

# مجلة العلوم القانونية

دورية نصف سنوية متخصصة محكمة دولية

يصدرها معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي بالوادى - الجزائر

ISSN2170-0435

## في هذا العدد:

- ♦ التوثيق الكتابي ودوره في حماية الحقوق والالتزامات الآجلة - دراسة فقهية مقارنة - بقلم: د. إبراهيم رحمانى (المركز الجامعي بالوادى)
- ♦ التشريع الأوروبي إزاء الهجرة السرية المغاربية: آليات الردع والتحفيز. بقلم: د. ماهر عبد الملا (المعهد العالي للإعلامية والملتيميديا - قابس - تونس)
- ♦ حقوق المرأة بين الإسلام والاتفاقيات الدولية والقانون الأردني بقلم: د. غازي صباريني (جامعة فيلادلفيا - الأردن)
- ♦ حرية ممارسة الشعائر الدينية زمن النزاعات المسلحة - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني - بقلم: أ. وفاء دريدي (المركز الجامعي بخنشلة) و أ. وسيلة مرزوقي (جامعة سطيف)
- ♦ التمثيل النسبي والأداء البرلماني. بقلم: أ. دلال لوشن و أ. نادية خلفة (جامعة باتنة)
- ♦ الطبيعة القانونية لعلاقة الموظف العام بالإدارة. بقلم: د. فاروق خلف (المركز الجامعي بالوادى)
- ♦ أثر الحكومة الإلكترونية على أساليب إبرام العقد الإداري - دراسة تحليلية مقارنة - بقلم: أ. رحيمة نمديلي (جامعة سطيف)
- ♦ الحماية الجنائية لمواقع التجارة الإلكترونية عبر الانترنت. بقلم: أ. مريم خليفي (جامعة بشار)



منشورات المركز الجامعي بالواحد

# مجلة العلوم القانونية

مجلة دورية نصف سنوية متخصصة محكمة دولية  
يصدرها معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي بالواحد - الجزائر

العدد الثاني - السنة الثانية : صفر 1432 هـ / يناير 2011 م

ISSN 2170-0435

الرئيس الشرفي :  
أ. د. الطاهر سعد الله

مدير المجلة :  
أ. محمد الصالح خراز

مدير التحرير :  
د. إبراهيم رحمانى

رئيس التحرير :  
أ. عبد القادر حوبه

أعضاء هيئة التحرير :  
أ. د. أبو بكر لشهب  
أ. د. عبد الرزاق زوينة  
د. علي قريشي  
د. بدر الدين شبل  
د. فاروق خلف  
أ. أمينة سلطاني

## من أعضاء الهيئة العلمية الاستشارية

- أ.د. أبو بكر لشهب (جامعة الوادي)  
أ.د. أحمد عبد الرحمن اللحوم (جامعة الكويت)  
أ.د. الكوني علي اعبودة (جامعة الفاتح - ليبيا)  
أ.د. جمال عبد الناصر مانع (جامعة عنابة)  
أ.د. جون بيار كوربان (فرنسا)  
أ.د. حسين الدوري (العراق)  
أ.د. شفيق السامرائي (جامعة لاهاي . هولندا)  
أ.د. شفيق سعيد (تونس)  
أ.د. عبد الرزاق زوينة (جامعة الجزائر)  
أ.د. علي محي الدين علي القره داغي (جامعة قطر)  
أ.د. عمار بوضياف (جامعة تبسة)  
أ.د. عمر سعد الله (جامعة الجزائر)  
أ.د. فريدة مزياي (جامعة باتنة)  
أ.د. فوزي أوصديق (جامعة قطر)  
أ.د. مازن ليلو راضي (جامعة دهوك - العراق)  
أ.د. ميروك غضبان (جامعة باتنة)  
أ.د. محمد الصغير بعلي (جامعة عنابة)  
أ.د. محمد الفالي (جامعة القاضي عياض - المغرب)  
أ.د. محمد الناصر بوغزالته (جامعة الجزائر)  
أ.د. محمد مروان (جامعة وهران)  
أ.د. محمد ناصر الواد (تونس)  
أ.د. محمد يوسف الزعبي (جامعة البحرين)  
أ.د. نادية فوضيل (جامعة الجزائر)  
أ.د. وهبي محمد مختار (السودان)  
أ.د. بلس شاولش بشير (جامعة وهران)

- تتعاون المجلة مع أكثر من مائة محكم متخصص من داخل وخارج الوطن من لهم درجة الأستاذية في التعليم العالي.

توجه جميع المراسلات باسم السيد:

رئيس تحرير مجلة العلوم القانونية - المركز الجامعي بالوادي

معهد العلوم القانونية والإدارية بحي النور - ص. ب. 789 الوادي 39000 الجزائر

هاتف - فاكس : 032 21 72 15

- البريد الإلكتروني: rev.sci.juri@gmail.com

- الموقع الإلكتروني: www.facdrot39.com

# قائمة المحتويات

مجلة العلوم القانونية : العدد الثاني - السنة الثانية - صفر 1432 هـ / يناير 2011 م

الموضوع	رقم الصفحة
افتتاحية العدد:	
بقلم رئيس التحرير الأستاذ عبد القادر حوبه	07
التوثيق الكتابي ودوره في حماية الحقوق والالتزامات الأجلة - دراسة فقهية مقارنة - بقلم : د. إبراهيم رحمانى ( المركز الجامعي بالوادي )	09
التشريع الأوروبي إزاء الهجرة السرية المغاربية : آليات الردع والتحفيز. بقلم : د. ماهر عبد الملا (المعهد العالي للإعلامية والملتيميديا - قابس - تونس)	51
الطبيعة القانونية لعلاقة الموظف العام بالإدارة. بقلم د. فاروق خلف ( المركز الجامعي بالوادي )	83
حقوق المرأة بين الإسلام والاتفاقيات الدولية والقانون الأردني. بقلم د. غازي صباريني ( جامعة فيلادلفيا - الأردن )	101
التمثيل النسبي والأداء البرلماني. بقلم : أ. دلال لوشن وأ. نادية خلصت (جامعة باتنة)	129
حرية ممارسة الشعائر الدينية زمن النزاعات المسلحة - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني - بقلم : أ. وفاء دريدي (المركز الجامعي بخنشلة) و.أ. وسيلمة مرزوقي (جامعة سطيف)	151
الحماية الجنائية لمواقع التجارة الإلكترونية عبر الانترنت. بقلم أ. مريم خليفي (جامعة بشار)	169
أثر الحكومة الإلكترونية على أساليب إبرام العقد الإداري - دراسة تحليلية مقارنة - بقلم أ. رحيمتة نمديلي (جامعة سطيف)	189

## قواعد النشر في المجلة

- أن لا يكون البحث منشورا أو مقديما للنشر في مجلة أخرى.
- أن لا يكون البحث مستلا من رسالته جامعية أو من كتاب سبق نشره.
- أن يكون البحث في نطاق اختصاص المجلة ( العلوم القانونية ) وأن يتسم بالجدة والإضافة.
- يشترط في البحوث ذات الصبغة النقدية التزام الموضوعية وتجنب العبارات الجارحة .
- أن يتراوح عدد صفحات البحوث من خمسة عشر صفحة إلى ثلاثين صفحة من الحجم A4.
- أن يلتزم الباحث بمعايير البحث العلمي وقواعده مع مراعاة التصحيح الدقيق للبحث.
- أن يرقن بحثه بخط "تراديسونال أرابيك" صفحات A4 ، وأن يستعمل حجم الخط 16 بالنسبة للمتن، و12 بالنسبة للحاشية وفق صبغة وورد ، وأن تكون العواشي والإحالات آخر البحث وفق ترقيم تسلسلي مع ذكر البيانات الكاملة للمصادر والمراجع المعتمدة.
- يرفق البحث بملخص في حدود مائة كلمة. مع ترجمته إلى إحدى اللغتين الفرنسية أو الإنجليزية .
- يرسل البحث عبر بريد المجلة الإلكتروني ، أو يرسل في قرص مغلط CD مع نسختين ورقيتين عبر العنوان البريدي للمجلة.
- يرفق الباحث خطاباً موقعاً منه يطلب فيه نشر بحثه، متضمنا تصريحا بكون بحثه ليس جزءا من رسالته 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.
- تُعرض 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 الإيجابية. كما ترسل اعتذارا عن النشر إذا كانت التقارير غير إيجابية دون الالتزام بإعادة إرسال الأبحاث إلى أصحابها أو بيان مبررات الامتناع عن النشر.
- يُعطى 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.



تطرح على الصعيد القانوني في الآونة الأخيرة مسألة مهمة في مجال النظام العقابي وحقوق الإنسان، ألا وهي مسألة إلغاء عقوبة الإعدام من النظم العقابية. فما مدى صحة هذا الرأي، وما مدى اعتبار ذلك من حقوق الإنسان؟

يرى البعض أن المجتمع ليس من حقه سلب حياة الفرد، لأنه ليس هو الذي منح الحق في الحياة، كما أن عقوبة الإعدام عقوبة قاسية وبشعة تؤدي إلى إلحاق الأذى بالأفراد والشعور العام. ويرى هؤلاء أن هذه العقوبة لا تحقق الهدف الذي تسعى الدولة إلى تحقيقه من وراء توقيعها على الشخص الجاني، وأهمها مسألة إصلاح المحكوم عليه وتأهيله. ويرى أنصار هذا الاتجاه أنه قد يظهر لاحقاً أن عقوبة الإعدام الموقعة على الشخص الجاني هي عقوبة ما كانت لتنفذ نظراً لبراءة من نفذت فيه.

وقد أثر هذا الاتجاه في نظرة المجتمع الدولي بكل عناصره، من دول ومنظمات دولية وجمعيات المجتمع المدني والمنظمات الحقوقية... الخ. كل ذلك أدى إلى ظهور اتجاه قوي يدعو إلى إلغاء عقوبة الإعدام، واعتبار ذلك يتنافى مع حقوق الإنسان. وقد استجابت بعض الدول الغربية لهذا الاتجاه، كفرنسا وإيطاليا وألمانيا...

إن هذا الإشكال يطرح من جديد مسألة عولمة حقوق الإنسان، فإذا كانت الكثير من المفاهيم الإنسانية قد دخلت في الإطار العرفي المتفق

عليه في جميع النظم القانونية، فإن هناك من المفاهيم ما لا يمكن أن يدخل في إطار ما يسمى بعولمة حقوق الإنسان، لأن ذلك يصطدم بعقبات حضارية مرتبطة بالفلسفات والأديان والتقاليد والنظم الاجتماعية لمختلف الدول.

وإذا ألقينا نظرة في النظم الاجتماعية والعقابية في الدول الإسلامية، لاحظنا أن عقوبة الإعدام هي حق من حقوق الإنسان والمجتمع، وأن من يعتبرها تتنافى مع حقوق الإنسان قد أخطأ خطأً فادحاً، ذلك أن إلغاء هذه العقوبة معناه مراعاة المصلحة الشخصية وإهدار مصلحة الجماعة، وهذا يؤدي إلى فقدان الأمن والاستقرار. كما أن الشخص الجاني الذي يرتكب جريمة موجبة للإعدام يكون قد خرج عن الحدود الإنسانية والحياة السوية، ويكون قد اعتدى بذلك على حرمان المجتمع الأساسية، وهنا تكون عقوبة الإعدام هي العقوبة الصحيحة لمثل هذه الجريمة، وهذا ما قرره الشريعة الإسلامية. وفي المقابل، تجدر الإشارة إلى أن أية عقوبة بديلة يمكن أن تقررها نظم قانونية أخرى لن تحقق الهدف المطلوب منها.

من خلال كل ذلك، يمكن القول أن إلغاء عقوبة الإعدام هو تصرف مناف لحقوق الإنسان والمجتمع، وأن الدعوة إلى ذلك تصطدم - على الأقل في شريعتنا الإسلامية - بالأسس التي يركز عليها التشريع العقابي الإسلامي.

رئيس التحرير  
الأستاذ عبد القادر حويه

## التوثيق الكتابي ودوره في حماية الحقوق والالتزامات الآجلة - دراسة فقهية مقارنة -

بقلم

د / إبراهيم رحمانى

معهد العلوم القانونية والإدارية - المركز الجامعي بالوادي



ملخص

لا يمكن أن يستغني الناس عن التعامل بال عقود الآجلة، خاصة مع التوسع الهائل الذي شهده التعامل التجاري، وتنوع صيغ تبادل المنافع. وحيثما كان الأجل، يسود التخوف من مستقبل الأيام، وما يمكن أن تحدثه من تغيرات قد يكون لها التأثير البالغ على استيفاء الحقوق. وبناء عليه كان التوثيق الكتابي من أهم الصيغ المقترحة لتوفير قدر من الضمان والأمان بين المتعاملين.

وفي هذه الورقة بيان لمفهوم التوثيق الكتابي وتفصيل لحكمه فيما يتعلق بالحقوق والالتزامات الآجلة. ثم التطرق لأهم الصور المعاصرة للتوثيق الكتابي، مع الموازنة بين النظريين الفقهي والقانوني في اعتماد التوثيق الكتابي للحقوق والالتزامات الآجلة. وفي الأخير بيان دور التوثيق الكتابي في حماية الحقوق والالتزامات الآجلة.

**Résumé :**

Les gens ne peuvent se dispenser de traiter les contrats à terme, en particulier avec l'expansion énorme dans les échanges commerciaux, et la diversité des formules de l'échange des avantages. Quand il s'agit de certaines échéances, il ya la crainte de les prochains jours qui peuvent se produire des changements pouvant avoir une influence sur la réalisation des droits. En conséquence, la documentation écrite est l'un des formules



les plus importantes proposées pour fournir une mesure de garantie entre les opérateurs.

Nous abordons dans cet article la notion de la documentation écrite et sa relation avec les droits et les obligation à terme. Puis nous abordons les types les plus importants de la documentation écrite contemporaine, en équilibrant entre la théorie du droit islamique et celle de droit positif dans l'adoption de la documentation écrite des droits et des obligations à terme. Enfin, on va étudier le rôle de la documentation écrite dans la protection des droits et les obligations à terme.

### مقدمة

تحرص الشرائع السماوية والقوانين الوضعية على تنظيم تبادل المنافع بين الناس ودعم مختلف صور كسب المال بالطرق المشروعة، وتولي الشريعة الإسلامية اهتماماً كبيراً بصيانة الأموال؛ فحفظ المال أحد الضروريات التي تبنى عليها مقاصد التشريع؛ فإن الله تعالى قرن الاعتداء على المال بالاعتداء على النفس في قوله: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [سورة النساء: 29]، ورسول الله ﷺ يعتبر المقتول دفاعاً عن أمواله شهيداً؛ فقد جاء في حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ»<sup>(1)</sup>.

ولقد تعامل الناس بالعقود الآجلة منذ القدم إلى أن غدا في بعض المجتمعات ضرورة من ضرورات الحياة؛ وهذا الانتشار الواسع للمعاملات الآجلة صاحبته صور كثيرة لتضييع الأموال، ونكران الجميل، وجحود المعروف، ومماثلة في إيفاء الحقوق؛ إلى درجة أن كثيراً من الناس سدوا على أنفسهم أبواب هذا النوع من التعامل وعلى رأسه ما كان قائماً على أساس البر والإحسان والقرض بالمعروف؛ بذريعة فساد الذمم، وعدم وجود ضمانات تحفظ لصاحب الحق حقه! ونتج عن هذا الوضع توسع كبير لصالح المعاملات الربوية، فكانت ضماناتها تحوي قدراً كبيراً من الإجحاف والتعسف.

كما أن عجز المدنيين أو امتناعهم عن سداد الديون أدى إلى توتر في العلاقات الاجتماعية بين الأطراف ذات الصلة بالدين؛ ومن ثم كثرت

الخصومات والنزاعات في ساحات القضاء، كما لجأ بعضهم إلى السفر، أو التخفي عن الأنظار خوف المطالبة بالدين أو المتابعة القضائية، كما ظهرت حالات كثيرة لإدعاء الإفلاس، وما ينجم عنه من إجراءات الحجر على ما بقي من الأموال والممتلكات.

إن أسئلة كثيرة تقفز إلى أذهاننا، ونحن نرصد وضع الديون ومستقبلها من خلال الإنتاج الفقهي، ومن خلال الواقع العملي، ومن أبرز هذه الأسئلة:

. ماذا يقدم الفقه الإسلامي لمواجهة صور الظلم المتبادل، تارة من جهة المدين الذي قد تغلبه نفسه، أو الظروف المحيطة به؛ فيضيق أموال من مد له يد العون، أو يماطل في سدادها، وأخرى من جهة الدائن الحريص على سلامة ممتلكاته، فقد يتعسف في بعض الضمانات أو في المطالبة؟

ولعل أهم وسيلة لتوثيق الحقوق قديما وحديثا هي الكتابة لعدة اعتبارات فنية وتشريعية. والتي اخترناها نموذجا لبيان دورها في حماية الحقوق والالتزامات الآجلة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وقد اعتمدنا في إعداد هذه الصفحات على المنهج المقارن أساسا في البحث سواء داخل المذاهب الفقهية المختلفة أو مع القانون الوضعي. إضافة إلى الاستعانة بالمنهج الوصفي التحليلي وكذا التاريخي في تتبع بعض الجزئيات.

وقد رأينا أن نقسم البحث إلى العناصر التالية:

أولاً: مفهوم التوثيق الكتابي.

ثانياً: حكم التوثيق الكتابي للحقوق والالتزامات الآجلة.

ثالثاً: أهم الصور المعاصرة للتوثيق الكتابي.

رابعاً: موازنة بين النظريين الفقهي والقانوني في اعتماد التوثيق الكتابي للحقوق والالتزامات الآجلة.

خامساً: دور التوثيق الكتابي في حماية الحقوق والالتزامات الآجلة.

### أولاً : مفهوم التوثيق الكتابي

1 - تعريف التوثيق: يطلق التوثيق في اللغة على الإحكام والشد، نقول: وثقتُ الشيء توثيقاً فهو موثّق، بمعنى أحكمته<sup>(2)</sup>.

قال ابن فارس (ت395هـ): «الواو والثاء والقاف كلمة تدل على عقدٍ وإحكامٍ»<sup>(3)</sup>. ومن هنا أُطلق على العهد تسمية: ميثاق، وموثق؛ نظراً لما يتضمنه من الثبوت والإحكام. نقول: واثق الرجل أخاه أي: عاهده، وفي هذا المعنى نجد قول الله تعالى: ﴿وَأذْكُرُوا اللَّهَ عَالِمِ الْإِنْسَانِ الْأُولَىٰ وَمِمَّا تَدْعُونَ لِيَوْمَ تَأْتُوا بَأْسَ اللَّهِ فَالْمِثَاقُ الْمَذْكُورُ فِي الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ يَعْنِي: العهد، والمواثقة هي المعاهدة<sup>(4)</sup>، ويقال - أيضاً -: وثق فلان بفلان بمعنى ائتمنه<sup>(5)</sup>.

أما في الاصطلاح فيطلق التوثيق على مجموع الوسائل المؤدية إلى استيفاء الحق - عند تعذره - من المدين، أو إثباته في ذمته في حالة الإنكار<sup>(6)</sup>.

وعلى هذا فعلم التوثيق عبارة عن علم يُبحث فيه عن كيفية إثبات العقود والتصرفات وغيرها على وجه يصح الاحتجاج والتمسك به، والوثيقة هي الورقة التي يُدَوَّنُ فيها ما يصدَّرُ عن شخص أو أكثر من العقود أو التصرفات أو الالتزامات أو الإسقاطات<sup>(7)</sup>.

2 - تعريف الكتابة: تطلق الكتابة في اللغة على معانٍ عدّة، منها<sup>(8)</sup>: الفرض، القضاء، الجعل، الأمر، والجمع. ولعل أشهر استعمال يطلق على النظم بالخط، وهو تصوير اللفظ بحروف هجائه، ومنه قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَعْتُمْ بَدِينِ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُوبُوهُ...﴾ [البقرة: 282].

وعليه فإن معنى الكتابة في الاصطلاح: الخط الذي يعتمد عليه في توثيق الحقوق وما يتعلق بها، لإمكانية الرجوع إليه عند الإثبات. أو هي: الخط الذي يوثق الحقوق بالطريقة المعتادة التي تمكن من الرجوع إليها عند الحاجة<sup>(9)</sup>.

ونظراً لشيوع استعمال «الكتابة» في المصطلح الفقهي في المصنفات القديمة بمعنى المكاتب، والتي تعني تحرير وثيقة العتق للعبد المملوك؛ فقد أضفنا كلمة «التوثيق» لنخلص إلى المعنى المقصود دون أدنى اشتباه.

قال في «المصباح المنير»<sup>(10)</sup>: «وقول الفقهاء (باب الكتابة) فيه تسامح؛ لأن (الكتابة) اسم للمكتوب، وقيل (للمكاتب) كتابة تسمية باسم المكتوب مجازاً واتساعاً؛ لأنه يُكتب في الغالب للعبد على مولاه كتاب بالعتق عند أداء النجوم، ثم كثر الاستعمال حتى قال الفقهاء للمكاتب كتابة وإن لم يُكتب شيء...».

وعلى هذا، فالتوثيق بالكتابة للحقوق يعني: التسجيل الحرفي للحقوق في صحيفة بهدف الحفاظ عليه من الضياع نتيجة للوجود أو النسيان<sup>(11)</sup>.

هذا، وإن الفقهاء المسلمين استعملوا عدّة ألفاظ لمعنى الكتابة، ومنها: الصِّكُّ، الحُجَّةُ، المُحَضَّرُ، السِّجْلُ، والوثيقةُ.

. الصِّكُّ: الكتاب الذي يتضمّن الإقرار الكتابي بوقوع العقد أو التصرف الانفرادي<sup>(12)</sup>.

. الحجة: الكتابة التي تبين الواقعة، وتتضمن علامة القاضي في أعلاها، وخط الشاهدين في أسفلها، وتُعطى للخصم<sup>(13)</sup>.

. المحضر: الكتاب الذي يتضمن الوقائع وكلام الخصوم وحججهم<sup>(14)</sup>، وسمي بذلك لما فيه من حضور الخصمين والشهود<sup>(15)</sup>.

. السِّجْلُ: ذهب الحنفية<sup>(16)</sup> إلى أن السجل هو نفسه المحضر الذي يتضمن الوقائع، وكلام الخصوم وحججهم والجواب عنها، وحكم القاضي بها على وجه يرفع الخلاف<sup>(17)</sup>. في حين يرى الشافعية<sup>(18)</sup> أن السجل هو الكتاب الذي يتضمن حكم القاضي<sup>(19)</sup>.

. الوثيقة : هي الحجّة والمحضر والسجل، وقد خصّها الفقيه الحنفي ابن عابدين (ت 1252 هـ)<sup>(20)</sup> بما كتب في الواقعة وبقي عند القاضي، وليس عليها خطّه، والحجّة ما عليه علامة القاضي أعلاه، وخطّ الشاهد أسفله، وأعطى للخصم<sup>(21)</sup>.

### ثانيا : حكم التوثيق الكتابي للحقوق والالتزامات الآجلة

لقد حث الله تعالى المؤمنين على كتابة الديون؛ حيث خصّ سبحانه هذه المعاملة كنموذج بأطول آية قرآنية، قال عنها أبو بكر بن العربي (ت 543 هـ): «هي آية عظمى في الأحكام، مبيّنة جُملاً من الحلال والحرام، وهي أصل في مسائل البيوع وكثير من الفروع»<sup>(22)</sup>. ومع ذلك فإنّ كلمة الفقهاء لم تكن متفقة بشأن الحكم المستفاد من الآية الكريمة فيما يتعلق بكتابة الديون وتوثيقها؛ فقد اختلفوا بشأنها وتوزعوا إلى أقوال ثلاثة كما يلي:

القول الأول: يرى عدد من الفقهاء أن توثيق الديون بالكتابة واجب. وممن ذهب إلى هذا الرأي: الظاهرية<sup>(23)</sup>، واختاره<sup>(24)</sup> الطبري (ت 310 هـ)، وهو مروى عن عدد من الأئمة منهم<sup>(25)</sup>: جابر بن زيد (ت 93 هـ)، وسعيد بن جبير (ت 95 هـ)، وإبراهيم النخعي (ت 95 هـ)، والضحاك بن مزاحم (ت 105 هـ)، وعطاء بن أبي رباح (ت 115 هـ)، وعبد الملك بن جريج (ت 150 هـ).

القول الثاني: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>(26)</sup>، والمالكية<sup>(27)</sup>، والشافعية<sup>(28)</sup>، والحنابلة<sup>(29)</sup> إلى أن كتابة الديون مستحبة مرغوب فيها وليست واجبة.

القول الثالث: اختار بعض الفقهاء القول بإباحة كتابة الديون، على أساس أنها كانت واجبة بقوله: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ...﴾ ثم نسخ الوجوب بقوله: ﴿... فَإِن أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ...﴾ فعاد الحكم إلى أصله وهو الإباحة.


وممن يروى عنهم القول بهذا المذهب: أبو سعيد الخدري (ت 74 هـ)<sup>(30)</sup>، وعامر الشعبي (ت 103 هـ)<sup>(31)</sup>، والحسن البصري (ت 110 هـ)<sup>(32)</sup>.

- الأدلة :

(أ) أدلة القول الأول :

استدل القائلون بوجوب كتابة الديون بقول الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَمْتُمْ بِذَيْنِ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ...﴾ [البقرة: 282].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله تعالى أمر بكتابة الدين أمراً مؤكداً لا يحتمل التأويل، فلا يجوز صرف الأمر عن ظاهره دون قرينة<sup>(33)</sup>.

قالوا : ومما يؤيد دلالة هذا الأمر على الوجوب اهتمام الآية ببيان من له حق الإملاء، وصفة الكاتب، وحثه على الاستجابة إذا طلب منه ذلك، والحث على كتابة القليل والكثير، ثم التعبير عن عدم وجوب الكتابة في المبادلات الناجزة بنفي الجناح في قوله: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا...﴾  فإنه يشعر بلوم من ترك الكتابة عند تعامله بالدين. كما تتابعت الأوامر في الآية وتأكدت حتى في حال السفه والضعف والعجز، فقد أمر وَلِيٌّ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ مِنْ هَؤُلَاءِ بِأَنْ يَمْلَىٰ عَنْهُ لِلكَاتِبِ، ولم يعفهم من الكتابة، ومثل هذا التأكيد لا يكون في غير الواجب، ويؤيده التعليل بكون ذلك أقسط عند الله تعالى.

قال ابن جرير الطبري (ت310هـ): «والصواب من القول في ذلك عندنا أن الله عز وجل أمر المتداينين إلى أجل مسمى باكتتاب كتب الدين بينهم، وأمر الكاتب أن يكتب ذلك بينهم بالعدل، وأمر الله فرض لازم إلا أن تقوم حجة بأنه إرشاد وندب، ولا دلالة تدل على أن أمره جل ثناؤه باكتتاب الكتب في ذلك وأن تقدمه إلى الكاتب أن لا يأبى كتابة ذلك ندب وإرشاد؛ فذلك فرض عليهم، ولا يسعهم تضييعه، ومن ضيعه منهم كان حرجاً بتضييعه»<sup>(34)</sup>.

وقال ابن حزم الظاهري (ت456هـ): «... فهذه أوامر مغلظة مؤكدة لا تحتمل تأويلاً، أمر بالكتاب في المدائنة إلى أجل مسمى وبالإشهاد في ذلك في التجارة المدارة...». وأضاف قائلاً: «... ثم أكد تعالى أشد تأكيد ونهانا أن

نسأم كتاب ما أمرنا بكتابه صغيراً كان أو كبيراً، وأخبر تعالى أن ذلك أفسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى من أن نرتاب، وأسقط الجناح في ترك الكتاب خاصة دون الإشهاد في التجارة المدارة، ولم يسقط الجناح في ترك الكتاب فيما كان دَيْناً إلى أجل مسمى...»<sup>(35)</sup>.

(ب) أدلّة القول الثاني :

استند الجمهور في القول باستحباب كتابة الديون وعدم وجوبها إلى أدلة من الكتاب والسنة والمعقول.

أولاً - من الكتاب:

. قال الله تعالى: ﴿ يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ... ﴾ [ البقرة: 282 ].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن المولى عزّ وجل وجه أمره للمؤمنين لكتابة الديون والإشهاد عليها، وأخذ الرهن بها، والأمر يدل على الوجوب إذا لم يوجد ما يصرفه إلى الندب، ولقد تأكد وجود عدة قرائن كلها تفيد صرف الأمر الوارد في الآية الكريمة من الوجوب إلى الندب. وهي:

1 - إن الله تعالى أمر بالكتابة والإشهاد، ثم بأخذ الرهن إذا لم يوجد الكاتب بدلاً من الإشهاد، ثم أباح ترك الرهن وقال: ﴿... فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ... ﴾ [ البقرة: 283 ].

وبناء عليه؛ فإنه لما تقرّر جواز ترك الرهن الذي هو بدل من الشهادة والكتابة، جاز تركهما. وهذا يدل على أن الأمر السابق يفيد الندب لا الوجوب<sup>(36)</sup>.

قال الشافعي(ت204هـ): «... أمروا بالكتاب والرهن احتياطاً لمالك الحق بالوثيقة، والمملوك عليه بأن لا ينسى ويذكر، لا أنه فرض عليهم أن يكتبوا، أو يأخذوا رهناً؛ لقول الله عز وجل: ﴿... فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ... ﴾»<sup>(37)</sup>.

2 . قال الله تعالى: ﴿ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَخْتَبِطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَٰئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴾ [البقرة: 275]. فالآية الكريمة أباحت البيع على الإطلاق<sup>(38)</sup>، ولم تتضمن أمراً بالتوثيق؛ مما يدل على عدم وجوبه<sup>(39)</sup>. ولا يخفى أن أحد العوضين في عقد البيع قد يكون مؤجلاً ذيناً ثابتاً في الذمة.

3 . إن لصاحب الدين أن يتنازل عنه ويسقطه عن المدين؛ فله بالأولى أن يترك توثيقه بالكتابة، ولو كانت الكتابة واجبة لما أمكنه ذلك<sup>(40)</sup>.  
ثانياً - من السنة :

جاءت في السنة المطهرة نصوص نبوية كثيرة تفيد أن النبي ﷺ لم يوثق بالكتابة في معاملاته المالية؛ مما يدغم القرائن التي تصرف الأمر الوارد في آية المدينة ﴿فَأَكْتَبُوهُ﴾ عن الوجوب إلى الندب؛ إذ لو كان التوثيق الكتابي واجبا لما تركه ﷺ. ومن تلك الأحاديث :

1 . حديث طارق بن عبد الله المحاربي ؓ قال: «أقبلنا في ركب من الرُّبْدَةِ<sup>(41)</sup> حتى نزلنا قريباً من المدينة ومعنا ظعينة<sup>(42)</sup> لنا، فبينما نحن قعوداً إذ أتانا رجلٌ عليه ثوبان أبيضان فسلم فرددنا عليه، فقال: من أين أقبل القوم؟ فقلنا: من الرُّبْدَةِ وجنوب الرُّبْدَةِ. قال: ومعنا جملٌ أحمرٌ؛ فقال: تبعوني جملكم، قلنا: نعم. قال: بكم؟ قلنا: بكذا وكذا صاعاً من تمر، قال: فما استوضعنا شيئاً وقال: قد أخذته، ثم أخذ برأس الجمل حتى دخل المدينة فتوارى عتاً، فتلاومنا بيننا وقلنا: أعطيتم جملكم من لا تعرفونه، فقالت الضعيفة: لا تلاوموا فقد رأيت وجه رجل ما كان ليحقركم، ما رأيت وجه رجل أشبه بالقمر ليلة البدر من وجهه. فلما كان العشاء أتانا رجل فقال:



السلام عليكم أنا رسول رسول الله ﷺ إليكم، وإنه أمركم أن تأكلوا من هذا حتى تشبعوا، وتكثروا حتى تستوفوا، قال: فأكلنا حتى شبعنا واكتلنا حتى استوفينا»<sup>(43)</sup>.

وقد دلّ هذا الحديث على أن النبي ﷺ اشترى ولم يكتب، ولو كانت الكتابة واجبة لما تركها ﷺ؛ فلما ثبت تركه لها مع وجود الأمر القرآني بها، دلّ ذلك على أن الأمر للندب لا الوجوب<sup>(44)</sup>.

2 - حديث عمارة بن خزيمة أن عمه حدثه، وهو من أصحاب النبي ﷺ أن النبي ﷺ ابتاع فرساً من أعرابي فاستتبعه النبي ﷺ ليقضيه ثمن فرسه، فأسرع رسول الله ﷺ المشي وأبطأ الأعرابي فطَفِقَ<sup>(45)</sup> رجالٌ يعترضون الأعرابي فيساومونه بالفرس ولا يشعرون أن النبي ﷺ ابتاعه، فنادى الأعرابي رسول الله ﷺ فقال: إِنْ كُنْتُ مُبْتَاعاً هَذَا الْفَرَسِ وَإِلَّا بَعْتُهُ، فقال النبي ﷺ حين سمع نداء الأعرابي: أَوْ لَيْسَ قَدْ ابْتَعْتَهُ مِنْكَ؟ فقال الأعرابي: لا، والله ما بعته، فقال النبي ﷺ: بل قَدْ ابْتَعْتَهُ مِنْكَ فَطَفِقَ الأعرابي يقول: هَلَمْ شَهِدْتُ، فقال خزيمة بن ثابت: أَنَا أَشْهَدُ أَنَّكَ قَدْ بَايَعْتَهُ، فأقبل النبي ﷺ على خزيمة فقال: بِمِ تَشْهَدُ؟ فقال: بتصديقك يا رسول الله، فجعل رسول الله ﷺ شهادة خزيمة بشهادة رجلين<sup>(46)</sup>.

ودلّ هذا الحديث - أيضا - من خلال ترك النبي ﷺ كتابة البيع مع وجود الأمر القرآني بها على أن الأمر الوارد في الآية يفيد الندب لا الوجوب<sup>(47)</sup>.

ثالثا - من المعقول :

إن القول بوجوب كتابة الديون فيه من الحرج والمشقة والتشديد الذي لا يتفق وروح الشريعة التي قامت على اليسر ورفع الحرج ومراعاة التسهيل على الناس<sup>(48)</sup>. قال الله تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ... ﴾ [الحج:78].

(ج) أدلة القول الثالث :

استند القائلون بإباحة كتابة الديون بقول الله تعالى: ﴿... فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ...﴾<sup>(49)</sup> اعتماداً على القول بالنسخ؛ فقد روي أن أبا سعيد الخُدريّ رضي الله عنه قرأ الآية: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِيَدَيْنِ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُوبُوهُ... فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ...﴾<sup>(49)</sup> فقال: «هذه نَسَحَتْ ما قبلها»<sup>(49)</sup>.

وعلى هذا فإنه متى حصل الائتمان بين المتعاملين فإنه يقتضي الوفاء بالالتزام وعدم الخيانة، وعليه فالأمر بالكتابة والإشهاد وأخذ الرهن كل ذلك منسوخ بقوله تعالى: ﴿... فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ...﴾<sup>(49)</sup>.

وبناء عليه فالمسألة تبقى على الإباحة الأصلية، ويظل التوثيق الكتابي وغيره من باب المباح الذي يرجع إلى حرية المتعاقدين<sup>(50)</sup>.

• مناقشة الأدلة والترجيح :

أولاً : مناقشة أدلة القول الأول :

نوقش تمسك أصحاب القول الأول بإفادة الأمر الوارد في الآية الكريمة ﴿فَاكْتُوبُوهُ﴾<sup>(51)</sup> للوجوب وهو الأصل، بأن الأمر يفيد الوجوب فعلاً إذا لم يصرف عنه بدليل آخر، وقد وجدت القرينة التي تقتضي صرف الأمر السابق من الوجوب إلى الندب، وهي توفر الائتمان من خلال قول الله سبحانه: ﴿... فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ...﴾<sup>(51)</sup>.

ولقد أوضح الكيا الهراسي (ت504هـ) هذا الأمر فقال: «... الأمر بالإشهاد ندب لا واجب، والذي يزيده وضوحاً أنه قال: ﴿... فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا...﴾<sup>(51)</sup>»،

ومعلوم أن هذا الأمن لا يقع إلا بحسب الظن والتوهم، لا على وجه الحقيقة، وذلك يدل على أن الشهادة إنما أمر بها لطمأينة قلبه لا لحق الشرع، فإنها لو كانت لحق الشرع ما قال: ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا... ﴾<sup>(52)</sup>، ولا ثقة بأمن العباد، الاعتماد على ما يراه الشرع مصلحة؛ فالشهادة متى شرعت في النكاح، لم تسقط بتراضيهما وأمن بعضهم بعضا، فدل ذلك أن الشهادة شرعت للطمأينة، وأن الله تعالى جعل لتوثيق الديون طرقاً؛ منها الكتاب، ومنها الرهن، ومنها الإشهاد، ولا خلاف بين علماء الأمصار أن الرهن مشروع بطريق النذب لا بطريق الوجوب، فيعلم من ذلك مثله في الإشهاد»<sup>(52)</sup>.

ثانيا : مناقشة أدلة القول الثاني :

وجه القائلون بوجوب التوثيق الكتابي للديون عدة انتقادات واعتراضات لما احتج به القائلون بالنذب. ويمكن عرض تلك الانتقادات فيما يلي:

1- إن الأمر الوارد في آية المداينة ﴿ فَأَكْتُبُوهُ ﴾<sup>ع</sup> يفيد الوجوب قطعاً. أما قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ... ﴾<sup>(53)</sup>، فإنه أمرٌ مردودٌ على ما يتصل به من الرهن، ولا يجوز أن يُحمل على وجوب الأمر بالكتابة والإشهاد<sup>(53)</sup>.

كما أنه يمكن القول بأن قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ... ﴾<sup>(54)</sup> محمول على حال الضرورة، كالأوقات التي لا يوجد فيها كاتب ولا شهود، فإذا احتاج امرؤ إلى اقتراض من أخيه في مثل هذه الحال، فإن الله تعالى لا يحرم عليه قضاء حاجته، وسدّ خلته إذا هو أئتمنه<sup>(54)</sup>.

2- إن الاستناد إلى حديث عمارة بن خزيمة لا يقوى على إثبات ما ذهبوا إليه من عدة وجوه:

أ- الخبر المروي لا يصح؛ لأنه راجع إلى عمارة بن خزيمة وهو مجهول<sup>(55)</sup>.

ب . لو فرضنا أن الخبر صحيح، فلا حُجَّة فيه على ما مطلوبهم؛ ذلك أن الخبر ليس فيه ما يدلُّ على أن الأمر تأخر مقدار مدَّة يُمكن فيها التوثيق ولم يوثق ﷺ؛ وإنما الوارد في الخبر أن رسول الله ﷺ ابتاع الفرس من الرجل ثم استتبعه ليوفيه الثمن، فأسرع ﷺ وأبطأ الأعرابي . ومعلوم أن البيع لا يتم إلا بالتفرق بالأبدان؛ ففارقه النبي ﷺ ليتّم البيع وإلا فلم يكن ليتّم بعد، وإنما يجب التوثيق بعد تمام البيع وصحته لا قبل ذلك<sup>(56)</sup>.

ج . لو فرضنا . أيضا . أن الخبر صحيح، وأن النبي ﷺ ترك التوثيق مع القدرة عليه، فليس في الخبر ما يدلُّ على أن ذلك كان بعد نزول آية المدائنة الأمرة بالكتابة . وعليه فإن وجوب التوثيق ثابت بنزول الآية لا قبل نزولها<sup>(57)</sup>.

3 . إن حديث طارق المحاربي، وغيره من الآثار المروية عن رسول الله ﷺ، والمتضمنة أنه تعامل بالبيع دون ذكر التوثيق، كلها لا تفيد أن الرسول ﷺ في تعامله لم يوثق ولا أنه وثق . وإنما نجد في تلك الروايات وغيرها إغفال لذكر الثمن، فهل يلزم منه جواز البيع بغير ذكر الثمن نظرا لأنه مسكوت عنه مثلما تمّ السكوت عن التوثيق 1؟، «وليس ترك ذكر جميع الأحكام في كثير من الأخبار بمسقط لها...»<sup>(58)</sup>.

ثم إن كان السكوت عن ذكر التوثيق في تلك الأخبار يدلُّ على سقوط وجوبه؛ فهو يدلُّ أيضا على سقوط اختياره، لأنه ﷺ لا يترك الأفضل في جميع أعماله للأدنى<sup>(59)</sup>.

4 . أما استدلالهم من المعقول بأن في إيجاب كتابة الدّين ضيقاً ومشقةً وحرَجاً، فالظاهر أن الضيق والحرَج في بادئ الرأي هو عين اليسر والسعة والسهولة في حقيقة الأمر؛ ذلك أن التعامل غير الموثق ترتب عليه مفسد كثيرة، منها ما يكون عن قصد إن كان أحد المتدائنين ضعيف الأمانة فيدعي بعد طول الزمن خلاف الواقع، ومنها ما يكون عن خطأ ونسيان، فإذا ارتاب المتعاملان واختلفا، ولم يكن بينهما ما يمكن الرجوع إليه في إزالة الريبة

ورفع الخلاف من وثيقة أو شهادة ونحو ذلك؛ فإن كلا من المتعاملين يسيء الظن بالآخر، ولا يرجع عن اعتقاده إلى قول خصمه، وربما بالغ في الخصومة والعداء مما يثير بينهما أشد المنازعات والشرور، وما يترتب على ذلك من العسر والحرَج الشديد، وقد يؤدي إلى ارتكاب محرمات كثيرة<sup>(60)</sup>.

ثم إن المولى عز وجل أراد من الأمة قطع أسباب النزاع والفوضى، فأوجب عليهم التوثق في الحالات التي قد تترتب عنها مشاحنة؛ لئلا يتساهلوا ابتداءً ثم يفضوا إلى المنازعة في العاقبة. كما أن في القول بالوجوب نفيًا للحرَج الذي يطلب من مدينه كتابة الدين، حتى لا يعتبر المدين هذا الطلب مُشعرِ بسوء الظن به<sup>(61)</sup>.

#### ثالثا : مناقشة أدلة القول الثالث :

اعترض أصحاب القول الأول والثاني على ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث من القول بالإباحة في كتابة الديون استناداً إلى القول بالنسخ في آية المدائنة: ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ... ﴾<sup>(62)</sup>؛ ذلك أن القول بالنسخ المذكور غير مسلم به من وجوه أهمها:

1 - روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه أنه - لما قيل له عن آية الدين أنها منسوخة - قال: «لا والله إن آية الدين مُحَكَّمَةٌ لَيْسَ فِيهَا نَسْخٌ»<sup>(62)</sup>.

2 - إن قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ... ﴾<sup>(62)</sup> لم يتبين تأخر نزولها عن صدر الآية المشتملة على الأمر بالكتابة والإشهاد بل ورداً معاً، ولا يجوز أن يردَّ النَّاسِخُ والمنسوخُ معاً جميعاً في حالةٍ واحدة<sup>(63)</sup>.

3 - إنَّ دعوى النسخ جملة لا يمكن قبولها إلا ببرهان متيقن «لأنَّ كلام الله تعالى إنما وردَ ليؤتمر له ويُطاع بالعمل به لا لتركه، والنسخ يوجب التَّرك، فلا يجوز لأحد أن يقول في شيء أمره الله تعالى به هذا لا تلزمني طاعته إلا

بنص آخر عن الله عز وجل، أو عن رسوله عليه السلام بأنه قد نسخ، وإلا فالقول بذلك لا يجوز»<sup>(64)</sup>.

4 - إن النسخ لا يكون إلا إذا تعذر اجتماع الحكمين، وكان تاريخ النزول معلوماً في الحالين، وآية المدابنة ليست من هذا القبيل، لأن المولى عز وجل إنما أذن في ترك الكتابة عند وجود عذر كأن لم يوجد كاتب أو وسيلة الكتابة؛ فأما مع وجودهما فالفرض إذا كان الدين إلى أجل مسمى ما أمر الله تعالى به من الكتابة والإشهاد<sup>(65)</sup>.

رابعا : الردود على الاعتراضات :

ردّ الجمهور على الاعتراضات التي وجهها القائلون بوجوب التوثيق الكتابي للديون، وبيانها كالآتي:

1 - إن القول بأن الأمر بالكتابة في آية المدابنة يفيد الوجوب، وأن استثناء حالة توفر الائتمان إنما هو مردودٌ على ما يتصل به من الرهن، ولا يُحمل على وجوب الأمر بالكتابة والإشهاد؛ كل ذلك غير مسلم به.

والذي عليه جمهور الفقهاء أن الاستثناء يرجع إلى الجمل المعطوفة ولا يختص بالأخيرة؛ ذلك أن بلاغة القول تقتضي تجنب تكرار الاستثناء عقب كل جملة فيما لو أراد المتحدث إرجاعه إلى الجميع، كما أن الجمل المعطوفة بعضها على بعض هي بمنزلة الجملة الواحدة.<sup>(66)</sup> قال الشافعي (ت204هـ): «... والاستثناء في سياق الكلام على أول الكلام وآخره، في جميع ما يذهب إليه أهل الفقه، إلا أن يفرق بين ذلك خبر...»<sup>(67)</sup>.

2 - كما يظهر لي أن عدم وجاهة الجنوح إلى القول بأن ما ورد في الآية الكريمة: ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ... ﴾<sup>(68)</sup> محمول على حال الضرورة؛ فالنص صريحٌ ﴿ فَإِنْ أَمِنَ ﴾ ولم يرد «فإن اضطررتم»، وفرق كبير بين معنى حصول الائتمان وبين الاضطرار؛ ومن ثمّ فحمل المعنى على

حال الضرورة لا وجه له.

3 - إن القول بأن الحديث غير صحيح لوجود راي مجهول في سنده وهو عمارة بن خزيمة غير مسلم به من عدة وجوه :

(أ) الحديث المذكور صححه الحاكم النيسابوري (ت405هـ)، وقال: « هذا حديث صحيح الإسناد، ورجاله باتفاق الشيخين ثقات ولم يخترجاه»، ووافق الذهبي (ت 748هـ) على هذا التصحيح<sup>(68)</sup>.

(ب) أما القول بأن عمارة بن خزيمة مجهول، فإن كان القصد بالجهالة جهالة النسب؛ فهو عمارة بن خزيمة بن ثابت الأنصاري، أبو عبد الله، ويقال أبو محمد المدني، وكانت وفاته سنة 105 هـ<sup>(69)</sup>.

أما إن قصد بالجهالة التعديل أو الجرح فالأمر - أيضا - غاية في الوضوح؛ فقد قال أحمد بن حنبل (ت241هـ): «عمارة بن خزيمة بن ثابت الأنصاري مشهور»<sup>(70)</sup> وقال العجلي (ت261هـ): «عمارة بن خزيمة بن ثابت مدني تابعي ثقة»<sup>(71)</sup>، وقال عنه النسائي (ت303هـ): «ثقة»<sup>(72)</sup>، وذكره ابن حبان (ت354هـ) في «الثقات»<sup>(73)</sup>، وقال ابن سعد (ت230هـ): «وكان ثقة قليل الحديث»<sup>(74)</sup>، وقال ابن حجر العسقلاني (ت852هـ): «وغفل ابن حزم في المحلى قال إنه مجهول لا يدري من هو»<sup>(75)</sup>.

4 - أما القول بأن التوثيق إنما يكون بعد تمام البيع وثبوت صحته لا قبل ذلك، وأنه لم يتحقق في الحديث. فالجواب عنه بأن الرجوع إلى نص الحديث يظهر بجلاء أن البيع قد تمّ وصحّ بين النبي ﷺ وبين الأعرابي، وانظر قوله ﷺ: «بل قد ابتعته منك»، ومعاذ الله أن يدّعي رسول الله ﷺ شيئا ولم يتم بعد.

ومن جهة أخرى فالتوثيق يكون بعد تمام العقد بغض النظر عن حصول التفرّق من عدمه، ومع ذلك لم يثبت أن رسول الله ﷺ وثّق كما يفهم من الحديث<sup>(76)</sup>.

5 - أما التشكيك في الحديث اعتماداً على عدم معرفة تاريخه، ومن ثم يقع الاحتمال في كونه ورد قبل نزول آية المدائنة، فهو أمر مستبعد، وادعاء لا وجه له؛ ذلك أن معرفة التاريخ ليست شرطاً لصحة القول بحمل الأمر على الندب، وإنما يلجأ إلى التاريخ لصحة القول بالنسخ، وهذا ما لم يُعترض له ولم يدّعه أصحاب المذهب الثاني<sup>(77)</sup>.

6 - أما القول بأن الآثار المروية التي لا ذكر للتوثيق فيها لا تدلّ بأيّ حال على أنّ الرسول ﷺ ترك التوثيق فيمكن الردّ عليه من ناحيتين<sup>(78)</sup>:

الأولى: إن عدم ذكر الراوي للتوثيق في الحديث يدل على عدم حصوله؛ ذلك أنه لو وُجد التوثيق في العقد لكان الراوي قد ذكره من جملة ما رواه من تفاصيل المعاملة، فلما لم يرد ذكره؛ فإنه يدلّ على عدم وقوعه.

الثانية: وإذا تمّ التسليم بأن الروايات الواردة بشأن التعامل بالبيع لا تتضمن تصريحاً بالتوثيق من عدمه، فإنه لا يمكن التسليم بعدم الدلالة على أنّ الرسول ﷺ ترك التوثيق، ذلك أن حديث خزيمة خاصة ورد فيه قول الأعرابي: «هَلَمْ شاهدًا...» فلم يقل الرسول ﷺ الشاهد فلان، وفي هذا ما يدل على أنّ الرسول ﷺ لم يشهد.

7 - أما القول بأن الحرج والمشقة في ترك التوثيق مما يسبب الشكوك والنزاعات، وقد يفضي إلى ارتكاب المحرمات؛ فإن النظر في كثرة التعامل وتشعب صورته وانشغال الناس بمصالحهم وحاجياتهم، وكذا وفرة ما يطلبه الناس ويتعاملون به من أشياء ومقتنيات، كل ذلك يجعل من أعسر العسر كتابة المعاملات أو الإشهاد عليها في كل الأحوال<sup>(79)</sup>؛ فالحياة أصبحت أكثر تعقيداً، والتوثيق والإشهاد المعبر شرعاً وقانوناً أمر مكلف من حيث الجهد والوقت والمقابل المادي.

#### خامساً: الترجيح:

من خلال النظر في مختلف الآراء الفقهية الواردة بشأن حكم كتابة الديون، وإيراد أدلتها، وعرض مناقشتها، والردود على أهم الاعتراضات؛ فإنه



يظهر لنا ترجيح القول باستحباب التوثيق الكتابي للديون كأصل عام، وهو القول الثاني في المسألة ومذهب الجمهور.

والذي دفع إلى ترجيح مذهب الجمهور عدّة أمور منها:

1. قوة أدلة الجمهور في المسألة.

2. الردّ على الاعتراضات الموجهة بما يظهر عدم وجاهتها.

3. ظهور ضعف رأيي المذهبين الأول والثالث من خلال المناقشة وتوجيه عدّة انتقادات جوهرية لما استندوا إليه من أدلة، اجتهدوا من خلال عرضها إثبات قولهم بوجوب الكتابة أو إياحتها.

4. كثرة المعاملات المعاصرة وتشعبها ووفرة متطلبات الحياة وحاجياتها، مما يؤكد استحالة توثيق كل المعاملات المالية الآجلة؛ إذ تعتمد في أغلب أحوالها على الائتمان تيسيراً وتسهيلاً.

5. ورغم توفر أدوات الكتابة، وتضاؤل نسب الأمية، فإنه يتعذر توثيق كل الديون صغیرها وكبيرها؛ ذلك أن للتوثيق المعاصر مصاريفه، كما أن الإشهاد على المعاملات ليس من السهل توفره في كل حين، لأن للناس من المشاغل والأعباء اليومية ما يجعلهم يتخرجون من تحمل ذلك.

ولئن ظهر لنا اختيار القول بالاستحباب راجحاً على غيره كأصل عام؛ فإن هناك ما يدعو للاستثناء والقول بالوجوب في بعض الحالات التي تتطلب ذلك. فإذا كان المال في المعاملة الآجلة واجب الحفظ كالذي للعبد عليه ولاية، وكأموال اليتامي، والأوقاف، والوكلاء، والأمناء، فإنه لا يتم حفظ المال إلا بالتوثيق الكتابي، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب<sup>(80)</sup>.

وعلى هذا فإن كان للمال في المدائنة حق لولاية عامة أو خاصة، أو لیتيم، أو لوقف، أو لموكل، أو وديعة؛ فإن القول بوجوب التوثيق الكتابي في

مثل هذه المواضع أحفظ للحق، وأدعى للوقاية من الضياع والنسيان، وأسلم في حالة ترزوع الثقة وحدوث الخلاف والتنازع.

ويؤيد ذلك ما ورد من نصوص قرآنية وحديثية تؤكد على حفظ الأموال خاصة في مثل تلك الحالات.

وهكذا تصبح الكتابة كالسبب لحفظ المال من الجانبين، لأن الدائن إذا علم أن حقه قد تم تقييده بالكتابة فإنه يحذر من طلب الزيادة، أو تقديم المطالبة قبل حلول الأجل. وكذا المدين إذا عرف ذلك فإنه يحذر الجحود، ويرتب حالة في تحصيل المال، ليتمكن من أدائه وقت حلول الدين.

### ثالثا : أهم الصور المعاصرة للتوثيق الكتابي

1- الورقة الرسمية: هي المحرر الكتابي الذي يصدر من الدوائر الرسمية الحكومية، وما في حكمها من المؤسسات العامة التي تخضع لسultan الدولة وأنظمتها<sup>(81)</sup>.

ورود في القانون المدني الجزائري<sup>(82)</sup>، وفي المادة (324) منه أن الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه، أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه<sup>(83)</sup>.

ولقد أكد القانون المذكور على حجية الورقة الرسمية من خلال المادة (324 مكرر5) وفيها: «يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره. ويعتبر نافذاً في كل التراب الوطني». و زاد الأمر وضوحاً بإيراده (324 مكرر 06): «يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن».

غير أنه في حالة شكوى بسبب تزوير في الأصل، يوقف تنفيذ العقد محل الاحتجاج بتوجيه الاتهام، وعند رفع دعوى فرعية بالتزوير، يمكن للمحاكم

حسب الظروف إيقاف تنفيذ العقد مؤقتاً.

وزاد أكثر (324 مكرر 07): «يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى ولو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة، شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء. ولا يمكن استعمال البيانات التي ليست لها صلة بالإجراء سوى كدعاية للشبوت».

ومما ينبغي ملاحظته في حجية الورقة الرسمية أن القانون رقم: 88 - 27 المؤرخ في: 12/07/1988 والمتضمن تنظيم التوثيق، لم يتحدّث عن حجية الورقة الرسمية، وخاصة بالنسبة للعقود التوثيقية؛ والأمر نفسه في القانون رقم: 06 - 02 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 هـ الموافق 20 فبراير سنة 2006م المتضمن تنظيم مهنة الموثق<sup>(84)</sup>، في حين أن الأمر رقم: 70 - 91 المؤرخ في: 15/12/1970 والذي نظم التوثيق سابقاً، أورد في المادة (14) منه ما يلي: «يعتبر ما ورد في العقود الموثقة حجة ما لم يثبت تزويرها».

وبناء على هذا فإن المبدأ هو أن الورقة الرسمية تعتبر حجة على الجميع ما لم يثبت تزويرها أو يطعن فيها بالتزوير، وفي الجهة المقابلة فإن الورقة المحررة من غير الموظف العمومي أو غير المختص، أو كونه لم يراع الأوضاع الجوهرية المقررة، فإن تلك الورقة تعدّ باطلة وتفتقر إلى صفة الرسمية<sup>(85)</sup>.

هذا، وإن تنظيم الأوراق الرسمية وتوثيقها منوط في أغلب الأحوال بالموثقين، ولذلك فإننا نكتفي باستعراض أهم ما قرره القانون رقم: 06 - 02 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 هـ الموافق 20 فبراير سنة 2006م المتضمن تنظيم مهنة الموثق، وهذا في النقاط التالية:

- تحرر العقود باللغة العربية في نص واحد وواضح تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص.

. تُكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف، وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام.

. يصادق على الإحالات في الهامش أو إلى أسفل الصفحات، وعلى عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف الأولى من قبل الموثق، والأطراف وعند الاقتضاء الشهود والمترجم.

. يجب ألا تتضمن العقود أي تحوير أو كتابة بين السطر أو إضافة كلمات.

. تعتبر الكلمات المحورة أو المكتوبة بين السطور أو المضافة باطلة.

. تكون الكلمات المشطوبة غير المتنازع في عددها مكتوبة بشكل لا يشوبه أي شك أو التباس، ويصادق عليها في آخر العقد.

. يجب أن يتضمن العقد الذي يحرره الموثق البيانات التالية: اسم ولقب الموثق ومقر مكتبه . اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف وجنسياتهم . اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الشهود عند الاقتضاء . اسم ولقب ومسكن المترجم عند الاقتضاء . تحديد موضوع العقد . المكان والسنة والشهر واليوم الذي أبرم فيه . وكالات الأطراف المصادق عليها التي يجب أن تلحق بالأصل . التنويه على تلاوة الموثق على الأطراف النصوص الجبائية والتشريع الخاص المعمول به . توقيع الأطراف والشهود والموثق والمترجم عند الاقتضاء<sup>(86)</sup>.

