

مجلة الدراسات الفقهية والقضائية

نصف سنوية علمية محكمة

يصدرها مخبر الدراسات الفقهية والقضائية جامعة الوادي - الجزائر

العدد الثاني - السنة الثانية : شعبان 1437 هـ / جوان 2016 م

2

في هذا العدد :

افتتاحية العدد: ثوابت الأمة - الإطار الدستوري والقانوني

بقلم: رئيس التحرير: الدكتور عبد القادر حويبه

التصرفات غير المشروعة في الميراث: المجتمع السوفي المعاصر نموذجا -

بقلم: د. عبد القادر مهاوات (جامعة الوادي - الجزائر)

تحقيق المناط في التورق المصرفي المنظم في ضوء مقاصد الشريعة

بقلم: بوكة بدادي (جامعة الوادي - الجزائر)

مدى تأثير النزعة الموضوعية للفقه الإسلامي على القانون المدني الجزائري " الالتزام التعاقدى نموذجا "

بقلم: حمزة بن خدة (جامعة بشائر - الجزائر)

أحكام الخطبة وأثر العدول عنها ما بين المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي

بقلم: د. فأروق خلف (جامعة الوادي - الجزائر)

موقف القانون الجنائي الدولي من جريمة الرشوة ومكافحتها دولياً

بقلم: د. نبيل مد الله العبيدي ومفيد نأف تركي (جامعة الأتياير - العراق)

دور سلطات الضبط الاقتصادي في منح ترخيص لعمليات التجميعات الاقتصادية "

- دراسة تحليلية بين القانون الجزائري و الفرنسي -

بقلم: سعدية فني (جامعة الوادي - الجزائر)

حق المعرفة وتداول المعلومات في التشريع الجزائري بين الحماية والتقييد

بقلم: جابر صالح (جامعة الوادي - الجزائر)

2

Journal of Doctrinal and Judicial Studies

Refereed academic biannual issued by
the Laboratory of doctrinal and Judicial Studies

N°. 2, Vol. 2 – Sha'ban 1437 – June 2016

2

Editorial : Editor in chief

Principles of the nation: Islam and Arabic language - the constitutional and legal framework

Dr. Abdelkader HOUBA

Unlawful conduct in the inheritance: contemporary Soufi society as a model

Dr. Abdelkader MIHAOUAT

Tahkik El-manatof banking securitization structured in light of the purposes of Sharia

Bouka BEDADI

The impact of the objective tendency of the Islamic Fiqh on the Algerian civil law

Hamza BEN KHADDA

The Provisions of the engagement and the effects reversible
between legal concept and jurisprudence

Dr. Farouk KHELEF

The position of international criminal Law of the crime of bribery and control international

Dr. Nabeel MADALLH ALOBAIDI, Dr. MUFED NAEF TURKE

The role of economic control authorities in the granting of license for processes
of economic groupings

Saadia GUENNI

The Right of knowledge and the circulation of information in the Algerian legislation
between protection and restriction

Salah DJEBER

منشورات جامعة الوادي
مخبر الدراسات الفقهية و القضائية

مجلة الدراسات الفقهية و القضائية

نصف سنوية علمية محكمة يصدرها مخبر الدراسات الفقهية والقضائية
جامعة الوادي - الجزائر

العدد الثاني - السنة الثانية: شعبان 1437 هـ / جوان 2016 م
ISSN 2477-9806 رقم الإيداع القانوني: 2015-6181

الرئيس الشرفي:
أ.د. عمر فرحاتي

مدير المجلة
أ.د. أبو بكر لشهب

رئيس التحرير
د. عبد القادر حوبه

نائب رئيس التحرير
د. حياة عبيد

هيئة التحرير
أ.د. ابراهيم رحهاني
أ.د. محمد رشيد بوغزالة
أ.د. عبد الكريم بوغزالة
د. خالد تواتي
د. أمينة سلطاني
د. عبد القادر مهاوات

من أعضاء الهيئة العلمية الاستشارية

(i) من الجامعات الوطنية:

- أ.د. أبو بكر لشهب (جامعة الوادي)
أ.د. إبراهيم رحمانى (جامعة الوادي)
أ.د. الأخضر الأخضرى (جامعة وهران)
أ.د. سليمان ولد خسال (جامعة المدية)
أ.د. صالح بوبشيش (جامعة باتنة)
أ.د. صالح حمليل (جامعة أدرار)
أ.د. عبد الرزاق زويينة (جامعة الجزائر 1)
أ.د. عبد القادر بن حرز الله (جامعة باتنة)
أ.د. عبد القادر بن عزوز (جامعة الجزائر 1)
أ.د. عز الدين كيحل (جامعة بسكرة)
أ.د. عمار بوضياف (جامعة تبسة)
أ.د. فريدة مزياىي (جامعة باتنة)
أ.د. مبروك غضبان (جامعة باتنة)
أ.د. محمد الناصر بوغزالة (جامعة الجزائر 1)
أ.د. محمد سيني (جامعة البليدة)
أ.د. مقلاتي صحراوي (جامعة باتنة)
- تتعاون المجلة مع أكثر من مائة محكم متخصص من داخل وخارج الوطن ممن لهم درجة الأستاذية في التعليم العالي.

توجه جميع المراسلات إلى :

رئيس تحرير مجلة الدراسات الفقهية والقضائية - جامعة الوادي
ص . ب : 789 الوادي 39000 الجزائر هاتف - فاكس : 032223004
Ju-ju-st@univ-eloued.dz

قائمة المحتويات

مجلة الدراسات الفقهية والقضائية : العدد الثاني - السنة الثانية

شعبان 1437 هـ / جوان 2016 م

الموضوع	رقم الصفحة
□ افتتاحية العدد: ثوابت الأمة - الإسلام واللغة العربية: الإطار الدستوري والقانوني	05
بقلم رئيس التحرير: الدكتور عبد القادر حوبه	
□ التصرفات غير المشروعة في الميراث: المجتمع السوفي المعاصر أمودجا -	11
بقلم: د. عبد القادر مهاوات (جامعة الوادي- الجزائر)	
□ تحقيق المناط في التورق المصرفي المنظم في ضوء مقاصد الشريعة	37
بقلم: بوكة بدادي (جامعة الوادي - الجزائر)	
□ مدى تأثير النزعة الموضوعية للفقه الإسلامي على القانون المدني الجزائري " الالتزام التعاقدى نموذجاً "	61
بقلم: حمزة بن خدة (جامعة بشار- الجزائر)	
□ أحكام الخطبة وأثار العدول عنها ما بين المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي	91
بقلم: د. فاروق خلف (جامعة الوادي - الجزائر)	
□ موقف القانون الجنائي الدولي من جريمة الرشوة ومكافحتها دولياً	113
بقلم: د. نبيل مد الله العبيدي ومفيد نايف تركي (جامعة الأنبار - العراق)	
□ دور سلطات الضبط الاقتصادي في منح ترخيص لعمليات التجميعات الاقتصادية " - دراسة تحليلية بين القانون الجزائري والفرنسي-	157
بقلم: سعدية قني (جامعة الوادي - الجزائر)	
□ حق المعرفة وتداول المعلومات في التشريع الجزائري بين الحماية والتقييد	179
بقلم: جابر صالح (جامعة الوادي - الجزائر)	

قواعد النشر فلاح المجلة

- . أن لا يكون البحث منشورا أو مقدا للنشر في مجلة أخرى.
- . أن لا يكون البحث مستلا من رساللة جامعية أو من كتاب سبق نشره.
- . أن يكون البحث في نطاق اختصاص المجلة (علوم الفقه والقضاء والشريعة والقانون) وأن يتسم بالجدة والإضافة.
- . أن يتراوح عدد صفحات البحث من خمس عشرة صفحة إلى ثلاثين صفحة من الحجم A4.
- . أن يلتزم الباحث بمعايير البحث العلمي وقواعده مع مراعاة التوثيق الدقيق لمواد البحث.
- . أن يرقن بحثه بخط "تراديسيونال أرابيك" صفحات A4 ، وأن يستعمل حجم الخط 16 بالنسبة للمتن، و12 بالنسبة للحاشية وفق صيغة وورد، وأن تكون الحواشي والإحالات آخر البحث وفق ترقيم تسلسلي مع ذكر البيانات الكاملة للمصادر والمراجع المعتمدة.
- . يرفق البحث بملخص باللغة العربية والإنجليزية في حدود مائة كلمة.
- . يرسل البحث عبر بريد المجلة الإلكتروني، أو يرسل في قرص ممغنط CD مع نسختين ورقبتين عبر العنوان البريدي للمجلة.
- . يرفق الباحث خطاباً موقعاً منه يطلب فيه نشر بحثه، متضمنا تصريحاً بكون بحثه ليس جزءاً من رساللة جامعية أو كتاب منشور أو أرسل للنشر في دورية أخرى.
- . يرفق البحث بالسيرة الذاتية للكاتب متضمنة درجته العلمية ووظيفته وعنوانه الكامل (المهني - الشخصي) البريدي والإلكتروني ورقم الهاتف.
- . تعرض البحوث على لجنة فحص أولي للنظر في مدى استيفائها لشروط النشر، ثم توجه إلى التحكيم المتخصص بشكل سري.
- . ترسل المجلة وعدا بالنشر بمجرد وصول التقارير إيجابية. كما ترسل اعتذارا عن النشر إذا كانت التقارير غير إيجابية دون الالتزام بإعادة إرسال الأبحاث إلى أصحابها أو بيان مبررات الامتناع عن النشر.
- . يعطى الباحث في حالة نشر بحثه ثلاث نسخ من العدد الذي نشر فيه بحثه.
- . تمتلك المجلة حقوق نشر البحوث المقبولة فيها للنشر، ولا يجوز نشرها لدى جهة أخرى إلا بعد الحصول على ترخيص رسمي من المجلة.
- . لا يحق للباحث طلب عدم نشر بحثه بعد تحكيمه وقبوله للنشر.
- . ما ينشر في المجلة يعبر عن رأي كاتبه، ولا يمثل بالضرورة رأي المجلة.
- . يخضع ترتيب الموضوعات بالمجلة لاعتبارات فنية لا ترتبط برتبة الباحث ولا بمكانته العلمية.

افتتاحية العدد الثاني



بقلم: رئيس التحرير
الدكتور عبد القادر حوبه

ثوابت الأمة: الإسلام واللغة العربية الإطار الدستوري والقانوني

ليس ضروريا أن يتم النص على ثوابت الأمة في المنظومة القانونية للشعوب، ذلك أن هذه الثوابت فوق النص في حد ذاته، وغير قابلة للنقاش حولها بالنص أو عدم النص أو التعديل أو التغيير. غير أن النظم القانونية الحالية أصبحت تحدد الإطار الثابت للأمة من خلال الدساتير من جهة، والنصوص القانونية العملية من جهة أخرى، تماشيا مع متطلبات الوضع الحالي في إطار دولة القانون، وتماشيا مع العهود والاتفاقيات الدولية التي تنضم إليها الدول وتلتزم بها على الصعيد الداخلي والدولي. وإذا رجعنا إلى الثوابت التي يركز عليها المجتمع الجزائري، فنجدها تتمثل بصفة أساسية في الإسلام واللغة العربية، وهي تمثل المبادئ العامة للمجتمع.

أولا: حماية الدين الإسلامي كثوابت من الثوابت الوطنية

إذا كانت أحد أهم ركائز المرجعية الوطنية للدولة الجزائرية تتمثل في ثورة نوفمبر 1954، فإن بيان أول نوفمبر قد نص على إقامة الدولة الجزائرية الديمقراطية الاجتماعية ذات السيادة ضمن إطار المبادئ الإسلامية.

وإذا أردنا أن نبين مكانة الإسلام في المنظومة القانونية للدولة الجزائرية، فإن ذلك يدفعنا إلى التطرق إلى ذلك عبر مستويين: الأول الإطار الدستوري، والثاني الإطار القانوني.

1. الإطار الدستوري:

تنص المادة الثانية من الدستور أن الإسلام دين الدولة. لقد تعددت مواقف الدساتير العربية من النظر إلى الشريعة الإسلامية، فهناك اتجاهان رئيسيان:

اتجاه يكتفي بالنص على أن الإسلام دين الدولة ومن بينها الدستور الجزائري، وهناك اتجاه آخر نص على أن الإسلام دين الدولة وأضاف عبارة تفيد مكانة الشريعة الإسلامية ضمن المنظومة القانونية للدولة، وضمن هذا الاتجاه الأخير هناك من يعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع، وهناك من يعتبر المصدر الرئيسي للتشريع.

وفي ظل غياب تفسير واضح للنص الدستوري: "الإسلام دين الدولة"، فإن تفسير هذه العبارة أدى إلى انقسام الفقه الدستوري بشأنها إلى موقفين: رأي ذهب إلى القول بأن عبارة الإسلام دين الدولة لا ترتب أي التزام قانوني على المشرع، حيث تعتبر من قبيل التحية لدين الأغلبية. بينما ذهب اتجاه آخر إلى الاعتماد على مبدأ القياس على ما هو قائم في دول العالم التي تبنت فكراً أو فلسفة محددة كالعلمانية والليبرالية والشيوعية. وتتحكم هذه الأفكار في تصرفات الدولة والنظام العام فيها بشكل كامل.

ولو اعتمدنا على مبدأ القياس لوصلنا إلى نتيجة مفادها أن اعتماد مبدأ الإسلام دين الدولة يفترض أن تكون تصرفات الدولة وجميع مؤسساتها في مختلف نواحي الحياة مصبوغة بصبغة إسلامية. وما يدعم هذا الرأي أن حول تفسير عبارة الإسلام دين الدولة أن الدين الإسلامي وبيجامع المسلمين لم تقتصر أحكامه على شؤون الدين فقط، وإنما جاء بتنظيم شامل لشؤون الحياة في الجانب

العقائدي والتشريعي. وبالتالي فالإسلام يتوافر على شقين: العقيدة والشريعة. ومن ثم فإن النص الدستوري (المادة الثانية) تندرج ضمن القواعد الدستورية الموضوعية الواجب مراعاتها من طرف السلطات الدستورية العامة.

2. الإطار القانوني:

نقصد بالإطار القانوني منظومة التشريع العادي، ويمكن أن نتطرق هنا إلى قانون العقوبات، وقانون ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين في الجزائر.

أ- قانون العقوبات:

ويعتبر الاعتداء على الدين الإسلامي جريمة ضد النظام العمومي، حيث نصت المادة 144 مكرر 2: يعاقب بالحبس من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات، وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى العقوبتين فقط كل من أساء إلى الرسول صلى الله عليه وسلم أو بقية الأنبياء أو استهزأ بالمعلوم من الدين بالضرورة أو بأية شعيرة من شعائر الإسلام سواء عن طريق الكتابة أو الرسم أو التصريح أو أية وسيلة أخرى.

تباشر النيابة العامة إجراءات المتابعة الجزائية تلقائياً.

إن المقصود من المعلوم من الدين بالضرورة ما يشترك العامة والخاصة في معرفته ولا يحتاج العلم به إلى نظر واستدلال. والمشرع الجزائري لم يعرف المقصود من ذلك، ولكن يمكن القول أن المشرع استعمل هذا المصطلح نظراً لوجوده في الفقه الإسلامي.

والأمور المعلوم من الدين بالضرورة إما أن تكون عقائدية، وهي تلك التي أخبرنا الله بها وأوجب علينا تصديقها، وإما أن تكون عملية وهي تلك المتعلقة بأفعال المكلفين.

والمشروع الجزائري جرم الإساءة إلى المعلوم من الدين بالضرورة والاستهزاء به كما جاء في المادة 144 مكرر 2 من قانون العقوبات.

ب- قانون ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين في الجزائر:

من أجل حماية حرية المعتقد وتنظيمه أصدرت الجزائر الأمر 03/06 عام 2006 المؤرخ في 28 فيفري 2006 المتعلق بشروط ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين، حيث أكد هذا الأمر ما جاء في الدستور الجزائري على حماية حرية المعتقد وكفالة حمايته، وجاء في المادة الثانية أن الدولة الجزائرية التي تدين بالإسلام تضمن حرية ممارسة الشعائر الدينية في إطار احترام أحكام الدستور وأحكام هذا الأمر والقوانين والتنظيمات السارية المفعول واحترام النظام العام والآداب العامة وحقوق الآخرين وحررياتهم الأساسية. كما تضمنت الدولة الجزائرية التسامح والاحترام بين مختلف الديانات.

وأقر هذا الأمر شروط ممارسة الشعائر الدينية، حيث يعترف بالجمعيات الدينية لغير المسلمين وتضمن الدولة حمايتها، وتعمل هذه الجمعيات في حدود القانون، حيث يشترط الأمر 03/06 تخصيص بناية لممارسة الشعائر الدينية تخضع لترخيص مسبق من اللجنة الوطنية للشعائر الدينية، والتكفل بالشؤون المتعلقة بها كما تتولى مهمة إبداء رأي مسبق لاعتماد جمعيات ذات طابع ديني.

ومن ثم، فإن ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين تخضع لشروط تتمثل فيما يلي:

1- ضرورة أن تنظم الممارسة الجماعية للشعائر الدينية من قبل جمعيات ذات طابع ديني معتمدة من طرف الدولة.

2- ضرورة أن تمارس هذه الشعائر الدينية في أماكن مخصصة لذلك.

3- تتم التظاهرات الدينية في بنايات وتكون عامة وتخضع للتصريح المسبق.

وأقر الأمر 03/06 مجموعة من الإجراءات والأحكام الجزائية تتعلق بمخالفة هذه الشروط. وتعتبر هذه الأحكام الجزائية نصوصا خاصة بالنسبة لقانون العقوبات.

ثانياً: حماية اللغة العربية ككتاب من الثوابت الوطنية

1. الإطار الدستوري:

تنص المادة الثالثة من الدستور أن اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية.

تظل اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية (تعديل 2016)

2. الإطار القانوني:

لقد صدر قانون تعميم استعمال اللغة العربية 05/91 عام 1991 وجمد بالمرسوم التشريعي الصادر عن المجلس الأعلى للدولة عام 1992 الذي يتعلق بتطبيق القانون 05/91.

في عام 1996 ألغي المرسوم التشريعي بموجب الأمر 30/96 الصادر في 21 ديسمبر 1996 الذي يعدل ويتمم القانون 05/91 الصادر في 16 يناير 1991 المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية.

ويشتمل هذا القانون على أربعة فصول: أحكام عامة، مجالات التطبيق، هيئات التنفيذ والمتابعة والدعم، وأخيراً أحكام جزائية.

بموجب الأمر 30/96 تم تعديل بعض النصوص من قانون سنة 1991 مثل: المادة 11 التي كانت تؤكد على استعمال اللغة العربية وحدها، وتم تعديل ذلك بموجب الأمر 30/96 الذي استثنى مسألة تعامل الإدارات والهيئات والجمعيات مع الخارج وفقا لما يتطلبه التعامل الدولي.

كما تم تعديل المادة 12 من القانون 05/91 التي كانت تؤكد على إبرام المعاهدات والاتفاقيات باللغة العربية، لتنص على إبرام

المعاهدات والاتفاقيات باللغة العربية مع مراعاة ما يتطلبه التعامل الدولي.

فيما يتعلق بالرقابة على تنفيذ قانون تعميم استعمال اللغة العربية، فقد تم بموجب هذا القانون تأسيس المجلس الأعلى للغة العربية الذي هيئة دستورية تابعة لرئاسة الجمهورية، وهي هيئة تنفيذ ومتابعة، نص عليها الأمر 30/96 وما جاء به هذا الأمر هو النص بوضوح على تسمية هذه الهيئة وجعلها تابعة لرئاسة الجمهورية بدل رئاسة الحكومة كما نص على ذلك القانون 05/91. وتتمثل مهامها فيما يلي:

- متابعة تطبيق قانون تعميم استعمال اللغة العربية وحمايتها وترقيتها وتطويرها. والتنسيق بين مختلف الهيئات في سبيل تحقيق ذلك. وتقييم عملها.

- تقديم تقرير سنوي لرئيس الجمهورية يتعلق بعملية بتعميم استعمال اللغة العربية.

وإذا كان القانون 05/91 قد نص على استكمال تطبيق القانون في 5 جويلية 1992، فإن الأمر 30/96 المعدل للقانون 05/91 قد نص على استكمال عملية تعميم استعمال اللغة العربية في أجل أقصاه 5 جويلية 1998.

ولما كانت اللغة العربية ثابتا من الثوابت الوطنية، فإن قانون تعميم استعمال اللغة العربية جاء بأحكام جزائية.

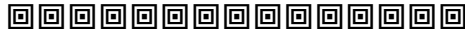
رئيس التحرير

الدكتور عبد القادر حويبه

التصرفات غير المشروعة في الميراث: المجتمع السوفي المعاصر أنموذجاً

بقلم

د / عبد القادر مهاوات *



الملخص

الأصل في المسلم أن يلتزم تعاليم شريعته عموماً وفي باب الميراث خصوصاً؛ إذ إن أغلب أحكامه غُني بها كتاب الله تعالى ذاته ففصل فيها تفصيلاً متناهياً في الدقة لم يُعهد في باب فقهي غيره، إلا أنه وجد من المسلمين المعاصرين من يتجرأ على تعدي الحدود الشرعية في الباب المذكور بتصرفاتٍ مختلفة وبدوافع شتى؛ لذا جاء هذا البحث ليرصد تلك التصرفات غير المشروعة في مجتمع مُعَيَّن هو المجتمع السوفي، على أنه ركز على ما كان منها متكرراً في عددٍ من عائلاته وبلدياته بشكل ملموس؛ كل ذلك حتى يثبته المسلم إلى خطورة الوقوع فيها عاجلاً وأجلاً، ومن ثمّة يُوق إلى اجتنابها.

الكلمات المفتاحية: التصرفات غير المشروعة، الميراث، التركة، المجتمع السوفي.

* أستاذ محاضر ب - معهد العلوم الإسلامية - جامعة الوادي - الجزائر.

مقدمة:

الأصل في المسلم الحرّيص على خيره في الدنيا والآخرة أن يلتزم تعاليم شريعته في سائر شؤون حياته عموماً، وفي باب الميراث خصوصاً، لا سيّما وأن أغلب أحكامه عُني بها كتاب الله تعالى ذاته، ولم يُوكَل إلى السُنّة النبويّة واجتهادات الفقهاء إلا التزّير اليسير منها؛ ففَصَّلَ فيها تفصيلاً متناهياً في الدقة وبلغت الأرقام لم يُعْهَد في أحكام باب فقهيّ غيره؛ ولذا حَذَرَ اللهُ تعالى من تجاوزها تحذيراً شديداً عَقِبَ عَرَضِ أَكْثَرِهَا في صدرِ سورة النساء¹ فقالَ عَزَّ مِنْ قَائِلٍ: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ﴾ [النساء: 13-14].

ومع ذلك التفصيل القرآني، وهذا التحذير الإلهي، وُجِدَ من المسلمين المعاصرين مَنْ يَتَجَرَّأُ على تعدي حدود الله تعالى، وانتهاك حرمة في هذا الباب، بدوافع شتى على رأسها الجهل بالأحكام الشرعيّة، وضعف الإيمان ورفّة الدين، وطغيان الأنانيّة وتَحَكُّمِ الجشع، والتعلّق القلبيّ بالمال، مع أنّ الحال يُفْتَرَضُ في المسلم الحرّيص على خيره في الآخرة ألا يَقَعَ في ذلك؛ لأنّ مقام تقاسم التركات هو مقام موت قريبٍ جديرٍ به أن يُذَكَّرَ به.

هذا الأنموذج من الناس موجودٌ في سائر المجتمعات العربيّة والإسلاميّة بنسب متفاوتة، ومنها ما لَحِظْتُهُ في مجتمع وادي سوف بالجنوب الشرقيّ الجزائريّ، وهو المجتمع الذي أُنْتَمِيَ إليه ونشأت فيه ولا أزال أعيش بين أفرادِهِ؛ ذلك أنّي عُنيْتُ بتدريس فقه الموارث عقداً ونيف من الزمن² في بعض مساجده وجامعته ومقرّات عددٍ من جمعيّاته الدينيّة والثقافيّة، كما استُخدمني اللهُ تعالى في الإشراف على تقسيم تركات العديد من مَيِّتِيهِ، والمشاركة في مجالس الصلح التي تُعَقَّدُ لحلّ الإشكالات العائليّة التي يكون سببها التخاصم في شأن الميراث.

فمن خلال أسئلة الطلبة النابعة من واقعهم المعيش التي كنت ألتقها أثناء تدريسي، وكذا تجزئتي الشخصية في التقسيم والإصلاح، أفكّنتني أن أزد عدداً من التصرفات غير المشروعة في باب الموارث في المجتمع السوفي المعاصر، تلك التصرفات قد يشترك فيها مع عدد من المجتمعات الأخرى، لكن لا أشهد إلا بما علمت؛ لذا سأعرضها في هذا البحث ليفيد منها أهل سوف أصالة، ويفيد منها غيرهم بوجه ما تبعاً³.

وللعلم فإن سائر ما سيذكر من تصرفات غير شرعية ليس من قبيل الحالات الشاذة، وإنما استقراي الخاض المستأنس بشهادات عدد من أئمة مساجد ربوع المنطقة المذكورة ممن تواصلت معهم يؤكد أنها حالات متكررة بشكل ملموس في أكثر من عائلة، وفي أكثر من بلدية، وفي سائر فترات المدّة المشار إليها، الأمر الذي يعني أهمية خطّ الرّحال عندها، وتخصيصها بالبحث والمُدّارسة، وتنبه الناس إلى خطورة الوقوع فيها عاجلاً وآجلاً⁴.

وفيما يأتي أعرض المخالفات الشرعية المرصودة في خمس نقاط أساسية، وذلك ضمن المطالب الخمسة الآتية:

المطلب الأول

انفراد الإناث بحليّ الأمهات والمجدّات وسائر الإناث من المتوفيات

يَعْمُدُ عددٌ من النساء في الأيام أو اللحظات الأخيرة من حياة قريبتهنّ، أو بُعَيْدَ وفاتها مباشرة، إلى الاستحواذ على سائر ما تملكه من أنواع الحليّ والمجوهرات، ويَحْرِمَنَّ الذكور من الورثة منه، مع أن المتروك قد يكون في حالات عديدة كثيرًا ذا

بالِ يُقَوِّمُ بِالْمَبَالِغِ الْكَبِيرَةِ الَّتِي تَتَشَوَّفُ إِلَيْهَا النَفُوسُ، وَلَا تُقْبَلُ فِي الْغَالِبِ بِالْتِغَاضِي أَوْ التَّنَازِلِ عَنْهَا.

إِنَّ الْمَرْأَةَ الْمَسْتَحْوَذَةَ عَلَى مَا ذُكِرَ قَدْ تَكُونُ بِنْتًا لِلْمَيْتَةِ، أَوْ حَفِيدَةً، أَوْ أُخْتًا لَهَا، تَفْعَلُ مَا تَفْعَلُهُ إِمَّا اعْتِقَادًا مِنْهَا بِأَنَّ الْحَلِيَّ وَالْمَجُوهَرَاتِ هُوَ مِنْ شَأْنِ النِّسَاءِ وَلَا عِلَاقَةٌ لَهُ بِالرِّجَالِ، أَوْ تَصْنَعُهُ تَجَاهُلًا لِحَقُوقِهِمْ فِيهِ مَعَ عِلْمِهَا بِأَنَّ لَهُمْ نَصِيبًا مَفْرُوضًا فِيهِ، أَوْ تَأْخُذُهُ مُتَذَرِّعَةً بِأَنَّ فِيهِ بَقِيَّةً مِنْ آثَارِ قَرِيبَتِهَا تَرِيدُ أَنْ تَحْتَفِظَ بِهِ حَتَّى يُذَكِّرَهَا بِهِ، وَرَبَّمَا تُقَدِّمُ عَلَى فَعْلَتِهَا بِإِعَازٍ مِنَ الْمَيْتَةِ ذَاتِهَا الَّتِي تَرِيدُ أَنْ يَمِيقَ عَيْنُ مَا كَانَتْ تَمْلِكُهُ فِي حُوزَةِ بَنَاتِهَا أَوْ حَفِيدَاتِهَا أَوْ أُخَوَاتِهَا؛ حَتَّى إِنْ بَعْضُهُنَّ يُمَكِّنُهُنَّ مِنْهُ كُلًّا أَوْ بَعْضًا فِي حَيَاتِهِنَّ، وَقَدْ يَكُنُّ حِينَ إِعْطَائِهِنَّ إِيَّاهُ فِي كَامِلِ قِوَاهُنَّ الْعَقْلِيَّةِ وَالْجَسَدِيَّةِ.

وقريبٌ من هذا ما تقوم به بعض الزوجات من استيلائهن على ما تحت أيديهن من مال أزواجهن عند وفاتهن نقدًا كان أو ذهبًا أو أشياء أخرى ثمينة مما لا يظهر عادة للعيان مما يخف وزنه وتعلو قيمته، ولا يعرف ملكيته له من غيرهن إلا خاصة معاشريه، فينفردن به لأنفسهن، ولا يدرجنه ضمن سائر التركة.

وفي كل الأحوال السابقة يُعْتَبَرُ هَذَا الصَّنِيعُ مُخَالِفًا لِلشَّرْعِ؛ إِذْ يُفْتَرَضُ فِي كُلِّ مَا يَثْرِكُهُ الزَّوْجُ الْمَيْتُ أَوْ سَائِرُ الْإِنَاثِ الْمُتَوَفَّيَاتِ أَنْ يَكُونَ إِرْثًا يَتَقَاسَمُهُ جَمِيعُ الْوَرِثَةِ ذَكَورًا وَإِنَاثًا عَلَى حَسَبِ أَنْصِبَتِهِمُ الشَّرْعِيَّةِ؛ وَلِذَا وَجَدْنَا أَنَّ آيَاتِ الْمَوَارِيثِ الثَّلَاثَةَ مِنْ سُورَةِ النِّسَاءِ جَاءَتْ بِالْفَازِ الْعَمُومِ، رَغْمَ أَنَّهَا نَزَلَتْ فِي أَسْبَابٍ خَاصَّةٍ، مَشِيًا عَلَى الْقَاعِدَةِ الْمَعْرُوفَةِ "الْعَبْرَةُ بِعَمُومِ اللَّفْظِ لَا بِخُصُوصِ السَّبَبِ".

فَقَدْ وَرَدَ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ قَالَ: «جَاءَتْ امْرَأَةٌ سَعْدِ بْنِ الرَّبِيعِ رضي الله عنه بِابْنَتِهَا مِنْ سَعْدِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، هَاتَانِ ابْنَتَا سَعْدِ بْنِ الرَّبِيعِ، قُتِلَ أَبُوهُمَا مَعَكَ يَوْمَ أُحُدٍ شَهِيدًا، وَإِنَّ عَمَّهُمَا أَخَذَ مَالَهُمَا، فَلَمْ يَدَعْ لَهُمَا مَالًا، وَلَا تُنْكَحَانِ إِلَّا وَلَهُمَا مَالٌ»، فَقَالَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم: «يُقْضَى اللَّهُ فِي ذَلِكَ»، فَتَرَلَّتْ آيَةُ

الْمِيرَاثِ⁵، فَبَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى عَمَّهِمَا فَقَالَ: «أَعْطِ ابْنَتِي سَعْدِ الثُّلُثَيْنِ، وَأَعْطِ أُمَّهُمَا الثُّمْنَ⁶، وَمَا بَقِيَ فَهُوَ لَكَ⁷»⁸.

وجاء عن جَابِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَيْضًا قَالَ: "مَرَضْتُ فَأَتَانِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَبُو بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يَعُودَانِي مَا شِئْتَنِي، فَأَعْمِي عَلِيَّ، فَتَوَضَّأَ، ثُمَّ صَبَّ عَلَيَّ مِنْ وَضُوئِهِ، فَأَفْقَعْتُ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، كَيْفَ أَقْضِي فِي مَالِي؟ فَلَمْ يَزِدْ عَلَيَّ شَيْئًا حَتَّى نَزَلَتْ آيَةُ الْمِيرَاثِ: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ﴾⁹ [النساء: 176]"¹⁰.

وجديرٌ بالمذكورات من النساءِ مِمَّنْ يَقَعْنَ فِي الْمَحْذُورِ الْمُتَكَلِّمِ عَنْهُ أَنْ يَقْتَدِينَ بِالصَّالِحَاتِ الْوَرَعَاتِ اللَّوَاتِي لَا تَمْتَدُّ أَيْدِيَهُنَّ لِلتَّافِهِ الْيَسِيرِ الَّذِي يُسَامِحُ فِيهِ فَضْلًا أَنْ يَأْخُذْنَ مَا لَهُ قِيَمَةٌ مِمَّا فِيهِ حَقُّ الْغَيْرِ؛ فَقَدْ قِيلَ عَنْ إِحْدَاهُنَّ وَقَدْ "أَتَاهَا نَعْيُ زَوْجِهَا وَهِيَ تَعَجُّنٌ، فَفَرَعَتْ يَدَهَا مِنَ الْعَجِينِ وَقَالَتْ: هَذَا طَعَامٌ قَدْ صَارَ لَنَا فِيهِ شِرْكَاءُ"¹¹، وَقِيلَ عَنْ أُخْرَى وَقَدْ جَاءَهَا خَبْرُ وَفَاتِهِ "وَالسَّرَاخُ يَقْدُ، فَأَطْفَأَتِ السَّرَاخَ وَقَالَتْ: هَذَا زَيْتٌ قَدْ صَارَ لَنَا فِيهِ شَرِيكَ"¹².

أما تَشْبِثُ الْوَارِثَةِ بِذِكْرِ الْمَيِّتَةِ مِنْ خِلَالِ حُلِيِّهَا الَّذِي انْفردت به، فينبغي أَنْ تَعْلَمَ أَنَّ الذُّكُورَ مِنَ الْوَرِثَةِ كَأَبْنَاءِ أَوْ أَحْفَادِ أَوْ إِخْوَةِ الْمَيِّتَةِ وَنَحْوِهِمْ لَهُمْ أَيْضًا نَصِيبٌ فِي هَذَا الْجَانِبِ الْمَعْنَوِيِّ عِلَاوَةً عَلَى الْجَانِبِ الْمَادِيِّ؛ فَهُمْ يُدْلُونَ إِلَيْهَا بِالَّذِي تُدْلِي بِهِ هِيَ إِلَيْهَا، وَرَبْمَا كَانَ بَيْنَ بَعْضِهِمْ وَالْمَيِّتَةِ مَزِيدٌ وَدٌّ وَصَلَةٌ؛ فَيَغْنِيهِمْ مِنْ ذِكْرَاهَا مَا يَغْنِيهَا هِيَ. كما أَنَّ هَذِهِ الْوَارِثَةَ لَوْ كَانَتْ صَادِقَةً فِيمَا تَدْعِيهِ فَإِنَّهَا لَا تَلْجَأُ إِلَى الْاسْتِحْوَاذِ عَلَى الْحَلِيِّ الْمَتْرُوكِ، وَإِنَّمَا تَغْرِضُ عَلَى بَاقِي الْوَرِثَةِ الْقِيَمَةَ مِنْ أَجْلِ أَنْ يُمَكِّنُوهَا مِنْهُ، فَإِنْ رَضُوا تَصَالَحَتْ مَعَهُمْ عَلَى مَا تَرَاضَوْا عَلَيْهِ.

وأما تَمَكِينُ الْمَيِّتَةِ الْمَعْنِيَّاتِ مِنَ الْإِنَاثِ مِنْ حُلِيِّهَا حَالَ حَيَاتِهَا فَهُوَ فِي عِدَادِ الْعَطِيَةِ شَرْعًا، وَالْأَصْلُ فِي الْعَطِيَةِ إِنْ كَانَتْ مِنَ الْوَالِدِ أَوْ الْوَالِدَةِ لِأَوْلَادِهِمَا أَنْ يَغْدِلَا فِيهَا بَيْنَهُمْ ذُكُورًا وَإِنَاثًا؛ امْتِنَالًا لِأَمْرِ الرَّسُولِ ﷺ الْوَارِدِ فِي حَدِيثِ الثُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عِنْدَمَا قَالَ: "أَعْطَانِي أَبِي عَطِيَّةً، فَقَالَتْ عَمْرَةُ بِنْتُ رَوَاحَةَ¹³: لَا

أَرْضَى حَتَّى تُشْهَدَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ. فَأَتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: إِنِّي أُعْطِيتُ ابْنِي مِنْ عَمْرَةَ بِنْتِ رَوَاحَةَ عَطِيَّةً، فَأَمَرْتَنِي أَنْ أَشْهَدَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ. قَالَ: «أُعْطِيتَ سَائِرَ وَلَدِكَ مِثْلَ هَذَا؟» قَالَ: لَا. قَالَ: «فَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ». فَرَجَعَ فَرَدَّ عَطِيَّتَهُ¹⁴.

المطلب الثاني حرمان الإناث من الميراث كُله أو بعضه

يتجاوز أفراد بعض الأسر أحكام الله تعالى في موضوع الميراث، ويأبى إلا أن يَرْجِعَ إلى الجاهلية الأولى لِيُحَكِّمَهَا فِيهِ، فَيُحْرِمُ الأُنثَى مِنَ الميراثِ كُلهِ أو بَعْضِهِ؛ فهو ما زالَ يَعْتَقِدُ أَنَّهَا غَيْرُ مَوْهَلَةٍ لِلإرثِ أصلاً، أو أَنَّهَا مَوْهَلَةٌ وَلَكِنْ إِنْ مُكِّنَتْ مِنْهُ فَإِنَّ مَالَهُ إِلَى الأَجْنَبِيِّ زَوْجِهَا لَا لَهَا؛ وَهَذَا الأَخِيرُ لَا عِلَاقَةَ لَهُ بِالمِيتِ.

وَإِنَّمَا قُلْتُ: "تُحْرِمُ الأُنثَى مِنَ الميراثِ كُلهِ أو بَعْضِهِ"؛ لِأَنَّهَا قَدْ لَا تُعْطَى مِنْهُ شَيْئاً بَتَاتاً، أو أَنَّهَا تُعْطَى مَا هُوَ أَقَلُّ مِنْ نَصِيبِهَا المَفْرُوضِ شَرْعاً، أو أَنَّهَا تُعْطَى شَيْئاً قَلِيلاً جَدًّا مِنْ بَابِ ذَرِّ الرَمَادِ فِي العِيونِ، أو أَنَّهَا تُزْعَمُ عَلَى أَحْذِ القِيمَةِ المَالِيَّةِ وَتُحْرَمُ مِنَ العَقَارِ أو الأَشْيَاءِ العَيْنِيَّةِ المَرْغُوبَةِ، أو أَنَّهَا تُعْطَاهُمَا وَلَكِنْ مِنَ الشَّيْءِ الأَسْوَأِ مِنْهُمَا، وَمِثْلُ ذَلِكَ مِنَ صُورِ الحِرْمَانِ مِمَّا فِيهِ هَضْمٌ لِحَقِّهَا بِوَجْهِ مَا.

وَعادةً مَا يُدَبِّرُ الذَّكُورُ لِكُلِّ مَا سَبَقَ بِلَيْلٍ؛ بِحَيْثُ يُعَقِّدُ مَجْلِسَ القِسْمَةِ، وَلَا تُمَكِّنُ الأُنثَى مِنْ شُهُودِهِ، فَلَا تَسْتَفِيقُ إِلَّا عَلَى سِيفِ الاستِيلَاءِ الَّذِي يَأْتِي عَلَى حَقِّهَا بِالقُوَّةِ المَفْرُوضَةِ مِنْهُمْ، أو عَلَى سِياطِ الاستِحياءِ¹⁵ عِنْدَمَا يَعْضُونَ عَلَيْهَا مَا اتَّفَقُوا عَلَيْهِ هُمْ وَيَطَالِبُونَهَا بِالتَّنازُلِ، فَتَنْحَرِّجُ مِنَ الرِّفْضِ؛ إِمَّا رِعايَةً لِحَقِّ الوالِدَةِ عِنْدَمَا تَكُونُ عَلَى قَيْدِ الحِياةِ، وَالمِيتُ هُوَ الوالِدُ، خَاصَّةً وَأَنَّهُ فِي أحيانٍ عَدِيدَةٍ تَكُونُ هَذِهِ الوالِدَةُ مُحايِبَةً لِأَوْلادِهَا مِنَ الذَّكُورِ، أو خَوْفاً مِنْ أَنْ تَنْسَبَبَ فِي القِطِيعَةِ مَعَهُمْ إِنْ هِيَ

تَمَسَّكَتْ بِحَقِّهَا الْكَامِلِ، وَفِي الْحَالَتَيْنِ تُوقَّعُ عَلَى مَا تَقَرَّرَ مَعَ أَنَّهَا لَيْسَتْ رَاضِيَةً، وَتُسَلِّي نَفْسَهَا بِتَفْوِيضِ أَمْرِهَا إِلَى اللَّهِ تَعَالَى.

وَكَأَنَّهَا بِمَوْقِفِهَا هَذَا تُحِيلُنَا عَلَى كَلَامِ ابْنِ حَجَرٍ الْهَيْتَمِيِّ عِنْدَمَا قَالَ: «أَلَا تَرَى إِلَى حِكَايَةِ الْإِجْمَاعِ عَلَى أَنَّ مَنْ أَخَذَ مِنْهُ شَيْءٌ عَلَى سَبِيلِ الْحَيَاءِ مِنْ غَيْرِ رِضَا مِنْهُ بِذَلِكَ لَا يَمْلِكُهُ الْأَخِذُ؛ وَعَلَلُّهُ بِأَنَّ فِيهِ إِكْرَاهًا بِسَيْفِ الْحَيَاءِ، فَهُوَ كَالْإِكْرَاهِ بِالسَّيْفِ الْحَسِيِّ، بَلْ كَثِيرُونَ يُقَابِلُونَ هَذَا السَّيْفَ وَيَتَحَمَّلُونَ مِرَارَ جُرْحِهِ، وَلَا يُقَابِلُونَ الْأَوَّلَ؛ خَوْفًا عَلَى مُرُوءَتِهِمْ وَوَجَاهَتِهِمْ الَّتِي يُؤْثِرُهَا الْعُقْلَاءُ، وَيَخَافُونَ عَلَيْهَا أَتَمَّ الْخَوْفِ»¹⁶.

وَيُؤَكِّدُ الْإِجْمَاعُ الْمَذْكُورَ حَدِيثُ عَمْرٍو بْنِ يَثْرِبِيِّ رضي الله عنه الَّذِي قَالَ فِيهِ: «حَطَبْنَا رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: «أَلَا وَلَا يَحِلُّ لِأَمْرِي مِنْ مَالِ أَخِيهِ شَيْءٌ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ»¹⁷.

وهنا يُدَكِّرُ الرِّجَالُ بِأَنَّ لِلْمَرْأَةِ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ ذِمَّةً مَالِيَّةً مُسْتَقَلَّةً، وَأَنَّ آيَاتِ الْمَوَارِيثِ فَرَضَتْ لَهَا سَهَامًا مُعَيَّنَةً سِوَا مَا كَانَتْ بِنْتًا أَوْ أُمًّا أَوْ زَوْجَةً أَوْ أُخْتًا¹⁸، وَأَنَّهَا عِنْدَمَا تَأْخُذُ نَصِيْبَهَا مِنْ تَرَكَةِ مُورَثِهَا فَإِنَّمَا تَأْخُذُهُ بِالسَّبَبِ الَّذِي أَذَلَّتْ بِهِ إِلَيْهِ نَسَبًا كَانَتْ أُمُّ نِكَاحًا، فَإِنْ شَاءَتْ بَعْدَ ذَلِكَ أَبَقَتْهُ لِنَفْسِهَا أَوْ أَعْطَتْهُ لَزَوْجِهَا أَوْ وَلَدِهَا؛ فَالْأَخِذُ فِي الْحَقِيقَةِ هُوَ الْمَرْأَةُ ذَاتُهَا وَلَيْسَ زَوْجُهَا وَلَا وَلَدُهَا.

وَالطَّرِيقَةُ الْمُمْتَلَى الَّتِي مِنْ خِلَالِهَا يُثَبَّتُ الْقَرِيبُ الذَّكَرُ رَجُولَتَهُ الْحَقِيقِيَّةَ مَعَ سَائِرِ قَرِيبَاتِهِ مِنَ الْوَارِثَاتِ مَعَهُ هِيَ أَنْ يَجْعَلَهَا تُشْهَدُ مَجْلِسَ الْقِسْمَةِ بِنَفْسِهَا إِنْ أَرَادَتْ ذَلِكَ، أَوْ تُنِيبُ مَنْ تَرَى نِيَابَتَهُ عَنْهَا فِيهِ، وَأَلَّا يُخْرِجَهَا بَعْضُ التَّنَازُلِ عَنْ شَيْءٍ مِنْ حَقِّهَا مَهْمَا كَانَ، وَإِنَّمَا يُوَكَّلُ الْأَمْرَ إِلَى الْخَبْرَاءِ بِالْمَالِ الْمَتْرُوكِ نَقْدًا أَوْ عَقَارًا أَوْ أَشْيَاءَ أُخْرَى، فَيُوزَعُونَهَا عَلَى الْجَمِيعِ بِالطَّرِيقَةِ الْعَادِلَةِ، وَإِذَا مَا تَكَرَّمَتْ بِإِرَادَتِهَا الْحُزَّةَ الْمَطْلَقَةَ بِشَيْءٍ فَذَلِكَ شَأْنُهَا الَّذِي يَنْبَغِي أَنْ تُشْكَرَ عَلَيْهِ؛ فَهُوَ مَحْضٌ تَفْضُلٍ

منها، وإن كان الأشرف للذكر أن يتمنع من ذلك؛ خشية أن يكون رضاها متكلفاً فرَضَتْه عليها بعض الأعراف العائليَّة الباليَّة.

والرجل الذي يصنع ما ذكِرَ يَغْصُمُ نَفْسَهُ من أَخْذِ مالِ الأُنثى باطلاً، ومن ثَمَّة يُجَنَّبُ نَفْسَهُ ما كان سِترتُبُّ على ذلك من العذابِ الأليمِ في الآخرة، ويضمنُ لِنَفْسِهِ العاقبةَ الحُسنى فيها؛ مصداقُ ذلك ما جاء في قولهِ تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدْوَانًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُضَلِّهِ نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا إِنْ تَجَتَّبُوا كِبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَنُدْخِلْكُمْ مُدْخَلًا كَرِيمًا﴾ [29-31].

المطلب الثالث

عدم المبادرة إلى تقسيم التركة بعد وفاة صاحبها

يُحْدِثُ في حالاتٍ عديدةٍ أن يموتَ الشخصُ وتَبَقِيَ تركتهُ مجمَّدةً لا تُقسَمُ على ورثتهِ مدَّةً طويلةً تُعَدُّ في بعضها بالعقود من الزمن¹⁹، ومن أشهرِ صورها في المجتمعِ السُوفيِّ تلك التي يكونُ فيها المُتوفَى هو الأبُ وزوجتهُ أمُّ أولادهِ حَيَّةً، فتَفَرِّضُ هذه الأخيرةُ بلسانِ حالِها أو بلسانِ مقالِها على أبنائها إبقاءً ما كانَ على ما كانَ، لا سِيَّما ما تعلقَ بالبيتِ الذي تَرَكَها فيه.

وتأخِيرُ تقسيمِ التركةِ له سلبِيَّاتٌ ومحاذيرٌ كثيرةٌ أذْكَرُ أهمَّها فيما يأتي:

1- تَعْسِيرُ عمليَّةِ القسمةِ على مَنْ سيتولَّأها؛ إذ إنَّه عوضُ أن يُحَلَّ مسألةٌ بسيطةٌ فيها عددٌ محدودٌ من الورثةِ، يَجِدُ نَفْسَهُ في حالاتٍ ليست بالقليلةِ بين يَدَيِ قائمةٍ كبيرةٍ منهم؛ وذلك بعد أن ماتَ مَنْ ماتَ من الورثةِ الأصليينِ، وحلَّ محلَّهم ورثتهم، وربما ورثةُ ورثةِ ورثتهم. ومعلومٌ أنَّ حَلَّ مسائلِ المناسختِ²⁰ ممَّا يحتاجُ

من القاسم مزيد وقتٍ وجُهدٍ وتركيزٍ نظريًا وعمليًا؛ حتى يستطيع أن يُوصلَ الحقوقَ بتمامها إلى أصحابها.

2- نسيانُ بعضِ الورثةِ خطأً أو تناسيهمِ عمدًا فلا تصلُّهُمُ أنصبتهمِ المقدَّرةُ لهمِ شرعًا؛ وذلك لعدم معرفة بعض أعيانهم نظرًا لتباعد العهد والتفرُّق في الأمصار، أو يوجد مَنْ يعرفهم من الورثة ولكنَّهُ يُعطي الحقيقةَ على متولِّي القسمة وهو الذي قد لا يَنْتبهُ إليهم، وعادةً ما يحصلُ هذا عندما تكونُ ممتلكاتُ الميتِ غيرَ مُوثَّقةٍ رسميًا، وتُقَسَّمُ على ورثتهِ بطريقةٍ عُرفيَّةٍ.

ومِمَّا يُمثِّلُ به لهذه السِّلبيَّةِ مَنْ ماتَ في مُقْتَبِلِ العَمَرِ وتَرَكَ امرأتهُ أرملةً شابةً كان قد تزوَّجها من منطقةٍ بعيدةٍ عن دياره ولا وَلَدَ له منها، ثم انتقلت بعد نهايةِ عِدَّتِهَا إلى أهلها دون أن تأخذ نصيبها من تركته التي لم تُقَسَّم، وتزوجت بعده من نَقَلَهَا إلى ربوعٍ أخرى ورُزِقَتْ معه ببعض الولدِ ثم ماتت، لِيَلْتَحِقَ بها أبوها بعد مُدَّةٍ مُعيَّنة تاركًا وراءه أشقاءها؛ فهذه المرأةُ يُفْتَرَضُ عند تقسيم تركتها زوجها الأول بعد وفاتها أن يُوصلَ نصيبها -وهو الثمن- إلى أشقائها الذين يأخذون السدس منه، يتقاسمونهُ فيما بينهم تعصيبًا؛ نيابةً عن أبيهم الذي مات ولم يُمكَّنْ منه، وإلى زوجها الثاني الذي يستحقُّ رُبُعَهُ، وإلى أولاده منها الذين يستحقُّون باقية تعصيبها.

ففي هذه الحالة قد تُنسى أو تُتَناسَى هذه المرأةُ أصلًا، أو يُنسى بعضُ ورثتها ممن ذُكِرُوا وهم كَثُرُ، وربما كانوا متفرِّقين بين الولاياتِ أو الدُولِ. وحتى على فرض أنهم عُرفُوا بأعيانهم فإنَّهُ من الصعوبةِ بمكانٍ أن يُجمَعُوا في مكانٍ واحدٍ، أو أن يَسْتَحْدِثُوا وكالاتهم ويُرْسَلُوها إلى مَنْ يَثقُونُ فيه؛ لأجل القيام بإجراءاتِ القسمة، وإيصالِ الحقوقِ إلى أصحابها²¹.

3- عدمُ تمكينِ المحتاجِ من الورثةِ من نصيبه من مالِ مورثه وهو في أمسِّ الحاجةِ إليه؛ ذلك أن بعضَ الورثةِ قد يَقِفُ حجرَ عثرةٍ أمامَ تقسيمِ التركة؛ فلا يُبادِرُ به ابتداءً، ولا يُجيبُ مَنْ دَعَاهُ إليه انتهاءً، وقد يكونُ قصدهُ من موقفه ذلك سيئًا؛

كأن يريد تصفية حسابات شخصية سابقة بينه وبين بعض الورثة من خلال حرمانهم مؤقتاً من حقوقهم من التركة، أو أنه يريد أن يفيد من بعض أجزائها أطول وقت ممكن قبل تصير إلى التقسيم، وقد يكون قصدُه من التماطل في التقسيم ليس شيئاً؛ بحكم أنه ممن وسع الله عليه في الرزق، فهو لا يدرج أمر التركة في حسابته، ولا يفرغ شيئاً من وقته إليها، دون اكتراثٍ بغيره من الورثة المحتاجين الذين تتجه أعينهم إليها، ويعقدون الآمال عليها.

ومن النوادر التي بلغتني في هذا المضمار أن أحدهم عطل تقسيم التركة قرابة خمس سنوات، رغم إلحاح وتوسط الورثة إليه في ذلك بشئى الطرق؛ بسبب أنه لا يريد أن تنتقل إليه ملكية بعض العقارات الموثقة رسمياً باسم مؤرثه في تلك المدة؛ حتى يتمكن من الاستفادة من بعض الامتيازات التي تمنحها الدولة لمن لا يمتلك عقارات، حتى تصورت -وأنا أتأمل في شأنه- أن الله تعالى أراد أن يكرمه بالاستغناء عن استجداء عطاءات غيره ببركة ما سيؤول إليه من تركة مؤرثه -وهو كثير-، إلا أنه أبى بدنو همته، وفساد طبعه، إلا أن تبقى متسولاً.

4- صعوبة تخلي من وضع يده على العقار عنه؛ إذ إن عدداً من التركات عندما تُوجَل قسمتها، يتصرف بعض الورثة في بعض أجزائها، وعادة ما يكون ذلك بغير استئذان من غيره من أصحاب الحق فيها، أو بعد إذن استصدره بإحراج المعنيين فيه.

وهذا التصرف قد يكون استغلالاً لحانوت، أو زرعاً لأرض، أو سكناً لبنت، ونحو ذلك من صور الانتفاع، وبمرور الزمن يركن المُنْتَفِع إلى ما وضع يده عليه، ويتسرب إلى نفسه وخاصة أهله أنه آئل إليه، وربما بنوا مشاريعهم الاجتماعية والاقتصادية المستقبلية عليه.

فإذا ما حصرت القسمة، وطولب بإخلائه صعب عليه الأمر، بل ربما عدّه اعتداءً عليه، وإفساداً لمخططاته، واستهدافاً لشخصه، وثمة قد يزيد التأخير تأخيراً بعدم

خروجِه منه، ورفَع يَدِه عنه، ويفتعل لذلك سائر المعاذير؛ حتى يُجبرَهُم على التنازل عنه إليه، أو يجدَ بأزحجَّة البديل المناسب له.

وقد يُمكنُ الورثةُ منه ولكن مع العزم على قطيعتهم؛ لأنه يتصورُ بأنه قد ناله منهم أذى، ولا ينظرُ إلى تكثُرهم عليه باستغلاله طيلة المدة الفارطة، ولا يئمنُ سكوتهُم السابق عنه.

5- عدم مراعاة حقِّ مَنْ أهدتْ تعديلاتٍ لصالح العقارات أو المنقولات المتروكة؛ حيث يُقدِّمُ بعضُ الورثة على إجراء تحسيناتٍ أو إضافاتٍ إلى بعض ما خَلَفَهُ المورثُ ولم يُقسَمَ ممَّا هو تحت يَدِه مستغلاً له وحده أو بمعية غيره من الورثة، وقد تكونُ الإجراءاتُ في أحيانٍ عديدة ذاتَ بالٍ تزيدُ في قيمته كثيرًا.

والدافع إلى ما ذُكرَ قد يكونُ ظروفًا اجتماعيةً أو اقتصاديةً أو مناخيةً أو صحيةً؛ إذ إنَّ إقدامه مثلاً على الزواج يتطلَّبُ حسب الأعراف السائدة في سوف جَعْلُ البيتِ المُستغَلِّ في أحسنِ حُلَّةٍ مُمكنة، كما إنَّ زيادة عدد أفراد العائلة يُلجئُهُم إلى استحداثِ غرفٍ جديدة. ومثل ذلك جَلْبُ الزبائن والتأقلمُ مع معطيات السوق قد يفرِّضُ بعضُ التعديلاتِ على المحلِّ التجاري المُستغَلِّ، والرياحُ والأمطارُ وشِدَّة البرودة أو لَفْحُ الحرارة قد يدفَعُ إلى إصلاح ما أفسدته من البناء، أو تكييفه على ما يقي من ضررها، والحفاظُ على صحة المستغَلِّين للعقار المُعَيَّن يقتضى طَلْيَ غرفه أو تهويتهَا أو إضاءةها أو جَعْلَ مطبخها ودورة مياهها مستجيبًا للشروطِ الصحية. والمركبُ أو بعضُ الأجهزة أو الآلاتِ المتروكة قد يحتاجُ إلى صيانةٍ تجعله يقومُ بدوره على أحسن الوجوه، ونحو ذلك من التعديلات التي يُسهمُ بها الذكور الكبارُ عادةً ممَّا فيه زيادةٌ في قيمة الشيء المتروك، وقد تُسهمُ به الإناثُ ممن أوتيت مالا خاصًا من وظيفتها أو عمل يدها أو بيع بعض حُلِّيها.

هذا التعديلُ الحاصلُ في العقارِ أو المنقولِ قد لا يَضَعُهُ مَنْ لم يُسهم به في الحسابِ يومَ التقسيم، وإذا ما قيلَ له فيه رَفْضُ اعتباره، وربما لآمة على إجراء

التعديل، أو عاتبه على عدم أخذ الإذن عند إرادته، أو طالبه بإزالته، وقد يفعل ذلك وهو يتهكم بالمعني بطريقة استفزازية غير محترمة، الأمر الذي يثير حفيظته، ويُمهد إلى إعلان القطعية من جهته²².

6- إذهاب حق الفقير في المال المتروك بقدر مدة تأخير قسمته؛ ذلك أنه لا تجب الزكاة في الأموال الموروثة مطلقاً قبل أن يقبضها الوارث، ويتمكن من التصرف فيها، ولو مضى عليها سنون، مهما كان نوعها؛ لأنها بمثابة المال الضائع الذي لا يمكن لصاحبه أن يتصرف فيه، ولا يدري متى يجده²³.

وحتى تحارب ظاهرة تأخير تقسيم التركات، ويضمن حق الفقير، فإنه في نظري ينبغي عند الإفتاء بوجود الزكاة من عدمه في حالة التأخير أن يفرق بين صنفين من الورثة:

أ- الصنف الذي يكون ضحيةً للتأخير؛ إما لأنه طالب بالتقسيم، ولم يجب إليه، أو أن هناك ظروفاً قاهرة دعت إلى التأخير؛ كبعض الإجراءات الإدارية التي تفرضها بعض الهيئات عند نقل ممتلكات الميت إلى ورثته، فهذا الصنف يعامل بما تقدم؛ فلا تجب عليه الزكاة في نصيبه إلا إذا قبضه واستأنف به حولاً²⁴.

