

# مجلة العلوم القانونية والسياسية

دورية نصف سنوية متخصصة محكمة دوليا  
تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الوادي - الجزائر

ISSN 2170-0435

## في هذا العدد:

- **خوصصة الحرب**  
بقلم : د. فريدة بلضراق ( جامعة باتنة - الجزائر )
- **إدعاء مجلس الأمن أمام المحكمة الجنائية الدولية**  
بقلم : أ. بن بو عبد الله نورة (جامعة خنشلة - الجزائر)
- **دور الدولة ومسؤوليتها القانونية في الأزمة المالية الحالية**  
بقلم د. أحمد الجبير (جامعة العين - الإمارات العربية المتحدة)
- **المعايير الدولية المقررة بشأن تحديد السن الأدنى لعمالة الأطفال في ظل المنظمة الدولية للعمل**  
بقلم أ. ثوابتي إيمان ريما سرور (جامعة سطيف - الجزائر)
- **حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات**  
بقلم : د. أحمد محمود المساعدة (جامعة المجمع - المملكة العربية السعودية)
- **إجراءات المتابعة القضائية للشخص المعنوي المسؤول جزائريا بين التشريعين الفرنسي والجزائري**  
بقلم : أ. فتحي محده وإدريس قرقي (جامعة بسكرة - الجزائر)
- **الزواج والطلاق، ممارسات اجتماعية سوفية أواخر القرن 19 م من خلال عقود المحاكم الشرعية**  
بقلم أ. عثمان الجباري (جامعة الوادي - الجزائر)
- **العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا " دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري "**  
بقلم أ. حاج أحمد عبد الله (جامعة الوادي - الجزائر)
- **إثبات النسب نسا وتطبيقا وأثر المستجدات العلمية عليه**  
بقلم أ. سامية بلجراف (جامعة بسكرة - الجزائر)
- **مستقبل وآفاق البلدية في الجزائر في ظل القانون 10/11**  
بقلم أ. بوحانن ثابتي (جامعة سعيدة - الجزائر)

العدد الرابع - السنة الثالثة: صفر 1433 هـ، يناير (كانون الثاني) 2012

منشورات جامعة الوادي





# مجلة العلوم القانونية والسياسية

دورية نصف سنوية متخصصة محكمة دوليا  
تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الواحج - الجزائر

العدد الرابع - السنة الثالثة : صفر 1433 هـ / يناير (كانون الثاني) 2012 م

ISSN 2170-0435

الرئيس الشرفي :

أ. د. الطاهر سعد الله

مدير المجلة :

أ. محمد الصالح خراز

رئيس التحرير :

أ. عبد القادر حوبه

أعضاء هيئة التحرير :

أ. د. أبو بكر لشهب

أ. د. عبد الرزاق زوينة

د. إبراهيم رحماني

د. علي قريشي

د. فاروق خلف

أ. المكي دراجي

أ. إدريس كمال فتحي

أ. الصادق جرابية

## من أعضاء الهيئة العلمية الاستشارية

- أ.د. أبو بكر لشهب (جامعة الوادي)  
أ.د. أحمد عبد الرحمن الملحم (جامعة الكويت)  
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. رقية عواشريّة (جامعة باتنة)  
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. عمار جفال (جامعة الجزائر)  
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. مبروك غضبان (جامعة باتنة)  
أ.د. محمد الصغير بعلي (جامعة عنابة)  
أ.د. محمد الفالي (جامعة القاضي عياض . المغرب)  
أ.د. محمد الناصر بوغزالت (جامعة الجزائر)  
أ.د. محمد مروان (جامعة وهران)  
أ.د. محمد ناصر الواد (تونس)  
أ.د. محمد يوسف الزعبي (جامعة البحرين)  
أ.د. ناديّة 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 والسياسية - جامعة الوادي

كلية الحقوق العلوم السياسية بحى النور - ص . ب : 789 الوادي 39000 الجزائر

هاتف - فاكس : 032 21 72 15

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

- الموقع الإلكتروني: www.facdrait39.com

# قائمة المحتويات

مجلة العلوم القانونية والسياسية : العدد (4) - السنة (3): صفر 1433 هـ/ يناير (كانون الثاني) 2012 م