2. الورقة العرفية: هي عبارة عن سند معدّ على وجه الخصوص للإثبات، ويتولى تحريره وتوقيعه أشخاص عاديون بدون تدخل الموظف العام<sup>(87)</sup>.

واعترف القانونون بنسبة العقد العرفي لمن وقعه إن لم يكن هناك إنكار، فقد ورد في المادة (327 فقرة 1) من التقنين المدني الجزائري<sup>(88)</sup>: «يعتبر العقد العرفي صادراً ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق».

وتستند الورقة العرفية أساساً على التوقيع الصادر من المتعاقدين، أو على الأقل من المتعاقد الملتزم، وينطوي التوقيع على معنى الجزم بأن الورقة صادرة من الشخص الموقع، ولو لم تكن الورقة مكتوبة بخطه، وأن إرادة هذا الأخير قد اتجهت إلى اعتماد الكتابة والالتزام بها، كما أن بصمات الأصابع يعادل التوقيع<sup>(89)</sup>.

أما من حيث شكل تحرير الورقة العرفية واللغة المستخدمة، وكذا الصيغة وطريقة التدوين أو الإشهاد عليها فالأمر كله متروك لإرادة المتعاقدين دون إلزامهما بشكل معين فيما ذكر.

هذا، وإن قوة الورقة العرفية لا تخولها على الإطلاق أن توضع عليها الصيغة التنفيذية، فلا بد من اللجوء إلى القضاء ليتمكن من الحصول على ما تقتضيه الورقة العرفية<sup>(90)</sup>.

أما من حيث الإثبات فإن الورقة العرفية أقل قوة من الورقة الرسمية، فهي ليست حجة بذاتها من حيث صدورها من موقعها وسلامتها المادية، بل حجيتها تُعلّق على عدم إنكار الشخص لتوقيعه. فإذا اعترف صراحة بصدورها منه وثبتت سلامتها المادية فهي كالورقة الرسمية من حيث حجيتها في الإثبات. وإن أنكر الشخص صراحة توقيعه لتلك الورقة أو صرّح ورثة الشخص عدم معرفتهم كتابة المذكور أو إمضائه؛ فإن الورقة العرفية تلك غير صالحة للاحتجاج بها، ويبقى على عاتق المتمسك بها إقامة الدليل على صدورها من خصمه باتباع الإجراءات الخاصة بالتحقيق في الخط وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية<sup>(91)</sup>. ولا تعتبر تلك الورقة حجة إلا إذا قضت المحكمة بصحة التوقيع<sup>(92)</sup>.

### 3 - الرسائل والبرقيات:

اعتاد الناس على الاعتماد على المراسلة في إثبات كثير من تعاملاتهم من خلال تبادل الرسائل، وفي بعض الحالات يكون ذلك خارج أيّ اتفاق.

وعلى هذا إن أراد أحد المتعاملين إثبات حقه لا يجد أمامه سوى تلك الرسائل التي بحوزته ليقدمها أمام القضاء<sup>(93)</sup>.

ولقد أثبت القانون المدني الجزائري في المادة (329) منه أن للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات، وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقَّعاً عليه من مرسلها. وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك. وإذا تلف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الاستئناس.

هذا، ويكفي في إثبات الإرسال وجود الإشعار بالاستلام فإنه يحصل غالباً بالإشعار بالاستلام الذي يبين أن المرسل إليه اتصل بالرسالة، ويثبت أيضاً بالتصريح الصادر عنه في السجل الخاص لهذا الغرض في مصلحة البريد. أما إثبات مضمون الرسالة فقد استقر القضاء على أن استلام الرسالة من المعني بالأمر هي بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة عما تضمنته من معلومات<sup>(94)</sup>.

#### 4. الدفاتر التجارية:

إن البيانات الواردة في الدفاتر التجارية هي بمثابة إقرار صادر من صاحبه مكتوباً؛ ذلك أن الدفاتر التجارية تحتوي على معلومات قيمة سواء أكانت دفاتر يومية أم دفاتر للجرد<sup>(95)</sup>.

وقد ورد في القانون المدني الجزائري وفي المادة (330) منه: «دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة.

وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة، فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها، واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه».

كما أن المادة (13) من القانون التجاري الجزائري<sup>(96)</sup> تنص على: «يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية». والمادة (14) من القانون نفسه أوردت: «إن الدفاتر التي يلتزم الأفراد بمسكها والتي لا تراعى فيها الأوضاع المقررة أعلاه، لا يمكن تقديمها للقضاء ولا يكون لها قوة الإثبات أمامه لصالح من يمسكونها، وذلك مع عدم المساس بما ورد النص بشأنه في كتاب الإفلاس والتفليس».

ولأجل المحافظة على الأسرار فإن القاضي عند أمره بتقديم الدفاتر التجارية يحدّد طريقة الإطلاع على تلك الدفاتر. كما أن القانون يبيّن على سبيل الحصر الحالات التي يتم فيها تقديم الدفاتر التجارية، وذلك في المادة (15) من القانون التجاري: «لا يجوز الأمر بتقديم الدفاتر وقوائم الجرد إلى القضاء إلا في قضايا الإرث وقسمة الشركة، وفي حالة الإفلاس»<sup>(97)</sup>.

#### 5. الدفاتر والأوراق المنزلية:

إن الدفاتر والأوراق التي اعتاد كثير من الناس تدوين مذكراتهم والوقائع الخاصة بهم، لا تعتبر حجة كافية لإثبات حق لصاحبها، وليست لها كذلك إمكانية اعتبارها بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة لصاحبها، تمكنه من إتمام حجته بشهادة الشهود أو القرائن. ولا يتمتع في ذلك القاضي بتوجيه اليمين المتممة، كما هو الحال بالنسبة للدفاتر التجارية حسب ما ورد في نص المادة (330) الفقرة (1) من القانون المدني<sup>(98)</sup>.

وعلى هذا، لم يحرص القانون على بيان كيفية مسك تلك الدفاتر ولا كيفية تقديمها أمام القضاء، واكتفى بإيراد نص وجيز من خلال المادة (331) من القانون المدني، وفيها: «لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين: إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دئيّاً.

- إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الدفاتر والأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته»<sup>(99)</sup>.

وبناء عليه، فليس من الضروري أن يكون ما دونه صاحب الدفاتر والأوراق حاملاً لتوقيعه، بل يكفي أن يكون ذلك بخطه، وإنّ حجة التعبير الصريح المشروط في الحالتين الاستثنائيتين لا يعبر في الحقيقة إلا عن إقرار ورد بشكل مكتوب<sup>(100)</sup>.

#### 6. الكتابة الإلكترونية:

يقصد بالكتابة الإلكترونية رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل الكترونية<sup>(101)</sup> (الحاسب الآلي).<sup>(102)</sup>

ذلك أن التعامل المالي بين الناس لم يعرف - حتى عهد قريب - سوى السندات المادية والورقية منها على وجه التحديد. فهذه الأخيرة كانت البيئة المعتادة لحمل المعلومات، بيد أن السندات الورقية التقليدية لم تعد - نتيجة للتطور التكنولوجي - البيئة الوحيدة لحمل المعلومات، فقد ظهرت إلى جانبها بيئة جديدة تشاركها في المهمة وتختلف عنها في الطبيعة، وهذه هي البيئة الإلكترونية.<sup>(103)</sup>

وقد يتبادر إلى الأذهان أن الكتابة الإلكترونية تفتقد إلى التوقيع أو البصمة أو الخط المميز ومن ثم يتسرب الشك في محتواها أو في مصدرها، إلا أن هذا التساؤل سرعان ما يفقد مبرره إذا علمنا أن التقنية الحديثة ابتدعت صيغة جديدة للتوقيع تمثلت فيما يسمى بالتوقيع الرقمي، والذي يقوم على تقنية خاصة للتشفير بالأرقام، وقد أريد لهذا التوقيع أن يؤدي في إطار السندات الإلكترونية الدور نفسه الذي يؤديه التوقيع التقليدي؛ فيحقق من جانب نسبة السند إلى من يصدر عنه، فيثبت بذلك هوية الموقع، ويثبت من جانب ثانياً اعتماد الموقع المذكور لما جاء في السند من بيانات وإرادته الالتزام بمحتواها.<sup>(104)</sup>



هذا، ولكي تعتبر الرسالة الإلكترونية نسخة أصلية يجب أن تتوفر فيها ثلاثة شروط هي<sup>(105)</sup>:

① قابلية المعلومات الواردة في الرسالة الإلكترونية للتخزين والاحتفاظ بها.

② ألا يكون للمرسل إليه سلطة ما في تغيير شكل الرسالة الإلكترونية بعد تسلمه لها.

③ أن تتضمن الرسالة الإلكترونية دلالة تفيد معرفة المنشئ، واليوم والوقت الذي تم فيه إرسال وتسلم الرسالة.

ومما يؤكد أهمية الكتابة الإلكترونية في التوثيق أن عائد استخدام الشبكة العالمية (الإنترنت)<sup>(106)</sup> لأغراض التجارة الإلكترونية<sup>(107)</sup> بلغ عام 1999م بمبلغ (350) مليار دولار، وكان من المتوقع وصوله عام 2004م إلى (702) تريليون دولار، كما أن حصة التجارة الإلكترونية من إجمالي التجارة العالمية وصلت إلى أكثر 10% عام 2002م، ثم إن 70% من الشركات العالمية استخدمت آليات التجارة الإلكترونية في معاملاتها عام 2002م.<sup>(108)</sup>

ولضبط أشكال التعامل الإلكتروني وضمان أدائه لمهامه تظافت الجهود الدولية في خدمة هذا الموضوع حيث صدر القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني عن لجنة الأمم المتحدة (اليونسترال) عام 2001م، ويعتبر هذا القانون خطوة من الخطوات التي خطتها لجنة الأمم المتحدة في مجال التجارة الإلكترونية، تلك الخطوات التي بدأت عام 1987م بصدر قانون التحويل الإلكتروني للأموال، ثم عام 1992م القانون النموذجي للتحويل الدولي للديون، ثم عام 1996م و1998م القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية.<sup>(109)</sup>

هذا وقد أدرج القانون الجزائري الكتابة الإلكترونية ضمن وسائل الإثبات كالكتابة على الورق، مع شرط التأكد من مصدرها وصحة مضمونها، وذلك من خلال المادة (323 مكرر) القانون المدني وفيها: «يعتبر الإثبات بالكتابة في

الشكل الإلكتروني كالأبواب بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تتضمن سلامتها»<sup>(110)</sup> وكذا المادة (327 فقرة 2) وفيها: «ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكررا».

#### رابعا : موازنة بين النظريين الفقهي والقانوني في اعتماد التوثيق الكتابي للحقوق والالتزامات الأجلية

يظهر مما سبق عرضه بشأن اعتماد الكتابة في التوثيق والإببات أن القانون الوضعي اعتبر الكتابة أقوى الأدلة وأكثرها استعمالا، وهذا هو الواقع، كما وضعها في المكان الأسمى والدرجة التي لا ينافسها فيها غيرها<sup>(111)</sup>.

ويظهر ذلك من خلال إيجاب القانون للكتابة دون غيرها في إثبات بعض المعاملات، كالحقوق التي تزيد عن مبلغ معين، وفضلها على الوسائل الأخرى عند التعارض، لأنها تُعدُّ مُقَدِّمًا عند نشوء التصرف، وقبل قيام النزاع، كما أنها لا تتأثر بمرور الزمن<sup>(112)</sup>.

وعلى هذا الأساس تولى القانون تنظيم التوثيق الكتابي وبيّن ما يتطلبه من سجلات ودواوين، كما أوجد له الدوائر المختصة بشؤونه وما تتطلبه من موظفين مؤهلين لهذا الغرض لضمان صحة الكتابة<sup>(113)</sup>.

والواقع أن تلك الإجراءات القانونية المتعلقة باعتماد الكتابة وضبط مسائلها لا يخرج إجمالا عن مضمون ما أوردته آية المدابنة من سورة البقرة حيث أرشدت إلى اعتماد وسيلة الكتابة، ونهت إلى وجوب التزام الحق.

ولئن ذهب القانون الوضعي إلى شيء من التساهل في توثيق الديون التجارية اعتماداً على الائتمان وما جرى عليه العرف في التعامل التجاري، فإن الشريعة أثبتت ذلك نصاً ولها فضل السبق: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ...﴾ [البقرة: 282].<sup>(114)</sup>

وعلى هذا يظهر لنا توافق القانون الوضعي مع ما جاء في النص القرآني وما انتهى إليه الفقه الإسلامي بشأن التوثيق الكتابي للديون والحقوق، ولئن كان القانون يحدد من حين لآخر النظر في الموضوع ويدعمه بتعديلات؛ فإنه لا يخرج في عمومته عن كونه تطويراً لما سبق، ويؤكد الحرص على مساهمة ما وصل إليه العلم، وشيوع الكتابة، وتنظيم السجلات والدواوين في الإدارة الحديثة. وهذا كله تدعمه الشريعة التي من أهدافها الوصول إلى الحق والعدالة وتوثيق الحقوق والمحافظة على الأموال العامة والخاصة<sup>(115)</sup>.

#### خامسا : دور التوثيق الكتابي في حماية الحقوق والالتزامات الأجلية

قد يتبادر إلى الأذهان أن استخدام الكتابة في المعاملات والتوثيق أمر حديث النشأة، أنتجته المدنية المعاصرة من ضمن ما ابتكرته من وسائل توفير الراحة وتسهيل التعامل بين الأفراد والشعوب. والواقع أن استعمال الكتابة في حفظ العلوم وصيانة الحقوق قديم قدم التاريخ؛ إذ اقترن وجود الكتابة بوجود البشرية على الأرض.

ويؤكد علماء تاريخ النظم القانونية أن الحقوق والقوانين تم تسجيلها مكتوبة منذ مطلع التاريخ واختراع الكتابة، إلا أنه يصعب تحديد زمن ثابت يؤرخ بدء استعمال أول نصّ مكتوب في الحقوق والمعاملات. وقد ورد الأمر بالكتابة في التوراة وفي قوانين حمورابي<sup>(116)</sup>.

كما أثبت المؤرخون بما لا يدع مجالاً للشك من خلال الأدلة المادية استخدام الكتابة عند اليونان والفراعنة والرومان والفرس والأشوريين وغيرهم، ولا تزال آثارهم شاهدة على ذلك بما تحويه من خطوط ورموز ورسومات عبّر من خلالها كاتبوها عن كثير من معاملاتهم ومعاشهم<sup>(117)</sup>.

ولما أشرقت الأرض بنور الإسلام تبوّأت الكتابة مكانة رفيعة، حيث افتتح الوحي المطهر بقول المولى عزّ وجلّ: ﴿ أَقْرَأْ بِأَسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ ﴿١﴾ خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ ﴿٢﴾ أَقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ ﴿٣﴾ الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ ﴿٤﴾ عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا

لَمْ يَعْلَمْ ﴿ [العلق: 1- 5]. وقال سبحانه: ﴿ وَإِنَّ عَلَيْكُمْ لَحَافِظِينَ ﴿ كَرَامًا كَاتِبِينَ ﴿ [الانفطار: 10- 11]، وقال أيضا: ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بَدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ؕ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ؕ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ؕ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ ؕ... ﴿ [البقرة: 282].

ولقد عظم المولى عز وجل شأن الكتابة ونسبها إلى نفسه تعالى، ووصف بها الملائكة الأطهار، والتزمها الأنبياء عليهم الصلاة والسلام في تبليغ دعوة الله تعالى ونشر رسالتها، فكتب سليمان عليه السلام كتابه إلى بلقيس، فقال تعالى: ﴿ قَالَتْ يَتَأْتِيَ الْآمَلُوا إِنِّي الْفَىٰ إِلَىٰ كِتَابٍ كَرِيمٍ ﴿ إِنَّهُ مِنْ سُلَيْمَانَ وَإِنَّهُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴿ أَلَا تَعْلَمُونَ عَلَىٰ وَأَتُونِي مُسْلِمِينَ ﴿ [سورة النمل: 29- 31]. وأمر رسول الله ﷺ أصحابه بتعلم الكتابة، وتدوين الوحي المطهر، وكتابة بعض الأحكام الفقهية، كما اتخذ ﷺ كتاباً للوحي. وأمر باستعمال الكتابة توثيقاً في مواقف متعددة، منها: كتاب الأمان لسراقة بن مالك ليلة الهجرة، وكتابة معاهدة التحالف بين المهاجرين والأنصار واليهود بعد الهجرة النبوية، وكتابة وثيقة صلح الحديبية مع مشركي مكة، وكتابة وثيقة إقطاع لأبي ثعلبة (ت 75 هـ) وتميم الداري (ت 40 هـ) في أرض الروم<sup>(118)</sup>.

وعلى درب النبوة سار الخلفاء الراشدون والأمراء والعلماء حيث استعملوا الكتابة في توثيق الحقوق، وزاد استعمالهم لها مع اتساع رقعة الدولة وانتشار العلوم والمعارف، فخلّفوا لنا رصيذاً ضخماً من الوثائق المكتوبة في مختلف العلوم.

وعلى هذا اعتبرت الكتابة من أبرز مظاهر التقدم والرقي الاجتماعي، إذ تمثل مستوى رفيعاً في نهضة الأمم والشعوب؛ لأنها أكثر الوسائل فعالية في التعليم وتسجيل الأفكار ونقلها، كما أنها توفر الوقت والجهد في عمليات التنظيم والضبط، وهي كذلك الطريقة المثلى للحفظ والتثبت للحقوق والمعاملات.

ولعلّ سؤالاً وجيهاً يتبادر إلى الأذهان . بعد تقرير ما سبق . كيف يختلف الفقهاء بشأن حجية الكتابة المجزّدة ؟

الحقيقة أن اعتراض الفقهاء لا يتوجه للكتابة من حيث كونها كتابة ثابتة مؤكدة، وإنما من حيث ظروف كتابتها وإحكامها، حيث تدخلت عوامل عدّة جعلت منزلة الكتابة لديهم في المحل الثاني بعد الشهادة، ولعل أهم المبررات التي دفعتهم إلى هذا الاختيار ما يلي:

(أ) قلة التعليم، وندرة انتشار الكتابة؛ ففي حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «إِنَّا أُمَّةٌ أُمِّيَّةٌ لَا نَكْتُبُ وَلَا نَحْسُبُ، الشُّهُرُ هَكَذَا وَهَكَذَا» يعني: مرّة تسعة وعشرين ومرّة ثلاثين<sup>(119)</sup>. والمقصود بالأمة: العرب؛ وقيل لهم أميون لأن الكتابة كانت فيهم نادرة، حيث تجلّى اهتمامهم وبراعتهم في الحفظ والاستذكار، فأطلق عليهم وصف أميين اعتباراً للغالب<sup>(120)</sup>.

(ب) ظهور التمسك بقواعد وأحكام الإسلام وأخلاق القرآن، فقد كان الناس في منتهى الحرص على التمسك بأحكام دينهم والتزام الصدق في مختلف معاملاتهم، وتحري الحق ولو على أنفسهم، ومن ثم كانت معاملاتهم يسودها الاستقرار، وحقوقهم محفوظة من كل سوء<sup>(121)</sup>.

(ج) البساطة في التعامل التجاري وغيره، وسهولة ويسر تبادل المنافع؛ مما جعل الاهتمام بالكتابة أمراً ثانوياً لا تدعو الحاجة إليه، ولا تتطلبه طبيعة التعامل القائم بينهم على الائتمان<sup>(122)</sup>.

(د) اعتبار كثير من الفقهاء الكتابة جزءاً من الإقرار، ومن ثم لم يخصصوا لها فصلاً مستقلاً في المصنفات الفقهية<sup>(123)</sup>.

أما في العصور المتأخرة فقد تورّع الفقهاء بشأن اعتماد الكتابة نظراً لانتشار الفساد، وكثرة التزوير، وضعف الأخلاق؛ فأدى ذلك كله إلى إضعاف شأن الكتابة، وتقليل الاعتماد عليها في الإثبات احتياطاً وتورّعاً<sup>(124)</sup>.

أما في العصر الحديث فإن الكتابة عادت لها مكانتها، وأصبحت أهم وسيلة في الإثبات، وجرى العرف على ذلك. وتم تلافي النقائص والمآخذ السابقة حول اعتماد الكتابة في توثيق الحقوق، فقد تقدمت وسائل كشف التزوير ومضاهاة الخطوط، حتى أصبحت فناً قائماً بذاته، وأحكمت شروط الكتابة وكيفيةها بما لا يدع للنزاع مدخلا<sup>(125)</sup>.

هذا، وإن اعتماد الكتابة في توثيق الديون يحقق أهدافاً كثيرة منها<sup>(126)</sup>:

1. صيانة الأموال حيث أمر الله تعالى بحفظها ونهى عن إضاعتها فقال: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطُلِ...﴾ [البقرة:188]. وتدوين الحقوق وسيلة مهمة لحفظ الأموال في مختلف الظروف والأحوال.

2. قطع المنازعة، فالوثيقة المكتوبة تصير حكماً بين المتعاملين سهل الرجوع إليها عند الاختلاف أو التنازع، وهذا يؤدي إلى إخماد نار الفتنة، ويحول دون جحود أحدهما حق الآخر؛ لأن الوثيقة خير شاهد فيكون في إظهارها كشف لعدوانه فيفتضح أمره بين الناس.

3. التوجيه إلى تصحيح العقود والبعث عما يفسدها، إذ كثيراً ما يغفل المتعاقدان أو لا يهتديان إلى الأسباب المؤدية إلى فساد العقد، فلا يتمكننا من التيقن بصحة المعاملة، لكن التوثيق قد يفتح لهما مجالاً للاستشارة بأن يوجههما الكاتب الموثق إلى تصحيح تلك العقود.

4. رفع الشك والارتياب، فقد يشته على المتعاملين إذا تطاول الزمان مقدار الدين، وكذا مدة الأجل، مما قد يفضي إلى الخلاف؛ وإذا رجعا إلى الوثيقة المكتوبة فلا يبقى لأي منهما ريب. وكذا بعد الموت إذ كثيراً ما يحدث شك الورثة في ثبوت الحقوق في ذمة مورثهم، لكن الوثيقة البيّنة تزيل الإشكال، وترفع الرّيب والشك من النفوس.

وعلى هذا كان لكتابة الديون إلى آجالها أهمية كبيرة أكد عليها المولى عز وجل، وبين طريقة الكتابة والإملاء، وحث على التزام العدل. ذلك أن

الديون إذا تأخرت فيها المطالبة وطال الأجل صارت عرضة للنسيان، وقد يصل الأمر إلى الجحود والإنكار عند الذين ابتلوا بضعف التدين وقلة الأمانة، وكذا في حالات المرض والموت ونحوهما؛ وعليه صارت الكتابة كالسبب لحفظ المال من الجانبيين، لأن الدائن إذا علم أنّ حقّه قد تمّ تقييده بالكتابة، فإنه يحذر من أن يطلب الزيادة، أو يقدم المطالبة قبل حلول الأجل، وكذا المدين إذا عرف ذلك فإنه يحذر من الجحود، ويرتب حاله في تحصيل المال، حتى يتمكن من أداء الدين وقت حلول أجله<sup>(127)</sup>.

هذا، وإن الكتابة لها ميزة خاصة في توثيق الديون فهي تعدّ مسبقاً منذ نشأة الحق، كما أنها الوسيلة الوحيدة التي تضمن حفظ آثار المعاملات في المستقبل، وهي صلة الوصل بين حقوق الآباء والأبناء، وهي الضمان لحفظ الحقوق من الهلاك، وصيانتها من الضياع، وضبط التصرفات من التغيير. ولا تقوم مقامها الشهادة ولا تغني عنها، لاحتمال الطوارئ الكثيرة على الشهود كالنسيان والجنون والعتة والمرض والموت<sup>(128)</sup>. وعلى العموم فالكتابة من أهم وسائل حفظ الحقوق واطمئنان صاحبها عليها.

وإن الذي ينظر في الرصيد الفقهي الذي سجله الفقهاء بشأن اعتماد الكتابة في الإثبات فإنه يتوصل إلى أنه لا يقلّ شأناً عما جاء به القانون في ضبطه لمسائل التوثيق الكتابي، ولا يجد أي حرج في تدعيم اعتماد الأوراق الرسمية ونظام التسجيل المطبق قانوناً، إذ هو قريب الشبه بالمحاضر والسجلات التي بحثها الفقهاء واعتمدها، بل إن ما توصل إليه القانون المعاصر هو تطوير لها واقتباس منها مع التنظيم والتدقيق والتمحيص المتفق مع تقدم العصر. وهو تغيير في الشكل والتنظيم، وقد صرح الفقهاء بأنه: «لا يُنكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان»، والشريعة تقوم على رعاية مصالح الناس في العاجل والآجل، ولا نحسب أن أحداً يُسوِّغ إنكار أهمية الكتابة وفائدتها ومحاسنها<sup>(129)</sup>.

والذي يؤدي إلى تغيير الأحكام الاجتهادية أمران، أولهما: تغيير الأحكام لفساد الزمان، وثانيهما: تغيير الأحكام الاجتهادية لتطور الوسائل والأوضاع. والظاهر أن هذين العاملين متوفران في مسألة استعمال الكتابة، فقد كان جلّ الاعتماد في الإثبات على الشهود، ثم غلب التغيير في أخلاق الناس، وشاعت شهادة الزور، كما حدث تطور كبير في أشكال التعامل بين الناس، وتدخلت الدولة وفرضت أشكالاً من التسجيل التوثيقي للمعاملات، ووضعت دواوين خاصة لحفظ الحقوق وضبط التعامل بما يوجب ضرورة الاعتماد على الكتابة في القضاء وفي معرفة الحق الثابت للناس<sup>(130)</sup>.

### الخاتمة

حاولنا في الصفحات السابقة بيان أهمية ودور التوثيق الكتابي في حماية الحقوق والالتزامات الآجلة. حيث بينا أن التوثيق الكتابي هو تسجيل حرفي للمعاملة في صحيفة بهدف الحفاظ على الحق من الضياع نتيجة للجحود أو النسيان. وهو في المعاملات الآجلة مستحب كأصل عام وفق رأي جمهور الفقهاء؛ ذلك أن كثرة المعاملات المعاصرة وتشعبها، ووفرة متطلبات الحياة وحاجياتها، يقضي باستحالة توثيق كل المعاملات المالية الآجلة؛ إذ تعتمد في أغلب أحوالها على الائتمان تيسيراً وتسهيلاً. وقد يكون التوثيق واجباً إذا كان للمال في المعاملة الآجلة حق لولاية عامة أو خاصة، أو لتييم أو لوقف، أو لموكل أو وديعة.

وتتعدد صور التوثيق الكتابي للحقوق والمعاملات الآجلة، وقد اهتم القانون بتنظيم مسائل التوثيق بما يؤكد صحة نسبة الوثائق إلى أصحابها، واعتمد الأوراق العرفية والأوراق التجارية والرسائل والبرقيات واستثنى حالات يظهر فيها الشك في صحة نسبة محتوى الوثيقة.

ويظهر أن هناك توافقاً بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بشأن اعتماد الكتابة في توثيق الحقوق وجعلها في المقام الأول. والذي دفع ببعض الفقهاء



إلى جعل الكتابة في المحل الثاني بعد الشهادة: قلة التعليم، شيوع الالتزام الديني، وبساطة التعامل التجاري.

هذا، ومن مزايا التوثيق الكتابي في العقود: قطع المنازعة، التوجيه إلى تصحيح العقود والدقة في بياناتها، ورفع الشك والارتباب مهما تطاول الزمن. كما أن هذا التوثيق يتم إعداداً مسبقاً منذ نشأة الحق، ومن ثم يعد الوسيلة الوقائية الناجعة التي تضمن حفظ آثار المعاملات في المستقبل.

هذا، ولا بأس بأن نقدم المقترحات التالية تفعيلاً للموضوع:

- 1 - اقتراح إجراء تعديلات في النصوص القانونية التي تحدد التوثيق الكتابي بوصول الدين إلى مبالغ معينة؛ وذلك بإلغاء التحديد المذكور.
- 2 - اقتراح جعل التوثيق الرسمي مجاني دون رسوم ولا أعباء، وعلى أقل تقدير جعل أجرة التوثيق رمزية وضمن إطار الخدمة العمومية.
- 3 - تكثيف الدور الإعلامي الذي يبث الوعي بضرورة توثيق الحقوق والمعاملات الآجلة، وأنه ليس في ذلك تخوينٌ لأحد المتعاقدين، وإنما فيه احتياط لما يمكن أن يأتي به مستقبل الأيام من تعرُّض أحد المتعاملين للنسيان أو المرض أو الغياب أو الوفاة.

والحمد لله في البدء والختام وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

- الهوامش :

- (1) أخرجه البخاري ت 256 هـ، الجامع الصحيح، ضبط وترقيم وشرح وفهرسة: د. مصطفى البغا ج 2 (ط: 3؛ بيروت: دار ابن كثير، ودار اليمامة، 1407 هـ=1987م) كتاب المظالم، باب: من قاتل دون ماله ص: 877.
- (2) ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة (85/6)؛ والراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن ص: 527؛ والزمخشري، أساس البلاغة ص: 492؛ وابن منظور، لسان العرب (371/10)، كلهم في مادة: «وث ق».
- (3) ابن فارس، المرجع نفسه (85/6).

- (4) ينظر: الراغب الأصفهاني، المرجع السابق ص: 527؛ وابن كثير، تفسير القرآن العظيم (30/2)؛ والرازي، مختار الصحاح ص: 447.
- (5) ينظر: الفيومي، المصباح المنير (647/2)؛ والرازي، المرجع نفسه ص: 447.
- (6) د. صالح بن عثمان الهليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي (لا.ط؛ الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1421 هـ = 2001م) ص: 22.
- (7) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية ج1 (ط: 2؛ دمشق: مكتبة دار البيان، 1414 هـ = 1994م) ص: 27.
- (8) ينظر: محمود بن عمر الزمخشري ت 538 هـ، أساس البلاغة، تحقيق: عبد الرحيم محمود (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، دت) ص: 386؛ والراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن ص: 425. 427؛ والحسين بن محمد الدامغاني، قاموس القرآن أو إصلاح الوجوه والنظائر في القرآن الكريم، تحقيق: عبد العزيز سيد الأهل (ط: 5؛ بيروت: دار العلم للملايين، 1985م) ص: 399. 400؛ والرازي، مختار الصحاح ص: 358؛ وابن منظور، لسان العرب (1/698)؛ والفيومي، المصباح المنير (524/2)، كلهم في مادة: «ك ت ب».
- (9) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية - مرجع سابق (417/2).
- (10) الفيومي، المصباح المنير (524/2).
- (11) د. صالح الهليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي ص: 297.
- (12) ينظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار (369/5)؛ والتهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون (1/196)؛ ومصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد: المدخل الفقهي العام ج1 (ط: 9؛ دمشق: مطابع ألف باء - الأديب، 1967م) ص: 327؛ ود. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية (417/2).
- (13) ينظر: الجرجاني، التعريفات ص: 112؛ وابن عابدين، المرجع السابق (369/5)؛ ود. محمد الزحيلي، المرجع السابق (416/2).
- (14) ينظر: الشرييني، مغني المحتاج (389/4)؛ وإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح ت 884 هـ، المبدع شرح المقنع ج10 (ط: 1؛ بيروت: المكتب الإسلامي، 1394 هـ) ص: 115؛ والبهوتي، كشاف القناع (367/6)؛ ود. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (416/2).
- (15) البهوتي، شرح منتهى الإرادات (542/3).
- (16) ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق (184/4)؛ وابن نجيم، البحر الرائق (3/7)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (369/5، 433).
- (17) التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون (1/195)؛ ود. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية (417/2).
- (18) ينظر: النووي، روضة الطالبين (11/141)؛ والشرييني، مغني المحتاج (389/4)؛ والرملّي، نهاية المحتاج (8/268).
- (19) ينظر: د. محمد الزحيلي، المرجع السابق (417/2).

- (20) ابن عابدين، حاشية رد المحتار (369/5).
- (21) ينظر: د. محمد الزحيلي، المرجع السابق (417/2).
- (22) ابن العربي، أحكام القرآن (247/1).
- (23) ابن حزم، المحلى (345/8).
- (24) الطبري، جامع البيان (120/3).
- (25) ينظر: الطبري، جامع البيان (117/3)؛ والجصاص، أحكام القرآن (481/1)؛ وابن حزم، المحلى (345/8 - 346)؛ والرازي، التفسير الكبير (118/7)؛ والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن (383/3).
- (26) الجصاص، المرجع السابق (482/1).
- (27) ينظر: ابن رشد الجدل، المقدمات (362/2)؛ والقرطبي، المرجع السابق (383/3)؛ وأحمد بن يحيى الوشيري ت 914 هـ، المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بأداب الموثق وأحكام الوثائق، تحقيق: لطيفة الحسني ( لا.ط؛ المغرب: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1418 هـ=1997م) ص: 199.
- (28) ينظر: محمد بن إدريس الشافعي ت 204 هـ، أحكام القرآن، جمع: أحمد بن الحسين البيهقي ت 458 هـ، تحقيق: عبد الغني عبد الخالق (ط:1؛ بيروت: دار إحياء العلوم، 1410 هـ=1990م) ص: 151؛ والأم، ج 3 (ط:2؛ بيروت: دار المعرفة، 1393 هـ) ص: 88، 89، 90، 138؛ والكياسي الهراسي، أحكام القرآن (238/2).
- (29) ابن قدامة، المغني (444/6).
- (30) ينظر: ابن ماجه، السنن، كتاب الأحكام، باب الإشهاد على الديون (792/2)؛ والبيهقي، السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب الأمر بالإشهاد (145/10).
- (31) ينظر: الطبري، المرجع السابق (118/3)؛ والجصاص، المرجع نفسه (481/1).
- (32) ينظر: الجصاص، المرجع السابق (481/1)؛ وابن حزم، المرجع السابق (346/8)؛ والبيهقي، السابق (145/10).
- (33) ابن حزم، المحلى (345/8).
- (34) الطبري، جامع البيان (120/3).
- (35) ابن حزم، المحلى (345/8).
- (36) ينظر: الجصاص، أحكام القرآن (482/1)؛ والبيهقي، السنن الكبرى (145/10)؛ والكياسي الهراسي، أحكام القرآن (238/1)؛ ومحمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن ج1 ( لا.ط؛ بيروت: عالم الكتب، د.ت ) ص: 260.
- (37) الشافعي، أحكام القرآن ص: 151.
- (38) مكي بن أبي طالب القيسي ت 437 هـ، الإيضاح لناسخ القرآن ومنسوخه، تحقيق: د. أحمد حسن فرحات (ط:1؛ الرياض: مطابع الرياض الحديثة، 1396 هـ = 1976م) ص: 165.
- (39) د. صالح الهليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي ص: 40.
- (40) الشنقيطي، أضواء البيان (260/1).

- (41) الرُّبْدَةُ: قرية من قرى المدينة، وهي قريبة من ذات عرق على طريق الحجاز. (ينظر: ياقوت بن عبد الله الحموي ت 626 هـ، معجم البلدان، ج3. لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، ص:24).
- (42) طَعِينَةٌ: اليهودج كانت فيه امرأة أو لم تكن، وتطلق أيضاً على المرأة ما دامت في اليهودج فإذا لم تكن فيه فليست بطعينة. (محمد الرازي، مختار الصحاح ص:263، مادة: ط ع ن).
- (43) أخرجه: الدارقطني، سنن الدارقطني (44/3 - 45)؛ البيهقي، السنن الكبرى، باب السلف في الشيء ليس في أيدي الناس (20/6)؛ وابن حبان، صحيح ابن حبان (518/14)؛ والطبراني، المعجم الكبير (314/8)؛ والحاكم، المستدرک على الصحيحين (668/2) وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه»؛ وعلي بن أبي بكر الهيثمي ت 807 هـ، موارد الظمان، تحقيق: محمد عبد الرزاق حمزة (لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت) ص:406.
- (44) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (405. 404/3).
- (45) طفق: يفعل الشيء، وجعل أو استمر يفعله، قال الله تعالى: ﴿ وَطَفَقَا يَخْصِفَانِ عَلَيْهِمَا مِنْ وَرَقِ الْجَنَّةِ ﴾ (د. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط: 586/2 مادة: ط ف ق).
- (46) أخرجه: أبو داود، السنن، كتاب البيوع، باب إذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد يجوز له أن يحكم به (308/3)؛ والنسائي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب التسهيل في ترك الإشهاد على البيع (48/4)؛ والبيهقي، السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب الأمر بالإشهاد (146 - 145/10)؛ والحاكم، المستدرک على الصحيحين (17/2 - 18) وقال عنه بأنه حديث صحيح الإسناد ورجاله باتفاق الشيخين ثقات ولم يخرجاه، وعمارة بن خزيمة سمع هذا الحديث من أبيه أيضاً، ووافق الذهبي تصحيح الحاكم.
- (47) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص: 43 - 44.
- (48) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (403/3)؛ وابن قدامة، المغني (382/6)؛ ود. صالح الهليل، المرجع نفسه ص:48.
- (49) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب الأمر بالإشهاد (145/10)، وابن ماجه، السنن، كتاب الأحكام، باب الإشهاد على الديون (792/2).
- (50) ينظر: الطبري، جامع البيان (118/3 - 119)؛ والجصاص، أحكام القرآن (481/1)؛ وابن حزم، المحلى (346/8)؛ وابن كثير، تفسير القرآن العظيم (594/1)؛ والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن (383/3)؛ والهراسي، أحكام القرآن (238/1).
- (51) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:49.
- (52) إلكيا الهراسي، أحكام القرآن (238/1).
- (53) ابن حزم، المحلى (347/8).
- (54) محمد رشيد رضا ت 1354 هـ، تفسير المنار ج3 ط:2؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت) ص:134.
- (55) ابن حزم، المحلى (348/8).
- (56) المرجع نفسه.
- (57) المرجع نفسه.

- (58) المرجع نفسه (349/8).
- (59) المرجع نفسه.
- (60) محمد رشيد رضا، تفسير المنار (134/3).
- (61) محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير. ج3 (لا. ط. تونس: الدار التونسية للنشر، 1973م) ص: 100.
- (62) الجصاص، أحكام القرآن (481/1)؛ والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن (404/3).
- (63) الكيا الهراسي، أحكام القرآن (238/1).
- (64) ابن حزم، المحلى (346/8).
- (65) الطبري، جامع البيان (120/3).
- (66) ينظر في هذه المسألة: إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ت 476 هـ، التبصرة في أصول الفقه، تحقيق: د. محمد حسن هيتو (ط:1؛ دمشق: دار الفكر، 1403 هـ=1983م) ص: 172 وما بعدها؛ وعبد الله بن أحمد بن قدامة ت 620 هـ، روضة الناظر وجنة المناظر، تحقيق: د. عبد العزيز بن عبد الرحمن السعيد (ط:2؛ الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود، 1399 هـ) ص: 256 وما بعدها؛ وعلي بن محمد الأمدي ت 631 هـ، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: السيد الجميلي ج2 (ط:1؛ بيروت: دار الكتاب العربي، 1404 هـ=1984م) ص: 323 وما بعدها؛ ومحمود ابن أحمد الزنجاني ت 656 هـ، تخریج الفروع على الأصول، تحقيق: د. محمد أديب صالح (ط:5؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1404 هـ=1984م) ص: 379 وما بعدها؛ ومحمد بن نظام الدين الأنصاري، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت . مطبوع مع المستصفي للغزالي، مرجع سابق (333/1 وما بعدها)؛ ود. مصطفى الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء (ط:2؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1424 هـ=2003م) ص: 235 وما بعدها.
- (67) الشافعي، الأم (45/7).
- (68) الحاكم، المستدرک على الصحيحين (120/3).
- (69) ينظر: محمد بن أحمد الذهبي ت 748 هـ، الكاشف، تحقيق: محمد عوامة، ج2 (ط:1؛ جدة: دار القبلة الإسلامية، 1413 هـ=1992م) ص: 53، وابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب (364/7).
- (70) أحمد بن حنبل، العلل ومعرفة الرجال، تحقيق: وصي بن محمد عباس، ج3 (ط:1؛ بيروت: المكتب الإسلامي، والرياض: دار الخاني، 1408 هـ=1988م) ص: 112.
- (71) أحمد بن عبد الله العجلي ت 261 هـ، معرفة الثقات، تحقيق: عبد العليم عبد العظيم البسوي، ج2 (ط:1؛ المدينة المنورة: مكتبة الدار، 1405 هـ=1985م) ص: 162.
- (72) ينظر: ابن حجر، تهذيب التهذيب (364/7).
- (73) ابن حبان، الثقات، تحقيق: السيد شرف الدين أحمد، ج7 (ط:1؛ بيروت: دار الفكر، 1395 هـ=1975م) ص: 436.
- (74) ابن سعد، الطبقات الكبرى، ج5 (لا. ط. بيروت: دار بيروت للطباعة والنشر، د.ت) ص: 71.
- (75) ابن حجر، المرجع السابق (364/7).

- (76) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص: 46.
- (77) المرجع نفسه ص: 47.
- (78) المرجع نفسه ص: 47، 48.
- (79) وينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (3/403).
- (80) عبد الرحمن بن ناصر السعدي ت 1376 هـ، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تعليق: محمد زهري النجار ج1 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، ودار المؤيد، 1995 م) ص: 208 - 209.
- (81) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص: 346.
- (82) صدر التقنين المدني الجزائري بموجب الأمر رقم: 75 - 85 بتاريخ: 20 رمضان 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975م.
- (83) وبعد التعديل الذي أدخل على المادة (324) بمقتضى القانون رقم: 88 - 14 المؤرخ في 03/05/1988 صار النص كالاتي: «العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه».
- والظاهر أنه يوجد التباس في لغة القانون الفرنسي - الذي أخذت عنه معظم القوانين العربية - في مدلول كلمة *acte* من شأنه أن يخلط بين التصرف القانوني، والإرادة الخاصة بإثباته؛ فكلمة *acte* تدل على التصرف، كما تدل أيضاً على العقد المكتوب. وقد تسرب هذا الخلط إلى لغة القانون العربي، فأطلق لفظ «عقد» على التصرف القانوني ثم استعمل اللفظ نفسه «عقد» للدلالة على أداة إثباته، فقيل: «عقد رسمي»، و«عقد عرفي». ويقصد به الورقة، أو السند الرسمي، والورقة أو السند العرفي المعد للإثبات. أما أداة الإثبات في اللغة العربية فيطلق عليها: المحرر، السند، والورقة.
- هذا، وإن الفقه الفرنسي يفرق بين التصرف القانوني ذاته (*Negotium*) وبين أداة إثباته (*Instrumentum*).
- ينظر: يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي (ط: 2؛ الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1988م) ص: 89 - 90؛ د. الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري (ط: 1؛ الجزائر: الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001م) ص: 32، 36؛ ود. عباس العبودي، شرح قانون أحكام البيئات (ط: 1؛ الأردن: دار الثقافة - عمان، 2005م) ص: 100.
- (84) الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 14، 8 صفر 1427 هـ الموافق 8 مارس 2006م، ص: 15 - 21.
- (85) يحي بكوش، أدلة الإثبات ص: 113؛ د. الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ص: 41.
- (86) المواد: 26 - 29 من القانون رقم: 06 - 02 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 هـ الموافق 20 فبراير سنة 2006م المتضمن تنظيم مهنة الموثق. (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 14، 8

- صفر 1427 هـ الموافق 8 مارس 2006م، ص: 17 . 18).
- (87) يحي بكوش، أدلة الإثبات ص: 126.
- (88) القانون رقم 05 . 10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 هـ الموافق 20 يونيو سنة 2005م المعدل والمتمم للأمر رقم 75 . 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975م والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم. ( الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 44 السنة 42 ، الأحد 19 جمادى الأولى 1426 هـ الموافق 26 يونيو 2005م، ص: 24).
- (89) يحي بكوش، أدلة الإثبات ص: 133؛ ود. الغوثي بن ملحمة، قواعد وطرق الإثبات ص: 45.
- (90) د. الغوثي بن ملحمة، المرجع نفسه ص: 47.
- (91) ينظر المواد من 76 إلى 80 من الأمر رقم: 66 - 154 المؤرخ في 8 أوت 1966م المعدل والمتمم المتعلق بقانون الإجراءات المدنية.
- (92) يحي بكوش، المرجع السابق ص: 135 - 136؛ ود. الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق ص: 47، 48، 53.
- (93) يحي بكوش، المرجع نفسه ص: 153؛ ود. الغوثي بن ملحمة، المرجع نفسه ص: 54.
- (94) يحي بكوش، أدلة الإثبات ص: 164 وما بعدها؛ ود. الغوثي بن ملحمة، قواعد وطرق الإثبات ص: 55 - 56.
- (95) يحي بكوش، المرجع نفسه ص: 166 وما بعدها؛ ود. الغوثي بن ملحمة، المرجع نفسه ص: 58، 60.
- (96) الأمر رقم: 75 - 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون التجاري.
- (97) يحي بكوش، أدلة الإثبات ص: 169 وما بعدها؛ ود. الغوثي بن ملحمة، قواعد وطرق الإثبات ص: 59.
- (98) يحي بكوش، المرجع نفسه ص: 174 . 175؛ ود. الغوثي بن ملحمة، المرجع نفسه ص: 62.
- (99) يحي بكوش، المرجع نفسه ص: 175 . 177 ؛ ود. الغوثي بن ملحمة، المرجع نفسه ص: 61، 63.
- (100) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج2 (ط: 3؛ بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 1998م) ص: 289؛ ويحي بكوش، المرجع نفسه ص: 177 وما بعدها؛ ود. الغوثي بن ملحمة، المرجع نفسه ص: 63.
- (101) د. نسرين محاسنة، «دور الرسالة الإلكترونية في الإثبات في القانون الأردني»، مجلة الحقوق (المنامة: جامعة البحرين ، كلية الحقوق، المجلد 3، العدد 2، جمادى الآخر 1427 هـ يوليو 2006 م) ص: 316.
- (102) الحاسب الآلي هو جهاز يتلقى بيانات من وحدات إدخال، ويجري عليها عمليات حسابية ومنطقية، ثم يقوم بإرسالها إلى وحدات إخراج، أو تخزينها بالذاكرة. وتعني بوحدات الإدخال مثل: لوحة المفاتيح، أو الماسح الضوئي، ووحدات الإخراج مثل: الشاشة، أو الطابعة. (ينظر: د. عبد الرحمن بن عبد الله السند، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية

- «الحاسب الآلي وشبكة المعلومات : الإنترنت». ط:1؛ بيروت: دار الوراق، ودار النيرين، 1424 هـ = 2004م، ص: (29).
- (103) د. آلاء يعقوب يوسف، «المسؤولية المدنية لمجهز خدمات التصديق على التوقيع الرقمي تجاه الغير»، مجلة الحقوق (المنامة): جامعة البحرين، كلية الحقوق، المجلد 3، العدد 1، ذو الحجة 1426 هـ يناير 2006 م) ص: 06.
- (104) د. آلاء يعقوب يوسف، المرجع نفسه ص: 307.
- (105) د. نسرين محاسنة، «دور الرسالة الإلكترونية في الإثبات في القانون الأردني»، المرجع السابق ص: 317 - 318.
- (106) الإنترنت اختصار لعبارة ( International Net Work ) وتعني الشبكة العالمية، وهي عبارة عن مجموعة كبيرة من أجهزة الحاسب الآلي حول العالم تتبادل المعلومات فيما بينها عبر الهاتف وفق تقنيات خاصة. (د. عبد الرحمن السند، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق ص: 33).
- (107) التجارة الإلكترونية: عملية تبادل السلع والخدمات بغرض الربحية عبر الوسائل الإلكترونية. (د. عبد الرحمن السند، المرجع نفسه ص: 117).
- (108) د. عبد الرحمن السند، المرجع نفسه ص: 6؛ وينظر أيضا : ص: 112 - 113.
- (109) د. نسرين محاسنة، « دور الرسالة الإلكترونية في الإثبات في القانون الأردني »، المرجع السابق ص: 333 - 334.
- (110) قانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 هـ الموافق 20 يونيو سنة 2005 م المعدل والمتمم للأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 م والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم ( الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 44 ، السنة 42 ، 26 يونيو 2005 م ) ص: 24.
- (111) د. محمد الزحيلي، التنظيم القضائي ص: 402؛ ويحي بكوش، أدلة الإثبات ص: 84.
- (112) د. محمد الزحيلي، المرجع السابق ص: 403.
- (113) المرجع نفسه ص: 403.
- (114) المرجع نفسه؛ ويحي بكوش، أدلة الإثبات ص: 84.
- (115) د. محمد الزحيلي، المرجع نفسه.
- (116) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (419/2).
- (117) المرجع نفسه (420/2).
- (118) محمد بن أبي بكر الزرعي المعروف بابن القيم ت 751 هـ، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعبد القادر الأرنؤوط ج1( ط:14؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، والكويت: مكتبة المنار الإسلامية، 1407 هـ=1986م) ص: 29 - 30 ؛ و(61. 60/3)؛ ود. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (421/2).



- (119) متفق عليه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الصوم، باب قول النبي ﷺ لا نكتب ولا نحسب (675/2)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب الصيام، باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال (761/2).
- (120) د. محمد الزحيلي، المرجع السابق (432/2 - 433).
- (121) المرجع نفسه (433/2).
- (122) المرجع نفسه.
- (123) المرجع نفسه.
- (124) المرجع نفسه (421/2).
- (125) المرجع نفسه.
- (126) السرخسي، المبسوط (168/30).
- (127) ينظر: ابن العربي، أحكام القرآن (247/1)؛ والسعدي، تيسير الكريم الرحمن (1/208).
- (128) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (435/2).
- (129) ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين (14/3)؛ ود. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (434/2).
- (130) د. محمد الزحيلي، المرجع نفسه.



## التشريع الأوروبي إزاء الهجرة السرية المغاربية آليات الردع والتحفيز

بقلم

د / ماهر عبد الملا

المعهد العالي للإعلامية والملتيميديا . قابس - تونس



### الملخص

شكّلت الأحداث الدراماتيكية في التسعينيات (إثر توحيد ألمانيا وتفكك دول الكتلة الشرقية...)، تحولات عميقة على جميع الأصعدة : العلاقات الدولية والسياسة والاقتصاد والتنمية والبيئة والهجرة... كما أنّ تداعيات أحداث 11 سبتمبر 2001 بالولايات المتحدة الأمريكية كان -ولا زال- لها دورا كبيرا في إعادة صياغة المقاربات المتّصلة بهذه الميادين. انطلاقا من هذا الإطار الجيوسياسي (géopolitique) يمكن تفسير الأسباب التي أدت بدول الإتحاد الأوروبي وكذلك الدول المغاربية لتعزيز التشريعات القسرية وتطويرها لغاية محاربة الهجرة غير الشرعية، مع الاعتماد على بعض الحوافز المادية والسياسية المتعلقة باحترام حقوق الإنسان والحريات العامة...، دون أن ننسى تمكين أصحاب الكفاءات العليا من العمل بالقارة العجوز والاستقرار هناك. لكن المتّبع للأحداث يلاحظ أن جل هذه المبادرات والتدابير لا تؤسّس لحلول مستدامة...

### Résumé :

Les mutations géopolitiques en Europe de l'Est (dans les années 90) ont eu un impact direct en matière : politique, relations internationales, économique, immigration, développement, etc. De surcroît, les événements du 11 septembre 2001 aux USA continuent à provoquer

certaines conversions dans les domaines susmentionnés. A partir de ce cadre, nous pouvons comprendre les raisons qui ont poussé l'Union européenne ainsi que les pays maghrébins à renforcer et développer les mesures contraignantes et incitatives (à travers les aides financières, le respect des droits de l'homme et des libertés publiques, l'immigration sélective...) en vue de lutter contre l'immigration illégale. Toutefois, force est de constater que ces approches s'inscrivent en porte-à-faux...

### مقدمة

تنص المادة الثالثة عشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (الصادر سنة 1948)، على أن لكل فرد حرية التنقل واختيار محل إقامته داخل حدود كل دولة. ويحق لكل فرد أن يغادر أية بلاد بما في ذلك بلده، كما يحق له العودة إليه.

وقد كرسّت العديد من الدول هذا المبدأ بصفة صريحة أو ضمنية. ولئن اعتمد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مفهوم حرية الفرد، فإن بعض التّنصيصات الوطنيّة اختزلت هذا المفهوم في بعده القومي والوطني... حيث أفزت إيطاليا صراحة في الفصل السادس عشر من دستورها (16) مبدأ حرية تنقل المواطنين...<sup>1</sup>، ونصّ الدستور الإسباني بالمادة التاسعة عشرة (19) حرية تنقل الأشخاص، وجاء التّنصيص حصريا على الإسبان<sup>2</sup>. أما الدستور الفرنسي فإنه لم ينصّ على مبدأ حرية تنقل الأشخاص. لكن بمصادقة فرنسا على العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية ( Pacte international des droits civils et politiques ) الصادر عن الأمم المتحدة (1966) والذي ينصّ بدوره (الفصل 12 الفقرة الثانية) على حرية تنقل الأشخاص، أصبح هذا المبدأ يكتسي قوة دستورية. سيّما أنّ الفصل 55 من الدستور الفرنسي يعطي للاتفاقات الدوليّة أولويّة على القوانين الوطنيّة. وفي هذا الاتجاه اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي في قراره عدد 75-76 الصادر في 12 جانفي 1977 أن حرية تنقل الأشخاص لها قوة دستورية.

على مستوى بعض الدول المغاربية، كرس الدستور التونسي حرية تنقل المواطنين داخل الوطن وخارجه في الفصل العاشر (10)<sup>3</sup>. وقد نص دستور المملكة المغربية (الباب الأول الفصل التاسع) على أن الدستور يضمن لكل المواطنين حرية التنجول والاستقرار في جميع أرجاء المملكة. كما أكد المشرع الجزائري (الفصل 44) أنه يحق لكل مواطن أن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية، وأن يختار بحرية موطن إقامته، وأن يتنقل عبر التراب الوطني. كما أن حق الدخول إلى التراب الوطني والخروج منه مضمون له. أما ليبيا فليس لديها وثيقة دستورية بعد أن تم إلغاؤها إثر وصول معمر القذافي عام 1969 إلى السلطة<sup>4</sup>، لذلك فقد تم بعث لجنة حكومية تدرس حاليا مشروع ميثاق وطني أو "دستور".

رغم التقارب في الضياعات التي كرس على مستوى دساتير بعض الدول المغاربية والأوروبية يجعل مفهوم تنقل الأشخاص منحصر على المواطنين دون سواهم، مستثيا بذلك الأجانب والمهاجرين، فإن المتبع لحركة الهجرة، خاصة منذ الحرب العالمية الثانية إلى حدود الثمانينات، يلاحظ مرونة في تطبيق هذه الأسس الدستورية<sup>5</sup>. لذا لم يكن موضوع الهجرة واستقبال الأجانب يثير المخاوف والانزعاج ولم تلتجئ الدول المعنية بتنقل الأشخاص إلى التقنين والحصر وفرض القيود<sup>6</sup>...

ومع الأزمات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية... قيد مبدأ حرية تنقل الأشخاص، حتى من طرف الدول التي تعد حريصة على حماية الحقوق والحريات العامة أكثر من غيرها. وقد تبنى في هذا الإطار المجلس الدستوري الفرنسي قرارا (عدد 93-325 المؤرخ في 13 أوت 1993) وضع بموجبه عدة شروط للحد من حرية تنقل الأفراد. وبذلك يكون قد تخلى على أحد ثوابت الدستور الفرنسي. ومن المؤكد أن المشرع الفرنسي استجاب لضغوطات الناخب اليميني (خاصة اليمين المتطرف)<sup>7</sup>، لكن هذا لا يفسر وحده التوجه العام للسلطات العمومية الفرنسية وكذلك جل الدول الأوروبية إزاء حرية تنقل الأفراد. فهناك مسائل مهمة مرتبطة باليد العاملة والبطالة والعنف والإرهاب<sup>8</sup>...

لقد انتشرت ظاهرة الهجرة السرية (أو غير الشرعية) في السنوات الأخيرة خاصة على مستوى الدول المغاربية التي تعتبر من أكثر الدول المصدرة للمهاجرين في العالم<sup>9</sup>. وأضححت الهجرة السرية (للبعض) الملجأ الوحيد للخروج من حياة البؤس والفقر وتحسين المستوى المعيشي<sup>10</sup>. والسبب في ذلك يرجع إلى سوء توزيع الثروات الطبيعية وانتشار الجفاف وقلة فرص العمل وتفشي آفة الفقر والتهميش والإقصاء وضعف البنيات التحتية الأساسية<sup>11</sup>. بدون أن ننسى أيضا الانقطاع المبكر عن الدراسة<sup>12</sup>، والافتقار لآليات الديمقراطية التي تكفل تكافؤ الفرص لكل المواطنين<sup>13</sup>. كل هذه العناصر تنطبق على دول جنوب البحر الأبيض المتوسط (خاصة الدول المغاربية). حيث يمثل حوض البحر الأبيض المتوسط 6% من اليابسة و7% من سكان العالم و8% من الثروة العالمية وتتميز الدول المطلة عليه بعدم التجانس بينها، بسبب الفوارق الاقتصادية الكبيرة في الثروة. فهناك شمال غني يبلغ الناتج المحلي فيه حوالي 7 تريليون دولار ومتوسط دخل الفرد فيه نحو 21 ألف دولار، وجنوب فقير لا يتجاوز متوسط الدخل السنوي للفرد فيه ألف دولار أمريكي، وناتج إجمالي وطني لا يتعدى 598 مليار دولار.