ب- والصنف الذي كان بإمكانه أن يطالب بالتقسيم ويجاب في طلبه ولكنه لم يفعل، أو الذي يتماطل فيه بلا سبب موضوعي مشروع؛ فمثل هذا ينبغي ألا يضيع حق الفقير معه، فيفتى بوجود إخراج الزكاة عن كل سنة مضت، من بعد مضي عام عن إمكان التقسيم، إذا كان نصيبه بالغاً النصاب بنفسه، أو بما يضمه إلى ماله الخاص الخارج عن الإرث²⁵.

وعلى كل حال؛ فإن المال بمجرد موت صاحبه تكون ملكيته قد انتقلت إلى سائر ورثته نظرياً؛ لذا يجب أن يُمكنوا منه عملياً، بعض النظر عن سائر السلبات المذكورة آنفاً. وإن كان ولا بد من تأخير للقسمه لظروف موضوعية أو شخصية²⁶، فإن التأخير ينبغي ألا يتجاوز حدود المعقول؛ فإن الذي يتحمل الأسبوع

والأسبوعين أو الشهرَ والشهرين، لا يتحمَّل أكثرَ من ذلك، لا سيَّما عندما تصلُ المدةُ إلى السنةِ والسَّنَتَيْنِ، نَاهِيكَ عن العقودِ من الزمنِ.

المطلب الرابع تجاهلُ حقِّ مَنْ نَمَى التركةُ من أبناءِ الميتِ في حياته

فيه عدَدٌ من الأبناءِ يتفرَّغون لِعَمَلِ أبيهم في تجارةٍ مُعَيَّنَةٍ أو مقاولَةٍ أو زراعةٍ أو صناعةٍ، في الوقتِ الذي ينفردُ فيه أبناؤُهُ الأخرُونَ عنه بأعمالِهِم ووظائفِهِم الخاصَّةِ²⁷؛ فالأولُونَ يَعمَلُونَ لَيْلًا ونَهَارًا مع والدهم، وربَّما تقاعدَ هو عن العملِ لمرضٍ أو كِبَرِ سِنِّ، فيضِبحُونَ هم وحدهم في الميدانِ المسجَّلِ وثائقياً بِاسمِ الأبِ، وهذا الأخيرُ ما بيَّنَ لهم حقوقَهُم وما عَزَلَهَا عن مالِهِ؛ حتى تُمَحَّصَ لهم، والأخرونَ يَسْتزِرُّونَ لأنفسِهِم، ولا علاقةَ لهم بمشاريعِ أبيهم، فإذا ما كانت وفاةُ الوالدِ لم يَعرَفِ المنفردونَ عنه للمتفرِّغين له بحقِّهِم؛ فَهُم يَرونَ أَنَّ المالَ كُلَّهُ لوالدِهِم، فيقسِّمُ على الجميعِ حسبَ الأنصبةِ الشرعيَّةِ.

وليس بعيداً عن هذا ما يفعله بعضُ أولادِ الميتِ²⁸ في حياته من تحسيناتٍ فيما يملكُهُ من عقاراتٍ، لا سيَّما ما تعلقَ بالبيتِ، تماماً على النحوِ الذي ذَكَرَ سابقاً في صنيعِهِم ودوافِعِهِ عند تأخيرِ قسمَتِهِ.

وبالنظرِ في هذه المسألةِ التي أَرَقَّتْ عدداً من هذا الصنفِ من الأبناءِ في حياةِ والدهم، وأشهَمَتْ في حدوثِ إشكالاتٍ أُسريَّةٍ انتهى بعضها إلى القطيعةِ عند قسمةِ تركةِ والدهم بعد مماتِهِ، رَأَيْتُ أَنَّ حَلَّهَا يَكْمُنُ في أَخْذِ كُلِّ طرفٍ من أطرافِها الثلاثةِ: الأبِ، وأولادِهِ الذين أسهَمُوا في تنميةِ مالِهِ بوجهِ من الوجوه، وأولادِهِ لم يُسهِمُوا، بالتوجيهاتِ الآتيةِ:

1- ما يُوجِبُهُ إليه الأب: عليه أن يتعامل مع أبنائه المتفرغين لأعماله على أساس الشركة أو الإجارة؛ بحيث:

أ- إما أن يُعْتَبِرَهُمْ عند بداية تفرُّغهم له شركاء معه في المشروع المُعَيَّن بحصصٍ عادلةٍ تتناسب مع مجهودهم الذي يُقَدِّمُونَهُ فيه دون محاباةٍ لهم: الربع أو الثلث أو النصف أو نحو ذلك، ويُوَثَّقُ ذلك رسمياً²⁹.

ب- وإما أن يُعْتَبِرَهُمْ عُمَّالاً عنده يأخذون أجره أمثالهم من العمال الأجانب، ويبقى المشروع باسمه الخاص.

هذا التوجيه لو أن الأب يأخذ به، فإن له آثاراً طيبة كثيرة؛ من بينها أنه يضمن لأولاده المساهمين حقوقهم التي قد يُنكِرُهَا غيرهم من سائر الورثة بعد وفاته، وحينها يكون قد تحلّل في حياته من تبعه ذهابها عنهم، ولا يكون قد عاقبهم على برهم به عندما وقفوا إلى جانبه في الوقت الذي ذهب فيه غيرهم إلى حال سبيله، كما أنه يضمن استمرارهم معه، فلا تحدّثهم أنفسهم بالخروج عنه؛ لأنهم يبقائهم معه يضربون عصفورين بحجر واحد: برّ والدهم الذي أرادهم أن يكونوا معه فكانوا كما أراد، واسترزاقهم من الشركة أو الإجارة كما يسترزق غيرهم من إخوانهم أو أقرانهم من عمله الخاص. هذا إضافة إلى حُسن عطائهم لمشروعهم؛ فهُم جزءٌ منه كشركاء أو أجراء، على عكس ما إذا لم يكونوا كذلك فإنهم قد يتقاعسون؛ على اعتبار أنهم يعملون في مال غيرهم ولأجل غيرهم.

2- ما يُوجِبُهُ إليه الولد المُساهِم: ينبغي عليه أن يُحدّد مقصده من العمل مع أبيه أو تحسين عقاره:

أ- أهو مخض برّ وإحسانٍ منه لوالده بذاك الصنيع، فيكفيه حينئذ أنه قد أقرّ به عيّنهُ في حياته، ومن ثمّة فليس له إلا أجر البرّ والإحسان، وهو عند الله عظيم؛ إذ إنه من أفضل الأعمال الصالحة التي يتقرّب بها العبد من ربه؛ بدليل حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه الذي قال فيه: "قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم، أَيُّ الْعَمَلِ أَفْضَلُ؟ قَالَ:

«الصَّلَاةُ عَلَى مِيقَاتِهَا» قُلْتُ: ثُمَّ أَيُّ؟ قَالَ: «ثُمَّ بَرُّ الْوَالِدَيْنِ» قُلْتُ: ثُمَّ أَيُّ؟ قَالَ: «الْجِهَادُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ» فَسَكَتَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَلَوْ اسْتَرَدُّهُ لَرَادَنِي³⁰، فَإِنْ هُوَ طَالِبٌ بِتَشْمِينِ مُنْجَزَاتِهِ مَعَ أَبِيهِ، وَاسْتِيفَاءِ مَقَابِلِهَا، سِوَاءٍ فِي حَيَاتِهِ أَوْ بَعْدَ مَمَاتِهِ، كَانَ كَمَنْ أَبْطَلَ عَمَلَهُ الصَّالِحَ فِي الدُّنْيَا قَبْلَ أَنْ يُجَازَى عَلَيْهِ فِي الْآخِرَةِ؛ وَاللَّهُ تَعَالَى يَقُولُ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ³¹﴾ [محمد:33].

ب- أم أنه بصنيعه ذاك مُجَرَّدُ مُسْتَرزِقِ كَسَائِرِ الْمُسْتَرزِقِينَ مِنْ أَعْمَالِهِمْ، أَوْ وَاضِعٍ لِمَالِهِ السَّائِلِ فِي عَقَارٍ يَرِيدُ أَنْ يَجِدَهُ ذَخْرًا لَهُ فِي مُسْتَقْبَلِ الْأَيَّامِ، وَحِينَئِذٍ عَلَيْهِ أَنْ يَضَعَ النِّقَاطَ عَلَى الْحُرُوفِ مِنْ بَدَايَةِ الْمَشْوَارِ؛ فَإِذَا أَرَادَ هُوَ مِنْ تَلْقَاءِ نَفْسِهِ أَنْ يَعْمَلَ مَعَ أَبِيهِ، أَوْ يُجْرِيَ تَحْسِينَاتٍ فِي عَقَارِهِ، أَوْ دَعَاهُ أَبُوهُ لِذَلِكَ، فَلْيَطْلُبْ مِنْ أَبِيهِ أَنْ يَعُدَّهُ شَرِيكًا أَوْ أَجِيرًا، فَيَمَكِّنَهُ مِنْ حَقِّهِ فِي حَيَاتِهِ، وَلَا يَضِيعُ فِي النِّهَايَةِ مَعَ نُكْرَانِ إِخْوَانِهِ وَتَجَاهِلِهِمْ إِثَاءً، وَلَا يُعْتَبَرُ تَصَرُّفُهُ هَذَا مَعَ أَبِيهِ عَقُوقًا، بَلْ هُوَ عَيْنُ الْعَدْلِ وَالْإِنصَافِ.

3- مَا يُوجِّهُ إِلَيْهِ بَاقِي الْوَرِثَةِ مِمَّنْ لَمْ يُسْهِمْ فِي تَنْمِيَةِ مَالِ الْوَالِدِ: عَلَيْهِ أَنْ يَتَّقِيَ اللَّهَ عِنْدَ الْقِسْمَةِ فِي الطَّرْفَيْنِ السَّابِقَيْنِ؛ وَذَلِكَ بِتَمْكِينِ الْمُسْهِمِينَ فِي مَالِ الْوَالِدِ مِنْ اسْتِدْرَاكِ مَا فَاتَهُمْ مِنْ حَقِّهِمْ فِي حَيَاةِ الْوَالِدِ، وَهَذَا يَكُونُ قَدْ وَصَلَ الطَّرْفَيْنِ مَعًا بِبَرِّهِ:

أ- الطَّرْفُ الْأَوَّلُ وَهُوَ الْوَالِدُ الَّذِي قَصَرَ فِي حَيَاتِهِ بِعَدَمِ تَبْيِينِ حَقِّ مَنْ تَفَرَّغَ لَهُ مِنْ أَوْلَادِهِ شِرَاكَةً أَوْ إِجَارَةً، وَلَا حَتَّى عَنْ طَرِيقِ هَبَةٍ مُعَيَّنَةٍ تَكُونُ بِمَقْدَارِ جِهْدِهِمْ، أَوْ قَرِيبًا مِنْهُ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الَّذِي لَمْ يُسْهِمْ يَكُونُ حِينَئِذٍ قَدْ بَرَّأَ سَاحَةَ الْوَالِدِ وَهُوَ بَيْنَ يَدَيْ رَبِّهِ، وَحَلَّلَهُ مِنْ حَقِّ إِخْوَانِهِ مِنْهُ³².

ب- الطَّرْفُ الْآخِرُ وَهُوَ الْمُسْهِمُ فِي مَالِ الْوَالِدِ؛ فَهُوَ يَغْرِضُ عَلَيْهِ اقْتِطَاعَ حَقِّهِ مِنَ التَّرَكَةِ ابْتِدَاءً قَبْلَ قِسْمَتِهَا، وَإِنْ لَمْ يُبَادِرْ هُوَ بِذَلِكَ فَإِنَّهُ يُجِيبُهُ إِلَيْهِ إِذَا مَا طَلَبَهُ؛ وَعِنْدئِذٍ

يكون قد أذخَلَ عليه السرورَ، وجَنَّبَ الجميعَ سببًا من الأسبابِ المؤدِّيَةِ قطيعة الأرحام.

ويَبْدُو لي أَنَّهُ حَتَّى نَكُونَ أَقْرَبَ إِلَى تَحْقِيقِ الْعَدْلِ وَالْإِنْصَافِ بَيْنَ سَائِرِ الْوَرِثَةِ، فَإِنَّهُ عِنْدَ تَثْمِينِ جَهْدِ مَنْ أَتَرَى مَالَ وَالِدِهِ يُسْتَعَانُ بِالْخَبْرَاءِ الثَّقَاتِ³³؛ بَحِثْ يَقْوَمُونَ مَجْهُودَهُمْ نَقْدًا، وَيُخَصِّمُونَ مِنْهُ سَائِرَ اسْتِفَادَاتِهِمْ مِنْ أَبِيهِمْ؛ كَتَزْوِجِهِ إِثَاهُمْ، وَالنَّفَقَةَ عَلَيْهِمْ وَعَلَى زَوْجَاتِهِمْ وَأَبْنَائِهِمْ، وَتَمَكِينَهُمْ مِنَ الْحَجِّ أَوْ الْعَمْرَةِ أَوْ بَعْضِ الْأَسْفَارِ ذَاتِ الْبَالِ، وَالسُّكْنَى، وَالْأَسْمَ الْمَهْنِيَّ الَّذِي مَا كَانُوا لِيَكْتَسِبُوهُ فِي حَيَاةِ الْوَالِدِ أَوْ بَعْدَ مَمَاتِهِ لَوْلَا عَمَلُهُمْ فِي مَالِهِ، وَالَّذِي يَبْتَقَى مِمَّا تُثْمَنَ لَهُمْ نَظِيرَ جَهْدِهِمْ هُوَ حَقُّهُمْ الَّذِي يُعْطَوْنَهُ قَبْلَ تَقْسِيمِ التَّرَكَةِ.

هذه في تقديري هي الحقيقة التي ينبغي أن يُصَارَ إليها؛ فَإِنَّ الْمَالَ الْمَتْرُوكَ لَيْسَ لِلْأَبِ وَحْدَهُ، وَإِنَّمَا يُشَارِكُهُ فِيهِ أَبْنَاؤُهُ مِمَّنْ قَضَوْا رَدًّا مِنَ الزَّمَنِ مُشْتَغِلِينَ بِأَنْمَائِهِ؛ فَكَأَنَّ الْإِنْمَاءَ دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ أَبِيهِمْ، يَجِبُ أَنْ يُخْرَجَ مِنْ مَالِهِ قَبْلَ تَقْسِيمِهِ.

وَمَا لَمْ يَقْدَرْ لِمَنْ نَمَى مَالُ الْأَبِ حَقُّهُ وَيُمْكِنُ مِنْهُ قَبْلَ قِسْمَةِ التَّرَكَةِ، ثُمَّ يُوزَّعَ بِأَقْيَسِهَا عَلَى جَمِيعِ الْوَرِثَةِ عَلَى حَسَبِ سَهَامِهِمْ الْمَقْدَّرَةَ شَرْعًا، فَإِنَّ الْأَبْنََاءَ الْمَحْرُومِينَ مِنْ حَقْوَقِهِمْ سَيَقْرَأُونَ فِي إِخْوَانِهِمُ الْجَشَعَ وَالْأَنَانِيَّةَ وَنَحْوَهُمَا مِنْ سَائِرِ الصِّفَاتِ الذَّمِيمَةِ، وَسَيَنَالُ مِنْهُمْ الْأَسَى وَالتَّحَسُّرُ عَلَى مَا ضَاعَ مِنْ عَمْرِهِمْ وَجَهْدِهِمْ فِي تَنْمِيَةِ مَالِ الْوَالِدِ، وَالَّذِي لَمْ يَأْخُذُوا مِنْهُ إِلَّا الْقَدْرَ الَّذِي أَخَذَهُ غَيْرُهُمْ مِمَّنْ كَانَ يَعْيشُ لِنَفْسِهِ، فَيَتَّجِهُونَ إِلَى الْقَطِيعَةِ؛ تَعْبِيرًا مِنْهُمْ عَنِ السُّخْطِ وَعَدَمِ الرِّضَى³⁴.

المطلب الخامس

الإنفاق على ما يُسمَّى بعشاء الميت من تركته،
مع عدم استئذان سائر الورثة، وقد يكون فيهم القصر

تَشِيْعُ فِي الْمَجْتَمَعِ السُّوْفِيَّ عَادَةً يَتِمُّ بِمَقْتَضَاهَا جَعْلُ عِشَاءٍ مِنْ قَبْلِ أَهْلِ الْمَيِّتِ³⁵ فِي الْيَوْمِ الثَّالِثِ مِنْ وَفَاتِهِ أَوْ غَيْرِهِ، تُعَدُّ لِهَذَا الْعِشَاءِ الْعُدَّةُ كَمَا تُعَدُّ لَوْلَائِمِ الْأَعْرَاسِ، وَيُدْعَا إِلَيْهِ الْأَقْرَبُ وَالْجِيرَانُ وَالْأَصْدِقَاءُ، وَرَبْمَا نُودِيَ لِحُضُورِهِ فِي الْمَسَاجِدِ وَالْمُؤَسَّاتِ.

هَذِهِ الْعَادَةُ أَقْلٌ مَا يُقَالُ فِيهَا الْكِرَاهَةُ؛ فَقَدْ فِي جَاءَ فِي بَعْضِ كُتُبِ الْحَنْفِيَّةِ قَوْلُهُمْ: "وَيُكْرَهُ اتِّخَاذُ الضِّيَافَةِ مِنَ الطَّعَامِ مِنْ أَهْلِ الْمَيِّتِ؛ لِأَنَّهُ شُرِعَ فِي الشُّرُورِ لَا فِي الشُّرُورِ، وَهِيَ بَدْعَةٌ مُسْتَفْبِحَةٌ"³⁶، وَيُسْتَدَلُّ لِذَلِكَ بِحَدِيثِ جَرِيرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْبَجَلِيِّ الَّذِي قَالَ فِيهِ: "كُنَّا نَعُدُّ الْإِجْتِمَاعَ إِلَى أَهْلِ الْمَيِّتِ وَصِنِيعَةَ الطَّعَامِ بَعْدَ دَفْنِهِ مِنَ التِّيَاحَةِ"^{37,38}.

وَلَعَلَّ مِنْ أَوْجُهٍ سَوْءٍ هَذِهِ الْعَادَةُ أَنَّ فِيهَا نَوْعَ مُنَافَاةٍ لِلسُّنَّةِ الْمَشْرُوعَةِ فِي حَقِّ الْأَقْرَبِ وَالْجِيرَانِ فِي تَهْيِئَةِ طَعَامٍ لِأَهْلِ الْمَيِّتِ³⁹؛ عَمَلًا بِحَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرِ بْنِ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا حِينَ قَالَ: "لَمَّا جَاءَ نَعْيُ جَعْفَرٍ ﷺ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «اصْنَعُوا لِأَهْلِ جَعْفَرٍ طَعَامًا؛ فَإِنَّهُ قَدْ جَاءَهُمْ مَا يَشْغَلُهُمْ»"^{40,41}.

قَالَ السَّنْدِيُّ شَارِحًا حَدِيثَ جَرِيرِ بْنِ ﷺ: "قَوْلُهُ: (كُنَّا نَرَى) هَذَا بِمَنْزِلَةِ رَوَايَةِ إِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ ﷺ، أَوْ تَقْرِيرِ النَّبِيِّ ﷺ، وَعَلَى الثَّانِي فَحُكْمُهُ الرَّفْعُ، وَعَلَى التَّقْدِيرَيْنِ فَهُوَ حُجَّةٌ. (وَصِنِيعَةٌ) أَيُّ: الْأَهْلِ، وَإِفْرَادُ الضَّمِيرِ؛ لِإِفْرَادِ لَفْظِ الْأَهْلِ، وَبِالْجُمْلَةِ فَهَذَا عَكْسُ الْوَارِدِ؛ إِذِ الْوَارِدُ أَنَّ يَصْنَعُ النَّاسُ الطَّعَامَ لِأَهْلِ الْمَيِّتِ، فَاجْتِمَاعُ النَّاسِ فِي بَيْتِهِمْ حَتَّى يَتَكَلَّفُوا لِأَجْلِهِمُ الطَّعَامَ قَلْبٌ لِدَلِكِ، وَقَدْ ذَكَرَ كَثِيرٌ مِنَ الْفُقَهَاءِ أَنَّ

الضَيَافَةَ لِأَهْلِ الْمَيْتِ قَلْبٌ لِلْمَعْقُولِ؛ لِأَنَّ الضَّيَافَةَ حَقًّا أَنْ تَكُونَ لِلشُّرُورِ لَا لِلْحُزْنِ⁴².

ومِمَّا يَزِيدُهَا سُوءًا أَنْ يُنْفَقَ عَلَيْهَا مِنْ مَالِ الْمَيْتِ؛ إِذْ إِنَّ عَدَدًا مِنْ آلِ بَيْتِهِ كَزَوْجَتِهِ أَوْ بَعْضِ أَوْلَادِهِ مِمَّنْ يَكُونُ قَدْ اسْتَأْمَنَهُمْ فِي حَيَاتِهِ عَنْ بَعْضِ مَالِهِ، أَوْ وَكَلَهُمْ بِالتَّصَرُّفِ فِيهِ، يَعْمُدُونَ إِلَى ذَلِكَ الْمَالِ الَّذِي أَصْبَحَ مِلْكًا لِلوَرِثَةِ، فَيَقْتَطِعُونَ مِنْهُ كَثِيرًا أَوْ قَلِيلًا لِأَجْلِ إِقَامَةِ ذَاكَ الطَّعَامِ لِلنَّاسِ دُونَ أَخْذِ إِذْنِ صَرِيحٍ مِنْ جَمِيعِ الوَرِثَةِ⁴³، وَتِنَاهَى الْأَمْرُ فِي السُّوءِ إِذَا كَانَ مِنْ بَيْنِ الوَرِثَةِ أَطْفَالَ قُصَّرَ.

قال صاحبُ مِرْقَاةِ المِفَاتِيحِ عَنِ هَذَا الطَّعَامِ: "وَاصْطِنَاعُ أَهْلِ الْبَيْتِ لَهُ لِأَجْلِ اجْتِمَاعِ النَّاسِ عَلَيْهِ بِدَعْوَةٍ مَكْرُوهَةٍ، بَلْ صَحَّ عَنْ جَرِيرٍ رضي الله عنه كُنَّا نَعُدُّهُ مِنَ النِّيَاحَةِ، وَهُوَ ظَاهِرٌ فِي التَّحْرِيمِ ... وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ أَوْ الْغَائِبِ، وَإِلَّا فَهُوَ حَرَامٌ بِلَا خِلَافٍ"⁴⁴؛ ذَلِكَ أَنَّ الْمَذَاهِبَ الْأَرْبَعَةَ ذَهَبَتْ إِلَى أَنَّهُ لَيْسَ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَتَبَرَّعَ بِمَالِ الصَّغِيرِ، سِوَاءَ أَكَانَ بِالصَّدَقَةِ أَمْ بِالْهَبَةِ بِغَيْرِ عَوَضٍ أَمْ بِالْمَحَابَاةِ؛ لِأَنَّ التَّبَرُّعَ بِمَالِ الصَّغِيرِ لَا حَظَّ لَهُ فِيهِ، وَأَنَّهُ يُنَافِي مَقْصُودَ الوَصَايَةِ مِنَ الْحِفَاظِ عَلَى الْمَالِ وَتَنْمِيَّتِهِ وَالتَّصَرُّفِ بِمَا فِيهِ نَفْعٌ يَعُودُ عَلَى الصَّغِيرِ⁴⁵.

وعلى هذا فَإِنَّهُ يُقَالُ: الْأَصْلُ فِي عِشَاءِ الْمَيْتِ أَلَّا يُقَامَ ابْتِدَاءً، وَإِنْ كَانَ وَلَا بُدَّ فَلْيَكُنْ مِنَ الْأَمْوَالِ الْخَاصَةِ لِمَنْ أَرَادَ إِقَامَتَهُ مَسَايِرَةً لِلْأَعْرَافِ الْفَاسِدَةِ، وَلَا يَكُونُ مِنَ الْمَالِ الْمَتْرُوكِ إِلَّا إِذَا أَدِنَ بِالنَّفَقَةِ مِنْهُ عَلَيْهِ جَمِيعُ الوَرِثَةِ إِذْنًا صَرِيحًا لَا شَكَّ فِيهِ، وَإِلَّا فَإِنَّهُ يُقْتَطَعُ مِنْ نَصِيبِ مَنْ أَدِنَ فَقَط. وَإِذَا كَانَ فِي الوَرِثَةِ قَاصِرٌ لِصِغَرِ سِنِّ أَوْ إِعَاقَةِ عَقْلِيَّتِهِ، فَلَا يَجُوزُ بِحَالٍ أَنْ يُصَرَّفَ مِنْ نَصِيبِهِ عَلَيْهِ؛ إِذْ لَا يُتَصَرَّفُ فِي أَمْوَالِهِمْ إِلَّا لِمَصْلَحَتِهِمْ الْمَحْضَةِ، وَلَا مَصْلَحَةٍ فِي ذَلِكَ، بَلْ إِنَّهُ عَيْنُ الْمَفْسُودَةِ شَرْعًا وَعَقْلًا، مَادَّةٌ وَمَعْنَى.

وفي تَقْدِيرِي لَوْ وُجِدَ الطَّعَامُ الْمَذْكُورُ إِلَى خِصُوصِ الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ، لَكَانَ ذَلِكَ أَحْسَنَ⁴⁶، لَا سِيَّمًا إِذَا مَا قَصَدَ بِهِ أَصْحَابُهُ الصَّدَقَةَ عَلَى الْمَيْتِ؛ فَإِنَّهُ حَيْثُمَا يُعَدُّ

صدقةً وُضِعَتْ في محلِّها المشروع، فينالُ بها المِيتُ أجراً وثواباً. أقولُ هذا؛ لأنَّ العديدَ من الأفاضل الذي يريدون أن يتحرَّروا من هذه العادة السيئة يُجابهون بضغطٍ سائر أفراد الأسرة، وخاصَّةً مَنْ كان منهم كبيراً يحتاج إلى المُرَاعاة، وموقفُ الجنازة ليس موقفٌ إثارةٍ وخصومةٍ، فيكونُ توجيهُ الطعام الذي لا مناصَّ منه إلى المحتاجين بمثابة الحلِّ الوسط.

ويُستأنسُ لهذا التوجيهِ بحديثِ عاصِمِ بْنِ كَلَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ قَالَ: "خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي جَنَازَةٍ، فَرَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ عَلَى الْقَبْرِ يُوصِي الْحَافِرَ: «أَوْسِعْ مِنْ قَبْلِ رِجْلَيْهِ، أَوْسِعْ مِنْ قَبْلِ رَأْسِهِ» فَلَمَّا رَجَعَ اسْتَقْبَلَهُ دَاعِي امْرَأَةٍ فَجَاءَ وَجِيءً بِالطَّعَامِ فَوَضَعَ يَدَهُ، ثُمَّ وَضَعَ الْقَوْمُ، فَأَكَلُوا، فَفَطِنَ آبَاؤُنَا وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَلُوكُ لُقْمَةً فِي فَمِهِ، ثُمَّ قَالَ: «أَجِدْ لَحْمَ شَاةٍ أَخَذْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ أَهْلِهَا»، فَأَرْسَلَتِ الْمَرْأَةُ: قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي أَرْسَلْتُ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ لِشُرْتَى لِي شَاةٍ فَلَمْ أَجِدْ، فَأَرْسَلْتُ إِلَى جَارٍ لِي قَدْ اشْتَرَى شَاةً أَنْ أَرْسِلَ إِلَيَّ بِهَا بِمَنْهَا فَلَمْ يُوَجِدْ، فَأَرْسَلْتُ إِلَى امْرَأَتِهِ فَأَرْسَلَتْ إِلَيَّ بِهَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَطْعِمِيهِ الْأَسَارَى»^{48 49}.

خاتمة:

هذه هي التصرفاتُ غيرُ المشروعةِ في بابِ الميراثِ ممَّا لَحَظْتُهُ على المجتمعِ السُّوفي، وبعد إتمامِ عَرْضِهَا أَجِدُنِي أَخْلُصُ إِلَى النَّتَائِجِ الْآتِيَةِ:

- 1- التزامُ أحكامِ الله تعالى في الموارثِ له المآلُ الحسنُ في الدنيا والآخرة.
- 2- تقاسمُ التركةِ على حسبِ المقاديرِ الشرعيَّةِ وفي وقتٍ مُبَكَّرٍ من وفاةِ المُوَرِّثِ من شأنه أن يُجَنَّبَ الأسرةَ الوقوعَ في عاملٍ أساسٍ من عواملِ القطيعةِ بين أفرادها.
- 3- خلِّي المرأةَ الميِّتةَ ومجوهراتها شأنه شأنُ سائرِ التَّرَكَاتِ؛ فلا تنفردُ به نساءُ آلِ بيتها، وإنما يُقسَّمُ على سائرِ ورثتها ذكوراً وإناثاً حسبِ أنصبتهم الشرعيَّةِ.

- 4- المرأة لها ذمّة ماليّة مستقلّة وحقّ مفروض في تركة من تُدلي إليه بنسبٍ أو نكاح؛ فلا يجوز لأحد أن يحرّمها منه لا بسيف الاستيلاء، ولا بسياط الاستحياء.
- 5- من أسهم في تنمية مال الميت، ولم يستوف حقه منه في حياته، ولم يتبرّع به، وجب تقديره بالاستعانة بالثقات من الخبراء بالمال المعين، وتمكينه منه قبل تقسيم التركة، ثم يشارك الورثة في باقيها حسب نصيبه المشروع منها.
- 6- ما يُسمّى بعشاء الميت عادةً مُستقبحةً، فينبغي ألاّ تُقام ابتداءً، وإذا أبى أهله إلا أن يقيموها فلا يجوز أن يُنفق عليها من ماله المتروك إذا كان في الورثة قُصراً، وإذا لم يكونوا فيجب أخذ الإذن الصريح من جميعهم، وأن يُوجّه إلى الفقراء؛ حتى يُعدّ صدقةً ينتفع الميت بأجرها.
- 7- قد تشترك سائر المجتمعات الجزائرية أو العربية أو الإسلامية مع المجتمع الشوّفي في وجود بعض التصرفات غير المشروعة في الموارث أو أكثرها فيها؛ وعليه فإنّه يُمكن لها أن تُفيد من هذا العرض بشكلٍ ما.

الهوامش:

- ¹ - معلوم أن أغلب أحكام الميراث الواردة في كتاب الله تعالى قد جمعت في موضعين اثنين منه: الأول - وهو الأكثر - يتمثل في الآيتين 11 و12 من سورة النساء، والثاني - وهو الأقل - يتمثل في الآية الأخيرة من السورة ذاتها، وهي الآية 176.
- ² - المدة المقصودة هي ما بين 2003م و2016م.
- ³ - لم أعثر فيما اطّلع عليه على دراسات سابقة في الموضوع، إلا ما كان من بعض المواضيع المقتضبة المنشورة على الشبكة العنكبوتية، لعل أهمها "مخالفات تزكّب في حقّ الورثة بقصد حرمانهم من الميراث"، وهو كتّيب من 18 صفحة من القطع الصغير، أعدته الباحثة الحائزة على درجة الماجستير في الفقه المقارن رقية مالك الراوي، عرّضت فيه ما رأت أنّه منتشر من مخالفات في باب الميراث في المجتمع العراقي الذي تنتمي إليه، وقد دارت في مجملها على محور واحد

أساس هو حرمانُ الإناثِ منه. ويلاحظُ على ما أوردته من مخالفاتٍ أن بعضَهُ لا وجودَ له - فيما أعلم - في الجزائرِ عمومًا، ولا في المجتمعِ السُّوفيِّ خصوصًا، كمسألةِ حرمانِ المرأةِ من حقِّها في الصَّدَاقِ المؤجَّلِ من مالِ زوجها المتوفَّى قبلَ تقسيمِ تركته، كما أنه غابَ عن عملها التوثيقُ في حالاتٍ كثيرة، لا سيَّما ما تعلَّقَ بالرجوعِ إلى مصادرِ الحديثِ النبويِّ وأمّهاتِ الفقهِ الإسلاميِّ.

⁴ - من أوجهِ خطورةِ التصرفاتِ غيرِ المشروعةِ في بابِ الموارثِ أنها تُؤثِّرُ في علاقاتِ الأقاربِ تأثيرًا بالغًا؛ حيث تُؤدِّي في حالاتٍ عديدةٍ إلى تقطيعِ الأرحامِ، حتى إنَّ بعضَ الأسرِ تنشرُ غسلها في قاعاتِ المحاكمِ ومواطنِ التقاضي.

⁵ - يُفصِّدُ بآيةِ الميراثِ هنا الآيتانِ 11 و12 من سورةِ النساءِ. ينظر: المباركفوري، تحفة الأحمدي، 224/6.

⁶ - كان هذا الأمرُ النبويُّ تطبيقًا لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء: 11]، وقوله: ﴿فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ﴾ [النساء: 12].

⁷ - أي: بالعضوبة. ينظر: المباركفوري، تحفة الأحمدي، 224/6.

⁸ - رواه الترمذي في سننه، أبواب الفرائض، باب ما جاء في ميراث البنات، حديث رقم: 2092، 485/3. قال الترمذي: "هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ".

⁹ - أظهرُ الأقوالِ في معنى الكلالَةِ أنها من لا وَلَدَ لَهُ وَلَا وَالِدَ، حتى حُكِيَ الإجماعُ في ذلك. ينظر: النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، 58/11.

¹⁰ - رواه مسلم في صحيحه، كتاب الفرائض، باب ميراث الكلالَةِ، حديث رقم: 4230، 60/5.

¹¹ - ابن الجوزي، صفة الصفوة، 439/4.

¹² - المصدرُ نفسه، 440/4.

¹³ - عَمْرَةُ بِنْتُ رَوَاحَةَ هِيَ أُمُّ التُّغَمَانِ وَزَوْجُهُ بِشِيرِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَ جَمِيعًا. ينظر: القسطلاني، إرشاد الساري، 345/4.

¹⁴ - رواه البخاري في صحيحه، كتاب الهبةِ وَفَضْلِهَا، بابُ الإِشْهَادِ فِي الْهَبَةِ، حديث رقم: 2447، 914/2.

¹⁵ - اقتبسْتُ هذا التعبيرَ من كلامِ منسوبٍ إلى أبي حامدِ الغزاليِّ يقولُ فيه: "الغضبُ نُوغانٌ: غَضْبٌ اشتيلاءً، وَغَضْبٌ اشتيحاءً؛ فَغَضْبُ الْاِشْتِيَاءِ أَخْذُ الْأَمْوَالِ عَلَى جَهَةِ الْاِشْتِيَاءِ وَالْقَهْرِ وَالْغَلْبَةِ، وَغَضْبُ الْاِشْتِيَاءِ هُوَ أَخْذُهُ بِنَوْعٍ مِنَ الْحَيَاءِ ... وَهُمَا حَرَامَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْإِكْرَاهِ عَلَى أَخْذِ

الأموال بِالسَّيَاطِ الطَّاهِرَةِ، وَبَيَّنَ أَخْذَهُ بِالسَّيَاطِ الْبَاطِنَةِ". ينظر: ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، 112/4.

¹⁶ - المصدر نفسه، 30/3.

¹⁷ - رواه أحمد في مسنده، حديث رقم: 21082، 560/34. قال مُحَقِّقُو الْمَسْنَدِ شَعِيبُ الْأَنْوَاطِ وَمَنْ مَعَهُ: "صَحِيحٌ لغيره".

¹⁸ - ذَكَرْتُ الْوَارِثَاتِ مِنَ النِّسَاءِ فِي هَذَا السِّيَاقِ وَفَقَّ التَّرْتِيبِ الَّذِي جَاءَ فِي آيَاتِ الْمَوَائِثِ مِنْ سُورَةِ النِّسَاءِ؛ فَقَدْ فَرَضْتُ مِيرَاثَ الْبِنْتِ فِي صَدْرِ الْآيَةِ (11)، ثُمَّ مِيرَاثَ الْأُمِّ فِي الْآيَةِ نَفْسِهَا، ثُمَّ مِيرَاثَ الزَّوْجَةِ فِي صَدْرِ الْآيَةِ (12)، ثُمَّ مِيرَاثَ الْأَخْتِ لِأُمِّ فِي الْآيَةِ ذَاتِهَا، وَأَخِيرًا مِيرَاثَ الْأَخْتِ الشَّقِيقَةِ وَالَّتِي هِيَ لِأَبٍ فِي الْآيَةِ (176). يُنْظَرُ فِي التَّمْيِيزِ بَيْنَ أَنْوَاعِ الْأَخْوَاتِ عَلَى النِّحْوِ الَّذِي ذَكَرْتُهُ رَغْمَ أَنَّ الْقُرْآنَ أَطْلَقَ فِيهِنَّ وَلَمْ يَقْيِدْ: الْقُرْطُبِيُّ، الْجَامِعُ لِأَحْكَامِ الْقُرْآنِ، 78/5.

¹⁹ - مِنَ اللَّطَائِفِ الَّتِي يَحْسُنُ إِثْبَاتُهَا فِي هَذَا السِّيَاقِ تَرَكُّهُ أَحَدِ شُهَدَاءِ الثَّوْرَةِ التَّحْرِيرِيَّةِ الْمُبَارَكَةِ؛ إِذْ مَا عَرَّضْتُ لِتَقْسِيمِهَا إِلَّا فِي نِهَآيَةِ الْعُشْرِيَّةِ الْأُولَى مِنَ الْأَلْفِيَّةِ الثَّلَاثَةِ لِلْمِيلَادِ، أَيَّ بَعْدَ زُهَاءِ خَمْسِينَ سَنَةً مِنْ وَفَاتِهِ، وَحِينَهَا وَجَدْنَا عَدَدًا مِنْ وَرَثَتِهِ وَوَرَثَتِهِ قَدْ انْتَقَلَ إِلَى الدَّارِ الْآخِرَةِ.

²⁰ - الْمُنَاسَخَاتُ جَمْعٌ مُنَاسَخَةٍ، وَهِيَ أَنْ يَنْتَقِلَ نَصِيبُ بَعْضِ الْوَرَثَةِ بِمَوْتِهِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ إِلَى مَنْ يَرِثُ مِنْهُ. ينظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 801/6.

²¹ - ينظر: فهد بن سزيح النعيمي، صلة الرحم ضوابط فقهية وتطبيقات معاصرة، ص 62.

²² - مِنَ الْحَالَاتِ الْمَوْسُفَةِ الَّتِي يَتَأَكَّدُ فِيهَا حُصُولُ الْقَطِيعَةِ وَاقِعًا أَنْ يَكُونَ الْمُتَهَكِّمُ قَدْ كَانَ صَغِيرًا يَوْمَ وَفَاةِ أَبِيهِ الْمُورَثِ، وَيَكُونُ الْمُتَهَكِّمُ مِنْهُ هُوَ أَخُوهُ الْكَبِيرُ الَّذِي أَشْرَفَ عَلَى كِفَالَتِهِ وَرِعَايَتِهِ، إِلَّا أَنْ الصَّغِيرَ الَّذِي كَثُرَ حَالُ الْقِسْمَةِ لَا يُرَاعَى مَا ذُكِرَ.

²³ - هَذَا مَا رَجَّحَهُ الْأَسَاتِذُ الدُّكْتُورُ أَحْمَدُ الْحَجِّي الْكُرْدِيُّ فِي بَحْثٍ لَهُ بِعَنْوَانِ "زَكَاةِ الْمَالِ الْمُورَثِ وَهُوَ مَجْهُولُ النُّوعِ وَالْمَقْدَارِ" بَعْدَ أَنْ عَرَّضَ فِيهِ آرَاءَ الْمَذَاهِبِ الْفَقْهِيَّةِ الْأَرْبَعَةِ وَبَعْضَ فَتَاوَى هَيْئَاتِ وَلِجَانِ شَرْعِيَّةٍ، أَخَذْتُهُ مِنْ مَوْقِعِ "شَبْكَةِ الْفَتَاوَى الشَّرْعِيَّةِ" يَوْمَ: 27-02-2016م، فِي السَّاعَةِ: 11:30، مِنَ الصَّفْحَةِ الْآتِيَةِ:

<http://www.islamic-fatwa.com/library/article/764>

²⁴ - هَذَا هُوَ رَأْيُ الْمَالِكِيَّةِ. ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 458/1. وَبِهِ أَفْتَتِ "اللَّجْنَةُ الدَّائِمَةُ لِلْبَحْثِ الْعِلْمِيَّةِ وَالْإِفْتَاءِ" بِالْمَمْلَكَةِ الْعَرَبِيَّةِ السُّعُودِيَّةِ مُمَثَّلَةً فِي الْمَشَايخِ: عَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ بَازٍ

وعبد العزيز آل الشيخ وبكر أبو زيد. ينظر فتوى رقم: 20362، أخذتها يوم: 08-08-2016م، في الساعة: 06:00، من موقع "الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء" على الشبكة العنكبوتية، من الصفحة الآتية:

<http://www.alifta.net/fatawa/fatawaDetails.aspx?BookID=3&View=Page&PageNo=4&PageID=13279&language=>

²⁵ - هذا قولٌ عند الحنفيّة؛ فقد جاء في بعض فروعهم لو أنّ رجلاً ورث عن أبيه ألف درهم فأخذها بعد سنين فلا زكاة عليه لما مضى في قول أبي حنيفة، وعليه الزكاة لما مضى في قول القاضي أبي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني. ينظر: السرخسي، المبسوط، 41/3. وبه أفتت الهيئة الشرعية لبنت الزكاة في الكويت كما نقل عنها أحمد الحجي الكردي في بحثه السابق "زكاة المال الموروث".

²⁶ - قد تتطلب إجراءات التقسيم الرسمي ونقل الملكية الموثقة شيئاً من الوقت؛ فيكون التأخير عندئذٍ موضوعياً. أو قد تكون وفاة المورث مفاجئة، وربما إثر حادث أليم؛ بحيث يكون الكلام عن تقسيم تركته في الأيام الأولى مُحرجاً، ولعلّ أوسط حلوله التي تراعى فيها نفسيات أقرب الناس إليه ويقدر فيها شعورهم بعظيم المصاب أن يؤقت بانتهاء عدة زوجته كأجر أجل.

²⁷ - يدخل في حكمهم أولاده الصغار الذين منعمهم صغرهم من الإسهام في تنمية ماله، أو الذين تفرغوا لطلب العلم، أو الذين ابتلوا بإعاقات حجزتهم عن العمل، أو الإناث الماكثات في بيته أو في بيوت أزواجهن.

²⁸ - في الغالب نجد أنّ الذي يقوم بالفعل المشار إليه الذكور، لكن قد تقوم به بعض الإناث أحياناً إذا كنّ من ذوات المال.

²⁹ - في حالة التعديلات الكبيرة التي يقوم بها بعض أولاده في بيته يُسمي لهم بقدرها ملكية فيه؛ كأن يجعل للمغني ثمنه أو سدسه أو خمسته، مع التوثيق الرسمي له.

³⁰ - رواه البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد، باب فضل الجهاد والسير، حديث رقم: 2630، 1025/3.

³¹ - قلت هذا؛ لأنّ الصنيع المذكور فيه نوع رياءٍ ومنّ بالعمل الصالح وقطع له بعد أن تطوع به لوالده. ينظر: ابن عاشور، التحرير والتنوير، 128-127/26.

³² - بعض الآباء عندما يطالبه أبنائه المتفرغون معه بتسمية حقوقهم المادية، يأنف من أن يكون ولده نداءً له في شركة، ولا يملكه من حقه كأجير؛ مخافة أن يصبح له مال خاص فيستقل عنه به. وفي حالات عديدة لا يستطيع الولد المتفرغ أن يطالب أباه بحقه منه رغم أنه متشوق إليه، ولا يريد أن يتطوع به؛ رهبةً منه، أو تمثلاً لصورة من صور البر به، وهي ألا يفعل ما من شأنه أن يُخرجه بوجه ما. والنتيجة الحتمية فيما كل ما سبق ضياع حق الولد من أبيه.

³³ - لقوله تعالى: ﴿فَأَسْأَلُ بِهِ خَيْرًا﴾ [الفرقان:59]، وقوله أيضاً: ﴿إِنْ خَيْرٌ مِّنْ اسْتَأْجَزْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾ [القصص:26]. ينظر في الاستدلال على الفكرة أعلاه بهاتين الآيتين: ابن عاشور، التحرير والتنوير، 61/19 و105/20.

³⁴ - استندت في تحرير هذا العنصر إلى تقرير للعدوي نقله عنه الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير؛ حيث قال: "لو عمل أولاد رجل في ماله في حال حياته معه أو وخدمهم، ونشأ من عملهم غلة كانت تلك الغلة للأب، وليس للأولاد إلا أجرة عملهم يدفعها لهم بعد محاسبتهم بتفقيهم وزواجهم إن زوجههم، فإن لم تف أجزئهم بذلك رجع عليهم بالباقي إن لم يكن تبرع لهم بما ذكر من التفقة والزواج، وهذا إن لم يكن الأولاد يبينوا لأبيهم أولاً أن ما حصل من الغلة لهم أو يبينه ويبيته، وألا عمل بما دخلوا عليه. وفور أيضاً أنه إذا اتجر بغض الورثة في التركة فما حصل من الغلة فهو تركة، وله أجرة عمله إن لم يبين أولاً أنه يتجر لنفسه، فإن بين أولاً كانت الغلة له والخسارة عليه، وليس للورثة إلا القدر الذي تركه مورثهم". ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 465/3.

كما استأنست بفتوى طويلة لعليش في رجل له أموال حركها أولاده ثم أرادوا أن يقاسموا فيها؛ فإنه مما قال في فتواه: "لا يجابون لمقاسمة أبيهم في أمواله وأطيانه، بل جميع أمواله وأطيانه له وحده، ثم ينظر لعادة أهل بلدهم؛ فإن كانت جارية بالمسامحة بين الرجل ومن يكتسب معه من أولاده في التكبس والتفقة، حمل الجميع على التبذع، فهو متبرع بما أنفق عليه وما غرمه عنهم، وهم متبرعون بعملهم معه، فلا يرجع عليهم بشيء مما أنفق عليهم، ولا مما غرمه عنهم، ولا يرجعون عليه بشيء من أجرة عملهم. وإن كانت جارية بالمساحة والمحاسبة فيما ذكر، حاسبهم بما أنفق عليهم وما غرمه عنهم بعد بلوغهم وقدرتهم على الكسب، وحاسبوه بأجرة عملهم بنظر أهل المعرفة؛ فإن تساوت فلا رجوع له عليهم ولا لهم عليه، وإن زاد أحدهما رجع من له الزيادة بها أيًا كان. كما أفتى بذلك شيخ مشايخي خاتمة المحققين أبو محمد الأميرو وقد سئل عن الرجل

يَتَكَسَّبُ مَعَهُ بَعْضُ أَوْلَادِهِ، ثُمَّ يَمُوتُ الرَّجُلُ، هَلْ يَخْتَصُّ الْمُتَكَسِّبُ بِشَيْءٍ مِنَ التَّرَكَةِ؟ وَنَصُّ الْجَوَابِ: الْعَادَةُ مُحَكَّمَةٌ فِي ذَلِكَ؛ فَإِنْ كَانَ الْعُرْفُ فِي ذَلِكَ مَبْنِيًّا عَلَى الْمُسَامَحَةِ بَيْنَ الرَّجُلِ وَمَنْ يَكْتَسِبُ مَعَهُ، فَهُوَ مِنْ نَاحِيَةِ التَّبَرُّعِ فِي مُعَاوَنَةِ الْأَبِ، فَلَا يَخْتَصُّ بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ بِشَيْءٍ، وَإِلَّا حَاسِبٌ بِحَسَبِ تَكْسِبِهِ يَنْظُرُ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ...". تُنظَرُ الْفَتْوَى بِتَمَامِهَا: عَليش، فَتْحُ الْعَلِيِّ الْمَالِكِ، 159/2. وفيه فتوى مشابهة في ص 160 من الجزء نفسه.

³⁵ - ذَكَرَ الصَّنَعَانِيُّ أَنَّ هَذَا عُرْفٌ مَوْجُودٌ فِي عَدَدٍ مِنَ الْبِلَادِ الْإِسْلَامِيَّةِ. يَنْظُرُ: الصَّنَعَانِيُّ، سَبِيلُ السَّلَامِ، 217/2..

³⁶ - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 240/2. ومثل المنقول عن الحنفية جاء في سائر المذاهب الثلاثة. ينظر: الحطاب، مواهب الجليل، 228/2. وابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، 207/3. والبهوتي، كشاف القناع، 149/2.

³⁷ - النياحة هي رفع الصوت بالندب بتعدد شمائل الميت، ولو بغير بكاء، ولا شق جيب. وهي تُعَدُّ مِنَ الْكِبَائِرِ؛ لِأَنَّ مَنْ نَاحَ فَقَدْ كَفَرَ نِعْمَةً اللهُ؛ حَيْثُ لَمْ يَرْضَ بِقَضَائِهِ وَهُوَ الْمُخَيِّ الْمُمَيَّتِ. ينظر: المناوي، فيض القدير، 195/1.

³⁸ - رواه أحمد في مسنده، حديث رقم: 6905، 505/11. قال مُحَقِّقُو الْمَسْنَدِ شَعِيبُ الْأَنْوُوطِ وَمَنْ مَعَهُ: "حَدِيثٌ صَحِيحٌ".

³⁹ - ينظر: المباركفوري، تحفة الأحوذى، 67/4.

⁴⁰ - أي: جاءهم ما يمنعونهم من الحزن على ميتهم عن تهيئة الطعام لأنفسهم، فيحصل لهم والضرر وهم لا يشعرون، فأقتضى ذلك أن يتكلف لهم عيشهم، ثم إذا صنع بعض أقاربهم أو جيرانهم لهم ما ذكروا سنن أن يُلِحَّ عَلَيْهِمْ فِي الْأَكْلِ؛ لِئَلَّا يَضَعُفُوا بِتَرْكِهِ اسْتِحْيَاءً، أَوْ لِقَرْطِ جِرْعٍ. ينظر: المباركفوري، تحفة الأحوذى، 67/4.

⁴¹ - رواه الترمذي في سننه، أبواب الجنائز، باب ما جاء في الطعام يُصَنَعُ لِأَهْلِ الْمَيِّتِ، حديث رقم: 998، 314/2. قال الترمذي: "هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ، وَقَدْ كَانَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ يَسْتَحِبُّ أَنْ يُوجَّهَ إِلَى أَهْلِ الْمَيِّتِ شَيْءٌ لِيُغْلِبَهُمُ بِالْمُصِيبَةِ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ".

⁴² - حاشية السندي على سنن ابن ماجه، 490/1. وإنما اختلفت بعض ألفاظ الحديث المشروحة عمًا في حديث جرير رضي الله عنه الذي في مسند أحمد؛ لِأَنَّ السَّنَدِيَّ اعْتَمَدَ عَلَى رِوَايَةِ ابْنِ مَاجِهَ الَّتِي يَشْرَحُهَا، وَلَفْظُهَا: "كُنَّا نَرَى الْاجْتِمَاعَ إِلَى أَهْلِ الْمَيِّتِ وَصُنْعَةَ الطَّعَامِ، مِنْ النِّيَاحَةِ". رواه ابن ماجه

في سننه، أبواب الجنائز، باب ما جاء في النهي عن الاجتماع إلى أهل الميت وصنعة الطعام، حديث رقم: 1612، 538/2.

⁴³ - قُلْتُ هذا؛ لأنَّ بعضَ الورثة قد يُخْرِجُهُمْ غَيْرُهُمْ بِالْمُؤَافَقَةِ بِطَرِيقَةٍ أَوْ بِأُخْرَى، وَرَبَّمَا اعْتَبَرَ سَكَوَتَهُمْ مُؤَافَقَةً، خَاصَّةً وَأَنَّ جَوَّ الْمُصِيبَةِ وَالْعِزَاءَ مَعَ تَجَدُّدِ الْعَادَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْمَجْتَمَعِ قَدْ لَا يُسْعِفُهُ بِاتِّخَاذِ مَوْقِفِ الرَّفْضِ رَغْمَ عَدَمِ رِضَاةٍ. كَمَا أَنَّ بَعْضَ الْوَرِثَةِ قَدْ يَكُونُ غَائِبًا، فَيَتَصَرَّفُ الْمَشْرِفُ عَلَى النِّفْقَةِ عَلَيْهَا مِنَ التَّرَكَةِ دُونَ انْتِظَارِهِ أَوْ الرَّجُوعِ إِلَيْهِ.

⁴⁴ - الفاري، مرقاة المفاتيح، 1241/3.

⁴⁵ - ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 153/5. والحطاب، مواهب الجليل، 72/5. والخطيب الشريبي، مغني المحتاج، 152/3. والبهوتي، كشف القناع، 447/3. والموسوعة الفقهية الكويتية، 198/43.

⁴⁶ - ينظر: الفاري، مرقاة المفاتيح، 3832/9.

⁴⁷ - النَّقِيعُ هُوَ مَوْضِعٌ قَرِيبٌ مِنَ الْمَدِينَةِ يُبَاغُ فِيهِ الْغَنَمُ. يَنْظُرُ: الْعَظِيمُ أَبَادِي، عُونَ الْمَعْبُودِ، 129/9.

⁴⁸ - مِمَّا يَسْتَفَادُ مِنَ الْحَدِيثِ أَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُوجَدْ صَاحِبُ الشَّاةِ لَيْسَتْ جِلْوًا مِنْهُ؛ فَإِنَّ امْرَأَتَهُ بَاعَتْ شَاتَهُ مِنْ دُونِ إِذْنِهِ، وَكَانَ الطَّعَامُ فِي صَدَدِ الْفَسَادِ، وَلَمْ يَكُنْ بَدًّا مِنْ إِطْعَامِ الْأَشْرَى رَغْمَ أَنَّهُمْ كَفَارٌ، فَأَمَرَ بِإِطْعَامِهِمْ؛ إِذْ إِنَّ الْغَالِبَ فِيهِمْ أَنَّهُمْ فَقَرَاءٌ، وَقَدْ لَزِمَهَا قِيَمَةُ الشَّاةِ بِإِتْلَافِهَا، وَوَقَعَ هَذَا الْإِطْعَامُ تَصَدُّقًا عَنْهَا. يَنْظُرُ: الْعَظِيمُ أَبَادِي، عُونَ الْمَعْبُودِ، 130/9.

⁴⁹ - رواه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب اجتناب الشُّبُهَاتِ، حديث رقم: 3332، 221/5. قال محققا السنن شعيب الأرناؤوط ومحمد كامل قره بللي: "إسناده قوي من أجل عاصم بن كليب -وهو ابن شهاب-؛ فهو وأبوه صدوقان لا بأس بهما".

تحقيق المناط في التورق المصرفي المنظم في ضوء مقاصد الشريعة

بقلم

أ / بوكة بدادي*



المخلص

يكمن موضوع المقال في مدى مراعاة مقاصد الشريعة في المجال الاقتصادي والعمل المصرفي الإسلامي، وهذا بالنظر لأهمية هذا النشاط في تلبية الحاجات المادية والمالية، فأصبح من اللازم التعرف على أهم الوسائل التمويلية التي تتعامل بها مؤسسات الصيرفة الإسلامية، ثم عرضها على ميزان الشرع وهدى المقاصد.

فكان موضوع التورق المصرفي المنظم باعتباره أبرز الأدوات التي تعرفها الساحة المالية المصرفية الإسلامية محور هذا المقال، وذلك لبيان حقيقته وحكمه.

الكلمات المفتاحية: تحقيق المناط - التورق المصرفي المنظم - مقاصد الشريعة الإسلامية.

* باحثة في الطور الثالث (الدكتوراه) - إشراف الأستاذ الدكتور : أبو بكر لشهب - معهد العلوم الإسلامية - الوادي - الجزائر.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد الأولين وخاتم النبيين المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه أجمعين ومن سار على دربهم إلى يوم الدين.

وبعد:

فمن المعلوم أنّ الهدف الذي وُجِدَ لأجله المؤسسات المالية الإسلامية هو تلبية حاجات الناس عن طريق ادخار أموالهم واستثمارها وفق صيغ شرعية كالمضاربة والمشاركة والاستصناع. في محاولة منها للإسهام في تطهير المجتمع من المعاملات المحرمة.

والناظرُ للواقع اليوم يجده في تغير مستمر موازاة للتطورات العلمية والتقنية الهائلة في مختلف الميادين الاجتماعية والسياسية والاقتصادية.

ولأجل السير في فلك هذا التطور، خصوصا مع احتدام المنافسة مع البنوك التقليدية، كان لزاما على المصارف الإسلامية الاستمرار في تجديد صيغ التمويل، إما بالتعديل في صيغ كانت موجودة من قبل، أو ابتكار صيغ تمويلية جديدة.

وللوصول للهدف المنشود، أوجِدَ صيغا عديدة أدخلتها في مؤسساتها، ولعل من أبرزها ما يُعرف اليوم بالتورق المصرفي المنظم، والذي عرف تضاربا كبيرا في بيان حكمه، ممّا أدى بالكثير في التشكيك في مدى مصداقية المؤسسات المالية الإسلامية وفي وسائلها التمويلية.

ومن هنا جاء هذا البحث ليلسط الضوء على حقيقة هذه المعاملة التمويلية محاولة منه بناء صورة واضحة له وفق مقاصد الشريعة.

ومن هذا المنطلق تبقى مسألة مدى تحقيق المصارف الإسلامية لمقاصد الشريعة في المال من خلال التورق المصرفي مشكلة بحثية تحتاج إلى بيان. ولعل الغاية المرجوة من موضوع البحث، هي استجلاء القول الراجح في التورق المصرفي من خلال تحقيق مناطه.

لذلك كان لزاما الرجوع إلى المصادر الأصولية والفقهية المختلفة، فضلا عن الدراسات والأبحاث الحديثة حول التورق المصرفي. وبناءً على الإشكالية المطروحة، والهدف المرجو تحقيقه، جاءت هيكلية الموضوع في مبحثين بعد المقدمة، حيث عرف المبحث الأول الحديث عن حقيقة تحقيق المناط وأهم ضوابطه، أما المبحث الثاني فكان الحديث فيه عن تطبيق تحقيق المناط على التورق المصرفي. ليخلص البحث في آخره إلى مجموعة من النتائج والتوصيات.

المبحث الأول حقيقة تحقيق المناط

المطلب الأول تعريف تحقيق المناط

1. تعريف تحقيق المناط باعتبار مفردات المعرف:

المصطلح يشتمل على: التحقيق، المناط.

1. 1- التحقيق:

التحقيق في اللغة: مصدر الفعل حَقَّقَ، يقال: حَقَّقْتُ الأَمْرَ وَأَحَقَّقْتُهُ إِحْقَاقًا، إذا كنت على يقين منه، ويأتي لمعان أخرى منها: الإحكام، التثبيت، وإيجاب الشيء¹.

