابضة.وقد اختلفت التشريعات حتى العربية ايضا" في اتخاذ الشكل القانوني للشركة القابضة، فيما يلي بعض التشريعات العربية بالاضافة الى القانون العراقي:

أولاً: القانون المصري:

القانون المصري قد حصر الشكل القانوني للشركة قابضة بالشركة المساهمة كما حصر ملكية رأس مالها بالدولة والأشخاص الاعتبارية العامة.⁽¹⁴⁾ يصدر بتأسيس الشركة القابضة قرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص ، ويكون رأسمالها مملوكا بالكامل للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، وتثبت لها الشخصية الاعتبارية من تاريخ قيدها في السجل التجاري. وتأخذ الشركة القابضة شكل الشركة المساهمة ، وتعتبر من أشخاص القانون الخاص ويحدد القرار الصادر بتأسيسها اسمها ومركزها الرئيسي ومدتها والغرض الذي أنشئت من أجله ورأس مالها⁽¹⁵⁾.

ثانياً: القانون الاردني

القانون الاردني اجاز للشركة المساهمة وحدها بان تكون شركة قابضة⁽¹⁶⁾ وذلك من خلال نص المادة 204 من قانون الشركات الاردني " الشركة القابضة هي شركة مساهمة عامة تقوم بالسيطرة المالية والادارية على شركة او شركات اخرى تدعى الشركات التابعة بواحدة من الطرق التالية: اما أن تمتلك أكثر من نصف رأس مالها . او أن يكون لها السيطرة على تأليف مجلس إدارتها "⁽¹⁷⁾

نفس ما اخذ به المشرع الاردني من حيث الشكل القانوني للشركة الا ان الاختلاف بين التشريعين المصري والاردني ان المشرع الاردني لم يلزم بان يكون رأس مال الشركة القابضة مملوكا فقط للدولة وللأشخاص الاعتبارية .

ثالثاً: القانون اللبناني

اما قانون التجارة اللبناني رقم 304 الصادر سنة 1942/12/24م لم يتضمن أي نص يتعلق بهذا النوع من الشركات، إلى أن صدر المرسوم المتعلق بنظام الشركات القابضة، ولم ينص على أي تعريف للشركة القابضة، لحين صدور القانون رقم (45) لسنة 1983 المخصص باصدار نظام الشركات القابضة في لبنان ، وتم تعديل هذا القانون لمرات عديدة كان اخرها قانون رقم(772) لسنة 2006. الا ان المشرع اللبناني لم يعرف الشركة القابضة لكنه حصر موضوعها في نقاط ثلاث وهي:

1- تملك أسهم أو حصص في شركات مقفلة أو محددة المسؤولية، لبنانية أو أجنبية قائمة، أو الاشتراك في تأسيسها.

2- إدارة الشركات التي تملك فيها حصص شراكة أو مساهمة.

3- إقراض الشركات التي تملك فيها حصص شراكة أو مساهمة كفالتها تجاه الغير.

يتبين لنا مما سبق ان القانون اللبناني كإغلبية القوانين العربية لم يضع تعريفا دقيقا للشركة القابضة انما رتب احكامها فقط.⁽¹⁸⁾

ربعا: القانون الكويتي

اما بالنسبة للقانون الكويتي فان المشروع الكويتي استحدث في قانون الشركات رقم 25 لسنة 2012 احكام شركة الشخص الواحد وذلك لأول مرة بالمواد من «85 الى 91» حيث اجاز المشرع في ذات القانون للشركة القابضة اتخاذ هذا الشكل.⁽¹⁹⁾

ان غالبية التشريعات اجازت لشركات الاموال كالشركة المساهمة والشركة المحدودة بان تكون شركة قابضة، الا ان المشرع الكويتي قد زاد على ذلك بالسماح للمشروع الفردي ان تكون له شركات تابعة.

خامسا: القانون العراقي

اما فيما يخص القانون العراقي ما هو الشكل القانوني للشركة القابضة و هل من الممكن السماح للمشروع الفردي بان يكون شركة قابضة؟

رغم ان المشرع العراقي قد ذكر المشروع الفردي في مشروع تعديل قانون الشركات الشركة بالشكل التالي:

الشركة القابضة هي شركة مساهمة أو محدودة او مشروع فردي تسيطر على شركة أو شركات مساهمة أو محدودة تدعى الشركات التابعة بإحدى الحالتين:- أن تمتلك أكثر من نصف رأس مال الشركة إضافة إلى السيطرة على إدارتها . او أن تكون لها السيطرة على مجلس إدارتها في الشركات المساهمة.

الا انه قد بقي على شركات الاموال دون شركات الاشخاص عند اصدار القانون القانون وذلك على الشكل التالي:

المادة -1- يضاف مايلي إلى القانون وتكون المادة (7) مكررة:-

اولا- أ- الشركة القابضة هي شركة مساهمة أو محدودة تسيطر على شركة أو شركات مساهمة أو محدودة تدعى الشركات التابعة بإحدى الحالتين:-

- 1- أن تمتلك أكثر من نصف رأس مال الشركة إضافة إلى السيطرة على إدارتها
- 2- أن تكون لها السيطرة على مجلس إدارتها في الشركات المساهمة لا انه عند صدور القانون قد اخرج المشروع الفردي وابقى فقد الشركة المساهمة والشركة المحدودة.⁽²⁰⁾

لكن السؤال هنا، هل يجوز للشركة المحدودة (شركة الشخص الواحد) ان تكون شركة قابضة؟

للإجابة على هذا السؤال بشكل مفصل لابد ان نبين انواع المشروع الفردي في القانون العراقي اذ انه بموجب القانون العراقي يكون المشروع الفردي على نوعين ، النوع الاول: مشروع فردي يؤسسه شخص طبيعي واحد وهو صاحب الحصة الوحيدة فيه ويكون مسؤولا مسؤولية مطلقة عن جميع التزامات الشركة ،النوع الثاني: المشروع الفردي الذي يؤسسه شخص طبيعي او معنوي وتكون مسؤوليته في حدود الحصة المقدمة في راس مال الشركة.

فالنوع الاول نص عليه قانون الشركات رقم (36) لسنة 1983 الملغي في المادة 4 اولا - الشركة عقد به يلتزم شخصان او اكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال او من عمل لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة. ثانيا - استثناء من أحكام الفقرة (اولا) من هذه المادة ، يجوز أن تتكون الشركة من شخص طبيعي واحد وفقا لاحكام هذا القانون(21) . وايضا نص عليه المادة 6/4من القانون النافذ رابعا - المشروع الفردي شركة تتألف من شخص طبيعي واحد يكون مالكا للحصة الواحدة فيها ومسؤولا مسؤولية شخصية وغير محدودة عن جميع التزامات الشركة.⁽²²⁾

اما(بعد التعديل الذي اجري على قانون الشركات بموجب امر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم 64 لسنة 2004) اصبح لدينا شكل اخر من المشروع الفردي اذ اجازت الفقرة الثانية من المادة الثامنة (انشاء مشروع فردي من شخص طبيعي واحد او شركة

محدودة المسؤولية يملكها شخص طبيعي او معنوي واحد) وتكون مسؤولية مالك المشروع مسؤولية محدودة عن كل ديون وخسائر الشركة.⁽²³⁾

كما هو واضح ان المشرع العراقي اخذ بشكلين لهذا النظام :

الأول: صورة المشروع الفردي الموجودة في قانون الشركات العراقي النافذ المرقم 21 لسنة 1997

والثانية: وهي شركة محدودة المسؤولية التي اخذ بها بموجب تعديل عام 2004 للقانون ذاته.⁽²⁴⁾

برايانا حسنا فعل المشرع العراقي الذي حصر شكل الشركة القابضة فقط في نوعين من الشركات وهي الشركة المساهمة والشركة المحدودة ، لان شركات الاشخاص بشكل عام لا تصلح ان تكون شركة لاعتبارات عدة اولاً لان اغراض هذه الشركة لا تتناسب مع الشركة القابضة ، ثانياً لان الشركات القابضة عادة تكون مشاريعها ضخمة وذات اهمية فائقة بالاضافة الى مسؤوليتها عن المساهمة في راس مال الشركات التابعة لها وعن ديونها. وهذا ما ايده جانب من فقهاء القانون التجاري منهم الدكتور سميرة القليوبي بل وذهبت الى ابعد من ذلك وقالت د. سميرة القليوبي ان المادة 90 من القانون قررت ان مسؤولية المالك الوحيد للشركة مسؤولية شخصية غير محدودة في كامل ذمته المالية في الحالات الاتية: اذا قام صاحب الشركة بسوء نية بتصفيتها او وقف نشاطها قبل انتهاء مدتها او قبل تحقيق الغرض من انشائها.. وهذه الحالات تفيد فعلاً سوء نية مالك الشركة اضراراً بالغير، وترى في هذه الحالة ضرورة اثبات سوء نية مالك الشركة حيث القاعدة حسن النية، كما يجب توافر تحقق ضرر للغير والمتعاملين مع الشركة نتيجة لتصفيتها قبل مدتها او قبل تحقيق الغرض من انشائها وذلك وفقاً للقواعد العامة، ذلك ان المميز الاساسي لشركة الشخص الواحد هو المسؤولية المحدودة كقاعدة عامة.⁽²⁵⁾

نستنتج مما سبق ان جميع القوانين العربية محل الدراسة قد حصرت شكل الشركة القابضة في اطار الشركة المساهمة والشركة المحدودة الا المشرع الكويتي هو الوحيد الذي سمح للمشروع الفردي ان يكون له شركات تابعة ، اما القانون العراقي وان كان

ذلك واردا في مشروع القانون الا انه عند صدور قانون التعديل رقم 17 لسنة 2019 لقانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 ابقى على الشركة المساهمة والشركة المحدودة فقط.

برايانا ان الشركة القابضة وان اختلفت التعاريف فان السمة الاساسية لها والتي تميزها عن جميع الانواع الاخرى من الشركات هي السيطرة على الشركات التابعة لها، وهي السمة الوحيدة التي تتفرد بها.

اما عن العضوية فيها لقد جاء في التعديل الاخير لقانون الشركات العراقي وتحديدا في نص المادة (2) يلغى نص المادة (12) من القانون ويحل محله ما يلي :

أولاً- للشخص الطبيعي أو المعنوي العراقي حق اكتساب العضوية في الشركات المنصوص عليها في هذا القانون مؤسساً لها أو مساهماً أو شريكاً، ما لم يكن ممنوعاً لشخصه أو صفته من عضوية الشركات بموجب قانون أو قرار صادر عن محكمة أو جهة حكومية مختصة.

ثانياً - للشخص الطبيعي أو المعنوي الأجنبي اكتساب العضوية بصفة مؤسس أو مساهم في الشركات المساهمة والمحدودة على ألا تقل نسبة مساهمة العراقي عن (51%) واحد وخمسين من المئة من رأس مالها.

وحسنا فعل المشرع العراقي بجعل نسبة المساهم العراقي مالا يقل عن (51%) من راس مال الشركة، وذلك لما له من تاثير كبير على قرارات الشركة. لان العضو العراقي في الشركة سواء كان شخصا طبيعيا ام معنويا سوف يكن اكثر حرصا على مصلحة الدولة من الشخص الاجنبي. فاذا كان نسبة مساهمة العراقي اقل من 51% سيكون الطرف الاجنبي هو المسيطر على توجيه سياسة الشركة وادارتها والتصويت على قرارات مجلس ادارتها وقد لاتكون في مصلحة البلد. وكما هو معلوم ان للشركات القابضة تاثير كبير على اقتصاد الدول وسياستها.

المبحث الثاني: احكام تاسيس الشركة القابضة في العراق وطرق انقضاءها

ان الشركة القابضة وكما بينا سابقا ليست شكلا جديدا من اشكال الشركات في القانون (لانها اما ان تكون شركة مساهمة او شركة محدودة) ويتم تاسيسها بعقد كبقية

الشركات , لكنها تتمتع بميزه لا تتمتع بها بقية الشركات وهي المشاركة في راس المال والسيطرة على ادارة الشركة التابعة , سوف نوضح بشكل بسيط كيفية تأسيس الشركة في القانون العراقي في المطلب الاول، اما المطلب الثاني سوف ندرس الشكل القانوني للشركة القابضة وعلاقتها بالشركات التابعة وكيفية انقضاءها.

المطلب الاول: تأسيس الشركة.

ان الشركة القابضة وفقا للقانون العراقي هي اما ان تكون شركة مساهمة او شركة محدودة المسؤولية، يتم تأسيسها كما ورد في قانون التعديل رقم (17 لسنة 2019) لقانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997، بنفس الشروط والخطوات التي يتم من خلالها تأسيس الشركة المساهمة والشركة المحدودة.⁽²⁶⁾ فبعد توافر جميع الشروط العامة والخاصة بعقد الشركة، تبدأ بداية بتقديم طلب التأسيس الى مسجل الشركات مرفقا به عقد الشركة⁽²⁷⁾، وشهادة المصرف او المصارف التي تثبت ان راس المال المطلوب للتأسيس قد تم ايداع فيها،⁽²⁸⁾ على ان لا يقل الحد الأدنى لرأس مال الشركة المساهمة عن (2000000) مليوني دينار ولا يقل الحد الأدنى لرأس مال الشركة المحدودة عن (1000000) مليون دينار، ولا يقل الحد الأدنى لرأس مال بقية الشركات عن (500000) خمسمائة ألف دينار، والسبب في ذلك ان المشرع العراقي قد حصر شكل الشركة القابضة بالشركة المساهمة والشركة المحدودة فقط (اي بشركات الاموال) وبناء على ذلك يدفع المبالغ السابق ذكرها. كما يجب ان يرفق بها ايضا دراسة الجدوى الاقتصادية والفنية في الشركة المساهمة.⁽²⁹⁾ اما فيما يتعلق باسم الشركة لا بد أن يقترن اسم الشركة بالإضافة إلى نوعها كلمة (قابضة) تذكر في جميع الأوراق والاعلانات والمراسلات التي تصدر عن الشركة.⁽³⁰⁾

ولكي تكون الشركة شركة قابضة لا بد ان تتوافر فيها اربع شروط وهي

- 1- ان تكون شركة تجارية: جاء في قانون تعديل قانون الشركات رقم (17) لسنة 2019 ، وتحديدا في المادة (1/ثانيا) تهدف الشركة القابضة إلى دعم الاقتصاد الوطني ولها القيام بما يأتي:-

أ- تملك الأموال المنقولة وغير المنقولة في إطار نشاط الشركة.

ب- تأسيس الشركات التابعة لها وإدارتها أو المشاركة في إدارة الشركات الأخرى التي تساهم فيها.

ج - استثمار أموالها في الأسهم والسندات والأوراق المالية.

د- تقديم القروض والكفالات والتمويل للشركات التابعة لها.

هـ- تملك براءات الاختراع والعلامات التجارية وحقوق الامتياز وغيرها من الحقوق المعنوية واستغلالها وتأجيرها للشركات التابعة لها أو لغيرها.⁽³¹⁾

2- ان تكون لها شركات تابعة: لكي تكون الشركة شركة قابضة لا بد ان تكون لها شركات تابعة، وتكون هي المسيطرة عليها ، اما عن الشكل القانوني للشركة التابعة فيجب ان تكون شركات مساهمة او محدودة وفقا للقانون العراقي، اما بالنسبة لقوانين غالبية الدول ليس هناك شكل محدد للشركات التابعة فقد تكون شركة مساهمة او شركة محدودة او شركة توصية بالاسهم او غيرها. اما عن مسؤولية الشركة القابضة عن الشركات التابعة لها فتكون الشركة القابضة مسؤولة على سبيل التضامن عن ديون الشركات التابعة في حدود ما تمتلكه من اسهم فيها حالة عدم كفاية اموال الشركة التابعة للوفاء بما عليها من التزامات.

3- سيطرة الشركة القابضة على الشركات التابعة: تتحقق السيطرة على الشركات التابعة من خلال السيطرة على مركز اتخاذ القرار في الشركات التابعة والتي هي مجلس الادارة من خلال التصويت، اذ ان الشركة القابضة لا يقل حصتها في راس مال الشركات التابعة لها عن نسبة 51%، فتنتمتع باغلبية التصويت على قرارات الشركات التابعة لها، وتنص بعض القوانين بان تتحقق الشركة القابضة السيطرة على الشركات التابعة ايا كانت نسبة الاسهم التي تمتلكها الشركة القابضة في راس مال الشركات التابعة وذلك عن طريق الاتفاق مع بقية المساهمين.

4 استقلال الشركة التابعة :ان تكون الشركات التابعة لها شركات مستقلة بذاتها وتمارس نشاطها كونها تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة عن الشركة القابضة.⁽³²⁾

المطلب الثاني: انقضاء الشركة القابضة وفقا للقانون العراقي

انقضاء الشركة هو زوال الرابطة العقدية بين الشركاء وبالتالي انتهاء الشركة. ان القانون العراقي لم يأخذ بالاسباب الخاصة لانقضاء الشركة كالأفلاس أو انسحاب احد الشركاء أو وفاة احد الشركاء أو اجتماع جميع الحصص بيد شريك واحد . ماعدا في الشركة البسيطة اذا اجتمعت الحصص بيد شريك واحد أو اذا توفي احد الشريكين ولم يحل محله احد الورثة سواء لاسباب قانونية أو لعدم رغبة الورثة في الاستمرار في الشركة، هنا تنقضي الشركة البسيطة لان المشرع العراقي لم يسمح بتحويل الشركة البسيطة الى مشروع فردي عند نقص عدد الشركاء عن اثنين. اما بقية انواع الشركات فيجوز لها الاستمرار وان تحولت الى نوع اخر من الشركات. اما فيما يخص الشركة القابضة في القانون العراقي وبالتحديد عندما تكون الشركة القابضة شركة محدودة فيجب عند نقصان عدد الشركاء عن اثنين ان تنقضي الشركة لان المشروع الفردي لايمكن ان يكون شركة قابضة. تبين فيما سبق ان القانون العراقي استبعد من احكامه اسباب الانقضاء التي تختص بالاعتبار الشخصي للشركاء.⁽³³⁾

وعالج المشرع العراقي موضوع انقضاء الشركة من خلال نص المادة 139 من القانون القديم ، المادة 147 القانون النافذ كما يلي .

- 1-عدم ممارسة الشركة نشاطها رغم مرور سنة على التأسيس دون عذر مشروع.
- 2- توقف الشركة عن ممارسة نشاطها مدة تزيد عن سنة دون عذر مشروع. الا ان البند اولا والبند ثانيا قد تم الغاءه من خلال نص المادة (2) من التعديل الاخير على قانون الشركات (التعديل رقم 17 لسنة 2019) وكما يلي:

المادة-8- يُلغى البندان (أولاً ، ثانياً) من المادة (147) ويحل محلها ما يأتي
أولاً-عدم مباشرة الشركة نشاطها على الرغم من مرور سنتين على تأسيسها دون عذر مشروع.

ثانياً- توقف الشركة عن ممارسة نشاطها مدة متصلة تزيد على السنتين ، دون عذر مشروع.

3-انجاز الشركة المشروع التي تأسست لتنفيذه او استحالة تنفيذه. تتقضي الشركة عند انتهاءها من انجاز المشروع الاقتصادي التي تأسست لاجله ، مثلا لو تم تأسيس شركة معينة الهدف من انشاءها هو بناء جسر او مد سكة حديدية او انشاء مدينة سياحية فعند اتمام المشروع تتقضي الشركة . وكذلك الشركة تتقضي عند استحالة تنفيذ المشروع سواء كانت الاستحالة مادية كان تنفذ مادة الشيء ، او تكون الاستحالة قانونية عند صدور قانون يمنع مزاولة النشاط الذي تمارسه الشركة كأن تكون الشركة مخصصة في استيراد نوع معين من اللحوم او الاسماك من دولة معينة ثم يصدر قرار بمنع استيراد اللحوم من تلك الدولة . عندما تصدر الدولة هكذا قرارات تكون للمصلحة العامة او لاسباب سياسية او للضغط عليها اقتصاديا.

4-اندماج الشركة او تحولها وفق القانون. ان اندماج الشركات يتم بصورتين ، اما يقع بين شركتين قائمتين فعلا لغرض قيام شركة جديدة، فتتقضي كل منهما وتتشا شركة اخرى ويطلق على هذه الصيغة من الاندماج بالاتحاد او المزج و تحل الشركة الجديدة في حقوق والتزامات الشركات المندمجة او من خلال اتفاق شركة على الانضمام الى شركة اخرى قائمة بحيث تتقضي الاولى «المندمجة» ويتسع نطاق الثانية «الدامجة».³⁴

5- فقدان الشركة 75% من راس مالها الاسمي. لكن هنا يجب مراعاة احكام المادة 76/ثانيا من قانون الشركات العراقي تنصوي هذه الحالة تحت صيغة هلاك راس المال كله او معظمه بحيث لا يبقى هناك جدوى من استمرار الشركة يستثنى من الانقضاء حالة تامين الشركة على اموالها ويؤخذ بنفس الحكم في حال اذا ما هلك معظم راس مال الشركة لكنها لجئت الى خفض او زيادة راس مالها خلال 60 يوم من تحقق الهلاك . وايضا تنتهي الشركة اذا قررت الجمعية العمومية للشركة تصفيتها بناء على موافقة ثلثي الاصوات على الاقل حيث لا يلزم ان يصدر القرار بالاجماع.⁽³⁵⁾

يتبين مما سبق ان اسباب انقضاء الشركة القابضة هي نفس الاسباب التي تتقضي بها بقية الشركات في القانون العراقي، وبما ان الشركة القابضة هي اما شركة مساهمة او

شركة محدودة فيكون انقضاءها بنفس الطريقة التي تنقضي بها شركات الاموال. لان المشرع لم يحدد اسباب اخرى لانقضائها.

المطلب الثالث: الاساس القانوني لمسؤولية الشركة القابضة عن اعمال الشركات التابعة

كما هو معلوم ان المسؤولية تنقسم الى نوعين وهي المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، ولاجل قيامها لابد من توافر شروط المسؤولية المتمثلة بالخطأ والضرر والعلاقة السببية⁽³⁶⁾ و ان مسؤولية الشركة القابضة عن اعمال الشركة التابعة لها مبني على اساس تمتعها بحق تعيين وعزل اعضاء مجالس الادارة للشركات التابعة لها، والشركة القابضة هي التي تمارس سيطرة فعلية على قرارات الشركات التابعة⁽³⁷⁾ اي ان ادارة الشركات التابعة هي مجالس ادارة منفصلة عن الشركة القابضة فقط من الناحية الشكلية اما من الناحية الفعلية فهي لا تتمتع بصلاحيات اقامة مشاريع جديدة خارج الخطة المقررة من قبل الشركة القابضة .

وبما ان مجلس ادارة الشركة القابضة هي التي تعين اعضاء مجلس الادارة في الشركة التابعة فهي تتحمل المسؤولية عن الاخطاء التي تصدر منهم والتي تؤثر بشكل سلبي على الشركة وتسبب لها الخسائر، وايضا في حال قيامهم باعمال غير مشروعة⁽³⁸⁾

كما ان الشركة القابضة وان كانت تتمتع بالحماية من المسؤولية عن التزامات الشركة التابعة بفضل استقلال الشخصية القانونية لكل منها , لكنها تتحمل المسؤولية عن الشركة التابعة حين يكون الضرر بسبب تقصير الشركة القابضة وعلى الجهة المتضررة ان تثبت هذا الضرر سواء صدر الخطأ من الشركة عن طريق ادارتها او عن طريق اعضاء مجلس الادارة التي عينتهم.⁽³⁹⁾

الجدير بالملاحظة ومن خلال دراسة دراسة قانون التعديل رقم(17) لسنة 2019 وجدنا ان المشرع العراقي لم يحدد مسؤولية الشركة القابضة عن اعمال الشركات التابعة لها، وهذا يعتبر قصور تشريعي يؤدي الى الاضرار بمصالح الدائنين والمساهمين وايضا الغير الى الخطر، اذ لا بد ان يتضمن القانون نصوصا قانونية

توضح مدى مسؤولية الشركة القابضة عن اعمال الشركة التابعة , ولوائح بالاجراءات التي تتعلق بهذا الخصوص.

ولان المشرع لم ينظم العلاقة بين الشركة القابضة والشركة التابعة لها و ولم يحدد مدى مسؤولية الشركة القابضة عن اعمال الشركة التابعة فان تحديد عبئ هذه المسؤولية يقع على عاتق القضاء الذي يحكم بدوره بناء على الاحكام العامة الواردة في القانون المدني والخاصة بمسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه⁽⁴⁰⁾. حيث ان القانون المدني العراقي قد حدد الاشخاص الذين يعتبرون متبوعين وذلك من خلال نص المادة (219) من القانون ذاته "1- الحكومة والبلديات والمؤسسات الاخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل احد المؤسسات الصناعية او التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم ، ان كان الضرر ناشئا عن تعد وقع منهم اثناء قيامهم بخدماتهم".⁽⁴¹⁾ من خلال هذا النص يتبين لنا ان لقيام المسؤولية عن اعمال التابع ينبغي توافر ثلاثة شروط وهي:

1- وجود علاقة تبعية بين التابع والمتبوع ، حيث تتحقق علاقة التبعية اذا كان للمتبوع سلطة فعلية على التابع تخولة من خلالها اصدار الاوامر له وتوجيهه والرقابة عليه وهذا يتحقق في العلاقة بين الشركة القابضة والشركة التابعة.

2- وصدر فعل خاطئ من التابع: لكي يتحمل المتبوع مسؤولية الخطأ الذي صدر من التابع ينبغي ان يكون الخطأ صادرا من التابع ، اي تحقق مسؤولية التابع عن الضرر بتوافر اركان المسؤولية التي هي (الخطأ والضرر و العلاقة السببية) ، ولأجل الرجوع على المتبوع ينبغي على المتضرر اثبات وقوع الضرر من التابع لان مسؤولية المتبوع تقع الى جانب مسؤولية التابع.

3- ان يتعلق الخطأ بالوظيفة التي يقوم بها التابع. المتبوع يتحمل مسؤولية اتبعاعه عندما توجد رابطة بين الخطأ الذي قام به التابع والوظيفة التي يقوم بها بناء على توجيهات المتبوع ، فالمتبوع يسأل عن الضرر الذي اصاب الغير طالما صدر من التابع اثناء تادية العمل.⁽⁴²⁾

راي الباحثان: كان ينبغي على المشرع العراقي عند تنظيمه الاحكام الخاصة بالشركة القابضة ان ينظم بشكل دقيق العلاقة بين الشركة القابضة والشركة التابعة وبيان مسؤولية الشركة القابضة عن اعمال الشركة التابعة، لان تحديد المسؤولية يؤدي الى استقرار الاوضاع الاقتصادية من خلال تحديد المسؤوليات والالتزامات ، وهذا العامل وحده له دور كبير في التشجيع على الاستثمار الذي هو عامل مهم للنهوض الاقتصادي في البلد.

الخاتمة:

بعد ان انتهينا من هذا البحث توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات، ندعو المشرع العراقي للاخذ بالملاحظات التي اوردناها في هذا البحث من اجل صياغة قانون محكم متكامل، متاملين ان يكون هذا البحث المتواضع نقطة انطلاق لغيرنا من الباحثين لاكمال هذا الجهد، والله من وراء القصد.

نوردها كما يلي:

اولا: الاستنتاجات

- 1- تكون السيطرة للشركة القابضة على الشركات التابعة لها من خلال امتلاك مايزيد 51% من راس مال الشركة التابعة او من خلال السيطرة على تاليف مجلس الادارة للشركة التابعة.
- 2- من الممكن ان تختلف جنسية الشركة القابضة عن جنسية الشركة التابعة لها ان كانت قد تاسست في دولة اخرى غير الدولة التي تنتمي اليها جنسية الشركة القابضة.
- 3- المشرع العراقي حصر شكل الشركة القابضة في الشركة المساهمة او الشركة المحدودة او المشروع الفردي هذه الشركات فقط يجوز لها ان تكون شركات قابضة دون غيرها من الانواع الاخرى من الشركات في القانون العراقي كالشركة التضامنية والشركة البسيطة والمشروع الفردي.

- 4- اما الشركات التابعة فيجب ان تكون شركات مساهمة او محدودة وفقا للقانون العراقي، اما بالنسبة لقوانين غالبية الدول ليس هناك شكل محدد للشركات التابعة فقد تكون شركة مساهمة او شركة محدودة او شركة توصية بالاسهم او غيرها.
- 5- لم يحدد المشرع العراقي اسباب خاصة تتعلق بانقضاء الشركة القابضة، وبذلك تطبق على الشركة القابضة نفس الاحكام الواردة في المادة (147) من قانون الشركات التجارية رقم (21) لسنة 1997 الخاصة بانقضاء الشركات.
- 6- المشرع العراقي لم ينظم العلاقة بين الشركة القابضة والشركة التابعة ولم يحدد مدى مسؤولية الشركة القابضة عن اعمال الشركة التابعة لها، فتحدد مسؤولية الشركة القابضة عن اعمال الشركة التابعة وفقا لاحكام العامة الواردة في القانون المدني.

ثانياً" التوصيات

- 1- على المشرع تنظيم الشركة القابضة تنظيمًا شاملاً كما هو متبع في العديد من الدول ابتداءً من تعريفها والشكل القانوني الذي يجب ان تظهر فيه وتحديد الحد الأدنى لرأس المال ومدى امكانية الاجانب في ان يصبحوا اعضاء في مجلس الادارة والعلاقة المالية والادارية بينها وبين الشركات التابعة لها.
- 2- نوصي المشرع العراقي ان ينظم العلاقة بين (الشركة القابضة والشركة التابعة) بشكل دقيق، وان يحدد مدى مسؤولية الشركة القابضة عن الاعمال التي تقوم بها الشركة التابعة لها. على ان تكون الشركة القابضة مسؤولة عن التزامات الشركة التابعة بمقدار ما تملكه من رأس مال الشركة التابعة. وعليه تحديد مسؤولية اعضاء مجلس الادارة عن اعمالهم التي تخص الادارة
- 3- يجب ان يتضمن القانون احكاماً خاصة لتنظيم العلاقة بين الشركة القابضة والشركة التابعة، بالإضافة الى تحديد مدى مسؤوليتها عن ديون الشركة التابعة ، بالإضافة الى تحديد مسؤولية اعضاء مجلس الادارة عن الاخطاء التي تؤدي الى الحاق الضرر بالشركة التابعة.

4- على المشرع ان يعالج موضوع الضرائب التي تخضع لها الشركة القابضة سواء ما يتعلق بضريبة الدخل او الضرائب السنوية وتحديد نسبتها المئوية ، وتحديد نسبة الغرامة في حال التأخير عن دفع الضرائب وتحديد النسبة المئوية للضريبة في حالة تخلف الشركة عن دفعها.

5- لابد من وضع شروط صارمة لانشاء الشركة القابضة قد يتخوف المشرع في اكثر البلدان من اساءة استعمال هذا النوع من الشركات وخروجها عن الغاية التي انشأت من اجلها بحيث تصبح وسيلة للتحكم بالقطاع الاقتصادي

قائمة المصادر

اولاً : الكتب

- 1- لسان العرب المحيط للعلامة ابن منظور، المجلد الثالث، بيروت لبنان، طار لسان العرب.
- 2- محمد حسين اسماعيل، الشركة القابضة وعلاقتها بشركتها التابعة، جامعة مؤتة، الطبعة الاولى، عمان ، 1990 .
- 3- خالد الشاوي، شرح قانون الشركات العراقي، ط1 ، مطبعة الشعب، العراق- بغداد 1968.
- 4- لطيف جبر كومانبي، الشركات التجارية (دراسة قانونية مقارنة) دار السنهوري، بغداد العراق، 2015.
- 5- فوزي محمد سامي، الشركات التجارية الاحكام العامة والخاصة، مكتبة دار الثقافة، الطبعة الاولى ، عمان ، 1999.
- 6- محمد محسن النجار، النظام القانوني للشركات القابضة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2017.
- 7- فوزي محمد سامي ، شرح القانون التجاري، ج4، ط1 ، دار الثقافة ، عمان 1997.
- 8- أ.كامل عبد الحسين البلداوي، الشركات التجارية في القانون العراقي، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، 1990.

- 9- عبدالله محمد الدوسري، مسؤولية الشركة القابضة عن ديون شركاتها التابعة، دار النهضة، القاهرة، 2016.
- 10- رسول شاكر محمود البياتي، النظام القانوني للشركة القابضة، ط1، المكتب الجامعي الحديث، 2013.
- 11- حسني المصري، شركة الاستثمار ، دار النهضة العربية، مصر -القاهرة، 1981.

ثانياً : البحوث القانونية والاطاريح

- 1- انظر ايضاً براق عبدالله مطر، الشركة القابضة ،دراسة في ضوء القوانين المقارنة، بحث منشور في مجلة الكوفة ، العدد 14، ص260 .
- 2- حسن علوان لفته، الضوابط القانونية للشركة القابضة(دراسة مقارنة)، مجلة جامعة ميسان للدراسات القانونية المقارنة،العراق،ص.90.
- 3- محمد يونس محمد العبيدي، مسؤولية الشركة القابضة عن الشركة التابعة - دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية -دار شتات لنشر والبرمجيات- 2016.
- 4- محمد محمد الدحير- د منير عبدالرب- د محمد فيصل محمد، الاساس القانوني لمسؤولية الشركة القابضة في ضوء احكام القانون التجاري الليبي والقانون المصري و القانون الجزائري وموقف الفقه الاسلامي، مجلة ادارة بحوث و الفتاوي، العدد 15، عمان، 2019
- 5- أمحد حممود المساعدة، العلاقة القانونية للشركة القابضة مع الشركات التابعة لها(دراسة مقارنة) الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 12 ، 2014.
- 6- لمزري مفيدة ،"علاقة الشركة القابضة بالشركات التابعة The "Relationship Between The Holding Company And Its Subsidiaries المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، Numéro 2، Volume 3 .
- 7- علي ضاري خليل، التنظيم القانوني للشركة القابضة، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 2006.

ثالثاً: القوانين

- 1- قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997 المعدل سنة 2004.
 - 2- قانون تعديل قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997، المنشور بتاريخ 2019/6/27.
 - 3- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 وتعديلاته
 - 4- قانون شركات قطاع الاعمال العام المصري رقم (203) لسنة 1991.
 - 5- المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 45 بسنة 1983 نظام الشركات القابضة-الهولدينغ .
 - 6- قانون رقم (22) لسنة 1997 وتعديلاته ، الباب الثامن المخصص للشركة القابضة في مصر .
 - 7- قانون الشركات الكويتي رقم (25) لسنة 2012.
- رابعا:المصادر الالكترونية

- 1- لطيف جبر كومانى،الشركات التجارية،2006،ص13،منشور على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع www.ao-acadmy.org:
- 2- اخلاص باقر النجار، الشركة القابضة نافذة الانفتاح الاقتصادي والتجاري والصناعي، ، مقال منشور على موقع الحوار المتمدن، العدد 6781، تم النشر في تاريخ 2021 /1/7 ، تم الاطلاع عليه في 2021/1/12. <https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=705028>
- 3- القليوبي ، المشروع توسع في السماح للشركات القابضة، القاهرة، جريدة النهار الالكترونية،2014\3\18. رقم العدد 2092. <http://annaharkw.com/ANNAHAR/Article.aspx?id=444020&date=18032014>

- 4- <https://alijtihed.cu-tamanrasset.dz/%d8%b4%d8%b1%d9%88%d8%b7-%d8%a7%d9%84%d9%86%d8%b4%d8%b1/>

<https://alijtihed.cu-tamanrasset.dz/wp-content/uploads/2018/10/guide-%D8%AF%D9%84%D9%8A%D9%84.pdf>

- (1) لسان العرب المحيط للعلامة ابن منظور، المجلد الثالث، بيروت لبنان، دار لسان العرب، ص7. انظر ايضا براق عبدالله مطر، الشركة القابضة، دراسة في ضوء القوانين المقارنة، بحث منشور في مجلة الكوفة، العدد 14، ص260.
- (2) محمد حسين اسماعيل، الشركة القابضة وعلاقتها بشركتها التابعة، جامعة مؤتة، الطبعة الاولى، عمان، 1990. ص13.
- (3) فوزي محمد سامي، الشركات التجارية الاحكام العامة والخاصة، مكتبة دار الثقافة، الطبعة الاولى، عمان، 1999، ص 563.
- المادة 51 من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 45 بسنة 1983 نظام الشركات القابضة- الهولدينغ. (4)
- (5) المادة 39 فقرة أ من المرسوم التشريعي السوري الصادر في 13\5\2000.
- (6) محمد يونس محمد العبيدي، مسؤولية الشركة القابضة عن الشركة التابعة -دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية -دار شتات للنشر والبرمجيات- مصر - الامارات، 2016، ص30.
- (7) قانون تعديل قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997، بتاريخ . 27/6/2019
- (8) جاء في قانون تعديل قانون الشركات رقم(17) لسنة 2019المادة -1- يضاف مايلي إلى القانون وتكون المادة (7) مكررة:-ثانيا- تهدف الشركة القابضة إلى دعم الاقتصاد الوطني ولها القيام بما يأتي:-
- أ- تملك الأموال المنقولة وغير المنقولة في إطار نشاط الشركة.
- ب- تأسيس الشركات التابعة لها وإدارتها أو المشاركة في إدارة الشركات الأخرى التي تساهم فيها.
- ج - استثمار أموالها في الأسهم والسندات والأوراق المالية.
- د- تقديم القروض والكفالات والتمويل للشركات التابعة لها.

- هـ- تملك براءات الاختراع والعلامات التجارية وحقوق الامتياز وغيرها من الحقوق المعنوية واستغلالها وتأجيرها للشركات التابعة لها أو لغيرها.
- (9) علي ضاري خليل، التنظيم القانوني للشركة القابضة، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 2006، ص 71.
- (10) رسول شاكر محمود البياتي، النظام القانوني للشركة القابضة، ط1، المكتب الجامعي الحديث، 2013، ص 47-61.
- (11) حسني المصري، شركة الاستثمار ، دار النهضة العربية، مصر -القاهرة، 1981، ص 17.
- (12) بسام حمدي النعيمي، الواجه القانونية لسيطرة الشركة القابضة على شركاتها التابعة في ضوء قانون الشركات الاماراتي الجديد رقم (2) لسنة 2015، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 17، العدد 1، 2020، ص 281.
- (13) أمحد حممود المساعدة، العلاقة القانونية للشركة القابضة مع الشركات التابعة لها (دراسة مقارنة) الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 12 ، 2014، ص 112.
- (14) قانون شركات القطاع العام، قانون رقم 203 لسنة 1991، الباب الاول، الشركة القابضة، المادة 1.
- (15) قانون شركات قطاع الاعمال العام المصري رقم (203) لسنة 1991
- (16) فوزي محمد سامي ، شرح القانون التجاري، ج4، ط1 ، دار الثقافة ، عمان 1997، 389.
- (17) قانون رقم (22) لسنة 1997 وتعديلاته باب للشركة القابضة بالمواد (204-208). (اذ خصص الباب الثامن لاحكام الشركة القابضة. مصر
- (18) القانون رقم (45) لسنة 1983 نظام الشركات القابضة اللبناني.
- (19) قانون الشركات الكويتي رقم (25) لسنة 2012.
- (20) المادة 1، قانون تعديل قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997.

- (21) كامل عبد الحسين البلداوي، الشركات التجارية في القانون العراقي، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، 1411هـ-1990، ص90.
- (22) قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997
- (23) لطيف جبر كومانى، الشركات التجارية، 2006، ص13، منشور على الشبكة العالمية للمعلومات وعلى الموقع www.ao-acadmy.org:
- (24) امر سلطة الائتلاف رقم 64 في 2004/2/29 المنشور بالوقائع العراقية: العدد: 3982 في حزيران 2004. ونص القسم الثالث منه على دخول الامر 64 لسنة 2004 حيز النفاذ من تاريخ التوقيع عليه.
- (25) القليوبي ، المشروع توسع في السماح للشركات القابضة، القاهرة، جريدة النهار الالكترونية، 2014\3\18. رقم العدد 2092.
- (26) خالد الشاوي، شرح قانون الشركات العراقي، ط1 ، مطبعة الشعب، العراق- بغداد 1968، ص 193.
- (27) حسن علوان لفته، الضوابط القانونية للشركة القابضة (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، العراق، ص90.
- (28) المادة 4 من قانون تعديل قانون الشركات العراقي رقم (17) 2019.
- (29) نصت المادة 3 من قانون تعديل قانون الشركات العراقي رقم (17) لسنة 2019 على الغاء المادة (17) المتعلقة بتأسيس الشركة المساهمة في قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997.
- (30) المادة (1/ب) من قانون التعديل رقم (17).
- (31) المادة (1/ثانيا) من قانون التعديل رقم (17).
- (32) محمد محسن النجار، النظام القانوني للشركات القابضة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2017، ص. 25 وما بعدها.
- (33) لطيف جبر كومانى، الشركات التجارية (دراسة قانونية مقارنة) دار السنهوري، بغداد العراق، 2015، ص 279.

- (34) حسن علوان لفته، المصدر السابق، ص.104.
- (35) المادة 9- من قانون تعديل قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 جاء ما يلي:
يضاف النص الآتي الى المادة (158) من القانون ويكون البند(ثانياً) منها:
ثانياً- إذا لم تصدر الشركة توصية بتصفيتها على الرغم تحقق سبب من الأسباب المنصوص عليها في البنود (أولاً) و(ثانياً) و(ثالثاً) من المادة (147) من هذا القانون وممرور ستين يوماً على تنبيه المسجل لها، وجب عليه اصدار قرار التصفية مباشرة ما لم يعطها إمهالاً لتدارك أوضاعها أن وجد مسوغاً لذلك. وفي الأحوال كلها يكون للشركة حق الاعتراض على قرار التصفية لدى المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً من تأريخ تبليغها به ويكون قرار المحكمة قابلاً للتمييز لدى محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية ولا يخضع قرارها للطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي دون الاخلال بألية التصفية المحددة في عقد الشركة إن وجدت.
- (36) محمد محمد الدحير- د منير عبدالرب- د محمد فيصل محمد، الاساس القانوني لمسؤولية الشركة القابضة في ضور احكام القانون التجاري الليبي والقانون المصري والقانون الجزائري وموقف الفقه الاسلامي، مجلة ادارة بحوث والفتاوي، العدد 15، عمان، 2019، ص78.
- (37) أمحد حممود المساعدة، العلاقة القانونية للشركة القابضة مع الشركات التابعة لها(دراسة مقارنة) الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 12 ، 2014، ص117.
- (38) عبدالله محمد الدوسري، مسؤولية الشركة القابضة عن عن ديون شركاتها التابعة، دار النهضة، القاهرة، 2016، ص 16.
- (39) لمزري مفيدة ، "علاقة الشركة القابضة بالشركات التابعة The Relationship Between The Holding Company And Its Subsidiaries" المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، Volume 3، Numéro 2، Pages 94-، 108.

(40) محمد محمد الدحير- د منير عبدالرب- د محمد فيصل محمد، الاساس القانوني لمسؤولية الشركة القابضة في ضوء احكام القانون التجاري الليبي والقانون المصري والقانون الجزائري وموقف الفقه الاسلامي، مجلة ادارة بحوث والفتاوي، العدد 15، عمان، 2019، ص78.

(41) القانون المدني العراقي ، المادة(119).

(42) أمحد حممود المساعدة، العلاقة القانونية للشركة القابضة مع الشركات التابعة لها(دراسة مقارنة) الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 12 ، 2014، 118.

تاريخ القبول: 2021/01/25

تاريخ الإرسال: 2020/12/25

مدى نجاعة الضمانات القانونية لترقية الاستثمار الأجنبي

في التشريع الجزائري

The extent of the effectiveness of legal guarantees to promotion foreign investment In the Algerian legislationد. جريفيلى محمد*¹¹ جامعة أدرار (الجزائر)، djeri_droit@yahoo.fr**المخلص:**

يعدّ الاستثمار الأجنبي في الجزائر من أهم الرهانات التي تسعى الجزائر لكسبها في ضوء انهيار سوق النفط من خلال تكريس مجموعة من النصوص القانونية لحماية المستثمر الأجنبي وتحفيزه من أجل الاستثمار في الجزائر.

وتهدف هذه الورقة البحثية الى معالجة إشكالية الضمانات القانونية التي جاء بها قانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار ومدى نجاعتها في خلق مناخ ملائم للمستثمر خارج قطاع المحروقات في الجزائر ولا يتأتى ذلك إلا من خلال تكريس المشرع ل ضمانات ذات طابع تشريعي وأخرى ذات طابع إداري ومالي ونزع جميع المعوقات التي تشكل حاجزاً أمام المستثمر الاجنبي الذي يسعى دائماً للعمل في ظروف مستقرة تشريعياً واقتصادياً. .

الكلمات المفتاحية: المستثمر؛ ضمانات الاستثمار؛ مناخ الاستثمار؛ قانون الاستثمار

Abstract:

The Foreign investment in Algeria is one of the most important bets to pursue Algeria for its gain in light of the collapse of the oil market, by devoting a set of legal texts to protect the foreign investors and motivate him to invest in Algeria.

*المؤلف المرسل

This research paper addresses the problem of the effectiveness of the legal guarantees stipulated in the law of 16/09 related to the promotion of investment and its success in creating an climate for the investors outside the hydrocarbons sector in Algeria. This is to be done only through the devotion of the legislator to guarantees of a nature legislative and other of an administrative and financial nature, and the removal of all the obstacles that constitute a barrier to the investor, he seeks to work in economical and legislative stability.

Keywords: investor ; Investment guarantees ; investment climate ; investment law

مقدمة:

تعتبر الجزائر على غرار مختلف الدول التي عرفت ترسانة من القوانين منذ الاستقلال تهدف إلى إنعاش الاقتصاد الوطني وتحريك عجلة التنمية من خلال توفير مناخ ملائم لجلب الاستثمارات خاصة الأجنبية منها، بغرض تحقيق نمو داخلي يمكنها من تنوع مصادرها واحتياطها لضمان معيشة لمواطني الدولة وتنمية شاملة. ويعرف الاستثمار بأنه انتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدول المضيفة بغية تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي ويكفل في نفس الوقت نمو في الإنتاج والتنمية في الدولة المضيفة¹.

ولنجاح الاستثمار فإن المستثمر الأجنبي دائماً يسعى إلى تحقيق أكبر قدر من الربح ويبحث على ضمانات فعالة تمكنه من تحقيق ذلك.

وتبرز أهمية الموضوع من حيث أن الجزائر كباقي الدول النامية قامت بتغيير في سياستها الاقتصادية عبر عدة مراحل لكون موضوع الاستثمار من بين مواضيع الساعة باعتباره جوهر التنمية.

ويهدف هذا الموضوع لإلقاء الضوء على الضمانات التي أقرها القانون الجزائري ومدى كفايتها وفعاليتها لتحفيز وجلب الاستثمار خارج قطاع المحروقات، وتوفير مناخ ملائم للمتعاملين الوطنيين والأجانب وذلك لتحقيق الغاية المنشودة في فك قيود التجارة الخارجية وإبرام عديد الاتفاقيات على الصعيد الدولي وتحرير الأسعار وتعزيز مكانة الدولة في الحقل الاقتصادي.

و تجيب هذه الورقة البحثية على الإشكال التالي:

إلى أي مدى يمكن للضمانات القانونية التي جاء بها قانون 09/16² المتعلق بترقية الاستثمار أن تساهم في خلق مناخ ملائم للاستثمار خارج قطاع المحروقات في الجزائر؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا المنهج التحليلي وفق خطة يتم تقسيمها إلى محورين أساسيين:

أولاً: الضمانات ذات الطابع التشريعي نبسط فيه مبدأ المساواة بين الوطني والأجنبي و ندرس فيه ضمان الثبات التشريعي، ثم نعالج ضمان اللجوء للتحكيم.

وثانياً: نتطرق فيه إلى الضمانات ذات الطابع الإداري والمالي، ندرس من خلاله ضمان تسهيل الإجراءات الإدارية من خلال التطرق إلى الأجهزة الإدارية المكلفة بتنظيم الاستثمار، ثم نتطرق فيه لضمان تحويل رؤوس الأموال، وأخيراً نتناول ضمان منع الاستيلاء ونزع الملكية.

أولاً: الضمانات ذات الطابع التشريعي

سنعالج في هذا المحور الضمانات المنصوص عليها في القانون المتعلق بالاستثمار وتتضمن مبدأ المساواة (01) وشرط الثبات التشريعي (02) ثم ضمان اللجوء إلى التحكيم (03) على النحو التالي.

01. مبدأ المساواة

إن من حق المستثمر الأجنبي الشعور بالطمأنينة جراء المناخ السياسي في الدولة المضيفة له والتي ينوي الاستثمار فيها، والتأكيد على أنه سوف يلقي نفس المعاملة التي يتعامل بها الوطني في بلده.

ويقصد بالمساواة هو عدم التمييز بين المستثمر الوطني والأجنبي مما يترتب على ذلك أن تكون المعاملة عادلة بحيث يتمتع بنفس الحقوق والواجبات³.

وقد كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ في القانون رقم 09/16 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار ونص في المادة 21 منه على " مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الثنائية والجهوية والمتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة

الجزائرية، يتلقى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب معاملة منصفة وعادلة فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم"⁴.

ويعامل جميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب نفس المعاملة مع مراعاة أحكام الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولهم الأصلية.

ويتضح مما سبق أن الفقرة الثانية من هذه المادة جاءت بشكل القاعدة العامة من حيث ضمان عدم التمييز والمساواة بين الوطنيين والأجانب في الحقوق والواجبات المتعلقة بالاستثمار.

إلا أن الفقرة الأولى تعتبر استثناءً عن القاعدة العامة بحيث إذا كانت هناك اتفاقية ثنائية بين بلدين معينين من حيث منح بعض الامتيازات أو الضمانات فتطبق هاته الاتفاقيات استثناءً.

02. شرط الثبات التشريعي

يعتبر تطبيق شرط الثبات التشريعي من أهم الضمانات للاستثمار، حيث يعتبر هذا الشرط الضامن إلى دفع المخاطر التي تنتج عن عدم الاستقرار في التشريع، وبالتالي ينتج عن ذلك خضوع العقد الذي يربط المستثمر للتعديلات التي يخضع لها القانون المتعلق بالاستثمار، ولتوضيح ذلك نتطرق في هذا العنصر إلى المقصود بشرط الثبات التشريعي ثم إلى النتائج المترتبة على ذلك.

يقصد بشرط الثبات التشريعي " ذلك الشرط الذي تتعهد بمقتضاه الدولة بعدم تطبيق أي تشريع أو لائحة جديدة على العقد الذي يبرم مع الشركة المستثمرة "⁵.

وذهب جانب من الفقه إلى تقسيم شرط الثبات التشريعي إلى شرط تشريعي وشرط تعاقدية.

بالنسبة للشرط التعاقدية فهو الشرط الذي يرد على العقد أي عقد الاستثمار و ينص على أن القانون الذي يسري على العقد هو ذلك القانون الساري به العمل وقت إبرام العقد مع استبعاد أي تعديل لاحق⁶.

ومن أمثلة شرط الثبات التعاقدية ما جاء بأحد العقود المبرمة عام 1978 بين تونس وأحدى شركات البترول الأمريكية ومفاده أن القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون التونسي الساري المفعول عند توقيع العقد الحالي⁷.

أما بالنسبة لشرط الثبات التشريعي، هو النصوص التشريعية الواردة في قانون الدولة المضيفة للاستثمار و التي تدخل كطرف في العقد بمقتضاه أن يتعهد الدولة بأن لا تقوم بأي تعديل للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار⁸.

وقد كرس هذا الشرط القانون رقم 09/16 في المادة 22 التي نصت على " لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"⁹.

وتأسيساً على ما سبق نرى أن المشرع نص صراحة ضمن هذا القانون على مبدأ الثبات التشريعي، ما يجعله أكثر قوة وضمانة لطمأنة المستثمر، وهي القاعدة العامة في ذلك، إلا أن المشرع فتح الباب أمام المستثمر بحيث أشار إلى استثناء على هذه القاعدة أجاز للمستثمر أن يطلب تطبيق المراجعة والإلغاء الذي قد يطرأ في المستقبل على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، وهذا الاستثناء في حد ذاته يعتبر ضمانة أخرى أعطاها المشرع للمستثمر في أنه يمكن له طلب تطبيق أي إجراء أو تعديل يرى منفعة له في قانون لاحق لهذا القانون.

ويرى جانب من الفقه إلى أن هذا الاستثناء يعد تدخل أو تقليص في سيادة الدولة على نظامها القانوني وفي سلطتها في توحيد القانون¹⁰.

لكن الراجح في الفقه يرى بأنه لا يعد كذلك، أي أن الدولة تبقى محتفظة بصلاحياتها التشريعية في إطار القوانين وذلك يعتبر استثناء من مبدأ التطبيق الفوري للقوانين¹¹.

وأخيراً فإن هذا الاستثناء يفسر بأنه نية المشرع في إعطاء ضمانات فعالة في جلب الاستثمار ولا يعد بأي حال من الأحوال نوع من أنواع تجميد قوانين الاستثمار. وذهب المشرع الجزائري في قانون 09/16 إلى حد حماية الحقوق المكتسبة بموجب التشريعات السابقة وهو ما كرسته المادة 35 من هذا القانون التي نصت على "

يحفظ المستثمر بالحقوق المكتسبة فيما يخص المزايا والحقوق الأخرى التي استفاد منها بموجب التشريعات السابقة لهذا القانون والتي أنشأت تدابير لتشجيع الاستثمارات وتبقي الاستثمارات المستفيدة من هذه المزايا المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بترقية وتطوير الاستثمار السابقة لهذا القانون وكذا مجموع النصوص اللاحقة خاضعة لهذه القوانين إلى غاية انقضاء مدة هذه المزايا"

وعليه فإن الحقوق التي اكتسبها المستثمر بموجب القوانين المتعلقة بالاستثمار السابقة على هذا القانون مع بقائها خاضعة لهذا القانون إلى غاية انقضاء مدة هذه المزايا.

03. حق اللجوء للتحكيم التجاري الدولي

إن اللجوء إلى القضاء الداخلي أو القضاء الوطني في قضايا الاستثمار قد يعترضه عدم رضا المستثمر وذلك بسبب الصعوبات التي يواجهها في اللجوء إليه بسبب عدم ضمان الحياد بشكل كامل في مواجهة المستثمر الأجنبي كما أن هذا الأخير يكون دائماً على جهل وعدم دراية بإجراءات التقاضي في الدولة المضيفة.

و يراد بالتحكيم بأنه إجراء اختياري لتسوية المنازعات بحكم ملزم يتأسس على الاتفاق المسبق بين الأطراف في النزاع.¹²

وعرف التحكيم كذلك بأنه عبارة عن طريقة تهدف إلى إيجاد حل لقضية تخص العلاقات بين شخصين أو أكثر عن طريق محكم أو محكمين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص بين الأطراف.¹³

وعرفه قانون الإجراءات المدنية¹⁴ في المادة 1039 التي نصت على "يعد التحكيم دولياً بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

ومتى اختارت إرادة الأطراف المتنازعة حل النزاع باللجوء إلى التحكيم فيجب إخطار أي الطرفين تعبيراً عن نيته في اللجوء للتحكيم وذلك فإن التحكيم التجاري الدولي يتسم بخصائص منها القابلية للتحكيم والطابع الجوازي إضافة للطابع الدولي أي دولية التحكيم¹⁵.

وبتميز التحكيم بعدة مزايا منها السرعة في الفصل في النزاع، بالإضافة للتخصص الفني في القضايا المعروضة عليه، بالإضافة لخاصية السرية التي تتفق مع مبدأ المعاملات التجارية وتحقيق توازن بين أطراف العلاقة والمصالح المشتركة.

ونصت المادة 24 من قانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار على أنه " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليمياً، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص".

و يتضح من هذه المادة أنه إذا كانت الجهات القضائية الوطنية هي المختصة في المنازعات فإنه يمكن اللجوء للتحكيم ولكن بشرط وجود بند في الاتفاقية الثنائية تكون الجزائر طرفاً فيها في إطار تسوية المنازعات.

وأبرز مثال هو الاتفاقية المبرمة بالدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تيليكوم، حيث نصت المادة 09 من هذه الاتفاقية على اللجوء للتحكيم لتسوية المنازعات¹⁶. المرسوم التنفيذي 416/01 المؤرخ في 20-12-2001 المتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمار و أوراسكوم تيليكوم والموقعة بتاريخ 2001/08/05.

وأخيراً نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية بدءاً من المادة 1039 التي نصت على أنه يعتبر التحكيم دولي إذا كان النزاع متعلق بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل¹⁷.

وتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أحكاماً إلى غاية المادة 1061 تضم التحكيم وتجيز ذلك تأكيداً من المشرع الجزائري على هذه الضمانة حماية منه للمستثمر وضمانة تضاف إلى الممنوحة للمستثمر.

كما تجدر الإشارة إلى أن المادة 1051 ق.إ.م نصت على " يعترف بأحكام التحكيم الدولي متى تم التمسك بوجودها وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وينفذ بأمر صادر عن رئيس المحكمة"¹⁸. وأخيراً يمكن الطعن ضد الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ بحكم التحكيم بالاستئناف.

ثانياً: الضمانات ذات الطابع الإداري والمالي

سننظر في هذا المحور الضمانات ذات الطابع الإداري والمالي وذلك لدراسة الضمانات الإجرائية من خلال تسهيل الإجراءات الإدارية (01) ثم ضمان حرية تحويل رؤوس الأموال (02) وأخيراً ضمان منع الاستيلاء أونزع الملكية(03) على التوالي.

01. تسهيل الإجراءات الإدارية

قد يصادق المستثمر أثناء إنشاء استثماره، أو في استقلاله بعض العوائق الإدارية والإجراءات البطيئة التي تنقل كاهل المستثمر أمام الإدارات المتعددة لا يحسن التعامل معها ببساطة، كما قد يستحسنه المستثمر الوطني¹⁹ ولذلك فقد أقر قانون 09/16 إجراءات مبسطة من خلال تبنيه أجهزة مكلفة بتخطيط وتوجيه الاستثمار منها المجلس الوطني للاستثمار (أ) والوكالة الوطنية لترقية الاستثمار والوكالات التابعة لها(ب).

أ). المجلس الوطني للاستثمار

لم يتضمن قانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار الإشارة إلى ما يعرف بالمجلس الوطني للاستثمار إلا انه أشار في المادة 37 إلى أنه تلغى أحكام الأمر 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار باستثناء المواد 6 و 18 و 22 منه.

حيث نصت المادة 18 من الأمر 03/01 على أنه ينشأ لدى الوزير المكلف بترقية الاستثمارات مجلس وطني للاستثمار يدعى في صلب النص " المجلس " ويوضع تحت رئاسته رئيس الحكومة.

وقد حددت الفقرة الثانية من نفس المادة المهام المنوط بها وهي:

- يكلف بالمسائل المتصلة بإستراتيجية الاستثمارات وسياسات الدعم.
 - الموافقة على الاتفاقيات المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والمستثمر.
- وقد نظم تشكيلة هذا المجلس مرسوم تنفيذي رقم 01-281 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001²⁰، بحيث يتكون من عدة وزراء منهم: الوزير المكلف بالمالية، الوزير المكلف بالمساهمة وتنسيق الإصلاحات، الجماعات المحلية، التجارة، الطاقة والمناجم، الصناعة، المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، التهيئة العمرانية، بحضور رئيس مجلس الإدارة والمدير العام للوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار.
- ويجتمع المجلس مرة واحدة كل ثلاثة أشهر، كما يمكن له الاجتماع عند الضرورة بناء على استدعاء رئيسه أو أحد أعضائه.
- ب). الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والوكالات التابعة لها**
- بعكس المجلس الوطني للاستثمار نص قانون 09/16 في المادة 26 منه على الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار المنشأة بموجب نص المادة²¹ 06 من الأمر 03/01 التي نصت على " تنشأ وكالة وطنية لتطوير الاستثمار تدعى في صلب النص "الوكالة"، باعتبارها مؤسسة عمومية إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي تكلف بالتنسيق مع الإدارات والهيئات المعنية بما يأتي:
- ترقية الاستثمارات - ترقية الاستثمارات في الجزائر والترويج لها في الخارج - ترقية الفرص والإمكانات الإقليمية - تسهيل ممارسة الأعمال ومتابعة تأسيس الشركات وإنجاز المشاريع - دعم المستثمرين ومساعدتهم ومرافقتهم، الإعلام والتحسيس في مواقع الأعمال.
- وجاءت هذه الوكالة لتحل محل وكالة ترقية الاستثمار ودعمها ومتابعتها APSI و التي أنشأت في ظل المرسوم التشريعي 12/93 .
- ونظم المشرع الجزائري هذه الوكالة بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 01/ 282 المؤرخ في 24/09/2001 والمتعلق بصلاحيات الوكالة وسيرها وتنظيمها بحيث اعتبرها مؤسسة عمومية متمتعة بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي طبقاً للمادة الأولى من المرسوم السالف الذكر²².

ونص المرسوم على المهام المنوطة بها في الباب الثاني من المرسوم التنفيذي السالف الذكر لاسيما المادة 03 منه وهي:

- تتولى ترقية الاستثمارات الوطنية والأجنبية وتطويرها ومتابعتها.
- تستقبل المستثمرين المقيمين وغير المقيمين وتعلمهم وتساعدهم في إطار تنفيذ مشاريع الاستثمارات.
- تسهيل استيفاء الشكليات التأسيسية عند إنشاء وانجاز المشاريع من خلال الشباك الوحيد.
- تمنح المزايا المرتبطة بالاستثمار في إطار الترتيب المعمول به.
- تسير صندوق دعم الاستثمار المنصوص عليه في المادة 28 من الأمر 03/01²³.
- تسير الحافظة العقارية وغير المحولة الموجهة للاستثمار المنصوص عليها بموجب أحكام المادة 26 من الأمر 03/01²⁴.
- كما نصت المادة 27 من القانون 09/16 على أنه تنشأ لدى الوكالة أربعة مراكز تضم مجموع المصالح المؤهلة لتقديم الخدمات الضرورية لإنشاء المؤسسات ودعمها وتطويرها وكذا لانجاز المشاريع وهي:
- مركز تسيير المزايا : ويكلف بتسيير المزايا والتحفيزات المختلفة الموضوعة لفائدة الاستثمارات بواسطة التشريع الساري المفعول باستثناء تلك الموكلة للوكالة.
- مركز استيفاء الإجراءات: ويكلف بتقديم الخدمات المرتبطة بإجراءات إنشاء المؤسسات وانجاز المشاريع.
- مركز الدعم لإنشاء المؤسسات: ويكلف بمساعدة ودعم وإنشاء وتطوير المؤسسات
- مركز الترقية الإقليمية: ويكلف بضمان ترقية الفرص والإمكانيات المحلية
- ويكون لقرارات أعضاء هذه المراكز الحجية إمام الإدارات التابعة لها.

02. ضمان حرية تحويل رؤوس الأموال

يعد الحق في تحويل الأموال من أهم الضمانات التي تمنحها الدولة المضيفة للمستثمر الأجنبي، ويعتبره البعض شرط أساسي لجلب رؤوس الأموال الأجنبية، ولقد

تم تكريس هذا المبدأ في معظم تشريعات الدول النامية منها الجزائر بهدف تشجيع المستثمرين الأجانب²⁵.

وأكد المشرع الجزائري بدوره على حرية تحويل رؤوس الأموال وذلك في معظم القوانين الخاصة بالاستثمارات منها القانون 63-277 الذي أعطى للمستثمر الأجنبي إمكانية تحويل الأموال وذلك في مرحلة الاستغلال والإنتاج (المادة 32)²⁶. وكرس ذلك القانون 82/13 المتعلق بشركات الاقتصاد المختلط أين كرس مبدأ ضمان تحويل أموال الشريك الأجنبي.

كما اعترف قانون النقد والقرض 90/10 بحق المستثمر في إعادة تحويل رؤوس الأموال المستثمرة حيث نص في المادة 183 منه على « يرخص لغير المقيمين بتحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويلات اقتصادية غير مخصصة صراحة للدولة أو للمؤسسات المتفرعة عنها، أو لأي شخص معنوي مشار إليه صراحة بموجب نص قانوني ».

و نص الأمر 03/11 المتعلق بالنقد والقرض والمعدل لقانون 90/10 على ذلك من خلال المادة 126 التي تنص على « يرخص للمقيمين في الجزائر تحويل رؤوس الأموال إلى الخارج لضمان تمويل نشاطات في الخارج مكملية لنشاطاتهم المتعلقة بإنتاج السلع والخدمات في الجزائر ».

بالإضافة إلى نص القانون 16/09 المتعلق بترقية الاستثمار كذلك في المادة 25 التي تنص « تستفيد من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناجمة عنه، الاستثمارات المنجزة انطلاقاً من حصص في رأس المال في شكل حصص نقدية مستوردة عن الطريق المصرفي ومدونة بعملة حرة التحويل يسعها بنك الجزائر بانتظام ويتم التنازل عنها لصالحه، والتي تساوي قيمتها أو تفوق الأسقف الدنيا المحددة حسب التكلفة الكلية للمشروع وفق الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم²⁷.

وأخيراً نخلص لأنه ونظراً لأهمية القواعد الخاصة بحرية تحويل رؤوس الأموال اهتمت بها الاتفاقيات الثنائية باعتبارها من الضمانات الأساسية، كما تؤكد كل

الاتفاقيات الثنائية على أن التحويلات تتم بعملة قابلة للتحويل وعلى أساس سعر الصرف الرسمي الساري المفعول وقت التحويل.

03: ضمان منع الاستيلاء أو نزع الملكية

الاستيلاء هو إجراء مؤقت يصدر عن السلطة العامة المختصة بحيث يمكنها من الحصول على حق الانتفاع ببعض الأموال من أجل المنفعة العامة وذلك مقابل تعويض يتحصل عليه صاحب المال، وتطبق على الأجانب والوطنيين²⁸.

أما نزع الملكية للمنفعة العامة، يكون عن طريق قرارات إدارية تصدر عن السلطة التنفيذية تتضمن نزع الملكية للمنفعة العامة مقابل تعويض يحصل عليه صاحب الأموال سواء كان وطني أو أجنبي²⁹.

ويقصد بالتأميم فهو تحويل مشروع خاص على قدر الأهمية إلى مشروع عام تديره المؤسسات العامة بحيث يهدف إلى استبعاد الرأسماليين عن كل ما يتعلق بالاستغلال أو إدارة المشروعات الحيوية في الدولة³⁰.

و التأميم يعد من أعمال السيادة التي لا تخضع للرقابة القضائية حيث يتم على مشاريع ذات أهمية وطنية من أجل تحقيق أهداف اقتصادية أو اجتماعية للدولة³¹.

وأخيراً فيقصد بالمصادرة هو ذلك الإجراء الذي تتخذه السلطة العامة يكون لها بمقتضاه الاستيلاء على ملكية أحد الأشخاص سواء كل الأموال أو بعضها وذلك دون مقابل، وهذا الإجراء يتخذ عن طريق السلطة القضائية أو السلطة الإدارية، وهذا الإجراء يجب أن يستند إلى نص قانوني، بالإضافة أنه يأتي نتيجة لفرض عقوبة جزائية ضريبية³².

وقد نص المشرع الجزائري في قانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار في المادة 23 منه التي تنص على " زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به"

ومن خلال ذلك نرى أن المشروع الجزائري في القانون 09/16 قد حصر نزع الملكية في الاستيلاء وهذا بخلاف الأمر 03/01 الملغي الذي حصرها في المصادرة

بموجب المادة منه 16 وكذا بخلاف المرسوم التشريعي 12/93 الملغى الذي نص على التسخير من طرف الإدارة، لكن الرجوع إلى النص باللغة الفرنسية فقد أورد عبارة *Réquisition par voie administrative*³³.

أما الفقرة 02 من المادة 23 فنصت على أنه «...يترتب على الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف».

ومما تجب الإشارة إليه إلى أن الدستور الجزائري قد كرس مبدأ عدم نزع الملكية ولا يكون ذلك إلا في إطار القانون، بالإضافة إلى نصوص أحكام القانون المدني لاسيما المادة 677 التي نصت على « لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل »³⁴.

ويقصد بالتعويض العادل القيمة الحقيقية للمال المستثمر أي القيمة المؤسسة في حد ذاتها، بحيث أنه يغطي كافة الأضرار اللاحقة بالمستثمر وما فاتته من كسب بسبب نزع الملكية³⁵.

أما التعويض المنصف يقصد به حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين أي الدولة والمستثمر الأجنبي مع الأخذ بعين الاعتبار الديون الضريبية التي تتجاوز أحيانا مبلغ التعويض³⁶.

وأخيراً نلخص إلى أن المشرع عمل على تكريس مبدأ التعويض العادل والمنصف في القانون 13/86 في المادة 25 والمرسوم التشريعي 12/93 في نص المادة 40، كما أكد عليها في المادة 16 من الأمر 01-03، بالإضافة الأحكام التي تضمنها القانون المدني في المواد 677 و 678 ق.م.ج.، بالإضافة الى تكريس هذا الضمان في الدستور ما من شأنه أن يوفر حماية أوفر للمستثمر والتأكيد كذلك على النوايا الحسنة للدولة في مجال الاستثمار بالذات.

خاتمة:

من الطبيعي أن يطالب المستثمر الأجنبي بضمانات قانونية تمكنه من الاطمئنان وتحقق له أكبر قدر من المنافع و الأرباح في أحسن الظروف، ومن جهة أخرى تسمح للدولة المضيفة تحقيق مكاسب تمكنها من خلق الثروة وتحقيق تنمية اقتصادية، وهو ما كرسه المشرع الجزائري من خلال ضمانات قدمها للمستثمر الأجنبي في القانون الحالي بالإضافة إلى المصادقة على عدة اتفاقيات دولية في مجال الاستثمار.

وقد تطرقنا في هذا البحث إلى أهم الضمانات التي قررها المشرع الجزائري منها ما هو ذا طابع تشريعي كرسه المشرع الجزائري في القانون كان أهمها المساواة في المعاملة وضمان الثبات التشريعي الذي من شأنه أن يوفر حماية للمستثمر الأجنبي. كما تطرقنا للضمانات ذات الطابع الإداري والمالي أهمها تحويل رؤوس الأموال بالعملة القابلة للتحويل مع التحفيزات التي أولاها المشرع لجلب الاستثمار، وبالرغم من كل ذلك والنصوص القانونية الثرية إلا أن الأمر يبقى مرهون في مدى تطبيق النصوص القانونية في ارض الواقع بشكل سليم مما يشكل عائقا في تحقيق أحسن مناخ دائماََ يطمح إليه المستثمر خاصة في الوقت الراهن الذي تبحث فيه الجزائر على موارد مالية خارج المحروقات لمواجهة الأزمة الراهنة التي يعيشها سوق النفط في العالم بأثره والذي انعكس على الاقتصاد الوطني.

المراجع والهوامش

- (1) - عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2008، ص 19.
- (2) - القانون رقم 09/16 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار ج.ر رقم 46 المؤرخة في 03 أوت 2016
- (3) - عجة الجيلالي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار « الأنشطة العادية وقطاع المحروقات»، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 455.
- (4) - المادة 21 من قانون 09/16 المؤرخ في 03 أوت 2003، يتعلق بترقية الاستثمار ج ر رقم 46 المؤرخة في 03 أوت 2016.