ومن جانب آخر نجد أن دول الشمال تصدر إلى دول الجنوب الآلات وأدوات الانتاج والسلع المصنعة ذات التركيبة التكنولوجية غير العالية، كما تستورد من دول الجنوب العربية المواد الخام كالتنظ والقطن وكذلك الانتاج الزراعي. أما حصة دول المجموعة الأوروبية من التجارة العالمية فتقدر بنسبة 19% و17% للولايات المتحدة، و8% لليابان مقابل 2.9% للعالم العربي، مع الإشارة إلى أن التنظ يشكل 68% من الصادرات العربية، وتبلغ نسبة الصادرات العربية للاتحاد الأوروبي 26% من إجمالي الصادرات العربية، أما نسبة واردات العرب من دول الاتحاد الأوروبي فتبلغ نسبة 45.6% من جملة وارداتهم<sup>14</sup>.

كلّ هذه العوامل تؤدي إلى ضعف اقتصاد الدولة (دول الجنوب) وتحويل دون تطورها وازدهارها وهذا يؤدي إلى هجرة السكان نحو بلدان الاستقبال المستقطبة للمهاجرين<sup>15</sup>. ففي القارة الأوروبية مثلا يقطن بها آلاف المهاجرين التازحين من المنطقة المغاربية<sup>16</sup> (التي تضم المغرب والجزائر وتونس وليبيا وموريتانيا).

في هذا الإطار وصفت منظمة العمل العربية، في تقرير نشر في شهر مارس 2009، الوضع الحالي للبطالة في الدول العربية بـ"الأسوأ بين جميع مناطق العالم دون منازع" ويقول التقرير أن 17.5% من الليبيين عاطلون عن العمل، كما تأتي البطالة في صدارة المشكلات الاقتصادية والاجتماعية التي تعاني منها الجزائر، والتي تتفاقم عامًا بعد عام، وبلغ معدل البطالة في الجزائر نسبة 29.9 %، ويقول التقرير إن أزمة البطالة قد تتصاعد بحدة في الجزائر في السنوات القادمة، بعد المشكلات الناتجة عن تراجع النمو الاقتصادي، بحيث لم يتجاوز هذا النمو حدود 0.3 % يضاف إلى ذلك قلة الاستثمار الداخلي والخارجي. وتقدر نسبة البطالة في المغرب بنحو 14.2 % وتقدر بنسبة 13.9 % في تونس<sup>17</sup>. ويقول الخبراء إن دول المغرب العربي الثلاث تحتاج إلى خلق حوالي مليون فرصة عمل سنويًا من أجل الحد من ظاهرة الهجرة<sup>18</sup>.

إنّ واقع الهجرة (الشّرعية و غير الشّرعية) في بعض الدّول لا يمكن فهمه ومعالجته على المستوى الدّاخلية (أي الوطني)<sup>19</sup> فقط، فالعامل العابر للوطن (transnational)<sup>20</sup> يؤثّر في المقاربات الوطنيّة وذلك من خلال البرامج والسياسات في كافة الميادين: الاقتصاد والتنمية المستدامة والاستثمار والشغل والبيئة... الخ<sup>21</sup>. هذا الواقع (أي ترابط الدّاخلية والخارجية) تعزّز منذ التسعينات، أي منذ مجيء العولمة<sup>22</sup>. فتوحيد ألمانيا (ألمانيا الشّرقيّة و ألمانيا الغربيّة) وتفكك ما كان يعرف بالمعسكر الشّرقي (أي الدّول الاشتراكيّة التي كانت منتمية إلى حلف فرسوفيا) واستقلال العديد من

الدول: سلوفينيا وسلوفاكيا وكرواتيا وأكرانيا وصربيا، الخ... كان له تأثيرات عميقة في العلاقات الدولية<sup>23</sup>.

وقد تعامل الاتحاد الأوروبي مع هذه الأحداث بحذر لما له من تأثير في المستقبل الأوروبي خاصة في بعده الأمني<sup>24</sup>. فسارع الاتحاد إلى إدماج هذه الدول المستقلة مع وضع بعض الشروط للاندماج تتعلق باحترام حقوق الإنسان ومبادئ الديمقراطية... وأصبحت دول الاتحاد تعد الآن 27 دولة، وتجدر الإشارة إلى أن إنشاء هذا الفضاء الأوروبي بدأ سنة 1951 بست دول<sup>25</sup> في إطار جمعية الفحم والفولاذ الأوروبية (Communauté Economique du Charbon et ) (de l'Acier).

لقد ساهم انخراط دول أوروبا الشرقية في الاتحاد الأوروبي في تزويد الاتحاد باليد العاملة، فوقع شيئا فشيئا الاستغناء عن اليد العاملة المغربية<sup>26</sup>. لكن الشباب المغربي مازال يعتقد أن الحلول المتعلقة بفرص العمل موجودة بأوروبا، وهذا يفسر محاولة بعضه الالتحاق خلسة بدولة من دول الاتحاد الأوروبي. فكان رد الاتحاد الأوروبي (ودوله الأعضاء) ودول شمال إفريقيا هو رفض اللجوء إلي هذه الظاهرة الخطيرة والمكلفة<sup>27</sup>. لذا جاءت الاتفاقيات والمقاربات المتعلقة بالهجرة غير الشرعية محتوية على وسائل ردع (أي أمنية) ووسائل سياسية تعتمد على إقناع الشباب الراغب في الهجرة بالبقاء في وطنه وإعانتته من خلال العديد من البرامج التنموية والحوافز المادية وحتى المعنوية من خلال التنصيص على احترام الحريات الفردية والجماعية وحقوق الإنسان ومبادئ الديمقراطية ودولة القانون والمجتمع المدني. وقد أعطت جل هذه الحوافز شمولية ودينامكية للمقاربات الأوروبية المتعلقة بملف الهجرة السرية<sup>28</sup>.

وعلى ضوء ما تقدم نخصص الفقرة الأولى لإبراز آليات الردع التي اعتمدها الاتحاد الأوروبي (وكذلك دول المغرب العربي) للتصدي لظاهرة

الهجرة غير الشرعية (الفقرة الأولى). ونسلط الضوء في الفقرة الثانية على الجانب السياسي والاقتصادي لمعرفة مدى حرص الاتحاد الأوروبي وكذلك الدول النامية، خاصة المصدرة للهجرة، على رفع التحديات وحماية الشباب من المخاطر الجسيمة التي تتعرضه وخاصة الموت غرقا إثر عمليات الإبحار<sup>29</sup> نحو المجهول... (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى : آليات الردع

نقصد بآليات الردع، الوسائل الأمنية المعتمدة من طرف دولة (أو مجموعة دول) للتصدي لبعض الظواهر الاجتماعية كالعنف والشغب وإلحاق الأضرار بالأموال العمومية أو ملك الغير والجريمة المنظمة... الخ<sup>30</sup>. وإن المتفحص لوسائل الردع الأوروبية لثني الشباب عن دخول الإقليم الأوروبي يلاحظ عملية تدرج في وضع هذه القيود من خلال العديد من الاتفاقيات والتفاهات الدولية. فمن اتفاقية شانغين (Convention de Schengen) مرورا بالشراكة الأورو متوسطية (Partenariat euro-méditerranéen) وصولا إلى الاتحاد من أجل المتوسط (Union pour la méditerranée) تم تعزيز وتعميق وتطوير الآليات المتبعة من طرف أوروبا للحد من ظاهرة الهجرة<sup>31</sup>. إذا استولى في هذا البحث إبراز هذه العناصر متبعين تدرجا زمنيا حتى نتمكن من ربط هذه الآليات بالتطورات السياسية والاقتصادية والديمقراطية.

أولا : اتفاقية شانغين (1985)

تعتبر اتفاقية شانغين<sup>32</sup> التي أبرمت سنة 1985 (14 جوان)، أول معاهدة لمعالجة الهجرة بين الدول الأوروبية. وقد جاءت هذه الاتفاقية مدعومة للمبادئ التي أسست من أجلها المجموعة الأوروبية<sup>33</sup>، أي حرية تنقل الأشخاص الذين ينتمون إلى الدول الأعضاء. ونصت اتفاقية شانغين في نفس الوقت فرض تأشيرة على الأجانب (العرب والأفارقة بالأساس)<sup>34</sup> من



طرف جميع الدول الأعضاء. وهذا يعني أنّ هذه الدول قامت بخطوة جدية في التعاون بينها لمراقبة فضاء شانغايين. أمّا تمكين بعض الأشخاص (المرشّحين للهجرة) من التأشيرة لدخول إقليم شانغايين فهو يعتمد على عناصر موضوعية ومشتركة بين جميع الدول الأعضاء.

ولئن كان قرار منح التأشيرة أو عدمه يخضع لسلطة تقديرية من الإدارة المختصة (عادة القنصليات بالتنسيق مع السياسات والقوانين لكل بلد على حدة)، فإنّه أصبح يستجيب (مع شانغايين) - ولو نظرياً - لمطالب دنيا ومشتركة بين كافة الدول الأوروبية منها الاستظهار بما يفيد التسجيل بالجامعات والمدارس العليا بالنسبة إلى الطلبة وأما بالنسبة إلى العمال، فالحصول على عقد عمل (أحيانا في بعض الميادين فقط) يعتبر من أهم الوثائق للحصول على التأشيرة.<sup>35</sup>

هذه التدابير والقيود الإدارية رغم أهميتها لم تنجح في وضع حد لتدفق آلاف المهاجرين غير الشرعيين، حيث أنّ العديد من الأشخاص يلجؤون إلى أساليب غير قانونية للحصول على التأشيرة منها شهادات تسجيل وهمية أو صورية بأحد المعاهد أو الجامعات الأجنبية وكذلك الشأن بالنسبة إلى الزاغبين في العمل<sup>36</sup>. إذن فإنّ هذه الشريحة من الشباب تدخل في إطار الهجرة غير الشرعية، ولئن كان دخولهم إلي فضاء شنغايين قانونياً<sup>37</sup>. فالإحصائيات ومراقبة الشرطة أثبتت أنّ العديد من الشباب الذي يلتجئ إلى المغالطة لا يتوفّق في الحصول على بطاقة إقامة وبالتالي يصبح مهاجراً غير شرعي<sup>38</sup>. ويبقى حيثنّد عرضة للتهميش وإعادته إلى وطنه عبر عمليات ترحيل قسرية تنتهك فيها أبسط قواعد حقوق الإنسان. ولذا يلجأ البعض من المهاجرين إلى إتلاف جميع الوثائق الشخصية المتعلقة بهويتهم عند دخولهم إحدى الدول الأوروبية حتى لا يتمكن المحقق (البوليس) من التعرّف عليهم وهذا يمكنهم من البقاء هناك لأنهم مجهولو الانتماء. والقانون الدولي لا يسمح بطرد هذه الشريحة من المهاجرين في غياب التعرّف والتحقق من جنسيتهم.<sup>39</sup>

بقي أن نذكر وجود عوائق أخرى تفسّر عدم نجاعة التصدي للهجرة غير الشرعية في ظلّ شانغين، حيث أن التوقيع على هذه الاتفاقية (1985) لم يسمح بتوحيد نظام منح التأشيرة للمهاجرين إلا عام 1996 تطبيقا لقرار المفوضية الأوروبية عدد 95/1683<sup>40</sup>. لكن دول الاتحاد الأوروبي لم تبق مكتوفة الأيدي أمام ظاهرة تزايد المهاجرين غير الشرعيين، فقامت باستنباط آليات جديدة بالتعاون مع بلدان المغرب العربي في إطار اتفاق أطلق عليه خمسة زائد خمسة (5+5).

ثانيا: اتفاق خمسة زائد خمسة (5+5) : 1990

أعلن عن هذا المسار (5+5) سنة 1990 بروما، ويضمّ كلاً من تونس والجزائر والمغرب وموريتانيا وليبيا (الدول المغاربية) ودول شمال البحر الأبيض المتوسط (فرنسا وإيطاليا وإسبانيا والبرتغال ومالطا)<sup>41</sup>. ويحتوي ثلاثة محاور: الأمن والاقتصاد والمسألة الثقافية والاجتماعية.

على المستوى الأمني: يهدف هذا المسار إلى رعاية حوار فاعل بين وزراء خارجية هذه الدول الذين يلتقون دوريا كلّ سنة لتبادل وجهات النظر حول المسائل ذات الاهتمام المشترك وذلك للمساهمة في إيجاد حلول للمسائل السياسية والأمنية ذات المصلحة المشتركة. كما يشير إلى تعلق الدول المشاركة بمبدأ شمولية مسألة الأمن وعدم تجزئتها في المتوسط، وإلى جعل تعاونهم في هذا الميدان ينصب على خدمة السلم والتعاون في المنطقة بأسرها من أجل جعلها فضاء أمن وتعاون واستقرار، والتأكيد على أن مسار التعاون بين دول غرب المتوسط يتيح من جديد فرصا كبيرة لتعميق علاقات التعاون بين الدول الأعضاء ويتمّ الحوار بين المجموعة الأوروبية واتحاد المغرب العربي والحوار العربي الأوروبي.

على المستوى الاقتصادي: أكد إعلان روما على الطابع الشمولي لهذا الحوار وعلى أهمية بعده الاقتصادي. والعزم على إرساء تضامن جهوي

كفيل بمعالجة عدم التوازن في مجال التنمية. والتزام الدول الأعضاء بالسهر على أن يرافق مسار الاندماج والتعاون في أوروبا مجهودا مماثلا في مجال التعاون في اتجاه منطقة المتوسط. ولتحقيق هذا التضامن أشار إعلان روما إلى ضرورة إنشاء وسائل وآليات ناجعة لهذا الحوار. وقد وقع عمليا الاتفاق على تبني العديد من البرامج والمشاريع<sup>42</sup>.

على المستوى الاجتماعي والثقافي: أشار إعلان روما إلى البعد الشمولي لهذا المسار باعتباره يشمل - إلى جانب التعاون السياسي والاقتصادي- التعاون الاجتماعي والثقافي، كمسائل الهجرة والتربية والتكوين والاتصال والمسائل الثقافية وحماية التراث. وفي هذا الإطار، تبنى الوزراء العديد من المشاريع<sup>43</sup>.

وللحدّ من ظاهرة الهجرة تم بعث فرق أمنية (لتعزيز الرقابة على المستويين المغربي والأوروبي)، مجهزة بأحدث وسائل الاتصال والسيارات والمراكب البحرية السريعة حتى يتم رصد الفارين من أوطانهم وملاحظتهم<sup>44</sup>. وقد رافق تعزيز الحراسة على الحدود ظهور تنظيمات إجرامية (أو بالأحرى عصابات)، تنمي أحلام الشباب مستغلة في ذلك حالة الفقر والبطالة... وتقوم هذه العصابات بتنظيم عمليات إبحار متسللة إلى السواحل الأوروبية مقابل مبالغ مادية متفاوتة القيمة<sup>45</sup> حسب "الخدمات المتوقّرة" عبر قوارب متهاككة...<sup>46</sup>. وقد حاول المجتمع الدولي<sup>47</sup> التصدي لظاهرة تنامي العصابات عبر التوقيع على بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين (برا وبحرا وجوا) المتمم لاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بمكافحة الجريمة المنظمة<sup>48</sup>. وتأتي هذه التشريعات معززة للتدابير الأوروبية لاسيما أنّها تنسجم من حيث الأهداف وبعض الأدوات المعتمدة.

بالتوازي مع مبادرة 5+5 (الأمنية)، يعمل الاتحاد الأوروبي على مستوى اللقاءات الأورو-إفريقية الذي يظّم 57 دولة (إفريقية وأوروبية) حتى يتمكن من غلق جميع المنافذ وتعزيز وسائل المراقبة... وقد تمّ في هذا الإطار

الاتفاق على تعزيز الوسائل الأمنية من خلال تشديد الحراسة على الحدود الأوروبية والإفريقية كخطوة تهدف إلى تحصين القارة الأوروبية من تسلسل المهاجرين غير الشرعيين من جهة والحد من ظاهرة قوارب الموت التي تنطلق من السواحل الإفريقية من جهة أخرى. وتشمل تلك الخطة تأهيل الوحدات الأمنية المكلفة بحراسة الحدود ودعمها بالتجهيزات والمعدات الضرورية للقيام بمهامها بصورة جيدة. كما يدخل ضمن تلك الإجراءات، زيادة التنسيق مع الدول المصدرة للمهاجرين ودول المعبر والدول التي تستقبل المهاجرين عن طريق إنشاء بنك معلومات رقمي يحتوي على المعلومات الضرورية حول المنظمات الإجرامية المتخصصة في تهريب البشر، يكون بمقدوره تزويد الدول الإفريقية المعنية بوسائل إنذار مبكر.

بعد مرور سنوات من اتفاق - خمسة زائد خمسة - لم تحقّق الدول الأوروبية نتائج ملموسة للحدّ من ظاهرة الهجرة السرية<sup>49</sup>. ومن النقائص المسجّلة في هذا الإطار (مجموعة 5+5) أنّ هناك العديد من الدول رغم أهميتها في مقاومة فلول المهاجرين لم يقع تشريكها وبالتالي بقيت بوابة عبور<sup>50</sup>. وقد دفع هذا الوضع الأطراف الأوروبية إلى صياغة مقاربات جديدة، أكثر صرامة مع تشريك كل الدول من خلال الشراكة الأورو متوسطية<sup>51</sup>. وتجدر الإشارة إلى أن التشريعات السابقة لم يقع التخلّي عنها (أي اتفاق خمسة زائد خمسة: 1990 واتفاقية شانغايين: 1985).

ثالثا- اتفاق الشراكة الأورو متوسطي، مسار برشلونة (1995)

في مدينة برشلونة (إسبانيا)، وقع اجتماع بين كل الدول المطلة على البحر الأبيض المتوسط<sup>52</sup>. وتمّ بعث ما أطلق عليه بمسار برشلونة الذي يضمّ دول أعضاء الاتحاد الأوروبي ودول جنوب البحر الأبيض المتوسط. وقد وقعت تونس على الاتفاق سنة 1995 وبهذا تكون أول دولة تعلن انخراطها في الشراكة الأورو متوسطية<sup>53</sup>.

وتعدّ الهجرة غير الشرعية من أهم محاور الشراكة<sup>54</sup>. وأعلنت أوروبا صراحة تصديها وتعزيز وسائلها الرذعية (أي اللجوء إلى الوسائل الأمنية والقمعية) ضد المهاجرين غير الشرعيين<sup>55</sup>. وهذا ما يفسّر تصنيف المهاجرين خارج الإطار القانوني بالإرهابيين<sup>56</sup>. وفي هذا الصدد لجأت كافة الدول الموقعة على برشلونة إلى سنّ قوانين زجرية لمكافحة الإرهاب ويدخل في ذلك ما يطلق عليهم "الحرّاقة".

إذا فإنّ التشريع الأوروبي منذ شانغين وصولاً إلى الشراكة وكذلك الاتحاد من أجل المتوسط الذي تمّ الإعلان عنه سنة 2008 جاء بطريقة تصاعديّة، أي من مراقبة الحدود إلى عقوبات بالسجن تتجاوز بعض الأحيان العشر سنوات. أمّا اعتبار المهاجر غير الشرعي بمثابة إرهابي فهذا يقيم الدليل على تعزيز الوسائل الرّجّرية للحدّ من تفاقم هذه الظاهرة<sup>57</sup>.

بقي أن نذكر أنّ الآليات الأوروبية تأثرت بأحداث خارجية ليس لها علاقة بالواقع الموضوعي لسوق الشغل واليد العاملة في أوروبا. حيث إنّ أحداث 11 سبتمبر 2001 بالولايات المتحدة الأمريكية كان لها دورا - وما تزال- في خلق إطار من الشكوك، وجعل كل مهاجر (شرعي وغير شرعي) متّهما بشكل أو بآخر بميوله إلى العنف والجريمة...، خاصّة العرب والمسلمين. وهذا ما يفسّر تنامي العداء والعنصرية ضد المسلمين في أوروبا، وظهور ما يعبر عنه بالإسلاموفوبيا (Islamophobia)<sup>58</sup>، حيث أظهرت العديد من استطلاعات الرأي أن أغلب الأسباب والفرنسيين والإنجليز والإيطاليين والسويسريين يساندون حملات التطهير ضد الأجانب<sup>59</sup>.

فعلى سبيل المثال قامت الحكومة الإيطالية بخطوات غير مسبوقة ضد المهاجرين، فقد وقع استحداث جريمة الهجرة غير الشرعية ومدّدت فترة البقاء في مراكز التوقيف المؤقت للمهاجرين غير الشرعيين حتى مائة وثمانين يوما وكوّنت دوريات أمنية من المدنيين وشدّدت العقوبات... ووقع

التنصيص على عقوبة السجن لمن يقيم بشكل غير قانوني في إيطاليا بالإضافة إلى غرامة تتراوح ما بين خمسة آلاف وعشرة آلاف يورو مع فتح المجال للتبليغ عن أي مهاجر وفد إلى البلاد بصورة غير قانونية<sup>60</sup>. وأمّا فرنسا، فقد شدّد القانون المؤرّخ في 26 نوفمبر 2003 شروط الدّخول مع تشديد العقوبات. نذكر في هذا السياق أنّ السّلطات الفرنسيّة قامت بطرد ما يقارب 20.000 مهاجر سنة 2005.

وفي إسبانيا وقع تنقيح القانون المتعلّق بالهجرة أربع مرّات منذ سنة 2000 وتدلّ هذه الوتيرة وحدها على دقّة وحساسيّة الوضع. وقد أقرّ المشرّع الإسباني عبر قانون 2010 جملة من التدابير الرّامية إلى التّضييق على المهاجرين الشرعيين وفاقدية الشّرعية. وهذا ما جعل الآلاف من المهاجرين المغاربة الذين التحقوا بإسبانيا في السّنوات الأخيرة، عن طريق الهجرة الشرعية أو غير الشرعية، يضطّرون إلى مغادرة إسبانيا طوعا أو قسرا، بسبب ما يتضمّنه قانون 2010 الذي ينصّ على عقوبات مشدّدة في حق الشّركات والمقاولات والمؤسّسات التي تمنح عقود عمل للمهاجرين الذين لا يملكون وثائق الإقامة بإسبانيا.

كما تضمّن القانون الجديد إجراءات تعجيزيّة في مجال توظيف اليد العاملة الأجنبيّة في إسبانيا، حيث ينصّ على ترحيل المهاجرين والمقيمين بصفة شرعية الذين فقدوا عملهم إلى بلدانهم الأصليّة بصفة مؤقتة، مقابل استفادتهم من منح البطالة إذا وافقوا على الرّجوع الطوعي إلى بلدانهم الأصليّة. كما يشدّد المشرّع على شروط حق التّجمّع العائلي (Regroupement familial) وهو الحقّ الذي لا يمكن أن يستفيد منه سوى الذين تتجاوز أعمارهم 65 سنة والمالكين لبطاقة الإقامة الدّائمة دون الاستفادة من العمل<sup>61</sup>. هذه الخطوات والإجراءات المستحدثة على مستوى دول الاتّحاد الأوروبي رافقتها أيضا مبادرات الدّول المغاربيّة.

على المستوى التونسي: صادقت تونس على بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين المتمم لاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بمكافحة الجريمة المنظمة بموجب قانون عدد 6 لسنة 2003. كما وقع تنقيح قانون جواز السفر من خلال قانون عدد 6 المؤرخ في 3 فيفري 2004<sup>62</sup>. دون أن ننسى أن تونس تعتبر من الدّول التي طوّرت تشاريعها في مقاومة ما يسمّى بالإرهاب من خلال تبني قانون 2004.

أما على مستوى المغرب فإنّ المادة 50 من الظهير<sup>63</sup> المنظم للهجرة غير المشروعة تنصّ على أنّ كل شخص غادر التراب المغربي بصفة سرّية، وذلك باستعماله أثناء اجتيازه أحد مراكز الحدود البرية، أو البحرية، أو الجوية، وسيلة احتيالية للتملص من تقديم الوثائق الرّسمية اللازمة، أو من القيام بالإجراءات التي توجبها القوانين والأنظمة المعمول بها، أو باستعمال وثائق مزوّرة، أو بانتحاله اسما غير اسمه، وكذلك كل شخص تسلّل إلى التراب المغربي، أو غادره من أماكن، أو منافذ غير مراكز الحدود المعدّة خصيصا لذلك، (وقد سوى المشرّع في ذلك بين المواطن المغربي، والأجنبي)، يعرّض للعقاب. وتتراوح العقوبة المفروضة على الشّخص المرتكب للأفعال المشار إليها أعلاه، ما بين الحبس من شهر إلى سنة، وغرامة يتراوح قدرها ما بين 3000 درهم إلى 10000 درهم أو إحدى هاتين العقوبتين فقط<sup>64</sup>.

وفي الجزائر لم يكن هنالك قانون يجزّم الهجرة غير الشّرعية، ولردع الشّباب الجزائري عن مغادرة البلاد سراً، تصدّى القضاء لهذه الظاهرة بصرامة كبيرة. لكن منذ بداية عام 2009، تضمّن قانون العقوبات جريمة جديدة، وهي فعل مغادرة التراب الوطني بشكل غير شرعي، وهو فعل يعاقب عليه بالسجن لفترة تتراوح بين شهرين وستة أشهر وبغرامة تتراوح بين 20 ألف و60 ألف دينار جزائري<sup>65</sup>.

أما ليبيا فقد أصدر مؤتمر الشعب العام حديثاً القانون رقم 19 لسنة 2010 بشأن مكافحة الهجرة غير المشروعة ونشر هذا القانون في 15/6/2010. وينص القانون على العقاب بالسجن من سنة إلى خمس سنوات وغرامات مالية تصل إلى ثلاثين ألف دينار (25 ألف دولار) لكل من يتورط في جريمة التهريب، مشيراً إلى وصول الحكم إلى المؤبد في حالة وفاة الأشخاص الذين يتم تهريبهم.

بقي أن نذكر أنّ الوسائل الرّدعية التي تم توحيها من قبل بعض الدّول كانت عرضة للعديد من الانتقادات صدرت عن المجتمع المدني، خاصّة تلك التي تهتمّ بحقوق الإنسان<sup>66</sup>. وهذا ما يفسّر أيضاً الانتقادات التي وجهتها المفوضيّة العليا لحقوق اللاجئيين التابعة للامم المتّحدة للسياسة التي تعتمدها بعض دول الاتّحاد الأوروبيّ ضد المهاجرين. حيث ترى المفوضيّة أنّ الاتّحاد الأوروبيّ مازال بحاجة لليد العاملة معتمدة على تقديرات الأمم المتّحدة التي أشارت إلى أنّ على أوروبا أن تستقبل 159 مليون مهاجر بحلول عام 2025، لتعويض العجز الديمغرافي الناجم عن انخفاض نسب الخصوبة<sup>67</sup>. إنّ دول الاتّحاد الأوروبيّ تعي هذه المسائل وهذا ما يفسّر لجوؤها إلى هجرة نوعيّة أي هجرة انتقائيّة لذوي الكفاءة تلي مصلح أوروبا عبر آليات تحفيزية متعددة دون التخلي عن آليات الردع التي وقع ذكرها.

#### الفقرة الثانية: آليات التحفيز

تتمثّل آليات التّحفيز التي تمّ اعتمادها في الإعانات التّنموية والقروض والاستثمارات، وكذلك قبول نسبة معيّنة من المهاجرين في دول الاتّحاد الأوروبيّ، وهم أصحاب الكفاءات والشهادات الجامعيّة.

#### أولاً: الإعانات التّنموية

تتمثّل هذه الإعانات في منح قروض بدون فوائد أو على شكل هبة للدول النامية. ومثل هذه الآليات تقوم بها عادة المنظّمات الدّولية، مثل البنك



الدولي وصندوق التقد الدولي ومنظمة الأمم المتحدة عن طريق العديد من أجهزتها ومؤسساتها الخاصة. وفي إطار القضاء على الهجرة العشوائية، يلجأ الاتحاد الأوروبي (وكذلك الدول الأعضاء بصفة انفرادية)<sup>68</sup> إلى منح هذه الإعانات لبعض الدول المعنية بهذه المسألة (أي الدول المصدرة للهجرة) حتى توفر للشباب فرص عمل في بلدهم<sup>69</sup>.

فمن خلال دراسة الإعانات للدول النامية لاحظنا أن قيمة الأموال التي منحها الاتحاد الأوروبي في تزايد، وهذا يعكس الإرادة الأوروبية في التخلص من المهاجرين غير المرغوب فيهم<sup>70</sup>. وقد بدأ الاتحاد الأوروبي توحي هذه السياسة (التحفيزية) بالتوازي مع الوسائل التجريبية المعتمدة منذ بعث فضاء شانغين (1985). وقدم الاتحاد الأوروبي في إطار برنامج ميدا (MEDA) مبلغ 4.6 مليار أورو للدول المتوسطة مساعدة مالية للمساهمة في تحمّل جزء من تكاليف الانفتاح الاقتصادي والإصلاحات المرافقة عن طريق صندوق الاتحاد في إطار البرنامج الأول الذي يدعى بـ (MEDAI) بالنسبة إلى الفترة (1995-1999)، منها 200 مليون أورو كرؤوس أموال بخطر (à capitaux risqués) يسيّرها البنك الأوروبي للاستثمار، وبرنامج آخر (MEDAII) لفترة (2000-2006)، وفيما يلي بعض الأرقام الملخصة في شكل الجدول التالي<sup>71</sup>.

برنامج ميدا (MEDAI) (1999-1995)			برنامج ميدا (MEDAII) (2000-2006)		
وضعية لخمس سنوات (1995-1999)			وضعية جزئية لأربع سنوات (2000-2003)		
البلد	التعهد (الالتزام)	الدفع	البلد	التعهد (الالتزام)	الدفع
الجزائر	164	30.2	الجزائر	181.2	32.6
المغرب	656	127.6	المغرب	524.5	279.3
تونس	428	168	تونس	305.9	243.2
المجموع	1.248	325.8		1.011.6	555.1

من خلال قراءتنا للجدول يتضح أن برنامج (MEDAI) لفترة (1995-1999) رصد مبلغ الالتزامات المخصصة للدول المغاربية الثلاث بـ 1248 مليون أورو وأن المبالغ المدفوعة فعلا هي 325.8 مليون أورو، أي نسبة التعهدات المدفوعات تمثل 26%، في حين نجد في برنامج (MEDAII) لمدة أربع سنوات (2000-2003) وصل مبلغ الالتزامات أو التعهدات 1011.6 مليون أورو، أما المبلغ الإجمالي للمدفوعات فتمثل في 555.1 مليون أورو أي بنسبة 55%<sup>72</sup>. وهذا يعبر عن التباين والاختلافات بين المغاربة والأوروبيين المتعلقة أساسا بالمسائل الأمنية والسياسية وكذلك عن عدم جاهزية الدول المغاربية من وجهة نظر اقتصادية. وهذا يفيد كذلك بأن المساهمات المالية التي يقدمها الاتحاد الأوروبي لشركائه المغاربة مرتبطة بنسق الإصلاحات المطلوبة... والتي تندرج فيما يطلق عليه بمبادئ المشروطة (Les principes de conditionnalités)<sup>73</sup>. لكن، رغم التباين في بعض السجلات بين الدول المغاربية ونظرائها من الاتحاد الأوروبي، تعتبر الشراكة الأورو متوسطة (1995) وكذلك الاتحاد من أجل المتوسط (2008)<sup>74</sup> الإطارين الأمثلين لهذه المقاربة التحفيزية من خلال الإعانات التثموية والاستثمارات<sup>75</sup>.

#### ثانيا: الاستثمارات

يشجع الاتحاد الأوروبي رؤوس الأموال على الانتصاب في الدول النامية<sup>76</sup>. ويقوم البنك الأوروبي للاستثمار Banque européenne d'investissement بالدور المركزي لتجسيد هذه الخيارات وذلك بالتنسيق مع الدول النامية. فقد سعت المجموعة الأوروبية (Les Communautés européennes) منذ تأسيسها (سنة 1957 من خلال المصادقة على معاهدة روما) إلى توفير الإمكانيات الضرورية لرؤوس الأموال للعمل في الدول النامية، وأخذت هذه الخيارات شكلا رسميا من خلال الاعتمادات التي توفرها المؤسسات الأوروبية بتوصية من السياسيين، في إطار البحث عن حلول للهجرة<sup>77</sup>. على اعتبار أن الأمن

والسلام والاستقرار في ضفتي البحر الأبيض المتوسط مرتبطان بالتنمية والاستثمار.<sup>78</sup>

وجاءت الشراكة الأورو متوسطية (وكذلك الإتحاد من أجل المتوسط) لتفعيل هذه التوجهات بالتوازي مع القرارات الوطنية لدول جنوب المتوسط والداعمة للخصوصية واقتصاد السوق وإعفاء المستثمرين من دفع بعض الضرائب وتسهيل الإجراءات المتعلقة ببعث المشاريع. هذا ما يفسر تنامي الاستثمار خاصة على مستوى الدول المغاربية من خلال برنامج ميدا (MEDA) الذي حل محل آليات التمويل التي اعتمدها الإتحاد الأوروبي قبل بعث الشراكة.<sup>79</sup> من جانب آخر يتضح أن تونس والمغرب عرفتا تزايدا ملحوظا في حجم الاستثمارات الأجنبية، ويمكن تفسير هذا في التقدّم الذي أحرزته هاتان الدولتان في مجال الإصلاحات الاقتصادية والشروع في عملية الخصوصية، وكذلك من خلال تبني المقاربات الأوروبية في مقاومة الهجرة السرية<sup>80</sup>، وهو ما ساعد على جلب الاستثمارات، خلافا للجزائر التي عرفت تراجعا في جلب الاستثمارات الأجنبية وهو أمر يمكن تفسيره بالأزمة الأمنية التي مرّت بها الجزائر. وينطبق هذا التباين كذلك في الأرقام المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية بشكل عام حسب الجدول التالي.<sup>81</sup>

السنة	إجمالي تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الدول النامية	الجزائر	المغرب	تونس	ليبيا	حصة الدول المغاربية من إجمالي الاستثمار الأجنبي المباشر بالقيمة و(%)	مصر
1995	330.96	8	290	264	105	0.7%	600
1996	713.129	13	311	253	110	0.5%	636
1997	944.148	7	500	360	110	0.7%	834
1998	200.191	501	417	668	150	0.9%	1076

1065	%1.0	2369	118	368	1376	507	200.229	1999
1235	%0.7	1782	142	779	423	438	000.246	2000
510	%2.2	4591	101	486	2808	1196	400.209	2001
647	%1.5	2410	96	821	428	1065	200.161	2002
9859	%1.16	19744	1646	5702	8599	3797	1.698.591	الجموع

بقي أن نذكر بأنّ التزايد في دعم الاستثمارات من الاتحاد الأوروبي في دول شمال إفريقيا (وهو دعم تعزز منذ إطلاق الاتحاد من أجل المتوسط حيث سبّغ القيمة الجمالية للدعم الماديّ اثني عشر مليون أورو للفترة بين 2007 و2013)، لا ينفى وجود عراقيل سياسية، خصوصا بعد ما حصل في غزة. حيث صرحت دول اتحاد المغرب العربي بأنها ستعيد النظر في انضمامها إلى الاتحاد من أجل المتوسط طالما أن الإسرائيليين والفلسطينيين أعضاء فيه.

وكانت ليبيا التي تولت رئاسة اتحاد المغرب العربي (الجزائر وليبيا والمغرب وموريتانيا وتونس) أعربت عن معارضتها لهذا الاتحاد الذي أطلقه الرئيس الفرنسي نيكولا ساركوزي معتبرة أنه سيمس بالوحدة العربية والإفريقية. ويعتبر مشروع الاتحاد من أجل المتوسط، من أهم النقاط الخلافية التي تعكّر صفو العلاقات بين الجزائر وفرنسا، حيث تشترط الجزائر إضفاء الطابع التقني على أمانة الاتحاد وإفراغها من أي دور سياسي، وتخليص الاتحاد من أي توجه يمكن أن يجعله فضاء للتطبيع مع دولة إسرائيل<sup>82</sup>.

لقد قام الاتحاد الأوروبي بالعمل على تذليل هذه الصعوبات، حيث حمل إسرائيل مسؤولية تدهور مسار السلام في الشرق الأوسط الذي يعتبر مسألة مركزية لنجاح الشراكة الأورو متوسطية مع كل انعكاساتها على المقاربات التي تتعلق بالهجرة السرية. كما عمل الاتحاد الأوروبي بالتوازي على التخفيف من معاناة الشعب الفلسطيني خاصة في قطاع غزة المحاصر

منذ 2007. ويعتبر الاتحاد الأوروبي من أكبر الممولين والمانحين للسلطة الفلسطينية، خاصة منذ إبرام اتفاقية أوسلو (1993) بين السلطة الفلسطينية ودولة إسرائيل، وهي اتفاقية تزامنت مع بعث الشراكة الأورو متوسطية (1995).

وبالتالي فإن المقاربات الأوروبية المتعلقة بالهجرة في إطار الشراكة الأورو متوسطية جاءت متكاملة وشاملة ولم تنحصر في آليات الاستثمار والدعم المادي والتعاون في مجال التنمية، بل امتدت أيضا إلى المسائل السياسية وكذلك البيئية وحقوق الإنسان... مثلما التزم به المشاركون في مؤتمر برشلونة<sup>83</sup>.

فيما يخص حقوق الإنسان، فقد أصبحت منذ إقامة علاقة الشراكة الأورو متوسطية حجر الزاوية للتعاون بين ضفتي المتوسط، وهو ما يعبر عنه الأخصائيون بالتعاون المشروط<sup>84</sup>. إذا فإن احترام الحريات العامة وحقوق الإنسان (ومبادئ الديمقراطية ودولة القانون والمجتمع المدني...) مندمج في المقاربات الوقائية للهجرة غير الشرعية، حيث أنها تهدف إلى حماية الشباب من مظاهر التهميش والخصاصة والانتحار عبر الهجرة إلى الشمال في ظروف قاسية ومحفوفة بالمخاطر.

لقد عمم الاتحاد الأوروبي مسألة احترام الحريات العامة وحقوق الإنسان ومبادئ الديمقراطية ودولة القانون والمجتمع المدني مع كافة الدول، خاصة منذ اعتماد معاهدة أمستردام سنة 1997 التي خرجت إلى حيز التنفيذ اعتباراً من شهر ماي 1999<sup>85</sup> وحملت في طياتها خمسة أهداف أساسية للإتحاد الأوروبي وهي:

- حماية المصالح الأساسية للإتحاد وضمان استقلاله.
- تقوية أمن الإتحاد.
- المحافظة على السلم وتقوية أواصر الأمن الدولي.
- الترويج للتعاون الدولي.

- دعم الديمقراطية واستقلال القضاء واحترام حقوق الإنسان.

إلى جانب هذا الدعم المادي (المرفوق عادة بنوع من الرقابة السياسية التي أصبح يمارسها الاتحاد الأوروبي على شركائه المغاربة والتي تمثل من وجهة القانون الدولي نوعا من الانتقاص في السيادة)<sup>86</sup>، الذي يهدف إلى الحد من ظاهرة الهجرة، فإن الاتحاد الأوروبي لم يغلُق حدوده بصفة مطلقة أمام الرّاعبين في الاستقرار في بعض الدول الأوروبية. لذا فقد تمّ الاتفاق بين دول الشّمال ودول الجنوب على قبول نسبة محدّدة من المهاجرين.

ثانيا: قبول نسبة من المهاجرين: الهجرة المختارة

إن كان قبول المهاجرين في الدّول الأوروبية، خاصّة بعد انتهاء الحرب العالميّة الثانيّة، غير خاضع لمعايير معيّنة وغير مشروط (تماشيا مع حاجات القارّة العجوز لزيد العاملة وتنفيذا لبرنامج جورج مارشال مدير هيئة العمليات العسكريّة الأمريكيّة في الحرب العالميّة الثانيّة لإعادة البناء والتعمير)<sup>87</sup>، فإن المعطيات الحاليّة خاصّة منذ الانفتاح على دول أوروبا الشّرقية، قد غيّرت هذه الشّروط<sup>88</sup>. فعلاوة على فرض التّأشيرة على الأجنبيّ أصبحت الهجرة الشّرعية تستجيب أولا وأخيرا لحاجات الاقتصاد الأوروبي<sup>89</sup>. وفي هذا الإطار وقع الاعتماد على ما يسمّيه الرّئيس الفرنسيّ الهجرة الانتقائيّة (immigration choisie)<sup>90</sup>، عوضا عن هجرة الإذعان والهجرة المفروضة (immigration subie)<sup>91</sup>.

وتعني الهجرة الانتقائيّة قبول نسبة محدّدة من أصحاب الشّهادات العليا، أي أصحاب الكفاءات في العديد من الاختصاصات: الطّب والهندسة والإعلاميّة...<sup>92</sup> وتمثّل فرنسا وإيطاليا وإسبانيا وألمانيا أكثر الدّول المعنّية بقبول هذه النّوعية من المهاجرين، نظرا لما توقّره من مزايا لصالح تلك الدّول. وتمثّل كندا النموذج النّاجح في انتقاء المهاجرين ودمجهم. حيث أظهرت التجربة أنّ قبول المهاجرين دون عمليّة إدماج فعليّة (على جميع

الأصعدة: السياسة والاجتماع والاقتصاد... يشكّل بعض المخاطر والانزلاقات. وفي هذا المقام حمل بعض المختصين فرنسا مسؤولية لجوء الشّباب المغاربي (المولود بفرنسا والحامل للجنسيّة الفرنسية) إلى العنف وحرق الآلاف من السيّارات والتّخريب والسّرقة...، إثر الأحداث الدّامية التي شهدتها فرنسا سنة 2005<sup>93</sup>.

كما رأى البعض أنّ استهداف فرنسا من أبناء الجيلين الثّاني والثّالث مرتبط كذلك بالعلاقات الدّولية ومواقف فرنسا الدّاعمة بشكل أو بآخر لاحتلال أفغانستان والعراق والميل والمساندة الخفية لدولة الاحتلال الإسرائيلي على حساب القضية الفلسطينيّة<sup>94</sup>. وهذا برهان آخر في نظر بعض المحلّلين لانتماء هذا الشّباب قانونيا إلى فرنسا أمّا من حيث الثّقافة والعقيدة... فإنّ هذه الجالية تمثّل امتدادا للشّرق وشمال إفريقيا والإسلام المتطرّف... ومهما يكن من أمر يجب الإقرار بوجود هوة عميقة وخطيرة بين فرنسا (الجمهورية والعلمانيّة...) والشّباب المغاربي (العربي والمسلم) وهذا مرتبط بعملية الاندماج الفاشلة<sup>95</sup>.

ويرى بعض المسؤولين في العواصم الأوروبيّة أن انتهاج سياسة الهجرة الانتقائيّة (من خلال الشّبكات الصّائفة للعقول حسب مصطلح الأمين كلاعي)<sup>96</sup> واستبعاد المهاجرين التقليديين (أي اليد العاملة التي جلبت واعتمد عليها سابقا حتى في الحروب من خلال حملات تجنيد قسريّة)<sup>97</sup> يمكن أن يحلّ بعض مشاكل الاندماج وذلك نظرا لأنّ "المهاجرين الجدد" من ذوي العلم والكفاءات والثّقافة... وبالتالي فمن المستبعد أن يلجأوا إلى العنف والانحراف...<sup>98</sup>. وتماشيا مع هذه الفلسفة جاء القانون الفرنسي على سبيل الذكر معبرا عن هذا الاختيار، حيث أن قانون 2006 حمل عنوان الهجرة والاندماج (immigration et intégration).

ولئن كانت الدول النامية "مستفيدة" من هجرة العقول، بما أنّ المهاجر يساهم في توفير العملة الأجنبية، إلا أنّ كل مهاجر جامعي (شرعي وفاقدا الشرعية) يعتبر خسارة لبلده في حقيقة الأمر. وفي هذا الصدد أظهرت دراسة منبثقة عن الأمم المتحدة أنّ هجرة الأدمغة تعدّ من أسباب التخلف والفقر في العالم النامي<sup>99</sup>. وتحتلّ الجزائر المرتبة الأولى في هروب أصحاب الكفاءات العليا في حين أنّ أوطانهم في حاجة ماسّة إلى المعرفة والاجتهاد والعلم والعمل... لذا، أوصت المنظمة الدولية (الأمم المتحدة) الشّباب المتعلّم لعدم مغادرة وطنهم<sup>100</sup>.

### الخاتمة

تمثّل الهجرة غير الشرعية الخط الأحمر لكافة الدّول الأوروبية. وتعرّز هذا الاقتناع خاصّة في التسعينات إثر تفكّك دول الكتلة الشرقية، التي زوّدت دول الاتحاد الأوروبي بالآلاف من العمّال. هذا الواقع يفسّر لجوء الاتّحاد إلى العديد من الوسائل الزّجرية للتصدّي لظاهرة الهجرة. وفي هذا الإطار، قامت حكومات الدّول الغنيّة بمنع الهجرة السّرية بواسطة تشديد الحراسة في مختلف منافذها، وبالاتفاق مع حكومات الدّول المغاربية على العمل على وقف الهجرة السّرية، عبر تضيق الخناق بزا وجوا وبحرا على المهاجرين.

وقد أظهرت السياسات الرّدعية منذ اتفاقية شانغين مرورا باتفاقية خمسة زائد خمسة إلى مسار برشلونة والاتّحاد من أجل المتوسط، أنّ الوسائل الأمنيّة وحدها لا تفي بالحاجة إلى صد الشّباب، (الباحث عن جنة عدن في أوروبا)، عن الهجرة غير الشرعية. واستدعى هذا الواقع انتهاج سياسات جديدة تعتمد هيكلّة اقتصاد الدّول المغاربية عن طريق ترشيد استعمال الثروات الطبيعيّة بشكل متوازن، وتوفير فرص الشّغل للشّباب، والقضاء على الفقر والتهميش، وتحسين مستوى عيش السّكان، إضافة إلى احترام حقوق الإنسان، وهو ما أدخل نوعا من التّجانس والشّمولية على مستوى المقاربات الجديدة.



فعلى سبيل الذكر قامت تونس بالخصوص وكذلك المغرب (كذلك بعض دول الشرق مثل مصر وتركيا) في هذا الإطار بالعديد من المبادرات التحفيزية لثني الشباب عن الهجرة. فبعثت صناديق لتمويل المشاريع الخاصة وتسهيلات للحصول على القروض. وترمي التدابير الإدارية إلى بعث المشاريع في نفس الخانة، أي تشجيع الشباب على العمل في وطنه.

نحن نعتقد أنّ المقاربات الأخيرة (أي التحفيزية) التي تمت بالاتفاق بين الأطراف الأوروبية والمغربية لا تؤسس حولا مستدامة. حيث أنّ الاعتماد على انتداب المهاجرين الجدد، أي التخب، لا يتماشى مع تطّعات الدول النامية وطموحاتها لرفع تحديات التخلف والتنمية والفقير... فهجرة الأدمغة يعتبر رأس مال لا يعوّض. وهذا ما أوصت به منظمة الأمم المتحدة.

أما على المستوى الأوروبي فإنّ الانتقاء لا يثني الشباب المغامر، المستعد للموت، عن طموحاتهم من الدّخول طوعا أو كرها إلى أوروبا. ومن جانب آخر، فإنّ إدماج عدد من المهاجرين المتعلّمين (المرشّح للتكاثُر في غياب مخابر بحث مجهزة وآليات تحفيزية وتأطير ونقص في الأموال المخصّصة في هذا الميدان... على مستوى الدول النامية)<sup>101</sup>، لا يعني إن تمّ بالضرورة التخلّي عن الهوية والثوابت الثقافية، وكذلك المعتكك السياسي والأيدولوجي والتنموي. وأكبر دليل على ذلك وجود علاقات بين المهاجرين "الأذكفاء" ودولهم الأصلية من خلال بعض شبكات الاتّصال، فعلى سبيل الدّكر وليس الحصر هناك شبكة العرب الفئيين المتخصّصين في مجالات العلوم (TECHWADY)، وشبكة الكفاءات العربية (ASTRA)، وشبكة التّونسيين المتخرّجين من المعاهد العليا الفرنسية (ATUGE)، ومثيلتها المغربية وقس على ذلك...<sup>102</sup>

وتمثّل هذه الظواهر أكبر تحدّد للمقاربات الأوروبية. خاصّة أمام تضاعف عدد المهاجرين (الشّرعيين وفاقدي الشرعية) في السّنوات المقبلة، مع تزامن

انخفاض في نسبة الخصوبة في كافة الدول الأوروبية. وهذا يسبب تغييرا ديمغرافيا في المجتمعات الأوروبية وانعكاسات اجتماعية (سوسولوجية) عميقة. ويتطلب مثل هذا الأمر من المسؤولين الأوروبيين اعتماد قوانين اندماجية فعالية والابتعاد عن سياسات الإقصاء واحترام حقوق الإنسان وعدم التمييز بين عربي أو أعجمي إلا بالعمل والكفاءة والاجتهاد...!

### - الهوامش:

- 1 Tout citoyen peut circuler et séjourner librement dans toute partie du territoire national, sous réserve des limitations que la loi fixe d'une manière générale pour des motifs sanitaires ou de sécurité. Aucune restriction ne peut être déterminée par des raisons politiques. Tout citoyen est libre de sortir du territoire de la République et d'y rentrer, sous réserve des obligations légales.
- 2 Les Espagnols ont le droit de choisir librement leur résidence et de circuler sur le territoire national. De même, ils ont le droit d'entrer et de sortir librement d'Espagne, dans les termes établis par la loi. Ce droit ne peut être limité pour des motifs politiques ou idéologiques.
- 3 لكل مواطن حرية التنقل داخل البلاد وإلى خارجها واختيار مقر إقامته في حدود القانون.
- 4 وتبنت ليبيا في تشرين الأول/أكتوبر 1951 في عهد السنوسية أول وثيقة دستورية في تاريخها التشريعي أعدتها لجنة وطنية بإشراف الأمم المتحدة. ويقر هذا الدستور الطابع الملكي للحكم في ليبيا. وألقى القذافي عند وصوله إلى السلطة في أيلول/سبتمبر 1969 دستور 1951 وأعلن أن النظام الليبي نظام جمهوري. وأعلن في الثاني من آذار/مارس 1977 وثيقة تنص على "قيام سلطة الشعب" وتحول ليبيا إلى نظام جماهيري.
- 5 الأمين كلاعي "إشكالية الهجرة الدولية والعربية"، دراسات دولية، عدد 113، تونس، 2009، ص. 40.
- 6 المختار بنعبدلاوي " من خطابات الهجرة إلى الاندماج الكوني، ما بعد خطاب أوباما"، دراسات دولية، عدد 113، تونس، 2009، ص. 93.
- 7 محمد بوزويتينة، " الهجرة السرية في القانون التونسي بين الوقاية والعلاج"، مجلة القضاء والشريع، تونس، أكتوبر 2007، ص 202-203.
- 8 La nouvelle, « Zone de libre-échange, terrorisme et immigration clandestine au menu », Quotidien algérien d'information, 26/11/2005.  
<http://www.lanouvellerepublique.com/actualite/lire.php?ida=32851&idc=13&refresh=1>
- 9 حسان القصار " الهجرة المغاربية من نتاج مرحلة الاستعمار إلى نتاج مرحلة العولمة"، مجلة دراسات دولية، تونس 2009 عدد 13.
- 10 Faouzi. Rassas, « L'immigré comme auteur de développement », colloque international, la migration tunisienne : état des lieux, développement et enjeux, 28 et 29 mai 2007.
- 11 Pierre. George, « Les migrations internationales », édition, Presse Universitaire de France, PUF, Paris, 1976.

- 12 رضوان الجريء " أسباب تنامي الهجرة السرية وآليات التصدي لها"، ملتقى جهوي بدائرة محكمة الاستئناف بقابس، سلسلة الملتقيات والدوريات ، المعهد العالي للقضاء، 2008.
- 13 الأمين كلاعي " نفس المرجع.
- 14 الأمين كلاعي " نفس المرجع.
- 15 هالة. الحكموني " الهجرة غير الشرعية عبر البحر "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق بصفافس، 2009-2010.
- 16 العدد الإجمالي للمهاجرين من إفريقيا الشمالية إلى أوروبا (المسجلين رسميا هناك) يقارب الآن 12 مليون شخص.
- 17 المومني أحمد، "العلاقات المغربية الأمريكية الرهانات الاستراتيجية والتعاون"، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة شعبة القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2003-2004.
- 18 منظمة العمل العربية، " إطلاق التقرير العربي الثاني حول التشغيل والبطالة في العالم العربي"، تونس، قمرت 2010.
- <http://www.alolabor.org/nArabLabor//index.php?option=content&task=view&id=496>
- 19 Mohamed. Mghari, « La migration maghrébine vers l'Europe », p. 31.
- [http://www.reseau-ipam.org/article.php3?id\\_article=556](http://www.reseau-ipam.org/article.php3?id_article=556)
- 20 Louis. Le Pensec, « Rapport d'information au nom de la délégation du Sénat pour l'Union européenne sur l'état d'avancement du partenariat Euro-Méditerranéen », SENAT, session ordinaire de 2001-2002.
- 21 Hibou. Béatrice, et Martinez. Luis, « Le Partenariat euro-maghrébin: un mariage blanc? » Paris, Fondation nationale des sciences politiques, Centre d'études et de recherches internationales (CERI) n° 47, 1998.
- <http://www.ceri-sciencespo.com/publica/etude/etude47.pdf>
- 22 حسان القصار " الهجرة المغاربية من نتاج مرحلة الاستعمار إلى نتاج مرحلة العولمة"، مجلة دراسات دولية، تونس 2009 ع13-د.
- 23 Ignacio. Ramonet, " Un monde à reconstruire", Le monde diplomatique, mensuel, Paris. 1993.
- 24 Jean-Jacques, Roches, « Perceptions et analyses des nouvelles formes de violence », in, violence transnationale et sécurité intérieure, sous le direction de Jean-Jacques. Marret, colloque organisé par le département des relations internationales de l'Institut des Hautes Etudes Internationales (IHEI-DRI), Panthéon Assas, Paris, 1999.
- 25 فرنسا وألمانيا (الغربية وإيطاليا و دول البينيلوكس: بلجيكا، هولندا ولكسنبورغ، ويطلق عليها الدول المؤسسة.
- 26 هالة. الحكموني، المرجع السابق.
- 27 J-J. Roches, op.cit.
- 28 ناجي البكوش " اتفاقية الشراكة بين تونس والاتحاد الأوروبي ودوله الأعضاء"، بحوث ودراسات قانونية، مجلة الحقوقيين، صفافس، 1999.

29 من المؤكد أن الهجرة غير القانونية تهم التنقل على المستوى الجوي والبري والبحري، إلا أن المهاجرين السريين يلتجئون إلى الهجرة عبر البحر، وذلك لأن الفرص لاجتياز الحدود ممكنة، رغم صعوباتها وخاصة مخاطرها.

30 هي استراتيجية عسكرية ظهرت أثناء الحرب الباردة. وهي مرتبطة بصفة خاصة بالأسلحة النووية، وتحتل حاليا مكانة بارزة في السياسة الخارجية الأمريكية فيما يتعلق بتطوير الأسلحة النووية في الباكستان وإيران وكوريا الشمالية.

31 Abdallah. Hafsi, « L'immigration clandestine, des maghrébins vers l'Europe », Diplôme des études approfondies, DEA, Université de 7 Novembre, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2002- 2003.

32 شانغين مدينة بكلمبورغ.

33 مع معاهدة لشبونة أصبح الاتحاد الأوروبي يتمتع بالشخصية القانونية. معاهدة لشبونة هي معاهدة تهدف إلى إصلاح مؤسسات الاتحاد الأوروبي وعملية صنع القرار فيه، وتحل محل الدستور الأوروبي الذي رفضه المواطنون في فرنسا وهولندا عام 2005. وقد وقع قادة الاتحاد الأوروبي 27 أو ممثلون عنهم هذه المعاهدة يوم 13 كانون الأول 2007 ودخلت حيز التنفيذ سنة 2009. من أهم التنسيبات الجديدة :

- ضمان حقوقي موسعة لبرلمانات الدول الأعضاء.

- تطوير سياسات مشتركة في مجالات الطاقة والوقود والقضايا المرتبطة بالاحتباس الحراري.

- إعطاء منسق السياسة الخارجية للاتحاد الأوروبي صلاحيات أوسع مما هي عليه سابقا.

34 مع العلم أن الدول العربية تفرض التأشيرة بين بعضها (المعاملة بالمثل) : على الزائرين، الطلبة وكذلك العملة.

35 عبد القادر لطرش، "الباحثون من أصول عربية في المركز الوطني للبحث العلمي في فرنسا"، التقرير الإقليمي لهجرة العمل العربية"، جامعة الدول العربية، 2008.