والتحقيق في الاصطلاح: بما أن علماء أصول الفقه لم يضعوا تعريفا خاصا بالتحقيق فيمكن تعريفه بأنه: "الاجتهاد في الوصول إلى حقيقة الشيء".

2. 1- المناط

المناط في اللغة: مصدر نوط، والنون والواو والطاء أصل صحيح يدل على تعليق شيء بشيء².

والمناط في الاصطلاح: لا يوجد معنى اصطلاحى محدد للمناط، وبذلك فهو لا يخرج عن معناه اللغوي³.

2. تعريف تحقيق المناط باعتباره علما ولقبا:

لم تكن تعريفات الأصوليين لتحقيق المناط على وزن واحد، فكل عرفه على حسب مفهومه لمعنى المناط فكانت معانيه بين التضييق والتوسيع⁴، وبعد دراسة هذه التعاريف ظهر لي - والله أعلم - وجهة التعريف الآتي: تحقيق المناط هو: " أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي لكن يبقى النظر في تعيين محله"⁵.

فتحقيق المناط عند الإمام الشاطبي - رحمه الله - هو تحقيق متعلق الحكم والتأكد من وجوده في الأعيان والأشخاص⁶، فيكون بذلك منهج بحث عن محل صالح للحكم.

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله -: " لفظ الربا فإنه يتناول كل ما نهى عنه من ربا النساء و ربا الفضل؛ والقرض الذي يجز منفعة وغير ذلك فالنص متناول لهذا كله؛ لكن يحتاج في معرفة دخول الأنواع والأعيان في النص إلى ما يستدل به على ذلك وهذا الذي يسمى: تحقيق المناط"⁷.

وإذا كان تطبيق تحقيق المناط يتعلق بالوقائع والأفراد، فهذا يستوجب وضع ضوابط للتأكد من مدى صلاحية المحل للحكم ومدى تحققه في هذه الوقائع والأفراد، وهو ما سيُعرف في المطلب الموالي.

المطلب الثاني ضوابط تحقيق المناط

إن إنزال الأحكام عموماً والأحكام الخاصة بالمعاملات المالية خصوصاً على الواقع تتعلق به ثمرات التشريع الإسلامي كله، وتتحقق به مقاصده⁸، يقول مؤلف كتاب المقاصد العامة للشريعة الإسلامية: " وما من حكم شرعي إلا وهو يحقق مصلحة أساسها المحافظة على النفس، أو العقل، أو الدين، أو النسل، أو المال... ولا يمكن أن يكون حكم شرعي إلا وهو متجه إلى ناحية من هذه النواحي"⁹، لذا فإن تحقيق المناط يحافظ على هذه المقاصد ويضمن أن هذه الأحكام موصلة إلى غاياتها.

ولا يفوت في هذا المقام التذكير بأن المعاملات المالية مبنية على اعتبار المقاصد والمصالح، وفي تقرير هذا المبدأ يقول الإمام ابن العربي - رحمه

الله- في مقام تفسيره للآية: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ»¹⁰: " هذه الآية، من قواعد المعاملات، وأساس المعاوضات ينبنى عليها، وهي أربعة: هذه الآية، وقوله تعالى: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا»¹¹، وأحاديث الغرر، واعتبار المقاصد والمصالح"¹².

ولذا كان لزاما وضع ضوابط تراعى عند تنزيل المسألة على أرض الواقع، وأبرز هذه الضوابط ما يلي:

أولاً- الفهم:

يقول الإمام ابن القيم-رحمه الله:- " ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم: أحدهما فهم الواقع والفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علما.

والنوع الثاني فهم الواجب في الواقع؛ وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر"¹³.

فتحقيق المناط هو: تشخيص القضية من حيث الواقع، إن كانت عقداً يكون ذلك بالتعرف على مكوناته وعناصره وشروطه، وإن كان الأمر يتعلق بذاتٍ معينة لإصدار حكم عليها كالتقود الورقية، فإن الباحث يجب أن يتعرّض إلى تاريخ العملات، ووظيفتها في التداول والتعامل والتبادل، وما اعترها على مرّ التاريخ من تطور يتعلق بذات النقد، كمعدن نفيس إلى فلوس، أو يتعلق بعلاقته بالسلطة وهي جهة الإصدار أو بالسّلعة والخدمات، وهذه هي مرحلة التكييف والتوصيف التي يعبر عنها بتحقيق المناط عند الأصوليين؛ لأنه تطبيق قاعدة متفق عليها على واقع معين أو في جزئية من آحاد صورها¹⁴.

إذا فمرحلة فهم الواقع لا غنى عنها للفقيه، وذلك لأن الحكم عن الشيء فرع عن تصوره.

ثانياً- العلم بمقاصد الشريعة:

يتضمن هذا الضابط الحديث عن أسس ثلاثة وهي:

- 1- مراعاة قصد الشارع وقصد المكلف.
 - 2- النظر في المآلات (الموازنة بين المصالح والمفاسد).
 - 3- العلم بمقاصد المعاملات خاصة.
- الضابط الأول: مراعاة قصد الشارع وقصد المكلف.
- "قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع، والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة؛ إذ قد مر أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله، وأن لا يقصد خلاف ما قصد الشارع. ولأن المكلف خُلق لعبادة الله، وذلك راجع إلى العمل على وفق القصد في وضع الشريعة - هذا محصول العبادة-"¹⁵.
- فصار هذا دليلاً على وجوب موافقة قصد المكلف لمقصود الشارع، وإلا بطل عمله، يقول ابن القيم - رحمه الله -: "القصد روح العقد ومصححه ومبطله فاعتبار القصد في العقود أولى من اعتبار الألفاظ فإن الألفاظ مقصودة لغيرها ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها"¹⁶.
- ومن شأن هذا الضابط أن يساعد محقق المناط في الالتزام بمنهجية التحقيق، وتطبيق الأحكام واستعمال الحق دون تعسف أو ترخص، كما يساعده على إحسان الموازنات والترجيحات والاختيارات¹⁷.
- الضابط الثاني: اعتبار مآلات الأفعال
- اعتبار المآل هو: "تحقيق مناط الحكم بالنظر في الاقتضاء التبعية الذي يكون عليه عند تنزيله؛ من حيث حصول مقصده، و البناء على ما يستدعيه ذلك الاقتضاء"¹⁸.
- فاعتبار المآل معناه مراعاة نتائج التصرفات أثناء تنزيل الأحكام وتحقيق مناطاتها، هذا الأمر يجعل تحقيق المناط مرتبطاً بمآل الفعل ونتائجه.
- ومآل الفعل مرتبط بالثمرة المقاصدية للحكم، وذلك لأن المجتهد سيركز نظره عليها لمعرفة ما إذا ستظهر في الواقع أم لا، يقول الإمام الشاطبي - رحمه الله -: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من

الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل¹⁹.

ومنه فإن تحقيق المناط يحتاج إلى النظر في مآلات الأفعال، لأن هذا النظر يحقق حماية مقصدين أساسيين (قصد الشارع، وقصد المكلف).

فحماية قصد الشارع تكون بسد الذرائع ومنع الحيل، وحماية مصالح المكلف تكون بالاستحسان، ومراعاة الخلاف²⁰.

فتحقيق المناط كما قرر الشاطبي يقع في مآلات الأفعال من ناحيتين، فأحيانا يكون سببا في فتح ذريعة²¹، وأحيانا يكون مانعا فيؤدي إلى سد الذريعة²².

إذاً لتطبيق الحكم الشرعي ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار نتائج تطبيق الحكم ومآلاته التي تترتب عليه، وعدم الاكتفاء بما عليه الفعل في الأصل من حيث المشروعية وعدمها، فيكون النظر في كل مسألة على حدة ضمن واقعها وظروفها المحيطة بها.

فقد يكون الفعل مشروعاً بالأصل ولكن تطبيقه قد لا يؤدي إلى المصلحة التي شرع من أجلها فتكون المفسدة أعظم فيمنع تطبيقه سدا للذريعة.

وقد يكون الفعل غير مشروع في الأصل، ولكن تطبيقه على واقعة معينة مفضٍ إلى مصلحة تزيد قوتها عن المفسدة التي تُمنع من أجلها فيُشرع الحكم، وهذا الأمر ما اصطُح عليه العلماء: بالاستحسان، فهو استثناء من الدليل العام على وجه الرخصة²³.

الضابط الثالث: معرفة مقاصد المعاملات المالية

ترجع مقاصد المعاملات المالية إلى المقصد الكلي وهو حفظ المال، يقول الإمام الطاهر بن عاشور - رحمه الله - في كتابه مقاصد الشريعة، حيث قال: "والمقصد الشرعي في الأموال كلها خمسة أمور: رواجها، ووضوحها، وحفظها، وثباتها، والعدل فيها"، كما تحدث قبل هذا المقصد عن التملك والتكسب²⁴.

واستناداً لما قدمه الإمام الطاهر بن عاشور - رحمه الله - في هذا الجانب، يمكن إبراز أهم المقاصد التي تعتمد عليها المالية الإسلامية:

- 1- مقصد وضوح الأموال: أي استقرارها وتميزها عن غيرها وظهورها بالتوثيق بمختلف أنواعه²⁵.
- 2- مقصد رواج الأموال: أي تداولها وتبادلها ودورانها.
- 3- مقصد ثبات الأموال: أي إقرار ملكيتها لأصحابه بوجه لا خطر فيه ولا منازعة.
- 4- مقصد العدل في الأموال: أي حصوله بوجه غير ظالم، إما أن تحصل بعمل مكتسبها، أو بعوض مع مالكها أو تبرع، أو إرث²⁶.

المبحث الثاني تحقيق المناط في التورق المصرفي

إنّ التطورات الحاصلة اليوم في مجال التمويلات الخاصة بالمصارف جعلت المصارف الإسلامية تعمل على التجديد في معاملاتها، وذلك إما باستحداث معاملات جديدة، أو بإدخال بعض التعديلات على معاملات قائمة من قبل.

ومن بين معاملات البنوك الإسلامية ما يعرف بالتورق المصرفي المنظم. فما حقيقته؟ وما رأي العلماء فيه؟ وما مدى تحقق مناط العينة فيه؟
أولا- تصوير المسألة:

1- حقيقة التورق الفقهي:

التورق في اللغة: التورق مصدر تورق، يقال تورق الحيوان: أي أكل الورق، والورق بكسر الزاء المال من الدراهم²⁷ وقيل: الفضة مضروبة أو غير مضروبة²⁸.

فالتورق استعمل عند المتقدمين في طلب النقود الفضية، واستعمل عند المعاصرين في طلب النقود الورقية²⁹.

التورق اصطلاحاً: لم يُعرف هذا المصطلح مستقلاً في كتب الفقهاء عدا الحنابلة فإنهم أكثر من تكلم فيه، قال ابن قفلح: "فيمَن يبيع الشيء بما يجده يباع أيشتره بأقل مما باعه بالنقد قال: لا، ولكن بأكثر لا بأس، ولو احتاج

إلى نقد فاشترى ما يساوي مائة بمائتين فلا بأس، نص عليه، وهي التورق، وعنه: يكره، وحرمه شيخنا³⁰.

وقال ابن تيمية - رحمه الله -: " وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي يَأْخُذُ السَّلْعَةَ فَيَبِيعُهَا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ فَيَشْتَرِيهَا بِمِائَةٍ وَيَبِيعُهَا بِتِسْعِينَ لِأَجْلِ الْحَاجَةِ إِلَى الدَّرَاهِمِ فَهِيَ مَسْأَلَةُ التَّوْرُقِ "³¹.

أما الحنفية فاعتبروه من بيوع العينة المنهي عنها³²، واعتبره المالكية من بيوع الآجال³³، في حين سماه الشافعية بالزرنقة، وقالوا أنها من العينة الجائزة³⁴.

وكخلاصة للمعنى الاصطلاحي للتورق يمكن تعريفه بأنه: شراء السلعة بأجل ثم بيعها إلى آخر - غير صاحبها الأول - بأقل من ثمنها الأول للحصول على النقد حالا.

وبهذا فإن عملية التورق تتم وفق المراحل الآتية:

- 1- وجود أطراف التورق وهما: العميل (المتورق) (طالب النقد)، والبائع الذي يملك السلعة.
- 2- بيع البائع السلعة للمستورق بعقد بيع صحيح وبثمن مؤجل.
- 3- يقوم المتورق ببيع السلعة لطرف ثالث لا علاقة له بالبائع الأول بثمن حال.

حكم التورق الفردي³⁵:

بعد الاطلاع على أهم ما جاء في مسألة التورق الفقهي رأيت نقل فتوى المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، والتي جاء فيها: أولاً: أن بيع التورق هذا جائز شرعاً، وبه قال جمهور العلماء، لأن الأصل في البيوع الإباحة، لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275]، ولم يظهر في هذا البيع ربا لا قصداً ولا صورة، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك لقضاء دين، أو زواج أو غيرهما.

ثانياً: جواز هذا البيع بشروط، بأن لا يبيع المشتري السلعة بثمن أقل مما اشتراها به على بائعها الأول، لا مباشرة ولا بواسطة، فإن فعل فقد وقع في بيع العينة، المحرم شرعاً، لاشتماله على حيلة الربا فصار عقداً محرماً.³⁶

وبالرغم من إجازة المجمع الفقهي الإسلامي للتورق الفردي إلا أنّ الحديث عنه في كتب الفقهاء القدامى غير واضح، والآراء المنسوبة إلى الأئمة في المسألة تحتاج إلى إعادة تخريج.

2- التورق المصرفي المنظم

عرفه المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة من 19-23/10/1424هـ الذي يوافق: 13-17/12/2003م، بأنه: "قيام المصرف بعمل نمطي يتم فيه ترتيب بيع سلعة- ليست من الذهب أو الفضة- من أسواق السلع العالمية أو غيرها، على المتورق بثمن آجل، على أن يلتزم المصرف - إما بشرط في العقد أو بحكم العرف والعادة - بأن ينوب عنه في بيعها لمشتري آخر بثمن حاضر، وتسليم ثمنها للمستورق".

وعرفه مجمع الفقه الدولي في دورته التاسعة عشرة (أبريل 2009م) بأنه: " شراء المتورق سلعة من الأسواق المحلية أو الدولية أو ما شابهها بثمن مؤجل بتولي البائع (الممول) ترتيب بيعها، إما بنفسه أو بتوكيل غيره، أو بتواطؤ المتورق مع البائع على ذلك، وذلك بثمن حال أقل غالباً"³⁷.

من خلال هذين التعريفين يتضح ما يلي:

1- للمعاملة أربعة أطراف: البنك (وسط يرتب بيع السلعة/ بائع نيابة عن المتورق).

2- المتورق: وهو طالب المال.

3- مشتر للسلعة.

4- السلعة³⁸.

5- اتسام المعاملة بالتنظيم من خلال الإجراءات والاتفاقيات التي يقوم البنك بترتيبها، ولذلك سُمي بالتورق المنظم³⁹.

ويمكن تلخيص خطوات التورق المصرفي في:



(المصدر: مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد: 274، 1425هـ-2004م، ص 26)⁴⁰

ثانياً- أقوال العلماء في التورق المصرفي:
بعد الاطلاع على أهم ما كُتب في التورق المصرفي المنظم اتضح أن العلماء فيه على قولين هما:

القول الأول: يرى أصحاب هذا الاتجاه جواز التورق المصرفي، وممن قال به: الدكتور (عبد الله المنيع، وعلي القرعة داغي، ومحمد تقي العثماني...).

القول الثاني: ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى حرمة التعامل بالتورق المصرفي، ويمثل هذا الاتجاه كل من: الدكتور (سامي بن إبراهيم السويلم⁴¹، حسين حامد حسان⁴² وغيرهما...)، وممن ذهب إلى هذا الرأي المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي.

ثالثاً- أدلة الأقوال:

1- أدلة المجيزين:

استدل أصحاب هذا القول بجملته من الأدلة منها:

أ- عموم قوله تعالى: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا» [البقرة: 275]⁴³.

وجه الدلالة: الآية صريحة في حلية كافة البيوع ما لم يرد دليل التحريم، والتورق المصرفي داخل في هذا العموم⁴⁴.

ب- واستدلوا من السنة النبوية بحديث النبي ﷺ: «بِغِ الْجَمْعِ⁴⁵ بِالْذَّرَاهِمِ ثُمَّ ابْتِغِ بِالْذَّرَاهِمِ جَنِيًّا⁴⁶»⁴⁷.

وجه الدلالة: فبعد أن كان البيع على غير طريق السنة أرشد النبي ﷺ إلى ترك الربا والبيع على طريق السنة بقوله: «بِغِ الْجَمْعِ بِالْذَّرَاهِمِ»⁴⁸، فتحریم الشيء قد يكون ناتج عن عدم اتفاق صورته مع الصيغة الشرعية فأخراجه في صورة شرعية يصبح مباحاً⁴⁹.

ت- الحاجة تدعو إلى مثل هذه المعاملة، فليس كل من احتاج إلى مال وجد من يقرضه⁵⁰.

2- أدلة المانعين:

يمكن إجمال أدلة هذا الفريق فيما يلي:

أ- مخالفة التورق المصرفي للقاعدة الشرعية: "الأمر بمقاصدها"، فالهدف من وراء هذه المعاملة هو الحصول على نقد حال بنقد أجل بزيادة، فيكون التورق ذريعة إلى الربا؛ أي مآله في نهاية المطاف إلى الربا⁵¹.

ب- التورق المصرفي صورة من صور العينة، والحيلة الموجودة في العينة والتي من أجلها حُرِّمت موجودة في التورق المصرفي بسبب وجود التواطؤ بين البنك والمتورق، وهو التواطؤ على النقد الحال بالنقد الآجل الأكثر منه⁵².

ت- التورق المصرفي واقع في طائفة النهي عن بيعتين في بيعة⁵³، حيث قال رسول الله ﷺ: «مَنْ بَاعَ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ، فَلَهُ أَوْكُسُهُمَا أَوْ الرِّبَا»⁵⁴.

ث- التورق المصرفي داخل في حديث النهي عن بيع وشرط⁵⁵ «لَا يَحِلُّ سَلْفٌ وَبَيْعٌ، وَلَا شَرْطَانٌ فِي بَيْعٍ...»⁵⁶. والتورق المصرفي يمر بجملة من الشروط منها شرط شراء السلعة من المتورق بثمن، وقبوله بيعها بثمن أقل، وفيه توكيل للبنك بالبيع...

رابعا- الجانب المقاصدي:

من خلال بيان حقيقة هذه المعاملة وبيان حكمها، يتضح مدى منافاتها لمقاصد الشريعة في المعاملات المالية، ويظهر ذلك بجلاء بتطبيق المعايير الآتية:

1- قصد المكلف (الفاعل) وقصد الشارع:

قصد المتورق في التورق المصرفي هو الحصول على النقد (السيولة)، فهنا خالف قصد المكلف قصد الشارع؛ إذ قصد الشارع من عقود البيع هو تلبية حاجات المشتري باستهلاك السلع والاتجار بها، والسلعة في التورق المصرفي لا تهتم المتورق.

ومقاصد الشارع تأخذ ما تؤول إليه وعملية التورق تؤول إلى دراهم قليلة عاجلة بأخرى كثيرة آجلة⁵⁷.

ويمكن تلخيص ما ذهب إليه العلماء في الحكم على التورق المصرفي في المخطط الموالي الذي يوضح الجانب المقاصدي للعملية والذي من خلاله كان الحكم على المعاملة بالجواز من عدمه:



المصدر: ينظر فقه الابتكار المالي، سامر مظهر قنطججي، ص302.

2- مقاصد المعاملات المالية:

أ- مقصد الرواج: إنّ المقصد من الأموال هو تداولها وتبادلها ودورانها، وبما أنّ الغاية الحقيقية للتورق المصرفي ليس السلعة. ممّا يجعله ضعيفا أمام مقصد الرواج ممّا يتسبب في عدم دوران المال وتحريكه للتجارة. فغاياته نقل الأموال من المصرف إلى العميل (المتورق).

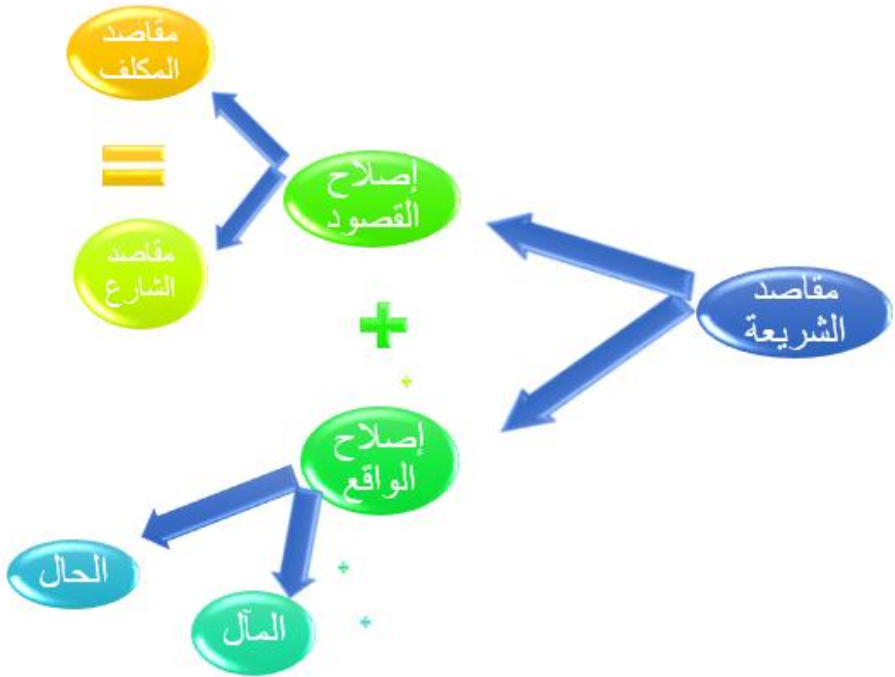
ب- مقصد العدل: تُلزم عملية التورق المصرفي العميل بتحمل جميع المخاطر والالتزامات، وبهذا يقع الضمان عليه وحده دون المصرف، وهذا لا وجه للعدل فيه.

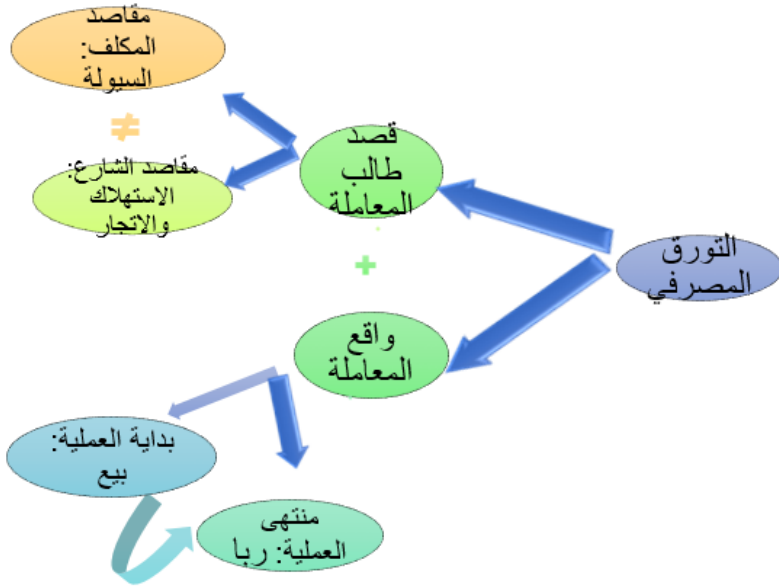
ت- مقصد الوضوح والثبات: القصد من هذا العقد غير واضح فظاهره توكيل في الشراء والبيع، وحقيقته ومآله إقراض ربوي يتضمن التحايل⁵⁸.

خامسا- الترجيح:

من خلال أقوال أهل العلم في المسألة والذي يظهر- والله أعلم- أنّ القائلين بجوازه نظروا إلى العقد نظرة صورية؛ أي ظاهرة بخلاف المانعين فاهتموا بالإرادة الباطنة للمتورق، وبما أنّ العقود تقوم على المقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني، وأنّ عملية التورق ما هي إلا وسيلة للزبا، وما كانت وسيلته تؤدي إلى محرم فالوسيلة محرمة أيضا. فيكون التورق المصرفي محرما.

وكتوضيح أكثر للمسألة يمكن وضع المخططين الآتين:





إذا فتحقيق المناط في المعاملة وفق مقاصد الشريعة يؤول إلى عدم جوازها- والله أعلم- لأنّ واقع المعاملة هو تحايل على الربا فالبيع مجرد وسيلة، وكما قال الإمام الشاطبي- رحمه الله-: "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له؛ فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها؛ فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له؛ فعمله باطل"⁵⁹.

الخاتمة:

في ختام هذا البحث يمكن إبراز أهم النتائج والتوصيات المتوصل إليها:
أولاً- النتائج:

- 1- تحقيق المناط وفق مقاصد الشريعة في المعاملات المالية يساهم في إظهار حقائق وسائل التمويل المعاصرة.
- 2- مسألة التورق الفقهي تحتاج إلى إعادة تأصيل وتخريج.
- 3- التورق المصرفي ظاهره بيع وحقيقته رباً.
- 4- العمل بالتورق المصرفي لا يتوافق مع مقاصد الشريعة في المال.

ثانياً- التوصيات:

- 1- ضرورة إعادة تأصيل مسألة التورق الفقهي.
 - 2- ضرورة تفعيل دور المجامع الفقهية، وأن تكون لها سلطة واسعة على البنوك الإسلامية.
 - 3- ضرورة إيجاد مصادر تمويلية تختلف عما تعرفه البنوك التقليدية وبدون تحايل.
- وفي الأخير أحمد الله أن وفقني لإنجاز هذا البحث على ما فيه من نقائص، وصلّ اللهم على الحبيب محمد ﷺ.

الهوامش:

¹ ينظر ابن منظور، لسان العرب، ط1، القاهرة: دار المعارف، باب: الحاء، مادة: حقق، ص939-940، وأبا الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ت: عبد السلام محمد هارون، بيروت: دار الفكر(1399هـ-1979م)، 19/2.

² ينظر ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 370/5. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ط1، الكويت: مطبعة الموسوعة الفقهية(1407هـ)، مادة: تأيد- حيات، 142./10

³ أي أن المناط متعلق بالحكم؛ أي الأمر الذي علق عليه الشارع الحكم، وبما أن الحكم المعلل بعلّة ما يُعلّق عليها فمن هذا التعليق سُمّيت مناطا. ينظر أيمن صالح، تحقيق معنى العلة، العدد: 25، دبي: دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري(1431هـ-2010م)، ص82-87. و الصفحة التالية التي أخذت منها المعلومة يوم: 2016/04/15 الساعة: 23:15

<http://www.alokab.com/froums/index.php?showtopic=51274>

⁴ للاطلاع على التعريفات ينظر: العكبري: أبو علي الحسن بن شهاب الحسن، رسالة في أصول الفقه، ت: موفق بن عبد الله بن عبد القادر، ط1، مكة المكرمة: المكتبة المكية(1413هـ-1992م)، ص82. الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد، المستصفى، ت: حمزة بن زهير حافظ، د.(ط،ت،م،ن)، 487/3. ابن قدامة: موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، روضة الناظر وجنة المناظر، ط2، مؤسسة الرّيان للطباعة والنشر والتوزيع(1423هـ-2003م)، 145/2. الأمدى: علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، ط1، الرياض: دار الصمعي(1424هـ-2003م)، 379/3. والقرافي: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس، نفائس الأصول شرح المحصول، ت: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، ط1، مكة المكرمة: مكتبة نزار مصطفى الباز(1416هـ-1996م)، 3088/7. الطوفي: نجم الدين أبو الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد، شرح مختصر الروضة، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة(1410هـ-1990م)، 233/3-234. والسبكي: تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن يحيى، الإبهاج شرح المنهاج، بيروت: دار الكتب العلمية(1416هـ-1995م). والأسنوي: جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن، نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول، دار عالم الكتب، 143/4. ابن أمير حاج: أبو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد بن محمد، التقرير والتحجير على تحرير الكمال بن الهمام، ط2، بيروت: دار الكتب العلمية(1403هـ-1983م)، 193/3. والمرداوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، ت: عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، ط1، الرياض: مكتبة الرشد(1421هـ-2000م)، 3451/7. والفتازاني: سعد الدين مسعود بن

عمر، شرح التلويح على التوضيح، مصر: مكتبة صبيح، 154/2. وابن النجار: محمد بن أحمد بن عبد العزيز علي الفتوح، شرح الكوكب المنير، ت: محمد الزحيلي، ونزيه حماد، الرياض: مكتبة العبيكان (1413هـ-1993م)، 201/4. والزرکشي: بدر الدين بن محمد بن بهادر بن عبد الله، البحر المحيط، ط2، القاهرة: دار الصفوة (1413هـ-1992م)، 256/5. والشوکاني: محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ت: أبو حفص سامي بن العرب الأثري، ط1، الرياض: دار الفضيلة (1418هـ-2000م)، 920/2.

⁵ الشاطبي: إبراهيم بن موسى بن محمد أبو إسحاق الغرناطي، الموافقات في أصول الشريعة، ت: عبد الله دراز، مصر: المكتبة التجارية، 90./4
⁶ ينظر العقيل: صالح بن عبد العزيز، تحقيق المناط، مجلة العدل، العدد20، 93/1، السعودية (شوال 1424هـ).

⁷ ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم، مجموع الفتاوى، ت: أنور الباز، عامر الجزار، ط3، المنصورة: دار الوفاء (1426هـ-2005م)، 284.-283/19.
⁸ ينظر فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، ط3، بيروت: مؤسسة الرسالة (1434هـ-2013م)، ص. 12.
⁹ يوسف العالم، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، ص125.

¹⁰ سورة البقرة: 188.

¹¹ سورة البقرة: 275.

¹² ابن العربي: محمد بن عبد الله أبو بكر، أحكام القرآن، ت: محمد عبد القادر عطا، ط3، بيروت: دار الكتب العلمية (1424هـ-2003م)، 137/1.

¹³ ابن القيم: محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط1، المملكة العربية السعودية: دار ابن الجوزي (1423هـ)، 165/2.

¹⁴ عبد الله بن بية، الاجتهاد بتحقيق المناط فقه الواقع والتوقع، ورقة تأطيرية ندوة مستجدات الفكر الحادية عشرة، الكويت (18-20/02/2013م).

¹⁵ الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، 331./2.

¹⁶ ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، 497-496/3.

¹⁷ ينظر فريد شكري، الاجتهاد الفقهي من الاستنباط إلى التنزيل - فقه تحقيق المناط نموذجاً -، مجلة الإحياء، العددان30، 31، ص172، الرباط (ذو القعدة 1430هـ - نوفمبر 2009م).

¹⁸ عبد الرحمن بن معمر السنوسي، اعتبار المآلات ونتائج التصرفات، ط1، المملكة العربية السعودية: دار ابن الجوزي (1424هـ)، ص19.

¹⁹ الشاطبي، الموافقات، 194./4.

- ²⁰ ينظر عبد الحميد العلمي، منهج الدرس الدلالي عند الإمام الشاطبي، المملكة المغربية: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية (1422هـ-2002م)، ص152.
- ²¹ إباحة الأمر الممنوع إذا كان مآله المصلحة الراجحة عن المفسدة المترتبة عن الفعل". عمر جدية، أصل اعتبار المآل بين النظرية والتطبيق، ط1، بيروت: دار ابن حزم (1430هـ-2010م)، ص131.
- ²² ينظر الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، 194/4-211.
- ²³ ينظر عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني، أثر الاختلاف في تحقيق المناط في اختلاف الأصوليين- نماذج دالة قديمة ومعاصرة- ندوة مستجدات الفكر الحادية عشر، الكويت (18-20/02/2013م). وينظر يوسف احميتو، تحقيق المناط تحكيم للقواعد أم تحكم فيها ج2، أخذت يوم 2014/04/24. الساعة: 14: 50. من الصفحة التالية: <http://www.nama-center.com/ActivitieDatials.aspx?Id=93>.
- ²⁴ محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ت: محمد الطاهر الميساوي، ط2، الأردن: دار النفائس (1421هـ-2001م)، ص464.
- ²⁵ عبد الودود مصطفى مرسي السعودي، مقاصد الشريعة وتطبيقاتها في المعاملات المالية المعاصرة، (15-16/06/2010).
- ²⁶ محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص464-477.
- ²⁷ الفيومي: أحمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير في غريب شرح الكبير، بيروت: المكتبة العلمية، 655/2.
- ²⁸ مرتضى الزبيدي: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية.
- ²⁹ سعيد بوهرارة، التورق المصرفي دراسة تحليلية نقدية للآراء الفقهية، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة، الشارقة: الإمارات العربية المتحدة.
- ³⁰ الفروع وتصحيح الفروع، ت: عبد الله بن المحسن التركي، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة (1424هـ-2003م)، 6/316.
- ³¹ البعلي: محمد بن علي بن أحمد بن عمر بن يعلى أبو عبد الله بدر الدين، مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية، تحقيق: محمد حامد الفقى، ط2 الدمام: دار ابن القيم (1406هـ-1986م)، ص327.
- ³² البابر تي: محمد بن محمد بن محمود أكمل الدين أبو عبد الله بن الشيخ شمس الدين بن الشيخ جمال الدين الرومي، العناية شرح اليداية، بيروت: دار الفكر، 212/7.
- ³³ الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، 3/131.

³⁴ الهروي: محمد بن أحمد بن الأزهر الأزهرى أبو منصور، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، ت: محمد جبر الألفي، ط1، الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية(1399هـ)، 1/216.

³⁵ للاطلاع على المسألة بتوسع ينظر: نزيه حماد، في فقه المعاملات المالية المعاصرة، ط1، دمشق: دار القلم(1428هـ-2007م)، ص152، محمد عبد اللطيف محمود البناء، التورق المنظم كما تجرته المصارف الإسلامية ونوافذها في أوروبا. وأحمد محمد لطفي أحمد، الحكم الشرعي للتورق المصرفي، مؤتمر التورق المصرفي والحيل الربوية، جامعة عجلون. سعيد بوهرارة، التورق المصرفي.

³⁶ ينظر مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد12، ص161، (القرار: 5، الدورة: 15، السنة: 1419هـ-1998).

³⁷ قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، (1403هـ-1430هـ/1988م-2009م)، ص415.

³⁸ ينظر محمد عبد اللطيف محمود البناء، التورق المنظم، ص20.

³⁹ ينظر أحمد محمد لطفي أحمد، الحكم الشرعي للتورق المصرفي، ص9.

⁴⁰ نقلا عن مريمت عديلة، ورجال فيروز، التمويل بالتورق المصرفي وآثاره الاقتصادية، ص6.

⁴¹ التورق والتورق المنظم، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، 1424هـ-2002م، مكة المكرمة

⁴² التورق المصرفي المنظم، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة- الشارقة، الإمارات العربية المتحدة.

⁴³ سورة البقرة: 275.

⁴⁴ ينظر أحمد محمد لطفي أحمد، الحكم الشرعي للتورق المصرفي، ص13.

وسعيد بوهرارة، التورق المصرفي، ص14. ومنذر قحف، وعماد بركات، التورق المصرفي في التطبيق المعاصر، ص14.

⁴⁵ الجمع: صنوف من التمر تُجمع، الزمخشري: محمود بن عمر، الفائق في غريب الحديث، ت: علي محمد الجاوي-محمد أبو الفضل إبراهيم، ط2، لبنان: دار المعرفة، 234/1

⁴⁶ الجنب: نوع جيد من الجمع؛ أي نوع جيد من التمور المجموعة، المصدر نفسه، 234/1

⁴⁷ الحديث من رواية أبي سعيد الخدري عن أبي هريرة -رضي الله عنهما-: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اشْتَعَمَلَ رَجُلًا عَلَى خَيْبَرٍ فَجَاءَهُ بِتَمْرٍ جَنِيْبٍ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَكُلْ تَمْرَ خَيْبَرٍ هَكَذَا قَالَ لَا وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا لَنَأْخُذُ الصَّاعَ مِنْ هَذَا بِالصَّاعَيْنِ وَالصَّاعَيْنِ بِالثَّلَاثَةِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَا تَفْعَلْ بَعْجَ الْجَمْعِ بِالذَّرَاهِمِ ثُمَّ

اِتَّبَعِ بِالذَّرَاهِمِ جَنِينًا». أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: البيع، باب: إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه، رقم: [2202-2201/89]، 113/2. وفي كتاب: الوكالة، باب: الوكالة في الصرف والميزان، رقم: [2303-2302/3]، 146/2. وفي كتاب: المغازي، باب: استعمال النبي ﷺ على أهل خيبر، رقم: [4245-4244/39]، 143/3.

⁴⁸ ينظر أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، بيروت: دار المعرفة، 481/4.

⁴⁹ ينظر عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني، أثر الاختلاف في تحقيق المناط في اختلاف الأصوليين، ص30. ومنذر قحف وعماد بركات، التورق المصرفي، ص14. وسعيد بوهراوة، التورق المصرفي، ص14.

⁵⁰ المقال نفسه.

⁵¹ المقال نفسه.

⁵² ينظر سعيد بوهراوة، التورق المصرفي، ص16.

⁵³ أحمد محمد لطفي، الحكم الشرعي للتورق المصرفي، ص15.

⁵⁴ أخرجه أبو داود في سننه، كتاب: البيوع والإجازات، باب: فيمن باع بيعتين في بيعة، رقم: [3461/55]، 476/3. وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب: البيوع، باب: البيع بالثمن إلى الأجلين، رقم: [14629]، 137/8. وابن حبان في صحيحه، كتاب: البيوع، باب: البيع المنهي عنه، رقم: [4974/24]، 347/11. وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب: البيوع، باب: النهي عن بيعتين في بيعة، رقم: [10879/88]، 561/5. والحاكم في المستدرک على الصحيحين، كتاب: البيوع، رقم: [2292]، 52/2. وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: البيوع، باب: الرجل يشتري من الرجل فيقول، رقم: [20834/50]، 120/6.

والحديث حسنه الألباني في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط2، بيروت: المكتب الإسلامي (1405هـ-1985)، 149/5.

⁵⁵ ينظر سعيد بوهراوة، التورق المصرفي، ص16.

⁵⁶ أخرجه الإمام أحمد في مسنده، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنهما -، 253/11. والنسائي في السنن الكبرى، كتاب: البيوع، باب: بيع ما ليس عند البائع، رقم: [6160/61]، 59/6، وباب: شرطان في بيع، 66/6، وكتاب: الشروط، 358/11. والدارقطني في سننه، كتاب: البيوع، رقم: [3073]، 46/4. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب: البيوع، باب: من قال لا يجوز بيع العين الغائبة، رقم: [10419/5]، 438/5. وأبو داود في السنن، كتاب: البيوع، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم: [3504/70]، 495/3. والترمذي في سننه، كتاب: البيوع، باب: بيع ما ليس عندك، رقم: [1234/12]، 527/3.

والحديث قال عنه الترمذي: حسن صحيح، كما حسنه الألباني في الإرواء، 148/5.

⁵⁷ ينظر سامر مظهر قنظقجي، فقه الابتكار المالي بين التثبيت والتهافت، منشورات مركز أبحاث فقه المعاملات المالية الإسلامية، ص302.

⁵⁸ ينظر تفعيل المقاصد الشرعية في المعاملات المالية الإسلامية، صالح بن محمد الفوزان، بحث مقدم إلى الندوة العالمية الخامسة عن الفقه الإسلامي في القرن الحادي والعشرين، قسم الفقه وأصوله، الجامعة الإسلامية العالمية- ماليزيا، 2014م، ص70.

⁵⁹ الموافقات، 333/2.

مدى تأثير النزعة الموضوعية للفقه الإسلامي على القانون المدني الجزائري " الالتزام التعاقدي نموذجاً "

بقلم

أ / حمزة بن خدة *



الملخص

رغم الصبغة اللاتينية للقانون المدني الجزائري، حاول المشرع الجزائري أن يخفف من هذه التبعية بتبني مواقف خالفت نهج القانون النابليوني، تقدمها الأحكام المصبوغة بالصبغة الموضوعية المستقاة من الفقه الإسلامي في الالتزام التعاقدي، ذلك أن الملاحظ من خلال ارتباط هذا النوع من الالتزامات بفكرة الالتزام عامة، أن الموقف من النظريات الكبرى فيه غالباً ما يكون كنتيجة منطقية لموقف المشرع الجزائري من تحديد طبيعة الالتزام بين النظرية الشخصية الفرنسية المشبعة بتقديس الرابطة الشخصية، والأخرى المادية الألمانية، ومن ثمة البحث عن مدى تميز القانون المدني الجزائري في تلك المواقف المنضوية تحت نطاق الالتزام التعاقدي، بتبنيه للنزعة الوسطية الموضوعية المرتبطة بفلسفة الشريعة الإسلامية.

الكلمات المفتاحية: فقه إسلامي - قانون مدني - نزعة موضوعية - التزام تعاقدي.

* أستاذ مساعد أ - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة بشار - الجزائر

مقدمة:

مما تجدر الإشارة إليه بداية، أن المكانة المتقدمة لنظرية الالتزام وأهميتها في الحياة القانونية من الثوابت التي اتفق عليها جل فقهاء القانون المدني¹، ويتجلى ذلك من الناحية العلمية في ترتيبها ونسقتها المنطقي الذي يساهم في بناء الملكات الفكرية القانونية، كما يتضح في مبادئها المرنة التي تسعف القضاء بحلول عملية مسيرة لتطورات التصرفات والوقائع القانونية. وبالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي - أو تقنين نابليون كما يسمى رسمياً² - والذي اعتبر الإطار التشريعي الأشهر تنظيماً لهذه النظرية؛ نجد أنه يولي الالتزامات التعاقدية الحيز الأكبر باعتبارها أهم مصادر الالتزام وأولها. وعلى خطاه سارت القوانين العربية التي حدت حدوه، حينما أفرد القانون المدني المصري العقد بـ 73 مادة، والقانون المدني الجزائري بـ 70 مادة.

إلا أن ما يلاحظ بخصوص موقف القانون المدني الفرنسي من تحديد الطبيعة العامة للالتزام وتبيان معالمه، أنه يختلف عن نظيره الألماني؛ لينقسم الفقه الغربي بذلك إلى مذهبين، أحدهما شخصي ذاتي النزعة (وهو المذهب الفرنسي)، وآخر مادي (وهو الفقه الألماني).

حيث يقصر المذهب الشخصي³ جوهر الالتزام في كونه رابطة شخصية بين دائن ومدين، وهي نظرية القانون الروماني؛ وأخذتها عنه القوانين اللاتينية التي يرأسها القانون المدني الفرنسي. وهذا ما جعل الفقه الفرنسي يؤسس الالتزام على فكرة الرابطة الشخصية، إذ اعتبره علاقة قانونية فيما بين شخصين، بمقتضاها يكون لأحدهما، وهو الدائن، الحق في تقاضي شيء معين من الآخر وهو المدين.

أما المذهب المادي⁴، فأقامه الفقهاء الألمان بزعامة الفقيه جيريك " GIERKE " حينما أبوا أن تستقر النظرية الشخصية في فقههم، وعملهم على تحرير قانونهم من النظريات الرومانية - ومن بعدها اللاتينية - وتغليب النظريات الجرمانية الأصل. حيث ذهب جيريك إلى أن الفكرة في الالتزام لا تركز على الرابطة الشخصية، بل تنظر إلى محل الالتزام وهو العنصر الأساسي، فينفصل بذلك عن شخص الدائن وعن شخص المدين، ويختلط

بمحلّه فيصبح شيئاً مادياً العبّرة فيه بقيمته المادية؛ أكثر من كونه علاقة شخصية.

وباعتبار أن المذهب المادي خصب من الناحية العملية، يبنّي على الأخذ به نتائج مهمة، منها⁵:

1- من السهل أن نتصور تغيير أشخاص الالتزام، ليس من دائن إلى دائن آخر فحسب، بل أيضاً من مدين إلى مدين، إذ يوجد إلى جانب حوالة الحق، حوالة الدين المعترف بها في القوانين المشبعة بالمذهب المادي، كالقوانين الألماني، والسويسري...، حيث لحق هذا المذهب بالشريعة الإسلامية وهي تعترف بحوالة الدين، أما القننين الفرنسي فلا يعترف إلا بحوالة الحق.

2- من الممكن تصور وجود التزام دون دائن وقت نشوئه حينما يستند الالتزام إلى المدين وحده، إذ يكفي أن يوجد الدائن وقت التنفيذ. ولا شك أن تحليل الالتزام وفقاً للوجه الأخير يفسر الكثير من المسائل التي لا يمكن تفسيرها عند التقيد بالمذهب الشخصي منها: التزام المدين بإرادته المنفردة لغير دائن، نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، السند لحامله.

وبالبحث عن موقف الشريعة الإسلامية في هذا المجال، نجد أنها اعتدلت في موقفها بين المذهبيين. فحتى وإن كان الالتزام في نظر هذه الأخيرة في ذاته مصبوغاً بصبغة مادية بحتة، إما بمال المكلف كما في المدين، وإما بعمله كما في الأجير، إلا أن هذا الالتزام ترافقه سلطة شخصية تأييداً لتنفيذه، إذ لولاها لتعذر التنفيذ بمجرد إخفاء المكلف لماله أو امتناعه عن عمله. ولذلك شرع الإسلام الحبس والتضييق على المدين والأجير، إلا أن هذه السلطة لم يمنحها للدائن كما هو الحال في القانون الروماني، بل يمنحها للحاكم ويجعلها من صلاحيته موقوفة على طلب الدائن. ثم أن الإكراه بالحبس والإكراه إنما يكون فيمن ظاهر حاله القدرة على الوفاء للالتزام، أما المعسر العاجز، فلا يجوز الضغط عليه، بل يجب إنظاره إلى قدرته، مصداقاً لقوله عز وجل: " وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ " ⁶.

وبهذه السلطة التي أعطاها الشارع للحاكم، وضعت الأمور في نصابها فلم تسمح الشريعة الإسلامية للمدين أن يتعنت، ولم تسمح للدائن

أن يبالغ في طغيانه لمدينه، إلا أن هذا التدبير الذي اقتضته الضرورة، لا يجرّد الالتزام في الشريعة الإسلامية من طابعه المادي الأصلي، وإنما هو مجرد ضمان في يد الدائن ضد المدين الميسور المماطل، وهو ما يصطلح عليه بالنزعة الموضوعية للفقه الإسلامي⁷ في الالتزام، على أن الشرع الإسلامي سبق بنزعه الموضوعية (القريبة الأكثر للصبغة المادية)، القائلين بالنظرية المادية بقرون كثيرة في تقرير النتائج المعقولة لمذهبهم الحديث⁸. وتأسيساً على ما سبق، ينصرف الإشكال الجوهري لهذه الدراسة إلى البحث عن مدى تميز القانون المدني الجزائري عن نظيره الفرنسي من خلال الأحكام المصبوغة بالصبغة الموضوعية المستقاة من الفقه الإسلامي في الالتزام التعاقدية؟ أو أن المشرع الجزائري اكتفى في هذا المجال المهم بالنقل الحرفي لمواد القانون المدني الفرنسي، مما جعله نسخة مترجمة عنه يدور في فلك فلسفته؟

أما بشأن المنهجية المتبعة في الإجابة عن هذا الإشكال، فهي الطريقة الاستنباطية المقارنة، فهي استنباطية لانطلاقها من أهم الأحكام المنظمة للالتزام التعاقدية في القانون المدني ومن ثمة استخلاص موقف المشرع الجزائري فيها، ثم أنها مقارنة لكونها تعتمد على مقارنة موقف المشرع الجزائري في تلك الأحكام بما ذهب إليه الفقه الغربي ونظيره الإسلامي، ومن ثمة الحكم على مدى تأثير القانون المدني الجزائري فيها بالنزعة الموضوعية للفقه الإسلامي. ذلك أن الملاحظ من خلال ارتباط هذا النوع من الالتزامات بفكرة الالتزام عامة، أن الموقف من النظريات الكبرى فيه غالباً ما يكون كنتيجة منطقية لتحديد طبيعة الالتزام بين النظرية الشخصية الفرنسية المقدسة للرابطة التعاقدية، والأخرى المادية الألمانية، ومدى تبنيه للنزعة الوسطية الموضوعية المرتبطة بفلسفة الشريعة الإسلامية. ومن هذا المنطلق، سنقتصر في بحث إشكالية هذه الورقة على أهم المواضيع المنضوية تحت نطاق الالتزام التعاقدية باعتباره العمود الفقري لنظرية الالتزام عامة كما تبين أعلاه، وذلك من خلال تقسيم الدراسة إلى مبحثين نخصهما بكل من تكوين العقد ثم آثاره وفقاً للتالي:

المبحث الأول: تأثير نزعة الفقه الإسلامي الموضوعية على القانون المدني الجزائري في تكوين العقد :

المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري من مخالفة الإرادة الباطنة للإرادة الظاهرة.

المطلب الثاني: أثر الموت وفقدان الأهلية في التعبير عن الإرادة.

المطلب الثالث: نظرية مجلس العقد.

المبحث الثاني: تأثير نزعة الفقه الإسلامي الموضوعية على القانون المدني الجزائري في آثار العقد:

المطلب الأول: آثار العقد للخلف العام.

المطلب الثاني: نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الثالث: الدفع بعدم التنفيذ.

المبحث الأول تأثير نزعة الفقه الإسلامي الموضوعية على القانون المدني الجزائري في تكوين العقد

ويتجسد هذا التأثير خصوصا في موقف المشرع الجزائري من أهم مواضيع تكوين العقد ممثلة في نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة (المطلب الأول)، وأثر الموت وفقدان الأهلية في التعبير عن الإرادة (المطلب الثاني)، ثم نظرية مجلس العقد (المطلب الثالث):

المطلب الأول موقف المشرع الجزائري من مخالفة الإرادة الباطنة للإرادة الظاهرة

تتزعّم الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة المدرسة الفرنسية المشبعة بالمذهب الشخصي أعلاه. حيث تعتبر هذه النظرية نتيجة حتمية لهذا المذهب المؤسس على مبدأ سلطان الإرادة، فمادامت إرادة المتعاقدين هي التي تخلق الالتزام وتحدد مداه، يجب البحث عن هذه الإرادة فيما تنطوي

عليه النفس وما يستكن في الصدر. فهذه الإرادة التي جالت في الخاطر وانعقدت في الضمير هي التي يعتد بها. أما مظهر التعبير عنها فليس إلا دليلا عليها، ولا يعتد به إلا بالقدر الذي يفصح به عن الإرادة الباطنة بأمانة ودقة. وانطلاقا من هذا، على القاضي أن يتحرى عن النية الحقيقية لمن صدر منه التعبير. وما يلاحظ في هذا المجال أن أنصار مذهب الإرادة الباطنة لا يهتمون الإرادة الظاهرة كل الإهمال، بل يعتبرونها دليلا على الإرادة الباطنة⁹.

ومن مظاهر مسأيرة المشرع الفرنسي لما جاءت به المدرسة التي ينتمي إليها في هذا الشأن، ما جاء به في نص المادة 1156 ق م¹⁰، حيث قرر وجوب البحث في العقود عن نية المتعاقدين المشتركة لا الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإشارة إلى تعلق هذه المادة بالألفاظ غير الواضحة أكثر من امتدادها للألفاظ الواضحة، ذلك أن القاضي لا يستطيع العدول عن الإرادة الواضحة لأخرى يفترض أنها الإرادة الحقيقية للمتعاقدين¹¹.

أما نظرية الإرادة الظاهرة فقال بها الفقه الألماني، حيث ذهب الألمان إلى أن الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون، فهي شيء كامن في النفس لا يصح أن يُحاسب عليه الإنسان أو يُحاسب، ولا تأخذ الإرادة مظهرها اجتماعيا إلا عند الإفصاح عنها، خاصة أن القانون ظاهرة اجتماعية وليس ظاهرة نفسية، مما جعل فقهاء النظرية يصطلحون عليها بنظرية الإفصاح عن الإرادة¹². مع الإشارة إلى أن الاعتداد بالإرادة الظاهرة ما هو إلا مظهر من مظاهر المذهب المادي الذي تقوم عليه المدرسة الألمانية كما رأينا أعلاه.

وبالرجوع إلى موقف الشريعة الإسلامية في هذا الشأن¹³، نجد الفقهاء وإن اختلفوا أحيانا في ميدان تقديم الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة أو العكس، إلا أنهم يقفون في أغلب الأحيان موقفا وسطا نتيجة نزعتهم الموضوعية في الالتزام، إذ انطلقوا في دراستهم لألفاظ العقود من الإرادة الظاهرة متى كان التعبير عن الإرادة واضحا باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو المظهر الذي يدل على إرادة صاحبه، حيث لا يجوز حينها

الانحراف عنها للتعرف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين. إلا أنه وبالرغم من هذا، لم يغفل الفقه الإسلامي الإرادة الباطنة، إذ " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني " ¹⁴، فإذا لم تكن دلالة اللفظ واضحة فتكون العبرة إذن بما قصده المتعاقدون حقيقة.

ولما كانت معرفة وضوح معنى اللفظ من عدمه لا تتأتى إلا بدراسته، اعتنى الفقهاء بصيغة العقد اللفظية عناية بالغة، وجعلوا الصيغ تتمثل في:

صيغ الماضي: ومثالها، بعث واشترت، وهي صيغة يؤثرها الفقهاء لما فيها من وضوح لا يقبل معه ادعاء خلاف ذلك، تعارف الناس على استعمال هذه الصيغة، وأقرهم الإسلام عليها لدلائنها على الإرادة الحاسمة وحدوث الشيء قطعاً من غير احتمال معنى آخر ¹⁵. وعلى ذلك تعتبر صيغة الماضي لفظاً يتمخض للحال فينقصد به العقد من غير توقف على شيء آخر كالنية أو القرينة، وفي هذا أخذ بالإرادة الظاهرة حيث تعتبر واضحة هنا ¹⁶.

صيغ المضارع، والاستقبال، والأمر، والاستفهام: ومثالها، أبيع وأشتري، وسأبيع وسأشتري، وبعني ثوبك، وأن يقول المشتري للبائع أبيع مني هذا الشيء، فلأنها كلها صيغ تحتتمل إما الحال أو الاستقبال، وجب الرجوع فيها إلى الظروف والملابسات أو القرائن لتعيين المراد في الحال، ذلك أن الصيغة لا بد أن تتمخض للحال دون الاستقبال ¹⁷، وفي كل ذلك أخذ بالإرادة الباطنة.

وما يمكن قوله أخيراً بخصوص عناية فقهاء الإسلام باللفظ على النحو الموضوعي أعلاه، تتغلب في الفقه الإسلامي الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة بصفة مطلقة في ثلاثة أمور فيهم، ألا وهي الزواج والطلاق والرجعة ¹⁸، مصداقاً لما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: " ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة" ¹⁹.

أما موقف المشرع الجزائري من النظريتين، فكان أقرب لموقف الشريعة الإسلامية كما يظهر من استقراء نصوص القانون المدني الجزائري، إذ يستتج الواقف عندها أن المشرع لم يأخذ لا بالإرادة الظاهرة ولا بالإرادة الباطنة، وإنما اعتمد تصوراً جديداً مفاده تبني اتجاه وسط مؤسس على النزعة الموضوعية المميزة للشريعة الإسلامية أعلاه، حيث تبرز فلسفة

القانون المدني الجزائري هنا في محاولة ضمان استقرار المعاملات بدلا من حماية الإرادة الحرة. ومصدر هذه الفلسفة هو الفقه الإسلامي الذي أخذ طريقا وسطا قوامه الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة كما تقدم، وهذا قبل ظهور كل من النظريتين السابقتين معا²⁰.

ومن الأمثلة التي أخذ فيها المشرع الجزائري بالإرادة الظاهرة، المادة 1/111 من ق م والتي جاء فيها «إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف عن إرادة المتعاقدين». أما عن أخذ المشرع الجزائري بالإرادة الباطنة فخير مثاله يتجلى في الفقرة الثانية من المادة 111 التي جاء فيها «أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات»²¹، بالإضافة إلى أن المشرع لا يعتد في تكوين العقد، إلا بالإرادة الحرة السليمة من العيوب، حيث جعل الغلط والإكراه والتدليس، والاستغلال، عيوباً تمكن من طلب إبطال العقد وفق المواد 81 إلى 90 من القانون المدني الجزائري.

هذا وقد صار الفقه الحديث يسلم في جملته بأن "سلطان القانون - لا سلطان الإرادة - هو الذي يعطي العقد قوته الملزمة، وأن القانون يستند في ذلك إلى أسباب معينة، منها الإرادة ذاتها ومنها الاستقرار الواجب للمعاملات، لذلك فالقوانين الوضعية لا تركز لا إلى الإرادة الباطنة وحدها ولا إلى الإرادة الظاهرة وحدها، وإنما تجمع بينهما في حدود تختلف من قانون لآخر"²².

المطلب الثاني أثر الموت وفقدان الأهلية في التعبير عن الإرادة

رغم أن تأثير الموت أو فقدان الأهلية على التعبير عن الإرادة محل خلاف في القضاء الفرنسي²³، إلا أن " المبدأ المقرر في النظرية التقليدية الفرنسية أن موت أي من الطرفين أو فقد أهليته قبل انعقاد العقد، يحول دون انعقاده، والأساس حينها ضرورة تحقيق توافق الإرادتين وقت تمام العقد. وإرادة الشخص لا يكون لها وجود بعد موته ولا يعتد بها القانون إذا فقد أهليته، وفي هذه النظرية تغليب للإرادة الباطنة التي تنتهي بموت صاحبها وتزول بفقده أهليته، وذلك بعكس المذهب الألماني الذي يجعل للتعبير وجودا ذاتيا لا يتأثر بموت موجهه أو الموجه إليه ولا يفقد أهلية أحدهما"²⁴.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 62 من ق م على: « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهلية قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل ». حيث يتضح هنا تغليب المشرع الجزائري الإرادة الظاهرة على حساب الإرادة الباطنة حينما فرق بين وجود التعبير وإنتاجه لآثاره. وعلى ذلك، متى صدر التعبير عن الإرادة من صاحبه فإنه ينفصل عنه ويأخذ وجودا قانونيا وتترتب عليه آثارا قانونية. فلو أن المشرع أخذ في هذه الحالة بالإرادة الباطنة وفق المذهب الفرنسي، لقرر أن التعبير عن الإرادة سيسقط بموت من صدر عنه التعبير أو بفقده لأهليته لتأثر الرابطة الشخصية للالتزام بالوفاة أو فقد الأهلية.