- (5)- حسين عيسى عبد الحسن، الضمانات العقدية للاستثمار (دراسة مقارنة)، مقال منشور في مجلد الوافد، عدد 21، سنة 2008، العراق، ص 168.
- (6)- حسي عيسى عبد الحسن، مرجع سابق، ص 169.
- (7)- سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة، القاهرة، 2010، ص 11
- (8)- سراج حسين أبو زيد، المرجع نفسه
- (9)- المادة 22 من قانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار.
- (10)- لعماري وليد، الحوافز والحوافز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2010/2011، ص 19.
- (11)- لعماري وليد، مرجع سابق، ص 13.
- (12)- منير عبد المجيد، التحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 05.
- (13)- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر، عمان، 2010، ص 13
- (14)- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر رقم 21 في 2008/4/23.
- (15)- عاشوري نصير، ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة القضاء، المدرسة العليا للقضاء، فترة التكوين 2010/2007.
- (16)- المرسوم الرئاسي رقم 401/01 المؤرخ في 2001/12/20 المتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة في وكالة ترقية الاستثمار و أوراسكوم تيليكوم الموقعة بتاريخ 2001/08/25 ج. ر رقم 80 ، المؤرخة في 2001/12/26.
- (17)- المادة 1039 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- (18)- المادة 1061 من القانون 09/08 من القانون نفسه

(19)- سلامي ميلود، الضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق جامعة باتنة، العدد السادس، جوان 2015، ص73.

(20) مرسوم تنفيذي رقم 01-281 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001 المتعلق بتشكيله المجلس الوطني للاستثمار وتنظيمه وسيره.

(21) المادة 06 لم يتم إلغائها من الأمر 03/01 بموجب قانون - 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار

(22)- كمال سمية، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2002/2003، ص 103 .

(23) -الواضح أن هذين الصندوقين لم يرد ذكرهما في قانون 09/16

(24) - لم يرد ذكرهم في قانون 09/16

(25)- سلامي ميلود، مرجع سابق، ص75.

(26)- عاشوري نصير، مرجع سابق، ص06 .

(27)- المادة 25 من القانون رقم 09/16.

(28)- كمال سمية، مرجع سابق، ص146.

(29)- كمال سمية، مرجع سابق، ص146.

(30)- عاشوري نصير، مرجع سابق، ص07.

(31)- كمال سمية، مرجع سابق، ص147.

(32)- كمال سمية، مرجع سابق، ص147.

(33)- عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمار في الجزائر ديوان المطبوعات

الجامعية، ط2، الجزائر، 1999، ص65 مشار اليه عند سلامي ميلود، مرجع

سابق، ص149

(34)- عاشوري نصير، مرجع سابق، ص 08.

(35)- سلامي ميلود، مرجع سابق، ص 78.

(36)- سلامي ميلود، مرجع سابق، ص 78.

تاريخ القبول: 2020/07/18

تاريخ الإرسال: 2020/05/06

آليات دعم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة من خلال تنظيم الصفقات

العمومية 247/15

**Mechanisms to support small and medium enterprises
by organizing public deals 15/247**شريف سمية*¹¹ جامعة مولود معمري تيزي وزو (الجزائر)، samucherif2018@gmail.com**المخلص:**

تعول الجزائر كثيرا على المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في تنمية الاقتصاد الوطني، ليس لكونها مجرد وسيلة لخلق الثروة، بل لأنها أحد سبل تنويع الاقتصادي خارج قطاع المحروقات، و التخفيف من ظاهرة البطالة، تجسد الاهتمام بها من خلال جملة التحفيزات و آليات الدعم التي وضعها المشرع لصالح هذه المؤسسات، لتسهيل ولوجها السوق و ضمان استمراريته، فإذا كانت الصفقات العمومية أحد أهم مجالات الاستثمار بالنسبة للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة، فإن طبيعة هذه العقود التنافسية تحد من فرص هذه المؤسسات المتميزة بإمكانياتها المادية و البشرية المحدودة.

لذلك تهدف هذه الدراسة إلى تحديد مختلف الآليات التي وضعها المرسوم الرئاسي 15-247 لتشجيع و دعم المؤسسات الصغيرة و المتوسطة.

وخلصت لأن المنظم من خلال هذا المرسوم قد أولى عناية خاصة بدعم المؤسسات و الإنتاج الوطنيين، بالأخص فئة المؤسسات الصغيرة، من خلال تنويع آليات الدعم، من تطويع نظام المنافسة لتمكنها من نيل الصفقات، و كذا النص على آليات تسمح بمساهمتها في عمليات تنفيذ الصفقات.

الكلمات المفتاحية: المؤسسات الصغيرة والمتوسطة؛ الصفقات العمومية؛ آليات الدعم.

*المؤلف المرسل

Abstract:

Algeria is counting heavily on small and medium enterprises in developing the national economy, embodying interest in them through the support mechanisms that the legislator has put in place in their favor, to facilitate their entry into the market and its continuity. If public deals are one of the most important areas of investment for small and medium enterprises, then the nature of these competitive contracts Limiting the opportunities of these distinguished institutions with their limited capabilities.

This study aims to identify the various mechanisms established by Presidential Decree 15-247 to encourage and support small and medium enterprises.

And I concluded that, through this decree, the regulator has paid special attention to supporting national institutions and production, especially the category of small enterprises, through several mechanisms.

Keywords: Small and medium enterprises, public deals, support mechanisms

1. مقدمة:

تعد الصفقات العمومية النموذج الأكثر شيوعا للعقود الإدارية في بلادنا، و قد عرفها المشرع الجزائري من خلال المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 15-247¹ كونها عقودا مكتوبة، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين و وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات.

فإذا كانت الصفقات العمومية من زاوية القانون الإداري يعد بالنسبة للإدارة (المصلحة المتعاقدة)، من أهم وسائل النشاط الإداري، إذ تعد الأسلوب الأمثل للإدارة للحصول على الأشغال، التوريدات، الخدمات و الدراسات اللازمة لضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام و اطراد، فإنه و من الزاوية الاقتصادية، تعد بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين من أهم مجالات الاستثمار.

وإذا كانت أصول إبرام الصفقات العمومية و لاسيما منها طلبات العروض **les**

Appels d'offres تقتضي أن المصلحة المتعاقدة تعلن عن الصفقة وفقا للأهداف

المسطرة و المعبر عنها في دفاتر الشروط، ثم تلتزم و بصرامة بمبدأ المساواة بين المتعهدين، كما تلتزم بأهم قيد المتمثل في منح الصفقة لأفضل عرض من بين العروض المقدمة وهذا بعد مرحلة انتقاء تخضع لأسلوب التنقيط وفقا لمعايير موضوعية.

إلا أنه و مع التطور الكبير الذي عرفته الصفقات العمومية من خلال ازدياد حجم العمليات المطلوب إنجازها من جهة و شدة ارتباط الصفقات العمومية بالقطاع الاقتصادي الخاص أدى ذلك إلى احتدام المنافسة على الصفقات العمومية، و أصبح من الصعب جدا على المؤسسات ذات الحجم الاقتصادي البسيط خوض غمار المنافسة، فتضاءلت حظوظها حتى في النيل الصفقات المتضمنة إنجاز العمليات ذات النمط العادي البسيط و هذا في ظل هيمنة المؤسسات الكبرى لاسيما الأجنبية منها، و نظرا لهذا الوضع أصبح من قبيل سوء التسيير و اللاحكامه في استخدام المال العام أن يترك المشرع المؤسسات الوطنية تتدخل في مجال الصفقات بإمكانياتها البحثة دون النظر إليها بنظرة تفضيلية و معاملتها معاملة خاصة تعزز قدرتها التنافسية في مجال الصفقات العمومية.

و لهذه الأسباب أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 01-18 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001 يتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة²، و قد تضمن الباب الثاني من هذا القانون المعنون ب"تدابير المساعدة و الدعم لترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة" المادة 11 التي نصت "تهدف تدابير المساعدة و الدعم لترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة موضوع هذا القانون إلى ما يأتي: تشجيع تنافسية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة...".

كما نصت المادة 17 من نفس القانون "يجب على المصالح المعنية في الدولة و الهيئات التابعة لها في مجال إبرام الصفقات العمومية، السهر على تخصيص حصة من هذه الصفقات للمنافسة بين المؤسسات الصغيرة و المتوسطة، وفق الشروط و الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم"³.

و منه نحاول من خلال هذه المداخلة الإجابة على الإشكالية التالية: ما هي الآليات التي جاء بها المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لتجسيد أهداف القانون 01-18 المتعلق بدعم ترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة.

و هذا بهدف الوقوف على مدى فعالية المنظومة القانونية في دعم المؤسسات الوطنية و الوقوف على أثر آليات الدعم في الواقع العملي.

تعتمد هذه الدراسة على المنهجين الوصفي و التحليلي بالدرجة الأولى فضلا عن الاستعانة بالمنهج المقارن و تقسم إلى محورين، محور أول يتناول الآليات المتعلقة بتعزيز تنافسية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة، ومحور ثان يخص الآليات المتعلقة بإشراكها في عملية تنفيذ الصفقات.

المحور الأول: آليات تعزيز فرص المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في إبرام الصفقات
تقوم عقود الصفقات العمومية على مبدأ المنافسة كأصل، حيث أنه في حالة طلب العروض و هو الطريق الأصلي لإبرام الصفقات العمومية، تعلن المصلحة المتعاقدة عن الصفقة، و تتلقى العروض من عدة متعاملين، ثم تتولى دراسة هذه العروض لجنة مخصصة لهذا الغرض⁴، لتؤول الصفقة أخيرا لأحسن عرض، و هذا بناء على معايير متعددة، يؤخذ فيها بعين الاعتبار المؤهلات و الإمكانيات البشرية و المادية للمرشح، و هو أحد أهم معايير الانتقاء، في هذه المرحلة (أي مرحلة الإبرام) تظهر الحاجة الماسة لآليات الدعم و التمكين، التي تزيد من حظوظ المؤسسات الصغيرة و المتوسطة باعتبارها مؤسسات ذات إمكانيات و مؤهلات محدودة تكاد تنعدم فرصها أمام المؤسسات الكبرى.

لذلك، قام المنظم من خلال المرسوم الرئاسي 15-247، أولا بتطوير مبدأ المنافسة و إدخال بعض القيود عليه بما يرفع من تنافسية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة، و فضلا عن ذلك فإنه كرس إلزامية لجوء المصالح المتعاقدة لتحصيل الصفقات، يضاف إلى كل هذا، أنه نص على جملة من التسهيلات المالية منها و الإدارية التي تسهم في إزاحة العديد من المعوقات التي تحد فرص المؤسسات الصغيرة و المتوسطة.

أولاً: تطوير نظام المنافسة في مجال الصفقات العمومية بما يتناسب مع خصوصية المؤسسات الصغيرة

حددت المادة الخامسة من المرسوم 15-247 المبادئ التي يقوم عليها نظام المنافسة في مجال الصفقات العمومية وهي "حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين و شفافية الإجراءات"

و رغم أن هذه المبادئ توافق أصول إبرام المناقصات ذلك أنها تضمن السماح لكل من تتوفر فيه شروط المنافسة بالدخول فيها على قدم المساواة، إلا أنها من زاوية نظر اقتصادية تؤدي إلى إجحاف المؤسسات الصغيرة و المتوسطة، فعندما يتعلق موضوع الصفقة بإنجاز عمليات ذات نمط عادي أي صفقات عادية كتوريدات بسيطة أو خدمات عادية، فإن المؤسسات الصغيرة و المتوسطة تكون قادرة على إنجازها و هذا على عكس الصفقات التي تتضمن إنجاز عمليات معقدة أو تتطلب إمكانيات مادية ضخمة و التي تعد مجالاً تحتكره المؤسسات الكبرى، و بالتالي فإن هذه الأخيرة عندما تتقدم بعروض للمنافسة في الصفقات البسيطة فهي بذلك تزامم المؤسسات الصغيرة في المجال الوحيد الذي يمكن أن تتنافس فيه.

ومن هنا ظهرت الحاجة إلى تكييف شروط المنافسة في مجال الصفقات العمومية بما يسمح بالحفاظ على حظوظ المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في نيل الصفقات و هو ما حرص عليه المشرع من خلال المرسوم الرئاسي 15-247، حيث نصت المادة 85 منه أنه عندما يكون الإنتاج الوطني أو أداة الإنتاج الوطني قادرين على الاستجابة للحاجات الواجب تلبيتها للمصلحة المتعاقدة فإنه على هذه الأخيرة أن تصدر دعوى للمنافسة وطنية مع مراعاة الحالات الاستثنائية.

و لم يكن في المشرع بالإزام المصلحة المتعاقدة بحصر المنافسة بين المؤسسات الوطنية بل ذهب أبعد من ذلك عندما ألزم المصلحة المتعاقدة بأن تأخذ بعين الاعتبار عند إعداد شروط التأهيل و نظام تقييم العروض إمكانيات المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري و لاسيما منها المؤسسات الصغيرة و المتوسطة للسماح لها بالمشاركة في

إجراءات إبرام الصفقات العمومية في ظل احترام الشروط المثلى المتعلقة بالجودة و الكلفة و آجال الإنجاز.

كما أظهر المشرع الجزائري من خلال المادة 87 من المرسوم الرئاسي 15-247 اهتماما خاصا بالمؤسسات المصغرة⁵ فوفقا لهذه المادة في الحالة التي يكون الحاجات التي تتطلبها المصلحة المتعاقدة قابلة للتنفيذ من قبل المؤسسات المصغرة فإنه تلزم المصلحة المتعاقدة بأن تخصص هذه الخدمات لها، و لا تخالف المصلحة المتعاقدة هذا الالتزام إلا في الحالات استثنائية مبررة قانونا و في هذه الحالة يتوجب على المصلحة المتعاقدة تبرير هذه المخالفة من خلال التقرير التقييمي لمشروع الصفقة أو الاستشارة.

و قد نظم المشرع كيفية تخصيص الخدمات للمؤسسات المصغرة فوفقا للمادة 87 تكون الحاجيات المخصصة للمؤسسات المصغرة في حدود 20% على الأكثر من إجمال الطلب العام محل دفتر شروط منفصل أو حصة من دفتر شروط محصص.

كما يجب أن لا تتجاوز المبالغ السنوية القصوى مع احتساب كل الرسوم، الممنوحة لكل مؤسسة مصغرة المبالغ الآتية:

- اثني عشر مليون دينار لخدمات الأشغال (هندسة مدنية و طرق)
- سبعة ملايين دينار لخدمات الأشغال (أشغال البناء التقنية و أشغال البناء الثانوية)
- مليوني دينار لخدمات الدراسات.
- أربعة ملايين دينار للخدمات.
- سبعة ملايين دينار لخدمات اللوازم.

و لضمان تفعيل أحكام و حسن تطبيقها هذه المادة فقد نصت 87 على وجوب تبادل المعلومات بين المصالح المتعاقدة و الهيئات المكلفة بترقية إنشاء المؤسسات المصغرة، و ذلك عن طريق الإرسال مع إشعار بالاستلام إذ يتعين على المصلحة المتعاقدة إبلاغ الهيئات المكلفة بترقية إنشاء المؤسسات المصغرة بكل المعلومات التي تخص الخدمات المخصصة لها و بالمقابل تلزم هذه الهيئات بإبلاغ المصالح المتعاقدة المعنية بكل المعلومات الضرورية لتطبيق هذه الأحكام.

بالتالي فإن المشرع الجزائري من خلال هذه المادة قدم دعما هاما للمؤسسات الوطنية المصغرة و ذلك بحجز حصة لا بأس بها من الطلب العمومي لصالحها، غير أنه إذا كان هذا حال النص القانوني فإن الواقع العملي لا يترجم بأي حال هذا الاهتمام بشكل ملموس، فالكثير من المصالح المتعاقدة عمدت إلى تهميش المؤسسات المصغرة وحصر مجال تدخلها في عمليات جد بسيطة لا تقدم لها الدفع اللازم لنموها، لا و ترتقي إلى مستوى النصوص القانونية.

ثانيا: آلية التخصيص

إن إبرام الصفقات العمومية مع متعامل متعاقد واحد ينجر عنه من الناحية العملية الكثير السلبيات، فمن جانب المتعاملين فإن منح الصفة بهذا الشكل يشكل إجحافا لباقي المتنافسين المشاركين، بسبب احتكار كامل العملية من قبل متعامل متعاقد واحد، أما بالنسبة للمصلحة المتعاقدة فإن منح الصفة لمتعامل واحد يعرضها لاحتمال التأخر في التنفيذ في الآجال المحدد أو التوقف المؤقت للمشاريع⁶ فأى ظرف يطرأ على المتعاقد الوحيد المكلف بإنجاز الصفة.

و فضلا عن ذلك فإن إبرام الصفة في شكل حصة وحيدة يؤدي إلى تضاعف أو حتى انعدام فرص المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في الظفر بالصفة، فصغر الحجم الاقتصادي و ضعف الإمكانيات المادية و البشرية لا يسمح لها إلا بإمكانية إنجاز أجزاء صغيرة من الصفة،

و لتلافي هذه الإشكالات نص المشرع الجزائري على آلية التخصيص، لخلق فرص عمل للمؤسسات الحرفية⁷، فوفقا للمادة 31 من المرسوم الرئاسي 15-247 يعد التخصيص إجراء وجوبي تلزم به المصلحة المتعاقدة، إلا إذا كانت طبيعة الصفة أو أهمية المشروع لا تسمح بذلك، و يهدف إلى تقديم الأعمال المراد إنجازها في شكل مجموعات منفصلة موزعة على عدة متعاملين متعاقدين مختلفين، بحيث يختص كل متعامل متعاقد منهم بتنفيذ قسم معين من المشروع و بصورة مستقلة عن المتعامل المتعاقد الآخر⁸.

كما أدخل المشرع آلية التخصيص في الحالة الخاصة بميزانية التجهيز ذلك أن رخصة البرنامج كما هي محدد بموجب مقرر التفريد الذي يعده الأمر بالصرف المعني يجب أن تهكل في شكل حصص.

تختص المصلحة المتعاقدة وحدها بإجراء ، غير أنها ملزمة بتعليل اختيارها لإجراء التخصيص من عدمه، عند كل رقابة تمارسها أية سلطة مختصة، وإنه مما يأسف له أن التطبيق العملي لآلية التخصيص و الذي جاء به المشرع لمنع احتكار المؤسسات الكبرى للصفقات، كثيرا ما تم توجيهه من طرف بعض مسؤولي الصالح المتعاقدين لأغراض غير قانونية، فأصبح وسيلة تستغل للاختلاس و التهرب من الرقابة، إذ تخصص الصفقة بغية عدم الوصول إلى العتبة المالية الدنيا لإجراء طلب عروض، لتجنب الخضوع لتعقيدات و إجراءات هذا الأخير⁹.

ثالثا: التسهيلات المالية والإدارية:

فضلا عن الميكانيزمات التي قررها تنظيم الصفقات لصالح المؤسسات الوطنية الصغيرة و المتوسطة في مجال تقديم عروض لنيل الصفقات العمومية، و فقد وضع كذلك جملة من التسهيلات الإدارية في شكل امتيازات لصالح المؤسسات الصغيرة و المتوسطة لتغطي على ضعف قدراتها المالية و البشرية.

يهدف المشرع الجزائري من خلال هذه التسهيلات إلى تحفيز المؤسسات الوطنية و الإنتاج الوطني، و تشجيع الاستثمارات الوطنية على إثبات وجوها في المجال الاقتصادي¹⁰، تتمثل هذه التسهيلات في:

1- هامش الأفضلية:

تنص المادة 83 من المرسوم 15-247 على منح هامش للأفضلية بنسبة 25% للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و /أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأس مالها جزائريون مقيمون و هذا بالنسبة لجميع أنواع الصفقات. و إذا كان المتعهد عبارة عن تجمع يتكون من مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري و مؤسسات أجنبية ففي هذه الحالة يخضع الاستفادة من هامش الأفضلية إلى تبرير

الحصص التي تحوزها المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري و المؤسسات الأجنبية من حيث الأعمال التي يتعين إنجازها و مبالغها.

2-الإعفاء من التزام تقديم الضمان:

من ضمن التسهيلات المقررة لصالح المؤسسات المصغرة ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 133 من المرسوم الرئاسي 15-247 من إعفاء الحرفيين و الفنيين و المؤسسات المصغرة من التزام تقديم كفالة حسن التنفيذ و ذلك عندما يتعلق موضوع الصفقة بترميم ممتلكات ذات طابع ثقافي.

3-السماح بالاعتداد بمؤهلات و قدرات مؤسسات أخرى:

نصت المادة 39 من تنظيم الصفقات العمومية السابق، المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010¹¹، على أن: "كل متعهد يتقدم بمفرده أو في تجمع لا يجوز له استظهار إلا مؤهلاته الخاصة و مراجعه المهنية"، إن هذه المادة قد كرست قاعدة مفادها أن اعتماد المتعهد من خلال العرض الذي يقدمه على قدرات و مراجع مهنية لا تخصه، يعد خطأ بل إنه من قبيل الغش، و الواقع أن هذه القاعدة تشكل عقبة و هي غير منطقية فمن غير المبرر منع المؤسسات من الاعتماد على مؤهلات و مراجع لا تخصها، طالما أن اعتمادها على هذه المؤهلات و المراجع يتم بصفة قانونية وفقا لعلاقة تعاقدية سليمة تخول لمؤسسة ما الاستفادة من إمكانيات مؤسسة أخرى.

و قد تدارك المرسوم الرئاسي 15-247 هذه الإشكالية، إذ نصت المادة 57 منه "كل متعهد أو مترشح يتقدم بمفرده أو في تجمع يجوز له أن يعتد بقدرات مؤسسات أخرى حسب الشروط المذكورة في هذه المادة...."، فمن خلال هذه المادة تظن المشرع الجزائري إلى حقيقة أن الاعتماد بقدرات مؤسسة أخرى لا يعد بالضرورة غشا إنما هي آلية تدعم بها المؤسسة إمكانياتها و تزيد من قدرتها التنافسية.

و يشترط المشرع الجزائري للسماح للمتعهد بالاعتماد بمؤهلات لا تخصه فقط وجود علاقة قانونية تربط المؤسستين، و هذا الشرط هو شرط منطقي، إذ يجب أن يتضح للمصلحة المتعاقدة الأساس القانوني الذي يستند إليه المتعهد و الذي يسمح له باستغلال المؤهلات و المراجع المهنية التي لا تخصه، كعقد إيجار مثلا أو عقد إعارة.

قدم المشرع أمثلة للعلاقة القانونية التي تربط المتعهد بمؤسسة أخرى و هي المناولة، التعاقد المشترك أو في إطار قانون أساسي أي الفرع و الشركة الأم في مجمع للشركات، و قد تكون هذه العلاقة عبارة عن تجمع مؤسسات مؤقتة.

وتعزيزا لإمكانية اعتماد المتعهد على إمكانيات لا تخصه فقد نصت المادة 57 من المرسوم أن ملكية الوسائل المادية من قبل المتعهد ليست شرطا لقبول عرضه، إلا إذا كان موضوع أو طبيعة الصفقة تتطلب ذلك.

المحور الثاني: آليات إشراك المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في عملية تنفيذ الصفقات العمومية

إن إمكانية مساهمة المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في مجال الصفقات العمومية لا يقتصر فقط على الحصول على صفقة أو على جزء منها في إطار الصفقات المحصصة، إنما هناك آليات تسمح بدخول هذه المؤسسات مباشرة في مرحلة التنفيذ، لا كمتعامل أصلي حاصل على الصفقة، إنما كمناول، أو في إطار شراكة.

أولا: آلية المناولة

تعد الصفقة العمومية عقدا إداريا وثيق الصلة بالمرفق العام و من أهم الآثار المترتبة عنها هو إلقاء التزام على عاتق المتعامل المتعاقد بالتنفيذ الشخصي لموضوع الصفقة فعملية اختيار المتعاقد تمر بإجراءات محددة، تراعى فيها المصلحة المتعاقدة اعتبارات عدة، لاسيما ما تعلق منها بالمتعامل المتعاقد من حيث إمكانياته المادية و البشرية و قدرته الفنية وسمعته التجارية... ومن ثمة تعد شخصية المتعامل المتعاقد بالضرورة محل اعتبار في العقد، ومن هنا ظهرت قاعدة منع المتعاقد من أن يحل غيره في تنفيذ كل موضوع الصفقة أو جزء منها إلا بموافقة الإدارة مسبقا.

و إذا كان المشرع يمنع بكل حال التنازل عن كل موضوع الصفقة فإنه سمح بإمكانية التنازل عن جزء منها عن طريق آلية المناولة.

أ- تطور المناولة عبر قوانين الصفقات العمومية في الجزائر

لم تحظى المناولة بأحكام خاصة ضمن الأمر 67-90، إذا لم يخصها المشرع ضمن هذا الأمر بأحكام خاصة، غير أنه لا يوجد في هذا الأمر ما يدل على حظر المشرع

اللجوء إليها، لاسيما و أن المادة 93 منه أشارت إلى المناول بنصها "...لا يجوز لأصحاب الصفقات والمتعهدين الثانويين أو الموصين الثانويين أن يتصرفوا بالتوريدات التي تكون موضوع سلف أو تسبيقات..."

أما ضمن المرسوم 82-145¹³ فقد نظم المشرع المناولة في مجال الصفقات العمومية تحت تسمية "التعامل الثانوي"، غز خصها بثلاث مواد (المواد 98، 99 و 100)، حيث حددت المادة 98 نطاق التعامل الثانوي باعتباره يشمل جزءا من موضوع الصفقة، و أكدت المادة 99 على بقاء التعامل المتعاقد المسؤول الوحيد تجاه التعامل العمومي عن تنفيذ جزء الصفقة محل التعامل الثانوي، أما المادة 100 فقد حددت شروط اللجوء إلى التعامل الثانوي و هي، تحديد المجال الرئيسي للتعامل الثانوي و الموافقة المسبقة للتعامل العمومي.

أما ضمن المرسوم التنفيذي 91-434¹⁴ فقد أبقت المواد 93، 94، 95 منه على نفس مضمون المواد 98، 99 و 100 من المرسوم 82-145، و كذلك الأمر بالنسبة للمرسوم الرئاسي 02-250¹⁵ باستثناء ما أضافته المادة 96 في فقرتها الأخيرة من إمكانية قبض التعامل مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة إذا كانت الخدمات التي نفذها منصوفا عليها في الصفقة.

أما ضمن المرسوم الرئاسي 10-236¹⁶ فقد أبقى على نفس أحكام المرسوم السابق مع إحالة تطبيق الأحكام المتعلقة بدفع مستحقات التعامل الثانوي إلى قرار وزاري.

ب- المناولة ضمن المرسوم الرئاسي 15-247

أول ما يلاحظ على المرسوم الجديد هو استعمال المشرع و لأول مرة مصطلح "المناولة" و هو المصطلح الأصح، و هذا بعد أن كان في جميع النصوص السابقة يستعمل مصطلح التعامل الثانوي، الأمر الذي يعبر عن التطور الذي جاء به المرسوم الرئاسي 15-247 بدأ بضبط المصطلحات وفقا لما يتمشى مع التشريعات المقارنة.

1- مفهوم المناولة: إن لمصطلح المناولة أو التعاقد من الباطن أو المقاوله من الباطن و تسمى بالفرنسية *la sous-traitance* أو بالانجليزية *Outsourcing*، العديد من التعريفات منها:

"التعاقد من الباطن هو عبارة عن عقد ثانوي (أو فرعي) يعطي لمؤسسة ما حاصلة على عقد رئيسي تم إبرامه من جهة ما تسمى صاحب الشغل بتكليف شركة أو جهة أخرى تسمى المتعاقد من الباطن بتنفيذ جزء من هذا العقد"

وحسب منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية **ONUDI** فإن المناولة هي اتفاق يقوم من خلاله رب العمل بتكليف مؤسسة أو عدة مؤسسات بعملية إنتاج أجزاء أو مكونات أو مجموعات فرعية أو توفير بعض الخدمات الصناعية المكملة التي تعد ضرورية لإتمام المنتج النهائي للمؤسسة الأمرة و تعد المناولة أحد أهم أشكال العلاقات بين المؤسسات يخلق نمط من العلاقات الأفقية بينها¹⁷.

2- شروط المناولة في مجال الصفقات العمومية

من خلال المواد 140، 142، 143، و 144 نلاحظ أنه و بالمقارنة مع النصوص السابقة فقد حدد المشرع العديد من القيود و الضوابط لإبرام المناولة.

1-الشروط المتعلقة بالعقد: و تتمثل في

1-وجود العقد: على عكس القوانين السابقة نص المرسوم 15-247 على ضرورة وجود عقد مناولة حسب الشروط المنصوص عليها في المرسوم على خلاف ذلك نصت المادة 107 من المرسوم الرئاسي 10-236 على "التزام تعاقدى" يربط المناول مباشرة بالمتعامل المتعاقد، و الواقع أن تأكيد المشرع على ضرورة وجود عقد، جاء في محله، لأنه لا بد من وجود عقد مستقل و قائم بذاته يحدد بوضوح محل تدخل المتعاقد من الباطن، و لذلك فقد نصت الفقرة الخامسة من المادة 143 على وجوب تسليم نسخة من عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة من طرف المتعامل المتعاقد.

و حتى يضمن المشرع اضطلاع المصلحة المتعاقدة بمعرفة دقيقة بمضمون عقد المناولة من الهوية الكاملة للمتعاقد من الباطن و باقي شروط العقد المبرم بينه و بين المتعامل المتعاقد فقد حددت المادة 144 البيانات التي يجب أن يحتويها عقد المناولة.

2- مضمون العقد: رغم سماح المشرع بالمناولة إلا أنه حدد مجالها كما يلي

1- تشمل المناولة جزءا من الصفقة لا يتجاوز حدود 40% من المبلغ الإجمالي للصفقة

2- لا يمكن أن تتجاوز الأعمال التي يؤديها المناول الأعمال المنصوص عليها في دفتر الشروط و الصفقة، ذلك أن المجال الرئيسي لتدخل المناول استنادا إلى المهام الأساسية التي يجب أن ينفذها المتعامل المتعاقد حددت بدقة و مسبقا ضمن بنود دفتر الشروط أو الصفقة.

3- يشترط المشرع كذلك أن لا يكون محل المناولة في صفقات اللوازم العادية تلك اللوازم الموجودة في السوق والتي هي غير مصنعة استنادا إلى مواصفات تقنية خصوصية أعدتها المصلحة المتعاقدة.

3- الشروط المتعلقة بالمناول

إن الشرط الأساسي في المناول هو وجوب حصوله على الموافقة المسبقة و الكتابية من المصلحة المتعاقدة، فالمتعامل المتعاقد ليس له حرية مطلقة في اختيار المناول، فالصفقات العمومية هي عقود ترتبط بإنجاز مشاريع ذات أولوية لا تتحمل التأخر أو سوء التنفيذ و بالتالي تعد شخصية المناول الذي يتدخل لتنفيذ جزء منها محل اعتبار.

إضافة لذلك فقد ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بمراعاة أحكام المادة 75 من المرسوم 15-247 و هي تتعلق بالتأكد من استقامة و أمانة المتعامل المتعاقد كالتأكد من أنه ليس في حالة إفلاس أو في حالة إخلال بالتزاماته الجبائية و كذا التأكد من القدرات المهنية و التقنية و المالية للمناول.

و الواقع أن شرط نيل المناول الموافقة المسبقة للمصلحة المتعاقدة هو شرط ضروري لضمان حسن تنفيذ الصفقة فينبغي أن يستحق المناول ثقة المصلحة المتعاقدة التي تتولى التأكد من منه، غير أن الإشكال يمكن أن يطرح في حالة تعسف المصلحة المتعاقدة في عدم الموافقة على المناول.

إن المصلحة المتعاقدة هي السلطة الوحيدة المخولة بالموافقة على المناول لكن ما مدى حريتها في رفض المناول؟ في هذا الشأن نجد الكثير من الأحكام التي أصدرها مجلس الدولة الفرنسي بخصوص المناولة في مجال عقود الامتياز، يتضح من خلالها مسألتان، أولهما أن المناول إذا تقدم بطلب للتدخل في تنفيذ العقد، فإن الإدارة تكون ملزمة بالرد عليه في ميعاد مناسب فلا يمكنها أن تلتزم الصمت إزاءه، و ثانيهما، لا يسوغ للإدارة

أن ترفض المناول دون سبب مبرر، كضعف كفاءته المالية أو الفنية أو أن طبيعة الصفقة ذاتها تقتضي ذلك، فإذا لاحظ قاضي العقد أن الأسباب التي عللت بها الإدارة قرارها بالرفض لا تمت للمصلحة العامة بصلة، فيحكم بإلغاء القرار الصادر بالرفض¹⁸.

فإذا كان هذا هو الحال بشأن المناولة في عقود الامتياز و هي العقود التي تطغى فيها الصبغة الشخصية للالتزامات، فمن باب أولى أن يسمح للمناول في مجال الصفقات بالطن في قرار المصلحة المتعاقدة برفض طلبه، إذ يعد قرار إداريا قابلا للطعن فيه.

3-آثار عقد المناولة

-إن أهم أثر يترتب عن إبرام عقد المناولة هو بقاء المتعامل المتعاقد المسؤول الوحيد عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيه بالمناولة، فالمتعامل المتعاقد بإبرامه لعقد المناولة و تنازله عن تنفيذ جزء منها لصالح المناول لا يتخلص من التزاماته و أعبائه تجاه المصلحة المتعاقدة المتعلقة بالجزء المتعامل فيه بالمناولة، لأن العلاقة تبقى محصورة بينه و بين المناول¹⁹.

وتكمن غاية المشرع من تأكيده على تمسك المصلحة المتعاقدة بمسؤولية المتعامل المتعاقد وحده هو إشارة صريحة للمتعاقد لتذكيره بجدية المهمة التي التزم من أجلها و حمله على التفكير بكل وعي فيما يقدم عليه و تفادى التهاون أو الاستخفاف في إنجاز الصفقة وحثه على الحرص و الحذر في اختيار المناول.

-نقاضى المناول مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة: ظهرت إمكانية قبض المناول مستحقاته مباشرة من المصلحة المتعاقدة لأول مرة ضمن المرسوم الرئاسي 02-250، و بقي هذا الحكم في جميع النصوص التي تلتها فحماية للمناول الشرعي الذي يتدخل بصفة قانونية لتنفيذ جزء من الصفقة، أوجد المشرع علاقة مباشرة تربطه بالمصلحة المتعاقدة تمكنه من قبض مستحقاته منها مباشرة، بعد تقديم وضعيات الأشغال أو الفواتير، و يتفادى بالتالي احتمال ماطلة أو تهاون المتعامل المتعاقد في دفع مستحقاته.

- حق المناول في رهن ديونه رهنا حيازيا، فوفقا للمادة 145 من المرسوم الرئاسي 15-247 فإن الصفقات العمومية و ملحقاتها قابلة للرهن الحيازي وفقا لشروط محددة، و قد أكدت الفقرة 12 من نفس المادة على جواز رهن المناولين و الموصين الثانويين رهنا حيازيا جميع ديونهم أو جزء منها في حدود قيمة الخدمات التي ينفذونها.

-من آثار عقد المناولة كذلك أن يطبق على المناول الجزاءات المقررة للمتعاقل المتعاقد و هو الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية في حالة ارتكابه لإحدى المخالفات المنصوص عليها ضمن القرار الوزاري المتعلق بكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، فالمشرع و حرصا منه على حث المناول على عدم التهاون عندما يتعلق الأمر بالتدخل في مجال الصفقات أنزله منزلة المتعاقل متعاقد في حالة الإخلال بالالتزامات.

ثانيا: آلية الشراكة مع المتعاقل الأجنبي:

تنص المادة 84 من المرسوم الرئاسي 15-247 "يجب أن تنص دفاتر شروط الدعوات للمنافسة الدولية، في إطار السياسات العمومية للتنمية، بالنسبة للمتعهدين الأجانب على الالتزام بالاستثمار في شراكة، عندما يتعلق الأمر بالمشاريع التي تحدد قائمتها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني بالنسبة لمشاريعها و بالنسبة لمشاريع المؤسسات العمومية التابعة لها"، إن غاية المشرع من هذه المادة هو تمكين المؤسسات الوطنية من الدخول في شراكة مع المؤسسات الأجنبية للاستفادة من خبرات و تقنيات هذه الأخيرة، و بالتالي فإنه في مقابل استفادة المتعاملين الأجانب من الصفقات المتضمنة مشاريع هامة، فإنها تساهم في تنمية المؤسسات الوطنية.

وقد جعل المشرع من مسألة الشراكة التزاما على عاتق المتعاقل المتعاقد الأجنبي ينجر عن الإخلال به آثار خطيرة، ذلك أنه إذا عاينت المصلحة المتعاقدة عدم تجسيد الاستثمار طبقا للزمنانية و المنهجية المذكورتين في دفتر الشروط لخطأ من المتعاقل المتعاقد الأجنبي، فإنها يجب أن تعذر وفقا للشروط المحددة في المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247 بضرورة تدارك الوضع خلال أجل يحدد في

الإعذار، وفي حالة عدم إصلاح الوضع، تطبق على المتعامل الأجنبي الجزاءات المالية، أي الغرامات و فضلا عن ذلك يتم تسجيله في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، و يمكن كذلك و إذا رأت المصلحة التعاقدية ضرورة لذلك أن تفسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد الأجنبي دون سواء بعد موافقة سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني حسب الحالة.

ورغم ما تبدوا عليه آلية الشراكة بين المؤسسات الوطنية و المتعاملين المتعاقدين الأجانب من أهمية و حرص المشرع على تجسيدها في أرض الواقع من خلال تشديد العقوبات على مخالفة هذا الالتزام، إلا أنه يبقى من الصعب تطبيقها في الواقع، فعندما يتعلق الأمر بالمتعاملين الأجانب و لما يحوزون على صفقات تتضمن مشاريع حساسة و ذات أهمية اقتصادية واجتماعية فإن الطرف الوطني كثيرا ما يذعن لطلبات المتعامل الأجنبي تحت تهديد التخوف من توقيف المشاريع، حتى أنه يظهر بمظهر الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، و بالتالي يستبعد فكرة تقيده بأي التزام.

خاتمة:

كرس المشرع الجزائري ضمن المرسوم الرئاسي 15-247 جملة من الآليات التي تهدف إلى دعم و تشجيع المؤسسات الصغيرة و المتوسطة و زيادة قدرتها التنافسية في مجال الصفقات العمومية، و بذلك يمكن القول انه و على الصعيد التشريعي يمكننا القول أن المرسوم الجديد قد أرسى الآليات الأساسية للوصول إلى تحقيق الأهداف التي رسمها القانون 01-18، غير أن الواقع العملي لا يعكس تماما التطور الذي شهده التشريع فلا يزال أصحاب المؤسسات الصغيرة و المتوسطة يطلبون بتطبيق مختلف صيغ الدعم التي قررها قانون الصفقات لصالحهم إذ أنها في أغلب الأحيان تبقى مجرد حبر على ورق لا أثر لها على أرض الواقع، و ذلك لأسباب تعود في مجملها إلى الطابع البيروقراطي المنتهج من قبل بعض المصالح التعاقدية، و الواقع أية سياسة لدعم المؤسسات الصغيرة و المتوسطة لا يمكن أن يكتب لها النجاح دون إرادة جدية من جانب الإدارة لتطبيقها في الميدان.

لمواجهة هذا الإشكال يمكن تقديم بعض الاقتراحات التي تسهم في تفعيل آليات الدعم:

-وضع إجراءات جزائية أكثر صرامة ضد المتعاملين المتعاقدين المخالفين لالتزاماتهم المتعلقة بدعم المؤسسات الصغيرة و المتوسطة سواء تعلق الأمر بمخالفة عدم التصريح بالمناولين أو مخالفة الالتزام بالشراكة و غيرها.

-تشديد الرقابة على المصالح المتعاقدة للتأكد من التزامها بتطبيق قواعد الأفضلية و الأولوية المخصصة للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة.

-إعادة ضبط قواعد تطبيق آلية التخصيص بما يضمن عدم الانحراف باستعمالها بجعلها وسيلة للتهرب من الرقابة.

-ضرورة الاهتمام بإشكالية التمويل، و ذلك بخلق أجهزة تمويل خاصة بفئة المؤسسات الصغيرة و المتوسطة من جهة، و إلزام البنوك و المؤسسات المالية الأخرى بتسهيل تقديم مختلف خدماتها المالية لهذه المؤسسات من جهة أخرى.

-وضع صيغ قانونية تسمح بحصول المؤسسات الصغيرة و المتوسطة على العقار.

-ضرورة المراجعة الشاملة للنظام الجبائي بما يضمن وضع نظام خاص للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة يتضمن المزيد من التحفيزات و الإعفاءات الجبائية، لاسيما في مرحلة الإنشاء.

5. المراجع

الكتب:

- (1) النوي خرشي، الصفقات العمومية -دراسة تحليلية و نقدية و تكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى، عين مليلة، 2018.
- (2) الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005.
- (3) بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية، دار الهدى، عين مليلة، 2018.
- (4) بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية -القسم الأول- جسور للنشر و التوزيع، الجزائر 2017.

الأطروحات:

(1)-حليمي منال، تنظيم الصفقات العمومية و ضمانات حفظ المال العام في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2017.

(2)- حابي فتيحة، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013.

المدخلات:

(1) شكلاط رحمة، "الصفقات العمومية، مقاربة تشريعية جديدة"، الملتقى الوطني حول: أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، جامعة جيجل، 2011.

(2) علالي فتيحة، فاطمة الزهراء، "تنشيط المناولة الصناعية كخيار استراتيجي هام لدعم وترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة بالجزائر" الملتقى الوطني حول إستراتيجيات التنظيم ومرافقة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر جامعة ورقلة.

(3) لعور بدره، "الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، يوم دراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، يوم 17 ديسمبر، 2015.

النصوص القانونية:

(1) أمر رقم 67-90 مؤرخ في 17 يونيو سنة 1967 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، صادر في 19 يونيو سنة 1967.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 91-434، مؤرخ في 9 نوفمبر 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 57، صادر في 11 نوفمبر 1991، (ملغى).

(3) مرسوم رقم 82-145 مؤرخ في 10 أفريل 1982، يتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج ر عدد 15، صادر في 13 أفريل 1982، معدل و متمم (ملغى).

(4) مرسوم رئاسي رقم 02-250، مؤرخ في 24 جويلية 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، صادر في 28 جويلية 2002، معدل، (ملغى).

(5) مرسوم رئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58، صادر في 7 أكتوبر 2010، معدل و متمم (ملغى)

(6) مرسوم رئاسي 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 صادر في 20 سبتمبر 2015

(7) قانون رقم 01-18 مؤرخ في 12 ديسمبر 2001 يتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة، ج ر عدد 77 صادر في 15 ديسمبر 2001. **الهوامش**

1 المرسوم الرئاسي 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 صادر في 20 سبتمبر 2015.

2 قانون رقم 01-18 مؤرخ في 12 ديسمبر 2001 يتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة، ج ر عدد 77 صادر في 15 ديسمبر 2001 (ملغى).

3 و هو ما نصت عليه المادة 25 من القانون 17-02 المؤرخ في 10 يناير 2017 المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة و المتوسطة ، الجريدة الرسمية العدد 02 المؤرخة في 11 يناير 2017 الذي ألغى القانون 01-18.

4 بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية، دار الهدى، عين مليلة، 2018، 163.

- 5 تتص المادة 7 من القانون 01-18 "تعرف المؤسسة المصغرة بأنها مؤسسة تشغل من عامل(1) إلى تسعة (9) عمال و تحقق رقم أعمال أقل من عشرين (20) مليون دينار أو يتجاوز مجموع حصيلتها السنوية عشرة (10) ملايين دينار
- 6 شكلاط رحمة، "الصفقات العمومية، مقارنة تشريعية جديدة"، الملتقى الوطني حول: أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، 30 نوفمبر-01 ديسمبر 2011، جامعة جيجل، ص113.
- 7 حابي فتيحة، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص 80.
- 8 لعور بدرة، "الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، يوم دراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، يوم 17 ديسمبر، 2015، ص17.
- 9 حلومي منال، تنظيم الصفقات العمومية و ضمانات حفظ المال العام في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2017، ص 23.
- 10 بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية -القسم الأول- جسور للنشر و التوزيع، الجزائر 2017، ص 82.
- 11 مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية معدل و متمم، ج ر عدد 58 صادر في 07 أكتوبر 2010 (ملغى).
- 12 أمر رقم 67-90 مؤرخ في 17 يونيو سنة 1967 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، صادر في 19 يونيو سنة 1967.
- 13 مرسوم رقم 82-145 مؤرخ في 10 أبريل 1982، يتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج ر عدد 15، صادر في 13 أبريل 1982، معدل و متمم (ملغى).

- 14 مرسوم تنفيذي رقم 91-434، مؤرخ في 9 نوفمبر 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 57، صادر في 11 نوفمبر 1991، (ملغى).
- 15 مرسوم رئاسي رقم 02-250، مؤرخ في 24 جويلية 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، صادر في 28 جويلية 2002، معدل، (ملغى).
- 16 مرسوم رئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58، صادر في 7 أكتوبر 2010، معدل و متمم(ملغى)
- 17 علالي فتحة، فاطمة الزهراء، "تنشيط المناولة الصناعية كخيار استراتيجي هام لدعم وترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بالجزائر" الملتقى الوطني حول إستراتيجيات التنظيم ومرافقة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر جامعة ورقلة، ص 5.
- 18 الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص 424-425.
- 19-النوي خرشي، الصفقات العمومية -دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى، عين مليلة، 2018، ص 358.

تاريخ القبول: 2021/01/17

تاريخ الإرسال: 2020/09/17

**إجراءات الربط الضريبي في ضوء قانون ضريبة الدخل الأردني
رقم (34) لسنة 2014 المعدل وأحكام محكمة التمييز الأردنية**

**Tax Assessment Provisions in Light of the Jordanian
Income Tax Law No. 34 of 2014**

أ.د. فرحان نزال المساعيد*¹¹ جامعة آل البيت، (المملكة الأردنية الهاشمية)، fmasaed@gmail.comالباحثة: فرح فيصل الشحادات²¹ نقابة المحامين الأردنيين، (المملكة الأردنية الهاشمية)،

Farahalhajaya11@gmail.com

المخلص:

إن الحرص الكبير على التوظيف المثالي للموارد السيادية في الدولة دفعنا للتركيز على ضمانات المكلفين أثناء إجراء الربط الضريبي لتبصير المكلف بالقواعد القانونية التي وضعها المشرع لتنظيم علاقته بدائرة الضرائب وما ينتج عن هذه العلاقة من ضمانات قانونية، كما إن النظام الضريبي والتشريعات الضريبية تهدف إلى التوفيق بين مصلحتين غير متكافئتين، فإن هذا التوفيق يتطلب وجود ضمانات قانونية. إن الأموال تعتبر الوعاء الوحيد للضرائب في العصر الحالي، وذلك لأن للضرائب أهمية كبيرة، ويعود ذلك لتطور الاقتصاد وازدهار الصناعة والتجارة، الأمر الذي سيؤدي إلى وفرة العوائد الناتجة من الضرائب، ومع ذلك تحرص أغلب التشريعات الضريبية إلى تحقيق العدالة الضريبية وذلك لحماية حقوق الأفراد والحد من تعسف الإدارة.

الكلمات الدالة: الربط الضريبي، التدقيق الذاتي، التقدير الضريبي، الإقرار الضريبي.

*المؤلف المرسل

Abstract

The great concern for the ideal employment of sovereign resources in the state prompted us to focus on the guarantees of the taxpayers during the tax assessment procedure to enlighten the taxpayer with the legal rules laid down by the legislator to regulate his relationship with the tax department and the legal guarantees resulting from this relationship, and the tax system and tax legislation aim to reconcile between Two unequal interests, this reconciliation requires legal guarantees.

Money is the only receptacle for taxes in the current era, because taxes are of great importance, and this is due to the development of the economy and the prosperity of industry and trade, which will lead to an abundance of tax revenues. However, most tax legislation is keen to achieve tax justice in order to protect the rights of individuals and limit Management arbitrariness

Key words: tax correlation, self-audit, tax estimate, tax return.

المقدمة

تتبع الإدارة الضريبية مجموعة من الإجراءات القانونية عند إصدار قرار الربط الضريبي بحق المكلف ويكون على المكلف الضريبي أن يتبع ذات القواعد القانونية عند تعبئة وتقديم الإقرار الضريبي للإدارة للوصول إلى قرار سليم وصحيح. وقد عالج المشرع الضريبي في نصوص قانون ضريبة الدخل حالات الربط الضريبي التي تتعرض لها الإدارة الضريبية ويمكن أن تشملهم بحالتين أساسيتين ، تتمثل الحالة الأولى بالتدقيق الذاتي والذي يتم عند قيام المكلف الضريبي بتقديم الإقرار الضريبي وما يترتب بعد ذلك على الإدارة لمعالجته ، أما الحالة الثانية تسمى بالتقدير الإداري وتتم في حال تأخر المكلف أو امتناعه عن تقديم الإقرار الضريبي وما يترتب على الإدارة من إجراءات يجب القيام بها والالتزام بها . ولذلك سيتم بيان إجراءات الربط الضريبي في مبحثين: يتضمن الأول إجراءات التدقيق الذاتي و الثاني إجراءات التقدير الضريبي على النحو الآتي:

المبحث الأول: إجراءات التدقيق الذاتي

يعتبر الربط الذاتي للضريبة أحد الآليات التي تم اعتمادها لتسهيل إجراءات الفحص الضريبي اللاحق لعملية تقديم الإقرارات، ويتم من خلاله تدقيق ما يدرجه المكلف في إقراره الضريبي من بيانات وفق آليات تم اعتمادها من دائرة الضريبة بعد إجراء الفحص للإقرار والتأكد من صحته ومطابقته للواقع.

وتقديم الإقرار الضريبي يعتبر اعترافاً صريحاً من المكلف بخضوعه للضريبة، إلا أن مقدار الضريبة الذي يعترف به المكلف يبقى موضوع قبول أو رفض من دائرة ضريبة الدخل، لذلك فإن للدائرة أن تدقق ما تم تقديمه من إقرارات بالاستناد لنظام العينة، فإما أن تقرر قبوله أو تعديله وعليها أن تبلغ المكلف بالقرار الصادر. ولذلك سنعالج هذا المبحث من خلال مطلبين وعلى النحو الآتي:-

المطلب الأول: قبول الإقرار المقدم

يعتبر أسلوب التقدير الذاتي الأسلوب الرئيسي في تقدير الضريبة على دخول الأفراد، حيث يلزم كل شخص له مصدر دخل ثابت أو أكثر خاضع للضريبة أن يقدم إقراره لدائرة الضريبة خلال مدة لا تتجاوز اليوم الأخير من الشهر الرابع للسنة المالية⁽¹⁾. وإن تقدير المكلف تقديراً أولياً قابلاً لإثبات العكس، حيث يحق للمقدّر أن يربط على واقع الأرقام الواردة فيه وأن يبيّن تقديراته على أساسه ويحق له أن يراجعها ويصححها⁽²⁾.

ويشترط لاعتماد الربط الذاتي عدة شروط من أبرزها : مسك الدفاتر التجارية وسجلات محاسبية منتظمة من قبل المكلفين يجب أن تتماشى مع القواعد والمبادئ المحاسبية المتعارف عليها بما يكفل بيان دخولهم و مركزهم المالي الحقيقي ويجب أن يقدم الإقرار الضريبي في موعده القانوني المحدد، ويجب أن يكون الإقرار ومرفقاته موقعاً من المكلف أو من ينوب عنه قانوناً ومعتمداً من قبل المحاسب القانوني المرخص له بمزاولة المهنة والحاصل على البطاقة الضريبية.

ويتولى المكلف القيام بالإجراءات الخاصة لتقدير دخله الخاضع للضريبة وبيان مقدار المبلغ المستحق و الخاضع للضريبة، وذلك من خلال تقديم إقرار ضريبي موقع منه

بصحة البيانات والمبالغ الواردة فيه، ثم يتم اختيار عينة سنوياً من الكشوفات المقدمة ثم يتم تدقيقها من المدققين للتأكد من صحة ما ورد فيها ومن طريقة احتساب الضريبة وفي حال وجود أي خطأ يتم تصحيحه بعد تبليغ المكلف بذلك، أما بالنسبة للكشوفات التي لم تقع ضمن العينة المختارة فتعتبر صحيحة وموافق عليها من قبل الجهات الضريبية.

فتقوم الإدارة الضريبية بفحص إقرارات المكلفين المقدمة بالاستناد لنظام العينة، ويتم ذلك من خلال قواعد ومعايير محددة من الدائرة الضريبية، كما إنه بمجرد تسلم الكشوف من قبل المكلفين إلى دائرة الضريبة نكون أمام احتمالين أولهما عدم تدقيق كل الكشوف المقدمة للدائرة الضريبية، وذلك لأن الدائرة تختار بعضاً منها كعينات محددة لأصحاب المهنة الواحدة، والاحتمال الثاني القيام بتدقيق بعض الكشوف التي قدمت إلى الدائرة ويتم قبول الإقرار المقدم أو أن يتم إجراء بعض التعديلات وتبليغ المكلف بها⁽³⁾، أي أن فحص الإقرارات على نظام العينة يوفر الكثير من الإجراءات الضريبية ويقل نفقات التحصيل لذلك فإن هذه الطريقة تعتبر من أكثر الطرق استعمالاً في تقدير وربط الضريبة . (4)

ويشكل الوزير لجنة مكونة من ستة موظفين بالإضافة للمدير لدراسة العينات المختارة وإصدار قرار فيها ، ويكون من حق المدير أو المدقق المفوض بإعادة النظر في هذه الإقرارات وذلك خلال سنتين من تاريخ تقديم الإقرار أو الإقرار المعدل،⁽⁵⁾ تقوم الدائرة الضريبية بفحص الإقرارات لبيان مدى صحتها وصلاحياتها في ربط الضريبة على المكلف بشكل نهائي وفي هذه الحالة يصبح الإقرار المقدم من المكلف مقبولاً، وإن الضريبة تربط على الأرباح الحقيقية والثابتة من واقع الإقرار المقدم من المكلف في حالة تم قبوله من دائرة الضريبة، حيث إن الإقرار الضريبي يعتبر ربطاً للضريبة والتزاماً بأدائها في الموعد القانوني المحدد وتسدد الضريبة من واقع هذا الإقرار.⁽⁶⁾

ويكون للدائرة الضريبية الحق في ربط الضريبة قبل حلول التاريخ المحدد لاستحقاقها إذا استلزم الأمر تحصيلها لتوفير دليل محدد بأن المكلف يخطط للتهرب من الضرائب من خلال تحويل أصوله لشخص آخر أو اتخاذ إجراءات أخرى تضر بتحصيل

الضريبة، وفي هذه الحالة يتوجب على دائرة الضريبة أن تبلغ المكلف بعناصر ربط الضريبة وبقيمنتها وفق الأسس التي حددها القانون.⁽⁷⁾

المطلب الثاني: تعديل أو تصحيح الإقرار

تظهر نتائج التدقيق أن هناك أسباب تستدعي تعديل الإقرار لعدم صحة البيانات الواردة فيه، حيث ظهر أن بعض البيانات صحيحة والبعض الآخر بحاجة إلى تصحيح أو تعديل بشكل كلي أو جزئي، فيكون على المدقق الضريبي إصدار مذكرة تدقيق لدعوة المكلف لحضور جلسة لمناقشته إقراره.

وأعطى المشرع الضريبي للإدارة الضريبية سلطات وصلاحيات متعددة أثناء التدقيق، حيث يكون للإدارة الحق في الإطلاع و المراقبة و الفحص الضريبي ، وللإدارة أن تقوم بإعادة احتساب الضريبة المعلنة من قبل المكلف الضريبي، ويتم ذلك بعد تدقيق الحسابات أو دون الحاجة إلى وجود حسابات بناء على فحوصات لدى الإدارة الضريبية أو أن يتم من خلال التفاوض والتفاوض بين الإدارة والمكلف الخاضع للضريبة (التقدير الذاتي)،⁽⁸⁾ ويتم هذا التعديل بعد إجراء الفحص، ويكون التعديل مستنداً إلى البيانات الواردة في الإقرار والمستندات والمعلومات الواردة فيه.⁽⁹⁾

كما يكون للمدقق في جلسة المناقشة الاستعلام حول مصادر دخل المكلف وما يرافق ذلك من استيضاحات عن مصادر دخله وحجم نشاطه، فإذا أقتنع المدقق بدفع المكلف يصدر قرار بقبول الإقرار، ويقتصر التعديل على تغيير بعض البنود دون أن يتجاوز ذلك إلى استخدام التقدير الجزافي .

وإن القرار يجب أن يكون منطقياً عند رفض الأخذ بوجهة نظر المكلف ومعللاً رفض كل بند بالأسباب التي دعتة للرفض، حيث أن القانون اعتبر الإقرار ملزماً ولذلك عند فحص المدقق للإقرار فإنه يعتمد على نقاط الضعف فيه ،و مناقشة المكلف ليبيّن عليه الأسباب التي دعتة إلى الرفض بشكل كلي أو جزئي.⁽¹⁰⁾ وأي تعديل أو تصحيح للربط يجب أن يتم إخطار المكلف به من خلال كتاب يتضمن عناصر ربط الضريبة وقيمتها ومن ثم يتم دعوته للموافقة كتابة من خلال التوقيع⁽¹¹⁾، وذلك لأن المكلف له الحق بأن يعلم بهذا التقدير والأسس التي تم الاعتماد عليها حتى يفتح الباب أمام المكلف بأن

يطعن بالتقدير. ومن الأسباب التي توجب تعديل الإقرار الضريبي من قبل المدقق الضريبي :

1- عدم قيام المكلفين بتعديل نتائج أعمالهم وفقاً لقانون ضريبة الدخل، ويكون ذلك في حالة إعلان المكلفين للنتائج الظاهرة في حساباتهم سواءً كانت موافقة لقانون ضريبة الدخل أم لا.

2- تضخيم النفقات التي يطالب بها المكلف بسبب إدراج نفقات لا تتعلق بالدخل الخاضع للضريبة.

3- اللجوء إلى التهرب من دفع الضريبة بشكل كلي أو جزئي من خلال إغفال أو حذف الدخل الخاضع للضريبة، أو من خلال إعداد حسابات أو قيود مزورة مما يجعل الحسابات غير صحيحة.

وكان موقف المشرع الأردني واضحاً في قانون ضريبة الدخل، حيث أجاز للإدارة أن تقوم بتصحيح الربط أو تعديل وتحديد الدخل وذلك بالاستناد للمادة (29/ب) والتي أكدت جود عدة احتمالات وهي :

1- أن يكون الربط نهائياً إذا وافق المكلف على التصحيح أو التعديل وتكون الضريبة واجبة الأداء .

أي أنه لا يمكن للمكلف الرجوع عن الموافقة على التعديلات في الإقرار الضريبي، لأن هذا الربط أصبح قطعياً ولا يقبل الطعن الإداري بالاعتراض بأي طريقة، ولأن القول بغير ذلك سيؤدي إلى عدم استقرار المعاملات القانونية. (12)

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز بأنه " يستفاد من مفهوم المخالفة لأحكام الفقرتين الأولى والثانية من المادة (29) من قانون ضريبة الدخل أن موافقة المكلف أو المفوض عنه على التعديل الذي يجريه المقدّر على الإقرار الضريبي يجعل من قرار التقدير قطعياً " (13)

2- أن لا يوافق ويعترض المكلف على التعديل وعدم اقتناع الإدارة بالاعتراضات فيصدر مقدّر ضريبة الدخل قراره ويقدر الدخل الخاضع للضريبة بقيمة الضريبة المستحقة في ضوء المعلومات المتوفرة لديه، ولذلك تقوم الإدارة بربط

الضريبة حسب ما تراه وتخطر المكلف الذي إما ان يقبله أو يطعن به خلال مده محددة من تاريخ إعلامه به لدى دائرة الضريبة والمحكمة المختصة .

3- تقوم الإدارة بتقدير الدخل وربط الضريبة وتكون واجبة الأداء في حالة عدم قيام المكلف بالرد على التصحيح أو التعديل الذي قامت بها الإدارة. وفي هذه الحالة تقوم دائرة الضريبة بربط الضريبة على المكلف حسب ما يستقر عليه رأيها وتكون واجبة الأداء، وللمكلف الحق في الطعن في هذا التقدير وفق إجراءات الطعن .

وفي كل الأحوال قرار مقدر ضريبة الدخل سواء المتعلق بقبول إقرار المكلف كما هو أو موافقته على ما جرى من تعديلات أو عدم موافقته لا يعتبر قراراً نهائياً ولا يكتسب الصفة القطعية إلا بعد إقراره من قسم التدقيق في دائرة ضريبة الدخل الذي يقوم بمراجعة تلك الإقرارات للتأكد من صحة وسلامة إجراءات اتخاذها ومدى تماشيها مع متطلبات قانون ضريبة الدخل والتعليمات المنفردة عنها.⁽¹⁴⁾

وقضت محكمة التمييز في حكمها الصادر بأنه " لا تجد المحكمة في القانون ما يشير إلى أن الإقرار الضريبي ملزم للمدقق بل إن المكلف يقدم الإقرار الضريبي ويقوم المدقق بمراجعة الإقرار الضريبي فإن وجد أسباباً قد تستدعي عدم قبوله كلياً أو جزئياً يصدر مذكرة حضور للمكلف من أجل مناقشته وإذا ما تم التعديل على الإقرار الضريبي، وخلاصة القول أن تعديل الإقرار الضريبي صلاحية تقديرية للمدقق ووفقاً لأحكام القانون"⁽¹⁵⁾

ويتوجب على الإدارة تبليغ المكلف بنتيجة قرار التدقيق وأسبابه وهذا من الضمانات للمكلف في مواجهة الإدارة، " والتبليغ أو التنبيه في هذه الحالة شرط أساسي لمشروعية قيام الإدارة بالربط و وسيلة للضغط على المكلف للقيام بواجباته وكذلك إبعاد الإدارة عن فكرة التعسف في استخدام مزاياها وسلطاتها "¹⁶، وهذا يعتبر من ضمانات المكلف الضريبي وذلك لأن الإدارة لا تستطيع أن تقوم بربط الضريبة عليه إلا بعد تبليغ المكلف بنتيجة الفحص، وذلك لأن المكلف له الحق في الدفاع عن صحة ما قدمه من بيانات.⁽¹⁷⁾

وباستقراء يرى الباحثان أن الفقرة "د" من المادة (29) فإنها وضعت ضماناً للمكلف من خلال منع المدقق من إصدار إشعار للمكلف بنتيجة التدقيق بعد مرور أربع سنوات من تاريخ تقديم الإقرار أو من تاريخ تعديله، لكن يؤخذ عليها طول المدة وأنها لا تساهم في استقرار المعاملات الضريبية وكان الأولى أن يتم تعديلها إلى سنة واحدة، ولكن باستكمال نص الفقرة ذاتها يتضح أنها أعطت صلاحية لتمكين الدائرة الضريبية من مضاعفة مدة الأربع سنوات في حالة كان هناك بينة تهرب ولم يقل جرم تهرب، بحيث كان الأولى على المشرع أن ينص على التمديد في حالة ثبوت جرم التهرب، أي أن صلاحية دائرة الضريبة أوسع في مواجهة المكلف الأمر الذي لا يساهم في توفير ضمانات حقيقية وفعالة للمكلف في مواجهة الدائرة صاحبة السلطة والصلاحية .

وقضت محكمة التمييز " حيث نصت المادة (29/د) من قانون ضريبة الدخل (على الرغم من أي نص آخر لا يجوز للمدقق إصدار الإشعار الخطي نتيجة قرار التدقيق بعد مرور أربع سنوات من تاريخ الإقرار الضريبي المقدم) حيث من المقرر أن المشرع الضريبي جعل مدة الأربع سنوات من اختصاص المدقق هو اختصاص فني محدد لا يجوز تجاوزه، وإن هذه المدة هي مدة سقوط لا تنقطع ولا تتوقف وإن النص جاء أمراً والنصوص الأمرة المتعلقة بالاختصاص من النظام العام وبذلك يتمتع على المدقق إصدار إشعار خطي بنتيجة التدقيق بعد مرور أربع سنوات من تاريخ تقديم الإقرار الضريبي ويترتب على تجاوز هذه المدة أنه لا يجوز تعديل الإقرار الضريبي وإصدار الإشعارات ويترتب على ذلك بطلان الإجراءات التي تتم بعد المدة المحددة في المادة (29/د) من القانون⁽¹⁸⁾

ومع ضرورة الإشارة إلى أن عدم إصدار قرار التدقيق خلال فترة السنة والسنتين مع التزام المدقق بإصدار مذكرة التدقيق وإشعار التدقيق خلال أربع سنوات يؤدي إلى بطلان القرار الصادر وذلك لأن المواعيد المحددة بالقانون تعتبر من القواعد الأمرة والمتعلقة بالنظام العام التي يجب على المدقق الالتزام بها

فالأصل أن قرار التدقيق ومذكرة التدقيق وإشعار التدقيق يجب أن يصدر خلال الفترات القانونية المحددة في القانون، وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز حيث قضت "

حظرت المادة (28) من قانون ضريبة الدخل على المدقق تدقيق الإقرار الضريبي بعد أربع سنوات من تقديمه، كما ألزمت المادة (29/أ) المدقق بإصدار قرار التدقيق خلال سنتين من تاريخ إصدار مذكرة التدقيق وحظرت المادة (29/د) منه إصدار إشعار التدقيق بعد مرور أربع سنوات من تاريخ الإقرار المقدم بعد نفاذ أحكام هذا القانون، أما عدم إلزام المدقق بإصدار قرار التدقيق خلال سنتين من تاريخ إصدار مذكرة التدقيق فلا يبطل القرار، حيث أن لا بطلان إلا بنص ولا يوجد في قانون ضريبة الدخل نص يرتب البطلان على عدم إصدار قرار التدقيق بعد سنتين من تاريخ صدور مذكرة التدقيق طالما أن مذكرة التدقيق وإشعار التدقيق صدرا ضمن المدة القانونية¹⁹ ويتوصل الباحثان إلى أن المشرع الضريبي الأردني لم يرتب البطلان على عدم إصدار قرار التدقيق خلال سنتين من تاريخ إصدار مذكرة التدقيق، الأمر الذي يؤدي إلى انعدام ثقة المكلفين بالإجراءات المتبعة من قبل دائرة ضريبة الدخل.

المبحث الثاني: إجراءات التقدير الإداري

يعد التقدير الإداري إجراء تلجأ إليه الإدارة في حالة عدم تقديم الإقرار الضريبي في الميعاد المحدد بالقانون ويكون ذلك من خلال إصدار المدقق قرار تقدير أولي وتبليغ المكلف به ويكون للمكلف الحق في تقديم الإقرار خلال ثلاثين يوم من تاريخ تبليغه الأمر الذي يترتب عليه إلغاء قرار التقدير الأولي وتدقيق الإقرار المقدم أما في حالة عدم تقديم الإقرار فيتم إصدار قرار التقدير الإداري. وسيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين يعالج الأول منهما مراحل التقدير الإداري، أما الثاني فيعالج حالات تصحيح الربط النهائي.

المطلب الأول: مراحل التقدير الإداري

تقوم الإدارة الضريبية بربط الضريبة على المكلف من خلال تحديد الأرباح للوصول إلى قيمة الضريبة الحقيقية على المكلف، ويتم ذلك من خلال المرور بمرحلتين تتمثل الأولى بقرار التقدير الأولي ومن ثم قرار التقدير الإداري. ويعالج هذا المطلب في الفرع الأول التقدير الأولي الفرع الثاني يتناول التقدير الإداري.

الفرع الأول: التقدير الأولي : يعتبر التقدير الأولي من أقدم أشكال التقدير الضريبي، حيث يفرض على المكلفين في حالة تخلفهم عن تقديم الإقرار الضريبي، ويتم إجرائه من خلال قيام دائرة ضريبة الدخل بحصر المكلفين الذين لم يقدموا الإقرار الضريبي وتحويل ملفاتهم إلى المقدرين ليتم دراسة كل ملف بشكل وافي للتعرف على سيرة وتاريخ المكلف وجمع المعلومات المهمة والضرورية وتقدير الدخل الصافي وتحديد قيمة الضريبة وتقدير قيمة الضريبة المستحقة على المكلف. (20)

ويصدر قرار تقدير الضريبة على المكلف إذا تخلف عن تقديم الإقرار خلال المدة المحددة أي قبل نهاية الشهر الرابع من السنة المالية، وإن أسس تحديد المبلغ الضريبي في قرار التقدير الأولي تقوم على : (21)

أ- أعلى قيمة ضريبة مفروضة لأي سنة من آخر خمس سنوات مقدرة / مدققة سابقة للفترة الضريبية .

ب- في حال عدم وجود سنوات مقدرة /مدققة على المكلف وفقاً للفقرة (أ) من هذه المادة يتم اعتماد مثلي قيمة ضريبة السنة المعلنة بإقرارات المكلف كضريبة سنة أساس وعلى النحو المبين في الفقرة (أ) من هذه المادة .

ونتيجة لعدم التزام جميع المكلفين بتقديم الإقرارات الضريبية الذاتية أو عدم دقة وصحة المعلومات الواردة في عدد من الإقرارات الضريبية، فقد سعى المشرع الضريبي إلى النص على إنشاء نظام الفوترة لتعزيز صحة ودقة الإقرارات الضريبية ويساعد هذا النظام على الحد من التجنب الضريبي، ويسهل إجراءات التدقيق على الإدارة الضريبية من خلال توفير الوقت وضمان سرعة إجراءات التدقيق، كما أن نظام الفوترة يعمل على توفير قاعدة بيانات وأنظمة تطبيقية تساعد الموظفين على إتمام أعمالهم انسجاماً مع النص التشريعي الذي ينقل عبء الإثبات على الدائرة بدلاً من المكلف. (22)

ولكن في ذات الوقت يعتبر القيام بإجراء الربط الأولي ضماناً للمكلف، لإعطائه فرصة بتقديم إقراره وإتمام إجراءاته الضريبية قبل قيام دائرة الضريبة بالربط النهائي للضريبة، حيث أن الدائرة تربط بالاستناد للتقدير الأولي ثم يتم تبليغ للمكلف وإعطائه فترة ثلاثون يوم ليقدم إقراره وإلغاء التقدير الأولي مما يساهم في الحفاظ على حقوق

و ضمانات المكلف، إذ يكون أمام المكلف إما الاستجابة للتبليغ والموافقة على قرار التقدير الأولي وبناء على ذلك يصبح قرار التقدير إداري وملزم للمكلف، أو أن لا يوافق ويقوم بتقديم الإقرار الضريبي خلال فترة الثلاثين يوم مما يوجب على الإدارة إلغاء التقدير الأولي والقيام بتقدير ذاتي مستند للإقرار المقدم، أو أن لا يستجيب ولا يقوم بتقديم إقراره خلال الفترة المحددة وبناء على ذلك يصبح التقدير الأولي تقديراً إدارياً .