الموضوع	رقم الصفحة
□ افتتاحية العدد:	بقلم رئيس التحرير
07	الأستاذ عبد القادر حويبه
□ خصوصية الحرب -	بقلم : د. فريدة بلزراق ( جامعة باتنت - الجزائر )
09	
□ إدعاء مجلس الأمن أمام المحكمة الجنائية الدولية	بقلم : أ. بن بو عبد الله نورة (جامعة خنشلة - الجزائر)
27	
□ دور الدولة ومسؤوليتها القانونية في الأزمة المالية الحالية	بقلم د. أحمد الجبير (جامعة العين - الإمارات العربية المتحدة)
51	
□ المعايير الدولية المقررة بشأن تحديد السن الأدنى لعمالة الأطفال في ظل المنظمة الدولية للعمل	بقلم أ. ثوابتي إيمان ريما سرور (جامعة سطيف - الجزائر)
81	
□ حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات	بقلم : د. أحمد محمود المساعدة (جامعة المجمع - المملكة العربية السعودية)
105	
□ إجراءات المتابعة القضائية للشخص المعنوي المسؤول جزائيا بين التشريعين الفرنسي والجزائري	بقلم : أ. فتحي محده وإدريس قرفي (جامعة بسكرة - الجزائر)
143	
□ الزواج والطلاق، ممارسات اجتماعية سوفية أواخر القرن 19 م من خلال عقود المحاكم الشرعية -	بقلم أ. عثماني الجباري (جامعة الوادي - الجزائر)
157	
□ العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا " دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري "	بقلم أ. حاج أحمد عبد الله (جامعة الوادي - الجزائر)
171	
□ إثبات النسب نصا وتطبيقا وأثر المستجدات العلمية عليه	بقلم أ. سامية بلجراف (جامعة بسكرة - الجزائر)
195	
□ مستقبل وفاق البلدية في الجزائر في ظل القانون 10/11	بقلم أ. بوحانن ثابتي (جامعة سعيدة - الجزائر)
231	

## قواعد النشر في المجلة

- أن لا يكون البحث منشورا أو مقدا للشر في مجلة أخرى.
- أن لا يكون البحث مستلا من رسالة جامعية أو من كتاب سبق نشره.
- أن يكون البحث في نطاق اختصاص المجلة ( العلوم القانونية والسياسية ) 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 للمتقن، و12 بالنسبة للحاشية وفق صيغة وورد، وأن تكون الحواشي والإحالات آخر البحث وفق ترقيم تسلسلي مع ذكر البيانات الكاملة للمصادر والمراجع المعتمدة.
- يرفق البحث بملخص 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، متضمناً تصريحاً بكون بحثه ليس جزءاً من رسالة جامعية أو كتاب منشور أو أرسل للنشر في دورية أخرى.
- يرفق البحث بالسيرة الذاتية للكاتب متضمنةً 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 وعداً بالنشر بمجرد وصول التقارير الإيجابية. كما ترسل اعتذاراً 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.



### حقوق الملكية الفكرية

#### ( الأهمية - الحماية الدولية والوطنية )

تعتبر قوانين الملكية الفكرية ظاهرة قانونية حديثة النشأة بالمقارنة مع بقية فروع القانون الأخرى، فإذا كان حق الملكية في حد ذاته لم يكن يتعلق في البداية إلا بتلك الحقوق التي تقع على أشياء مادية، فإن التطور القانوني أدى إلى ظهور نوع جديد من حقوق الملكية، وهي تلك التي ترد على أشياء غير مادية وتسمى بحقوق الملكية الفكرية.

وتنقسم الملكية الفكرية إلى قسمين: الملكية الأدبية والفنية وتسمى بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، أما القسم الثاني فيتعلق بالملكية الصناعية وتسمى بحقوق المخترع.

والملكية الأدبية والفنية هي تلك المتعلقة بمجموعة المزايا الأدبية والمالية التي تثبت لمؤلفها، سواء أكان كاتباً أو فناناً على مصنفه، وتسمى بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

أما الملكية الصناعية فهي تلك المتعلقة بحق الأشخاص الطبيعية والمعنوية على الاختراعات التي يقومون بها، الرسوم والنماذج، العلامات والبيانات التجارية وأسماؤهم التجارية، وتسمى كذلك بحق المخترع.

وتظهر أهمية الملكية الفكرية في اعتبارها كمؤشر لمدى تقدم الدولة أو تخلفها، ونتيجة لذلك سارعت الدول إلى توفير الحماية القانونية على الأصعدة الوطنية، وانعكس ذلك أيضاً على الصعيد الدولي، حيث أبرمت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية الملكية الفكرية نظراً للبعد الدولي والعالمي لحماية حقوق الملكية الفكرية.

فعلى الصعيد الدولي، كان مؤتمر " برن " قد وضع تنظيمًا دوليًا يتعلق بحقوق المؤلفين عام 1886. وبخصوص الملكية الصناعية، فقد أبرمت اتفاقية باريس عام 1883 المتعلقة بحماية الملكية الصناعية ومكافحة المنافسة غير المشروعة. وعدلت اتفاقية باريس المتعلقة بالملكية الصناعية عدة مرات طبقاً لقرارات المؤتمرات الدولية.