36 Hassen. Boubakri, « Le Maghreb et les nouvelles configurations migratoires internationales : mobilité et réseaux », Séminaire de l'IRMC, Institut de Recherche sur le Maghreb Contemporain, Tunis, 2000.

[http://www.irmcmaghreb.org/migrations/docs/reunion1\\_pv.pdf#search=Immigration%20europe%20maghreb%2C%20Tunisie%2C%20statistiques'](http://www.irmcmaghreb.org/migrations/docs/reunion1_pv.pdf#search=Immigration%20europe%20maghreb%2C%20Tunisie%2C%20statistiques)

37 هالة. الحكوموني، المرجع السابق.

38 Marie. Jégo, « Les crises des banlieues vue de Russie, les immigrés français font peur à Moscou », Le Monde, Paris, 17 novembre 2005,

39 Dorothee. Schmidt, « Le processus de Barcelone : Une alternative à la politique européenne de sécurité commune, PESC, en Méditerranée » colloque, L'Union européenne, acteur international, 20-21 juin 2002.

<http://www.ceri-sciencespo.com/themes/europe/groupe/grpl/papds.pdf>

40 Sarra. Ben Amor, « L'uniformisation du visa Schengen », La revue du droit, info juridiques.

41 الرزقي المنذر "من التقارب المتوسط إلى الحوار" 5 + 5 مجلة البرلمان العربي، السنة 28، العدد 102، سبتمبر 2007.

42- برامج ومشاريع متوسطة خاصة،. تشجيع النمو الاقتصادي . تبادل الآراء والمعلومات الكفيلة بتحقيق تشاور بين السياسات وبرامج التعاون من أجل تنسيق ونجاحة أمثل. كما يتطلب التعاون

- المتوسطي مشاركة المؤسسات والأطراف الاجتماعية والمستثمرين الخواص والجماعات العمومية الترابية والمؤسسات الثقافية. تعهد الدول المشاركة بتطوير علاقاتها في مجالات ذات الأولوية كالتبادل التجاري والموارد البشرية والطبيعية ووقع تبني المشاريع الخاصة التالية: - بعث بنك معلومات متوسطي لتبادل المعلومات بين الدول الأعضاء في الميدان الصناعي والتجاري. - التصرف المشترك في التوازنات الطبيعية بهذه المنطقة، - البحث عن حلول ملائمة لمسائل الديون الخارجية لدول المغرب العربي، - إنشاء الإطار القانوني والمؤسسات المالية المناسبة لتحقيق المشاريع في البلدان المغاربية كتطوير الشراكة وانتقال التكنولوجيا.
- 43 - العمل من أجل معرفة متبادلة أفضل والاحترام والتفاهم بين شعوب وثقافات المنطقة، - دراسة مسائل الهجرة، - إثراء الحوار والتعاون الثقافي والعلمي والفني من خلال برامج عمل متوسطة تمكن تطوير التعاون بين الجامعات والمؤسسات العلمية والثقافية والتربوية.
- 44 Dialogue 5+5, Conférence des ministres des Affaires sociales (Paris, 9-10 novembre 2005) [http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/europe\\_828/union-europeenne-monde\\_849/relations-exterieures\\_853/parteneriat-euro-mediterraneen\\_2208/dialogue-5-5\\_5031/conference-ministres-affaires-sociales-paris-9-10.11.05\\_25869.html](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/europe_828/union-europeenne-monde_849/relations-exterieures_853/parteneriat-euro-mediterraneen_2208/dialogue-5-5_5031/conference-ministres-affaires-sociales-paris-9-10.11.05_25869.html)
- 45 تقدر العائدات المالية بحوالي تسعة آلاف وخمسمائة مليون دينار سنويا: محمد بوزويتية، المرجع السابق.
- 46 محمد بوزويتية، المرجع السابق.
- 47 المقصود بالمجتمع الدولي الحوارات والقرارات التي تتم على مستوى منظمة الأمم المتحدة و كذلك الاتفاقيات الدولية التي تبرم بين الدول.
- 48 محمد بوزويتية، المرجع السابق.
- 49 رضوان الجريء " أسباب تامي الهجرة السرية وآليات التصدي لها"، ملتقى جهوي بدائرة محكمة الإستئناف بقابس، سلسلة الملتقيات والدوريات، المعهد الأعلى للقضاء، 2008.
- 50 حسناء اللواتي " جرائم تهريب الأشخاص عبر البحر" رسالة لنيل شهادة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء، 2004، 2003.
- 51 Maher. Abdmouleh, « Droits de l'homme et partenariat Euro-Méditerranéen », Thèse de doctorat en droit, Université de Nice Sophia-Antipolis, Institut du droit de la paix et du développement, 2006.
- 52 الشراكة الأورومتوسطية أو (عملية برشلونة) أو يوروميد "EUROMED". بدأت عام 1995 من خلال مؤتمر برشلونة الأورومتوسطي الذي اقترحه إسبانيا ونظمه الاتحاد الأوروبي لتعزيز علاقاته مع البلدان المطلة على البحر المتوسط في شمال أفريقيا وغرب آسيا. كما اقترح فيه عديد من السياسات من بينها الأمن والاستقرار في منطقة البحر المتوسط، تعزيز الديمقراطية والحكم الرشيد وحقوق الإنسان. تحقيق شروط تجارية متبادلة مرضية لشركاء المنطقة. وضعت تلك الشراكة الأسس لما بات يعرف بالاتحاد من أجل المتوسط وبناء مؤسساته دون أن يحل محل الشراكة الأورومتوسطية.
- توسيع الاتحاد الأوروبي أتى ببلدين متوسطيين إلى الاتحاد هما قبرص ومالطا من بين 10 دول انضمت في الأول من مايو 2004. أعضاء الشراكة الأورومتوسطية: تضم الشراكة الأورومتوسطية اليوم 43 عضواً: 27 من الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي و 16 دولة في الشراكة هي (ألبانيا،

- الجزائر، البوسنة والهرسك، كرواتيا، مصر، إسرائيل، الأردن، لبنان، ليبيا، موريتانيا، موناكو، الجبل الأسود، المغرب، سوريا وتونس، فضلا عن السلطة الوطنية الفلسطينية).
- 53 فتح الله أو لعلو، المشروع المغربي والشراكة الأورومتوسطية، دار توبقال، الدر البيضاء 1997.
- 54 Maher. Abdmouleh, « Droits de l'homme et partenariat Euro-Méditerranéen, le cas tunisien », Thèse de doctorat en droit, Université de Nice Sophia-Antipolis, Institut du droit de la paix et du développement, 2006.
- 55 عبد الرحمان مطر، "أسئلة برشلونة: قراءة في مؤتمر برشلونة للشراكة والتعاون الأوربي المتوسطي" المستقبل العربي عدد 215.
- 56 انظر على سبيل المثال إعلان برشلونة الذي يعتبر المرجعية للاتفاقيات الثنائية بين كافة الدول والاتحاد الأوربي.
- 57 المختار بن عبدلاوي " من خطابات الهجرة إلى الاندماج الكوني، ما بعد خطاب أوباما"، مجلة دراسات دولية، تونس 2009 ع13-دد.
- 58 كارن أبو الخير "ملاحم الجدل الأوربي حول الهجرة والإسلام"، مجلة السياسة الدولية.  
<http://www.siyassa.org.eg/asiyassa/Index.asp?CurFN=cont0.htm>
- 59 نفس المرجع.
- 60 عبد الحليم إسماعيل: من اليوم تطبق إيطاليا قانون الهجرة غير الشرعية: انتقادات ساخنة من الأمم المتحدة والاتحاد الأوربي لإيطاليا  
<http://www.sohbanet.com/vb/showthread.php?t=102366>
- 61 Commission européenne, « Communication de la commission au conseil et au parlement européen: donner une nouvelle impulsion aux actions menées par l'UE dans le domaine des droits de l'homme et de la démocratisation, en coopération avec les pays partenaires méditerranéens\_ orientation stratégique\_» COM/2010/.
- 62 محمد بوزويتينة، المرجع السابق.
- 63 الظهير المغربي يعادل في تونس الأوامر الترتيبية.
- 64 Benjamin Stora, « les immigrés algériens en France, une histoire politique », article de la rubrique les deux rives de la Méditerranée : jeudi 21 janvier 2010.  
<http://www.ldh-toulon.net/spip.php?article3488>
- 65 عبد الحليم إسماعيل، المرجع السابق.
- 66 **La plate-forme des ONG pour le forum civil Euromed**, « Renforcer la coopération de la société civile Euro-Méditerranéenne dans le processus de Barcelone », **février 2003, non numéroté.**  
[http://www.Euromedrights.net/francais/barcelone/societe\\_civile/Initiative\\_SC/Furom%20civil.htm](http://www.Euromedrights.net/francais/barcelone/societe_civile/Initiative_SC/Furom%20civil.htm)
- 67 Jeune Afrique (Revue) « 66 tentatives d'immigration clandestine en Europe depuis la Tunisie en 6 mois », Tunis, 2003.  
[http://www.jeuneafrique.com/gabarits/articleAFP\\_online.asp?art\\_cle=AFP65203tentaertsin0](http://www.jeuneafrique.com/gabarits/articleAFP_online.asp?art_cle=AFP65203tentaertsin0)
- 68 في بعض الأحيان تفوق الاعتمادات المالية التنموية التي تقدمها بعض الدول (بشكل فردي ونخص بالذكر ألمانيا واليابان وكندا وبلجيكا...) الاعتمادات الأوربية لكل الدول مجتمعة.  
راجع ماهر عبد مولاة المرجع السابق.

69 Georges. Tapinos, « L'immigration maghrébine en Europe : Une ouverture au libre échange », in, « La méditerranée, nouveaux défis, nouveaux risques », sous la direction de ; Jean François Dugazan et Raoul Girardet, Publisud, Paris, 1995,  
70 Maher. Abdmouleh, op.cit.

71 تركماني عبد الله، "إشكاليات الهجرة في إطار الشراكة الأورو - متوسطية، ندوة " العلاقات الأورو مغاربية بين الشراكة والجوار " الجمعية التونسية للعلاقات الدولية 22 و 23 مايو 2006

72 Dialogue 5+5, Conférence des ministres des Affaires sociales (Paris, 9-10 novembre 2005) [http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/europe\\_828/union-europeenne-monde\\_849/relations-externes\\_853/parteneriat-euro-mediterraneen\\_2208/dialogue-5-5\\_5031/conference-ministres-affaires-sociales-paris-9-10.11.05\\_25869.html](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/europe_828/union-europeenne-monde_849/rerelations-externes_853/parteneriat-euro-mediterraneen_2208/dialogue-5-5_5031/conference-ministres-affaires-sociales-paris-9-10.11.05_25869.html)

73 Fabrice. Belaich, « La conditionnalité politique dans le partenariat Euro-Méditerranéen » in « Le partenariat de l'UE avec les pays tiers, conflits et convergences », sous la direction de Marie-Françoise Labouz, Bruylant, Bruxelles, 2000.

74 عقدت في يوم الأحد 13 يوليو 2008 قمة في باريس ضمت 43 بلداً حيث حضرها قادة نحو 40 بلداً بينهم رؤساء مصر وسوريا والجزائر وتونس ولبنان وتركيا، في حين لم يحضر القمة العقيد الليبي معمر القذافي والملك المغربي محمد السادس الذي أوفد شقيقه رشيد بن الحسن مندوبا عنه، كما حضر القمة أمين عام الأمم المتحدة بان كي مون ورئيس المفوضية الأوروبية خوسيه مانويل باروسو وأمين عام جامعة الدول العربية عمرو موسى، حيث أعلن الرئيس الفرنسي ساركوزي عن انطلاق الاتحاد من أجل المتوسط كهيئة دولية جديدة بعضوية 43 دولة، وبرئاسة مشتركة بين الرئيس الفرنسي ساركوزي والرئيس المصري محمد حسني مبارك، وشددوا على التزامهم بمحاربة الهجرة غير القانونية والتصدي لما سموه "الإرهاب بكل أشكاله". وعبر البيان الختامي عن الرفض المطلق "لمحاولات إصاق الإرهاب بأي دين أو أي ثقافة مهما كانت.

75 La nouvelle, « Zone de libre-échange, terrorisme et immigration clandestine au menu », Quotidien algérien d'information, 26/11/2005.

<http://www.lanouvellerepublique.com/actualite/lire.php?ida=32851&idc=13&refresh=1>

76 المومني أحمد "العلاقات المغربية الأمريكية الرهانات الاستراتيجية والتعاون" بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة شعبة القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2003-2004، ص 48.

77 مزيان عبد المجيد "الحلول الوطنية والحلول الإنسانية لقضايا الهجرة بين المغرب العربي وأوروبا الاثنتي عشرة دولة، أوروبا الاثنتي عشرة دولة والآخرين"، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية سلسلة الدورات الدورة 21، الرباط 19-21 نونبر 1992، مطبعة الهلال العربية للطباعة والنشر، الرباط. 1993، ص 18.

78 ناجي البكوش، المرجع السابق.

79 Walid. Bousarsar, « Le cadre institutionnel de l'accord d'association, Tunisie-Union européenne », in « L'association entre la Tunisie et l'Union européenne dix ans après : Du partenariat au voisinage », Colloque, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, du 1 au 3 décembre 2005, inédit.

80 Hugelien. Laurent Ferdinand, « L'émergence de la bonne gouvernance dans les relations entre l'Union européenne et les pays associés », in « L'association entre la Tunisie et l'Union européenne dix ans après : Du partenariat au voisinage », Colloque, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, du 1 au 3 décembre 2005, inédit.

81 مؤتمر منظمة الأمم المتحدة للتعاون والتنمية : تقرير الاستثمار الدولي لسنة 2002.  
82 جورج فرم: "معرض من الخدع حول البحر الأبيض المتوسط"، وسمير العيطة: "الاتحاد من أجل المتوسط... كفى نفاقاً"، لوموند ديبلوماتيك النشرة العربية، تموز/يوليو 2008؛  
...<http://www.mondiploar.com/article.p>

83 شدد المجتمعون على الأهمية الاستراتيجية للبحر الأبيض المتوسط ودفوا في اتجاه إعطاء علاقاتهم المستقبلية بعدا جددا، يركز على تعاون شامل ومتضامن على مستوى الطبيعة الممتازة لعلاقات سببها الجوار والتاريخ، مدركين بأن الرهانات السياسية والاقتصادية والاجتماعية الجديدة تشكل، على جانبي البحر الأبيض المتوسط تحديات مشتركة تتطلب حلا شاملا ومنسقا؛ ومصممين من أجل هذا على خلق إطار متعدد الأطراف ودائم لعلاقاتهم، يركز على روح المشاركة مع احترام ميزات وخواص وقيم كل المشاركين؛ معتبرين هذا الإطار المتعدد الأطراف مكملا لتوطيد العلاقات الثنائية... و مشددين على أن هذه المبادرة الأوروبية- المتوسطية لا تهدف إلى الحل محل المبادرات الأخرى المباشر بها من أجل السلام والاستقرار والنمو في المنطقة، ولكن ستساهم في دفع هذه إلى الأمام. يدعم المشاركون تحقيق تسوية سلام عادلة وشاملة ومستديمة في الشرق الأوسط تركز على القرارات الملائمة لمجلس أمن الأمم المتحدة وعلى المبادئ المذكورة في الدعوة إلى مؤتمر مدريد حول السلام في الشرق الأوسط؛ مقتنعين بأن الهدف العام الذي يقضي بجعل البحر الأبيض المتوسط منطقة حوار وتبادل وتعاون من شأنهما تأمين السلام والاستقرار والازدهار...

84 Manfred. Nowak, « La conditionnalité relative aux droits de l'homme en ce qui concerne l'adhésion et la pleine participation à l'UE », in « L'Union européenne et les droits de l'homme », sous la direction de Philip Alston , Bruylant, Bruxelles, 2001.

85 Maher. Abdmouleh, op.cit.

86 Maher. Abdmouleh, « Ingérences communautaires dans le cadre de l'association avec la Tunisie », Revue des Etudes Juridiques, Faculté de droit de Sfax, FDS, 2007.

87 بدأ مشروع مارشال لإعادة بناء أوروبا في أبريل سنة 1948 وانتهى عام 1957 وقامت الولايات المتحدة بمساعدة الدول الأوروبية على النحو التالي : انجلترا : 3.6 مليار دولار - فرنسا: 3.1 مليار دولار - إيطاليا : 1.6 مليار دولار - ألمانيا الغربية : 1.4 مليار دولار - هولندا : مليار دولار - اليونان : 800 مليون دولار - النمسا : 700 مليون دولار بالإضافة إلى 2.4 مليار دولار أخرى تم توزيعها على مجموعة دول أوروبية أخرى : بلجيكا- الدنمارك - أيرلندا - أيزلندا - يوغوسلافيا - لكسمبورج - النرويج - البرتغال - السويد - سويسرا و تركيا .

88 Georges. Tapinos, op.cit.

89 المرجع السابق.

90 Maher. Abdmouleh, « Droits de l'homme et partenariat Euro-Méditerranéen, le cas tunisien », Thèse de doctorat en droit, Université de Nice Sophia-Antipolis, Institut du droit de la paix et du développement, 2006.

91 الأمين كلاعي، المرجع السابق.

Mouna. Viprey. « Immigration choisie, immigration subie : du discours à la réalité », *Revue de l'IRE*, 2010/1, n° 64 ; p. 149-169.

Accès internet <URL : <http://www.ires-fr.org/images/R64-5.pdf>>



92 Boubakri. Hassen, op.cit.

93 Laurent. Bonelli, « Révoltes des Banlieues, les raisons d'une colère », Le monde diplomatique, Paris, décembre 2005.

Eric. Mondonnet, Eric. Pelletier, Jean-Marie. Pontant et Romain. Rosso, « Pourquoi la France brûle », L'express, Paris, le 10/11/2005.

94 Olivier. ROY, « Intifada des banlieues ou émeutes des jeunes déclassés? », article publié initialement dans la revue *Esprit*, n°12, décembre 2005.

<http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/0501-ROY-FR-2.pdf>

95 نفس المرجع.

96 الأمين كلاعي، المرجع السابق، ص. 44.

97 تنص بعض المصادر على أن الحكومة الفرنسية قامت خلال الحرب العالمية الأولى بجلب

220.000 شخص لدعم المجهود الحربي منهم 35000 مغربي و18000 تونسي. وفي الحرب العالمية

الثانية وقع تجنيد 340.000 جندي مغاربي. وقدم المغاربة العديد من القتلى والأسرى... المصدر :

حسان القصار "الهجرة المغربية من نتاج مرحلة الاستعمار إلى نتاج مرحلة العولمة"، دراسات

دولية، عدد 113، تونس، 2009، ص. 73.

98 خاصة الرئيس الفرنسي الحالي نيكولا سركوزي. الذي أطلق هذه المبادرة وكذلك المستشارة

الألمانية أنجيلا ميركل.

99 Maher. Abdmouleh, op.cit.

100 Institut National d'Études Démographiques, « Statistiques des flux d'immigration en France, année 1999 », Paris, p. 6.

<http://www.ined.fr/population-en-chiffres/france/fluxmigration/immigration99.pdf>

101 الأمين كلاعي، المرجع السابق.

102 نفس المصدر، ص 52.



## الطبيعة القانونية لعلاقة الموظف العام بالإدارة

بقلم

د/ فاروق خلف

معهد العلوم القانونية والإدارية - المركز الجامعي بالوادي - الجزائر



### الملخص

لقد انقسم الفقه انقساماً شديداً حول تحديد طبيعة علاقة الموظف العام بالإدارة ومنه وبالنتيجة علاقته بالدولة، ومثار هذا الانقسام أن تلك الطبيعة القانونية لم تثبت على حال واحدة بل تطورت بتطور الطبيعة القانونية للدولة ذاتها، وفلسفتها السياسية، والاقتصادية وكذا الاجتماعية، والمذهبية ومن ثم فإن هنالك إجماع ما بين الأنظمة القانونية المتنوعة على ضرورة تحديد طبيعة وحيدة لتلك العلاقة إذا اختلفت تكييف تلك العلاقة فيما بين الدول، بل والأكثر من ذلك فقد اختلف التكييف القانوني لها حتى في ذات الدولة الواحدة من فترة زمنية إلى أخرى.

### Résumé

La jurisprudence divisée profondément sur l'identification de relation de l'employé du section public avec l'administration et par conséquent sa relation avec l'état, et la question de cette division que la nature juridique n'est pas reste c'est sur seul cas mais s'est évoluée du développement de la nature juridique de l'état lui-même, et so philosophie politique, économique, sociale et religieuse et puis il y a un consensus entre les différents ordres juridiques pour déterminer la nature de cette relation sicile était différente entre les état.

Et même plus, il y avait une différence de son identification même avec le seul Etat d'une période à l'autre.

## مقدمة

إن الحاجة الملحة لخدمة المرافق العامة في تلبية حاجيات المجتمع الحديث قد جعل من ضرورة اختيار موظفين عامين أكفاء مطلبا جوهريا وذا أهمية بمكان، كون أن هؤلاء الموظفين العاميين ومهما بلغت درجة الاحتياط والاحتراز وكذا الاحتراس التي تحيط دخولهم والتحاقهم بالوظيفة فهم أشخاص معرضون للخطأ وبذلك فهم يسببون من جرائه ضررا للغير.<sup>1</sup>

ومهما حاولنا أن نجعل من الموظف العام ذلك الرجل المثالي، فإنه يبقى مجرد إنسان لا يخلو من نقاط الضعف وخاضعا للأهواء، ومعرضا للأخطاء، وللتقصير في الواجب، فتارة قد يكون الضرر ناجما عن تنفيذ سيء للوظيفة دون أن يبدي الموظف من ناحيته أية إرادة عاطلة، وطورا وبخلاف ذلك يعتمد الموظف العام إلى إساءة استعمال وظيفته تلك ليسبب ضررا، وذلك عندما يعتمد استغلال ظروف الوظيفة لتصفية حسابات لديه خاصة، أو سعيًا منه وراء مصلحة شخصية.<sup>2</sup>

ولما قد كان للموظف العام سلطات استثنائية بسبب وظيفته فإن عليه القيام بها وفقا لما يمليه القانون، فإذا حدث وأن ارتكب خطأ مهنيا من جراء خرقه لواجباته فإنه يكون مسؤولا عنه كأبي مواطن آخر، بحيث لا ينبغي أن يؤلف الموظفون طبقة خاصة متميزة بعدم مسؤوليتها عن أعمالها الخاطئة.<sup>3</sup>

إلا أن الحرية المطلقة في ملاحقة الموظفين العاميين، وحتى منهم أولئك الذين يقدمون على هفوات بسيطة، تجعل كل إدارة مستحيلة الوجود، فالموظف العام الذي تكون صلاحياته دقيقة في كثير من الأحيان قد يجد نفسه مهددا دائما بالملاحقة حتى إذا كان الضرر ناجما عن عدم انتباه عرضي، فإذا ظل الموظف مهددا دائما وأبدا ومحترزا من الخطأ، فإنه لا يقدم على اتخاذ أية مبادرة خشية أن يكدر أحد المواطنين أو أن يتابع تأديبيا، إلا أن هناك قول مأثور معروف " ... من لا يخطئ هو ذاك الذي لا يعمل... " وما دام الموظف معرضا دوما لذلك، فإن ذاك يحمله على اتخاذ مواقف سلبية.<sup>4</sup>

ومن ناحية أخرى فإن ذلك يؤدي إلى إحجام المواطنين عن التقدم للوظائف، ثم إن الموظف العام لا يمكنه أن يكون مسؤولاً عن كافة الأخطاء المهنية التي يقترفها أثناء ممارسة وظيفته وبالتالي يفترض أن تكون له ضمانات قانونية في مواجهة الجزاءات والعقوبات المترتبة عن ذلك.<sup>5</sup>

حيث إنه وبالمقابل إذا قام الموظفون العامون، المناطة بهم مسؤولية المرفق العام، بواجباتهم بشرف دون إفراط في الاندفاع، ولكن بذات الوقت من دون إهمال، فإن المرفق العام سوف يعمل حتما بصورة جيدة.

وهكذا فإنه يجب أن يتحمل الموظف العام بعض المسؤولية عن أخطائه، لأن من شأن ذلك أن يدفعه إلى مضاعفة نشاطه، غير أنه ينبغي أن يُمنع مهما كلف الأمر عن الأعمال التي يسيء فيها إلى سلطته والتي قد يكون من شأنها أن تشل عمله وتعيق بالنهاية حسن سير عمل المرفق العام لأن السلطة العامة هي المتضررة في نهاية الأمر<sup>6</sup>، كما أنه ينبغي أن يستفيد الموظف العام بمقابل ذلك من ضمانات ناجحة.

ويجمع كل من الفقه في الوظيفة العامة بأن الموظف العام هو ذلك الشخص المؤمن على حقوق الأفراد وتحقيق مصالحهم وحماية أمنهم وحررياتهم، لا بد أن يتصف بالأخلاق الحميدة والمستوى العلمي المناسب، لأن مقياس تطور الأمم يقاس بمدى كفاءة ونزاهة وكذا ثقافة موظفيها.

ولكي يؤدي الموظف العام أعمال وظيفته بالمستوى المطلوب منه، وبالحرص الشديد على الاجتهاد والإبداع فلا بد له من نظام قانوني يحكم علاقاته بالإدارة التي ينتمي إليها، وينص فيها على حقوقه والتزاماته باعتبار أن علاقة الموظف بالإدارة ليست بالأمر البسيط ولا الهين.<sup>7</sup>

ولم يكن ظهور هذا النظام إلا نتيجة لمجموعة من الصراعات والصدامات مابين الموظف العام والإدارة قد أدت إلى تدخل القضاء حسما للنزاع.

ولقد كان القاضي الإداري بذلك يرسخ مبادئ والتزامات على الجانين ضرورة احترامها غير أن ذلك لم يكن سهلا لا على الموظف العام ولا على

القاضي الإداري فالأول بحكم العلاقة التي تربطه بالإدارة والثاني فإنه لم يتمكن هو الآخر من بسط مراقبته على قرارات الإدارة والتي تتخذها بشأن الموظفين بسبب ما يسمى بأعمال السيادة.

ومهما يكن من أمر فإن القضاء يمثل في الواقع والقانون أقوى الضمانات المعاصرة لإقرار مبدأ المشروعية، ويعتبر أهم جهاز يعمل على صيانة الحقوق خاصة تلك المتعلقة بحقوق الموظف العام وحرياته ضد استبداد و تعنت الإدارة.<sup>8</sup>

وتجدر بنا الإشارة قبل أن نبدأ في البحث بصدد علاقة الموظف العام بالدولة بتساؤل، ألا وهو هل توجد علاقة ما بين الموظف والدولة تنتمي إلى أية رابطة من الروابط المعروفة سواء في القانون الخاص أو العام؟ أم هناك رابطة من نوع آخر؟

وحتى يتسنى لنا الإجابة على هذا التساؤل نعرض في التطرق إلى آراء الفقه والقضاء في تحديد تكييف العلاقة الوظيفية، ونبين مدى صحتها ومدى اتفاقها أو اختلافها مع الواقع القانوني للرابطة الوظيفية.

### المبحث الأول

#### الوظيفة العامة تكليف والزام

ويقصد به أن الموظف لا تتوافر عنده إرادة شغل الوظيفة، وإنما تفرض عليه، ومن ثم فهو ينصاع للأوامر، ويؤدي الأعمال التي يكلف بأدائها دون أن يكون له حق الموافقة أو القبول، وبغض النظر عما إذا كانت الوظيفة العامة محققة لمصلحته أم لا.

وقد ساد هذا الاتجاه في ظروف النشأة الأولى للوظائف العامة في التاريخ القديم، والوسيط، وكانت له أسبابه ومبرراته في ذلك الحين.<sup>9</sup>

وتعارض هذه النظرية من وجهة نظر رأي من الفقه مع بعض السياسيين في مجال الوظيفة العامة، ثم أن هاته النظرية قد سادت في العصور القديمة

ولم تكن الوظيفة العامة أخذت الشكل التي هي عليه.<sup>10</sup>

ويتعارض مع هذه النظرية ويهدمها من أساسها شرط قبول الموظف للوظيفة سواء أكان شرطا واقفا أو شرطا فاسخا، ويفسر ذلك عدم اعتداد هذه النظرية بإرادة الموظف، وقبوله أو رفضه للوظيفة.

إن حق الموظف بالاستقالة في أي وقت، وترك الوظيفة عندما يشعر بعدم الارتياح، أو الرغبة المجردة في ترك الوظيفة (مع خضوع ذلك لأحكام الاستقالة)، يتنافى مع نظرية الوظيفة العامة تكليف وإلزام، فلو قدر أن الوظيفة كذلك لما استطاع الموظف برغبته الحرة طلب الاستقالة.

كما أن هاته النظرية تتنافى مع طرق شغل الوظائف العامة الحالية، إذ أن مجرد تقدم الشخص للوظيفة - وفي الغالب يكون بطريق المسابقة - يعتبر رضاء أو رغبة للانضمام تحت لواء الموظفين العموميين، ومن ثم يعتقد أن صدور قرار التعيين في الوظيفة المرشح لها يعتبر أثرا لإرادة الموظف، إذن فالشخص يكمل إرادته ليصبح موظفا عاملا، وعلى هذا الأساس، فالوظيفة العامة ليست تكليف وإلزام كما تقول النظرية.<sup>11</sup>

ولا يستطيع أحد أن يعارض بأن المشرع أورد حالات يكلف فيها الشخص بالوظيفة، ولا تكون له حرية الاختيار، أو الرفض، حيث أن هاته الحالات تعتبر استثناء من الأصل العام وهو شغل الوظيفة العامة بالحرية الشخصية للموظف، ومن ثم لا يجوز تفسيره تفسيراً واسعاً، أو التوسع في تطبيقه، ويمكن حصر هاته الحالات في النقاط الآتية :

- 1/ - أوامر التكليف.
- 2/ - مد الخدمة بحكم القانون.
- 3/ - تنظيم قبول الاستقالة.
- 4/ - تحريم إنشاء نقابات للموظفين.
- 5/ - تحريم إضراب الموظف العام.

6/ - حرمان الموظف العام من بعض الحقوق السياسية التي يتمتع بها المواطن العادي.<sup>12</sup>

ولقد قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر، على أن التكاليف أداة استثنائية للتعين بنصها على أنه "لئن كان التكليف - حسبما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - أداة استثنائية للتعين في الوظائف العامة... لئن كان ذلك إلا للتكليف نطاقه القانوني الخاص به إذ هو مؤقت بطبيعته، وينطوي على مساس بحرية المكلف في العمل بإلزامه تأدية ما يكلف به من مهام وظيفته دون اعتداد برضائه وقبوله، أو عدم قبوله..."<sup>13</sup>.

#### المطلب الأول : رابطة الموظف العام بالإدارة رابطة تعاقدية

لقد ساد في الماضي اتجاه اعتبر العلاقة ما بين الموظف والإدارة رابطة تعاقدية ثم عدل عن هذا الاتجاه، وأصبح من المتفق عليه الآن سواء من مجال الفقه أو القضاء أن العلاقة ما بين الموظف والإدارة علاقة تنظيمية تحكمها النصوص القانونية واللوائح التنظيمية فيما بعد.<sup>14</sup>

حيث قد كان الرأي العام في الفقه الفرنسي وكذا القضاء يرى بأن الرابطة ما بين الموظف العام والإدارة هي رابطة تعاقدية أساسها إيجاب من جانب الموظف وقبول من جانب الإدارة فمناطق هذه الرابطة إذن توافق إرادتي كل من الموظف والإدارة، وهذا التوافق ينطوي على عقد من عقود القانون المدني، يوصف أحيانا بأنه عقد إجازة أشخاص إذا كان الموظف يقوم بعمل مادي، وعقد وكالة إذا كان العمل المنوط به هو عمل قانوني، وأحيانا أخرى يوصف هذا العقد بأنه من العقود غير المسماة والعقد في جميع الحالات هو من عقود القانون المدني، والموظف في مركز قانوني ذاتي يخضع لأحكامه.<sup>15</sup>

ولقد كان النقد الموجه إلى هذه النظرية يخلص في أن العناصر الشكلية والموضوعية للعقد غير متوافرة.<sup>16</sup>

فأما من الناحية الشكلية: فإن عقود القانون المدني تتم بإيجاب وقبول من الطرفين، عقب مفاوضات تجري بينهما، يتم أثناءها الاتفاق على تحديد

موضوع العقد وشروط التعاقد، والالتزامات المتبادلة ما بين الطرفين، ولا أثر فيما يتعلق بالتعيين في وظيفة لمفاوضات أو لتحديد الحقوق والالتزامات فهي كلها مقررة في القوانين والنصوص التنظيمية وكذا اللوائح، وإذا كان صحيحا أن التحاق الموظف بوظيفته ومباشرته لعمله يفترض رضاه باليقين الصادر من جانب الإدارة وقبوله إياه، فإن آثار هذا التعيين لا تتوقف على مظهر ذلك القبول، بل تترتب مباشرة على صدور الأمر به.<sup>17</sup>

أما من الناحية الموضوعية : فطبقا لأحكام القانون الخاص يعتبر العقد شريعة المتعاقدين، ولا يمكن تعديل شيء منه إلا برضاء الطرفين، بينما القاعدة الأساسية في إرادة المرفق العام، إيثار المصلحة العامة على المصالح الفردية وضرورة سير المرافق العامة سيرا مطردا ومنتظما، وكذا ضرورة جعله مسيرا للظروف والحاجات الجديدة ويترتب على ذلك أنه يجوز للسلطة الإدارية تعديل أحكام الوظيفة بمحض إرادتها دون أن يكون للموظف الاحتجاج في أن له حقا "مكتسبا يحول دون تطبيق الشروط الجديدة عليه".<sup>18</sup>

ثم أن من مميزات العقد أن آثاره تقتصر على الطرفين المتعاقدين، بينما تقصير الموظف في الواجبات المتصلة بالوظيفة قد يعرضه في بعض الأحوال لتحمل المسؤولية ليس فقط إزاء الإدارة، بل أيضا إزاء الأفراد وهم غير أطراف في العقد، فتحليل هذه الرابطة على أنها تعاقدية لا يمكننا من تفسير الأساس القانوني لمسؤولية الموظف نحو الأفراد، إزاء ذلك أخذ بعض الفقهاء يتحايلون لتبرير النظرية التعاقدية، وذلك تارة باعتبار الرابطة عقد إذعان، وتارة باعتبارها عقدا من نوع خاص، وأخيرا التمييز ما بين أعمال السلطة العامة، وأعمال الإدارة المالية.<sup>19</sup>

### المطلب الثاني : الصور المميزة للرابطة التعاقدية

وأيّا كان الأمر، فإن هاته النظريات العقدية قد صورت الوظيفة العامة بأنها عقد ما بين الموظف والدولة، وانقسم الفقه فيها أساسا إلى قسمين، الأول يحاول أن يدمج الوظيفة العامة في القانون المدني ويعتبرها عقدا من



عقود القانون الخاص، أما الثاني فقد أخذ في اعتباره الخصائص المميزة للوظيفة العامة وتمايزها عن القانون المدني، ورأى أن العلاقة الوظيفية مابين الموظف والدولة علاقة عقدية في نطاق القانون العام.<sup>20</sup>

أولا: تكييف علاقة الموظف بالإدارة على أنها عقد من عقود القانون الخاص:

لقد ساد هذا الاتجاه في ظل سيادة النظام الملكي المطلق، والنظام الإقطاعي، واستقر فترة طويلة من الزمن حتى أوائل القرن العشرين، وذلك لعدم وجود غيرها من النظريات البديلة التي تكييف العلاقة مابين الموظف والدولة، وقد ساد في فرنسا حتى أواخر القرن (19) التاسع عشر، وفي مصر حتى سنة 1940.<sup>21</sup>

ويرجع ذلك إلى سيطرة القانون المدني بقواعده، وأحكامه على معظم موضوعات القانون الإداري.

ومفاد هذا الرأي أن علاقة الموظف بالدولة علاقة عقدية مدنية، بمعنى أنها علاقة تنطوي على اتفاق إرادة كل من الموظف والإدارة، فالموظف يقبل الالتحاق بالخدمة بعمل إرادي من جانبه والإدارة توافق على هذا الالتحاق، ومن ثم فإن العلاقة عقدية<sup>22</sup> تتم عن طريق الإيجاب والقبول، وقد وصف العقد الذي يربط الموظف بالإدارة بأنه عقد وكالة، وذلك إذا كان العمل المنوط بالموظف قانونيا، ووصف بأنه عقد إجازة أشخاص إذا كان العمل الذي يقوم به الموظف ماديا، ونعت أحيانا بأنه عقد من العقود الغير المسماة.<sup>23</sup>

وقد تعرض هذا الرأي للنقد الشديد، وباختصار يمكن عرض أوجه النقد في النقاط التالية:

عدم وجود مناقشات سابقة على العقد لتحديد شروطه من وجهة النظر الكلاسيكية البحتة فالإدارة تضع شروط التوظيف ولا يجوز للموظف مناقشتها، وتكون الشروط موضوعة سلفا في نصوص اللوائح والنصوص

التنظيمية وكذا القوانين .

ويؤخذ على هذه النظرية أنها تطبق قواعد القانون الخاص الذي يحكم حالات فردية، بحكم الأشخاص الخاصة على العلاقة الوظيفية التي يحكمها القانون العام، فضلا عن أن الإدارة طرف أساسي ومؤثر في هذه العلاقة، نظرا لتمتعها بوسائل السلطة العامة، والمعهود في علاقات القانون الخاص تساوي أطرافها في المراكز القانونية، مما لا يستقيم معه تمتع الإدارة في العلاقة الوظيفية بسلطات أكبر في مواجهة الطرف الآخر الذي لا يملك سوى الخضوع لها وهو الموظف .

وعلى أساس ذلك، فإن الأخذ بتلك النظرية يؤدي إلى حرمان الإدارة من حق تعديل العقد منفردة، ولا تستطيع ذلك إلا بعد الأخذ بموافقة الطرف الآخر أي الموظف، وذلك استنادا إلى قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين<sup>24</sup> وهذا المبدأ يمثل طعنا في قلب القواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة، فهو يؤدي بذلك إلى اختلاف مراكز الموظفين العموميين ولو كانوا يؤدون عملا واحدا وكلا وفقا لشروط عقده، ومن ثم يؤدي ذلك الاختلاف إلى الإضرار بالصالح العام، والصالح الخاص في آن واحد، بمعنى أن المساواة في مجال التوظف يعرض عملية التوظيف نفسها من جانب الإدارة العامة لتأثير الأجواء السياسية، والأغراض الشخصية، وعدم الاستقرار في شؤون العاملين، وفتح أبواب التحيز والمحسوبية وكذا المحاباة.<sup>25</sup> ولما كان العقد مدنيا فالمنازعات الناشئة عنه تقع في اختصاص المحاكم القضائية، وإن كان هذا التكييف في صالح الموظف، فإنه وعلى العكس من ذلك، فهو لا يحقق المصلحة العامة.<sup>26</sup>

وبالإضافة إلى ذلك، فإن هذا الرأي ينتقد من حيث أنه يصل بإرادة الموظف في الدخول إلى مجال الوظيفة العامة بدرجة التعاقد مع الإدارة . في حين أن ذلك يجانب الصواب، لأن إرادة الموظف تقتصر على إبداء الرغبة في الانضمام إلى زمرة الموظفين، فإذا قبلت الإدارة تلك الرغبة

وترجمتها في صورة قرار تعيين، فإن الموظف العام يخضع هنا لنظام الوظيفة العامة، مثلما يخضع أي مواطن عادي لقانون معين، بعد أن يأتي عملا بإرادته يخضعه لهذا القانون.<sup>27</sup>

ثانياً: تكييف علاقة الموظف بالإدارة على أنها عقد في نطاق القانون العام:

لما كانت مقتضيات الصالح العام لا تتفق وقاعدة العقد شرعية المتعاقدين التي تهيمن على عقود القانون الخاص، فقد حاول بعض الفقهاء، ومعهم في ذلك بعض أحكام القضاء في كل من فرنسا ومصر، إرجاع العلاقة ما بين الموظف والإدارة إلى عقد من عقود القانون العام، ومن ثم فإنه يخضع لأحكام القانون العام وليس القانون الخاص، ومن هنا تملك الإدارة سلطات واسعة في سبيل تحقيق الصالح العام، ولا تتقيد بالاعتبارات المستمدة من قاعدة أن العقد شرعية المتعاقدين، وبذلك تملك الإدارة سلطة تعديل العقد المبرم ما بينها وبين موظفيها إذا وجد لذلك مقتضى.<sup>28</sup>

غير أن هذا الرأي لم يأت بجديد ما دام النقاش فيه ما يزال يدور في مجال العقود، ولا يهم بعد ذلك أن يكون في نطاق القانون الخاص أم في نطاق القانون العام، فالعقد ملزم لطرفيه، حتى إذا أعطيت الإدارة سلطة تعديل العقد بالإرادة المنفردة إلا أنها مقيدة في ذلك وليس لها مطلق الحرية في التعديل.

فهي مقيدة مثلا بتغيير الظروف التي تم في ظلها التعاقد، وظهور الحاجة إلى إجراء التعديل ويشترط ألا يجاوز التعديل ما أتفق عليه في العقد أصلا بنسب كبيرة، وأخيرا تلتزم الإدارة باحترام التوازن المالي للعقد، ومخالفة الإدارة لهذه القيود يخضع لرقابة القضاء، ويخول المتعاقد حق طلب فسخ العقد.<sup>29</sup>

كما أن الاعتراف بأن العلاقة ما بين الموظف والإدارة ثم وبالنتيجة علاقته بالدولة بأنها علاقة تعاقدية سواء في نطاق القانون الخاص، أو نطاق القانون العام، يدخل المراكز القانونية المتعلقة بالعاملين بالإدارة العامة في عداد المركز القانونية الخاصة.

ويطلق على هذه المراكز اسم "المراكز الشخصية" أو "المراكز الذاتية"، أو "المراكز الفردية"، حيث لا يتم تنظيم هذه المراكز بصفة عامة بل تبعا للظروف المتعلقة بكل حالة على حدى مما يترتب عليه عدم قابلية المراكز المذكورة للتعديل إلا برضاء شاغليها، وهذه نتيجة لا تتفق مع ضرورة قابلية المراكز الوظيفية للتعديل من جانب الإدارة العامة وحدها وذلك نزولا عند مقتضيات الصالح العام.<sup>30</sup>

### المبحث الثاني

#### رابطة الموظف بالإدارة رابطة تنظيمية لأنحية

على إثر الانتقادات التي قد وجهت إلى النظريات، التعاقدية عدل الفقه والقضاء عن هذا الاتجاه فالموظف في علاقته بالإدارة لا يخضع لأحكام العقد، سواء أكان العقد من عقود القانون الخاص أم من عقود القانون العام، إنما أحكام الوظيفة بما تتضمنه من حقوق وما تفرضه من واجبات مستمدة مباشرة من نصوص القوانين واللوائح المنظمة لها، فالموظف في مركز تنظيمي، وقرار تعيينه لا ينشئ له مركزا ذاتيا خاصا، فهذا المركز موجود بمقتضى القوانين واللوائح وكذا من نصوص تنظيمية على قرار التعيين، والقانون حين ينشئ الوظيفة ينشئ معها مركز من يشغلها بحيث أن المزايا والتكاليف المتعلقة بالوظيفة لا يقصد بها شخص الموظف أو مصلحته، بل مصلحة المرفق العام.<sup>31</sup>

إنما قرار التعيين تصرف شرطي يتضمن إسناد الوظيفة للشخص المعين بها، ويترتب عليه أن الموظف يحتل ذلك المركز العام، فيباشر ولايته الوظيفية، ويخضع للالتزامات التي تحددها قوانين الوظيفة ولوائحها، ويتنفع بمزاياها، وقبوله للتعين ليس في الواقع إلا موافقته على الخضوع لأحكام الوظيفة.<sup>32</sup>

وأيا كان الأمر، فإنه ونظرا لكون فكرة الرابطة التعاقدية سواء في نطاق القانون الخاص أو نطاق القانون العام لا تحقق جميع النتائج التي يتطلبها أعمال القواعد الضابطة لتسيير المرافق العامة، فقد عدل مجلس الدولة نهائيا

عن تكييف الرابطة القانونية ما بين الموظف والدولة على أساس الفكرة التعاقدية، وأحل محلها فكرة المركز التنظيمي أو اللائحي للموظفين، وبهذا المعنى أخذ كلا من المشرعين الفرنسي والمصري صراحة بذلك، فقد نص عليه ذاك الأول في قانون التوظيف الصادر سنة 1946 وهو ما استقر عليه القضاء أيضا سواء في المحاكم القضائية، أو الإدارية<sup>33</sup>، وهذا الرأي هو الرأي الراجح في الفقه والقضاء وكذا السائد تشريعيا.<sup>34</sup>

ويقتضي هذا الرأي أن علاقة الموظف بالدولة هي علاقة قانونية، أي أن الموظف يستمد حقوقه، وواجباته من النصوص القانونية المنظمة للوظيفة العامة مباشرة، سواء تشريعية أو لائحية، ومن هنا فإن مراكز الموظفين تتحدد على أساس تلك النصوص القانونية العامة، وهي من هذه الناحية تكتسب صفة المراكز القانونية العامة، ومن ثم يطلق عليها اسم "المراكز الموضوعية" أو المركز التنظيمية، أو المراكز اللائحية، والأصل في هذه المراكز جواز تعديلها بغير موافقة شاغليها، وذلك نزولا عند مقتضيات الصالح العام.<sup>35</sup>

وطبقا لهاته النظريات، يعتبر قبول الموظف لقرار التعيين مجرد خضوع لأحكام الوظيفة العامة، ويعتبر قرار التعيين عملا شرطيا يتضمن إسناد المركز الوظيفي إلى الموظف، وليس أمامه إلا قبوله على الرغم من صدوره من الإدارة بمفردها.<sup>36</sup>

#### المطلب الأول : النتائج المترتبة على المركز التنظيمي للموظف

1/ - تسري أحكام الوظيفة العامة على الموظف العام بمجرد صدور قرار تعيينه، وعدم تعليق سريانها على رضا الموظف العام، أو قبوله للتعيين من جانبه.<sup>37</sup>

غير أن قبول الموظف للقرار، وتسلم العمل، نتيجة هامة، حيث يبدأ الوضع القانوني للموظف وتتقرر له حقوقه تجاه الإدارة، ويصبح ملتزما بالتزامات الموظف العام.<sup>38</sup>

2/ - لا تنقطع صلة الموظف العام بالإدارة التي يعمل بها بمجرد تقديمه الاستقالة، بل لا يكون ذلك إلا بعد قبولها من جانب الإدارة المختصة إعمالا لقاعدة ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد<sup>39</sup>، ولا يحق لهم الإضراب عن الوظيفة، أو الاستقالة الجماعية أو حتى الفردية إلا إذا وافقت الإدارة.<sup>40</sup>

3/ - يجوز تغيير الوضع القانوني للموظف في أي وقت دون التعلل بفكرة الحق المكتسب، مادام أن هذا التغيير عام، تشريعيا أو لائحيا، ولا يجوز للموظف أن يتمسك بتطبيق القانون القديم الذي عين في ظله، إلا أن هذا التغيير لا يكون مطلقا إنما مشروط بضرورة مراعاة مبدأ المشروعية، وقاعدة تدرج القواعد القانونية.<sup>41</sup> وما دام مركز الموظف العام تحكمه قواعد عامة، فلا يجوز الاتفاق بينه وبين الإدارة على خلاف المقرر في القوانين والنصوص التنظيمية وكذا اللوائح، وإن حدث شيء من ذلك يعتبر باطلا.<sup>42</sup>

4/ - يلتزم الموظف بالعمل على ضمان سير الإدارة التي يعمل بها بصفة منتظمة ومطردة.<sup>43</sup>

ولا يجرؤ أحد أن يقول بعدم صحة هذا النظر فهو صحيح في آثاره وفي كيفية عرضه لعلاقة الموظف بالدولة، إلا أنه يؤخذ عليه تجاهله إرادة الموظف في إحداث تلك العلاقة.

حيث يقول الأستاذ الدكتور "سليمان الطماوي" أثناء شرحه لهذا الرأي :  
"وما قبول الموظف إلا مجرد خضوع لأحكام الوظيفة بحقوقها والتزاماتها".<sup>44</sup>

في حين أن الوظيفة العامة لا تُفرض على الموظف، بل يدخلها برغبته الخالصة وإرادته الحرة فإذا ما صدر قرار التعيين فإنه يعتبر أثرا لهذه الإرادة وآية ذلك أن القانون هو الذي ينظم دخول الشخص للوظيفة وهو أيضا الذي ينظم خروجه منها، دون اعتداد بإرادة الموظف إلا في أضيق الحدود، وتظهر هذه الإرادة في حالتين فقط ألا وهما :

أ/ - رغبة الشخص في التوظيف :

حيث يقتصر دور الشخص على إبداء رغبته في التوظيف، فيتقدم إليها من خلال مسابقة أو قوى عاملة، انتخاب أو ترقية، ويقف دوره عند هذا الحد، ثم يبدأ دور القانون في تنظيم قبوله، وتعيينه كما ينظم كذلك حياته الوظيفية كلها.

ب/ - رغبة الموظف في الاستقالة :

فإذا ما أراد الموظف أن يستقيل من وظيفته أبدى رغبته المكتوبة إلى المختص في ترك الوظيفة، ووقف دوره عند هذا الحد، وبدأ دور القانون الذي ينظم أحكام الاستقالة ويحدد حدودها.

وهكذا أصبحت تلك النظرية القائلة بالمركز التنظيمي العام ونتائجها محل اتفاق سواء في مجال فقه القانون العام، أو في مجال القضاء.<sup>45</sup>

**المطلب الثاني : موقف المشرع والقضاء الجزائري في تكييف رابطة الموظف العام بالإدارة**

لقد أخذ المشرع الجزائري شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي بالنظرية اللائحية التنظيمية في تكييف العلاقة ما بين الموظف والإدارة، ولقد نص المشرع على ذلك صراحة في كل النصوص القانونية المتعلقة والمتعلقة بالوظيفة العامة، إذ نصت المادة (06) من الأمر (133/66) المؤرخ في 02 جوان 1966 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية بأن "الموظف يكون تجاه الإدارة في وضعية قانونية تنظيمية"، ثم ما قد نصت عليه أحكام المادة (05) من المرسوم التنفيذي (59/85) المؤرخ في 23/03/1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات العمومية من خلال (فقرتها (2) الثانية) بنصها "ويكون الموظف حيثئذ في وضعية قانونية أساسية وتنظيمية إزاء المؤسسة أو الإدارة"، ثم وبصدور الأمر الرئاسي رقم (03/06) المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام الحالي للوظيفة العمومية من

خلال مادته (07) السابعة بنصها " يكون الموظف تجاه الإدارة في وضعية قانونية أساسية وتنظيمية".

وقد لاحظ بعض من أساتذة القانون الإداري في الجزائر بأن هذه النصوص السالفة الذكر، ما هي إلا ترجمة للمادة (05) الخامسة من القانون العام الفرنسي للوظيفة العامة، والمشعر الجزائري لم يفعل ذلك عن تقليد، وإنما عن مجهود واع، حيث استخلص الفكرة من تجربة الماضي الاستعماري.

ولقد تميزت المرحلة الانتقالية التي قد سبقت صدور القانون الأساسي العام (133/66) للوظيفة العامة، بصدور مجموعة من القوانين استهدفت فيما قد استهدفت ملاً الفراغ الذي قد خلفه رحيل المعمرين، غير أن حداثة الموظفين العموميين للمسؤوليات الضخمة التي ألقيت على عاتقهم أدت إلى فوضى كبيرة تسببت في عرقلة بعض المرافق وخلق وضعية قلقلة بالنسبة لمسيريها.

وفي هذا الصدد أقر مجلس الدولة في قرار صادر بتاريخ 2004/03/16 بالملف رقم (009920) في قضية النزاع القائم ما بين (بلدية أولاد خلوف) و(ح ع) والذي ملخصه أن المستأنفة المذكورة (بلدية أولاد خلوف) قد شغلت المستأنف عليه كعامل لديها لإنجاز بعض المشاريع الاقتصادية بصفة مؤقتة كبناء ابتداء من تاريخ 1992/06/01 إلى غاية تاريخ 1998/07/05 تاريخ توقيفه من قبلها، زاعمة أنه قد تم توظيفه بالبلدية كعون متعاقد، لكن المستأنف عليه أكد من جهته بأنه تم تشغيله بصفة دائمة، وقد عمل بمصالح البلدية بصفة مستمرة وغير منقطعة إلى غاية تاريخ توقيفه، وحيث أن المستأنفة لم تقدم في الملف نسخة رسمية من عقد توظيفه الأصلي للمعني بالأمر، لتسمح لقضاة الموضوع بالتأكد من طبيعة عقد التوظيف الأصلي، الأمر الذي اعتبر من خلاله مجلس الدولة عقد العمل الذي يربط الطرفين عقد عمل محدد المدة بغض النظر عن طيلة المدة التي شغل فيها المعني بالبلدية.



وهو ما دفع بمجلس الدولة التأكيد في تسبيب قراره بأن نوعية وطبيعة عقد التشغيل، لا بد أن تذكر كتابيا في عقد التشغيل بمعرفة الطرف المتعاقد، إن كان الأمر يتعلق بعامل متعاقد فعلا، وأن التذكير بوضوح مدة العقد أو سبب اللجوء إلى إبرام علاقة عمل محددة المدة لتطابقه مع أحكام المرسوم (59/85) المؤرخ في 23/03/1985، وهذا ما لم تستهيه المستأنفة، مما يجعل استئناف المدعى عليها (بلدية أولاد أخلوف)، غير مؤسس، ويتعين على مجلس الدولة في هذه الحالة تأييد القرار المطعون فيه بالاستئناف الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة في 31/03/2001.<sup>46</sup>

وفي قرار آخره صادر بتاريخ 16/03/2004 في الملف رقم (009993) بالتزاع القائم ما بين العامل (م ع) ورئيس بلدية مولاي العربي بولاية سعيدة، أين كان يشغل هذا المدعى لدى البلدية المذكورة كعون عمومي أين تم توظيفه بموجب مقرر صادر عن رئيس المجلس الشعبي البلدي وذلك كسائق حافلة منذ تاريخ 13/11/1985 لمدة أكثر من (10) عشرة سنوات أين قامت فيما بعد بتسريحه دون احترام الإجراءات القانونية لضمان حقوق الأمر الذي قد اعتبر معه مجلس الدولة بأن البلدية المستأنف عليها قد تعسفت في حقه مقرا في اجتهاده بأن "... التشغيل المؤقت في المؤسسات العمومية لا يكون إلا بالنسبة للأعوان المكلفين بالأعمال الآتية: المنظفات - عامل بسيط - حارس... مما يتعين على مجلس الدولة إلغاء القرار المستأنف الذي أساء تقدير الوقائع وتطبيق القانون، والقضاء من جديد بإلزام المستأنف عليها بإعادة إدماج المستأنف في منصب عمله الأصلي أو بمنصب مماثل . وتعويضه عن الأضرار التي لحقت به بسبب التسريح التعسفي بمبلغ مقدراه (150.000 دج)."<sup>47</sup>

وكخلاصة عامة فقد عبر المشرع الجزائري عن أسباب أخذه بالمفهوم التنظيمي اللائحي في تحديد العلاقة القانونية ما بين الموظف والإدارة بقوله: «إن مفهوم الوظيفة العمومية المهنية الذي وقع عليها الاختيار يظهر قبل كل شيء كوسيلة لتثبيت إطارات الإدارة، وذلك بضمان استمرار الوظيفة

وفعاليتها، وهذه القاعدة إذ تقدم للموظفين ضمانات استقرار، فإنها تشكل وبالمقابل نظاما صالحا لفرض الصرامة داخل الإدارة وإنشاء ظروف ملائمة لتنمية الاختصاصات والشعور بالمسؤولية الفردية والجماعية وبهذا المجهود فقط يمكن التأسيس لإدارة فعالة تستطيع أن تتوصل إلى تكوين نفسها».

### الهوامش:

- 1 محمد فؤاد مهنا، مقال بعنوان : الأسس التي تقوم عليها سياسة الوظائف العامة، مجلة العلوم الإدارية، السنة الرابعة، العدد الأول، جوان 1962، ص 09.
- 2 علي عبد القادر مصطفى، الوظيفة العامة في النظام الإسلامي وفي النظم الحديثة، الطبعة الأولى، 1982، ص 150.
- 3 السيد خليل هيكل، موقف الفقه الدستوري التقليدي والفقه الإسلامي من بناء وتنظيم الدولة، دار النهضة العربية، مصر ، بدون طبعة، ص 148.
- 4 علي عبد القادر مصطفى، المرجع سابق، ص 150.
- 5 المرجع نفسه، ص 150.
- 6 أنور أحمد رسلان، نظام العاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام، مكتبة النهضة العربية، 1982، ص 05.
- 7 علي عبد القادر مصطفى، المرجع السابق، ص 149.
- 8 د. محمد فؤاد مهنا، المقال السابق، ص 09.
- 9 د. محمد محمد بدران، الوظيفة العامة دراسة للمفاهيم الأساسية في ضوء علمي، مابين القانون الإداري والإدارة العامة، دار النهضة العربية، مصر ، 1990، ص 76.
- 10 د. محمد حامد الجمل، الموظف العام فقها وقضاء، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر ، 1996، ص 1154.
- 11 المرجع نفسه، ص 1154 وما يليها.
- 12 د. محمد محمد بدران، المرجع السابق، ص 79.
- 13 طعن رقم (1264 - 11) بتاريخ 03/01/1968، (59/13)، (432) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية المصرية في 15 خمسة عشرة سنة من عام 1965 إلى 1980، الجزء الثالث (غ - م)، 1984، ص 2347 وما بعدها.
- 14 د. محمد محمد بدران، المرجع السابق، ص 79، وكذا د. محمد يوسف المعداوي، دراسة في الوظيفة العامة وفي النظم المقارنة والتشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، طبعة سنة 1984، ص 35 و 36.
- 15 د. علي عبد القادر مصطفى، المرجع السابق، ص 187، وكذا د. محمد يوسف المعداوي، نفس المرجع السابق، ص 36.
- 16 محمد يوسف المعداوي، المرجع السابق، ص 36.
- 17 المرجع نفسه، ص 36.
- 18 المرجع نفسه، ص 36.