وقد شجع المشرع الأردني التقدير الذاتي من خلال اعتبار قرار التقدير الأولي غير نهائي لغايات الاعتراض أو الطعن القضائي، واعتبار هذا القرار ملغى حكماً في حال تقديم المكلف إقراره الضريبي عن الفترة أو الفترات المحددة إضافة إلى دفعه الضريبة المستحقة عليه وأي مبالغ وغرامات أخرى خلال ثلاثين يوم من تبليغه قرار التقدير الأولي، حيث تعتبر هذه الحالة من حالات التقدير التي تكفل ضمانات وحقوق المكلفين وذلك لأن المكلف أن قدم أقراره خلال ثلاثين يوم من تبليغه التقدير الأولي فيتم إلغاء هذا التقدير ويتم تدقيق الإقرار الذي قدمه المكلف، وأن قبول المكلف تقدير الإدارة لأرباحه يعتبر بمثابة اتفاق بينهما على قيمة الضريبة على وجه صحيح وقانوني، ويعتبر اتفاق ملزم للطرفين ومانع للمكلف من العودة للمناقشة متى كانت إرادته خالية من عيوب الرضا ولم يثبت عدوله عنها بدليل جائز القبول قانوناً .

ونص قرار محكمة التمييز في حكمها : " في حال عدم تقديم المكلف للإقرار المنصوص عليه ضمن المدة المحددة فإن القانون قد أجاز لمقدر الضريبة إصدار قرار تقدير بالاستناد للمادة (30) من ذات القانون وإصدار إشعار خطي لهذه الغاية فإذا تبلغ المكلف قرار التقدير الأولي وقدم الإقرارات المطلوبة منه ودفع المبالغ المقررة عليه خلال المدة المحددة فيعتبر قرار التقدير الأولي ملغى حكماً، أما إذا تبلغ هذا القرار ولم يقدم الإقرارات الضريبية خلال المدة المحددة فإن المبالغ المقررة عليه بموجب هذا القرار تكون واجبة التحصيل منه ولا يجوز له في هذه الحالة الطعن في هذا القرار لدى هيئة الاعتراض " . (23)

وبالإستناد لقرار محكمة التمييز رقم (2019/2923) تضمن القرار الصادر المبدأ القانوني الذي ينص على أنه " بالإستناد لأحكام المادتين 30 و 31 من قانون ضريبة الدخل وكذلك بالإستناد للمادة (6/ ج) من تعليمات رقم (3) لسنة (2015) حيث أن المدعية لم تقدم إقراراتها وسنداً للمادة 30 من قانون ضريبة الدخل أصدر المدقق قرار تدقيق أولي عنها، مما حدا بالمدعية للطعن بقرار التدقيق الأولي لدى هيئة الاعتراض رغم أن هذه القرارات لا تقبل الاعتراض ولا الطعن أمام المحاكم وعليه فقد كان على هيئة الاعتراض رده كلاً لأنه انصب على قرارات لا تقبل الاعتراض " (24).

الفرع الثاني : التقدير الإداري: يجرى التقدير الإداري من قبل الإدارة الضريبية على دخل المكلف لتحديد مقدار الدين الضريبي مستندة إلى ما يتوفر لديها من بيانات ومعلومات وذلك بالاستعانة بمصادر البيانات والمعلومات التي حددتها التعليمات التنفيذية .

ويعرف بأنه تقدير يقوم به المقدر الضريبي لتحديد دخل المكلف الخاضع للضريبة والضريبة المستحقة وفي الغالب يقوم به في حالة عدم تقديم المكلف الإقرار الضريبي أو في حالة كون الإقرار المقدم ينطوي على أسباب تدفع المدقق إلى الاعتقاد بعدم صحة ما تضمنه (25) أي أن الإدارة الضريبية تقوم بإصدار قرار التقدير الإداري في حالة عدم تقديم الإقرار الضريبي خلال ثلاثين يوم من تاريخ تبليغه إشعاراً خطياً بنتيجة قرار التقدير الأولي، وذلك بالإستناد للمادة (31/أ) من قانون ضريبة الدخل (26). ويتم إجراءه من خلال حصر المقدرين العناصر الخاضعة للضريبة ومن ثم تقديرها، ويتم اللجوء إلى هذه الطريقة إذا لم يقدم المكلف إقراره الضريبي خلال المواعيد المحددة، وفي حالة عدم وجود دفاتر حسابية منتظمة تؤدي هذه الطريقة إلى نتائج قد تكون مرضية أو غير مرضية للمكلفين . وتتمثل مصادر المعلومات لإصدار قرار التقدير الإداري: (27)

- 1- المعلومات الواردة في ملف المكلف .
- 2- المعلومات الواردة في إقرارات ضريبة المبيعات
- 3- المعلومات الواردة في سجلات ومستندات المكلف .

4- المعلومات التي يتم الحصول عليها وفقاً لأحكام الفقرات أ و ب وج من المادة (61) من القانون .

5- المعلومات التي يتم الحصول عليها من ملفات المكلفين الآخرين يمارسون نشاطات مماثلة .

6- أي معلومات أخرى يمكن اعتمادها لتحديد الضريبة المستحقة على المكلف . ويتوجب على الإدارة الضريبية عند قيامها بهذا التقدير أن تراعي عدة ضوابط تتمثل بما يلي :

1- إشعار المكلف بعد صدور قرار التقدير الأولي وذلك لإعطائه فرصة لتقديم الإقرار الضريبي.

2- الاعتماد على المعلومات والقرائن القانونية والفعلية من أجل تدعيم قرار الربط وتأسيسه.

ويمكن للمدقق تخطي إجراء التقدير الأولي إذا قدم المكلف طلباً بذلك ، ويشترط أن يتخذ الطلب الشكل الخطي حتى يتم الاعتداد به من قبل الإدارة،⁽²⁸⁾ وهذا يتم في حالة توافر الثقة بين المكلف والدائرة الضريبية للقيام بإجراء الربط الضريبي وتساهم في الحد من الإجراءات الإدارية التي تتبعها الدائرة الضريبية لإصدار قرار التقدير الإداري، ولكن يؤخذ على ذلك عدم تحديد الفترة التي يتم خلالها تقديم الطلب من المكلف، ولكن من خلال تتبع أوضاع وإجراءات إصدار قرار التدقيق يتضح انه يتم تقديم الطلب قبل بدء الدائرة الضريبية بإجراءات التقدير الأولي.

وبالاستناد للمادة (31) فإن للمدير الصلاحية لإصدار تعليمات تنفيذية لغاية إصدار قرار التقدير الإداري في هذه الحال، الأمر الذي يوسع من صلاحيات الإدارة ولكن هذه الصلاحية تم منحها للدائرة الضريبية بالاستناد لثقة المكلف بالدائرة لربط الضريبة عليه وفق أحكام قانون ضريبة الدخل ، ولكن يؤخذ على هذه المادة أن صلاحية الإدارة جاءت مطلقة وذلك لأنها لم توضح الأسباب التي يمكن الاستناد إليها في هذه الحالة، حيث أنه كان الأولى بالمشروع تحديد الأسباب التي يمكن للمكلف خلالها أن يلجأ إلى الإدارة لإصدار قرار التقدير الأولي بشكل يمنع التعسف ويزيد الثقة بين الطرفين .

وبعد إصدار قرار التقدير الإداري يتم تبليغ المكلف إشعاراً خطياً بنتيجة قرار التقدير الإداري، ويكون للمكلف الحق في الاعتراض لدى هيئة الاعتراض،⁽²⁹⁾ وهذا يعتبر من ضمانات المكلف في مواجهة الإدارة الضريبية .

المطلب الثاني: حالات تصحيح الربط النهائي

نص المشرع في قانون ضريبة الدخل أن الإدارة لها مجموعة من السلطات والصلاحيات لإجراء التصحيح على قرار التقدير الصادر بعد أن يصبح نهائياً ويكون ذلك في حالة إعادة النظر وحالة تصحيح الأخطاء المادية والمحاسبية التي تقع على قرار التقدير أو التدقيق النهائي . وسيتم دراسة هذا المطلب في الفرعين التاليين:-

الفرع الأول: إعادة النظر بقرار التدقيق " الربط الإضافي " يعتبر إجراء إعادة النظر من الإجراءات التي تسمح للإدارة بالتعرض لتغيير المركز المالي للمكلف الضريبي، حيث تقوم السلطة الضريبية بتقدير دخل أحد المكلفين وربط الضريبة عليه وتحصيلها منه ثم لا تلبث أن تعود عليه مرة أخرى وتخضعه لتقدير آخر يتبع التقدير السابق، وذلك إذا تبين أن التقدير السابق لم يصل إلى دخل المكلف الحقيقي برمته بل تناول جزء منه وبقي جزء منه مجهول لأي سبب من الأسباب ولم تستطع اكتشافه إلا بعد مده من الزمن .⁽³⁰⁾ ويقصد بإعادة النظر (الربط الإضافي) إجراء تتبعه الإدارة الضريبية استثناء عن عملية تقدير الضريبة على عناصر من دخل المكلف لم تخضع سابقاً للتقدير بصورة كلية أو جزئية رغم وجود نص يوجب إخضاعها للتقدير.⁽³¹⁾

وتقوم الدائرة بإجراء إعادة النظر إذا تبين وجود نشاط خفي لم يتم تقديره أو إن كانت الدفاتر المقدمة غير سليمة أو مزورة وغير شاملة لكل عناصر الدخل و إن ثبت للإدارة الضريبية أن الربط تم بأقل مما هو مستحق فعلاً، ويؤخذ بالاعتبار أن الخطأ ممكن أن يصدر من المكلف أو من الإدارة الضريبية في حال أخطأت أو أغفلت نشاطاً معيناً أثناء الربط الأصلي للضريبة.

وإن إثبات العبء الضريبي يقع على عاتق المدقق فإذا تبين للمكلف مصدر دخل إضافي لم يصرح به أو أنه لم يصرح عن حجم المبيعات الفعلي مما أدى إلى انخفاض قيمة الضريبة للخرينة فالواجب على المدقق أن يقيم الدليل على ذلك.⁽³²⁾ ويتم إجراء

إعادة النظر لحماية أموال الخزينة، حيث قد يفوت عليها أموال جراء تصرفات صادرة من المكلف أو من الإدارة الضريبية، ويعتبر هذا التصرف الوجه المقابل لحق الشخص في الرجوع على الدولة ويعتبر هذا التقدير من الحقوق الإجرائية الخاصة بتحديد عمليات التقدير النهائي للدخل الضريبي، والأساس القانوني لإعادة النظر بناء على الحق الذي منحه القانون للدولة ممثلة بالسلطة المالية في إجراء التقدير على دخل المكلف على أساس الدخل الحقيقي، وفي حالة عدم قيام التقدير على هذا الأساس كان لها أن تقوم بإجراء الربط الإضافي.⁽³³⁾

وقد تم تنظيم صلاحية إعادة النظر في قرارات التدقيق في نص المادة (34) من قانون ضريبة الدخل، بحيث يكون للإدارة الضريبية إعادة النظر بقرار التدقيق أو قرار التقدير الإداري أو القرار الصادر من هيئة الاعتراض أو في أي إجراءات تم اتخاذها من المدير أو المدقق أو هيئة الاعتراض، وهذه الصلاحية للمدير أو من يفوضه تعتبر جوازيه، ويتم من خلال فتح ملف المكلف لإعادة التقدير عليه خلال مدة أربع سنوات من تاريخ تقديم الإقرار أو تعديله، ويلاحظ أن إشارة المشرع الأردني لصلاحية إعادة النظر كانت ضمنية وجوازيه للإدارة الضريبية، ولم تكن صريحة وإلزامية .

إن المشرع الأردني أشتراط إمكانية إعادة النظر في قرار التقدير أن يتم منح المكلف فرصة معقولة لسماع أقواله وشرح موقفه، وهذا ما نصت عليه المادة (34/أ) حيث نصت على ضمانات للمكلف في مواجهة الإدارة الضريبية، كما أشتراط أن لا يجري إعادة النظر على أي واقعة سبق الفصل فيها من قبل المحكمة المختصة، إلا إذا كان مصدر الدخل الذي يراد إجراء التقدير الإضافي عليه لم يرد ضمن القرار.⁽³⁴⁾

وقضت محكمة التمييز الأردنية بأنه " إن قرار التدقيق الصادر من شخص غير مفوض بإصداره بتاريخ صدوره يترتب عليه بطلان هذه الإجازة لإصداره "⁽³⁵⁾ ويراعى عند إجراءه عدة شروط، تتمثل بما يأتي :

1- لا يجوز للإدارة أن تقوم بإعادة النظر على ذات النشاط الذي حددت دخله وأرباحه من قبل بطريقة التقدير بل يجب أن تقوم الإدارة بالتحقق من وجود نشاط آخر للمكلف لم يكن معلوم عند قيامها بالربط على الأصلي ذلك بالإستناد لنص المادة (27)

من ذات القانون، لذلك يجب أن تكون جديدة ومختلفة عن تلك التي تم عليها الربط الأصلي بحيث ينتج عنها عائد ربحي جديد للمكلف.

2- أن يكون سبب الربط الإضافي دليل مادي قطعي مثل الاحتيال أو الخطأ أو الإهمال ويجب أن يكون لدى الإدارة الضريبية شك مقبول من حيث القوة لقناعتها بوجود خطأ أو تقصير، بحيث يكون عدم علمها بأوجه النشاط يرجع للمكلف نفسه من خلال استخدامه طرق احتيالية أو أدلائه ببيانات غير صحيحة أو تقديم مستندات لا تتضمن حقيقة نشاطه.⁽³⁶⁾

3- ويجب أن يتم تبليغ قرار إعادة النظر للمكلف بحيث يتضمن الوقائع والتاريخ والنواحي الشكلية ومن ثم الانتقال للموضوعية والحيثيات ثم القرار،⁽³⁷⁾ حيث أن التبليغ يجب أن يتضمن الأساس الذي بني عليه إعادة النظر وأسس الربط الأصلي كذلك وأسباب التعديل، إذ إنه من حق المكلف أن يعلم بإجراء إعادة النظر على دخله من خلال تبليغه به وكل ما يتعلق به وأسبابه والأدلة القائمة لدى الدائرة الضريبية وما يتم من تعديل على الربط الأصلي، ويترتب على عدم تبليغه بطلان الربط الأصلي⁽³⁸⁾.

ويجب على الإدارة أن تبلغ المكلف بإشعار خطي بنتيجة القرار المعدل ويعتبر هذا القرار قابل للطعن أمام المحكمة خلال ثلاثين يوم من تاريخ التبليغ⁽³⁹⁾، وبالاستناد لنص المادة (4) من تعليمات تدقيق قرارات ضريبة الدخل فقد نصت على " لا يكون القرار الخاضع للتدقيق وفق أحكام الفقرة (3) من ذات التعليمات نهائياً وملزماً ولا ينتج أي أثر له قبل المصادقة عليه من المدير أو من يفوضه لهذه الغاية ويعتبر أي تبليغ قبل المصادقة عليه باطلاً "

وقضت محكمة التمييز " حيث أن ما يستفاد من نص المادة (34) والمادة (4) من تعليمات تدقيق قرارات ضريبة الدخل إن قرار التدقيق لا يعتبر نافذاً إلا بعد المصادقة عليه من قبل المدير أو من يفوضه ".⁽⁴⁰⁾ وإن المدة الزمنية التي يتم خلالها إعادة النظر بالربط يكون خلال أربع سنوات من تاريخ تقديم الإقرار أو من تاريخ صدور قرار التقدير الإداري أو تاريخ صدور قرار هيئة الاعتراض وإلا عدت إجراءات التقدير الإضافي غير قانونية، وهذا يعتبر قيد على الإدارة الضريبية وضمانة للمكلف

بحيث إن هذه المدة تعتبر مدة سقوط وليس مدة تقادم⁽⁴¹⁾، وقضت محكمة التمييز الأردنية " أن هذه المدة مدة سقوط وليس تقادم، وإنها من النظام العام بحيث تستطيع المحكمة إثارتها من تلقاء نفسها، و بالتالي لا تخضع لأحكام الوقف أو الانقطاع التي تخضع لها مدة التقادم، وعلى الموظف المفوض أن يبدأ بإجراءاته وينتهي منها قبل انتهاء الأربع سنوات المنصوص عليها، وأنه لا يجوز ممارسة أي صلاحية بعد انتهاء السنوات الأربع وذلك استقرار لمبدأ المعاملات"⁽⁴²⁾

ويؤخذ على هذه المادة عدم إعطائها المكلف الحق في الإعتراض لدى هيئة الإعتراض في الإدارة الضريبية وجعلت الإعتراض مقتصرأً أمام المحكمة، وكان الأصل أن يكون هذا القرار خاضع للطعن بالاعتراض للتخفيف عن المحاكم وعن المكلفين،⁽⁴³⁾ وإن مدة إعادة النظر في القرار محددة بالقانون بأربع سنوات وتعتبر هذه المدة طويلة جداً وتؤدي إلى عدم استقرار المركز المالي للمكلف، وذلك لأنه بعد أربع سنوات من دفع الضريبة قد يفاجئ المكلف بزيادة أو تعديل مقدار الضريبة .

ويرى الباحثان أن المادتين (3/أ/28) والمادة (34) نصتا على صلاحية للمدير أو المدقق لإعادة النظر بالربط الضريبي، فالمادة (28) نصت على إعادة النظر بالنسبة للإقرارات التي تم قبوها دون أن تدخل في العينة خلال سنتين، والمادة (34) نصت على صلاحية إعادة النظر بالربط الضريبي بالنسبة لقرار التقدير الإداري أو فرض الضريبة المقطوعة أو الإقرار من تاريخ قبولها أو تعديلها، أي أن كلا المادتين نصتا على صلاحية إعادة النظر، ولكن كان من المستحسن على المشرع أن لا يقوم بالتركاز، حيث كان من الأولى أن يتم صياغتها في نص قانوني واحد وشامل للحالات السابقة.

يتضح أن صلاحية إعادة النظر "الربط الإضافي " تتم بعد إجراء الربط النهائي للضريبة على المكلفين وأنها تعتبر بمثابة رقابة أو تدقيق على ما تم من إجراءات الأمر الذي يدفع الباحثة إلى اقتراح بأن تكون صلاحية إعادة النظر من اختصاصات هيئة الاعتراض وليس للمدير أو المدقق أن يقوموا بها لأن أعضاء هيئات الاعتراض

مدققين وأدعى للمصادقية كذلك ، ويكون إجراءاته محدد بفترة سنتين وليس أربع سنوات من تاريخ تبليغ المكلف بقرار الربط الضريبي .

الفرع الثاني: التقدير لتصحيح الأخطاء الحسابية الواردة في قرار التقدير: راعى المشرع الأردني إمكانية وقوع خطأ بشري أثناء تقديم الإقرار أو التدقيق بطريق السهو العرضي، حيث أجاز أن يتم تصحيح هذه الأخطاء من خلال اتخاذ قرار يصدر من قبل مدير عام الضريبة أو من يفوضه أو من قبل المدقق أو بناء على طلب من المكلف، وتعتبر هذه الصلاحية جوازيه وليست صلاحية وجوبية في حال تم تقديم الطلب من المكلف.⁽⁴⁴⁾

وذلك لأن المشرع خرج عن الأصل الثابت في مجال تقرير الحق في الطعن بقرارات دائرة ضريبة الدخل بتصحيح الأخطاء الحسابية والكتابية في الإشعارات لصالح إعتبار مثل هذه القرارات نهائية، وهذا ما يشكل حرمان للمكلفين في الأردن ولفترة طويلة من اللجوء للقضاء وإشباع غريزة العدالة التي كرسها الدستور .⁽⁴⁵⁾

وإن جوهر الرقابة الدستورية على التشريعات الضريبية يقوم على دراسة مدى اتفاق أو تعارض أحكام القانون مع الدستور، ومن ثم ينزل القاضي حكم القانون على الواقعة محل النزاع،⁴⁶ ولذلك وبالإستناد لنص القانون لم تكن القرارات الصادرة بتصحيح الأخطاء المحاسبية سابقا تخضع للطعن الإداري بطريق الاعتراض لدى الإدارة الضريبية بأي شكل من الأشكال سواء تم التصحيح من قبل الإدارة الضريبية أو بناء على طلب المكلف الخطي،⁽⁴⁷⁾ ولكن هذا النص يعتبر غير دستوري لما قد يحدث ضرراً كبيراً على المكلفين مما يترتب عليه عدم استطاعتهم اللجوء للقضاء لطلب التعديل، مما يعني مصادرة حقهم في التقاضي الذي كفله الدستور الأردني في الفقرة (أ) من المادة (101) التي نصت على أن المحاكم مفتوحة أمام الجميع ومصونة من التدخل في شؤونها .

وقضت المحكمة الدستورية بحكمها القضائي " بعدم دستورية الجزء الأخير من المادة (72) من قانون ضريبة الدخل والتي تنص على إعتبار القرار الصادر لتصحيح الأخطاء الحسابية والكتابية في القرارات والإشعارات الضريبية غير خاضعة للطعن،

واستندت المحكمة الدستورية في قرارها الصادر إلى أن الحكم القانوني السابق يخالف مبدأ المساواة بين الأردنيين الذي قرره المادة (6) من الدستور كما أنه يحرم المكلفين من حق اللجوء إلى القضاء بشكل يخالف أحكام المادة (1/101) من الدستور والتي تعتبر المحاكم الأردنية مفتوحة أمام الجميع، حيث أن الدستور هو الضامن الكفؤ لعدالة جميع التشريعات النافذة، والرقيب المكين على عدم مخالفتها لأحكام الدستور هو الدستور نفسه وأنه يتعين على المشرع أثناء تصديده لإنجاز القوانين والأنظمة أن يتقياً بظلال رقابة أحكام الدستور.(48)

وفي نهاية الحديث عن الربط الضريبي من حيث بيان ماهيته و حالاته ومن ثم بيان إجراءاته بالنسبة للربط الذاتي والربط الإداري يتبين عدم وجود ضمان فعلي لحقوق المكلفين نتيجة كون القواعد القانونية المتعلقة بأحكام الربط الإداري غير كافية لتحقيق هذه الغاية ولا لتحقيق العدالة الضريبية، ويعود ذلك لكثرة التعديلات التي تتم على قانون ضريبة الدخل الأردني بالإضافة للتوسع في الصلاحيات الممنوحة للإدارة الضريبية في مواجهة المكلف الضريبي، ولذلك تأمل الباحثة من المشرع الضريبي إعادة النظر في النصوص القانونية التي تم الإشارة إليها وتعديلها بشكل يحافظ على حقوق المكلفين وضماناتهم بشكل فعلي من جهة، وحماية حقوق الخزينة وتقيد الصلاحيات الممنوحة للإدارة الضريبية بشكل يحقق العدالة لكلا الطرفين .

الخاتمة

توصلت الباحثة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، أهمها:-

النتائج :

- 1- أن الفقرة " د " من المادة(29) فإنها وضعت ضماناً للمكلف من خلال منع المدقق من إصدار إشعار للمكلف بنتيجة التدقيق بعد مرور أربع سنوات من تاريخ تقديم الإقرار أو من تاريخ تعديله، لكن يؤخذ عليها طول المدة وأنها لا تساهم في استقرار المعاملات الضريبية.
- 2- أن عدم إصدار قرار التدقيق خلال فترة السنة والسنتين مع التزام المدقق بإصدار مذكرة التدقيق وإشعار التدقيق خلال أربع سنوات يؤدي إلى بطلان القرار - لم

يأخذ به المشرع- الصادر وذلك لأن المواعيد المحددة بالقانون تعتبر من القواعد الآمرة والمتعلقة بالنظام العام التي يجب على المدقق الالتزام بها

3- يعتبر القيام بإجراء الربط الأولي ضماناً للمكلف، لإعطائه فرصة بتقديم إقراره وإتمام إجراءاته الضريبية قبل قيام دائرة الضريبة بالربط النهائي للضريبة، حيث أن الدائرة تربط بالإستناد للتقدير الأولي ثم يتم تبليغ للمكلف وإعطائه فترة ثلاثون يوم ليقدم إقراره وإلغاء التقدير الأولي مما يساهم في الحفاظ على حقوق وضمانات المكلف.

4- وقد شجع المشرع الأردني التقدير الذاتي من خلال اعتبار قرار التقدير الأولي غير نهائي لغايات الاعتراض أو الطعن القضائي، واعتبار هذا القرار ملغى حكماً في حال تقديم المكلف إقراره الضريبي عن الفترة أو الفترات المحددة إضافة إلى دفعه الضريبة المستحقة عليه وأي مبالغ وغرامات أخرى خلال ثلاثين يوم من تبليغه قرار التقدير الأولي.

5- أن قبول المكلف تقدير الإدارة لأرباحه يعتبر بمثابة اتفاق بينهما على قيمة الضريبة على وجه صحيح وقانوني، ويعتبر اتفاق ملزم للطرفين ومانع للمكلف من العودة للمناقشة متى كانت إرادته خالية من عيوب الرضا ولم يثبت عدوله عنها بدليل جائز القبول قانوناً .

6- لقد تم تنظيم صلاحية إعادة النظر في قرارات التدقيق في نص المادة (34) من قانون ضريبة الدخل، بحيث يكون للإدارة الضريبية إعادة النظر بقرار التدقيق أو قرار التقدير الإداري أو القرار الصادر من هيئة الاعتراض أو في أي إجراءات تم اتخاذها من المدير أو المدقق أو هيئة الاعتراض.

7- أن المادتين (28/3/أ) والمادة (34) من قانون ضريبة الدخل نصتا على صلاحية للمدير أو المدقق لإعادة النظر بالربط الضريبي.

التوصيات :

1- يوصي الباحثان إلى ضرورة دمج جميع الحالات إعادة النظر التي تم النص عليهم في المادة (28) والمادة (34) من قانون ضريبة الدخل في مادة واحدة لتوحيد

الأحكام القانونية المتعلقة بها خاصة فيما يتعلق بالمدد وذلك لتحقيق الاستقرار للمعاملات المالية وزيادة ثقة المكلف بإجراءات الربط الضريبي وإعادة النظر فيها وجعل هذا الاختصاص لهيئة الطعن وليس للإدارة الضريبية .

2- يوصي الباحثان إلى ضرورة تعديل نص المادة (29) من قانون ضريبة الدخل من خلال إلغاء عبارة " مضاعفة المدة المذكورة " بحيث لا يكون للمدير صلاحية التمديد من خلال إصدار قرار إداري إلا في حالة ثبوت جرم التهرب الضريبي، وليس إمكانية التمديد بالإستناد إلى بيئة التهرب .

3- يوصي الباحثان أن يوحد المشرع الضريبي الأحكام القانونية المتعلقة بصلاحيات المدير أو المدقق في إعادة النظر في قرارات الربط الضريبي خاصة فيما يتعلق بالمدة القانونية التي منحها المشرع للمدير أو المدقق المفوض في إعادة النظر في قرارات الربط الضريبي حيث تختلف المادة (3/أ/28) عنه المادة (34/أ) من القانون ذاته .

4- يوصي الباحثان المشرع الضريبي الأردني بترتيب البطلان على عدم إصدار قرار التدقيق خلال سنتين من تاريخ إصدار مذكرة التدقيق ، الأمر الذي يؤدي إلى تعزيز ثقة المكلفين بالإجراءات المتبعة من قبل دائرة ضريبة الدخل .

المراجع

الكتب القانونية

- 1- أبو حشيش، خليل عواد: دراسات متقدمة في المحاسبة الضريبية، ط 1، عمان، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2004. .
- 2- أبو كرش، شريف مصباح: إدارة المنازعات الضريبية في ربط وتحصيل الضرائب، ط 1، عمان : دار المناهج للنشر والتوزيع، 2004 .
- 3- الججاوي، طلال محمد العنكي، هيثم علي: المحاسبة والتحاسب الضريبي، العراق كربلاء دار الكتب موزعون -ناشرون، 2014 .
- 4- الرفاعي، خليل: المحاسبة الضريبية، الأردن: دار حنين للنشر والتوزيع، 2005.

- 5- الشافعي، محمد إبراهيم: محاضرات في الضريبة على الدخل، بدون طبعة، بدون دار نشر، 2005.
- 6- الصغير، طارق: إجراءات التقاضي لدى المحاكم الابتدائية في قرارات التوظيف الإجباري ، دون طبعه، دون دار نشر.
- 7- العطور، رنا إبراهيم: التهرب من ضريبة الدخل في الأردن ، مطابع الشمس، الأردن، عمان، 1993.
- 8- العطية، وليد عبد الكريم : الطعن بقرار ضريبة الدخل، عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2017.
- 9- توحيد، هشام علي: الموجز في الفقه الضريبي ، قسم البحوث بالمكتب الاستشاري الحديث، مصر، دون طبعه، دون نشر.
- 10- جاسم، زينب منذر: التقدير الإضافي في قانون ضريبة الدخل دراسة مقارنة، دون طبعة، دون نشر.
- 11- خطاب، إكرامي بسيوني : القاضي الدستوري ورقابته للتشريعات الضريبية، بدون طبعة، مصر :المكتب الجامعي الحديث، 2012 .
- 12- عواد، قيس حسن: المركز القانوني للمكلف الضريبي ، ط1 ،الأردن : دار المناهج للنشر و التوزيع ، 2014.
- 13- صالح، نائل عبد الرحمن: ضريبة الدخل أحكامها والجرائم الواقعة عليها، عمان: مركز الجامعة للنسخ السريع، بدون طبعه ، 1986.
- 14- قانون ضريبة الدخل -تقييم للواقع والبدائل المختلفة ، مركز الدراسات الإستراتيجية -الجامعة الأردنية بالتعاون مع غرفة تجارة عمان، أيار/مايو 2018 ..
- 15- وفا، عبد الباسط : فض منازعات الضرائب على الدخل بالطريق الإداري، بدون طبعة، مصر : دار النهضة العربية، 2001 .
- 16- معبدي، شوقي نمر: المفصل في قانون ضريبة الدخل الأردني، عمان : المكتبة الوطنية، 1995، ص 183 .

17- مشروع الفوترة الوطني، وزارة المالية - دائرة ضريبة الدخل والمبيعات، الأستاذ سهم الجمل، غير منشور .

الأحكام القضائية

منشورات برنامج قرارك

منشورات مركز عدالة

التشريعات

دستور المملكة الأردنية الهاشمية لسنة 1952 .

قانون ضريبة الدخل الأردني رقم 34 لسنة 2014 وتعديله في القانون رقم 38 لسنة 2018.

تعليمات تحديد أسس وإجراءات التقدير الأولي لضريبة الدخل رقم (3) لسنة 2015

تعليمات اقتطاع ضريبة الدخل رقم 2 لسنة 2019 .

تعليمات إصدار قرار التقدير الإداري بناء على طلب الكلف رقم 1 لسنة 2020 .

المواقع الإلكترونية

1- نصرأوين، ليث كمال: مقال المحكمة الدستورية تكرر الحق في التقاضي،

جريدة الرأي، 2018/12/10، رابط الموقع المحكمة الدستورية تكرر الحق في

التقاضي - صحيفة الرأي <http://alrai.com/article/10462145> كتاب/المحكمة-

الدستورية-تكرر-الحق-في-التقاضي تاريخ الدخول للموقع 2020/2/13 الوقت

4:34

الهوامش والمراجع المعتمدة

(1) المادة (26/أ) من قانون ضريبة الدخل الأردني .

(2) العطور، رنا إبراهيم: التهرب من ضريبة الدخل في الأردن، مطابع الشمس،

عمان، الأردن، 1993.

(3) صالح، نائل عبد الرحمن: ضريبة الدخل أحكامها والجرائم الواقعة عليها، عمان:

مركز الجامعة للنسخ السريع، بدون طبعه، 1986، ص 35 .

- (4) المادة (28/أ1) من قانون ضريبة الدخل الأردني .
- (5) المادة (28/أ3) من قانون ضريبة الدخل الأردني .
- (6) الشافعي، محمد إبراهيم :محاضرات في الضريبة على الدخل، بدون طبعة، بدون دار نشر، 2005، صفحة 280.
- (7) الشافعي، محاضرات في الضريبة على الدخل ، مرجع سابق، صفحة 281
- (8) قانون ضريبة الدخل -تقييم للواقع والبدائل المختلفة، مركز الدراسات الاستراتيجية -الجامعة الأردنية بالتعاون مع غرفة تجارة عمان، أيار/مايو 2018، ص 40.
- (9) العطية، وليد عبد الكريم، الطعن بقرار ضريبة الدخل، عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2017، ص 102.
- (10) معبدي، شوقي نمر: المفصل في قانون ضريبة الدخل الأردني، عمان : المكتبة الوطنية، 1995، ص 183 .
- (11) وفا، عبد الباسط: فض منازعات الضرائب على الدخل بالطريق الإداري، بدون طبعة، مصر : دار النهضة العربية، 2001، ص 42-43
- (12) العطية، الطعن بقرار ضريبة الدخل ، مرجع سابق، صفحة 154-155 .
- (13) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق)، قرار رقم (382/1996)، من موقع قراارك
- (14) أبو حشيش، خليل عواد : دراسات متقدمة في المحاسبة الضريبية، ط 1، عمان : دار الحامد للنشر والتوزيع 2004،، صفحة 379 .
- (15) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم (2837/2019)، تاريخ 15-5-2019، من موقع قراارك .
- (16) الصغير، طارق، إجراءات التقاضي لدى المحاكم الابتدائية في قرارات التوظيف الإجباري ، دون سنة نشر، ص 21-22
- (17) المادة (29/ج) من قانون ضريبة الدخل الأردني .

- (18) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق)، رقم 2019/5868، بتاريخ 2019/9/25، من موقع قرارك .
- (19) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق)، رقم 2019/2845 صادر بتاريخ 2019/12/8، من موقع قرارك .
- (20) الرفاعي، خليل، المحاسبة الضريبية، الأردن: دار حنين للنشر والتوزيع، 2005، ص 189 .
- (21) المادة (4) من تعليمات تحديد أسس وإجراءات التقدير الأولي لضريبة الدخل رقم (3) لسنة 2015 وتعديلاته .
- (22) مشروع الفوترة الوطني، وزارة المالية - دائرة ضريبة الدخل والمبيعات، الأستاذ سهم الجمل، غير منشور .
- (23) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم (2018/5586) من موقع قرارك .
- (24) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق)، رقم (2019/2923) موقع قرارك .
- (25) أبو كرش، شريف مصباح : إدارة المنازعات الضريبية في ربط وتحصيل الضرائب، ط1، عمان : دار المناهج للنشر والتوزيع 2004، ص291
- (26) نصت المادة (31/أ) من قانون ضريبة الدخل على : "إذا لم يقدم المكلف إقراراً ضريبياً بعد مرور ثلاثين يوم من تاريخ تبليغه الإشعار الخطي بنتيجة قرار التقدير الأولي فيجوز للمدقق إصدار قرار تقدير إداري بالاستعانة بأي من مصادر المعلومات التي تحددها التعليمات التنفيذية "
- (27) المادة (3) من تعليمات التنفيذية لمصادر معلومات قرار التقدير الإداري رقم (6) لعام 2015 .
- (28) المادة (31/ب) من قانون ضريبة الدخل الأردني .
- (29) المادة (31/ج) من قانون ضريبة الدخل رقم 34 لعام 2014 وتعديله .
- (30) الجاوي، طلال محمد العنكي، هيثم علي ، المحاسبة والتحاسب الضريبي، العراق كربلاء دار الكتب موزعون - ناشرون، 2014، صفحة 82 .

- (31) عواد، قيس حسن: المركز القانوني للمكلف الضريبي، ط1، الأردن : دار المناهج للنشر و التوزيع ،2004،، صفحة 116 .
- (32) أبو كرش، إدارة المنازعات الضريبية في ربط وتحصيل الضرائب ، مرجع سابق، ص 239 .
- (33) جاسم، زينب منذر: التقدير الإضافي في قانون ضريبة الدخل دراسة مقارنة، ص 268 .
- (34) ابو حشيش، دراسات متقدمة في المحاسبة الضريبية ، مرجع سابق، ص392.
- (35) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم (2019/5639)، تاريخ 2019/9/23 من موقع قرا رك .
- (36) المادة (34/أ) من قانون ضريبة الدخل الأردني .
- (37) توحيد، هشام علي: الموجز في الفقه الضريبي ، قسم البحوث بالمكتب الاستشاري الحديث، مصر،1993، صفحة 171 .
- (38) المادة (34/د) من قانون ضريبة الدخل الأردني .
- (39) المادة (34/د) من قانون ضريبة الدخل الأردني .
- (40) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم (2019/4445) تاريخ 2019/8/1، من موقع قرا رك .
- (41) العطية، وليد عبدالكريم: الطعن بقرار ضريبة الدخل ، عمان، دار الثقافة، 2017، صفحة 162 .
- (42) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم (1998/1791) تاريخ 1998/2/6، هيئة خماسية منشورات مركز عدالة عمان .
- (43) العطية، الطعن بقرار ضريبة الدخل ، مرجع سابق، صفحة 164 .
- (44) المادة (72) من قانون ضريبة الدخل الأردني .

- (45) نصرأوين، د ليث كمال (2018) مقال المحكمة الدستورية تكرس الحق في التقاضي، جريدة الرأي، 2018/12/10، رابط الموقع المحكمة الدستورية تكرس الحق في التقاضي - صحيفة الرأي
- <http://alrai.com/article/10462145> كتاب/المحكمة-الدستورية-تكرس-الحق-
في-التقاضي تاريخ الدخول للموقع 2020/2/13 الوقت 4:34 .
- (46) خطاب، إكرامي بسيوني : القاضي الدستوري ورقابته للتشريعات الضريبية، بدون طبعة، مصر :المكتب الجامعي الحديث، ، 2012،ص 63.
- (47) العطية، الطعن بقرار ضريبة الدخل ، صفحة 167 .
- (48) قرار المحكمة الدستورية رقم (2018/7) عدد الجريدة الرسمية 5549 بتاريخ 2018/12/16 .

تاريخ القبول: 2020/11/14

تاريخ الإرسال: 2020/07/08

التأصيل القانوني لحقوق الموظف العام المصاب بإصابة عمل في القانون الأردني

Legal rooting for the rights of a public employee injured in a work injury in Jordanian law

د.عبدالله خلف الرقاد*¹Abdallah.raggad@gnu.edu.jo، (الأردن)، الجامعة الألمانية الأردنية،¹د. أسماء محمد الرقاد²

كلية الحقوق، جامعة البلقاء التطبيقية، السلط، (الأردن)، dr.asma@bau.edu.jo

المخلص

تتمحور هذه الدراسة حول الأساس القانوني لحقوق الموظف المصاب بإصابة عمل أو بإصابته بمرض من أمراض المهنة في قوانين الخدمة المدنية ، وقانون الضمان الاجتماعي لبيان مدى كفاية هذه النصوص في ضمان حقوق الموظف المصاب، حيث إنّ هناك فئة من الموظفين مشمولة فيما يتعلق بتأمين إصابات العمل وأمراض المهنة بأحكام قانون الضمان الاجتماعي، إلا أنّ هناك فئة بقيت تحت مظلة قانون التقاعد المدني، بالرغم من أن نظام الخدمة المدنية الأردني هو الذي يحكم شريحة الموظفين العاملين التابعين لأجهزة الدولة ومؤسساتها إلا أنه خلا من أي تنظيم واضح المعالم لإصابة العمل وأمراض المهنة ، ولم يضع الإطار القانوني الذي يتلاءم مع طبيعة الموظف العام وخصوصية الوظيفة العامة وارتباطها بالدولة، وكان من الأجدر أن تفرد نصوص خاصة بقوانين الخدمة المدنية ونظام الخدمة المدنية الأردني والذي يحكم قطاع كبير من العاملين في الدولة لتنظيم إصابة العمل وأمراض المهنة ووضع الإطار القانوني للحقوق المترتبة عليها للموظف والإجراءات المترتبة في اقتضاؤها.

الكلمات المفتاحية: الموظف العام ، إصابة العمل.

*المؤلف المرسل

Summary

This study revolves around the legal basis for the rights of an employee who is injured in a work injury or is afflicted with a disease of the profession in the civil service laws, and the Social Security Law to indicate the adequacy of these texts in with regard to insurance of work injuries and occupational diseases According to the ensuring the rights of the injured employee, as there is a category of employees covered provisions of the Social Security Law, however, there is a category that remained under the umbrella of the Civil Retirement Law, although the Jordanian civil service system is the one that governs the public employees segment of state agencies and institutions, but it is devoid of any clear-cut regulation of work injury and occupational diseases, and has not set the legal framework Which is appropriate to the nature of the public employee and the privacy of the public office and their association with the state, where it was better to single out texts specific to the crucifixion of civil service laws and the Jordanian civil service system, which governs a large sector of workers in the state to regulate work injury and occupational diseases and set the legal framework for the employee's rights and the resulting procedures In the requirement of these rights.

Key words: public employee, work injury.

مقدمة

من المعلوم أن كثيراً من موظفي الدولة يتعرضون لمخاطر الإصابة بإصابات عمل، والتي قد ينجم عنها عجز كلي أو جزئي ، وفي كثير من الأحيان لا يحصلون على التعويض المناسب لعدم درايتهم بالإجراءات الواجب اتباعها أو عدم معرفتهم بالقواعد القانونية الصادرة بهذا الشأن، بالإضافة إلى القصور التشريعي في كثير من الأحيان، وفئة الموظفين في الأردن تشكل الشريحة الأكبر التي تحكمها قوانين الخدمة المدنية، وعليه فإن الموظف معرض للإصابة بإصابة عمل أو مرض من أمراض المهنة بحسب وظيفته، حيث قد تحدث الإصابة للموظف أثناء أدائه لوظيفته أو بسببها في مكان عمله أو خارجه، وقد تقع أثناء العمل لكن ليس بسببه، وفي جميع الأحوال لابد

من وجود العلاقة الكافية بين الإصابة وبين ظروف العمل والوظيفة التي أدت إلى حدوثها.

إلى جانب أن هناك العديد من الوظائف الحكومية الشاقة أو الضارة التي يترتب عليها ما يسمى بأمراض المهنة التي تلحق بهم مع طول المدة في مزاولة تلك الأعمال. وبناء على ذلك فإن الموظف إذا ما تعرض للإصابة وثبت بتقارير طبية أنها حدثت أثناء العمل أو بسببه تنقرر له حقوق ويترتب له تعويض عن إصابته بموجب القوانين والأنظمة ، مع التأكيد على خصوصية الموظف واختلاف طبيعة وظيفته وعمله عن كل الفئات العاملة من حيث عمله في القطاع العام .

إشكالية الدراسة

تتحد إشكالية الدراسة بتحديد الأساس القانوني الذي يمكن الرجوع إليه في ضمان حقوق الموظف العام المصاب خاصة وأن الموظف العام يتبع لنظام الخدمة المدنية والذي بدوره خلا من أي تنظيم واضح المعالم لهذه الحقوق خاصة وأنه أخضع فئة كبيرة من الموظفين إلى أحكام قانون الضمان الاجتماعي الذي تعامل مع الموظف كغيره من العاملين في القطاع الخاص، وأبقى النظام على فئة أخرى خاضعة لقانون التقاعد المدني والذي يشوبه الخلل في تنظيم هذه المسألة.

هدف الدراسة

جاءت الدراسة لتسلط الضوء على حقوق الموظف المصاب بإصابة عمل أو بأي مرض من أمراض المهنة، بالإضافة إلى تحديد المقصود بالموظف العام والمقصود بإصابة العمل وأمراض المهنة ، وتحليل نصوص القوانين والأنظمة التي تنظم هذا الموضوع لتحديد الأساس القانوني الواضح الذي يقرر هذه الحقوق وإمكانية التعويض في حال الإصابة، وما هي الإجراءات المتبعة في ذلك، وما مدى كفاية النصوص التشريعية في إقرار هذه الحقوق؟

منهج الدراسة

اتبعت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي وذلك من خلال استعراض النصوص ذات العلاقة وتحليلها وربط النصوص القانونية مع بعضها في محاولة للوصول إلى نتيجة

بإظهار مواطن الخلل والقصور في تنظيم حقوق الموظف عند إصابته بإصابة عمل ،
مستعنيين باجتهادات القضاء والآراء الفقهية كلما اقتضت الحاجة.

خطة الدراسة

المبحث الأول: ماهية إصابة العمل وأمراض المهنة

المطلب الأول: تعريف إصابة العمل وأمراض المهنة

المطلب الثاني: شروط إصابة العمل وأمراض المهنة

المبحث الثاني: الأساس القانوني لضمان حقوق الموظف العام المصاب والتعويض
عن إصابته

المطلب الأول: تعريف الموظف العام

المطلب الثاني: فئات الموظفين المشمولين بأحكام قانون الضمان الاجتماعي والفئات

الخاضعة لأحكام قانون التقاعد المدني

المطلب الثالث: الحقوق المقررة للموظف العام المصاب وإجراءات التعويض عن
الإصابة

المبحث الأول: ماهية إصابة العمل وأمراض المهنة

قد يتعرض الموظف العام أثناء أدائه لوظيفته أو بسببها إلى إصابة عمل أو إصابته
بأحد أمراض المهنة مما يستلزم منا الوقوف لتحديد المقصود بإصابة العمل وأمراض
المهنة وشروطها على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف إصابة العمل وأمراض المهنة

من النادر أن تلجأ القوانين إلى تعريف إصابة العمل وأمراض المهنة وترك الأمر
لاجتهاد الفقه والقضاء ، إلا أن المشرع الأردني أورد تعريف إصابة العمل في بعض
القوانين .

ولقد عرف جانب من الفقه إصابة العمل بأنها: (الواقعة التي تسبب المساس بجسم
الإنسان في مسبب خارجي مقرون بعنصر المفاجأة)¹ .

وقد عرف مرض المهنة بأنه : (ظاهرة مزمنة ناتجة عن تسمم مسبب من المواد التي
يعمل فيها العامل كأمراض معدية ميكروبية ناتجة عن العمل في المجاري والفحم

الحجري، والأمراض المتوقعة نتيجة عن الوسط، والجو الذي يجري العمل فيه، مثل :
الهواء الضاغط، أو الغازات)، ويعرف أيضا : (التغير أو التلف في هيكليّة الأعضاء
الجسدية، تؤثر على الصحة ويكون له أسباب وأعراض تؤثر على صحة المريض
وتمنعه من العمل).²

أما من حيث المفهوم التشريعي لإصابة العمل وأمراض المهنة فقد عرف قانون
الضمان الاجتماعي في المادة الثانية منه بأنها: (الإصابة بأحد أمراض المهنة في
الجدول رقم 1 أو أي أمراض أخرى يقرر المجلس إضافتها لهذا الجدول بناء على
تسبب المرجع الطبي، أو الإصابة الناشئة عن حادث وقع للمؤمن عليها أثناء تأديته
لعمله و بسببه بما في ذلك كل حادث يقع له خلال ذهابه لعمله أو عودته منه شريطة
أن يكون ذلك بالشكل المعتاد أو أن يكون الطريق الذي سلكه مسارا مقبولا للذهاب إلى
العمل أو الإياب منه).

كما بين قانون العمل الأردني أن: (إصابة العمل تكون نتيجة وقوع حادث أثناء تأدية
العمل أو بسببه ويعتبر في حكم ذلك الحادث الذي يقع للعامل أثناء ذهابه لمباشرة عمله
أو العودة منه وكذلك إصابته بمرض معين باعتباره مرض مهني ضمن قانون العمل)³
أما عن مرض المهنة فإنه يصعب من حيث الجانب التشريعي وضع تعريف جامع
لأمراض المهنة إنما يعتبر المشرع أن الإصابة بها هي إصابة عمل موجبة للضمان
وتم وضع جداول خاصة تدرج فيها أمراض المهنة وشروطها أو يتم تغطيتها وفق
نظام التغطية الشاملة باعتبار الحماية من كل مرض يثبت أصله المهني.

وبناء على ما تقدم نجد أن المشرع الأردني اقتصر على تعريف إصابة العمل
وأمراض المهنة في قانون الضمان الاجتماعي والذي يشمل فئة معينة من الموظفين
العامين سيتم بحثها لاحقاً ، وفي قانون العمل الذي يطبق على فئة العمال ولا ينطبق
إطلاقاً على الموظف العام ، مما حدا بنا إلى النظر في نظام الخدمة المدنية لنجد أنه لم
يقم بوضع تعريف لإصابة العمل أو أمراض المهنة ولم يضع جداول لأمراض المهنة
التي قد يصاب بها الموظف العام ، كذلك الأمر بالنسبة لقانون التقاعد المدني والذي
يحكم فئة لا بأس بها من الموظفين العامين، مما يمثل قصور تشريعي لا بد وأن ينتبه له

المشرع لتبني نظام خاص بإصابات العمل وأمراض المهنة التي قد يصاب بها الموظف العام وفق معايير تضمن اتخاذ مدى أوسع لمعيار الإصابة خاصة الإرهاق والتعب الذي يصيب الموظف العام حيث خلت القوانين السابقة التي وضعت تعريف للإصابة من الإشارة إليه مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية الموظف العام وطبيعة وظيفته المختلفة عن غيرها والجهة التي يتبع لها .

وقد عرفت محكمة التمييز الأردنية إصابة العمل في قرارات عديدة لها منها: (أنها تلك الإصابة الناشئة عن حادث فجائي عنيف يحدث ضرر جسماني للعامل أثناء العمل أو بسبب العمل ويشمل ذلك مخاطر الطريق ، وهي كل ضرر يصيب العامل جسدياً أثناء العمل أو بسبب العمل أو بمناسبته ونتيجة له أو لأجله أيأ كان مكان وقوعه ويحدث خللاً في قدرة العامل على الاستمرار في أداء عمله المعتاد عليه كلياً أو جزئياً مؤقتاً أو دائماً)⁴. وهنا لم نجد تعريف خاص بقرارات المحكمة لإصابة الموظف إصابة عمل إنما جاءت أغلب القرارات بتعريف عام مستندة على تعريف قانوني العمل والضمان الاجتماعي الأردني.

وعليه يمكن اقتراح تعريف لإصابة الموظف بإصابة عمل بأنها: (كل ما يصيب الموظف العام من إصابة عمل أو حادث أو مرض من أمراض المهنة أو تعب وإرهاق بحسب وظيفته وطبيعتها بشكل عنيف ومفاجئ يترتب عليها ضرر سواء كانت الإصابة أو الحادث أو المرض وما يصيبه من تعب وإرهاق قد وقع له أثناء تأديته لوظيفته أو بسببها أو أثناء ذهابه إليها أو العود منها بشرط أن يكون الطريق الذي سلكه مساراً مقبولاً للذهاب إلى الوظيفة والعودة منها وضرورة توافر الرابطة السببية بين الوظيفة والإصابة) .

المطلب الثاني: شروط إصابة العمل وأمراض المهنة

لا يمكن اعتبار الإصابة التي تحدث للموظف العام بأنها إصابة عمل إلا إذا توافرت فيها الشروط القانونية سواء أكانت أثناء أدائه لوظيفته أو بسببها أو إصابته بمرض مهني لذا لا بد من البحث في هذه الشروط على النحو الآتي:

أولاً: الحادث الذي يقع أثناء تأدية الوظيفة (العمل) أو بسببها

كما سبق وأن أشرت لم يعرف المشرع الأردني حادث العمل وإنما اكتفى بتعريف إصابة العمل كما ذكرت مسبقاً وإنما أفسح للاجتهاد بتعريفه وعليه حتى نكون أمام حادث عمل لابد أن تتوافر الشروط والمعايير التالية:

1. أن ينشأ عن الحادث ضرر جسماني ويقصد بذلك أن ينشأ عن الحادث أضرار تصيب جسم المؤمن عليه كالجروح والكسور... أو أية أضرار بدنية، دونما نظر لطبيعة الضرر أو نوعه أو بمجمل الحادث أو بنسبة العجز التي قد يخلفها ولا يعتد بكون الحادث خطيراً أو بسيطاً⁵.

2. أن يكون الضرر الجسماني ناشئاً بفعل قوة خارجية ويقصد بذلك أن يكون الضرر الذي يصيب جسم الموظف ناشئاً بفعل قوة خارجية ولا يكون نتيجة مرض أو علة سابقة في جسمه وأن لا يكون هناك أي تدخل لإرادة العامل فيه.

3. توافر عنصر المفاجأة والعنف حيث لابد من وقوعه بغتة والمقصود بذلك أن الفعل المنشئ للضرر لابد من وقوعه بشكل مفاجئ بصرف النظر عن سرعة أو بطء ظهور أثره الضار، ولابد أن يكون الحادث على قدر من الشدة والعنف ولا يقتصر على العوامل المادية المتسببة في الفعل الضار بل ويشمل العوامل المعنوية⁶.

ولم تتعرض محكمة التمييز الأردنية بشكل مباشر لعنصر العنف باعتباره يدخل ضمناً في شرط المفاجأة، أما مؤسسة الضمان الاجتماعي فقد تطلبت توافر عنصر العنف بشكل مستقل⁷.

أما الحادث الذي يقع بسبب العمل يقصد به الحادث الذي يقع أثناء زمان العمل أو في غير زمانه أو في غير مكانه، وهنا يكفي توافر العلاقة السببية بين عمله والحادث الذي وقع له فإذا لم يثبت ذلك له لا تعتبر الإصابة اللاحقة بالموظف إصابة عمل.

ثانياً: الحادث الذي يقع خلال فترة الذهاب لمباشرة العمل أو العودة منه (حادث الطريق)

قد تنتج الإصابة بحادث وقع للموظف أثناء ذهابه من وإلى العمل بسبب أخطار الطريق حيث يتعرض له خلال فترة ذهابه لمباشرة عمله أو عودته منه بشرط أن يكون الذهاب من وإلى مكان العمل وعلى الطريق المؤدي إلى العمل أو على طريق

العودة منه، ولم يحدد المشرع الأردني نقطة الانطلاق بشرط أن يكون هدفه نقطة العمل وهذا متروك للاجتهاد القضائي واجتهاد مؤسسة الضمان الاجتماعي، بالإضافة إلى أن يسلك الطريق الطبيعي خلال فترة الذهاب والإياب دون انحراف عن هذا الطريق، أضف إلى أنه حتى يمكن اعتبار حادث الطريق إصابة عمل لابد من التناسب الزمني بين الوقت الذي وقع فيه الحادث ووقت العمل.⁸

ثالثاً: الأمراض المهنية

يمكن تعريف المرض المهني بأنه ظاهرة مزمنة ناتجة عن مسبب من المواد التي يعمل فيها الموظف كأمراض معدية ميكروبية ناتجة عن العمل في المجاري والفحم الحجري على سبيل المثال ، والأمراض المتوقعة نتيجة عن الوسط والوسط الذي يجري فيه العمل مثل الهواء الضاغط أو الغازات.⁹

ويشترط لأمراض المهنة حتى يمكن اعتبارها من إصابات العمل: أن يكون المرض من الأمراض الواردة في الجدول الملحق بالقانون وان تكون مهنة الموظف مرتبطة بهذا المرض طبقاً لهذا الجدول وكما سبق أن أشرت فقد خلا نظام الخدمة المدنية وقانون النقاعد المدني من أي إشارة لهذه الأمراض المهنية .

المبحث الثاني: الأساس القانوني لضمان حقوق الموظف العام المصاب والتعويض عن إصابته

حتى نستطيع البحث في الأساس القانوني الذي يمكن من خلاله اعتبار ما وقع للموظف إصابة عمل وإمكانية تعويضه لابد من معرفة من هو الموظف العام وما هي القوانين التي تحكمه وما مدى كفاية هذه القوانين لمنحه حقوقه عن إصابته وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم الموظف العام

لم يرد في معظم التشريعات تعريف منظم يحدد المقصود بالموظف العام ، إنما اكتفت غالبية التشريعات الصادرة في ميدان الوظيفة العامة بتحديد المقصود بالموظف العام حيث تعرض المشرع الأردني إلى تعريف الموظف العام في نظام الخدمة المدنية رقم 82 لسنة 2013 وتعديلاته بأنه: (الشخص المعين بقرار من المرجع المختص في

وظيفة مدرجة في جدول تشكيلات الوظائف الصادر بمقتضى قانون الموازنة أو موازنة إحدى الدوائر ، والموظف بموجب عقد ولا يشمل الشخص الذي يتقاضى أجراً يومياً).

وهنا لابد من توافر شرطين لاكتساب صفة الموظف العام أن تكون الوظيفة المعين بها مدرجة في نظام تشكيلات الوظائف، وأن تكون الوظيفة لدى مرفق عام تتولاه الدولة أو إحدى السلطات الحكومية أو إحدى المؤسسات العامة ،ويجب تعيين هذا الموظف بقرار من المرجع المختص بالتعيين.¹⁰

وقد عرف قانون التقاعد المدني في المادة الثانية منه الموظف العام: (الموظف الأردني الذي يتقاضى راتبه من الميزانية العامة، أو أي موظف أو مستخدم آخر نصت القوانين والأنظمة الأخرى أنه تابع للتقاعد على حساب الخزنة العامة) .

أما التعريف القضائي فقد عرفت محكمة العدل العليا الموظف العام بأحد قراراتها بأنه الشخص الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام يديره أحد أشخاص القانون العام).¹¹

وهذا التعريف ينسحب على موظفي المرافق التي تديرها الدولة ممثلة بسلطاتها الثلاث وموظفي السلطات العامة الإدارية والمؤسسات المعتبرة من أشخاص القانون العام. وفي قرار لمحكمة التمييز الأردنية حيث تصدت لتحديد مفهوم الموظف العام في احد قراراتها: (بأنه الشخص الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق تديره الدولة أو أحد الأشخاص الإقليمية أو المؤسسات العامة في الدولة).¹²

وبناء على ما تقدم نصل إلى أن الموظف العام : (كل من يعمل في وظيفة دائمة أو مؤقتة في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد الإقليمية أو المؤسسات العامة) لينصح لنا أن هناك معايير لاعتبار الشخص موظف عام وهي الإسهام في خدمة شخص عام مكلف بإدارة مرفق عام وأن يعين من قبل السلطة التي تملك حق التعيين.

وبحسب نظام الخدمة المدنية الأردني وكما سبق أن أشرت هناك فئة تخضع لأحكام الضمان الاجتماعي من حيث تسوية حقوق الموظف المصاب وفئة تتبع أحكام التقاعد المدني وعليه لابد من التمييز بين هاتين الفئتين على النحو الآتي:

المطلب الثاني: فئات الموظفين المشمولين بأحكام قانون الضمان الاجتماعي والفئات الخاضعة لنظام التقاعد المدني

من خلال النظر والبحث في قانون الضمان الاجتماعي نجد انه نص على سريان أحكامه على فئات الموظفين العاملين غير المشمولين بالتقاعد المدني حيث نصت م4 منه: (يخضع لأحكام هذا القانون كل من الفئات المبينة تاليا ممن أكمل ستة عشر سنة دون أي تمييز بسبب الجنسية2. الأشخاص العاملون غير الخاضعين للتقاعد بموجب أحكام قانون التقاعد المدني أو العسكري وبالرابط مع نصوص قانون التقاعد المدني نجد أن الموظفين العاملين غير التابعين للتقاعد هم:

1. الموظف غير المصنف : وهو الموظف الذي يعين في وظيفة ذات راتب محدد في قانون الميزانية وليس لها درجة ويشمل ذلك كل من سبق تعيينه كموظف غير مصنف من أصل وظيفة مصنفة ولم يصدر قرار بتصنيفه، ولا يشمل الأشخاص الذين تستخدمهم الحكومة على حساب المخصصات المفتوحة ومخصصات المشاريع أو الأمانات برواتب مقطوعة على أساس الأجرة اليومية وغيرها .

2. الموظف بعقد وهو الموظف الذي يعين لمدة محددة بموجب عقد خطي في وظيفة حكومية بشرط أن ينص العقد على تبعية الموظف للتقاعد .

3. الموظف في إحدى المؤسسات العامة ذات الاستقلال الإداري والمالي والذي يتقاضى راتبه من ميزانية تلك المؤسسات .

وبالتحليل نجد أن نظام الخدمة المدنية خلا من أي نص يوضح آلية إخضاع تلك الفئات إلى القوانين الناضمة سواء قانون الضمان الاجتماعي أو التقاعد المدني ، أضف إلى أن ما يجدر ملاحظته هو الاختلاف الواضح بين طبيعة وخصوصية الموظف العام ووظيفته وخضوعه لسلطة القطاع العام وما بين الفئات الأخرى الخاضعة للضمان الاجتماعي وخاصة العمال التابعين لقانون العمل وخضوعهم لسلطة القطاع الخاص ، فكان من الأجدر بالمشروع إفراد نصوص خاصة تحكم الفئات التي أخضعها للضمان الاجتماعي من حيث الوصف والمعايير وتحديد حقوقهم على نحو يتناسب مع طبيعة الوظيفة العامة التي تظم شريحة لا بأس بها من العاملين.

فلو نظرنا إلى مطلع المادة الرابعة من قانون الضمان الاجتماعي لوجدنا أنها عمت وأطلقت العبارة من حيث العمر فأشارت بمنطوقها ممن أكمل ستة عشر دون تمييز بسبب الجنسية بالرغم من أن النص في نظام الخدمة المدنية اشترط فيمن يعين في أي وظيفة أن يكون قد أكمل الثامنة عشر من عمره بوثيقة رسمية¹³ ، وأن المشرع الأردني اشترط فيمن يعين بوظيفة عامة أن يتمتع بالجنسية الأردنية ، وهذا يشكل خلل في النصوص مما يصعب الربط بينها وإطلاق الحكم على جميع الفئات في ذات المادة¹⁴.

المطلب الثالث: الحقوق المقررة للموظف العام المصاب وإجراءات التعويض عن الإصابة

يترتب على وقوع إصابة العمل نتائج أهمها ثبوت حقوق للموظف المصاب مقررة له بموجب نص القانون ، فما مدى كفاية هذه النصوص في ضمان هذه الحقوق وضمن إقرارها والإجراءات التي تتبع في تسويتها ، وهذا يتطلب منا أن نبحث في القوانين التي يخضع لها الموظف العام فيما يتعلق بإصابة العمل وأمراض المهنة

أولاً: قانون الضمان الاجتماعي

يترتب للموظف العام الخاضع لأحكام الضمان الاجتماعي في حال إصابته إصابة عمل أو أي من أمراض المهنة حقوق مقررة بنصوص مطلقة تطبق على جميع من تشملهم أحكام قانون الضمان الاجتماعي حيث حدد وكما سبق أشرت مفهوم إصابة العمل وحادث الطريق وأرفق جداول بالقانون تحدد أمراض المهنة لتضمن حصول الموظف العام على حقوقه المقررة عن الإصابة حال حدوثها حيث نص في م25 منه على: تشمل خدمات تأمين إصابة العمل ما يلي:

أ. العناية الطبية التي تستلزمها المعالجة المرضية للموظف المصاب.

وتشمل العناية الطبية المعالجة الطبية حيث قرر المشرع للمصاب أن يعالج طبياً على عائق مؤسسة الضمان الاجتماعي¹⁵

وذلك وفقاً لتعليمات يصدرها مجلس إدارة المؤسسة وتشمل المعالجة والإقامة في المستشفى، وتقديم الأدوية، والعمليات الجراحية، وكافة الإجراءات الطبية.¹⁶

ونجد أن م28 من قانون الضمان الاجتماعي نصت على أن مؤسسة الضمان ملزمة بعلاج المصاب إلى أن يثبت شفاؤه أو عجزه بقرار من مجلس طبي معتمد. وهذا واضح بأن المعالجة يجب أن تتم حتى الشفاء وقد يتحقق ذلك والمصاب على رأس عمله أو حتى بعد انتهاء خدماته ، حيث أن مسؤولية مؤسسة الضمان تمتد إلى ما بعد انتهاء خدمات المصاب إذا لم يشف من الإصابة خلال خدمته. بالإضافة إلى نفقات انتقال المصاب من مكان عمله أو من سكنه إلى المكان الذي يعالج فيه والعودة منه.¹⁷ وإلى جانب العناية الطبية والإقامة في المستشفى ونفقات انتقال المصاب قرر قانون الضمان امتداد الرعاية الطبية إلى تأهيل المصاب ، من حيث توفير الخدمات والتجهيزات التأهيلية بما في ذلك الأطراف الصناعية التي يقرر المرجع الطبي نوعها ومستواها.¹⁸

ولكن السؤال المطروح هل تلتزم مؤسسة الضمان بإصلاح هذه الأجهزة التأهيلية والأطراف الصناعية؟

لقد خلا النص من فكرة إصلاح هذه الأجهزة والأطراف الصناعية لذا كان من الواجب أن تلتزم المؤسسة بالإصلاح إذا كان العطل أو التلف لأسباب فنية خارجة عن إرادة المصاب ، ولا بد من الإشارة إلى أنه يجوز معالجة المصاب خارج المملكة إذا لم تتوفر الإمكانيات الفنية والمستلزمات الضرورية داخل المملكة بموافقة مسبقة من المدير العام بناء على تنسيب المرجع الطبي المختص.

ب. البدلات اليومية والتعويضات:

نص قانون الضمان الاجتماعي على استحقاق المصاب للبدلات اليومية للعجز المؤقت عن العمل إذا أصبح غير قادر على العمل بسبب الحادث أو الإصابة¹⁹ ، حيث تلزم المؤسسة بأن تدفع خلال مدة المرض الناشئ عن الإصابة للموظف المؤمن عليه بدل يومي يعادل 75% من أجره الخاضع للاقتطاع في تاريخ وقوع الإصابة طيلة فترة تعطله عن العمل الناتجة عن الإصابة ويستمر صرف البدل طيلة مدة عجز الموظف المصاب عن مباشرة عمله أو حتى ثبوت العجز الدائم أو حدوث الوفاة.²⁰

ج. الرواتب الشهرية وتعويضات الدفعة الواحدة المستحقة للمصاب.²¹

حيث يصرف للمصاب المؤمن عليه رواتب شهرية في الحالات التالية:

أ. في حال ثبوت عجزه الكلي الإصابي عجز بنسبة 75% فأكثر.

ب. في حال ثبوت عجزه الجزئي الإصابي الدائم بنسبة 30% فأكثر.

ج. في حال وفاة المؤمن عليه نتيجة الإصابة التي تعرض لها.

كما ويصرف للموظف المؤمن عليه المصاب في حال ثبوت عجزه الجزئي الدائم بنسبة

نقل 30% تعويض نقدي بنسبة 75% من أجره الخاضع للاقتطاع في تاريخ وقوع

الإصابة مضروباً بنسبة العجز مضروباً في 36 شهر.²²

وقد حددت جميع الإجراءات المتبعة لاستحقاق التعويضات والبدلات بنصوص قانونية

واضحة وإجراءات محددة.

بالإضافة إلى أنه حدد الحالات التي يسقط فيها البديل اليومي في التعويض إذا نجمت

إصابة العمل عن فعل متعمد أو كانت نتيجة تعاطيه الخمر أو المشروبات الروحية أو

المخدرات أو المؤثرات العقلية، وإذا خالف المصاب التعليمات الخاصة في العلاج أو

بالسلامة والصحة المهنية.²³

ثانياً: نظام الخدمة المدنية

سبق وأن أشرت إلى أن نظام الخدمة الأردني خلا من أي تنظيم لإصابة العمل أو أي

تعريف ووصف لها ولأمراض المهنة التي قد يتعرض لها الموظف أثناء عمله أو

بسببه أو بإصابته بأحد أمراض المهنة.

ولكن بالنظر في نظام الخدمة المدنية نجد نص م 114 منه مشيراً إلى أنه إذا أصيب

الموظف بمرض أو بحادث ناشئ عن طبيعة عمله أثناء قيامه بواجباته الوظيفية دون

إهمال منه بناء على تقرير اللجنة الطبية المختصة فيمنح خلال المدة المحددة في م 111

وبقرار من الوزير راتبه الأساسي كاملاً مع علاواته .

وهنا نلاحظ أن نظام الخدمة المدنية اقتصر على وجود هذا النص والذي نعتبره من

وجهة نظرنا نص مقتضب اقتصر على حق الموظف عند إصابته براتبه وعلاواته

واسند الاختصاص بتقرير ذلك إلى لجنة مختصة دون أي توضيح أو تفصيل ودون

وجود نصوص أخرى توضح الحقوق الأخرى التي تترتب على الإصابة وتحديد نوع

الإصابة وحجمها لإمكانية تقدير التعويض، وهذه مواضيع في غاية الأهمية بالنسبة للعاملين في الوزارات والمؤسسات العامة وهذا مما لاشك فيه قصور تشريعي من الواجب التنبيه له وإعادة صياغة للنص أو تضمين النظام نصوص خاصة مفردة بإصابات العمل، خاصة وأن الكثير من موظفي القطاع العام يتعرضون لخطر الإصابة والتي ينجم عنها عجز سواء كلي أو جزئي يترتب عليها حقوق للمصاب .

كذلك وقد نصت م115 من نظام الخدمة المدنية على الحالات التي يحرم فيها الموظف من راتبه الأساسي وعلاواته بقرار من الوزير عن المدة التي يتغيب خلالها عن العمل بسبب مرض أو إصابة إذا نشأ المرض أو حدثت الإصابة نتيجة خطأ ارتكبه أو تقصير منه ويعتبر الموظف مخطئاً أو مقصراً لأغراض هذا النظام إذا أساء التصرف مع الغير أو أقدم على عمل لا يليق بشرف الوظيفة كتناول المشروبات الروحية وتعاطي المخدرات والمقامرة وغير ذلك من الأعمال المخلة بالشرف والآداب العامة.

وتعتبر هذه الحالات حالات سقوط حقه في الراتب وعلاواته ولم تتطرق المادة إلى بقية الحقوق المقررة عن الإصابة أو الحادث مما يشكل قصور واضح الذي لابد من إعادة تنظيمه بنصوص واضحة المعالم، خاصة وكما سبق أن أشرت إلى أن الموظف العام وإن خضع لأحكام قانون الضمان الاجتماعي كفئة أو شريحة من الموظفين والذي فصل أحكام إصابة العمل إلا أن طبيعة عمل الموظف وارتباطه بمؤسسات الدولة الرسمية والتي تشكل قطاع كبير من موظفي الدولة ويخضعون إدارياً لها عن طبيعة العمال في القطاع الخاص والتابعين لقانون العمل والتي قد تكون نسبتهم أقل بكثير من موظفي الدولة ، أضف إلى أن الدولة بوصفها صاحبة سلطة وسيادة هي الأقدر على تحمل أعباء وتكاليف مالية لحماية موظفيها ومنحهم حقوقهم دون تعسف مقارنة مع أرباب العمل وأصحاب الشركات والمؤسسات الخاصة.

ثالثاً: قانون التقاعد المدني

فيما يتعلق بقانون التقاعد المدني وفيما يخص فئة الموظفين التابعين لقانون التقاعد المدني نجد أن هناك جانب من القصور فيما يتعلق بتنظيم حقوق الموظف المصاب إصابة عمل أو بأي من أمراض المهنة حيث ورد نص المادة 27 من قانون التقاعد

المدني (معدل) : إذا أنهيت خدمات الموظف لعدة مقعدة نشأت بسبب قيامه بوظيفته أو إذا أنهيت خدماته لعجزه عن مواصلتها من جراء مخاطرته بحياته لإنقاذ غيره أو بسبب استهدافه لخطر الموت لمصلحة عامة أو لغاية إنسانية أو بسبب خطر استهدف له أو اعتداء تعرض له أثناء قيامه بالوظيفة أو من أجل قيامه بوظيفته فيعطى راتب تقاعد إذا كان قد أكمل عشر سنوات خدمة مقبولة للتقاعد ويعطى مكافأة إذا كانت خدمته المقبولة للتقاعد أقل من عشر سنوات وفي كلتا الحالتين يعطى الموظف بالإضافة إلى راتب التقاعد أو المكافأة راتب اعتلال يعادل:

أ. 5_60% من راتبه الشهري إذا كانت قدرته على إعالة نفسه قد تعطلت تعطل خفيف.