وأساس الحكم الوارد في المادة 62 ق م ح، هو النظرة الحديثة التي ترى أن الإرادة لا تموت ولا تنعدم بوفاة الشخص الذي تصدر عنه. وهي فكرة مستمدة من أحكام الفقه الإسلامي انطلاقا من نزعة الموضوعية²⁵، وقلدته فيها التشريعات الحديثة كالتشريع الألماني²⁶، ولم يعرفها القانون الفرنسي.

فبالرجوع إلى الفقه الإسلامي، نجد المالكية²⁷ منه يذهبون إلى أن الإيجاب يكون ملزماً لا يجوز الرجوع عنه، إذا عين فيه ميعاد صريح أو ضمنى للقبول، ومثاله أن يقول صاحبه: أنا على إيجابى مدة يوم، إذ يلزمه هذا التقييد حتى لو انتهى مجلس العقد²⁸، وهذا يتفق مع المبدأ العام في الشريعة الإسلامية وهو: المسلمون على شروطهم²⁹، خاصة أن مثل هذا الشرط لا يتنافى مع مقتضيات العقد. وإصدار إيجاب على هذا النحو، معناه انفصاله عن صاحبه واستقراره في ذمته طوال مدة لزمه، وعلى ذلك، فهو لا يتأثر بموت صاحبه أو فقده لأهليته، ويتنقل إلى ذمة الورثة بالصفة نفسها التي كانت له في ذمة المورث³⁰.

وما تجدر الإشارة إليه أخيراً، أن المشرع الجزائري حتى وإن نظم المادة 62 وفقاً لما جاء به الفقه الإسلامي ممثلاً في الفقه المالكي أعلاه، إلا أن موقفه هذا يكاد يكون نقلاً حرفياً للمادة 92 من القانون المدني المصري - الصادر سنة 1948 - التي جاء بها: « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل ».

المطلب الثالث نظرية مجلس العقد

يعرف مجلس العقد في الفقه الإسلامي على أنه الاجتماع الواقع لأجل التعاقد³¹، حيث يجب أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فاتحاد المجلس شرط في الانعقاد، وهو ما يسمى بمجلس العقد. والغرض من هذه النظرية هو تحديد المدة التي يصح أن تفصل القبول عن الإيجاب، وهذا حتى يتمكن من عرض عليه الإيجاب من المتعاقدين أن يتدبر أمره فيقبل الإيجاب أو يرفضه، فلو اشترط أن يكون القبول فوراً لتضرر المتعاقد الآخر، إذ لا يتهيأ له وقت للتدبير³².

ولم تعالج هذه المسألة علاجاً خاصاً في الفقه الفرنسي لعدم معرفة القانون المدني الفرنسي لها. أما الفقه الإسلامي وخاصة الحنفي³³ منه، فقد صاغ لها نظرية بلغت من الإتقان حداً كبيراً، إذ لا يطلب من المتعاقد الآخر في هذه النظرية القبول فوراً، بل له أن يتدبر بعض الوقت. ولكن من جهة أخرى لا يسمح له أن يمتنع في تراخيه إلى حد الإضرار بالموجب بإبقائه معلقاً مدة طويلة دون الرد على إيجابه، فوجب التوسط بين الأمرين ومن هنا نشأت نظرية مجلس العقد³⁴.

ولقد تبنى المشرع الجزائري هذه النظرية من الشريعة الإسلامية، و نص عليها في المادة 64 ق م ج منه بقوله « إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر فوراً، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل.

غير أن العقد يتم، ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد».

وعلى ذلك، إذا كان التعاقد بين حاضرين حقيقة أو حكماً كما في التعاقد بالهاتف أو وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة، الأصل أن يصدر القبول بعد الإيجاب مادام الموجب لم يحدد أجلاً للقبول، فإذا لم يصدر القبول فوراً فإن للموجب أن يرجع في إيجابه أو ما يسمى بالتحلل عن الإيجاب، ولكن استثناءً أجازت الفقرة 2 من المادة 64 ق م ج أن يتراخى القبول ما دام المتعاقدان مازالا في مجلس العقد، ومادام الموجب باقياً على إيجابه. وهذا الحكم مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية³⁵، إذ ينطوي على تحليل معقول لنية الموجب في بقاءه على إيجابه ما دام لم يعدل عنه قبل أن ينفذ مجلس العقد، بحيث يتم العقد إذا صدر القبول قبل أن ينفذ المجلس.

مع الإشارة هنا إلى أن نص المادة 64 ق م ج، هو ذات النص الوارد في المادة 94 من القانون المدني المصري في هذا المجال، حيث نصت المادة 94 ق م مصري على: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، دون أن

يعين ميعاد القبول، فان الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب عن شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل.

ومع ذلك يتم العقد، ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد."

المبحث الثاني تأثير نزعة الفقه الإسلامي الموضوعية على القانون المدني الجزائري في آثار العقد

إذا قام العقد صحيحاً مستوفياً جميع أركانه، وجب على المتعاقدين تنفيذه باعتباره شريعة للمتعاقدين، وطبقاً لما اشتمل عليه بحسن نية كما جاء في المادتين 106 و 1/107 من ق م ج، وهو نفس ما نصت عليه المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي حينما قالت: "الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي، تقوم مقام القانون لمن عقدها. ولا يمكن الرجوع عنها إلا برضا متبادل، أو لأسباب يجيزها القانون. ويجب أن تنفذ بحسن النية."

غير أن القانون المدني الجزائري وإن نظم آثار العقد انتهاءً بانحلاله من المواد 106 إلى المادة 123 وفق ذات الأحكام الواردة في القانون المدني الفرنسي، خالف المشرع الجزائري هذا الأخير في بعض الحالات التي تعود للاختلاف بينهما بسبب نظرة كل منهما لقدسية الرابطة العقدية، أو إمكان تعديله بمعزل عن إرادة المتعاقدين، وهو ما ظهر أكثر في مواقف تبنى المشرع الجزائري فيها فلسفة الفقه الإسلامي التي لا تولي هذا التقديس أهمية كبيرة متى تعلق الأمر بمراعاة مقصد يسمو فوق هذه الرابطة كما هو الحال في انتقال آثار ديون المورث للتركة دون الورثة في آثار العقد للخلف العام (المطلب الأول)، ثم تعديل القاضي للعقد تحقيقاً لعدالة فرضتها ظروف استثنائية وفق ما يعرف بنظرية الظروف الطارئة (المطلب الثاني)، ثم حق أحد المتعاقدين في تعليق تنفيذ الرابطة التعاقدية إلى حين

تنفيذ المتعاقد الآخر لما عليه من التزام، وفق مسمى الدفع بدعم التنفيذ)
المطلب الثالث :

المطلب الأول آثار العقد للخلف العام

نصت المادة 108 من ق م ج على: « ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث »، إذ يتبين منها أن المشرع الجزائري حتى وإن اعتمد القاعدة المقررة في كل من الفقه³⁶ والقانون الفرنسي من انصراف أثر العقد إلى الخلف العام وفق المادة 1122 ق م ف، إلا أنه قيدها بعبارة " مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث"، وفي ذلك إحالة غير مباشرة لأحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر هذه القواعد في التشريع الجزائري، حيث تقضي هذه الأخيرة بمبدأ شهير مفاده " لا تركة إلا بعد سداد ديون "

ذلك أن انتقال الحقوق التي يولدها العقد إلى الوارث محل اتفاق بين كل من الشريعة الإسلامية والقانون الفرنسي. إلا أن الاختلاف بينهما جذري فيما يتعلق بالالتزامات، حيث يعتبر القانون المدني الفرنسي الوارث مكملا لشخصية المورث ويحل محله في ذمته المالية بكل ما تعلق بها من حقوق والتزامات، فتنصرف إليه جميع آثار العقود التي أبرمها مورثه حقوقا كانت أو التزامات، مهما بلغت هذه أو تلك. فإذا زادت التزامات المورث على قيمة جميع حقوقه، فإن الوارث يلتزم بها في ماله الخاص كما لو كانت ديونا خاصة نشأت مباشرة في ذمته، ذلك أن المورث يعتبر أنه لم يتعاقد لحساب نفسه فحسب، بل كان ممثلا لورثته أيضا، فمن الطبيعي أن يلتزم ورثته من بعده بكل ما تعهد به دون حد أو قيد، إلا إذا تحفظوا في قبول ميراثه بأن قبلوه بشرط الجرد، فلا يكون الوارث في هذه الحالة مسؤولا عن

ديون مورثه إلا في حدود ما تلقى عنه من حقوق³⁷، وهذا ما جاءت به المادة 774 من ق م ف .

وما موقف المشرع الفرنسي هنا إلا نتيجة لاعتباره الالتزام رابطة بين شخصين، ذلك أنه في الحال تتأثر فيه هذه الرابطة بوفاة أحدهما ينصرف أثر العقد إلى ورثته إيجاباً (شق الحقوق)، كما ينصرف إليهم سلبياً (شق الالتزامات)، وفي موقفه هذا ظلم لوارث وجد نفسه مجبراً على أن يلتزم بديون مورثه التي لم يكن له يد في إنشائها، ما لم يحتط لمركزه المالي حينها بقبول التركة بداية بشرط التحفظ.

أما في الشريعة الإسلامية³⁸، ومن ثم في القانون الجزائري، فيوجد مبدأ خاص يقيد انصراف أثر العقد إلى الخلف العام يقضي بالأثر تركة إلا بعد سداد ديون، فلا تنتقل التزامات المورث إلى ورثته بل تتعلق بتركته، ولا يلتزم الورثة بديونه ولا تنتقل إليهم التركة إلا بعد سداد ديونها. ومعنى ذلك أن الوارث بعيد على أن يكمل شخصية المورث أو أن يكون ممثلاً في شخصه عند تعاقد، وإنما تخوله فقط الحق فيما تبقى من تركته المورث من حقوق بعد سداد الديون. لتؤخذ على ذلك ديون المورث من التركة بعد تسديد مصاريف التجهيز والدفن وقبل تنفيذ الوصية³⁹، حيث نص المشرع الجزائري على هذه الأحكام في المادة 180 ق أسرة والتي جاء فيها : « يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي : 1- مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع 2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى، 3- الوصية ».

وفي تعلق الديون بالتركة نظرة موضوعية تتجاوز عدم عدالة انتقالها لوارث يجب عليه أن يحل محل مورثه، مع الإشارة في ذات سياق المقارنة بين موقف المشرع الجزائري المستمد من نزعة الفقه الإسلامي الموضوعية والقانون الفرنسي في هذا المجال، إلى اتصال موقف هذا الأخير بنظرته الشخصية للذمة المالية في الفقه الإسلامي⁴⁰، حيث يربطها بشخص صاحبها أو من يقوم مقامه دون تصور تعلقها بمال لا عبرة فيه بشخصه، عكس النظرية الألمانية المادية التي تعنى في هذه النظرية بالجانب المالي المادي الخالص للذمة المالية، سواء استندت هذه الذمة إلى شخص أو وجدت رغم عدم وجوده.

هذا، وبصرف النظر عن الفرق بين الفقه الفرنسي ونظيره الألماني في نظرتهما للذمة المالية، يبقى الفقه الإسلامي متميزا عن نظيره الغربي في تنظيمه للذمة المالية عامة، حيث جاء في هذا المجال بعد المقارنة بينهما: " ... ومن هذا العرض، يتبين أن الذمة المالية في الفقه الإسلامي تختلف عن الذمة المالية في الفقه الغربي، ويمكن تلخيص وجوه الخلاف فيما يأتي:

1- الذمة في الفقه الإسلامي وصف تصدر عنه الحقوق والواجبات المالية وغير المالية، أما الذمة في الفقه الغربي فلا تشمل إلا الحقوق والالتزامات المالية.

2- وحتى في نطاق المال: تبدأ الذمة في الفقه الإسلامي بالشخص، ثم تنتهي إلى المال (وفي الديون دون غيرها)، أما الذمة في الفقه الغربي فتبدأ بالمال ثم تنتهي إلى الشخص ...⁴¹.

المطلب الثاني نظرية الظروف الطارئة

نص المشرع الجزائري في المادة 106 من ق م ج أن « العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون ». حيث يتضح من نصها تبني المشرع الجزائري للمبدأ القائل باعتبار العقد شريعة للمتعاقدين كما اتضح من نص المادة للمادة 1134 من القانون المدني الفرنسي أعلاه. ومعنى ذلك أن العقد هو القانون الاتفاقي الذي يلزم به المتعاقدين، فهو يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة العقدية، ويطبقه القاضي عليهما كما يطبق القانون، وبذلك فإن الإرادة المشتركة التي أنشأت العقد هي وحدها التي تستطيع إنهاء العقد أو تعديل العلاقة المتولدة عنه⁴².

إلا أنه واستثناء لهذه المادة، نص المشرع الجزائري على إمكان مراجعة العقد لحوادث استثنائية طرأت عليه بعد إبرامه تحت مسمى نظرية الظروف الطارئة، إذ تفترض هذه النظرية أن الظروف الاقتصادية قد تغيرت تغيرا فجائيا لم يكن منظورا وقت إبرام العقد، فيصبح الوفاء بالالتزامات الناشئة من العقد لا مستحيلا استحالة تامة ينقضي بها الالتزام كالاتحالة

التي تنشأ من القوة القاهرة مثلا، وإنما يصبح مرهقا للمدين، بحيث يؤدي إجباره عليه إلى إفلاسه أو ينزل به على الأقل خسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف. وهو ما نصت عليه المادة 3/107 من م م م على: « غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ».

أما مصدر نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري فهو الشريعة الإسلامية، حيث تعتبر هذه النظرية من صميم الفقه الإسلامي حينما أقامها الفقهاء

على أساس الضرورة والعدل والإحسان، لقوله تعالى ﴿ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ^ط وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ^ق يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَاكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴿١٨٥﴾ ^{٤٣}،

وقوله تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ ^ع يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴿٤١﴾ ^{٤٤}.

وقوله سبحانه ﴿ وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا

جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴿٢٤٥﴾ ^{٤٥}

ولقد جاء في كتب الفقه الإسلامي الكثير من القواعد الكلية والمبادئ الفقهية التي تقوم على أساس نظرية الضرورة، ويتفرع عن هذه النظرية جملة من القواعد تدخل ضمنها لا ضرر ولا ضرار، المشقة تجلب التيسير، الضرر يزال، الضرورات تبيح المحظورات، الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، الضرر الخاص لدفع الضرر العام، درء المفسد أولى من

جلب المصالح،' الضرورات تقدر بمقدارها، وغيرها من القواعد الكلية التي تجيز تغير العقود وتعديلها⁴⁶ . وعلى ذلك، تنبه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أثر الظروف الاقتصادية، ومجافة هذا الوضع لقواعد العدالة، فأسندوا نظرية الظروف الطارئة إلى نظريات شهيرة تصب في قالبها كنظرية العذر (كالأعذار في الإيجار)، ونظرية الجوائح، (كالجوائح في بيع الثمار)، ونظرية الضرورة⁴⁷ . وكلها نظريات تتماشى مع أحدث النظريات القانونية في هذا المجال. مع الإشارة إلى عدم وجود مكانة لهذه النظرية في نصوص القانون المدني الفرنسي، إذ تمسك الأخير بتقديس الرابطة الشخصية التعاقدية من خلال اعتبار العقد شريعة للمتعاقدين، وتشدد في ضرورة التقيد به، وفي عدم جواز تعديله أو نقضه مهما كانت الظروف التي أبرم فيها ومهما طرأ عليه.

هذا ورغم اندثار هذه النظرية في القانون المدني الفرنسي بسبب فلسفته المبنية على تقديس الروابط العقدية المبنية على توافق الإرادتين، اضطر المشرع الفرنسي مجبرا في نهاية الأمر إلى الأخذ بهذه النظرية في بعض القوانين المتفرقة التحاقا بقضائه الإداري⁴⁸ ، بما جعل للظروف الطارئة بعض المكانة في التطبيق القضائي دون القانون المدني الفرنسي. وما تجدر الإشارة إليه انتهاء في هذا المجال، أن الفقيه الفرنسي الكبير ' إدوارد لامبير' أكد في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد بلاهاي سنة 1932 بأن " نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة أكيدة ومثالية عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة، وفي القضاء الإنجليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة⁴⁹ .

المطلب الثالث الدفع بعدم التنفيذ

من خلال التوقف عند الدفع بعدم التنفيذ في القانون الفرنسي، يلحظ المتتبع لتاريخ هذا المبدأ أن القانون الروماني⁵⁰ لم يعرف مبدأ عاما تحت مسمى الدفع بعدم التنفيذ، حيث اقتصر الرومان على القول بنوع من الدفع عرفوه ضمن نطاق الدفع بالغش، وأسسوه حينها على احترام حسن النية في العقود الملزمة للجانبين.

وعلى ذلك، لم يعرف الرومان تعبير الدفع بعدم التنفيذ كدفع مستقل هدفه الضغط على المتعاقد الآخر للتنفيذ، إلا أن فقهاء القانون الفرنسي القديم عرفوا تسميات قريبة منه لم ترق لتشكيل مبدأ عاما، مما جعله أجنبيا عن القانون الفرنسي الذي اكتفى فيما بعد بالنص عليه في نصوص متناثرة (أبرزها المواد 1612، 1653، 1749 ق م ف المتضمنة حيس محل العقد في البيع والإيجار كضمان للتنفيذ)، وتطبيقات قضائية متأخرة⁵¹، في الوقت الذي قرره بعض التقنينات الحديثة كمبدأ عام على غرار القانون المدني الألماني⁵².

أما بخصوص التكييف القانوني للدفع بعدم التنفيذ كمبدأ تتموقع تحته تلك التطبيقات، فهو أساس لم يقل به القانون المدني الفرنسي لا من خلال نصوصه، ولا من فقهه القديم كما اتضح أعلاه، بل قال به فقهه الحديث فقط. ويتمثل هذا الأساس في ضرورة احترام الالتزامات المتقابلة أكثر من الاهتمام بالنظر إلى الرابطة العقدية نظرة شخصية مقدسة، وتجسد هذا المنطق أكثر في تبرير الفقيه كايبتان "CAPITAN" لفكرة الدفع بعدم التنفيذ بنظرية السبب حيث قال أن أساس هذا الدفع هو سبب الالتزام الذي ما كان ليكون لولا وجود التزام آخر يقابله وهو ما يولد تقابل بين الديون والالتزامات⁵³.

ثم ما يمكن الانطلاق منه مقارنة بين القانون الفرنسي والفقه الإسلامي في هذا المجال، فهو الإشارة إلى أن هذا الأخير يأخذ بفكرة الدفع بعدم التنفيذ بتوسع مقابل تضييقه من نظرية الفسخ. أما عن سبب هذا التوسع فيتمثل في عدم خطورة الدفع بعدم التنفيذ حينما يهدف المتمسك به إلى وقف تنفيذ العقد بدل التركيز على حله كما هو الحال في الفسخ، وهو

ما جعل لهذا الدفع نظرية عامة أكثر شمولاً من الفسخ، تستخلص من تطبيقاته⁵⁴.

أما عن هذه التطبيقات، فتشمل المعاوزات المالية⁵⁵ (كما البيع)، ذلك أنه في الوقت الذي يكون فيه البيع، يبيع سلعة بنقد، ووجب على المشتري أن ينقد الثمن أولاً، ما لم يكن الثمن ديناً مؤجلاً أو مقسطاً على المشتري، أما إذا كان البيع مقايضة (بيع سلعة بثمنها) أو صرفاً، ووجب تسليم المبيع والثمن معا في وقت واحد. فإذا كان الثمن حالا، سواء في البيع أو المقايضة أو الصرف، فإن للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء جميع الثمن. وبالإضافة إلى ذلك، يحق للمشتري أيضا حبس الثمن إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع، ومثاله إذا كان البيع مقايضة، فوجب قبض الثمن والمبيع في وقت واحد.

هذا وكما يشمل الدفع بعدم التنفيذ عقود المعاوزات المالية يمتد لغير المالية منها، إذ جرى حق الحبس في الفقه الإسلامي حتى في عقد الزواج وهو ينطوي على مبادلة البضع بالمهر، حيث احتاط الفقه لحفظ حق الزوجة في مهرها، فأجاز لها حبس نفسها عن زوجها حتى تستوفي المعجل من المهر. فللزوجة قبل دخول زوجها بها، أن تمنع الزوج من الدخول بها حتى يعطيها ما اشترطت تعجيله من المهر. ثم لها أيضا وفقا لهذا الرأي، أن تمنعه من جميع ما يستوفي منافع البضع، كأن تمنعه أن يخرجها من بلدها⁵⁶.

وبالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري في هذا الشأن، نجد أنه لحق الفقه الإسلامي في تقريره الدفع بعدم التنفيذ كمبدأ عام وفق نص المادة 123 من ق م حينما قال « في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ». كما نص المشرع الجزائري في ذات السياق على أهم تطبيق لهذا المبدأ وهو الحق في الحبس وفق ذات مسماه في الفقه الإسلامي أعلاه، حيث نظم القانون المدني هذا الأخير وفقا للمواد 201،200 و 202 منه.

وعن أساس الدفع بعدم التنفيذ وفقا لهذه المادة وتطبيقاتها حينها، فهو ارتباط الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين، ذلك أنه في الوقت الذي يكون فيه التنفيذ مستحقا، لا يجوز استنادا على العقد ذاته أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل. مع الإشارة إلى أن أساس هذا الدفع كما اتضح أعلاه هو الفقه الإسلامي من خلال فكرة ارتباط البدلين أو العوضين، حيث يجب أن يفهم هذا الارتباط على ضوء فكرة عامة في الفقه الإسلامي تتعلق بعقود المعاوضة. وهذه الفكرة هي أن المساواة في هذه العقود في مقصود المتعاقدين، وتحقيق المساواة بين المتعاقدين يقتضي ألا يجبر أحدهما على تنفيذ التزامه بينما الآخر لم يقم بتنفيذ الالتزام المقابل، وإلا كان في ذلك إخلال بالمساواة المقصودة⁵⁷.

وباعتبار الدفع وسيلة دفاعية، فإن أثره يتجسد في الاقتصار على موقف سلبي يتخذه المتعاقد إلى حين قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل، وبذلك يقف تنفيذ الالتزام، فلا يزول الالتزام كما في الفسخ. وإذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه وتمسك المتعاقد الآخر في المقابل بعدم التنفيذ، وبقي كل متعاقد متمسكا بموقفه، فإن العقد يبقى قائما لا يتأثر بهذا الوضع، باستثناء العقود الزمنية التي قد تتأثر من حيث مقدار الالتزامات التي يستعملها كل متعاقد ومثالها عقود التوريد. وقد لا يترتب على الدفع قيام المتعاقد الآخر بالتنفيذ، وفي هذه الحالة يجوز للمتمسك بالدفع أن يعدل عن موقفه السلبي ويطلب فسخ العقد. وحق الدفع بعدم التنفيذ معرض للانقضاء مثله مثل الحقوق الأخرى، ويتحقق ذلك في حالات معينة، منها تخلي صاحبه عنه، وتقديم المدين للدائن تأمينا كافيا يضمن الوفاء بالتزامه⁵⁸.

وعلى ذلك، يظهر جليا مدى توافق القانون المدني الجزائري مع الفقه الإسلامي من خلال تأسيس الدفع بعدم التنفيذ على أساس موضوعي لم يقل به الفقه الفرنسي إلا في عهده الحديث، لكن ما تجدر الإشارة إليه هنا هو أن المادة 123 قانون مدني جزائري هي ذاتها المادة 161 من ق م المصري التي نصت على « في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت

الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به.»

الخاتمة

في نهاية هذا الورقة، يمكن القول أن المشرع الجزائري قد سائر الفقه الإسلامي في نزعته الموضوعية في بعض المواطن المتعلقة بنموذج الدراسة، إلا أن مخالفته للقانون المدني الفرنسي فيها لا تفقده أصوله الفرنسية وصبغته اللاتينية المؤسسة على تقديس الرابطة العقدية كنتيجة آلية لتأسيس المشرع الفرنسي الالتزام على المذهب الشخصي. وأنه في الوقت الذي يمكن القول فيه بعدم مراعاة المشرع الجزائري لسُلطان الإرادة في تلك الحالات الاستثنائية اهتمامه بمقاصد وروح العدالة التعاقدية. تبقى البقية الباقية من أحكام قانوننا المدني الجزائري تسير في فلك القانون الفرنسي من خلال تبعية قانونية لا تقل وطأة عن الهيمنة الاستعمارية. ثم في ذات السياق، يجب الإقرار بإنصافاً، إلى أن مسaire القانون المدني الجزائري لنزعة الفقه الإسلامي الموضوعية، هي الأخرى اقتباس غير مباشر يعود الفضل فيه إلى القانون المدني المصري أكثر من دور المشرع الجزائري فيه، حيث اتضح جلياً أن أغلب هذه الأحكام ما هي في حقيقة الأمر إلا نقلاً حرفياً لمواد القانون المدني المصري الصادر سنة 1948، مما يجعله الأحق بنسبتها إليه من نسبتها للمشرع الجزائري .

أما عن أصالة الفقه الإسلامي وقيمته القانونية، فاتضح من خلال سبقه القانون المدني الفرنسي وقبله القانون الروماني، في تقرير بعض النظم الراقية والمبادئ العظيمة التي لم تصل هذه المجتمعات إلا لبعضها وفي

العصور الأخيرة ومن خلال فقهها الحديث فقط، وهو ما جعل القوانين الحديثة تتبنى الكثير من الأحكام التي لم يذهب إليها القانون المدني الفرنسي إلى وقتنا الحالي.

وفي ذات إطار التحاق القوانين المدنية الحديثة بالفقه الإسلامي في الأحكام المؤسسة على صبغته الموضوعية في الالتزام، اتضح جليا موافقة القانون المدني الألماني أكثر للفقه الإسلامي في هذا المجال لولا أن المشرع الألماني يغرق مذهبه بالمادية المطلقة، ولعل ما يفسر ذلك بغض النظر عن كون الشريعة الإسلامية كانت السبابة في تقريرها للأحكام المتشابهة، هو اشتراكهما في التخفيف من النظرية الشخصية للالتزام، حيث اتضح أن الفقه الإسلامي ينطلق في الالتزام من صبغة موضوعية وفق ما يعرفه الألمان بقيمة الالتزام المالية.

أما ما يجدر الإنهاء به، فهو الدعوة إلى نهضة قانونية جزائرية شاملة تحترم فيها خاصية اجتماعية القاعدة القانونية، ذلك أن المشرع الجزائري وإن أصدر بعض الأحكام الجديدة كرد فعل وطني للاستقلال عن عجلة القوانين الفرنسية، إلا أنه لا يزال بعيدا كل البعد عما يتطلبه الاستقلال القانوني الفعلي المتخلص من مظاهر التبعية الاستعمارية القانونية.

وجدير بالإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري وإن نص في المادة الأولى من القانون المدني في فقرتها الثانية على: « وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد بمقتضى العرف». تبقى مكانة الشريعة الإسلامية في القانون المدني الجزائري غير متسعة النطاق، رغم اعتبارها المصدر الثاني حينها وقد سبقت العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. ذلك أن القاضي لا يلجأ إليها إلا إذا تعذر عليه وجود نص تسعفه به نصوص القانون المدني الجزائري، وهو احتمال قريب للاستحالة من الناحية العملية.

وعلى ذلك، لم يعد خافيا دور التشريع الإسلامي كنظام أصيل ومستقل في تطوير الحركة التشريعية، وهو ما يحتم إحياء دعاوى العمل به عن طريق الدراسات المقارنة، مع التنويه هنا بالدور البارز للعلامة 'عبد الرزاق أحمد السنهوري' في التأكيد على أهمية المنهاج المقارن بين الشريعة

الإسلامية والمنظومات القانونية الأخرى كعامل أساسي من عوامل بعث هذه الشريعة، إذ من خلاله يثبت لكل المنظومات القانونية، أن هذه الشريعة هي الأنفع والأرقى والأوفى، إذا ما قورنت بالمنظومات القانونية الأخرى، وذلك فضلا عن أنها تاريخ أمتنا، ومظهر عظمتها، وتجسيد عبقريتها وعزتها.

تلك الشريعة التي يقول عنها السنهوري " لو وطئت أكنافها، وعبدت سبلها، لكان لنا من هذا التراث الجليل ما ينفخ روح الاستقلال في فقهننا وفي قضائنا وفي تشريعنا، ثم لأشرفنا نطالع بهذا النور الجديد، فنضيء به جانبا من جوانب الثقافة العالمية في القانون"⁵⁹.

والهدف من هذه المقارنات حينها ليس استدعاء الشريعة لتوضع في "متحف" المفاخر والنعم التي نعمت بها هذه الأمة، وإنما استدعاؤها لتكون المصدر الرئيسي لقوانيننا الجزائية، والبديل لهذه القوانين الوافدة من الغرب الاستعماري، دون أن ننسى ما نحتاجه من هذه الأخيرة من فن الصياغة والتقنين.

الهوامش:

¹ - PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, Tome VI, Première partie, par ESMEIN Paul, 2^e édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1952, pp.1-3.

² - حيث صدر في طبعته الأولى سنة 1804 تحت تسمية التقنين المدني للفرنسيين، لتصدر طبعته الثانية سنة 1807 تحت مسمى قانون نابليون " Code Napoléon "، وفي سنة 1816 صدرت طبعة ثالثة أعادت له تسميته الأصلية " التقنين المدني "، إلا أن مرسوماً إمبراطورياً صدر سنة 1852 أعاده لتسمية " تقنين نابليون "، والملفت للانتباه أن تسميته بقانون نابليون لم تلغ رسمياً بأي نص منذ ذلك الحين. راجع في ذلك، وليد غمرة، التقنين المدني الفرنسي، تاريخه وأثره، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005، ص. 51-72.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، بيروت، 1998، ص. 13-15؛ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص. 10.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، ص. 15، 16، علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 11، 10.

⁵ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص. 17-20.

⁶ - سورة البقرة، الآية 280.

⁷ - يثار الفرق هنا بين مصطلحي الفقه الإسلامي، والشريعة الإسلامية من قبله، إذ يراد بإطلاق الشريعة الإسلامية، شريعة الإسلام التي نزلت على لسان محمد صلى الله عليه وسلم. ومنها اشتمت الشرع، والشرايع، بمعنى سن القواعد القانونية، سواء كانت عن طريق الدين، فتسمى تشريعا سماوياً، أو من وضع البشر، فتسمى تشريعا وضعياً. أما الفقه، فيراد به العلم بالأحكام الشرعية

العملية المستنبطة من الأدلة التفصيلية. لتعني الشريعة الإسلامية بذلك الدين المنزل من عند الله. أما الفقه، فهو الفهم لهذا الدين أو لتلك الشريعة، فإذا أصاب هذا الفهم الحق، كان موافقا للشريعة، أما إذا أخطأ الفقه الحق، لم يكن من الشريعة، ولم يخرج عن الفقه، راجع في ذلك، سميير عالية علم القانون والفقه الإسلامي، نظرية القانون والمعاملات الشرعية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1996، ص 68-69؛ عبد الفتاح تقية، المختصر في الفقه المدني من خلال الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص. 16-21.

⁸ - محمد وحيد الدين سوار التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، الطبعة الثانية، ص. 5.

⁹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج 1، ص. 168-169؛

CARBONNIER Jean, Droit civil, , Tome 4, Les obligations, 22e édition, Presses Universitaires de France, 2000, p.81-83, et p. 90,91.

¹⁰ -Article 1156: On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.

¹¹ -Cf. MAZEAUD Henri, Léon, Jean et CHABAS François, Leçons de droit civil, Les obligations, Théorie générale, Tome 2, Volume 1, Montchrestien, 2000, p.109.

¹² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد المرجع السابق، ج 1، ص. 169-180 .

¹³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة 12، د س ط، ص. 3033 وما يليها؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، الطبعة الثانية الجديدة، ص. 84؛ أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بين القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتميز، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص. 56.

- ¹⁴ - أنظر في هذه القاعدة الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، الطبعة الثانية، دمشق، 1998، ص. 55-76؛ عزت عبيد الدعاس، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز، دار الترميدي، الطبعة الثالثة، 1989، ص. 14-15.
- ¹⁵ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1986، ص. 133؛ وفي ذات السياق، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل، دار الفكر، د ط، د س ط، ج 3، ص. 3.
- ¹⁶ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 2935، 2936.
- ¹⁷ - صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بحث مقارنة في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، الجزء 1، 2، 3، دار العلم للملايين، 1983، الطبعة الثالثة، ص. 300-303؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 4، ص. 2935-2937؛ عبد الودود السريتي، المدخل لدراسة بعض النظريات في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص. 92-94.
- ¹⁸ - منذر الفضل، منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، مصادر الالتزام، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الجزء الأول، عمان، 1996، ص. 109.
- ¹⁹ - المسند الجامع لأحاديث الكتب الستة ومؤلفات أصحابها الأخرى، وموطأ مالك، ومسانيد الحميدي، وأحمد بن حنبل، وعبد بن حميد، وسنن الدرامي، وصحيح بن خزيمة، حققه ورتبه وضبط نصه، بشار عواد معروف، أبو المعاطي محمد النوري، أحمد عبد الرزاق عيد، أيمن إبراهيم الزاملي، محمود محمد خليل، ج 17، دار الجيل ببيروت، والشركة المتحدة بالكويت، الطبعة الأولى، 1993، ص. 222-223.
- ²⁰ - علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون طبقاً للقانون المدني الجزائري، مجلة الفكر القانوني، العدد الأول، 1984، ص. 133؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، الطبعة الثالثة، ص. 64.

²¹ - وفي نفس الصدد، يلاحظ أن المشرع الجزائري وفقا للمادة 59 ق م، لا يعتد في قيام العقد بالتعبير عن الإرادة، إلا في الحدود التي يأتي هذا التعبير مطابقا لحقيقة قصد صاحبه، حيث يستلزم النص التطابق بين الإرادتين وليس مجرد التعبير عنهما؛ وأنظر في قرارات المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 1983/04/13، ملف رقم 31315، م ق، 1990، ع 1، ص. 19.

²² - مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، شرح مفصل لأحكام التقنيات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية، الفتح للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1996، ص. 73.

²³ - Cf. MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., pp.127-128 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Les obligations, Tome 1 : L'acte juridique, Armand Colin, 8^e édition, 1998, p. 95-96.

²⁴ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 65.

²⁵ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 133؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 66.

²⁶ - قضت المادة 130 فقرة 2 من القانون المدني الألماني بـ " إذا مات من صدرت منه إرادة بعد صدورها أو فقد أهليته، فلا يؤثر ذلك في صحة الإرادة " وقضت أيضا المادة 153 من نفس القانون "أن موت الموجب أو فقده لأهليته قبل صدور القبول، لا يمنع من تكوين العقد، إلا إذا كان هناك محل للتسليم بأن إرادة الموجب غير ذلك ".

²⁷ - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الجزء 4، الطبعة الثالثة، دار الفكر، 1992، ص. 241؛ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص. 113، 114.

²⁸ - الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج 4، ص. 241؛ وفي نفس المعنى، مالك بن انس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994، ص. 222-223؛ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة السادسة، 1982، ص. 170.

- ²⁹ - قوله ﷺ " المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً "، سنن الترمذي، ج3، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، 1975، ص.626.
- ³⁰ - مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص.113، 114.
- ³¹ - صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 296.
- ³² - عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية، د س ط، ص. 290.
- ³³ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ص.137؛ مجموعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، وبهامشه فتاوى قاضي خان والفتاوى البنزائية، الجزء الثالث، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ب س ط، ص.7-8.
- ³⁴ - عبد الرزق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 2، ص.6.
- ³⁵ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 79.
- ³⁶ - PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp. 419-420.
- جاك غستان، في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص.441-442.
- ³⁷ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار الكتب القانونية، شتات، مصر، د س ط، ص. 572-573؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.731؛
- FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p. 320,321.
- ³⁸ - حيث يقدم فيها الدين على الوصية لقول علي رضي الله عنه: " رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بدأ بالدين قبل الوصية"، سنن الترمذي، المرجع السابق، ج4، ص. 416؛ وفي تقديم الديون على التركة في الفقه الإسلامي راجع، وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ج10، ص. 7729-7733.
- ³⁹ - ومثال ذلك من الفقه المالكي " يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين كالمهون وعبد جنى ثم مؤن تجهيزه بالمعروف ثم تقضى ديونه ثم وصاياه من ثلث الباقي ثم الباقي لوارثه "، الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج6، ص.405؛ وفي نفس المعنى، الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، المرجع السابق، ص. 457.

⁴⁰ - ينظر في ذلك، منصور حاتم محسن الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، دراسة مقارنة بين الفقهاء الوضعي والإسلامي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1999، ص.140،141.

⁴¹ - عبد الرزق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 1، ص. 23.
⁴² - FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p. 280,281.

⁴³ - سورة البقرة، الآية 185.

⁴⁴ - سورة النحل، الآية 90.

⁴⁵ - سورة الحج، الآية 78.

⁴⁶ - عزت عبيد الدعاس، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز، دار الترميدي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1989، ص.28 وما يليها؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 98-101.

⁴⁷ - عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوربية وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية، دار الفكر، ص. 40-46.

⁴⁸ - FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.297, 298;
PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp. 531-533.

⁴⁹ - إدوارد لامبير، مقتبس عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 252-253.

⁵⁰ - CAPITANT Henri, De la cause des obligations, 3^e édition, 1927, Librairie Dalloz, Paris, op.cit., p.262; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.591.

⁵¹ - Cassation, Chambre commerciale, du 27 janvier 1970, 67-13.764;
Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 26 mars 2014, 13-10.984;
Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 18 janvier 1983, 81-11.197,
<http://www.legifrance.gouv.fr/>

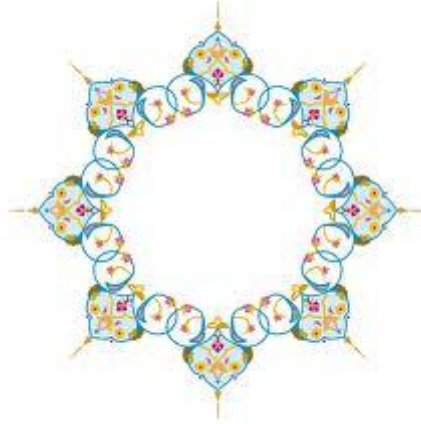
⁵² - PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.591,592 .

⁵³ - CAPITANT Henri, op.cit., pp.261-264.

⁵⁴ - ينظر في استخلاص هذه النظرية، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص. 240-243؛ وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص. 3213، 3214.

⁵⁵ - وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص. 3210-3211.

- ⁵⁶ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، الطبعة الثانية، 1985، ص 280-283.
- ⁵⁷ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 6، ص. 242-243.
- ⁵⁸ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 363-365.
- ⁵⁹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج 1، الكلمة الافتتاحية، الصفحة



أحكام الخطبة وآثار العدول عنها ما بين المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي

بقلم

د / فاروق خلف*



الملخص

تعد الخطبة مقدمة من مقدمات الزواج ولها أهمية بالغة جدا نظرا لاعتبارها التزام عاتلة بالارتباط بعائلة أخرى، وخاصة من الناحية الخلقية والأدبية، ويمكن العدول عن الخطبة من أحد الطرفين أو كليهما وهنا قد يحصل فيه ضرر بليغ، خاصة إذا طالت أو إذا اقتترنت بزيارات كثيرة بين الخاطب والمخطوبة فسوف يتضرر من ذلك أحد الأطراف وقد تتضرر بخاصة المخطوبة. ونظرا لأهمية الخطبة كمقدمة للزواج، فقد تثار إشكالات في هذه المقدمة، خاصة في العدول عنها.

الكلمات المفتاحية: خطبة - عدول عن الخطبة - مفهوم قانوني - اجتهاد قضائي.

مقدمة:

يعرف الإنسان بغريزته، ولقد اختلفت الديانات قديما في تنظيم هذا السلوك الذي يملك الإنسان خاصة ببلوغه، وبمجيء الديانة الإسلامية فقد أثار البشر بهذا الدين، نظرا لعظمته وعظمة ناشره، ألا وهو محمد رسول

* أستاذ محاضر أ - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الوادي - الجزائر.

الله ﷻ أعظم البشر وسيد المرسلين. لقد بين للناس عامة مبادئ هذا الدين، وحث الأمة على اتباعه، ومما نزل عليه سيدنا محمد خاتم النبيين من قرآن كريم نظم وضبط سلوك البشر، من بينها تنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة، ونظم حياة البشر عن طريق الارتباط بعقد زواج، وهذا العقد يعرف بالميثاق الغليظ نظرا لأهمية هذا العقد عن العقود الأخرى.

ولقد أظهرت الشريعة الإسلامية أهمية هذا العقد بوضعها مقدمات قبل انعقاد الزواج، وقد تعارفت الديانات الأخرى أيضا بهذه المقدمات التي تتمثل في الخطبة وفسرت أهمية هذه المقدمة لعقد الزواج.

ولقد أخذت معظم التشريعات الوضعية للدول العربية الإسلامية بالشريعة الإسلامية مع وجود بعض الاختلافات في المذاهب الفقهية. كما أن القانون الجزائري اعتمد في نصوصه على القرآن الكريم والسنة النبوية.

فالخطبة تعد مقدمة من مقدمات الزواج ولها أهمية بالغة جدا نظرا لاعتبارها التزام عائلة بالارتباط بعائلة أخرى وخاصة من الناحية الخلقية والأدبية، ويمكن العدول عن الخطبة من أحد الطرفين أو كليهما وهنا قد يحصل فيه ضرر بليغ خاصة اذا طالت أو اذا اقترنت بزيارات كثيرة بن الخاطب والمخطوبة فسوف يتضرر من ذلك احد الأطراف وقد تتضرر بخاصة المخطوبة.

ونظرا لأهمية الخطبة كمقدمة للزواج، فقد ثور إشكالات في هذه المقدمة خاصة في العدول عنها:

ما هي الأحكام والأسس القانونية المكرسة والمستجدة المتعلقة بأحكام الخطبة والعدول عنها من الناحية الإجرائية، ومن الناحية الموضوعية؟ وما موقف الاجتهاد القضائي ما بين الواقع والتطبيق؟

ولقد تم اختيار هذا الموضوع نظرا لأهميته وخاصة في مجتمعاتنا المحافظة ونظرا إلى اختلاف رؤية المجتمع لطبيعة الخطبة، فقد أصبحت تقريبا تعد كالزواج نظرا للتطور الذي شهدته المجتمعات العربية فقد أصبح هناك تبادل للهدايا والزيارات التي لا تعد، واللقاءات في الخارج مما جعل من المجتمع يغير في رؤيته للخطبة، ونظرا لقلّة الدراسات حول هذا الموضوع الذي يثير إشكالات تطرح أمام القضاء، يصعب حلها.

وللإجابة عن الإشكالية المطروحة اتبعنا الخطة المنهجية التالية:
المبحث الأول: أسس وأحكام الخطبة والعدول عنها من الناحية
الإجرائية والموضوعية
المطلب الأول: الجهات القضائية المختصة نوعياً وإقليمياً بالنظر
والفصل في المنازعات المتعلقة بالخطبة
المطلب الثاني: الأسس والأحكام الموضوعية المتعلقة بالخطبة
والعدول عنها المكرسة والمستجدة قانوناً.
المبحث الثاني: موقف الاجتهاد القضائي ما بين الواقع والتطبيق.
المطلب الأول: موقف الاجتهاد القضائي قبل وبعد التعديل.
المطلب الثاني: الضوابط والأسس التي يستلزم على القاضي التقيد
بها.

المبحث الأول أسس وأحكام الخطبة والعدول عنها من الناحية الإجرائية والموضوعية

لقد تم ضبط الأسس والأحكام الإجرائية في قسم شؤون الأسرة
وذلك من خلال قانون الإجراءات المدنية الإدارية (09/08) والمؤرخ في
25 فبراير سنة 2008⁽⁴⁾.
حيث تناول في الكتاب الثاني من الباب الأول بالفصل الأول منه
هذا الموضوع من جانبه الإجرائي.
أما من الناحية الموضوعية فنجد أن المادة (4) و (5) و (6) من قانون
الأسرة المعدل بموجب الأمر (02/05) قد تناولت هذا الموضوع.

المطلب الأول

الجهات القضائية المختصة نوعيا وإقليميا بالنظر والفصل في المنازعات المتعلقة بالخطبة

لقد وضح القانون (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية وفسر الجهات القضائية التي ترفع أمامها النزاعات المتعلقة بالخطبة واختصاص كل منها نوعيا وإقليميا.

ففي حالة نشوب نزاع بين الخاطبين، فإن الدعوى القضائية ترفع أمام الجهة المختصة وهذا حسب نص المادة (13) من قانون الإجراءات المدنية الإدارية حيث تنص على أنه لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ومصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

يشير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه.

كما يشير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون⁽²⁾.

ويتبين من خلال هذا النص القانوني، أنه يتعين على من يرغب في اللجوء للقضاء أن يتأكد من توافر شرطين في مباشرة ورفع دعواه.

الفرع الأول

الاختصاص النوعي

نصت المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية على أن "المحكمة في الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتشكل من أقسام يمكن أيضا أن تشكل من أقطاب متخصصة.

تفصل المحكمة في جميع القضايا، لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة التي تختص بها إقليميا.

تم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع.

غير أنه في المحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام، يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية....."⁽³⁾.

وعليه يتبين أن الاختصاص النوعي بالنظر والفصل في النزاعات المتعلقة بالخطبة هو قسم شؤون الأسرة.

وهو ما تضمنته المادة (423) من قانون شؤون الأسرة من أحكام ينصها "ونصها كالاتي ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

1/ الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية".

فهذا النص على ما هو عليه يبين صلاحيات قسم شؤون الأسرة أين تناولها على سبيل الحصر.

والملاحظ هنا أن النص تضمن عبارة (على الخصوص) وهو ما يستتج منه أن الأمر يتعلق باختصاص المحكمة النوعي في هذا الجانب، مما يسمح للخصوم بإثارة الدفع الرامي إلى القضاء بعدم الاختصاص النوعي للمحكمة المطروح أمامها النزاع ما لم تكن مختصة بموجب هذا النص.

ومن ثم، فأى نزاع شملته هذه المادة، أو ما يكون منبثقا منه، يتعين طرحه أمام قسم شؤون الأسرة وليس لغيرها.⁽⁴⁾

الفرع الثاني الاختصاص الإقليمي

نصت المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية عن الاختصاص الإقليمي، ودرست المادة (426) منه الاختصاص الإقليمي الخاص بشؤون الأسرة.

حيث تنص المادة (426) المذكورة على أنه "تكون المحكمة مختصة إقليميا في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه....."

نجد أن النص هنا يحدد الاختصاص المحلي أو الإقليمي لقسم شؤون الأسرة عموما، فحصرها كالاتي:

أ/ محكمة موطن المدعى عليه تنظر في القضايا الآتية:
- العدول عن الخطبة بغض النظر عن الطرف العادل عن الخطبة⁽⁵⁾.

المطلب الثاني الأسس والأحكام الموضوعية المتعلقة بالخطبة والعدول عنها المكرسة والمستجدة قانونا

قبل الخوض في الأسس والأحكام الموضوعية المتعلقة بالخطبة سوف نتطرق إلى مفهومها وطبيعتها.

الفرع الأول تعريف الخطبة وطبيعتها

الخطبة كما يعرفها الفقهاء هي "طلب الزواج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية".

ولقد عرفتها المادة (05) من قانون الأسرة الجزائري بأنها: "وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها".
وتظهر مشروعية الخطبة بالكتاب والسنة والإجماع.

ويشترط في الخطبة وبصفة خاصة المخطوبة:
1/ أن تكون المرأة خالية من الموانع الشرعية التي تمنع الزواج بها في الحال، بمعنى أنه لا يجوز خطبة المحرمة عليه تحريما مؤبدا كالبنات والأخت، والمحرمة مؤقتا كزوجة الغير والحكمة في ذلك أن الخطبة وسيلة إلى الزواج الحلال كما هو معلوم، والزواج بالمحرمات حرام، والوسيلة إلى الحرام حرام.

أما المرأة المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى فيرى أنه لا يجوز خطبتها لا تصريحاً ولا تعريضاً ما دامت العدة باقية لبقاء آثار الزواج، غير أن المالكية والشافعية في قولهم والحنابلة والجعفرية يرون جواز خطبتها تعريضاً لأن الطلاق البائن يقطع الزوج بزوجته.

وأما المعتدة من وفاة، فيجوز خطبتها تعريضا فقط.
والفرق بين التصريح هو أن التصريح يذكر فيه الخاطب لفظا لا يحمل سوى معنى الخطبة مثل "ارغب في الزواج منك".
أما التعريض، فهو أن يذكر لفظا يحتمل معنى الخطبة بشكل غير مباشر.

2/ ألا تكون للغير خطبة شرعية بهذه الصورة فهو اعتداء على حق الخاطب الأول وقد ورد النهي عن ذلك لقول رسول الله ﷺ "..... ولا يخطب على خطبة أخيه...." رواه مسلم في صحيحه.
ومخطوبة الغير كما هو معلوم، إذا تقدم أحد لخطبتها، إما أن تكون موافقة على الخطبة وإما أن ترفض وإما تسكت. ففي حالة كانت موافقة، فلا تجوز خطبة الثاني، ولا يحق خطبتها وهو يعلم أنها مخطوبة للغير، وأن رفضت الخطبة صراحة، جاز لأي خاطب أن يتقدم لخطبتها.
وأن سكنت، فقد اختلف الفقهاء في ذلك، فأباح الشافعية خطبتها لأن سكوتها يعتبر رفضا ضمنيا، ويرى المالكية والحنفية أنه يجوز خطبتها لأن سكوتها لا يدل على الرفض، فربما كانت تتحرى عن الخاطب الأول.
وإذا حصلت الخطبة على الخطبة فأن مذهب الجمهور هو جواز العقد لأن المنع هو منع ديني وليس قضائيا، أي يكون الإثم على صاحبه.⁽⁶⁾
وعليه يتضح أن للخطبة شروطا واجبة شرعا كما تم ذكرها سابقا وشروطا مستحسنة في المخطوبة، وهي أن تكون من غير القربيات للخطاب، لأن التزوج بالقريبة غالبا ما يكون النسل فيه ضعيفا، وكذلك أن تكون المخطوبة بكرًا ولودا.⁽⁷⁾

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للخطبة وأحكام العدول عنها

لقد نصت المادة (05) من القانون (11/84) المؤرخ في 1984/06/19⁽⁸⁾ على أن: "الخطبة وعد بالزواج، ولكل من الطرفين العدول عنها.

- إذا ترتب على العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين، جاز الحكم بالتعويض.

- لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه أن كأن العدول منه.

- وأن كان العدول من المخطوبة، فعليها رد ما لم يستهلك"⁹

أما المادة (6) من ذات القانون وكانت تنص على أنه " يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة تخضع والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة (5) أعلاه.

أما بعد التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة بموجب القانون (02/05) المؤرخ في 2005/05/04⁹ فنجدها عدلت كالتالي فنصت المادة (5) منه على أن "الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنه.

إذا رتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.

لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداه إن كأن العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

وتنص المادة (6) من نفس القانون على أنه "إن اقترأن الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا غير أن اقترأن الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة (09) مكرر من هذا القانون"¹⁰.

وبالرجوع إلى نص المادة (05) نجد أنها كيفت الخطبة على أساس أنها وعد بالزواج من جهة ومن جهة أخرى اعتبرت هذا الواعد غير ملزم حيث أجاز لكلا الطرفين العدول عنها.

والملاحظ من خلال الفقرة استعمال لفظ الوعد من خلال الصياغة فهذا المصطلح له دلالة من الناحية القانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة من خلال نص المادة (72) من القانون المدني الجزائري حيث تنص " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل

وقضاء المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد⁽¹¹⁾.

فنجد أن قانون الأسرة خالف هذه القاعدة من القانون المدني فمن جهة اعتبر الخطبة وعدا بالزواج ومن جهة أخرى اعتبرها غير ملزمة وتطبيق النصوص بهذه الصفة يؤدي إلى تضارب الأحكام بين القانون المدني وقانون الأسرة في المصطلح القانوني الواحد، ولأن تجديد وتوحيد المصطلح القانوني مسألة مهمة من الناحية القضائية والتطبيقية لذا لا بد من العدول عن هذه الصياغة في قانون الأسرة وإيجاد صياغة أخرى بديلة عن مصطلح الوعد لتحقيق الغرض المقصود.

قد يقال بأن النص الموجود في قانون الأسرة هو نص خاص والموجود في القانون المدني هو نص عام باعتباره الشريعة العامة وبالتالي فإن النص الخاص يقيد العام فلا يُعترض على هذا المفهوم ولكن في نفس الوقت يُرى بأن لا حاجة في تسمية الخطبة بالوعد لأن المصطلح كما قلت فيه خلاف فقهي وبالتالي استعمال مصطلح بديل افضل كي يتضح المعنى وأما فيما يخص الفقرة (02) من المادة (05) من قانون شؤون الأسرة تنص على أنه " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".

ومن خلال هذا النص يعطي للخطاب الحق في العدول، ومن جهة أخرى يطالبه عما يترتب على العدول من نتائج، وأساس هذا العدول مبني على أنه مادام لم يوجد هناك عقد التزام فيه ولا يترتب شيء لأن العادل عن الخطبة لم يستعمل سوى حقه المقرر قانونا⁽¹²⁾.

ويؤاخذ على المشرع الجزائري في هاته المادة أنه أجاز الحكم بالتعويض ولم يوجبه رغم أنه من المعلوم أن المتسبب في الضرر يلزم بالتعويض حسب نص المادة (124) من القانون المدني "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

ويلاحظ أن المشرع أغفل المتسبب في العدول⁽¹³⁾.

حيث يرى الدكتور "محمد مصطفى شلبي" ما يلي: "ينظر للضرر المترتب على العدول أن كأن للطرف الآخر دخل فيه بسبب حصل منه حكم بالتعويض كما اذا تركت المرأة الموظفة وظيفتها بتحريض من الخاطب لتتفرغ لشؤون البيت بعد الزواج عدل عن الخطبة فإنه يلزم بالتعويض.

أما إذا فعل ككل منهما ذلك دون إيعاز من الآخر ثم فسخت الخطبة فيكون الضرر اللاحق بأحدهما نتيجة اغتراره هو عدم تربيته في الأمر فلا تعويض لأنه هو الذي جلب لنفسه الضرر"⁽¹⁴⁾.

والحكمة القائمة من التفرقة بشأن الطبيعة القانونية للخطبة بين الوعد والعقد تكمن في المسؤولية أي أن المسؤولية القائمة في هذه الحالة حالة العدول هي مسؤولية تقصيرية أي أن عبأ الإثبات يقع على المضرور أي على الشخص الذي سبب له العدول ضررا وهذا ما نصت عليه المادة (03/05) قانون الأسرة ومن ثمة يجب على المضرور إثبات الخطبة بأي وسيلة من وسائل الإثبات ثم بعد ذلك إثبات العلاقة السببية بين الخطأ الصادر عن الطرف الآخر والضرر الذي أصابه نتيجة ذلك¹⁵. أما الفقرة الرابعة من المادة (05) من قانون الأسرة:

أن النص القديم تكلم عن الهدايا المقدمة من الخاطب فقط ولم يتحدث عن الهدايا التي تقدم من المخطوبة لأنه وأن كأن الأصل في الهدايا بحسب العرف الجاري سابقا أنها تقدم من الخاطب إلى المخطوبة فالأن بتغير الأوضاع واختلاف مجتمع الريف عن المدينة صار في بعض الأحيان تبادل الطرفان الهدايا بمناسبة الخطبة وفي مراحل ما بعد الخطبة وقبل الزواج فنجد أن التعديل الجديد أخذ بعين الاعتبار هذه المسألة حيث تنص (الفقرة 5/4) من قانون الأسرة المذكورة " لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها أن كأن العدول منه على أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته".

فنجد أن التعديل الجديد في هذه الفقرة واضح لأنه زاد فيها عبارة "وعليه أن رد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته"⁽¹⁶⁾.

حيث نجد أن المشرع في البداية بهذه الفقرة أخذ برأي المالكية ولكن في آخر الفقرة أخذ بالرأي الحنفي أي حينما لا يقع الرد في حالة الاستهلاك لأن الأحناف يعتبرونه من موانع الرجوع إلى الهبة. ومن المستحسن أن المشرع أخذ برأي المالكية على إطلاقه لأنه رأي وجيه لكونه يحمل الطرف العادل عن الخطبة قدرا من المسؤولية بتحمل تبعة خسارة الهدايا المقدمة وأما إذا عدل من تسلم الهدايا فمن المنطقي أن يرد ما أخذه على سبيل الهدية إذا لا يعقل أن يعدل عن الخطبة ثم يحتفظ بالهدايا حتى وأن استهلكت.

أما فيما يخص التعديل الذي طرأ على الفقرة (5/ من المادة 5) من قانون الأسرة نجد نصها كالاتي " وأن كأن العدول من المخطوبة فعلها أن ترد للخاطب مالم يستهلك من الهدايا أو قيمته".

نجد أنه أضاف كلمة في هذه الفقرة وهي (قيمتها) ويقصد بها قيمة الهدية حيث نجد في نصها القديم أنها كانت تنص برد الهدية ما لم تستهلك فقط.

حيث يتضح أن النص المعدل أجاز لكل طرف أن يطالب بقيمة الهدية زيادة على بقاء النص على هذه الصورة قد تؤدي إلى التحايل بأن تطلب المخطوبة من الخاطب تقديم هدايا ذات قيمة معتبرة ثم تتصرف فيها بشكل من الأشكال الناقلة للملكية وبشكل صوري كالهبة الصورية أو البيع الصوري ثم تعدل عن الخطبة فعندما يطالب الخاطب باسترداد الهدايا تدعي المخطوبة بأن الهدايا استهلكت أي لم يعد لها وجود.

ولهذا السبب يستدعي الأمر ضرورة تعديل النص والأخذ برأي المالكية على إطلاقه لأنه رأي وجيه بحيث أنه يقضي في حالة العدول من طرف الخاطب أو المخطوبة فإنه على العادل من المثليات أو قيمتها أن كانت من القيمات وبهذا نسد باب التحايل من كلا الخاطب والمخطوبة.