وعلى الصعيد الوطني، فقد أصدرت الجزائر منظومة قانونية متكاملة تتعلق بهذا المجال، وهي تدعم من حين لآخر تبعاً للتطورات الاقتصادية المتسارعة. ففي مجال الملكية الأدبية والفنية، صدر المرسوم الرئاسي رقم 341/97 لعام 1997 المتعلق بانضمام الجزائر إلى اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية لعام 1886 والتي تبعتها تعديلات مختلفة. وصدر الأمر 16/96 لعام 1996 المتعلق بالإيداع القانوني، والأمر 05/03 لعام 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة. وفي مجال الملكية الصناعية، صدر الأمر 02/75 لعام 1975 المتعلق بمصادقة الجزائر على اتفاقية باريس المتعلقة بحماية الملكية الصناعية. كما شكلت الجزائر منظومة قانونية تتعلق بمجالات الملكية الصناعية مثل الأمر 86/66 المتعلق بالرسوم والنماذج، والأمر 65/76 لعام 1976 المتعلق بتسميات المنشأ، والقانون 03/09 لعام 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والأمر 06/03 لعام 2003 المتعلق بالعلامات، والأمر 07/03 لعام 2003 المتعلق ببراءات الاختراع، والأمر 08/03 لعام 2003 المتعلق بحماية التصميم الشكلي للدوائر المتكاملة. كما تضمن قانون الجمارك نصوصاً تتعلق بحماية الملكية الفكرية.

وأنشأت الجزائر تدعيماً لحماية الملكية الفكرية جهازاً لضبط الملكية الصناعية بالمرسوم التنفيذي رقم 68/98 لعام 1998 ويتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية ويحدد قانونه الأساسي. كما أنشأت جهازاً لضبط الملكية الأدبية والفنية بالمرسوم التنفيذي رقم 356/05 لعام 2005 ويتضمن القانون الأساسي للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وتنظيمه وسيره.

إن هذه المنظومة القانونية أصبحت مهمة جداً، خاصة وأن موضوع الملكية الفكرية أصبح يشكل أحد أهم المواضيع الرئيسية في مجال العلاقات الدولية الاقتصادية، وكان لقيام منظمة التجارة العالمية وإبرام اتفاقية الجوانب التجارية من حقوق الملكية (تريس) دور في هذا المجال، حيث أخضعت حقوق الملكية الفكرية لمسائل التجارة، وأصبح لمنظمة التجارة العالمية حق اتخاذ الإجراءات التي من شأنها أن تضمن حماية هذه الحقوق ضد الدول التي لا تكفلها.

**رئيس التحرير**

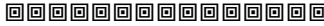
**الأستاذ عبد القادر حوبه**

# خصوصية الحرب

بقلم

د/ فريدة بلفراق

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة باقنت



## الملخص

خصوصية الحرب يعد من المواضيع الحديثة التي استرعت اهتمام الكثيرين في مجال القانون الدولي الإنساني، بما أظهرته الشركات الأمنية والعسكرية الخاصة التابعة لبعض المؤسسات الدولية أو الدول، من تغيير في أساليب خوض الحروب والتعامل مع النزاعات بطريقة تراجعت فيها أداءات الجيوش النظامية التقليدية التابعة للدولة، باعتبار أن التوظيف في هذه الشركات يعتمد على العقود المؤقتة ذات الطابع الخاص على أساس الربح الشخصي للموظفين، لا على أساس مصلحة الدولة، ونظرا لما حققته هذه الشركات من أرباح على المستوى العالمي جزاء تدخلاتها في كثير من النزاعات الدولية وغير الدولية، أدى ذلك إلى الصعوبة في التعامل معها من الناحية القانونية لأنها لا تخضع لأي نظام قانوني سواء على المستوى الداخلي أو الدولي، باعتبار أنها ظاهرة جديدة لم تدخل في التعريف أو التقنين الدوليين، لذلك يطرح موضوعها في الآونة الأخيرة بحدة فيما يتعلق بالمسؤولية الجنائية والمتابعة والتعويض عن الانتهاكات التي يمارسها موظفو هذه الشركات في مناطق النزاع، فضلا عن غموض مركزها القانوني والواقعي.