ب. 10_60% من راتبه الشهري إذا كانت قدرته على إعالة نفسه قد تعطلت تعطل جزئي.

ج. 15_60% من راتبه الشهري إذا كانت قدرته على إعالة نفسه قد تعطلت تعطل جسيم.

د. 20_60% من راتبه الشهري إذا كانت قدرته على إعالة نفسه قد تعطلت تعطل كلي.

بشرط أن لا يزيد راتب الاعتلال في أي حالة من حالات العجز الواردة في الفقرة أعن 20% من الراتب الشهري الأخير وبما لا يتجاوز 500 دينار شهرياً.

واسند في المادة 29 منه بأن تؤيد الحالة الصحية المشار إليها في المادتين السابقتين بتقرير من اللجنة الطبية العليا أو أي لجنة طبية حكومية أخرى تقوم مقامها .

وهنا نجد أن هذان النصان أوردا وبشكل مقتضب حقوق الموظف الخاضع للتقاعد إذا نتج عن عمله أو أثناء عمله إصابة عمل دون الإشارة لأمراض المهنة ودون أي توضيح لآلية الحصول على هذه الحقوق والإجراءات المتبعة في ذلك ، بالرغم من أن هناك شريحة كبيرة من الموظفين العامين لازالت إلى الآن لأحكام التقاعد المدني ولم يتم شمولها بأحكام الضمان الاجتماعي الذي فصل بشكل أكثر دقة آلية التعامل مع إصابة المؤمن عليهم بموجب أحكام الضمان بإصابة عمل أو احد أمراض المهنة ،

بالإضافة إلى انه أورد في م48 مكافأة للموظف الذي أنهيت خدماته بسبب حالته الصحية أثناء قيامه بالوظيفة أو بسببها ، ولم يحدد حالات حرمان الموظف من هذه الحقوق إلا أنه أشار في م28 إلى أنه إذا كانت العلة لم تنشأ عن قيامه بالوظيفة فإنه يعطى راتب تقاعد إذا كان مكملًا عشر سنوات خدمة مقبولة للتقاعد ويعطى مكافأة إذا كانت خدمته المقبولة للتقاعد اقل من عشر سنوات.

من خلال ما تقدم وبعد استعراض النصوص القانونية النازمة للموضوع وبغض النظر عن القصور لابد أن نشير إلى أن الأساس القانوني للتعويض وضمن الحقوق المقررة عن إصابة العمل بشكل عام جاء ويتدخل من المشرع الأردني بسن قواعد أساسية بنصوص تشريعية للتعويض كما لاحظنا في قانون الضمان الاجتماعي حيث حدد التعويض وكيفية تقديره وتحديد الحقوق المترتبة، إلا أن ذلك بحاجة إلى تنظيم أوسع خاصة فيما يتعلق بالموظف العام، وبحاجة إلى صياغة نصوص أكثر وضوحاً في صلب قوانين الخدمة المدنية.

الخاتمة

تم تناول موضوع التأصيل القانوني لحقوق الموظف المصاب بإصابة عمل أو بأي من أمراض المهنة بالربط بين نظام الخدمة المدنية وقانون التقاعد المدني وقانون الضمان الاجتماعي وتوصلت الدراسة إلى النتائج التالية

1. عرفت إصابة العمل بأنها الإصابة بأحد أمراض المهنة، أو الإصابة الناشئة عن حادث وقع للمؤمن عليه أثناء تأديته لعمله وبسببه بما في ذلك كل حادث يقع له ذهابه لعمله أو عودته منه شريطة أن يكون ذلك بالشكل المعتاد أو أن يكون الطريق الذي سلكه مساراً مقبولاً للذهاب إلى العمل أو الإياب منه).

لنجد أن هناك قصور تشريعي في نظام الخدمة المدنية وقانون التقاعد المدني من حيث تنظيم موضوع إصابات العمل وأمراض المهنة من حيث تحديد الإصابات وتعريفها وشروطها .

2. يطبق قانون الضمان الاجتماعي على الموظفين والأشخاص العاملين غير الخاضعين للتقاعد بموجب أحكام قانون التقاعد المدني أو العسكري .

مع إطلاق سريان الأحكام والإجراءات الواردة في قانون الضمان الاجتماعي على جميع الخاضعين لأحكام القانون دون ملاحظة خصوصية الموظف نظراً لطبيعة لوظيفته وارتباطه بالدولة وأجهزتها الإدارية.

3. خلّت نصوص نظام الخدمة المدنية وقانون التقاعد المدني من أي إطار قانوني واضح لضمان حقوق الموظف المصاب واقتصرت على بعض المواد التي لا تسعف الموظف المصاب بتحصيل كامل الحقوق المترتبة على إصابته.

4. حتى يمكن اعتبار أن الإصابة إصابة عمل لابد من أن ينشأ عن الحادث ضرر جسماني، وأن يكون الضرر الجسماني ناشئاً بفعل قوة خارجية، وأن يتوافر عنصر العنف والمفاجأة بصرف النظر عن سرعة أو بطء ظهور الأثر الضار، إلا أن محكمة التمييز لم تتعرض بشكل مباشر لعنصر العنف باعتباره يدخل ضمناً في شرط المفاجأة.

5. لم تتعرض التشريعات إلى تعريف أمراض المهنة باعتبارها تدخل ضمن إصابة العمل باعتبارها المفهوم الأوسع إلا أنه في قانون الضمان الاجتماعي تبني وضع جداول ملحقة بالقانون تبين الأمراض المهنية وأنواعها ، ولم يتطرق نظام الخدمة المدنية لمثل هذه الأمراض أو حصرها

6. اقر قانون الضمان الاجتماعي بمجموعة من الحقوق المترتبة على الإصابة من حيث العناية الطبية والإقامة في المستشفى ونفقات انتقال المصاب والبدلات اليومية والتعويضات بالإضافة إلى الرواتب الشهرية وتعويضات الدفعة الواحدة حسب التقرير النهائي لحجم الإصابة. بينما اقتصر نظام الخدمة المدنية وقانون التقاعد المدني على حصوله على راتبه الأساسي أو راتبه التقاعدي كاملاً مع علاواته .

التوصيات:

1. نتمنى على المشرع الأردني أن يطور من منظومة القوانين التي تحكم الموظف العام سواء نظام الخدمة المدنية أو قانون التقاعد المدني أو قانون الضمان الاجتماعي لأنها تضم شريحة كبيرة ضد العاملين في القطاع العام ، لتكون متلائمة بشكل أوسع مع مفهوم الموظف العام وطبيعة وظيفته .

2. نتمنى على المشرع الأردني وضع إطار عام لتعويض الموظف العام المصاب إصابة عمل أو أي مرض من أمراض المهنة في صلب نظام الخدمة المدنية ببيان الإصابة وتحديد معالمها وتحديد أمراض المهنة والإرهاق والتعب بسبب الوظيفة وإقرار الحقوق المترتبة على الإصابة والإجراءات المتبعة في تحصيل هذه الحقوق والتعويض عن الإصابة كونه يحكم قطاع كبير من العاملين في الدولة.

المراجع

1. حلمي مراد، التأمينات الاجتماعية في البلاد العربية، القاهرة، المطبعة العالمية، ط1، 1972.
2. رامي نهيد صلاح، إصابات العمل والتعويض عنها، عمان، دار الثقافة، 2010.
3. سمير أودن، الموسوعة الشاملة لإصابات الأمن الصناعي فقها وقانونا وقضاء، ط1، مصر، الفتح للطباعة والنشر، 2003.
4. سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي، ط2، 2006.
5. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، ط1، دار وائل للنشر، (د.س.ن).
6. عوني محمود عبيدات، شرح قانون الضمان الاجتماعي، دار وائل للنشر، ط1، 1998.
7. محمد حسين منصور، قانون التأمين الاجتماعي، بدون سنة نشر، عمان.
8. مركز بصر لدراسات المجتمع المدني، اعرف حقوقك في قانون الضمان الاجتماعي، سلسلة القوانين الأردنية المفسرة، عمان، 2014.
9. منار حلمي عدوي، أحكام تعويض إصابات العمل، رسالة ماجستير، 2008.
10. يوسف عودة الجبور، المسؤولية المدنية الناشئة عن إصابة العمل في القانون الأردني، رسالة ماجستير، 2019.

القوانين

قانون العمل الأردني وتعديلاته رقم 8 لسنة 1996.

نظام الخدمة المدنية الأردني رقم 82 لسنة 2013 وتعديلاته حتى 2019/5/1.

قانون الضمان الاجتماعي رقم 1 لسنة 2014.

قانون التقاعد المدني رقم 34 لسنة 2018.

الهوامش والمراجع المعتمدة

1 حلمي مراد، التأمينات الاجتماعية في البلاد العربية، القاهرة، المطبعة العالمية، ط1، 1972، ص52.

2 منار حلمي عدوي، أحكام تعويض إصابات العمل، رسالة ماجستير، 2008، ص42. وانظر مركز بصر لدراسات المجتمع المدني، اعرف حقوقك في قانون الضمان الاجتماعي، عمان، 2014، ص52.

3 انظر المادة 2 من قانون العمل الأردني وتعديلاته رقم 8 لسنة 1996.

5 انظر في ذلك تمييز حقوق رقم 65/248، تمييز حقوق رقم 2006/1226، تمييز حقوق رقم 2007/1841، تمييز حقوق رقم 2016/133.

5 عوني محمود عبيدات، شرح قانون الضمان الاجتماعي، دار وائل للنشر، ط1، 1998، ص117. رامي نهيد صلاح، إصابات العمل والتعويض عنها، عمان، دار الثقافة، 2010، ص56.

6 سمير أودن، الموسوعة الشاملة لإصابات الأمن الصناعي فقهاً وقانوناً وقضاءً، ط1، مصر، الفتاح للطباعة والنشر، ص122، 2003.

7 عوني محمود عبيدات، مرجع سابق، ص125. يوسف عودة الجبور، المسؤولية المدنية الناشئة عن إصابة العمل، رسالة ماجستير، 2019، ص21.

8 محمد حسين منصور، قانون التأمين الاجتماعي، بدون سنة نشر، عمان، ص227.

9 منار عدوي، مرجع سابق، ص206.

10 على خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، ط1، دار وائل للنشر، ص414.

11 عدل عليا 1976/5/16، نقابة المحامين، 1976، ص212.

12 تمييز حقوق، 1975/109.

13 انظر المادة 43/ب من نظام الخدمة المدنية.

- 14 انظر المادة 43/أ من نظام الخدمة المدنية.
- 15 سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي، ط2، 2006، ص538.
- 16 محمود عوني عبيدات، مرجع سابق، ص173.
- 17 انظر م2/26 من قانون الضمان الاجتماعي.
- 18 انظر نص م 3/26 من قانون الضمان الاجتماعي.
- 19 انظر المادة 25 /ب من قانون الضمان الاجتماعي.
- 20 سيد محمود رمضان، مرجع سابق، ص541.
- 21 انظر المادة 25/ج من قانون الضمان الاجتماعي.
- 22 انظر م 30/ب/ج/د من قانون الضمان الاجتماعي.
- 23 انظر المادة 31 من قانون الضمان الاجتماعي. وانظر سيد رمضان، مرجع سابق، ص542.

تاريخ القبول: 2021/01/25

تاريخ الإرسال: 2021/01/08

العقوبات المقررة للطفل الجانح في ظل التشريعات المقارنة
The penalties prescribed for the delinquent child
under comparative legislation

د. الخال إبراهيم¹¹ جامعة تامنغست، (الجزائر)، brahimelkhal198181@gmail.com**المخلص:**

لقد تناولت معظم التشريعات موضوع الطفل بوصفه أن له مركز قانوني مستقل بذاته مما جعل نصوص قوانين الطفولة تتعامل معه بشيء من المرونة على مستوى الإجراءات وضيق ذلك من صلاحية الأجهزة التي تتعامل مع مثل هكذا حالات، ويعود سبب ذلك لقصور فكر الشخص المتعامل معه وعدم نضجه، كذلك خففت العقوبات المتخذة ضده فلم تساويها مع البالغين.

الكلمات المفتاحية: الطفل الجانح، العقوبة، الحبس المؤقت، العمل للنفع العام.

Abstract:

Most of the legislations dealt with the issue of the child as having an independent legal status on its own, which made the texts of childhood laws deal with him with some flexibility at the level of procedures and thus narrowed the authority of the devices that deal with such cases, and the reason for this restriction is the failure of the person dealing with him and his immaturity The penalties taken against him were also reduced, not equal to those of adults.

key words: Delinquent child, punishment, temporary imprisonment, work for the public benefit.

1. مقدمة:

تطورت العقوبة عبر التاريخ من حيث طبيعتها وجوهرها ووسائل تنفيذها حتى وصلت إلى ما هي عليه اليوم¹، ويمكن تعريفها بأنها جزاء يقرره الشارع ويوقعه القاضي على من تثبت مسؤوليته عن ارتكاب جريمة وتتمثل العقوبة في إيلام الجاني بالإنقاص من بعض حقوقه الشخصية.

وتكمن الغاية من توقيع العقوبة تحقيق الردع العام وتحقيق العدالة الاجتماعية والردع الخاص ومن أجل تأهيل المحكوم عليه بها وإعادة إدماجه داخل المجتمع وبالتالي فالغرض منها لا يخرج عن هذه الحالات المذكورة لكن توقيعها يختلف حسب الشخص المتعامل أو الموقعة عليه، لذا أوجدت نصوص خاصة لحماية كل فئة ومن بينها الأطفال، والعقوبة قد توقع بدنياً فيكون الجزاء الحبس أو السجن، أو قد توقع عن طريق الغرامة.

ومن بين الوسائل القانونية التي قد تحول دون تنفيذ العقوبة وتأخرها إجراء الوساطة الذي ظهر حديثاً كوسيلة بديلة لتفاديا للتعقيدات التي تتجم عن تنفيذ العقوبة.

- والإشكال الذي سنعالجه من خلال هذا المقال هو: هل تكفل التشريعات المقارنة الردع كفكرة لإصلاح الطفل الجانح من خلال العقوبات المقررة ضده؟

ويهدف البحث: الى ابراز العقوبات المقررة ضد الطفل الجانح ولمعالجة هذا الموضوع اعتمدت على خطة منهجية مقارنة بين التشريع الجزائري والمصري والتونسي تتكون من ثلاثة محاور وهي:

أولاً : الوساطة كبديل لمتابعة الطفل الجانح.

ثانياً : العقوبة السالبة للحرية المقررة ضد الطفل الجانح.

ثالثاً : عقوبة العمل للنفع العام كعقوبة بديلة لتنفيذ العقاب ضد الطفل الجانح

2. الوساطة كبديل لمتابعة الطفل الجانح:

من الآليات الحديثة التي إتجهت إليها السياسة الجنائية نظام الوساطة وهو ما جعلها تتجنب فرض الجزاءات التقليدية التي لا تفيد سوى عرقلة مسائل الإصلاح التي ترمي لها كل الأنظمة العقابية وخاصة في مجال الطفولة الجانحة وقد أطلق البعض عليها مصطلح العدالة التصالحية والتي تعد مجموعة من الإجراءات والآليات الوقائية والعلاجية التي تهدف إلى تحديد مسؤولية الحدث وإصلاح الضرر الناجم عن الجرم الذي ارتكبه، بهدف إعطائه الفرصة لإثبات قدراته وسماته الإيجابية، بحيث يكون الحدث المعندي والمجتمع والضحية شركاء في حل النزاع بهدف تشجيع المجتمعات على مشاركة حكوماتها في التعامل مع الجريمة².

وعند العودة للقانون 12/15 المتعلق بحماية الطفل الجزائري³، يلاحظ أنه حافظ على الحيولة دون توقيع العقاب على الحدث الجانح وإعتبره ضحية ظروف عائلية واجتماعية واقتصادية⁴.

وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 06/02 من قانون حماية الطفل أنها: " آلية قانونية تهدف إلى إبرام اتفاق بين الطفل الجانح وممثله الشرعي من جهة، وبين الضحية أو ذوي حقوقهما من جهة أخرى...".

ومن خلال هذا التعريف يتضح لنا أن هناك ثلاثة أطراف في الوساطة المجرم والوسيط والضحية، وما يهمنا هنا هو الوسيط الذي يعد الطرف الثالث في الوساطة والذي يلعب دوراً مهماً من أجل نجاحها فهو بذلك يدير النقاش الذي يدور بين الطفل الجانح وممثله الشرعي والضحية أو ذوي حقوقهما من أجل تقريب وجهات النظر للوصول إلى حل نهائي مرضي للطرفين⁵.

إن إجراء الوساطة دائماً يأتي لدعم مفهوم العدالة التصالحية التي تهدف لحماية مصلحة الطفل من جهة وحماية مصلحة الضحية من جهة أخرى فهو بذلك إجراء غير قضائي تفرده النيابة العامة⁶، وتساعد العدالة التصالحية في إحترام حقوق الضحايا من خلال الإعتراف من قبل المعتدي بحقوق الضحية وذلك بما تقدمه من ضمانات لأطراف النزاع بعد طمأننة بأنه لن يرسله للقضاء⁷.

وتمثل الوساطة النمط الإجرائي الجديد الذي يقوم على الرضائية في إنهاء المعاملة الجنائية وهي بذلك الخيار الثالث الذي يجوز للنيابة العامة أن تلجأ إليه للتصرف في الدعوى⁸، لذلك سوف نتناول أهداف الوساطة ثم الإجراءات المتبعة فيها وأثرها على الدعوى.

1.2. أهداف الوساطة:

- تهدف الوساطة إلى عدة أمور من بينها أنها تحقق العدالة السريعة فهي إجراء يسمح لكلا المتقاضين من ربح الوقت والتنفيذ السريع للإجراءات دون المرور على الآليات التقليدية المعمول بها من التحقيق الابتدائي حتى المحاكمة إلى التنفيذ، والتي قد تنتهي بعدم تنفيذ الحكم القضائي⁹.

- وضع حد لأثار الجريمة وهو ما يستخلص من نص المادة 37 مكرر من (ق،إ،ج،ج) والمادة 02 من قانون حماية الطفل، حيث يمكن لوكيل الجمهورية اللجوء إليها إذا كان من شأنها إنهاء الجريمة وأثارها المتمثلة في تخلفه من خطورة وضرر يلحق بالمجني عليه.

- جبر الضرر المترتب عن إرتكاب الجريمة:

تهدف الوساطة إلى جبر الضرر الذي لحق بالضحية، وهذا الجبر قد يكون مالياً بحسب ما لحق الضحية من خسارة، وقد يكون جبر الضرر بأشكال مختلفة مثل الإعتذار الكتابي والشفهي، ويكون تقديره عبر التفاوض الذي يتم بين الأطراف¹⁰.

- إعادة إدماج الطفل:

من أجل إعادة تأهيل الطفل كونه من الفئة التي تختلف عن شرائح المجتمع وخاصة البالغين منهم، أوجد المشرع الوساطة كآلية لتعويض الضحية فيها، كما أن أغراض الوساطة والتي أغفل المشرع الجزائي ذكرها في (ق،إ،ج،ج) هي نفسها أغراض العقوبة في مدرسة الدفاع الاجتماعي الحديث وتكون عن طريق إعادة إصلاح وتأهيل الطفل كي يكون صالحاً في المجتمع¹¹، إلا أن هذا الأمر تداركه المشرع في قانون حماية الطفل الجزائي في نص المادة 144 منه بالنص على أنه: "لا يمكن أن يتضمن محضر الوساطة تعهد الطفل تحت ضمان ممثله الشرعي، بتنفيذ واحد أو أكثر من الإلتزامات الآتية في الأجل المحدد في الإتفاق

وحسب المشرع التونسي فقد جاءت الوساطة كآلية ترمي إلى إبرام الصلح بين الطفل الجانح ومن يمثله قانوناً وبين المتضرر أو من ينوبه أو ورثته وتهدف إلى إيقاف مفعول التتبعات الجزائية أو المحاكمة أو التنفيذ¹²، وهنا نجد المشرع التونسي قد سلك نفس الطريق التي سار به المشرع الجزائي ولا يختلف عنه في شيء من حيث التعريف أو تحقيق الهدف المبتغى من الوساطة في حين نجد المشرع المصري لم يتطرق للوساطة في نصوص قانون الطفل المصري.

2.2. نطاق الوساطة وآثارها:

تنص المادة 110 من قانون حماية الطفل الجزائري على أنه يمكن إجراء الوساطة في كل وقت من تاريخ ارتكاب الطفل للمخالفة أو الجنحة وقبل تحريك الدعوى العمومية، وعليه فالنطاق الزمني يبدأ من تاريخ ارتكاب الجريمة إلى غاية تحريك الدعوى العمومية من طرف وكيل الجمهورية، حيث يبادر بها من له الحق في تلك المبادرة وقبل تحريك الدعوى من طرف النيابة العامة، أما النطاق الموضوعي فهو مثلما أشرنا آنفا فهو مقتصر على الجнг والمخالفات دون الجنايات¹³، كما أن المشرع التونسي حدد نطاقها من حيث الزمان في كل وقت بداية من تاريخ إقرار الفعل إلى تاريخ إنتهاء تنفيذ القرار المسلط على الطفل سواء كان عقاباً جزائياً أو وسيلة وقائية¹⁴.

ويحرر إتفاق الوساطة في محضر يوقعه الوسيط وبقية الأطراف وتسلم نسخة منه لكل طرف، أما إذا تمت الوساطة من قبل ضابط الشرطة القضائية فإنه يتعين عليه أن يرفع محضر الوساطة إلى وكيل الجمهورية لإعتماده بالتأشير عليه حسب نص المادة 112 من قانون حماية الطفل الجزائري .

وتضيف المادة 113 من قانون حماية الطفل الجزائري ضمانات أخرى لحماية الطفل إذ إعتبرت محضر الوساطة سنداً تنفيذياً حيث تنص على: "يعتبر محضر الوساطة الذي يتضمن تعويض للضحية أو ذوي حقوقهما سنداً تنفيذياً ويمهر بالصيغة التنفيذية طبقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، وهو ما لا نجده في المشرع التونسي الذي إقتصر فقط على إعتداد كتب الصلح لمعلوم التسجيل أو الطابع حسب الفصل 117 من مجلة حماية الطفل التونسية التي تنص على: "لا يخضع كتب الصلح لمعلوم التسجيل أو التانبر".

وبالعودة لنصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرخ في 25/02/2008¹⁵، ونخص بالذكر هنا المادة 600 الفقرة الأخيرة التي تنص على: "وتعتبر أيضاً سندات تنفيذية كل العقود والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون صفة السند التنفيذي".

إن من الآثار المترتبة عن الوساطة أنها تنهي المتابعة الجزائية، وبالتالي فتتقضي الدعوى العمومية ولا يمكن رفع دعوى أخرى متعلقة بنفس الوقائع ولا يمكن إحتسابها في السوابق القضائية لأنها غير مسجلة إلا أنه يجب الإشارة إلى مسألة جوهرية أغفلها قانون حماية الطفل الجزائري ويتعلق الأمر في حالة عدم الإتفاق على محضر الوساطة أو فشل الوساطة بين الأطراف في حين نجد نصوص قانون الإجراءات الجزائية الجزائري قد أشارت إلى هذه الحالة من خلال نص المادة 37 مكرر 08 التي تنص على: "إذا لم يتم تنفيذ الإنفاق في الآجال المحددة، يتخذ وكيل الجمهورية ما يراه مناسباً بشأن إجراءات المتابعة"، وتضيف المادة 37 مكرر 09 عقوبة في حالة إمتناع الجاني عن تنفيذ إتفاق الوساطة حيث تنص هذه المادة على: "يتعرض للعقوبات المقررة للجريمة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 147 من قانون العقوبات الشخص الذي يمتنع عمداً عن تنفيذ إتفاق الوساطة عند إنقضاء الأجل المحدد لذلك"، لذا يجب تدارك هذا النقص الملموس في حالة الفشل.

وفي الأخير يمكن القول أن المشرع الجزائري أراد تجنب الطفل الخوض في إجراءات المحاكمة فأوجد له هذا الإجراء الذي يعد من أحسن الضمانات المقررة للجانيين الأطفال نظراً لفصلها السريع لفرض النزاع القائم وتحقق المحاكمة العادلة وتقرر حقوق الأطراف وخاصة المجني عليه من أجل التعويض.

3. العقوبة السالبة للحرية المقررة ضد الطفل الجاني:

كما هو معلوم فإن العقوبات لم تكن دائماً هي الجزاء على مخالفة قانون العقوبات ففي بعض الحالات قد تقع الجريمة من أشخاص غير مسؤولين جنائياً فتتخذ ضدهم تدابير لا تتصف بأنها ذات عقوبة جزائية، ويقتضي مبدأ الشرعية أن يتضمن إلى جانب التجريم والعقاب تدابير الأمن التي لا توصف بأنها عقوبات جزائية في أصلها¹⁶.

وجاءت التشريعات الخاصة بالأحداث إلى جانب التدابير السالفة الذكر بعقوبات مخففة لأحداث في جرائم معينة وفي مرحلة معينة، بل أجازت جل التشريعات لمحاكمها تطبيق عقوبات مخففة أو تتخذ بشأنهم تدابير الحماية والتقويم¹⁷، ومن بين الأشخاص غير المسؤولين نجد فئة الأطفال التي أولت لها معظم التشريعات عناية خاصة بتطبيق

التدابير الخاصة من حماية وتهذيب إلا أنها قد لا تجدي نفعاً معهم، فوجب تطبيق العقوبة ضدهم حتى يصلح حالهم وتربيتهم وبالعودة لنصوص قانون حماية الطفل الجزائري وقانون العقوبات الجزائري نجد أنها تتنوع حسب طبيعة الجريمة من مخالفة إلى جنحة أو جناية وتوقع إما غرامة أو عقوبة سالبة للحرية أو عقوبة العمل للنفع العام لذلك سوف نتناول التقسيم حسب العقوبة المقررة.

1.3. عقوبة الغرامة:

تنص المادة 51 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "في مواد المخالفات يقضي على القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 إما بالتوبيخ أو بعقوبة الغرامة". كما أنه حسب نصوص قانون حماية الطفل الجزائري يمكن إستبدال أو إستكمال التدابير المقررة للطفل الجانح بعقوبة الغرامة أو الحبس وهو ما نصت عليه المادة 86 من قانون حماية الطفل الجزائري التي تنص على: "يمكن جهة الحكم بصفة إستثنائية بالنسبة للطفل البالغ من العمر من ثلاث عشر (13) سنة إلى ثماني عشر (18) سنة أن تستبدل أو تستكمل التدابير المنصوص عليها في المادة 85، بعقوبة الغرامة أو...". ونصت أيضا المادة 87 على عقوبة الغرامة إذا كانت المخالفة ثابتة وفقاً لأحكام المادة 51 من قانون العقوبات الجزائري، بإستثناء الأطفال الذين تتراوح أعمارهم بين 10 و13 سنة الذين تطبق عليهم سوى عقوبة التوبيخ.

نخلص إلى أن عقوبة الغرامة تطبق في مادة المخالفات للأطفال الذين تتراوح سنهم بين 13 و18 سنة طبقاً للمادة 51 من قانون العقوبات الجزائري، كما أن للقاضي في ميدان الجنح والجنايات سلطة الإختيار بين الغرامة أو الحبس للأطفال الذين تتراوح سنهم بين 13 و18 وله الحرية في إستبدال أو إستكمال تدابير الحماية والتهذيب وذلك بصفة إستثنائية حسب المادة 86 من قانون حماية الطفل الجزائري وبهذا الخصوص جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2005/10/19 المبدأ التالي¹⁸: "يعد باطلاً مستوجباً للنقض والنقض لصالح القانون، الحكم الجزائي الناطق بمعاقبة قاصر لم يكمل الثالثة عشر من عمره، بعقوبة الغرامة"، وبالرغم من عدم وجود نص يتعلق بالغرامة المقررة للطفل الجانح في حالة إرتكاب جريمة معينة في التشريع المصري ونخص

بالذكر قانون الطفل المصري إلا أن المشرع التونسي نص على عقوبة الغرامة في مجلة حماية الطفل التونسية من خلال الفصل 73 تقرر الغرامة فقط في مواد المخالفات للأطفال البالغين 13 سنة ونفس الشيء الذي إتبعه المشرع الجزائري في حرية القاضي أن يحكم بالغرامة أو التوبيخ، لكن لا نجد حكم الغرامة في مسائل الجرح والجنايات في التشريع التونسي، حيث ينص الفصل 73 الفقرة الثانية منه على: "إذ ثبتت المخالفة جاز للقاضي الأطفال أن يوجه للطفل مجرد توبيخ أو أن يحكم عليه بالخطية إن كان له مال أو أن يضعه تحت نظام الحرية المحروسة عند الإقتضاء". ومن الضمانات التي راعاها المشرع التونسي بخصوص الغرامة هي مسألة الظروف المالية للطفل¹⁹، والتي لم يراعيها المشرع الجزائري، هذا ما نستحسنه في التشريع التونسي مراعاته إن كان للطفل مال جاز للقاضي أن يحكم بالخطية وإن كان غير ذلك فله أن يضعه تحت نظام الحرية المحروسة.

2.3. العقوبة السالبة للحرية:

إن من أشد أنواع العقاب عزل الجاني عن محيطه الاجتماعي، فهي بذلك تسلب منه حريته، وإن كان الواقعة عليه طفل، فمناطق الحماية المقررة لهم تختلف عن البالغين لذلك يختلف مقدار العقوبة المقررة التي يجب أن تكون مخففة، لذا أوجبت التشريعات حماية خاصة لهذه الفئة تتماشى مع سنهم.

لقد جاءت المادة 58 من قانون حماية الطفل الجزائري مبدأ عام يقضي بمنع وضع الطفل الذي يتراوح سنه بين 10 و13 سنة في مؤسسة عقابية ولو بصفة مؤقتة، كما لا يمكن وضع الطفل الذي يتراوح عمره بين 13 و18 سنة في مؤسسة عقابية ولو بصفة مؤقتة إلا إذا كان هذا الإجراء ضرورياً وإستحال إتخاذ أي إجراء آخر. وتضيف نفس المادة بأن يوضع الطفل بمركز لإعادة التربية وإدماج الأحداث أو بجناح خاص بالأحداث في المؤسسات العقابية عند الإقتضاء.

وقبل الحديث عن العقوبة السالبة للحرية لا بد من التطرق إلى الحبس المؤقت كإجراء له أثر مثله مثل العقوبة السالبة للحرية وخاصة إذا كان متخذ ضد الأطفال.

3.2.1. الحبس المؤقت:

جاءت المواد من 72 إلى 75 من قانون حماية الطفل الجزائري بتدابير لحماية الطفل وضمانات التي يثار التساؤل بشأنها حول مدى كفايتها لحماية الفئة الهشة في المجتمع، وأخضع المشرع الجزائري في قانون حماية الطفل لنفس الإجراءات المتبعة في قانون الإجراءات الجزائية طبقاً للمادتين 123 و123 مكرر من نفس القانون إذا لم تكن التدابير المؤقتة المنصوص عليها في المادة 70 كافية²⁰، ومن بين الضمانات التي جاء بها قانون حماية الطفل الجزائري في حماية الطفل المرهون الحبس المؤقت هي:

- لا يمكن في مواد الجرح إذا كان الحد الأقصى للعقوبة المقررة هو الحبس أقل من ثلاث سنوات أو يساويها إيداع الطفل الذي يتجاوز سنة 13 سنة رهن الحبس المؤقت،

- إذا كان الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانوناً هو الحبس أكثر من 03 سنوات فإنه لا يمكن إيداع الطفل الذي يبلغ سن 13 سنة إلى أقل من 16 سنة رهن الحبس المؤقت إلا في الجرح التي تشكل إخلالاً خطيراً وظاهراً بالنظام العام أو عندما يكون هذا الحبس ضرورياً لحماية الطفل ولمدة شهرين (02) غير قابلة للتجديد،

- لا يجوز إيداع الطفل الذي يبلغ 16 سنة إلى أقل من 18 سنة رهن الحبس المؤقت إلا لمدة شهرين (02) قابلة للتجديد مرة واحدة²¹،

- في مادة الجنايات مدة الحبس شهرين (02) قابلة للتجديد بنفس الكيفيات والشروط المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية، وفي الجدول أدناه²²، نستخلص مدة الحبس المؤقت حسب طبيعة الجريمة.

أما التشريع المصري فراعى معيار جسامة العقوبة²³، إلا أنه يختلف عن المشرع الجزائري في تحديد نطاقه، فالمشرع الجزائري حدده من 13 إلى 16 سنة، أما المشرع المصري فقد حدده بـ 15 سنة إذ لا يمكن أن يودع الطفل رهن الحبس المؤقت إذا كان عمره أقل من 15 سنة،

العمر طبيعة الجريمة	العمر أقل من 13 سنة	من 13 سنة إلى 16 سنة		من 16 سنة إلى 18 سنة
		إذا كان الحد الأقصى للعقوبة أقل من 03 سنوات أو يساويها لا يودع الطفل	إذا كانت العقوبة أكثر من ثلاثة (03) سنوات	
المخالفة	المادة 72 (ق، ط، ج)	/	/	/
الجنحة	المادة 72 (ق، ط، ج)	لا يودع الطفل	لا يودع إلا في الجنح التي تشكل إخلالاً خطيراً وظاهراً بالنظام العام لمدة 02 شهرين غير قابلة للتجديد	(02) شهرين قابلة للتجديد مرة واحدة طبقاً لأحكام (ق، إ، ج، ج) والمادة 73 و 74 (ق، ط، ج)
الجناية	المادة 72 (ق، ط، ج)	(02) شهران قابلة للتعميد طبقاً لأحكام (ق، إ، ج، ج) ولا يمكن أن يتجاوز كل تمديد (02) شهرين في كل مرة، المادة 75 من (ق، ط، ج)		

وفي هذا الخصوص تنص المادة 119 من قانون الطفل المصري على أنه: " لا يحبس إحتياطياً الطفل الذي لم يبلغ خمس عشرة سنة أو يجوز للنيابة العامة إيداعه إحدى دور الملاحظة مدة لا تزيد على أسبوع وتقديمه عند كل طلب إذا كانت ظروف الدعوى تستدعي التحفظ عليه، على ألا تزيد مدة الإيداع على أسبوع ما لم تأمر المحكمة بمدها وفقاً لقواعد الحبس الإحتياطي، ويجوز بدلاً من الإجراء المنصوص عليه في الفقرة السابقة الأمر بتسليم الطفل إلى أحد والديه أو لمن له الولاية عليه للمحافظة عليه وتقديمه عند كل طلب، ويعاقب على الإخلال بهذا الواجب بغرامة لا تتجاوز مائة جنيه".

إن الملاحظ في التشريع المصري هو تخصيص مادة وحيدة تتعلق بالحبس الإحتياطي للطفل وترك للنيابة العامة الحق في إيداعه لمدة أسبوع وتقديمه عند كل طلب وهو ما نستحسنه في المشرع المصري الذي لم يرغب في تطويل مدته، وكل هذا ما لم تأمر المحكمة بتمديداتها وفقا لقواعد الحبس الإحتياطي، إلا أن ما يعاب على المشرع المصري في الأطفال الذين يتجاوز عمرهم 15 سنة فيحبسون إحتياطياً مثلهم مثل البالغين وفق لإجراءات الحبس الإحتياطي المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية المصري وهو ما لا نفضله ويجب عليه مراعاته مثل المشرع الجزائري الذي قلص مدته للنصف، وإنقذ بعض الفقهاء المصريين مبدأ جواز الحبس الإحتياطي للأحداث لكونه يعرضهم لأضرار جسيمة، كما أنه من غير المقبول أن تسري قواعد الحبس الإحتياطي عليهم وهو إجراء سالب الحرية وشبيه في جوهره بعقوبة الحبس²⁴.

أما المشرع التونسي فلم يخص الأطفال بأحكام معينة فيما يتعلق بمدة الحبس الإحتياطي إلا أنه يمكن أن نطبق عليهم ما ورد في المادة 85 من قانون الإجراءات التونسية التي حددت مدته بستة (06) أشهر تكون قابلة للتمديد مرة واحدة في مواد الجناح ولمدة لا تزيد عن ثلاثة (03) أشهر، أما بخصوص الجنايات مرتين (02) لا تزيد مدة كل واحدة منها على أربعة أشهر²⁵.

2.2.3. عقوبة الحبس:

حددت المادة 50 و 51 من (ق،ع،ج) العقوبات المقررة للطفل وتضمنت المادة 50 من (ق،ع،ج) خضوع القاصر الذي بلغ عمره بين 13 و 18 للعقوبات التالية:

- إذا كانت العقوبات المفروضة هي الإعدام أو السجن المؤبد فإنه يحكم على الطفل بعقوبة الحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة،
- إذا كانت العقوبات المفروضة هي الإعدام أو السجن المؤبد فإنه يحكم على الطفل بعقوبة الحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة،
- إذا كانت العقوبة المقررة هي السجن أو الحبس المؤقت فإنه يحكم على الطفل بالحبس لمدة تساوي نصف 1/2 المدة المقررة للبالغين، وفي هذا الصدد نشير إلى أن العقوبات السالبة للحرية المفروضة على الحدث هي كلها ذات طبيعة جنحية، فينطق

بالحكم بالحبس بدل السجن حتى ولو كانت الجريمة المرتكبة من قبل الطفل ذات طبيعة جنائية، لذلك فقد نقضت الغرفة الجنائية الأولى للمحكمة العليا حكماً قضى على حدث بـ 20 سنة سجناً²⁶.

- أما في مواد المخالفات وحسب المادة 51 من (ق،ع،ج) هو التوبيخ أو الغرامة التي سبق لنا الحديث عنهما.

لكن المشرع المصري كان أكثر حماية للطفل في مجال تسليط العقوبة حيث حظر المشرع المصري توقيع عقوبات معينة نظراً لكونها بالغة القساوة، ويرجع السبب في ذلك للجانب الإنساني حيث لا يجوز الحكم بالإعدام ولا بالسجن المؤبد ولا بالسجن المشدد²⁷.

وتنص المادة 111 من قانون الطفل المصري على أنه: "لا يحكم بالإعدام ولا بالسجن المؤبد ولا بالسجن المشدد على المتهم الذي لم يتجاوز سنة الثامنة عشرة ميلادية كاملة وقت ارتكاب الجريمة، ومع عدم الإخلال بحكم المادة 17 من قانون العقوبات، إذا ارتكب الطفل الذي تجاوزت سنه خمس عشرة سنة جريمة عقوبتها الإعدام أو السجن المؤبد أو السجن المشدد يحكم عليه بالسجن، وإذا كانت الجريمة عقوبتها السجن يحكم عليه بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر".

ونرى عند المقارنة أن المشرع المصري ضيق نطاق عمر الطفل محل الحماية وحصره بين 15 و18 سنة في حين وسعه المشرع الجزائري بين 13 و18 سنة، وأيضاً حدد المشرع الجزائري مقدار العقوبة إذا كانت العقوبة المقررة للبالغين تصل إلى الإعدام أو السجن المؤبد فحددها بين 10 إلى 20 سنة للطفل في حين ذكر المشرع المصري بإطلاق مصطلح السجن دون تحديد مقدارها.

وأيضاً نجد التحديد في المشرع الجزائري للعقوبة بنصفها المقررة للبالغين، أما المشرع المصري فأطلقها ولم يحددها وإكتفى فقط بمصطلح الحبس مدة لا تقل عن 03 أشهر إذا كانت العقوبة المقررة هي السجن.

ومن المسائل المتشابهة بين التشريع المصري والجزائري في نصوص المادتين 86 من قانون حماية الطفل الجزائري والمادة 111 من قانون الطفل المصري هو إمكانية

إستبدال أو إستكمال التدابير بعقوبة الغرامة أو الحبس وهو ما نستحسنه في التشريعات وهو ما يشكل ضماناً وحماية للطفل لأن التدبير دوره فعال أحسن من العقوبة. والمشرع التونسي جاء مطلقاً في أحكام العقوبات الجزائية ولم يشر إلى أي حماية بخصوص الطفل إذ يمكن تسليط عقاب جزائي على الطفل إذا تبين أن إصلاحه يقتضي ذلك، وفي هذه الصورة يقضي العقاب بمؤسسة مختصة وعند التعذر بجناح مخصص للأطفال بالسجن²⁸.

4. عقوبة العمل للنفع العام كعقوبة بديلة لتنفيذ العقاب ضد الطفل الجانح:

لم تكن عقوبة العمل للنفع العام موجودة في قانون العقوبات وإنما إستحدثت بموجب القانون 01/09 المؤرخ في 2009/02/25²⁹، مسائراً في ذلك المشرع الجزائري للتشريعات الحديثة المقارنة³⁰.

وقد نصت المادة 05 مكرر 01 على أنه: "يمكن الجهة القضائية أن تستبدل عقوبة الحبس المنطوق بها بقيام المحكوم عليه بعمل النفع العام بدون أجر...". ووجه حماية الطفل القاصر في عقوبة العمل للنفع العام هو إحتساب نصف 1/2 المدة المقررة للبالغين، حيث تضيف المادة 05 مكرر 01 بالنص على: "يجب أن لا تقل مدة العمل للنفع العام المنطوق بها في حق القاصر عن عشرين (20) ساعة وأن لا تزيد عن ثلاثمائة (300) ساعة".

وحسب نفس القانون تطبق عقوبة العمل للنفع العام بتوفر جملة من الشروط تتمثل في:

- إذا كان المتهم غير مسبوق قضائياً،
- إذا كان المتهم يبلغ من العمر سنة على الأقل وقت إرتكاب الوقائع المجرمة،
- إذا كانت عقوبة الجريمة المرتكبة لا تتجاوز ثلاث (03) سنوات حبساً،
- إذا كانت العقوبة المنطوق بها لا تتجاوز سنة حبساً.

إن النقد الذي نوجهه للمشرع الجزائري هو تركة لنفس الشروط المقررة للبالغين وخاصة الأول والثالث والرابع، كما جاءت المادة 5 مكرر 04 من قانون العقوبات الجزائري في حالة إخلال المحكوم عليه بالالتزامات المترتبة دون عذر جدي يخطر قاضي تطبيق العقوبات النيابة العامة لإتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ عقوبة الحبس

المحكوم بها عليه، وهو ما نرى فيه نوع من الشدة إذا كانت العقوبة مطبقة على طفل، لأنه غالباً ما يخل الطفل بالتزاماته لعدم إدراكه التام وعدم نمو فحيداً لو وضع المشرع الجزائري إستثناء لهذه القاعدة بإعذار الطفل لمرتين من قبل تطبيق العقوبات وقبل تنفيذ عقوبة الحبس عليه.

وبما أن عقوبة العمل للنفع العام من العقوبات البديلة فدورها إيجابي وخاصة إذا كان الموقع عليه طفلاً لأنها تحول دون تطبيق عقوبة الحبس وقد جاء المنشور الوزاري رقم 02 المؤرخ في 2009/04/21 ليوضح كيفية تطبيق هذه العقوبة³¹.

إن الملاحظ في نصوص العمل للنفع العام أنها جاءت مسايرة لقانون العمل، ونخص بالذكر هنا السن الأدنى للتشغيل، لذلك وضع المشرع شرط في العقوبة للعمل للنفع العام أن يكون بالغاً من العمر 16 سنة على الأقل وقت ارتكاب الوقائع المجرمة وبالتالي فالسن الأدنى للتشغيل هو أيضاً 16 سنة حسب المادة 15 من القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل، التي تنص على: "لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يقل العمر الأدنى للتوظيف عن ست عشرة سنة إلا في الحالات التي تدخل في إطار عقود التمهين التي تعد وفقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما، ولا يجوز توظيف القاصر إلا بناءً على رخصة من وليه الشرعي".

ومن المتناقضات بين قانون العمل والعمل للنفع العام المنصوص عليه في قانون العقوبات هو عدم جواز توظيف القاصر إلا بناءً على رخصة من وليه الشرعي في حين لا نجد هذا الشرط في شروط العمل للنفع العام، لذا نقترح إضافة شرط يتعلق بموافقة وليه الشرعي قبل الحكم بعقوبة العمل للنفع العام.

وبخصوص التشريعات المقارنة فلا نجد نص في التشريع التونسي يتعلق بالعمل للنفع العام وخاصة مجلة حماية الطفل التونسية، أما التشريع المصري فقد نص عليه في قانون حماية الطفل في المادة 101 منه واعتبره من بين التدابير التي يمكن إتخاذها بشأن الطفل حيث يحكم على الطفل الذي لم يتجاوز سنه خمس عشرة سنة ميلادية كاملة إذا ارتكب جريمة وذلك بالعمل للمنفعة العامة بما لا يضر صحته أو نفسيته، ويعد التدبير تطبيقاً للتدبيرين الثالث والرابع من نفس المادة والمتمثلان في الإلحاق

بالتدريب المهني والإلزام بواجبات معينة³²، ويمكن للقاضي إلحاق الحدث الصغير بأحد مراكز التدريب المهني لمدة لا يجوز أن تتجاوز 03 سنوات عن طريق أحد المصانع أو المزارع التي تقبل تدريبهم ويغلب على هذا التدبير طابع التأهيل، ومما يلاحظ في هذا التدبير أنه لم ينص على حده الأدنى وإكتفى فقط بالأحد الأقصى³³.

أما بخصوص الإلزامات بواجبات معينة تتمثل حسب نص المادة 105 عن قانون الطفل المصري على إلزام الطفل بواجبات معينة أو يفرض الحضور في أوقات محددة أمام أشخاص أو هيئات معينة أو بالمواظبة على بعض الاجتماعات التوجيهية، وقد حدد المشرع المصري مدة هذا التدبير بين 06 أشهر وثلاث سنوات، ويتميز هذا التدبير عن الإلتحاق بالتدريب المهني بأنه حدد فيه الحد الأدنى وهو أمر ضروري لكي يحقق الإلزام بالواجبات المفروضة عليه ليصلح حاله³⁴.

وتكمن العلة في عدم معاقبة المشرع المصري الطفل الذي دون 15 سنة وأكبر من 07 سنوات هو أنه قد تجدي معه التدابير المنصوص عليها في قانون الطفل المصري دون العقوبات ونظراً لضعف بنيته الجسمية لتحمل العقوبة³⁵.

5. خاتمة:

وفي ختام مقالنا يمكننا القول أننا حاولنا قدر الإمكان خلال دراستنا تسليط الضوء على صور الحماية المقررة للطفل من خلال نصوص قانون حماية الطفل الجزائري والقوانين الأخرى لاسيما قانون العقوبات، إذ نجدها رصدت مجموعة من القواعد الوقائية لحماية الطفل الجانح، إلا أنها تبقى دائماً قاصرة بسبب عدم إمكانية حصرها إلا أنها تتقاطع دائماً في نصوص الإتفاقيات الدولية والمعاهدات والبروتوكولات المتعلقة بالطفل.

إلا أن الاختلاف يبقى دائماً حسب القواعد العامة والنظام المنتهج في كل دولة، وتبقى الحماية المقررة للطفل الجانح متوفرة ولكن بشكل نسبي وتعتريها بعض النقائص وخاصة عندما تقرر العقوبة ضده حيث يعد من الفئات الهشة التي يجب أن لا تتعامل بنفس الإجراءات المتخذة ضد البالغين، لذا سنعرض أهم النتائج المتوصل إليها بهذا

الخصوص من خلال الدراسة وجملة من التوصيات التي قد تفيد في الدراسات اللاحقة من خلال رؤية مستقبلية إستشرافية.

- من الضمانات الأخرى لحماية حقوق الطفل آلية الوساطة في إجراءاتها الجوهري المتمثل في تدوين الاتفاق في محضر ويوقع من جميع الأطراف بعد تلاوته وهي حماية من تغيير بنود الاتفاق.

- إن من بين الضمانات التي راعاها المشرع التونسي عند إبرام صلح الوساطة وأغفلها المشرع الجزائري مسألة محضر الصلح الذي لا يجب أن يكون مخلا بالنظام العام والأخلاق الحميدة وهو ما لا نجده في التشريع الجزائري لذا يستحسن تداركه.

- من المتناقضات بين قانون العمل والعمل للنفع العام المنصوص عليه في قانون العقوبات هو عدم جواز توظيف القاصر إلا بناء على رخصة من وليه الشرعي في حين لا نجد هذا الشرط في شروط العمل للنفع العام.

- لم تتناول التشريعات السالفة الذكر في نصوصها مسألة التعسف في إستعمال الحبس المؤقت وخاصة إن تجاوزت المدة المحددة أو في حالة الحكم عليه بعقوبة أقل من مدة الحبس، وما يهمننا في هذا المقام هو حماية الطفل إذ كان لا بد من وجود بعض المواد التي تنظم عدم التعسف في إستعمال هذا الحق وخاصة إذا كان الطفل جانحا معنياً بهذا الإجراء.

- جاءت المادة 5 مكرر 04 من قانون العقوبات الجزائري في حالة إخلال المحكوم عليه بالالتزامات المترتبة دون عذر جدي يخطر قاضي تطبيق العقوبات النيابة العامة لإتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ عقوبة الحبس المحكوم بها عليه، وهو ما نرى فيه نوع من الشدة إذا كانت العقوبة مطبقة على طفل، لأنه غالبا ما يخل الطفل بالتزاماته لعدم إدراكه التام إدراكه التام نمو عقله، فحبذا لو وضع المشرع الجزائري إستثناء لهذه القاعدة بإعذار الطفل لمرتين من قبل تطبيق العقوبات قبل تنفيذ عقوبة الحبس عليه.

- نقترح إضافة شرط يتعلق بموافقة ولي الطفل الشرعي قبل الحكم بعقوبة العمل للنفع العام تفادياً للتناقض بين قانون العمل والعمل للنفع العام المنصوص عليه في قانون العقوبات المتمثل في عدم جواز توظيف القاصر إلا بناء على رخصة من وليه الشرعي في حين لا نجد هذا الشرط في شروط العمل للنفع العام.

- حسب المواد 677 و678 و679 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري يتبين لنا أن من شروط رد الاعتبار ضرورة مراعاة ما إذا كانت العقوبة سالبة للحرية أم لا، وما إذا كانت العقوبة الأصلية هي الغرامة وما إذا كانت العقوبة غير نافذة، وما يلاحظ في الشروط المقررة أنها لم تراعي سن المحكوم ضده، ونخص بالذكر هنا فئة الأطفال إذ يستحسن على المشرع لو قلص مدة رد الاعتبار إلى النصف ليشكل بذلك ضماناً فعالة لحماية حقوق الطفل في المستقبل، وتجعله يندمج في الحياة بأقل وقت.

- يمكن القول بأن الطفل الجانح بالرغم من رد إعتباره لأبدي له من وجود رقابة لاحقة لتصرفاته وحياته وهي الآلية التي لم تراعيها أي من التشريعات من خلال نصوص قوانين حماية الطفولة، والمتابعة الفعالة والواقعية ستحدد مستوى تحسن الطفل بعد تنفيذ العقوبة ولا محالة سنضمن عدم عودته للإجرام تحقيقاً لمصلحته الفضلى التي تسعى إليها كل إجراء أو تدبير متخذ بشأنه.

6- الهوامش:

1 - إن البحث في تاريخ العقوبة يندرج ضمن دراسة فلسفة العقاب نظراً لقدمها قدم حياة الإنسان، ومرت بمراحل متعددة تختلف حسب العصور، ففي العصور القديمة والوسطى لم تكتسب تحديداً دقيقاً لمدلولها، لكنها تحددت بطريق قانوني في العصور الحديثة ونعطي لمحة موجزة عن تاريخها ففي العصور القديمة والوسطى كانت الحياة بدائية وكانت تعرف بأنها شر يقابل شر، أما في المجتمعات الإنسانية الأولى قبل تكوين المجتمعات السياسية كان السائد هو الإنتقام الفردي نظراً لعدم تكوين فكرة الدولة، وبعد تكوين الأسرة إنتقل الإنتقام الفردي عند الرومان إلى فكرة الدية (wergeld) والتي يتقاضاها المعتدى عليه بدلاً من الإنتقام على

المعتدي، وبعدها تطورت فكرة الدية في العصر الروماني وأصبح للدولة الحق في إقتسام الدية مع المعتدى عليه، وبعدها ظهرت صورة العقوبة العامة التي أساسها فكرة الضرر العام الذي يصيب المجني عليه والمجتمع، ولقد كانت للكنيسة حينها آثار فلسفية عميقة على نظرية العقوبة ومن رجالها (سان توماس)، وانتقلت أفكارهم من القانون الكنسي والمحاكم الكنسية إلى القانون المدني والمحاكم المدنية، وأصبحت تطبق فكرة المسؤولية وتراعي ظروف الجاني وظروفه إرتكاب الجريمة أي تم الأخذ بفكرة تفريد العقاب وانتشرت فكرة العقوبة التحكيمية التي يكون القاضي فيها يجرم ويعاقب في نفس الوقت، أما في العصر الحديث الذي ورث فكرة العقوبة التحكيمية، ونظراً للعيوب التي شابت نظام القضاء التحكيمي التي من بينها أن قاضي من قضاة القرن 17 م قرر بأنه خلال 40 سنة تولى فيها القضاء حكم بإعدام 20.000 شخص، ومن العيوب أيضاً هي إهمال مبدأ الشرعية الذي يعتبر أهم الضمانات الحريات الفردية في العصر الحالي وتطورت النظم منذ القرن 18م بقيام الثورة الفرنسية الكبرى والأمريكية الكبرى وكان فلاسفة القرنين 18 و 19 لهم الدور في ظهور نظريات العقد الإجتماعي، وبتطور الحياة الإقتصادية والصناعية كان لها الأثر في إحترام الفرد وصحته وسلامته، أنظر إسحق إبراهيم منصور، موجز في علم الإجرام والعقاب، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1991، ص من 125 إلى 130.

2- حمدان عيسى الرحامنه، إمكانية تطبيق العدالة التصالحية للحد من جنوح الأحداث في الأردن، رسالة مقدمة إستمكلاً للحصول على درجة الماجستير في القانون العام، جامعة عمان العربية، الأردن، سنة 2014، ص 23.

3 - القانون رقم 12/15 المؤرخ في 2015/07/15 المتعلق بحماية الطفل ، الجريدة الرسمية، عدد 37، بتاريخ 2015/07/19.

4- جمال الدين بوشناق، مقال بعنوان: الوساطة كبديل للمحاكمة الجنائية في التشريع الجزائري، الملتقى الدولي السادس، الحماية القانونية للطفل في الدول المغاربية، يومي 13 و 14 مارس 2017، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي ، ص 23.

- 5- رابع فغرور مقال بعنوان ملامح العدالة البديلة في التشريع الجزائري للأحداث من خلال القانون 12/15- آلية الوساطة الجزائية نموذجاً - مجلة دفاتر السياسة القانونية، الجزائر، جانفي 2019، ص 120.
- 6- يزيد بوحليط، مقال بعنوان: الضمانات الإجرائية للطفل الجانح في إطار القانون 12/15 يتعلق بحماية الطفل، حوليات جامعة قلمة، العدد 24 بتاريخ 2018/07/10، ص 219.
- 7- حمدان عيسى الرحامنه، المرجع السابق، ص 25.
- 8- جمال الدين بوشنافة، المرجع السابق، ص 24.
- 9- رحايمية محب الدين، مقال بعنوان: الوساطة الجزائية في التشريع الجزائري، مجلة المحامي، منظمة المحامين لناحية سطيف، العدد 27، ديسمبر 2016، ص 10 و 11.
- 10- زوية سميرة، الوساطة كحل بديل لمتابعة الحدث الجانح، يوم دراسي بعنوان التعليق على قانون حماية الطفل 12/15 في ضوء الإتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، كلية الحقوق، 2016/12/07، ص 82.
- 11- جمال الدين بوشنافة، المرجع السابق، ص 26.
- 12- أنظر الفصل 113 من مجلة حماية الطفل التونسية.
- 13- (مقتبس عن)، جمال الدين بوشنافة، المرجع السابق، ص 28.
- 14- أنظر الفصل 114 من مجلة حماية الطفل التونسية.
- 15- القانون 09/08، المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، عدد 21، بتاريخ 2008/04/23.
- 16- عبد الحليم بن مشري، الطفل المعرض للخطر، الدلالة اللفظية في ميزان السياسة الوقائية، الملتقى الدولي السادس حول: الحماية القانونية للطفل في الدول المغاربية، 14/13 مارس 2017، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، ص 108.

- 17- ناصر عبد الحليم محمد السلامة، قضاء الأحداث، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية العربية، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، سنة 1997، ص 120.
- 18- أنظر القرار رقم 388708، قضية النائب العام ضد (ك. ع) ومن معه مجلة المحكمة العليا، بتاريخ 2005/10/19، عدد 02، ص 463.
- 19- لقد راعى المشرع الفرنسي أثناء الحكم بالغرامة المركز المالي للمحكوم عليه ومن بين العناصر التي يجب أن تأخذ في الحسبان هي الثروة المالية والدخل والمهنة والأرباح وعمره وحالته الصحية، وذلك بإجراء تحقيق بكافة الوسائل للوصول إلى معرفة وضعية المحكوم عليه بالغرامة، ويكون ذلك باللجوء للأطراف المتعاقدين والإدارات والمؤسسات البنكية، وكل الأطراف الذين يحوزون أموال المحكوم عليه، أنظر المادة 132 من قانون العقوبات الفرنسي الفقرة 22.
- 20- التدابير المنصوص عليها في المادة 70 من قانون حماية الطفل الجزائري تتمثل في :
- * تسليم الطفل إلى ممثله الشرعي أو إلى شخص أو عائلة جديرين بالثقة، وضعه في مؤسسة معتمدة مكلفة بمساعدة الطفولة، وضعه في مركز متخصص في حماية الطفولة الجانحة.
- 21- أنظر المادة 73 من قانون حماية الطفل الجزائري .
- 22- الجدول من إعداد الباحث طبقاً لنصوص قانون حماية الطفل الجزائري .
- 23- مها الأبحي، جرائم وقضاء الأحداث في إطار التشريعات العربية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، سنة 2017، ص 206.
- 24- محمود سليمان موسى، الإجراءات الجنائية للأحداث الجانحين، دراسة مقارنة في التشريعات العربية والقانون الفرنسي في ضوء الاتجاهات الحديثة في السياسة الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2008، ص 260.
- 25- أنظر المادة 03/85 من قانون الإجراءات الجنائية التونسي.

26- الغرفة الجنائية الأولى ، ملف رقم 53298 بتاريخ 14/02/1989، المجلة القضائية لسنة 3/1991، أنظر أوفروخ عبد الحفيظ، السياسة الجنائية تجاه الأحداث، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، القسم العام، جامعة منتوري قسنطينة، سنة 2010/2011، ص 129.

27- مها الأبحي، المرجع السابق، ص 378.

28- أنظر الفصل 99 من مجلة حماية الطفل التونسية.

29- القانون 01/09 المؤرخ في 25/02/2009 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، عدد 15، بتاريخ 08/03/2009.

30- يعود ظهور العمل للنفع العام لسنة 1966 بمؤسسة "الميرا" بكاليفورنيا وبعدها تبنته بريطانيا بموجب القانون المعروف بإسم act criminal justice ، وقد عرف بنظام الخدمة العامة C.S.O community Service organisation ، وقد عرف بنظام الخدمة العامة وعبر هذا النظام المحيط ليتم تطبيقه في مقاطعة كيبك سنة 1980 وبعدها طبق في البرتغال سنة 1982، إلا أن التشريعات اختلفت في الأخذ بهذا النظام وذهب اتجاه بأنه لا يفرض على الجاني إلا إذا قبل به، وتشريعات أخرى قبلت به كما هو، بحيث يخضع توقيع جزاءه للسلطة التقديرية للقاضي، أنظر طاشور عبد الحفيظ، دور قاضي تطبيق الأحكام القضائية الجزائية في سياسة إعادة التأهيل الإجتماعي في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون سنة، ص 221.

31- أوفروخ عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 132.

32- مدحت الدبيسي، محكمة الطفل والمعاملة الجنائية للأطفال، بدون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، سنة 2011، ص 93.

33- مجدى عبد الكريم أحمد المكي، جرائم الأحداث وطرق معالجتها في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، سنة 2009، الإسكندرية ص 577 و579.

34- مدحت الدبيسي، المرجع السابق، ص 90.

35- خالد سعود بشير الجبور، التقرير العقابي في القانون الأردني، دراسة مقارنة (مصر، فرنسا)، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فلسفة في القانون العام، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، سنة 2007، ص 316.

تاريخ القبول: 2021/01/25

تاريخ الإرسال: 2021/01/07

أثر الإثبات بالأدلة العلمية الحديثة على الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي بها

The impact of modern scientific evidence on the personal conviction of a criminal judge

د. بن مالك أحمد¹¹جامعة تامنغست، (الجزائر)، benmalekahmed01@gmail.com

المخلص:

تعد الأدلة العلمية الحديثة أحد أهم نتائج الاكتشافات العلمية والتكنولوجية والبيولوجية الحديثة لمواجهة الجرائم الحديث بنفس الوسائل التكنولوجية المستخدمة في ارتكابه، وتتمتع بالدقة والموضوعية المستمدة من أسسها العلمية المختلفة في الكشف عنها، والتي تجعلها تكاد تكون قاطعة وجازمة في قوتها التدليلية وإقناعيه باعتبارها الشاهد الصامت في الدعوى الذي لا يكذب ولا يخطئ ولا يجامل، وهو ما يدفع القاضي الجزائي إلى تقديمها عن بقية الأدلة الجزائية الأخرى عند تكوين قناعته الوجدانية منها، حتى تكون الأحكام الجزائية الصادرة عنه مبنية على الجرم واليقين المطلوب، ووفقا للمنطق الذي يفرضه القانون، ويتقبله العقل السليم، وتسعى هذه الدراسة إلى إبراز دور الإثبات بالأدلة العلمية الحديثة في تكوين القناعة الشخصية للقاضي الجنائي بالدليل المستمد منها، وخلصنا إلى أن الأدلة العلمية الحديثة تقدم نتائج أكثر دقة ويقينية عن غيرها من الأدلة التقليدية في كشف غموض الجرائم.

الكلمات المفتاحية: الأدلة العلمية الحديثة، الإثبات الجنائي، الاقتناع الشخصي للقاضي، الدليل المادي.

*المؤلف المرسل

Abstract:

Modern scientific evidence is one of the most significant results in the filed of modern scientific , technological and biological discoveries that is used to confront modern criminality by using the same technological means as it is used to commit it ,and it has the accuracy and objectivity derived from its various scientific bases in detecting it, which makes it interrupted and determined in its evidentiary and persuasiveness which considered as the silent witness in a case that is not lying, wrong, and imprima, the criminal judge must present it rather than the other criminal evidence once he forms his/ her own conviction, therefore his criminal judgments are based on the required determination and certainty and according to the logic imposed by the law and accepted by the proper mind, this study seek to highlight the role of proof with modern scientific evidence in forming the personal conviction of the criminal judge with the evidence derived from it, and we concluded that modern scientific evidence provides more accurate and certain results than other traditional evidence in uncovering the mystery of crimes.

Keywords: Modern scientific evidence, criminal proof, judge's personal conviction, physical evidence

1. مقدمة:

تعتبر الجريمة من اخطر الظواهر التي عرفتها البشرية منذ ظهور الانسان على سطح الارض الى غاية يومنا هذا، وقد عملت الدول جاهدة من خلال اجهزتها المختلفة على مكافحتها والاستعانة في ذلك بشتى الطرق والاساليب الممكنة لكشف الجناة واحباط مخططاتهم الاجرامية، ومع بداية القرن العشرين اصبح الصراع يكتسي بعدا جديدا نتيجة للثورة العلمية والتكنولوجية الهائلة التي تركت بصماتها على كل مناحي الحياة المعاصرة، فاستغلها المجرمون في تطوير اساليبهم الاجرامية والخروج بالجريمة من نطاق اساليبها التقليدية، وهو الامر الذي وضع اجهزة التحقيق الجنائي امام تحد بالغ الخطورة ودفعهم الى التعامل بالمثل واستغلال التقدم العلمي والتقني والاساليب العلمية الحديثة في مجال الاثبات الجنائي، لإخراجها من نطاقها التقليدي فظهرت " الادلة العلمية الحديثة ".

وبفضل التقدم المطرد في ميدان العلوم الجنائية كشفت الدراسات والابحاث الحديثة عن تطور كبير في ميدان الاثبات الجنائي، والدخول الى مرحلة جديدة اصطلح على تسميتها " الاثبات بالأدلة العلمية الحديثة "، واصبحت تلك الادلة تلعب دورا اساسيا في الاثبات على حساب الوسائل الاخرى، نظرا للدقة والموضوعية التي تتمتع بها، بخلاف الادلة التقليدية القولية التي تتميز بالشخصنة لأنها نابعة من ذاتية صاحبها كالاقرار والشهادة، مما جعل الادلة العلمية المادية الحديثة الأكثر حجية و يقينية في الاثبات الجنائي، حتى صارت في الكثير من الحالات قيда على حرية القاضي في تكوين قناعته الشخصية بالدليل الجنائي المستمد منها، والإشكال الذي سنعالجه من خلال هذا المقال هو : ماهي القوة الإقناعية للأدلة العلمية الجنائية الحديثة في الاثبات الجنائي، وما اثر ذلك على القناعة الوجدانية للقاضي الجزائي بها ؟

ويهدف البحث: الى ابراز المكانة التي تحتلها الادلة العلمية الحديثة بين ادلة الاثبات الجنائي الاخرى من حيث قوتها التدليلية، واثر حجيتها في الاثبات الجنائي على الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي بالادلة المستمدة منها.

ولمعالجة هذا الموضوع اعتمدت على **خطة منهجية** تتكون من ثلاثة محاور وهي :

أولا : ماهية الادلة العلمية الحديثة.

ثانيا : حجية الادلة العلمية الحديثة في الاثبات الجنائي.

ثالثا : ضوابط الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي بالدليل العلمي.

2- ماهية الادلة العلمية الحديثة

لقد ادى تطور الجريمة وتنوع اساليبها وانماطها الى تطور اساليب مكافحتها بالمقابل، حيث ساعدت العلوم الحديثة كعلم النفس الجنائي والبيولوجيا والطب الشرعي وغيرها في كشف غموض العديد من الجرائم، فظهر ما يعرف بـ: "الادلة العلمية"، فماهي الادلة العلمية، وما انواعها؟

1.2- مفهوم الادلة العلمية الحديثة:

ان مسألة اعطاء مفهوم للدليل العلمي تدفعنا الى تعريف الدليل لغة واصطلاحا، ثم تعريف الدليل العلمي.

2.1.1- الدليل لغة:

هو ما يُستدل به، والدليل الدالُّ وقد دلَّه على الطريق يدلُّ دلالةً، ودلالةً، ودلولة والجمع أدلَّة وإدلاءً. والاسم: الدلالة والدلالة بالكسر والفتح¹، ويقال: أدلَّ، وفلان يُدلُّ فلاناً، والدليل يعني: المرشد، وجمعه: أدلَّة².

ويقصد بالدليل: البرهان؛ بحيث يقال: أقام الدليل، أي: بيَّن وبرَّهن³.

2.1.2- الدليل اصطلاحاً:

لم تتعرض التشريعات الجنائية الحديثة إلى تعريف الدليل، غير أنه يحظى باهتمام فقهاء القانون، والدليل هو: مايُزَمُّ به علم شيء آخر، أي: أن الدليل هو ما يمكن التوصل به إلى معرفة الحقيقة، وهو: الحجة والبرهان، وما يستدل به على صحة الواقعة⁴.

ويعرفه الدكتور "أحمد فتحي سرور" بأنه: «الوسيلة التي يستعين بها القاضي، للوصول إلى الحقيقة التي ينشدها، أي: كل ما يتعلق بالوقائع المعروضة عليه، لإعمال حكم القانون عليها»⁵.

والدليل الجنائي هو: المعنى الذي يُدرك من مضمون واقعة، سواءً تحققت بها الإدانة، أو البراءة، ويتم إدراك تلك الواقعة بإعمال المنطق، واستخدام العقل في تقدير تلك الواقعة، ليصبح المعنى المستنبط من مفهومها أكثر دقة في دلالتها على الإدانة، أو البراءة⁶.

كما يُعرف الدليل الجنائي بأنه: «الأثر المتنبَّع في نفس، أو في شيء، أو متجسم على شيء ويدل على جريمة وقعت في الماضي، أو ستقع في الحاضر، من طرف شخص معين، تُسند الجريمة إلى سلوكه»⁷.

ومن خلال هذه التعريفات؛ يتبين أنَّ جميعها تنظر إلى الدليل الجنائي من زاوية مختلفة، ويمكن القول أن الدليل الجنائي هو: الوسيلة أو الحجة أو البرهان الذي يستعين به القاضي، للوصول إلى الحقيقة التي ينشدها، من خلال استخدام العقل، وإعمال المنطق، في تقدير الوقائع المعروضة أمامه من أجل إثبات التهمة، أو نفيها، وما ينتج عنه من حكم بالإدانة، أو البراءة.

3.1.2- تعريف الأدلة العلمية الحديثة:

لم يتعرض الفقهاء والباحثين إلى مسألة تعريف الدليل العلمي، وبيان أركانه، بل إن البعض منهم اكتفى بتحليل الوسائل العلمية التي يُستقي منها الدليل⁸. ويعرف الدليل العلمي بأنه: تلك الطرق والإجراءات العلمية التي تساعد في تثبيت الحقيقة على الأفعال، وذلك بالكشف عن الجريمة، وتحديد مرتكبيها، وأن تضع أمام القاضي العناصر المقنعة التي تساعد على إدانة الفاعل، سواءً تعلقت هذه الطرق بجسم ونفس الإنسان، أو حياته الخاصة، أو ساعدت على كشف سلوكه، وقت ارتكاب الجريمة دون علمه⁹.

ويختلف الدليل العلمي عن بقية الأدلة؛ بأنه الدليل الذي يكون مصدره رأيٌ علميٌّ، حول تقدير مادي أو قولي، كالخبرة التي تتمثل في تقارير فنية مختصة، تصدر عن الخبير بشأن رأيه العلمي في وقائع معينة، فهي تقدير علمي في الواقعة معينة بناءً على معايير علمية، والقاضي يلمس هذه الواقعة من خلال التقدير الفني لها، ومن خلال تقدير القاضي لرأي الخبير، يصل إلى تكوين قناعته بشأن هذه الأدلة¹⁰.

ولا يختلف اثنان بشأن مساعدة الدليل العلمي، في اكتشاف الجريمة وإسنادها للمتهم، لكن تبقى السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في توسيع الاستفادة من القرائن العلمية، وإخضاعها للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي، الذي يثير عدة مسائل قانونية عند فصله في الدعوى الجنائية، لا يستطيع الخبير أن يحسمها، بالرغم من دوره البارز في تقدير الدليل¹¹.