ثم أن النص لم يتحدث عن المتسبب في العدول لأنه في بعض الأحيان يدفع أحد الطرفين للآخر لأن يطلب العدول عن الخطبة حتى يتملص من ارجاع الهدايا وفي نفس الوقت يطالب بإرجاع الهدايا لأن العدول لم يكن منه أو منها.

لذلك نرى أنه من الضروري على القاضي قبل الحكم أن يراعي هذه المسألة وهناك أمر آخر لم يتداركه المشرع ولم يقيم بالإشارة إليه وهو حالة وفاة أحد الطرفين فأن عدم استرداد الهدايا بسبب الوفاة لا يد لإرادة الإنسان فيها هناك مسألة أخيرة لم يتحدث عنها المشرع وهي حالة عدول الطرفين عن الخطبة في حالة فسخ الخطوبة باتفاق الطرفين فيعتقد أن لكل واحد منهما الحق باسترجاع الهدايا⁽¹⁷⁾.

أما فيما يخص المادة (6) من قانون الأسرة فقد كانت تنص قبل التعديل على أنه " يمكن أن تفتن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة تخضع الخطبة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه". يتضح أن المشرع قد كيف الفاتحة على أساس أنها خطبة وليست زواجا غير أن الحكم الذي كأن يتبناه المشرع في هذا الصدد لا يتماشى مع العادات والتقاليد الجزائرية " باعتباره مقتبسا من دول الشرق الأوسط ومنها بخاصة سوريا أما ما هو موجود في المجتمع الجزائري فأن قراءة الفاتحة تكيف على أساس أنها زواج وذلك نظرا لاشتمالها على جميع أركان وشروط عقد الزواج، وتفاديا لهذا المشكل القانوني صدرت عدة قرارات من المحكمة العليا قاضية بأنه " من المقرر قانونا أنه يمكن أن تفتن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها لمدة غير محدودة ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقرر شرعا" (قرار 1992/04/14) وفي قرار آخر أقرت المحكمة العليا على أن "اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة (قرار صادر بتاريخ 1995/04/04).

إلا أن المادة (6) من قانون الأسرة عدلت بمقتضى الأمر الصادر في 2005/02/27 وأصبحت تنص على أنه " أن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا.

غير أن اقتران الفاتحة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافرت ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 6 مكرر من هذا القانون".⁽¹⁸⁾ إلا أن نص المادة هذا أيضا لم يحل المشكل الذي وقع فيه

القضاة فنجدهم أحيانا يكيّفونها على أساس الخطبة وأحيانا على أساس زواج.

المبحث الثاني موقف الاجتهاد القضائي ما بين الواقع والتطبيق

هناك قضايا يستعصى حلها فنجد أن القضاة يلجؤون إلى مصادر القانون وأن لم يجدوا فيلجؤون إلى الاجتهاد القضائي.

المطلب الأول موقف الاجتهاد القضائي قبل التعديل وبعده

قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ في 1985/12/30

بالملف رقم (39065) (غير منشور)

من المقرر شرعا بأنه إذا كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك من الهدايا حيث أن القرار المطعون فيه يخالف هذا المبدأ لما أمر بأن الأشياء المقدمة في الخطبة لا يمكن ردها عينا حسب رأيه لأنها أصبحت غير صالحة مقتنعا بما صرح له المستأنف وبدون أي تحقيق ففي ذلك رغم أن المخطوبة أكدت عكس ذلك لأنها بقيت محتفظة بها وعرضتها على المدعى عليه في الطعن حسب محضر محرر على يد المنفذ بتاريخ 1982/09/30 وأنه من جهة أخرى فإن قائمة الأشياء المقدمة أسعارها خيالية من طرف المدعى عليه في الطعن فمجموعها مغلظ بمبلغ كبير يدل على أن المجلس لم يدرس بإمعان الوثائق المقدمة في المرافعة. حيث أن القضاء المستقر يوجب قضاة الموضوع أن ينظروا في جميع الأوجه التي يقدمها الطرفان لقبولها أو رفضها مما جعل القرار المطعون فيه قابلا وجديرا بالنقض والإبطال.

يتضح أن قضاة المحكمة العليا اجتهدوا في قرارهم لما تم قبول الطعن شكلا وموضوعا لأنهم تفتنوا إلى أن قضاة الموضوع على مستوى

المجلس أغفلوا شيئا منهما ألا وهو أنهم اقتنعوا بتصريحات المستأنف دون النظر في طلبات باقي المستأنف عليها حيث قدمت في طلباتها وأشارت إلى أنها تمتلك محضر إثبات وأنها قد عرضت هذا على المستأنف.

زد أنهم تفتنوا إلى أن المدعى عليه في الطعن قد أراد التحصل على ثمن الأشياء المقدمة ذلك حين غلظ في المبلغ المراد التعويض له به.

قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ في 1985/12/30

بالملف رقم (39289) (غير منشور)

من المقرر شرعا أنه لا رجوع للهدايا إذا فسخت الخطوبة من الخاطب بعدما تحقق أنه أصبح عاجزا جسيما على الزواج على إثر حادث مرور أفقده قدرة ممارسة العلاقة الجنسية.

حيث أن الشريعة الإسلامية قررت بأن الزوجة لها الحق في نصف صداقها إذا طلقت قبل البناء بها وذلك بدون شرط كما أنها قررت بأن الزوج الذي قدم لزوجته شيئا سماه هدية لا يسوغ له أخذه منها بأي وجه كأن إلا إذا صدر فسخ عقد نكاحهما قبل البناء بها فيرد له ما بقي من تلك الهدايا⁽¹⁹⁾.

حيث أنه ثابت من الرجوع إلى القرار المنتقد وإلى الحكم المؤيد من طرفه أن قضاة الموضوع قد أهملوا تطبيق هذه القواعد الشرعية حين أعطوا بحكمهم للمستأنف عليه كل ما طلبه من خصمه.

حيث أن القرار المطعون فيه جاء حينئذ معينا فقها وقضاء والأمر يستوجب معه نقضه فيما يخص مسألة الصداق ومسألة الهدايا.

قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ في 1989/12/25

بالملف رقم (56097)

القرار القضائي حجة على المقر، خطوبة، عدول عنها، تلزم تعويض المتضرر (المادتان 341، 342 من القانون المدني) (المادة 5 من قانون الأسرة).

من المقرر قانوناً أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء وهو حجة قاطعة على المقر، ومن المقرر أنه يترتب على العدول على الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقاً للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القاضي بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى المتضمنة طلب تعويض الطاعن على الضرر الذي أصيب به بالرغم من إقرار المطعون بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكونون قد خالفوا القانون.

ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".

يفهم أن قضاة المحكمة الابتدائية كأن حكمهم صائباً ولكن قضاة المجلس قد ألغوا الحكم المستأنف وقضوا بعدم التعويض بالرغم من إقرار المخطوبة أنها هي من عدلت عن الخطوبة وعليه بوجود عدول من طرف المخطوبة وبوجود دليل وهو إقرار المخطوبة أن العدول كأن منها اعتبر قضاة المجلس قد خالفوا القانون.⁽²⁰⁾

قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية في الملف رقم (81129)

المؤرخ بتاريخ 17/03/1992.

الزواج الصحيح، التفريق بين مجلس الخطبة ومجلس العقد، تعريف الفاتحة (المادة 5 و9 من قانون الأسرة)

من المقرر شرعاً وقانوناً أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها، وأن لصحة عقد الزواج لا بد من توفر جميع أركانه المتمثلة في رضا الزوجين، ولي الزوجة، حضور الشاهدين، الصداق ولما ثبت من أوراق الملف الحالي أن شهود القضية صرحوا وأكدوا حضورهم للوليمة أو فاتحة الخطبة واكتفى قضاة الموضوع في تأسيس قرارهم - القاضي بصحة الزواج- على ذلك علماً أن الفاتحة ليست من

بين أركان الزواج وإنما هي من باب التبارك والدعاء وأن مجلس الخطبة يختلف عن مجلس العقد.

لذا فإن القرار المنتقد جاء خاليا من الأساس القانوني السليم ويتعين نقضه" (21).

قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية في الملف رقم (81877)

المؤرخ بتاريخ 1992/04/14

لاقتراح الخطبة الفاتحة بمجلس العقد لا يعد خطبة بل هو زواج صحيح لتوفر جميع الأركان (المواد 05 و06 و09 من قانون الأسرة).

من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسميها بمدة غير محدودة أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعا ومتى تبين - في قضية الحال - أن أركان الزواج قد توفرت وتمت بمجلس العقد وأنه تم اقتراح الخطبة بالفاتحة وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول لأنه اعتبر الفاتحة كالخطبة تسمح لكل من الطرفين بالعدول عنها.

أن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفض الدعوى والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود والأمر بتسجيله فأنهم كما قضوا قد طبقوا صحيح القانون ومتى كأن كذلك استوجب رفض الطعن".

يتضح من هنا تضارب القرارين السابقين فالأول اعتبر الفاتحة من باب التبارك في الخطبة ولا تعدو أن تكون زواجا والقرار الثاني اعتبر اقتراح الفاتحة بالخطبة وتوفر أركان الزوج بزواج.

وهنا يظهر تضارب الاجتهادات وهذا راجع لغموض نص المادة (06)، أن حسم الموضوع يتطلب تحديد المقصود بالفاتحة في النص هل هو قراءة سورة الفاتحة وبالتالي فلا أثر لها على الخطبة وعلى العقد وهنا لا بد من حذفها من النص أو ممكن أن تصاغ المادة 6 كالاتي: يمكن أن تقترن الخطبة بعقد الزواج أو تسبقه بمدة غير محدودة وفي حالة اقتراح الخطبة بالعقد تسري أحكام المادة 09 و09 مكرر من قانون الأسرة. (22)

المطلب الثاني الضوابط والأسس التي يستلزم على القاضي التقيد بها

من المعلوم أنه لا اجتهاد مع وجود النص بل على القضاة تطبيق النص على القضية المطروحة أمامهم ولكن الغموض يكمن في حالة أن المشرع ترك ثغرة في نص معين سهواً أو لأسباب أخرى نجد دور فعلى القضاة الاجتهاد في حل مثل هذه المسائل أو بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية وهي تعتبر أهم المصادر لقانون الأسرة وبخاصة ما نصت عليه المادة (222) من قانون الأسرة الجديد بأن "ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

من ثمة العرف والاجتهاد القضائي ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

فمثلاً نجد أن القانون المغربي في المدونة المغربية للأسرة تنص في مادتها الخامسة "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج ودخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة من تبادل للهدايا".

كما أن نص المادة السادسة من المدونة اعتبرت الطرفان في الفترة الخطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج ومنحت حق العدول لكلا الطرفين.

نجد أن المدونة المغربية استعملت لفظ الوعد مثله مثل المشرع الجزائري ونجده أيضاً أنه تحدث عن وسيلة الإيجاب والقبول وجعلها مطلقة باستعماله للفظ بأي وسيلة.

أما قانون الأحوال السوري فقد نص في مادته الثانية بأن "الخطبة هو وعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا".

والمادة الثالثة نصت على أنه "لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة".

أما مجلة الأحوال التونسية في الفصل الأول نصت على ما يلي "كل من الواعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضي به".

نلاحظ استعمال لفظ الواعد كل من القانون السوري والتونسي وأغلب القوانين الوضعية لبلدان المغرب العربي والمشرق استعملوا لفظ الوعد ونلاحظ أيضا أنهم يجيزون العدول عن الخطبة وتبادل الهدايا.

أما من ناحية العدول عن الخطبة نجد أن كل القوانين الوضعية للدول العربية حملت العادل عن الخطبة وبعضها المتسبب في العدول إلى تحمل المسؤولية إلزام الطرف الآخر بالتعويض.⁽²³⁾

فنجد مثلا أن محكمة النقض المصرية في الحكم المؤرخ بتاريخ 14 سبتمبر 1939 نصت على ما يلي "أن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحدا من المتواعدين فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء خصوصا وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته لما في الزواج من خطر في شؤون المجتمع وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهددا بالتعويض.

ولكن إذا كان الواعد بالزواج والعدول عنه باعتبار أنهما - مجرد وعد وعدول - قد لازمتها أفعال أخرى مستقلة منهما استقلالا تاما وكانت هذه الأفعال قد ألحقت أضرارا مادية أو أدبية بأحد المتواعدين فأنها تكون مستوحية للتضمين على من وقعت منه ذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها - بغض النظر على العدول المجرد - أفعال ضارة موجبة للتعويض".

نلاحظ من هذا القرار أن محكمة النقض المصرية قد أوجبت للطرف المتضرر عن العدول وقد منحت هذا الحق للطرف المتضرر منهما العدول بالرجوع إلى من المتسبب في هذا العدول وليس تحميل التعويض مباشرة بل يجب النظر في من كأن السبب في العدول.

نجد أيضا في المدونة المغربية الجديدة في نص المادة (07) على ما يلي: "مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل يسبب ضررا للآخر يمكن للمتضرر المطالبة عنه ولو حصل فيه ضرر" وحسنا فعل المشرع المغربي حيث بنى وبوضوح مسألة التعويضات على المتسبب بخطئه الشخصي.

في حين أن المشرع الجزائري قد أرسى مبدأ الحق في التعويض إذا حصل ضرر وترك السلطة التقديرية للقاضي يقدرها حسبما يقدم أمامه من أدلة في هذا الشأن.

أما فيما يخص الهدايا فنجد أن المدونة المغربية قد أخذت برأي المالكية في المادة (08) التي تنص على أنه "لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله. ترد الهدايا بعينها أو بقيمتها".

ما يلاحظ على هذا النص أنه لم يعالج حكم الهدايا بشكل كامل فلم ينص على حالة تبادل الهدايا بين الطرفين كما لم ينص على حالة العدول باتفاق الطرفين.

أما المشرع التونسي فقد نص في الفصل الأول من الفقرة الثانية على أنه "لكل واحد من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر ما لم يكن العدول من قبله أو وجد شرطا خاصا".

أما المشرع الكويتي فقد نص في المادة (05) منه على أنه "إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة وليس ثمة شروط أو عرف:
- فأن كان العدول بغير مقتضى لم يسترد شيئا مما أداه إلى الآخر.
- وأن كان العدول بمقتضى استرداد شيء مما أداه أن كان قائما أو قيمته يوم القبض أن كان هالكا أو مستهلكا.

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الكويتي أخذ برأي المالكية في الموضوع بالنسبة للهدايا مع تحميل المتسبب في العدول المسؤولية".
أما المادة (06) من نفس القانون فتحدثت عن العدول باتفاق الطرفين فأن كان السبب من أحدهما اعتبر عدول الآخر بمقتضى وطبقت الفقرة (ب) من المادة السابقة والا استرد كل منهما ما أهداه وأن كان قائما. وإذا انتهت بالوفاة أو بعرض حال دون الزواج لم يسترد شيء من الهدايا".

أما المادة (07) فقد نصت على ما يلي: في جميع الأحوال لا ترد الهدايا التي لا بقاء لها".

يتضح من خلال هذه النصوص أن المشرع الكويتي لم يتبع مذهبا واحدا في تعامله مع الهدايا وإنما هو جمع بين رأي المالكية والحنفية. أما فيما يخص المهر فقد أغفل المشرع الجزائري هذا الشيء أو قد يعتمد عدم التطرق إليه لخلفية ما.

ونجد أن قانون الأحوال الشخصية السوري نص في مادته الرابعة (04) الفقرة الأولى والثانية على التوالي:

" إذا دفع الخاطب المهر نقدا واشترت المرأة به جهازها ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز".
" إذا عدلت المرأة فعليها مثل المهر أو قيمته".

نجد أن قانون المدونة المغربية لم تعتبر اقتران الفاتحة على أنها ليست عقدا.

أما القانون السوري في المادة الثانية نص على أنه " الخطبة وعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية ولا تكون زواجا".
واضح أن القانون السوري أشار وبشكل صريح إلى قراءة سورة الفاتحة والتي يعتبرها زواجا.⁽²⁴⁾

الخاتمة

يستخلص أن هناك فراغا قانونيا في نص المادتين (05) و(06) من قانون الأسرة الجزائري ، وهذا راجع إلى ضعف استعمال الصيغ القانونية التي لا يحتمل تأويلها إلى ألفاظ أخرى مثل لفظ المستهلكة فهذا لفظ اقتصادي وليس قانوني حيث نجد أن المشرع الجزائري أساء استعمال المصطلحات القانونية ونجده أيضا حتى في تعديل نص المادتين أنه تدارك بعض النقص فقط ولم يرق بتداركه كاملا وهذا راجع إلى عدم تحكم المشرع في الألفاظ والمصطلحات القانونية وهذا يعتبر خطرا على الأسرة الجزائرية فهناك أفعال كأن يجب على المشرع ترتيب جزاء عليها وهو التعويض ثم نجده أيضا أنه لم يوضح مسألة التعويض كثيرا على خلاف المشرع الكويتي ونجد أيضا في مسألة قراءة الفاتحة كنا ننظر من التعديل تدارك الغموض في المادة ولكن يتضح من التعديل أنه لم يتدارك هذا

الغموض، وفي نص المادة (06) كأن يجب على المشرع توضيح صيغة المادة حتى لا تؤول إلى تأويلين مثل ما فعل المشرع السوري.
وعليه نقول أنه رغم التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة إلا في جوانب ومن بينها الخطبة أنه ما يزال يحتاج إلى دراسة كبيرة نظراً لأهمية هذا القانون في المجتمع لأنه قانون ينظم حياة أفراد الأسرة فيما بينهم وعلاقة الأسرة مع الأسر الأخرى في المجتمع خاصة في من جانب التعاملات والتعويضات والآثار.

الهوامش:

- (¹) القانون (09/08) المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجديدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008.
- (²) سائح سنقوقة، شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية، الجزء 01، دار الهدى الجزائر، 2011، ص 64، 45، 47.
- (³) بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، ط1، منشورات بغدادي، 2009، ص 315.
- (⁴) سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص 89 وما بعدها.
- (⁵) المرجع نفسه، ص 583.
- (⁶) بن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 27، 26، 28.
- (⁷) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ج1، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2007، ص 46.
- (⁸) القانون (11/84) المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة الجريدة الرسمية رقم (24) الصادرة بتاريخ 1984/06/12.
- (⁹) الأمر (02/05) المؤرخ في 2005/02/27 المتضمن تعديل قانون الأسرة، الجريدة الرسمية رقم (15) لسنة 2005.
- (¹⁰) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 30.

- (11) سعد عبد العزيز، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط3، دار هومة الجزائر، 2011، ص18.
- (12) بياي باديس، قانون الاسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص45.
- (13) صقر نبيل، قانون الاسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص36.
- (14) كاملي مراد، مذكرة الوجيز في قانون الاسرة، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي، السنة الجامعية 2009-2010، ص10.
- (15) صقر نبيل، المرجع السابق، ص38.
- (16) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص44، 45.
- (17) بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في تحاكم الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص42.
- (18) بلحاح العربي، قانون الاسرة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص28، 29.
- (19) دلاندة يوسف، قانون الاسرة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص7، 8.
- (20) المرجع نفسه، ص9.
- (21) دلاندة يوسف، المرجع السابق، ص09.
- (22) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص52.
- (23) المرجع نفسه، ص53.
- (24) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص54.

موقف القانون الجنائي الدولي من جريمة الرشوة ومكافحتها دولياً

بقلم

د / نبيل مدالله العبيدي*

د / مفيد نايف تركي**



الملخص

تعد الرشوة آفة اجتماعية متفشية بين أصحاب الوظائف العامة وحتى بين مستخدمي المشروعات الخاصة، إن آفة الفساد لم تعد ظاهرة محلية فحسب وإنما ظاهرة عالمية تعاني منها كل الأنظمة السياسية، فهو يؤثر سلباً على جهود التنمية البشرية والتقدم الاقتصادي، وهذا ما استدعى ضرورة التعاون الدولي لمواجهته ووضع استراتيجيات يتم تحديثها باستمرار لضمان مواجهة المشكلات الناجمة عن كل صور الفساد المعاصرة. ومفهومها هي طلب أو أخذ أو قبول لوعده أو عطية يصدر من موظف عام أو من في حكمه للقيام بعمل أو امتناع أو إخلال بواجبات وظيفته.

الكلمات المفتاحية: جريمة الرشوة، الراشي، المرشحي، التعاون الدولي،

جريمة دولية

* أستاذ بجامعة الأنبار - العراق.

** أستاذ بجامعة الأنبار - العراق.

المقدمة:

1- تقديم البحث :

يعد الفساد ظاهرة من ظواهر السلوك الإنساني التي أقلقَت المجتمعات البشرية والحكومات منذ أقدم العصور ولا تزال. فهو سلوك إنساني غير سليم يشكل خروجاً عن القانون، ويهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة على حساب المصلحة العامة.

ليس هناك تعريف محدد للفساد، ولكن هناك اتجاهات مختلفة تتفق في كونه إساءة لاستعمال السلطة العامة أو الوظيفة العامة للكسب الخاص. وقد عرفه البنك الدولي على أنه «استغلال المنصب العام بغرض تحقيق مكاسب شخصية». كما عرفه صندوق النقد الدولي بأنه «اغتصاب السلطة العامة من أجل المصلحة الخاصة»، وهناك أيضاً اتفاق دولي على تعريف الفساد كما حددته " منظمة الشفافية الدولية " بأنه «كل عمل يتضمن سوء استخدام المنصب العام لتحقيق مصلحة خاصة ذاتية لنفسه أو جماعته».

إن آفة الفساد لم تعد ظاهرة محلية فحسب وإنما ظاهرة عالمية تعاني منها كل الأنظمة السياسية، فهو يؤثر سلباً على جهود التنمية البشرية والتقدم الاقتصادي، وهذا ما استدعى ضرورة التعاون الدولي *la coopération internationale* لمواجهة وضع استراتيجيات يتم تحديثها باستمرار لضمان مواجهة المشكلات الناجمة عن كل صور الفساد المعاصرة مثلاً في أوروبا، طوّر مجلس أوروبا (COE) ثلاث أدوات أولية لإرشاد الأعضاء في مكافحة الفساد شكّلت ميثاقين (ميثاق القانون الجنائي ضد الفساد الصادر سنة 1997 عن مجلس أوروبا، وميثاق القانون المدني ضد الفساد الصادر عن مجلس أوروبا)، وكانت واحدة عبارة عن مبادئ غير ملزمة (المبادئ العشريون الإرشادية لمكافحة الفساد الصادرة عن مجلس أوروبا)، وفي أميركا اللاتينية، تم التفاوض سنة 1996 بشأن الميثاق بين الدول الأميركية ضد الفساد برعاية منظمة الدول الأميركية (OAS) التي أنشأت سنة 2001 آلية مراجعة النظراء لرصد التطبيق، والولايات المتحدة الأميركية مشاركة في هذه الاتفاقية، وفي آسيا، تبنت دول في منطقة آسيا - المحيط الهادئ مجموعة مبادئ غير ملزمة ضد الفساد، هذه المجموعة المعروفة بخطة عمل البنك

الآسيوي للتنمية/منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (ADB/OECD) لمكافحة الفساد في آسيا والمحيط الهادئ، تم تطويرها برعاية البنك الآسيوي للتنمية ومنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (ADB/OECD)، و في أفريقيا تم تبني ميثاق الاتحاد الأفريقي لمنع ومكافحة الفساد، من جانب رؤساء الدول في اجتماع القمة الأفريقية الذي عقد في مابوتو، عاصمة موزامبيق، في تموز/يوليو 2003، وفي الشرق الأوسط، تعمل الدول العربية عبر شبكة إقليمية، هي مبادرة الحكم الجيد للتنمية (GfJ)، لتقديم الدعم إلى العملية الجارية لإصلاح الحكم وتحديث القطاع العام وعملت الدول الـ 37 التي وقعت سنة 1997 على ميثاق منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OECD) لمكافحة رشاوى الرسميين الأجانب في الصفقات التجارية الدولية، ولعل أهم وأحدث هذه الاستراتيجيات هي اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد la Convention des Nations Unies contre la corruption التي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك فهي أول أداة دولية قابلة لتطبيق عالمياً لا تتعاطى بغير موضوع الفساد لذا ستكون الإطار الذي نبحث فيه جريمة الرشوة، وقد جاء في ديباجة هذه الاتفاقية أن الدول الأطراف مقتنعة بأن الفساد لم يعد شأناً محلياً، بل هو ظاهرة عابرة للأوطان تمس كل المجتمعات والاقتصاديات.

فالرشوة إذا تفترض اتفاقاً إرادياً بين المرششي والراشي، علاقة اخذ وعطاء متبادل بين الموظف وصاحب المصلحة.

- المرششي: le corrompu فهو من يطلب لنفسه أو لغيره، أو يقبل أو يأخذ وعداً أو عطية لأداء عمل من أعمال وظيفية.

- بينما الراشي: le corrupteur هو صاحب المصلحة الذي يسعى إلى شراء ذمة المرششي وإفساده بهدف حمله على أداء عمل أو الامتناع عن أدائه يكون من أعمال وظيفية.

- والرائش: هو الذي يمثل من كلفه بالوساطة .

وقد تطرق التشريع العراقي إلى تجريم الرشوة والعقاب عليها بموجب المادة 439 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 وكذلك جرمها قانون العقوبات المصري وفقاً للمادة 106، وقد شدد قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي في المادة 234، أما المشرع الجزائري فقد نص في المواد (25-27-

28-40) على الرشوة ، إذ نجد أن المشرع الجزائري وفي المادة 25 قانون الوقاية من الفساد ومكافحته (قانون رقم 06-01)، إذ نصت على (معاقبة كل من وعد موظفاً عمومياً بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه هذا من جهة، و من جهة أخرى نص على معاقبة كل موظف عمومي طلب أو قبل بشكل مباشر أو غير مباشر مزية غير مستحقة سواء لنفسه أو لصالح شخص آخر.

2- إشكالية البحث: انطلاقاً مما سبق، يتضح أن جريمة الرشوة تعد ظاهرة خطيرة تعاني من سلبياتها العديد من الدول المتقدمة والنامية على حد سواء ومن هنا، يمكن إيجاز إشكالية البحث في التساؤل الجوهرية التالي:

- هل يمكن مكافحة هذه الظاهرة الإجرامية الخطيرة الدولية والقضاء عليها

؟

- وهل العقوبة هي الآلية الوحيدة لقمع الرشوة ؟
- وللسيطرة على جوانب الموضوع، جزأنا الإشكالية الأساسية إلى الأسئلة الجزئية التالية:

- هل اكتفى التشريع الجزائري بالعقاب على رشوة الموظف العمومي الوطني ؟ أم تأثر باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وبالتالي عاقب على رشوة الموظف العمومي الأجنبي، ورشوة الموظف بمؤسسة دولية؟

3- أهداف البحث: يهدف بالدرجة الأولى إلى الإجابة عن الإشكالية المطروحة ومحاولة إيجاد الحلول الكفيلة لمنع وقوع جريمة الرشوة و تخليص المجتمع من آثارها السلبية التي تهز ثقة المواطنين بمؤسسات الدولة وتهز المجتمع الدولي بأسره.

4- أهمية البحث: يستمد البحث أهميته من اهتمام المجتمع الدولي الذي أصبح يولى عناية بموضوعات الفساد بشتى أنواعه (الرشوة، الاختلاس، استغلال النفوذ... الخ) إذا أصبح موضوعاً عالمياً دولياً وليس محلياً وطنياً فحسب. وحظي باهتمام الاتفاقية الدولية ولعل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد هي أول آلية دولية عالمية تطرقت لموضوع الفساد وجريمة الرشوة كأهم صورة من صور الفساد الإداري.

موقف القانون الجنائي الدولي من جريمة الرشوة ومكافحتها دولياً — د/ نبيل همدان العبيدي

د/ هفيد نابف تركي

5- منهج البحث : سوف نعتمد في هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن.

6- خطة البحث

مقدمة

المبحث الأول: أركان الجريمة

المطلب الأول: الركن المفترض

المطلب الثاني: الركن المادي

المطلب الثالث: الركن المعنوي

المبحث الثاني: السياسات المتبعة لمكافحة الرشوة في ظل اتفاقية الأمم

المتحدة

المطلب الأول: العقوبة وكفايتها أو عدم كفايتها لمكافحة الرشوة

المطلب الثاني: إرساء بعض التدابير الوقائية من الرشوة

خاتمة

المبحث الأول أركان الجريمة

لما كانت الرشوة إحدى جرائم الاعتداء على الوظيفة العامة والمرتبطة بها بدرجة رئيسية، فإنها لا تقع إلا من يملك سلطاتها أي من الموظف العام أو من في حكمه، وهذا ما نعني به الركن المفترض في جريمة الرشوة.

ومن جهة أخرى، يجب أن يسعى الشخص المرثشي إلى الارتشاء أو قبول الرشوة بهدف الحصول على عطية don أو هدية présent ، أو وعد promesse بذلك وفي مقابل ذلك يقوم الشخص المرثشي le corrompus بأداء أو امتناع عن أداء عمل يرغب صاحب المصلحة في أدائه، وهذا ما يعرف بالركن المادي في جريمة الرشوة ولاكتمال أركان الجريمة، لابد من توافر القصد الجرمي أي الركن المعنوي لجريمة الرشوة، لذا سنتطرق في دراسة أركانها من خلال ثلاثة مطالب كما يلي :

المطلب الأول: الركن المفترض
المطلب الثاني: الركن المادي
المطلب الثالث: الركن المعنوي

المطلب الأول الركن المفترض

تعد جريمة الرشوة من جرائم ذوي الصفة.⁽¹⁾ التي يشترط القانون بالنسبة لفاعلها أن تتوفر فيه صفة معينة⁽²⁾ والصفة للمتطلبة هنا هي كون المرثشي موظفاً عاماً أو من في حكمه، ويجب أن يكون مختص بالعمل الذي تلقى المقابل من اجل القيام به.

هكذا ينطوي الركن المفترض اللازم لقيام جريمة الرشوة على عناصر محددة نتطرق إليها من خلال الفرعين التاليين:
الفرع الأول: أن يكون المرثشي موظفاً
الفرع الثاني: الاختصاص الوظيفي للمرثشي

الفرع الأول أن يكون المرثشي موظفاً

أولاً مفهوم الموظف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد
أ- الموظفين العموميين: تطرقت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بمقتضى المادة 15 من الفصل الثالث بعنوان (التجريم و إنفاذ القانون) إلى تجريم رشوة الموظفين العموميين الوطنيين كما يلي (تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية عندما ترتكب عمداً:
1- وعد موظف عمومي بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء لصالح الموظف نفسه، أو لصالح شخص أو كيان آخر لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما، أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية .³

2- التماس موظف عمومي أو قبوله بشكل مباشر أو غير مباشر مزية غير مستحقة، سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية».

ب- الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المؤسسات العمومية الدولية: أحدثت ظاهرة الرشوة قلقاً معنوياً وسياسياً خطيراً في المعاملات التجارية الدولية وأيضاً في مجال المبادلات والاستثمارات، فهي تؤثر على السير الحسن للمصالح العامة والتنمية الاقتصادية .

وذهبت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لتجريم رشوة العموميين الأجانب وموظفي المؤسسات العمومية الدولية وذلك بمقتضى المادة 16⁽⁴⁾ ثانياً- مفهوم الموظف في القانون الجنائي: حرص المشرع العراقي عند تعريف المكلف بخدمة عامة في الفقرة (2) المادة (19) من قانون العقوبات، فجاء بتعريف واسع ليشمل جميع ما جاءت به الاتفاقية من فقرات وحسنا فعل المشرع بشأن ذلك.⁽⁵⁾

والموظف العام وفق القانون الإماراتي إذ عرفته المادة (5) من قانون العقوبات الاتحادي بأنه من يقوم بأداء عمل يتصل بالخدمة العامة بناء على تكليف صادر اليه من موظف عام، فيما أضافت المادة 6 من القانون ذاته أن تكون الوظيفة أو الخدمة دائمة أو مؤقتة بأجر أو بغير أجر طواعية أو جبراً».

ج- الرشوة في القطاع الخاص: الواقع أن تجريم الرشوة في القطاع الخاص ضرورة يظهرها تعاظم حجم مساهمة النشاط الخاص في زيادة الإنتاج القومي، ذلك أن المشروعات الخاصة بلغت من الأهمية حداً يقتضي إصباح الحماية عليها، حماية للمصالح الاقتصادية التي تتعلق بها، ولا تتحقق الحماية الكافية لتلك المشروعات إلا بضمان نزاهة عمالها، وهو ما يقتضي تجريم كل إخلال بهذه النزاهة أيا كانت صورته.⁽⁶⁾

وهذا ما قامت به اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد فهي لم تقتصر على تجريم الرشوة في القطاع العام فقط وإنما نصت أيضاً على تجريم الرشوة في القطاع الخاص وهذا بمقتضى المادة (21)، لأنها لم تحصر الجاني في جريمة الرشوة في الموظف العمومي في القطاع العام فقط، وإنما يشمل التجريم أيضاً

المستخدم في القطاع الخاص إذ قد يحدث في نطاق المشروعات الخاصة سلوكاً يرتكبه المستخدم الخاص لا يختلف في جوهره عن سلوك الموظف العام.⁽⁷⁾

الفرع الثاني الاختصاص الوظيفي للمرتشي (صاحب سلطة وظيفية)

المقصود بالاختصاص بالعمل هو أن يكون للموظف سلطة مباشرة على العمل الذي وقعت بمناسبته جريمة الرشوة، سواء أكان هذا العمل على شكل أداء أم امتناع، والاختصاص قد يكون حقيقياً (فعلاً) أو حكماً. أولاً: الاختصاص الحقيقي (الفعلي): لا يكفي لثبوت اختصاص الموظف أن يكون له سلطة مادية على العمل الذي يؤديه وإنما لابد من وجود علاقة قانونية تربطه وهذا العمل⁽⁸⁾.

وسع التشريع والقضاء من مدلول الاختصاص، حيث اعتبر الموظف أهلاً لارتكاب جريمة الرشوة ولو كان اختصاصه بالعمل الوظيفي جزئياً أو غير مباشر. أ- الاختصاص الجزئي: نجد اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد اكتفت بالاختصاص الجزئي، ويظهر ذلك من خلال العبارات التي تضمنتها المادة 15 الواردة ضمن الفصل الثالث بعنوان التجريم وإنفاذ القانون كما يلي «...لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية....».

فهنا نستنتج من خلال النص الأول أنه يكفي أن يكون له فيه نصيب من الاختصاص ولو بقدر محدود جداً يسمح له من الناحية الفعلية بتنفيذ الغرض من الرشوة، مثال ذلك أن يكون الموظف مختصاً بتوقيع شهادة ما لكي يجب كذلك الحصول على توقيع ثان من زميل له لاعتماد هذه الشهادة.

ب- الاختصاص غير المباشر: يعتبر الموظف مختصاً بالعمل ولو لم يكن داخلياً مباشرة في حدود وظيفته، والواقع يصعب التفريق بين العمل الذي يدخل في وظيفته والعمل الذي تسهله الوظيفة⁽⁹⁾. ومثال ذلك تقديم المال إلى أمين الضبط يسعى إلى تأجيل النظر في

الدعوى المعروضة عليه فالتأجيل من اختصاص القاضي لكن لوجود علاقة بين الكاتب والقاضي تجعل في وسعه أن يؤثر عليه بما يقدمه من أسباب تبرر التأجيل .

ثانيا: الاختصاص الحكمي: توجد حالتان في الاختصاص الحكمي وهما: الحالة الأولى: وهي ادعاء الاختصاص الوظيفي: فهنا يركز إلى فكرة حماية الظاهر و الظاهر هنا هو ادعاء الموظف باختصاصه وما ادخله هذا الادعاء في روح المعجني عليه المتعامل مع الإدارة من ثقة في الوظيفة نفسها⁽¹⁰⁾ ولا بد هنا من تحقق شرطين هما :

- أن يكون الاختصاص المزعوم ناشئا عن ادعاء الموظف؛
- أن يكون الاختصاص المزعوم من الموظف داخلاً في نطاق أعمال وظيفته الحقيقية.

الحالة الثانية: حالة الاعتقاد خطأ بالاختصاص: قد يحدث و يقع الموظف المرتشي في غلط بحيث يعتقد اختصاصه، خلافا للحقيقة، وهذا لا يقلل من خطورة الفعل الإجرامي لأنه يمس بنزاهة الوظيفة العامة مثل موظف يزاول اختصاصه بنقله، ثم يصدر عنه الفعل الذي تقوم به جريمة الرشوة فهنا يحول دون قيام جريمة الرشوة.

المطلب الثاني الركن المادي

يمكن تعريف الركن المادي للجريمة، بأنه عبارة عن المظهر المادي الخارجي لنشاط الجاني، والذي يتمثل في السلوك الإجرامي الذي يجعله مناطا ومحلا للعقاب.⁽¹¹⁾

سنتناول فيما يأتي الركن المادي لرشوة في مختلف صورها، وقد قسمناها إلى خمس صور، الرشوة السلبية، والرشوة الإيجابية، وتلقي الهدايا، والإثراء بلا سبب، ورشوة الموظفين العموميين الأجانب و موظفي المنظمات الدولية العمومية التي سنخصص لها الفروع التالية:

الفرع الأول: في الرشوة السلبية.
 الفرع الثاني : في الرشوة الإيجابية.
 الفرع الثالث: في رشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المنظمات الدولية العمومية.

الفرع الأول في الرشوة السلبية (جريمة الموظف المرتشي)

عالج قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 جرائم الفساد في الباب السادس تحت عنوان (الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة) وتشمل جرائم الرشوة والاختلاس وتجاوز الموظفين حدود وظائفهم، حيث عالجت الرشوة في المواد (307__314) فالموظف العام عند قيامه بأداء وظيفته، فإن ذلك لتحقيق المصلحة العامة والرشوة هي طلب الموظف أو قبوله لنفسه أو لغيره عطية أو منفعة أو ميزة أو وعدا بشيء من ذلك لأداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه، أو الإخلال بواجبات الوظيفة وعاقب المشرع العراقي بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو الحبس اذا حصل الطلب أو القبول أو الأخذ بعد أداء العمل أو الامتناع عنه بقصد المكافأة على ما وقع من ذلك. وأن يكون الغرض من تلك المزية حمل المرتشي على أداء عمل من واجباته أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته، سنتطرق لنقطة الثانية والثالثة بشيء من التفصيل :

أولاً : النشاط الجرمي في الرشوة السلبية: يتمثل في صورتين هما الطلب والقبول

أ. الطلب *la sollicitation*: تتمثل هذه الصورة في مبادرة الموظف العمومي - أو من في حكمه - يطلب مزية أو الوعد بها وذلك مقابل ما يقوم به أو يمتنع عنه من أعمال وظيفته .

وتقع جريمة الرشوة - بموجب هذه الصورة - تامة ولو لم يتلق المرتشي جواباً من صاحب المصلحة بل ولو قام هذا الأخير برفضه، لأن العبرة بسلوك الموظف الذي يتجر بأعمال وظيفته، و بناءً عليه يعد مرتشياً أستاذ الجامعة الذي يطلب نقوداً مقابل إعطاء العلامة لطالب⁽¹²⁾، إن الطلب هو الصورة الوحيدة التي

يتحقق فيها الشروع في جريمة الرشوة، أما صورة القبول فلا يمكن تصور الشروع فيها، إذ في هذه الحالة ينحصر مبدأ التنفيذ و نهايته.

ويمكن أن يتم الطلب صراحة كاستخدام عبارات واضحة في الكلام أو عن طريق الكتابة إلى صاحب المصلحة، أو بإرسال وسيط يبلغه، كما قد يتم ضمناً يستفاد من تصرفات الموظف التي لا تدع شكاً في دلالتها على التعبير عن إرادته في بيع أعمال وظيفته في سبيل حصوله على مقابل أو وعد به، كما قد يبدي المرثشي طلبه في صورة إشارة كأن يفتح درج مكتبه ويشير إلى داخله لوضع بعض النقود فيه. ويجب أن يكون الطلب إرادياً وجاداً في الحصول على مقابل نظير العمل المراد منه⁽¹³⁾، كما يجب أن يصل هذا الطلب إلى علم من يوجه إليه ولا يشترط قبوله.

ب-القبول l'acceptation: يكون القبول من جانب الموظف المرثشي و الغرض من صاحب الحاجة يعبر فيه عن إرادته بتعهده بتقديم الهدية أو المنفعة إذا ما قضى له مصلحته⁽¹⁴⁾ فقد ينصب على الهدية أو المنفعة ذاتها، كما قد ينصب على مجرد قبول الوعد بهذه الهدية أو المنفعة .

وقد نصت المادة 15 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد («...ب) التماس موظف عمومي أو قبوله، بشكل مباشر أو غير مباشر، مزية غير مستحقة...»

يجب أن يستند قبول الرشوة إلى إرادة جادة، فإذا كان الموظف غير جاداً في قبوله أخذ الهدية أو المنفعة بل كان متظاهراً بذلك فقط للإيقاع بالراشي متلبساً بالجريمة كان أخذه غير معتبر به، لكن من جهة أخرى لا عبرة بالطريقة التي يتم بها الأخذ، فقد يقع بشكل صريح كالتسليم المادي لمبلغ الرشوة، كما قد يتم ضمناً كأن يضع صاحب المصلحة مبلغاً من المال في درج مكتب الموظف و تحت بصره و دون أن يعترض الموظف على ذلك.

وتتحقق الجريمة في صورة القبول سواء أكان موضوعه هبة أم هدية تسلمها الجاني بالفعل أو وعد بالحصول على الفائدة فيما بعد، ويطلق الفقه على الحالة الثانية اسم الرشوة الآجلة لأن الموظف يستفيد من المبلغ هو أو غيره في زمن لاحق.

ثانياً: محل الارتشاء:

أ. مدلول المزية: نصت عليه المادة 15 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، فهذه العبارة جاءت عامة وواسعة فقد تكون المزية ذات طبيعة مادية أو معنوية و يقصد بالمزية المادية كل شيء يمكن أن يقوم بالمال كما يجوز أن ترد على حق من الحقوق كإبراء من دين أو التخلص من التزام، كما يقصد بها كافة أنواع الهدايا والهبات والعطايا لأنها جميعاً ممكن تقويمها بالمال، كسيارة أو ملابس، كما قد تكون المزية ذات طبيعة معنوية كحصول الموظف على ترقية أحد أقاربه أو الإفراج عن سجين⁽¹⁵⁾.

وقد تكون المزية صريحة ظاهرة في شكل نقود أو حلي، أو قد تكون ضمنية مستترة، ويجوز أن تكون مشروعة أو غير مشروعة في ذاتها⁽¹⁶⁾. كما لا يشترط أن تكون المزية محددة ويكفي أن تكون قابلة للتحديد.

ب - عدم أحقية الموظف للمزية: يجب أن يكون مقابل الرشوة المقدم للموظف، لا حق له فيه أي مزية غير مستحقة. وهذا شرط منطقي وبديهي إذ لو كان الموظف قد تقاضى حقاً له فإن فكرة الرشوة ذاتها تنتهي بانتهاء الإتجار من الوظيفة.

ج- الشخص الذي يتلقى المزية: المرثي قد يطلب أو يقبل الرشوة إما لمصلحته أو لمصلحة غيره، وهذا الغير قد يعينه الموظف المرثي وذلك دون الأخذ بعين الاعتبار صلة القرابة بين الموظف وهذا الغير، ولا يهم أن يعلم الغير السبب أو الغرض من تقديم هذه المزية وهذا ما جاءت به المادة (25) من قانون مكافحة الفساد «... كل موظف عمومي طلب أو قبل بشكل مباشر أو غير مباشر مزية غير مستحقة سواء لنفسه أو لصالح شخص آخر أو كيان آخر...»⁽¹⁷⁾، ومثال ذلك أن يقدم صاحب المصلحة هدية إلى زوجة الموظف دون أن تعلم سببها كما لو اعتقدت أنها هدية من زوجها.⁽¹⁸⁾

إذا نخلص أن جريمة الرشوة ترتبط وجوداً وعدماً بالمزية، وهذا يعني أن انتفاء المزية يؤدي إلى انتفاء جريمة الرشوة، فلو قام أحد الموظفين بالإخلال بواجبات وظيفته نتيجة إشفاقه على صاحب المصلحة و دون أي مقابل فلا تقوم في هذه الحالة جريمة الرشوة في حقه.

ثالثاً: الغرض من الرشوة: لقد جاء تعريف الرشوة على أنها إتجار في العمل الوظيفي، حيث يتحول هذا العمل إلى سلعة تؤدي إلى من يدفع ثمنها.⁽¹⁹⁾

وقد نصت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على الغرض من الرشوة في المادة 15 على النحو التالي: «.....لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية».

أ. أداء المرتشي لعمل إيجابي أو الامتناع عنه: تتحقق جريمة الرشوة وفقا لهذه الصورة إذا كان الموظف المرتشي قد حصل على الفائدة للقيام بعمل وظيفي يوجب عليه القانون القيام به مثل القاضي الذي يصدر حكما مطابقا للقانون نظير حصوله على منفعة معينة، و تتحقق أيضا جريمة الرشوة إذا امتنع الموظف عن القيام بعمل من أعمال وظيفته و يستوي أن يكون الامتناع مشروعا أي يمتنع عن القيام بعمل لا يجوز له أن يقوم به وفقا للقوانين والأنظمة التي تحكم طبيعة عمله، وان يكون الامتناع غير مشروع أي يمتنع الموظف عن القيام بعمل ما يتعين عليه قانونا أن يقوم به، طالما تلقى للموظف مقابلاً لذلك⁽²⁰⁾.

ب. يجب أن يكون العمل من أعمال وظيفة المرتشي: يقصد بأعمال الوظيفة كل عمل يدخل ضمن اختصاص الموظف، بل يكفي أن يكون له في ذلك نصيب أو دور من الاختصاص في أداء العمل أو الامتناع المطلوب⁽²¹⁾، إذ أن المتهم ضبط وبحوزته المبلغ المسلم له من طرف الضحية». و ينتقد في هذا القرار أنه لم يتم توضيح صفة المرتشي لكي نعرف هل أخل بوظيفته وكيف تاجر بها.

رابعاً: لحظة الإرشاء: يشترط لقيام الجريمة أن يكون طلب المزية أو قبولها قبل أداء العمل المطلوب أو الامتناع عن أدائه، وإذا كان طلب المزية أو قبولها لاحقاً، فلا محل للرشوة في هذه الحالة، وهذا غير منطقي وغير مقبول لأنه ممكن أن يطلب الموظف المرتشي المزية بعد أداء العمل المطلوب منه أو الامتناع عن أدائه ففي هذه الحالة تتحقق أيضا جريمة الرشوة.

الفرع الثاني في الرشوة الإيجابية

ويتعلق الأمر في هذه الصورة بالشخص الراشي الذي يعرض أو يمنح أو يعد موظفا عموميا بمزية غير مستحقة مقابل حصوله على منفعة بإمكان ذلك

الشخص توفيرها له، ولا يشترط المشرع أي صفة في الراشي ويستفاد من نص المادة ثلاثة عناصر أساسية هي: النشاط الجرمي والمستفيد من المزية وغرض الراشي.⁽²²⁾

أولاً: النشاط الجرمي: ويتحقق بالوسائل التالية: إما وعد أو عرض أو منح مزية.

ويجب أن يكون الوعد جدياً وأن يكون الغرض منه تحريض الموظف على الإخلال بواجبات الوظيفة وأن يكون محددًا، مثل المتقاضي الذي يعد القاضي بمبلغ من المال مقابل إصدار حكم لصالحه، وبمجرد الوعد تقوم الجريمة وإن قوبل بالرفض، وكذلك الأمر بالنسبة للعرض أو المنح وقد يكون الوعد بالمزية أو عرضها أو منحها بشكل مباشر أو غير مباشر أي يمكن أن يتم مباشرة أو عن طريق الغير.⁽²³⁾

ثانياً: المستفيد من المزية: ممكن أن يكون المستفيد من المزية الموعود بها المعروضة أو الممنوحة الموظف ولكن من الجائز أن يكون المستفيد شخص طبيعياً أو معنوياً، فرداً أو كياناً.⁽²⁴⁾

الفرع الثالث

رشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المنظمات الدولية العمومية

إن كارثة الفساد بجميع أنواعه من رشوى واستيلاء على المال العام وسرقات وعمولات محلية ودولية ينظر إليه على أنه مشكلة عالمية ليس لها نهاية ومعاناة على المستوى الدولي⁽²⁵⁾. إذ أصبحت هذه الجريمة وباءً خطيراً وشرّاً

مستطيراً، إذ يصعب حلها كون الفساد اصبح ظاهرة منشرة تحدد بالدول والمنظمات الدولية والمجتمعات بل انتشرت أكثر من ذلك وتسبق فيما بينهم الأفراد من أجل الحصول على الرشوى بحجة واهية وهو تامين المستقبل.

نصت المادة 16 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد عليها ولقد تأثر المشرع بهذه الاتفاقية فنص على تجريم رشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المنظمات الدولية العمومية⁽²⁶⁾، إذ نصت الاتفاقية على الصورة الثانية من جريمة الرشوة فهي صورة مستحدثة من قبل واضعي تلك الاتفاقية وليس هناك اختلاف بينها وبين الصورة الأولى سوى في كون الفاعل هو موظفاً عمومياً أجنبياً أو موظف مؤسسة دولية عمومية والتي عرفتهما في الفقرتين (ب) ، (ج) من المادة 2، والغرض من هذه الجريمة هو الحصول على منفعة تجارية أو أي مزية غير مستحقة أخرى أو الاحتفاظ بها فيما يتعلق بتصريف الأعمال التجارية الدولية، ويأتي هذا التوسع في التجريم محموداً ولكن مع ذلك لم يرق المشرع المصري بإصدار قانون يجرم الرشوة الدولية.⁽²⁷⁾

ومن جرائم الفساد المالي في قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 جريمة الاختلاس وهي من أخطر جرائم الفساد والمقصود بالاختلاس استيلاء الموظف أو المكلف بخدمة عامة الأموال التي تحت عهده حيث عالج جريمة الاختلاس في المواد (315_321) فالموظف العام عند قيامه بأداء وظيفته فان ذلك لتحقيق المصلحة العامة والرشوة هي طلب الموظف أو قبوله لنفسه أو لغيره عطية أو منفعة أو ميزة أو وعداً بشيء من ذلك لأداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه أو الإخلال بواجبات الوظيفة، وعاقب المشرع العراقي بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو الحبس اذا حصل الطلب أو القبول أو الأخذ بعد أداء العمل أو الامتناع عنه بقصد المكافاة على ما وقع من ذلك⁽²⁸⁾.

ولهذا ترك الفساد خاصة الرشوة آثاراً سلبية ضارة على الاقتصاد العالمي واختلاف وتردي القيم الوظيفية والأخلاقية وانخفاض كفاءة الأجهزة الإدارية التي يعمل بها الموظف العمومي الأجنبي، وهذا يؤدي بالنتيجة إلى ضعف الخدمات التي تقدمها المنظمات الدولية أو أي جهة عمل يعمل بها الموظف العمومي الأجنبي.

فالرشوة تنمو وتترعرع مع غياب الرقابة الحقيقية الجادة أو المحاسبة والعقوبة الرادعة والأنظمة والقوانين واللوائح الواضحة التي تشدد على منع الرشاوى والهدايا، واتباع القواعد الخاصة بالرقابة المالية والإدارية والاقتصادية ذات الصبغة الفاعلة.

المطلب الثالث الركن المعنوي

لقيام الجريمة قانوناً لا يكفي مجرد توافر الركن المادي، إنما يجب أن توجد رابطة نفسية بين النشاط الإجرامي ونتائجه وبين الجاني الذي صدر عنه هذا النشاط، وهذه الرابطة هي التي يعبر عنها بالركن المعنوي فالقاعدة أن لا جريمة بدون ركن معنوي، فإذا ثبت لدى القاضي توافر الركن المادي للجريمة ينتقل إلى البحث عن الركن المعنوي لكي يكتمل البناء القانوني للجريمة اللازم لنشوء المسؤولية الجنائية .

ولما كانت جريمة الرشوة من الجرائم القصدية Les infractions intentionnelles، فإن جوهر ركنها المعنوي في صورة القصد الجنائي Intention criminelle . وهذا يعني أن الخطأ الجزائي لا يكفي لقيام هذه الجريمة ، فالقانون لا يعرف جريمة الرشوة غير المقصودة La corruption non intentionnelle .

فالرشوة مثل كل جرائم الفساد الأخرى المشمولة بالاتفاقية هي جريمة عمدية ويعني ذلك أن لا بد لقيامها قانوناً توافر عناصر العمد وهي عناصر القصد الجرمي والذي يتمثل بالعلم والإرادة⁽²⁹⁾.
جريمة الرشوة وفقاً للمادة 106 من قانون العقوبات المصري رقم 74 لسنة 1936 جريمة عمدية بمعنى أن القانون يشترط توفر قصد جنائي لدى الموظف العام المرشحي أو من بحكمه.

القصد الجنائي المطلوب توافره في جريمة الرشوة هو قصد عام بمعنى أن يتألف من إرادة الموظف الفاعل بتنفيذ نشاطه الإجرامي مع علمه بجميع عناصر الركن المادي المكون لجريمة الرشوة. بالتالي كي تتحقق جريمة الرشوة يجب أن

يطلب الموظف أو يقبل أو يأخذ وعد وهو يعلم بأن الأخذ أو الطلب أو الوعد هو مقابل لفعل أو امتناع عن فعل يقع ضمن دائرة اختصاصه الوظيفي.

الحالات التي يتتفي فيها قصد الموظف المرتشي في جريمة الرشوة هي التالية:

- انتفاء العلم بأحد عناصر الركن المادي لجريمة الرشوة (أخذ، قبول، وعد).

- انتفاء علم المرتشي بأنه موظف (عدم تبليغه بقرار التعيين أو عزله من منصبه بسبب تبليغ مزور).

- انتفاء علمه بأنه غير مختص بالقيام بالفعل أو الامتناع عن الفعل.

- انتفاء علمه بأن العطية هي مقابل فعل أو امتناع عن فعل (كما أن يعتقد أنها هدية).

- انتفاء إرادة الموظف بأخذ العطية (وضع العطية في الملف).

الفقه المصري يقبل بوقوع جريمة الرشوة بمجرد علم المرتشي عند طلب أو قبول المنفعة بأنه يفعل مقابل هذه المنفعة من خلال قيامه بفعل أو امتناعه عنه ضمن دائرة أعماله الوظيفية.

يرى بعض الفقهاء المصريين أن جريمة الرشوة هي جريمة قصد خاص أي أن يعلم المرتشي بأنه يفعل لقاء القيام بعمل أو امتناع عن عمل، و يتطلب أيضا اتجاه نيته إلى الإتجار بأعمال الوظيفة.⁽³⁰⁾

ويتحقق رشوة الموظف العمومي الأجنبي أو موظف في منظمة دولية عمومية بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير

مباشر، من أجل أن يقوم الموظف بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من أعمال وظيفته، وذلك بغرض الحصول أو المحافظة على صفة أو أي امتياز غير مستحق ذي صلة بالتجارة الدولية أو غيرها، أو كل موظف عمومي أجنبي أو موظف في منظمة دولية عمومية، يطلب أو يقبل مزية غير مستحقة، بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء لنفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر، لكي يقوم بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته.⁽³¹⁾

المبحث الثاني السياسات المتبعة لمكافحة الرشوة في ظل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد

بعد أن أنهينا من دراسة أركان جريمة الرشوة، أمامنا البحث عن كيفية التصدي لهذه الظاهرة الاجتماعية للدول، كما أنها أضحت اليوم من أكبر الصعوبات التي تعوق التنمية المستدامة، وهو الأمر الذي جعل المجتمع الدولي يجند طاقته لمحاربتها، وقد أبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية للتصدي لهذه الجريمة الخطيرة⁽³²⁾، وأهمها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد فهي أول آلية دولية عالمية تصدت لموضوع الفساد فقد نصت على جملة من السياسات والآليات الفعالة التي بواسطتها يمكن مكافحة هذا السرطان الخطير والتي يمكن تبنيها على المستوى الوطني .

وقد خصصنا لهذا المبحث مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: العقوبة وكفايتها أو عدم كفايتها لمكافحة الرشوة

المطلب الثاني: إرساء بعض التدابير الوقائية من الرشوة

المطلب الأول العقوبة و كفايتها أو عدم كفايتها لمكافحة الرشوة

من أهم التوصيات التي أسفرت عنها الدراسات التي ناقشت ظاهرة الفساد، هي ضرورة إيجاد جزاء قانوني رادع يتم تعميم تنفيذه على كل من يشارك في ارتكاب حالات الفساد دون النظر لماهية مرتكب الجريمة، ذلك لأن تطبيق القانون

والعقوبات على فئة دون الأخرى، يشجع على ارتكاب مزيد من الإخلال ما دامت هناك حالات قد لا يتعرض مرتكبوها لأية جزاءات قانونية، فعدم تطبيق العقوبة يعتبر في حد ذاته فعلاً تجب محاربتة، لأنه يشجع على ارتكاب الفساد ويساعد على انتشاره، وهذا إلى جانب ما تكرسه هذه الوضعية من حالات عدم المساواة أمام القانون.

لقد نصت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على ضرورة أن يكون كل فعل مجرم تم النص عليه في هذه الاتفاقية عرضة للملاحقة والعقاب وهذا بموجب المادة 30 بعنوان (الملاحقة والمقاضاة والجزاءات poursuites judiciaires , jugement, et sanction) كما يلي (1) تجعل كل دولة طرفاً، ارتكاب فعل مجرم، وفقاً لهذه الاتفاقية، خاضعاً لعقوبات تراعى فيها جسامة ذلك الجرم (ونصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أن) (3) تسعى كل دولة طرف إلى ضمان ممارسة أي صلاحية قانونية تقديرية يتيحها قانونها الداخلي فيما يتعلق بملاحقة الأشخاص لارتكابهم أفعالاً مجرمة وفقاً لهذه الاتفاقية، من أجل تحقيق الفعالية القصوى لتدابير إنفاذ القانون التي تتخذ بشأن تلك الجرائم ومع إيلاء الاعتبار الواجب لضرورة الردع عن ارتكابها).