- 19 المرجع نفسه، ص 37.
- 20 . محمد محمد بدران، المرجع السابق، ص 187 وما يليها.
- 21 . محمد أنس قاسم، مذكرات في الوظيفة العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982، ص 22.
- 22 المرجع نفسه، ص 22.
- 23 . سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1975، ص 451.
- 24 . بكر القباني، القانون الإداري، درا النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص 539.
- 25 . سليمان الطماوي، المرجع السابق، و د. بكر القباني، المرجع السابق، ص 539 وما بعدها، وكذا  
 د. محمد أنس قاسم، المرجع السابق، ص 189 وما بعدها.
- 26 . سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 452.
- 27 المرجع نفسه، ص 452.
- 28 . سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 452 وما بعدها.
- 29 . بكر القباني، المرجع السابق، ص 540، د. محمد أنس قاسم، المرجع السابق، ص 32.
- 30 . سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 453.
- 31 . محمد يوسف المعداوي، المرجع السابق، ص 39.
- 32 . محمد يوسف المعداوي، المرجع السابق، ص 39.
- 33 . سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 453.
- 34 . محمد أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، ص 25.
- 35 . بكر القباني، المرجع السابق، ص 451، و د. محمد أنس قاسم، المرجع السابق، ص 25.
- 36 . سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 453 وما بعدها.
- 37 . بكر القباني، المرجع السابق، ص 541.
- 38 . محمد أنس قاسم، المرجع السابق، ص 26.
- 39 . بكر القباني، المرجع السابق، ص 542، د. محمد أنس قاسم، المرجع السابق، ص 26.
- 40 . سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 454.
- 41 . محمد أنس قاسم، المرجع السابق، ص 26، د. بكر القباني، المرجع السابق، ص 546.
- 42 . سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 454.
- 43 . محمد أنس قاسم، المرجع السابق، ص 27.
- 44 . سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 453 وما بعدها.
- 45 . سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص، ص 453.
- 46 مجلة مجلس الدولة، الغرفة الثانية، القسم الثاني، العدد الخامس لسنة 2006، ص 153، 154، 155.
- 47 المرجع نفسه، ص 150 - 152.

## حقوق المرأة بين الإسلام والاتفاقيات الدولية والقانون الأردني

بقلم

د/ غازي صباريني

جامعة فيلادلفيا - المملكة الأردنية



### الملخص

حظيت قضية المرأة باهتمام كبير في الفترة الأخيرة، وذلك للاهتمام المتزايد بقضيتها وخصوصاً في ظل التوجه الدولي نحو منح المرأة في الدول العربية والإسلامية لحقوقها بشكل كامل .

وقد حاولت في هذه الدراسة تحليل ومقارنة حقوق المرأة على ضوء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقيات الدولية ذات الصلة لاسيما المتعلقة بالمرأة الصادرة عن منظمة الأمم المتحدة ومنظمة العمل الدولية وموقف المشرع الإسلامي والمشرع الأردني من ذلك.

وقد تم التوصل إلى أن النظام الإسلامي والمشرع الأردني عالجا حقوق المرأة من كافة الجوانب بما يضمن الوصول إلى هذه الحقوق بما يتناسب مع المكانة التي منحها إياها المنظمات الدولية والاتفاقيات الدولية.

ورغم ذلك نستخلص من الموثيق الدولية احتياج المشرع الأردني إلى عدد من التعديلات بدأ النقاش حولها .

### **abstract**

Women's issue has occupied huge concern in the recent times, this has happened due to the increasing concern with their issues especially in light with the international trend towards fully granting women their rights in Arab and Islamic countries.

This study has attempted to analyze and compare women rights in light of the Universal Declaration of Human rights and related international conventions, precisely the conventions related to women issued by the United Nations and International Labor Organization in addition to the stand of Islamic and Jordanian legislators in this respect.

It has been found that the Islamic system and the Jordanian legislator have tackled women rights in all aspects in a manner that ensures achieving these rights according to the position women have been recognized by international conventions and organizations.

Despite that, it is concluded from international treaties that the Jordanian

legislator is in need for a number of amendments to which debate has started.

### مقدمة

موضوع هذا البحث هو دراسة لحقوق المرأة في كل من الإسلام والاتفاقيات الدولية والقانون الأردني، وذلك أن وضع المرأة موضوعاً يستحق البحث والدراسة، إن الحديث عن المرأة ومركزها في الأسرة يمثل بالضرورة مشكلة متجددة بحاجة مستمرة للأخذ بها ودراستها اجتماعياً، واقتصادياً، وسياسياً، وفكرياً، وقانونياً.

فالمرأة باعتبارها عضواً عاملاً اجتماعياً وسياسياً وفكرياً هي صاحبة حق تمارسه بكامل إرادتها وكفل لها هذا الحق الإسلام بداية، ومن ثم التشريعات الوضعية الأخرى، ومسألة وضع المرأة في المجتمع مسألة اجتماعية بأوسع مفهوم، تتعلق بالتكوين الاجتماعي القائم كبناء تاريخي وباتجاهات تطوره وعليه لا يمكن النظر لمدى مشاركة المرأة في الحياة الاجتماعية إلا بالتعرف على حقوق المرأة وحرّياتها ووضعها في مجمل حقوق الإنسان أولاً بصفتها إنسان، ثانياً بصفتها أحد محددى الجنس وإحدى دعامي التنظيم الاجتماعي (الأسرة والمجتمع) وعليه فلا يمكن التعرف على وضع المرأة في المجتمع إلا بالتعرف على حقيقة مشاركتها في العملية الاجتماعية اليومية بأبعادها المختلفة ويقع هذا البحث في إطار تطوير وضع المرأة استناداً إلى حقوق الإنسان الأساسية، وضرورة تمتع كل إنسان بها دون تمييز بسبب الجنس أو الدين أو العنصر أو اللغة أو الأصل أو الرأي أو أي وضع آخر، ومن البديهي القول بأن تحسين وضع المرأة لا يتم ضد الرجل أو بمعزل عنه، ولا تفيد منه المرأة فحسب فالرجل والمرأة متضامنان متكافلان وكل منهما يفيد الآخر.

ومهما تعددت أحوال المرأة في المجتمع وأدوارها، فلا يجوز الانتقاص من قدرها كإنسانة وبالتالي لا يوجد أي مبرر لأي تمييز قانوني يبطل أو يقيد الاعتراف للمرأة بكامل حقوق الإنسان وتمتعها بها كاملة مع ضرورة إزالة كافة أشكال التمييز ضدها، والعمل على تحقيق المساواة مع الرجل، وأول انطلاقة كانت لإزالة هذا التمييز كانت بظهور الإسلام وتحت رايته، وهكذا ولأول مرة في تاريخ البشرية، تمزقت الفوارق ليس فقط بين الرجال والنساء فحسب، وإنما بين جميع أفراد المجتمع في كل مكان، فقد حدد الإسلام معالم شخصية المرأة، وثبت حقوقها وبين واجباتها وسواها بالرجل أمام الله وأمام الناس وأمام القانون.

وبعدها توالى التشريعات سواء الدولية أو الوطنية سيرها على هذا المنهج والقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة وإعطائها حقوقها المدنية والسياسية والمالية والثقافية.

ومن هنا سأتناول في موضوع هذا البحث "حقوق المرأة" وبيان لهذه الحقوق في كل من الإسلام وبعض الاتفاقيات الدولية، وفي القانون الأردني كأحد الأمثلة للقوانين الوطنية وذلك للخطة التالية:

المبحث الأول: حقوق المرأة في الإسلام.

المبحث الثاني: حقوق المرأة في الاتفاقيات الدولية.

المبحث الثالث: حقوق المرأة في القانون الأردني.

وفيما يلي تفاصيل هذه المباحث وبيان تقسيمات حقوق المرأة في كل مبحث من هذه المباحث.

### المبحث الأول

#### حقوق المرأة في الإسلام

المرأة في الإسلام صنو الرجل وشقيقته، خلقها الله لعبادته ولم يفضل أحدهما على الآخر، وإنما التفاضل بين الرجل والمرأة له معايير أخرى غير الذكورة والأنوثة، تلك المعايير تتمثل في الإيمان بالله وطاعة رسوله، ثم

العمل الصالح على أساس تقوى الله عز وجل الذي يقول: ﴿يأيتها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾<sup>(1)</sup>.

ومعيار الإسلام يختلف في حدوده ومفهومه عن معيار النظريات الوضعية، فالإنسان في مفهوم هذه النظريات هو من خلق الطبيعة، وقد منحه حقوقاً أساسية يجب على المجتمع أن يحترمها ويصونها ويراعي الإسلام بنظرته للمرأة ناحيتين هما:

- أن كلاً من الذكر والأنثى جنس آدمي، وبهذا الاعتبار فإنه يوجد بينهما خصائص مشتركة وصفات متماثلة لا يختلف بها أحدهما عن الآخر.

- كما إن الجنس الإنساني يقسم إلى نوعين، رجل وامرأة وبهذه الناحية فإن لكل منهما سماته المميزة إلا أن الإسلام قرر للرجل والمرأة حقوقاً متساوية تتمثل بالمساواة في الكرامة الإنسانية، والمساواة في الحقوق والواجبات، والمساواة أمام القانون وهناك الكثير من الأدلة في القرآن والسنة تراعي مبادئ المساواة<sup>(2)</sup>. قال تعالى: ﴿يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساءً﴾<sup>(3)</sup>.

سأتناول في هذا المبحث حقوق المرأة في الإسلام والمقسمة إلى حقوق عامة وحقوق خاصة فيما يلي:

### المطلب الأول: الحقوق العامة للمرأة في الإسلام

أولاً: حق حماية المرأة في حياتها وعرضها وعقلها ومالها<sup>(4)</sup>:

جاء الإسلام للمحافظة على الضرورات الخمس، ومنها حفظ النفس والعرض والعقل والمال، ومن حيث حماية حياة المرأة يقول تعالى "ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها"<sup>(5)</sup>

وقال تعالى " ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق".<sup>(6)</sup>

وهذه الأدلة تدل دلالة واضحة على أن الإسلام أوجب المحافظة على نفس الإنسان كان رجل أو امرأة، فالأدلة لم تفرق بين رجل وامرأة والمطلق يجري على إطلاقه.

كما أوجب الإسلام المحافظة على عرض المرأة، وحرم الاعتداء على عرضها بالزنا والقذف والاعتصاب يقول تعالى: ﴿ والزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله ﴾.<sup>(7)</sup>

كما أوجب الإسلام المحافظة على عقل المرأة، وحرم الاعتداء على عقلها بتعاطي الخمر، والمخدرات لأن هذه الأشياء تعطل عقل الإنسان.

أما عن حماية الإسلام لمال المرأة فقد حرم امتلاكه بالطرق غير المشروعة أو الاعتداء عليه بالسرقه أو الغصب أو النصب أو نحو ذلك، وللمحافظة على مال المسلم شرع الإسلام العقوبات الجزائية " كقطع اليد" بالنسبة للسارق، والعقوبات التعزيرية على كل من أخذ مال إنسان بأي طريقة<sup>(8)</sup>

ثانياً: حق العدل والمساواة في الإسلام:

- شرع الإسلام العدل وأوجبه وجعله منبراً لتحقيق المساواة بين الناس، بدون فرق بين الرجل والمرأة قال تعالى: ﴿ وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾<sup>(9)</sup> والعدل يشمل العديد من الصور ومنها: عدل الإنسان مع نفسه بأن يعرف ما له من حقوق وما عليه من واجبات حتى لا يطالب بما لا يستحق وعدل الإنسان مع الناس بحيث لا يظلم الناس فيما يستحقون والوفاء بكل ما لهم من حقوق.<sup>(10)</sup>

وقد ساوى الإسلام بين الرجال والنساء في المجتمع المسلم في القيمة والإنسانية المشتركة من خلال مساواة الرجل والمرأة في التكليف والمساواة



في وحدة الأصل والمنشأ، إذ أن الله تعالى خلقهم جميعاً من تراب، والمساواة في الأخوة الإسلامية، منهم أخوة في العقيدة الإسلامية قال تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾<sup>(11)</sup>

أما عن مظاهر مساواة الإسلام بين الرجل والمرأة في المنافع العامة والاجتماعية، فهي: المساواة أما التشريع، والمساواة أمام القضاء كما ساوى الإسلام بينهما في التكاليف العامة والواجبات المالية.

ثالثاً: حقوق المرأة السياسية:

لم يكن للمرأة العربية في صدر الإسلام حقوقاً سياسية كما كان للرجال، لذا فإن كل ما نقل إلينا من التاريخ أن النبي ﷺ بايع النساء دون مصافحتهن، وكان موضوع البيعة الالتزام بطاعة الله في كل أمر واجتناب ما نهى عنه الله تعالى. وهذا دليل على أن الرسول ﷺ أقر للنساء بالحقوق السياسية.<sup>(12)</sup>

والمعروف أنه في بعض أدوار التاريخ الإسلامي تولت إحدى النساء الحكم " كما فعلت شجرة الدر"<sup>(13)</sup>

وأياً ما كان فإنه مع تطور العصر، أصبح للمرأة حقوقاً سياسية كالرجل على السواء، وهي حق الانتخاب وحق النيابة، وحق تولي رئاسة الدولة والوظائف العامة والقيادية والقضاء.

فمبادئ الإسلام لا تمنع المرأة العربية المسلمة من حق الانتخاب، أي انتخاب شخص كفاء يدافع عن الإسلام وقضاياها العادلة.

كما لها حق النيابة، فلا يوجد ما يمنع من قيام المرأة بمراقبة السلطة التنفيذية في تصرفاتها أو تولي الوظائف العامة القيادية كالوزارات والإدارات العامة والشركات، أما رئاسة الدولة فلا خلاف بين علماء المسلمين على عدم توليها رئاسة الدولة لقوله تعالى: ﴿الرجال قوامون على النساء﴾<sup>(14)</sup> وقوله ﷺ: " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة"<sup>(15)</sup>

رابعاً: حق الحريات في الإسلام:

كفل الإسلام للإنسان سواء كان رجل أو امرأة الحرية الكاملة فيما يعتقد، سواء كان اعتنق الإسلام، أم غيره من العقائد الأخرى كالمسيحية، وهذا قبل دخوله في الإسلام. قال الله تعالى: ﴿ لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي ﴾<sup>(16)</sup> وقال: ﴿ فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر ﴾<sup>(17)</sup>

كما كفل الإسلام حق حرية العبادة للمسلم سواءً كان رجل أم امرأة وأعتبر ذلك حقاً من الحقوق السياسية، وهذا الحق كفله الإسلام لأهل الديانات الأخرى. هذا بالنسبة لحرיתי العقيدة والعبادة أما الحريات الأخرى التي كفلها الإسلام للمرأة فهي:

- حق حرية التفكير والحث على التفكير والدعوة إلى إبداء الرأي بهدف تحقيق الخير والرشاد.

- حق الرأي والتعبير وقد قيدها الإسلام بقيدين أساسيين يتعلقان بمصلحة الدولة وهما: أن لا يؤدي رأي الفرد أو الجماعة إلى تهديد سلامة النظام العام، أي الدولة وأن لا يؤدي إلى إشعال نار الفتنة في المجتمع.

- وحق التعليم والتعلم فقد جعل الإسلام هذا الحق أساسياً وضرورياً لا غنى عنه لكل إنسان على وجه الأرض وبدون فرق بين رجل وامرأة أو كبير وصغير والتعليم يشمل العلوم الدنيوية والدينية قال ﷺ: " العلماء ورثة الأنبياء"<sup>(18)</sup>

- حق حرية العمل قال تعالى: ﴿ وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون ﴾<sup>(19)</sup> والعمل لا ينحصر في المرأة بعمل معين المهم أن يتناسب مع قدرتها وطبيعتها جسمها سواء كان العمل في الزراعة أو الصناعة أو التجارة أو التدريس أو التمريض، ما دامت هذه الأعمال تتفق مع أنوثتها.

- كما كفل الإسلام للمرأة الحق في تكوين أسرة شرعية من خلال الزواج، لأنه يحقق مقاصد شرعية تتمثل في المودة والرحمة والتعاون والتكاثر وعمارة الكون وجعل الإسلام الزواج قائماً على مبدأ الرضا قال

تعالى: ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة﴾<sup>(20)</sup>.

- وشرع الإسلام حق المسكن للمرأة، وأوصى المسلمين التكافل والتعاون لتأمين المسكن للمرأة وأوجب الإسلام احترام حرية المساكن ووجوب الاستئذان قبل دخولها وحرم الاستيلاء على مساكن الغير دون حق.

- وأقر الإسلام حق السفر والانتقال والإقامة للمرأة المسلمة في أي مكان ولا فرق بينها وبين الرجل في هذا المجال. إلا أن الإسلام أوجب على المرأة المسلمة السفر بوجود محرم لها حتى لا تكون محلاً للطمع من قبل الذين في قلوبهم مرض، ولحمايتها من أي اعتداء.

قال الله تعالى: ﴿هو الذي جعل لكم الأرض ذلولاً فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه وإليه النشور﴾<sup>(21)</sup>.

### المطلب الثاني: الحقوق الخاصة للمرأة في الإسلام

أولاً: حق المهر والمتعة:

كرم الإسلام المرأة بتشريع المهر وجعله حقاً على الزوج يجب الوفاء به حسب الاتفاق بينهما سواء كان كثيراً أم قليلاً وسواء كان معجلاً أم مؤجلاً ومسوغات المهر الشرعية هي:

- بيان أهمية الزواج وخطورته وأنه يختلف عن العقود الأخرى.
  - تكريم الزوجة ورفع شأنها ومكانتها في المجتمع الإسلامي.
  - العمل على دوام الرابطة الزوجية.
  - تذكير الرجل بالمسؤولية الملقاة على عاتقه وتقديم التضحية للزوجة
- قال تعالى: ﴿وأتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾<sup>(22)</sup>. وكرم الإسلام المرأة أيضاً أنه شرع لها حق آخر عند فراقها تكريماً لها وهو ما يسمى (بالمتعة) من أجل تعويضها عن الضرر الذي لحقها ولم تكن سبباً فيه<sup>(23)</sup>

ثانياً: حق النفقة:

كما كرم الإسلام المرأة أيضاً عندما جعل نفقتها حقاً على زوجها وإن لم تكن ذات زوج فنفتها على وليها الشرعي الأب ومن يقوم مقامه وذلك حتى لا تضطر للعمل في الأماكن والأعمال التي لا تتفق مع أنوثتها مما يعرضها للفساد الأخلاقي.

ومما يدل على وجوب نفقة الزوجة وأنها حق شرعي أكد عليه الإسلام بقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾<sup>(24)</sup>، وقوله تعالى: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾<sup>(25)</sup>.

ثالثاً: حق الزيارة:

فقد جعل الإسلام للمرأة حقاً شرعياً يتمثل في السماح للزوجة بزيارة الوالدين والمحارم والأقارب لصلة الرحم التي أمر الله تعالى بها وكذلك زيارة صديقاتها الثقات لإشاعة المودة والرحمة والألفة بين الناس قال ﷺ: "لا يدخل الجنة قاطع رحم"<sup>(26)</sup>.

رابعاً: حق العدل بين الزوجات عند التعدد:

أباح الإسلام تعدد الزوجات ولكن يشترط لجواز التعدد ما يلي:

- العدل بين الزوجات في المسكن والملبس والمأكل والمشرب والمبيت.  
- القدرة على النفقة لأنه إن لم يقدر الزوج الإنفاق على الزوجات عند التعدد يكون ظالماً والظلم محرم شرعاً.

- أن يكون الجمع بين من يجوز الجمع بينهن من النساء الأجنبية أو من يجوز الجمع بهن من القريبات محرم مثلاً الجمع بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها قال تعالى: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف﴾<sup>(27)</sup>.  
خامساً: حق الميراث:

- فالمرأة المسلمة ترث زوجها من زواج صحيح سواء كان له وارث أم ليس له ومقدار ميراث المرأة المسلمة (الزوجة) هو الثمن، وكما ترث المرأة زوجها إذا كان له فرع وارث منها أو من أي امرأة أخرى<sup>(28)</sup> كذلك

هناك ميراث للمرأة المسلمة من غير زوجها متى تحقق سبب لذلك وهو القرابة، فالمرأة ترث في كل حالاتها سواء كانت ابنة أم أم أو جدة أم زوجة أو غير ذلك، مع اختلاف مقدار الإرث حسب حالتها في كل مرة وقد فصلت سورة النساء أحكام ومقدار الموارث للمرأة وغيرها.

## المبحث الثاني

### حقوق المرأة في الاتفاقيات الدولية

شهدت العقود الأخيرة من القرن العشرين اهتماماً متزايداً بقضية حقوق المرأة، كما تصاعدت حركة واسعة النطاق تستهدف دفع الاهتمام بالقضايا المتعلقة بها على مستوى العالم فكان المؤتمر العالمي الأول للمرأة عام (1975) بالمكسيك كما أعلنت الأمم المتحدة سنة (1975) السنة العالمية للمرأة ومع أهمية القضية أصبحت السنة عقداً كاملاً للارتقاء بمستويات المرأة ثم جاء مؤتمر الأمم المتحدة لإزالة جميع الفروقات بين الرجل والمرأة سنة (1979) واستمرت المؤتمرات الخاصة بقضايا المرأة بالانعقاد حيث كانت الأمم المتحدة تسعى من خلال تلك المؤتمرات إلى إرساء قواعد جديدة تنظم وتحكم السلوك البشري الأخلاقي والقانوني في كل عام وفي كافة مجالات الحياة.<sup>(29)</sup> وكانت من أهم التوصيات التي أقرها المجتمع الدولي للمطالبة بحقوق المرأة متمثلة في:

- إلغاء القوانين والعادات والأنظمة والممارسات القائمة على التمييز ضد المرأة.
- توفير الحماية القانونية الكافية لتأمين مساواة المرأة بالرجل.
- إثبات مبدأ تساوي الحقوق في الدستور.
- تثقيف الرأي العام وتوجيه الاهتمامات القومية للقضاء على أي ممارسات قائمة على الانتقاص من المرأة.<sup>(30)</sup>

وهناك العديد من التوصيات الأخرى التي تدعو الأمم المتحدة إلى نشرها حول حقوق المرأة وما زالت الأمم المتحدة وميثاقها تخضع لتجاذب المصالح الدولية خاصة الدول الأعضاء في مجلس الأمن.

#### المطلب الأول : حقوق المرأة في الاتفاقيات الصادرة عن منظمة الأمم المتحدة

إن هيئة الأمم المتحدة شخصية اعتبارية مستقلة تمتعت باعتراف دول العالم حيث أصدرت هذه الهيئة العديد من الاتفاقيات والبروتوكولات لحفظ الأمن والسلم الدوليين، ولمنع قيام حروب عالمية أخرى وكان أهم المبادئ التي تقوم عليها هذه المنظمة هو تحقيق العدل والمساواة بين الأفراد في المجتمع واعتبر حصول المرأة على حقوقها من أساسيات استقرار المجتمعات وتحقيق الأمن والسلم العالمي فأكد على تساوي المرأة مع الرجل في الحقوق والواجبات حيث صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948 واعتبر حصول الإنسان على حقوقه ضرورة للاستقرار والأمن العالمي كما أكد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية على حقوق الإنسان دون تمييز بين الرجل والمرأة.<sup>(31)</sup>

#### أولاً: اتفاقيات بشأن الحقوق السياسية للمرأة:

هذه الاتفاقية صادرة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة عام (1952) حيث جاء فيها إعمال المساواة بين الرجال والنساء في الحقوق الواردة في ميثاق الأمم المتحدة والاعتراف لكل شخص بحق المشاركة في إدارة الشؤون العامة لبلده.<sup>(32)</sup>

كما نصت هذه المعاهدة على حق النساء في التصويت في جميع الانتخابات وحق الترشيح لتولي المناصب السياسية<sup>(33)</sup>، كما أثبتت لهن أهلية تقلد المناصب العامة وممارسة جميع الوظائف العامة بالتساوي بينهن وبين الرجال دون أي تمييز.

## ثانياً: إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة

اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1967/11/17 ويتألف من (11) مادة وما يميز هذا الإعلان أنه شدد على القضاء على التمييز ضد المرأة وجاء فيه أن الشعوب على إيمانها بالحقوق الأساسية وبكرامة الشخص الإنساني وتساوي الرجل والمرأة في الحقوق وأن البشر جميعاً يولدون أحراراً ومتساوون في الكرامة والحقوق.

كما يرى هذا الإعلان أن التمييز ضد المرأة يتنافى مع كرامة الإنسان وأكد على أن إسهام المرأة لا بد منه للتنمية الكاملة لكل بلد في جميع الميادين ولخير العالم ولقضية السلام.

إن التمييز ضد المرأة بإنكاره حقوقها أو تقييد تساويها في الحقوق مع الرجل يمثل إجحافاً أساسياً وإهانة للكرامة الإنسانية وأكد هذا الإعلان أيضاً على إلغاء القوانين والأعراف والأنظمة والممارسات القائمة ضد المرأة واتخاذ كافة التدابير المناسبة لتوعية الرأي العام وإلغاء الممارسات التي تقوم على الانتقاص من حق المرأة<sup>(34)</sup>، مع التأكيد على ضرورة كفالة هذه الحقوق في الدساتير والقوانين الوطنية في باقي مواده.

ولضمان تنفيذ هذه المواد في جميع الدول فقد حثت منظمة الأمم المتحدة الحكومات والمنظمات غير الحكومية والأفراد على بذل أقصى الوسع للعمل على تنفيذ المبادئ الواردة في هذا الإعلان.

ثالثاً: إعلان بشأن حماية النساء والأطفال في حالات الطوارئ والمنازعات المسلحة

وتم اعتماد ونشر هذا الإعلان على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1974/12/14 وضم عدداً من التوجيهات والإدانات للأعمال التي تشمل عدوان على النساء والأطفال بسبب قلة مناعتهم

وضرورة حمايتهم<sup>(35)</sup> وجاء فيه: أن الجمعية العامة يساورها القلق الشديد لاستمرار قوى الاستعمار والعنصرية والسيطرة الخارجية والأجنبية بالرغم من الإدانة العامة لها.

رابعاً: اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة:

وهذه الاتفاقية صادرة عن الجمعية العامة في تاريخ 18/12/1979 وبدأ النفاذ في 3 أيلول 1981 وتنوّه هذه المعاهدة بأنه لا بد من استئصال كافة أشكال الفصل العنصري والتمييز العنصري وهو نوع من الاستعمار الجديد والعدوان والاحتلال الأجنبي والتدخل في الشؤون الداخلية للدول.

إذ لا بد للرجال والنساء أن يتمتعوا بحقوقهم تمتعاً كاملاً واحترام السيادة الوطنية والسلامة الإقليمية ولا بد من بيان دور المرأة العظيم في رفاه الأسرة وتنمية المجتمع وقد قررت الاتفاقية اتخاذ كافة التدابير التي يتطلبها القضاء على هذا التمييز بكافة أشكاله<sup>(36)</sup>.

وجاءت هذه الاتفاقية في ستة أجزاء تؤكد على المساواة الكاملة وحماية هذه الحقوق في الدساتير والقوانين وتذهب إلى اعتبار التمييز ضد المرأة جريمة قانونية ونصت المادة (18) بأن تتعهد الدول الأطراف بأن تقدم للأمين العام تقريراً لما اتخذته من تدابير تشريعية وقضائية وإدارية من أجل اتخاذ هذه الاتفاقية والتقدم المحرز بهذا الصدد<sup>(37)</sup>.

خامساً: البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1999.

وهذا البروتوكول اختياري، يحق للدول الانضمام إليه إن شاءت، وذلك مرهون بمدى تطور المؤسسة الاجتماعية لديها، وهو يؤكد على كافة الحقوق الأساسية للمرأة ومساواتها بالرجل وتم تشكيل لجنة خاصة بموجب المادة (1) من البروتوكول للقضاء على التمييز ضد المرأة وهذه اللجنة تتلقى



التبليغات الخطية من الأفراد الذين يزعمون أنهم ضحايا لانتهاك أي من حقوقهم، كما أن هناك إعلان عالمي شديد اللهجة بشأن القضاء على العنف ضد المرأة (1993) سواء في الأسرة أو في المجتمع<sup>(38)</sup>.

#### المطلب الثاني : حقوق المرأة في الاتفاقيات الصادرة عن منظمة العمل الدولية

صدر عن منظمة العمل الدولية العديد من الاتفاقيات بشأن المرأة العاملة وكان الهدف منها تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في كافة الأعمال التي يمارسها كل منهما، وكانت أهم هذه الاتفاقيات:

أولاً: الاتفاقية الخاصة بتشغيل النساء أثناء الليل:-

وصدرت هذه الاتفاقية بناءً على مؤتمر انعقد بواشنطن سنة 1919 بناءً على دعوة من الولايات المتحدة الأمريكية وتنص هذه الاتفاقية على عدم جواز تشغيل المرأة من أي سن أثناء الليل في أي منشأة صناعية عامة أو خاصة وعندما يتناول العمل مواداً أولية في دور التجهيز وكانت عرضة للتلف السريع وكان لابد من العمل الليلي للمحافظة عليها فإن هذا يشمل الرجال دون النساء.<sup>(39)</sup>

ثانياً: الاتفاقية الخاصة بشأن تساوي أجور العاملين والعاملات عند تساوي العمل لسنة 1951.

وتتناول الاتفاقية أحكاماً تتعلق بتحديد معدلات الأجور بقدر ما تسمح به الطرق لتدعيم وكفالة تطبيق مبدأ التساوي في الأجر بين العمال والعاملات عند قيامهم بعمل مكافئ كما وتقر الاتفاقية الأساليب التي تتبع في هذا التقويم عن طريق السلطات المختصة بتحديد معدلات الأجور أو الأطراف المتعاقدة إذا كانت معدلات الأجرة محددة باتفاقيات جماعية.<sup>(40)</sup>

ولا تلزم هذه الاتفاقية إلا أعضاء منظمة العمل الدولية الذين قدموا تصديقاتهم عليها لدى مكتب العمل الدولي، أما من صادق عليها فلا يجوز أن تحلل من التزم بها.

ثالثاً: الاتفاقيتين الخاصتين باستخدام النساء قبل الوضع وبعده واتفاقية حماية الأمومة:-

حيث قضت الاتفاقية الأولى بعدم السماح بتشغيل المرأة خلال الأسابيع الستة التالية للوضع مع حقها في الحصول على مزايا مالية كافية تمكنها هي وطفلها من المعيشة في أحوال صحية طيبة عن طريق نظام واجب التأمين كما أفرت حق المرأة في الرعاية الطبية المجانية والحق في إرضاع طفلها بعد الوضع أثناء ساعات العمل بمعدل ساعة خلال فترتي الراحة لها يومياً.<sup>(41)</sup>

أما الاتفاقية الخاصة بحماية الأمومة لعام 1952 فإنها تعطي للمرأة الحق في فترة إجازة للأمومة متى قدمت شهادة طبية لتحديد اليوم المحتمل للوضع وقد حددت الاتفاقية مدة إجازة الأمومة بحيث لا تقل عن (12) أسبوعاً بعد الوضع.

كما أعطت الاتفاقية الحق للمرأة العاملة أثناء المرض الناجم عن الوضع، الحصول على إجازة إضافية قبل الوضع أما بالنسبة لنفقات الولادة الخاصة بالمرأة العاملة فلا بد أن تدرج تحت (التأمين الاجتماعي الإلزامي) للنساء العاملات، أما النساء اللاتي لا يستوفين شروط استحقاق التأمين فقد كفلت لهن الاتفاقية استحقاق مساعدات كافية من صناديق المساعدات العامة كما قضت بعدم جواز فصل المرأة من عملها أثناء فترة الإجازة.<sup>(42)</sup>

رابعاً: الاتفاقية الخاصة بشأن التفرقة العنصرية في العمالة والمهن لعام 1958.

حيث منعت الاتفاقية أي تمييز أو فصل أو استبعاد على أساس الأصل أو اللون أو الجنس أو الدين أو الرأي أو النشأة القومية أو الأصل الاجتماعي

من شأنه الإخلال بتكافؤ الفرص في العمالة أو المهن بين الرجل والمرأة كما نصت الاتفاقية على ضرورة المساواة في المعاملة والفرص بالنسبة للعماله والمهن والقضاء على أي تفرقة بين الرجل والمرأة وضرورة تعاون المنظمات وأصحاب الأعمال والعمال والهيئات لتفعيل ذلك وضرورة إصدار تشريعات قانونية أو تعديل أي إجراءات لا تتلاءم مع هذه السياسة.<sup>(43)</sup>

خامساً: " الاتفاقية العربية بشأن المرأة العاملة لعام 1976:-

وقد صدرت هذه الاتفاقية بعد انعقاد مؤتمر العمل العربي في دورته الخاصة في الإسكندرية بجمهورية مصر العربية عام 1976 منطلقاً من أن التحرر الاقتصادي هو دعامة التحرر السياسي وبما أن القوى البشرية هي الدعامة الأساسية لتحقيق التحرر الاقتصادي عن طريق التنمية الاجتماعية والاقتصادية الشاملة.

وحيث أن المرأة تمثل نصف هذه القوى وضرورة إسهام الأيدي العاملة النسائية في التنمية وعلى أساس المساواة التامة مع الرجل فلا بد من توحيد ظروف وشروط العمل للعمال سواء كانوا رجالاً أم نساءً حيث جاء في الاتفاقية ضرورة المساواة بين المرأة والرجل في كافة مجالات العمل كما يجب مراعاة عدم التفرقة بينهما في الترقى الوظيفي كما نصت على ضمان مساواة الرجل والمرأة في كافة ظروف وشروط العمل ومنح المرأة العاملة الأجر المماثل لأجر الرجل في العمل المماثل.<sup>(44)</sup>

وحددت هذه الاتفاقية الأعمال التي يحظر على المرأة القيام بها لحمايتها وظروف العمل الخاصة بها من حيث ساعات العمل والدوام مع حقها في الحصول على إجازات لرعاية الأمومة وإجازات خاصة للزوجين العاملين بنفس العمل كما قررت الاتفاقية الضمانات الاجتماعية المتعلقة بالتأمينات الصحية وجعلتها تمتد إلى زوجها وأسرته دون أن تشملها وحدها وحددت مقدار الاستحقاقات المالية للمرأة عند الاستقالة.

وهذه الاتفاقية ملزمة لكل دولة عربية بمجرد التصديق والموافقة عليها وتصبح نافذة المفعول بعد شهر من إيداع وثائق التصديق كما تسري هذه الاتفاقية على الدول العربية الأخرى التي لم تنضم إليها بعد وترغب بالانضمام إليها مستقبلاً<sup>(45)</sup>.

### المبحث الثالث

#### حقوق المرأة في القانون الأردني

وضع الدستور الأردني أساساً ومنطلقاً للنظرة إلى الأردنيين جميعاً باعتبارهم سواء لا تمييز بينهم بالحقوق أو الواجبات وإن اختلفوا بالعرق أو اللغة أو الدين كما أكد على حق كل أردني في تولي المناصب العامة سواء كان رجل أو امرأة مع تحقيق المساواة والعدالة وتكافؤ الفرص بينهما على السواء وبتوجيهات كريمة من جلالة الملك عبد الله الثاني قامت عدة جهات مختصة بمراجعة القوانين والأنظمة التي تضمن للمرأة حقوقها إضافة إلى وضع الخطط والإستراتيجيات التي تعنى بشؤون المرأة<sup>(46)</sup>.

وقام الأردن بوضع خطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية والتي تنص على ردم الفجوة بين الجنسين في مختلف المجالات وخطة التنمية البشرية التي تنص على منع كافة أشكال التمييز والعنف ضد المرأة كما اتخذت الحكومة تدابير خاصة بذلك عن طريق وضع الآليات الوطنية والتي أهمها تأسيس اللجنة الوطنية لشؤون المرأة 1992<sup>(47)</sup>.

والتي تم تحديثها عام 1999 لتشمل العديد من المستجدات التي طرأت على مسيرة المرأة فتم إنجاز العديد من القوانين والأنظمة والتي تنصف المرأة بما يضمن لها حقوقها والتي تنسجم مع الاتفاقيات الدولية وسأعرض في المطالب التالية حقوق المرأة في القانون الأردني من خلال القوانين والأنظمة المعنية بهذا المجال مع أهم التعديلات التي طرأت على القوانين والأنظمة.

## المطلب الأول : حقوق المرأة الاقتصادية

أولاً: حقوق المرأة بقانون العمل الأردني:-

يعتبر قانون العمل الأردني لعام 1996 من أكثر التشريعات العمالية تقدماً بالدول العربية حيث تم تعديل عدة نصوص قانونية بما ينصف المرأة العاملة ويحقق لها الاستقرار النفسي الذي ينعكس بدوره على استقرار أسرتها ويزيد من عطائها بالعمل ويجعلها أكثر تقدماً وتطوراً وأهم هذه التعديلات:

- إعطاء المرأة العاملة الحق بفترة إرضاع مدفوعة الأجر لإرضاع طفلها لا تزيد على ساعة يومياً خلال السنة الأولى من الولادة.
- عدم فصل المرأة الحامل ابتداء من الشهر السادس من حملها أو خلال إجازة الأمومة.
- حق المرأة العاملة بإجازة بلا راتب لمدة تزيد على سنة للتفرغ لتربية أطفالها مع الاحتفاظ بحقوقها بالعمل بعد انتهاء المدة.
- وضع قيود على استخدام المرأة العاملة بحيث يتم تحديد الصناعات والأعمال التي يجوز تشغيل النساء فيها.

ثانياً: حقوق المرأة بقانون الضمان الاجتماعي

يعتبر قانون الضمان الاجتماعي من أهم القوانين التي تم إنجازها في الفترة الأخيرة حيث تمت معالجة بعض الثغرات القانونية المجحفة بحق المرأة وذلك بتعديل بعض النصوص القانونية عام (2001) وأهم هذه التعديلات<sup>(48)</sup>

- 1- نص القانون السابق بدفع راتب لأرملة المؤمن عليه ولبناته وأخواته العازبات أو الأرمال أو المطلقات على أن يخصم ما تحصل عليه البنت من دخل آخر.

- عُدل هذا النص بحيث أصبح يدفع لأرملة المؤمن عليه ولبناته وأخواته العازبات أو الأرامل أو المطلقات عند الوفاة ويتم حذف (على أن يخصم ما تحصل عليه البنت من دخل آخر)، وذلك حفاظاً على حقوقها كمصدر دخل البنت يختلف عن مصدر الراتب التقاعدي لها .

2- نص القانون السابق على قطع الراتب عن الأرملة والأخت والبنت عند زواجها على أن يعاد لها عند طلاقها أو ترملها، فإذا تزوجت مرة أخرى يقطع الراتب نهائياً.

- عدل النص بحذف (فإذا تزوجت مرة أخرى يقطع الراتب نهائياً)، وأجاز إعطائها الراتب التقاعدي بغض النظر عن وضعها الاجتماعي وعدم قطعه في حال زواجها وغيرها من التعديلات التي تدعم حق المرأة في الضمان الاجتماعي.

ثالثاً: حقوق المرأة بنظام الخدمة العامة المدنية لعام 2002:-

يعتبر نظام الخدمة المدنية هو النظام الذي تطبق أحكامه على موظفي الدولة بالمؤسسات والدوائر الحكومية والوزارات.

حيث أفرد هذا النظام بعض النصوص القانونية المنصفة للمرأة فعلى سبيل المثال:

- نص النظام على إعطاء الموظفة إجازة أمومة مدة تسعين يوماً مدفوعة الأجر كاملاً كما لم يفرق نظام الخدمة المدنية في أحكامه بين الجنسين حيث عرف الموظف بأنه الشخص المعين من المرجع المختص دون تمييز بين رجل وامرأة.

وعلى الرغم من اهتمام هذا النظام بحقوق المرأة العاملة إلا أنه يفتقر لبعض النصوص القانونية التي تسهل عمل الموظفة مثل افتقاره إلى نص قانوني يمنع تشغيل الموظفة بالأعمال الخطرة أو المضرة بالصحة، كما يفتقر

إلى نص قانوني يمنع فصل المرأة أثناء الحمل، أو أثناء إجازة الأمومة، حيث أن هذه المواضيع لا زالت بحاجة إلى معالجة.

رابعاً: قانون التقاعد المدني

أفرد قانون التقاعد بعض النصوص الخاصة بوضع المرأة حيث اعتبر مدة الخدمة المقبولة للتقاعد خمسة عشرة سنة للموظفة وعشرين سنة للموظف أما سن الإحالة إلى التقاعد فهو الستين لكلا الجنسين كما نص هذا القانون على أن يعاد للموظفة المستقيلة العائدات التقاعدية المقتطعة من رواتبها بينما لا تعاد للرجل هذه العائدات بعد الاستقالة.

وعلى الرغم من اهتمام هذا القانون بالمرأة العاملة إلا أن هناك بعض النصوص التي تحتاج إلى تعديل وخاصة فيما يتعلق بمسألة الجمع بين أكثر من راتب كالراتب التقاعدي وراتب آخر، ومسألة انتقال راتب الموظفة بعد وفاتها إلى مستحقيها وغيرها من النصوص.

### المطلب الثاني: حقوق المرأة الاجتماعية

أولاً: حقوق المرأة بقانون الأحوال الشخصية

يعتبر قانون الأحوال الشخصية الأردني هو القانون الذي ينظم الحياة الأسرية بين أفراد الأسرة ويوضح ما لكل فرد من أفراد الأسرة من حقوق وواجبات فقانون الأحوال الشخصية هو قانون وضعي يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية ولكنه قابل للتحديث والتطوير والتعديل بما يتناسب مع حياة الأفراد الاجتماعية في كل زمان<sup>(49)</sup>. ويتناول القانون مواضيع رئيسية كفلت للمرأة حقوقها في الأسرة من أهمها:

- تحديد سن الزواج للمرأة بثمانية عشرة سنة ليتسنى لها إكمال تعليمها وتأهيلها لتكوين أسرة وتربية أطفالها.

- حق المرأة بعد الزواج بالإنفاق عليها من حيث توفير المأكل والمسكن والعلاج وغيرها من النفقات.

- وفيما يتعلق بالطلاق ضمن حق المرأة أن تطلب الطلاق للعديد من الأسباب ومنها سجن الزوج أو غيبته أو لعدم الإنفاق كما أن من حقها أن تشتترط في عقد الزواج أن تكون العصمة بيدها.

- كما أقر هذا القانون حق المرأة في طلب خلع زوجها عن طريق القضاء بدون اتفاق مع زوجها.

وهناك العديد من النصوص التي تكفل للمرأة حقها كما أن هناك بعض التعديلات المقترحة لضمان حق المرأة ومن هذه التعديلات المقترحة على قانون الأحوال الشخصية الأردني<sup>(50)</sup>:

- إنشاء صندوق إقراض نفقة للزوجة على حساب الزوج حيث تعتبر ديناً عليه لحين تسديده.

- وضع ضوابط للطلاق والرجعة وتنظيم أموره واشتراط وقوعه عن طريق المحكمة.

ثانياً: حقوق المرأة بقانون العقوبات:-

أثارت بعض النصوص القانونية الموجودة بهذا القانون الكثير من الجدل والنقاش في المجتمع الأردني حيث تعتبر المادة (340) من هذا القانون أكثر هذه المواد إثارة للنقاش حيث يربطها البعض بما يسمى بجرائم الشرف التي ظهرت إلى حد ما بالمجتمع الأردني فهذه المادة كانت تغطي العذر المحل للزوج أو أحد المحارم إذا ما فاجأ زوجته أو إحدى محارمه متلبسة بجريمة الزنا مع شخصاً آخر وأقدم على قتلها أو جرحها أو إيذائها كليهما أو أحدهما بينما لا تعطي نفس المادة الحق للزوجة إذا فاجأت زوجها بنفس الظروف<sup>(51)</sup>.



لكن بالواقع العملي لم تطبق هذه المادة سوى مرات محددة وبالرغم من ذلك فقد طالبت الفعاليات النسائية بتعديل هذه المادة أو إلغائها لما تلحق بأذى وإجحاف بحق المرأة<sup>(52)</sup>. وبالفعل فقد تم تعديل هذه المادة عام (2001) حيث أصبح القانون يعطي العذر المخفف لكل من الزوجين إذا فاجأ زوجته متلبساً بجريمة الزنا هو وشريكه وأقدم على قتلها أو جرحها أو إيذائها وبهذا التعديل تكون قد تمت المساواة أمام القانون بين الزوجين وذلك بإعطاء العذر المخفف لكلاهما إذا فاجأ أحدهما الآخر متلبساً بجريمة الزنا وقتله.

وهذا ينسجم مع اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة والتي تنص على المساواة بين الجنسين أمام القانون<sup>(53)</sup>.

### المطلب الثالث : حقوق المرأة السياسية

أولاً: حقوق المرأة بقانون الجنسية:-

نص قانون الجنسية الأردنية بأن للمرأة الأردنية التي تزوجت من غير الأردني وحصلت على جنسية زوجها الاحتفاظ بجنسيتها الأردنية إلا إذا تخلت عنها وفقاً لأحكام القانون ويحق لها العودة إلى جنسيتها الأردنية إذا انقضت الزوجية لأي سبب من الأسباب<sup>(54)</sup>.

طالبت الهيئات النسائية تعديل النص بحذف شرط إذا انقضت الزوجية لأي سبب لأن هذا الشرط قد يدفع ببعض النساء بالمطالبة بالطلاق للعودة إلى جنسيتها الأصلية علماً بأنه من حقها الاحتفاظ بجنسيتها الأصلية دون قيد أو اشتراط انقضاء الزوجية وفقاً للمواثيق الدولية.

كما يشترط قانون الجنسية الأردني لحصول الأبناء على الجنسية الأردنية أن يكونوا مولودين من أب أردني فأبناء الأردني أردنيون أينما ولدوا ولم يجز القانون لأبناء المرأة الأردنية المتزوجة من غير الأردني الحصول على الجنسية الأردنية لذا طالبت الفعاليات النسائية في الأردن تعديل القانون بحيث يصبح من حق المرأة الأردنية المتزوجة من غير الأردني إعطاء جنسيتها لأبنائها وهذا

ينسجم مع المادة التاسعة من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة والتي تؤكد على إعطاء المرأة الحق بمنح الجنسية لأبنائها.

### ثانياً: حقوق المرأة بقانون الانتخاب

يعتبر قانون الانتخاب من أهم الإنجازات التشريعية التي صدرت لصالح المرأة فبعد أن كان القانون يحصر حق الترشيح للبرلمان بالرجل فقط عدل هذا النص ليصبح من حق المرأة الانتخاب والترشيح ثم تلا بعد ذلك عدة تعديلات على القانون كان آخرها تعديل القانون عام 2003 حيث تم إقرار الكوتا النسائية وذلك بتخصيص ستة مقاعد للنساء المرشحات في مختلف الدوائر الانتخابية بالمملكة بحيث يتم تخصيص هذه المقاعد لمرءة واحدة ويجوز لمجلس الوزراء اتخاذ قرار باستمرار العمل بهذا التعديل لأكثر من مرءة بانتخاب مجلس النواب.

كما تم تعديل سن الرشد الانتخابي ليصبح ثمانية عشرة سنة بدلاً من تسعة عشرة سنة مما يتيح الفرصة لفئة الشباب ممن تتراوح أعمارهم ما بين (18-19) سنة الحق بالانتخاب.

وفي هذا السياق فلا بد من الإشارة إلى أن المرأة الأردنية استطاعت أن تشارك بالسلطات الثلاث التشريعية والقضائية والتنفيذية وبالرغم من كل العقبات الاجتماعية فالمرءة الأردنية تشارك بعضوية مجلس الأعيان وبالسلك القضائي إضافة لمشاركتها بمجلس النواب.

مما يلاحظ بأن القرار السياسي بتعيين المرأة بالسلطات الثلاث قد تفوق على الإرادة الشعبية التي لم تستطع أن توصل المرأة للبرلمان إلا لمرءة واحدة عام 1993 وعندما وصلت للسلطة التشريعية وصلت بعد إقرار الكوتا النسائية بقانون الانتخاب.

وأخيراً.. فلا بد من التركيز على أهمية دور المرأة بتعزيز وترسيخ التنمية السياسية والمستدامة وذلك بنشر الوعي والثقافة السياسية وبمشاركة المرأة بشكل واسع في مجالات الحياة المختلفة بما في ذلك الحياة السياسية والاقتصادية والمشاركة بمؤسسات المجتمع المدني.

### الخاتمة

أقر الإسلام والقانون الدولي بحق المرأة في الحياة وحماية مالها، كما أقر الإسلام بحقتها في حماية عرضها وعقلها والتي لم يقر بها القانون الدولي وبذلك يختلف الإسلام والقانون الدولي في الوسائل التي جاء بها الإسلام للمحافظة، على ذلك بوسائل زاجرة، نجد أن الوسائل التي جاء بها القانون الدولي غير زاجرة.

ومن ناحية أخرى فقد أقر كل من الإسلام والقانون الدولي وكذلك القانون الأردني بحق المرأة في احترامها وحماية كرامتها الإنسانية وكذلك حقها في العدل والمساواة مع الرجل على حد سواء الحرية في العقيدة والعبادة وكذلك التفكير وإبداء الرأي والتعبير مع ملاحظة أن القانون الدولي قد أطلق للمرأة حرية العقيدة والعبادة والرأي والتعبير بينما قيد الإسلام الحريات ومن الحقوق التي جاءت بها مشتركة في هذا البحث بين الإسلام وكل من القانون الدولي والأردني:

- حق حرية تكوين أسرة قائمة على مبدأ الرضا في الزواج وكذلك حق حرية المسكن وحرية الانتخاب والترشيح وتولي المناصب العامة في الدولة.

ومن هنا نصل إلى خلاصة مضمونها أن حقوق المرأة في الاتجاهات الوضعية من إعلانات وصكوك ودساتير ومواثيق وأهمها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة هي حقوق غير ثابتة لأنها من وضع الإنسان الذي خلقه الله تعالى ضعيفاً وعقله البشري عاجز عن الإحاطة المطلقة بتغييرات المجتمع الإنساني أو هذه الأحكام الوضعية باستمرار.

أما الحقوق التي شرعها الإسلام للمرأة فهي أحكام الله تعالى . وهي ثابتة لأنها موثقة بآيات قرآنية وأحاديث نبوية شريفة وبالتالي ملزمة للرجال وللنساء على حد سواء قال تعالى: ﴿ لا تبديل لكلمات الله ﴾<sup>(55)</sup> .

فالله تعالى هو الخالق وهو الأعلم وبالتالي تشريعاته صالحة لكل زمان ومكان وبذلك كان تقرير حقوق المرأة في الإسلام حقيقة ثابتة لا مجرد افتراض غامض ولها آثارها الواسعة الثابتة والشاملة والمستمرة عبر العصور ولذا اعترف المسلمون بأن المرأة صنو الرجل وأن حقها لم ينكره أحد، وإنما جاء التمييز بين الرجل والمرأة من عوامل اجتماعية وثقافية وسياسية واقتصادية كانت تبرر دوماً على أساس الاختلافات الفسيولوجية.

أخيراً أود أن أشير أن المرأة حظيت باهتمام كبير لرعاية حقوقها في مختلف التشريعات وهناك العديد من التعديلات على القوانين السابقة لضمان حقوق المرأة كما أن هناك العديد من التوصيات التي جاء بها الكتاب والباحثون في هذا المجال لزيادة الاهتمام بحقوق المرأة في كافة المجالات .

وأهم التوصيات التي خلصنا لها في مجال حقوق المرأة:

- 1- ربط جميع تدخلات الأمم المتحدة بآثارها على التشريعات والسياسيات وذلك لسد الثغرات في النصوص القانونية.
- 2- خلق القدرات الخاصة والعامة وتعزيزها من أجل مراقبة تطبيق القوانين وتصحيح القوانين التي تميز بين الرجل والمرأة.
- 3- اشتراك صانعي القرار والشركاء الجدد وخاصة على مستوى المجتمعات المحلية وبين النساء في كيفية دمج مقاربة لمراعاة المساواة بين الرجل والمرأة خاصة في القطاع السياسي والعام.

أما على صعيد القانون الأردني فلا بد من التأكيد على أهمية دور المرأة السياسي وضرورة طرح مواد دراسية جامعية تركز على هذا الدور المهم وتضامن الجهد على المستوى الرسمي والشعبي لدعم الحقوق السياسية للمرأة.

هذا وإضافة إلى إعادة النظر في قانون الانتخاب وقانون الأحزاب السياسية لتطوير وتفعيل دور المرأة الأردنية في المشاركة السياسية في الأردن.

### = الهوامش:

- (1) الآية (13) من سورة الحجرات.
- (2) د. صالح أحمد جردات، "حقوق المرأة في الإسلام". مطبعة الروزنا. إربد. ط (1) عام (2000).
- (3) الآية (1) من سورة النساء.
- (4) د. عبد السلام القرمانيني، "حقوق الإنسان في نظر الشريعة الإسلامية" ط (2) دار الكتاب الجديد بيروت 1976 ص 14.
- (5) من سورة النساء، آية (93).
- (6) من سورة الإسراء، آية (33).
- (7) من سورة النور، آية (2).
- (8) انظر الموقع الإلكتروني حول حقوق المرأة في الإسلام  
[http:// www.almokhtsar.com/html/fatawa/111.php](http://www.almokhtsar.com/html/fatawa/111.php)
- (9) من سورة النساء.
- (10) بحث د. محمد حسن أبو يحيى، "حقوق المرأة في الإسلام والقانون الدولي"، منشورات جامعة اليرموك. المؤتمر العلمي حول حقوق المرأة والطفل في التشريعات الوضعية والدولية والسماوية لعام 2002.
- (11) من سورة الحجرات، آية (10)
- (12) د. محمد حسن يحيى، مرجع سابق، ص 44
- (13) د. مصطفى السباعي، "المرأة بين الفقه والقانون"، مؤسسة الرسالة، ص 151 وما بعدها.
- (14) من سورة النساء، آية (33).
- (15) أخرجه البخاري في صحيحه (4) 1610 حديث (4163).
- (16) من سورة البقرة، آية (256).
- (17) من سورة الكهف، آية (29).
- (18) أخرجه أبو داود في سننه 4/58 كتاب العلم. حديث (364). دار الحديث، بيروت.
- (19) من سورة التوبة، آية (105).
- (20) من سورة الروم، آية (21).
- (21) من سورة الملك، آية (15).
- (22) من سورة النساء، آية (4).

- (23) د.محمد حسن أبو يحيى. "الزواج في الشريعة الإسلامية". المركز العربي للخدمات الطلابية عمان، 1998، ص 113
- (24) من سورة البقرة، آية (233).
- (25) من سورة الطلاق، آية (7).
- (26) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر 18، 19. والإمام أحمد في مسنده 483/484/2.
- (27) من سورة النساء، آية (23).
- (28) د.محمد حسن أبو يحيى. "الميراث في الشريعة الإسلامي ومن الناحية الفقهية والتطبيقية، المركز العربي للخدمات الطلابية، 1998، ص 202 وما بعدها
- (29) د.عبد العظيم المطعني، "حقوق المرأة والطفل"، دار الفاروق للنشر، القاهرة، ط، 2005، ص 9 وما بعدها
- (30) صاحب الربيعي، " حقوق المرأة في التشريعات الدولية" بحث منشور على الموقع: -  
-http // www.ahewar.comorgldbal / show.arl.asp?aid=2008
- (31) راجع الموقع الإلكتروني حول حقوق المرأة في تشريعات الأمم المتحدة:  
-http // www.amanjordan.org.aman-studies/wmview.php
- (32) د.عبد الحميد الشواربي، "الحقوق السياسية للمرأة". دار المعارف للنشر، الإسكندرية، 1985، ص 172 وما بعدها
- (33) م (3/2/1) من الاتفاقية الخاصة بالحقوق السياسية للمرأة 1954. مجموعة صكوك دولية صادرة عن الأمم المتحدة.
- (34) م (3/2/1) من اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة 1967. مجموعة صكوك دولية صادرة عن الأمم المتحدة
- (35) د. فنتن مسيكة، "حقوق المرأة بين الشرع الإسلامي والشرعة العالمية لحقوق الإنسان" مؤسسة المعارف للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1992، ص 81 وما بعدها
- (36) راجع الموقع الإلكتروني تحت عنوان "اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة"
- http // www.hrinfo.net/mena/amnesty/pro41103.shtm/2008
- (37) إنظر "اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة". مجموعة صكوك دولية صادرة عن الأمم المتحدة.
- (38) راجع الموقع الإلكتروني السابق حول حقوق المرأة في تشريعات الأمم المتحدة:  
- http // www.amanjordan.org
- (39) لور مغيزل. " المرأة في التشريع اللبناني في ضوء الاتفاقيات الدولية". معهد الدراسات النسائية في العالم العربي. بيروت-ط، 1985، ص 294 وما بعدها
- (40) المواد 4/3/2 من " اتفاقية تساوي الأجور " لسنة 1951.
- (41) المواد 3.4.5. من " اتفاقية حماية الأمومة " لعام 1919.
- (42) المواد 4.5.6 من "اتفاقية حماية الأمومة (المعدلة) لسنة 1952.