ويرجع الفضل في نشأة الدليل العلمي إلى مؤسس المدرسة الوضعية الإيطالية، الطبيب الإيطالي "شيزازي لمبروزو"، الذي كان يعمل أستاذاً للطب الشرعي والعصبي، وعمل طبيباً في الجيش الإيطالي، وجمع نتائج أبحاثه في مؤلفه (الإنسان المجرم)، الذي خلص فيه إلى أن هناك أوصاف عضوية في المجرمين تختلف عن غيرهم، وذلك بالنسبة لأعضاء الجسم، وأيضاً وظائف الأعضاء، والصفات النفسية، وقد توصل إلى تلك النتائج من أبحاثه خلال فحصه لجثث مئات المتوفين، ومئات الأحياء¹².

كما أن النمساوي " فرويد" اعتمد على نظرية التحليل النفسي من أجل كشف أغوار حالة اللاشعور لدى الإنسان، باستعمال وسيلة التنويم المغناطيسي¹³؛ ومنه فإن بدايات الدليل العلمي كانت تعتمد على دراسة وظائف الأعضاء البشرية، وحالات اللاشعور لدى الإنسان، ثم أصبح التقدم العلمي يشمل مجالات متعددة من التكنولوجيا الحديثة، بلغت أوجها في العصر الحالي، ونَجَمَ عنها ظهور ما يعرف بنظام الأدلة العلمية، الذي يحتل فيه الخبير الدور الرئيس في مجال الإثبات، وأصبحت أهم الأدلة؛ تلك القرائن التي تخضع للفحص العلمي، ويستخرج منها بصورة قاطعة، ما يثبت الإدانة أو البراءة، بفضل الوسائل العلمية والتكنولوجية الحديثة، كأجهزة التسجيل، والتصوير، وعلم البصمات... وغيرها¹⁴.

2.2- أنواع الأدلة العلمية:

إن ظهور الدليل العلمي؛ جاء كنتيجة لعجز الأدلة الكلاسيكية، والتي تعتمد في الغالب أساليب بسيطة في الكشف عن الجرائم، مثل: الشهادة والاعتراف والإكراه... وغيرها، في ظل تطور تقنيات ارتكاب الجرائم في العصر الحديث، والتي أصبحت تستخدم فيها أساليب متطورة جداً، من طرف الجناة؛ لتضليل العدالة، وتبعاً لذلك كان لزاماً على رجال التحقيق والقضاة، مواكبة ذلك التطور واللجوء إلى استخدام الأدلة العلمية التي كشفت عنها أدق الوسائل التكنولوجية والتقنية الحديثة، من أجل إثبات ارتكاب الجريمة، ومعرفة مرتكبيها، والوصول إلى الحقيقة.

وقد تنوعت تلك الأدلة العلمية بتنوع وتعدد الوسائل، والأجهزة المستعملة في الكشف عنها، إلى درجة أصبح يصعب معها حصر تلك الأدلة، نتيجة للتطورات العلمية المستمرة، والتي قد تكشف في أي لحظة عن ظهور أجهزة جديدة، يمكن أن تُفُضي إلى أدلة علمية أكثر دقة وقطعية في دلالتها، ومن أهم تلك الأدلة:

1.2.2- الأدلة العلمية النفسية:

وهي: تلك الأدلة المستقاة من الأجهزة والوسائل المستعملة من طرف أطباء، وعلماء النفس، بهدف الحصول على اعترافات وأقوال من الجناة والمتهمين، وهذه الوسائل منها ما يعدم ويتحكم في إرادة الشخص الخاضع لها، وذلك بوضع الشخص

في حالة لا وعي، ومن خلالها يبوّح بمكوناته وأسراره التي لا يستطيع البوح بها وهو في حالة وعي، مثل: التنويم المغناطيسي، والتحليل التخديري.

وهناك وسائل أخرى لا تترك أي أثر مادي في جسد الشخص أو المتهم، ولا تؤثر على إرادته، وإنما يتمثل عملها في تسجيل التغيرات الفسيولوجية في جسم الإنسان، كجهاز كشف الكذب؛ الذي يعتبر وسيلة لقياس ضغط الدم، وسرعة التنفس لدى الشخص، وبالتالي إظهار حقيقة أن الشخص صادق في تصريحاته أو كاذب.

كما يتم التعرف كذلك على الجناة عن طريق الكلاب البوليسية التي يتم تدريبها جيداً، ويمكنها التعرف على المجرم عندما يختلط بمجموعة من الناس في مكان محصور، فبعد أن يشم الكلب الأثر في مكان الجريمة، يوعز إليه بالتعرف على صاحب الأثر، فيباغته في المجموعة.

2.2.2- الأدلة العلمية المستمدة من أجهزة المراقبة:

وهي: تلك الأدلة التي كشف عنها التطور التكنولوجي الحديث، والذي أدى إلى ظهور أجهزة مراقبة ذات تقنية عالية، أصبحت تستخدم من طرف الضبطية القضائية، والمحققين، ورجال القضاء، بغية البحث والتنقيب عن الأدلة الجنائية، والوصول إلى الحقيقة القضائية، كأجهزة التصنت التي تلتقط الأحاديث السلكية واللاسلكية، بالإضافة إلى الأجهزة التكنولوجية الحديثة، ذات القدرة الفائقة في التقاط المكالمات التي تتم عن طريق الأنترنت.

كما أن التطور التكنولوجي في مجال التقاط الصور، نجم عنه ظهور أجهزة جديدة متطورة في هذا المجال، يمكنها أن تساهم في الحصول على أدلة أكثر دقة، كآلات التصوير الدقيقة التي يسهل إخفاؤها في أي مكان للتصوير من الداخل، وأجهزة التصوير عن بعد، والتي تلغي المسافة وتقرب البعيد... إلخ.

3.2.2- الأدلة العلمية المستمدة من البصمات وتحليل الحمض النووي (DNA):

وهي: تلك الأدلة التي يكون مصدرها الأنسجة الحية لجسم الإنسان، والتي يتم الحصول عليها بعد فحص الآثار المادية التي يتم ضبطها في مسرح الجريمة، كبصمات الأصابع، وبصمات الجسم الأخرى، كالأذن، والعين، والأسنان... وغيرها.

بالإضافة إلى البصمة الوراثية، التي يتم الحصول عليها بعد تحليل الحامض النووي (DNA)، والذي يمكن استخلاصه من أي خلية من جسم الإنسان، ما عدا خلايا الدم الحمراء.

4.2.2- الأدلة العلمية المستمدة من الاختبارات و التحليل البيولوجية والطبية:

وهي: تلك الأدلة الناتجة عن بعض الاختبارات المعملية، للبقع وأثار التلوثات المتحصل عليها في مسرح الجريمة، أو على ملابس أو جسم المجني عليه أو المتهم، بأشكال وصور مختلفة، وألوان متباينة، كالبقع الدموية، واللعباب، والعرق، والسائل المنوي.

كما أن استخدام الوسائل الحديثة للكشف عن الجرائم، أصبح يتعدى المظهر الخارجي لجسم الإنسان، إلى البحث في باطنه وداخل أحشائه، وأمعائه، ومعدته، للحصول على دليل للجريمة، كإخضاع المشتبه فيه -في بعض الجرائم- إلى عملية: (غسيل المعدة والأمعاء).

3- حجية الادلة العلمية في الاثبات الجنائي

لقد أصبحت الادلة العلمية الحديثة تحتل الصدارة والتفوق على بقية ادلة الاثبات الجنائية الاخرى، وصارت مكانتها تتعزز يوماً بعد يوم بالحقائق العلمية والاسس الموضوعية التي تجعلها أكثر دقة في اثبات الجرائم، بخلاف الادلة القولية والمعنوية الاخرى التي يغلب عليها الطابع الشخصي، وهو ما يؤثر على مبداء تدرج الادلة، ويؤدي الى تغليب الادلة العلمية الحديثة وتفضيلها في عملية الاثبات الجنائي.

1.3- سيادة مبدأ عدم تحديد تدرج الادلة الجنائية :

لقد كان نظام الاثبات المقيد او ما يعرف بـ " الاقتناع القانوني للقاضي " سائداً في بدايات ظهور نظام الاثبات الجنائي، ويقوم هذا النوع من الأنظمة على فكرة اساسية فحواها؛ أن للمشرع دوراً أساسياً في الإثبات¹⁵، إذ يقوم مسبقاً بتحديد الأدلة، وتصنيفها حسب قيمتها الثبوتية، في الدعوى التي يستند عليها القاضي، حيث يتقيد هذا الأخير بها، فلا يمكنه بناء قناعته إلا في نطاق الأدلة المحددة قانوناً، والتي يستند عليها في الحكم بالإدانة، كما يكون ملزماً بها في الحكم بالبراءة، في حال عدم توفر الدليل¹⁶،

فدور القاضي في هذا النظام هو تطبيق القانون، عند توفر دليل الإثبات، فإن لم يتوفر فلا يجوز له حينئذ الحكم بالإدانة، حتى ولو كان لديه اقتناع شخصي، بأن الشخص المائل أمامه هو مرتكب الجريمة، وعلى حد تعبير الأستاذ " فيليب ميلر" فإن القاضي في هذا النظام يشبه الآلة الكاتبة؛ التي ترصد تلقائياً الحروف عندما يُضربُ على أزرارها¹⁷.

وعليه فإن هذا النظام؛ يقوم أساساً على انفراد المشرع بسلطة تحديد وتقدير الأدلة، وعدم تخويل ذلك للقاضي وسلطته، وقد ساد هذا النظام في التشريعات التي سبقت الثورة الفرنسية، وما زالت له آثار في التشريعات الحديثة، وتتمثل في الاستثناءات التي تردُّ على مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي¹⁸.

ثم جاء نظام الاثبات الحر والذي اخذ بمبدأ عدم تحديد تدرج الادلة الجنائية وإطلاق حرية الإثبات لأطراف الدعوى؛ لأن الإثبات الجنائي مختلف عن الإثبات المدني، فموضوع الإثبات في المسائل الجنائية، يتعلق بوقائع مادية ونفسية، لا يمكن معها تحديد شروط صحة الدليل وكفايته لإثباتها، بموجب نصوص تشريعية مسبقة، وإنما يجب إتاحة الحرية لجميع أطراف الخصومة (النيابة العامة، والمتهم، والقاضي) لإثباتها بجميع الوسائل المتاحة¹⁹.

كما ان الاقتناع الشخصي للقاضي بالأدلة في هذا النظام له دوره الإيجابي في عملية الإثبات؛ إذ يقوم هذا النظام على حرية القاضي في تكوين اقتناعه الشخصي بالأدلة، من غير أن يكون ملزماً بالحكم بالإدانة ضد المتهم، حتى ولو كانت كل الأدلة ضده، إذا لم يشعر القاضي وجدانياً بأنها كافية لإدانته أو تبرئته، ومادام الدليل المستند عليه من ضمن الأدلة المطروحة في الدعوى²⁰، كما أن للقاضي دوراً إيجابياً في عملية الإثبات؛ حيث لا يكون مقيداً بأغلال المشرعين، بل يسعى بكافة الوسائل المشروعة للوصول إلى الحقيقة والحكم بالعدل، وله أن يحكم بالبراءة إذا تبين له أن المتهم كان في حالة دفاع شرعي، أو توفر لديه سبب من الأسباب المُغفية من الإدانة²¹.

وقد نصت المادة 1/212، من قانون الاجراءات الجزائية: يجوز اثبات الجرائم بأي طريق من طرق الاثبات ماعدا الاحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك،

وللقاضي ان يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص)، وقد كرست هذه المادة حرية الاثبات في المواد الجنائية دون التقيد بحجية معينة لدليل على حساب اخر، وللقاضي كامل الحرية في تكوين قناعته من الادلة المعروضة امامه في الدعوى.

ولمبدأ عدم تدرج الادلة الجنائية دور مزدوج، فمن جهة يحمي مصالح الافراد ومن جهة اخرى يساعد على حماية كيان المجتمع ومصلحه الاساسية، ويظهر ذلك من خلال حرية الدفاع في استعمال كافة طرق الاثبات لدفع الاتهام²²، وللقاضي كامل الحرية في تقدير الادلة دون ان يكون ملزما بدليل معين على حساب اخر، وهو ما يعد ضماننا حقيقيا اتجاه الادلة العلمية الحديثة وما قد يرافقها من اخطاء تترتب عليها دون تقدير قيمتها الفعلية من قبل القاضي²³.

2.3- المفاضلة في الاثبات بين الأدلة العلمية المادية و الادلة المعنوية القولية:

ومع تطور الاجرام ومواكبة المجرمين لنتائج التقدم العلمي في العصر الحديث ظهر نظام الاثبات العلمي كدرة فعل للتطور التكنولوجي لتلك الأنشطة الإجرامية، واستعانة المجرمين بالوسائل العلمية التي تساعدهم على إخفاء معالم مشروعهم الإجرامي، فظهرت بعض الجرائم الحديثة التي لم تكن معروفة من قبل، نتيجة استخدام بعض الأجهزة العلمية الحديثة، كجرائم الحاسوب وغيرها²⁴.

ويقصد بنظام الإثبات العلمي؛ الاستعانة بالأساليب العلمية والفنية، التي كشف عنها العلم الحديث في مجال إثبات الجريمة، ونسبتها إلى مرتكبيها، أو تبرئتهم من التهم المنسوبة إليهم²⁵.

ويعتمد نظام الإثبات العلمي على الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية، والتي من شأنها تحقيق عدة أهداف أساسية، كالمحافظة على الأدلة التي عُثر عليها في مسرح الجريمة، والربط بينها من أجل تحديد أسلوب مرتكبي الجرائم، كما أن من شأنها أيضاً تقوية اعتراف المتهم، وإسناد التهمة إليه.

وقد حلت تلك الأدلة العلمية الحديثة، في مجال الإثبات الجنائي محلَّ مبدأ (الاعتراف سيد الأدلة)، وأصبح القاضي يستند إليها في تكوين اقتناعه؛ لأن الاعتماد على الوسائل العلمية الحديثة في استخراج الأدلة يقلل من الأخطاء القضائية، ويجعل

الحكم صائباً ومقنعاً²⁶، حيث يقول أحد القضاة الأمريكيين ويدعى " JUDGEMACOMBS: « كانت المحاكم في الماضي تعتمد على شهادة الإنسان فقط، ولكن جاء العلم الحديث بالمساعدات والوسائل الجديدة؛ كالمجهر، والكهرباء، وأشعة رونتجن، وعلم النفس، والكيمياء... وغيرها من الوسائل العلمية، الأمر الذي قلب مهمة تخمين المحكمة من الماضي إلى نظام يوصلنا بدقة إلى الحقيقة، وذلك من خلال الأجهزة العلمية التي يمكن استخدامها؛ كالاختبارات الكيميائية، التي تكشف عن وجود السم في الدم، واستخدام الأشعة السينية؛ لتحديد الكسر أو الشرخ في العظام، وفي تحديد ذاتية المادة بالنسبة للمواد والمركبات... كل ذلك لإثبات الحقيقة إثباتاً يقينياً²⁷ ».

وقد ثار جدل فقهي حول القيمة التدليلية لكل من الادلة العلمية المادية والادلة المعنوية القولية، والمفاضلة بينهما في الاثبات الجنائي.

فذهب البعض الى حد التشكيك في صدق الادلة العلمية المادية لأنه من الممكن استخدام الغش والخداع لتضليل العدالة وادانة شخص بريء²⁸، كما ان الاعتماد على التقنيات الحديثة لتحصيل الدليل العلمي نظرا للدقة والموضوعية التي يتميز بها قد يعيدنا الى نظام الادلة المقيدة²⁹.

في حين ذهب البعض الآخر الى ترجيح الادلة المادية العلمية التي فاقت قيمتها الثبوتية ومميزاتها الادلة القولية، ذلك ان الدليل المادي هو نتاج خبرة علمية يعبر عن صدق الواقع ويخرج عن سيطرة الجاني، عكس الدليل القولي كالشهادة مثلا التي يتحكم فيها صاحبها وتحتل الخطأ لغرض المحاباة او لداعي الخوف من المجرم³⁰.

بالإضافة الى ان التطور التكنولوجي المعاصر افرز جرائم مستحدثة لا يمكن اثباتها الا بالدليل العنفي المادي كجريمة الغش المعلوماتي، التي لا يمكن التعويل في اثباتها على الادلة القولية³¹، كما ان الاعتماد على التقنيات العلمية الحديثة يجعل للاعتراف اهمية مزدوجة فهو قد يدفع المتهم الى الاعتراف في حالة مواجهته ببصماته في مسرح الجريمة، فيكون حينئذ الدليل المادي مساندا للدليل القولي، وقد يكون مستقلا كدليل يمكن ان يقتنع به القاضي³².

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية الى انه لا جناح على محكمة الجنايات ان هي طرحت الدليل القولي واخذت بالدليل المادي او الفني³³، وقررت نفس المحكمة في الكثير من المرات الى انه ليس هناك ما يلزم تطابق الدليل القولي مع مضمون الدليل الفني، الا انه يجب الا يكون هناك تناقض بينهما يستعصى على الملاءمة والتوفيق³⁴.

4- ضوابط الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي بالدليل العلمي

يسعى القاضي الجزائي للوصول إلى الحقيقة الواقعية، ويسخر في سبيل ذلك نشاطه وجهده الذهني؛ قصد الوقوف على الوقائع كما حدثت، فإذا استقرت لديه تلك الحقيقة وارتاح ضميره للصورة الذهنية التي تكونت لديه، يمكننا القول عندئذ أن القاضي قد وصل إلى حالة الاقتناع³⁵، ويتقيد القاضي عند تكوين عقيدته بأي دليل جنائي بما فيها العلمية الحديثة، بالضوابط التالية:

1.4- بناء الحكم على اساس الجزم واليقين:

تبنى الأحكام الجزائية على الجزم واليقين لا الظن والاحتمال، ففي حالة الشك؛ على المحكمة أن تقضي ببراءة المتهم؛ لأن الأصل في الإنسان البراءة، وهذا اليقين لا يزول إلا بيقين مثله، فالإدانة لا يمكن إقامتها على مجرد الظنون والتخمينات، بل لابد من التثبت والتيقن منها، فعدم قدرة أدلة الإدانة على إحداث القطعية، يترتب عنه الاستمرار في حالة البراءة³⁶.

وإذا كان من المسلم به فقه وقضاء؛ أن لا يبني القاضي اقتناعه إلا على الجزم واليقين، وعلى أدلة ذات دلالة قوية في حجيتها؛ فإن الوصول إلى اليقين المطلق لا يمكن تحقيقه إلا في المسائل الحسابية، وكفي في المسائل الجنائية أن يكون اقتناع القاضي نسبياً، وخاصة في الأدلة المعنوية (القولية)³⁷.

يكتسي الدليل العلمي عامة؛ حجية مميزة في الإثبات الجنائي، كون نتائجه ذات دلالة قطعية، أنتجت الفحوص العلمية الدقيقة للآثار المادية، وهو ما يجعل القاضي في حالة تأسيس اقتناعه بهذا الدليل، يكون قد تحرر القطع واليقين في حكمه، الأمر الذي أدى إلى ترايد حالات الإثبات بالأدلة العلمية المادية مفردة، دون تعزيزها بأدلة أخرى كدليل البصمة،

فالقاضي عند تقديره للأدلة العلمية لا يناقش القيمة العلمية للدليل؛ لأنه مبني على أسس علمية دقيقة، كشفت عنها الوسائل الحديثة والتكنولوجيا المتطورة، ويمتد نطاق تقديره للظروف والملبسات التي وجد فيها الدليل فقط، غير أن الأدلة العلمية ليست جميعها بنفس القيمة اليقينية في دلالتها.

فالدليل اليقيني؛ يجسد الحقيقة الواقعة أمام المحكمة تأكيداً لا يدخلها في حقيقتها شك، فتنفتح بحدوث الواقعة كما دل عليها الدليل³⁸؛ ويصل القاضي إلى مرحلة اليقين القضائي - الذي هو مصدر ثقة المواطنين - عندما يصل إلى الحقيقة المؤكدة، التي تكون لديه اليقين المؤكد على حدوثها، كما في نتائج غسيل المعدة والأمعاء التي تظهر للقاضي أن قطعة المخدر أو دليل الإدانة الوارد في محضر الضبطية، والذي أجريت عملية غسيل المعدة لأجله، هو نفسه المعثور عليه في متحصلاتها بعد الفحص، وهو ما يجعله في مرتبة الدليل اليقيني.

وبالنسبة للدليل المستمد من التصنت على المكالمات الهاتفية يجب على القاضي عند تقديره للتسجيل الصوتي أن يتأكد بكل جزم، وأن يبني على اليقين لا مجرد الظن والتخمين والاحتمال؛ وذلك لأن الأصوات متشابهة مع إمكانية تقليدها؛ لذا وجب على القاضي عند الاستناد على القرائن المستمدة من هذا التسجيل الصوتي، ضرورة الاطمئنان إلى ثلاثة أمور³⁹:

- التأكد من أن الصوت المسجل يعود للشخص المعين بالذات، وذلك بالاستعانة بخبير؛ لأن الصوت قابل للتعديل والمونتاج.

- أن يكون الجهاز المستخدم قد رسم صورة الواقعة من بدايتها إلى نهايتها، حتى يستطيع القاضي أن يستخلص منه الحقيقة؛ لأن العبارات السابقة واللاحقة قد يكون لها أثر على تقدير القاضي، من حيث العبارات التي قيلت، والتي يستدل منها على أمر معين.

- استبعاد وجود احتمال تزوير على الشريط.

فإذا توافرت هذه الشروط مجتمعة، يمكن للقاضي أن يبني قناعته بالدليل المعروضة أمامه إذا تساند مع أدلة أخرى مجتمعة؛ لأن الحكم بالإدانة لا يبني إلا على الجزم واليقين، وفي حالة الشك يحكم القاضي لصالح المتهم.

2.4- بناء الحكم على اساس العقل والمنطق:

إذا كان المشرع قد منح للقاضي سلطة واسعة في تقدير الأدلة وقبولها؛ فإن هذه السلطة ليست مطلقة، بل وضعت لها قيود هي بمثابة ضمان وأمان، إزاء انحراف القاضي عند ممارسته لها كي لا يصير حكمه خاضعا للرقابة القضائية⁴⁰، ومن الضوابط التي استقر عليها الفقه والقضاء ضرورة أن يكون الدليل الذي يستند عليه القاضي في تكوين عقيدته الشخصية؛ متلائماً مع ما يقتضيه المنطق، ويستسيغه العقل⁴¹.

ولكي تكون قناعة القاضي سليمة في تقديره للأدلة، يجب أن تكون النتيجة التي توصل إليها متطابقة مع العقل والمنطق، وللنموذج المنصوص عليه في القانون، وهو ما يطلق عليه بالحقيقة القضائية التي يجب أن تكون مطابقة للحقيقة الواقعية⁴²؛ وذلك لأن الاقتناع بالأدلة هو استخلاص للنتائج من المقدمات، وهذا الاستخلاص الذي يقوم به القاضي يتعين أن يكون متطابقاً مع المنطق المقبول، من دون تعارض أو تنافر مع الوقائع التي سلم بها الحكم وانتهى إليها⁴³.

ومن الطبيعي أن يحتكم القاضي الجزائي في حكمه على مبادئ العقل والمنطق، وهو ما يفرض عليه الاعتماد على أدلة الإثبات التي يتم استخلاصها علمياً وبالدقة والموضوعية المطلوبة، كذلك الأدلة المستمدة من البصمات، والتي تلقى لديه أكثر قبولاً مقارنة بغيرها من الأدلة التقليدية، فهو يتوسم منها الوصول إلى درجة من اليقين في استنتاجه عليها بخلاف الاعتراف، وشهادة الشهود، التي تعثرها المؤثرات النفسية، والعاطفية، وتجعله يتوجس الحيلة والحذر عند التعامل معها، خاصة في مرحلة تكوين قناعته الشخصية، الأمر الذي يدفعه إلى إهمالها والتخلي عنها تحت تأثير قطعية وقوة الدليل العلمي الذي تكشف عنه البصمة.

فمن غير المعقول أن يستند القاضي في حكمه على مجرد شهادة شاهد؛ بأنه كان مع المشتبه به وقت ارتكاب الجريمة، في حين أن الدليل الوحيد في القضية هو وجود بصمات أصابع، أو كف، أو أقدام المشتبه به في عدة أماكن في مسرح الجريمة، وعلى أداة الجريمة ذاتها، أو جثة المجني عليه، والقاضي في ذلك يكون قد جانب المنطق في فعله.

5- خاتمة:

وفي ختام مقالنا يتبين لنا ان استغلال المجرمين للوسائل والاكتشافات العلمية الحديثة لتنفيذ مخططاتهم الإجرامية، جعل اثبات بعض الجرائم بالأدلة التقليدية (كالاعتراف والشهادة) من أكثر الأمور صعوبة وتعقيدا ان لم يكن مستحيلا في بعض الجرائم المستحدثة، وهو ما دفع الجهات المختصة في مكافحة الجريمة الى استغلال العلم وتوظيف التكنولوجيا في ميدان الاثبات الجنائي، فظهرت " الادلة العلمية الحديثة " التي كان لها الاثر البالغ على سلطة القاضي الجزائي وحرية في تقدير وتقييم الدليل الجنائي والاقتناع به، ومن اهم النتائج التي توصلت اليها من خلال هذا المقال:

- الادلة الجنائية العلمية الحديثة هي نتاج الثورة العلمية المضادة في ميدان العلوم الجنائية لمواجهة الاجرام الحديث بنفس الوسائل التكنولوجية المستخدمة في ارتكاب الجرائم.

- تحل وسائل الإثبات العلمية الحديثة أهمية قصوى في مجال العمل الأمني والجنائي، وتلعب دورا بارزا في كشف وبيان غموض الجرائم، ومساعدة المحققين الجنائيين في توفير الأدلة، والتعامل بشكل مميز مع جمع الآثار المادية، وطرق كشفها على أساس علمي، ومعالجتها عن طريق الخبرة الفنية والمختبرية، حتى تصبح دليلا جنائيا يعتمد عليه في إثبات التهمة على المتهم وإدانته، أو نفيها عنه والحكم ببراءته.

- الادلة العلمية الحديثة هي الشاهد الصامت في الدعوى؛ إذ أنها لا تكذب ولا تخطئ ولا تتجامل، كل ذلك صيّر لها ضرورة حتمية، وقيداً وثيقاً - في بعض الأحيان - على حرية القاضي، حتى لا يتعسف في تقدير الأدلة، ولا يجحف فيها عند تكوين قناعته الشخصية بها.

- تقوم الأدلة الجنائية العلمية على أسس علمية، وتهدف إلى تقديم نتائج أكثر دقة و يقينية، ونكاد تكون قاطعة وجازمة في قوتها التدليلية عن بقية أدلة الإثبات الجنائية التقليدية الأخرى، وهي تختلف باختلاف الوسائل المستعملة في الكشف عنها، فمنها ما يتعلق بالجانب النفسي للإنسان ومراقبة حياته الخاصة، ومنها الأدلة الحية المستمدة من جسم الإنسان من إفرازات وتحاليل عضوية وبصمات.

- تتميز الادلة العلمية الحديثة بالدقة والموضوعية في توضيح معالم القضايا وحديثها جعلت الاحكام الجزائية الصادرة بشأنها قطعية في الدلالة والثبوت لا تقبل الرد والطعن في غالب الاحيان.

- يتم استخلاص الادلة العلمية الحديثة من مشكاة الة لا تعرف المجاملة والركون الى الطرف الاخر ولا تتأثر بالمكر والخداع، وهو ما يدفع القاضي الجزائي الى تقديمها عند تقدير الادلة على ما سواها لعلمه ان ما سيصدره من احكام جزائية استنادا عليها تكون مبنية على الجزم واليقين، ووفقا للمنطق الذي يفرضه القانون، وما يستسيغه العقل السليم، والضمير الانساني الحي.

6- هوامش ومراجع المقال:

- 1- الإمام محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي، لسان العرب، ح11، المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، بيروت (لبنان) 1996، ص233.
- 2- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة الكويت، 1983، ص209.
- 3- المنجد الأبجدي، دار المشرق (لبنان)، 1967، ص446.
- 4- أحمد أبو القاسم، الدليل الجنائي المادي ودوره في إثبات جرائم الحدود والقصاص، الجزء الأول، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، (السعودية)، 1993، ص177-178.
- 5- مروك نصر الدين. محاضرات في الإثبات الجنائي، ج2، ط3، أدلة الإثبات الجنائي، الكتاب الأول (الإعتراف والمحرمات)، دار هرمة، (الجزائر)، 2009، ص7.

- 6- كمال محمد عواد، الضوابط الشرعية والقانونية للأدلة الجنائية، ط1، ريم للنشر والتوزيع، (ب.ب.ن)، 2011، ص27.
- 7- رمسيس بهنام، المحاكمة والطعن في الأحكام، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر)، 1993. ص58.
- 8- السيد محمد علي عتيق، النظرية العامة للدليل العلمي في الإثبات الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس (مصر) 1993، ص 04.
- 9- حسن علي حسن السمين، شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة (مصر)، 1983، ص258.
- 10- فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة (دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان (الأردن) 2006، ص125.
- 11- بلولهي مراد، الحدود القانونية لسلطة القاضي في تقدير الأدلة، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة باتنة، (2011-2012)، ص107. أنظر أيضاً، أحمد حبيب السماك، نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 1997/06/21، ص153.
- 12- السيد محمد عتيق، نفس المرجع السابق، ص49.
- 13- نفس المرجع، ص45.
- 14- محمد الطاهر رحال، الإثبات بالقرائن في المواد الجنائية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، فرع قانون العقوبات والعلوم الجنائية، كلية الحقوق جامعة قسنطينة، 2016-2017. ص39.
- 15- أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة (مصر)، 1993، ص90.
- 16- براك عبد الله براك الهيفي. حجية الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، 2017، ص21. أنظر أيضاً مروت نصر الدين، مرجع سابق، ص168.

- 17- محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية والقانون الوضعي الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون (الجزائر)، 1999، ص35.
- 18- بلولهي مراد، المرجع السابق، ص13.
- 19- مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص61.
- 20- عبد الحميد عمارة، ضمانات الخصوم أثناء مرحلة المحاكمة الجزائية في التشريع الوضعي والإسلامي، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، (الجزائر)، (د.س.ط)، ص432.
- 21- عبد الحميد شواربي، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقه (النظرية والتطبيق)، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر) 1996، ص15.
- 22- احمد ابو القاسم، المرجع السابق، ص 52.
- 23- فاضل زيدان محمد، المرجع السابق، ص 101.
- 24- عبد الفتاح مراد، التحقيق الجنائي الفني والبحث الفني، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية (مصر)، 1991، ص279.
- 25- رضا عبد الحليم عبد المجيد، الحماية القانونية للجنس البشري " الاستنساخ وتدايعاته"، دار النهضة العربية (مصر)، 1998، ص42.
- 26- بن مختار أحمد عبد اللطيف، تشريح واقع الطب الشرعي في الجزائر، ملتقى وطني حول الطب الشرعي، وزارة العدل، ص27.
- 27- أحمد حبيب السماك، المرجع السابق، ص152.
- 28- محمد حماد مرهج الهييتي، الادلة الجنائية المادية (مصادرها، انواعها، طرق التعامل معها)، دار الكتب القانونية، (مصر)، 2008، ص 36.
- 29- احمد ابو القاسم، المرجع السابق، ص 65.
- 30- بطيحي نسيم، اثر الاثبات بالوسائل التقنية الحديثة على حقوق الانسان، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر 01، 2010-2011، ص 113.
- 31- محمد حماد مرهج الهييتي، المرجع السابق، ص 21.

- 32- احمد ابو القاسم، المرجع السابق، ص 124.
- 33- بطيحي نسيم، المرجع السابق، ص 115.
- 34- نفس المرجع، ص 116.
- 35- بن لاغة عقيلة، حجية ادلة الاثبات الجنائية الحديثة، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر 1، ص 66.
- 36- بلولهي مراد، المرجع السابق، ص 118.
- 37- إلهام صالح بن خليفة، دور البصمات والاثار المادية الاخرى في الاثبات الجنائي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2014، ص 138.
- 38- إيمان محمد علي الجابري، يقين القاضي الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، (مصر)، 2005، ص 296.
- 39- محمد الطاهر رحال، المرجع السابق، ص 295،
- 40- فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص 232.
- 41- بدر الدين يونس، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الدليل الجنائي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، شعبة القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2014، ص 126.
- 42- الحسن الطيب عبد السلام الأسمر الحضيبي، الاثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة (دراسة مقارنة بين القانون الجنائي الليبي والفقہ المعاصر)، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، قسم الشريعة والقانون، جامعة مولانا مالك ابراهيم الاسلامية الحكومية، مالانج (باتو)، 2016، ص 436.
- 43- ياسر الأمير، مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية (دراسة تاصيلية وتحليلية مقارنة لتتصت على المحادثات التليفونية التي تجرى عبر الانترنت والأحاديث الشخصية نظريا وعمليا)، ط1، دار المطبوعات الجامعية، (مصر)، 2009، ص 690.

تاريخ القبول: 2021/01/10

تاريخ الإرسال: 2020/11/15

رسالة المغيلي للأمرء في ردع الناس عن الحرام: دروس لتطوير

المجتمع الإسلامي المعاصر

Al-Maghili's Letter To the Traditional Rulers in Deterring People From the Unlawful: Lessons For the Development of Contemporary Islamic Society

بللو تكرر^{1*} (Bello Tukur)¹ جامعة ولاية يوبي دماثرو، (نيجيريا)، bellotukur193@gmail.com

الملخص:

يهدف هذا البحث إلى استخراج بعض الدروس التي تساهم في حفظ الثقافة الإسلامية وترسيخها بين الأمة، وتحليل المشاكل الاجتماعية والسياسية المعاصرة بقدر ما يدفع المجتمع الإسلامي المعاصر للنمو والرفق والتقدم الحضاري، من رسالة الشيخ محمد عبد الكريم المغيلي للأمرء في ردع الناس عن الحرام.

وأخيرا قرر الباحث على أنه لا خلاص للمجتمعات الإسلامية من واقعها الأليم، ولا سبيل لتطبيق الدروس المستفادة من الرسالة؛ إلا إذا قامت المجتمعات الإسلامية بتحليل مشاكلها الداخلية عن طريق الكف عن الوقوع في أعراض العلماء وتفويض المسائل الخلاقية لله رب العالمين. وتحرير العقول عن الجمود عن طريق تجديد المناهج الدعوية. وإعادة تكوين الفرد المسلم عن طريق إدراج الدراسات الإسلامية في مقررات الجامعات والمعاهد العلمية كدراسات عامة لجميع التخصصات، ومن ثمّ العكوف على العلم ودراسته بالدقة، والتمكن من إبراز جميع أسرارها والقدرة على الإنتاج والإبداع. فمن خلال ذلك يسهل للمجتمعات الإسلامية تطبيق الدروس المستفادة من الرسالة، والتي تساهم للحصول إلى الأهداف السابقة.

الكلمات المفتاحية: رسالة المغيلي، المجتمع الإسلامي، التحديات المعاصرة، الدروس المستفادة.

*المؤلف المرسل

Abstract:

This research aims to extract some lessons that would contribute in preserving and consolidating Islamic culture among the Ummah, and in analyzing contemporary social and political problems as much as it drives them to development, and advancement, through Al-Maghili's letter to the traditional rulers of his time in deterring people from the unlawful.

Finally, the researcher decided that there would be no salvation for Islamic societies from their painful reality, and there would be no way to apply the lessons learned from the letter unless Islamic society analyzes its internal problems through emancipating minds from stagnation by renewing advocacy curricula, and including Islamic studies in the syllabus of universities and scientific institutions as general studies for all disciplines, and then devotes itself to science and studies it accurately to the degree that it will be capable in production and creativity.

Keywords: Al-Maghili's Letter, Islamic Society, Contemporary Challenges, Lessons Learned.

1. مقدمة:

كانت المجتمعات الإسلامية المعاصرة أخذ كثير من مسلميها للراحة والترف، وقصّروا عن تنفيذ أوامر ربهم؛ فاختلفت الموازين الإسلامية، وحلت محلها الشهوات. وضعفت قوتها لعدة أسباب منها: التعصب الفكري الذي جرّد للأمة المسلمة لباس وحدتها وأخوتها. والجمود الفكري الذي أفسد على الدين الإسلامي تصوره الصحيح، وأصاب مجتمعاته بالعقم. وهذه المشاكل الداخلية مكنت أعداء الإسلام من أن يجدوا لأنفسهم ثغرات في صفوف المسلمين فعملوا على ضعفهم وهاجموا روحهم ومعتقداتهم بكل جائر ومستحيل.

فللسعي في تحليل المشاكل الداخلية والخارجية في المجتمعات الإسلامية المعاصرة رجع الباحث إلى الدراسة لإحدى الرسائل التي خلفها أحد أبرز الشخصيات العلمية بالمغرب الأوسط: الشيخ محمد بن عبد الكريم المغيلي لاستخراج بعض الدروس المهمة من الرسالة، وبيان الطرق والأساليب الناجعة لتطبيق هذه الدروس في المجتمع الإسلامي المعاصر.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى أمور أهمها:

- بيان دور الشيخ محمد عبد الكريم المغيلي في تحليل المشاكل الاجتماعية والسياسية في دعوته الإصلاحية.
- استخراج بعض الدروس من رسالة المغيلي لأحد أمراء في غرب إفريقيا.
- إعطاء صورة واضحة لوضع المجتمع الإسلامي المعاصر، وتحديد مشاكله الداخلية والخارجية التي تعيق بتطوره، وتفوقه.
- بيان الطرق والأساليب الناجعة لصد تحديات المجتمع الإسلامي المعاصر، وتعزيزه من خلال الدروس المستفادة من الرسالة.
- إضافة جديدة إلى المكتبات الإسلامية في العالم.

الدراسات السابقة:

كان الإمام المغيلي من أبرز العلماء والفقهاء الأذكياء ذوي الرؤية الثقافية في نشر العلم والمعرفة. وشاركوا في تفعيل الحياة السياسية والثقافية، وتصحيح الأفكار والعقائد، وتهذيب المجتمع من الشوائب التي علقت به.

ولاقى شخصيته اهتمام العلماء والباحثين، وبرزت عدة مقالات أكاديمية منشورة عن هذه الشخصية تناولت بعضها الأثر الإيجابي والإصلاحي بعد دخوله المنطقة التي أدى فيها دورا مهما، والبعض دوره في تصحيح المفاهيم الإسلامية وجهوده في حماية الدين الإسلامي. لكن الدراسة عن رسائله ومدى نجاعتها في الجهود الرامية لتحليل مشاكل مجتمعنا الإسلامي المعاصر قليل جدا لا تشفي الغليل. ومن أهم الدراسات التي وقفنا عليها من خلال هذه الدراسة:

1. (جهود العلامة محمد بن عبد الكريم المغيلي في مجال الكتابة في فقه السياسة الشرعية بين التجديد والتأثير.. نور الدين بوكريد) بحث منشور في مجلة الشريعة والاقتصاد، الجزائر. تناول البحث بالدراسة والتحليل لجهود الشيخ المغيلي في مجال الكتابة في فقه السياسة الشرعية والتجديد فيها من حيث الشكل والمضمون.

2. (المجتمع الإسلامي، معالم قوته، أسباب ضعفه، ووسائل نهوضه... محمد سعيد/ أحمد محمود بني عايش) بحث منشور في مجلة دراسات: علوم الشرعية والقانون بالأردن. وتناول البحث البيان معالم قوة المجتمع الإسلامي، وأسباب ضعفه ووسائل نهوضه.

الإشكالية والتساؤلات :

الإشكالية الرئيسة التي سنعالج من خلالها في هذا البحث هي كالاتي:
ماهي الدروس المستفادة من رسالة المغيلي وكيف تطبق في المجتمع الإسلامي المعاصر.

وتتفرع من هذه الإشكالية عدة تساؤلات منها:

- ماهو الوضع الذي كان عليه المجتمع الإسلامي المعاصر، وما أهم التحديات التي أوقفت نهضته في شتى مجالات الحياة؟
- ما هي الدروس التي يمكن الاستفادة منها في رسالة المغيلي، وكيف يمكن تطبيقها في المجتمعات الإسلامية المعاصرة؟

وسوف يتم الإجابة على هذه التساؤلات من خلال العناصر التالية

المبحث الأول: ترجمة الإمام المغلي

المطلب الأول: ولادته ونشأته

المطلب الثاني: رحلاته حتى وفاته

المبحث الثاني: عرض وتقديم لرسالة المغيلي في ردع الناس عن الحرام

المطلب الأول: النوازل التي سافت المغيلي لكتابة هذه الرسالة

المطلب الثاني: دروس مستفادة من الرسالة

المبحث الثالث: ما يسهم في تطبيق الدروس السابقة في المجتمع الإسلامي المعاصر

المطلب الأول: وضع المجتمع الإسلامي المعاصر

المطلب الثاني: العوامل التي تسهم في تطبيق الدروس السابقة في المجتمع الإسلامي

المعاصر

المبحث الأول: ترجمة الإمام المغيلي

المطلب الأول: ولادته ونشأته

الإمام محمد بن عبد الكريم المغيلي، من قبيلة مغيلة في تلمسان، دار أسلافه ومسقط رأسه. وهو أحد أشهر العلماء القائمين بنشر العقيدة الإسلامية في القرن الخامس عشر ميلادي. نشأ المغيلي وسط عائلة علمية، وعرف عصره ظهوراً كبيراً للعلماء وشيوخ وفقهاء وكتاب؛ حرص على التعلم منهم، ليصبح فيما بعد من المدرسين والمشايخ والكتاب والمناظرين في أفريقيا، لخدمة الدين الإسلامي ونشر تعاليمه على الكتاب والسنة.^[1]

مولده ونسبه

هو الشيخ محمد بن عبدالكريم بن عمر بن مخلوف بن علي بن الحسن بن يحيى بن علي بن محمد بن أحمد بن عبد القوي بن العباس بن عطية.^[2] بالنسبة لمولده، لا يوجد اتفاق على تاريخ مولده، بحيث تعددت الآراء حول ذلك، وتم الاتفاق على عام 831 هجرية/1427 ميلادية نظراً لتوافقه مع الأحداث التاريخية وتنقلاته بين أصقاع العالم.^[3]

شيوخه

تتلمذ الشيخ الإمام المغيلي على يد ثلثة من الفقهاء والعلماء، وأخذ عنهم العلوم ومن أشهرهم بحسب المصادر المتوفرة:

- محمد بن أحمد بن عيسى المغيلي: وهو أول شيوخه، والذي كان حافظاً لمسائل الفقه وله فتاوى في المازونية والمعار. والذي حفظ عنه الشيخ الجليل المغيلي القرآن الكريم. أخذ عنه التفسير والفقه المالكي، والإمام عبد الرحمن الثعالبي الذي أخذ عنه علم الحديث والتفسير وعلم التصوف، كما أخذ عنه الطريقة القادرية.^[4]

- الشيخ أبو العباس الوغليسي: وهو من علماء بجاية الجزائرية، والتي توجه إليها الإمام محمد وأخذ جملة من العلوم على يد الوغليسي، وتفقه على يده في مذهب الإمام مالك بن أنس.^[5]

- الشيخ عبدالرحمن بن مخلوف الثعالبي: ولد سنة 786هـ بمنطقة وادي يسر، وينتمي إلى قبيلة الثعالبة العربية، تعلم على يد مجموعة من العلماء. وسافر إلى تونس ومكة والمدينة ثم عاد إلى الجزائر أين توفي سنة 875هـ. وتوفي سنة 875هـ. وكان له مؤلفات منها: تفسير الجواهر الحسان في تفسير القرآن، وروضة الأنوار، ونزهة الأخيار.^[6]

- الشيخ يحيى يدير التادلسي التلمساني: درس بتلمسان على يد الشيخ أحمد بن زاغو، وكان من كبار فقهاء المالكية. وهاجر إلى توات سنة 845هـ، وولي القضاء فيها. وعرف بالعلم والصلاح والاستقامة.^[7]

تلاميذه

قضى المغيلي رحلة طويلة في التدريس والتعليم من أجل نشر الدعوة الإسلامية وردع البدع وماغلق على الإسلام من شوائب. واقتدى بسيرته دعاة وفقهاء وتتلذذ على يده كثيرون، أخذوا عنه منهجه في الدعوة واقتدوا بأرائه وأفكاره. نذكر من هؤلاء:

- أيد أحمد، الذي اتصل بالإمام المغيلي في تكدة (منطقة في السودان الغربي) وحضر دروسه وأخذ عنه علم الفقه والمنطق والحديث والعقيدة.^[8]

- الشيخ العاقب، الذي أخذ عن الإمام محمد علم التوحيد في المنطق كما أخذ عنه اللغة العربية.^[9]

- الشيخ عمر بن أحمد البكاسي الذي التقى بالشيخ محمد المغيلي؛ فلزمه طوال المدة التي قضاها الإمام محمد في السودان. وأخذ عنه علوم الحديث والفقه والعربية والسياسة الشرعية والفرائض والمنطق.^[10]

بالإضافة إلى تلاميذ ساهموا فيما بعد في نشر تعاليم الدين الاسلامي والعقيدة الإسلامية في أفريقيا ومنهم الشيخ عثمان بن فودي مؤلف كتاب "الفقه الرباني في ذكر الشيخ محمد بن عبدالكريم المغيلي التلمساني" و الشيخ محمد بن أي أحمد التادختي، الذي أصبح فيما بعد من أبرز المحدثين في العقيدة والفقه.

مؤلفاته

من أبرز مؤلفاته ومنجزاته العلمية التي عكست منهجه:

- مخطوط تفسير تأويل السور الأولى والقرآن.

- إيضاح السبيل في بيوع آجال خليل.

حاشية على المختصر.

- مفتاح الكنوز.

- مفتاح النظر في الحديث. تفسير سورة الفاتحة.

- أجوبة الأسئلة الأمير أسكيا^[11] للإمام المغيلي.

بالإضافة إلى مجموعة أشعار في مدح الرسول وغيرها من المؤلفات المهمة.^[12]

المطلب الثاني: رحلاته حتى وفاته

انتقل الإمام محمد بن عبد الكريم المغيلي من تلمسان إلى بجاية والتي كانت إحدى حواضر العلم والثقافة العربية الإسلامية للاستفادة من علمائها وأخذ عنهم علم التفسير والحديث الشريف وهناك التقى بفقهاءها وعلمائها ومنهم الشيخ أحمد بن إبراهيم الجاني سنة 840 هجرية والتي انتقل بعدها إلى مدينة الجزائر حيث التقى بالشيخ الثعالبي الذي زوجه ابنته وبعدها عاد إلى تلمسان ووجد فيها التقلت وانزعج من السلاطين وكيفية معالجتهم للأمور السياسية لعدم امتثالهم للقواعد الإسلامية. هاجر إلى منطقة تمنطيط بتوات إدراة وهناك حارب فيها اليهود وتصدى لهم. ثم انتقل بعدها إلى السودان حيث قضى فيها وقتاً طويلاً من أجل الدعوة الإسلامية والإصلاح وهناك سمع بخبر مقتل ابنه عبد الجبار الذي قتله يهود توات، فغادر السودان إلى منطقة توات وجمع جيشاً لمحاربة اليهود، فدارت حرب طاحنة لم يحرز أي الطرفين النصر النهائي حتى عاد بعدها إلى وادي البرامكة حيث توجد زاويته، وظل بها حتى توفي عام 909 هجرية/1503 ميلادية.^[13]

المبحث الثاني: عرض وتقديم لرسائله في ردع الناس عن الحرام

المطلب الأول: النوازل التي دفعت المغيلي إلى كتابة هذه الرسالة

انتشر الإسلام في شمال نيجيريا في وقت مبكر، وأصبحت بعض الإمارات دولا إسلامية، إلا أنه مع هذا كله فإن المجتمعات الإسلامية يوجد فيها من أنواع الكفر والفسوق والعصيان أمور فظيعة وأهوال شنيعة. تعالى ملوكها وسلاطينها في الجور والطغيان. وبلغ الفساد غايته. وتراوح إسلام مسلميها بين كتفي النقصان والرجحان؛

تقر أغليبتهم بالتوحيد إلا أنها تؤدي العبادات من غير استكمال شروطها. بل ارتد كثير من المسلمين بأفعالهم وإن كانوا يدينون بالإسلام بلسانهم. ذلك لأنهم يتعاملون مع مشركي زمانهم ويتعاونون فيما بدى لهم أحياناً. فلذلك ضعفت قوة الإمارات الإسلامية في تلك الأيام إلى نشر الإسلام بين القبائل الوثنية. كما عجزت عن تحرير المسلمين عما شاب إسلامهم من عوائد رديعة وبدع شيطانية.

فلهذا الوضع المتكدر طلب أمير "كانو"¹⁴ محمد رمفى^[15] أن يكتب له الإمام المغيلي رسالة في ردع الناس عن الحرام. فكتب له هذه الرسالة، وبين فيها تصورات واضحة للمفاهيم الإسلامية التي يجب أن يلتزمها الحاكم والمحكومون عليهم تعزيزاً لدولتهم، ونصرة لمسلميها، وحفظاً لدينها وثقافتها. ونص الرسالة:

" من عبد الله محمد بن عبد الكريم المغيلي التلمساني إلى أبي عبد الله محمد بن يعقوب، سلطان "كانو" وفقه الله لما يرضاه، وأعانه على ما أولاه من أمور دينه وندياه بجاه سيدنا محمد صلوات الله عليه وسلامه. سلام عليكم ورحمة الله وبركاته. أما بعد :

فإنك سألتني أن أكتب لك جملة مختصرة فيما يجوز للحكام في ردع الناس عن الحرام، فاعلم أعاننا الله وإياك على رعاية ودائعه وحفظ ما أودعنا من شرائعه، إنه لا بد من ردع المفساد الدنيوية بالمقامع الشرعية على حسب الطاقة البشرية، ولا يجوز أن يترك مفسد على فساد، مع إمكان ردعه عنه، أو لعنه، أو حبسه، أو ضربه، أو صلبه، أو قتله، أو نفيه، أو نهب ماله، أو حرق بيته، أو غير ذلك من العقوبات الشرعية.^[16] لكل داء دواء، ولكل مقام مقال وفعال، بحسب ما يظهر من الأحوال، فصن مقامات الخلافة النبوية عن الإهانة بردع العامة عن سوء الأدب بالأقوال والأفعال وسائر الأحوال.

ولا تصبر ولا تعمد ذلك ولم ينتبه، لأن ردع الناس ذلك ومثله حق الله تعالى ورسوله، وأمنع جميع أهل بلادك عن جميع أنواع الشرك وكشف العورة، وشرب الخمر وأكل الميتة والدم، وغير ذلك من المحرمات، وأمنع كفار بلادك من أن يظهر ذلك بين المسلمين في الأسواق والمنازل، وغيرها من المحلات، فلو لم يتركوا إظهار شرك

أو شرب خمر أو فطر في شهر رمضان ، أو زنا ، أو غير ذلك من المنكرات وأنواع ضلالهم، لكان ذلك ذريعة لأن يفعل مثل فعلهم ضعفة العقول من العامة والنسوان والصبيان، لا سيما والغالب على أهل تلك البلاد الجهل والهوى وأصلهم كان كذلك . وقد قال العلماء : الرجوع إلى الأصل يكون بأدنى سبب.^[17]

فانهم عن ذلك ، وأشهر إنكاره وتوعد بالعقوبة لمن فعله ، ثم بعد ذلك عاقبه بأقرب شيء يردعه ويردع مثله ، وإن لم يكن ردعه ومنعه من ذلك إلا بقطع يده أو رجله أو صلبه أو قتله ، أو غير ذلك من الروادع الشرعية ، فافعله لأنه ظالم ، والظالم أحق أن يحمل عليه .

ولكن لا تفعل بالمفسد ما هو أشد من ردعه ، إلا إذا رأيت أنه لا يرجع لغيره ، مثل ذلك : من لم ينته من الناس إلا بنهب أموالهم أو حرق بيوتهم ، أو إجلائهم ، أو بيع الكفار منهم ، أو غير ذلك فافعله ولا تبال . ومن لم يستر أمته أو عبده ولم ينته إلا ببيعه عليه أو بأخذه منه فافعل ولا تبال ، وكذلك من يغش بمسحات ناقصات وأبى أن ينتهي عن المعاملة بها فخذها منه واجعلها في مصالح المسلمين . وأما لم يغش بها ولا أبى أن ينتهي فمُرْه بإصلاحها إن أراد المعاملة.^[18]

وكذلك من يلتقي ما يأتي للسوق من طعام وغيره فيشتريه قبل وصوله للسوق أو بعد وصوله، وبيعه على يده، وإن لم ينتهوا إلا بنفيهم أو نهب ذلك منهم فافعل ، لأن مقصد الشرع في الروادع درء المفساد وجلب المصالح بحسب الإمكان في كل زمان ومكان . وليس الخبر كالعيان ، ولذلك قال الإمام العادل عمر بن عبد العزيز رحمة الله عليه: " تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور " ، فلا بدّ من إزالة الفساد على كل حال . وإن تعارضت مفسدتان إحدهما أكبر من الأخرى فدرء المفسدة الكبرى أولى . وهذا الذي بينا لك يكفيك إن شاء الله في تلك المناكر وغيرها .

وإن الناس في حكم الله ورسوله سواء فلا تخرج من ذلك عالما ولا عابداً ، ولا شريفاً ولا أميراً ، وأقم حق الله على جميع عباد الله بالتقوى ، لا بالهوى .

ومن عارضك في شيء من ذلك فعاقبه بما فيه ردع له ولمثله ، وإن لم يكن إلا بقطع يده أو رجله أو أنفه أو صلبه فافعله ولا تبال ، ولكن بعد ثبوت وتثبت في ذلك كله ،

ومقابلة كل واحد بما يليق به ، بحسب حاله من الخير والشرّ والتواضع والطغيان ، فتصرف في ذلك بالزيادة والنقصان حتى يعتدل الميزان ، وليس الخبر كالعيان ، والله المستعان ، وعليه التكلان . وفي هذا القدر كفاية لمن سبقت له العناية . وكلما نوصيك به من أمر دينك ودنياك تعرف ذلك وإذا نسيت شيئاً منه فلا تنس أن من غير حكم الله فقد كفر ، ومن تغير حكم الله ودينه أن يكون الظالم قاضياً ، لأنه يحكم بالظلم وهو يقول : هذا هو الشرع ، ومن فعل ذلك فهو كافر لأنه صيرّ الباطل حقاً، والحق باطلاً، فإن كان لا بدّ أن تجعل بعض الظالمين حاكماً فلا تجعله باسم القاضي، فإن القضاء من صفات رسول الله لا يوصف به إلا عالم تقي لا يأخذ الرشاً ، ولا يحكم بالهوى ^[19] . وبالجملّة فإن هذه الرسالة وما قام به الإمام المغيلي من الجهود ليعا دوراً مرموقاً في تحليل المشاكل التي واجهته المجتمعات الإسلامية في شمال نيجيريا. وتركاً آثاراً واضحة وملموسة ذات قيمة مرموقة في الحياة السياسية والاجتماعية والعلمية في شمال نيجيريا، فمنها:

- استزادت قوة الحكومات الإسلامية ببلاد هوسا بعد ضعفها، ونشر الأمراء الإسلام بين القبائل الوثنية. وقد واجهوا عناء ومشقة في ذلك قبل مجيئه.
- قيام دولة إسلامية في أكبر مدن شمال نيجيريا، وهي "كانو" و "كشنة".
- أصبحت الأمة المسلمة أمة واحدة، هذبت أخلاقها، ووفرت فيها الأمن إلى درجة كبيرة.

المطلب الثاني: دروس مستفادة من الرسالة

كانت هذه الرسالة السابقة من أشهر رسائل الإمام محمد بن عبد الكريم المغيلي التي كتبها أثناء دعوته التي قام بها لإصلاح المجتمع الإسلامي في عصره. وسجلها غير واحد من المؤرخين في مؤلفاتهم للاستفادة. ومن الدروس التي يمكن الاستفادة منها في هذه الرسالة ما يلي:

1. صد جميع الثغرات التي تكون ذريعة لارتكاب المنهيات والمحرمات، ومنع ظهورها بين المسلمين في جميع محلاتهم. مع ردع العامة عن سوء الأدب قولاً أو فعلاً أو حالاً صيانة لمقام الخلافة النبوية عن الإهانة.

2. ضرورة دفع المفسدات الدنيوية بالمقامع الشرعية بقدر الطاقة.
 3. إسناد المناصب إلى من له الأهلية في القيام بها.
 4. العدل بين الناس والتسوية بين العالم والعباد والشريف والأمير في حكم الله ورسوله.
 5. التحلي بالحكمة في مواجهة الأمور. والسعي في تحقيق مصالح الأمة بالنقوى لا بالهوى.
 6. ضرورة إزالة الفساد على كل حال مع الاهتمام بالمفسدة الكبرى عند تعارض المفسدتان. وعدم مواجهة الفساد بما هو أشد من ردعه.
 7. عقابة من ارتكب المنهيات بأقرب شيء يردعه عنها ، ويردع مثله.
- المبحث الثالث: ما يسهم في تطبيق الدروس السابقة في المجتمع الإسلامي المعاصر**
- قبل البيان عن الوسائل المساعدة لتطبيق الدروس المستفادة من الرسالة، ينبغي لنا أن نبين هنا شيئاً عن وضع المجتمع الإسلامي المعاصر؛ لنتمكن على معرفة بعض الأسباب التي أدت لضعفه وتسلل ثقافته، ثم نورد اقتراحات تسهم في تطبيق الدروس السابقة لتطوير المجتمع الإسلامي المعاصر.
- المطلب الأول: مفهوم المجتمع الإسلامي المعاصر ووضعه:**
- المجتمع:** هو مجموعة من الأفراد تعيش في موقع معين ترتبط فيما بينها بعلاقات ثقافية واجتماعية يسعى كل واحد منهم لتحقيق المصالح والاحتياجات.^[20]
- والإسلامي:** فهو نسبة إلى الإسلام. وهو لفظ يتضمن الاستسلام والسلامة التي هي الإخلاص. كما هو المنهج الرباني الكامل، الذي أنزله الله تعالى على سيدنا محمد صلي الله عليه وسلم، وأمره بتبليغ هذا الدين الذي يحتوي على الأنظمة والقوانين الإلهية التي تتضمن مصلحة العباد ، وتحقق أمنهم وسعادتهم في الدنيا والآخرة.^[21]
- والمجتمع الإسلامي:**
- هو مجموعة من الأفراد بينهم علاقات دائمية لجلب المصالح ودرء المفسدات ، ووجود أفكار موحدة ، ومشاعر موحدة ، ونظام موحد ، ومعالجات موحدة ، ودولة واجبها تطبيق هذه البنود.^[22]

يُقيم الإسلام مجتمعه على أواصر الإخاء والوحدة بين أبنائه. فلا مكان فيه لصراع الأجناس ، ولا لصراع الأديان ، ولا لصراع الطبقات. فالناس كلهم أمة واحدة تجمعهم العبودية لله تعالى. ولا فضل لأبيضها على أسودها ، ولا لأسودها على أبيضها إلا بتقوى الله ، كلكم من آدم ، وآدم من تراب.

وقد قاد المجتمع الإسلامي الحضارة في العالم لعدة قرون ، وكانت شريعته هي المرجع الأول لها في شؤونها المختلفة. كما استطاع في مسيرته القديمة أن يقرع أبواب أوروبا ، ويقتحم الشرق حتى أقصاه، وأذاب الحضارات الأخرى وصبغها بالصبغة الإسلامية ، وأنشئ من مجتمعاتها أمة تقوم على تحقيق العدل الرباني.^[23]

وأما المجتمع الإسلامي المعاصر:

هو ذلك المجتمع الذي أخذ مسلميه للدعة والراحة والترف، وقصّروا عن تنفيذ أمر ربهم ، وواجههم نحو الدعوة الإسلامية التي هي سبب سعادتهم وعزتهم، فانهارت وحدة العقيدة ، واختفت الموازين الإسلامية ، وحلت محلها الشهوات والأهواء المبيدة وحطمت من قواها عدة عوامل ، منها البخل بالأموال وبالأنفس ، وفقد الثقة بالنفس ، وضعف اليقين بالله والاعتماد عليه. فأدعن أهلها لثقافة الاستعمار على أنها هي الثقافة الوحيدة القادرة على نقل البلاد إلى مرحلة الثقافة، وشعر حكامها بأن المحافظة على الدين الإسلامي أمر مسؤول على العلماء.

ولقد أفضى المجتمع الإسلامي لهذه المرحلة والوضع سببان:

أولاً: المشاكل الداخلية: ومن المشاكل الداخلية التي تضعف بالمجتمعات المعاصرة ما يلي:

1. التعصب المذهبي والفكري: جعل التعصب المذهبي والفكري بعض المسلمين يتشددون في المسائل الخلافية ، ويتأثمون على مخالفهم ويكفرونهم، فنتج ذلك إساءة الظن بالشرع من قبل بعض المتقفين ، فرضوا بالقوانين الوضعية بدلاً عن الشريعة الإسلامية. كما جرد ذلك لباس الوحدة والأخوة بين المسلمين فأصبحت الأمة الإسلامية تشعر في نفسها أن الاختلاف في المذاهب الفروعية كالاختلاف في أصول الدين، فجفت فرقة على الأخرى.

2. الجمود العقلي: إن الإسلام كما وصفه الدكتور يوسف القرضاوي^[24] : " يحتوي علي الأنظمة والقوانين الإلهية التي تتضمن مصلحة العباد وتحقق أمنهم وسعادتهم في الدنيا والآخرة. ولا عجب أن أودع الله فيه السَّعة والتيسير والمرونة ما يواجه به التطور، ويصلح لكل بيئة وكل أمة وكل جيل، بل أودع فيه من القيم والأفكار والأصول الفكرية والخلفية والتشريعية ما يدفع إلى النمو والحركة والرُّقي. وما يكفي لخلق حضارة ربانية إنسانية تلنقي فيها الدين والدنيا " .^[25]

ولما أصاب المجتمع الإسلامي الجمود، ورفض أهله كل تغيير وتجديد وتطوير في أي جانب من جوانب الحياة، سواء علميا كان أو عمليا أو مادياً أو معنوياً؛ تعرض المجتمع الإسلامي لخطر وضرر، وأصيب بالعقم، وتخلفت حضارته. وأفسد ذلك على الدين الإسلامي تصوره الصحيح، بل جعل ذلك من لم يعرف الإسلام أن يحقره ويتهمه بعدم الصلاح للأزمنة والأمكنة، وذلك لأن صورة الشيء عندهم تظهر على ما عليه المنتسبون إليه. وعلى هذا فكل ما عليه المسلمون عندهم من الإسلام.

ويرى بعض الباحثين^[26] أن أهم عوامل الجمود أمور وهي:

- اهتمام بعض الصوفية بالباطن وترك الظاهر، وعدم اهتمامها للنظر والتدبر.
- اهتمام المذهب الظاهري بظاهر النص وعدم إعمال العقل والاستنتاج.
- رضى بعض الفرق الدينية بالتقليد وتعطيل الاجتهاد.

ومهما يكن الأمر فإن المشاكل الداخلية للمجتمعات الإسلامية من أبرز الأسباب التي ضعفت المجتمعات الإسلامية ومكنت عدوها من أن يجد لنفسه ثغرات في صفوف المسلمين، ينفذ منها إلى نواصي قوتهم، فيعمل على توهينها، وتجزئتها، وتبديد ما يستطيع منها؛ بكل وسيلة من وسائل القوة والبأس، أو الخديعة والمكر.^[27]

ثانياً: المشاكل الخارجية: وهي الغزو الفكري، والسيطرة السياسية. وستمر بك السطور التالية عليهما بالتفصيل إن شاء الله.

- السيطرة السياسية: وهي رقابة وسيطرة الدول القوية ذات القدرة على الإنتاج والتدمير والكفاءة في تحليل جميع مشاكلها وتحقيق أهدافها؛ على الدول الضعيفة وتغيير ظروفها لمصلحة الدولة القوية.

وكانت السيطرة السياسية إحدى الوسائل التي وقفت حجر عثرة أمام تقدم المجتمعات الإسلامية من قبل تنفيذ حكامها لبعض القرارات المصلحية في شؤونهم الداخلية خوفا لمخالفة ذلك الدستور الوضعي الذي وضعه المستعمرون ، ومحافظة لسطوة بعض المنظمات التي تشرف على الأمور الدولية. كما أنه من خلال السيطرة السياسية استطاع الأفرنج إنشاء أمور ذات خطورة للدين وتطور الدُول متى استعين بهم ، وإخضاع دول ناهضة منها من خلال وضع شروط مسمومة وتوعّدت عنيفة إذ رأوا منها سمات النهوض وما يساعدها للحصول على ما تفرّدت به الدول القوية.^[28]

• الغزو الفكري: فهو الوسائل غير العسكرية التي اتخذها الغرب ومن في شاكلتهم لإزالة مظاهر الحياة الإسلامية وصرف المسلمين عن التمسك بالإسلام مما يتعلق بالعقيدة أو يتعلق بالأخلاق والأفكار والتقاليد وأنماط السلوك.^[29]

وقد بدأت هذه العملية في الثلث الثالث من القرن العشرين الميلادي ، حيث ظهر تفوق الأفرنج العلمي والتقني.^[30] ومن أساليبه:

1 الإرساليات التبشيرية: والهدف فيها : هو التمهيد للاستعمار من الناحيتين الدينية والثقافية.

2 محاولة الدول القوية للتسلل إلى نظام التعليم وفرض مقررات ومناهج دراسية تخدم أهدافها في المجتمعات الإسلامية.

3 نشر العادات والتقاليد الغربية التي تتناقض القيم الدينية والأخلاقية من خلال وسائل الإتصال الحديثة . كالإنترنت ، والقنوات الفضائية، واستخراج الأمة المسلمة للدول الأوروبية للتعليم.^[31]

وقد استطاع الأفرنج من خلال هذه الوسائل أن يهاجموا روح الأمة المسلمة ومعتقداتها وعاداتها وثقافتها ، وزرعوا في قلوبها أفكارا مخلة للآداب الإسلامية ، وأشغلوا بتلك الأساليب عن القيام بما يدفع مجتمعا للتقدم في جميع مجالات الحياة. فغفل الآباء عن تربية أبنائهم ومتابعة أمورهم وسلوكياتهم اليومية ووصل المجتمع الإسلامي للصورة التي تم اكتشافها في مبدأ هذا المطلب.

المطلب الثاني: العوامل التي تسهم في تطبيق الدروس السابقة في المجتمع الإسلامي المعاصر

ومن أهم ما يقوم به الباحث في هذا الموضوع؛ هو الإجابة على هذا السؤال: ما هي الوسائل المساعدة لتطبيق الدروس السابقة في مجتمعنا الإسلامي المعاصر؟. فيقول الباحث مجيباً للسؤال.

إنه لا خلاص للمجتمع الإسلامي المعاصر من واقعه الأليم إلا إذا عبد الله حق عبادته. وأقام على أسس شريعته مجتمعاً على المفاهيم الصحيحة، ولا يتحصل على ذلك ولا على تطبيق الدروس السابقة إلا بالقيام بما يلي:

1. تحليل المشاكل الداخلية للمجتمع الإسلامي: إن دفع التعصب المذهبي والفكري عن المجتمعات الإسلامية من أهم ما يعيد للأمة الإسلامية وحدتها وأخوتها، ويجلب بين أفرادها التراحم. ولا يستطيع الحصول على ذلك إلا إذا كف العلماء عن الوقوع في أعراض إخوانهم العلماء، ونشر الفجوة والعجوة من الكلام بين العوام. وكذلك تحرير العقول من الجمود الذي يعاني به كثير من المجتمعات الإسلامية، من خلال اطلاع على الكتب الحديثة، وتجديد المناهج الدعوية، وموضوعاتها.
2. إعادة تكوين الفرد المسلم: إن إعادة تنشئة الأمة المسلمة وتربيتها وفق الشريعة الإسلامية وتوعيتها بوعي بصيرة سليمة من أؤكد ما يدفع مجتمعنا للتطور والتقدم في جميع المجالات.

فلتحقيق هذا الهدف فلا بد من إجراء الإصلاحات العلمية والعقلية: فإن المناهج التعليمية في أغلب المجتمعات الإسلامية التي استعمرها الأفرنج مبنية على فلسفة الأوروبيين. وكانت فلسفتهم كما قال الدكتور يوسف القرضاوي: تقوم على الفصل بين العلم والأخلاق، وبين العمل والأخلاق، وبين الاقتصاد والأخلاق، وبين السياسة والأخلاق وبين الحرب والأخلاق. ويعني هذا أن الحياة كلها قد عزلت عن الأخلاق. وأن الأمة في علمها وعملها، وفي سياستها وحربها وسلمها تمضي وفق أهوائها ومنافعها المادية ولا يحكمها عنصر القيم والأخلاق.^[32]

فلما كانت المدرسة هي أولى وسائل تكوين الفرد وأقواها تأثيراً، يرى الباحث ضرورة إدراج المواد التي تكشف لأمتنا التصور الصحيح للدين الإسلامي، في مقررات الجامعات والمعاهد العلمية كدراسات عامة لجميع التخصصات. والتي تظل تتعلم من السنة الأولى إلى السنة الأخيرة في جميع المراحل التعليمية. فيعرف الطالب من خلال تلك الدراسات أموراً عن الإسلام بقدر ما يُحصّن نفسه عن الخرافات الغربية، ويعلم أنه ليست خدمة الدين قاصرة على متخصص فيه، بل إنما هي مسؤولية لكل من شهد أن لا إله إلا الله وأن محمد رسول الله، على تفاوت في القدرات والاستعدادات والظروف، ذلك لأن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح الدين والدنيا، والذي يُطلب منه هي النية الخالصة.

فسيتم من خلال هذه العملية أيضاً تكوين أمة ذات فكرة إسلامية صحيحة. والتي تشعر بأن لها هوية متميزة، وشخصية مستقلة، وتخضع لجميع تصورات وقيم ومفاهيم المجتمع الإسلامي الحي.

3. الاستيعاب في جميع التخصصات العلمية: إن تحسين العمل وتبليغه لدرجة

الإتقان والإحكام فريضة دينية مكتوبة على المسلمين. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن الله كتب الإحسان على كل شيء".^[33] وقال سبحانه وتعالى: {وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ}.^[34]

وعليه فلا خلاص للمجتمعات الإسلامية من واقعها إلا إذا عكفت على العلم في جميع مجالاته ودرسته بالتفصيل والدقة، وتمكنت من إبراز جميع أسرارها، وقدرت على الإنتاج والإبداع.

4. تعزيز الجمعيات الإسلامية وتجديد مناهجها تجاه تحقيق مصالح الدين

والدنيا:

إنه من الضروري اليوم تجديد مسار الجمعيات الإسلامية ومناهجها لخدمة الأمة المسلمة ودينها. كما أنه من المهم أن يوجد جمعية إسلامية دولية تنوب عن كل مسلم عالمياً، ويندرج تحتها جميع الدول الإسلامية. فيرأسها رجال عدول ممن جمعوا بين معرفة الشرع على حقيقته، ومعرفة الحياة على حقيقتها. فتجعل مهمتها نصررة الإسلام

وعزة المسلمين، وحفظ جميع المقدسات الإسلامية عن الإساءة بكل جائز. والتخطيط عما يساعد في تحقيق مقاصد الشريعة.

فتكون هذه الجمعية أو المنظمة شأنها شأن سائر المنظمات العلمانية التي تشرف على الأمور الدولية.