فالاتفاقية تؤكد على ضرورة ملاحقة الجناة في جريمة الرشوة وإنزال العقاب عليهم، وقد تنوعت عقوبة جريمة الرشوة بين العقوبة الأصلية والعقوبة التكميلية، وقد يقترن بالجريمة ظروف مشددة فتكون بذلك العقوبة مشددة، وأحياناً أخرى قد تقترن بها ظروف مخففة فتخفف العقوبة على الجاني، أو قد تقترن بعذر فيعفى من العقوبة .

نصت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على ضرورة تشجيع من هم ليسوا أطرافاً في الجريمة على التبليغ عن جرائم الفساد والرشوة، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (13) بعنوان " مشاركة المجتمع " «على كل دولة طرف أن تتخذ التدابير المناسبة لضمان.... لكي يبلغوها بما في ذلك دون بيان هويتهم.....» كما نجد الفقرة الثانية من المادة 39 من الاتفاقية بعنوان « التعاون بين السلطات الوطنية والقطاع الخاص " تنص على أن " تنظر كل دولة طرف في تشجيع رعاياها...على إبلاغ السلطات الوطنية المعنية...».

كما شجعت الاتفاقية كل الموظفين العموميين على الإبلاغ عن جرائم الفساد في الفقرة الرابعة من المادة الثامنة.

لقد حرصت الاتفاقية على ضرورة وضع إطار قانوني يكفل حماية المبلغين وأقاربهم من كل انتقام أو ترهيب نتيجة إبلاغهم عن هذه الجرائم وهذا ما أكدته الاتفاقية في المادة 33 بعنوان "حماية المبلغين".

كما حرصت الاتفاقية أيضا على ضرورة ضمان حماية فئة محددة وهي الشهود، والخبراء، والضحايا، وذلك نظرا لأهمية دور هؤلاء الأشخاص في مجال الكشف عن جرائم الفساد وإثباتها وهذا ما جاء في المادة 32 بعنوان "حماية الشهود والخبراء والضحايا".

إذا تعد حماية المبلغين عن جرائم الفساد أهم محفز ومشجع على الإبلاغ والكشف عن هذه الجرائم، وهذه الحماية تتم بشتى الوسائل والطرق أهمها:
أ. اتخاذ الإجراءات العقابية: يجب التوجه بعقاب كل من يحاول الانتقام منهم أو تهديدهم.

ب. عدم إفشاء هويات المبلغين وتغيير أماكن إقامتهم: وهذا ما نصت عليه اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في المادة 1/32 كما يلي: «إرساء إجراءات لتوفير الحماية الجسدية...» أما الفقرة الثالثة من نفس المادة فنصت على إمكانية اللجوء إلى التعاون الدولي في سبيل تغيير أماكن إقامة الشهود والمبلغين.

ج. اعتماد الوسائل الحديثة للإدلاء بالشهادة: مثل استخدام وصلات الفيديو، وهذا ما جاء في المادة 1/32 من الاتفاقية، ويلعب نظام حماية المبلغين عن جرائم الفساد دورا مهما في تشجيعهم للكشف عن الرشوة - برأينا - حبذا لو تم إلى تقديم مكافآت مالية للمبلغين.

وكذلك وضعت الاتفاقية تدابير وقائية لمكافحة الفساد بالقطاع العام، وهي أن يتم ترسيخ وتدعيم نظم للتوظيف في القطاع العام في الدولة يقوم على مبادئ الكفاءة والشفافية ومعايير موضوعية مثل الجدارة والأنصاف والأهلية ويقدم للموظفين أجورا كافية ومنصفة وتعزيز الشفافية في تمويل الترشيحات لانتخاب شاغلي المناصب العمومية، وفي تمويل الأحزاب السياسية ومنع تضارب المصالح العامة مع مصالح الموظفين الخاصة.⁽³³⁾

وفي العراق، كانت الرشوة سببا في دخول العديد من الموظفين إلى السجن، لأن إجراءات العمل عصفت بأفكار ذوي النفوس الضعيفة، وباتت هدفا لهم على حساب العمل الذي يؤدونه داخل الدوائر الرسمية، والذي يتسلمون مرتبات مالية لقاء عملهم الرسمي هذا، لكن وكما ذكرنا، فإن المال يغري بعض هؤلاء امل وظيفي بالفساد وتسلم الرشوة.

وستتطرق إلى هذه النقاط من خلال الفرعين التاليين:
 الفرع الأول: العقوبات الأصلية
 الفرع الثاني: العقوبات التكميلية

الفرع الأول العقوبات الأصلية

يحدد القانون لكل جريمة عقوبة أو أكثر أصلية، وهذا هو شأن جريمة الرشوة، وهذه العقوبة قد تكون بسيطة عندما لا تقترن بأي ظرف من ظروف التشديد كما قد تكون عقوبة مشددة عند اقترانها بظرف من ظروف التشديد.

أولاً: العقوبة البسيطة (العادية)

أ. بالنسبة للشخص الطبيعي

العقوبة الأصلية:

العقوبة الأصلية للموظف هي الأشغال الشاقة المؤبدة. والمعروف أن المحكوم عليه يتم الإفراج الشرطي عنه في حالة الأشغال الشاقة المؤبدة بمضي عشرين عاما بشرط حسن السير والسلوك في أثناء تنفيذها للعقوبة.

ومن ناحية أخرى يمكن للمحكمة أن تأخذ المتهم بالرأفة فتخفض الأشغال الشاقة المؤبدة إلى الأشغال الشاقة المؤقتة التي تبدأ من 3 سنوات إلى خمس عشرة سنة . بل يمكن أن يصل التخفيض بمقتضى المادة (17) عقوبات عراقي إلى عقوبة السجن الذي يتراوح بين 3 سنوات وخمس عشرة سنة.

ب . بالنسبة للشخص المعنوي:

يسأل الشخص المعنوي عن جرائم الرشوة بمختلف صورها، وتطبق عليه الأحكام المقررة للشخص المعنوي في قانون العقوبات سواء تعلق الأمر بالهيئات المعنية بالمسائلة الجزائية، فعندما يرتكب مثلاً مدير مؤسسة جريمة ما، وهو يعمل أثناء ممارسة وظائفه كعضو وكممثل لشخص معنوي " شركة أو جمعية أو نقابة " يجوز مساءلة مدير المؤسسة عن الجريمة التي ارتكبها والحكم عليه بصفة شخصية وكذا إقامة المسؤولية الجزائية على الشركة نفسها بصفتها شخصاً معنوياً⁽³⁴⁾.

ثانياً: تشديد العقوبة

تشدد عقوبة الرشوة في قانون العقوبات العراقي 111 لسنة 1969 في حالتين:

الحالة الأولى : إذا كان موضوع الرشوة هو الامتناع عن عمل من أعمال الوظيفة أو الإخلال بواجباتها . في هذه الحالة يسري التشديد على عقوبة الغرامة التي يصبح حدها الأدنى ألفي جنيه . أما حدها الأقصى فإنه لا يزيد على ضعف ما أعطي أو وعد به (مادة 104 عقوبات عراقي).

ويعالج هذا الفرض حالة الإخلال بواجبات الوظيفة بناء على الرشوة، وبالتالي فإن التشديد لا يسري إذا كان بغرض قيام الموظف بأداء أعمال وظيفته بشكل طبيعي.

ويسري نفس التشديد على حالة الرشوة اللاحقة، والتي تتمثل في تفاهم سابق على الامتناع عن العمل أو الإخلال ثم طلب أو أخذ أو قبول مبلغ الرشوة (مادة 104 عقوبات عراقي).

الحالة الثانية: إذا كان الغرض من الرشوة هو ارتكاب فعل يعاقب عليه القانون بعقوبة أشد من العقوبة المقررة للرشوة أي أن يكون الغرض من الرشوة هو ارتكاب جريمة أخرى يعاقب عليها الإعدام توقع هذه العقوبة الأخيرة.

ويلاحظ أن في ذلك خروجاً على القواعد العامة في تعدد الجرائم من ناحية أن التشديد هنا لا يتطلب ارتكاب الجريمة الأشد، فيكفي أن يكون الغرض من الرشوة هو ارتكاب هذه الجريمة، كما لو كان الغرض من الرشوة هو إفشاء أسرار الدولة العسكرية إلى دولة أجنبية (مادة 80 عقوبات عراقي).

ويعني ذلك أن المشرع يعتد هنا بالباعث ويحاسب المساهمين في ارتكاب الرشوة عند وجود ذلك الباعث. يستوي بعد ذلك أن تكون الجريمة الأشد قد وقعت أو لم تقع. هذا ما لا يتمشى مع المبادئ العامة في القانون والتي تقضي بعدم العقاب على النوايا غير المقرونة بأعمال تنفيذية. فمما لا شك فيه أن الاتفاق على القيام بالجريمة الأشد هو من الأعمال التحضيرية التي لا ترقى إلى البدء في التنفيذ وبالتالي فإنها لا تخضع للعقاب حسب القواعد العامة. هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى يلاحظ أنه إذا تم ارتكاب الجريمة الأشد، فإن القواعد العامة في تعدد الجرائم تقضي بتطبيق العقوبة الأشد، حيث إن هناك ارتباطاً لا يقبل التجزئة (مادة 32 عقوبات). وهنا نتواجد أمام جريمتين؛ جريمة الرشوة المشددة والجريمة الأخرى التي تمت. ويلاحظ أن جريمة الرشوة المشددة هي دائماً الجريمة الأشد. ذلك أن المادة 108 عقوبات تقضي بتوقيع عقوبة الجريمة الأخرى المتفق عليها إذا كانت هي الأشد، بالإضافة إلى الغرامة النسبية للرشوة.

أما المشرع الجزائري نص في المادة 48 تحت عنوان: "الظروف المشددة من قانون مكافحة الفساد على أنه «إذا كان مرتكب جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون قاضياً، أو موظفاً يمارس وظيفة علماً في الدولة، أو ضابطاً عمومياً، أو عضواً في الهيئة، أو ضابطاً أو عون شرطة قضائياً، أو ممن يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية، أو موظف أمانة ضبط، يعاقب بالحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة، و بنفس الغرامة المقررة للجريمة المرتكبة».

وكما هو ملاحظ، فإن المشرع الجزائري جعل من صفة الجاني ظرفا مشددا لعقوبة جريمة الرشوة إذ تشدد عقوبة الحبس لتصبح من عشر سنوات إلى عشرين سنة، أما الغرامة فتبقى نفسها.

الفرع الثاني العقوبات التكميلية

يُضاف إلى عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة، عقوبة أخرى تكميلية، أي تنطق بها المحكمة مع العقوبة السابقة. وهذه العقوبة التكميلية تتمثل في الغرامة النسبية والمصادرة.

- الغرامة النسبية: والمقصود بالغرامة النسبية أن مقدارها يتوقف على عامل خارجي غير محدد في النص. فقد يكون الضرر المترتب على الجريمة، وهو هنا في جريمة الرشوة، الفائدة التي حصل أو ينتظر الموظف أن يحصل عليها. وعلى كل حال، إذا كانت الغرامة النسبية غير محددة في النص، فيجب على المحكمة أن تحدد مقدارها وألا تنطق بالحكم بالغرامة وتحيل في تحديد مقدارها إلى ما هو ثابت بقرار الاتهام، لأن الحكم يجب أن يكون مستقلا بذاته وكافيا لتحديد مقدار الغرامة.

ويلاحظ أن الغرامة النسبية هنا هي في حدها الأقصى دون حدها الأدنى، ويترتب على اعتبار الغرامة هنا من النوع النسبي النتائج الآتية:

- أن المحكمة لا ينبغي أن تحدد عقوبة الغرامة لكل موظف مرتش إذا تعدد هؤلاء. فالعقوبة واحدة لكافة الفاعلين الأصليين. وهنا تقف الغرامة النسبية على طرف النقيض مع الغرامة العادية التي يجب على المحكمة أن تحدد مقدارها لكل مساهم في الجريمة.

- الفاعلون الأصليون في حالة وجود أكثر من موظف مرتش متضامنون في الوفاء بالغرامة النسبية إذا لم يحدد الحكم نصيب كل منهم فيها. ومعنى ذلك أنه يجوز الرجوع على أحدهم بمقدار الغرامة بالكامل للوفاء عن نفسه وعن الفاعلين معه عن نصيبهم في الغرامة وله في هذه الحالة الرجوع عليهم لاسترداد ما دفعه عنهم.

- المصادرة :

العقوبة التكميلية الثانية التي يتعين على المحكمة أن تحكم بها على الموظف المرشحي هي عقوبة المصادرة ، وجدير بالذكر أن الحكم بمصادرة الفائدة (مبلغ أو هدية) يقتضي أن تكون قد تم تقديمها بالفعل . أما إذا توقف الأمر عند الوعد بها أو طلبها ، فإنه لا يمكن في هذه الحالة مصادرتها ، لأنه لم يتم ضبطها . كما أن لهذا الضبط أهمية من ناحية الغرامة النسبية والتي تحدد بمقدار ما تبلغ هذه الفائدة في حدها الأقصى .

ويعد المشرع الجزائري بأن المصادرة تشكل أشد الجزاءات ردعاً وإيلاماً لمحترفي جرائم الفساد، ولا شك أن الأمر يتطلب فوق هذا تعاوناً دولياً مخلصاً لأجل تعقب عوائد الفساد و الكشف عنها وإعادةتها إلى بلدان الأصل، وهذا ما حرصت على تأكيده اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد و خاصة في المادة 53 من قانون مكافحة الفساد الجزائري، وما بعدها، وقد جسدها المشرع الجزائري في مجال المصادرة في المادة 57 و ما بعدها من قانون مكافحة الفساد.

وفي كل الأحوال عقوبة المصادرة يجب ألا تمس حقوق الغير حسن النية، وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري بموجب الفقرة الثانية من المادة 51 من قانون مكافحة الفساد.

والمشرع الجزائري قد نص على عقوبات تكميلية ذات الطابع جوازي: تتمثل بعض هذه العقوبات عملاً بالمادة 9 من قانون العقوبات الجزائري في:

1. المنع من الإقامة: ويقصد بذلك حظر تواجد المحكوم عليه في بعض الأماكن، و هذا لمدة لا يجوز أن تفوق خمس سنوات، يبدأ سريانها من يوم الإفراج عن المحكوم عليه، و هذا عملاً بالمادة 12 من قانون العقوبات الجزائري.

2. تحديد الإقامة: و يقصد بذلك وفقاً للمادة 11 من قانون العقوبات الجزائري، إلزام المحكوم عليه بأن يقيم في نطاق إقليمي يعينه الحكم لمدة لا تتجاوز خمس سنوات تبدأ من يوم الإفراج عن المحكوم عليه.

3. الحرمان من ممارسة بعض الحقوق: تنص المادة 14 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: «يجوز للمحكمة عند قضائها في جنحة، و في الحالات التي يحددها القانون، أن تحظر على المحكوم عليه ممارسة حق أو أكثر من الحقوق الوطنية المذكورة في المادة 9 مكرر وذلك لمدة لا تزيد عن خمس سنوات»

و بالرجوع للمادة 9 مكرر نجدها تتمثل في:
 - العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف و المناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة؛
 - الحرمان من حق الانتخاب أو الترشح و من حمل أي وسام؛
 - عدم الأهلية لأن يكون مساعداً محلفاً أو خبيراً أو شاهداً على أي عقد أو شاهداً أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال؛
 - الحرمان من الحق في حمل السلاح، وفي التدريس وفي إدارة مؤسسة أو الخدمة في مؤسسة التعلم بوصفه أستاذاً أو مدرساً أو مراقباً؛
 - عدم الأهلية لأن يكون وصياً أو قيماً.

المطلب الثاني إرساء بعض التدابير الوقائية من الرشوة

لابد من شرح خطورة الفساد والرشوة بكل صورها ومنها اخذ المال أو الهدايا والإكراميات وغيرها وأثارها السلبية على الاقتصاد والتنمية والمجتمع برمته وتنوير الرأي العام بإضرار الوساطة والمحسوبة وبيان تحريم الشريعة الإسلامية الغراء لكل صور الرشوة.

اعتاد الناس تداول عبارة " الوقاية خير من العلاج " فالفساد وباء يصيب المجتمعات يجب مكافحته، باتخاذ التدابير الوقائية من الجريمة فهي ربما تكون الطريق المجدي للقضاء على آفة الرشوة وذلك عن طريق إزالة كافة الأسباب المؤدية لارتكابها⁽³⁵⁾.

ولهذه الأسباب دعت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على ضرورة إتباع سياسة الوقاية من جرائم الفساد ومنها جريمة الرشوة وهذا ما جاء في الفقرة الأولى من المادة الأولى بعنوان " بيان الأغراض " كما يلي « أغراض هذه الاتفاقية: - ترويج وتدعيم التدابير الرامية إلى منع ومكافحة الفساد بصورة أكفأ وأنجع

«

ولقد تطرقت الاتفاقية إلى هذه التدابير في الفصل الثاني بعنوان " التدابير الوقائية " ، وهذا ما نادى به المشرع بموجب قانون مكافحة الفساد في المادة 1/1 بعنوان " الهدف " وذلك ضمن الباب الأول بعنوان " أحكام عامة " كما يلي « يهدف هذا القانون إلى ما يأتي:

- دعم التدابير الرامية إلى الوقاية من الفساد ومكافحته».

ونشير أن هذه التدابير الوقائية التي أرستها الاتفاقية والمشرع، تخص جرائم الفساد بصفة عامة، لذلك سنحاول التطرق لبعض هذه التدابير التي تعد أكثر ارتباطاً بالوقاية من جريمة الرشوة في ثلاثة فروع كما يلي:

الفرع الأول: اعتماد بعض القواعد في التوظيف

الفرع الثاني: واجب التصريح بالممتلكات

الفرع الثالث: تعزيز الشفافية وتشجيع مشاركة المجتمع المدني

الفرع الأول اعتماد بعض القواعد في التوظيف

يجب اعتماد وتدعيم نظم التوظيف التي تقوم على معايير موضوعية متطورة لاختيار الموظفين وترقيتهم (أولاً) أيضاً وضع برامج تعليمية وتدريبية لرفع كفاءة الموظفين (ثانياً) وإصلاح نظام الرواتب والأجور (ثالثاً).

أولاً: الاعتماد على المبادئ والمعايير الموضوعية في تعيين الموظفين إن وضع الرجل المناسب في المكان المناسب له دور كبير في القضاء على الرشوة، ويتوقف نجاح الإدارة في تنفيذ مهامها إلى حد كبير على مدى حسن اختيارها للموظف الكفاء ، وتعيينه في الوظيفة التي تتلاءم ومؤهلاته وقدراته واستعداداه.

ولهذا أكدت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على ضرورة الاعتماد على المبادئ والمعايير الموضوعية في تعيين الموظفين وترقيتهم وإحالتهم على التقاعد ويجب الانطلاق من مبدأ تكافؤ الفرص القائم على الجدارة والاستحقاق

والإنصاف و الكفاءة والأمانة والشفافية التامة مصداقاً لقوله تعالى « قَالَتْ أَحَدَاهُمَا يَا أَبْتَ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ »⁽³⁶⁾.

والمساواة القانونية في مجال الوظيفة العامة، حق كل مواطن في الالتحاق بالوظيفة التي تتوافر فيه شروط شغلها، وذلك دون تمييز طبقي أو اجتماعي.

وقد تنوعت طرق الالتحاق بالوظيفة العامة، ويتم الالتحاق بها عن طريق الانتخاب مثل الرؤساء والنواب، وهذه الطريقة لا تأتي بأصحاب الكفاءات والقدرات الإدارية لذلك كان أفضل أسلوب لاختيار واستحقاق المرشحين للوظيفة العامة وهو نظام المسابقة والاختيار على أساس الجدارة.

ويتم الاختيار عن طريق لجان نزيهة وعادلة، ويتعين على هذه اللجان أن تتبع أسساً موضوعية في الاختيار، وتؤدي قسماً غليظاً مغلظاً بالنزاهة والشفافية قبل أداء عملها، ويجري الحرص على سرية اللجنة بشكل مطلق، فلا تعرف إلا يوم المقابلة أو الاختيار وتصدر قرارها فوراً ودون إبطاء. فالتعيين على أساس الاستحقاق يعد عنصراً هاماً في التقليل من الرشوة.

ثانياً: الاعتماد على البرامج التعليمية والتدريبية لرفع كفاءة الموظفين من أهم العوامل التي من خلالها الوقاية أو الحد من مظاهر الفساد والرشوة هي دعم الوعي السلوكي لدى الموظفين، وهذا ما يستدعي ضرورة وضع آليات التدريب والإعداد المهني للموظفين في جميع الهياكل الإدارية، وقد حرصت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على تشجيع الدول لوضع برامج تعليمية وتدريبية لتمكين أولئك الموظفين من الوفاء بمتطلبات الأداء الصحيح والمشرف والسليم للوظائف العمومية، وتوفر لهم التدريب المتخصص، والسليم من أجل إذكاء وعيهم بمخاطر الملازمة لأداء وظائفهم، ويجوز أن تشير هذه البرامج إلى مدونات أو معايير سلوكية في المجالات التي تنطبق عليها.

إذ يعد التدريب أحد أهم العوامل المساعدة للقضاء على الفساد، وتنطبق لدراسته من خلال النقاط التالية:

أ. تعريف التدريب: هو تلك الجهود المتخذة من قبل مختلف الإدارات والمؤسسات بهدف تزويد الموظفين بالمعلومات والمعارف التي تزيد من مهارتهم وقدراتهم في أداء العمل،

ب. أهمية التدريب: تستهدف البرامج التدريبية الأهداف التالية:

1. نقل المعلومات؛
 2. تنمية المهارات؛
 3. تعلم أخلاقيات الخدمة العامة.
 وهذا ما أكدته الفقرة الثالثة من المادة الثامنة من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

ج. مستلزمات نجاح التدريب: لنجاح التدريب وبلوغ أهدافه لابد من بعض المستلزمات وأهمها:

1. يجب أن يكون المدرب أو القائم بالتدريب قبل كل شيء قدوة حسنة ويجب أن يكون مقتنعا بأهمية التدريب وفائدته، ولا بد أن يكون على درجة كافية من العلم و الاطلاع المتجدد و الخبرة في المجالات المتصلة بموضوع التدريب، ويستطيع نقل هذه المعلومات وتلك الخبرات إلى الدارسين بطريقة ميسرة ومقبولة.⁽³⁷⁾

2. توفير الحافز للمتدرب لحفزه على الالتحاق بالبرامج التدريبية، كمضاعفة راتبه، وتوفير المواصلات المجانية وإعطائه الأولويات في الترقيات.... الخ؛

3. يجب أن يتم التدريب في مبنى مريح مهياً لعملية التدريب؛
 4. توعية العاملين في المنظمة بأهمية التدريب وأثره في تطوير قابليتهم؛
 5. ضمان التطوير الفكري للموظفين بالتدريب والاحتكاك مع الخبرات وذلك سواء داخل بلدهم أو خارجه.

وعملاً باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، فإنه يجب التركيز على التدريب والتكوين خاصة في المناصب العمومية التي تعتبر أكثر عرضة للفساد، والأكثر من ذلك هو ضرورة إتباع سياسة التدوير الوظيفي، وهذا ما جاء في الفقرة الأولى من المادة السابعة من الاتفاقية كما يلي « تسعى كل دولة طرف حيثما اقتضى الأمر، ووفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، إلى اعتماد وترسيخ وتدعيم نظم لتوظيف المستخدمين المدنيين وغيرهم من الموظفين العموميين غير المنتخبين عند الاقتضاء، واستخدامهم واستبقائهم وترقيتهم وإحالتهم على التقاعد وتتسم بأنها:

ب) تشتمل على إجراءات مناسبة لاختيار وتدريب أفراد لتولي المناصب العمومية التي تعتبر عرضة للفساد بصفة خاصة وضمان تناوبهم على المناصب عند الاقتضاء».

أما بخصوص القطاعات الأكثر مساسا بالرشوة فنجد على المثال الأحزاب السياسية، الشرطة، الخدمات الطبية، السلطة القضائية، كما أن إدارة الضرائب و الجمارك تدرجان عادة بين أكثر الأجهزة الحكومية عرضة للفساد لاسيما في البلدان النامية.⁽³⁸⁾

ثالثاً: إصلاح نظام الرواتب والأجور:

يعاني أكثر موظفي الخدمة العامة بالدول النامية من نقص ذريع في الرواتب التي يمنحها لهم القانون، والتي تقتصر كثيراً عن الوفاء بمتطلبات معيشتهم ومعيشة أسرهم، لهذا يجد الموظف نفسه مضطراً لتقبل الهدية والرشوة من المواطنين من ذوي الحاجات ليسد بها النقص المادي، الناتج عن ضعف الرواتب، وعجز الرواتب عن تلبية المطالب الأساسية للعيش يعد من أسباب انتشار الفساد الإداري، ومناخا صالحاً لتفشي ظاهرة الرشوة.⁽³⁹⁾

لهذا يتعين على الدولة أن تبادر إلى إصلاح نظم الأجور لزيادة الرواتب للموظفين، وجعلها كافية لضمان حياة كريمة لهم ولأفراد أسرهم؛ وهذا ما نصت عليه اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بموجب الفقرة (ج) من المادة السابعة كما يلي « تسعى كل دولة طرف، حيثما اقتضى الأمر ووفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، إلى اعتماد وترسيخ وتدعيم نظم لتوظيف المستخدمين المدنيين، وغيرهم من الموظفين العموميين غير المنتخبين عند الاقتضاء، واستخدامهم واستبقائهم وترقيتهم وإحالتهم على التقاعد تتسم بأنها :

ج - تشجع على تقديم أجور كافية، ووضع جداول أجور منصفة، مع مراعاة مستوى النمو الاقتصادي للدولة الطرف المعنية ».

إن القول بأن إصلاح نظم الأجور وزيادة مدخول الموظف العام يعد عاملاً هاماً في مجال الوقاية من الرشوة هو رأي سليم في شكله النظري، ولكنه غير كاف. فحقيقة التطبيق تكشف أن زيادة المدخول تؤدي - خصوصاً في دول الجنوب التي يكون فيها القطاع العام ضخماً الحجم - إلى أعباء إضافية على ميزانية الدولة ،

التي في الغالب تعاني من ضعف الإنتاجية ومن عجز مستديم ، فضلا عما تسببه زيادة الدخول في مثل هذه الظروف من الولوج في حلقة التضخم .
لذلك نرى أن زيادة في راتب الموظف ليس بالحل الأمثل، بل من المفترض على الدولة أن تتبع وسائل أخرى تمكن الموظف العام من توفير حاجاته و ضمان عيشة كريمة له ولأسرته، ومن قبيل هذه الوسائل نجد:
- توفير السكن المناسب الذي يضمن مستقبل الموظف ويأوي عائلته، وتوفير وسيلة نقل تضمن تنقله، فلقد كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: (مَنْ وَلِيَ لَنَا عَمَلًا وَلَيْسَ لَهُ مَنَزَلٌ... يَقُولُ : " مَنْ وَلِيَ لَنَا عَمَلًا وَلَيْسَ لَهُ مَنَزَلٌ ، فَلْيَتَّخِذْ مَنَزَلًا ، أَوْ لَيْسَتْ لَهُ زَوْجَةٌ فَلْيَتَزَوَّجْ ، أَوْ لَيْسَ لَهُ خَادِمٌ فَلْيَتَّخِذْ خَادِمًا ، أَوْ لَيْسَتْ لَهُ دَابَّةٌ ، فَلْيَتَّخِذْ دَابَّةً ، وَمَنْ أَصَابَ شَيْئًا سِوَى ذَلِكَ فَهُوَ غَالٍ...)⁽⁴⁰⁾ .
- ضمان العلاج المناسب للموظف ولأفراد أسرته وذلك على أيدي المهرة من الأطباء؛

- دعم الموظف بالامتيازات و المكافآت فهي من المتغيرات المادية التي تثير في الفرد النشاط؛
- توفير السلع الكمالية و ضروريات الحياة بشكل مدعوم واستخدام آلية التقسيط المريح في ذلك؛
- ضمان المساواة بين الموظفين من حيث الرواتب والامتيازات والحوافز خاصة بين الرئيس والمرؤوس .

الفرع الثاني واجب التصريح بالتملكات

هذا ما نادى به اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في الفقرة الخامسة من المادة الثامنة كما يلي « تسعى كل دولة طرف، عند الاقتضاء ووفقا للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، إلى وضع تدابير ونظم تلزم الموظفين العموميين بأن يفصحوا للسلطات المعنية عن أشياء منها ما لهم من أنشطة خارجية وعمل وظيفي واستثمارات وموجودات وهبات أو منافع كبيرة قد تفضي إلى تضارب في المصالح مع مهامهم كموظفين عموميين »⁽⁴¹⁾ .

وتقابل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ما نصت عليه المادة (17) من قانون هيئة النزاهة العراقية رقم 30 لسنة 2011 (يكون كل شخص يشغل أحد الوظائف أو المناصب التالية مكلفاً بتقديم تقرير الكشف عن الذمة المالية:- أولاً:- رئيس الجمهورية ونوابه. ثانياً:- أعضاء السلطة التشريعية. ثالثاً:- رئيس الوزراء ونوابه والوزراء ومن هم بדרجتهم ووكلائهم والموظفين بدرجة خاصة. رابعاً:- رئيس مجلس القضاء الأعلى والقضاة. خامساً:- رؤساء الأقاليم ورؤساء وزرائها ووزرائها ووكلائهم. سادساً:- المحافظون وأعضاء مجالس المحافظات. سابعاً:- رؤساء الهيئات المستقلة ووكلائهم أو نوابهم. ثامناً:- السفراء والقناصل والملاحق. تاسعاً:- قادة الفيالق والفرق ورؤساء الأجهزة الأمنية. عاشراً:- المدراء العامون ومن هم بدرجتهم ومحققو الهيئة. الحادي عشر:- الضباط في القوات المسلحة وقوى الأمن الداخلي والأجهزة الأمنية من رتبة مقدم فما فوق. الثاني عشر:- كل من ترى الهيئة ضرورة بالكشف عن ذمهم المالية⁽⁴²⁾، إذ إلزام المسؤولين بالكشف عن ذمهم المالية ومالهم من أنشطة خارجية واستثمارات وموجودات وهبات أو منافع كبيرة قد تؤدي إلى تضارب المصالح (مادة 3 خامساً) من قانون الهيئة رقم 30 لسنة 2011.

المكلف: هو الملزم قانوناً بتقديم تقرير الكشف عن الذمة المالية .
 أولاد المكلفين التابعين له: هم أولاده القاصرون، وأولاده غير المتزوجين، ومن لم يستقلوا عنه مالياً ولو كانوا قد تزوجوا أو بلغوا سن الرشد.
 المكلفون بتقديم تقارير الكشف عن الذمة المالية حددت المادة (17) من قانون هيئة النزاهة العراقية رقم 30 لسنة 2011 الأشخاص الذين يشغلون أحد المناصب أو الوظائف التالية بتقديم تقرير الكشف عن الذمة المالية وهم:
 أولاً: رئيس الجمهورية ونوابه.
 ثانياً: أعضاء السلطة التشريعية .
 ثالثاً: رئيس الوزراء ونوابه والوزراء ومن هم بدرجتهم ووكلائهم والموظفين بدرجة خاصة.

رابعاً: رئيس مجلس القضاء الأعلى والقضاة.
 خامساً: رؤساء الأقاليم ورؤساء وزرائها ووكلائهم.
 سادساً: المحافظون وأعضاء مجالس المحافظات.

سابعاً: رؤساء الهيئات المستقلة ووكلاؤهم أو نوابهم
 ثامناً: السفراء والقناصل والملاحق .
 تاسعاً: قادة الفيالق والفرق ورؤساء الأجهزة الأمنية .
 عاشراً: المدراء العامون ومن هم بدرجتهم ومحققو الهيئة.
 الحادي عشر : الضباط في القوات المسلحة وقوى الأمن الداخلي
 والأجهزة الأمنية من رتبة مقدم فما فوق.

الثاني عشر: كل من ترى الهيئة ضرورة بالكشف عن ذمهم المالية.
 أنواع تقارير كشف الذم التي يلزم المكلف بتقديمها والمدد اللازمة لذلك:
 نصت اللائحة التنظيمية رقم (1) لسنة 2005 على ثلاث أنواع من التقارير
 التي يلزم المكلف بتقديمها وهي:

أولاً :- تقرير الكشف الأول: يلزم المكلف المنصوص عليه في المادة
 (1) من هذه اللائحة التنظيمية بتقديم تقرير الكشف الأول عن مصالحه المالية
 للهيئة حين توليه منصباً أو تعيينه أو نقله أو انتدابه أو إعارته أو تنسيبه أول مره في
 منصب أو وظيفة تقتضي تقديم التقرير).

المادة 2

أولاً: تأريخ تقديم التقرير: يقدم تقرير الكشف الأول خلال 30 يوماً من
 تأريخ تحقق سبب تولي المنصب أو الوظيفة حسبما نصت عليه المادة -3- أولاً
 (يقدم التقرير الأول خلال 30 يوماً من تاريخ تحقق سبب المنصب أو الوظيفة التي
 تقتضي تقديم التقرير، أو من تاريخ صدور امر أو قرار التعيين أو النقل أو الانتداب
 أو الإعارة أو التنسيب للمنصب أو الوظيفة التي تتطلب تقديمه)

ثانياً:- التقرير السنوي : (يلزم المكلف بتقديم التقرير السنوي للكشف عن
 مصالحه المالية في شهر كانون الثاني من كل عام مادام في منصب أو وظيفة
 تتطلب تقديم التقرير، بغض النظر عن المدة التي مرت منذ تأريخ تقديم التقرير
 الأول) مادة -2- ثانياً تاريخ تقديم التقرير: يقدم التقرير السنوي في موعد أقصاه
 (31) من كانون الثاني من كل عام وفقاً لنص مادة - 3 - ثانياً (تقدم التقارير
 السنوية في موعد أقصاه 31/ كانون الثاني من كل عام مادام المكلف شاغلاً
 لمنصب أو وظيفة تقتضي تقديم التقرير حين حلول الشهر المذكور) .

ثالثاً: - التقرير الختامي : (يقدم المكلف تقرير الكشف الختامي عن المصالح المالية في حال انتهاء علاقته بالمنصب أو الوظيفة التي تتطلب تقديم التقرير لأي سبب كان خلال (30) يوم من تحقق السبب)
مادة -2 -

ثالثاً: تاريخ تقديم التقرير: يتضح من نص مادة - 2 - ثالثاً المذكورة أعلاه بأن تقرير نهاية الخدمة يقدم خلال ثلاثين يوماً من تحقق سبب انتهاء علاقة المكلف بالمنصب أو الوظيفة .

تجدر الإشارة ان المكلف الممتنع عن تقديم تقرير الكشف الختامي لا تصرف له أي مستحقات ولا تقدم له تسهيلات وفقاً لنص مادة -6 - رابعاً (لا تصرف أي مستحقات ولا تقدم أي تسهيلات للمكلف بتقديم تقرير انتهاء علاقته بالمناصب والوظائف التي تقتضي تقديم التقرير وفقاً للبند (ثالثاً) من مادة - 2 - من هذه التعليمات إلا بعد تقديمه التقرير المطلوب كاملاً وإيداعه لدى الهيئة.

الملاحقات الجزائية: أشارت مادة 12 من اللائحة التنظيمية رقم (1) لسنة 2005 إلى الملاحقة الجزائية للهيئة وفقاً لأحكام القانون والتي تنص (تلاحق المفوضية جزائياً وفقاً لأحكام القانون كل مكلف امتنع عن تقديم تقرير الكشف عن المصالح المالية أو امتنع عن إكمال بياناته الناقصة في المواعيد المحددة في هذه اللائحة التنظيمية وكذلك كل مكلف تعمد إخفاء معلومات جوهرية مطلوبة، أو تقديم معلومات كاذبة) .

عليه يتم تحريك الشكوى الجزائية بحق المكلف وفق الحالات المذكورة في نص المادة أعلاه عن جريمة امتناع عن الإخبار.

الفرع الثالث تعزيز الشفافية وتشجيع مشاركة المجتمع المدني

من بين آليات مكافحة الفساد والوقاية منه، نجد ضرورة تعزيز الشفافية (أولاً)، وتشجيع مشاركة المجتمع المدني (ثانياً).

أولاً: تعزيز الشفافية : الشفافية مصطلح يعني الوضوح والصدق والعلنية في اتخاذ القرارات الإدارية أو المداولات العامة بحيث يعرف الشعب ما جرى وما يجري وما سيجري، وقد نادت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد إلى تعزيز الشفافية في إدارتها العمومية بموجب الفقرة الأولى من المادة (10) منها بعنوان " إبلاغ الناس " كما يلي « تتخذ كل دولة طرف، وفقاً للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، ومع مراعاة ضرورة مكافحة الفساد، ما قد يلزم من تدابير لتعزيز الشفافية في إدارتها العمومية، بما في ذلك ما يتعلق بكيفية تنظيمها واشتغالها، وعمليات اتخاذ القرارات فيها عند الاقتضاء ».

وفي سبيل جعل الإدارة أكثر شفافية وفاعلة وقرباً من المواطنين، يمكن اتخاذ عدة تدابير منها:

أ - إعلام الناس بانشغالات الإدارة وتنظيمها: أي اعتماد إجراءات ولوائح تمكن عامة الناس من الحصول عند الاقتضاء على معلومات عن كيفية تنظيم إدارتها العمومية واشتغالها وعمليات اتخاذ القرارات فيها، وعن القرارات والصكوك القانونية التي تهم عامة الناس، وهذا ما نصت عليه الفقرة (أ) من المادة 10 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد (تتخذ كل دولة طرف، وفقاً للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي و مع مراعاة ضرورة مكافحة الفساد. ما قد يلزم من تدابير لتعزيز الشفافية في إدارتها العمومية ، بما في ذلك ما يتعلق بكيفية تنظيمها واشتغالها وعمليات اتخاذ القرارات فيها، عند الاقتضاء، ويجوز أن تشمل هذه التدابير ما يلي:

(أ) اعتماد إجراءات أو لوائح تمكن عامة الناس من الحصول عند الاقتضاء على معلومات عن كيفية تنظيم إدارتها العمومية و اشتغالهم و عمليات اتخاذ القرارات فيها ، وعن القرارات والصكوك القانونية التي تهم عامة الناس، مع إيلاء المراعاة الواجبة لصون حرمتهم و بياناتهم الشخصية).

ب - تبسيط الإجراءات الإدارية وتوضيحها: إن تعقيد الإجراءات الإدارية مثل إجراءات التسجيل (تسجيل العقارات أو السيارات.....) وصعوبة الحصول على الرخص (رخص البناء وتكليفها الباهضة.....) وغيرها من الأمور تثقل كاهل المواطن وتشكل مناخاً مناسباً للرشوة ومرتعاً للفساد، وهذا ما نص عليه المشرع بموجب الفقرة الثانية من المادة 11 من قانون مكافحة الفساد والتي تقابلها الفقرة

(ب) من المادة 10 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد كما يلي «تبسيط الإجراءات الإدارية عند الاقتضاء من أجل تيسير وصول الناس إلى السلطات المختصة التي تتخذ القرارات».

ج - نشر معلومات تحسيسية عن مخاطر الفساد والرشوة في الإدارات العمومية: وهذا ما دعت إليه اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بموجب الفقرة (ج) من المادة (10) وتنص (نشر معلومات يمكن أن تضم تقارير دورية عن مخاطر الفساد في إدارتها العمومية).

د - فتح باب الشكاوى أمام المواطنين والرد عليها: من الضروري جداً أن تفتح أبواب الشكاوى أمام المواطنين لدى دائرة مستقلة داخل المرفق العام تكون تابعة لجهة أخرى، بحيث تحقق في شكاوى المواطنين، وتقتنع أن الموظف العام لم يخالف القانون، أو أنه ماطل أو تأخر في إنجاز المعاملة، أو تقاعس أو امتنع عن أدائها بدون سبب إداري أو قانوني مقبول.

و - تسبب القرارات الإدارية وتبيان طرق الطعن فيها: من بين التدابير التي يمكن أن تؤدي إلى تعزيز الشفافية في التعامل مع الجمهور، نجد ضرورة تسبب الإدارة العمومية لقراراتها خاصة تلك التي تصدر في غير صالح المواطنين (كقرارات التأديب، والهدم، ورفض الترخيصات....)، ولاسيما أن تبين له طرق الطعن التي يمكن اللجوء إليها في سبيل الطعن ضد صحة هذه القرارات.⁽⁴³⁾

ثانياً: تشجيع مشاركة المجتمع المدني

نصت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بموجب المادة 13 على ضرورة أن تتخذ كل دولة طرف ما تراه مناسباً من تدابير ضمن حدود إمكانياتها، ووفقاً للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، لتشجيع أفراد وجماعات لا ينتمون إلى القطاع العام، مثل المجتمع الأهلي والمنظمات غير الحكومية ومنظمات المجتمع المحلي، على المشاركة النشطة في منع الفساد ومحاربه، فالدولة إذا كانت جادة في مكافحة الفساد، يجب ألا تنفرد وحدها في هذه المهمة، وإنما ينبغي أن تشرك معها مؤسسات المجتمع المدني والصحافة الحرة والرأي العام المستنير. فكلما اتسعت الشفافية أسلوباً وثقافة، كان الحصار حول الفساد أكثر فعالية وأكبر نتائجها.

أ - المقصود بالمجتمع المدني: يقصد بالمجتمع المدني مجموع المنظمات والجمعيات والروابط الشعبية التي ينضم الناس إليها باختيارهم وينشطون من

خلالها؛ لتحقيق أغراض اقتصادية وسياسية وثقافية وفتوية أو عامة، ومن بين الأطراف الفاعلة في المجتمع المدني، نجد مثلاً: رابطات المحامين ومدارس القانون، التي يمكن أن تؤدي دوراً هاماً في عملية الإصلاح⁽⁴⁴⁾، أيضاً كافة الهيئات كالجمعيات والمؤسسات المهنية والهيئات الإعلامية، وهيئات التعلم ومراكز البحث الأكاديمي، والأحزاب السياسية، وهيئات الدعوة الدينية....⁽⁴⁵⁾

ب. دور المجتمع المدني في مواجهة الرشوة والفساد: يظهر دور المجتمع المدني في مكافحة الرشوة والفساد من خلال تحسيس الناس بمخاطر هذا الوباء على المجتمع، وذلك عن طريق القيام بأنشطة إعلامية وحملات مستمرة لتثقيف المجتمع وزيادة توعيته بمخاطر الفساد، ويمكن أن تتم التوعية برأينا من خلال إدخال موضوع الفساد ومخاطره على المجتمع ضمن المناهج الدراسية والجامعية، فضلاً عن ضرورة التوعية الدينية عن طريق رجال الدين.

كما يلعب المجتمع المدني دوراً في إقناع المواطن العادي أنه في وضع يسمح له بأن يفعل شيئاً في هذا الصدد، لمصلحته وللمصلحة العامة.

الخاتمة

كان موضوع بحثي عبارة عن بحث لجريمة الرشوة وموقف القانون الدولي منها، هذه الظاهرة المتفشية التي شكلت في السنوات الأخيرة هما لدول المتقدمة والنامية على حد سواء، فقد كانت ولا تزال من العقبات التي تعترض طريق التنمية الفعلة، خاصة في دول العالم الثالث.

وقد خلصنا في الأخير إلى أن جريمة الرشوة هي من الجرائم الماسة بنزاهة الوظيفة العامة وتمس بالمال العام. وذهب المجتمع الدولي من خلال تجريمها إلى حماية هذه النزاهة من كل ما يشوبها وحماية المال العام، وتدعيم الثقة في موظفي الدولة وأجهزتها المختلفة وقد حذا المشرع العراقي حذوهم بعدما صادق العراق على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

يمكن وضع مجموعة من التوصيات والإجراءات الوقائية التي يمكن أن تحد من وجود الفساد والرشوة والتي ينبغي على الجهات المسؤولة إتباعها عسى

أن تؤدي إلى تطهير المجتمع من الرشوة، والتي أصابت أغلب دول العالم، ونذكر أهمها فيما يلي:

(1) اعتبار اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد مدخلا هاما لمساعدة دول العالم، وخاصة الدول العربية في مكافحة الفساد بصورة شاملة وفعالة لما تتضمنه من تدابير وقواعد وإجراءات جزائية متطورة إضافة إلى آليات متعددة للتعاون الدولي، والمساعدة القانونية المتبادلة. لهذا نطالب من الدول التي لم تصادق بعد على هذه الاتفاقية، أن تقدم على هذه الخطوة الإيجابية؛

(2) التأكيد على سيادة القانون واحترام كافة التشريعات القانونية وتطبيقها على الجميع دون استثناء، وضرورة المراجعة الدورية للتشريعات الجزائية القائمة وإزالة الغموض والشغرات.

(3) يجدر بالمشروع إتباع سياسة الوقاية خير من العلاج، إذ لا يجب الاعتماد على الجزاء إلا بعد استنفاد كافة التدابير الوقائية من الرشوة والقضاء على كافة الأسباب والدوافع التي يمكن أن تقف وراء هذا الداء، ومن هذه التدابير الوقائية نجد:

أ - ضرورة تفعيل وتعزيز مبدأ الشفافية باعتبارها أحد أبرز مكونات الحكم الصالح أو الحكم الرشيد، وذلك على مستوى كل من القطاع العام والخاص ومن قبيل ذلك السرية في كيفية أداء أعمال الأجهزة العامة وإعلان ذلك للجمهور.

ب - التركيز على البعد الأخلاقي في محاربة الفساد في قطاعات العمل العام والخاص، وذلك من خلال التركيز على التنمية الأخلاقية لموظفي الدولة بغرس منظومة قيمة تثير فيهم الحماس والغيرة لإعلاء شأن الوطن والأمة، وأن الفساد يعد آفة خطيرة تضعف البلاد، وتدمر قدراتها الاقتصادية والسياسية، ويمكن الاستعانة - في سبيل تحقيق هذا الهدف - بقوانين الخدمة المدنية أو الأنظمة والمواثيق المتعلقة بشرف ممارسة الوظيفة (مدونات السلوك).

ت - التطبيق الفعلي لمبدأي (الرجل المناسب في المكان المناسب) و(تكافؤ الفرص) بدون أي تلاعب أو استثناء، ويقصد بذلك معايير دقيقة لتعيين وترقيت الموظفين في القطاع العام، تعتمد على الكفاءة والنزاهة والخبرة ومعدلات

الإنجاز والتميز في أداء العمل، والعمل على استمرار تأهيلهم وتدريبهم وتحفيزهم واستبعاد أولئك الذين تدور حولهم شبكات مالية أو أخلاقية.

ث - إن القضاء على الفساد والرشوة يتطلب صحوة ثقافية تبين مخاطره السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وتنشر الوعي بتكاليفه العالية، وهذا ما يستدعي ضرورة دعم الدور المحوري لمنظمات المجتمع المدني المتخصصة في مكافحة الفساد التي تقوم بالتعبئة الشعبية اللازمة لمكافحة هذه الظاهرة ونشر المعرفة فيما يختص بممارسات الفساد وتأثيراتها المدمرة على نمو المجتمعات وتقدمها وكيفية مواجهتها.

ج - لقد أعلنت الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار 4/58 يوم 9 كانون الأول/ ديسمبر يوماً دولياً لمكافحة الفساد، وذلك من أجل إذكاء الوعي بمشكلة الفساد و دور اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في محاربته ومنعه، برأينا لا حرج لو أن الدول تحترم هذا اليوم وبموجبه يتم إحياء ضمير الموظفين والناس عامة بعاقبة الفساد، وإذكاء وعيهم بمخاطر هذا الورم الخبيث، وما له من انعكاسات سلبية على الفرد والمجتمع.

خ - عدم إغفال دور الصحافة في مكافحة الفساد والرشوة بصورة خاصة، وذلك عن طريق الإشهار بالمرتشين والمفسدين فهذا من شأنه أن يجعلهم يعيدون حساباتهم ألف مرة قبل إقدامهم على أخطائهم، وهذا برينا ضرورة إعطاء الصحافة نوعاً من الحرية وتمكينها من الوصول إلى المعلومات ومنح الحصانة للصحفيين للقيام بدورهم في نشر المعلومات وعمل تحقيقات تكشف عن قضايا الفساد ومركبيها، فالصحافة سلاح فعال لا يستهان به في مكافحة الفساد.

د - أعمال القوانين المتعلقة بمكافحة الفساد على جميع المستويات كقانون التصريح أو الإشهار عن الذمة المالية لذوي المناصب العليا وأملاك أصولهم وفروعهم وأزواجهم عند دخولهم وخروجهم من الوظيفة والإسراع إلى تطبيقه دون تأخير.

ذ - اعتماد سياسة التدوير الوظيفي في الإدارات العامة، وخاصة الجهات التي تعاني من ارتفاع معدلات الفساد، وذلك حرصاً على منع تمركز العلاقات الشخصية بين المستفيدين والموظفين العامين، فتداول المناصب الكبرى يعد خطوة وقائية حيوية في مواجهة الرشوة والفساد الإداري بصورة عامة.

ر - إقرار حوافز جديدة للإبلاغ عن أعمال الفساد والرشوة وذلك عن طريق تخفيف العقاب على المساهمين في الجريمة وهذا متى أقدموا على الإبلاغ والكشف عن جريمة الرشوة هذا من جهة، ومن جهة أخرى، وضع نظام قانوني يكفل حماية المبلغين عن جرائم الرشوة متى كانوا من عامة الناس، ولاسيما تقديم مكافآت مجزية مقابل ذلك.

4) حبذا لو تم تأسيس محكمة جنائية دولية تختص بتطبيق النصوص القانونية الموجودة في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وعقاب المفسدين وتهتم بتفعيل هذه الاتفاقية.

تعد جريمة الرشوة مشكلة كبيرة تتأثر بها جميع البلدان ولكن بدرجات متفاوتة، لهذا لا بد من التنبيه أن مكافحة والوقاية من الفساد بصورة عامة، والرشوة بصورة خاصة، تعد عملية هامة جدا تتطلب تضافر كافة الجهود المبذولة، سواء من قبل القطاع العام أو الخاص، وتوصلنا من خلال هذه الدراسة إلى ضرورة أن تتضمن استراتيجيات مواجهة الفساد ومحاربهته إلى جانب العقوبة حلولاً منطقية للأسباب التي أدت إلى تفشيه ونموه في المجتمع، فبدون هذه الحلول لا يمكن أن تكون هذه الاستراتيجية الموضوعية سواء أكانت محلية أم دولية فاعلة ومؤثرة في محاصرة الفساد والحد من انتشاره؛ فليس العيب أن يتواجد بالدولة أنواع مختلفة من الفساد، وإنما العيب ألا تتخذ من القوانين والإجراءات ما يدفع للتخلص منه، وهذه التوصيات وإن لم تعمل على استئصال ظاهرة الفساد والرشوة كلياً، إلا أنها تساعد على الحد منها والنزول بها إلى مستويات دنيا يمكن التحكم فيها.

الهوامش:

¹ - د. ياسر كمال الدين، جرائم الرشوة واستغلال النفوذ، منشأة المعارف، الإسكندرية 2008، ص 144.

² - د. عبود السراج، شرح قانون العقوبات، القسم العام، منشورات جامعة دمشق، مطبعة الروضة، دمشق، 2007، ص 220.

- 4 - د. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، الطبعة الرابعة، ص74.
- 5 - د. ماهر عبد شويش الدرّة، شرح قانون العقوبات- القسم الخاص- ، المكتبة القانونية، بغداد، طبعة منقحة، 2007، ص 52.
- 6 - د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثانية، الإسكندرية، ص 117_118.
- 7 - د. عبد الوهاب حومد، القانون الجنائي المغربي، القسم الخاص، مكتبة التومي، الرباط، 1968، ص 34.
- 8 - د. سليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، الجرائم الماسة بالمصلحة العامة، الجامعة الجديدة لنشر، الإسكندرية، 1993، ص 86.
- 9 - د. أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني جرائم الفساد ، جرائم المال والأعمال ، جرائم التزوير، الطبعة الرابعة ، دار هومة لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2007، ص 59.
- 10 - د. سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 93.
- 11 - د. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر، 2002، ص 47.
- 12 - د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، الرشوة اختلاس المال العام، ط 8، جامعة القاهرة، 1984، ص 38.
- 13 - د. سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 115.
- 14 - د. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق ، ص 60.
- 15 - د: أحسن بوسقيعة ،المرجع السابق ، ص 61 .
- 16 - د. حسنين ابراهيم صالح عبيد، دروس في قانون العقوبات ، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 376.
- 17 - وهي ذات المعاني الواردة بالمادة 15 و غيرها من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.
- 18 - د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 56.

- 19 - د. فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الكتاب الأول، جرائم العدوان على المصلحة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 66.
- 20 - د. سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 131.
- 21 - د. محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 13.
- 22 - هي ذات الفحوى مع الفقرة (أ) من المادة 15 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.
- 23 - المجلة القضائية للمحكمة العليا، 1/1994، ص 271.
- 24 - د. أحسن بوسقيعة، القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 70.
- 25 - د. محمد علي الجمال، المواجهة التشريعية لأنماط العصابات الإجرامية، مجلة كلية الدراسات العليا، أكاديمية مبارك للأمن، العدد الثالث، يوليو، 2000، ص 150.
- 26 - في 21 نوفمبر 1997، قامت الدول الأعضاء في منظمة OECD والدول غير الأعضاء الخمسة والأرجنتين والبرازيل وبلغاريا وتشيلي وجمهورية السلوفاك، بتبني اتفاقية لمكافحة رشوة المسؤولين الأجانب في معاملات الأعمال الدولية. وقد تم التوقيع على الاتفاقية في 17 مارس 1997.
- 27 - المادة 16 من اتفاقية مكافحة الفساد.
- 28 - د. ماهر عبد شويش الدرة، المرجع السابق، ص 52.
- 29 - د. واثبة السعدي، قانون العقوبات-القسم الخاص، مطابع التعليم العالي، بغداد، 1989، ص 24.
- 30 - محمد زنجي بن عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 95.
- 31 - د. محسن محمد العبودي، جريمة الرشوة الدولية، دراسات استراتيجية، العدد 115، السنة الثانية عشر، مركز الاهرام للدراسات السياسية والاستراتيجية، القاهرة، 2002، ص 1.
- 32 - مكافحة الرشوة في معاملات الأعمال الدولية التي تبناها مجلس منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) بتاريخ 23 مايو 1997، رقم C(97)123/FINAL، والتي دعت إلى اتخاذ إجراءات فعالة لردع ومنع ومكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب فيما يتصل

بمعاملات الأعمال الدولية، خاصة التجريم الفوري لتلك الرشوة بطريقة فعالة ومنسقة مع المبادئ القضائية والمبادئ القانونية الأخرى لكل دولة.

³³ - ما يستفاد من المادة رقم 7 من الاتفاقية .

³⁴ - د: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة، ط 3، ص 215.

³⁵ - العديد من الاتفاقيات الدولية لمكافحة الفساد تُلزم الحكومات اتخاذ تشكيلة عريضة من الإجراءات، مثل الحفاظ على معايير عالية من السلوك لدى الموظفين الرسميين، وإقامة أنظمة شفافة للمشتريات، وللإدارة المالية، وتجنب تضارب المصالح، والمطالبة بالكشف المالي عن الأصول الشخصية، وحماية الوشاة الذين يكشفون عن الفاسدين، وإنشاء مؤسسات وإجراءات محاسبية فعالة داخل الحكومة وخارجها، وتأمين الوصول إلى المعلومات الحكومية.

³⁶ - سورة القصص، الآية 26.

³⁷ - د. ماجد راغب الحلو، علم الإدارة العامة ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 225.

³⁸ - متندى حول الجريمة والفساد، المجلد الثالث، العددان الأول و الثاني، كانون الأول /

ديسمبر 2002، المكتب المعني بالمخدرات والجريمة، الأمم المتحدة نيويورك، 2003، ص 14.

³⁹ - لقد أكدت نتائج مدركات الفساد لعام 2008 عن وجود علاقة قوية وواضحة بين الفساد والفقير إذ تقريبا نتائج 40% من الدول حصلت على نتيجة أقل من ثلاث نقاط، جميع هذه الدول منخفضة كما صنفها البنك الدولي.

⁴⁰ - حسنُ بن موسى، أخرجه: أحمد في مسنده (229/4) قال: حدثنا حسن بن موسى.

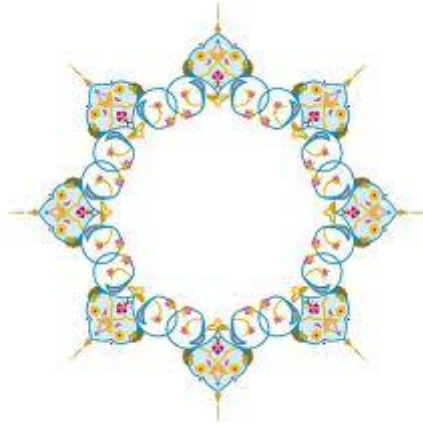
⁴¹ - كما أشارت إلى ذلك أيضا المدونة الدولية لقواعد سلوك الموظفين العموميين، وذلك بموجب المادة الثالثة بعنوان " الإفصاح عن الأصول " كما يلي " يمثل الموظفون العموميون، بما يتوافق مع منصبهم الرسمي، وبالقدر الذي يخوله أو يقتضيه القانون والسياسات الإدارية، لمقتضيات الإعلان أو الإفصاح عما يحوزه من الأصول و الخصوم الشخصية، وكذلك عند الإمكان، ما تحوزه زوجاتهم و/ أو من يعيلون ".

⁴² - قانون هيئة النزاهة العراقية رقم 30 لسنة 2011م.

⁴³ - الأمين الحاج محمد أحمد، الرشوة وخطرها على الفرد والمجتمع، ط 1، مكتبة الوادي لتوزيع، 1993، ص 28.

44 - فقد اتضح مثلاً أن إنشاء هيئات للمجتمع المدني تتألف من المحامين وأعضاء آخرين من الجمهور يعملون " كمراقبين في المحاكم" في الدعاوى المتعلقة بالجريمة المنظمة والفساد في القطاع العام يعزز مشروعية القضاء في كوستاريكا، وإيطاليا، والولايات المتحدة، منتدى حول الجريمة والفساد، المرجع السابق، ص28.