- (43) المواد 2.3 وما بعدها من " اتفاقية التفرقة العنصرية" لسنة 1958.
- (44) انظر نصوص "الاتفاقية العربية بشأن المرأة العاملة" لعام 1976 "مجموعة صكوك دولية.
- (45) لور مغيزل مرجع سابق، ص 364
- [http // www.amanjordan.org/aman](http://www.amanjordan.org/aman)
- (46) انظر الموقع الإلكتروني حول حقوق المرأة في التشريعات الأردنية":  
-[http // www.lahaonline.com/inder.php2008](http://www.lahaonline.com/inder.php2008)
- (47) انظر الموقع الإلكتروني حول " مطالب لمجلس الأمة من أجل حقوق المرأة":  
[http // www.7asnaa.com/news.php8/6/2008](http://www.7asnaa.com/news.php8/6/2008)
- (48) محامية رحاب القدومي "حقوق المرأة في التشريعات الأردنية"، بحوث وأوراق عمل الندوة الإقليمية. مركز دراسات اللاجئين والنازحين والهجرة القسرية الأردن، 2006، ص 562 وما بعدها.
- (49) انظر الموقع الإلكتروني حول "التشريعات":  
- [http // www.l0b.gov.jo/ui/laws/priul2008](http://www.l0b.gov.jo/ui/laws/priul2008)
- (50) حقوق المرأة في التشريعات الأردنية، مرجع سابق، ص 571.
- (51) د. محمد سعيد نمور. " الجرائم الواقعة على الأشخاص في قانون العقوبات الأردني " دار عمار للنشر والتوزيع، عمان، 1990 ص 234.
- (52) انظر: الموقع الإلكتروني:  
-[http // www.arabhumanrights.org/publications/countries/jordan](http://www.arabhumanrights.org/publications/countries/jordan)
- (53) صادقت الأردن على اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة عام (1992). وجاء التصديق تعبيراً عن الإرادة السياسية والتصميم من جانب الحكومة لتحقيق المساواة بين الرجل والمرأة.
- (54) د. حسن الهداوي. " تنازع القوانين والحلول الوضعية في القانون الأردني " دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 87.
- (55) سورة يونس، آية (64).



## التمثيل النسبي والأداء البرلماني

بقلم

أ/ دلال لوشن وأ/ نادية خليفة

كلية الحقوق - جامعة باتنة



### الملخص

ترتفع نسبة الامتناع في اختيار الممثلين البرلمانيين رغم التعديلات الدستورية وإصلاحات النظام الانتخابي التي ترافق كل عملية انتخابية. هذا ما أكد رفض أغلبية الشعب للنظام الذي كان يفترض فيه التعبير عن مختلف الاتجاهات السياسية للمجتمع وتحقيق الفعالية الحكومية.

لكن الإشكالية لا تتعلق بنظام الانتخاب فقط، بل بكل المنظومة القانونية والتي أدت إلى عجز البرلمان عن ممارسة وظائفه التشريعية والرقابية بسبب تشكيلته التشتتية التي لا تتماشى مع قواعد عمله أين تشترط أغليات صعبة التحقيق وإجراءات معقدة تعتمد على تدخل الحكومة.

### Résumé :

Le taux de participation politique du peuple baisse malgré les réformes constitutionnelles et électorales accompagnant chaque opération. Ce qui a confirmé un refus populaire du système menant normalement à une représentation équitable des différentes opinions politiques et réalisant l'efficacité gouvernementale.

la problématique ne correspond pas seulement le système d'élection, mais, c'est le régime tout entier qui a abouti à un blocage parlementaire dû à sa formation multipartite et à son fonctionnement non adapté aux majorités existantes et des procédures très compliqués comptant sur l'intervention du gouvernement.



### مقدمة

تعرف ظاهرة المشاركة الشعبية في الحياة السياسية عزوفا للفئات الشعبية بسبب امتناعها عن ممارسة حقها في اختيار ممثليها، مما قد يشكل مساسا بمبدأ شرعية النظام التي تقوم أساسا على مدى قبول الشعب للحكام. وإن كان الفقه قد ربط هذه الظاهرة بالمنظومة الأغلبية أين تقصى أصوات كثيرة بسبب آلية عملها القائمة على مبدأ مضاعفة تمثيل الأحزاب الكبرى وتزيم الأحزاب الصغيرة، فإنه يرى أن التمثيل النسبي هو أقرب وسيلة لضمان المشاركة الشعبية لأنه يضمن تمثيلا مقاربا للاتجاهات السياسية في الدولة، بهذا يستبعد فكرة الامتناع الشعبي في هذه الحالة.

لذا، أخذ المشرع الجزائري بالمنظومة النسبية منذ 1997 لاختيار نواب المجلس الشعبي الوطني والمجالس المحلية بهدف السماح لأغلب الفئات الشعبية بالتمثيل داخل البرلمان والمشاركة في اتخاذ القرار السياسي، ولتفادي الإقصاء الناتج عن النظام الأغلبي الذي يقتضي حصول الحزب ذي أغلبية الأصوات في الدائرة على كل المقاعد، بهذا قد يكون الحزب الفائز على أغلبية مقاعد البرلمان صاحب أقلية الأصوات، مما يؤدي إلى تشويه كامل للرأي العام. أما بالنسبة للتمثيل النسبي، فهو يحقق العدالة في التمثيل البرلماني لأن كل حزب يحصل على نسبة مقاعد في المجلس بقدر نسبة الأصوات التي فاز بها. إلا أن هذا المبدأ التوزيعي قد يؤدي إلى عدم استقرار السلطة وصعوبة مساءلة الحكومة بسبب كثرة الأحزاب في البرلمان.

فتدخل المشرع محاولا تحقيق التوازن بين مبدأ المساواة في اختيار الممثلين والمساواة في توزيع الأصوات، ومبدأ الفعالية في ممارسة الحكم عن طريق عدة آليات: كتحديد نسبة معينة من الأصوات تسمح للأحزاب بالحصول على مقاعد، إلا أن ذلك قد يؤثر على التمثيل التقريبي للمنظومة النسبية. بالمقابل، تعد فعالية هذا الإجراء السبب وراء اعتباره آلية مهمة تضمن نجاح التمثيل النسبي في الأنظمة الديمقراطية كوسيلة لاختيار ممثلي الشعب.

لكن المشكلة ليست في هذا الأثر، لأن التشويه في هذه الحالة مقتصر على فئات محدودة جدا. بهذا يفترض ألا يجد النظام النسبي رفضا لدى الفئات الشعبية والأحزاب في الجزائر. إلا أن تزايد نسبة الامتناع عن المشاركة في التشريعات تطرح تساؤلات كثيرة لتفسير الظاهرة إن كان النظام النسبي يسمح لأغلبية الشعب باختيار الممثلين والوصول إلى المجلس عن طريق الأحزاب.

فرغم الأخذ بهذه المنظومة، تستمر الفئات الشعبية في رفضها المشاركة في الانتخابات مما أدى إلى قيام حكومات تمثل الأقلية، فهل يعود هذا إلى النظام النسبي في حد ذاته، والذي لم يؤد إلى اختيار من يريده الشعب فعلا، أم أن الأمر لا يتوقف على المنظومة الانتخابية، فتمثيل الفئات الشعبية في

البرلمان ليس كافيا، لأنها تبقى عاجزة عن التعبير عن إرادة تلك الفئات؟ نفترض مبدئيا أن الإشكالية تقع على المستويين. أولا: في المنظومة الانتخابية التي تؤدي إلى تشويه واضح للأصوات، ثانيا: في الآليات القانونية للتعبير عن الإرادة العامة داخل البرلمان والتي تقصي رأي الأقلية.

لذا، تم تقسيم الموضوع إلى جزأين، أولا، ندرس كيفية اختيار نواب المجلسين وما ينتج عنها من تركيبة سياسية للبرلمان. واعتمادا على هذه التشكيلة نحاول دراسة إمكانية قيام البرلمان بوظائفه التشريعية والرقابية.

#### أولا: تشكيلة البرلمان

إذا كان اختيار المنظومة الانتخابية في الدولة يخضع لاعتبارات كثيرة أهمها الالتقاء بين شكل المجتمع والتشكيلة السياسية، فلا يجب أن يكون ذلك على حساب فعالية الحكومة. لذا يفترض أن تسمح هذه المنظومة بتشكيل سلطة سياسية تضمن استقرار الدولة. وبما أن البرلمان ممثل الإرادة العامة للشعب، فإن طريقة اختياره تؤثر على كيفية التعبير عنها سواء تعلق الأمر بوضع القوانين أو بمراقبة السلطة التنفيذية. فالمنظومات الانتخابية ليست مجرد آلية تسمح بتحويل نسب الأصوات إلى نسب مقاعد، بل إنها تساهم بشكل كبير في إعطاء الاختيار الشعبي شكلا معيناً وتوجيهه نحو فئة دون الأخرى.

فبين المنظومة الأغلبية والنسبية، لا يكون التعبير عن الرأي العام متماثلاً، وبالنتيجة يختلف تكوين البرلمان<sup>1</sup>. في الأولى تتشكل أغلبية برلمانية متجانسة لحزب واحد وأقلية معارضة.<sup>2</sup> أما النسبية فتؤدي إلى كثافة حزبية داخل البرلمان لأنها تسمح لكل الأحزاب بالوصول إلى السلطة متى لم تقص بسبب المعامل الانتخابي.<sup>3</sup>

في الجزائر يتكون البرلمان من غرفتين: المجلس الشعبي الوطني الذي يختاره الشعب مباشرة وفقاً للاقتراع النسبي على اللائحة، مجلس الأمة الذي ينتخب ثلثه من بين ومن طرف أعضاء المجالس الشعبية البلدية والولائية المختارون وفقاً للاقتراع النسبي، ويعين رئيس الجمهورية الثلث الآخر. I- إلا أن دور المنظومة لا ينتهي بمجرد اختيار ممثلي الشعب، بل يؤثر ذلك على الأداء الوظيفي للهيئة، فالنظام النسبي الذي يؤدي إلى وجود أحزاب كثيرة في البرلمان حسب نسبة الأصوات المحصل عليها، لا يتوقف عمله بمجرد اختيار النواب، بل إن أثره يمتد إلى التركيبة السياسية للبرلمان وكيفية عمله II-

#### I - اختيار النواب وأعضاء مجلس الأمة.

قوانين الانتخاب المطبقة حالياً بعيدة عن تحقيق المساواة<sup>4</sup> في التمثيل، يكفي تحليل النتائج وفقاً لمنظومة أخرى لنلاحظ الفرق، فكل منها يعطي شكلاً ووزناً معينين للأصوات. ولا يتفادى أي نظام انتخابي ظاهرة الأصوات الضائعة.<sup>5</sup> إلا أن التمثيل النسبي أقل تشويهاً للاتجاهات السياسية للأحزاب<sup>6</sup> وتضييعاً للأصوات، لأنه يقوم على مبدأ تقليص التفاوت بين حصة الحزب من مجموع الأصوات الوطنية وحصته من المقاعد، واستخدام اللوائح الحزبية أفضل وسيلة لتحقيق هذا الهدف.<sup>7</sup> بهذا الشكل يمكن أن نفترض أن نتائج الانتخابات التشريعية في الجزائر تطابق إلى حد بعيد اتجاهات الأحزاب السياسية، إلا أن تحليلها يؤدي إلى نتائج عكسية، حتى أن أثرها في بخس التمثيل معتبر إلى درجة إحداث انحراف حسابي مهم،<sup>8</sup> كما أن النظام في الجزائر يعمل على عكس ما استقرت عليه الأنظمة في العالم.

فإذا كان النظام النسبي يؤدي إلى تشويه أقل للرأي العام لأنه يعتمد على فكرة الالتقاء بين البعد الانتخابي والبرلماني للحزب،<sup>9</sup> فإن التنظيم القانوني لهذه العملية يحول دون هذا الالتقاء وخاصة في توزيع البقايا. في الانتخابات التشريعية لعام 2007 مثلا: حصل حزب أ على 19 مقعد مقابل نسبة 3.24 من الأصوات، في حين حصل حزب ب على 15 مقعد مقابل 4.22 بالمائة من الأصوات،<sup>10</sup> تبين هذه النتائج التي تتكرر كثيرا وفقا لهذا النمط التفاوت بين نسب الأصوات ونسبة المقاعد، فلا يحصل الحزب صاحب أكبر نسبة من الأصوات على أكبر نسبة من المقاعد دائما بل يتأثر العمل الحسابي بعدة معطيات إلا أنها تؤدي في أغلب الأحيان إلى رفع تمثيل الأحزاب الأغلبية التي تحصل على نسبة مقاعد تفوق نسبة الأصوات وسحق تمثيل الأحزاب الأقلية التي تحصل على مقاعد أدنى من نسبة الأصوات.

كيف يؤدي إذا نظام يفترض فيه تحقيق المساواة في التمثيل، إلى تشويه الرأي العام فتكون تشكيلة المجلس مختلفة عن شكل التصويت؟ هناك عوامل كثيرة تؤثر على عمل المنظومة الانتخابية في الجزائر، إذ يتعرض النظام النسبي في الجزائر إلى درجتين من التشويه تؤثر على التمثيل في البرلمان: المنظومة القانونية الانتخابية في حد ذاتها هي الدرجة الأولى من التشويه -1- أما الدرجة الثانية فتتمثل في إجراءات اختيار أعضاء مجلس الأمة. -2-

1- المنظومة القانونية للانتخابات التشريعية: يتغير تأثير النظام النسبي على الرأي العام حسب الآليات القانونية المنظمة للعملية الانتخابية وخاصة فيما يتعلق بتقسيم الدوائر الانتخابية، وطريقة توزيع الأصوات والبقايا.

\* تقسيم الدوائر الانتخابية: عادة ما يخضع تقسيم الدوائر إلى معيارين: سياسي وديمقراطي:<sup>11</sup> بالأول تراعى المساواة بين القوى السياسية، والثاني تتحقق المساواة في تمثيل الشعب.<sup>12</sup> مما يستوجب مراجعة تقسيمات الدوائر وتوزيع الأصوات حسب التزايد السكاني لأن ذلك يسمح بإضافة أو سحب

مقاعد من دوائر معينة.<sup>13</sup> إلا أن تحديد الدوائر يؤثر أكثر في الأنظمة الأغلبية لأنها تقوم غالباً على اختيار نائب واحد لدائرة،<sup>14</sup> لكن ذلك لا يعني أن أثرها منعدم بالنسبة للنظام النسبي.

في الجزائر، حسب الأمر رقم 08/97 المؤرخ في 6 مارس 1997 المحدد للدوائر الانتخابية وعدد المقاعد المطلوب شغلها في انتخابات البرلمان والمعدل بموجب الأمر رقم 04/02 في 2002 وفقاً لمعايير غير واضحة ودون أسس ديمغرافية،<sup>15</sup> يصبح المجلس الشعبي الوطني ممثلاً للأقاليم بدل تمثيله للشعب ككل، فتتص القاعدة العامة - مادة 3 من الأمر - على أن توزع المقاعد لكل دائرة انتخابية بحسب عدد سكان كل ولاية فيخصص مقعد لكل ثمانين ألف نسمة ويخصص مقعد إضافي لكل حصة متبقية من أربعين ألف نسمة، وهذا في حد ذاته خرق لمبدأ المساواة في التمثيل فكيف يساوي العدد بنصفه في التمثيل. ولا تقل المقاعد عن أربع في الولايات التي يساوي عدد سكانها أو يقل عن ثلاثمائة وخمسين ألفاً، وهو يتنافى مع المبدأ العام الذي يعتمد على معيار عدد السكان.

إضافة إلى أن هذا الحكم يعطي الانتخاب طابعاً محلياً، ونعلم أن تمثيل الأقاليم يتم في المجالس المحلية ومجلس الأمة، فلا يفترض أن نعتد بالإقليم أيضاً في الانتخابات التشريعية. وفقاً لهذا التقسيم يخرق مبدأ صوت واحد لكل تصويت ويصبح من الضرورة إعادة توزيع المقاعد على الدوائر حسب التزايد السكاني، فالمعيار الذي أخذ به المشرع لا يحقق المساواة في التمثيل لأنه يجعل لبعض الدوائر الجنوبية أكثر من تصويت لصوت واحد.<sup>16</sup>

\* يتم توزيع المقاعد على أساس المعامل الانتخابي أما بالنسبة للبقايا فيتم توزيعها وفقاً لقاعدة الباقي الأقوى - مواد 102/ 103 من قانون الانتخاب 07/97 - التي تؤدي إلى فوز أحزاب لم تتحصل حتى على المعامل الانتخابي<sup>17</sup> بمقاعد، وهذا يكثر من تمثيل الأحزاب في المجلس.<sup>18</sup>

\* لتفادي عيوب النظام النسبي، يتم تحديد نسبة معينة للحصول على المقاعد، واشتراط الحصول على عدد معين من التوقعات، وهذا يقضي الأحزاب الصغيرة التي يؤدي وجودها إلى انقسام البرلمان وعدم فعاليته.<sup>19</sup> وهو ما أخذ به الأمر رقم 07/97 المتعلق بقانون الانتخابات، بهذا تستثنى أحزاب كثيرة، مما يخدم أحزابا أخرى والتي تستفيد من خفض المعامل الانتخابي فترتفع نسبة مقاعدها بالنسبة للأصوات المحصل عليها.

2- الانتخاب الأغلي غير المباشر لثلاثي أعضاء مجلس الأمة من بين أعضاء المجالس المحلية والذين اختيروا وفقا للتمثيل النسبي، وتعيين الثلث المتبقي من طرف رئيس الجمهورية يؤثر على التمثيل، ويشوه الإرادة الشعبية، لأن وجود هذه الغرفة يؤثر على عمل المجلس الأول كما يؤثر على عملية التصويت لأن الشعب يعلم أن الهيئة التي يختارها ليست صاحبة القرار النهائي في التعبير عن إرادته العامة، بهذا يعزف كثير عن الانتخاب. ورغم أن تعديل قانون الانتخاب في 2007 كان فعالا من حيث إقصاء الأحزاب ذات التمثيل المحلي المحدود من المشاركة في المحليات أو الوصول إلى مجلس الأمة وبهذا تفادي الانقسامات الحزبية، إلا أن الإشكالية لم تتوقف عند هذا الحد، لأن تشويه التمثيل يتمثل أساسا في الاختيار غير المباشر للممثلين.

فإذا كانت نتائج الانتخابات المحلية في الجزائر مماثلة لنتائج التشريعات من حيث حصول حزب معين على أغلبية المقاعد فإن آلية الاقتراع بالأغلبية لاختيار أعضاء مجلس الأمة - مادة 123 من قانون الانتخاب - تغير من اتجاه الرأي العام، ليصبح تكوين ثلثي مجلس الأمة المنتخبان مختلفا تماما عن تكوين المجلس الشعبي الوطني رغم وحدة أصلهما - التمثيل النسبي - .

لهذا، يأخذ الرأي العام في الجزائر شكلا خاصا في اختياره لممثليه في المجلس، وهو ما يستتج من خلال الملاحظات الآتية:

- سمح النظام منذ 1997 بحصول حزب معين على أغلبية المقاعد، رغم الانقسامات السياسية داخل الأحزاب الكبرى وتواجد عدد معتبر منها داخل البرلمان.

. نتائج الانتخاب لا تتماثل مع ما يؤدي إليه النظام النسبي عادة، فالانقسام يظهر أكثر على الأحزاب الضعيفة، بالمقابل يتمكن حزب معين من تشكيل حكومة والعمل دون حاجة للائتلاف مع بقية الأحزاب، ولا يلجأ لذلك إلا بهدف تقاسم المسؤولية.

. ترتفع نسبة الامتناع رغم أن النظام النسبي يفترض تمثيل كل الاتجاهات، فلا يفسر بهذا عزوف الفئات الشعبية عن ممارسة حقها إلا باقتناع الرأي العام بعدم جدوى تصويتهم.

. تزداد حظوظ الأحزاب الصغيرة في التمثيل في كل دورة انتخابية بمقعد أو مقعدين، في تشريعات 1997، فاز 11 حزبا من بينها أربع فقط تمكنت من الحصول على أكثر من 20 مقعدا. في 2002، من بين 10 أحزاب ممثلة حصلت فقط 5 أحزاب على أكثر من 20 مقعدا، أما في 2007، ورغم ارتفاع عدد الأحزاب الفائزة: 22 حزب ممثلا في البرلمان، تمكنت 5 أحزاب فقط من الحصول على أكثر من 20 مقعد.

تعمل المنظومة النسبية في الجزائر عكس ما يفترض بها، فهي تؤدي إلى رفع تمثيل الأحزاب الأغلبية فتكون نسبة تمثيلها أكثر من نسبة الأصوات التي تحصل عليها، بالمقابل تبخس تمثيل الأحزاب الأقلية فتكون نسبة الأصوات أكثر من نسبة التمثيل.<sup>20</sup> فسمحت لأحزاب كثيرة بالوصول إلى السلطة، يأتلف بعضها لتشكيل حكومة، والأقلية تشكل المعارضة، إلا أن الأثر التشتيتي الدائم للمنظومة يحول دون صلابه هذا التكتل.

## II- التركيبة السياسية للبرلمان

يؤدي النظام النسبي إلى وجود مجلس تشريعي أكثر تمثيلا لفئات المجتمع، نظرا لإشراك الأقليات والأغليات في إدارة الشؤون السياسية.<sup>21</sup> بهذا، تشجع المنظومة النسبية ظهور الأحزاب الصغيرة وانقسام الكبيرة منها لأنها تسمح لكل الأحزاب بالحصول على مقاعد فلا تؤدي بالضرورة إلى

ضمان استقرار الحكم لأن الهدف يتغير من تشكل حكومة قوية إلى محاولة تمثيل كل الاتجاهات السياسية في البرلمان. وتكون أغلب الحكومات الناشئة عن النظام النسبي حكومات ائتلافية تتكون من أحزاب كثيرة.<sup>22</sup> وبما أن الاقتراع النسبي اقتراع أفكار لا اقتراع رجال، فكل مترشح يتقدم على أساس برنامج حزبي.<sup>23</sup> فتكثر البرامج بقدر عدد الأحزاب في البرلمان، ويزيد التنافس بينها لتشكيل الحكومة وفرض برنامجها خاصة بعدم وجود حزب يحصل على أغلبية المقاعد.

لحل هذه الإشكاليات، كان يجب إحداث توافق بين البرلمان الفعلي والقانوني، أي الاعتراف قانونيا بوجود الأحزاب في البرلمان،<sup>24</sup> وبشكل آخر تأسيس مبدأ عمل الكتل البرلمانية التي تعرف بأنها "تجمع برلمانيين يتعهدون بالعمل معا على أساس اتجاهاتهم السياسية" فهي: "الفواعل الأساسية في الحياة البرلمانية".<sup>25</sup>

يقتضي إذا، تنظيم البرلمان إنشاء مؤسستين: المؤسسة البرلمانية، الكتل،<sup>26</sup> تتوزع سياسيا بين أحزاب السلطة الأغلبية وأحزاب المعارضة الأقلية، ويفترض أن يتحقق تداول بين الفئتين بقاء الثانية دائما في موقع أقلية قد يضعفها.<sup>27</sup> دراستنا هنا تنصب على مدى تحقق هذه التركيبة الثنائية للبرلمان الجزائري في ظل المنظومة النسبية، فإذا كان الفصل بين السلطة والمعارضة يتأكد من خلال انتماء الحكومة ورئيس الجمهورية إلى إحدى الجهتين في الأنظمة المختلطة، فإن هذا المعيار غير متوافر في الجزائر لأن رئيس الجمهورية كان دائما مرشحا مستقلا عن الأحزاب. في النظام الفرنسي مثلا، يجعل الفصل بين السلطة والمعارضة رئيس الجمهورية قائدا للأغلبية أو المعارضة.<sup>28</sup> فيكون موقف هذه الأخيرة قوي، أما في الجزائر فيكون رئيس الجمهورية خارج هذا التوزيع وبهذا يصعب التكلم عن وجود هذه المؤسسة لأن المنظومة النسبية تجزئ التمثيل، فتنشأ أقليات لا معارضة<sup>29</sup> تكون عاجزة عن تحقيق التداول نظرا لإقصائها من الحياة السياسية، وأيضا



لأن التنظيم الداخلي للبرلمان لم يسمح بهذه التشكيلة رغم تأسيسه لعمل الكتل البرلمانية:

\* للبرلمان أجهزة دائمة تتمثل في الرئيس، المكتب، واللجان الدائمة .  
وأجهزة استشارية: هيئة الرؤساء، هيئة التنسيق، المجموعات البرلمانية.  
تقضى الأحزاب الأقلية مبدئياً من المشاركة في تشكيل الأجهزة الدائمة للبرلمان، فتوزيع مناصب نواب الرئيس المكونين لمكتب المجلس والذي يظلم باختصاصات إدارية وتشريعية ورقابية مهمة . مادة 14 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، يخضع للاتفاق بين ممثلي الجماعات البرلمانية. وفي حالة عدم الاتفاق، يتم إعداد قائمة موحدة لنواب الرئيس من قبل المجموعات البرلمانية الممثلة للأغلبية... وفي حالة عدم الاتفاق يلجأ إلى إجراءات أخرى . مادة 13 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني.  
أما اللجان الدائمة فيتم توزيع المقاعد داخلها فيما بين المجموعات البرلمانية بكيفية تتناسب مع العدد الفعلي لأعضائها بحيث تتساوى الحصص الممنوحة لكل مجموعة مع نسبة عدد أعضائها . مادة 35 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، وقد سبق أن أشرنا فيما سبق من الدراسة إلى أن تشكيلة المجلس الشعبي الوطني تمتاز بحصول حزب معين على أغلبية المقاعد، أما حظوظ الأحزاب الأقلية فهي ضعيفة جدا وتقتصر على عدد ضئيل جدا من المقاعد. مما يعني أن اللجان الدائمة تأخذ تشكيلة مماثلة لتشكيلة المجلس أين تكون أحزاب "المعارضة" مهمشة بفعل قلة مقاعدها، وأيضا بسبب ما يأتي من ملاحظات:

تصح مناقشات اللجان الدائمة مهما كان عدد النواب الحاضرين . مادة 40 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني ..

أما بالنسبة للتصويت وفي حالة غياب أغلبية الأعضاء في المرة الأولى يصح التصويت مهما كان عدد الحاضرين، فالنظام يسمح باتخاذ القرارات

رغم غياب أو معارضة الأقلية، يتمكن الحزب الأغليبي، إذا، من تمرير كل قراراته دون الاعتماد على مساندة الأحزاب الأخرى.

\*تتكون المجموعات البرلمانية من عشرة نواب على الأقل، ولا ينضم النائب إلى أكثر من مجموعة برلمانية واحدة، كما لا يحق للحزب إنشاء أكثر من مجموعة برلمانية واحدة - مادة 51 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني - بهذا لا تنقسم الأحزاب الأغلبية وتشكل مجموعات كبرى لها أغلبية الأصوات، في حين تضطر الأحزاب التي لا تحصل على 10 مقاعد إلى التكتل لتشكيل مجموعة فيما بينها.

من خلال ما سبق، يمكن أن نلاحظ أن تنظيم أجهزة البرلمان يخضع لإرادة الأحزاب الأغلبية، فإذا ما درسنا جداول النتائج وحاولنا مطابقتها مع التنظيم الحالي للأجهزة، لوجدنا أنه وضع على أساس هذه النتائج بالتحديد، أي أن يحصل حزب معين على الأغلبية ويعمل النظام الداخلي على تماسكها، ويضمن فرض إرادتها في اختيار أعضاء الأجهزة.

فالتشكيلة البرلمانية في الجزائر تحكمها حقيقة وقتية: يحصل حزب معين على أغلبية المقاعد وهذا ما يسمح له بتشكيل الحكومة وتوفير أغليات التصويت اللازمة لدعم الحكومة دون الاعتماد على مساندة الأحزاب الأخرى، إلا أنه يلجأ إلى الائتلاف تفادياً لإثارة مسؤوليته السياسية.

تقتضي الأنظمة البرلمانية القائمة في بريطانيا وفرنسا - البرلمانية العقلانية - أن يتم اختيار أعضاء الحكومة على أساس الاختيار الشعبي وبهذا تكون موافقة للانتخابات التشريعية.<sup>30</sup> لكن الأمر مختلف تماما في الجزائر، لأن النظام الدستوري لا يؤدي إلى هذه النتيجة، كما أن الممارسة السياسية أكدت ذلك، فالحكومة تعين بعد انتخاب رئيس الجمهورية وليس بعد اختيار النواب ولا يخضع ذلك لأية شروط قانونية أو سياسية (استشارة الوزير الأول لا قيمة قانونية لها). بالمقابل تساند الأحزاب الأغلبية في البرلمان برنامج الرئيس للحصول

على حقائب وزارية، وتآلف مع أحزاب أخرى لتقتسم المسؤولية. بالنتيجة، تأخذ التركيبة البرلمانية في الجزائر طابعا خاصا بسبب المنظومة الانتخابية التي تؤدي إلى فوز حزب واحد بمقاعد كافية لأن يفرض إرادته داخل المجلس، وأيضا لأن الآليات القانونية في حد ذاتها تشل عمل الكتل البرلمانية الأقلية المعارضة لسياسة الحكومة، وهو ما سندرسه في الجزء الثاني.

#### ثانيا: تأثير التركيبة السياسية للهيئة على الأداء البرلماني

دون الإشارة إلى تدخل رئيس الجمهورية وحكومته بشكل يمنع البرلمان من التصرف كصاحب اختصاص أصيل في التشريع والرقابة، فإن عمل البرلمان تعوقه آليات قانونية أخرى تجد أساسها في عدم تماشي التركيبة البرلمانية مع شروط ممارسة اختصاصات البرلمان المتعلقة بنسب التصويت وإجراءات عمله.

فإذا كان النظام الدستوري في الجزائر قد جعل من البرلمان مجرد مجلس للتصويت على برنامج السلطة التنفيذية، فإن هذه العملية تخرج من دائرة المداولات التي تفترض احترام الإرادة العامة للشعب لأنها تقصي فئات حزبية كثيرة من عملية التصويت لإقرار القوانين - I -

كما أن دور البرلمان الرقابي والذي يفترض أن تمارسه المعارضة ضد الحكومة يبدو مستحيل التطبيق وفقا للتركيبة البرلمانية الحالية -II-

#### I - الوظيفة التشريعية.

لا يتسع المجال للإشارة إلى الاختصاص الحكومي الأصيل في التشريع، لكن هذا لا يقصي دور المجلس الشعبي الوطني في الاقتراح والتصويت على القوانين، وهو ما سنتصب عليه دراستنا، فهل تمكن التركيبة البرلمانية سابقة الذكر المجلس من التداول للتعبير عن الإرادة العامة كما يفترض أن تكون بحيث تتساوى قيمة أصوات السلطة وأصوات الأقلية أثناء التصويت، أم أن هذه الأخيرة تعتبر ضائعة ولا تؤثر على سلطة اتخاذ القرار؟

الأعمال التشريعية التي يختص بها المجلس الشعبي الوطني ضيقة جدا، وهي محدودة في الاقتراح في مجال معين والمناقشة والتصويت. وتتم الدراسات داخل لجان مختصة تشكل برلمانات مصغرة، تسهل من عمل البرلمان، إلا أنها تبقى تحت سيطرة كتل الأغلبية،<sup>31</sup> بهذا تقصى الأقلية من المشاركة في التشريع.

تتمكن أحزاب كثيرة من الحصول على مقاعد في البرلمان، وبهذا تكثر البرامج التي اختارها الشعب كأساس للتشريع، لكن الدستور والقوانين العضوية في حد ذاتها، لا تسمح إلا باعتماد برنامج واحد: برنامج رئيس الجمهورية الذي تضع له الحكومة مخطط العمل، بهذا، لا تمرر إلا الاقتراحات أو التعديلات التي تساند برنامج الحكومة وفقا لآليات قانونية تقصي عمل الكتل البرلمانية الأقلية، ذلك ما أمكننا ملاحظته من خلال تحليل بعض أحكام القوانين العضوية:

\* أغلب الإجراءات الخاصة بالمناقشة والتصويت تقصي الأقلية في البرلمان، وتسمح للحزب ذي أغلبية المقاعد بأن يقرر دون الحاجة لمساندة الأحزاب الأخرى. فرغم أن القانون يضع 10 نواب كحد أدنى لتكوين كتلة برلمانية إلا أن أغلب الإجراءات تتطلب توقيع 20 نائبا أو أكثر، إلا فيما يتعلق بالتعديلات التي تنصب على مشاريع أو اقتراحات القانون والتي يمكن أن تكون موقعة من طرف 10 نواب - مادة 61 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، فتكون الكتل المتكونة من أقل من 20 نائبا دون فائدة.<sup>32</sup>

\* يجب أن يكون كل اقتراح قانون موقعا عليه من 20 نائبا - مادة 119 من الدستور الجزائري - وهو حق مقرر فقط للنواب، بهذا لا يمكن للأحزاب التي لا تحصل على هذا العدد من المقاعد أن تقترح القوانين إلا في حالة التحالف، وهذه الممارسة لا تتسم بالثبات.

\* تصح مناقشات المجلس الشعبي الوطني مهما يكن عدد النواب الحاضرين، أما التصويت، فلا يصح إلا بحضور أغلبية النواب، وفي حالة

عدم توافر النصاب تعقد جلسة ثانية يكون فيها التصويت صحيحا مهما كان عدد الحاضرين . مادة 58 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني ، فهذه المادة لا تترك أي مجال للأحزاب الأقلية لفرض رأيها أو الضغط عن طريق الغياب أو الامتناع عن التصويت أو الرفض لأن القانون يسمح بتمرير القانون مهما كان عدد الحاضرين ومهما كانت نسبة التصويت في الجلسة الثانية .

\* يختلف الأمر بين أن يعتمد المجلس الشعبي الوطني التصويت العلني أو السري، ويعود القرار في هذا الشأن لمكتب المجلس بعد استشارة رؤساء المجموعات البرلمانية . مادة 63 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني ، وهو ما يعني أنه بيد الأحزاب الأغلبية، فإذا كان النظام النسبي يؤدي إلى وجود أحزاب كثيرة في البرلمان تعيق تمرير التشريعات، وتحول دون تحقيق سياسيات متماسكة،<sup>33</sup> فإن التصويت السري يعقد الأمر أكثر، لأن النائب لا يمثل لإرادة حزبه، بعكس التصويت العلني الذي يزيد من قبضة الحزب، ويجبر النواب على التصويت لفائدة حزبهم، بهذا تسعى الأحزاب الأغلبية لاختيار التصويت الذي يضمن لها مراقبة اتجاه نوابها .

\* يتسم المجلس المتكون من النسبية بالصفة التنافسية، وهو ما يؤدي إلى الضغط في عملية اتخاذ القرار إلى درجة شل عمله،<sup>34</sup> لكن الآليات القانونية في الجزائر وضعت لتفادي هذه الأزمة، أولا لأن إمكانية التنافس غير واردة بوجود حزب أغلبي، وفي حالة عجز المنظومة الانتخابية عن توفير هذه الأغلبية، وعدم تمكن البرلمان من القيام بوظائفه بسبب تشتته، فإن القانون قد وضع بشكل يسمح للحكومة بالتدخل وتمرير قراراتها (اللجنة متساوية الأعضاء، إصدار قانون المالية بأمر مادة 120 من الدستور الجزائري، أوامر المادة 124).

\* تهيمش البرلمان أدى إلى الغياب المتكرر للنواب<sup>35</sup> وهي ظاهرة عامة يجب التصدي لها ودراسة أساليب مواجهتها، وتعود في الجزائر أساسا إلى اقتناع النواب بعدم جدوى أصواتهم وخاصة بالنسبة للأقليات التي لا يعتد

بأصواتها، فالآليات القانونية تحمي سياسة الحكومة والاتجاه المساند لها. في 2007 مثلا، حصلت 5 أحزاب فقط على أكثر من 20 مقعدا، أما الأحزاب 17 المتبقية فلم يتمكن أي واحد منها من الحصول على 20 مقعدا.<sup>36</sup> فمن بين 21 برنامج سياسي، لا تمرر إلا اقتراحات 5 أحزاب، أو اقتراحات لتحالفات برلمانية أخرى، وحتى هذه الأخيرة تعوقها آليات أخرى تتعلق بتدخل الحكومة في العمل البرلماني (وضع الحكومة لبرنامج الدورة، أولوية المشاريع الحكومية).

\* لم يقرر الدستور حق المبادرة باقتراح قوانين لأعضاء مجلس الأمة، لكن هذا لا يعني أنه يبقى مجلسا تابعا للغرفة الأولى. فشرط التصويت بثلاثة أرباع أعضاء مجلس الأمة على القوانين العادية والقوانين العضوية يجعل منه الهيئة صاحبة القرار، فبسبب عدم توافر هذه الأغلبية المشددة، تصبح الحكومة صاحبة القرار عن طريق إجراء اللجنة متساوية الأعضاء، وقد يصل الأمر إلى تجاوز البرلمان الذي يفقد اختصاصه في المصادقة على قانون المالية وينعقد لرئيس الجمهورية. بهذا يؤدي منطوق أغلبية ثلاثة أرباع إلى تحكيم الأقلية (أقلية لا تعبر عن إرادة الشعب) بالأغلبية وفقا للمعادلة التالية:

ربع أعضاء مجلس الأمة + صوت واحد أقوى من الأغلبية المطلقة و/أو البسيطة للمجلس الشعبي الوطني وثلاثة أرباع مجلس الأمة - صوت واحد.<sup>37</sup> بهذا يعرقل مجلس الأمة عمل المجلس الشعبي الوطني ولا يسمح بالتعبير عن الإرادة العامة للشعب.

\* أما بالنسبة للمبادرة بالتعديل الدستوري من طرف البرلمان، فهي تبدو صعبة التحقيق في ظل المنظومة النسبية إذ يشترط أن يكون من ثلاثة أرباع غرفتي البرلمان مجتمعتين معا، وهي أكبر نسبة تصويت مشترطة في الدستور، وبوجود الثلث المعين من طرف رئيس الجمهورية في الغرفة الثانية يستبعد تكوين مثل هذه النسبة خاصة إذا كان التعديل في غير مصلحة السلطة التنفيذية. أما بشأن تعديل الدستور في 2008 وحصوله على أصوات ثلاثة أرباع الغرفتين

رغم أن البرلمان غير متجانس التركيبية، فلأن أغلب الأحزاب فيه من الحكومة، فهي بالتالي لا تعتبر معارضة، كما أن الأقلية ضعيفة بشكل لا تؤثر على اتخاذ القرار، وهذا ما يؤكد ما سبقت الإشارة إليه، كما أن هذه الآليات تضمن عدم تكوين أغلبية معارضة للحكومة وليس أغلبية مؤيدة للحكومة.

لا تتناسب نسب التصويت المشترطة مع طريقة اختيار الممثلين، كما أن إقصاء الأقليات من المشاركة في التشريع، يجعل تواجدتها في البرلمان دون فائدة، بل إنه يعمل على عرقلة العمل السياسي، فلا ضرورة لاعتماد النظام النسبي والسماح لأحزاب كثيرة بالوصول إلى البرلمان إن كان القانون في حد ذاته يمنعها فيما بعد من التعبير عن برنامجها الذي اختاره الشعب، فقد وضع لتحقيق كبح قانوني لأصوات الأقليات بالنسبة للعمل التشريعي والرقابي.

## II-: الوظيفة الرقابية

ترجع مبدأ الفصل بين السلطات والحكومة التمثيلية بسبب تدخل الأحزاب في العملية السياسية.<sup>38</sup> وكانت أفضل طريقة لمواجهة ذلك اعتماد التمثيل النسبي أين يبقى النواب تحت سيطرة الحزب فيضمن مبدئيا استقرار الحكومة<sup>39</sup> التي تضمن ائتلافا حكوميا مساندا لها داخل البرلمان، وتأخذ بقية الأحزاب دور المعارضة، التي تلجأ في أغلب الأحيان إلى التحالف للحصول على الأصوات اللازمة لإثارة مسؤولية الحكومة. وهنا نميز بين حالتين، أن تعبر الكتل البرلمانية الأقلية عن رفضها لسياسة الحكومة، وهنا يكون الفصل بين الأغلبية والمعارضة، أو أن يثير البرلمان مسؤولية الحكومة بسبب أخطاء سياسية أو قانونية، وهنا يتم الفصل بين السلطة التشريعية والتنفيذية. لكن تشديد الأغليات في هذا المجال يمنع ممارسة الآليات الرقابية، إذ ضيقت القوانين من نشاط الكتل البرلمانية وخاصة الأقلية منها التي يفترض أن تمارس وظيفة نيابية سلبية - الرقابة، وهو ما سنبينه فيما يأتي:

- يمكن أن تختتم المناقشة على بيان السياسة العامة باقتراح لائحة، ويجب أن يوقعها 20 نائبا - مادة 52 من قانون عضوي رقم 02/99<sup>40</sup>. ومصادقة المجلس الشعبي الوطني على إحدى اللوائح بأغلبية أعضائه يجعل اللوائح الأخرى لاغية - مادة 54 من نفس القانون. فإذا صادق الحزب الأغليبي على لائحة تلغى البقية، بهذا يمكن لهذا الأخير تبني لائحة تساند الحكومة لمنع لوائح المعارضة، وهو ما يعني أن الأحزاب الأقلية تعجز غالبا عن ممارسة هذا الاختصاص لعدم توافر العدد المشترك إلا في حالة التكتل.

- يشترط لقبول ملتمس الرقابة توقيع سبع النواب، ويجب أن يوافق عليه ثلثا النواب. مواد 135، 136، من الدستور، لكن هذه الشروط غير متناسبة مع التركيبة البرلمانية الحالية. فإذا كانت الأحزاب الأغلبية تشكل الحكومة، فإن الأقلية لا تتمكن من تحريك هذه الآليات لصعوبة تحقيق هذه الأغليات. في المقابل، تبسط إجراءات التصويت بالثقة إذ يكون بالأغلبية البسيطة، وهنا لا يمكن للأقلية أن تفرض إرادتها في عدم منح الثقة للحكومة. -مادة 64 من قانون 02/99، فإذا كان التصويت بالثقة سلاحا للحكومة ضد المعارضة، وتستخدمه أحيانا لمواجهة أغلبية غير متجانسة وغير منضبطة،<sup>41</sup> فهو آلية حكومية تلجأ له عندما لا تتأكد الحكومة من مساندة الأغلبية لمشروعها<sup>42</sup> لترغمها على التصويت لصالحها. إقصاء الأقلية يفسر بأن يكون التصويت على ملتمس الرقابة بثلاثي الأصوات، فيصعب على المعارضة تحقيق هذا النصاب، بالمقابل يكون التصويت بالثقة بالأغلبية البسيطة بهذا ينقلب الوضع، وتضيق أصوات المعارضة.

- لجان التحقيق: يمكن للغرفتين إنشاء لجان تحقيق في القضايا ذات المصلحة العامة على أساس اقتراح يوقعه 20 نائبا أو 20 عضوا في مجلس الأمة. وتعين حسب شروط تشكيل اللجان الدائمة، بهذا تبقى القرارات في هذا الشأن مرتبطة بإرادة الأحزاب الأغلبية كما سبقت الإشارة إليه.

- الاستجواب: يمكن أعضاء البرلمان استجواب الحكومة في قضايا



الساعة شرط أن يكون نص الاستجواب موقعا من طرف 30 نائبا أو 30 عضوا من مجلس الأمة - مادة 65 قانون 02/99، بهذا تعجز أحزاب برلمانية كثيرة عن استجواب الحكومة لأنها لم تحصل على هذا النصاب، ولا يبقى أمامها إلا التكتل أين تفضل هذه الأخيرة الانضمام إلى جانب الأحزاب الحكومية.

- لا تملك المعارضة في الجزائر أية وسيلة قانونية للرقابة، لأنها غالبا ما تكون مقتصرة على رئيسي الغرفتين اللذين يمثلان الأغلبية، كالمناقشة حول السياسة الخارجية لرئيس الجمهورية، حتى إخطار المجلس الدستوري غير ممكن لأنه يقتصر على رئيس الجمهورية، رئيسي المجلسين، على عكس النظام الفرنسي الذي يسمح لها بوقف الإجراء التشريعي وإخطار المجلس الدستوري من طرف 60 نائبا أو 60 شيخا.<sup>43</sup>

- يعترف الدستور الفرنسي بحقوق الكتل المعارضة<sup>44</sup> إلا أن ذلك لم يكف لإنشاء مؤسسة المعارضة السياسية. في الجزائر، لا يمكن أصلا أن نتكلم عن وجود معارضة في البرلمان، وفقا للتركيبة البرلمانية التي تؤدي إلى تشتيت المعارضة بين أقلية عاجزة عن تشكيل كتل متجانسة.

كما يفترض النظام الدستوري في الجزائر قيام نظام سياسي يبنى على وجود حزب أغلبي في البرلمان يساند الحكومة، ويمنع تأسيس كتلة معارضة قوية، مما يؤدي منطقيا إلى إنشاء برلمان ضعيف لا يملك وسائل قانونية لمواجهة السلطة التنفيذية. فوفقا للدستور الحالي، لا يمكن أن نتكلم عن إمكانية قيام رقابة برلمانية على أعمال الحكومة. فالتمثيل النسبي في الجزائر لا يؤدي إلى تمثيل عادل للأصوات ولا تمثيل كل الاتجاهات الأقلية، ونتيجته الأساسية: إضعاف المعارضة والبرلمان ككل.

تعود صعوبة ممارسة الرقابة إذا، إلى سببين: المنظومة النسبية التي تؤدي إلى تشتيت الأحزاب داخل البرلمان، والآليات القانونية التي تؤدي إلى تفكيك التحالفات البرلمانية الأقلية ولا تسمح بتوفير الأغلبية اللازمة للتصويت.

## خاتمة

تخوفا من عمل الأحزاب، تم وضع النظام الدستوري الجزائري بشكل لا يسمح بتوفر أغلبية معارضة في البرلمان. كما أن أغلب الأحزاب البرلمانية تتنافس للحصول على مناصب وزارية والمشاركة في اتخاذ القرار، لأنها تعلم أن وجودها فقط في البرلمان يبقى دون فائدة فلا دور للمعارضة فيه.

فهو يضمن إبعاد البرلمان عن ممارسة السلطة، وبالتالي إبعاد الأحزاب عن المشاركة في اتخاذ القرار، ويتحقق هذا من خلال المنظومة النسبية التي أدت إلى إضعاف البرلمان في تكوينه وطريقة عمله. فتدفع الأحزاب إلى السلطة يتوقف عند البرلمان أين يصل كثير منها ويحصل على مقاعد لا أهمية لها في عملية التصويت، ويفوز قليل منها بمناصب وزارية. لهذا السبب وتفاديا لاستحواذ الأحزاب على سلطة اتخاذ القرار، ترك الدستور البرلمان عاجزا عن ممارسة مهامه: رغم تأسيس الوسائل القانونية إلا أنها صعبة التحقيق: ملتمس الرقابة، لجان التحقيق... بهذا تفسر غيابات البرلمان المتكررة في الجلسات وامتناع الشعب عن ممارسة حقه الانتخابي نظرا لاقتناعهم بعدم جدوى ذلك.

لم تكف التعديلات الدستورية والانتخابية المبرمجة قبل كل انتخاب لرفع نسبة المشاركين في التصويت، لأن الأمر لا يتعلق فقط بطريقة اختيار الممثلين بل في اختصاصاتهم، فالإشكالية تكمن أولا في المنظومة الانتخابية ككل، والتي لا تؤدي إلى المساواة في التمثيل مما سمح لأحزاب أن ترفع نسبة تمثيلها على حساب أحزاب أخرى، وثانيا في النظام الدستوري الذي لا يسمح لكل الأحزاب البرلمانية بالمشاركة في القرار السياسي:

- وفقا لنتائج الانتخابات منذ 1997، أين يحصل حزب معين على أغلبية المقاعد، يمكن للبرلمان أن يعمل بالاعتماد على الكتلة التي حصلت على الأغلبية فقط متى كانت مؤيدة للحكومة، فكل إجراءات التصويت على

المشاريع والاقتراحات قد تمرر حتى بوجود معارضة معتبرة. أما وبالنسبة للمستوى الآخر من الممارسة أين يكون البرلمان كسلطة رقابية ضد الهيئة التنفيذية، فإن القانون يشل عمله وتشدد الإجراءات بشكل يجعل الحكومة تتمتع بحصانة ضد البرلمان. وضع الدستور، إذا، على أساس نتائج معينة: رئيس جمهورية قوي لا ينتمي لأي حزب . وجود حزب أو حزبان قويان يضمنان تشكيل حكومة متضامنة وأغلبية مساندة لها داخل البرلمان. ومن جهة أخرى، يمنع تشكل كتلة معارضة للحكومة. أما في حالة تغير هذه المعطيات، يصبح من الصعب ضمان استقرار النظام.

- لا يسمح النظام الانتخابي وبصفة عامة النظام الدستوري في الجزائر بتمثيل حر للشعب ليس فقط لأنه يشكل مساسا بالحرية السياسية للشعب (حرية الانتخاب، الترشح، المساواة القانونية،...) بل لأنه يعتبر آلية قانونية أدت إلى عدم فعالية البرلمان وإضعافه في مواجهة السلطة التنفيذية. فالإشكالية لا تنحصر فقط في النظام النسبي، بل إن المنظومة ككل تشكل عائقا أمام تشكيل رأي عام متجانس، كما أن العملية الانتخابية تتأثر كثيرا بآليات ممارسة السلطة وخاصة بالنسبة لاختصاصات البرلمان.

- لا يحقق التمثيل النسبي مبدأ التداول على السلطة لأنه يعمل على إضعاف المعارضة وتشتيتها، بهذا تبقى دائما أقلية. ولضمان عدم تدخلها في اتخاذ القرار تم تهميش البرلمان فلا يضطلع بأية وظيفة فعلية تمكنه من المشاركة في القرار.

لذا يفترض تغيير المنظومة الانتخابية الحالية التي ثبت أنها لا تحقق الأمرين: لا التمثيل العادل للقوى الاجتماعية والأصوات داخل البرلمان ولا فعالية العمل البرلماني والحكومي، والانتقال مرحليا إلى المنظومة الأغلبية: أولا بالأخذ بالنظام النسبي بدائرة وطنية وهذا لتفادي معارضة الأحزاب الصغيرة وتحريض الفئات الشعبية وتدريب الأحزاب على عمليات

الاستقطاب والتكتلات، ثم النظام الأغليبي بدورين. بالإضافة إلى مراجعة آليات عمل البرلمان بالنسبة للوظيفتين التشريعية والرقابية والتعديل الدستوري والسماح للأقليات داخل البرلمان من تشكيل كتل وذلك بتعديل إجراءات تكوين اللجان البرلمانية وخفض نسبة الأصوات المطلوبة للاقتراح والتصويت والرقابة.

### الهوامش:

1 Elizabeth Zoller, Droit constitutionnel. Paris : (PUF, e 2, 1999), p 536.

2 لمزيد من المعلومات ، انظر : مورييس ديفرجيه، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، تر: جورج سعد. (لبنان، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 1992)، ص 94. أندريه هورويو، القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية، (لبنان، دار الأهلية، 1974)، ص 75. يرى المتخصص ديتر نوهلن أن تطبيق النظام النسبي يؤدي إلى مساواة في معدل حساب الأصوات والتمثيل.

3 for more information's, see, Dieter Nohlen, elections and electoral systems. Germany (Friedrich-Ebert-Stiftung, e 2, 1996), p30.

4 Yves Poirmeur, Dominique Rosenberg, Droit des partis politiques. (France : Ellipses ,2008), p367

5 Ibid, p375.

6 Yves Poirmeur, Dominique Rosenberg, op cit, p375.

7 عبدو سعد، علي مقلد، عصام نعمة إسماعيل، النظم الانتخابية، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2005)، ص 229.

8 لا يتسع المجال لتحليل نتائج الانتخابات التشريعية لسنوات: 1997، 2002، 2007 وبيان الانحرافات الحسابية وخص التمثيل الذي تتعرض له أحزاب معينة لفائدة أخرى، ويكفي فقط التأكيد على الأمر والإحالة للنتائج.

9 Maurice Duverger, Les partis politiques. (France, Armand Colin,, 1976), p 410

موقع المجلس الدستوري legis2007-fr.htm10

11 Yves Poirmeur, Dominique Rosenberg, op cit, p 377.

12 Nadine Susani, « Une aporie à la justice constitutionnelle française ». Revue française de droit constitutionnel, n 69, (2007), p 148.

13 Ibid , p149.

14 عبدو سعد ، علي مقلد ، عصام نعمة اسماعيل ، مرجع سبق ذكره ، ص 65.

15 وفقا للأمر سابق الذكر ، تم رفع عدد المقاعد في المجلس الشعبي الوطني إلى 389 بسحب مقاعد من دوائر وإضافة مقاعد إلى أخرى، لكن معيار هذا التعديل لم يكن واضحا كفاية ، فإذا كان ديمغرافيا لكانت ولايات أحق بزيادة عدد المقاعد.

16 انظر بشكل أكثر تفصيلا الأمر رقم 04/02 المؤرخ في 25 فيفري 2002 المعدل للأمر 09/97 المتعلق بتحديد الدوائر الانتخابية وعدد المقاعد المطلوب شغلها، جريدة رسمية عدد 15 ، 28 فيفري 2002.

17 أمر رقم 09/97 المتضمن قانون الانتخابات.

18 قرار المجلس الدستوري المؤرخ في 17 يونيو 1997 - ج ر عدد 46 ، يونيو 1997 ، بمقتضى هذا القرار حصل حزب على مقعد وفقا لقاعدة الباقي الأقوى رغم عدم حصوله على المعامل الانتخابي.

19 Yves Poirmeur, Dominique Rosenberg, op cit, p 375.

- 20 لمزيد من التفصيل، يرجى الاطلاع على إعلانات النتائج المتعلقة بتشريعات 1997.2002.2007 بالجرائد الرسمية: العدد 40، 1997 المتضمن إعلان نتائج التشريعات لعام 1997- جريدة رسمية رقم 43 بتاريخ 23 جوان 2002 المتضمن إعلان نتائج التشريعات لعام 2002- إعلان المجلس الدستوري رقم 07/03 بتاريخ 21 ماي 2007 المتعلق بنتائج التشريعات لعام 2007.
- 21 عبدو سعد، علي مقلد، عصام نعمة اسماعيل، مرجع سبق ذكره، ص 267.
- 22 عبدو سعد، علي مقلد، عصام نعمة اسماعيل، مرجع سبق ذكره، ص 274.
- 23 المرجع نفسه، ص 266.

24 Yves Poirmeur, Dominique Rosenberg, op cit, p138.

25 Ibid, p 137.

26 Ibid, p136.

27 Jean Louis Quermonne, Alternance au pouvoir, Alger (Casbah, 1998), p 14.

28 Hugues Portelli, Jean François Sirinelli, « la majorité et l'opposition », RDP, France, 1998, (n 5/6), p 1644.

29 Ibid, p 1643.

30 Yves Poirmeur, Dominique Rosenberg, op cit, p 398.

31 Ibid, p 403.

32 حتى ولو كان الحل في التكتل، فإنها فكرة غير عملية، فلماذا توضع منظومة تؤدي إلى تقسيم الأحزاب إن كانت فيما بعد مجبرة على التكتل لتمارس وظائفها التشريعية والرقابية، كما أن هذه الممارسة لا تتسم بالثبات وفعالية التدخل.

33 عبدو سعد، علي مقلد، عصام نعمة إسماعيل، مرجع سبق ذكره، ص 274.

34 المرجع نفسه، ص 274.

35 Joël Boudant, « La crise identitaire du parlement français ». RDP, 1999 p1353

36 Proclamation n 03 –P CC-/07 de 21 mai 2007 portant résultats de l'élection des membres de l'assemblée.

37 لمزيد من التفصيل أنظر: عقيلة خرباشي، مركز مجلس الأمة في النظام الدستوري الجزائري. أطروحة دكتوراه، باتنة، 2009، ص 381.

38 Yves Poirmeur, Dominique Rosenberg, op cit, p79.

39 Ibid, p 79.

40 القانون العضوي رقم 02/99 المتعلق بالعلاقة الوظيفية بين البرلمان والحكومة.