فمن خلال توفير المطلوبات السابقة يسهل للمجتمعات الإسلامية المعاصرة تطبيق الدروس السابقة - إن شاء الله - وإذا تحققت من تطبيقها تسيطر على جميع مشاكلها. وتحافظ على أمتها ودينها وثقافته. إن الله لا يغير ما بقوم حتي يغيروا ما بأنفسهم.

5. خاتمة:

تم هذا البحث الذي ألقي معلومات عن الإمام المغيلي واستخرج دروسا من رسالته المشهورة في ردع الناس عن الحرام، وعرض أمورا هامة عن المجتمع الإسلامي المعاصر - وضعه، أسباب ضعفه، واقتراحات تساهم في تسهيل تطبيق الدروس السابقة لتطوير المجتمع الإسلامي المعاصر. وتوصل الباحث من خلال هذه الجولة السريعة لجمع هذه المعلومات إلى نتائج أهمها:

❖ ترك الإمام المغيلي للمجتمعات الإسلامية تراثا إسلاميا ثريا، وآثارا واضحة في مجالات السياسة والحياة الاجتماعية. والتي تسهم في تحليل مشاكل المجتمعات الإسلامية في كل زمان ومكان، ونقلها لمرحلة الحضار والتفوق في جميع المجالات.

❖ قادت المجتمعات الإسلامية في تاريخها القديم الحضارة في العالم لعدة قرون. وقرعت أبواب أوروبا وأذابت الحضارات الأخرى، وصبغت بالصبغة الإسلامية، وأنشئت أمة تقوم على تحقيق العدل الرباني.

❖ أن المشاكل الداخلية في المجتمعات الإسلامية هي التي ضعفتها ومكنت أعدائها من أن يجدوا لأنفسهم ثغرات في صفوف المسلمين، فعملوا على توهين قواها.

❖ هاجم الغزو الفكري روح الأمة المسلمة ومعتقداتها وثقافتها. ووصلها إلى حالة الضياع وفقدان الثقة بالنفس. كما استطاع الأفرنج من خلال السيطرة السياسية إخضاع الدول الإسلامية عن طريق وضع شروط مسمومة وتوعدات عنيفة إذا رأوا منها سمات النهوض والحصول على ما تفردوا به.

❖ إنه لا خلاص للمجتمعات الإسلامية المعاصرة من واقعها الأليم إلا إذا قامت بتحليل مشاكلها الداخلية كالتعصب المذهبي والجمود الفكري عن طريق الكف عن الوقوع على أعراض العلماء، ورد المسائل الخلافية إلى رب العالمين. وتجديد المناهج الدعوية. وكذلك إعادة تكوين الفرد المسلم، وتنشئته وفق الشريعة الإسلامية عن طريق إدراج الدراسات الإسلامية في مقررات الجامعات والمعاهد العلمية في جميع التخصصات، والعكوف على العلم في جميع مجالاته ودراسته بالدقة بقدر ما يدفعها للإنتاج والإبداع.

وأخيرا نوصي بما يلي:

- تحليل المشاكل الداخلية في المجتمعات الإسلامية المعاصرة كالتعصب المذهبي والجمود الفكري، عن طريق الكف عن الوقوع في أعراض العلماء، ونشر الفجوة والعجوة من الكلام بين العوام. وتحرير العقول عن طريق تجديد المناهج الدعوية وموضوعاتها.
- وإعادة تكوين الفرد المسلم وتربيته وفق الشريعة الإسلامية عن طريق إدراج الدراسات الإسلامية كدراسات عامة لجميع التخصصات في مقررات الجامعات والمعاهد العلمية، وتظل هذه الدراسات تتعلم من السنة الأولى إلى السنة الأخيرة.
- كما ونوصي أيضا المجتمعات الإسلامية بالعكوف على العلم في جميع مجالاته. ودراسته بالدقة بحيث تتمكن المجتمعات الإسلامية على الإنتاج والإبداع.
- وتطبيق الدروس المستفادة من هذه الرسالة في جميع المجتمعات الإسلامية. لحفظ الثقافة الإسلامية وترسيخها بين الأمة، وتحليل المشاكل الاجتماعية والسياسية المعاصرة بقدر ما يدفعها للنموي والرقى والتقدم الحضاري.

قائمة المصادر والمراجع :

- القرآن الكريم
- أبو داود، سليمان بن الأشعث، السنن لأبي داود، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، (1419هـ).

- أحمد سعيد أحمد، المجتمع الإسلامي معالم قوته ، أسباب ضعفه ، وسائل نهوضه. المنشور في مجلة دراسات: العلوم الشريعة والقانون ، المجلد 45، العدد 4 ، ملحق 2، 2018.
- الإلوري، آدم عبد الله، الإسلام في نيجيريا والشيخ عثمان بن فودي، ط1. دار مكتبة الحياة-بيروت، 1978.
- الإلورين آدم عبد الله، موجز تاريخ نيجيريا، دار مكتبة الحياة-بيروت، 1965.
- أمينة أحمد يحيى ، و أمينة أحمد مسعود، الإمام محمد بن عبد الكريم المغيلي ودوره في ظهور الحركات الجهادية في غرب إفريقيا، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في تاريخ إفريقيا، جامعة الجبلالي بو نعامة، 2015.
- تكرر، بللو، إدريس، محمد الخامس. أثر الاستعمار البريطاني على القيادة الحكومية في شمال نيجيريا ، مجلة اتحاد الجامعات الدولي ، المجلد الثاني ، العدد الثاني، 2020.
- حج أحمد نور الدين، المنهج الدعوي للإمام المغيلي من خلال الرسائل التي بعثها للملوك والأمراء والعلماء، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة الإسلامية، جامعة الحاج لخضر - باتنة- الجزائر، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم أصول الدين، (2010/2011).
- د. بن يحيى الطاهر ناعوس، سيرة محمد بن عبد الكريم بن محمد المغيلي التلمساني، مجلة الالوكة الثقافية، 2010.
- فاطمة برماتي/ د. إدريس بن خويا، الشيخ سيدي محمد بن عبد الكريم المغيلي من المهد إلى اللحد، مجلة الذاكرة، تصدر عن مخبر التراث اللغوي والأدبي في الجنوب الشرقي الجزائري، العدد السابع ماي، 2016.
- قاضي عمارة، الفقيه الشيخ محمد بن عبد الكريم المغيلي ودوره في نشر الإسلام في بلاد السودان الغربي، مذكرة لنيل شهادة ماستر، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة، (2014/2015).

- القرضاوي، الدكتور يوسف، أمتنا بين القرنين، دار الشروق-القاهرة، الطبعة الثالثة، 2006.
 - القرضاوي، الدكتور يوسف، من أجل صحوة راشدة، المكتبة الأدبية-بيروت، (1995).
 - مبروك، مقدم، الإمام محمد بن عبد الكريم المغيلي التلمساني ودوره في تأسيس الإمارة الإسلامية بإفريقيا الغربية خلال ق9/هـ 15م ، دار الغرب ، وهران، (بدون تاريخ).
 - الميداني الدمشقي ، عبد الرحمن بن حسن حَبَّكَة، أجنحة المكر الثلاثة وخوافيها : التبشير - الاستشراق - الاستعمار، الناشر : دار القلم - دمشق ، الطبعة : الثامنة، (1420 هـ - 2000م).
 - انظر : ar.m.wikipedia.org ، أنشئ: 2020-10-21.
 - انظر: الإسلام والدين ، www.saaid.com ، اطلع: 2019-04-21.
 - انظر: المجتمع الإسلامي الحي ، alukah.net ، تاريخ الإنشاء: 2017-02-09.
- الهوامش:

- 1 د. بن يحيى الطاهر ناعوس، سيرة محمد بن عبد الكريم بن محمد المغيلي التلمساني، مجلة الالوكة الثقافية، 2010.
- 2 قاضي عمار، الفقيه الشيخ محمد بن عبدالكريم المغيلي ودوره في نشر الإسلام في بلاد السودان الغربي، ص/19.
- 3 مبروك مقدم : الإمام محمد بن عبد الكريم المغيلي التلمساني ودوره في تأسيس الإمارة الإسلامية بإفريقيا الغربية خلال ق9/هـ 15م ، ص/27
- 4 أ.أ. يحيى ، الإمام محمد بن عبد الكريم المغيلي ودوره في ظهور الحركات الجهادية في غرب إفريقيا، ص/11 و 12

- 5 أ. فاطمة برماتي. الشيخ سيدي محمد بن عبد الكريم المغيلي من المهد إلى اللحد، الصفحة/ 14.
- 6 أ.أ. يحيى. الإمام محمد بن عبد الكريم المغيلي ودوره في ظهور الحركات الجهادية في غرب إفريقيا، ص/12.
- 7 حاج أحمد نور الدين. المنهج الدعوي للإمام المغيلي من خلال الرسائل التي بعثها للملوك والأمراء والعلماء، ص/12.
- 8 أ.أ. يحيى. الإمام محمد بن عبد الكريم المغيلي ودوره في ظهور الحركات الجهادية في غرب إفريقيا، ص.13.
- 9 أ.أ. يحيى ، المرجع السابق، ص. 14.
- 10 أ.أ. يحيى ، المرجع السابق، ص. 14.
- 11 هو حاكم لدولة صنغاي في غرب إفريقيا خلال عصور قوتها. وكان أول ملوك صنغاي الذي أطلق عليهم اسم أسكيا. ويسمى أيضا أسكيا العظيم. وبلغت صنغاي في عهده أقصى اتساع لها لتضم دويلات الهوسا ومنها كانو. للمزيد: راجع موقع ويكيبيديا.
- 12 قاضي عمارة، الفقيه الشيخ محمد بن عبدالكريم المغيلي ودوره في نشر الإسلام في بلاد السودان الغربي، ص/29.
- 13 قاضي عمارة، المرجع السابق، ص.32.
- 14 هي من أشهر بلاد هوسا القديمة والحديثة ، وأغناها وأوسعها وأرقاها، يرجع تاريخها إلى عهد بعيد مختلف فيه، والمركز التجاري لشمال نيجيريا. للمزيد: الإلوري، موجز تاريخ نيجيريا، ص/81.
- 15 هو محمد رمفا بن يعقوب. الذي رفع شأن الإسلام في كانو. وهو ثالث من أمراء كانو المسلمين، وفي عهده حضر المغيلي إلى "كانو". للمزيد: الإلورين آدم عبد الله، الإسلام في نيجيريا. الصفحة: 32.
- 16 الإلورين، موجز تاريخ نيجيريا، ص/134.

- 17 الإلوري، الإسلام في نيجيريا والشيخ عثمان بن فودي، صفحة: 102،
بتصرف.
- 18 الإلورين، المرجع السابق، ص/134.
- 19 الإلورين، المرجع السابق، ص/134.
- 20 الإلوري، الإسلام في نيجيريا والشيخ عثمان بن فودي، ص/85.
- 21 حكيم 12، مجتمع ، ar.m.wikipedia.org ، أنشئ: 2020-10-21،
واطلع: 2020-10-26.
- 22 د. عبدالحميد همسه ، الإسلام والدين ، www.saaaid.com ، اطلع:
2019-04-21.
- 23 م. س . أحمد محمود ، المجتمع الإسلامي: معالم قوته ، أسباب ضعفه ،
وسائل نهوده ، الصفحة : 170.
- 24 د. محمد بدري، المجتمع الإسلامي الحي ، alukah.net ، تاريخ الإنشاء:
2017-02-9، اطلع: 2020-10-26. بتصرف.
- 25 عالم مصري وقطري المسكن، ولد في قرية صفط تراب، مركز المحلة
الكبرى بمحافظة الغربية في مصر. اشتهر بالعلم والفتوى. وكان له العديد من المؤلفات
في مختلف المجالات الشرعية. للمزيد أنظر: ar.m.wikipedia.org
- 26 القرضاوي، من أجل صحوة راشدة ، ص: 54.
- 27 منهم أحمد سعيد أحمد في بحثه المعنون: المجتمع الإسلامي معالم قوته ،
أسباب ضعفه ، وسائل نهوده. الصفحة: 177.
- 28 الميداني الدمشقي ، أجنحة المكر الثلاثة وخوافيها : التبشير - الاستشراق -
الاستعمار، الصفحة : 18.
- 29 تكرر ، أثر الاستعمار البريطاني على القيادة الحكومية في شمال نيجيريا ،
ص: 5 ، 2020.

- 30 عايد، الغزو الفكري أهدافه - وسائله - طرق الوقاية منه ، محاضرة بثها قناة المجد الفضائية ، وموجودة في مجموعة من جميع الدروس والمحاضرات للقناة، المسمى: دليل لكل داعية ، الصفحة : 379 ، المكتبة الشاملة / الإصدار الأول.
- 31 أ.د. فالج ، الاستشراق وموقفه من السنة النبوية ، الصفحة : 11 .
- 32 تكرر، أثر الاستعمار البريطاني على القيادة الحكومية في شمال نيجيريا ، ص: 6 .
- 33 القرضاوي، أمتنا بين القرنين، الصفحة: 36.
- 34 أبو داود، السنن لأبي داود، باب في النهي أن تصبر البهائم والرفق بالذبيحة.
- 35 سورة البقرة: الآية : 195.

تاريخ القبول: 2021/01/28

تاريخ الإرسال: 2021/01/19

المسار الدستوري والسياق الثوري في تونس: قراءة سوسيولوجية

The constitutional Process and the revolutionary context in Tunisia: a sociological reading

د. مراد مهنّي¹¹جامعة سوسة، (تونس)، Mourad.mhenni@flsh.u-sousse.tn

المُلخَص

يهدف هذا البحث الى تبين تأثير الحراك الثوري التونسي على تطوّر الوعي الدستوري وكذلك بتشخيص "الفئات الاجتماعية الجديدة" المهتمة بالمسار الدستوري وتأثير هذا الاهتمام على توسيع دائرة المنتظمين سياسيا في تونس. يعتبر مسار وضع دستور جانفي 2014 يتونس مسارا ذي دلالة لاعتبارين على الأقلّ أولا لكونه أول مسار في سياق الحراك الثوري الذي عرفته المنطقة أمّا المستوى الثاني فيرتبط بذلك الجدل الكبير الذي أثاره والذي تجاوز حدود المجلس الوطني التأسيسي ليمتدّ إلى مختلف فضاءات المجتمع المدني بل وإلى أوساط اجتماعية وثقافية بعيدة نسبيا عن الخوض في الشأن العام عموما والشأن الدستوري خصوصا.

في هذا السياق برز خطاب شعبي تبنته العديد من القوى السياسية والحزبية حيث وقع توظيف الجدل الدستوري للتعبئة الجماهيرية ضدّ الخصوم السياسيين. مثّلت الفصول المرتبطة بالعلاقة بين الدين والدولة وبقضية مساواة المرأة مع الرّجل الفصول الأساسية التي دار حولها الجدل داخل المجلس الوطني التأسيسي وخصوصا خارجه حيث برزت نقاشات عمومية طغى عليها في اغلب الأحيان الطابع الشعبي والتحليل التبسيطية التي ولئن ساهمت في تبسيط الثقافة الدستورية إلّا أنّها عملت في مقابل ذلك على تسطيح الوعي السياسي.

الكلمات المفتاحية: المسار الدستوري، السياق الثوري، الوعي الدستوري، النقاشات العمومية، الصّراع السياسي.

*المؤلف المرسل

Abstract

This study aims to clarify the influence of the revolutionary movement on the evolution of Constitutional consciousness, and also to diagnose the "new social groups" interested in the constitutional process. The process of establishing the January 2014 Constitution in Tunisia is significant for at least two reasons: on the one hand, it is the first constitution resulting from the revolutionary movement in the region. On the other hand, since it generated controversies, which transcended the limits of the National Constituent Assembly. Indeed, we have seen the commitment of large popular masses, until now, far removed from political participation in general and constitutional issues in particular.

In this context, we saw the emergence of a populist discourse, adopted by many political and partisan forces and where the constitutional debate was instrumentalized for political mobilization. Constitutional articles related to the relationship between religion and the state, as well as, the question of equality between women and men represented the circle of debate within the National Constituent Assembly and especially outside it. These public debates dominated by the populist character and the simplistic analyzes have certainly popularized the constitutional culture, but also to the deterioration of the political consciousness.

Key Words: constitutional Process, Revolutionary context, constitutional consciousness, Public debates, political conflicts.

تقديم

يعتبر المسار الدستوري الذي عرفته البلاد التونسية اثر الحراك الثوري 17 ديسمبر - 14 جانفي 2011 مسارا تأسيسيا لما سمي " بدستور الجمهورية الثانية" باعتبار ذلك الزخم الذي افضى الى تغيرات جوهرية على مستوى النص الدستوري والديناميكية المجتمعية التي رافقت مسار وضعه. تتميز التجربة الدستورية التونسية بأسبقيتها حيث يعتبر دستور 1861 أول دستور مكتوب في كل العالم العربي والإسلامي مما ساهم في تأسيس ثقافة سياسية دستورية من أبرز تجلياتها ظهور أحزاب سياسية تضمّنت في تسميتها مصطلح دستور مما يترجم أهمية هذا البعد الدستوري . تواصلت هذه التجربة

في دولة ما بعد الاستقلال حيث وقع وضع دستور 1959 في سياق تأسيس الدولة الوطنية وفي إطار صراعات سياسية معلنة حيناً وخفية أحياناً تقاطعت خلالها مصالح قوى سياسية واجتماعية حسمتها في آخر المطاف شعارات الوحدة الوطنية وتحديات الاستقلال. غير أنّ ذلك لا يجب أن يحجب عنّا حقيقة أنّ هذا المسار لم يكن مستوفياً للشروط الجوهرية لتأسيس دولة القانون ومبدأ علوية الدستور باعتبار عدم استكمال مقومات الثقافة الديمقراطية وعدم احترام الحريات العامة والفردية.

مثّل الحراك الثوري التونسي 17 ديسمبر-14 جانفي 2011 فرصة تاريخية لتأسيس مسار ديمقراطي حقيقي يركز على قاعدة دستورية وضعتها ارادة شعبية حرّة ومستقلّة ومهما كان تقييمنا لهذا المسار نجاحاً أو فشلاً فإنّ قراءة موضوعية لتأثير "الزخم الثوري" على النصّ الدستوري ومداولاته سيساهم في تسليط الأضواء على حدود هذه التجربة ومدى ارتباطها بالقيم الديمقراطية التي رفعت إبان اندلاع الحراك الثوري.

1 حركة الإصلاح والتجربة الدستورية الأولى

1-1 الحركة الإصلاحية في تونس

تعود جذور الحركة الإصلاحية في العالم العربي عموماً إلى حملة نابليون بونابرت على مصر والشام فيما بين 1798 و1801 حيث بينت هذه الحملة العسكرية الهوة الكبيرة بين حضارة الشرق والغرب وطرحت السؤال المركزي لرواد حركة الإصلاح وهو لماذا تقدّم الغرب وتأخّر المسلمون؟ ومازال يمثلّ هذا التساؤل قاعدة للعديد من السّجالات النظرية والإيديولوجية التي لم تحسم إلى حدّ الآن.

كان لنجاح التجربة الإصلاحية لمحمد علي باشا في مصر الأثر الكبير على البلاد التونسية في عهد أحمد باي (1837-1855) حيث عمل هذا الباي على تحقيق إصلاحات حداثة غير أنّها تركّزت في البداية على الجانب العسكري شأنها شأن التجربة المصرية ويعود ذلك في تقديري إلى سببين رئيسيين وهما رغبة أحمد باي في تكوين جيش عصري قادر على مواجهة الأطماع الأجنبية ولا سيما الأطماع الأوروبية التوسعية ومن ناحية ثانية عدم الاستعداد لتحقيق إصلاحات سياسية من شأنها تقييد سلطته المطلقة. تجسّمت هذه الإصلاحات العسكرية في تأسيس أول مدرسة حربية

عصرية في تونس وهي المدرسة الحربية بباردو وذلك سنة 1840 التي مثّلت ثورة تعليمية حقيقية حيث أدرجت في برنامجها بالإضافة إلى العلوم الدينية واللغة العربية بعض العلوم العقلية كالحساب والهندسة والمساحة ولغات أجنبية وخاصة الفرنسية¹ وقد كان إدراج هذه "العلوم العقلية" ضرورة حتمية لتكوين الضباط العسكريين العصريين المعتمدين على التكنولوجيات الحديثة المتوفرة في عصرهم وقد أشار أحمد بن أبي الضياف إلى هذا المعنى بقوله "يخرج التلميذ عالماً بما يلزمه ضرورة في غير العلوم العسكرية متضلّعاً باللغة الفرنسية وبما يلزم العسكر من العلوم العقلية"² وقد مكّنت هذه المؤسسة التعليمية العصرية من مواكبة التطوّرات الفكرية والعلمية للمجتمعات الغربية ولا سيما الحضارة الفرنسية المتأثرة بعصر الأنوار وتأكيدها لذلك فقد تخرّج من هذه المدرسة اثنان من أبرز أعضاء المصلح الكبير خير الدين باشا وهما الجنرال رستم والجنرال حسين أول رئيس للمجلس البلدي بالعاصمة. اثر وفاة أحمد باي في سنة 1855 تواصلت حركة الإصلاح بأنساق متفاوتة في عهدي محمد باي (1855-1859) ومحمد الصادق باي (1859-1882) وتجدر الإشارة إلى أنّ تواصل حركة الإصلاح في هذه المرحلة كان بتأثير نوعين من الضغوطات وهما ضغوطات داخلية المنشأ قادها بعض رجال الإصلاح الوطنيين وأخرى خارجية المنشأ سلّطتها القوى الأوروبية بغايات التغلغل الاستعماري ولعلّ أهمّ الإصلاحات التي عرفت تلك المرحلة هي الإصلاحات السياسية.

1-2 الإصلاح السياسي وإصدار دستور 1861

أصدر محمد الصادق باي هذا الدستور يوم 26 أفريل 1861 بعد إعداده من قبل مجموعة من المصلحين مثل خير الدين باشا وأحمد ابن أبي الضياف ويعتبر هذا الدستور أول دستور مكتوب في كلّ العالم العربي والإسلامي وهو يتكوّن من 144 مادة موزّعة على 13 باباً ويعتبر بعض المختصّين في القانون الدستوري أنّه بالرغم من عدم تنصيب هذا الدستور على مبدأ تفريق السّلط إلاّ أنّه وضع حدّاً لوضعيّة تجسيم الحكم في شخص الباي³ وهو ما يمثّل اللبنة الأولى للقطع مع منظومة الحكم المطلق في التاريخ السياسي التونسي المعاصر وعموماً فقد أقرّ هذا الدستور تفريقاً

هيكلياً للسلط لم يصحبه تفريق وظيفي لها. يمثّل الهيكل التنفيذي مؤسستين أساسيتين وهما مؤسسة الباي ومؤسسة الوزير الأكبر وقد سعى واضعو هذا الدستور إلى إخراجهم في شكل حديث حيث عملوا على تغيير تسمية الايالة بتسمية المملكة وكذلك تسمية الملك عوضاً عن الباي وتنصّ المادة التاسعة من هذا الدستور على أنّ الملك لا يمارس خطّته إلّا بعد أن " يحلف بالله وعهده وميثاقه ان لا يخالف شيئاً من قواعد عهد الأمان ولا شيئاً من القوانين الناشئة منه وأن يحفظ حدود المملكة" ولا يقوم أمره إلّا بعد تقبّل البيعة من الخاصّة أي أهل الحلّ والعقد مع الإشارة إلى أنّ البيعة تعتبر منحلّة عند مخالفة الملك للدستور عمداً علماً أنّ حلّ البيعة يعتبر خلعا. ومن أبرز الصلاحيات التي أسندتها هذا الدستور إلى الباي بالإضافة إلى ولايته على العائلة المالكة حقّ ختم القوانين وتنفيذها ورئاسة القوّات العسكرية وإعلان الحرب والتفاوض بشأن الاتفاقيات الدولية وحقّ ممارسة العفو كما منح حقّ تسمية الوزراء وعزلهم⁴. أمّا بالنسبة للوزير الأكبر فقد تعرّض دستور 1861 بشكل مختصر الى وضعيته القانونية للوزير غير أنّ ذلك لم يحل دون تمتّعه بمكانة مرموقة حيث كان يشرف على هيكل سياسي وإداري هامّ يسمّى الوزارة الكبرى التي تشمل وزارة الشؤون الخارجية ووزارة المالية بالإضافة إلى حقّ النظر على وزارتين أخرتين وهما وزارة البحرية ووزارة الحرب.

أمّا السلطة التشريعية فيمثّلها المجلس الأكبر الذي يعتبر برلمان عصر الإصلاح , تنصّ المادة 44 من الدستور على تركيبة المجلس الأكبر " المجلس الأكبر مركّب من ستين عضواً في الأكثر الثلث منهم يكون من الوزراء ومن الموظّفين في خدمة الدولة سواء كانوا في الخدمة العسكرية أو السياسية والثلثان من أعيان أهل المملكة ممّن يشهد لهم بالكمال والوجاهة" لم يكن المبدأ المعتمد لاختيار أعضاء المجلس الأكبر هو الانتخاب بل اعتمدت طريقة التعيين من جهة وطريقة الاختيار الذاتي من جهة أخرى والتي تقضي بأن يختار أعضاء المجلس زملاءهم الجدد وبناء على ذلك فإنّ ثلث الأعضاء يتمّ تعيينهم من بين أعيان وموظّفي الدولة بقرار يتّخذه الباي أمّا بقية الأعضاء فيتمّ اختيارهم ذاتياً وفق طريقة معقّدة نسبياً وعموماً فقد عمل نظام انتداب أعضاء المجلس الأكبر على مزيد تدعيم نفوذ المماليك إذ إنّ كلّ مقاعد المجلس آلت

اليهم ولحفائهم من أعيان المدن وقد كتب المؤرخ "جان قانياج" في هذا الشأن ما يلي "لقد وقع اختيار أعضاء المجلس الأكبر سواء كانوا أعيانا أو موظفين من بين زبانية الوزير الاول ... من الوزارات إلى المجلس الأكبر كنت تجد دائما نفس الفريق، فريق الممالك مستحوذا على كل الوظائف جامعا دون حياء أسمى الرتب"⁵ وقد أقرّ الدستور لأعضاء المجلس بعض الضمانات المعترف بها عادة لأعضاء المجالس البرلمانية مثل الحصانة ضدّ المسؤولية (المادة 50) ولكنّ الدستور لم يوفرّ لهم منحة برلمانية واعتبر أنّ خدمتهم لا مرتّب لها (المادة 59) ولم تنثر تلك المسألة إشكاليات كبرى نتيجة انتماء الأعضاء إلى فئة الوجهاء والأعيان. أقرّ دستور 1861 صلاحيات واسعة للمجلس الأكبر فهو يمارس سلطة تشريعية " على المجلس الأكبر ترتيب ما تظهر فيه المصلحة للدولة والمملكة وعرض ذلك على الملك فان أمضاه الملك بمجلس وزرائه يلحق بالقوانين" (المادة 63) وهو يساهم إلى جانب ذلك في ضبط السياسة المالية والجبائية للدولة كما أنّه يقوم مقام مجلس دستوري إذ أنّه مكلف بحماية الدستور وعهد الأمان و"حقوق جميع السكان والمانع من وقوع ما يخالف أو يضعف أصول القوانين وكلّ ما يقتضي عدم مساواة الناس لدى الحكم" (المادة 60). وتتأكدّ ضخامة سلطة المجلس الأكبر في ممارسته رقابة على السلطة التنفيذية بما فيها الملك نفسه حيث تنصّ المادة 11 "الملك مسؤول في تصرفاته للمجلس الأكبر ان خالف القانون غير أنّ الدستور لم يعرف المخالفة للقانون واكتفى في هذا الشأن ببعض الإشارات غير المباشرة كتلك المتعلقة بحلّ البيعة (المادة 9) ويتمتع المجلس الأكبر في تقييمه للطابع الإرادي للمخالفة بسلطة تقديرية بحيث أنّ إثارة مسؤولية الباي أمام المجلس تشكّل وسيلة ضغط هامة من شأنها أن تحقق تبعية الباي للمجلس. وفي نفس الإطار يمارس المجلس الأكبر رقابة على الوزراء حيث نصّت المادة 20 "الوزراء يتصرفون عن إذن الملك وهم المسؤولون له والمسؤولون من المجلس الأكبر". ومن ناحية ثانية يمارس نفس المجلس رقابة على القضاء حيث احدث الدستور في المجلس الأكبر لجنة مؤلفة من اثني عشر عضوا مكلفة بالتثبت من السلامة القانونية للقرارات الصادرة مجلس التحقيق وهو بمثابة محكمة استئناف (المادة 61).

2. الدولة الوطنية ودستور الاستقلال

2-1 الابوية البورقيبية وتأسيس الدولة الوطنية

كان المشروع البورقيبي يهدف إلى بناء أبوية مستحدثة قادرة على تأسيس دولة "وطنية" تدين بالولاء إلى بورقراطية بوصفه "رئيسا - أبا" وتستند إلى مرجعية حداثة على مستوى المشروع وتمارس استبدادا سياسيا في الحكم , هذا النمط في الحكم الناتج عن تزاوج تعسفي بين مرجعية تقليدية ومظهر حديث سماه شرابي بالأبوية المستحدثة⁶ ولم يكن من الممكن لبورقراطية أن يحقق هذا البناء الزعامي إلا من خلال القضاء على حاجزين أساسيين وهما "مؤسسة الباي" من جهة والمؤسسة القبلية من جهة أخرى التي كانت تمثل مرجعية اجتماعية معطلة لتطور المجتمع نحو الحداثة حسب الرؤية البورقراطية⁷.

وقع إلغاء النظام الملكي في تونس بفعل صدور قرار 25 جويلية 1957 غير أن هذا القرار لم يكن ليصدر لولا إرادة الزعيم باعتبار أن إلغاء الملكية لم يكن هدفا سياسيا للحزب الحر الدستوري "الجديد" على الأقل من خلال منطوق مؤتمراته. غير أن استكانة أغلب البايات وخضوعهم لإرادة المستعمر باستثناء المنصف باي (حكم الإيالة التونسية فيما بين 1942-1943) خصوصا جعل شرائح عريضة من الشعب التونسي لاسيما الفئات المستنيرة التي تلقت تعليما عصريا في المدرسة الصادقية تفقد تدريجيا ولاءها لدولة الباي وبالتالي ولاءها لمرجعياته الأبوية ولم يقتصر دور هذه الفئات الاجتماعية المنتمية في أغلبها إلى الطبقة الوسطى على فك ارتباطها بالمرجعية الأبوية "البايوية" بل عملت على تأسيس شرعية جديدة للحكم.

كما كان لزاما على الزعيم بورقراطية القضاء على الولاءات القبلية المعروفة في تونس باسم العروشية⁸, إن خطر القبيلة بالنسبة لبورقراطية لا يتمثل في تعطيلها لمسار الحداثة فحسب بل كذلك في منافستها لسلطة الدولة إذ كثيرا ما مثلت القبيلة خطرا حقيقيا على السلطة المركزية في الفضاء المغاربي خلال العصر الحديث لاسيما بالنسبة لقبائل السيية ولئن اعتبرت القبيلة في تونس محدودة التأثير مقارنة بقوة قبائل السيية في المغرب والجزائر التي استطاعت أن تحمي نفسها من تدخل الرأسمالية العقارية⁸. إلا

أن مظاهر التضامن القرابي بقيت راسخة في اللاوعي الجمعي خاصة في مناطق الجنوب التونسي لم يكن هذا اللاوعي السياسي القبلي غائبا عن وعي بورقيبة إذ أن اتصاله المباشر بمختلف الفضاءات القبلية مكنه من استيعاب أسس الولائية العروشية المتمثلة أساسا في وجود ملكية عقارية تستغل بشكل جماعي تضامنيّ ولذلك فقد سارع بورقيبة منذ فجر الاستقلال إلى تصفية هذه الملكية العقارية العروشية من خلال إصدار "قانون 28 سبتمبر 1957" الذي قضى بتحويل أراضي العروش من أراضي جماعية إلى أراضي فردية.

2-2 دستور الاستقلال

إثر استقلال البلاد التونسية في 20 مارس 1956 شرعت النخب السياسية في رسم ملامح مسار تأسيسي هدفه إصدار دستور للجمهورية التونسية، كانت المرحلة الأولى في هذا المسار هو تنظيم انتخاب أعضاء المجلس الوطني التأسيسي بعد خمسة أيام فقط من إعلان الاستقلال وقد أفضت هذه الانتخابات الى فوز قائمة "الجبهة الوطنية" وهو تحالف انتخابي بقيادة الحزب الحرّ الدستوري التونسي ومن أبرز مكوثاته الاتحاد العام التونسي للشغل والعديد من المنظمات الوطنية الأخرى. كان لفوز هذه القائمة بالأغلبية المطلقة حوالي 98% من مقاعد المجلس الوطني التأسيسي الأثر الواضح على حسم الأمر لفائدة الحزب الحر الدستوري التونسي والمنظمات المتحالفة معه. صدر هذا الدستور في غرة جوان 1959 وتكوّن من ديباجة و78 فصلا وقع تبويهم في تسعة أبواب، يقرّ هذا الدستور في فصله الأول الهوية العربية الإسلامية والنظام الجمهوري كما يضمن مبدأ فصل السلط والحريات العامة والخاصة، غير أنّ الممارسة السياسية بيّنت محدودية احترام هذه الفصول ابان حكم الزعيم الحبيب بورقيبة وخاصة ابان حكم زين العابدين بن علي.

3 الحراك الثوري التونسي ودستور "الجمهورية الثانية"

3-1 الحراك الثوري التونسي: الفعاليات إلى حدود انتخاب أعضاء المجلس الوطني

التأسيسي

يمكن تحقيب التحركات الثورية التي سبقت انتخاب أعضاء المجلس الوطني التأسيسي في 23 أكتوبر 2011 إلى مرحلتين المرحلة الأولى ترتبط بمجمل الفعاليات التي اندلعت من 17 ديسمبر 2010 وهو تاريخ حرق "البوعزيزي" لنفسه إلى 14 جانفي 2011 تاريخ هروب الرئيس السابق زين العابدين بن علي أما المرحلة الثانية فهي كلّ تلك المرحلة الانتقالية التي سبقت انتخابات المجلس الوطني التأسيسي في 23 أكتوبر 2011. تميّزت المرحلة الأولى بتلك التحركات التي انطلقت في ذات اليوم الذي حرق فيه محمد البوعزيزي نفسه من مدينة سيدي بوزيد ألا أنّ الحراك الثوري سرعان ما انتشر أولاً في المناطق القريبة ثمّ عمّ تقريباً كلّ جهات الجمهورية التونسية حيث عرفت مدن المكناسي وسيدي علي بن عون وخاصة منزل بوزيان العديد من المظاهرات التي قمعت بشدّة وسقط على إثرها أول شهيد ميداني للثورة التونسية وهو محمد بن بشير العماري في يوم 24 ديسمبر 2010 في مدينة منزل بوزيان. ومنذ ذلك التاريخ تسارعت الأحداث وشملت مدن الرّقاب وتالة والقصرين التي دفعت أعلى حصيلة من الشهداء حوالي 60 شهيدا. وقد كان للإعلام البديل وخاصة شبكة الفايبروك دوراً أساسياً في انتشار الوعي الثوري وانتشار المقاومة الشعبية وخاصة من خلال عرض صور القمع واعتداءات الأمن الوحشية على المحتجّين والدعوة إلى التظاهر وتحديد الإطار المكاني والزّماني، هذا بالإضافة إلى نشر صور وبيانات تفضح الفساد المالي والأخلاقي لآل الطرابلسي وبن علي⁹. وقد كان لذلك الأثر الكبير على انتشار الحراك الثوري خارج المناطق الغربية التي احتضنت الثوّار منذ البداية فماهي أبرز مظاهر ذلك؟

انبتقت التجارب الأولى لتشكيل "لجان ثورية" أطلق عليها "اللجان المحلية لحماية الثورة" من خلال مبادرات مجموعات من النقابيين أو النشطاء السياسيين واستهلّ هؤلاء النشطاء فعاليتهم الثورية باقتحام مراكز شعب حزب التجمع المنحلّ التي أصبحت في

العديد من المناطق المدروسة مقرّات لهذه اللجان والعمل على طرد المعتمدين المتورّطين مع النظام السابق، وتجميد نشاط العمد الذين يمثلون حسب نظر النشطاء أهمّ جيوب الرّدّة باعتبارهم عيون السلطة على المستوى المحلي، ومن جهة أخرى ساهم هؤلاء النشطاء في ترشيح قائمات النيابات الخصوصية للمجالس البلدية كسب وهو أهمّ مكسب في تقديرنا بفعل السّلطة الفعلية التي تمتّع بها رؤساء هذه المجالس على المستوى المحلي. غير أنّ هذه الفعاليّات الثورية لم تمنع ظهور تجاذبات محورها مسألة تمثيلية الشرعية الثورية، طرحت هذه المسألة بشكل حادّ في اللجان التي عرفت الحراك الثوري منذ بدايته (ولايات سيدي بوزيد والقصرين) ويعود ذلك في تقديري إلى أهمية رهان تمثيل قيم الثورة وهو رهان محوريّ يمثّل رأسمالا رمزيا لمن يملكه ولا يمكن ان يتحقّق هذا التملك حسب بورديو ألاّ بالاعتراف الذي يفعله وحده هذا الرأسمال¹⁰ أمّا في المناطق التي لم تشارك منذ البداية في الحراك الثوري فلم تطرح مسألة الشرعية الثورية بنفس الحدة .

عموما تمكّنّا من خلال تحليل مضمون النقاشات التي واكبت طرح مسألة الشرعية أربعة أسس برّر من خلالها النشطاء شرعيتهم الثورية وهي تبدو متغيّرا تابعا للإرث النضالي للمنطقة على مستوى الجهات التي شاركت في اندلاع الحراك الثوري تتركّز الشرعية الثورية حول حجم التضحيات والمخاطر التي واجهها النشطاء وعائلاتهم حيث حظيت عائلات الشهداء من جهة وجرحى الثورة من جهة أخرى برصيد معتبر من الرأسمال النضالي ويبلغ هذا الرصيد حدوده القصوى عندما يكون لهذا المناضل تاريخ معارض "للنظام السابق". أمّا بالنسبة للجهات التي واكبت الحراك الثوري بصفة متأخرة نسبيا فإنّ الشرعية الثورية تستمدّ أساسا من الماضي النضالي على المستويات الحزبية والنقابية والحقوقية حيث لاحظنا أنّ المبادرات الأولى للفعاليات الثورية كانت من قبل نشطاء سابقين في المجتمع المدني سواء كانوا نقابيين أو حقوقيين أو منتمين إلى أحزاب معارضة وبهذا المعنى يبدو أنّ "الرأسمال النضالي" يتغيّر وفقا لطبيعة الحقل السياسي الخصوصي وأهميّة المواقع فيه¹¹. شملت التحركات أغلب جهات الجمهورية شمالا وجنوبا شرقا وغربا وقد لعبت الأحياء الشعبية في تونس العاصمة

وخاصة حيّ التضامن دورا حاسما في زعزعة أركان النظام حيث وصلت التحركات الشعبية لأول مرة إلى تونس العاصمة بما يمثله ذلك من تهديد فعلي داهم لنظام الحكم السائد آنذاك. كما كان لجهة صفاقس دورا هاما في التمهيد لنجاح الثورة حيث مثل نجاح الاضراب العام الذي دعا إليه الاتحاد العام التونسي للشغل أحسن تقديم لتتويج 14 جانفي. أما فيما يتعلق بالفعاليات الثورية التي عقيبت هروب "زين العابدين بن علي" فتمثلت أساسا في اعتصامات القصة انطلقت هذه التحركات بعد ستة أيام فقط من خلع الرئيس السابق وذلك نتيجة الاحتقان الشعبي الكبير الناجم عن استمرار رئيس الحكومة محمد الغنوشي في عهد بن علي في قيادة البلاد. عرفت البلاد التونسية طيلة الفترة الممتدة ما بين 14 جانفي و27 فيفري 2011 حكومتين مؤقتتين لم ير فيهما الثوار غير استمرار مقنّع لنظام بن علي ورموزه والقوى السياسية التي التحقت به. لم يتجاوز عمر الحكومة الأولى عشرة أيام وهو ما يعني عدم شرعيتها ورفض الرأي العام لها فضلا عن عدم الاستقرار السياسي الذي ميّز الفترة ما بعد فرار بن علي. وتشير بعض المعلومات إلى أنّ التركيبة الحكومية هي التشكيلة نفسها التي هيأها الرئيس بن علي يوم 13 جانفي لتكون ورقته الأخيرة في مواجهة الثورة التي بلغت عاصمة تونس بعد أن عمّت كل الجهات¹².

●الاعتصام الأول بالقصة 20 – 27 جانفي 2011

تشكّل هذا التجمّع الشعبي الأول بعد الإطاحة بالرئيس السابق بصفة تلقائية عبر دعوات عبر الفايسبوك وشمل أساسا المناطق التي عرفت الحراك الثوري منذ بداياته مثل منزل بوزيان، الرقاب.. كما شمل العديد من الجهات الأخرى مثل الحوض المنجمي ونشطاء من مختلف المناطق، كانت تحركهم مواقع الشهداء ومشاعر الغبن وآمال تحقيق الأهداف التي قامت من أجلها الثورة خوفا على ثورتهم التي لم تحقق أهدافها وحكومة الثورة التي لم ترى النور. أمّا الحكومة القائمة فهي لا حكومة وحدة وطنية ولا حكومة توافق بل هي حكومة التجمعيين وقع تطعيمها ببعض وجوه المعارضة الرسمية وما اصطلح على تسميته بالشخصيات المستقلة. جاؤوا تباعا من تونس الواقعية لا تونس الواجهة ليقولوا بصوت واحد نحن لا نطلب المستحيل نريد

فقط رحيل وجوه النظام البائد. فهمت النخبة السياسية من خلال تدفق هذا السيل البشري القادم من الأعماق ان هناك سفوحا أخرى لجغرافية البلاد التونسية ولديمغرافيته¹³.

● اعتصام القصة الثاني 27 فيفري - 4 مارس 2011.

كان اعتصام القصة الثاني تعبيرا عن إصرار النشطاء الثوريين على تحقيق المطالب التي بدأت ملامحها تتشكل منذ اعتصام القصة الاول وقد توضحّت الرؤية برفع شعارات توافقية ومن أبرزها استقالة حكومة الغنوشي، تشكيل مجلس تأسيسي، تعليق العمل بالدستور. وقد تميز هذا الاعتصام بمساندة شعبية واضحة وتوافق مختلف القوى السياسية والأيدولوجية بالإضافة إلى التغطية الإعلامية المكثفة ولم تنجح محاولات أنصار بقاء حكومة الغنوشي في إجهاض المدّ الثوري. انتهى هذا الاعتصام عند استقالة محمد الغنوشي وتعيين الباجي قائد السبسي وزيرا أولا وقد استجاب الوزير الاول الجديد الى بعض المطالب التي نادى بها النشطاء الثوريون ومن أهمّها، حلّ مجلسي النواب ومجلس المستشارين وإقرار إحداث مجلس وطني تأسيسي.

3-2 المسار التأسيسي لدستور الجمهورية الثانية

في حقيقة الأمر تعود نقطة الانطلاق لهذا المسار التأسيسي إلى اعتصام القصة الثاني حيث تمتّ المناداة لأول مرة بصفة صريحة بإحداث مجلس وطني تأسيسي لصياغة دستور جديد وقد كانت الأطراف السياسية التي نادت بهذا المطالب مختلفة من حيث توجهاتها الإيديولوجية والسياسية حيث شملت أحزابا من أقصى اليمين المحافظ مثل حركة النهضة كما ضمت أحزابا من أقصى اليسار مثل حزب العمال. لم تكن هناك معارضات كبيرة على هذه الدعوة التي وقعت في سياق ثوري وفي إطار البحث عن بديل جذري لنظام الاستبداد الذي كان يقوده "بن علي" لذلك وقع اعتماد هذا "المطلب الثوري" غير أنّ ما تجدر الإشارة إليه هو أنّ هذا المسار لم يكن "مسارا تقنيا" بمعنى مسارا قانونيا صرفا يقتصر على انتخاب هيئة تأسيسية مهمتها إصدار دستور.

• الزخم الثوري وتطور الوعي الدستوري

تتميز الثقافة الدستورية عموماً بكونها نخوية غير أنّ السياقات الثورية يمكن أن تجعلها متاحة لفئات اجتماعية غير متخصصة بالضرورة وذلك نتيجة ذلك الزخم الإعلامي والاستعداد النضالي الذي يطبع المناخات الثورية

كان اعتصام القصبة وما صاحبه من "فعاليات نضالية" احتفالية شعر ، موسيقى ، نقاشات، فرصة للأشخاص المتحمسين للعمل الثوري من اكتشاف مشاريع سياسية بديلة وأطروحات راديكالية لم يكن "نظام بن علي" ليسمح بطرحها أو مناقشتها وكان من بين هذه المشاريع الراديكالية الدعوة لانتخاب هيئة تأسيسية مهمتها إصدار دستور جديد. فرضت هذه الدعوة تقريب الثقافة الدستورية إلى ذهن المواطن العادي بمعنى جعل المفاهيم الدستورية مستساغة ومفهومة بالنسبة له بحيث يستطيع أن يناقشها ويتبين أبعادها السياسية غير أنّ هذا التطور لم يقتصر على المستوى الدستوري بل شمل المستوى السياسي بأكليته بما يعنيه من استقطابات سياسية ظلت كامنة في المرحلة التي سبقت اعتصام القصبة 2 .

منذ تلك الفترة ارتبطت المطالب الدستورية باستقطابات سياسية تمحورت حول شقّ علماني وأطراف متعاطفة في مقابل شقّ إسلامي وأطراف متعاطفة ولعلّ أبرز المظاهر المؤكدة لهذا الاستقطاب هو ذلك الانقسام الحاصل في صلب لجان حماية الثورة وهي لجان تكونت بصفة تلقائية من قوى سياسية واجتماعية عملت على حماية المسار الثوري من "الثورة المضادة" حيث انفصل الثوريون من ذوي التوجهات الاسلامية عن غيرهم من الثوريين من ذوي التوجهات العلمانية¹⁴.

كان تطور الوعي الدستوري في إطار صراع ايديولوجي حادّ وهو ما أثر على المسار السياسي الذي اتّجه نحو الخطاب السّجالي والتبريري أكثر من توجّهه نحو الاتجاه الحقوقي والديمقراطي حيث برزت على السطح أطروحات راديكالية ترتبط باعادة النظر في كلّ المكتسبات الحداثيّة للشعب التونسي طرحتها أحزاب اسلامية سلفية ومن أبرزها "حزب التحرير" والذي اعتبر أنّ النظام السياسي الجديد يجب أن يركز على أساس الخلافة وعلى مرتكز تطبيق الشريعة. كان لهذه الأطروحات الأثر المباشر في

تحويل وجهة المسار الانتقالي في تونس وفي خلق "مخيال سياسي طوباوي" مثل عائقا موضوعيا لمسار تأسيسي ديمقراطي وفي هذا السياق بالتحديد فقد وقع الاعلان من قبل هذا الحزب بالذات ان الدستور الذي تحتاجه الأمة لا يجب ان يكون دستورا وضعيا بل دستورا ربّانيا متوافقا مع مقتضيات الشريعة الاسلامية. لم يكن لهذه الدعوات الإسلامية الراديكالية تأثيرا إلّا على فئات محدودة من الشعب التونسي ولكنها شكّلت تشويشا على المسار في حدّ ذاته حيث تكتّفت الدعوات الى رفض اي نصّ دستوري وضعي وتجنّدت العديد من التيارات السلفية لهذه المقاطعة .

• انتخابات المجلس الوطني التأسيسي: الرهانات والنتائج

كان إقرار انتخاب هيئة تأسيسية مهمتها إصدار دستور للجمهورية الثانية مكسبا أساسيا لكلّ المناضلين الذين ناضلوا من أجل تأسيس نظام ديمقراطي وقد كان من المفروض ان يكون تاريخ هذه الانتخابات يوم عيد الجمهورية في 25 جويلية 2011 بما يمثّله هذا التاريخ من رمزية وطنية غير أنّ ظهور العديد من العراقيل التقنية بالإضافة إلى المشاحنات السياسية عطّلت اجراء الانتخابات في هذا الموعد ووقع تأجيلها الى تاريخ 23 أكتوبر 2011. مثّلت هذه المحطّة الانتخابية منعرجا حقيقيا في التاريخ السياسي التونسي بوصفها حسب تأكيدات العديد من الملاحظين الوطنيين والدوليين أوّل انتخابات نزيهة وشفافة في دولة الاستقلال كما مثّلت اختبرا حقيقيا لمدى التزام مختلف الأطراف السياسية لحكم صندوق الاقتراع ولمبادئ دولة القانون. بلغ العدد الإجمالي للقوائم المترشّة لانتخاب المجلس الوطني التأسيسي 1519 قائمة تتوزّع كالآتي: 830 قائمة حزبية، 655 قائمة مستقلة، 34 قائمة ائتلافية. أمّا عدد المترشّحين لعضوية المجلس فكان 11686 مترشّحا تنافسوا على 217 مقعدا أي أنّ معدل المتنافسين على كلّ مقعد هو خمسين مترشحا ويعكس هذا العدد الكبير رغبة التونسيين في المشاركة في الشأن العام بعد عقود من الحرمان والتغيب.

أسفرت نتائج انتخاب المجلس الوطني التأسيسي على حصول حزب حركة النهضة على قرابة 41% من مقاعد المجلس الوطني التأسيسي وهي أعلى نسبة يليه حزب المؤتمر من أجل الجمهورية بنسبة 13 %، ثمّ قائمة العريضة الشعبية بنسبة 12%

فحزب التكتّل الديمقراطي من أجل العمل والحريّات بنسبة 9%. ولئن بقيت قائمة العريضة الشعبية معزولة بالرغم من حصولها على المرتبة الثالثة من حيث عدد المقاعد فإنّ بقية الأحزاب شكّل انتلافا ثلاثيا عرف "بالثرويك".

مثّلت هذه الحكومة أول تحالف بين قوى "اسلامية" وأخرى "علمانية": بين حزب النهضة ذي المرجعية الاسلامية وحزبي "المؤتمر من أجل الجمهورية" و "التكتّل الديمقراطي من أجل العمل والحريّات" العلمانيين، كان تحالفا حكوميا فحسب لم يرتق الى مستوى "الكتلة التاريخية" وبناء مشروع سياسي مُجمّع¹⁵. وكان ذلك واضحا على مستوى مداولات صياغة النصّ الدستوري حيث برزت العديد من الاختلافات بين هذه الأحزاب بالرغم من التحالف الحكومي التي يوحدّها.

• المداولات الدستورية والنقاشات العمومية

كانت التحدّيات التي واجهها أعضاء المجلس الوطني التأسيسي كبيرة وتتجاوز مجرد إصدار نصّ دستوري حيث كان ذلك المجلس هو المجلس الوحيد الذي يتمتّع بصفة الشرعية في مرحلة انتقالية تفرض العديد من الاستحقاقات العاجلة مثل التشريعات وتشكيل الحكومة وبناء المؤسسات السياسية لذلك فقد تعطلّت أعماله كثيرا ولم يقع إصدار دستورية الجمهورية الثانية إلّا في بداية سنة 2014 بعد ان كان من المفروض انجازه بعد سنة واحدة من انتخاب أعضائه.

بالإضافة إلى هذه الكثافة في المهمّات برزت العديد من التّعطيلات السياسية التي أعاققت عمل المجلس والناجمة عن خلافات حزبية وتناحرات إيديولوجية بلغت أوجها اثر اغتيال "الشهيد محمد البراهمي" حيث عرفت الساحة السياسية في تونس أكبر موجة احتجاجات منذ الإطاحة بنظام الرئيس المخلوع زين العابدين بن علي، وعُلّق نحو سبعين نائبا عضويتهم في المجلس التأسيسي، ونظموا اعتصاما مفتوحا استمر عدة أسابيع خارج المجلس سمي حينها "اعتصام الرحيل"، كان شعاره الأبرز رحيل الحكومة التي يرأسها "علي العريض" عن حركة النهضة وبذلك فقد تجاوزت الخلافات سقف المجلس الوطني التأسيسي لتصبح شأنًا وطنيا شارك فيه السياسيون والمثقفون والمواطنون العاديون الذين تأثروا بهذا التوتر واصطفوا إلى جانب المعتصمين في

"اعتصام الرّحيل" أو في الجانب المقابل بمعنى المناهضين لهذا الاعتصام والذين يعتبرونه انقلابا على الشرعية. بلغت الأزمة أشدها حتى داخل أحزاب الائتلاف الثلاثي الحاكم (حركة النهضة، وحزب المؤتمر من أجل الجمهورية، وحزب التكتل الديمقراطي لأجل العمل والحريات)، وكان ذلك إثر قرار رئيس المجلس الوطني التأسيسي مصطفى بن جعفر في 6 أوت 2013 تعليق أعمال المجلس إلى أجل غير مسمى، في انتظار حل الأزمة السياسية التي أججها اغتيال محمد براهيم (هو عضو المجلس الوطني التأسيسي وقع اغتياله يوم 25 جويلية 2013). مثلّ الجدل في إطار المجلس الوطني التأسيسي والنقاشات في الفضاءات العمومية، على غرار ما حصل في "اعتصام الرّحيل"، ظاهرة مصاحبة للمسار التأسيسي إذ برزت العديد من السّجالات التي ابتدأت تحت سقف المجلس وامتدّت إلى خارجه ومن أبرز المظاهر الدّالة على ذلك تلك السّجالات المرتبطة بموضوع الدّين و الدّولة وبمسألة المساواة بين المرأة والرجل.

مثّلت هذه المواضيع محورا جدليّا بامتياز حيث كان أول اختبار حقيقي لموازن القوى السياسية بعد الانتخابات إذ أنّ تحقيق "حزب النهضة" للأغلبية النسبية لا يعني بالضرورة تمكنها من تحقيق تحالف سياسي يجعلها قادرة على تمرير الفصول التي تريد تمريرها. كان ذلك واضحا على مستويين على الأقلّ: المستوى الأول يتعلّق بتغيير مسودّات الدستور نتيجة ضغوطات من داخل المجلس ومن خارجه أمّا المستوى الثاني فيرتبط بتمكّن الأحزاب العلمانية التي لم تحصل على الأغلبية في الانتخابات من فرض العديد من الفصول ذات المنحى العلماني. قدّمت النّسخة الأولى للدّستور إلى الجلسة العامّة في أوت 2012 وجوبهت بموجة رفض شديدة حيث لم تقرّ كونية حقوق الإنسان وأعلنت عن نيّة التراجع عن التزامات تونس الدّولية كما رفضت مسودّتان أخرتان من الدّستور نتيجة احتراز الشقّ العلماني على بعض "الانحرافات" المهدّدة للدّولة العلمانية بالإضافة إلى احترازا أخرى. دفعت جلسات الحوار والاستماع للخبراء بالإضافة إلى ضغط النّخب والمجتمع المدني الى التّصيص صراحة في الفصل الثاني من الدّستور في صيغته النّهائية (صدر هذا الدستور بتاريخ 27 جانفي

(2014) على مبدأ مدنية الدولة "تونس دولة مدنية، تقوم على المواطنة، وإرادة الشعب، وعلوية القانون. لا يجوز تعديل هذا الفصل". وتجدر الملاحظة أنّ التنصيص على عدم إجازة تعديل هذا الفصل هو إشارة واضحة إلى إرادة المؤسس في ضمان استحالة تغيير الصبغة المدنية للدولة التونسية مهما كانت تركيبة المجلس التشريعي. لأنّ كان الحسم المرتبط بمدنية الدولة واضحاً فإنّ الحسم في مسألة الفصل بين الإسلام والدولة لم يكن بدرجة الوضوح حيث نصّ الفصل الأول من الدستور على أنّ " تونس دولة حرة، مستقلة، ذات سيادة الإسلام دينها، والعربية لغتها والجمهورية نظامها. لا يجوز تعديل هذا الفصل".

يبدو هذا الفصل الأول في ظاهره نافياً لمبدأ فصل الدين الإسلامي عن الدولة غير أنّ مداولات المجلس الوطني التأسيسي المرتبطة به والتي صاحبها الكثير من الجدل اعتبرت أنّ هذا الفصل الذي هو نفس الفصل الأول من دستور 1959 مع إضافة جملة " لا يجوز تعديل هذا الفصل" هو فصل توافقي منذ تأسيس دولة الاستقلال لذلك من الحكمة المحافظة عليه ضماناً لوحدة الشعب التونسي. غير أنّ ما تجدر الإشارة إليه هو أنّ ورود الفصل الثاني المقرّ صراحة بالدولة المدنية بالإضافة إلى العديد من الفصول الأخرى ذات المنحى العلماني يؤكد ترجيح اتجاه الدولة المدنية دون إلغاء الدين الإسلامي عنصراً أساسياً للهوية.

في سياق متصل وفي إطار هذا المنحى العلماني فقد وقع التنصيص على مبدأ المساواة بين المرأة والرجل في الفصل 21 " المواطنون والمواطنات متساوون في الحقوق والواجبات، وهو سواء أمام القانون من غير تمييز..." تمّ إقرار هذا الفصل بعد جدل كبير وضغوطات كبيرة من الجمعيات النسوية والتنظيمات المتعاطفة، جاء هذا التنصيص بشكل واضح وغير قابل للتأويلات ممّا سمح للمضيء قدماً في اتجاه المساواة الكاملة من خلال إلغاء شرط الإسلام في زواج التونسية من أجنبي وطرح مشروع المساواة في الإرث من قبل رئاسة الجمهورية (خطاب رئيس الجمهورية بتاريخ 13 أوت 2017). تلقت التنظيمات النسوية والعديد من الجمعيات الأخرى هذه المبادرة وحاولوا نقلها إلى الفضاء العمومي من خلال تنظيم مظاهرات تطالب بتنفيذ

هذه المبادرة وفي المقابل برزت بعض الفعاليات المنددة بهذا المطلب مستندة إلى عدم جواز مخالفة النصّ القرآني ولكنها كانت محتشمة بالمقارنة مع الفعاليات المعارضة.

خاتمة

إنّ أهمّ خاصيّة من خصائص الحراك الثوري الذي عرفته تونس ابتداء من 17 ديسمبر 2010 هي التلقائية وغياب المرجعيّات الإيديولوجية وقد كان لهروب الرّئيس المخلوع في 14 جانفي 2011 الاثر الحاسم في تدشين مرحلة جديدة تهدف الى تجسيم المشروع الثوري الذي كان رهانا جوهريّا للشعب التونسي الّا أنّ الحسابات الحزبية الضيقة من ناحية والانقلابات الاجتماعية من ناحية أخرى عطّلا إلى حدّ كبير تحقيق هذا المشروع رغم بعض النّجاحات التي تتمثّل أساسا في ارساء مسار ديمقراطي لعلّ ابرز مظاهره اصدار دستور جانفي 2014.

يبدو أنّ مسار وضع دستور الجمهورية الثانية في تونس قد تجاوز المتطلّبات القانونية المتعارف عليها ليشكّل زخما مجتمعيّا شاركت في تشكيله مختلف القوى السياسية والاجتماعية المنتظمة وغير المنتظمة غير أنّ ما تجدر الإشارة اليه في هذا السياق هو اندراج فئات واسعة من المواطنين الذين يفتقرون الى الحدّ الأدنى من الوعي بالمسائل الدستورية في سياق الجدل العمومي ممّا ساهم في بروز تيّارات سياسية استفادت من هذه الشعبية لتحقيق مكاسب انتخابية.

قائمة المراجع

- (1) علي المحجوبي، النهضة الحديثة في القرن التاسع عشر، تونس، سراس للنشر، 1999، ص 87.
- (2) أحمد ابن أبي الضياف، إتحاف أهل الزمان بأخبار ملوك تونس وعهد الأمان، تونس، المنشورات الجامعية التونسية، 1991، ص 58.
- (3) عبد الفتاح عمر، الوجيز في القانون الدستوري، تونس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 1987، ص 330.
- (4) الأزهر بوعوني، الأنظمة السياسية، تونس، مركز النشر الجامعي، 2002، ص 183.

5) Jean Ganiage.les origines du protectorat , Tunis, MTE , 1968, p74.

(6) هشام شرابي، النظام الأبوي وإشكالية تخلف المجتمع العربي، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية 1993، ص41.

(7) مراد مهني، الأنظمة الأبوية المستحدثة في العالم العربي الإسلامي الحديث، دفاتر السياسة والقانون، العدد 5، جوان 2011، جامعة ورقلة، ص 317.

(8) عبد الباقي الهرماسي، المجتمع والدولة في المغرب العربي"، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 1992، ص13.

(9) محمد نجيب بوطالب، القبيلة التونسية بين التغير والاستمرار، تونس، منشورات كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، 2002، ص211.

(10) الأزهر المجري، لثورة التونسية 17ديسمبر: في جدلية التحرر والاحتواء، تونس، المغاربية للطباعة والإشهار، 2011، ص79.

11) Pierre Bourdieu, la représentation politique : éléments pour une théorie du champ politique *Actes de recherches en sciences sociales* n° 36-37, Paris ,1981, p p 17-19.

(12) مراد مهني، فعاليات المجتمع المحلي والثورة التونسية، قراءة في تجارب اللجان المحلية لحماية الثورة، المؤتمر الخامس والثلاثون لمنندى الفكر المعاصر، تونس، مؤسسة التميمي للبحث العلمي والمعلومات، 2012، ص160.

13) Bourdieu, Pierre choses dites, Paris, Minuit, 1987, p160.

(14) طارق الكحلوي، طارق. ثورة طور الانجاز، مجلة الآداب، العدد59، بيروت، 2011، ص ص14-15.

(15) الأزهر المجري، مرجع سابق، ص80.

(16) مراد مهني، مرجع سابق، 2012، ص 190.

(17) حسيب، خير الدين حسيب، حول الحاجة إلى كتلة تاريخية تجمع التيارات الرئيسية للأمة مع اشارة خاصة الى حالة العراق، المستقبل العربي، العدد336 , بيروت، 2007، ص ص 21-22.

تاريخ القبول: 2020/11/29

تاريخ الإرسال: 2020/05/29

تأثير القيادة الإبداعية على بناء وتعزيز رأس المال الفكري دراسة حالة

مجمع شي علي

The effect of creative leadership on building and strengthening the intellectual capital of the organization Case study CHIALI Group

د. عبد الباقي حياة¹، د. كوديد سفيان²*¹المركز الجامعي عين تموشنت، (الجزائر)، hayat-1974@hotmail.fr²المركز الجامعي عين تموشنت، (الجزائر)، sou-fy-a@hotmail.fr

المخلص:

تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على تأثير القيادة الإبداعية على رأس المال الفكري في مجمع شي علي، واستخدم الباحثان الاستبيان كأداة للدراسة والبرنامج الإحصائي SPSS 25 لتحليل البيانات، وشملت العينة (62) عامل، ولقد أظهرت النتائج وجود علاقة طردية قوية وتأثير ذو دلالة إحصائية للقيادة الإبداعية على رأس المال الفكري، وعليه يوصي الباحثان توجيه الاهتمام برأس المال الهيكلي ورأس مال العلاقات.

الكلمات المفتاحية: القيادة، القيادة الإبداعية، رأس المال الفكري، مجمع شي علي

تصنيفات JEL: M12، O15.

Abstract:

This study aims to identify the impact of creative leadership on intellectual capital in The CHIALI Group, and the researchers used the questionnaire as a tool for study and statistical program SPSS 25 to analyze the data, and included the sample (62) factors, and the results showed a strong expulsion relationship and a statistically significant effect of creative leadership on intellectual capital, and therefore the researchers recommend directing attention to structural capital and relationship capital.

*المؤلف المرسل

Keywords: leadership, creative leadership, intellectual capital, CHIALI Group.

JEL Classification Codes: M12, O15.

1. مقدمة:

في ظل التحولات العالمية وتحديات العصر الجديد حيث المنافسة أكثر عالمية وسيطرة التقنية على مختلف الأنشطة والتقدم الحضاري، كل هذه المتغيرات فرضت نفسها؛ مما قد يحدث تغير في المفاهيم والآليات المؤسسية، ونتيجة لذلك أصبحت القيادة مطلباً ضرورياً لترشيد وتوجيه سلوك الأفراد نحو تحقيق الأهداف التنظيمية، بالإضافة إلى التوجه نحو معايير الجودة الشاملة وما تتطلبه من فكر إستراتيجي وإداعي لأنّ "الإبداع في المنظمة يعد سلاحاً تنافسياً قوياً"¹، مما يثير الحاجة إلى قيادة جديدة ذات قدرات إبداعية قادرة على مواجهة تلك المتغيرات المتسارعة والمستمرة، فالإبداع نتاج ظهور ظروف معقدة تخلق تحديات يجب على القائد التعامل معها بكل مرونة، ومؤسسات القرن الحادي والعشرين تتطلب إدارة فكرية لرأس المال ومهارات قيادية تساهم في التغيير المتسارع الذي يكاد يكون خارج نطاق السيطرة، ويجب على القائد توسيع أفق الفرص والقوة التنافسية للمنظمات بواسطة مواردها البشرية والمادية والمالية، مما يؤكد على أنّ السلوك القيادي في المؤسسات له أثر في تحقيق وبناء رأس المال الفكري خاصة رأس المال البشري وعلى الرغم من أن رأس المال الفكري قد يكون مصدر الميزة التنافسية، فإنّه يتطلب في القرن الحادي والعشرين إدارة وقيادة إبداعية لتتميمته وبنائه، وعليه فالاعتبار الرئيسي للقائد يتمثل في كيفية تحدي الإمكانيات والقدرات الإبداعية وتيسيرها، وتسريع تطوير الأداء الإبداعي في العاملين وكيفية إدراج ذلك في تطوير الأعمال الإبداعية الموجهة نحو تحقيق الأهداف التنظيمية؛ لذا على القيادات تبني الإبداع ضمن إستراتيجيتها التنظيمية.

2. الإطار العام للدراسة

1.2. إشكالية الدراسة:

جاءت هذه الدراسة للبحث في العلاقة بين نمط القيادة الإبداعية ورأس المال الفكري، وفي ضوء ذلك يمكن بلورة معالم الإشكالية في السؤال التالي: هل يؤثر نمط القيادة الإبداعية على مستوى رأس المال الفكري في مجمع CHIALI؟ ويندرج تحت هذه الإشكالية مجموعة من الأسئلة الجزئية التالية:

- ما مستوى ممارسة الرؤساء لسلوك نمط القيادة الإبداعية في مجمع CHIALI؟
- ما هو مستوى رأس المال الفكري في مجمع CHIALI؟
- ما هي طبيعة علاقتي الارتباط والتأثير بين القيادة الإبداعية ورأس المال الفكري في مجمع CHIALI؟

2.2. فرضيات الدراسة:

الفرضية الرئيسية الأولى: وجود علاقة ارتباط ذات دلالة إحصائية معنوية بين القيادة الإبداعية ورأس المال الفكري في مجمع CHIALI على المستوى الكلي والجزئي؛

الفرضية الرئيسية الثانية: وجود علاقة تأثير ذات دلالة إحصائية معنوية بين القيادة الإبداعية ورأس المال الفكري في مجمع CHIALI؛

3.2. أهمية الدراسة وأهدافها:

تتبع أهمية الدراسة من خلال الجوانب الآتية:

- تقديم إطار معرفي ونظري يربط ما بين القيادة الإبداعية ورأس المال الفكري؛
- تناولت الدراسة لإحدى الموضوعات التي لازالت تلقى أهمية بالغة في المؤسسات بمختلف أنواعها وأنشطتها والمتمثلة بالقيادة الإبداعية ورأس المال الفكري ودورها المتكامل في تحقيق نجاح تلك المؤسسات واستمرارها في بيئة الأعمال.
- كما تهدف الدراسة الراهنة إلى التعرف على تأثير القيادة الإبداعية على رأس المال الفكري في المؤسسة الاقتصادية، من خلال:

- الكشف عن مدى تبني القيادات في مجمع CHIALI لنمط القيادة الإبداعية؛
- الكشف عن مستوى رأس المال الفكري في مجمع CHIALI؛

- تحديد علاقتي الارتباط والتأثير بين نمط القيادة الإبداعية ورأس المال الفكري.

3. الدراسات السابقة:

من الدراسات التي تطرقت لهذا الموضوع نجد:

1.3. دراسة (Saif Alshamsi and al ، 2019)² ، الموسومة ب: تأثير القيادة التحويلية على رأس المال الفكري والابتكار التنظيمي.

يحلل هذا البحث الدور المعتدل للقيادة التحويلية والتأثير المباشر لرأس المال الفكري على الابتكار التنظيمي داخل قسم شرطة أبو ظبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، وقد تم استخدام الاستبيان والذي وزع على 393 فرد، أظهرت النتائج وجود تأثير إيجابي مباشر على الابتكار التنظيمي من خلال اختبار تأثير الاستثمارات البشرية والعلاقاتية والتنظيمية (رأس المال الفكري) التي تتم على الابتكارات المتنوعة، كما لوحظ أثر غير مباشر للقيادة التحويلية كوسيط للعلاقة السببية بين رأس المال الفكري والابتكار التنظيمي.

2.3. دراسة قيس زهير جعفر (2019)³ ، الموسومة ب: تأثير إدارة المواهب في صناعة رأس المال الفكري.

هدف البحث إلى دراسة العلاقة بين إدارة المواهب ورأس المال الفكري بمركز التدريب الكوري، لذلك تم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي وتم توزيع 45 استبانة على العاملين بالمركز، وبينت النتائج أن هناك علاقة معنوية بين إدارة المواهب ورأس المال الفكري.

3.3. دراسة Irfan Ullah. And al (2017)⁴ ، الموسومة ب: تأثير القيادة الأخلاقية على جوانب رأس المال الفكري تمهيد الطريق لتعزيز الأداء الابتكاري،

هدفت الدراسة إلى الكشف عن مدى تأثير القيادة الأخلاقية على الأداء الابتكاري بوجود رأس المال الفكري (رأس المال البشري والاجتماعي)، وتم استخدام المنهج الاستدلالي الافتراضي واستبيان تم توزيعه على 457 موظف يعملون في بيوت البرمجيات في باكستان، وتم اختبار النموذج المقترح بتطبيق نمذجة المعادلة الهيكلية (SEM) مع AMOS ، وخلصت النتائج إلى أن القيادة الأخلاقية تؤدي دوراً رئيسياً في

تعزيز الأداء الابتكاري بوجود رأس المال الاجتماعي ورأس المال البشري كوسيطين علاقة سببية بين القيادة الأخلاقية والأداء الابتكاري.

4.3. دراسة (لمى قيس الزبيدي، علي حسون الطائي، 2017)⁵ ، الموسومة ب: الأنماط القيادية ودورها في تعزيز رأس المال الفكري.

اهتم البحث بدراسة علاقات الارتباط وتأثير أنماط القيادة في بناء وتعزيز رأس المال الفكري، أجري البحث في وزارة الخارجية في العراق، وشمل عينة من الرؤساء والمؤوسين بلغت (186)، وتوصل البحث إلى أن هناك تفاوت تأثير الأنماط القيادية في بناء وتعزيز رأس المال الفكري، وأوصت الدراسة بضرورة قيام الوزارة بالبحوث باستحداث وحدة ضمن هيكلها التنظيمي تسمى (وحدة رأس المال الفكري).