45 - حوار المجتمع المدني لدول مجموعة الثماني والشرق الأوسط وشمال إفريقيا برنامج عمل ل: " منتدى لأجل المستقبل "، البحرين، نوفمبر / تشرين ثاني 2005، ص 11 أنظر: www.transparency.org



دور سلطات الضبط الاقتصادي في منح ترخيص لعمليات التجميعات الاقتصادية - دراسة تحليلية بين القانون الجزائري والفرنسي -

بقلم

أ / سعدية قتي *



الملخص

إن التجميع الاقتصادي قد ينحرف عن مساره، و ذلك بإخلاله بقواعد المنافسة عن طريق استخدام أساليب ووسائل منافسة غير مشروعة تمس بمبدأ حرية المنافسة، هذا ما أدى بالتشريعات إلى إخضاع عمليات التجميع لقوانين المنافسة بفرض رقابة عليها حيث عمدت التشريعات إلى استحداث هيئات ضبط تسند إليها مهمة الرقابة سواء وقائية سابقة أو لاحقة، ومن بين وسائل الرقابة نجد منح تراخيص حيث لا يمكن لأي مؤسسة اقتصادية الاندماج في تجميع إلا بعد حصولها على ترخيص من طرف جهات ضبط اقتصادية كما أن المشرع الجزائري استحدث بموجب نصوص قوانين المنافسة هيئة تدعى مجلس المنافسة و لم يكتف بذلك فقط إنما قام باستحداث هيئات قطاعية أخرى بموجب نصوص قانونية مستقلة عن قوانين المنافسة ، غير أن استحداث كل هذه الهيئات قد ينجم عنه

* أستاذ مساعد أ - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الوادي - الجزائر.

تداخل الاختصاص فيما بينها بخصوص منح التراخيص مما يفضي إلى حدوث منازعات ناجمة عن منح التراخيص.

الكلمات المفتاحية: سلطة ضبط - ترخيص - تجميع اقتصادي - منافسة - قانون المنافسة.

مقدمة:

انتهجت الجزائر في ظل سياسة الإصلاحات التي اتخذتها سلسلة من الإصلاحات ، أبرزها سلسلة الإصلاحات الاقتصادية التي شهدتها منذ أواخر الثمانينات و هي الفترة الانتقالية من النظام الاقتصادي الاشتراكي إلى النظام الاقتصادي الحر ، حيث عمدت إما إلى إصدار عدة نصوص قانونية جديدة وإما بتعديل نصوص قانونية سابقة لكي تتماشى مع سياسة التوجه الاقتصادي الحر الذي تتبناه.

و بدراستنا للنصوص القانونية الجديدة التي أصدرها المشرع الجزائري نجد قانون المنافسة هذا الأخير الذي حمل في طياته عدة أهداف اقتصادية غير مباشرة يشترك فيها مع قانون حماية المستهلك تتجلى في حماية القدرة الشرائية للمستهلك وكذا مباشرة منها حماية الاقتصاد الوطني ، حماية المنافسة و المؤسسات الاقتصادية وهذا ما أدى إلى بروز عدة مؤسسات اقتصادية وطنية أضحت ليس هدفها المنافسة المحلية فقط وإنما مواجهة وتحدي للمؤسسات الاقتصادية الأجنبية و أمام عدم قدرة هاته المؤسسات المحلية أمام المنتجات الأجنبية بالنظر إلى الإمكانيات المادية و البشرية التي تمتلكها و خوفا على إقصائها من الأسواق بدأت تتجه نحو التكتل الاقتصادي أما ما سماه المشرع الجزائري " تجميع اقتصادي " نظرا لما يحققه التجميع من نتائج إيجابية تعود على الاقتصاد الوطني بالنفع من بينها تحسين جودة المنتجات المحلية و تنويعها ، رفع الكفاءة الإنتاجية للمؤسسات الاقتصادية خفض تكاليف الإنتاج و إن كنا نجد أن المشرع اشترط للتجميع ضرورة حصول المؤسسات الاقتصادية على ترخيص من طرف سلطة ضبط اقتصادي أسند لها هذه المهمة الأصلية هو مجلس المنافسة، كما يعد هذا الترخيص شكل من أشكال الرقابة على مشروعية التجميعات الاقتصادية بالمقابل نجد أن هذا الاختصاص قد يشاركه فيه

سلطات ضبط قطاعية أسند لها المشرع مهام تتعلق بنوع القطاع الذي تشرف عليه لكننا نقف أمام مسألة تداخل الاختصاص في منح الترخيص و التي قد تنبثق عليها قرارات متعارضة من هذا المنطلق أثرنا إشكالية مفادها أي سلطة ضبط اقتصادية أسند لها المشرع مهمة منح ترخيص لعمليات التجميع الاقتصادي و في حال حدوث نزاع بشأن منح قرارات الترخيص كأحد آليات الرقابة فأأي جهة قضائية من اختصاصها الفصل؟. و لمعالجة ذلك قمنا بتقسيم هذه الورقة البحثية إلى :

المبحث الأول: اختصاص سلطات الضبط الاقتصادي في منح ترخيص لعمليات التجميع الاقتصادي.

المطلب الأول: توزيع الاختصاص بين مجلس المنافسة و سلطات الضبط القطاعية.

المطلب الثاني: تأثير تداخل الاختصاص بين السلطات على مبدأ حرية المنافسة.

المبحث الثاني: الاختصاص القضائي في حل المنازعات الناجمة عن قرارات منح الترخيص للتجميع الاقتصادي

المطلب الأول: دور القضاء العادي للفصل في منازعات قرارات منح الترخيص للتجميع.

المطلب الثاني: دور القضاء الإداري للفصل في منازعات قرارات منح الترخيص للتجميع.

المبحث الأول

اختصاص سلطات الضبط الاقتصادي في منح ترخيص لعمليات التجميع الاقتصادي

قام المشرع باستحداث سلطات ضبط اقتصادية بموجب إصدار نصوص قانونية في عدة قطاعات منها قطاع المنافسة، مجال البنوك، المجال المالي و مجال الطاقة... الخ و أسند لها مهمة ضبط رقابية سواء كانت وقائية أو قمعية ، إذ تتولى متابعة الأنشطة الاقتصادية بما فيها عمليات

التجميع أو التكتل الاقتصادي التي أصبحت هدف لكثير من المؤسسات الاقتصادية في معظم الدول إن لم نقل كلها هذا ما جعل المشرع يقر بمشروعية التجميع الاقتصادي للمؤسسات شرط ألا يكون في ذلك إخلال بقواعد المنافسة داخل الأسواق و قد عمل في سبيل تحقيق ذلك على ألا تقوم أي مؤسسة اقتصادية بتكتل أو تركيز إلا بعد منحها ترخيص من طرف هذه السلطات الضبطية ، انطلاقا من ذلك كان لزاما علينا توضيح المقصود ببعض المصطلحات و إزالة اللبس فيما بينها أهمها: نظام الترخيص الذي يعتبر أحد أساليب تدخل الإدارة في المجال الاقتصادي والذي يعرف على أنه: " الإجراء الذي يمكن الإدارة من خلاله أن تمارس رقابة صارمة على بعض الأنشطة ، حيث تخضع إلى دراسة مدققة و مفصلة" و يتخذ عدة صور كالترخيص بالإشياء، التعديل و الإقامة ، أما الاعتماد فهو : " هو الموافقة المسبقة التي يتحصل عليها من الإدارة و التي بموجبها يمكن للأشخاص تحقيق المشاريع الاقتصادية و استفادتهم في حين نجد أن التصريح : " فهو شكلية غالبا ما تكون معلقة أو محددة المدة تمثل للقائم بها الإدلاء للسلطة بوقائع يعترف بها شخصيا ، كما تقع على المصرح بها مجموعة من الالتزامات" يختلف الترخيص عن باقي الأنظمة في كونه: يستأثر المشرع بتنظيمه بموجب القانون ، أما الإدارة حين منحها إياه فإنها تتأكد من النشاط المراد القيام به يتطابق و مقتضيات المصلحة العامة أم لا، و مع ذلك فإن هذه الأنظمة قد تتواجد معا في بعض القطاعات¹.

و هكذا عملت هذه النصوص القانونية على توزيع الاختصاصات و الوظائف الممنوحة لسلطات الضبط و إن كان هذا التوزيع قد ينجم عنه تداخل الاختصاصات فيما بين هذه الهيئات و ما قد يؤدي إليه من تأثير هذا التداخل بين السلطات ، فيامعاننا للنصوص القانونية نطرح تساؤل حول : كيف حاول المشرع تفادي هذا التداخل في منح الترخيص لعمليات التجميع الاقتصادي بين مجلس المنافسة و هيئات الضبط القطاعية؟

المطلب الأول تداخل الاختصاص بين مجلس المنافسة و سلطات الضبط القطاعية

الفرع الأول اختصاص مجلس المنافسة كسلطة ضبط اقتصادية في منح التراخيص للتجميعات

تم استحداث مجلس المنافسة باعتباره سلطة ضبط اقتصادي في مجال المنافسة بموجب القانون رقم 06/95 و منحت له اختصاصات لتتسع بموجب إلغاء هذا القانون و صدور الأمر رقم 03/03 فأصبحت إلى جانب الصلاحيات الاستشارية صلاحيات أخرى إلزامية²، كما نجد أن مجلس المنافسة الجزائري وفقا لهذا للنص القانوني المذكور أعلاه هو الذي يتخذ قرار الترخيص أو عدمه للتجميعات بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة و الوزير المكلف بالقطاع المعني طبقا لنص المادة 19 من الأمر 03/03 المعدل و المتمم بالأمر³ 12/08، و هكذا كما أكد المشرع الجزائري طبقا لنص المادة 17 من نفس الأمر المذكور أعلاه على ضرورة تقديم طلبات الترخيص من المعنيين إلى مجلس المنافسة في أجل 03 أشهر متى كان هذا التجميع من شأنه المساس بقواعد

المنافسة مع إمكانية التزام المجلس عند اتخاذ قرار قبول أو رفض الترخيص للتجميع تسبب المقرر بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة و الوزير المكلف بالقطاع المعني، أما عن إجراءات تنظيم الترخيص لعمليات التجميع فطبقا للمادة 21 من نفس الأمر نجده أحالها إلى مرسوم تنفيذي رقم 219/05⁴ يتولى تنظيم إجراءات الترخيص من ناحية تكوين ملف طلب الترخيص و المعنيين بتقديم الطلبات، أما التشريع الفرنسي فقد حول مسألة منح الترخيص كآلية رقابة على عمليات التجميعات الاقتصادية في السابق للوزير المكلف بالاقتصاد و بعد التعديل للنصوص القانونية في سنة 2008 بموجب صدور القانون رقم 08-776 مؤرخ في 4 أوت 2008

تم نقل اختصاص الترخيص بالتجميع الذي كان مخولا للسلطة التنفيذية إلى سلطة المنافسة - مجلس المنافسة سابقا⁵ - غير أن المتفحص للنصوص القانونية المنظمة للجهة المختصة بمنح الترخيص قد يطرح تساؤلا حول مسألة تداخل الاختصاص الموزع بين مجلس المنافسة و بعض سلطات الضبط القطاعية.

الفرع الثاني اختصاص سلطات الضبط القطاعية في منح الترخيص لعمليات التجميع الاقتصادي

تم استحداث سلطات ضبط اقتصادية بموجب إصدار عدة نصوص قانونية في مختلف القطاعات و نجد أن مصطلح الضبط الاقتصادي قد حمل في طياته معنى الدور الجديد للدولة في المجال الاقتصادي مجسدة بأجهزة مستحدثة اختلفت تسمياتها حسب النصوص القانونية المنشئة لها، و قد قام مجلس الدولة الفرنسي بتعريف الضبط بمعناه العام حيث اعتبره " طريقة من طرق تدخل الدولة لضمان المشروع الاجتماعي و الاقتصادي و المالي بالنسبة للحاضر و المستقبل " أي يقصد به مجموعة من القواعد القانونية و الأجهزة المستحدثة لتجسيد السياسة العامة الجديدة في المجال الاقتصادي ، أما التشريع الجزائري فقد عرف الضبط في تعديله للأمر 03/03 المعدل و المتمم بموجب 12/08 في المادة 03 منه فنصل إلى أن الضبط الاقتصادي نعني به :الانتقال بقطاع اقتصادي معين من وضعية اقتصادية إلى أخرى تماشيا مع تخلي الدولة عن التسيير المباشر للفضاء الاقتصادي⁶.

استوحى المشرع الفرنسي هذه الهيئات من النموذج الأنجلوساكسوني سواء الأمريكي أو البريطاني ، فأول استعمال لعبارة " السلطات الإدارية المستقلة " من طرف المشرع كان في القانون الصادر بتاريخ 1978/01/26 المتمثل في قانون الإعلام الآلي للحريات حيث تم إنشاء لجنة وطنية للإعلام الآلي و الحريات في المادة 08 منه ، أما مجال تدخل هذه السلطات فقد صنفها مجلس الدولة الفرنسي في تقريره لسنة

1983 على ثلاث قطاعات هي : الإعلام و الاتصال ، ضبط اقتصاد السوق ، حماية المواطنين و تم إحصاء هذه الهيئات ب: 34 سلطة ضبط أهمها : مجلس المنافسة ، اللجنة المصرفية ، لجنة ضبط الطاقة ، وسيط الجمهورية⁷.

أما عن سلطات الضبط في القانون الجزائري و هي تسمى السلطات الإدارية المستقلة و تختلف عن السلطات الإدارية التقليدية بأنها لا تخضع لأية رقابة إدارية أو وصائية و لا تخضع لمبدأ التدرج الهرمي الذي تتميز به الإدارة كما لا تعتبر لجان استشارية و لا مرافق عامة ، و قد استحدثت المشرع عدد معتبر من هذه السلطات و أناطها بمجموعة من الاختصاصات قصد المحافظة على توازن السوق و يبلغ عددها حوالي 17 سلطة ضبط أهمها:

1- في المجال المصرفي نجد:

- مجلس النقد و القرض : الذي تم إنشاؤه بموجب القانون رقم 90-10 المعدل و المتمم بالأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003.⁸ و قد حددت المادة 62 من نفس الأمر المذكور أعلاه اختصاصاته نذكر

- أهمها :الترخيص بفتح البنوك و المؤسسات المالية و تعديل قوانينها الأساسية و سحب الاعتماد ، الترخيص بفتح مكاتب التمثيل للبنوك الأجنبية كما نظم المشرع مسألة الترخيص و الاعتماد بموجب الباب الرابع من نفس الأمر-82 إلى غاية 94- و إن كان الملاحظ عدم إشارة المشرع إلى كونه هيئة ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي مما يعني أننا لا نعتبره هيئة ذات طابع إداري أساسا ، و هنا قد يتداخل الاختصاص بين مجلس المنافسة و هذه الهيئة.

- اللجنة المصرفية : التي أنشئت كذلك في ظل القانون رقم 90-10 المعدل و المتمم للأمر رقم 03-11

و قد نصت المادة 105 لم ينص المشرع على كونها هيئة إدارية لها استقلال مالي و شخصية معنوية إنما نص على الاختصاصات المسندة لها حيث لم تمنح لها صلاحية منح الترخيص أو الاعتماد إنما منحت لمجلس النقد و القرض غير أن المادة 114 أشارت إلى مسألة سحب الاعتماد

كعقوبة تسلطها للجنة نتيجة إخلال بنك بالتزام من التزاماته و بالتالي لا نلمس بين مجلس المنافسة و هذه اللجنة أي تداخل في الاختصاص.

2- في المجال المالي نجد:

- لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها : وفقا لنص المادة 55 من المرسوم التشريعي رقم 93-10⁹ تقوم بسحب الاعتماد كله أو جزء منه بصفة مؤقتة أو نهائية ، أما بموجب نص المادة 09 المنشئ لها و في حال رفضها منح الاعتماد يجب عليها تسبب ذلك في قرار الرفض كما يستفيد من رفض طلبه من الحق في الطعن.

- لجنة الإشراف على التأمينات: التي نص عليها لقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006¹⁰ فبموجب المادة 209 نص على إنشاء لجنة إشراف على التأمينات التي تتصرف كإدارة رقابة بواسطة الهيكل المكلف بالتأمينات لدى وزارة المالية بعد أن كان القانون السابق 07/95¹¹ قصد بإدارة الرقابة الوزير المكلف بالمالية الذي يتصرف بواسطة الهيكل المكلف بالتأمينات و لم ينص صراحة على إنشاء اللجنة إلا بعد تعديله، كما حددت المادة 210 المهام المسندة لها حيث و بموجب نص المادة 204 نجد أن الوزير المكلف بالمالية له مهمة منح الاعتماد و سحبه و ليس الترخيص لشركات التأمين و إعادة التأمين .

3- مجال الاتصالات نجد:

سلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية : تم إنشاءها طبقا لنص المادة 10 من القانون رقم 03/2000¹² و هي سلطة ضبط مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي و أسندت لها عدة مهام طبقا لنص المادة 13 من أهمها : منح ترخيصات الاستغلال و اعتماد تجهيزات البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية و تحديد المواصفات و المقاييس الواجب توفرها فيها" كما بين القسم الثاني من نفس لقانون نظام الترخيص فقد بينت المادة 39 شروط حصول الشخص الطبيعي أو المعنوي للترخيص على أن يتم التبليغ من طرف هذه السلطة في أجل أقصاه شهرين ابتداء من تاريخ استلام الطلب كما يجب تسبب قرار رفض منح الترخيص أما عن العقوبات المطبقة فقد نصت عليها المواد من 35 إلى

غاية 38 من هذا القانون و هنا أيضا نلمس مواطن تداخل الاختصاص بين مجلس المنافسة و هذه السلطة في منح الترخيص للتجميعات الاقتصادية.

- لجنة ضبط الكهرباء و الغاز : تم استحداثها بموجب القانون رقم 01-02¹³ و لم يحدد المشرع الطبيعة القانونية لهذه اللجنة و أسند لها بموجب المادة 10 منح ترخيص بل و حتى الإعفاء من الترخيص بموجب المادة 11 أما عن إجراءات منح الرخص فقد نص عليه المشرع من المادة 12 إلى غاية المادة 22 من نفس القانون .

نصل أن هناك تداخل لمسناه حين استقرائنا لبعض من النصوص القانونية تبين مواطن تداخل الاختصاصات بين مجلس المنافسة و هيئات الضبط القطاعية مثل لجنة الإشراف على التأمينات في منح ترخيص لعمليات التجميع الاقتصادي و كذا لجنة ضبط الكهرباء و الغاز²⁰.

المطلب الثاني

تأثير تداخل الاختصاص بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية على مبدأ حرية المنافسة

تم إنشاء هيئات قطاعية متخصصة إلى جانب مجلس المنافسة و أسندت لها اختصاصات قد تتوافق في كثير من الحالات مع المجلس و إن اتفقت كلها حول نقطة رئيسية واحدة هي مهمة ضبط الأنشطة ، الأمر الذي أثار تساؤل هل في تداخل اختصاصات هذه الهيئات تأثير سلبي أو إيجابي على مبدأ حرية المنافسة و ما موقف المشرع الجزائري حيال ذلك؟.

الفرع الأول

تحديد العلاقة بين مجلس المنافسة و سلطات الضبط القطاعية

عند دراستنا للقانون الملغى 06/95 نجده لم يول أهمية لتحديد العلاقة بين مجلس المنافسة و غيره من سلطات الضبط على اعتبار أنها تخضع لنصوص قانونية تنظم قطاعات أخرى و إن كانت تتداخل مع مجال

المنافسة و لكون هذه السلطات تم إنشائها بعد صدور هذا القانون الذي تولى إنشاء مجلس المنافسة و تكفل بتحديد اختصاصاته فهل يمكن إذن القول في ظل هذا القانون أن المجلس يختص بالسهر على حسن سير المنافسة في جميع القطاعات باستثناء تلك الخاضعة لرقابة سلطة الضبط؟ في الواقع من غير المنطقي تولي مجلس المنافسة مراقبة المنافسة في قطاع موضوع تحت رقابة سلطة الضبط و ذلك بصفة انفرادية دون الرجوع إلى السلطة التي

خولها المشرع هذه المهمة ، بحجة أن مجلس المنافسة يتمتع بالاختصاص المطلق في مجال المنافسة و بشرط وحيد هو اعتبار النشاط من بين نشاطات الإنتاج و التوزيع و الخدمات رغم أن سلطات الضبط هي الأقرب إلى هذه الأنشطة لتملكها من الوسائل التقنية ما يمكنها من الرقابة الفعلية و المباشرة ، استوحينا بأن العلاقة بين المجلس و سلطات الضبط تمثلت في إحالة كل منهما للآخر في بعض القضايا بحجة أنها تدخل ضمن نطاق اختصاص الآخر¹⁴ ، و قد ثبت أن الممارسة العملية قد كشفت عن النقائص التي تضمنها الأمر رقم 06/95 أهمها تلك المتعلقة بعدم ضبط دور هذه الهيئات و علاقتها مع مجلس المنافسة بكل دقة ، أما بالنسبة للأمر 03/03 المعدل و المتمم فنجده ربط العلاقة بينهما بالإطار العام للمهام المتعلقة بالمنافسة و العائدة لسلطات الضبط من جهة و دليل ذلك نص المادة 19 من الأمر رقم 03/03 المعدل و المتمم حيث نستنتج من نص المادة أن طبيعة العلاقة التي أرادها المشرع بين مجلس المنافسة باعتباره السلطة صاحبة الاختصاص العام في مجال المنافسة و بين هذه الهيئات القطاعية بخصوص المهام المتعلقة بالمنافسة في قطاعات النشاط التابعة لرقابتها هي علاقة تعاون و تبادل المعلومات فقط.

الفرع الثاني تأثير الاختصاص بين السلطات على مبدأ حرية المنافسة

يعد مجلس المنافسة الجزائري مختص بشكل حصري بالفصل في المنازعات التي ترتبط بالممارسات المخالفة لقانون المنافسة فقد منح له المشرع صراحة اختصاص أصلي يتمثل في ضبط السوق و تطبيق قواعد قانون المنافسة لا سيما اختصاص مراقبة التجميعات و ترخيصها كما نجد أن المشرع قد منح نفس هذه الاختصاصات لبعض سلطات الضبط القطاعية حيث يمكن للجنة الإشراف على التأمينات الجزائرية الترخيص بالتجميعات الاقتصادية طبقا لنص المادة 228 مكرر من قانون رقم 04/06 التي تنص على أن تخضع كل مساهمة في رأسمال شركة التأمين أو إعادة التأمين التي تتعدى نسبة 20 % من رأسمال الشركة إلى الموافقة المسبقة من لجنة الإشراف على التأمينات وكذا المادة 115 من قانون رقم 02-01 المتعلق بضبط الكهرباء و الغاز في الفقرة الثامنة حيث تنص على التأكد من عدم وجود وضعية الهيمنة يمارسها متدخلون آخرون على تسيير المنظومة و السوق و الفقرة 13 تتجسد في إبداء الرأي المسبق في عمليات التكتل المؤسسات أو فرض الرقابة على مؤسسة كهربائية واحدة أو أكثر.... و في هذه الحالة يمكن أن نتصور إمكانية حصول مشروع تجميع معين على رخصة كل من لجنة ضبط الكهرباء و الغاز و لجنة الإشراف على التأمينات في حين يرفض مجلس المنافسة منح الترخيص لأنه بإمكان التجميع تعزيز استغلال التعسف لوضعية الهيمنة للمؤسسات المعنية في السوق مما يؤدي إلى خلق فوضى ثنائية كما أنه سيخضع لتفسير ثنائي حسب قطاع النشاط المعني و هذا ما سيفضي إلى تقدير و تقييم عملية التجميع تقييما مختلفا و متناقضا من طرف سلطات الضبط .

و في هذه الحالة نكون أمام مؤسسة اقتصادية متضررة إما برفض منحها الترخيص من طرف مجلس المنافسة و منحها ترخيص من طرف هيئة ضبط قطاعية أو رفض منح الترخيص من طرف جميع سلطات الضبط

القطاعية و هنا يثور تساؤل بشأن دور الرقابة القضائية على أعمال سلطات الضبط الاقتصادية؟ .

المبحث الثاني الاختصاص القضائي في حل المنازعات الناجمة عن منح الترخيص للتجميع الاقتصادي

نظرا للطابع الإداري للسلطات الإدارية المستقلة فإن الطعن في قراراتها كأصل عام هل يعود للقضاء الإداري أم للقضاء العادي؟ حيث نجد أن المشرع الجزائري خول لمجلس الدولة و كذا القضاء العادي حق النظر و الفصل في الطعون المقدمة ضد قرارات سلطات الضبط الاقتصادي.

المطلب الأول دور القضاء الإداري

فيما يتعلق بإجراءات الطعن أمام مجلس الدولة نجد أن النصوص القانونية المنشئة لسلطات الضبط لم تشر إلى إجراء التظلم الإداري المسبق كشرط لرفع دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة مما يحيلنا إلى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تقضي بإلزامية التظلم الإداري ، إلا انه يتوجب علينا الرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة و المنشئة لسلطات الضبط الاقتصادي حتى نتمكن من معرفة آجال و مواعيد الطعن في القرارات الصادرة عنها ، كما نجد نوع من القرارات الصادرة عن سلطات ضبط مستقلة اكتفى القانون بالنص على أنها محل طعن أمام مجلس الدولة دون تحديد ميعاد الطعن كالقرارات الصادرة عن لجنة الضبط في مجال الكهرباء و توزيع الغاز و فيه نعود للقواعد العامة.

الفرع الأول القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة و سلطات الضبط القطاعية

- القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة: بموجب نص المادة 19 من الأمر 03/03 نجدها تنص على أن الطعن في قرارات عدم الترخيص بالتجميع الصادرة عن مجلس المنافسة يتم أمام مجلس الدولة ، و هي الحالة الوحيدة التي أسندها المشرع لمجلس الدولة أما ما دون قرار منح أو سحب الترخيص فإنها تؤول للقضاء العادي لتحديد الغرفة التجارية على مستوى مجلس قضاء الجزائر العاصمة أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد قام بتوزيع اختصاص النظر في القرارات الصادرة عن هيئة ضبط المنافسة و ذلك بين الغرفة الخاصة لمحكمة استئناف باريس القضاء العادي و مجلس الدولة القضاء الإداري.¹⁵

- القرارات الصادرة عن سلطات الضبط القطاعية: نجد ما يلي

1- لجنة الإشراف على التأمينات: تم استحداثها بموجب المادة 209 من القانون رقم 07/95 المعدل و المتمم القانون رقم 04/06 المتعلق بالتأمينات و قد نصت المادة 213 على أن قرارات اللجنة فيما يتعلق بتعيين المتصرف المؤقت قابلة للطعن أمام مجلس الدولة غير أن المادة 218 نصت على كيفية تسليم الاعتماد و في حال رفض الاعتماد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية مبررا قانونا و يبلغ لطالب الاعتماد و يكون القرار قابلا للطعن أمام مجلس الدولة و نصت المادة 222 أنه بإمكان الشركة المعنية أن تطعن أمام مجلس الدولة في قرار السحب الجزئي أو الكلي للاعتماد كما أسند المشرع لهذه اللجنة سلطة اقتراح عقاب بعد أخذ رأي المجلس الوطني للتأمينات عقوبات يقرها الوزير المكلف بالمالية و هي السحب الجزئي أو الكلي للاعتماد¹⁶

2- لجنة ضبط الكهرباء و الغاز: تم استحداثها بموجب المادة 111 و هي كما عرفتها المادة 112 هيئة مستقلة تتمتع بالشخصية القانونية و الاستقلال المالي و يكون مقرها بمدينة الجزائر و قد حددت المادة 113 و

114 مهام اللجنة و التي من بنها تحديدا مهمة إبداء الرأي المسبق في عمليات تكتل المؤسسات أو فرض الرقابة على مؤسسة كهربائية... دراسة طلبات وتسليم الرخص لإنجاز و تشغيل المنشآت الجديدة لإنتاج الكهرباء و النقل بما في ذلك الخطوط المباشرة للكهرباء و القنوات المباشرة للغاز و مراقبة احترام الرخص المسلمة... و طبقا لنص المادة 139 أن تكون موضوع طعن قضائي لدى مجلس الدولة.¹⁷

3- لجنة ضبط الاتصالات السلكية و اللاسلكية: نصت المادة 10 من القانون رقم 03/2000 على استحداث سلطة ضبط و قد نصت المادة 13 على مهام سلطة الضبط و التي من بينها الخ منح ترخيص الاستغلال و اعتماد تجهيزات البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية..... و نصت المادة 17 من نفس القانون على جوازية الطعن في قرارات سلطة الضبط أمام مجلس الدولة في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ تبليغها و ليس لهذا الطعن أثر موقف، كما حددت المادة 32 إجراءات الحصول على الرخصة سواء للشخص الطبيعي أو المعنوي على أن يبلغ المستفيد بقرار الموافقة على الرخصة في أجل أقصاه 3 أشهر ابتداء من تاريخ نشر المرسوم طبقا للمادة 33 كما أنه في حال عدم امتثال المستفيد لشروط المحددة في الرخصة يتم أعذاره من طرف سلطة الضبط في أجل 30 يوما و في حال عدم امتثاله يتخذ ضده الوزير المكلف بالمواصلات السلكية و اللاسلكية و على نفقته بموجب قرار مسبب و باقتراح من سلطة الضبط إحدى العقوبتين الآتيتين : التعليق الكلي أو الجزئي لهذه الرخصة لمدة أقصاها 30 يوما .

التعليق المؤقت لهذه الرخصة لمدة تتراوح ما بين شهر إلى 3 أشهر أو تخفيض مدتها في حدود سنة و هذا طبقا لنص المادة 35 و في حال عدم امتثاله يتم سحب الرخصة نهائيا بنفس الأشكال التي اتبعت لمنحها طبقا للمادة 36 مع تطبيق المادة 37 التي حددت حالات السحب النهائي للرخصة.

أما عن نظام الترخيص فقد نص عليه القسم الثاني فبموجب نص المادة 39 يجب تبليغ الترخيص الممنوح من طرف سلطة الضبط في أجل

أقصاه شهران ابتداء من تاريخ استلام الطلب المثبت بوصل إشعار بالاستلام كما يجب تسبب قرار رفض منح الترخيص. و تطبق عليه نفس العقوبات المتعلقة بالرخصة كما نص القانون على إجراءات نظام التصريح البسيط في القسم الثالث و نظام الاعتماد في القسم الرابع.¹⁸

و بهذا نصل إلى أن الطعون في القرارات الصادرة برفض منح الترخيص للتجمعات الاقتصادية من طرف سلطات الضبط الاقتصادي خاضعة لمجلس الدولة على اعتبار أنها هيئات عمومية وطنية طبقا للمادة 09 من القانون العضوي رقم 01/98 و المادة 143 من دستور 1996.

الفرع الثاني

دعوى إلغاء قرارات سلطات الضبط الاقتصادي

هي الدعوى القضائية الموضوعية والعينية التي يحركها ذوي الصفة القانونية و المصلحة أمام جهات القضاء المختصة للمطالبة بإلغاء قرارات إدارية غير مشروعة، و تنحصر سلطات القاضي في البحث عن مشروعية القرارات الإدارية المطعون فيها بعدم المشروعية و الحكم بإلغاء هذه القرارات إذا ما تم التأكد من عدم مشروعيتها.

عيوب المشروعية الخارجية : و تتمثل في :

- عيب عدم الاختصاص: يتجسد ذلك بصدور قرار من الشخص الإداري غير المرخص له أو خروجه عن موضوع اختصاصه المحدد ، و بما أن سلطات الضبط الاقتصادي عند ممارسة مهامها مبني على قواعد موضوعية محددة يجب عليها احترامها و من أهمها الشخص المؤهل بالنطق بالقرار ، حيث أن عدم احترام سلطة الضبط لهذا الإجراء فإن قرارها يشوبه عيب الاختصاص فمثلا نص المادة 47 من القانون رقم 06-04 المعدلة نجدها حددت مجال اختصاص كل من لجنة الإشراف على التأمينات و الوزير المكلف بالمالية بشأن توقيع العقوبات فإذا تم التعدي على اختصاص أحدهما يعد عدم اختصاص و يكون محل دعوى إلغاء.

- عيب الشكل: بالرجوع إلى مختلف النصوص القانونية للسلطات الضبطية نجدها نصت على بعض الإجراءات سواء كانت سابقة على اتخاذ

القرار أو متعلقة بالمظهر الخارجي و مخالفتها يجعل القرار محل دعوى إلغاء ما نصت عليه المادة 55 من الأمر رقم 03/03 و هو جراء يجب على مجلس المنافسة إتباعه قبل اتخاذ القرار و نص المادة 114 من الأمر 03-11 ، و باستقرائنا للنصوص القانونية المتعلقة بهذه السلطات نلاحظ استلزام مجموعة من الشكليات تختلف من هيئة لأخرى يجعل عدم احترامها محل رفع دعوى إلغاء مثلا التسبب الذي يعتبر بيان لحجج قانونية و أدلة واقعية بني عليها الحكم أو القرار المتخذ مثلا بالنسبة لقرارات منح الاعتماد أو حتى الترخيص لم يشترط القانون احترام مبدأ التسبب أما قرارات سحب أو تعليق أو رفض منح الاعتماد أو حتى الترخيص ستوجب على سلطة الضبط احترام شروط منها: نص المادة 40 من القانون رقم 03/2000-4 وكذا المادة 41 و 65 منه أما قطاع التأمين نجد المادة 218 من القانون رقم 04-06 ضرورة تسبب رفض الاعتماد .

و حتى في حال صدور قرار إداري مشوب بعيب مخالفة القانون ، عيب السبب ، عيب الانحراف في استعمال السلطة .

المطلب الثاني دور القضاء العادي

الفرع الأول

الطعون في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة

أما عدا دون ذلك فقد أفرد المشرع الفصل الخامس من الأمر رقم 03/03 بعنوان إجراءات الطعن في قرارات مجلس المنافسة نصت المادة 64 على أن رفع الطعن أمام مجلس قضاء الجزائر ضد قرارات مجلس المنافسة من قبل أطراف القضية كم أكدت المادة 63 على أن قرارات مجلس المنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية من الأطراف المعنية أو من الوزير المكلف بالتجارة و ذلك في أجل لا يتجاوز شهرا واحدا

ابتداء من تاريخ استلام القرار و يرفع الطعن في الإجراءات المؤقتة المنصوص عليها في المادة 46 في أجل 8 أيام و لا يترتب على الطعن لدى مجلس قضاء الجزائر أي أثر موقف لقرارات مجلس المنافسة غير أنه يمكن رئيس مجلس قضاء في أجل لا يتجاوز 15 يوم .

أما فيما يتعلق بالعقوبات المطبقة على الممارسات المقيدة للمنافسة و التجمعات التي خصص لها المشرع الفصل الرابعالثاني: المادة 61 عاقبت على عمليات التجميع المنصوص عليها في أحكام المادة 17 و التي أنجزت بدون ترخيص من مجلس المنافسة بغرامة مالية يمكن أن تصل إلى 7 % من رقم الأعمال من غير الرسوم المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة ضد كل مؤسسة هي طرف في التجميع أو ضد المؤسسة التي تكونت من عملية التجميع و أكدت ذلك نص المادة 62.

كما نجد أ القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة فيما يتعلق بالممارسات المقيدة للمنافسة ، الإجراءات المؤقتة و التحفظية تخضع للطعن أمام القضاء العادي.

الفرع الثاني الطعون في القرارات الصادرة عن الهيئات القطاعية

- القرارات الصادرة على لجنة الإشراف على التأمينات: نجد أن القرارات الأخرى من غير تلك المتعلقة بتعيين متصرف مؤقت أو توقيع العقوبات المسندة لها لم تتضمن أي إشارة من قبل المشرع فيما إذا كانت تخضع للقضاء العادي أو الإداري.

- مجلس النقد و القرض: نجد أن القرارات غير التنظيمية كالترخيص، الاعتماد فإن الطعن بالإبطال لم يتضمن أي تحديد للجهة المختصة فيما إذا كان القضاء الإداري أو العادي.

و هكذا نصل إلى أن الطعن في القرارات الصادرة على سلطات الضبط الاقتصادية سواء مجلس المنافسة أو الهيئات القطاعية و المتعلقة

برفض منح الترخيص للتجميعات الاقتصادية من الاختصاص الأصلي للقضاء الإداري.

الخاتمة

ختاماً لما تم التطرق إليه في هذه الورقة البحثية التي تحاول تسليط الضوء على مواطن تداخل الاختصاص بين مجلس المنافسة كسلطة ضبط للأنشطة الاقتصادية وآلية تنفيذ لقوانين المنافسة و تحقيق حماية لمبدأ حرية المنافسة و كذا دور سلطات الضبط القطاعية التي تشترك بل و تتداخل مع مجلس المنافسة في هذه العملية الرقابية و إن كانت تختلف عن المجلس في كونها تقتصر على حماية النشاط الاقتصادي في القطاع المنوط بها فقط .

أي أنه إذا كان مجلس المنافسة تم منحه الاختصاص المطلق من قبل المشرع فإن هيئات الضبط القطاعية اختصاصها محدد بالقطاعات المسندة لها.

في المبحث الأول من الورقة البحثية هذه حاولنا معرفة موالأمر. داخل بين سلطات الضبط الاقتصادية و ما يمكن أن تثيره من إشكالية في منحها للترخيص كآلية رقابة على عمليات التجميع الاقتصادي و ما تأثير ذلك على مبدأ حرية المنافسة و توصلنا إلى عدة نقاط أساسية أبرزها:

- نجد أن المشرع فصل في مسألة التداخل في الاختصاص في ظل الأمر رقم 03/03 المعدل و المتمم عندما نص في المادة 39 منه على أن مجلس المنافسة بإمكانه توطيد علاقات التعاون و التشاور و تبادل المعلومات مع سلطات الضبط و كأن بذلك عمد المشرع إلى منح اختصاص مطلق لمجلس المنافسة بالنظر إلى هيئات الضبط القطاعية وهنا نرى تقزيمه لدور سلطات الضبط القطاعية.

- لو رجعنا إلى مشروع قانون المنافسة 03/03 نجده يؤكد نية المشرع بإشراك سلطة الضبط المعنية في اتخاذ قرار من قبل مجلس المنافسة ، مما يعني عدم استفراد المشرع باتخاذ قراره إلا بعد اتفاه مع سلطات الضبط المعنية و إن كان لم يتم اعتماده في ظل القانون رقم 03/03 و السبب يرجع إلى ضمان أكبر استقلالية ممكنة للمجلس .

- نجد نصوص قانونية أخرى أسند لها المشرع مهمة منح ترخيص لتكوين تجميعات إلى جانب مجلس المنافسة مثل لجنة ضبط الكهرباء و الغاز ، لجنة ضبط الاتصالات السلكية و اللاسلكية أما قطاع التأمين فتم إسناده للوزير المكلف بالمالية و قطاع البنك لمجلس النقد و القرض و ترك المسألة دون تحديد كاف مما نستنتج أن هذه الهيئات حتى تمنح الترخيص يجب أخذ رأي مجلس المنافسة الذي بدوره يرسل نسخة للسلطة المعنية قصد إبداء الرأي و لكن الاختصاص الأصيل في منح التراخيص لعمليات التجميع هو مجلس المنافسة أي أنه في حال تعارض القرارات نعود لمجلس المنافسة .

- دور هيئات الضبط القطاعية استشاري فقط و ليس له أي قوة إلزامية.

- نجد أن المشرع الجزائري لم يفصل في مسألة تنازع الاختصاص السلبى أو الإيجابى الذى يمكن أن يثور بين سلطات الضبط القطاعية في نفس النزاع يؤول الاختصاص بالنظر فيه إلى قسم المنازعات على مستوى مجلس لمنافسة و الغرفة التأديبية مثلا على مستوى لجنة ضبط الكهرباء و الغاز.

- إلى حد الساعة نجد أن النصوص القانونية تؤكد على مسألة التنسيق في الترخيص للتجميعات بين مجلس المنافسة و الهيئات القطاعية دون توضيح الاختصاصات بشكل دقيق.

بالنسبة للمبحث الثانى : الذى اختص بمعالجة الطعن في قرارات منح الترخيص لعمليات التجميع الاقتصادى أين يتم ، فنجد أن المشرع صراحة خص مجلس المنافسة بازواجية قضائية و إن كان في مسألة

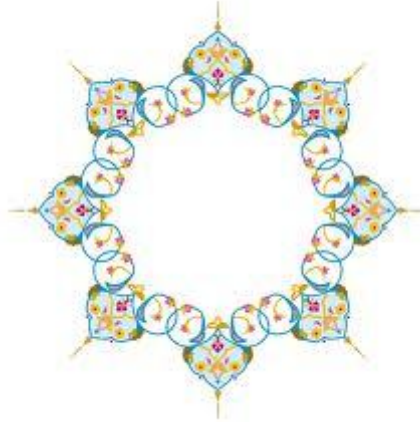
الترخيص للتجميع تحديداً أحالها إلى مجلس الدولة نظراً للطبيعة القانونية التي حددها الأمر 03/03 المعدل و المتمم لمجلس المنافسة و نجد في هذه المسألة بالذات أن المشرع الجزائري ساير المشرع الفرنسي في نقطة و في آن واحد اختلف معه في جزء حيث نجد أن المشرع الفرنسي أدرج مسألة الطعن في قرارات مجلس المنافسة إلى مجلس الدولة نظراً لأن دور مجلس المنافسة الفرنسي يقتصر فقط على إبداء الرأي و تقديمه لكل من الوزير المكلف بالاقتصاد و الوزير المكلف بالقطاع المعني أما المشرع الجزائري نجد العكس فإن من يقدم المشورة لمجلس المنافسة هو كل من الوزير المكلف بالتجارة و الوزير المكلف بالقطاع المعني و إن كنا نجد تبرير إسناد الاختصاص لمجلس الدولة في القانون الفرنسي فإننا لا نجد تبريره في القانون الجزائري.

أما باقي الهيئات القطاعية و في منح الترخيص للتجميعات تحديداً حيث حدد الطبيعة القانونية للجنة ضبط الكهرباء و الغاز و أخضع القرارات الصادرة عنها لاختصاص مجلس الدولة و سكت عن تحديد الطبيعة القانونية لكل من مجلس النقد و القرض و اللجنة المصرفية و لجنة الإشراف على التأمينات و أخضع القرارات الصادرة عنها في مجال منح الترخيص أو الاعتماد للطعن أمام مجلس المنافسة عن طريق رفع دعوى الإلغاء للقرارات الإدارية.

الهوامش:

- ¹ نداتي حسين ، آليات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير (غير منشورة) ، تخصص إدارة أعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة خميس مليانة ، 2014/2013 ، ص 78.
- ² الأمر رقم 03/03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق ل 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة . جريدة رسمية ، عدد 43 الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2003.
- ³ الأمر رقم 12/08 مؤرخ في 21 جمادى الثانية 1429 الموافق ل 25 يونيو 2008 المتعلق بقانون المنافسة، جريدة رسمية عدد 36 الصادرة بتاريخ 2 يوليو 2008.
- ⁴ مرسوم تنفيذي رقم 219/05 مؤرخ في 15 جمادى الأولى 1426 الموافق ل 22 يونيو 2005 يتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، جريدة رسمية عدد 43 الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005.
- ⁵ رحموني موسى ، الرقابة القضائية على سلطات الضبط المستقلة في التشريع الجزائري ، مذكرة مكملة لنيل درجة الماجستير تخصص قانون إداري و إدارة عامة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة الحاج لخضر - باتنة ، 2013/2012.
- ⁶ تيور سيموسى،، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر ، دار هومة ، الجزائر ، 2013 ، ص 326.
- ⁷ رحموني موسى ، مرجع سابق ، ص 13.
- ⁸ الأمر رقم 03-11 مؤرخ في 27 جمادى الثانية 1424 الموافق ل 26 أوت 2003 يتعلق بالنقد و القرض ، جريدة رسمية عدد 52 الصادرة بتاريخ 27 أوت 200.
- ⁹ مرسوم تشريعي . رقم 10/93 مؤرخ في 1993/05/23 يتعلق بورصة القيم المنقولة، جريدة رسمية، عدد 34، صادرة بتاريخ 1993/05/23.
- ¹⁰ قانون رقم 04-06 مؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق ل 20 فبراير 2006 التأمينات، جريدة رسمية عدد 15 الصادرة بتاريخ 12 مارس 2006.
- ¹¹ أمر رقم 07/95 مؤرخ في 23 شعبان 1415 الموافق ل 25 ين 95، 1995 ، جريدة رسمية عدد 13 الصادرة بتاريخ 08 مارس 1995.
- ¹² قانون رقم 03-2000 مؤرخ في 05 جمادى الأولى 1421 الموافق ل: 05 أوت 2000 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية . جريدة رسمية عدد 48 الصادرة في 06 أوت 200.
- ¹³ قانون رقم 01-02 مؤرخ في 22 ذي القعدة 1422 الموافق ل 05 فبراير 2002 يتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بالقنوات، نوات، جريدة رسمية عدد 08 الصادرة بتاريخ 6 فبراير 2002.

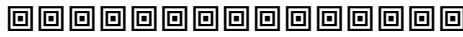
- ⁻¹⁴ بوحلايسموسى، ، الاختصاص في مجال المنافسة ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة ، 2005/2004.
- ⁻¹⁵ رحموني موسى ، مرجع سابق ، ص 100.
- ⁻¹⁶ الأمر رقم 04-06 ، مرجع سابق.
- ⁻¹⁷ القانون رقم 01-02 ، مرجع سابق.
- ⁻¹⁸ قانون رقم 03-2000 مرجع سابق.
- ⁻¹⁹ بوجمليين وليد ، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري. دار بلقيس ، الجزائر ، دون سنة نشر .
- ⁻²⁰ نوبال لزهري ، " المركز القانوني للجنة ضبط الكهرباء و الغاز في الجزائر" ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الإداري ، فرع الإدارة العامة و إقليمية القانون ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري - قسنطينة ، 2011/2012 ، ص ص 63، 30.



حق المعرفة وتداول المعلومات في التشريع الجزائري بين الحماية والتقييد

بقلم

أ / صالح جابر *



الملخص

يعتبر حق المعرفة وتداول المعلومات الوجه الآخر لحرية الرأي والتعبير على اعتبار هذه الأخيرة من معانيها المباشرة هي حق الأشخاص في أن يعبروا عن آراءهم وأفكارهم بحرية وهو ما يحتوي ضمناً على حق المتلقي للأفكار والرؤى والمعلومات على سبيل للحصول عليها دون عوائق وقيود، أي حقه في أن يعرف ويتداول ما يعرف ومن وسائل ذلك وسائل الإعلام.

وتبرز أهمية فكرة حق المعرفة وتداول المعلومات في أنها أحد أهم آليات تعزيز ودعم ممارسة الحقوق الأخرى على اختلاف أنواعها ومشاربها كالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والحقوق الإنسانية إجمالاً وهو عامل أساسي لتهيئة سياق وبيئة عامة تحترم وتحمي وتؤدي الحقوق، سواء على المستوى الفردي أو المستوى الجماعي.

وكما هو معلوم أن لكل مسألة أحكاماً ضابطة وقواعد منظمة وقيوداً حاكمة، لذلك سنحاول التعرض في هذه الورقة البحثية أساساً، للضوابط القانونية لحق المعرفة وتداول المعلومات في التشريع الجزائري وتبسيط الضوء على وسائل الإعلام في ذلك، من خلال الأسس التشريعية لهذا

* أستاذ مساعد أ - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الوادي - الجزائر.

الحق خاصة في الدستور وقانون الإعلام الجديد مع التلميح كذلك لمعيار القانون الدولي وقواعده في هذا الشأن كقاعدة منظمة لذلك.

الكلمات المفتاحية: الحق - الحق في المعرفة - الحق في المعلومات - التداول الحر للمعلومات - حرية الرأي.

مقدمة

يعتبر حق المعرفة وتداول المعلومات من أركان حرية الرأي والتعبير، وحقا أساسيا من الحقوق الإنسانية، زاد الاهتمام التشريعي به مؤخرا في عديد النظم القانونية، وجسدت مفاهيمه وأطره ضمن آليات وإجراءات تتفاوت من نظام لآخر، تبعا لدرجة الانفتاح على النظام الديمقراطي باعتبار هذا الأخير من أدواته شفافية تناقل المعلومات والمعرفة دون عوائق.

وبالتالي تبرز أهمية فكرة حق المعرفة وتداول المعلومات في أنها أحد العوامل الأساسية لتهيئة سياق وبيئة عامة تحترم وتحمي وتؤدي الحقوق، سواء على المستوى الفردي أو المستوى الجماعي.

وكما هو معلوم إن لكل مسألة أحكاما ضابطة وقواعد منظمة وقيودا حاكمة، لذلك سنحاول التعرض في هذه الورقة البحثية أساسا، للضوابط القانونية لحق المعرفة وتداول المعلومات في التشريع الجزائري، من خلال الأسس التشريعية لهذا الحق خاصة في الدستور وقانون الإعلام الجديد لما له من علاقة كبيرة به، مع الإشارة كذلك لمعيار القانون الدولي وقواعده في هذا الشأن كقاعدة منظمة لذلك، ونبين إلى أي مدى كرس المشرع الجزائري حق المعرفة وتداول المعلومات وحمايته كآلية من آليات تعزيز ودعم الخدمة العمومية؟ ومن جانب آخر نتلمس مسألة الضوابط التشريعية على هذا الحق وأن كانت هناك قيود عليه وما مداها وجدواها كذلك؟

وهذا الموضوع ككل يدخل في سياق حق المواطن في خدمة عمومية عصرية، وعليه نطرح الإشكالية الرئيسية التالية: ما مدى الحماية

التشريعية لحق المعرفة وتداول المعلومات والقيود الواردة عليهما في النظام القانوني الجزائري؟ وتجسيدها لخدمة عمومية متوازنة؟
ومن المفيد بداية التطرق للإطار المفاهيمي، حيث نبين مفهوم حق المعرفة وتداول المعلومات، ثم نتطرق في نقطتين إلى مسألة الحماية القانونية لهذا الحق في الجزائر، ثم القيود القانونية الواردة عليه، حتى نصل إلى خاتمة نبين فيها النتائج والتوصيات.

المطلب التمهيدي تعريف حق المعرفة وتداول المعلومات

يمكن في بداية الأمر التعرف على بعض المفاهيم قبل الدخول في موضوع هذه الورقة البحثية فتكلم في معاني كل من الحق وحق المعرفة والمعلومات.

من معاني الحق لغة : الحق ضد الباطل، وهو الثابت الذي لا يتغير ولا يزول، ولا يسوغ إنكاره، وأصل الحق: المطابقة والموافقة، كما يطلق على الموجود واليقين¹.
و عند الراغب الأصفهاني: أن الحق يقال على أوجه:

الأول : يقال لموجد الشيء بسبب ما تقتضيه الحكمة، ولهذا قيل في الله تعالى: هو الحق. قال تعالى: ﴿ثُمَّ رُدُّوا إِلَى اللَّهِ مَوْلَاهُمُ الْحَقِّ﴾. الأنعام: 62.

الثاني : يقال للموجد بحسب مقتضى الحكمة، ولهذا يقال: فعل الله تعالى كله حق. قال الله تعالى: ﴿الْحَقُّ مِنْ رَبِّكَ﴾. البقرة: 147

الثالث : في الاعتقاد المطابق لما عليه ذلك الشيء في نفسه، كقولنا: اعتقاد فلان في البعث والشواب والجنة والنار حق. قال الله تعالى: ﴿فَهَدَى اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا لِمَا اخْتَلَفُوا فِيهِ مِنَ الْحَقِّ﴾. البقرة: 213.

الرابع : للفعل والقول الواقع بحسب ما يجب وبقدر ما يجب وفي الوقت الذي يجب ، كقولنا : فعلك حق وقولك حق . قال الله تعالى : **كَذَلِكَ حَقَّتْ كَلِمَةُ رَبِّكَ عَلَى الَّذِينَ فَسَقُوا** . يونس: 33.
و عرفه عبد الرزاق السنهوري فقها بأنه: " مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون"².

أما حق المعرفة، يرى أحد الباحثين أنه مفهوم ديمقراطي يعترف بحق الجمهور في استيفاء المعرفة بشكل مباشر دون وسيط، من مصادرها أو من خلال وسائل الإعلام كوكيل عن الجمهور بالاستناد إلى تشريعات ناظمة لذلك³.

وهذا ليس تعريفا دقيقا لحق المعرفة باعتباره يربط بين حق المعرفة ووسائل الإعلام من خلال تحديد العلاقة بينهما، فهو تعريف غير جامع مانع.

ويرى آخر أن حق المعرفة هو حق الإنسان في أن توفر له الدولة شتى السبل الملائمة لتتدفق من خلالها المعلومات والآراء والأفكار، ليختار من بينها وفقا لإرادته الحرة وعليها أن تحمي نفاذه الميسر إليها بعيدا عن تدخلها أو تدخل الغير الذي من شأنه إعاقة أو الحد أو الانتقاص أو منعه من التمتع من الحرية⁴.

أما المعلومات فيمكن تعريفها من خلال نماذج تشريعية في ذلك:

• قانون ضمان حق الحصول على المعلومات الأردني⁵ رقم: 2007/47 في المادة 02 منه يقول: " أي بيانات شفوية أو مكتوبة أو سجلات أو إحصاءات أو وثائق مكتوبة أو مصورة أو مسجلة أو مخزنة إلكترونيا، أو بأي طريقة وتقع تحت إدارة المسؤول أو ولايته.
الوثائق المصنفة: أي معلومات شفوية أو وثائق مكتوبة أو مطبوعة أو مختزلة أو مخزنة إلكترونيا، أو بأي طريقة أو مطبوعة على ورق مشمع أو ناسخ أو أشرطة تسجيل أو الصور الشمسية والأفلام أو المخططات، أو الرسوم أو الخرائط أو ما يشابهها، والمصنفة على أنها سرية أو وثائق محمية وفق أحكام التشريعات النافذة.

الوثائق العادية: أي معلومات غير مصنفة تقع تحت إدارة المسؤول أو ولايته.

• التشريع السويدي: تنص المادة الأولى من الفقرة الثانية من القانون على أنه "يحق لكل مواطن سويدي الحصول الحر على الوثائق الرسمية".⁶

والوثيقة تضم كل "سجل يمكن قراءته أو الاستماع إليه أو حتى استيعابه باستخدام وسائل فنية مساعدة". تولي هذه الفقرة الثانية من القانون السويدي اهتماما كبيرا بما يعد من الوثائق الرسمية وما لا يعد كذلك. وتحدد المادة الثالثة نطاق الوثائق الرسمية بتعريفها بالوثائق "المحفوظة لدى سلطة حكومية وحتى يتم اعتبارها بموجب المادتين السادسة والسابعة فهي التي تم استلامها أو إعدادها أو كتابتها من قبل سلطة معينة." ويعد السجل "محفوظا" من قبل سلطة عامة إذا كان متوفرا لهذه السلطة للنسخ والذي يشمل عمليا كل ما تحفظه هذه السلطة. ويشير القانون بالتحديد إلى أن الرسائل وغيرها من المراسلات الموجهة إلى الموظفين الحكوميين والمتضمنة أمورا رسمية تعد وثائق رسمية.

يعرف القانون الهندي الخاص بالمعلومات⁷ الصادر عام 2002 المعلومات بأنها "مواد على أي شكل يتعلق بإدارة أو عمليات أو قرارات جهة عامة." وهذا تعريف عام من حيث نوع المعلومات إلا أنه يحدد نطاق القانون بالمعلومات المرتبطة بالعمل الرسمي للجهة المعنية.

كما يعرف ذات القانون "الجهة العامة" بأنها الهيئة التي يتم تأسيسها بموجب الدستور أو أي قانون، وبأنها أية هيئة "تملكها وتراقبها وتمولها الحكومة بشكل رئيسي سواء بشكل مباشر أو غير مباشر".

ويعرف القانون المكسيكي حرية المعلومات الصادر عام 2002 المعلومات بأنها: "كل ما هو موجود في وثائق تنتجها هيئات عامة وتحصل عليها وتشتريها وتقوم بتحويلها أو الاحتفاظ بها".⁸

إن حق الحصول على المعلومات في بعض الدول يشمل الفروع الثلاثة (المعلومات الإدارية، والتشريعية، والقضائية) بينما في البعض الآخر

لا يشمل إلا الفرع الأول وهو المعلومات الإدارية. ولا يوجد سبب يمنع من شمول الفرعين الآخرين طالما أن قانون الاستثناءات يحمي المعلومات الشرعية السرية.

ويمكن القول في معنى حق الحصول على المعلومات بأنه حق الإنسان في الوصول الآمن إلى المعلومات التي تحتفظ بها الجهات العامة والجهات الخاصة وواجب هذه الجهات في توفيرها عند الطلب و قبله كذلك.

فحق الإنسان، يخرج إشكال ارتباط الحق بالمواطن دون غيره. والوصول الآمن، يتيح ضمانات لطالب المعلومات ومتلقيها من الإساءة إليه.

والجهات العامة والجهات الخاصة، على اعتبار المعلومات قد تمتلكها الجهات العامة (الجهات الرسمية) أو الجهات الخاصة (الجهات غير الرسمية).

والفقرة الأخير تشير إلى الإفصاح عن المعلومة ابتداء أو عند طلبها انتهاء.

المبحث الأول الحماية القانونية لحق المعرفة وتداول المعلومات في الجزائر

الحماية القانونية في مقتضى مفهوم القانون تعني "منع الأشخاص من الاعتداء على حقوق بعضهم البعض بموجب أحكام قواعد قانونية"⁹. فالحماية بهذا المعنى تختلف من نوع لآخر تبعاً لاختلاف الحقوق المحمية، فقد تكون الحماية مدنية أو جنائية أو إدارية أو سياسية، حيث يمكن أن نرى حماية للقاضي المدني متى أقر التعويض المدني مثلا في إطار المسؤولية المدنية، أو حماية للقاضي الجنائي متى لحقت العقوبة والجزاء المالي وتقييد حرية الأشخاص حسباً في إطار المسؤولية الجنائية، كما يمكن التكلم في إطار المسؤولية الإدارية والسياسية كذلك.

ومادام أن من تقسيمات القاعدة القانونية نجد الخارجية- قواعد القانون الدولي- والداخلية، يمكن أن نتطرق إلى مدى حماية القاعدة الدولية لحق المعرفة وتداول المعلومات بداية، ثم نتطرق للقانون والتشريع الجزائري الداخلي. وذلك ضمن مطلبين:

المطلب الأول: حق المعرفة وتداول المعلومات في قواعد القانون الدولي.

المطلب الثاني: حق المعرفة وتداول المعلومات في التشريع الجزائري.

المطلب الأول حق المعرفة وتداول المعلومات في قواعد القانون الدولي

الناظر للتشريعات الدولية يجد أن هناك اهتماما كبيرا لحق المعرفة وتداول المعلومات نظرا لأهميته وارتباطه الكبير بحق حرية الرأي والتعبير من جهة وبباقي الحقوق الإنسانية من جهة ثانية على اعتبار التكاملية في منظومة حقوق الإنسان، وذلك يعبر عن مدى توافر خدمة عمومية سليمة كذلك، وأثر ذلك واضح في القواعد الدولية الآتية ذكرها.