41 Yves Poirmeur, Dominique Rosenberg, op cit, p 405.

42 Joël Boudant, op cit, p1376.

43 Yves Poirmeur, Dominique Rosenberg, op cit, p405.

44 Ibid, p 417.



## حرية ممارسة الشعائر الدينية زمن النزاعات المسلحة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني

بقلم

أ/ وفاء دريدي

معهد العلوم القانونية والإدارية - المركز الجامعي بختشلتا - الجزائر

و/ وسيلة مرزوقي

كلية الحقوق - جامعة سطيف - الجزائر



### الملخص

يعد الحق في ممارسة الشعائر الدينية من الحقوق الأساسية للإنسان، حيث أكدت عليه مجمل المواثيق الدولية، وبالنظر للأهمية التي يحظى بها هذا الحق في حياة الأفراد وبالأخص في الظروف الصعبة ومنها النزاعات المسلحة، فقد سعت كل من قواعد الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني للبحث على هذا الحق من خلال النص على ضمانه للأسرى والمدنيين من جهة، والنص على حماية أماكن العبادة ضمانا لممارسة هذا الحق.

### Résumé :

L'exercice de la religion est l'un des droits humains fondamentaux, affirmé dans toutes les conventions internationales, et compte tenu de l'importance accordée à ce droit à ce droit dans la vie des individus, en particulier en période de conflit armés, on trouve que l'ensemble des règles du droit islamique et le droit international humanitaire ont inclus des dispositions affirmant la garantie de la liberté de pratiquer ce droit aux prisonniers de guerre ainsi qu'aux civils, d'une part, et la protection des lieux de culte afin d'exercer ce droit d' autre part.

## مقدمة

خلق الله الإنسان، وفضله على جميع المخلوقات، حيث كرمه بميزة العقل والتي تقتضي منه ضرورة التمييز بين الحق والباطل، وهذه الميزة تجعل الإنسان كامل الحرية في اختيار المعتقد الذي يرضاه، فالإسلام وبوصفه دين الحق لم يكره الناس على اعتناقه بل ترك الباب واسعا أمام الأشخاص فيما يرضونه لأنفسهم، ولعل الدليل في ذلك قوله تعالى: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ﴾.

وبالعودة إلى الحقوق المقررة للإنسان في مختلف المواثيق الدولية، نقف على الحق في ممارسة الشعائر الدينية، والذي أكد عليه كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10/12/1948، في مادته 18، والتي نصت على أنه: « لكل شخص حق في حرية الفكر والوجدان والدين، ويشمل هذا الحق حريته في تغيير دينه أو معتقده، وحرية في إظهار دينه أو معتقده بالتعبد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملأ أو على حده»، وكذا العهد الدولي للحقوق المدنية السياسية لسنة 1966 في مادته 18 أيضا.

وبالعودة إلى قواعد القانون الدولي الإنساني بوصفه القانون المطبق زمن النزاعات المسلحة، فقد تضمنت مجمل أحكامه الإشارة إلى ضرورة احترام حرية الأشخاص في ممارسة شعائرهم الدينية وذلك سواء كانوا رهن الاعتقال أو الأسر، وزيادة على ذلك فقد كفلت قواعد هذا القانون ضمانة للقيام بهذه الشعائر هي حماية أماكن العبادة لضمان ممارسة هذه الشعائر على أحسن حال. وقد ارتأينا من خلال هذا الموضوع طرح الإشكالية التالية:

ما مدى تكريس قواعد القانون الدولي الإنساني للحق في ممارسة الشعائر الدينية مقارنة بقواعد الشريعة الإسلامية؟

لذا سنحاول الإجابة على هذه الإشكالية من خلال هذا المقال، وذلك وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: حرية الأفراد في ممارسة شعائرهم الدينية زمن النزاعات المسلحة.

المبحث الثاني: الحماية المقررة لأماكن العبادة كضمانة لممارسة الشعائر الدينية زمن النزاعات المسلحة.

### المبحث الأول:

#### حرية الأفراد في ممارسة شعائرهم الدينية زمن النزاعات المسلحة

لقد سعت كل من قواعد القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية إلى إرساء قواعد تضمن حرية الأفراد في ممارسة شعائرهم الدينية زمن النزاعات المسلحة، وهي الفترة الأصعب لضمان تطبيق هذا الحق بوصفها فترة يتم فيها التركيز على الأعمال العدائية، وبذلك يصبح الحق في ممارسة هذه الشعائر من الصعب ضمان تطبيقه، بالرغم من النصوص التي تحث على ضرورة كفاله.

وسنحاول من خلال هذا المبحث التطرق لحرية الأفراد في ممارسة شعائرهم الدينية في الشريعة الإسلامية في المطلب الأول، ثم حريتهم في ممارسة هذا الحق في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني في المطلب الثاني.

### المطلب الأول:

#### حرية الأفراد في ممارسة الشعائر الدينية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية

إذا كانت دعوة الإسلام حق، وصور حرية التبليغ أمر واجب شرعا، فقد سنت الحرب كاستثناء إما لرد العدوان أو لإزاحة الحواجز التي تعترض نشر الدعوة الإسلامية.

وما يؤكد على الطابع الاستثنائي للحرب آيات عديدة من القرآن الكريم، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهُ لَكُمْ﴾<sup>(1)</sup>، وقوله



تعالى: ﴿ قَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ ﴾<sup>(2)</sup>

ولأن الإسلام يعتبر الناس إخوة في الإنسانية، لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ﴾<sup>(3)</sup>، فقد نصت قواعده على ضرورة عدم تجاوز الضرورة العسكرية وأن يعاملوا خصومهم أيا كان دينهم معاملة إنسانية، ويوفروا لهم الحماية اللازمة<sup>(4)</sup>.

ومن أبرز مظاهر ضمان الحق في ممارسة الشعائر الدينية منع وتحريم قتل رجال الدين، ولعل الدليل في ذلك وصية أبو بكر الصديق، فقد روى الإمام أحمد في مسنده عن يحيى بن سعيد، أن أبا بكر بعث الجيوش إلى الشام، وبعث يزيد بن أبي سفيان أميرا للجيش، فقال له: «إنك ستجد قوما زعموا أنهم حبسوا أنفسهم في الصوامع فدعهم وما زعموا.....»<sup>(5)</sup>.

فأول ما نهى عنه أبو بكر هو قتل رجال الدين، ذلك لأنه أرسل جنوده إلى الأرض المقدسة، والتي كان بها هياكل لليهود، وصوامع للربهان، والمعابد التي عكف عليها العباد، فكان لا بد من أن يمنع المساس برجال الدين.

ولا شك أن لهذا الحكم أهمية بالغة، ذلك لأنه يتماشى مع أهم مبادئ الإسلام والمتمثل في تحقيق حرية العقيدة، تحقيقا لقوله تعالى: ﴿ لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ ﴾، كما يتبين لنا من هذا أن المؤمنين في ميدان القتال، يؤمنون بحق كل متدين في القيام بعبادته وممارسة شعائره الدينية بكل حرية، إذ يحمون اعتقادهم، وإن كانوا لا يؤمنون به<sup>(6)</sup>.

ومن دلائل الحفاظ على الحق في ممارسة الشعائر الدينية في الإسلام هو عقد الرسول ﷺ عقد الذمة مع غير المسلمين، وهو عقد يربط بين الدولة الإسلامية وغير المسلمين المقيمين على أرضها، وبمقتضاه يدفع هؤلاء

الجزية كل سنة، ويبيح هذا العقد لأهل الذمة حرية ممارسة شعائرهم الدينية، وطقوس عباداتهم داخل معابدهم<sup>(7)</sup>.

ويرجع العديد من الفقهاء عقد الرسول ﷺ لهذا العهد مع النصراري واليهود، خشيته التضييق من بعده على غير المسلمين في حرية ممارستهم لشعائرهم الدينية، لذلك نهى المسلمين عن إيذاء الذميين بقوله ﷺ: « من آذى ذميا فقد آذاني»، وقد تبع الصحابة ما جاء به الرسول ﷺ في مجال هذا العقد، وخير مثال على ذلك ما عاشه أهل الذمة في عصر الصحابة والخلافة الإسلامية من حرية وأمان، إلا لمن نقض العهد.

**المطلب الثاني: حرية الأفراد في ممارسة الشعائر الدينية في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني.**

بعد اعتماد اتفاقية جنيف الأولى لسنة 1864، والتي تعد أول تدوين لقواعد القانون الدولي الإنساني، والمتعلقة بحماية الجرحى من أفراد القوات المسلحة في الميدان، لم تتضمن الإشارة لحرية الأفراد في ممارسة شعائرهم الدينية، ولكن الاتفاقيات المتتالية لقواعد القانون الدولي الإنساني كرس هذا الحق، وذلك لكل من أسرى الحرب والسكان المدنيين، وسنحاول تبين ذلك فيما يلي:

**أولاً: حرية أسرى الحرب في ممارسة الشعائر الدينية في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني.**

نتيجة لما شهدته الحرب العالمية الأولى من سوء معاملة لأسرى الحرب، وحرمانهم من جميع الحقوق، بما فيها حقهم في ممارسة شعائرهم الدينية داخل معسكرات الأسر، وانتهاك أحكام المادة 18 من اللائحة البرية الملحقة باتفاقية لاهاي الرابعة لعام 1907<sup>(8)</sup>، فقد سعى واضعو اتفاقيات جنيف عام 1929 أثناء المؤتمر الدبلوماسي على إدراج اتفاقية خاصة بأسرى الحرب، وضمنا لحقهم في ممارسة شعائرهم الدينية نصت هذه الاتفاقية ومن خلال

المادة 16 منها على حرية الأسرى في ممارسة شعائرهم الدينية في الأسر<sup>(9)</sup>. وبالرغم من وجود هذا النص تكرر انتهاك هذا الحق أثناء الحرب العالمية الثانية، وعند انتهاء الحرب نص ميثاق الأمم المتحدة على الحرية الدينية سواء زمن السلم أو الحرب، ثم أكدت على هذا الحق اتفاقية الأمم المتحدة لمنع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام 1948 ضمن المادة (2) منها.

وأثناء المؤتمر الدبلوماسي لاعتماد اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949، أثيرت من جديد حرية ممارسة الشعائر الدينية لأسرى الحرب، فتم إدراج مجموعة من المواد ضمن الاتفاقية الثالثة والمتعلقة بحماية أسرى الحرب، والتي تؤكد على حق هذه الفئة في ممارسة شعائرها الدينية، حيث حرص واضعو هذه الاتفاقية على إدراج نصوص تؤكد على أهمية الحقوق المعنوية والتي تندرج ضمنها الحقوق الدينية، لكونها الأشد اتصالا بالحالة النفسية والذهنية التي يعيشها الأسير في فترة الأسر، ومن المواد التي أكدت هذا الحق المادة 34 التي تضمنت النص على حرية أسرى الحرب في ممارسة شعائرهم الدينية وحضور الاجتماعات الدينية الخاصة بعقيدتهم، شريطة التزامهم بالتدابير النظامية التي حددتها السلطة الحاجزة<sup>(10)</sup>.

كما تضمنت المادة 53 النص على ضرورة منح الأسرى راحة 24 ساعة متواصلة في كل أسبوع يفضل أن يكون يوم العطلة المقررة للراحة في الدولة التي ينتمون إليها، فبالرغم من عدم النص صراحة على تخصيص هذا اليوم للممارسة الدينية، إلا أنه يفهم من روح المادة انه يتم إقرار يوم الراحة المقررة لدولة الأسير، والذي يكون تحديده غالبا وفقا لدين الدولة، فبالنسبة للمسلمين يكون يوم الجمعة، والذي يعد عيد المسلمين، أما المسيحيين فيكون الأحد، وهذا ما انتهكته الولايات المتحدة الأمريكية أثناء حربها في العراق، وبالأخص في سجن أبو غريب حيث منعت الأسرى من أداء

الصلاة، وزيادة على ذلك قامت قواتها بتدريس المصحف الشريف<sup>(11)</sup>.

ولضمان صحة ممارسة الشعائر الدينية من طرف الأسرى، نصت الاتفاقية الثالثة من اتفاقيات جنيف لعام 1949 في مادتها 35 على ضرورة السماح لرجال الدين الذين يقعون في أيدي العدو ويبقون أو يستبقون بقصد مساعدة أسرى الحرب بتقديم المساعدة الدينية وممارسة شعائرهم بكل حرية ووفقا لمعتقدهم، حيث تشير هذه المادة إلى صنفين من رجال الدين هما:

- رجال الدين الذين يبقون بمحض إرادتهم لخدمة أسرى الحرب والسهر على حسن أدائهم لشعائرهم الدينية.

- رجال الدين الذين يستبقون بناء على أمر من سلطات الدولة الحاجزة وفقا للمادة 33 من الاتفاقية الثالثة والمادة 28 من الاتفاقية الأولى، إذ يقوم هؤلاء بمساعدة الأسرى في ممارسة شعائرهم الدينية، كما تنص المادة 35 في فقرتها الثانية على ضرورة تأمين رجال الدين اللازمين في حالة تعدد العقائد والجنسيات في المعسكرات، أضف إلى ذلك وجوب توفير الدولة الحاجزة لتسهيلات لرجال الدين تمكنهم من مساعدة الأسرى في ممارسة الشعائر الدينية، وخاصة وسائل النقل في حالة الأسرى الموجودين خارج المعسكر وبالأخص في المستشفيات<sup>(12)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن نصوص اتفاقية جنيف الثالثة لسنة 1949 المتعلقة بمعاملة أسرى الحرب اقتصر على استخدام كلمة (aumoniers) والذين يمثلون رجال الدين المسيحيين، ولم تبين ما إذا كانوا عسكريين أو مدنيين، وهذا ما يثبت فشل مندوب تركيا أثناء المؤتمر الدبلوماسي لاعتماد اتفاقيات جنيف في حمل المتفاوضين على استخدام مصطلح أشمل، إلا أن البروتوكول الأول لعام 1977 تدارك هذا النقص من خلال المادة 4/8 باستخدامه أفراد الهيئات الدينية (personnel religieux)<sup>(13)</sup>.

وضمانا للحرية الدينية أوجبت المادة 4/120 من الاتفاقية الثالثة لأسرى الحرب ضمان دفن الأسرى الذين يموتون في الأسر طبقا لطقوس الدين الذين ينتمون إليه.

ثانيا: حرية السكان المدنيين في ممارسة الشعائر الدينية في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني.

لقد استمد إقرار الحرية الدينية في اتفاقيات جنيف من خلال المادة 46 من لائحة الحرب البرية سنة 1907، واستمر هذا التمسك بهذا الحق للسكان المدنيين بموجب اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 والمتعلقة بحماية السكان المدنيين زمن النزاعات المسلحة، فقد نصت المادة 27 منها على وجوب احترام الأطراف المتنازعة لحرية الأشخاص المدنيين في أداء عقائدهم وممارستهم لشعائرهم الدينية<sup>(14)</sup>.

كما نصت المادة 13 على وجوب معاملة المدنيين دون أي تمييز على أساس الدين، وحثت المادة 17 على ضرورة السماح لرجال الدين بالمرور إلى المناطق المطوقة أو المحاصرة.

أما المادة 24 فأوجبت على أطراف النزاع ضرورة اتخاذ التدابير الكافية لضمان ممارسة الأطفال دون 15 سنة لدينهم، وأن يعهد ذلك إلى أشخاص ينتمون لنفس العقيدة، وهذا ما يدل على ضمان الاتفاقية الرابعة لحق الأطفال في ممارسة شعائرهم الدينية.

وتنص المادة 58 على ضرورة سماح دولة الاحتلال لرجال الدين بتقديم المساعدة الروحية لأفراد طوائفهم الدينية، وتسهيل توزيع الرسائل، والكتب، والأدوات اللازمة لتلبية الاحتياجات الدينية في الأراضي المحتلة، وتجدر الإشارة هنا إلى أنه بالرغم من مصادقة إسرائيل على اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949، فإنها قد انتهكت كل هذه القواعد من خلال منعها للشباب الفلسطيني من الدخول للمسجد الأقصى لأداء الصلاة، وحصر الصلاة

للمسنيين فقط، وذلك سعيا لجعل الفلسطينيين تدريجيا يتخلون عن مظاهر دينهم.<sup>(15)</sup>

هذا بالنسبة لضمان حرية ممارسة الشعائر الدينية للمدنيين الأحرار، أما بالنسبة للمعتقلين من المدنيين، فقد حث الاتفاقية الرابعة على ضرورة الحفاظ على حقهم في ممارسة الشعائر الدينية، فقد نصت المادة 93 على الحرية التامة للمعتقلين في ممارسة عقائدهم الدينية بما في ذلك الاشتراك في الشعائر مع مراعاة الأنظمة السارية لدى السلطة الحاجزة.

كما تؤكد هذه المادة على أن يكون توزيع رجال الدين متناسبا مع مختلف المعتقلات التي تحتوي على معتقلين لهم نفس الدين واللغة، فإذا كانوا بأعداد غير كافية وجب على الدولة الحاجزة أن توفر لهم التسهيلات اللازمة بما في ذلك وسائل النقل للتحرك بين المعتقلات والسماح لهم بزيارة المعتقلين الموجودين في المستشفيات.<sup>(16)</sup>

كما يكون لرجال الدين حرية المراسلة بشأن مسائل دينهم مع السلطات الدينية في البلد الذي يحتجزون فيه، وبقدر الإمكان مع المنظمات الدينية الدولية المختصة بدينهم على أن لا يمس ذلك بحقهم في المراسلات مع ذويهم وفقا للمادة 107.

أما في الحالات التي يتعذر فيها الحصول على رجال دين في المعتقل، فوفقا للمادة 2/93 يجوز للسلطات الدينية المحلية من العقيدة ذاتها تعيين رجال دين من نفس العقيدة أو المذهب المشابه لها أو أحد العلماء المؤهلين إذا كان ذلك ممكنا من الناحية الدينية، ولكن هذا الخيار يستحيل تطبيقه بالنسبة للمسلمين، لأن الشريعة الإسلامية تحرم قيام غير المسلم بهذا الدور، وهنا تجدر الإشارة إلى ما قامت به السلطات الأمريكية في أفغانستان، فبالرغم من وجود رجال الدين المسلمين، عملت على نشر المسيحية في صفوف المعتقلين والمدنيين، وذلك بتوزيع أناجيل مترجمة باللغات المحلية

هناك، وذلك لدفعهم على الارتداد واعتناق المسيحية، وهذا ما يتنافى ونصوص اتفاقيات جنيف<sup>(17)</sup>.

كما كفلت المادة 130 للمعتقلين عند وفاتهم الحق في الدفن وفقا لشعائهم الدينية وضرورة صون مقابرهم، وأكدت على هذا المادة 34 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977، حيث أضافت أنه يمكن بعد نهاية النزاع نقل رفات الموتى إلى بلادهم.

#### المبحث الثاني:

#### الحماية المقررة لأماكن العبادة كضمانة لممارسة الشعائر الدينية

#### زمن النزاعات المسلحة

لضمان حق ضحايا النزاعات المسلحة في ممارسة شعائهم الدينية بكل حرية ودون قيد، تم النص من خلال كل من مبادئ الشريعة الإسلامية، وقواعد القانون الدولي الإنساني على ضرورة توفير الحماية لأماكن العبادة، وسنحاول تبين هذه النقاط فيما يلي:

#### المطلب الأول: الحماية المقررة لأماكن العبادة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية

بالرجوع إلى الإسلام نجد أن القاعدة العليا التي تحدد الحرب ولا توسع انتشارها هي: "أن المسلم لا يبدأ بالقتال إلا إذا بدأ به العدو"<sup>(18)</sup>، فالحرب في الإسلام حرب دفاعية وليست هجومية، وذلك لأن الحرب في الإسلام لم تأت لتقويض القائم أو لإفساد المعمر، بل جاء الإسلام من أجل البناء والتعمير والرحمة والشفقة وليس للتهديم والتدمير.

وقد حرصت الشريعة الإسلامية على ضرورة حماية أماكن العبادة، وذلك حفاظا على حرية ممارسة الشعائر الدينية.

فبالعودة إلى القرآن الكريم نجده يحرم توجيه الأعمال العدائية ضد أهل الدين وأماكن العبادة، فالحماية هنا لأماكن العبادة لم تقتصر على المساجد فقط، بل تعدتها إلى أماكن العبادة الخاصة بالأديان الأخرى، وهذا ما يشته،

قوله تعالى: "ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لهدمت صوامع وبيع وصلوات ومساجد يذكر فيها اسم الله كثيرا"<sup>(19)</sup>، فهنا نستشف الحماية العامة المقررة لأماكن العبادة مهما كانت الاختلافات في الدين.

كما تجلت هذه الحماية من خلال وصايا الحبيب المصطفى فعن حبيب الوليد أن النبي ﷺ كان إذا بعث جيشا قال: "ولا تحرقوا كنيسة ولا تعقروا نخلا"<sup>(20)</sup>.

وقد سار الصحابة الكرام على نفس تعليمات الحبيب المصطفى ﷺ فهذا أبو بكر الصديق ﷺ يضع أول قانون دولي للحرب منذ 14 قرنا قد خلت، فقد أوصى قائلا: "إني موصيك بعشر: لا تقتلن امرأة، ولا صبيا، ولا كبيرا هرما، ولا تقطعن شجرا مثمرا، ولا نخلا، ولا تحرقها، ولا تخربن عامرا، ولا تعقرن شاة، ولا بقرة إلا لمأكلة، ولا تجبن، ولا تغلل"<sup>(21)</sup>.

ولعل أبلغ مثال كذلك على تطبيق حماية أماكن العبادة من طرف الصحابة رضوان الله عنهم ما قام به عمر بن الخطاب ﷺ عندما ذهب إلى (إيليا) ليعقد الصلح مع أهلها في سنة 16هـ حيث نظر فوجد بناء بارزا قد ظهر أعلاه وطمس أكثره، فسأل: ما هذا؟ فقالوا هيكل لليهود قد طمسه الرومان، فأخذ ﷺ من التراب بفضل ثوبه وألقاه بعيدا حتى ظهر الهيكل<sup>(22)</sup>.

وهذا ما يبين بصدق إقرار الشريعة الإسلامية لحرية ممارسة الشعائر الدينية من خلال نصها على حماية أماكن العبادة لغير المسلمين.

وفي الأخير نقول إن هذه المبادئ والأخلاق التي أرستها الشريعة الإسلامية تعبر بشكل واضح وجلي على مساهمة الإسلام في وضع مبادئ لحماية أماكن العبادة زمن النزاعات المسلحة وقد تمت الإشادة بهاته المساهمة حتى من طرف كتاب ومفكرين ومعاصرين غربيين فقد نوه الأستاذ: ميشال بيلونجي<sup>(23)</sup> بدور الإسلام في وضع المبادئ الأساسية لحماية أماكن العبادة في القانون الدولي الإنساني.



**المطلب الثاني: الحماية المقررة لأماكن العبادة في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني.**

لقد تضمنت اتفاقيات لاهاي لعام 1899 و1907 إشارات إلى ضرورة حماية أماكن العبادة تجلى ذلك من خلال المادة 27 من الاتفاقية الرابعة المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية لعام 1907 والتي نصت: "عند الحصار والرمي ينبغي قدر الإمكان اتباع كل الإجراءات الضرورية لصيانة مباني العبادات الدينية ومنتسبيها والمباني المكرسة لأغراض الفن والعلم والأعمال الخيرية والآثار التاريخية ..."<sup>(24)</sup>.

فهذا تعد اتفاقيات لاهاي لعامي 1899 و1907 قد شكلت مرحلة مهمة في عملية تنظيم الحماية الدولية لأماكن العبادة.

وقد ترسخت هذه الحماية من خلال اعتماد اتفاقية لاهاي 1954 المتعلقة بحماية الممتلكات الثقافية، والتي ومن خلال تعريفها للممتلكات الثقافية أدرجت من خلالها المباني المخصصة للأغراض الدينية<sup>(25)</sup>، ولكن الحماية هنا لم تكن مباشرة لأماكن العبادة بصفتها هذه، بل بوصفها جزءا من الممتلكات الثقافية.

ونتيجة هذا النقص تفتن واضعو البروتوكولين الإضافيين لعام 1977 إلى ضرورة النص على حماية أماكن العبادة بصورة منفردة عن حماية الممتلكات الثقافية، فأثناء المؤتمر الدبلوماسي لاعتماد البروتوكولين اتفقت الدول المتفاوضة حول موضوع حماية الآثار التاريخية والأعمال الفنية بينما بقي موضوع حماية أماكن العبادة محل نقاشات مطولة، حيث ذهب البعض إلى ضرورة حماية كل أماكن العبادة دون استثناء، بينما ذهب البعض الآخر إلى حماية أماكن العبادة الأكثر أهمية والتي تشكل تراثا للشعوب، وهو الرأي الذي أخذت به المادة (53) في نهاية المطاف<sup>(26)</sup>. وفي الأخير تم اعتماد المادة 53 من البروتوكول الإضافي الأول والتي تنص على ضرورة حماية الأعيان الثقافية وأماكن العبادة<sup>(27)</sup>.

وعلى غرار البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 فقد حظيت هذه الأعيان بالاهتمام من قبل واضعي البروتوكول الإضافي الثاني، فالمادة 16 لم تأت باقتراح من اللجنة الدولية للصليب الأحمر بل باقتراح من مجموعة من الدول<sup>(28)</sup> وضع أمام اللجنة الثالثة أثناء الدورة الثالثة للمؤتمر الدبلوماسي، وقد أدرجت هذه المادة لإبراز أهمية الحفاظ على التراث الإنساني كما برر واضعو هذه المادة أن إقرارها جاء لتعزيز أحكام اتفاقية لاهاي 1954 والتي لم تتضمن إليها في تلك الفترة سوى مجموعة قليلة من دول العالم<sup>(29)</sup>.

وفي نهاية المؤتمر الدبلوماسي تم اعتماد المادة 16 من البروتوكول الإضافي الثاني والذي أقر حماية للأعيان الثقافية وأماكن العبادة<sup>(30)</sup>.

ولعل ما يعتبر إضافة مثمرة في نص المادتين 53 و16 من البروتوكولين الإضافيين بهذا الترتيب هو إدراجهما لأماكن العبادة والتي لم تسبق الإشارة إليها في الاتفاقيات السابقة بصورة صريحة<sup>(31)</sup>.

أما عن مضمون الحماية المقررة لأماكن العبادة في المادتين السالفتين الذكر فيتمثل في نصهما على حظر الأعمال العدائية الموجهة ضد هذه الأماكن من جهة، وحظر استخدامها في دعم المجهود الحربي من جهة أخرى، وهذا الالتزام الأخير يعد ضروري لاحترام الالتزام الأول لأنه إذا ما استخدمت هذه الأماكن في دعم المجهود الحربي فإنه في هذه الحالة يمكن أن توجه ضدها العمليات العدائية<sup>(32)</sup>.

ولكن ما انفردت به المادة 53 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 على حساب المادة 16 من البروتوكول الثاني، هو نصها على حظر توجيه الهجمات الانتقامية ضد أماكن العبادة، فإذا وجه أحد أطراف النزاع الهجوم ضد هذه الأماكن فلا يجوز للطرف الآخر الاحتجاج بذلك لضرب أماكن الطرف المهاجم .

ورغم هذه النصوص فإن الممارسات الدولية كشفت عن انتهاكات عديدة تتعرض لها أماكن العبادة، ففي الأراضي المحتلة حاول اليهود طمس المعالم العربية للتراث الثقافي والمقدس في فلسطين، فمن بين الجرائم الكبرى التي اقترقتها سلطات الاحتلال الإسرائيلية في الأراضي المحتلة هو الحرق العمدي للمسجد الأقصى، وكذلك استمرار الحفريات حول المسجد الأقصى، والتي ترمي إلى تهويده كما نشير كذلك إلى التدنيس الذي تعرض له المسجد الأقصى والحرم الإبراهيمي من طرف اليهود والذي أدى إلى قيام انتفاضة الأقصى الثانية<sup>(33)</sup>.

### خاتمة

لقد حاولت كل من الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الدولي الإنساني إرساء الحق في ممارسة الشعائر الدينية زمن النزاعات المسلحة، وقد أسفرت دراستنا هذه عن مجموعة من النتائج حاولنا إلحاقها بمجموعة من الاقتراحات كالتالي:

أولاً: النتائج:

1- الحماية التي أقرتها الشريعة الإسلامية للحق في ممارسة الشعائر الدينية للأشخاص زمن النزاعات المسلحة، والنص على حماية أماكن العبادة لضمان ممارسة هذا الحق، تعد حماية شاملة وكافية لم ترق إليها قواعد القانون الدولي الإنساني، والتي وضعت بعد 14 قرناً، ما يدل على صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان.

2- الحماية التي أقرتها قواعد القانون الدولي الإنساني لحق الأفراد في ممارسة شعائرهم الدينية كانت حماية قاصرة، وذلك لربطها بشروط تنقص من الحفاظ على ممارسة هذا الحق، حيث تم ربط السماح بممارسة الشعائر الدينية دائماً بالحفاظ على النظام في الدولة الحاجزة سواء في الأسر أو

الاعتقال، وهذا ما يمكن الدول من التحجج بان السماح للأسرى أو المعتقلين بمزاولة هذا الحق يمس بنظامها العام.

3- إن الحماية المقررة لأماكن العبادة حماية ناقصة، لاقتصارها على حماية الأماكن التي تشكل تراثا عالميا فقط، وهنا تطرح مشكلة من له سلطة تحديد مدى أهمية مكان معين بالنسبة للبشرية، كما يثار الإشكال حول أماكن العبادة التي يعاد ترميمها، والتي قد تفقد الحماية لكونها لم تعد تمثل تراثا عالميا، وهنا طرح المسلمين إشكالية حول التوسيعات التي يلحظها الحرم المكي والمسجد النبوي.

ثانيا: الاقتراحات:

1- يستلزم على واضعي القانون الدولي الإنساني، وفي حالة عقد مؤتمرات تعديلية، السعي إلى إقرار حماية كافية وشاملة لحق الأفراد في ممارسة شعائرهم الدينية، دون ربط بنود الحماية هذه بأي شرط ينقص من حق الأفراد في ممارستهم لهذا الحق زمن النزاعات المسلحة.

2- لا بد من إعادة النظر في الحماية المقررة لأماكن العبادة، وخاصة ما يتعلق بالشرط الناص على ضرورة أن يكون هذا المكان يشكل تراثا عالميا، حيث يجب أن توفر الحماية لكل أماكن العبادة دون استثناء، حيث إن ما قد يعتبره شعبا تراثا عالميا قد لا تعتبره باقي الشعوب كذلك.

3- لا بد أن يفخر باحثو القانون الدولي الإنساني المسلمين بالمبادئ الشاملة التي أقرتها الشريعة الإسلامية السمحاء في هذا المجال، وأن يسعوا لتعريفها للعالم أجمع، وذلك لمحاولة أن يستنبط منها القانون الدولي الإنساني الوضعي تلك القواعد الراقية.

- الهوامش:

(1) - سورة النحل، الآية 125.

(2) - سورة البقرة، الآية 190.

- (3) - سورة الحجرات، الآية 13.
- (4) - عبد الغني عبد الحميد محمود، حماية ضحايا النزاعات المسلحة في القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2006، ص 8.
- (5) - أبو زهرة، « نظرية الحرب في الإسلام » المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد الرابع عشر، 1958، ص 33.
- (6) - المرجع نفسه، ص 34.
- (7) - رابح دفور، « الحرية الدينية لأهل الذمة » مجلة البحوث والدراسات، منشورات المركز الجامعي بالوادى، العدد السادس، السنة الخامسة، 2008، ص 11-17.
- (8) - نغم اسحق زيا، القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص 223.
- (9) - المرجع نفسه، ص 224.
- (10) - عامر الزمالي، « الفئات المحمية بموجب أحكام القانون الدولي الإنساني » في دراسات في القانون الدولي الإنساني (مؤلف جماعي)، تحت إشراف: مفيد شهاب، دار المستقبل العربي، القاهرة، 2005، ص 119.
- (11) - منتصر سعيد حمودة، القانون الدولي الإنساني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص 99.
- (12) - محمد حمد العسيلي، المركز القانوني لأسرى الحرب، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 609.
- (13) - المرجع نفسه، ص 611.
- (14) - نغم اسحق زيا، المرجع السابق، ص 224.
- (15) - منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 100.
- (16) - سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الإنساني، دار الثقافة، عمان الأردن، 2009، ص 279-280.
- (17) - عامر الزمالي، المرجع السابق، ص 123.
- (18) - سهيل حسين فتلاوي وعماد محمد ربيع، القانون الدولي الإنساني، دار الثقافة للنشر، عمان، 2007، ص 171.
- (19) - سورة الحج، الآية 40.
- (20) - ميلود بن عبد العزيز، حماية ضحايا النزاعات المسلحة في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الإنساني (دراسة مقارنة) مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية والاجتماعية، جامعة الحاج لخضر - باتنة، ص 137.

(21) - محمد رضا، أبو بكر الصديق: أول الخلفاء الراشدين، دار الكتاب العربي، بيروت، 2005، ص 85 ولمزيد من المعلومات: انظر: محمد رأفت عثمان، الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية في الإسلام، دار اقرأ، بيروت، الطبعة الثالثة، 1982، ص 196.

(22) - أبو زهرة، المرجع السابق، ص 24.

(23) - فقد ورد على لسان الأستاذ ميشال بلونجي :

"A ce propos ; on peut considérer que rien dans la Bible – comme dans le coran ou dans la sunnah n' est véritablement contraire au droit international Humanitaire " . voir : BELANGER ( M ) , Droit international humanitaire général , Gualino éditeur, Paris , 2eme édition , 2006, p . 17.

(24) - عمر سعد الله، القانون الدولي الإنساني (وثائق وآراء)، دار المجدلاوي، الأردن، 2002، ص 285.

(25) - هايك سبيكر، «حماية الأعيان الثقافية وفقا لقانون المعاهدات الدولية» دراسات في القانون الدولي الإنساني (مؤلف جماعي)، تحت إشراف: مفيد شهاب، دار المستقبل العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000، ص 205.

(26)-Commentaire de l' Article 53 du premier protocole additionnel au conventions de Genève 1949, in site: WWW. ICRC.ORG/FR

(27) - تنص المادة 53 على ما يلي: " تحظر الأعمال التالية، وذلك دون الإخلال بأحكام اتفاقية لاهاي المتعلقة بحماية الأعيان الثقافية في حالة النزاع المسلح المعقودة بتاريخ 14 مايو / أيار 1954 وأحكام المواثيق الدولية الأخرى الخاصة بالموضوع :

أ- ارتكاب أي من الأعمال العدائية الموجهة ضد الآثار التاريخية أو الأعمال الفنية أو

أماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي أو الروحي للشعوب.

ب- استخدام مثل هذه الأعيان في دعم المجهود الحربي .

ج- اتخاذ مثل هذه الأعيان محلا لهجمات الردع " .

(28) - جاء اقتراح إدراج بنود تتعلق بحماية الأعيان الثقافية وأماكن العبادة بطلب من:

الفاتيكان، إسبانيا، اليونان، الأردن وفنزويلا، ولمزيد من المعلومات، انظر: - عواشرية

رقية، حماية المدنيين والأعيان المدنية زمن النزاعات المسلحة غير الدولية، رسالة

دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2001، ص 287.

(29)-JUNOD ( Sylvie –Stoyanka ) et SANDOZ(Yves)et SWINARSKI(Christophe),

Commentaire du protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 Août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armes nom internationaux (protocole II) , C.I.C.R,

Martinus Nijhoff Puplichers, Genève , 1986, p p.1488-1492.

(30) - تنص المادة 16 على ما يلي: "يحظر ارتكاب أية أعمال عدائية موجهة ضد الآثار

التاريخية، أو الأعمال الفنية وأماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي أو الروحي

للشعوب، واستخدامها في دعم المجهود الحربي وذلك دون الإخلال بأحكام اتفاقية

لاهاي الخاصة بحماية الأعيان الثقافية في حالة النزاع المسلح والمعقودة في 14 أيار /  
مايو 1954 " .

-JUNOD (S.S.) et al , op .cit. , p .1491(31).

(32) - عواشرية رقية، المرجع السابق، ص 288.

(33) - مصطفى كامل شحاتة، الاحتلال الحربي وقواعد القانون الدولي، الشركة الوطنية  
للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981، ص 362-364.



## الحماية الجنائية لمواقع التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت

بقلم  
أ. مريم خليفي

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة بشار - الجزائر



### الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى توضيح أهمية الحماية الجنائية لمواقع التجارة الإلكترونية، باعتبار أن جميع الجرائم التي تمس النظم المعلوماتية تؤثر سلبا على هذا النوع من التجارة.

فالبئية الافتراضية التي يندم فيها الأمن لا تشجع المتعاملين بالقيام بعمليات الشراء عبر الإنترنت دون ضمانات قانونية، لذلك فإن بناء الثقة من خلال تطويع النصوص التي تتناول الحماية الجنائية لمواقع التجارة الإلكترونية ينبغي أن يمثل الأولوية بالنسبة للمشروع، وذلك بهدف توفير إطار قانوني يضمن انسياب معاملات التجارة الإلكترونية العالمية، وعليه فالكثير من التساؤلات القانونية التي تطرح في هذا السياق، هو ما يمثل محور هذه الدراسة.

### Résumé:

Cette étude vise à clarifier l'importance de la protection pénale des sites de commerce électronique, parce que tous les crimes qui touchent le système d'information ont un impact négatif sur ce type de commerce.

un tel climat d'insécurité, n'est pas pour encourager les internautes à effectuer des achats via l'Internet sans garanties juridiques.

Instaurer la confiance par l'adaptation de textes traitant de la protection pénale des sites de commerce électronique devrait donc être la priorité du législateur, sans aucun doute, de fournir un cadre juridique favorisant l'éclosion du commerce électronique mondiale.

Ainsi, toutes les questions qui se posent à cet égard, feront le noyau de notre étude



### مقدمة

أدى التزاوج ما بين تقنية المعلومات L'informatique وتقنية الاتصال عن بعد La Télématique إلى تغيير شكل النشاط التجاري من تقليدي إلى إلكتروني، فشحاع في ظل الانتشار الهائل للانترنت مصطلح "التجارة الإلكترونية" Le commerce électronique التي أصبحت واقعا عمليا يفرض نفسه على جميع المستويات.

وفي ظل خاصية الانفتاح التي تتميز بها شبكة الانترنت حيث تعتبر عابرة للحدود بطبيعتها سارعت المشاريع التجارية إلى فرض وجودها ضمن هذا الفضاء الجديد من خلال إنشاء مواقع لها على الشبكة تعبر عن نشاطها وتميز منتجاتها وخدماتها، وبذلك أصبحت مواقع الانترنت الوسيلة الأساسية للقيام بعمليات التجارة الإلكترونية.

والحديث عن الحماية الجنائية لموقع التجارة الإلكترونية يعني بالضرورة وجود فعل يشكل بنظر قانون العقوبات جريمة يعاقب عليها، ويرصد لها الجزاء الرادع<sup>(1)</sup>، وهو الأمر المتوفر بالنسبة للنظام المعلوماتي للتجارة الإلكترونية، على اعتبار أن الجرائم التي قد ترتكب بحقها من الجرائم التي ترتكب على أي نظام معلوماتي آخر، وبالتالي فإنها تتعرض لأي مخاطر تهدد المعلوماتية<sup>(2)</sup>، وهي الجرائم التي يطلق عليها انسجاما مع البيئة الرقمية والثورة التقنية بـ: "الجرائم المعلوماتية" Les crimes informatiques<sup>(3)</sup>.

وعليه ولما كان مستقبل التجارة الإلكترونية العالمية متوقف على ثقة العملاء فمن الواجب حماية مواقع التجارة الإلكترونية وذلك بتجريم أفعال الاعتداء على هذه المواقع لحماية نظم البيانات الخاصة بالعمليات التجارية عبر الانترنت (المبحث الأول).

ومن جانب آخر ولتحليل موضوع الحماية الجنائية لموقع التجارة الإلكترونية تحليلا معمقا نوعا ما فلا بد من بيان مدى معالجة التشريعات والقوانين العقابية الحالية لهذا النوع من الإجرام الذي يمس التجارة

الإلكترونية، وبيان فيما إذا كانت خطة مختلف التشريعات في موضع النص على الحماية تعتبر كافية، أم أن الأمر بحاجة إلى تعديلات وتغييرات، خاصة وأن محل هذه الحماية هو الموقع التجاري الافتراضي الذي يعد من الأمور المستحدثة عند صدور العديد من التشريعات الجزائية (المبحث الثاني).

### المبحث الأول:

#### تجريم أفعال الاعتداء على المواقع المخصصة للتجارة الإلكترونية

سبق التنويه إلى أن جرائم الاعتداء على مواقع التجارة الإلكترونية تصنف ضمن الجرائم المعلوماتية، وبالأخص ضمن جرائم التعدي على نظام المعالجة الآلية للبيانات أو المعطيات، فكل ما يتعلق بعمليات التجارة الإلكترونية محلها بيانات معالجة إلكترونية<sup>(4)</sup>، ومن ثم فإن اختراق موقع التجارة الإلكتروني هو اختراق لنظامها المعلوماتي الذي يستند إلى قاعدة بيانات تخدم هذه التجارة وعليه فإن الدخول غير المشروع للمواقع يعد من أكثر الجرائم خطورة، لذلك فمن المهم بسط البحث والتعرض لجريمة الدخول أو البقاء غير المشروع في النظام (المطلب الأول)، ثم التطرق لجريمة التلاعب في المعطيات الموجودة داخل نظم التجارة الإلكترونية (المطلب الثاني).

**المطلب الأول: جريمة الدخول أو البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للمعطيات**  
بما أن التجارة الإلكترونية تعتمد على تقنية المعالجة الإلكترونية للمعطيات والبيانات، فإن الاعتداء على مواقعها لا يخرج عن كونه أحد تطبيقات الاعتداء على نظم المعالجة الآلية للمعطيات.

ويقتضي الأمر قبل الحديث عن هذه الجرائم، تحديد المقصود بنظام المعالجة الآلية للبيانات وقد عرفه الفقه الفرنسي بأنه: "كل مركب يتكون من وحدة أو مجموعة وحدات معالجة والتي تتكون كل منها من الذاكرة والبرامج و المعطيات و أجهزة الإدخال والإخراج و أجهزة الربط والتي يربط بينها مجموعة من العلاقات التي عن طريقها تحقق نتيجة معينة وهي معالجة

المعطيات على أن يكون هذا المركب خاضع لنظام الحماية الفنية<sup>(5)</sup>.  
فالمعالجة الآلية للمعلومات هي مجموعة العمليات التي تتم آليا باستخدام الحاسب الآلي وتتعلق بجمع البيانات، وإدخالها إلى الحاسب الآلي ومعالجتها وفقا لبرامج وصولا إلى إخراجها على شكل معلومات لها دلالة خاصة.

وعلى ذلك فهذه الجرائم تتطلب ابتداء توافر نظام المعالجة الآلية للمعطيات بمكوناته المادية والمعنوية، فإذا وقع الاعتداء على عنصر بمفرده لا يشكل جزءا من هذا النظام فلا يعتبر جريمة من الجرائم الماسة بالمعلوماتية.

وقد تعرضت الكثير من أنظمة الحاسب الآلي، وبصفة خاصة تلك التي تعمل من خلال شبكات المعلومات كالتي تخص عمليات التجارة الإلكترونية إلى الاختراق بواسطة أشخاص غير مرخص لهم بالدخول إليها، وفي هذا الصدد جرم المشرع الجزائري فعل الدخول أو البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للمعطيات من خلال نص المادة 394 من قانون العقوبات الجزائري<sup>(6)</sup>، والتي تنص على أنه: "يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة و بغرامة من 50000 دج إلى 100000 دج كل من يدخل أو يبقى عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للمعطيات أو يحاول ذلك، تضاعف العقوبة إذا ترتب على ذلك حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة.

وإذا ترتب عن الأفعال المذكورة أعلاه تخريب نظام اشتغال المنظومة تكون العقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنتين والغرامة من 50000 دج إلى 150000 دج".

من خلال النص يتضح أن المشرع الجزائري لم يحدد وسيلة الدخول إلى النظام واختراقه على غرار باقي التشريعات، فتقع الجريمة باستخدام أية وسيلة تقنية، مثل انتهاك كلمة السر أو عن طريق استخدام برامج أو

شفرات<sup>(7)</sup>، أو بواسطة استغلال ضعف النظام في حد ذاته .  
وقد يتم الدخول إلى النظام بطريقة مباشرة بواسطة الحاسب الآلي، أو بطريقة غير مباشرة عندما يتم الدخول بواسطة نظام آخر يتصل بالأول بواسطة شبكة الاتصال، أو بالتقاط الإشارات التي يحدثها الجهاز الإلكتروني دون الحاجة إلى الدخول عبر الشبكة.

ويشبه بعض الفقه الفرنسي فعل الدخول بمثابة الدخول إلى ذاكرة الإنسان في مدلوله المعنوي وفي مدلوله المادي أن يكون الشخص قد حاول الدخول أو دخل بالفعل إلى النظام المعلوماتي.

ويمكن القول بصفة عامة أن الدخول غير المشروع أو غير المصرح به إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات يتحقق بالوصول إلى المعلومات والبيانات المخزونة داخل نظام الحاسب دون رضا المسؤول عن هذا النظام أو المعلومات التي يحتوي عليها<sup>(8)</sup>.

وتقع هذه الجريمة من أي شخص مهما كانت صفته، سواء كان يعمل في مجال الأنظمة أم لا وسواء كانت له المقدرة على الاستفادة من النظام أم لا، فيكفي أن يكون الجاني ممن ليس لهم الحق بالدخول إلى النظام<sup>(9)</sup>، فالدخول غير المشروع يستمد مشروعيته من كونه غير مصرح به سواء كان مقصودا في حد ذاته أو وسيلة لتحقيق غاية أخرى، فمناط عدم المشروعية إذن انعدام سلطة الفاعل في الدخول مع علمه بذلك، سواء تم دون تصريح، أو تجاوز التصريح الممنوح له بالدخول إلى معطيات لا يشملها التصريح.

كما أن الدخول يعد غير مشروع متى كان ضدا ومخالفا لإرادة صاحب النظام، أو من له حق السيطرة عليه، كأن يضع بعض القيود للدخول ولم يحترمها الجاني<sup>(10)</sup>، ويتحقق حتى في حالة تطلب الأمر سداد مبلغ معين للدخول كما الحال بالنسبة لبعض المواقع، وتحاليل الجاني ودخل مع ذلك.

وسواء تم اللجوء إلى كل النظام أو جزء منه يتحقق الدخول غير المصرح به، كما لو دخل الجاني إلى الجزء المسموح به وتجاوزه إلى الجزء غير

المسموح له بالدخول فيه، مثل لو دخل الشخص لأحد المواقع التجارية وهو موقع مفتوح للجمهور لكنه تجاوز الموقع للدخول إلى البيانات الخاصة بإعداد المواقع التي تحتوي على معلومات غير مرخص الاطلاع عليها<sup>(11)</sup>.

ونوه في هذا الشأن أنه يكفي الدخول للمجرد للنظام ليشكل جريمة حتى وإن لم ينجح الجاني في الوصول إلى المعلومات أو البيانات والبرامج<sup>(12)</sup>.

أما بالنسبة لفعل البقاء غير المشروع، فقد يجد الشخص نفسه في بعض الأحيان داخل نظام لحاسب آلي معين غير مسموح له بالدخول عن طريق الخطأ<sup>(13)</sup>، كما لو كان في طريقه للدخول إلى نظام مرخص له بالدخول إليه، ليجد نفسه يستخدم شفرة خاطئة تجيز له الدخول إلى نظام آخر وهنا على هذا الشخص الخروج فوراً بمجرد التنبه للخطأ، أما وإن استمر في البقاء داخل نظام المعالجة الآلية للبيانات رغم معرفته بأن بقاءه غير مشروع ففعله يشكل جريمة البقاء غير المصرح به داخل النظام المعلوماتي.

ويمكن التحقق البقاء إذا ما كان للجاني الحق في الدخول إلى جزء من النظام و يتجاوزه إلى جزء آخر ويبقى فيه رغم علمه بعدم مشروعية البقاء، كما قد يكون البقاء لاحقاً على دخول غير مشروع فنكون بصدد تعدد مادي بين الجريمتين، وبالتالي قد تتحقق جريمة البقاء بشكل مستقل عن جريمة الدخول وقد تجتمعان، ويذهب البعض إلى القول أن الاختلاف ما بين الدخول والبقاء كون جريمة الدخول جريمة إيجابية، وأن جريمة البقاء جريمة سلبية ورغم دخول الجاني بطريق الخطأ إلى النظام فهو يرفض الخروج منه. وهنا أيضاً يكفي لتحقق الجريمة البقاء في كل النظام أو البقاء في جزء منه فقط، بل حتى ولو كان البقاء مجرداً<sup>(14)</sup>.

ومن المهم أن نشير إلى أن جريمتي الدخول والبقاء داخل النظام حسب نص المادة 394 من قانون العقوبات الجزائري السابق الإشارة إليه تتشدد، إذا تحقق طرفين:

1. إذا نتج عن الدخول أو البقاء محو أو تعديل للمعطيات التي يحتويها النظام.

2. إذا نتج عن الدخول أو البقاء تخريب النظام بمعنى عدم صلاحيته لأداء وظائفه.

ويكفي لتحقيق الظرف وجود العلاقة السببية بين الدخول أو البقاء غير المشروع و تلك النتيجة الضارة ولو لم تكن مقصودة.

من جانب آخر وفيما يتعلق بالركن المعنوي للجريمة فيتخذ صورة القصد الجنائي العام الذي يتكون من عنصري العلم و الإرادة، فيجب أن يعلم الجاني بأنه لا يحق له الدخول أو البقاء داخل النظام، و بالتالي لا يتوافر العنصر المعنوي إذا كان الدخول مشروع، أو كان دخوله عن طريق الصدفة أو السهو أو الخطأ، فإذا لم ينسحب منذ اكتشافه الخطأ توافر القصد الجنائي لديه، إضافة إلى القصد الجنائي الخاص المتمثل في نية الغش، فمتى توافر القصد الجنائي وهو العلم و الإرادة فلا محل للاعتداد بالباعث على ارتكاب الجريمة، فتتحقق هذه الأخيرة ولو كان الباعث الفضول أو النزهة أو إثبات الإمكانيات لخرق النظام المعلوماتي.

**المطلب الثاني: جريمة التلاعب في المعطيات الموجودة داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات**  
اتجهت أغلبية التشريعات الجنائية التي عنت بحماية المعطيات إلى النص على هذه الجريمة ضمن نصوصها العقابية، وهو ما نجده في نص المادتين 394 مكرر 1، 394 مكرر 2 من قانون العقوبات الجزائري، فالمشرع هنا لا يحمي النظام في حد ذاته وإنما يوفر الحماية للبيانات الموجودة داخل النظام، والتي أدخلت لمعالجتها، ويتخذ التلاعب في معطيات النظام صورتين:

1. الاعتداء العمدي على المعطيات الموجودة داخل النظام:

يتمثل النشاط الإجرامي في هذه الجريمة بفعل الإدخال والمحو والتعديل، ويكفي توافر إحداها لقيام الجريمة، وبذلك يتم الاعتداء على البيانات التي أدخلت لمعالجتها والتي ستحول إلى معلومات بعد المعالجة، حيث جاء في نص المادة 394 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500000 دج إلى 2000000 دج كل من أدخل بطريق الغش معطيات في نظام المعالجة الآلية أو أزال أو

عدل بطريق الغش المعطيات التي يتضمنها " .

فعل الإدخال Intrusion: يقصد به إضافة معطيات جديدة على الدعامة الخاصة سواء كانت خالية أم كان يوجد عليها معطيات من قبل، كالتلاعب في أرقام الحسابات البنكية بإضافة حسابات وهمية على مستوى موقع التجارة الإلكترونية مما يؤدي إلى التلاعب في بيانات هذه التجارة.

فعل المحو Effacement: يقصد به إزالة جزء من المعطيات المسجلة على دعامة والموجودة داخل النظام أو تحطيم تلك الدعامة أو نقل وتخزين جزء من المعطيات إلى المنطقة الخاصة بالذاكرة، بما ينجم عنه إتلاف البيانات.

فعل التعديل Modification: يقصد به تغيير المعطيات الموجودة داخل نظام واستبدالها بمعطيات أخرى مخالفة لما كانت عليه.

ويتحقق فعل المحو والتعديل عن طريق برامج غريبة تتلاعب في المعطيات سواء بمحوها كلياً أو جزئياً أو بتعديلها، مما يعطي في النهاية نتائج مغايرة لتلك التي صمم من أجلها البرنامج<sup>(15)</sup>.

والأفعال السابقة سواء كانت إدخال أو محو أو تعديل وردت في نص المادة المشار إليها على سبيل الحصر، فأى فعل غيرها لا يقع تحت طائلة التجريم.

من جهة أخرى حتى يتوافر قصد التجريم لا بد أن تتجه إرادة الجاني إلى فعل الإدخال أو المحو أو التعديل، مع علمه بأن هذا الفعل غير مشروع، ورغماً عن إرادة صاحب الحق في المعطيات أو من له السيطرة عليها.

2. المساس العمدي بالمعطيات خارج النظام:

وفر المشرع الجزائري مزيداً من الحماية على المعطيات في حد ذاتها<sup>(16)</sup>، فلم يشترط أن تكون داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات، أو أن يكون قد تم معالجتها آلياً ما دامت قد تستخدم لارتكاب الجرائم المنصوص عليها والتي تمس النظام المعلوماتي، وذلك من خلال نص المادة 394 مكرر من قانون العقوبات الجزائري: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1000000 دج إلى 5000000 دج كل من يقوم عمداً وعن طريق الغش.

1- تصميم أو بحث أو تجميع أو توفير أو نشر أو الاتجار في معطيات مخزنة أو معالجة أو مراسلة عن طريق منظومة معلوماتية يمكن أن ترتكب بها الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم.

2 - حيازة أو إفشاء أو نشر أو استعمال لأي غرض كان المعطيات المتحصل عليها من إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم "

وهنا لا بد أن يتم استخدام المعطيات لارتكاب الجرائم المذكورة عمدا و بطريق الغش، أي توافر القصد الجنائي العام إضافة إلى القصد الجنائي الخاص المتمثل في نية الغش<sup>(17)</sup>.

ومن المفيد في الأخير أن نشير إلى أن المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي<sup>(18)</sup> عاقب على الاشتراك في الاتفاق الجنائي في نص المادة 394 مكرر5 من قانون العقوبات الجزائري والتي جاء فيها:

" كل من شارك في مجموعة أو اتفاق تألف بغرض الإعداد لجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم، وكان هذا التحضير مجسدا بفعل أو عدة أفعال مادية يعاقب بالعقوبات المقررة للجريمة ذاتها، من خلال نص المادة يتضح أن شروطه الاشتراك لقيام الجريمة تتمثل في:

- مجموعة أو اتفاق في صورة شركة أو مؤسسة أو جماعة.

- هدف التحضير لإحدى الجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية.

- يتجسد هذا التحضير بشكل فعل مادي.

- توافر القصد الجنائي، باتجاه إرادة كل عضو إلى ارتكاب هذا النشاط الإجرامي.

من خلال ما سبق نلاحظ أن جميع الجرائم التي تمس النظام المعلوماتي تؤثر سلبا على التجارة الإلكترونية كونها تعتمد أساسا على نظم معلوماتية، إذا ما تم اختراقها سبب ذلك تخوف المتعاملين في هذا المجال من وضع ثقتهم بهذا النظام التجاري الحديث، فالاعتداء بالدخول غير المشروع إلى الموقع الإلكتروني أو بحذفه أو تعديله أو تعطيله، يهدد مستقبل التجارة الإلكترونية بشكل عام، الأمر الذي نجم عنه اختلاف خطة التشريعات المختلفة لاستيعاب



مثل هذه الجرائم بما يوفر الحماية الجنائية لموقع التجارة الإلكترونية، وهو ما ستعرض له بشيء من التفصيل في المبحث التالي.

### المبحث الثاني:

## موقف التشريعات في موضع النص على الحماية الجنائية لمواقع التجارة الإلكترونية

الحقيقة أن الاعتداء على مواقع التجارة الإلكترونية لا يخرج عن كونه تطبيقاً لأفعال الاعتداء على أجهزة الحاسب والبرامج وقواعد البيانات، والتي تمثل اعتداء على أنظمة الحاسب، حيث يستخدم في إعداد هذه المواقع أنظمة معلوماتية، وقد لاحظ المشرع في أغلبية الدول خطورة هذه الأفعال وتدخل لتجريمها بما يوفر حماية جنائية لها، غير أن خطة التشريعات فيما يتعلق بهذه الحماية تختلف فمنها ما جرمت أفعال الاعتداء على الأنظمة المعلوماتية بصورها المختلفة في قانون خاص وبشكل مستقل، فيما ذهبت أخرى إلى إدخال تعديلات على نصوصها القائمة على نحو يستوعب هذه الصور المستحدثة للجرائم، بينما اكتفت بعض التشريعات بالنصوص التقليدية، وعليه ولمزيد من التوضيح لنا أن نستعرض بشيء من التوسع الحماية الجنائية لموقع التجارة الإلكترونية في التشريعات الأجنبية (المطلب الأول)، وكذا لموضع النص على هذه الحماية في التشريعات العربية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الحماية الجنائية لمواقع التجارة الإلكترونية في التشريعات الأجنبية

أحدثت ثورة المعلومات والاتصالات تغيرات جذرية في المفاهيم القانونية والتي مست نطاق القانون الجنائي، مما دفع المشرع في بعض الدول ليوأكب تشريعياً هذا التطور التكنولوجي الهائل الذي ساهم في إبراز نوع مستحدث من الجرائم، أن يصدر العديد من التشريعات لمواجهة جميع صور المساس بالنظام المعلوماتي والبيانات المتواجدة بداخله، وهو ما اتبعه المشرع في الاتحاد الأوروبي والولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا وفي دوقية لكسمبورج.