5.3. دراسة سهير حسين حسن (2016)⁶ ، الموسومة ب: تقويم رأس المال الفكري. أشار البحث إلى مشكلة وضع تصور لرأس المال الفكري وعناصره وتقييمه بالشكل الذي يحقق الكفاءة في أداء العنصر البشري. واستخدم البحث نموذج استمارة تقويم أداء العاملين لأغراض تقييم رأس المال الفكري للمنظمة لإعطاء أسلوب يؤدي إلى قياسه وتقييمه، وتم التوصل إلى نتيجة أن البعد الكمي لرأس المال لا يعد عنصر حاسم في تقييم المنظمة وتأثير تفوقها وبالتالي الحاجة إلى هذا النموذج.

من خلال عرض الدراسات السابقة هناك نوع من التشابه مع الدراسة الحالية في أغلب أبعاد المتغير التابع (رأس المال الفكري) وتم اعتماد استمارة الاستبيان كأداة للدراسة واستخدام البرنامج الإحصائي SPSS، لتحليل البيانات الإحصائية، وتمثل الاختلاف في المتغير المستقل حيث حسب اطلاع الباحثان لم نصادف بحث تناول دراسة المتغيرين معاً (القيادة الإبداعية ورأس المال الفكري)، وبخصوص الجانب الميداني تمثل مجتمع وعينة الدراسة في الرؤساء والمؤوسين في مؤسسة رائدة، حيث تناولت هذه الدراسة القيادة الإبداعية وعلاقتها بتعزيز وبناء رأس المال الفكري وفق بيئة اقتصادية جزائية، كما تم الاستعانة والاستفادة من هذه الدراسات السابقة في إثراء الجانب النظري للدراسة الحالية وفي تصميم أداة الدراسة.

4. الإطار النظري للدراسة:

1.4. القيادة الإبداعية:

1.1.4. مفهوم القيادة الإبداعية:

ظهرت نظرية القيادة الإبداعية على يد مالكوم ناولز (Malcom Knowles) في سنة 1990 حين قام بدراسة العلاقة بين القيادة والإبداع وطرح نظريته في القيادة الإبداعية والتي ناقش فيها رؤية جديدة للقيادة تختلف عن الرؤى السابقة من حيث جمعها بين القيادة والإبداع لتصبح تحت تسمية القيادة الإبداعية⁷، وقد بحثت مختلف مسارات البحث التنظيمي العلاقة بين الإبداع والقيادة، وإن كان ذلك باستخدام أسماء مختلفة مثل 'القيادة الإبداعية'، و'القيادة نحو الإبداع والابتكار'، و'إدارة المبدعين'.... وما إلى ذلك، وعليه كمحاولة لبلورة هذا المفهوم نستعرض بعض التعريفات والمتمثلة في:

إنّ القيادة الإبداعية كفلسفة وفعل تحتضن التغيير كشيء معين بينما تبحث عن فرصة في كل مكان، فهي تطور وتحقق الأفكار المبتكرة، والقائد الإبداعي يتصور المستقبل المرغوب فيه ويطلق العنان لشجاعة العاملين وتعاونهم وإبداعهم، كما يحرص على تهيئة بيئة تعزز التفكير الابتكاري وريادة الأعمال من خلال الطموح المشترك⁸، وإنّ الأساس المنطقي للقيادة الإبداعية هو تعزيز مناخ إيجابي للعمل والذي يركز على التغيير⁹، أي الإتيان بالجديد الإداري¹⁰، وتسعى إلى قيادة الآخرين نحو تحقيق نتيجة إبداعية¹¹، وهي أيضاً عملية التأثير في الآخرين ودفعهم لتحقيق أهداف المنظمة ولكي يكون ذلك التأثير فعالاً وحقيقياً، لا بد أن تكون القيادة مبنية على الإبداع في إعدادها واختيارها¹²؛ حتى يتسنى لها استخدام المعرفة المكتسبة وترجمتها في أرض الواقع من خلال الممارسات والسلوكيات المتبعة من أجل بث الحماس والدافعية وروح المبادرة والعطاء المستمر في العاملين، وأشار سلزنك (Selznick) إلى أن القيادة الإبداعية تنطوي على فن بناء المؤسسات التي تجسد قيماً جديدة ودائمة، وتهيئة الظروف التي من شأنها أن تجعل ما يُستبعد في الوقت الحاضر ممكناً¹³، لذلك نجد أنّ تجديد المؤسسات يتطلب قيادة خلاقة¹⁴.

وخلاصة القول، إنّ القيادة الإبداعية هي أسلوب إداري ونمط يركز على التغيير ويعد القائد المبدع كمصدر أساسي للتفكير والسلوك الإبداعي، أو كرائد أعمال مؤسسي مبدع.

2.1.4. أهمية القيادة الإبداعية:

هناك العديد من المزايا للقيادة الإبداعية داخل المؤسسات، بما في ذلك¹⁵:

- فتح فرص جديدة لحل المشاكل؛
- تحقيق النمو؛
- القدرة على رسم مسار للوصول إلى مستويات جديدة من النجاح؛
- القدرة على الوصول إلى الأهداف بسهولة أكبر؛
- تبني القادة المبدعون لوجهات نظر غير محتملة وغير مرجحة؛ تسمح بالكشف عن سبل جديدة ومثيرة، والتي يمكن استخدامها لابتكار تغييرات جديدة ومثيرة لمساعدة المؤسسة على الازدهار والنمو؛
- العثور على وجهات نظر غير محتملة داخل بيئة الأعمال.

2.4. مفاهيم عامة حول رأس المال الفكري:

لقد اختلفت الآراء حول إيجاد تعريف شامل لرأس المال الفكري والاتفاق ضمناً في معناه.

1.2.4. مفهوم رأس المال الفكري: يشير رأس المال الفكري حسب كل من Edvinsson & Malone: " إلى ذلك الاختلاف بين ميزانية المنظمة وقيمتها السوقية والتي تدعى بالأصول غير المباشرة أو غير الملموسة وتشمل المعرفة التنظيمية، ولاء المستهلك، قدرة المنظمة على الإبداع والابتكار، خلق منتجات جديدة للسوق، مهارات وكفاءات العاملين، العلامات التجارية وبراءات الاختراع وعدد من العوامل الأخرى"¹⁶، كما يمكن وصفه بأنه: "إجمالي مخزون المعرفة الجماعية والمعلومات والتقنيات وحقوق الملكية الفكرية والخبرة والتعلم والكفاءة والتنظيم وأنظمة الاتصالات الجماعية وعلاقات العملاء والعلامات التجارية القادرة على خلق قيمة للمنظمة"¹⁷، وبالتالي هو: "معرفة تخلق قيمة"¹⁸.

2.2.4. أبعاد رأس المال الفكري:

هناك شبه اتفاق عن مكونات رأس المال الفكري الذي يتضمن ثلاثة عناصر

وهي كالآتي:

1.2.2.4. رأس المال البشري: يشمل المعارف، المعلومات، القدرات والمهارات والكفاءات والخبرات المتراكمة الفردية والجماعية، لدى العاملين في المنظمة والتي تميزهم عن غيرهم¹⁹، وبهذا فهو "يعد مخزون المعارف والمهارات والخبرات المتراكمة والمعلومات المدرجة في فكر الأفراد".²⁰

2.2.2.4. رأس المال الهيكلي: يمكن تعريفه على أنه: "العناصر التي تشكل العوامل الكامنة وراء توليد الثروة في المنظمة بسبب الجهد الذي يبذله موظفوها"²¹، كما أنه يساعد ويساهم في تعزيز كفاءة العاملين.

3.2.2.4. رأس مال العلاقات: يعبر عن "الترابط بين المؤسسة والعميل"²²، وهو شيء يتعلق بشكل غير رسمي من الاتصال وينتج من التواصل التفاعلي بين العاملين في المنظمة من خلال تبادل خبراتهم ومعارفهم فيما بينهم، وعليه فإن رأس المال الفكري يزيد مع الزيادة في مستوى رأس مال العلاقات لأنه يجعل العامل قادر على تنفيذ المهام الصعبة بسهولة كبيرة²³، كما يمثل رأس مال العلاقات حلقة الوصل بين المكونات الأخرى لرأس المال الفكري، إذ يربط بين رأس المال (البشري والهيكلية) من ناحية ورغبات وحاجات الزبائن المتجددة بشكل مباشر أو غير مباشر من ناحية أخرى.

3.2.4. أهمية رأس المال الفكري:

تكمن أهمية رأس المال الفكري في²⁴:

- يعد رأس المال الفكري السلاح الأساس في المنظمة بسبب الموجودات الفكرية؛
- يعكس وجود رأس المال الفكري في المنظمة الميزة التنافسية لها؛
- يعد رأس المال الفكري مصدرا لتقديم إسهامات فكرية تمكن المنظمة من زيادة إنتاجها؛

- يعد رأس المال الفكري تأسيساً للمنظمات الذكية.

5. الإطار المنهجي للدراسة:

1.5. التعريف بالمؤسسة محل الدراسة:

مجمع شي علي عبارة عن مؤسسة عائلية تم إنشائها منذ أوائل سنة 1980، ويعد أكبر مركب في إفريقيا لصناعة الأنابيب البلاستيكية الخاصة بالمياه والغاز والري والبناء، ويعتمد المجمع في إنتاجه على المواصفات العالمية والمعايير التنظيمية الجزائرية الأكثر تطوراً ويحرص على تكييف منتجاته حسب متطلبات السوق وفي إطار سيطرة نوعية مُحكّمة لتجنب أي انحراف نوعي في المنتج، لدى المجمع موارد بشرية عالية المستوى، وأسطول من الآلات عالية الأداء وخبرة مثبتة في إدارة المشاريع؛ كما يمتلك المجمع شبكة توزيع المنتجات كبيرة تقدر ب 41 موزع يتوزعون عبر معظم ولايات الوطن؛ وبالتالي يفرض سيطرته وهيمنته على السوق الجزائرية.

2.5. حدود الدراسة: تحددت الدراسة بالمجالات التالية:

1.2.5. المجال المكاني: تمت هذه الدراسة بمجمع شي علي CHIALI لصناعة

الأنابيب بالمنطقة الصناعية في سيدي بلعباس.

2.2.5. المجال البشري: شملت الدراسة الرؤساء والمرووسين العاملين في مؤسسة

تصنيع الأنابيب وهي أحد أهم فروع المجمع.

3.2.5. المجال الزمني: شهر نوفمبر 2019.

3.5. مجتمع وعينة الدراسة: تم توزيع (100) استمارة استبيان والتي تمثل مجتمع

الدراسة، وحصل الباحثان بعد جمعها على (62) استمارة فقط بنسبة (62%) من مجتمع الدراسة.

4.5. أداة الدراسة: تم تصميم استبيان اعتمادا على بعض الدراسات ذات العلاقة

بموضوع دراستنا الحالية، وتضمن مجموعة من العبارات والتي جاءت وفق مقياس ليكرت الخماسي، حيث منحت الدرجات على التوالي (5، 4، 3، 2، 1) إذا كانت الإجابات مؤيدة للاتجاه (أتفق بشدة، أتفق، أتفق نوعاً ما، لا أتفق، لا أتفق بشدة)، كما تم تحديد مستوى كل من القيادة الإبداعية ورأس المال الفكري حسب المعيار التالي:

المستوى المنخفض إذا كان المتوسط الحسابي (من 1 إلى 2.33)، المستوى المتوسط إذا كان المتوسط الحسابي (من 2.34 إلى 3.66)، ومستوى ممارسة عال إذا كان المتوسط الحسابي (من 3.67 إلى 5)، و تكون الاستبيان من جزئين رئيسيين هما:

-الجزء الأول: القيادة الإبداعية (المتغير المستقل): يتضمن (10) عبارات؛

-الجزء الثاني: رأس المال الفكري (المتغير التابع): ويتضمن ثلاثة أبعاد.

5.5. أساليب التحليل الإحصائي المستخدمة: تم معالجة البيانات المتحصل عليها بالاعتماد على البرنامج الإحصائي SPSS V25، وتم استخدام الأساليب الإحصائية التالية: المتوسط الحسابي، الانحراف المعياري، معامل الثبات، معامل الارتباط، تحليل الانحدار الخطي البسيط.

6.5. ثبات أداة الدراسة: بلغ معامل الثبات لأبعاد المحور الأول (0.919) ولأبعاد المحور الثاني بلغ (0.882)، وقيمة المعامل لكل الاستبيان (0.938)، وهي قيمة مقبولة إحصائياً، مما يدل على ثبات أداة الدراسة وصلاحيته لاختبار الفرضيات.

الجدول رقم (1): قيم ثبات أداة القياس (ألفا كرونباخ)

البعد والمتغير	عدد العبارات	معامل الثبات
رأس المال البشري	3	0.876
رأس مال العلاقات	3	0.753
رأس المال الهيكلي	6	0.771
المتغير التابع: رأس المال الفكري	12	0.882
المتغير المستقل: القيادة الإبداعية	10	0.919
إجمالي عبارات الاستبيان	22	0.938

المصدر: من إعداد الباحثين بالاستناد إلى استمارة الاستبيان ومخرجات SPSS v 25

6. الإطار التطبيقي:

1.6. الإجابة عن تساؤلات الدراسة:

- لمعرفة درجة ممارسة السلوك القيادي الإبداعي من قبل الرؤساء بمجمع شي علي للأنابيب، فقد تم احتساب المتوسطات الحسابية والانحرافات المعيارية لإجابات عينة الدراسة على محور القيادة الإبداعية، وتظهر النتائج في الجدول رقم (2) أدناه.

الجدول 2: الإحصائيات الوصفية لعبارات محور القيادة الإبداعية N=62

البيانات	المتوسط الحسابي	الانحراف المعياري	المستوى	الترتيب
يطبق الرئيس أساليب جديدة في العمل لتحسين الأداء	4,996	,062	1	1
لدى الرئيس مهارات الاتصال والتفاهم مع مختلف الأطراف والجهات التي يتعامل معها المجمع.	4,996	,062		1
يحرص الرئيس على تقييم وعرض الأفكار الجديدة	4,996	,062		1
يزود الرئيس العاملين بحلول إبداعية للمشكلات التي تواجههم	4,160	1,123		7
يقدم الرئيس عدد من الأفكار في وقت وجيز	4,141	1,081		8
يحرص الرئيس على تطوير القدرات الإبداعية الفردية والجماعية	4,239	1,076		6
يدعم الرئيس مشاركة العاملين في صنع القرار، وتجربة الأفكار الجديدة	4,458	,937		2
يثق الرئيس في العاملين ويحافظ على التواصل معهم	4,368	,998		4
يمنح الرئيس أكبر قدر ممكن من الاستقلالية	4,411	,895		3

للعاملين				
5		1,035	4,309	يشجع الرئيس العاملين على اكتساب خبرات متنوعة والتي من شأنها أن تزيد من إبداعهم
	عالي	,554	4,507	القيادة الإبداعية

المصدر: من إعداد الباحثين بالاستناد إلى استمارة الاستبيان ومخرجات SPSS v 25

يتضح من الجدول (2) أن درجة ممارسة نمط القيادة الإبداعية من قبل الرؤساء بمجموع شي علي جاء بمستوى عالي حيث بلغ المتوسط الحسابي العام لأبعاد المتغير المستقل لعينة الدراسة (4,507) وانحراف معياري (0,554) وأن العبارة (1) و (2) و (3) جاءت كلها في المرتبة الأولى بمتوسط حسابي (4,996) وانحراف معياري (0,062)، وأما العبارة (5) حصلت على المرتبة الأخيرة بمتوسط حسابي (4,141) وانحراف معياري (1,081)، وهذا يدل أن الرؤساء في المؤسسة المبحوثة يتمتعون بمستوى قيادي إبداعي عالي، مما يدل أن القيادة الإبداعية تشكل نقطة حيوية في سلوك العاملين وفي أداء المنظمات، وهي تمثل أحد العناصر الحاسمة في تعزيز رأس المال الفكري، ومن أولويات القيادة هي إشراك الأشخاص المناسبين، في الأوقات المناسبة، بدرجة صحيحة في العمل الإبداعي حيث تبدأ هذه المشاركة عندما يعيد القائد صياغة دور الموظفين وفق متطلبات الوظيفة.

- من أجل معرفة مستوى التعزيز الذي يحظى به رأس المال الفكري في المؤسسة المبحوثة تم احتساب المتوسطات الحسابية لإجابات عينة الدراسة على محور المتغير التابع بأبعاده الثلاثة، وتظهر النتائج في الجدول رقم (3) أدناه.

الجدول 3: الإحصائيات الوصفية لأبعاد رأس المال الفكري N=62

الأبعاد	المتوسط الحسابي	الانحراف المعياري	المستوى	الترتيب
رأس المال البشري	3,777	,841	عالي	1
رأس مال العلاقات	3,746	1,009	عالي	2
رأس المال الهيكلي	3,532	,889	متوسط	3

رأس المال الفكري	63,68	,713	عالي
------------------	-------	------	------

المصدر: من إعداد الباحثين بالاستناد إلى استمارة الاستبيان ومخرجات SPSS v 25

يتبين من الجدول (3) أن المتوسط الحسابي العام لمستوى رأس المال الفكري جاء بمستوى عالي نسبياً حيث بلغ المتوسط الحسابي العام للمتغير المستقل لدى المؤسسة المبحوثة (3.686) وانحراف معياري (0.713)، بحيث تراوحت قيم المتوسطات الحسابية لأبعاد رأس المال الفكري بين (3.774-3.532) وقد احتل بُعد رأس المال البشري المرتبة الأولى بمتوسط حسابي قدره (3.774)، تلاه بُعد رأس مال العلاقات بمتوسط حسابي (3,746)، وأخيراً جاء بُعد رأس المال الهيكلي حيث بلغ المتوسط الحسابي (3.532) والانحراف المعياري (0,889)، نستخلص أن رأس المال الفكري بأبعاده يحظى باهتمام مجمع CHIALI، غير أنه يتطلب من قيادات المجمع على توظيف مهارات وقدرات وإمكانات العاملين بشكل فعال والسعي لتطوير وتنمية معارفهم الفنية والتنظيمية وتوسيع خبراتهم وتهيئتهم لأن يكونوا رأس مال فكري في المستقبل القريب.

2.6. اختبار فرضيات الدراسة:

1.2.6. اختبار فرضيات الارتباط:

سيتم الاعتماد على حساب معامل الارتباط بيرسون لتحليل علاقات الارتباط بين متغيرات الدراسة كالتالي:

الجدول 4: علاقة الارتباط بين القيادة الإبداعية ورأس المال الفكري

البيان	أبعاد المتغير التابع: رأس المال الفكري				المتغير التابع بأبعاده مجتمعة
	رأس المال البشري	رأس مال العلاقات	رأس المال الهيكلي	رأس المال	
المتغير المستقل:	معامل بيرسون	,763**	,515**	,602**	,750**
القيادة	Sig	,000	,000	,000	,000

المصدر: من إعداد الباحثين بالاستناد إلى استمارة الاستبيان ومخرجات SPSS v 25

تُظهر نتائج تحليل علاقات الارتباط على المستوى الكلي والجزئي في الجدول

(4) كالآتي:

-الارتباط الكلي: تبين أن هناك علاقة ارتباط معنوية وموجبة وقوية بين المتغير المستقل (القيادة الإبداعية) والمتغير التابع (رأس المال الفكري) إذ بلغت قيمة معامل الارتباط بينهما (0.75) وقيمة معنوية (0.000) والتي كانت عند مستوى معنوية افتراضي للدراسة (0.05)، بمعنى أنّ كلما كان اعتماد القيادة الإبداعية من قبل الرؤساء كلما ساهم ذلك في تعزيز وبناء رأس المال الفكري بمستويات أفضل في المؤسسة المبحوثة؛

الارتباط الجزئي: تبين وجود علاقات ارتباط معنوية وموجبة بين متغير القيادة الإبداعية وأبعاد المتغير التابع (رأس المال الفكري) إذ كانت النتائج كالآتي:

-تبين أن قيم معاملات الارتباط بين متغير القيادة الإبداعية وأبعاد متغير رأس المال الفكري (رأس المال البشري، رأس المال الهيكلي، رأس مال العلاقات)، قد بلغت على التوالي والترتيب (0.763، 0.602، 0.515) وقيم معنوية بلغت كلها (0.000) والتي كانت عند مستوى معنوية (0.05)، بمعنى أنّ كلما كان اعتماد القيادة الإبداعية من قبل الرؤساء، كلما ساهم ذلك في تعزيز وبناء أبعاد ومكونات رأس المال الفكري والمتمثلة على الترتيب في (رأس المال البشري، رأس المال الهيكلي، رأس مال العلاقات)، وتعود علاقة الارتباط القوية بين القيادة الإبداعية ورأس المال البشري من خلال حرص قيادات المجمع على توظيف الخبرات المتراكمة والمهارات والمعارف لدى موردها البشري ومنحه الاستقلالية في أداء المهام الموكلة إليه، أمّا عن علاقة الارتباط القوية بين القيادة الإبداعية ورأس مال العلاقات تعود للاهتمام الكبير الذي توليه قيادات المجمع لمتطلبات وحاجات ورغبات الزبائن وجعلها في صميم وأولويات سياستها العامة وإستراتيجيتها التنظيمية، وعلى اعتبار أن قادة المجمع يمتلكون مهارات الاتصال والتفاهم مع مختلف الأطراف والجهات التي يتعامل معها المجمع؛ الأمر الذي جعله يتفوق على منافسيه.

بخصوص علاقة الارتباط القوية بين القيادة الإبداعية ورأس المال الهيكلي تكمن في تحريك معارف وإجمالي تقنيات المجمع نحو خدمة الأهداف المسطرة.

استنادا على نتائج تحليل الارتباط بين متغيرات الدراسة على المستويين الكلي والجزئي؛ تبين صحة فرضية التي مفادها وجود علاقة ارتباط ذات دلالة إحصائية معنوية بين القيادة الإبداعية ورأس المال الفكري على المستوى الكلي والجزئي في المؤسسة المبحوثة.

2.2.6. اختبار فرضية التأثير:

لتحليل علاقة التأثير بين المتغير المستقل (القيادة الإبداعية) والمتغير التابع (رأس المال الفكري) نستخدم الانحدار الخطي البسيط للتأكد من صحة أو عدم صحة الفرضية؛ ويأخذ الشكل التالي: $Y=B + AX$

الجدول 5: نتائج الانحدار البسيط بين المتغيرين القيادة ورأس المال الفكري

المتغير التابع: رأس المال الفكري					
البيان	B	R ²	F		Sig
			المحسوبة	الجدولي	
الثابت	,149	,563	77,145	1.671	070,
القيادة الإبداعية	,951				,000

المصدر: من إعداد الباحثين بالاستناد إلى استمارة الاستبيان ومخرجات SPSS v 25

تبين نتائج تحليل الانحدار الخطي البسيط الواردة في الجدول (5) أنه يوجد تأثير ذو دلالة إحصائية لمتغير القيادة الإبداعية في المتغير التابع رأس المال الفكري، وذلك استنادا إلى قيمة مستوى المعنوية المحسوبة والبالغة (0.000) وهي تقل بشكل كبير عن مستوى المعنوية الافتراضي للدراسة والبالغة (0.05)، ويؤكد ذلك قيمة (F) المحسوبة والتي بلغت (77,145) وهي أكبر من قيمتها الجدولية البالغة (4.00) وبدرجات حرية (1، 60)، كما أن قيمة معامل التحديد (R²) التي بلغت (0.563)،

تدل على وجود قدرة تفسيرية متوسطة للقيادة الإبداعية، وتشير إلى أنّ التغير في المتغير التابع لدى المؤسسة المبحوثة والذي كان بنسبة (56.3%) يمكن إسناده إلى المتغير المستقل (القيادة الإبداعية) كما أن النسبة المتبقية (43.7%) والتي تشير إلى التغير في رأس المال الفكري يرجع إلى متغيرات أخرى لم يتم اعتمادها ضمن متغيرات الدراسة الحالية.

وتبعاً للنتائج المستخلصة من الجدول (5) يمكننا قبول الفرضية التي مفادها أنّ للقيادة الإبداعية تأثير إيجابي على مستوى التعزيز الذي يحظى به رأس المال الفكري بالمؤسسة المبحوثة.

ويمكن صياغة النموذج النهائي لخط الانحدار انطلاقاً من القيم الواردة في الجدول (5) حيث أنّ جميع معاملات خط الانحدار دالة معنوياً: والنموذج يظهر كالاتي:

$$\text{رأس المال الفكري} = 0.149 + 0.951 \text{ القيادة}$$

مما يعني أنّه كلما زادت القيادة الإبداعية بوحدة واحدة أدى ذلك إلى تعزيز مستوى رأس المال الفكري ب (0.951) في المؤسسة المبحوثة (فرع شي علي للأنايب).
و وفق النتائج المستخلصة من الجدول (5) يمكننا قبول الفرضية الرئيسية الثانية التي مفادها: أنّ للقيادة الإبداعية تأثير إيجابي على مستوى رأس المال الفكري بالمؤسسة المبحوثة.

7. خاتمة:

خلاصة لهذه الدراسة يتضح أن كل من القيادة الإبداعية ورأس المال الفكري موارد أساسية في تحقيق الأهداف التنظيمية بكل كفاءة وفعالية، كما تبرز قدرة القيادة الإبداعية في توظيف واستثمار رأس المال الفكري الذي يعد مصدر لتوليد القدرة والميزة التنافسية للمنظمة بصفة مستدامة، من خلال إدارته وفق أسس علمية واعتماد أساليب تفسير حديثة.

وقد توصلت الدراسة إلى جملة من النتائج أهمها:

- جاءت ممارسات السلوك القيادي الإبداعي من قبل الرؤساء بمستوى عالي، أما مستوى وجود رأس المال الفكري في المؤسسة المبحوثة عالي نسبياً (هو فوق المتوسط بقليل)؛ مما يعكس ضرورة تطويره وتنمية المهارات والقدرات اللازمة في هذا الجانب.

- وهناك علاقة ارتباط موجبة وقوية بين القيادة الإبداعية وأبعاد رأس المال الفكري، مما يعني أنه كلما مارس الرؤساء بالمؤسسة نمط القيادة الإبداعية كلما أدى ذلك إلى تعزيز وبناء رأس المال الفكري وجاءت أقوى علاقة وفي المرتبة الأولى علاقة القيادة برأس المال البشري، تلاه رأس المال الهيكلي، ثم وأخيراً رأس مال العلاقات.

- أن القيادة الإبداعية تؤثر إيجابياً على مستوى التعزيز والتطوير لرأس المال الفكري بالمؤسسة المبحوثة؛

واستناداً للنتائج المتوصل إليها ، يمكننا اقتراح بعض التوصيات ومن أبرزها:

- الاهتمام بمفهوم القيادة الإبداعية لأنها من متطلبات عصر التغيير .

- توجيه الاهتمام والدعم لرأس مال العلاقات في المرتبة الأولى ثم رأس المال الهيكلي.

- زيادة الاستثمار في رأس المال البشري الذي تملكه.

- أن تحرص القيادات على تنمية رأس مالها الفكري وتطويره والمحافظة عليه لزيادة القدرات والمزايا التنافسية.

-حث المؤسسة المبحوثة على توطيد العلاقة مع الأطراف التي تتعامل معها (على مستوى بيئتها الداخلية وبيئتها الخارجية) من خلال التواصل الدائم وتبادل المعلومات الضرورية وتداولها بين الأقسام المعنية، والتعامل معهم باحترام وبناء وتعزيز الثقة معهم، والأخذ بأرائهم ومقترحاتهم، ومنح العاملين فرصة المشاركة في صنع واتخاذ القرارات.

8. المراجع:

1-Teresa Amabile, "How to Kill Creativity", Harvard business review, September–October 1998 Issue, Vu le 02/01/2020: <mailto:https://hbr.org/1998/09/how-to-kill-creativity>.

- 2- Saif Alshamsi and al, "Effect of Transformational Leadership on Intellectual Capital and Organizational Innovation", International Journal on Emerging Technologies 10(1a), 2019.
- 3- قيس زهير جعفر، "تأثير إدارة المواهب في صناعة رأس المال الفكري - دراسة استطلاعية لآراء عينة من العاملين في المركز الكوري للتدريب/ وزارة العمل والشؤون الاجتماعية"، مجلة الإدارة والاقتصاد، الجامعة المستنصرية، العراق، السنة 42 ، العدد 120، 2019.
- 4- Irfan Ullah. And al, " Ethical Leadership Impacts Intellectual Capital Facets Paving Way to Foster Innovative Performance: A Pakistani Software Houses Perspective", Journal of Managerial Sciences, Volume XI , Number 03, 2017, PP: 231-262.
- 5- لمى قيس الزبيدي، علي حسون الطائي، "الأنماط القيادية ودورها في تعزيز رأس المال الفكري: بحث ميداني في وزارة الخارجية"، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية، جامعة بغداد، العراق، المجلد (23)، العدد (101)، 2017.
- 6- سهير حسين حسن، "تقويم رأس المال الفكري"، مجلة الإدارة والاقتصاد، الجامعة المستنصرية، العراق، السنة 39، العدد 108، 2016.
- 7- كيسرى مسعود، دايرة عبدالحفيظ، "أثر تبني إستراتيجية تمكين العاملين على القيادة الإبداعية دراسة حالة مؤسسة موبيليس- عنابة"، مجلة معارف، جامعة البويرة، الجزائر، السنة الثانية عشرة، العدد 22، جوان 2017.
- 8- Menno Van Dijk, and al., "What is Creative Leadership?", November 2017, vu le 18/12/2019:
<mailto:https://www.thnk.org/insights/what-is-creative-leadership/>
- 9- Tudor Rickards and Susan Moger, (2000), " Creative Leadership Processes in Project Team Development: An Alternative to Tuckman's Stage Model", British Journal of Management, Vol. 11, 273-283, P 275.
- 10- نجم عبود نجم، "القيادة وإدارة الابتكار"، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2013، ص 11.
- 11- Charalampos Mainemelis, "Creative Leadership: A Multi-Context Conceptualization", The Academy of Management Annals, 2015 Vol. 9, No. 1, 393-482, P 393.

12- علي بن عايض الشهراني، "تعزيز دور القيادة الإستراتيجية في إدارة الأزمات: دراسة تطبيقية على قيادات حرس الحدود بمنطقة جازان"، دراسة لنيل الماجستير في إدارة الأعمال، جامعة أم القرى، السعودية، 2012.

13- Charalampos Mainemelis, op cit. P 395.

¹⁴- Charalampos Mainemelis, op cit. P 393

¹⁵- Lysa Miller, "The Importance of Creative Leadership", Business services, February 01, 2018, Vu le 02/12/2019: <mailto:https://clutch.co/hr/resources/importance-of-creative-leadership>.

16- Edvinsson, L.& Malone, M., "Intellectual capital: realizing your company's true value by finding its hidden brainpower", Harper collins publishers inc., New York, 1997, P 115.

¹⁷ Yang, J. (2004). Job related knowledge sharing: comparative case studies. Journal of Knowledge Management, 8(3): 118–126.

18- عاطف عدوان، سحر سلمان، "رأس المال الفكري ودوره في تحقيق الإبداع المنظمي -دراسة ميدانية في شركات التأمين الأردنية"، مجلة دراسات، العلوم الإدارية، الجامعة الأردنية، الأردن، المجلد 39، العدد الثاني، 2012.

19-Kok, Intellectual capital management as part of knowledge management initiatives at institutions of higher learning", The electronic journal of knowledge management, Vol 5, Issue 2, 2007, P 185, pp: 181-192.

20 -David Begg et. Al, (2002)," **Macroéconomie**", 2^{Emme} édition, Edition Dunod, Paris, P294.

21- Saif Alshamsi and al, OPCIT, P 67.

22-Yang, C.C., & Lin, C. Y.Y. (2009). Does intellectual capital mediate the relationship between HRM and organizational performance? Perspective of a healthcare industry in Taiwan. The International Journal of Human Resource Management, Vol. 20, No. 9, PP. 1965–1984

23- Saif Alshamsi and al, op cit, P 66.

24- قيس زهير جعفر، مرجع سبق ذكره، ص 111

تاريخ القبول: 2021/01/25

تاريخ الإرسال: 2020/10/21

الفشل المقاولاتي: المساحة المثيرة للنقاش

Entrepreneurial Failure: The Hot Space for Debate

زهية عبا*¹، صونية كيلاني²¹جامعة باتنة-1 (الجزائر)، zahia.abaz@univ-batna.dz²جامعة باتنة-1 (الجزائر)، sounia.kilani@univ-batna.dz

المخلص:

تخلف التكلفة النفسية، الاجتماعية والاقتصادية للفشل المقاولاتي أثر سلبي على زيادة عدد رواد الأعمال مستقبلاً، مما يجعل من هذا الموضوع ظاهرة مثيرة للنقاش من منظور مختلف العلوم، ولئن كانت المؤسسات المنشئة في مجال المقاولاتية كثيرة على مستوى العالم هي حكاية نجاح، فإن هذه الدراسة تهدف في إطارها النظري إلى تحليل مساحة الفشل (Entrepreneurial Failure) في هذا الكم الهائل من النجاحات ومساهمته في المضي نحو مقاولاتية الفرصة الثانية، من خلال سؤال محوري تم تلخيصه في "كيف يمكن تفسير ظاهرة الفشل المقاولاتي؟ وما معنى مقاولاتية الفرصة الثانية؟"

لنتبث النتائج انه لا بد من الاقتناع بأن الفشل مرحلة لصيقة بالنشاط المقاولاتي وان التجربة السلبية لا تغير من الرغبة في متابعة مغامرة ريادة الأعمال فالتعلم من التجربة يمكن أن يشجع على منح الأفراد فرصة ثانية، كما ان ترسيخ ثقافة التعلم من الفشل في إطار بيداغوجيا الفشل يعزز امكانية النجاح مستقبلاً.

الكلمات المفتاحية: المقاولاتية؛ الفشل المقاولاتي؛ الخوف من الفشل؛ الفرصة الثانية.

تصنيفات: JEL L2، L26.

*المؤلف المرسل

Abstract:

The psychological, social and economic costs of Entrepreneurial Failure have a negative impact on increasing the number of entrepreneurs in the future . which makes this topic an exciting phenomenon for discussion from the perspective of various sciences. This study aims in its theoretical framework, to analyze the area of failure (Entrepreneurial Failure) Which contributes to moving towards second chance entrepreneurship, through a central question that was summarized in “How can the phenomenon of entrepreneurial failure be explained? What is the meaning of second chance entrepreneurship?

The results prove that it must be convinced that failure is a step closely linked to entrepreneurial activity, and that the negative experience does not change the desire to continue the entrepreneurial adventure, Learning by experience can encourage individuals to get a second chance, and establishing a culture of learning from failure as part of the pedagogy of failure increases the chances of success in the future.

Keywords: Entrepreneurial; Entrepreneurial failure; fear of failure; the second chance.

JEL Classification Codes L2, L26

1. مقدمة:

بتغير طبيعة الوظائف وتضاعل الدائمة منها ذات المستقبل الوظيفي المخطط، تركزت السياسات الحالية في معظم الدول على استحداث التوظيف الذاتي من خلال دعم المقاولاتية كحل من الحلول المطروحة لخفض معدلات البطالة والدفع بعجلة التنمية الاقتصادية، ولئن كانت المؤسسات المنشئة في مجال المقاولاتية كثيرة على مستوى العالم هي حكاية نجاح، يظل من الأهمية بمكان الحديث عن مساحة الفشل (Entrepreneurial Failure) في هذا الكم الهائل من النجاحات ومساهمته في خلق مقاولاتية الفرصة الثانية التي وثقتها هذه المؤسسات الناجحة. فالتكلفة النفسية، الاجتماعية والاقتصادية للفشل المقاولاتي تجعل منه موضوعا وظاهرة مثيرة للنقاش من منظور مختلف العلوم باعتباره مرحلة هامة في تحقيق النجاح المقاولاتي ، ومن

هذا المنطلق ألا يجدر بنا تشريح ظاهرة الفشل في ريادة الأعمال والوقوف على الأسباب؟ ولإثارة هذا الموضوع ارتأينا صياغة الإشكالية التالية:

كيف يمكن تفسير ظاهرة الفشل المقاوالاتي؟ وما معنى مقاوالاتية الفرصة الثانية؟ وهذه الاشكالية نقودنا إلى طرح التساؤلات التالية:

- ما مفهوم الفشل المقاوالاتي وأبعاده؟
- أي سيناريوهات محتملة للفشل وماهي أسبابه؟
- كيف يفسر المرصد العالمي للمقاوالاتية الخوف من الفشل لدى المقاولين؟
- كيف يمكن أن نرسخ لمقاوالاتية الفرصة الثانية؟

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة بمحاورها المختلفة إلى:

- وضع تأصيل نظري لمفهوم "الفشل المقاوالاتي" كمفهوم ضمن أدبيات العمل المقاوالاتي؛
- دراسة وتحليل أسباب هذه الظاهرة؛
- استعراض رؤية المرصد العالمي لريادة الأعمال للخوف من الفشل؛
- مناقشة ما يسمى بمقاوالاتية الفرصة الثانية.

أهمية الدراسة:

- تكتسي هذه الدراسة أهمية من حيث كونها تصب في الإثراء المعرفي للجوانب التالية:
- أهمية تدعيم الجانب النظري للنشاط المقاوالاتي من خلال مناقشة مفهوم الفشل المقاوالاتي كمحرك لتحقيق النجاح من خلال فرصة ثانية؛
- مساهمة تطور المفاهيم المتعلقة بالنشاط المقاوالاتي ونقله نوعية في توسيع مفاهيم خُطت فيها الدول المتقدمة خطوات جبارة؛
- قلة الدراسات العربية التي تناولت هذا الموضوع في مقابل الدراسات الأجنبية التي نال فيها موضوع الفشل المقاوالاتي حظاً أوفر في المناقشات والتحليل، مما يمنح هذه الدراسة أهمية المساهمة في إثراء الأدب الأكاديمي للجامعة الجزائرية بالمعارف والمعلومات المرتبطة بأبعاد هذا الموضوع.

منهج الدراسة:

تم الاعتماد في إعداد هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي القائم على البحث المكتبي وفحص وتحليل الأدبيات المتوفرة في مجال " المقاولاتية " ضمن إطار نظري تحليلي منمنهج من خلال إزالة اللبس وفك الاشتباك الفكري عن كل جوانب مفهوم " الفشل المقاولاتي". وللاجابة على هذه التساؤلات قسمت الدراسة إلى محاور رئيسية تناولت على الترتيب مفهوم الفشل المقاولاتي وأبعاده ضمن الأدب الأكاديمي ومن وجهة نظر رواد الأعمال الناجحين، مع التطرق إلى سيناريوهات الفشل المحتملة وأسبابه، وكذا رؤية المرصد العالمي للمقاولاتية للخوف من الفشل وكيفية ترسيخ مقاولاتية الفرصة الثانية وقمنا بتذييل الدراسة بجملة من الاستنتاجات.

الدراسات السابقة:

❖ دراسة Ali Smida و Nabil Kheli (2010) بعنوان " Repenser l'échec entrepreneurial des petites entreprises émergentes Proposition d'une typologies'appuyant sur une approche integrative" الصادرة في مجلة P.M.E Revue internationale المجلد 23 العدد 2 من أجل فهم أفضل لفشل ريادة الأعمال، تقترح هذه المقالة تصنيفاً يتمحور حول النظريات الثلاث: نظرية بيئة المنظمات والنهج القائم على الموارد وكذا نظرية "قوة التطلعات والإنجازات" ومن خلال الجمع بين هذه الأساليب الثلاثة تطور هذه المقالة تصنيفاً لثمانية فئات أو سيناريوهات للفشل، وهي بذلك تتجاوز التصنيف الكلاسيكي بين "الفشل التام" و "النجاح المطلق"، وتقدم سيناريوهات "الفشل الهامشي" و "الفشل الجزئي" فهي تحليل نوعي استكشافي قائم على دراسة 10 حالات لتوضيح هذا التصنيف.

❖ دراسة Gerhard Krauss (2016) بعنوان "L'échec dans la culture entrepreneuriale" الصادرة في مجلة Regards croisés sur l'économie المجلد 2 العدد 19 تتناول هذه المقالة هذا الموضوع من منظور اجتماعي، وتضع الظاهرة في السياق الاجتماعي حيث أصبح فشل ريادة الأعمال أكثر

وضوحا في المجتمعات الأوروبية. ولمواجهة حجم الظاهرة يقترح صاحب المقال ان تقوم السياسات العامة بالاهتمام بالموضوع واقترح حولا من أهمها تأمين مسارات ريادة الأعمال. أما بالنسبة لقادة الشركات القائمة فإن مشاركتهم مع رواد الأعمال الشباب ومرافقتهم يعد أمر بالغ الأهمية.

2. مفهوم الفشل المقاوлатي وأبعاده:

1.2 مفهوم الفشل المقاولاتي:

حسب الأبحاث الأكاديمية هناك مقاربتين لتعريف الخوف من الفشل فالأولى تعتبره سمة شخصية لصيقة بالفرد بحيث تصبح مع مرور الوقت مؤشر لكره المخاطرة، أما الثانية فتعتبره حالة عاطفية سلبية ناتجة عن إدراك التهديدات في البيئة، ويعرفه Okekeocha وEkore على أنه " الشعور بالإحباط والخوف من عدم النجاح حتى قبل القيام بأي محاولة"،¹ فالكثير من الأفراد الذين يرغبون في اقتحام ريادة الأعمال يتحمسون في البداية لفكرة ما أو مشروع ما، فتخلق لديهم الرغبة في ترجمتها في الواقع لكن سرعان ما يتراجعون عن القيام بذلك لمجرد عوامل نفسية سلبية غير مشجعة تحبط معنوياتهم وتحكم على فكرتهم بالموت قبل الولادة. كما ينظر للخوف من الفشل على أنه عدو وصديق لرواد الأعمال في نفس الوقت فإما أن يكون مانع للشروع في النشاط المقاولاتي أو محرك لتحقيق الأهداف.² وفي هذا المعنى يتجلى جوهر الفشل من خلال علاقته الوثيقة بشخصية الفرد وتكوينها، هذه الشخصية التي تترجم في سلوك الفرد وتفكيره وانفعالاته ودوافعه (الجانب النفسي) والتي لا يمكن فصلها في مجال ريادة الأعمال عن تأثيرات المجتمع والبيئة (الجانب الاجتماعي والبيئي)، فقرار الفرد في الخوض في ريادة الأعمال أو الاستسلام للفشل يتوقف على كلا الجانبين. فالشخصية التي تتسم بالدافعية والثقة بالنفس والإصرار على المثابرة والنجاح في العمل يمكنها تجاوز الفشل في ريادة الأعمال، كما أن عدم الاستجابة لأي مؤثر خارجي من شأنه أن يقضي على الشعور بالخوف من الفشل.

وضمن رؤية أكاديمية تختصر الأستاذة الباحثة Anne Brunet MBAPPE ♦ في مقالها المعنون بـ L'échec Entrepreneurial – Par Delà Le Tabou

الفشل في كونه مسألة إدراك، ويحدث عندما تكون نتيجة أي عمل عكس ما كنا ننتظر فينشأ لدينا عدم الرضا العميق. ومفهوم عدم الرضا مهم جداً لأنه في إطار هذه الرؤية يأخذ الفشل معناه بعبارة أكثر شيوعاً "الشعور بالفشل"، فالفشل لا يمكن أن ينفصل عن المقاوالاتية ويسجل حضوره بشكل محتمل في كل عمل.³ إن هذه الوضعية قد تعكس قدرة الأفراد الذين اتجهوا للنشاط المقاوالاتي على تحمل نتيجة مخاطرتهم أو الانسحاب والتعامل بسلبية مع نتيجة الأعمال، ولكن لابد أن يقتنع الأفراد بأن اختيار النشاط المقاوالاتي يعني اختيار المغامرة والمخاطرة والتي تكون نتائجها ضمن مجال محدد إما النجاح وإما الفشل، فالنشاط المقاوالاتي لا يمكن أن يمارس خارج هذا المجال.

ومن وجهة نظر رواد الأعمال يعرف Pierre-Edouard Stérin * الفشل المقاوالاتي مستنداً برؤية رواد الأعمال الأمريكيين المترجمة في عبارة "كلما فشلت، كلما اقتربت من النجاح"، مضيفاً بأنه "في كل تحدي توجد فرصة على عشرة للنجاح، إذ كلما فشلنا كلما اقتربنا من هذه الفرصة، ونفشل لأننا نحاول الكثير من المرات والفشل يعبر عنه دائماً برقم".⁴ تشير هذه الرؤية إلى التفسير المنطقي والإيجابي للفشل في الأعمال الذي يدفع برواد الأعمال الإيجابيين إلى المعاندة وتتبع الفرص والقناعة بأن بعد الفشل يأتي دوماً النجاح وهذه خلاصة أفرزتها تجارب سابقة لرواد أعمال نجحوا في كسب الرهان. ولعل تجربة ستيف جوبز القائد في شركة Apple ومؤسسها الذي طرد أول مرة بسبب أسلوبه القيادي القتالي لدليل على أهمية الفشل في التعلم والنجاح، وهو الذي عاد إلى الشركة ليضعها على المسار الصحيح ويدفعها للقمّة مصرحاً بأن الفشل كان أفضل شيء حدث له.

2.2 أبعاد الفشل المقاوالاتي:

قدم الباحثان Khelil و Smida تحليلاً مفاهيمياً ونمطياً للفشل المقاوالاتي من خلال تناول أبعاد هذا المفهوم في إطار ثلاث نظريات (نظرية بيئة المنظمات، نظرية الموارد ونظرية فجوة تحقيق الأهداف)،⁵ ويمكن توضيح ذلك في الجدول التالي:

الجدول 1: أبعاد الفشل المقاوлатي والأسس النظرية المرتبطة به

النظريات	نظرية بيئة المنظمات	نظرية الموارد	نظرية فجوة تحقيق الأهداف
مفهوم الفشل	الانقطاع عن النشاط المقاولاتي (المؤسسة الناشئة لا تبقى لفترة أطول من 3 سنوات)	الفشل الاقتصادي(عدم الكفاءة، عدم توليد إيراد كافي للحفاظ على الميزة التنافسية)	عدم رضا رائد الأعمال (عدم تحقيق تطلعاته أو توقعاته الأساسية)
محددات الفشل	عوامل بيئية متأصلة في السياق الإبداعى	نقص الموارد الداخلية	عدم وجود دافع أو تصميم على النجاح

Source : Khelil Nabil et Smida Ali, 2008, p. 12.

يبين الجدول أعلاه مفهوم الفشل بالنسبة للنظريات الثلاث، حيث تفسر نظرية بيئة المنظمات الفشل بأنه انقطاع عن العمل المقاولاتي وعدم القدرة على الاستمرارية في النشاط، بحيث لا يمكن للمؤسسة الناشئة المقاومة (العيش) لفترة أكثر من ثلاث سنوات وترتبط محددات الفشل بالنسبة لهذه النظرية بعوامل بيئية تتعلق بعدم القدرة على الإبداع لدى الرواد الناشئين، هؤلاء قد يفقدون القدرات العقلية التي يحتاجها الإبداع كما قد تغيب عندهم العوامل الانفعالية والتحفيزية كالثقة بالنفس وحب المخاطرة والطاقة النفسية نحو التفكير الإبداعى، إذ أن الإبداع له أثر كبير على التنظيم العام للمؤسسة وعلى استراتيجيتها التنافسية. بينما ترى نظرية الموارد أن الفشل اقتصادى بحت سببه عدم القدرة على المنافسة لنقص الموارد الداخلية، في حين تفسر النظرية الأخيرة الفشل بكونه مرتبط بعدم الرضا الذي يتولد لدى الرواد الناشئين نتيجة عدم تحقيقهم لتطلعاتهم لتربط النظرية محددات الفشل بعدم وجود ارادة ودافع للنجاح.

3. سيناريوهات الفشل المحتملة:

إقترح الباحث Khelil وآخرون سبعة سيناريوهات محتملة للفشل المقاولاتي يمكن إيجازها كما يلي:⁶

- فشل كامل أي فشل المشروع في جميع خطته؛
 - فشل مع خيبة أمل صاحب المشروع؛
 - فشل مع تدمير للموارد أي استخدام صاحب المشروع للأموال لأغراض شخصية وليس من أجل البقاء والنمو؛
 - البقاء على الهامش أي أن الشركة حافظت على بقائها لكن مع خيبة أمل لصاحب المشروع؛
 - البقاء مع خيبة أمل صاحب المشروع أي بالرغم من النجاح الاقتصادي لا يستطيع صاحب المشروع تحقيق تطلعاته الأولية وتوقعاته؛
 - البقاء مع تدمير الموارد أي يتخلى صاحب المشروع عن رضاه الشخصي ويحافظ على بقاء مؤسسته؛
 - الخروج لتجنب تدمير الموارد أي أن صاحب المشروع قبل الوصول إلى العتبة الحرجة للخسائر يتصور مسبقا استراتيجية خروج ايجابية.
- من خلال هذه السيناريوهات المختلفة تتنوع طبيعة وحقيقة مساحة الفشل، ويمكن تحديد المسببات والأثر في كل سيناريو بالنسبة لرائد الأعمال. فبين التكلفة المالية الباهظة الناجمة عن خسارة الموارد والتكلفة الاقتصادية الممثلة في تلاشي المشاريع المنشئة وتأثيرها السلبي على التنمية وكذا التكلفة النفسية المرتبطة بخيبة الأمل وفشل تحقق الأهداف والتوقعات تتنوع الآثار والنتائج السلبية المصاحبة لكل سيناريو مما سبق.

4. أسباب الفشل المقاولاتي:

تتعدد أسباب الفشل المقاولاتي في الأدب الأكاديمي، فمنها ما يتعلق بالعوامل الخارجية التي لا يمكن السيطرة عليها من قبل الشركة وعوامل داخلية خاصة بالفرد كنقص الخبرة والمهارات الإدارية وعدم كفاية التدريب،⁷ وتشير الدراسات إلى أن الأسباب تعود عموما إلى:⁸

■ الأسباب المتعلقة باستراتيجية العمل التجاري:

وتتمثل في:

- عدم معرفة احتياجات العملاء؛
- ضعف استهداف العملاء بسبب أبحاث السوق؛
- عدم كفاية جودة المنتجات المقدمة (السلع أو الخدمات)؛
- عدم معرفة المنافسين الرئيسيين (نقاط قوتهم و نقاط ضعفهم)؛
- اختيار سيء للموقع الجغرافي والاستراتيجي (اختيارات تملئها المعايير الشخصية أكثر من الاقتصادية)؛
- عدم كفاية المعلومات الخارجية (إحصاءات اقتصادية واجتماعية وتجارية وإقليمية ووطنية وعامة)؛

- الحملات الإعلانية المفرطة أو المضللة.

■ الأسباب المالية:

- عدم كفاية التمويل عند الانطلاق؛
- سوء إدارة الصندوق؛
- كثرة الديون مقارنة بربحية المشروع؛
- عدم ملائمة طريقة حساب التكاليف؛
- سوء تقدير لمهلة تسديد العملاء والموردين على السواء.

■ الأسباب المتعلقة بالشركة:

- سوء التنظيم؛
- الخلافات بين الشركاء؛
- سوء اختيار الموظفين المعينين لأول مرة؛
- إدارة مركزية للغاية؛
- قلق الموظفين بشأن متانة الشركة؛
- سوء إدارة الموظفين (غالبًا بسبب الخبرة غير الكافية في الإدارة التشغيلية لشركة صغيرة)؛

- غياب أو عدم كفاية الضوابط الداخلية؛
- عدم وجود رؤية لمستقبل الشركة.
- الأسباب المتعلقة بالقانون:
- صياغة خاطئة للوائح الشركة؛
- الشكل القانوني غير المناسب لنشاط الشركة؛
- عدم الامتثال للمعايير التنظيمية (المعايير الصحية، معايير السلامة والمعايير البيئية)؛

- وجود سوء فهم للقانون الاجتماعي و قانون الضرائب (غياب خبراء في هذا المجال: المحاسبين، المحامين والاستشاريين والإداريين والمدرسين).
وإن كانت الأسباب السابقة تعد الأهم في نظر الباحثين فإن العبء بالنسبة لرواد الأعمال الناشئين يكمن في كيفية التعامل معها، ومقدار الإرادة اللازمة لتجاوزها والتمسك بحق النجاح والفرصة الثانية. فالقناعة بوجود مخاطر في ريادة الأعمال يزيد من فرص التحدي لدى المقاولين الناشئين ويعزز فرص التغلب على هذه المخاطر، في حين التفكير بالنجاح للوهلة الأولى في ريادة الأعمال أمر من الصعوبة تحقيقه بالنسبة لجميع الأفراد.

5. رؤية المرصد العالمي للمقاولاتية للخوف من الفشل:

يرى المرصد العالمي للمقاولاتية أن المخاطر تمثل تحدي كبير للمقاولين وإمكانياتهم فالجامعات ومدارس الأعمال يمكنها تدريس أساسيات روح المبادرة وتعزيز قدرات الأفراد لإدراك المهارات ولبدأ الأعمال أو النشاط المقاولاتي، لكن الخوف من الفشل يمكن أن يمثل حجر عثرة بالنسبة لهؤلاء الأفراد ويكون بمستويات مختلفة في البيئة المؤسسية، مما قد يردع رواد الأعمال المحتملين.

غير أن مستوى الخوف من الفشل بشكل عام يزداد وينتقل من مرحلة مبكرة في المشروع إلى مستويات متطورة، ويستخدم المرصد معيار الخوف من الفشل في تحليله للبيانات المقاولاتية لدول العالم بشكل مرافق للفرص المتاحة لقياس نسبة الأشخاص الذين يعتبرهم الخوف من الفشل في النشاط المقاولاتي مقارنة بالفرص المتاحة.⁹

وفي تقرير المرصد لسنة 2016 ظهر أن الخوف من الفشل قد قفز بـ 12 % في صفوف الأفراد مما يوحي بتقليص عدد رواد الأعمال مستقبلاً.¹⁰ فحسب الباحث **Hessels** فإن الخوف من الفشل يزداد بعد التجربة السلبية الأولى الأمر الذي يقلل من نية رواد الأعمال على العودة للنشاط المقاوالاتي.¹¹ وأكد على ضرورة العمل على تقليل هذه الظاهرة.

ولقد وجد المرصد في دراسته حديثاً فارق كبير بين الدول فيما يتعلق بموضوع الخوف من الفشل فبين 17.9% كحد أدنى من السكان في بوركينافاسو إلى 54,4 % كحد أقصى في الإمارات العربية المتحدة، ويفسر هذه الفجوة بجملة من العوامل منها: (معايير ثقافية، مدى تقبل الفشل، مقدار الجرأة، الفضول والمخاطر غير المقيمة) وعلى مستوى الفرد (طبيعة توقعاته وأهدافه، وتصوره لما سيفقده أو المحتمل أن يخسره).¹² يتضح من هذه الرؤية المكانة الهامة التي يمثلها الخوف من الفشل في مسار ريادة الأعمال وأهمية التقليل منه .

6. ترسيخ مقاوالاتية الفرصة الثانية:

بمقولة هنري فورد " أن تفشل، بمعنى أن تكون لديك الفرصة للبدأ من جديد بطريقة ذكية"،¹³ يمكن معرفة معالم الفرصة الثانية التي يجب أن تنتهز من الأفراد الذين اختاروا أن يكونوا رواد أعمال، غير أن هذه الرؤية غير موجودة لدى الكثير من رواد الأعمال الشباب. ولقد توصلت بعض الأبحاث الأكاديمية إلى أن النية في العودة للنشاط المقاوالاتي بعد الفشل موجودة، أي أن التجربة السلبية لا تغير من الرغبة في متابعة مغامرة ريادة الأعمال، فالتعلم من التجربة يمكن أن يشجع على منح الأفراد فرصة ثانية.¹⁴

ويبرر الباحثين الرغبة في مواصلة النشاط المقاوالاتي بضرورة توفر المرونة لدى رائد الأعمال الشيء الذي يجعله يواصل بدناميكية، ويركزون على أهمية الاهتمام بترسيخ ثقافة التعلم من الفشل في إطار ما يسمى "ببداغوجيا الفشل" من خلال تنمية المهارات النفسية الخاصة حسب رؤية (Shepherd)،¹⁵ مما يساهم في تفعيل روح المبادرة لمواجهة الفشل المقاوالاتي. ومهما كانت أسباب الفشل في ريادة الأعمال فإن الحديث

عن ضرورة تعديل المنظمات المالية من بنوك ومصارف لتصوراتها للمخاطر ووقوف الإعلام في هذا الجانب من خلال تقديم صور إيجابية لشركات نجحت بعد فشل من شأنه أن يعزز لمقاولاتية الفرصة الثانية بشكل كبير.

ولقد أوضح تقرير المفوضية الأوروبية في سنة 2007 أن "معالجة النتائج السلبية الناجمة عن فشل الأعمال عند حدوثها، وصورتها السلبية يمكن أن يساهم في تحقيق أقصى استفادة من الإبداع البشري في أوروبا، وتحفيز ريادة الأعمال وتشجيع الابتكار وخلق فرص العمل" ¹⁶ مما يحث الأفراد على عدم الاستسلام بمجرد الفشل والمقاومة بمعالجة الأسباب التي أدت إليه.

وفي هذا الشأن يعترف الاتحاد الأوروبي بأن المخاطر المتعلقة بالمقاولاتية لم يتم تقييمها بشكل كاف، وأن المقاول الذي فشل في مشروعه لابد أن يستفيد من تشريع ينهي مشروعه الفاشل ويخلق مؤسسة جديدة والوقوف بجانب هؤلاء الشرفاء للبداية من جديد. ¹⁷ ولقد أثبتت دراسة ألمانية قام بها الباحثان **Wagner** و **Metzger** أن الخصائص الشخصية للأفراد كمستوى التعليم ومعرفتهم لرواد أعمال آخرين ناجحين تؤثر إيجابيا وتؤدي دور مهما في الاستمرار ثانية في النشاط المقاولاتي. ¹⁸ وهنا نعود لنذكر بدور ثقافة التعلم من الفشل لتحقيق النجاح المرغوب، فالسمات التي يجب أن تكون في رائد الأعمال هي سمات وخصائص لابد أن تلقن وتعلم لتكتسب، فبدل أن نختصر النشاط المقاولاتي في التمويل يحب أن يتم تكوين شخصية الفرد المغامر والمخاطر وترسيخ ثقافة التعلم من الفشل.

7. خاتمة:

حاولنا من خلال هذه الدراسة الوصفية تشريح ظاهرة الفشل المقاولاتي الذي يكاد يهيمن على نتيجة ريادة الأعمال في التجربة الأولى، وكلما يتعلق بالخوف من الفشل في أعمال المقاولاتية، والظاهرة بتزايدها وارتباطها المشروع بريادة الأعمال تتطلب الكثير من الاهتمام، فالتفسير النفسي الذي قدمه الباحثون لظاهرة الفشل المقاولاتي يعد منطقيا طالما أن الفرد الذي يرغب في اقتحام ريادة الأعمال يختبر أولا بشخصيته التي تترجم في طريقة تفكيره وسلوكه وثقته بنفسه وإدراكه للمخاطرة في الأعمال، غير أن

تأثيرات المجتمع والبيئة على قرارا الدخول في مجال ريادة الأعمال لا يمكن تجاهلها، فالارتباط قوي بين الجانب النفسي والاجتماعي والبيئي. كما أن ترسيخ العمل بمقاولاتية الفرصة الثانية أمر لابد أن يدركه رواد الأعمال الشباب بمساندة المؤسسات المالية التي يجب أن تؤمن لهم مسارات المواصله في الأعمال. ومن خلال التحليل السابق يمكن أن نستنتج ما يلي:

- تزايد ظاهرة الفشل في أعمال المقاولاتية لدى الشباب مما يوحي بوجود خلل في إدارة هذه الأعمال ويعطي للظاهرة أولوية في النقاش والبحث عن الأسباب؛
- انسحاب العديد من الأفراد الذين اختاروا ريادة الأعمال من المجال بعد التجربة الفاشلة الأولى ظاهرة متزايدة أسندت لها تفسيرات إحصائية في دراسات الباحثين؛
- يرجع الباحثون أسباب الفشل في أعمال المقاوله لعوامل شخصية، بيئية، اقتصادية حاولوا فرزها وربطها بظروف وإعطائها تفسيرات نظرية تتبنى التفسير النفسي بالدرجة الأولى؛
- ظهور مفهوم مقاولاتية الفرصة الثانية يقود إلى أن التجربة السلبية لا تغير من الرغبة في متابعة مغامرة ريادة الأعمال، فالتعلم من التجربة يمكن أن يشجع على منح الأفراد فرصة ثانية؛
- وعليه يمكن تقديم الاقتراحات التالية:
- ضرورة الاقتناع بأن الفشل ظاهرة مرتبطة بالنشاط المقاولاتي، وهي القناعة التي يرفضها الكثير من رواد الأعمال الشباب إذ يرغبون بالنجاح من الوهلة الأولى؛
- لابد من البحث عن تلك الفرصة الناجحة ضمن مساحة الفشل، من خلال تكرار التجربة ومحاولة الاستفادة من الأخطاء؛
- ترسيخ ثقافة التعلم من الفشل في إطار بيداغوجيا الفشل وهي القناعة الغائبة لدى الكثير من رواد الأعمال الشباب؛

- أهمية تجاوز الخوف من الفشل بالتركيز على تعزيز المهارات الشخصية وتنمية المهارات النفسية الخاصة من خلال الاستفادة من تجارب الآخرين وتعزيز ثقافة ريادة الأعمال؛
- دراسة اسباب الفشل وتقييمها لخلق ما يسمى بمقاوالاتية الفرصة الثانية، أي السماح بإعادة التجربة مع معالجة الفجوات السابقة؛
- لا بد من تعديل المنظمات المالية لتصوراتها للمخاطر وتقديم مرافقة لأصحاب المشاريع الذين فشلوا، من خلال تدعيمهم ماليا مرة أخرى وتقنيا واستشاريا؛
- تقديم صور إيجابية لشركات نجحت بعد فشل من شأنه أن يعزز لمقاوالاتية الفرصة الثانية ويعيد الثقة للكثير من رواد الأعمال الشباب.

8. المراجع

- 1 Roxane De Hoe et autres, « Sortie entrepreneuriale et déterminants explicatifs à l'intention de recréer », Louvain School of Management Research Institute Working Paper Series - 2016/19, P.8. Disponible sur le site : https://cdn.vclouvain.be/public/Exports/20reddot/...2016-19_Roxane_De_Hoe.pdf.(consulté le21/08/2019).
- 2 Ibid.
- ♦ Docteur de linguistique théorique, Auteur, enseignant-chercheur, professeur de créativité et de culture entrepreneuriale a Novancia Business School Paris, Elle a reçu en 2009 le grand prix de la réflexion impertinente sur l'innovation.
- 3 Anne Brunet-MBAPPE, L'échec Entrepreneurial, Par-Delà Le Tabou, d'après le grand livre de L'entrepreneuriat, (paris: éditions dunod , 2013), p.45.
- ♦ PDG et fondateur de Smart box leader mondial des coffrets cadeaux, qui a connu l'échec d'une vingtaine de projets entrepreneuriaux dans des secteurs très divers.
- 4MBAPPE, op.cit., p.45.
- 5 Khelil Nabil et Smida Ali, « une investigation des facteurs d'échec d'une entreprise récemment créée : utilisation de l'analyse structurelle pour étudier la carte cognitive du fondateur

- », 1ère conférence internationale : culture entrepreneuriale et création d'entreprise à l'université , 27-30 mars, Monastir, Tunisie, 2008, p.12
- 6 Khelil Nabil et autres, « contribution a la compréhension de l'échec des nouvelles entreprises : exploration qualitative des multiples dimensions de phénomène », revue de l'entrepreneuriat, vol 11, no1, 2012, pp.39-72.
- 7 Roxane De Hoe et Frank Janssen, L'échec entrepreneurial: une voie de succès futur?, Le grand livre, chapitre 9, 2014, p.181-183.disponible sur le site : <http://www.recherche-universitaire-pme.com/wp-content/uploads/2015/08/part1-chap9.pdf>. (consulté le 30/8/2019).
- 8 Les principales causes d'échec d'une création d'entreprise , disponible sur le site : https://www.editions-ellipses.fr/PDF/9782729837051_extrait.pdf. (consulté le 20/8/2019).
- 9 GEM Global Entrepreneurship Monitor Report, 2012, p.23.
- 10 Jean-Philippe, L'Écuyer, Pourquoi l'échec est-il nécessaire?, 2017 , disponible sur le site : www.futurpreneur.ca/fr/2017/why-failure-is-necessary-in-business/.(consulté le 25/8/2019).
- 11 De Hoe et autres, Op.cit., p.8.
- 12 Fabienne Bornard et autres, entreprendre et innover Appel à communication numéro spécial Echec....Rebond.....Resilience : Cercle Vertueux ou mythe du super héros ?p.1. disponible sur le site : Entrepreneuriat.com/wp-content/.../02/appel-à-cour-echec-et-resilience.pdf. (consulté le 20/8/2019).
- 13Ibid.
- 14 De Hoe et autres, Op.cit., p.19
- 15 Shepherd, Dean A. "Educating Entrepreneurship Students about Emotion and Learning from Failure." Academy of Management Learning & Education 3, no. 3 (2004): 274-287.disponible sur le

site: <http://www.jstor.org/stable/40214116>(consulté le 20/8/2019).

16 Jean-Jacques Verdickt et autres, « entreprenariat de la seconde chance », chaussée de louvain, think tank organisé par la fondation free pour entreprendre, pp.10-14. Disponible sur le site :

[Uwe.uwe.be /free/publications/developper-2019-entrepreneuriat-de-la-seconde .../file](http://Uwe.uwe.be/free/publications/developper-2019-entrepreneuriat-de-la-seconde.../file) .(consulté le 22/8/2019).

17 Raphaël Guillon, « les facteurs internes explicatifs de l'échec entrepreneurial » , éditions universitaires européennes EUE, 2014, PP .55-56

18Ibid.

Received:08/12/2020

Accepted:03/01/2021

Conditions of refugees & displaced families

أوضاع اللاجئين والأسر النازحة

Prof. Ali Khashan*¹

¹ Former Minister of Justice, Founder Dean of Law school –
Alquds University, dr.khashan@gmail.com

Abstract:

Our aim with the study was to first map the interplay of policies at the domestic and regional level affecting the refugees in Palestine and in some main host countries such as Turkey, Lebanon and Jordan and to address the key protection gaps between existing legal obligations and implementation on the ground.

Our second and key aim is to speak about the duties and responsibility that require third states outside the region to offer refugee and humanitarian status to the refugees in their territories.

Keywords: Refugees, displaced families.

الملخص:

نهدف من خلال هذا البحث لرسم خريطة لتفاعل السياسات على المستويين المحلي والإقليمي، والتي تؤثر بدورها على اللاجئين في فلسطين وفي بعض البلدان المضيفة الرئيسية مثل تركيا ولبنان والأردن ومعالجة فجوات الحماية الرئيسية بين الالتزامات القانونية القائمة الدولية والإقليمية والوطنية والتنفيذ على أرض الواقع. والهدف الثاني يتلخص بالحديث عن الواجبات ومسؤوليات الدول الاخرى والوضع الإنساني للاجئين فيها.

الكلمات المفتاحية: اللاجئين، الأسر النازحة.

***Corresponding author**

1. Introduction

The refugee crisis has brought tremendous challenges to the region¹; this paper attempted to map out one aspect of the crisis that has received very little attention: that is, the policies which affect the rights and status of the refugees² and the displaced families³.

Our aim with the study was to first map the interplay of policies at the domestic and regional level affecting the refugees in Palestine and some main host countries such as Turkey, Lebanon, and Jordan and to address the key protection gaps between existing legal obligations and implementation on the ground.

Our second and key aim is to speak about the duties and responsibilities that require third states outside the region to offer refugee and humanitarian status to the refugees in their territories.

2. Overview

The circumstances in which refugees leave their country of origin, frequently, involve the separation of families. Such separation invariably leads to hardship and sometimes to tragic consequences⁴.

The family⁵, a well known “is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State”.⁶

Family, indeed, represents the earliest social formation where participants achieve their personality as human beings⁷.

The Family has a universal character. There is no society, no legal system, no historical period in which family is missing.

In other words, from the most remote times to present, the family is the most common form of social organization. All legal system generally recognizes the role of the family as primary institution⁸.

3. Definition

Methodological reason requires us, first of all, to find a common definition of refugees.

Generally, we can say that a Refugee is a person who flees to a foreign country or power to escape persecution⁹ or danger (such

as violence, danger, occupation, etc.) that undermine their rights (first of all right to live and right to health) and freedom (expression, religion and so on).

Let's try to trace a legal definition of refugees¹⁰.

As well known, as above mentioned under footnote nr. 2, the Geneva Convention¹¹ defined the Refugee status linking it with the persecution of a social group forced to find protection in a foreigner country

The OAU Convention¹² implements Geneva definition of refugee and recognizes refugee status to every person who *“owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality, is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality”*

.4Refugees and Migrants

There is not a common legal definition of “migrant” or “immigrant”, but analysing Geneva Convention and OAU Convention are clear that the *discrimen* between refugees and migrant is the reason why people leave one's country.

It is not only a terminological matter, but the use of the different name of “migrant” or “refugee” also involves a significant difference regarding rights, protection, support, inclusion activities and so on. Differences that imply important consequences in terms of policies that States are called to adopt¹³.

At the same time, as regards State policies for migrants and refugees, is time and is really very important, to examine the adaptation to democracy among immigrants who leave authoritarian regimes to settle in other countries.

States choices must be addressed, for the success of migration and refugees policies, to realize -fulfilled basic needs- also needs that are linked with the so called human rights of the third generation¹⁴, as called¹⁵ by Vašák at the inaugural lecture at the International Institute of Human Rights in 1979.

As is well known, the third generation of human rights are addressed to the redistribution of resources and power in the

international global system. That is the reason why the third generation rights consist of rights directed to reach the autonomy of people in need as for the right to political, economic, and cultural self-determination¹⁶, right to economic and social development¹⁷, right to participate to the common heritage of mankind¹⁸ and right to humanitarian relief.

All these rights are characterized by the recognition that human beings embodies value, that they are not individual rights, but collective rights, that they require a participate cooperation of all States in order to realize their achievement, this means they are considered Solidarity rights¹⁹.

Can we consider an expression of a human right of third generation the right to democracy? Can we consider the access to this right as a right to receive education to democracy?

In this perspective, two questions are addressed.

First, do immigrants from authoritarian regimes successfully adapt to democracy, in terms of both supporting democracy and the willing to participating in the future electoral process?

This question became important because of the discussion between the Syrian about the necessity of the new constitution and the necessity of constitutional guaranties, safeguards, and transitional justice

The second question is: does the pre-migration socialization in authoritarian regimes influence immigrants' democratic transition?

.5Immigrant rights of family unity and Family reunification

The unity of the family - a natural society that realizes a structuring effect for the development of the personality of its members, and at the same time their economic and social resource is an essential right²⁰ of the refugee.

Unity of family, indeed, is fundamental to face up trauma linked with migration²¹.

“A right to family unity is inherent in the universal recognition of the family as the fundamental group unit of society, which is entitled to protection and assistance. This right is entrenched in universal and regional human rights instruments and

international humanitarian law, and it applies to all human beings, regardless of their status. It therefore also applies in the refugee context. A small minority of participants, while recognizing the importance of the family, did not refer to family unity as a right but as a principle²²,

Restoring the family unity is a fundamental action in the bringing back process to normality the lives of refugees and migrants²³.