الفرع الأول على الصعيد الدولي

أولاً: في نظام هيئة الأمم المتحدة.
يمكن الرجوع إلى القرار رقم 01/59 المتبنى من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1946 والذي كرس فكرة تداول المعلومات وحرية تداولها كحق أساسي من حقوق الإنسان.
والرجوع إلى المقرر الخاص لحرية الرأي والتعبير بمفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان المنشأ بموجب قرار من مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان سنة 1993¹⁰.

حيث أقر المقرر في عام 1998 في تقرير له أن حرية الرأي والتعبير تتضمن حرية الحصول على المعلومات بمعنى حق المعرفة مؤكدا على جوانب مهمة أهمها:

أن حرية الصحافة خطوة حيوية لضمان حرية الرأي والتعبير وتدفع المعلومات والدولة ضامنة لذلك، وذلك في إطار تحمل الالتزامات والمسؤوليات. ومن جانب آخر أن حق المعرفة وتداول المعلومات ليست فقط دعما للدمقرطة بل كذلك أساس للمشاركة والتنمية. فواضح أن للدولة ممثلة في الهيئات الرسمية دور بالغ في ضمان هذا الحق وتكريسه وتعزيزه. ثانيا: في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (10 ديسمبر 1948).

تنص المادة التاسعة عشر (19) منه على أنه: "لكل شخص الحق في حرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حرية اعتناق الآراء دون أي تدخل، واستقاء الأنباء والأفكار وتلقيها وإذاعتها بأية وسيلة كانت دون تقييد بالحدود الجغرافية".

ثالثا: في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية (16 ديسمبر 1966).

تنص المادة 19 منه: "لكل إنسان حق اعتناق آراء دون مضايقة. لكل إنسان حق في حرية التعبير، ويشمل هذا الحق حريته في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار ونقلها إلى الآخرين دونما اعتبار للحدود سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها. تستتبع ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة 2 من هذه المادة واجبات ومسؤوليات خاصة وعلى ذلك يجوز إخضاعها لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون وأن تكون ضرورية:

- أ- لاحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم.
- ب- لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة".

الفرع الثاني على الصعيد الإقليمي

أولاً: في ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي¹¹.
جاء في المادة 11 منه على: " لكل شخص الحق في حرية التعبير ويشمل هذا الحق حرية اعتناق الآراء وتلقي ونقل المعلومات والأفكار دون تدخل من السلطة العامة وبصرف النظر عن الحدود. تحترم الحرية وتعددية وسائل الإعلام.

ثانياً: في النظام الإفريقي لحماية حقوق الإنسان:
تبنت المفوضية الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب إعلان مبادئ حرية التعبير في دورة انعقادها الثانية والثلاثين بغامبيا عام 2002، وقد أيد هذا الإعلان حق تداول المعلومات والمعرفة مقرراً أن "الجهات العامة لا تحتفظ بالمعلومات لنفسها بل كوصي على الصالح العام، وكل فرد يتمتع بالحق بالحصول على المعلومات وذلك في إطار القوانين واللوائح" تطبيقاً لنص المادة 09 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب. لكن الأمر مرتبط بالقوانين المحلية للدول حيث لا إلزام للميثاق في ذلك وهي من عقبات القاعدة القانونية الدولية.

ثالثاً: في الميثاق العربي لحقوق الإنسان.
عالج الميثاق العربي لحقوق الإنسان حرية الفكر والرأي والعقيدة في المادة 32 منه والتي نصت على الحق في الإعلام وحرية الرأي والتعبير وكذلك الحق في الحصول على الأنباء والمعلومات والإحصائيات التي تهم الأفراد من مصادرها المختلفة وتحليلها وتداولها والتعليق عليها ونقلها إلى الآخرين بأي وسيلة، ودونما اعتبار للحدود الجغرافية. كما نص الميثاق على بعض القيود من خلال احترام المقومات الأساسية للمجتمع واحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم أو حماية الأمن الوطني أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة¹².

مما تقدم نلاحظ اهتمام الشريعة الدولية بمسألة الخدمة العمومية ولو بطريق غير مباشر وصريح، وذلك بالتأكيد على مسألة حق المواطن في أن يعرف ما يريد والدولة ضامنة لذلك في إطار القانون وضوابطه.

المطلب الثاني حق المعرفة وتداول المعلومات في التشريع الجزائري

تلقى الفرضية القائلة بأن حق الحصول على المعلومات هو حق أساسي من حقوق الإنسان تأييدا قويا في عدد من تطورات التشريعات الوطنية. وتقدم عديد من الدول اعترافا دستوريا بهذا الحق من خلال أحكام وقواعد دستورية محددة، بينما قامت المحاكم الرئيسية في دول أخرى بتفسير الضمان العام لحرية الرأي والتعبير على أنه يشمل حق الحصول على المعلومات. ولهذا الأخير أهمية خاصة كتفسيرات وطنية لضمانات دستورية لحرية الرأي والتعبير ذات علاقة لفهم مضمون نظيراتها الدولية. إن أهمية حرية المعلومات تنعكس أيضا في توجه عالمي شامل نحو تبني قوانين وطنية من شأنها تفعيل هذا الحق.

فما هو الوضع في الجزائر دستوريا وتشريعيا؟ وما أثره في تفعيل رشادة الخدمة العمومية؟

الفرع الأول في الدساتير الجزائرية

أولا: في دستور 1963.

لقد نص دستور 1963 في المادة 18 منه على أن: "التعليم إجباري والثقافة في متناول الجميع بدون تمييز إلا ما كان ناشئا عن استعدادات كل فرد وحاجيات الجماعة".

وفي المادة 19 منه على أنه: "تضمن الجمهورية حرية الصحافة وحرية وسائل الإعلام الأخرى وحرية تأسيس الجمعيات وحرية التعبير، ومخاطبة الجمهور وحرية الاجتماع".

وفي المادة 22 منه: " لا يجوز لأي كان أن يستعمل الحقوق والحريات السالفة الذكر في المساس باستقلال الأمة وسلامة الأراضي الوطنية والوحدة الوطنية ومؤسسات الجمهورية ومطامح الشعب الاشتراكية ومبدأ وحدانية جبهة التحرير الوطني".

ثانيا: في دستور 1976.

تنص المادة 53 منه على أنه: "لا مساس بحرية المعتقد ولا بحرية الرأي".

والمادة 54 على أن: "حرية الابتكار الفكري والفني والعلمي للمواطن مضمونة في إطار القانون. حقوق التأليف محمية بالقانون". المادة 55 قالت: "حرية التعبير..مضمونة..".

ثالثا: في دستور 1989.

نصت المادة 35 على أنه: "لا مساس بحرية المعتقد وحرمة حرية الرأي".

ونصت المادة 36 على أن: "حرية الابتكار الفكري والفني والعلمي مضمونة للمواطن، حقوق المؤلف يحميها القانون.

لا يجوز حجز أي مطبوع أو تسجيل أو أية وسيلة أخرى من وسائل التبليغ والإعلام إلا بمقتضى أمر قضائي".

المادة 39 قالت: "حريات التعبير...مضمونة للمواطن".

رابعا: في دستور 1996.

الناظر لنص المادة 41 من دستور 1996 الجزائري يجدها لم تتضمن ضمان حق المعرفة وتداول المعلومات بشكل صريح حين قالت: "حريات التعبير وأنشاء الجمعيات والاجتماع مضمونة للمواطن".

وأیضا المادة 36 منه: "لا مساس بحرية المعتقد، وحرية الرأي".

والمادة 38 منه: "حرية الابتكار الفكري والفني والعلمي مضمونة للمواطن.

حقوق المؤلف يحميها القانون.

لا يجوز حجز أي مطبوع أو تسجيل أو أي وسيلة أخرى من وسائل التبليغ والإعلام إلا بمقتضى أمر قضائي".

فالملاحظ أن الدستور الحالي لم يفرد نصا خاصا لحق المعرفة وتداول المعلومات، كحق مستقل بذاته، إنما تكلم في عدد من النصوص في حماية حرية الرأي والتعبير بطريق مباشر، ونص على الابتكار الفني والعلمي ربطا بحقوق المؤلف. ولم يشر لحرية الإعلام بينما الدستور الأول 1963 نص بصراحة عن ذلك أي عن حرية الصحافة وحرية وسائل الإعلام.

إن التطور الدستوري يفترض التطور للأحسن والأفضل في تكريس الحقوق والحريات، فليس مقبولا أن يكرس حق ما دستوريا ثم يتراجع عنه ولو في التشريع لاحقا. وذلك قد يعد منافيا للمعيار الدستوري والذي يرتبط بضرورة تضمين النص الدستوري لأي دولة الحقوق الأساسية للمواطن ومن بينها بلا شك حرية الرأي والتعبير وحق المعرفة وتداول المعلومات، وذلك بقصد الإغلاء من شأن هذا الحق الإنساني وتكريسه بعد ذلك قانونا وواقعا¹³.

بمعنى آخر يمكن القول إن الدستور الجزائري الحالي تجاهل مسألة الإشارة إلى حق المعرفة وتداول المعلومات، وهو ما يعد تقصيرا من هذا الجانب، وذلك بالمقارنة مع دساتير دول مجاورة، حيث الناظر لدستوري المغرب وتونس بعد التحول الجديد يرى بوضوح مقاربة تحسين الخدمة العمومية للمواطن من خلال دسترة حق تداول المعلومات وضمن المؤسسة الرسمية لذلك، وذلك ما نلمسه على سبيل المثال في التجربة التونسية من خلال النصوص التطبيقية للنص الدستوري المقررة لهيكلية الإدارة العمومية وعصرنتها وانفتاحها، مستجيبة إلى ضرورة توفير خدمة راقية للمواطن، وأبسطها تقديم معلومة يريدونها.

الفرع الثاني في قانون الإعلام الجزائري الجديد القانون العضوي 12 - 05

الإطار القانوني للإعلام في الجزائر مر بمحطات أساسية بعد الاستقلال، كان بدايتها قانون الصحفي لسنة 1968، ثم قانون الإعلام 82-

01 الصادر بتاريخ 1982/02/06، ثم قانون الإعلام 07/90 الصادر بتاريخ: 1990/04/30، ثم قانون الإعلام الجديد 05/12 الصادر بتاريخ: 12 جانفي 2012.

والسؤال المطروح ما مكانة حق المعرفة وتداول المعلومات في التشريعات السابقة عن القانون الجديد؟

قانون الصحفي 1968 ضم سبع فصول وهي: تعريف الصحفي المحترف، واجباته، إجراءات التوظيف، الراتب والمكافئة، الترقية والترخيص، أخلاقيات المهنة، البطاقة المهنية. والدارسين لهذا القانون قالوا بأنه أولى الاهتمام أكثر بالواجبات والعقوبات التي يمكن أن تكرر على الصحفي، بينما تغاضى عن الحقوق وحرية الصحفي خاصة مسألة تلقي المعلومات ونشرها، على أساس كذلك أنه ظل محدودا نتيجة الطابع السياسي الحاكم بين الدولة والحزب الواحد والنقابة الصحفية¹⁴.

أما في قانون 01/82 فقد تكلم في مادته الثانية باعتبار الحق في الإعلام حقا أساسيا لجميع المواطنين، وجاء في مادته 45 منه أن للصحفي المحترف الحق والحرية الكاملة في الوصول إلى مصادر الخبر في إطار القانون، وهي المادة الوحيدة التي تكلمت عن حق المعرفة نظريا لأن الواقع كان مجافيا لها.

و ما جاء في القانون رقم 07/90 في المادة 02، و35 من أحقية المواطن في أن يعرف ما يهم المجتمع داخليا وخارجيا كان غير بعيد عن سابقه.

أما في قانون الإعلام الجديد 12 - 05 فالمادة الأولى منه تنص على أنه يهدف إلى "تحديد المبادئ والقواعد التي تحكم ممارسة الحق في الإعلام وحرية الصحافة".

والمادة 83 منه: "يجب على كل الهيئات والإدارات والمؤسسات أن تزود الصحفي بالأخبار والمعلومات التي يطلبها بما يكفل حق المواطن في الإعلام، وفي إطار هذا القانون العضوي والتشريع المعمول به". تبعا لذلك نجد قانون الإعلام الجزائري الجديد أوجب على الهيئات الرسمية تزويد الصحفي بالخبر والمعلومات التي يطلبها في إطار القانون والتشريع، والذي

قد يكون في إطار تحسين الخدمة العمومية من إحدى الزوايا. فهل المشرع هنا كرس حماية لحق المعرفة وتداول المعلومات تكريسا حقيقيا؟

الناظر لتجارب الدول في مجال إتاحة تداول المعلومات، يجد أن بعضها أقر آليات لذلك ضمن تشريعاته كان أقدمها السويد عام 1776 ثم الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1966، ومن التجارب الحديثة نجد التجربة الأردنية سنة 2007 و اليمنية في قانون 2012، حيث يمكن أن نتلمس طريقتين في تلقي المعلومات وحق المعرفة من قبل السلطة الرسمية، أولاها تسمى بالإفصاح الاستباقي للمعلومات والثانية تسمى بالإفصاح التفاعلي للمعلومات، حيث تقوم الهيئة المالكة للمعلومات في الإفصاح الاستباقي بتقديم المعلومات دون تقديم الطلب من طالبها وذلك بوسائل عدة منها: المطبوعات، الصحف الرسمية، لوحات إعلانات للعامّة، الإذاعة والتلفزيون، المواقع الإلكترونية الخاصة بالهيئات العامة¹⁵.

أما في الإفصاح التفاعلي يقوم الفرد بتقديم طلب الحصول على المعلومات، وهو ما تبناه قانون الإعلام الجزائري بحسب المادة 83 منه السالفة الذكر بالنسبة للصحفيين فقط، وهو ما يعد تقصيرا حائيا في حق الفرد في المعرفة وتداول المعلومات التي تهمه، هذا من جانب، والجانب الثاني في التقصير في قانون الإعلام الجزائري الذي خص الصحفي فقط في هذا الإطار. فالفرد العادي إن أراد الحصول على معلومة ما تخص حرية أو حقا دستوريا أو اجتماعيا على سبيل المثال لا نجد لها تطبيقا في القانون المعني.

ويعد الإفصاح الاستباقي له دور في تحقيق قدر أكبر من الشفافية والانفتاح الحكومي، وهو ما تبنته بعض الدول مثل فرنسا وال و م أ وألمانيا وإيطاليا على سبيل المثال¹⁶.

أما عربيا فتعد الأردن الدولة العربية الأولى التي كرست حق الحصول على المعرفة والمعلومات تشريعا، وذلك في قانونين، هما قانون المطبوعات والنشر وقانون ضمان الحصول على المعلومات، ففي قانون المعلومات والنشر ورد حق الصحفي في الحصول على المعلومات ضمن آليات محددة وأكثر سرعة. أما في قانون ضمان الحصول على المعلومات

رقم: 47 لسنة 2007 فنص على حق كل أردني في الحصول على المعرفة والمعلومات وترك مدة 30 يوما كحد أقصى للمسؤول للإجابة عن طلب المعلومة¹⁷. ثم تلتها دولة اليمن حيث صادق رئيسها على القانون في 01 يوليو 2012، وفيه كذلك مشروع قانون مغربي¹⁸ تجسيدا لما جاء في دستوره. وهو ما لم يجسد بعد في النظام القانوني الجزائري كتشريع مستقل لحق المعرفة وتداول المعلومات، بمعنى أن هناك فراغا قانونيا يتحتم تداركه على خلفية أن التوجه العام للتشريعات الوطنية تبني منظومة قانون حق المعرفة وتداول المعلومات¹⁹.

هذا لا يعني عدم إمكانية المواطن الجزائري في البحث عن معلومات تخصه من الإدارة العمومية، وإجابة الإدارة له، فالواقع يدحض ذلك وما استحداث وزارة خاصة للخدمة العمومية* إلا طريق في تحسين تلك الخدمة، لكن تحتاج إلى مزيد من التحسين على غرار التوجه التشريعي المقارن في إتاحة المعلومات بصورة رسمية وهيكلية سليمة، تتيح للمواطن ممارسة حقه وتمتعه بخدمة عمومية عصرية في آجال معقولة، مع إمكانية الطعن في حال رفض تقديم ما يسأل عنه، وهو ما جسده فعليا القانون التونسي من خلال مراسيم تطبيقية لقانون نفاذ المعلومات من الهيئات الرسمية، وكذلك في الفضاء الإلكتروني الحكومي، حيث من اليسير على كل مواطن النفاذ إلى ما يريده في الفضاء الإلكتروني وذلك يدخل في منظومة الإدارة الإلكترونية والتي هي من أمال الإدارة الجزائرية²⁰.

* - هي اليوم بتاريخ نشر هذا المقال لم تصبح موجودة حيث تم الغاؤها.

المبحث الثاني القيود القانونية على حق المعرفة وتداول المعلومات في الجزائر

ما يلاحظ في المنظومة القانونية الجزائرية أنها لم تعتن بعد بحماية حق المعرفة وتداول المعلومات إلا في بعض الإشارات الخاصة في الدستور وقانون الإعلام الجديد، وذلك قد يكون عزاؤه حداثة التجربة حتى في ظل النظم الوطنية المقارنة، و يمكن تلمس تنظيم هذ الحق قبل صدور النص القانوني بداية ثم بعد صدوره نهاية. ويمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تنظيم حق المعرفة وتداول المعلومات قبل صدور النص التشريعي.
المطلب الثاني: تنظيم حق المعرفة وتداول المعلومات بعد صدور النص التشريعي.

المطلب الأول تنظيم حق المعرفة وتداول المعلومات قبل صدور النص التشريعي

يعد قيودا من القيود القانونية لممارسة أي حق من الحقوق الإنسانية، إغفال المشرع تنظيم هذا الحق وغياب الضمانات القانونية والقضائية لمراجعة حق الاعتداء عليه. ويمكن التطرق لهذين العنصرين في ما يلي:
الفرع الأول: عدم تنظيم حق المعرفة وتداول المعلومات قانونيا.
الفرع الثاني: غياب الضمانات الإجرائية والمراجعة القضائية - حق الاستئناف -

الفرع الأول عدم تنظيم حق المعرفة وتداول المعلومات قانونيا

من آليات تعزيز ودعم ممارسة الحقوق والحريات الإنسانية وتقديم خدمة عمومية عصرية حق المعرفة وتداول المعلومات، ولا يتأتى ذلك واقعا إلا من خلال تنظيمها ضمن أطر قانونية أساسية في دستور الدولة وتشريعاتها العادية، وذلك ما لم نلمسه في الدستور الجزائري الحالي الساري، والتشريعات النازمة كقانون الإعلام، على عكس ما جاء في دستور دولة المغرب وتشريعات دولة الأردن حيث يعدان الدولتين العربيتين اللتين أشارتا بصيغة مباشرة لحق المعرفة وتداول المعلومات في تشريعاتهما بداية. كلامنا هذا يرتبط بمسألة القيمة الدستورية لحق المعرفة وتداول المعلومات في الجزائر مقارنة بغيرها من الدول المماثلة لها، ومدى الحماية الدستورية لهذا الحق والمرتب بتقديم خدمة عمومية جادة كما أسلفنا.

فإذا سكت المشرع الدستوري والعادي عن تنظيم المسألة نستطيع أن نقرأ لذلك قراءتين: الأولى السكوت دلالة الإباحة تبعا لقاعدة الأصل في الأشياء الإباحة، والثانية السكوت دلالة المنع، فإذا كان من حق الإنسان أن يعرف ويتداول المعلومات، فمن واجب الدولة توفير المعلومات والأطر القانونية لذلك، خاصة التي تتعلق بالشأن العام، ويتبع ذلك مسؤولية وسائل الإعلام نقلها ونشرها إلى الجمهور. حيث تقع المسؤولية على وسائل الإعلام والدولة معا، حيث لا تستطيع الأولى القيام بمهامها إذا ما أخفت الثانية المعلومات عنها. وهنا يبرز المبدأ القانوني والمتمثل في ضرورة شرعنة حق الحصول على المعلومات وتداولها حتى تتكسر ضمانات للإنسان يستطيع من خلالها ممارسة حق الرقابة والتقاضي والمحاسبة تبعا لما علم، أما دون وجود إلزام دستوري وقانوني فالأمر يعد قييدا لهذا الحق كما ذكرنا بداية، فعدم وجود نص قانوني واضح ودقيق ينظم مسألة حق الحصول على المعلومات وحق المعرفة يعد قييدا سلبيا.

كما أن عدم وجود تشريع ينظم حق المعرفة وتداول المعلومات، ويلزم مالك المعلومات بنشرها والكشف عنها عبر آلية معينة قد تكون "مؤسسة معلوماتية"²¹ ينقص بشكل كبير ويقيد من كفاءة هذا الحق، حيث هناك معلومات أساسية من الواجب أن يعرفها المواطن وهي كل ما يمس بالشأن العام والمصلحة العامة مع وجود استثناءات بسيطة مشرعة في ذلك. ومعرفة المواطن للمعلومات عن طريق الكشف المطلق والنشر التلقائي لها قد يكون من خلال صحيفة رسمية في الدولة أو عبر شبكة الأنترنت يساهم بشكل كبير في إقرار مبدأ الشفافية والوضوح من خلال تأسيس مؤسسة موضوعها نشر المعلومات، كما أن له بالإضافة للشفافية والوضوح آثارا واضحة في التنمية الاقتصادية والثقة في الأداء الاقتصادي للبلاد.²²

فالدولة ليست ملزمة فقط بعدم التدخل في الحصول على المعرفة بل ملزمة بتسهيل الوصول إلى المعرفة وتداول المعلومات وتقديم الأدوات القانونية والمادية لتمكين ذلك الحق.

الفرع الثاني

غياب الضمانات الإجرائية والمراجعة القضائية - حق الاستئناف

إن من بين الضمانات القانونية لممارسة الحقوق واستيفائها إمكانية الطعن والمراجعة، وذلك قد يكون عبر التظلمات الإدارية أو الطعون القضائية، ومنه متى تم حرمان الإنسان من معرفة وتداول معلومة ما يكون من مقتضيات الأمور إتاحة التظلم أمام جهة ما قد تكون الجهة المسؤولة المالكة للمعلومات العامة أو الخاصة، أو جهة إدارية مستقلة أو جهة قضائية.

والقانون الجزائري لا يتيح ذلك بحسب القراءة الظاهرية له دستورا وتشريعا، لكن البعض يرى أن من مستلزمات القواعد الدستورية المرتبطة بحرية الرأي والتعبير تتيح من تعرض للحرمان من حق المعرفة وتداول المعلومات ضمن الأطر القانونية والشرعية حق الطعن واستئناف ذلك

القرار المانع، وهو ما نجده في التشريعات المقارنة، مثل القانون الأردني السالف الذكر حيث لمجلس المعلومات النظر في شكاوى المواطنين والتي قد تتعلق بحجب المعلومات، بعد أن تقدم إلى مفوض المعلومات²³. وفي الولايات المتحدة الأمريكية من حق طالب المعلومات تقديم طلب استئناف لرئيس الهيئة أو الجهاز الحكومي ويتم اتخاذ القرار فيما يتعلق بالاستئناف خلال 20 يوما من استلام طلب الاستئناف. وفي 01 فيفري من كل عام تقوم كل هيئة بتقديم تقرير إلى النائب العام ويشمل عدد الطعون التي قدمها الأشخاص ونتيجة هذه الطعون والاستئناف، أما في جنوب إفريقيا من حق الذي منع من تقديم المعلومات ضده الطعن الداخلي داخل الهيئة المختصة، أو للمحكمة خلال 30 يوما من تاريخ الرفض. وعلية قد نقول بأن الضمانات في التشريع الخاص بجنوب إفريقيا أكثر من ضمانات الو م أ.

المطلب الثاني تنظيم حق المعرفة وتداول المعلومات بعد صدور النص التشريعي

من القيود القانونية التي تعيق التمتع بحق المعرفة وتداول المعلومات وبالتالي تعيق تقديم خدمة عمومية كاملة، قانون الخصوصية ونظام الاستثناءات.

الفرع الأول: الحق في المعرفة وتداول المعلومات وقانون الخصوصية.

الفرع الثاني: حق المعرفة وتداول المعلومات ونظام الاستثناءات:

الفرع الأول الحق في المعرفة وتداول المعلومات و قانون الخصوصية

لعل من بين إشكالات الحماية القانونية للأفراد نجد "حماية الحق في الخصوصية" والتي تعني حق الإنسان في أن تحترم الحياة الخاصة به، وأن تحفظ أسرارها ولا يطلع عليها بغير إذنه ومن ذلك الحماية المكرسة على مراسلات واتصالات الأشخاص، وبعض الدعاوى القضائية كجرائم الأسرة مثلا والتي تعد ذات طبيعة شديدة الخصوصية حيث لا فائدة من طرح خصوصيات المتقاضين على الجمهور، حيث لا مصلحة مبررة يمكن أن تتحقق من وراء النشر²⁴. وتدخل الخصوصية كحق يمارسه الفرد للحد من اطلاع الآخرين على مظاهر حياته والتي يمكن أن تكون أفكارا أو بيانات شخصية²⁵.

وهذا ما كرسه قانون الإعلام الجزائري الجديد رقم: (12-05) بسنة 2012 في نص المادة 93 منه بقولها: "يمنع انتهاك الحياة الخاصة للأشخاص وشرفهم واعتبارهم. ويمنع انتهاك الحياة الخاصة للشخصيات العمومية بصفه مباشرة وغير مباشرة".

والملاحظ أن قانون الإعلام ربط بين حماية الحياة الخاصة والمس بالشرف والاعتبار بالنسبة للشخص العادي، بينما تكلم عن حماية الحياة الخصوصية للشخصية العامة وعدم التعرض المباشر وغير المباشر لها. وعليه فهي إحالة إلى قانون العقوبات من جهة بالنسبة للمتعرض للشخص العادي على أساس جرائم التعدي على الشرف والسمعة، والابتعاد عن حال الشخصية العمومية من جهة ثانية.

والسؤال هنا ما معيار التفرقة بين الحياة الخاصة والحياة العامة؟ وما الفارق بين الشخصية الخاصة والشخصية العمومية؟ و ألا يتعارض مبدأ الخصوصية مع مبدأ الحق في المعرفة وتداول المعلومات؟ إن الموازنة بين حق المعرفة وتداول المعلومات والحق في الخصوصية يرتبط بمعايير طورها أساسا القضاء الأمريكي والأوروبي

وأهمها²⁶: - معيار الشخص العام - معيار التعرض للخصوصية - معيار مخالفة مدونات السلوك وموائق الشرف والمهنية.

- معيار الشخص العام: يتوجب التمييز بين الشخصية العامة والفرد العادي فيما يتعلق بمدى الحماية التي يتوجب منحها للخصوصية. حيث أحيانا قد تكون مصلحة عامة تبرر الكشف عن معلومات خاصة بالنسبة للشخصيات العامة مثل أصحاب رؤوس الأموال، والمسؤولين الرسميين، أو غير الرسميين، حين يكون نشر المعلومات يهم الشأن العام.

- معيار مقدار التعرض للخصوصية: معيار يأخذ به القضاء وذلك لتقرير القيد على حرية التعبير، فإذا كان التعبير أو الكلام يتعلق بنشر معلومات خاصة تم الوصول إليها من خلال علاقات شخصية أو قرابة أو صداقة، فذلك يعتبر خرقا لمبدأ الخصوصية لا يجوز قانونا، حيث لا يجوز مراقبة الأشخاص إلا في إطار القانون وإجراءاته والأمر القضائي، على اعتبار الموازنة بين الحياة الخاصة وتداول المعلومات. حيث لا يجوز رقابة الحياة الخاصة للمواطن في منازلهم أو حتى في الأماكن العامة أو نشر معلومات عن العائلة، إلا إذا كان هناك مبرر قانوني مرتبط بالصالح العام.

- معيار مخالفة مدونات السلوك وموائق الشرف والمهنية: الحق في التعبير لا يشمل نشر معلومات كاذبة بسوء نية أو دون بذل الجهد المعقول للتحقق من صحتها قبل نشرها، كما لا يشمل نشر معلومات بقصد الربح المادي والتجاري. فحسن النية والدفع بصحة المعلومات لا تسمح لصاحبها بالتعدي عن الخصوصية، إنما الدفع الوحيد المقبول هو تعلق المعلومات بالشخصيات العامة المرتبطة بالصالح العام، وحق المجتمع في المعرفة وتداول المعلومات التي تهمه.

وعليه حسب المعايير السالفة الذكر نجد قانون الإعلام الجزائري الجديد قد جانب الصواب ولم يحدد بدقة مسألة الخصوصية لدى الشخصيات العامة، حيث القراءة المباشرة لنص المادة 93 تجرم الاقتراب منها من خلال لفظي المباشر وغير المباشر. لأن الفقه²⁷ مجمع على أن

خصوصيات الأفراد العاديين متى كانت مرتبطة بالصالح العام فلا مانع من تناولها وبالقدر اللازم، فما بالك بالشخصيات العامة.

وهو ما لم يشر إليه قانون الإعلام في نص المادة سابقة الذكر، حيث جاء المنع من التعرض للحياة الخاصة على إطلاقه دون تمييز بين ما إذا كان مرتبطا فقط بالشأن الخاص أو متعلقا كذلك بالشأن العام، والمادة بطبيعتها الحال تمنع الصحفي أصالة في هذا الأمر.

والناظر لقانون العقوبات الجزائري يجده يسير في إطار التقييد وذلك ضمن نص المادة 303 مكرر²⁸ و303 مكرر⁰¹ حيث تعاقب بنفس العقوبات للمادة السابقة للأشخاص الذين يحتفظون ويضعون أو يسمحون بأن توضع في متناول الجمهور أو الغير، الوثائق أو التسجيلات أو الصور، وعندما يرتكب الفعل من الصحافة تطبق الأحكام ذات الصلة لتحديد المسؤوليات.

وخير مثال على تعارض الخصوصية مع الحق في تداول المعلومات وحق معرفة الجمهور للمعلومات فضيحة وبتريغيت الأمريكية.

الفرع الثاني

حق المعرفة وتداول المعلومات ونظام الاستثناءات

الناظر لنص المادة (02) والمادة (84) من قانون الإعلام الجديد 12-05 يجده يتكلم عن ضوابط وقيود لممارسة النشاط الإعلامي من قبل الصحفي، حيث أشارت المادة 02 إلى ضرورة احترام معايير متعددة من قبله أهمها: القانون بمفهومه الواسع - الدستور والقانون والتنظيم - والأديان والهوية الوطنية وثقافة المجتمع وسيادة الوطن ووحدته، والطابع التعددي للآراء والأفكار والكرامة الإنسانية والحريات الفردية والجماعية. واحترام متطلبات أمن الدولة والدفاع الوطني والنظام العام والمصالح الاقتصادية للبلاد وسرية التحقيق القضائي والتزامات الخدمة العمومية.

وبحسب المادة 84 يقيد حق الصحفي في الحصول على المعلومات عندما يتعلق الخبر بسر الدفاع الوطني وأمن الدولة والسيادة الوطنية وبسر

البحث والتحقيق القضائي والأسرار الاقتصادية الاستراتيجية، وعندما يتعلق الخبر بالسياسة الخارجية والمصالح الاقتصادية للبلاد.

وما هو معلوم أنه لا يمكن الحديث عن إفصاح مطلق وكلي للمعلومات والمعارف في ظل أحكام القانون الدولي والقوانين الداخلية، وهو الموجد في المادتين سالفتي الذكر، لكن السؤال المطروح ما مدى التقييد الذي يكرسه النظام القانوني الجزائري لحرية المعرفة وتداول المعلومات مقارنة بغيره أثره على الخدمة العمومية؟

إن نظام الاستثناءات من أصعب القضايا التي تواجه قانون حرية الحصول على المعلومات، في حالات عديدة، فالقوانين الفاعلة والتي تتيح حرية تداول المعلومات كثيرا ما يتم تقويضها من قبل نظام واسع أو مفتوح من هذه الاستثناءات. ومن الجانب الثاني من المهم أن تأخذ القوانين بالاعتبار كافة المصالح السرية المشروعة، وإلا فسيصبح مطلوبا من الجهات العامة قانونيا الكشف عن المعلومات رغم أن مثل هذا الكشف قد ينجم عنه أضرار غير مضمونة²⁹.

والفرضية التي تؤيد المكاشفة تعني أن المسؤولية يجب أن تقع على عاتق الجهة العامة التي تسعى إلى منع الحصول على معلومات معينة لتبين أنه يمكن منعها قانونيا.

والسؤال المطروح هنا ما هي المعلومات التي يمكن استثناؤها وعدم طرحها للتداول للأفراد عموما؟
إن مبادئ المادة³⁰19 تحدد اختبارا من ثلاثة أجزاء للاستثناءات كما يلي:

اختبار الثلاثة أجزاء:

- يجب أن تتعلق المعلومات القابلة لعدم التداول بهدف ومصصلحة مشروعة ينص عليها القانون.
- يجب أن يهدد الكشف عن المعلومات المستثناة بإحداث ضرر كبير بذلك الهدف.
- يجب أن يكون الضرر أكبر من المصلحة العامة في الحصول على المعلومات.

فالجاء الأول من هذا الاختبار يعني: أن يتضمن القانون والتشريع الخاص بالحصول على المعلومات قائمة كاملة بكافة الأهداف والمصالح التي قد تبرر منع المعلومات وتداولها.

لكن تحديد ما هي الأهداف المشروعة والمصالح هو موضوع غير متفق عليه. لذلك من المهم وضع قائمة بذلك بصورة واضحة، أي يجب أن توضع الاستثناءات على الأقل بصورة واضحة وضيقة، والمشروع الجزائري في قانون الإعلام الجديد أخذ بالتقييد في مسائل معينة وهي: أسرار الدفاع الوطني وأمن الدولة والسيادة الوطنية وبسر البحث والتحقيق القضائي والأسرار الاقتصادية الاستراتيجية، وعندما يتعلق الخبر بالسياسة الخارجية والمصالح الاقتصادية للبلاد كذلك، بالإضافة إلى عدم التعرض لخصوصية الأفراد والشخصيات العامة.

لكن ما يشير إليه القانون الجزائري يبقى في إطار المصطلحات الفضفاضة والغامضة والواسعة، يحتاج إلى مزيد من التدقيق والتفصيل والتوضيح، فعلى سبيل المثال رفض توضيح معلومات تخص أجور العاملين في القطاع العسكري أو نفقات وحسابات الإطعام لا يشكل من المصالح المشروع منع التصريح بها، لذلك يجب أن يشكل هذا الكشف ضررا خطيرا لهذه المصالح. وهذا يمثل الجزء الثاني من الاختبار المذكور آنفا. أن يهدد الكشف بإحداث ضرر كبير بذلك الهدف.

فالجاء الثاني من الاختبار يسمح فقط بمنع تداول المعلومات عندما يتسبب الكشف عنها بتعريض هدف مشروع لضرر كبير.

أما الاختبار الثالث فيتمثل في اختبار الضرر، أي أن حالة المنع تكون متى كان ضرر الإفصاح عن المعلومات أكبر من ضرر المنع والسرية فيها. والتشريع الجزائري كغيره من التشريعات لم يتضمن هذا الاختبار، ولو أننا قد نقول بأنه لا يكون نظريا إنما يكون عمليا حيث مقارنة الأضرار الناتجة عن الإفصاح والمنع للمعلومات تخرج عن سلطة الجهة المالكة للمعلومات والتملكية، حيث يمكن هنا اللجوء إلى جهة ثالثة كحكم ولتكن السلطة القضائية يطعن أمامها في قرار المنع والحجب للمعلومات كضمانة

لحق المعرفة وتداول المعلومات، ويكون للقاضي سلطة تقدير وتكييف الأضرار الناتجة عن ذلك بين الطرفين³¹.
وعليه فمسألة الاستثناءات في التشريع الجزائري تحتاج لشيء من التوضيح، على أساس منطقية بعضها ومنها الحفاظ على أمن البلاد مثلا، وإجحاف البعض الآخر، خاصة وأن التوجه العام يسير في فلك تكريس خدمة عمومية نوعية وإدارة راشدة. وذلك يكون من خلال توسيع دائرة المتاح وتضييق دائرة الممنوع والمستثنى، تبعا لقاعدة الأصل في الأشياء الإباحة.

خاتمة

من خلال هذه الدراسة المركزة لهذا الموضوع يتضح أن حق المعرفة وتداول المعلومات من أهم حقوق الإنسان وهو ليس بالحق الحديث، مع أن الاهتمام به على مستوى التشريعات الوطنية زاد بشكل ملفت في الفترة المعاصرة، وهو ما أشارت إليها بعض الإحصاءات.

والمنظومة القانونية الجزائرية مازالت لم تقرر بوجود تشريع مستقل لحق المعرفة وتداول المعلومات، مع أن حرية الرأي والتعبير مكفولة دستوريا في مختلف الدساتير، لذلك نقترح ما يلي:

- وضع الأساس القانوني لحق المعرفة والحصول على المعلومات من خلال دسترة هذا الحق في الدستور الجزائري، وطرح مشروع قانون للحصول على المعلومات، تأكيدا وتضمينا لمطابقة التشريع المحلي للسرعة الدولية والمواثيق المختلفة. حيث يمكن الاستفادة من التجارب الدولية في هذا المجال.

- توفير الحماية القانونية اللازمة للصحفيين ووسائل الإعلام للقيام بواجباتهم في بيئة آمنة.

- توفير إمكانية المراجعة الإدارية والقضائية للإجراءات والأحكام والقرارات المتعلقة بحق الحصول على المعلومات وحق المعرفة، مع إمكانية التمكين من المطالبة بالتعويض.

- ضمان الحق في الحصول على المعلومات واعتبار العلنية هي الأصل في أعمال السلطات المختلفة، واعتبار السرية الاستثناء، مع توفير إمكانية المراجعة القضائية الفعالة لقرارات حجب المعلومات.

- توضيح المصطلحات الغامضة والفضفاضة في معانيها لرفع اللبس، وتحديد الاستثناءات بدقة أكثر.

- الالتزام الإيجابي من الجهات العامة والرسمية الكشف بشكل استباقي عن المعلومات، والاعتراف بالحد الأقصى للإفصاح، دعما للشفافية والوضوح وتكريسا لخدمة عمومية نوعية.

- وضع فضاء إلكتروني يهتم بمجال المعلومات تحسينا للخدمة العمومية وعصرنتها.

الهوامش:

- ¹ - أنظر ابن منظور، لسان العرب، باب الحاء ج 13، ص 940.
- ² - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج 1، ط 02، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998، ص 09.
- ³ - محمد عبد اللطيف محفوظ، عصر المعلومات وموقف النظام الإعلامي المصري من مفهوم حق المعرفة، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الآداب جامعة الإسكندرية، سنة 1998، ص 117 نقلا عن: قدرى عبد المجيد، الإعلام وحقوق الإنسان قضايا فكرية ودراسة تحليلية وميدانية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية مصر، 2008 ص 225.
- ⁴ - أحمد سيف الإسلام وكريم خليل، تأصيل الحق في المعرفة كسلاح للدفاع عن حرية الرأي والتعبير، مجلة الدراسات الإعلامية، ع 96، سبتمبر ص 27 نقلا عن: قدرى عبد المجيد، المرجع نفسه، ص 225.
- ⁵ - القانون رقم 47 لسنة 2007 المتعلق بقانون ضمان حق الحصول على المعلومات، الصادر بتاريخ: 2007/06/17 في الجريدة الرسمية الأردنية.
- ⁶ - تعد السويد الدولة الأولى في العالم التي تبنت قانونا يعطي المواطنين الحق في الحصول على المعلومات المودعة لدى الهيئات الحكومية بعد تبنيها قانون حرية الصحافة عام 1776. أنظر: توني مندل، حرية المعلومات مسح قانوني مقارن، دراسة منشورة من قبل منظمة التربية والعلوم والثقافة التابعة للأمم المتحدة، سنة 2003.
- ⁷ - أنظر توني مندل، المرجع نفسه، ص 71.
- ⁸ - المرجع نفسه، ص 80.
- ⁹ - مصطفى الناير المنزول، الحماية القانونية للحقوق الفنية والأدبية في السودان دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، فيفري 2007، ع 09، ص 20.

10 - تلخص مهمة هذا المقرر في توضيح المحتوى الحقيقي لحرية الرأي والتعبير المنصوص عليها في المواثيق الدولية حيث أكد أن حرية تداول المعلومات حق أساسي من حقوق الإنسان ولا يتجزأ عن حرية الرأي والتعبير في كل التقارير السنوية الصادرة عنه.

11 - بدأ العمل به في ديسمبر 2000.

12 - الميثاق العربي لحقوق الإنسان العربي المعتمد في جامعة الدول العربية في قمة تونس بتاريخ 23 ماي 2004.

13 - يعد الدستور المغربي السباق عربيا في إقرار حق المعرفة وتداول المعلومات وذلك في الفصل 27 منه والقائل: "للمواطنين وللمواطنين حق الحصول على المعلومات، الموجودة في حوزة الإدارة العامة، والمؤسسات المتخبة، والهيئات المكلفة بمهام المرفق العام.

لا يمكن تقييد الحق في المعلومة الا بمقتضى القانون، بهدف حماية كل ما يتعلق بالدفاع الوطني وحماية أمن الدولة الداخلي والخارجي، والحياة الخاصة للأفراد، وكذا الوقاية من المس بالحريات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في هذا الدستور، وحماية مصادر المعلومات والمجالات التي يحددها القانون بدقة".

14 - أحمد حمدي، نظرات في قوانين الإعلام الجزائرية، مقال في الموقع الإلكتروني:

www.ahmedhamdi.net

15 - مارينا عادل وآخرين، آليات إتاحة المعلومات دراسة مقارنة، مركز دعم لتقنية المعلومات، مصر، 2013، ص 5، 6.

16 - المرجع نفسه، ص 7.

17 - القانون رقم 47 لسنة 2007 المتعلق بقانون ضمان حق الحصول على المعلومات، الصادر بتاريخ: 2007/06/17 في الجريدة الرسمية الأردنية.

18 - مشروع القانون رقم: 13 - 31 متعلق بالحصول على المعلومات.

19 - حيث تعد دولة السويد الرائدة في هذا المجال في إصدار أول قانون لحق المعرفة وتداول المعلومات سنة 1766، ثم تبعتها باقي الدول منها الوم أ 1967، أستراليا، كندا، نيوزيلندا سنة 1982، جنوب إفريقيا سنة 2000 الهند، 2002 اليابان 1999، باكستان 2002، تايلاند 1997، إسرائيل 1998، الأردن 2007، اليمن 2012،....

20 - أنظر المرسوم رقم 41 سنة 2011 المؤرخ في 26 ماي 2011 يتعلق بالنفاذ إلى الوثائق الإدارية للهيكل العمومية.

21 - حسب المادة 03 من القانون الأردني لضمان حق الحصول على المعلومات ينشأ مجلس يسمى " مجلس المعلومات " من مهامه تزويد طالبي المعلومات بما يريدونه بحسب القانون.

22 - ومثال ذلك نموذج جنوب إفريقيا حيث نجحت في فترة قصيرة في الانتقال من زمرة الدول النامية إلى مصاف الدول المتقدمة من خلال إتباع خطوات عملية ملموسة في الشفافية والوضوح ومكافحة الفساد، حيث كان من العوامل المساعدة اعتماد وتطبيق قانون إتاحة المعلومات مما ساعد في وجود ثقة المجتمع الدولي حيث أصدرت قانونها في مارس عام 2001 ، حيث بالإضافة إلى النشر التلقائي للمعلومات من قبل الجهاز الحكومي، يوجد على مستوى كل دائرة وزارية مسؤول معلومات يلجأ إليه في طلب المعلومات من قبل أي شخص في الغالب . أنظر مارينا عادل وآخرون، آليات إتاحة المعلومات دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 51 وما بعدها.

23 - أنظر المادة 04، و06 من القانون 2007/47 الأردني.

في البرازيل ينص القانون على أنه يمكن للشخص الاستئناف خلال 10 أيام من رفض إعطاء المعلومة أمام النائب العام.

وفي رومانيا ينص القانون على إمكانية الطعن أمام المحكمة الإدارية في حالة رفض تقديم المعلومات خلال مدة 30 يوما من تاريخ الرفض، وقرار المحكمة قد يدفع الهيئة العامة بالتعويض المادي أو المعنوي للمتضرر ويجوز الطعن في قرار المحكمة.

وفي المكسيك يمكن الاستئناف خلال 15 يوما حالة:

- رفض طلب المعلومات أو عدم وجود أو الوثيقة المطلوبة.

- عدم تقديم معلومات شخصية.

- عدم قبول طالب المعلومات الوقت أو التكلفة أو تسليم المعلومات.

- تسليم معلومات غير مكتملة.

وفي سلوفينيا اللجنة المسؤولة عن الوصول للمعلومات هي التي تبت في التظلم ضد حجب المعلومات بحسب إجراءات قانون الإجراءات الإدارية.

وفي اليمن في حال رفض طلب المعلومات، يجوز للشخص أن يطعن لدى المحكمة المختصة للنظر في القرار والحكم فيه خلال مدة لا تتجاوز 30 يوما، ويعتبر القرار الأول للمحكمة نهائي

- وقابل للتنفيذ خلال 7 أيام. أنظر: مارينا عال، المرجع السابق، ص 21 وما بعدها. أنظر: توني مندل، المرجع السابق.
- ²⁴ - تنص المادة 120 من قانون الإعلام الجزائري القانون العضوي رقم: 12-05 على: " يعاقب بغرامة من مائة ألف دينار جزائري (100000 دج) إلى مائتي ألف (200000 دج) كل من نشر أو بث بإحدى وسائل الإعلام المنصوص عليها في هذا القانون العضوي، فحوى مناقشات الجهات القضائية التي تصدر الحكم، إذا كانت جلساتها سرية".
- ²⁵ - كريم عاطف، الخصوصية الرقمية بين الانتهاك والغياب التشريعي، مركز دعم لتقنية المعلومات، القاهرة، ص 02.
- ²⁶ - محمد فوزي الخضر، القضاء و الإعلام حرية التعبير بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة، مدى المركز الفلسطيني للتنمية والحريات الإعلامية، فلسطين، 2012، ص 59 وما بعدها.
- ²⁷ - محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم الخاص، ص 681.
- ²⁸ - " يعاقب بالحبس من ستة 06 أشهر إلى ثلاث 03 سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج، كل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص، بأية تقنية كانت وذلك:
- بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية، بغير إذن صاحبها أو رضاه.
 - بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص، بغير إذن صاحبها أو رضاه.
- يعاقب على الشروع.... بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة التامة...".
- ²⁹ - توني مندل، حرية المعلومات مسح قانوني مقارن، دراسة منشورة من قبل منظمة التربية والعلوم والثقافة التابعة للأمم المتحدة، سنة 2003، ص 50 وما بعدها.
- ³⁰
- ³¹ - وهذا ما تأخذ به بعض التشريعات في مسألة استئناف المنع والحجب.

University of El-oued Publications Laboratory of Doctrinal and Judicial Studies

Journal of Doctrinal and Judicial Studies

**Refereed academic biannual
issued by the Laboratory of Doctrinal and Judicial Studies**

N° . 2, Vol. 2 – Sha'ban 1437 – June 2016

ISSN 2477-9806

Honorary President of the journal

Pr. Omar FERHATI

Director of Journal

Pr. Abou Baker LACHEHAB

Editor in chief:

Dr. Abdelkader HOUBA

Deputy Chief Editor

Dr. Hayat ABID

Editorial Board:

Pr. Ibrahim RAHMANI

Pr. Mohammed Rachid BOUGHZALA

Dr. Abdelkrim BOUGHZALA

Dr. Khaled TOUATI

Dr. Amina SOLTANI

Dr. Abdelkader MIHAOUAT

Advisory Board

A- Members of the Advisory Board of national universities

Prof. Abou Bakr LECHEHAB (University of Eloued)
Prof. Ibrahim RAHMANI (University of Eloued)
Prof. Lakhdar ELAKHDARI (University of Oran)
Prof. Slimane ouled KHSAL (University of Medea)
Prof. Saleh BOUBCHICHE (University of Batna)
Prof. Saleh HEMLILE (University of Adrar)
Prof. Abdrazzak ZOUINA (University of Algiers 1)
Prof. Abdelkader BEN HARZALLAH (University of Batna)
Prof. Abdelkader BEN AZOUZE (University of Algiers 1)
Prof. Azzedine KIHHEL (University of Biskra)
Prof. Ammar Boudiaf (University of Tebessa)
Prof. Farida MEZIANI (University of Batna)
Prof. Mabrouk GHODHBAN (University of Batna)
Prof. Mohammed Nasser BOUGHZALA (University of

Algiers)

Prof. Mohammed SNINI (University of Blida)
Prof. Mguelati SAHRAOUI (University of Batna)

B- Members of the Advisory Board of the outside homeland: □

Prof. Hassan Abdelghani ABOU RAGHDA (King Saoud University - Saudi Arabia)

Prof. Saleh Khaled ALCHOUKAIRATE (al jounf university - Saudi Arabia)

Prof. Abdelhak HEMMICH (hamad bin khalifa university – Qatar)

Prof. EZEDDINE BEN ZGHIBA (College of Islamic and Arabic Studies, Dubai)

Prof. Mohammed ben Mohammed RAFIA (sidi mohamed ben abdellah university - Fes - Kingdom of Morocco)

Prof. Mohammed Ahmed Hassan ELKODHATE (Jordanian University)

Prof. Mohammed Ali SMIRAN (al-al bayt university jordan)

Prof. Youcef Ibrahim YUCEF (al azhar university)

All correspondence should be addressed to:

**Editor in chief of Journal of Doctrinal and Judicial Studies –
University of El-oued.**

**PO Box 789 El-oued 39000 Algeria Phone - Fax: 032 223 004
Ju-ju-st@univ-eloued.dz**

TABLE OF CONTENTS

Journal of Doctrinal and Judicial Studies

N°. 2, Vol. 2 – Sha'ban 1437 – June 2016

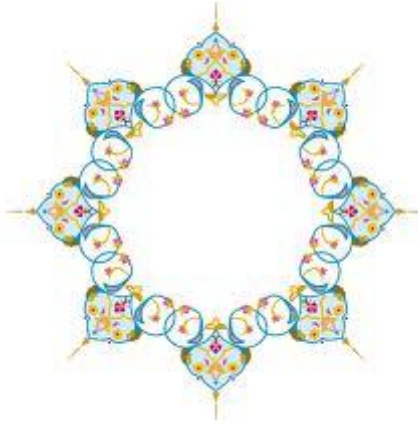
<p>▣ Editorial: Editor in chief Principles of the nation: Islam and Arabic language - the constitutional and legal framework Dr. Abdelkader HOUBA</p>	11
<p>▣ Unlawful conduct in the inheritance: contemporary Sufi society as a model Dr. Abdelkader MIHAOUAT</p>	15
<p>▣ Tahkik El-manat of banking securitization structured in light of the purposes of Sharia Bouka BEDADI</p>	57
<p>▣ The impact of the objective tendency of the Islamic Fiqh on the Algerian civil law Hamza BEN KHADDA</p>	57
<p>▣ The Provisions of the engagement and the effects reversible between legal concept and jurisprudence Dr. Farouk KHELEF</p>	37
<p>▣ The position of international criminal Law of the crime of bribery and control international Dr. Nabeel MADALLH ALOBAIDI, Dr. Mufed NAEF TURKE</p>	75
<p>▣ The role of economic control authorities in the granting of license for processes of economic groupings Saadia GUENNI</p>	127
<p>▣ The Right of knowledge and the circulation of information in the Algerian legislation between protection and restriction Salah DJEBER</p>	143

Rules of Publication

- Research should not be published or has been submitted for publication in another journal.
- Research should not be part of thesis or part of book previously published.
- Research should be within the purview of the journal (Fiqh, the judiciary and Sharia law and science) and is characterized by novelty and addition.
- Number of research pages should be in the range of fifteen to thirty pages.
- Commitment to fundamental basics of scientific research and its general rules taking care to accurate scientific documentation of research materials.
- Research should be written with "traditional Arabic" font. and should be to use the font size 16 for the board, and 12 for the footnote according to word version. Footnotes referred to in serial numbers in another search pages, with the full data sources and references certified.
- The researcher should enclose an abstract of his research in a hundred words in both Arabic and English Languages.
- Research should be sent via e-mail journal, or it is sent in a magnetic-CD with two copies on paper through the postal address of the journal.
- The researcher must send a signed request to publish his research, and he undertakes that his research is not part of thesis; a book published or sent for publication in another journal.
- The researcher has to send a Resume (c.v) of himself including scientific rank, function, full address, postal mail and phone number.
- Researches are displayed on preliminary examination committee to look at whether they satisfy Rules of Publication, and then it is forwarded confidentially to specialized expertise.
- The journal sends a promise of publishing once the positive reports is received. The journal also sends

apology for the publication if the reports are not positive without resending researches to their owners or explaining the reasons to refrain from publishing.

- Each researcher is granted three copies of the published issue which contains his research.
- The journal reserves all publishing rights. It shall not be published in another journal before obtaining an official permission of the journal.
- Researcher has no right to request not to publish his research that it has been accepted for publication.
- Opinions expressed in this journal are solely those of their authors and do not reflect those of the journal.
- Arrangement of published researches is done according to technical considerations.



ENGLISH ABSTRACTS OF ARTICLES

Unlawful conduct in the inheritance: contemporary Sufi community as a model

Dr. Abdelkader MIHAOUAT*

ABSTRACT:

Muslims have to adhere to the teachings of Sharia in general and especially the inheritance matters, whereas, most of its provisions have been interested in The Koran itself. However, there are contemporary Muslims who dare to infringe the rules of Sharia in this field through different actions and motives. Therefore this research aims to monitor these unlawful conducts in a particular community which is the Sufi community.

Key words: unlawful conduct, inheritance, legacy, Sufi community

* Islamic Science Institute - University of El-oued - Algeria.

Tahkik El-manat of banking securitization structured in light of the purposes of Sharia

Bouka BEDADI*

Abstract:

The article subject lies in the observance of the purposes of the law in the economic field and the work of Islamic banking, and that in view of the importance of this activity is to meet the physical and financial needs, it became necessary to identify the most important financial means to deal with the Islamic banking institutions, and then displayed on the balance Sharia and guidance purposes.

This research paper deals for the subject of banking securitization structured as foremost among the tools that you know the financial arena of Islamic banking focus of this article, so as to indicate the truth and wisdom.

Key words: Tahkik El-manat - banking securitization structured - the purposes of Sharia.

* Researcher at the third stage - supervision of Prof.: Abu Baker LECHEHEB - Islamic Science Institute - University of El-oued, Algeria.

**The impact of the objective tendency of the Islamic Fiqh
on the Algerian civil law
- Contractual obligation as a model -**

Hamza Ben KHEDDA *

ABSTRACT:

Despite the impact of the Latin French law in civil law Algerian, legislature Algerian Tried to get rid of this dependency by adopting positions substantive provisions derived from Islamic jurisprudence in contractual obligation . Because the position of the most important theories of this kind of commitments is a logical consequence of determining the nature of the obligation between the French subjective theory saturated sanctification of personal contractual Association, and the German objective theory

Key words: Islamic Fiqh - civil law - objective tendency - contractual obligation.

* Faculty of Law and Political Sciences - University of Bechar - Algeria.

**The Provisions of the engagement and the effects
reversible
Between legal concept and jurisprudence**

Farouk KHELEF*

ABSTRACT:

Engagement is considered a prelude to marriage; it has a very great importance, where it is considered a family's commitment to another family, especially from the moral and ethical point of view. Refraining from engagement can be one or both parties. In this case, there may be significant damage, especially if the engagement period lasted for a long time, or accompanied by many visits between the suitor and his fiancée.

Key words: engagement – reversible - legal concept – jurisprudence.

* Faculty of Law and Political Sciences - University of El-oued – Algeria.

The position of international criminal Law of the crime of bribery and control international

Dr. Nabeel MADALLH ALOBAIDI*
Dr. MUFED NAEF TURKE **

ABSTRACT

The bribery scourge of social prevalent among the owners of public office and even between private enterprise users, said that the scourge of corruption is no longer just a local phenomenon, but a global phenomenon that all political systems experiencing, it is a negative impact on human development and economic progress efforts, and this is what necessitated the need for international cooperation to confront it and put strategies are constantly updated to ensure that the face of the problems caused by all contemporary forms of corruption. The concept is requested or taken or promised to accept the gift or issued by a public official or the like for us to act or omission or breach of the duties of his job .

Keywords: The crime of bribery, the briber, the bribed, international cooperation, international crime

* Faculty of Law and Political Sciences - University of El-anbar.

** Faculty of Law and Political Sciences - University of El-anbar.

**The role of economic control authorities in the granting of license for processes of economic groupings -"
Analytical study between the Algerian and French law"**

Saadia GUENNI *

ABSTRACT:

The economic grouping may deviate from its course, and this is because of the breach of the rules of the competition through the use of methods and means of unfair competition affecting the principle of free competition. As a result, the assembly operations became subject to competition laws by imposing censorship on, by creating tuning authorities whose mission is to control both preventive earlier or later. Granting of licenses is considered one of the means of censorship, so that no economic institution can integrate into an economic aggregation only after obtaining a license by economic control authorities. The competition council was established by Algerian legislature under the provisions of competition laws. It also created other sectorial bodies under independent legal texts.

Keywords: economic control authority – license - economic groupings - competition - competition law.

* Faculty of Law and Political Sciences - University of El-oued – Algeria.

The Right of knowledge and the circulation of information in the Algerian legislation between protection and restriction

Salah DJEBER *

ABSTRACT:

The right of knowledge and circulation of information is the other face of opinion's freedom. Whereas, the people's right to express their opinions and ideas freely is one of the direct meanings of freedom of opinion, which implicitly contains the right of the recipient of ideas and information in order to obtain them without hindrance and restrictions.

The importance of idea of the right of knowledge and circulation of information stand out in that they are considered one of the most important mechanisms to promote and support the exercise of other rights of different types, such as economic and social rights and human rights in general. This is a key factor for creating an overall environment that respects rights, both at the individual level or the collective level.

This research addresses the legal controls of the right of knowledge and circulation of information in the Algerian legislation through the legislative basis of this right, especially in the Constitution and the new media law, in addition to the provisions of international law.

Key words: the right to know - the right to information - free circulation of information - freedom of opinion.

* Faculty of Law and Political Sciences - University of El-oued – Algeria.