• أولاً: الحماية الجنائية لمواقع التجارة الإلكترونية في الاتحاد الأوروبي: شعر الاتحاد الأوروبي بخطورة جرائم الكمبيوتر، فعملت اللجنة

الأوروبية بشأن مشاكل الجريمة ولجنة الخبراء في مجال جرائم الكمبيوتر على اعتماد مشروع اتفاقية تتعلق بجرائم الكمبيوتر، وقد أعلن المجلس الأوروبي مشروع هذه الاتفاقية في 27 أبريل 2000، مؤكدا على أن الاعتداءات على مواقع الانترنت التجارية مثل أمازون دوت كوم Amazon.com هي التي وجهت نظر المجتمع الدولي إلى أن جرائم الكمبيوتر تهدد التجارة الإلكترونية والاقتصاد العالمي بشكل عام<sup>(19)</sup>.

وفي نوفمبر 2001 و تحديدا في العاصمة المغربية بوجدت وقعت الولايات المتحدة الأمريكية وتسع وعشرون دولة أخرى الاتفاقية الصادرة عن المجلس الأوروبي بشأن جرائم الانترنت.

وجاءت الاتفاقية بشكل عام لمواجهة النشاطات الإجرامية الناتجة عن الدخول غير المشروع لشبكة الانترنت والأنظمة المعلوماتية، وقد وجهت الاتفاقية عناية الدول المتعاقدة إلى أن تجرم الأفعال الماسة بسرية وتكامل بيانات الكمبيوتر وأنظمة الاتصال بها، ومن بين ما حددته من هذه الأفعال الدخول العمدي غير المشروع على نظام الكمبيوتر بصورة كلية أو جزئية.

وأيضا أكدت نصوصها على تشجيع التعاون الدولي للحد من جرائم الانترنت العابرة للحدود بطبيعتها، كما أوصت الدول الأطراف أن توفر الوسائل والإجراءات الكافية للتحقيق والاستدلال في مثل هذه الجرائم.

• ثانيا: الحماية الجنائية لمواقع التجارة الإلكترونية في الولايات المتحدة الأمريكية:

تحظر الحكومة الفدرالية للولايات المتحدة الأمريكية الدخول غير المشروع إلى الكمبيوتر ومواقع الانترنت، وفي هذا الصدد أصدر الكونغرس الأمريكي أول تشريع فدرالي بشأن جرائم الحاسوب سنة 1984 الذي تم تعديله سنة 1986 وكذلك خلال 1990، 1994، 1996، ويعاقب هذا القانون كل من يدخل عمدا على جهاز كمبيوتر دون تصريح أو يتجاوز التصريح الممنوح له، ويحصل على معلومات موجودة في سجل اقتصادي يخص

مؤسسة مالية أو يخص مانح لبطاقة مالية أو المعلومات الموجودة في تقرير يتعلق بالمستهلكين، كما يفرض القانون عقوبات على الأفعال التالية:

- الدخول إلى جهاز كمبيوتر يستخدم في التجارة أو الاتصال بين الولايات و يقوم عمدا بنقل لبرامج أو كود لكمبيوتر أو نظام للكمبيوتر.

- منع أو حرمان أو التسبب في منع أو حرمان الغير من استعمال كمبيوتر أو خدمات كمبيوتر أو نظام أو شبكة أو معلومات أو بيانات أو برنامج.

- نقل مكونات لبرنامج أو كود أو أمر دون موافقة من المسؤولين على الكمبيوتر المستقبل للبرنامج أو المعلومات أو الكود أو الأمر إذا أدى هذا النقل إلى خسائر.

- نقل برنامج معلومات أو كود أو أمر بطريق الكمبيوتر لجهاز يستخدم في التجارة أو الاتصال بين الولايات ويشكل الفعل خطورة إذا النقل أضر أو تسبب في الإضرار بكمبيوتر أو بنظام كمبيوتر أو شبكة أو معلومة أو بيان أو برنامج.

- غش كلمات المرور بما يسمح بالدخول على نظام الكمبيوتر دون تصريح إذا كان من شأن ذلك الإضرار بالتجارة بين الولايات أو بالتجارة الخارجية.

• ثالثا: الحماية الجنائية لمواقع التجارة الإلكترونية في التشريع الفرنسي استقر الفكر القانوني لدى المشرع الفرنسي أنه لا بد من وجود نصوص خاصة تجرم أفعال الاعتداء على المعلوماتية، وقد جسد المشرع ذلك من خلال القانون الصادر في 6 يناير 1978 الذي يواجه الجرائم المتعلقة بالمعالجة الإلكترونية للبيانات<sup>(20)</sup>، ثم بعد ذلك وتحديدا في سنة 1985 تقدم وزير العدل بمشروع قانون عقوبات جديد يتضمن تجريم التقاط البرامج أو المعطيات أو أي عنصر آخر من النظام المعلوماتي عمدا، وتخریب أو تعيب كل أو جزء من نظام المعالجة الآلية للبيانات وكذلك عرقلة أدائه لوظيفته، والحصول أو السماح بالحصول على فائدة غير مشروعة عن طريق الاستخدام غير المشروع لنظام المعالجة الآلية للبيانات، لكن هذا المشروع لم يجسد.

وفي 5 أوت 1986 تم اقتراح تعديل لبعض النصوص القائمة في قانون العقوبات وتم الاتفاق فيما بعد بمجلس الشيوخ على أن ينص في قانون العقوبات الجديد على الجرائم المعلوماتية، التي أصبحت تشكل الباب الثالث من الكتاب الثالث من القسم الثاني من قانون العقوبات، حيث تتضمن نصوص المواد تجريم الدخول باستخدام وسيلة تقنية أو البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للبيانات أو في جزء منه<sup>(21)</sup>، كالدخول باستخدام كلمة السر أو برنامج أو شفرة خاصة<sup>(22)</sup>، وتتشدد العقوبة في حالة محو أو حذف أو تعديل المعطيات الموجودة داخل النظام أو إفساد وظيفته<sup>(23)</sup> والتي تشكل في النهاية حماية جنائية لموقع الانترنت، بعد ذلك صدر قانون العقوبات الفرنسي الجديد عام 1994 الذي تضمن جريمة التزوير المعلوماتي لإضفاء الحماية للمستندات القانونية أيا كان شكلها<sup>(24)</sup>.

• رابعا: الحماية الجنائية لمواقع التجارة الإلكترونية في دوقية لوكسمبورج  
أقر مجلس نواب دوقية لوكسمبورج قانون التجارة الإلكترونية في يوليو 2000، هذا القانون يعد انعكاسا لتوصيات الاتحاد الأوروبي بشأن الاهتمام بحماية التجارة الإلكترونية، كما يعكس من جانب آخر الحاجة لسد الفراغ التشريعي في القوانين القائمة والتي تعجز عن تنظيم الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية<sup>(25)</sup>.

وفيما يخص موضع النص على الحماية الجنائية لمواقع التجارة الإلكترونية فإن القانون في نص المادة 41 منه عاقب على الدخول أو البقاء غير المشروع بصورة كلية أو جزئية بنظم معالجة أو نقل البيانات إلكترونيا، وتشديد العقوبة إذا ترتب على هذا الدخول حذف أو تعديل البيانات الموجودة بالنظام.

أما في نص المادة 42 فتضمن إيقاع العقوبة على أي شخص يقوم بالإعاقة أو الإخلال العمدي بتشغيل نظم المعالجة أو النقل الإلكتروني للبيانات، ودون المراعاة لحقوق الغير.

كما عاقب القانون في نص المادة 43 أي شخص يقوم عمدا بالإخلال بحقوق الغير، وذلك عن طريق إدخال مباشر أو غير مباشر لبيانات بنظام المعالجة أو نقل البيانات إلكترونيا أو محو أو إلغاء أو تعديل البيانات التي يحويها النظام أو أسلوب معالجته أو نقله للبيانات، كما جعل القانون الكتابة الإلكترونية محلا للتزوير تماما مثل الكتابة التقليدية، وهو ما تضمنه نص المادة 35 من القانون.

يتضح من خلال استقراء نصوص هذا القانون، أنها تتضمن نفس ما ورد في نصوص قانون العقوبات الفرنسي وكذلك قانون العقوبات الجزائري، وهو ما يؤكد على أن النصوص التي يتضمنها قانون العقوبات الفرنسي وحتى الجزائري بشأن المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات تطبق فعلا بشأن حماية مواقع التجارة الإلكترونية، وما يفسر عدم وجود الحاجة الملحة للتدخل وإصدار نصوص جديدة تتعلق بحماية هذه المواقع.

#### المطلب الثاني: الحماية الجنائية لمواقع التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية

مع انتشار وانسياب معاملات التجارة الإلكترونية ظهرت الحاجة الماسة لتنظيم جميع جوانبها القانونية<sup>(26)</sup>، وإذا كنا بصدد الحديث عن التشريعات العربية المنظمة للتجارة الإلكترونية ولحمايتها الجنائية، فذلك يستلزم منا البدء حتما بقانون التجارة الإلكترونية في تونس أولا باعتباره أول قانون صدر عن مبادرة من مشروع عربي لمحاولة وضع تأطير متكامل للمبادلات التجارية الإلكترونية وهو نفس ما سعى إليه المشرع الإماراتي ثانياً والذي حذا حذو مثيله التونسي بسن قوانين تنظم المعاملات الإلكترونية التجارية في جميع جوانبها .

#### • أولاً: الحماية الجنائية لمواقع التجارة الإلكترونية في تونس

تعتبر تونس من أول الدول العربية التي قامت بتنظيم التجارة والمبادلات الإلكترونية وذلك بموجب القانون الخاص بالمبادلات التجارية الإلكترونية التونسي رقم 2000 - 83 في 9 أوت 2000 الذي نشر في جريدة الرائد الرسمي

للمجمهورية التونسية رقم 64 في 11 أوت 2000 وهو أول تشريع عربي يصدر في هذا المجال.

وقد اهتمت تونس بإصدار هذا التشريع من أجل تطوير المبادلات التجارية الخارجية ومواكبة الاقتصاد العالمي كروية مستقبلية منها لتحقيق معدل نمو اقتصادي هام في ظل الاقتصاد الرقمي الذي يعتمد على المعلوماتية والاستخدام الموسع لشبكة الانترنت، وبالتالي ومن أجل الصورة الجديدة للتجارة العالمية بالطريق الإلكتروني والتي تعتمد على مفردات جديدة لم تكن منظمة من قبل قام المشرع التونسي بمعالجة الموضوعات التي تشملها هذه التجارة ضمن ثلاثة وخمسين مادة في سبعة أبواب.

ومن الأحكام التي يتضمنها هذا القانون نجد الأحكام الخاصة بالمخالفات والعقوبات من خلال المواد من 43 إلى 53، والتي تجرم أنماط السلوك التي تمثل اعتداء على مواقع التجارة الإلكترونية

كجريمة التعامل في البيانات الإلكترونية الموجودة ضمن المواقع بدون ترخيص وجريمة الاعتداء على البيانات المشفرة.

فالمشرع التونسي ذكر بعض أفعال الاعتداء على أموال وبيانات التجارة الإلكترونية والتي تمثل جرائم جنائية حتى يوفر الحماية الجنائية لمعاملات التجارة الإلكترونية.

• ثانيا: الحماية الجنائية لمواقع التجارة الإلكترونية في دولة الإمارات

العربية المتحدة

يعتبر تشريع إمارة دبي في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية والصادر بالقانون رقم 2 لسنة 2002 أول تشريع لاحق للتشريع التونسي، وقد اتخذت دولة الإمارات العربية هذه المبادرة كونها تعد في مقدمة الدول العربية التي دخلت في ممارسات التجارة الإلكترونية وذلك في ظل توافر البيئة الفنية لاستخدام هذه تقنيات، وقد خصص المشرع في هذا القانون الفصل السابع منه للعقوبات حيث حظر أن تنسب شهادة المصادقة الإلكترونية إلى شخص

لم يوقعها أو لم تصدر عنه، كما حظر المشرع أن تستعمل شهادة أوقفت أو ألغيت لأي سبب من الأسباب، ومن جانب آخر يعاقب القانون كذلك كل شخص تمكن بموجب السلطات الممنوحة له من الاطلاع على معلومات أو سجلات أو مستندات أو مراسلات إلكترونية.

وفي شأن حماية مواقع التجارة الإلكترونية، فإن دولة الإمارات العربية المتحدة أول دولة عربية تصدر قانونا مختصا في مكافحة جرائم المعلومات يتناول أغلب هذه الجرائم، وهو أول قانون في الدول العربية يصدر بشكل مستقل لهذا الغرض ونقصد هنا قانون اتحادي رقم (2) لسنة 2006 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات منشور في العدد رقم (442) في الجريدة الرسمية. ونظرا لتنبه المشرع الإماراتي إلى أخطار الدخول غير المشروع لمواقع التجارة الإلكترونية أو أي نظام معلومات، فقد عاقب على الأفعال التي تشكل اعتداء عليها وذلك في نص المادة الثانية والمادة الخامسة والمادة السادسة من القانون وبذلك يكون قد جرم الأفعال التالية:

- 1 - كل فعل عمدي يتوصل فيه بغير وجه حق إلى موقع أو نظام معلوماتي سواء بدخول الموقع أو النظام أو بتجاوز مدخل مصرح به.
- 2 - فإذا ترتب على الفعل إلغاء أو حذف أو تدمير أو إفشاء أو إتلاف أو تغيير أو إعادة نشر بيانات أو معلومات.
- 3 - كل من أعاق أو عطل الوصول إلى الخدمة أو الدخول إلى الأجهزة أو البرامج أو مصادر البيانات أو المعلومات بأية وسيلة كانت عن طريق الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات.
- 4 - كل من أدخل عن طريق الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، ما من شأنه إيقافها عن العمل أو تعطيلها أو تدمير أو مسح أو حذف أو إتلاف أو تعديل البرامج أو البيانات أو المعلومات فيها.

من خلال ما سبق نلمح اهتمام التشريعات العربية على غرار التشريعات الأجنبية بموضوع التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية بما في ذلك الحماية

الجنائية لها، ومن بين الأمور التي ركزت عليها التشريعات في هذا الصدد تجريم الدخول العمدي غير المشروع للمواقع ونظم المعلومات بأي وسيلة تقنية، وقد اختلفت خطة التشريعات في ذلك، فمنها ما منحت الحماية الجنائية للمواقع بموجب تعديل القوانين العقابية القائمة وهو ما اعتمده المشرع الجزائري، ومن التشريعات من نظمت ذلك ضمن التشريع الخاص بالتجارة الإلكترونية كالتشريع التونسي، كما من التشريعات العربية من نظمت الحماية الجنائية للمواقع ضمن قانون مستقل يخص الجرائم المعلوماتية وفق ما سلكه المشرع الإماراتي وكذا السعودي من خلال القانون المتعلق: بنظام مكافحة جرائم المعلوماتية الصادر بالمرسوم الملكي رقم: 17 بتاريخ 1428/3/8، والذي جرم فعل الدخول إلى موقع إلكتروني لتغيير تصاميم هذا الموقع أو إتلافه، أو تعديله، أو شغل عنوانه.

#### الخاتمة

أدى استخدام الانترنت في الأغراض التجارية إلى انتشار معاملات التجارة الإلكترونية على الصعيد العالمي، وبدأ رجال الأعمال وأصحاب المؤسسات والشركات التجارية في الإقبال على المواقع الخاصة بهذا الغرض، وأصبحوا يرمون الصفقات ويعرضون منتجاتهم وخدماتهم من خلال مواقع لهم على شبكة الانترنت.

كما أن الاستخدام المكثف للانترنت والحاسب الآلي بشكل موسع قاد إلى ظهور جرائم جديدة مست الأنظمة المعلوماتية، والتي تأتي في مقدمتها جرائم الدخول غير المشروع لمواقع التجارة الإلكترونية عبر الانترنت ونظم المعالجة الآلية للبيانات والمعطيات الخاصة بها<sup>(27)</sup>، وقد أصبحت هذه الجرائم من أخطر الجرائم وذلك لفداحة تأثيرها على النشاط التجاري الإلكتروني الدولي.

وفي خضم الكم الهائل من الاختراقات التي تتعرض لها المواقع التجارية الإلكترونية أصبحت الحاجة ملحة لتوفير حماية جنائية لها، ولما



كان اختراق موقع التجارة الإلكترونية هو اختراق لنظامها المعلوماتي، فالبحث عن الحماية الجنائية للمواقع لا يعدو أن يكون عبر الحماية الجنائية للأنظمة المعلوماتية بشكل عام.

من هذا المنطلق من الضروري أن تواكب التشريعات المختلفة هذا التطور الملحوظ في الجرائم المعلوماتية، فالمواجهة التشريعية ضرورية للتعامل من خلال قواعد موضوعية جديدة تكفل مجابهة هذا الشكل الجديد من الإجرام الناشئ عن سوء استخدام النظم المعلوماتية الحديثة، وحسنا فعل المشرع الجزائري كخطوة أولى وإن كانت غير متكاملة لأنها لا تستغرق بالتنظيم كافة جوانب الاعتداءات في هذا المجال، عندما تدخل لتوفير الحماية الجنائية للنظم المعلوماتية في ظل القانون 15/04 المعدل و المتمم للأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات، بإدماج أحكام خاصة بالإجرام المعلوماتي في صلب قانون العقوبات، فاستحدث نصوص خاصة بالجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية.

في الأخير نرى ضرورة المواجهة الفنية والتقنية لحماية مواقع التجارة الإلكترونية والتي لا غنى عنها كوسيلة تقنية لردع الجناة، ولمزيد من الحماية لهذه المواقع نأمل أن تنظم الجزائر إلى الاتفاقيات الدولية الخاصة بمكافحة الجرائم المعلوماتية، على غرار الاتفاقية الدولية حول الإجرام المعلوماتي التي أبرمت بتاريخ 2001/11/08 من طرف المجلس الأوروبي المعروفة باتفاقية بودابست والتي لم تنضم إليها الجزائر لحد الآن.

#### = الهوامش:

- (1) د عامر محمود الكسواني: التجارة عبر الحاسوب، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص 176.
- (2) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، دار الفكر الجامعي، 2006، ص 346.
- (3) يمكن تصور الجرائم المعلوماتية من زاويتين بحسب دورها في التجريم (أي فيما إذا كانت جانبا أو مجني عليها) فمن الزاوية الأولى تكون المعلوماتية وسيلة أو أداة للاعتداء: فيستخدمها الجاني لتنفيذ جرائمه كالاقتداء على حرمة الحياة الخاصة، أو

سرقة بطاقات الائتمان، ومن الزاوية الثانية تكون المعلوماتية موضوعا أو محلا للاعتداء، حيث يتم الاعتداء على المال المعلوماتي، ويقصد بالمال المعلوماتي: الحاسوب بكل مكوناته، وهو عبارة عن مجموعة من الكيانات التي تسمح بدخول المعلومات ومعالجتها وتخزينها واسترجاعها عند الطلب وهو يتكون من كيانين: الكيان المادي للحاسب الإلكتروني ويتمثل في: وحدات الإدخال ووحدات التشغيل ووحدات الإخراج، والكيان المنطقي أو المعنوي الذي يتمثل في البرامج.

(4) تختلف البيانات أو المعطيات عن المعلومات، ذلك أن البيانات مجموعة من الحقائق أو القياسات أو المعطيات التي تتمثل في شكل أرقام أو حروف أو رموز، تتعلق بفكرة أو بموضوع معين، أما المعلومات فهي نتاج معالجة البيانات داخل الحاسب الآلي، من جهة أخرى تختلف المعلومات عن البرامج ذلك أن البرنامج هو مجموعة من التعليمات يتم إدخالها إلى الحاسب لأداء وظيفته، كإدخال البيانات وتخزينها ومعالجتها وإخراجها في صورة معلومات أكثر تفصيلا محمود أحمد عبابنة: جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، دار الثقافة، 2005، ص 92.

(5) وورد تعريف له ضمن نص المادة الثانية من الاتفاقية الدولية للإجرام المعلوماتي التي أبرمت بتاريخ 2001/11/08 من طرف المجلس الأوروبي، على النحو التالي:

Système informatique désigne tout dispositif isolé ou ensemble de dispositifs interconnectés ou apparentés, qui assure ou dont un ou plusieurs éléments assurent, en exécution d'un programme, un traitement Automatisé de données.

(6) لاحظ المشرع الجزائري خطورة أفعال الاعتداء على أجهزة الحاسب وتدخل لتوفير حماية جنائية لها في ظل القانون 15/04 المعدل والمتمم للأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات، بإدماج أحكام خاصة بالإجرام المعلوماتي في صلب قانون العقوبات، فاستحدثت نصوص خاصة بالجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية، ومن جانب آخر نظرا لما تتميز به هذه الجرائم من طابع فني خاص الذي يضيف إلحاحا أكبر ومبررا كافيا للمطالبة بنصوص خاصة لمكافحتها، قام المشرع الجزائري مساندة منه لموجة الإصلاحات التشريعية بإصدار القانون رقم 04/09 في 5 أوت 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها.

(7) يوجد العديد من البرامج المستخدمة لتخطي أنظمة الحماية الفنية (تزود الأنظمة المعلوماتية بحماية فنية للحيلولة دون الدخول غير المشروع لها) في الحالات الطارئة كحالات اختلال وظائف الحاسب أو توقفه عن العمل.

(8) د نائلة عادل محمد فريد قورة: جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية - دراسة نظرية وتطبيقية، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص 316.

(9) د محمد سامي الشوا: ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات الهيئة المصرية العامة للكتاب، 2003 ص 71.

(10) د عبد الفتاح بيومي حجازي: مكافحة الجرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2006، ص 356.

- (11) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، ص 338.
- (12) د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص 345.
- (13) يرى البعض أن البقاء يتحقق حتى ولو كان الدخول مصرح به بموافقة المسؤول لفترة زمنية محددة، وتم تجاوز هذا الزمن ليتحول البقاء داخل النظام إلى فعل غير مشروع.
- (14) Mohamed Diyaa TOUMLILT: Le commerce électronique au Maroc: Aspect juridique Editions Maghrébines 2008, p216.
- (15) د.عبد الفتاح بيومي حجازي: مكافحة الجرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، مرجع سابق ص 386.
- (16) آمال قارة: الحماية الجزائية للمعلوماتية في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية دار هومة، 2007، ص 123.
- (17) نشير أيضا إلى أن المشرع الجزائري عاقب على الشروع في إحدى الجرائم الماسة بالمعلوماتية، رغبة منه في توسيع نطاق العقوبة، وذلك من خلال نص المادة 394 مكرر7 من قانون العقوبات .
- (18) Art.323-4. (Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 art. 46 II Journal Officiel du 22 juin 2004). La participation à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs des infractions prévues par les articles 323-1 à 323-3-1 est punie des peines prévues pour l'infraction elle-même ou pour l'infraction la plus sévèrement réprimée.
- (19) د مدحت رمضان: الحماية النائية لموقع التجارة الإلكترونية على الانترنت ومحتوياته، المجلس الأعلى للثقافة 2003، ص 191.
- (20) Eric FILIOL ,Philipe Richard DUROD: Cyber criminalité , 2006,p 187.
- (21) Art.323-1. (Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002). (Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 art. 45 I Journal Officiel du 22 juin 2004). Le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende. Lorsqu'il en est résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système, la peine est de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende
- (22) Alain BENSOUSSAN: Internet , aspects juridiques, Editions HERMES, Paris , 1996.p 108
- (23) Alain BENSOUSSAN: L'informatique et le droit ,HERMES , 1994, p 366
- (24) Christiane FERAL SCHUHL: Cyberdroit le droit à l'épreuve de l'internet ,DALLOZ , 2006.p 10.
- (25) د مدحت رمضان: مرجع سابق، ص 207.
- (26) André LUCAS, Jean DEVEZ Jean FRAYSSINEY: Droit de l'informatique et de l'internet , THEMIS , 2001, 665.
- (27) Bertrand. Warusfel: La contribution du droit à la sécurité des systèmes d'information Securit, 28 Aout 2006, p 22

# أثر الحكومة الإلكترونية على أساليب إبرام العقد الإداري - دراسة تحليلية مقارنة -

بقام

أرحيمة نمديلي

كلية الحقوق - جامعة سطيف - الجزائر



## الملخص

إن أثر الحكومة الإلكترونية على مختلف أساليب إبرام الصفقات العمومية هو حتمية واقعية وقانونية في ظل انتشار نظم التجارة الإلكترونية والعقد الإلكتروني، واهتمام هيئة الأمم المتحدة ومنظمة التجارة العالمية بتوحيد قوانين العقود الإدارية.

## Résumé

L'impact de l'administration électronique sur les différents types de passation des marchés publics est une obligation juridique et réel avec la diffusion du commerce électronique et les, et l'importance de l'O.N.U et OMC des lois des marchés publics.

## مقدمة

أصبح العالم اليوم يعيش تطورا ملموسا وهائلا في ميدان الاتصالات، وثروة هائلة في مجال المعلومات، حيث تعد هذه الأخيرة عنصرا جوهريا في جميع الأنشطة الحياتية، وقد تجسد ذلك بعقد القمة العالمية الأولى لمجتمع المعلومات في جنيف بسويسرا في مرحلتها الأولى بتاريخ 10 ديسمبر 2003، تحت رعاية الأمم المتحدة والاتحاد الدولي للاتصالات عن بعد، وفي مرحلتها الثانية بتونس في نوفمبر 2005، وذلك لتحقيق أقصى استفادة من ثورة المعلومات والاتصالات<sup>(1)</sup>.

وقد بادرت العديد من الدول إلى الاستفادة من المعلومات في مجال التسيير مع الإدارات الحكومية، وذلك للارتقاء بأداء المرافق العامة من خلال ما أسموه بمشروع الحكومة الإلكترونية<sup>(2)</sup>، حيث أخذت دول عديدة في تطبيق هذا البرنامج: الولايات المتحدة الأمريكية، هولندا، كندا، السويد، الدانمرك، إيطاليا، وتبعها على مستوى العالم العربي: الإمارات العربية المتحدة، الكويت، مصر، السعودية، لبنان، الأردن، المغرب، تونس وعمان.

ونقصد بالحكومة الإلكترونية بالمعنى الواسع. الاستخدام الواسع للتكنولوجيا الحديثة لإعادة تنظيم الإدارات الحكومية وتطوير البنية التحتية المحلية اللازمة لذلك، بشكل يؤدي إلى استفادة الإدارات من الانترنت والمعلومات والاتصالات التكنولوجية لإنجاز معاملات الأفراد بسهولة وسرعة<sup>(3)</sup>.

بينما نقصد بهذه الأخيرة بالمعنى الضيق: التبادل غير المادي للبيانات الرقمية فيما بين المرافق العامة والجمهور.

وانطلاقا من هذا المعنى، نرى أن الحكومة الإلكترونية أو بالأحرى الإدارة العامة الإلكترونية ما هي إلا أسلوبا جديدا ومتطورا لإدارة المرافق العامة في الدولة، يهدف من وراءه إلى رفع مستوى أداء الخدمات العامة، وتقديمها بصورة سريعة وواضحة لطالبي الانتفاع بها.

وقد تجسد هذا التطور في الواقع على مستوى العقود الإدارية باعتبارها من أهم الوسائل القانونية لإنجاز مهام الإدارة في الاضطلاع بخدمات المرافق العامة، حيث سارعت الدول ومنها الكويت والإمارات العربية المتحدة إلى تعديل قوانين العقود الإدارية أو قوانين الصفقات العمومية، من أجل مساندة إجراءات إبرام العقود الإدارية للتطور التكنولوجي والتقني.

وتظهر أهمية الدراسة في اعتبار أن الحكومة الإلكترونية ليست مشروعا افتراضيا لكن هي مشروعا واقعا يهدف بالفعل إلى تحقيق أفضل وأسرع خدمة للمواطن ومحاربة البيروقراطية، وتأكيد الشفافية والوضوح في مجال الخدمات العامة.

وكذا أن البحث في الأساليب الحديثة والمتطورة لإبرام العقود الإدارية يعد دراسة تحليلية ومقارنة لقانون الصفقات العمومية في فرنسا المعدل والمتمم والقوانين التنفيذية له، وكذا التوجيهات الأوروبية الخاصة بذلك، وكذا القانونين الكويتي والإماراتي المتعلقين بالمناقصات العامة.

وترتبا على ذلك وبتحليلنا لهذه القوانين، ظهرت أساليب مستحدثة لاختيار المتعاقد مع الإدارة في مجال العقود الإدارية أو الصفقات العمومية، ومن أهم هذه الأساليب: المناقصة الإلكترونية، والممارسات الالكترونية والاتفاق المباشر الإلكتروني، كما ظهرت أساليب حديثة لذلك، وهي المزايدات الإلكترونية، فما المقصود بهذه الأساليب؟ وما هي إجراءات اختيار المتعاقد الآخر مع الإدارة في ظل الحكومة الالكترونية؟

وعليه، فإننا نقترح لدراسة هذا الموضوع الخطة التالية:

المطلب الأول: الأساليب التقليدية لإبرام العقد الإداري

المطلب الثاني: الأساليب الحديثة لإبرام العقد الإداري

### المطلب الأول

#### الأساليب التقليدية لإبرام العقد الإداري

إن الاتجاه العام في موضوع التعاقد مع الإدارة جعل الفقه منقسما بين أسلوبين: أساليب المناقصات والمزايدات والممارسات من جهة: وكذا أساليب التعاقد الحر، كأسلوب الاتفاق المباشر والمسابقات من جهة أخرى.

ولقد كان لمشروع الحكومة الإلكترونية أثرا على هذه الأساليب فظهرت المناقصة الإلكترونية والممارسة الإلكترونية في كل من فرنسا ودول الاتحاد الأوروبي والكويت والإمارات العربية المتحدة.

#### أولا: المناقصات الإلكترونية

تعمل القوانين على تنظيم الاختيار للمتعاقد ولاسيما في العقود الإدارية الكبيرة. من خلال المناقصات والمزايدات، مراعاة للاعتبار المالي والفني والشفافية التي تكفلها العدالة والمساواة بين المتنافسين والمتنافسين<sup>(4)</sup>.

ونظرا لأن المناقصة تستهدف فتح الباب أمام أكبر عدد ممكن من الأفراد للتقدم إليها، فإن ذلك يستلزم مراعاة الإعلان عنها بطريقة تسمح بوصول الإعلان لأكبر عدد ممكن، تمهيدا لاختيار المتعاقد بواسطة لجان البت في العطاءات، وبتطبيق نظام الحكومة الإلكترونية ظهرت إجراءات جديدة للمناقصات، حيث تغيرت وسائل الإعلان عنها لتضاف إلى الوسائل المكتوبة أو المرئية وسائل أخرى إلكترونية، فالانترنت أصبحت وسيلة ممتازة للإعلام عن المناقصة، توجه من خلالها دعوة للتقدم بالعطاء الإلكتروني إلى عشرات الملايين، بل المئات من الدول في مختلف أرجاء العالم<sup>(5)</sup>.

ولقد قامت العديد من الدول الأوروبية بتعديل غالبية القوانين واللوائح الإدارية، من أجل تقرير صحة المستندات الإلكترونية وإمكانية تعامل المواطنين بها مع الإدارات الحكومية، وتعديل قوانين المناقصات العامة لكي تفر صراحة جواز قيام المؤسسات العامة بالمشتريات العامة إلكترونيا.

حيث أصدرت فرنسا مجموعة من القوانين والتنظيمات، كالمرسوم رقم 99-68 الصادر بتاريخ 02 فيفري 1999 المتعلق بوضع نماذج المعاملات الإدارية مباشرة عبر شبكة الانترنت، وكذلك المرسوم رقم 98-1083 المؤرخ في 02/12/1999 حول تبسيط المعاملات. وتم إعداد دفاتر شروط نموذجية موحدة للمناقصات العامة<sup>(6)</sup>.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، صدر قانون التخلص من العمل الورقي في الإدارات المؤرخ في 21 أكتوبر 1998، ونتيجة لذلك قامت ولاية واشنطن بتطبيق نظام الشراء الحكومي الإلكتروني وخصوصا المطبوعات واللوازم المكتبية، مما أدى إلى توفير نسبة 10-20 % من تكلفة المواد والمشتريات<sup>(7)</sup>.

وفي الكويت، صدرت فتوى قانونية تدعم التعامل الإلكتروني في مجال المناقصات العامة، جاء فيها:

(ولما كانت أحكام قانون المناقصات لم تشترط شكلا أو أسلوبا معيناً في إعداد وثائق المناقصة، ومن ثم فإن الأمر يغدو في هذا الشأن منوطاً بجهة الإدارة صاحبة المناقصة تترخص فيه كيف تشاء وفق التطور التكنولوجي الذي يبين أحدث الأساليب لإعداد تلك الوثائق طالما كان ذلك في إطار تحقيق المصلحة العامة، ومن حيث أنه ولئن كان العمل يجري على طرح هذه الوثائق عليها من خلال مستندات ورقية، فإن ذلك لا يحول قانوناً عن الأخذ بأساليب العلم الحديث في طرح تلك الوثائق كلها أو بعضها على أقراص كمبيوتر، مع مراعاة أن تكون في الإطار الذي رسمته أحكام قانون المناقصات، ومما يجعلها مرتبة للآثار القانونية التي قصد بها، وأن يتم إعدادها بأسلوب مناسب يمنع من تبديلها أو تغييرها أو العبث بها)<sup>(8)</sup>

وتطبيقاً لهذه الفتوى، قامت شركة نفط الكويت بتنفيذ نظام العطاءات الإلكترونية الذي يتيح للشركة إعلان جميع عطاءاتها عبر شبكة الانترنت دون الحاجة لاستخدام الوسائل التقليدية المتمثلة في المراسلات والبريد العادي أو الفاكس.

ويطبق هذا النظام على بعض المناقصات التي تعلنها الشركة دون الرجوع إلى لجنة المناقصات المركزية، وتكون مفتوحة لمجموعة من المؤسسات المحلية والعالمية التي سبق وأن تعاونت مع الشركة، ويحتوي البرنامج على نموذج معد خصيصاً للمناقصة يتضمن جميع المعلومات أو البيانات الضرورية التي تحتاج إليها شركة نفط الكويت للمقارنة بين العطاءات المقدمة. وفي مرحلة التقدم بالعروض، والتي تتم بأعلى درجات السرية، هناك موعد نهائي لقفل باب التقدم بالعطاءات الإلكترونية ثم يجري فتح العطاءات إلكترونياً، ونشر الأسعار النهائية للمناقضين نهائياً بصورة تلقائية على موقع الشركة على شبكة الانترنت، ثم يلي ذلك اختيار أفضل العروض وتوقيع العقد إلكترونياً مع صاحب أفضل عطاء<sup>(9)</sup>، كما أعلنت الإمارات العربية المتحدة صراحة عام 2001، أن كل مشتريات الدوائر والمؤسسات



العامة في الإمارات ستتحول إلى النظام الإلكتروني عبر الانترنت، وطلبت الحكومة من الموردين المعتمدين لديها الاشتراك في موقع "تجاري كوم" ليمكنوا من إجراء معاملاتهم معها من خلاله<sup>(10)</sup>.

لكن مع كل هذه القوانين والقرارات والفتاوى لاعتماد التعامل الإلكتروني في مجال المناقصات العامة، إلا أن هناك الكثير من النقائص تعترض تطبيقها، من خلال عدم توضيح إجراءات التقدم بالعروض إلكترونياً وتوقيع السلطة العامة للعقد، وبت لجنة العطاءات واختيار المتعاقد المتقدم بأفضل العطاء من الناحية المالية والفنية، إضافة إلى جملة من المشكلات القانونية مثل السرية في تقديم العطاء من خلال مظاريف مغلقة، وكيف يمكن الحفاظ عليها في لحظة فتح المظاريف وفحص العطاءات المقدمة، وكذا تلاقي الإيجاب والقبول في العقد الإداري المبرم عن بعد.

وللتغلب على هذه المشكلات، يلزم حدوث تدخل تشريعي لكفالة سلامة إجراءات المناقصة العامة وغيرها من تطبيقاتها مع التقدم التقني. وبالفعل صدر في فرنسا قانون الصفقات العامة 2001-210 المؤرخ في 07 مارس 2001 المعدل والمتمم بقانون الصفقات العمومية 2004-15 مينا في مادته 56 إجراءات إبرام العقد الإداري إلكترونياً تحت تسمية:

La Dématérialisation Des procédures des Marchés Publics.<sup>(11)</sup>

كما نصت التوجيهات الأوروبية الخاصة على ذلك، ومن بينها التوجيه الأوروبي رقم 2004-17 و2004-18 والخاصة بالتنسيق في عقود المياه والنقل والطاقة، وكذا الخاص بالتنسيق في عقود الأشغال والخدمات والتوريد على التوالي.<sup>(12)</sup>

### ثانياً: الممارسة الإلكترونية

يقصد بالممارسة كأسلوب لإبرام العقد الإداري، قيام الإدارة بالتفاوض مع المتنافسين من أصحاب عروض التعاقد في جلسة علنية للوصول إلى أفضل الشروط وأقل الأسعار التي يقبلها أحدهم فيبرم العقد معه.

وعلى عكس المناقصة، فإن هذا الأسلوب يسمح بقدر من السلطة التقديرية وحرية المناورة وتقليب الأمور مع المترشحين للتعاقد، دون التقييد بالأسعار التي سبق لهم التقدم بها في المظاريف المالية<sup>(13)</sup>.

وتطبيقا للمادة 56 من قانون الصفقات العمومية في فرنسا رقم 2001-15، صدر المرسوم رقم 2002-692 المؤرخ في 30/04/2002 المتعلق بإجراءات إبرام الصفقات العمومية بوسائل إلكترونية. مينا مراحل وإجراءات إبرام العقد الإداري إلكترونيا في أساليب الممارسة والمسابقات والاتفاق المباشر حيث نصت المادة الثانية من هذا المرسوم، على أن الإعلان عن الممارسة يتم من موقع النشرة الرسمية للعقود الإدارية، وفي موقع الشخص المعنوي المسؤول عن العقد.<sup>(14)</sup>

ويجب أن يتضمن الإعلان، كراسة الشروط ونظام الاستشارة الفنية والقانونية كشكلية قانونية لإبرام العقد، والمعطيات الخاصة بالعطاءات.

كما أكدت المادة 36 من التوجيه الأوروبي رقم 18/2004 المتعلق بالتنسيق في مجال الأشغال والخدمات والتوريد، على أن الإعلان يتم على موقع الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، وأن يتضمن الوثائق النموذجية لإعلانات العقود وفهرس مصطلحات العقود الإدارية التي أصدرها المجلس الأوروبي بموجب المرسوم 195/2002 المؤرخ في 16/12/2002. كما يمكن للسلطات المتعاقدة إصدار كتالوجات خاصة ونشرها على مواقعها على الانترنت، تبين فيه قيمة العقد والشروط الفنية والقانونية لذلك.

وفي مرحلة التقدم بالعطاءات، يجب أن تحتوي هذه العروض على اسم الشركة والهيئة، اسم الشخص الطبيعي الذي يمثلها، وكذلك البريد الإلكتروني للمرشح أو من يمثله، حتى يتسنى التراسل الإلكتروني معها. وذلك بنص المادة الثالثة من المرسوم 2002-692، وأضافت نفس المادة على ضرورة حفظ المترشحين العطاءات في حواسيبهم أو في أقراص مضغوطة لاستعمالها كأدلة إثبات في حالة المنازعة<sup>(15)</sup>.

لكن ما تجدر الإشارة إليه، أن المشرع الفرنسي ألزم المتقدمين بالعطاءات توقيع عروضهم توقيعاً إلكترونياً، وإرسالها على مرحلتين: المرحلة الأولى: إرسال التوقيع الإلكتروني للمرشح. والمرحلة الثانية: يتم إرسال العروض موقعة بنفس التوقيع، على أن لا تتجاوز المدة بينهما أربعاً وعشرين ساعة، وإلا كانت العطاءات مرفوضة، وهذا حفاظاً لمبدأ السرية والشفافية كأسمى المبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام العقد الإداري.

وعلى عكس مرحلتي الإعلان والتقدم بالعطاءات، تبقى مرحلة البت في العطاءات خاضعة للأساليب التقليدية طبقاً للمادة 56 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي، حيث تعقد لجنة الممارسة بالنسبة لعقود الدولة ولعقود الجماعات المحلية جلسة علنية يحضرها مقدموا العروض أو ممثلهم، حيث تقوم بفتح المظاريف ودراسة العروض للتحقق من مطابقتها للشروط والمواصفات الفنية وبعد اختيارها لأفضل العروض، ترفع اللجنة تقريراً للسلطة المختصة يتضمن توصياتها بشأن قبول أو رفض أي من هذه العروض وأسباب ذلك.

كما أن المرشحين غير المقبولين يتم إعلامهم بذلك عن طريق وسيط إلكتروني طبقاً للمادة 06 من المرسوم رقم 692-2002<sup>(16)</sup>

وعلى خلاف ذلك، فإنه بالنسبة للممارسات المحدودة فإنه بعد الإعلان عن الممارسة وتقديم العطاءات عبر وسيط إلكتروني، يقوم الشخص المعنوي العام بنشر قائمة المترشحين المقبولة عروضهم على شبكة الانترنت ثم التفاوض معهم للوصول إلى أفضل العروض فنياً ومالياً، ويتم ذلك عن طريق شبكة الويب أو عن طريق الهاتف.

وتقوم لجنة البت بإرسال قرارها للسلطة المختصة للتصديق على ذلك، ويعد هذا الإجراء بمثابة القبول الذي يلزم لانعقاد العقد مطابقته للإيجاب عن طريق وصوله إلى المرشح المقبول على بريده الإلكتروني ذلك أن

القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يتحقق وجوده القانوني إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه.

ولقد نصت المادة 11 من التوجيه الأوروبي رقم 07/97 الصادر في 20 ماي 1997 والخاص بالاتصالات عن بعد، على زمان انعقاد العقد الإلكتروني في الوقت الذي يستقبل فيه المستهلك بالطريق الإلكتروني إفادة لعلم وصول قبوله وتأكيده بوصول هذا القبول إلى مقدم الخدمة<sup>(17)</sup>.

وترتبا على هذه الأحكام، فإن انعقاد العقد الإلكتروني بوسائل إلكترونية يكون بعلم وصول إخطار السلطة المختصة بإبرام العقود الإدارية إلى المرشح المقبول، وتأكيده بوصول هذا القبول من طرف السلطات المختصة بتوثيق العقود وهو مقدم خدمة التوثيق حسب التوجيهات الأوربية والقانون الفرنسي.

وبالنسبة لأسلوب الاتفاق المباشر، فلا يختلف كثيرا عن إجراءات أسلوب الممارسة المحدودة في الإعلان عن الاتفاق وتقديم العطاءات، ويختلف معها فقط في أن الاتفاق مع أحد المرشحين لا يتم وفقا لتوصيات لجنة البت إلى السلطة المختصة، بل يتم مباشرة بين الشخص العام والمرشح، وذلك بإعلان إيجابه عن طريق البريد الإلكتروني أو شبكة الويب، وتقوم الإدارة بعد التفاوض معه بإرسال القبول عن طريق الوسيط الإلكتروني، فينعقد العقد لمجرد علم المرشح بذلك.<sup>(18)</sup>

### المطلب الثاني

#### الأساليب الحديثة لإبرام العقد الإداري - المزايدات الإلكترونية -

نصت الفقرة الثالثة من المادة 56 من قانون الصفقات العمومية في فرنسا على أسلوب حديث لإبرام العقود الإدارية وهو أسلوب المزايدات الإلكترونية، وذلك بقولها (يصدر المرسوم الذي يحدد الشروط التي بموجبها يتم تنظيم المزايدات الإلكترونية في عقود التوريد)<sup>(19)</sup>

ولقد صدر المرسوم رقم 2001-864 في 18/09/2001 والخاص بتطبيق الفقرة الثالثة من المادة 56 من قانون الصفقات العمومية والمتعلق بالمزايدات

الإلكترونية وإجراءاتها، كأسلوب جديد لم تتعرض له القوانين المقارنة ما عدا التوجيه الأوروبي رقم 2004/18 الخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام عقود التوريد والخدمات والأشغال، وذلك في المادتين 14 و54 منه.<sup>(20)</sup>

ولحدائث هذا الأسلوب من التعاقد الإداري، يجب لدراسة المزايدات معرفة ما المقصود بها وطبيعتها ثم البحث في إجراءات هذا النوع من أساليب الإبرام.

أولا: تعريف المزايدات الإلكترونية:

لقد عرفت المادة الأولى من المرسوم رقم 2001-846 أسلوب المزايدات الإلكترونية بأنه ذلك الإجراء الذي يتقدم بموجبه المرشح لإبرام العقد الإداري بعبء الثمن عن طريق وسيط إلكتروني وفي مدة زمنية يحددها الشخص العام ويعلم بها مسبقا جميع المرشحين.<sup>(21)</sup>

ويعتبر هذا النوع من التعاقد نوعا من المزايدات العلنية المعروفة مسبقا في القانون المدني، كما لو أرادت الإدارة التخلص من بعض منقولاتها عن طريق بيعها بالمزاد العلني، ويكون دور المورد فيها التقدم بثمان يسقط بمجرد تقديم ثمن أعلى حتى يرسو المزداد.

وخلافا للمزايدات السابقة الذكر، فإن الأمر يخص عقود التوريد التي يتعهد بمقتضاها المرشح الفائز بتوريد منقولات الإدارة مقابل ثمن معين، كتوريد المواد الغذائية أو أدوات المكاتب، كما أن التنافس بين المترشحين يكون خلال مدة زمنية معروفة تحددها الإدارة في كراسة الشروط عن طريق الوسائط الإلكترونية، وبتقديم أثمان مختلفة يعلمها جميع الموردون دون أن تعرف هويتهم، ويرم العقد مع المرشح الذي يتقدم بأقل سعر. وإن كانت الإدارة في هذا الأسلوب تبحث عن بائع وليس مشتري كما في المزايدات العلنية. فإن الفقه الفرنسي قد دعا إلى تسمية هذه المزايدات بالمزايدات الإلكترونية المعكوسة «LES ENCHERES ELECTRONIQUE INVERSEES»<sup>21</sup>.

كما نص التوجيه الأوروبي رقم 2004-18 السالف الذكر، على أسلوب المزايدات الإلكترونية على خلاف القانون الفرنسي، حيث يتم تطبيق هذا

الأسلوب كذلك في عقود الأشغال والخدمات، بعدما ظهرت فوائده في التطبيق في عقود التوريد.

ولقد ظهر هذا النوع من المزايدات، كنتيجة للتفاعل بين أسلوب المزايدات العلنية المنصوص عليها في القانون المدني وإجراءات إبرام العقود الالكترونية في فرنسا وأوربا، لذا فان دراسة طبيعة هذا الأسلوب ذات أهمية، باعتبار أن عقود التوريد يمكن أن تتسم بالطابع المدني إذا لم تتضمن بنود العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

ونظرا لذلك، فان نصوص التوجيه الأوروبي رقم 2004-18 وكذا المرسوم رقم 2001-846 الخاص بالمزايدات الإلكترونية، قد أحاطت بذلك وبينت الطبيعة الإدارية لهذا الأسلوب من خلال فرض احترام المبادئ العامة لإبرام العقود الإدارية كمبدأ المساواة وعدم التمييز ومبدأ الشفافية في الإجراءات، وكذا الاعتماد على مقاييس أخرى لاختيار المرشح، حيث يكون الاختيار على أساس العرض الأكثر نفعاً من الناحية الاقتصادية.

كما يجب على الإدارة في أسلوب المزايدات الالكترونية، اتباع جميع إجراءات الإعلان عن المزايدة وتحضير كراسة الشروط وإجراءات تقديم العطاءات ودراستها والبث في المزايدات طبقاً للمواد 28، 32، و35 من قانون الصفقات في فرنسا.

#### ثانياً: إجراءات المزايدات الإلكترونية:

لقد نصت المادة 54 من التوجيه الأوروبي رقم 2004-18 على إجراءات المزايدات الإلكترونية، خلافاً للمرسوم 2001-864 الخاص بالمزايدات الإلكترونية في فرنسا، الذي اكتفى بتوضيح المقصود بالمزايدات الإلكترونية والمبادئ العامة لهذا النوع من التعاقد<sup>(22)</sup>.

حيث يلتزم الشخص المعنوي المسؤول عن المزايدة الإلكترونية بالإعلان عنها على شبكة الإنترنت، يذكر فيه موضوع المزايدة، مع كراسة الشروط، نظم الاستشارة القبلية والبعديّة للمزايدة كشكلية هامة للتعاقد

الإداري وكل المعلومات والبيانات والشروط الفنية والقانونية، خاصة المدة التي تجري المزايدة خلالها وتاريخ بدء المزايدة والتمن المبدئي للعقد. كما أنه إذا كانت المزايدة محدودة، تقوم الإدارة بنشر قائمة المترشحين على الإنترنت، أو دعوتهم بخطابات ترسل عن طريق البريد الإلكتروني، ويتم تقديم العطاءات وفقا لهذا الأسلوب على مرحلتين.

المرحلة الأولى: يرسل المرشحون توقيعاتهم الإلكترونية مع المفتاح العام لكل توقيع إلكتروني، ويكون على الشخص المعنوي العام توفير الحماية القانونية والأمن المعلوماتي لهذه التوقيعات على الإنترنت، كما يجب أن تتوفر في هذه التوقيعات الشروط القانونية المنصوص عليها بموجب قانون التوقيع الإلكتروني سواء في أوروبا أو في فرنسا.

المرحلة الثانية: وبعد بدء المزايدة، فإن الشخص المعنوي العام، يعلم جميع المترشحين بعروض الثمن المقدمة في كل مرحلة من مراحل المزايدة، ويتم ترتيب الموردين من الثمن الأعلى إلى الثمن الأقل، ودون أن تعرف هويتهم خلال المدة المنصوص عليها في كراسة الشروط كما يمكن تمديد هذه المدة القانونية وأسباب ذلك، وكيفية طلب المرشحين كذلك. وعلى ذلك، فإن الشخص المعنوي، يمكن أن يأمر بغلق باب التنافس بالطرق التالية:

- 1- إما بتحديد مدة معينة للمزايدة في كراسة الشروط أو في الخطابات التي يرسلها إلى المرشحين في مرحلة الإعلان عنها.
  - 2- عدم وجود عطاءات جديدة تحقق الهدف من المنافسة.
  - 3- التوصل إلى العطاء الأفضل من الناحية المالية والفنية
- ويعتبر الإيجاب المقدم من طرف المرشح الفائز بمثابة الإيجاب الإلكتروني الذي يجب أن يتطابق مع القبول الذي يكون باعتماد السلطة المختصة بإبرام العقد، وإخطار المتعاقد معها عن طريق الوسيط الإلكتروني سواء كان البريد الإلكتروني أو شبكة الويب.

وما تجدر الإشارة إليه، أن تحديد الثمن والمدة القانونية للمزايدة، لا يحول دون استعمال الإدارة لأسلوب التفاوض مع المرشح المقبول، حيث يمكنها التفاوض معه على الشروط الأخرى للعقد كالتسليم والقانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة بمنازعات إبرام العقد.

### خاتمة

إن موضوع "أثر الحكومة الإلكترونية على أساليب إبرام العقد الإداري دراسة تحليلية مقارنة" هو نتاج لما فرضه علينا الوجود الواقعي لنظم تكنولوجيا المعلومات، وما أفرزه من انتشار التعاقد عبر الإنترنت أو العقد الإلكتروني. كما أن تحديث وتطوير إجراءات إبرام العقود الإدارية محل اهتمام دولي من هيئة الأمم المتحدة ومنظمة التجارة العالمية باعتبار أن العقود الإدارية أهم الوسائل القانونية التي تستعملها الإدارة لأداء الخدمات العامة. وترتبا لذلك، فإن التزاوج بين الحكومة الإلكترونية وإجراءات إبرام العقود الإدارية، قد أوجد أساليب حديثة منها أسلوب المزايدات الإلكترونية كما تم التخفيض من الإجراءات المعقدة والطويلة للمناقصات والمزايدات العامة، وأصبحت الإدارة عادة تلجأ إلى الممارسات والاتفاق المباشر. وعليه ففي ظل العولمة والنظام العالمي الجديد، يجب على الدول العربية ومنها الجزائر مراعاة هذا التطور وتحديث قوانين الصفقات العمومية، وذلك من خلال تطوير البنية التحتية للإدارات والبرامج الإلكترونية والعمل على التعريف ببرنامج ومشروع الحكومة الإلكترونية في الجزائر من خلال الندوات والملتقيات الخاصة بالموضوع وكذا تكريس الإطار القانوني لذلك، من خلال إصدار قانون التجارة الإلكترونية وقانون التوقيع الإلكتروني، التشفير، وتعديل قانون الصفقات العمومية لمسايرة هذا التطور. والتصدي للمشكلات القانونية لذلك.

= الهوامش :

1- د/ داوود الباز: الإدارة العامة (الحكومة) الإلكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام وأعمال موظفيه، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2004، ص 06.



- 2- د/ أحمد عبد الكريم سلامة: "الإنترنت والقانون الدولي الخاص. تلاق أم فراق." - مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت - كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، ماي، 2000، ص 01.
- 3-ZHIYUAN (F) : e-Gouvernement in digital era : Concept, practice, and développement, international journal of computer, vol1, N°2, 2002,p03.
- 4- د/ إبراهيم طه الفياض: العقود الإدارية، الطبعة الأولى، مكتبة الفلاح، الكويت، 1981، ص 66 وما بعدها.
- 5- أحمد خالد المعجلوني: التعاقد عن طريق الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2002، ص 120.
- 6- Le Décret N° 99-68 du 20 février 1999 : relative à la mise en ligne des formulaires administrative, (JO n° 29 du 29 février 1996.)
- 7- د/ داوود الباز: المرجع السابق، ص 317.
- 8- فتوى رقم: 102 الصادرة في 10/04/2000، الكويت، أشار إليها د/ داوود الباز: مرجع سابق، ص 313.
- 9- جريدة القيس الكويتية، العدد 10563 الصادرة بتاريخ 2002/11/10، ص 27.
- 10- د/ إبراهيم الدسوقي أبو ليل : الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2003.
- 11-Le Décret 2004-15 du 07/01/2004 du code des marchés publics (J On°6du08/01/2004)
- 12-La directive 2004/18 CE de 31MARS2004 (JOCE L134 du 30/04/2004, et la directive 2004/17(JOCE L 134 du 30/04/2004.)
- 13- د/ ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 86.
- 14- Le Décret : 2002/692 du 30/04/2002 relative à la dématérialisation de passation des marchés publics (Jo n° 103 DU 03/MAI/2002, P8064).
- 15- Article 3 du décret 2002-692 (JO n° 103 du 03/mai/2002)
- 16- Article 06 du décret 2002-692 (JO n° 103 du 03/mai/2002)
- 17- د/ أسامة أحمد بدر: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 18- Voir le décret n° 2002-692 (JO n° 103 DU 03/MAI/2002)
- 19- Le Décret n°2001/864 du 18/08/2001 relative aux enchères électroniques. (JO n° 217 du 19/09/2001 p 14847.)
- 20- Voir les articles 19 et 54 de la directive 2004-18 relative a la coordination des procédures des marchés publics des travaux et fournitures et de services
- 21- Voir l'article 01 du décret 2001/846 du 18/09/2001 (JO n°217 du 19/09/2001 ; p14347) &nbsp; ;
- 22- Accardo (Chr) : la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics -DEA- université de Paris X Nanterre septembre 2001,p37.
- 23- Voir l'article 54 de la directive 2004-18 du 31 mars 2004(JOCE L134 du 30/avril/2004).
- 24- Accardo (chr) :op-cit -p39.

Publications du Centre Universitaire d'El-oued

# Revue des Sciences juridiques

Périodique académique, semi annuelle, savante, international,  
émis par le centre universitaire d'El-oued.

Deuxième numéro, Deuxième année, Safar 1432 h, Janvier 2011.

ISSN 1112 – 4958

**Président d'honneur :**

Pr. taher SAAD ALLAH

**Directeur de la revue :**

M. Mohammed Salah KHERRAZ

**Rédacteur en chef :**

M. Abdelkader HOUBA

**Directeur de rédaction:**

Dr. IBRAHIM RAHMANI

**Comité de rédaction :**

Pr. Aboubaker LACHEHEB

Pr. Abderrazak ZOUINA

Dr. Ali KORAICHI

Dr. Farok KHALEF

Dr. Badr eddine CHBEL

M. Amina SOLTANI

---

Toute correspondance adressée au rédacteur en chef de la Revue des  
Sciences Juridiques – Centre Universitaire d'El-oued –  
Institut des sciences juridiques et administratives, Cité El-nour, P.B 789,  
El-oued – 39000 – ALGERIE.