The right to the family union is distinguished from the right to reunification. This last one is addressed to protect more specifically family that are already separated with the purpose is to reunite them. The right represents, therefore, a remedy of Human right violation; instead, we can consider the right to family as a prevention measure of migratory flow, by which, hosting countries has the duty to not separate migrants of the same family at their arrival²⁴.

Realize the unity of family and family reunification, therefore, is a duty of all the host States All the international conventions, indeed, protect the family unification and urge all the states to protect the rights of the refugees.

In the Practice and the reality there is no application of the theory, for example, many immigrant families separated by Trump and his administration according to the zero tolerance Policy.

Nearly 2,000 immigrant children were separated from parents during six weeks in April and May, according to the Department of Homeland Security²⁵.

.6The refugees in Palestine

“Palestine refugees²⁶ are defined as “persons whose normal place of residence was Palestine during the period before 15 May 1948, and who lost both home and means”²⁷ of livelihood as a result of the 1948 war, "the Nakba²⁸".

UNRWA²⁹ (acronym of United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East), the first international organization that operates in this territories supporting refugees needs (education, health-care, emergency

and other services), is established³⁰ to pursue emergency relief and to implement public works programmes for the economic reintegration of Palestine refugees. UNRWA began operations in 1950.

UNRWA was founded by the UN to provide services and to help and relief the Palestinian refugees forced to leave their country by the Israelis forces, and the Israelis terrorist groups. The agency, until now, supports registered migrants. Are eligible for registration refugees that live in the territory, above indicated, and their descendants and all those need assistance.

Registered Palestinian refugees fled or expelled in 1948 are settled in 62 camps³¹ in Gaza, West Bank, Syria, Lebanon, Jordan. In camps, UNRWA provides services to refugees, but has no power to administer camps or act with police functions, or as authority. The land of where these camps are established is a public land or, generally, a waqf, it means that refugees are entitled only to use the land for a residence. There is no need to underline how the Socioeconomic conditions are really bad. Refugees live in poverty, cramped, without infrastructure.

Other Palestinians live as Palestinian Internally Displaced Persons in Israel since 1948 or as Palestinian Internally Displaced Persons in the Palestinian territory occupied since 1967. And Others in Europe or other Arabic Countries such as Libya, Kuwait, Egypt, Tunisia, Saudi Arabia, Qatar, but also in the no-man's land as happen at al-Tanf refugee camp in a piece of land between Iraq and Syria³².

Also if the action of UNRWA is limited into recognized camps, UN provide health and school services in other areas, not recognized, where has been detected a huge number of Palestinian refugees³³.

In this difficult situation, Israel takes actions against the UNRWA in Jerusalem and prevent it from giving more services to the Palestinians, especially the education and healthcare.

Israel's Mayor of Jerusalem Nir Barkat has threatened to end the work of the UN Refugee Agency for Palestine Refugees (UNRWA) in the holy city, as indicated by an Israeli

newspaper³⁴

He said that "UNRWA is a foreign and unnecessary organization that has failed miserably. I intend to expel it from Jerusalem".

Days after Mayor of the Israeli Municipality of Jerusalem, Nir Barkat, raided the Palestinian refugee camp of Shuafat, located in the occupied holy city Jerusalem in order to end the UNRWA's presence in the occupied city, including the closure of UN-run schools, healthcare centers, water, and other waste departments³⁵.

The Trump administration has cut all funding to the United Nations Relief and Works Agency (UNRWA), questioning the organization's "*fundamental business model*" of servicing an "*endlessly and exponentially expanding community*" of declared Palestinian refugees.

The US President Donald Trump administration cut all funding to UNRWA and ordered that 25 million earmarked for the care of Palestinians in East Jerusalem hospitals be stopped³⁶.

By cutting aid, the U.S. is violating international law and the UN resolutions.

UNRWA is not a Palestinian agency but organization established by the United Nations, "and there is an international obligation to assist and support it until all the problems of the Palestinian refugees are solved.

The potential end of UNRWA, if other funding is not forthcoming, would spell disaster for places where large numbers of Palestinian refugees reside, leaving them at risk for recruitment by extremist groups³⁷.

In the aftermath of the war of June 1967 and the Israeli occupation³⁸ of the West Bank and Gaza, ten camps were established to accommodate a new wave of displaced persons, both refugees and non-refugees, thousands of Palestinians found refuge in Jordan³⁹ most of them from the West Bank and East Jerusalem, still until now and don't have the possibility to return to their homeland.

Some of the Palestinians return to the West Bank and Gaza after Oslo agreement between Israel and the P.L.O. but millions still

out of their country and waiting for the day to return after 70 years⁴⁰.

.7Refugees towards Europe:

The UNHCR states that -only by the end of 2016- 65.6 million people were forced to leave their homes due to conflict and persecution, violence, or human rights violations⁴¹.

Most of the refugee requested applications were lodged by unaccompanied or women and children⁴². It is evident that women and children live, like all refugees and displaced person, dramatic experience linked with war, poverty end dangerous travel, violence, and other traumatic events, but for children and woman the impact of migration could be more traumatic because they are exposed to acts of extreme violence, rape and sexual abuse⁴³.

UNHCR suggest a common approach involving both sides of the Mediterranean, EU Member States, and North African countries, in order to address the SAR challenges more effectively. The chain of refusals to allow NGO ships to dock by the Member States, as well as the criminal charges pressed against those NGOs on the basis of unsubstantiated accusations of collusion with smugglers, has created not only a toxic political environment but also put the lives of hundreds of people rescued at risk⁴⁴.

Recently, the Italian Interior Minister took it one step further and threatened to also close Italian ports to ships taking part in international sea operations⁴⁵, such as Frontex-led Operation Themis and the EUNAVFOR Med operation Sophia⁴⁶.

If we want to find a solution, we have to face and work not only to the current challenges but, rather, we have to analyze and find a solution through a general framework covering all steps in the process from disembarkation to the return of those without legitimate claim to reside in the territory of the host State.

Babar Baloch, the UNHCR spokesman, underlined that *"It's not about the number, it's about the people ..., noting that the conflict has now lasted longer than World War II. We're trying to look for understanding, solidarity, and humanity. Turkey continues to host the highest number of displaced Syrians, at*

*nearly three million, with an increase of 47,000 since February, Baloch said*⁴⁷.

.8The Syrian crisis

The UN estimates that approximately of the refugee population who forced to escape from the war in Syria, in the region lives in refugee camps in the host countries, most of them in many camps in Turkey (63.9%)⁴⁸, hundreds of thousands in Jordan (11,9%), hundreds of thousands in Lebanon.⁴⁹(%16.8)

The Arab Spring in Tunisia, Egypt and other Arab countries inspired protests in Syria⁵⁰, prompting a crackdown by the Syrian army.

Syrian people divided into a complex battle and civil war⁵¹ between the government, rebel groups, and regional and international forces; Syria actually is the land of intelligence services from all over the world.

Most of the states don't care about the Syrian people, and the hundreds of thousands of victims killed in Syria⁵², and by the name of fighting the terrorism, they justified their presence there.

*"Washington's intention to use ... terrorist group (outlawed in Russia) for the fight against Bashar Assad's government, Russian Foreign Minister Sergey Lavrov told reporters ... Moscow is concerned over differences in understanding the need to unite those who indeed fight on the ground and in the air against terrorists*⁵³."

At the same time, we have to consider that *"The Chinese government decided to send its troops in Syria to fight along with Al-Assad's forces. The move comes as China becomes more concerned about the presence of Islamic militants in the East Turkestan region ...The move has been seen by some analysts as part of an agenda to increase China's authority on the international scene*⁵⁴".

The Syrian government, as well known, justified the attack against its own people by fighting the terrorism and extremist groups. *"The armed conflict in Syria has been marked by war crimes, crimes against humanity, widespread human rights abuses and shocking disregard for the lives of civilians*⁵⁵".

This situation forced millions of Syrian to leave their country and to find refuge in other countries, and according to Amnesty International⁵⁶, Syrian refugees, as we saw, have sought shelter in five countries throughout the Middle East, including Turkey, Lebanon and Jordan.

In some Syrian refugees camps, as Rukban camp⁵⁷, a camp located in southern Syria on the border with Jordan where 50.000 displaced people live, one of the most problems for refugees is to find clean water, food and medicines.

*“The weather is only one of many concerns for the increasingly desperate families in Rukban camp. The United Nations warned that humanitarian conditions have reached a critical level and aid groups are scrambling to reach the area ...The camp sprang up in a demilitarized zone between the two countries as tens of thousands of people fled the devastation of war in Syria — many from areas where Russian- and American-backed forces were fighting the Islamic State. They found themselves blocked from entering Jordan.”*⁵⁸

Turkey experienced a rush of refugees from Syria; more than 90% of its registered refugees are in fact Syrian, with more than three million⁵⁹.

8.1 Turkey and the Syrian refugee:

Under the 1994 Regulation, non-Europeans could obtain temporary asylum in Turkey through a two-track refugee status determination procedure, the so called parallel track or dual asylum system⁶⁰. The applicant registered with local police required within ten days of arrival. Once registered, the applicant would register at a local UNHCR office⁶¹.

Turkey put a human policy to deal with the Syrian refugees, these policies give the Syrian people temporary protection status and give them the possibility to work and accept the Syrian students in the governmental schools, and they spent Billions of dollars to rescue the Syrian in Turkey⁶².

In the contest of the EU plan for an economic redistribution of refugees in the asylum zone, some funds entered in the EU budget for States that that would have housed Refugees. The EU agreed⁶³ to give turkey Billions to help turkey to host millions

of Syrian refugees in Turkey and to prevent them from traveling to Europe, but they afford turkey with around 3 Billion Euros only⁶⁴.

On November 29, 2015, at the EU – Turkey summit- the European Union and Turkey signed the Joint Action Plan (JAP) that had been agreed ad referenda on 15 October 2015, agreement under which the EU will give Turkey €3 billion (about US\$3.25 billion) to manage the refugee crisis in the country and to prevent their reaching EU countries. Under the agreemen, *“Turkey will be in charge of sea patrols and enforce border restrictions to manage the flow of refugees to Europe combat human trafficking and passport forgeries, and return refugees to their countries of origin if they do not meet refugee requirements”* thereby becoming a wall of defense’ *against the flood of refugees*.⁶⁵ The JAP aims to develop cooperation between the EU and Turkey in order to support Syrian refugees under temporary protection and, at the same time, to support the Turkish communities that host refugees. The plan intents on the other hand, and with the above mentioned misure of supporting refugees, prevent irregular migration flows to the EU⁶⁶.

The deal, backed by the British government, including a promise that Turkey would get billions in aid in exchange for stopping the flow of migrants and to allow Turkish citizens to start visiting EU member states without visa restrictions⁶⁷. Turkey has already been struggling to cope with more than 3 million refugees on its soil, spending more than 10 billion Euros on hosting them since the Syrian civil war erupted in 2011⁶⁸.

At march 2016 Brussels noted that Turkey was hosting 2 928 975 refugees from Syria (let us just think that there were 77 059 new registrations between 1 February and 2 March) to whom where granted temporary protection status. With status, refugees received shelter and access to public services, food, education, and health care.

The Turkish government implementing policies and strategies related to refugees⁶⁹ and coordinating work between related agencies and organizations and carry out the tasks and procedures related to Syrians entry into, stay in, exit and

deportation from Turkey, international protection, temporary protection and protection of victims of human trafficking. At the same time, registration of protection seekers will continue to be carried out locally by the governorates.

The Joint Action Plan and Turkey's policy imposes Turkey to face also with other practical matters with juridical and administrative upside: registration of asylum seekers. Registration requirements do fast and easy with Minimal requirements.

UNHCR has launched a Refugees Status Determination that realizes the core of UNHCR protection function.

RSD determine whether asylum seekers "*fall with the criteria for international refugees protection*". There is no doubt that in this case coexisting on one hand security reasons, on the other hand, the determination of refugee status has profound implications for the life of asylum seekers.

According to Procedural standards for refugee status determination,⁷⁰ UNHCR established a mobile registration unit to facilitate RSD 2. Camp and non-camp refugees

- a) Camp refugees receive shelter, food, clothing, and healthcare
- b) Non-camp refugees are legally present but do not receive government services

8.2 Other refugees

Refugees present within the country before the start of crisis generally subject to Turkey's delineated refugee policies Secondary movers from Iran, Afghanistan, and Palestine ex-Syria receive the same treatment as Syrians⁷¹.

The LFIP⁷² -accepted by the Turkish parliament on 2013- was basically drafted in accordance with EU migration and asylum law, but take into account the experiences of various countries and best practices- contains a provision which states, in line with Art. 1D of CSR51 that while persons receiving protection or assistance from an organ or agency of the UN other than UNHCR are excluded from international protection as a general matter, they may avail themselves of such protection in Turkey provided that the protection has ceased for any reason without the position of such persons being definitively settled in

accordance with the relevant resolutions⁷³. Under LFIP are provided three types of international protection “*Refugees status*,” “*Conditional Refugees status*” and “*Secondary protection status*” another type of protection was added “*temporary protection*.”

The jurisprudence of the ECJ in its recent decision in *El Karem, El Kott and Others*⁷⁴, and extend international protection to Palestinians for whom UNRWA protection has ceased for reasons beyond their control.

8.3 Turkey and EU

This leads directly to the relationship between policies in the region and policies in other regions of the world that affect the Syrian refugees. You will notice in reading the Agency and Regional Response Plans, including the recent Regional Response plan from the EU Commission⁷⁵ that they focus on money.

Billions of dollars have been spent already on the crisis—Turkey alone has spent more than \$10 billion of its own money, exceeding the entire donation of the EU so far to the crisis. But these plans all work on a paradigm of containment of the refugee crisis to the region. Our goal is to push back against that paradigm and refocus a refugee advocacy dialogue on a shared protection program that identifies status mechanisms to allow refugees to move out of the region and lift the crisis from the Middle East to become a shared responsibility towards refugees themselves.

Thus, the primary recommendation in our report is for a Comprehensive Plan of Action (CPA) for the Syrian refugee crisis⁷⁶.

Our focus has been to identify legal obligations in the European and American regions, and in key third states to grant refugees and other displaced a combination of short and long term status through immigration, humanitarian, temporary protection, subsidiary protection, and family reunification mechanisms.

The Turkish government was upset about the West that only accepting educated people, professionals, and the elite of Syrians and other nationalities while poor, starving Muslim

peasants were left behind.

In her speech in saint Joseph University in Beirut, Professor Suzan Akram mentioned that most of the NGO's across the region had expressed concern about the huge backlog of refugee applications from all the other pre-existing populations⁷⁷.

One of the problems linked with migration which States are facing now is the detention of asylum seekers⁷⁸, especially minors asylum seekers⁷⁹.

The recasted text of Reception Conditions Directive⁸⁰ amends Article 11 with respect to the detention of children that are applicants for international protection.

One of the key constitutional objectives of the European Union since the entry into force of the Amsterdam Treaty immigration and asylum law⁸¹

A Detention asylum-seekers or refugees based on the mere reason of having entered or stayed illegally in a State is illegal, in the Convention relating to the Status of Refugees, there are some specific safeguards against arbitrary detention⁸² or other restrictions on movement relevant to refugees and asylum-seeker⁸³. Article 31⁸⁴ of the convention states "*The Contracting States shall not impose penalties, on account of their illegal entry or presence, on refugees who, coming directly from a territory where their life or freedom was threatened in the sense of Article 1, enter or are present in their territory without authorization, provided they present themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry or presence. The Contracting States shall not apply to the movements of such refugees restrictions other than those which are necessary and such restrictions shall only be applied until their status in the country is regularized or they obtain admission into another country. The Contracting States shall allow such refugees a reasonable period and all the necessary facilities to obtain admission into another country.*

Detention of asylum seeking children⁸⁵ has become a matter of policy rather than a measure of last resort, with children not seen first as children, but as detainable foreign subjects. Unfortunately putting children in detention has become a

routine, a crime against children for response to the irregular entry or stay of asylum-seekers and migrants. Hence, this analysis questions the logic behind the capacity of states to detain children due to their migration status and identifies relevant protection gaps within EU spheres.

The presumption against the detention of minors – as well noted by European Council on refugees and Exiles (ECRE)⁸⁶ – *is more firmly enshrined in the Directive by stating that “minors shall, as a rule, not be detained” as opposed to the current formulation according to which “minors shall be detained only as a measure of last resort”. As a consequence, placement of children in suitable reception facilities adapted to their needs is imposed on States as the norm...However, whereas the EP’s position was to ban the detention of children as a matter of EU law, the provisional compromise still allows for such detention in exceptional circumstances and as a measure of last resort. On the one hand, the wording is better as this is only possible after it has been established that other less coercive alternative measures cannot be applied effectively and after detention is assessed to be in their best interest. The latter requirement does not claim that detention for immigration purposes is in the best interests of the child⁸⁷ ”. Governments should stop placing children and families in immigration detention; however, there is never a justification for such detention.*⁸⁸

To the contrary, it presents an important guarantee to reduce child detention further as it is virtually impossible to conceive of a situation in which the detention of children, even when detained with adult family members, would be in their best interest. In fact, recently, UN Treaty bodies UNCRC and UNCRW have taken the position that *“children should never be detained for reasons related to their parents’ migration status”* and that *“any kind of child immigration detention should be forbidden by law and such prohibition should be fully implemented in practice.”*⁸⁹

Children immigration detention appears not only incompatible with the above mentioned best interest of the child, but at the same time appear not to comply with the *ratio legis* of other

parties of the New York Convention.

There is no doubt, for example, that the *ratio legis* of provisions of article 22 that impose to the States Parties to take measures to ensure that a refugee child receives appropriate protection and humanitarian assistance. The Convention, indeed at article 9 statues that “*States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except ... such separation is necessary for the best interests of the child*”. There is no doubt that for no one child, that already is traumatized by a migration the best interest is to be separated from his parent and prevent him the right to his family.

On the same intent appear the European Court of Human Rights statues that detention of an accompanied refugees children is against the law, especially against article 3 e 5 CEDU. “In cases concerning the placement of accompanied foreign minors, it has found a violation of Article 3 in particular on account of a combination of three factors: the child’s young age, the length of the detention and unsuitability of the premises for the accommodation of children.”⁹⁰,

Besides, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (resolution 2010), underlined how the immigration detention of children is a growing phenomenon, and that they are prisoners because of a lack of right immigration documents, without having committed any crime. Called on States to acknowledge that it is never in the best interests of a child to be detained on the base of their or their parents’ immigration status⁹¹;

.9Conclusion

The world’s system for protecting refugees is broken, we don’t need to build more walls, we need to stop wars and to end conflicts, worldwide, and more than 21 million have been forced to leave their countries and to look for new and better opportunities abroad.

Governments have a duty to help them. But most rich countries are still treating refugees as somebody else’s problem; meanwhile, the rich countries are the cause of most of the conflicts, wars all over the world!!

Hiding behind closed borders and fears of being “flooded,” they have conveniently allowed poorer, mainly Middle Eastern, African and South Asian countries, to host an incredible 86% of all refugees in the world⁹².

And by ignoring most appeals for humanitarian aid, they have left UN agencies so broke they can't even feed many refugees properly anymore, the big and last example come from the Trump administration when they stop all help and fund to UNRWA and to cut all fund to Palestinian hospitals including the UNRWA hospital and clinics in Jerusalem.

Israel has consistently denied the Palestinian right of return.

The world fails completely to solve the refugee problem they are not able to provide a realistic and durable solution to the conflict. The frustration of Palestinians' aspirations for a "just" solution — according to their understanding of the term — would incite and inflame the Arab agenda in general and particularly the Palestinian agenda. Were Israel to leave this problem unresolved, it would encourage the Palestinians to continue to nurture their political goal of liberating Palestine and to establish a democratic state for all. Instead of giving the issue a high priority at the multilateral talks, Israel has seemed unconcerned. Instead of being the interested party urging pursuit of a solution instead of raising it at the Oslo and Cairo negotiations, Israel has done its best to avoid a discussion⁹³.

To solve the Palestinian problem, we need first of all end the occupation.

.10Recommendation and Solutions

We need to take action now and make change immediately, by creating solutions to this massive humanitarian crisis by:

Opening up safe ways for refugees and allowing families to reunite with their relatives⁹⁴, and giving refugees visas and more axes so they don't have to spend their life looking safe places and countries. It also means resettling all refugees who need it especially people with serious medical problems.

World leaders also need to put saving lives first. No one should have to die crossing a border, thousands of people fleeing

persecution in Syria Iraq Afghanistan and in Myanmar fleeing persecution suffered for weeks on board boats; States can stop this by investing in search and rescue operations and immediately helping refugees⁹⁵

All countries should investigate and prosecute trafficking gangs who exploit refugees and migrants and put people's safety above all else. Traffickers killed people on board boats when their families couldn't pay; others were thrown overboard and left to drown or die from because there was no food and water⁹⁶.

Governments also need to stop blaming refugees and migrants for economic and social problems, and instead must fight racial discrimination.

Meanwhile, we need radical solutions, visionary leadership and global co-operation on setting up strong refugee systems: allowing people to apply for asylum, treating their refugee claims fairly, resettling the most vulnerable of all, and providing basics like education and healthcare — comprehensive Plan of Action focusing, first, on a temporary protection plan in the region, modeled on Turkey's TP program, which is working incredibly well. We need to apply this plan for Lebanon, Jordan, and Egypt, grounded in the Casablanca Protocol and the Arab Charter⁹⁷.

The TP plan allows for basic rights to be afforded uniformly in each of the host states, with the assistance of the aid funding flowing into the region to make these feasible.

Second, a European Regional Protection plan, much like the one after the Balkan crisis, that puts in place a TP program that would allow Syrians to enter on 2-year status, hosted by refugee agencies and Arab communities in each state to guarantee short-term integration while the crisis plays itself out⁹⁸.

Finally a separate temporary protection plan for the Palestinians The UNRWA estimates that there are currently 65.6 million forcibly displaced people worldwide. But those people are more than just a number. Every one of those individuals is someone's mother, father, son or daughter. And each of them deserves to know where their family is⁹⁹.

Meetings and conferences play a crucial role in the protection of

refugees. Often, they can bring together governments, representatives of international organizations, NGOs and UN agencies, academics, the media, child protection experts, refugees and young people from all over the world, strengthening existing partnerships and developing new ones. We can share good practices; lessons learned, new solutions and innovative approaches which aim to address the dynamics and challenges of forced displacement. Together, we can help to shape the future of millions, and together we can make a difference and bring hope to refugees today everywhere

1Amplius A. İçduygu, *Syrian Refugees in Turkey: The Long Road Ahead*, Washington, DC: Migration Policy Institute. 2015; C. Lorraine, D. Kate, *Syrian and Palestinian Syrian Refugees in Lebanon: the Plight of Women and Children*, Journal of International Women's Studies, 2013, 14(5), 96-111; T. Semih, *The Economic Impact of Syrian Refugees on Host Countries: Quasi-experimental Evidence from Turkey*, American Economic Review, 2016, 106 (5): 456-60; L. Achilli, *Syrian refugees in Jordan : a reality check*, Migration Policy Centre; Policy Briefs; 2015/02; M. Gibney, *Global Refugee Crisis: A Reference Handbook*, ABC-CLIO, 2010.

2According to Article 1a of the Geneva Convention, a Refugee is defined as a person “owing to well founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it. In the case of a person who has more than one nationality, the term “the country of his nationality” shall mean each of the countries of which he is a national, and a person shall not be deemed to be lacking the protection of the country of his nationality if, without any valid reason based on well-founded

fear, he has not availed himself of the protection of one of the countries of which he is a national.”

3In regard to the role played by the Family, The General Assembly of the United Nations, by Resolution 429 (V) of 14 December 1950 recognized “...*that the unity of the family... is an essential right of the refugee*” and that “*the rights granted to a refugee are extended to members of his family.*”

4<http://www.unhcr.org/3bd0378f4.pdf> UN document.

5For an extensive sociological and economic analysis of the role played by family *Amplius* cf. Vv. Aa., *The Family in the New Millennium: The place of family in human society*, Greenwood Publishing Group, 2007

6Article 16, paragraph 3 of the Universal Declaration of Human Rights (December 10, 1948 - General Assembly of the United Nations). On the role of family in the Universal declaration of Human Rights *Amplius* cf. D. Browning, *The meaning of family in the Universal Declaration of Human Rights*, in Vv. Aa., *The Family in the New Millennium* cit, pag. 38 et seq.

7For a psychoanalytic perspective on the role played by the family in the development of the individuals see D. Meltzer, M. Harris, *The Educational Role of the Family: A Psychoanalytical Model*, Karnac Books, 2013.

8Drake University. Constitutional Law Resource Center. Symposium, *Changing perspectives of the family: proceedings of the fifth annual Symposium of the Constitutional Law Resource Center*, Drake University Law School, 1994; H. Th. J. F. van Maarseveen, Ger F. M. van der Tang, *Written Constitutions: A Computerized Comparative Study*, BRILL, 1978, page 284.

9<https://www.merriam-webster.com/dictionary/refugee>

10For a complete analysis of legal instruments on which is secured refugees' international protection see Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, 2003; E.

Haddad, *The Refugee in International Society: Between Sovereigns*, Cambridge University Press, 2008.

- 11The Convention Relating to the Status of Refugees was adopted the 28th July 1951 by the United Nation and entered into force the 22th April 1954. For an overview of the Convention cf. <http://www.unhcr.org/1951-refugee-convention.html>
- 12Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, 10 September 1969, entry into force the 20th June 1974. For an overview of the Convention cf. <https://www.unhcr.org/about-us/background/45dc1a682/oau-convention-governing-specific-aspects-refugee-problems-africa-adopted.html>
- 13For a comprehensive, although dated, exam of both migrants and refugees in the human rights context and international standards Goodwin-Gill, G. S.. *International Law and Human Rights: Trends concerning International Migrants and Refugees*. International Migration Review, 1989, 23(3), 526–546 .
- 14For a phylogeny and hominization of human rights and their development in “soft law” acts *Amplius* see the very interesting and accurate work of P. De Stefani, *Diritti umani di terza generazione* in Aggiornamenti sociali review, January, 2009. For a genesis and evolution of human rights, see *Amplius* A. V. Cornescu, *The generations of human’s rights*, Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition. Brno : Masaryk University, 2009.
- 15Swinarski C. (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, L’Aia, 1984.
- 16A. Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal* , Cambridge University Press, 1995 Pag. 52; N. Ghanea-Hercock, A. Xanthaki, P.Thornberry, *Minorities, Peoples And Self-determination: Essays In Honour Of Patrick Thornberry*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, Pag. 27.
- 17*Amplius* B. A. Andreassen, S. P. Marks, *Development as a Human Right: Legal, Political, and Economic Dimensions*,

Intersentia, 2010; I. Di Bunn, *The Right to Development and International Economic Law: Legal and Moral Dimensions*, Bloomsbury Publishing, 2012.

- 18 K. Baslar, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998 Pag. 277; S. R. Chowdhury, E. M. G. Denters, P. J. I. M. de Waart, *The Right to Development in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- 19 *Amplius* see R. P. Claude, B. H. Weston, *Human Rights in the World Community: Issues and Action*, University of Pennsylvania Press, 2006, Page 279.
- 20 The right to the unit of the family is derived from, inter alia, by Article 16 of the Universal Declaration of Human Rights 1948; Council of Europe in the *Convention for the Protection of Human rights and Fundamental Freedoms* of 1950, that dedicated to the right to the unit of the family articles 8. Article 16 of the European Social Charter 1961, by the United Nations in the *International Covenant on Civil and Political Rights* in 1966 referred to this right on articles 17 and 23. Article 74 of Additional Protocol 1 of 1977 to the Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Times of War 1949; The more relevant recognition of autonomous children rights let the United nation provides this right on article Articles 9, 10, and 22 of the Convention on the Rights of the Child 1989; Again, in 1990, the *International Convention on the protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families* recognize it on articles 4, 14, 17. Again the European Convention for the *Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* on article 8 recognizes this right.
- 21 A very interesting work on the analysis of traumas linked with migration is the one realized on Sudanese refugees *Amplius* R. Schweitzer, F. Melville, Z. Steel, P. Lacherez, *Trauma, post-migration living difficulties, and social support as predictors of psychological adjustment in resettled Sudanese refugees*, Australian and New Zealand Journal of Psychiatry, 40:2, 179-187, 2007.

- 22UNHCR, *Summary Conclusions: Family Unity*, in *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, 2003, pp. 604-608.
- 23Amplius F. Nicholson, *The "Essential Right to Family Unity of Refugees and Others in Need of International Protection in the Context of Family Reunification*, Legal And Protection Policy Research Series, United Nations High Commissioner for Refugees 2018.
- 24J. C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005, Pag. 546.
- 25https://www.washingtonpost.com/news/fact-checker/wp/2018/06/19/the-facts-about-trumps-policy-of-separating-families-at-the-border/?noredirect=on&utm_term=.568637fa9ed6
- 26S. M. Akram, *Palestinian Refugees and Their Legal Status: Rights, Politics, and Implications for a Just Solution*, *Journal of Palestine Studies*, Vol. 31 No. 3, Spring 2002; pp. 36-51.
- 27<https://www.unrwa.org/palestine-refugees>
- 28On the definition of Palestinian migrants, refugees, territories and for a specific historical reconstruction of the events that shattered Palestinian territories see A. Khalil, *Refugees, Migrants and Law in Palestine*, Migration and Refugee Movements in the Middle East and North Africa The Forced Migration & Refugee Studies Program The American University in Cairo, Egypt, October 23-25, 2007; L. Banko, *Refugees, displaced migrants, and territorialization in interwar Palestine*, *Mashriq and Mahjar* 5 no. 2.(2018)
- 29On UNRWA see M. Viorst, *Reaching for the Olive Branch: UNRWA and Peace in the Middle East*, Bloomington, Indiana University Press, 1989; B. N. Schiff, *Refugees into the Third Generation. UN Aid to the Palestinians*, Syracuse University Press, 1995, R. Bowker, *Palestinian Refugees. Mythology, Identity and the Search for Peace*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2003.
- 30 by UNGA Resolution 302(IV) of 8 December 1949.

- 31UNRWA defines a Palestine refugee camp as “a plot of land placed at the disposal of UNRWA by the host government to accommodate Palestine refugees and set up facilities to cater to their needs. Areas not designated as such and are not recognized as camps.”
- 32For a well detailed data collection and for more information about the Palestinian migrant crisis see Survey of Palestinian Refugees and Internally Displaced Persons, Vol VIII 2013-2015, Badil resource center.
- 33This was, for instance, the Yarmouk camp near Damascus, now completely destroyed by the confrontation between ISIS and the Syrian Army.
- 34<https://www.middleeastmonitor.com/20180904-mayor-of-jerusalem-to-stop-unrw-as-operations/>
- 35<https://www.middleeastmonitor.com/20181024-jerusalem-mayor-raids-shuafat-refugee-camp/>
- 36<https://www.jpost.com/Arab-Israeli-Conflict/US-announces-immediate-end-to-UNRWA-funding-566245>
- 37https://www.washingtonpost.com/world/middle_east/us-aid-cuts-wont-end-the-right-of-return-palestinians-say/2018/08/31/. Saeb Erekat, secretary general of the Palestine Liberation Organization
- 38Amplius, W. R. Louis, Avi Shlaim, *The 1967 Arab-Israeli War: Origins and Consequences*, Cambridge University Press, 2012; Eugene L. Rogan, Avi Shlaim, *The War for Palestine: Rewriting the History of 1948*, Cambridge University Press, 2007; Naseer Hasan Aruri ,*Occupation, Israel over Palestine*, Association of Arab-American University Graduates, 1983, University of Michigan; Ilan Pappé, *The Ethnic Cleansing of Palestine*, Oneworld Publications, 2007.
- 39 J. Al Hussein, R. Bocco, *the status of the palestinian refugees in the near east: the right of return and UNRWA in perspective*, n : Refugee Survey Quarterly (Oxford), vol. 28, n°2-3, 2009, pp. 260-285;
- 40For an anthropological perspective on the return back home of Palestinian refugees see Nina Gren, *Imagined Return: The*

Making of Home, Place and Belonging Among Palestinian Camp Refugees on the West Bank, Department of Social Anthropology Göteborg University May 2002.

41 for a more detailed report on forced displacement of refugees see UNHCR, Global Trends, forced displacement, Report 2016 .

42 L. Clark Callister, *Refugee Women and Children*, Lippincott Williams & Wilkins, Incorporated, 2016; Susan Forbes Martin, *Refugee Women*, Program in Migration and Refugee Studies, Lexington Books, 2004; United Nations High Commissioner for Refugees. Library, *Refugee Women: Special Issue*, Oxford University Press, 2002; B. E. Carlson, J. Cacciatore, B. Klimek, *A Risk and Resilience Perspective on Unaccompanied Refugee Minors*, Social Work Advance Access published August 30, 2012

43 P. Hedges, *Rape and Murder among Refugees: A Crisis Point for Europe's Immigration Policy*, RSIS Commentary, RSIS Commentary, 35 – 15 february 2016; I. Keygnaert N. Vettenburg, M. Temmerman, *Hidden violence is silent rape: sexual and gender-based violence in refugees, asylum seekers and undocumented migrants in Belgium and*

The Netherlands, International Centre for Reproductive Health - Faculty of Medicine & Health Sciences, Ghent

University, Ghent, Belgium; Department of Social Welfare Studies, Ghent University, Ghent, Belgium Culture, Health & Sexuality, Vol. 14, No. 5, May 2012, 505–520;

44 Asylum at the european council 2018: outsourcing or reform? august 2018 ecre's analysis of the proposals launched at the june 2018 european council and its updated assessment the ceas legislative reforms, with recommendations on the compromise texts

45 Even though the demarche was quickly denounced by Italy's Foreign Minister, who reaffirmed Italy's commitment to compliance with European law but also referred to the imminent revision of the strategic mandate of EUNAVFOR Med. See

Ansa, Italy won't duck int'nal commitments – FM, Ansa General News, 9 July 2018. 21

46E. Carli, *Operation eunavfor med Sophia in the framework of the european agenda on migration: practical aspects and questions of international law, Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2018, n. 2.

47<https://www.aljazeera.com/indepth/interactive/2015/07/syria-refugee-crisis-150709120935092.html>

48For a complete and constantly updated data overview on Syrian refugees see <https://data2.unhcr.org/en/situations/syria>

49For a complete overview on law, policies and protection of Syrian refugees see–the one you refers is a part of a speech in mostly part identical of the original that I think we have to make the refers) Vv.Aa., *Protecting Syrian Refugees: Laws, Policies, and Global Responsibility Sharing*, Boston University 2015.

50i. A. Kargin, *the unending arab spring in syria: the primary dynamics of the syrian civil war as experienced by syrian refugees*, *turkish studies*, v. 13/3, winter 2018, p. 27-48

51David S. Sorenson, *Syria in Ruins: The Dynamics of the Syrian Civil War: The Dynamics of the Syrian Civil War*, ABC-CLIO, 2016; C. Martin, *The War in Syria*, Raintree, 2018.

52N. Canefe, *Death of refugee: The silence of numbers*, in Vv. Aa., *Migration, Refugees, and Human security in Mediterranean and MENA*, Springer, 2018, pag. 21.

53<https://www.almasdarnews.com/article/us-using-terrorists-fight-syrian-government-lavrov/>

54<https://www.tbglobalist.com/2017/11/30/syria-china-troops-assad/>

55Amplius Amnesty International, *Report: left out in the cold: syrian refugees abandoned by the international community*, dec 2014 ,pag. 4.

56See More detailed tables of hosting countries at Amnesty International, *Report: left out in the cold cit* ,pag.11.

57S. Pasha, *Violence, insecurity and the (un)making of Rubkan Camp*, speech at the Responses to Displacement in The Middle East, 30 November 2017 ,

<http://blogs.lse.ac.uk/mec/2018/02/19/violence-insecurity-and-the-unmaking-of-rukban-camp/>

58 Misery every day, every Hour in Syrian Camp. And now, it's Grown Critical. New York times, <https://www.nytimes.com/2018/10/20/world/middleeast/syria-displaced-camp-rukban.html>

59 <https://www.worldatlas.com/articles/countries-hosting-the-largest-number-of-refugees-in-the-world.html>

60 Ampius E. Sari, C. D. İnçer, *Toward a new Asylum Regime in Turkey?*, Movements-Journal, Vol3, Issue 2/2017.

61 <http://www.sciences-po.usj.edu.lb/pdf/Talk%20of%20Suzan%20Akram2.pdf>

62 I. Sirkeci, B. Pusch, *Turkish Migration Policy*, Lulu.com, 2016; C. Kızıl, *Turkey's Policy on Employment of Syrian Refugees and its Impact on the Turkish Labour Market*, in Vv.Aa., *Turkish migration 2016, selected papers*, Transnational Press, London, 2016, pag. 164; S. Hoffmann, S. Samuk, *Turkish Immigration Politics and the Syrian Refugee Crisis*, Working Paper Research Division Global Issues, 2016/No. 01, March 2016 SWP Berlin.

63 A. Bakardjieva Engelbrekt, A. Michalski, N. Nilsson, L. Oxelheim, *The European Union: Facing the Challenge of Multiple Security Threats*, Edward Elgar Publishing, 2018, pag. 200.

64 K. Rygiel, F. Baban, S. Ilcan, *The Syrian refugee crisis: The EU-Turkey 'deal' and temporary protection*, Global Social Policy 2016, Vol. 16(3), pagg 315–320.

65 https://www.loc.gov/law/help/refugee-law/turkey.php#_ftn7

66 Report from the Commission to the European Parliament and the Council EU-Turkey Joint Action Plan - Third implementation report, Brussels, 4.3.2016 COM(2016) 144 final.

67 L. DUDDEN, K. USTUN, *Turkey refugee agreement: too big to fail*, Analysis, May 2017, n. 34.

68 <https://www.express.co.uk/news/world/643390/Turkey-EU-more-cash-unleash-millions-migrants-Europe>

- 69For a completed and interesting overview on Turkish Foreign policy Crises see F. Aksu, H. Sari Ertem, *Analyzing foreign Policy crises in Turkey: Conceptual, Theoretical and Practical Discussions*, Cambridge Scholar Publishing, 2017, Pag. 175
- 70A procedural guidelines for every stage of the process of the mandate RDS, from the reception of asylum seekers by UNHCR through to the final determination claim see <https://www.unhcr.org/publications/legal/4316f0c02/procedural-standards-refugee-status-determination-under-unhcrs-mandate.html> ;A. Ahmed, *Status determination of refugees*, Home Law Our Rights, June 21, 2016.
- 71Amplius F. Sönmezoğlu, *Migration, Asylum, and Refugees in Turkey: studies in the control of Population at the Southeastern Borders of the EU*.
- 72Law no. 6458 on Foreigners and International Protection, in Official Gazette, 2013. The law regarding the administrative structure and the appointment of personnel came into force on the date of publication of the law.
- 73I. Zeynep, T. Ipek, G Bayindir, *International migration and challenges in the beginning of the Twenty- first century*, Lexington Books, 2018, pag. 81.
- 74 CJEU – C- 364/11 Mostafa Abed El Karem El Kott, Chadi amin A Radi, Hazem Kamel Ismail v. Bevandorlasi es Allampolgarsagi Hivatal (BAH)
- 75Communication from the Commission to the european Parliament and the council Second Annual Report on the Facility for Refugees in Turkey, Brussels, 14.3.2018 COM(2018) 91 final
- 76A very interesting model could be, for example, the UNHCR Comprehensive Plans of Action: Insights from CIREFCA and the Indochinese CPA.
- 77Suzan Akram, speech in saint Joseph University Lebanon 2015 available at <http://www.sciences-po.usj.edu.lb/pdf/Talk%20of%20Suzan%20Akram.pdf>
- 78The topic is very actually, more than one State use detention against refugees. The debate, as known is between States, from

one hand, that are, at the international level, considered to have not an obligation to grant asylum and, on the other hand, international Conventions that recognize a right to seek asylum and is based on the principle that The right to liberty and security of person is a fundamental human right. Is a duty to underline, indeed, that article 22 of the American Convention on Human right provides that “*Every person has the right to seek and be granted asylum in a foreign country*”, with the same intent article 13 of EU Qualification directive “*Members States shall grant refugee status to a third country national or a stateless person*”, the same in article 31 of the Convention of 1951.

79Amplius see UNHRC, *Beyond Detention A Global Strategy to support governments to end the detention of asylum-seekers and refugees*, 2014.

80Directive 2013/33/Eu of the european Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection. Concerning minimum standards of migrants is to mention also The previous Directive of the Council of European Union (27 January 2003), nr. 2003/9/EC, laying down Minimum Standards for the Reception of Asylum Seekers in Member States, available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:031:0018:0025:EN:PDF>. On the directive UNHCR see Comments on the European Commission’s amended recast proposal for a Directive of the European Parliament and the Council laying down standards for the reception of asylum-seekers (COM (2011) 320 final, 1 June 2011)

81Koenraad Lenaerts, Piet Van Nuffel, Constitutional law of the European Union, Sweet & Maxwell, Limited, 1999, pag. 81.

82M. Walter-Franke, *Asylum Detention In Europe: State Of Play And Ways Forward*, policy paper 195 18 may 2017.

83Amplius A. Edwards, *Back to Basics:The Right to Liberty and Security of Person and “Alternatives to Detention” of Refugees,Asylum-Seekers, Stateless Personsand Other Migrants*, legal and protection policy research series, DIVISION OF

INTERNATIONAL PROTECTION PPLA/2011/01.Rev.1 April 2011 UNHCR

84Amplius on article 31 see Guy S. Goodwin-Gill, *Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees: Non-penalization, Detention and Protection*, Department of International Protection for the UNHCR Global Consultations October 2001.

85S. Mossou, *Child Immigration Detention in Europe*, Human right programme report, 2017.

86Asylum at the european council 2018: outsourcing or reform? ecre's analysis of the proposals launched at the june 2018 european council and its updated assessment the ceas legislative reforms, with recommendations on the compromise texts. august 2018, pag. 17

87The best interest of the child, as known, is a standard used in family and minors law based on article 3 of the Convention on the Rights of the child. The principle of the best interest of the child statutes that “*In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration*”, On the best interest of child see M. Freeman, *Article 3: The Best Interests of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007; J. Goldstein, A. Freund, A. J. Solnit, *Beyond the best interest of the child*, Simon and Schuster, 1984.

88Nordic Journal of Human Rights Volume 36, 2018 - Issue 1

89G. Vermeulen, E. Desmet, *Essential Text on European and International Asylum and Migration Law and Policy*, Maklu, 2017. Pag. 222

90European Court of Human right CASE OF A.B. AND OTHERS v. FRANCE (12/11593)

91<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=21295&lang=en>

92<https://www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2015/10/eight-solutions-world-refugee-crisis/>

93<http://www.pij.org/details.php?id=600>

94Report *How reuniting families can provide solutions to the refugee crisis*, Red Cross

95<https://www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2015/10/eight-solutions-world-refugee-crisis/>

96<https://www.theguardian.com/world/2018/jan/29/people-traffickers-fire-at-refugees-forcing-them-into-sea-off-yemen-coast>

97https://www.academia.edu/22610774/The_Securitization_of_Refugees_and_Asylum_Seekers_The_Case_of_Egypt_and_Lebanon

98S. Akram, *Protecting Syrian Refugees* cit.

99<https://borgenproject.org/reuniting-displaced-refugees/>

Received:11/11/2020

Accepted:09/01/2021

ELECTRONIC CRIME

الجريمة الالكترونية

Mezaour nassima*¹; Abdel Hamid DJEDID²

Ouled himouda djamaa³

¹University of Ghardaia,(Algeria),
mezaour.nassima@gmail.com

²University of Ghardaia,(Algeria), djedidhdjedidh@yahoo.fr

³University of Ghardaia,(Algeria),
ouledhaimouda.djemaa@univ-ghardaia.dz

Abstract:

The technological development, especially in the electronic field, was a helping and facilitating issue of daily life, just as the emergence of the Internet facilitated things in an individual's life and shortened distances, as it helps him daily in accomplishing his research and scientific tasks, as it has facilitated his communication with all individuals around the world, in addition to the ability to book for travel and residence by pressing a button and following the news, shopping and other matters, but there is a negative aspect in its use, which is the criminal side, as some groups and individuals have used it to harm others, whether this harm is psychological, physical or material. It is used to steal money and personal information and the kidnapping of children and girls and all these heinous crimes are done remotely and this is what we will get to know.

Keywords: ELECTRONIC; CRIME

***Corresponding author**

الملخص:

إن التطور التكنولوجي خاصة في المجال الإلكتروني كان أمرا مساعدا و مسهلا للحياة اليومية كما أن ظهور شبكة الأنترنت سهلت الأمور في حياة الفرد و قصرت المسافات إذ أنها تساعده يوميا في إنجاز مهامه البحثية و العلمية كما أنها سهلت عليه التواصل مع كل الأفراد في جميع أنحاء العالم إضافة إلى القدرة على الحجز للسفر و الإقامة عن طريق ضغط زر ومتابعة الأخبار والتسوق وغيرها من الأمور غير أن هناك جانب سلبي في استعمالها و هو الجانب الاجرامي إذ أن بعض الفئات و الأفراد استعملوها لإلحاق الضرر بغيرهم سواء كان هذا الضرر نفسي أم جسمي أم مادي فهي تستعمل لسرقة الأموال و المعلومات الشخصية و استدراج الأطفال و الفتيات و كل هذه الجرائم الشنيعة تتم عن بعد و هذا ما سنتعرف عليه.

الكلمات المفتاحية: الجريمة، الإلكترونيّة.

Definition of online crime:

The modernity that characterizes the electronic crime and the difference in legal and cultural systems between countries has led to the lack of agreement on a single term to denote it and this disagreement has led to not having developed a unified definition of this criminal phenomenon, for fear of limiting it to a narrow field (Al-Arian, 2004, page 43). To define cyber crime, the trends are divided into four:

On the basis of the method of committing the crime:

These definitions depend on the method of committing a crime, as long as the method of committing the crime is the computer or one of the related modern technology means, it is considered an internet crime (Chernaouti-Heli, 2010, p. 24). This includes the definition of the Office of Technology Assessment in the United States of America as crimes in which computer data and information programs play a major role(Al-Kaabi,page: 33).

It was also defined as: a criminal activity in which electronic technology (the digital computer and the Internet) is used,

directly or indirectly, as a means to carry out the targeted criminal act (Kahlouch, 2007, page 51).

Cybercrime is defined as those crimes resulting from the use of information and modern technology represented by the computer and the Internet in criminal acts and activities with the aim of achieving huge financial returns re-pumped into the international economy via the Internet using electronic money or debit cards that hold secret numbers by buying online or Stock trading and the practice of commercial activities via this network, and the experts of the European Organization for Economic Cooperation have expressed the crime of the Internet as being all unlawful, immoral or impermissible behavior linked to the automatic processing or transmission of data (Abdullah, 2007, Page 15).

Based on the availability of knowledge of information technology:

Supporters of this trend are based on a personal standard that requires the perpetrator of these crimes to be familiar with information technology (Ababneh, 2005, page 16):

The Ministry of Justice in the United States of America defined it as: Any crime for which the perpetrator has technical knowledge of computer technology enabling him to commit it (Al-Kaabi, page 34).

Professor David Thomson defined it as: Any crime that requires its perpetrator to have knowledge of computer technology (Rustem, 2000, page 407).

From the perspective of the owners of this trend, they required in defining the crime committed via the Internet, the availability of personal characteristics of the perpetrator, and they limited these features mainly to know-how and technical knowledge (Bozram, 2006, page 7).

Based on the subject of the crime:

The authors of this definition consider that the crime committed via the Internet is not the one that the information system is the

instrument of its commission, but rather it falls on it or on its scope (Al-Salami, 2010, page 63).

It was also known as: the crime committed via the Internet is the crime resulting from the introduction of false data in the systems and abuse of the outputs, in addition to other acts that constitute more complicated crimes from a technical point of view such as computer modification (Arab, 2002, page 8).

A trend that combines several definitions:

A crime in which a computer is used as a means or tool to commit it or is a temptation to do so, or a crime that the computer itself is a victim (Hayyan Al-Rashid, 2004, pp. 108-109).

It is any act or omission that would assault material or moral funds directly or indirectly as a result of the interference of information technology (Rustom, 2000, page 409).

It is all unlawful, immoral, or unauthorized behavior related to the automatic processing or transmission of data (Arabs, images of electronic crime and its classification trends, April 2006, page 7).

These definitions have been subjected to several criticisms because of their inaccuracy in defining the definition of the crime committed via the Internet, as it is sufficient according to these definitions that the behavior being social or immoral or against society so that it can be considered as a cyber crime and that these definitions depend on the description of the crime and not determining what it is nor it accommodates many of the criminal image that can be committed and the description of the crime is not considered one of the adequate disciplinary criteria for its adoption as a basis for determining what is the criminal act (Ababneh, 2005, page 19).

Note:

Information crimes have many names, including electronic crimes and crimes committed via the Internet.

Electronic crime characteristics:

It has six characteristics:

Concealment of crime and speed of development in its commission:

Crimes arising from the use of the Internet are characterized by being mostly hidden and hidden because the victim does not notice them, even though they may occur while he is on the network because the perpetrator has technical capabilities that enable him to murder accurately, for example when sending destructive viruses, stealing money or private data or destroying it, spying and stealing Calls and other crimes (Al-Kaabi, page 32).

Internet crimes mostly in all their forms are hidden not noticed by the victim or not even aware of their occurrence, and it is careful to block their behavior and hide it by invisible manipulation of electronic pulses or vibrations through which data is recorded is not in many cases due to the availability of knowledge and experience in the field of computers, most often among their perpetrators (Al-Mawasher, 2009, page 20).

Considering them less violent in implementation:

Cybercrime does not require violence to implement it or great effort, it is carried out with minimal effort compared to traditional crimes that require some kind of muscular effort that may be in the form of violence and abuse, as in the case of murder or kidnapping, or in the form of dislocation or breakage, and the copying of keys as it is the case in the crime of theft (Al-Badinah, 2006, page 20). All you need is the ability to deal with a computer at a technical level that is used to commit unlawful acts and you also need the presence of the International Information Network (Internet) with a criminal who employs his experience or ability to deal with the network to do various crimes such as espionage, breaching the privacy of others, or defrauding minors. In this sense, the crime committed via the Internet is considered among clean crimes. There are no traces in it of any violence or blood, but only numbers and data that are

changed from the records stored in the memory of computers and has no external physical impact (Abdullah Mohsen, 2007, page 52).

Transnational crime:

After the emergence of information networks, there are no longer visible or tangible boundaries that stand in the way of transferring information across different countries. The ability of computers and their networks to transfer large amounts of information and exchange them between systems separated by thousands of miles has led to a result that indicates that multiple places in different countries may be affected by one information crime at the same time (Mascala, 2000, p. 119).

The ease in the movement of information through modern technology systems made it possible to commit by means of a computer located in a particular country while the criminal act is being achieved in another country (Abdul Qadir al-Momani, 2008, page 51) and this is due to the fact that the information society does not recognize geographical borders, it is an open society through Networks that penetrate time and space without being subject to the border guards (Abdel-Qader Al-Momani, 2008, page 50).

Victims' failure to report:

Mostly, internet crimes are not reported either because the victim did not discover them, or because of fear of defamation, so we find that most of the internet crimes were discovered by chance, and even after a long time after they were committed, moreover, the crimes that were not discovered are much more than those revealed. It is revealed that the dark number between the truth about the number of these crimes committed and the number that was discovered is dangerous, in other words the gap between the number of these real crimes and what was discovered is a big one (Al-Adly, 2006, page 7).

This phenomenon is more apparent in financial institutions such as banks, savings institutions, lending and brokerage firms, where their boards of directors are usually afraid that negative publicity that may result from revealing these crimes or taking

judicial measures regarding them will erode trust in them on the part of those dealing with them and departing from them (Rustem, 2000, page 432)

The speed of erasing the evidence and the availability of technical means that impede access to it:

The data and information circulating via the internet are in the form of symbols stored on magnetic storage media that are only read by the computer and the identification of evidence that can be understood by reading and reaching through it to the perpetrator seems difficult, especially since the perpetrator intends not to leave a trace of his crime (El Azzouzi, 2010, p. 20) In addition to this, it requires a careful examination of the crime scene by specialists in this field to determine the possibility of evidence against the perpetrator and the subsequent examination of the vast amount of documents, information and data stored (Al-Kaabi, Page 38). As a criminal in cybercrime hinders investigative authorities, accessing evidence by the means such as scanning programs or putting passwords and symbols and may resort to encrypting instructions to prevent any evidence condemning him (scientists, 2004, page 877). It is easy to erase the evidence from the computer screen in record time by using the programs designated for that, as this is usually done in a blink of an eye and once light touch on the computer keyboard, given that the crime takes place in the form of orders issued to the device, and as soon as the perpetrator feels that his order will be revealed, he initiates the cancellation of these orders, which makes detecting the crime and identifying the perpetrator an extremely difficult matter (Arhumah, 2009, page 3).

Lack of experience with the security and judicial agencies and insufficient laws in force:

Cybercrime is characterized by many features that made it different from other crimes, which led to a comprehensive change in the investigation mechanism and methods of gathering evidence followed by the bodies that conduct the investigation process and adding burdens related to how to

detect this crime and its evidence, as well as the judiciary by amending many of its traditional concepts, whether in relation to evidence, its applications, or its power of proof (Mahmoud Hussein, 2008, page 58), as traditional laws are no longer able to keep pace with this tremendous speed in technology that led to the development of crime through it and the emergence of crimes that did not exist in the past, the existing traditional laws became not capable of confronting it (Al-Kaabi, page 40), which required the intervention of the legislator to enact modern laws to confront these crimes in order to preserve the principle of criminal legitimacy while strengthening cooperation between legal authorities and experts specialized in computer science, in addition to international cooperation to combat it (scientists, 2004, page 878).

Sectors targeted by online crime:

Financial and economic institutions:

Reliance on information networks has become almost absolute in the world of finance and business, which makes these networks due to their interconnected nature and openness to the world a tempting target for criminals, which increases the temptation of economic and financial goals is that they are significantly affected by prevailing impressions and expectations and doubting the validity of information or storing it in a simple manner can lead to devastating results and undermine confidence in the economic system. This situation includes causing a large disruption in the network systems that control the flow of the activities of banks and international financial markets and spreading chaos in international trade deals. In addition, a partial or total suspension of trade and business systems can be made so that economic activities are disrupted and stop working (the elephant, 2011, pages 92-93)

Natural persons:

Natural persons have become more victims of cybercrime, due to the continuous and large increase in the number of subscribers through the World Wide Web. The crimes committed via the internet are no longer limited to the financial

and military sectors, and therefore many people are subject to crimes of fraud, theft and destruction, and it is natural for the internet to be the fertile ground for committing these crimes, as millions of secrets related to people, whether they are ordinary individuals or in certain centers, are within reach of everyone who can penetrate the internet that contains all these secrets (Sheta, 2001, page 94) . The crime of violating private life is among the most common crimes across the Internet that natural persons are exposed to, and one of the most dangerous forms of these crimes are those that involve information stored in the computer after exploiting it for various purposes other than the goal for which it was collected, where the crime is the perpetrator's treatment of the electronic personal data intended to be used in a matter other than for which it was collected, such as that the statistical information is used to serve the tax authority for example, as well as the transfer or registration of private conversations is one of the crimes that affect private life, after the emergence of the Internet, it is possible to penetrate this Media, for eavesdropping and recording (Ababneh, 2005, page 72).

Military institutions:

The limits of the information revolution were not confined to the civil sector, but they were most important in the development of modern warfare systems and led to the emergence of the so-called information warfare, as this type of crime targets military and political goals, although it usually occurs rarely but it is present on the ground and the best example on that, the success of the Englishman (Nicholas Anderson) in penetrating the American naval website and stealing the special passwords used in the nuclear attack, as well as the success of the German (Hess Lander) in penetrating the Pentagon network database and was able to obtain 29 documents related to nuclear weapons (Syed Sultan, 2012, page 35).

Countries have taken the initiative to spy on other countries to obtain from them information that makes them able to confront them at any time by storming important military sites and viewing their data, and sometimes publishing this data on the

international information network, as happened in the penetration of the NASA network, The American Aerospace and Aviation Administration, hacked into the media site of the American "Sanya Waddage Debej" laboratory that works in the framework of nuclear weapons, as well as penetration of the main computer of the US Department of Defense and the publication of ballistic missile research (Hayyan Al-Rashid, 2004, page 149).

Categories of cyber criminals:

Pirate class:

Amateur hacker:

They mean adults who are fascinated by information technology and computers, and some of them are called small geniuses. Most of this group are students or young people who have knowledge in the field of information technology. The main motivator for this group is to enjoy playing and joking by using this technology to prove their skills and abilities by discovering and show weaknesses in information systems without causing any harm to them, they have the desire to adventure, challenge and discovery (Hegazy, 2006, page 46).

This group includes people who are targeting to enter into unauthorized computer systems to break security barriers established for this purpose in order to gain experience or out of curiosity or simply to prove the ability to penetrate these systems (Desouki Attia, 2009, page 180).

Opinions differed regarding the classification of this sect, as some believe that it does not seem appropriate to classify these young people into criminal sects because they simply have a tendency to adventure and a desire to discover, and their prohibited actions are rarely dishonest and they do not realize and do not appreciate at all the possible results that can lead to their unlawful actions in relation to the activity of a commercial establishment or company (Abdul Qadir Al-Momani, 2008, pp. 81-82).

Another team went on to consider these people as inferior to the criminals, because their behavior is simple and out of adventure

and challenge, they rarely do dishonest destructive acts and we are not afraid of them, they only aim to obtain information other than the professionals who aim to seize the data and unlike virus authors who aim to sabotage the information on computers.

As for the other team, it was pointed out that the actions of this sect are among the prohibited acts that are punishable by law in order to be able to combat this sect whose members may slip into the sects of cyber-crime professionals, in addition to the possibility of them joining the arms of dishonest organizations or individuals (Ababneh, 2005, page. 42).

Professional Pirates:

This group is known as adult criminals or professional saboteurs and their age ranges between 25-45 years. One of the most prominent features and characteristics of members of this community is that they have a place in society and that they are always specialists in the field of electronic technology, that is, they have skills and technical knowledge in the field of electronic and information systems that enable them to fully dominate the automated processing environment of information (Al-Hamid and Nino, 2007, page 73).

This category reflects their aggression, dangerous criminal tendencies that indicate their desire to cause sabotage, and these are distinguished by their wide technical capabilities and their experiences in the field of computer systems and networks, and they are more dangerous than the first category, they may cause great damage and usually the criminal offender via the Internet returns to the crime once again, his criminal record increases and he lives for many years from the proceeds of his crimes, and this criminal does not prefer extremist ideas but rather ideas that bring him personal profits (Al-Muwaisher, 2009, page 32).

The hatred sect:

This sect is often called the avengers because the character of revenge and revenge is what distinguishes it from the rest of the sects and is the motivator for their behavior because it is launched against the employers and establishments in which

they were working in retaliation against the employer for his miscalculation of them (Al-Minshaw, 2003, page 38).

The researchers believe that the goals and purposes of crime are not available to this sect. They do not aim to prove their technical capabilities and technical skills and do not want to achieve material or political gains and do not boast or speak out about their activities but rather they hide and deny their actions and there is no age group for them. And most of their activities are carried out by using virus and harmful programs techniques to sabotage information systems or destroy all or some of its data or targeted websites from the internet (Abdul Hafiz, page 34).

This group is classified in terms of ranking in criminal risk among the least dangerous sects among IT criminals, but that does not prevent some of their activities from causing huge losses to the institution they work with (Al-Malat, 2006, page 62).

The sect of intellectual extremists:

The difference between the East and the West, or between the North and the South, or between the Socialists and the Capitalists, or even between the different religions or sects of the same religion, contributed to highlighting this sect in the sense that each sect stokes ideas and opinions on the topics of the dispute with other sects regardless of the nature of these differences, whether religious, political or economical (Abdel Qader Momani, 2008, pages 85-86).

Class of spies:

Among the most important goals of this group in the use of information systems is to obtain information of enemies and friends alike in order to avoid evil or outweigh them, and military information is no longer the main goal, but rather includes economic, technical and industrial information (Merhej Al-Hiti, 2004, page 137).

The sect of system hackers:

Members of this community exchange information with each other in order to inform some of them of weaknesses in information systems. The process of exchanging information between them is carried out through electronic media releases such as newsgroups. Rather, members of this group conduct conferences for all infiltrators of information systems so that experts from among them are invited to consult about means of the breach and the mechanisms of its success and how to organize the work among them. The hackers follow several methods in distorting the pages of the sites. These methods differ from one site to another according to the type of operating system on which the site depends. For a different identity, exploiting security vulnerabilities in web servers, operating systems, and other methods (Omar bin Muhammad, 2010, pages 49-50).

Features of cyber criminals:

A cyber criminal has the skill of knowledge, mastery and intelligence:

Knowledge means getting to know all the circumstances surrounding the crime to be executed, the possibility of its success and the possibility of its failure. The perpetrators usually prepare to commit their crimes by identifying all the surrounding circumstances, to avoid unexpected things that would control their actions and reveal them, and the knowledge is distinguished by its previous concept, cyber criminals. Where a cybercriminal can fully visualize his crime (Desouki Attia, 2009, pp. 176-177).

Cyber criminals have a significant amount of skills in computer and internet technologies, but some of the perpetrators of these crimes are specialists in the field of processing information automatically. The implementation of the Internet crime requires a degree of skill with the actor who may acquire it through specialized study in this field or through experience acquired in Information Technology (Mascale, 2000, p. 118).

Intelligence is also considered one of the most important characteristics of the perpetrator of crimes through the Internet because that requires from him technical knowledge of how to enter computer systems and the ability to amend and change programs and commit crimes of theft and fraud and other crimes that require that the perpetrator should have a large degree of intelligence to be able to commit these crimes (Abdul Hafeez, page 13).

Internet criminal justifies the crime:

There is a feeling among the perpetrator of the internet crime act that what he is doing does not fall within the category of crimes, or in other words, this act cannot be characterized by immoral behavior, especially in cases where the behavior stands at the defeat of the computer system and bypassing the protection imposed on it, as the perpetrators of these crimes distinguish between harming people, which they consider extremely immoral and between harming an institution or entity in its economic capacity that can tolerate the results of their manipulation (Abdel-Qader Al-Momani, 2008, page 78)

Fear of revealing the crime:

The nature of the information systems themselves helps cyber criminals to maintain the confidentiality of their actions, because many of what exposes the criminal to discovering his command is that during the implementation of his crime, unexpected and unpredictable factors occur while the most important reasons that help the success of electronic crime are that computers rather performs their work often in an automatic way so that the various stages that any of their operations do not change from time to time , which help in not detecting the crime as long as all implementation steps are known in advance, as unexpected factors are not likely to interfere to reveal the crime (Al-Muwayshir 2009, p. 29).

The tendency to imitate:

The tendency to imitate reaches its maximum when the individual is located in a group, as it is then easier and more pleasant in the context of the influence of others on him, and this

appears in the field of crime committed via the Internet because most of the crimes take place from the individual's attempt to imitate others with the technical skills that he has which leads him to commit crimes. And there is no doubt that this is a result of the lack of leveling in the individual's personality, which is affected by the tendency to imitate due to the lack of controls that the individual inherits in himself, which impedes his instinct to interact with the surrounding environment, and ends up imitating and committing the crime (Abdul Hafiz, page 15).

Cybercrime objectives:

We can summarize some of the goals of cybercrime by a few points, the most important of which are: (Suleiman Al Harbi, 2013).

- ✓ Being able to access information illegally, such as stealing information, viewing it, deleting it, or amending it to achieve the criminal's goal.
- ✓ Web access to information providing servers and damaging them.
- ✓ Obtaining and blackmailing the confidential information of technology users such as corporations, banks, government agencies and individuals.
- ✓ Illegal material, moral or political gain through information technology such as hacking and demolishing websites, credit card fraud, bank account theft, etc...

Motives for committing electronic crimes: (Al Hyari, 2016)

Material motives: The objective that the perpetrator seeks is material benefit in order to satisfy the desire to achieve wealth

. Personal motives: They are as follows:

Learning: Hacking or hacking a site is a practical application of what a beginner has learned in hacking.

Revenge: It is considered the most harmful and one of the most dangerous causes that lead to the commission of electronic crime.

Mental causes: Its purpose is to demonstrate personal and technical capabilities in the ability to piracy.

Entertainment: and this type is without any motives or goals, and is only for the purpose of entertainment.

Political motives: The victim of political motives is usually the sites that adopt a policy against the government, or even simply by the difference of the political doctrine is a motive for penetration by the perpetrator.

Fighting and preventing electronic crime: (by presenting the research and discussing it in the classroom).

Download or buy an antivirus and make a permanent scan for your computer.

Avoid placing pictures and personal information on social media.

Reporting each suspect.

Adding new deterrent laws in the penal code to punish all perpetrators of information crimes and to protect victims.

Use the internet only when needed.

Permanent monitoring of children when using the Internet and explaining the danger to them.

Conclusion:

Through what we discussed, we see that electronic crimes are prevalent in all parts of the world and that it is the easiest way to carry out all the crimes mentioned before without the criminal being subject to arrest and investigation and thus must be prevented and that through guidance and guidance inside and outside the family as we should inform all members of society of their seriousness and the importance of reporting them, in addition to all this, the responsible authorities must strive more through developing technologies, enacting laws and applying them to everyone who commits this crime.

List of references:

List of Arabic references:

Ahmed Bouzram. (2006). Information crimes. Batna.

Ahmed Khalifa Al-Malat. (2006). Cybercrime (2nd edition). Alexandria: University House of Thought.

Al-Otaibi Omar bin Mohammed. (2010). Information security on websites and their compatibility with local and international standards. Thesis submitted to obtain a PhD in security science.

Riyadh: Naif Arab University for Security Sciences, College of Graduate Studies, Department of Administrative Sciences.

Ayman Abdul Hafiz. Technical and security trends to confront information crime. 2005.

Turki bin Abdul Rahman Al-Muwaisher. (2009). Building a security model to combat information crime and measuring its effectiveness. (College of Graduate Studies, Naif Arab University of security sciences, Editor) Riyadh.

Thiab Musa Al-Badayneh. (2006). the role of the security services in combating information terrorism crimes.

Sinai Abdullah Mohsen. (2007). Legislative confrontation for computer-related crime in light of international and national legislation. White House.

Tariq Ibrahim Al-Desouky Attia. (2009). Information security (the legal system for the protection of information). Alexandria: New University Publishing House.

Abdul Rahman Jamil Mahmud Hussein. (2008). Legal protection for computer programs. Palestine: An-Najah National University.

Abdel Fattah Hijazi. (2006). Principles of criminal procedures in computer and internet crimes (first edition release). Alexandria: University House of Thought.

Abdul Karim Abdullah Abdullah. (2007). Cybercrime and the Internet (Cybercrime) (first edition release). Beirut: Al-Halabi Human Rights Publications.

Ali Adnan Al-Fil. (2011). Electronic crime. Zain's Real Publications.

Ali Kahloush. (July 2007). Computer crimes and methods to confront them. (Directorate General of National Security, Editor) Police Magazine (84).

Ghazi Abdul Rahman Hayan Al-Rasheed. (2004). Legal protection from information crimes (computer and internet). Lebanon.

Muhammad bin Abdullah bin Ali Al-Minshawi. (2003). Cyber crime in Saudi society. Riyadh: Naif Arab Academy for Security Sciences.

Muhammad Hammad Merhej Al-Haiti. (2004). Modern technology and criminal law. Amman: House of Culture for Publishing and Distribution.

Muhammad Dabbas Al-Hamid, and Marco Ibrahim Nino. (2007). Protection of information systems (first edition release). Amman: Dar Al-Hamid for Publishing and Distribution.

Muhammad Syed Sultan. (2012). Legal issues in information security and electronic environment protection. Nashiri Electronic Publishing House.

Mohammed Saleh Al-Adly. (2006). Cybercrime (what it is and its images) the regional workshop on developing legislation in the field of cyber crime Muscat.

Muhammad Abdul Rahim Sultan scientists. (2004). Cybercrime and Accountability (3rd Edition). The United Arab Emirates.

Mohammed Obaid Al-Kaabi. Crimes arising from the unlawful use of the Internet. Cairo: Arab Renaissance House.

Muhammad Ali Al-Arian. (2004). Information crimes. Alexandria: New University House.

Mohamed Mohamed Sheta. (2001). The idea of criminal protection for computer programs. Alexandria: New University for Publishing.

Mahmoud Ahmed Ababneh. (2005). Computer crimes and their international dimensions. Jordan: House of Culture for Publishing and Distribution.

Mansour bin Saleh Al-Salami. (2010). Civilian responsible for violating privacy in the Saudi information crime system. Riyadh, Department of Criminal Justice: Naif Arab University for Security Sciences.

Musa Masoud Arohama. (2009). Procedural issues rose by transnational information crime. Tripoli.

Nahla Abdul Qadir Al-Momani. (2008). Cybercrime (First Edition). Amman: House of Culture for Publishing and Distribution.

Nahla Abdel-Qader Momani. (2008). Cybercrime (1st edition). Amman: House of Culture for Publishing and Distribution.

Hisham Muhammad Farid Rustom. (1-3 May, 2000). Information crimes: The origins of technical criminal

investigation and the proposal to establish a unified Arab mechanism for specialized training. Law, Computer and Internet Conference Research.

Younis Arab. (2002). Computer and Internet crimes (a summary of the concept, scope, characteristics, pictures, and rules of procedure for prosecution and proof). A working paper submitted to the Arab Security Conference. Abu Dhabi.

Younis Arab. (April 2006). Pictures of electronic crimes and their trends. Telecommunications Regulatory Authority, workshop on developing legislation in the field of combating cybercrime, Sultanate of Oman.

Foreign references:

Chernaouti-Heli, S. (2010). How to fight cybercrime? Science review (391).

El Azzouzi, A. (2010). Cybercrime in Morocco. Casablanca: bishop's solution.

Mascala, C. (2000). Crime and electronic contract. Paris.

Websites:

Iman Alhiyari. (January 14, 2016). Societal issues. Retrieved December 20, 2016, from a topic: http://mawdoo3.com/%D8%A3%D9%86%D9%88%D8%A7%D8%B9_%D8%A7%D9%84%D8%AC%D8%B1%D8%A7%D8%A6%D9%85_%D8%A7%D9%84%D8%A5%D9%84%D9%83%D8%AA%D8%B1%D9%88%D9%86%D9%8A%D8%A9#.D8.AF.D9.88.D8.A7.D9.81.D8.B9_.D8.A7.D8.B1.D8.AA.D9.83.D8.A7.D8.A8_.D8.A7.D9.84.D8.AC.D8.B1.D8

Sadeen Suleiman Al-Harbi. (October 28, 2013). Redemption Date December 20, 2016, from Law Firm: <http://www.mohamah.net/answer/7211/%D8%A8%D8%AD%D8%AB-%D9%84%D9%84%D9%83%D8%A7%D8%AA%D8%A8%D8%A9-%D8%B3%D8%AF%D9%8A%D9%86-%D8%B3%D9%84%D9%8A%D9%85%D8%A7%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%AD%D8%B1%D8%A8%D9%8A-%D8%B9%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%AC%D8%B1%D8%A7%D8%A6%D9%85-%D8>