## Résumé :

la privatisation de la guerre est l'un des sujets moderne qui a attiré l'attention d'un grand nombre de juristes en domaine du droit international humanitaire, y compris en évidence par les entreprises de sécurité et militaires privées de certaines organisations internationales ou d'Etats, du changement dans les méthodes de guerre et régler les conflits d'une manière vers le bas des performances des armées régulières de traditionnelle d'Etat, considérant que l'emploi dans ces entreprises dépendent des contrats temporaires d'une nature particulière sur la base du profit personnel pour le personnel, non sur la base de l'Etat, et en vue des réalisations dans de nombreux conflits internationaux et non

internationaux, a conduit à la difficulté à traiter avec eux l'également parce qu' ils ne sont pas soumis à tout système juridique, à la fois national et international, car c'est un phénomène nouveau pas inclus dans la définition ni la codification du droit international ,de sorte qu' il présente un important sujet dans ces derniers temps fortement à l'égard de la responsabilité pénale et le suivi et l'indemnisation pour les violations exercées par les employés de ces entreprises dans les zones de conflits, ainsi l'ambiguïté de leur statut juridique et réaliste.

### مقدمة

بعد الحرب الباردة التي شهدها العالم في ظل القطبين الرأسمالي والشيوعي، ظهرت بوادر تراجع الدول في أدوارها الأمنية والعسكرية، بإسنادها لهذه المهام وتفويضها على المستوى الخارجي إلى الشركات العسكرية والأمنية الخاصة، فبدأ حينذاك القطاع الخاص يهيمن تدريجياً على مجالات كانت حكراً على الدولة، مثل أنشطة الدعم اللوجستي وعمليات صيانة نظم الأسلحة، وحماية الأشخاص والمباني، وتدريب القوات العسكرية وقوات الشرطة، وجمع المعلومات الاستخباراتية، واحتجاز واستجواب السجناء، وفي بعض الحالات وأخطرها المشاركة في العمليات العدائية، وخاصة في السنوات الأخيرة، وما يلاحظ من تنامي الطلبات على خدمات هذه المؤسسات التي تتدخل بصفة فعلية في العمليات العسكرية في مناطق النزاع المسلح كالعراق وأفغانستان، والتي تعرف بالحرب بالوكالة أو الحرب بالنيابة، في إطار ما يسمى بخصوصية الحرب.

وقد جعل النشاط المكثف والموسع لهذه الشركات العسكرية وجود احتكاك مباشر بين أفرادها والفئات المحمية من طرف القانون الدولي الإنساني، من مدنيين وجرحى ومرضى وأسرى، وهذا ما يشكل صعوبات تتعلق بمدى التزام موظفي الشركات العسكرية الخاصة بقواعد القانون الدولي الإنساني، ومدى تطابق نظم التكوين التي يتلقاها أفرادها مع قوانين الحرب المعمول بها في المجتمع الدولي، إذ يؤدي خرقها من موظفي هذه

الشركات لا محالة إلى حدوث شرخ في قواعد النزاعات المسلحة و أزمة كبيرة في القانون الدولي الإنساني، الذي طالما تكرس ايجابيا منذ سنين طويلة بأركانه و مساعي مروجيه والساهرين على تنفيذه في الميدان، وعلى رأسهم اللجنة الدولية للصليب الأحمر، بموافقة و مباركة المجموعة الدولية بتبنيها معظم الاتفاقيات المبرمة في هذا الشأن، وبالخصوص اتفاقيات جنيف الأربعة وبروتوكولاتها الإضافية.

ومن خلال هذه الرؤية يمكن طرح عدة تساؤلات تدور حول ما يلي:

- هل تشكل ظاهرة خصوصية الحرب خطرا على تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني على المستوى الوطني والدولي؟
  - كيف يمكن مواءمة البيئة المتغيرة لنظام تنفيذ القانون الدولي الإنساني مع تحديات الشركات الأمنية والعسكرية الخاصة؟
  - من الذي سيقوم بإخضاع الشركات العسكرية الخاصة لنظام القانون الدولي الإنساني؟
  - ما مدى المسؤولية الجنائية لموظفي الشركات العسكرية والأمنية الخاصة؟
  - ما هي مسؤولية الجهات المفوضة لهذه الشركات الخاصة في حالة تورط موظفيها في جرائم حرب؟
  - ما هو موقف اللجنة الدولية للصليب الأحمر من المقاولات الحربية؟ وعلى هذا الأساس سنتناول الموضوع من خلال العناصر التالية:
- 1- مفهوم خصوصية الحرب.
  - 2- الوضع القانوني لموظفي الشركات الأمنية والعسكرية الخاصة.
  - 3- المسؤولية الجنائية لموظفي الشركات العسكرية الخاصة.
  - 4- مسؤولية الجهات المستعينة بالشركات العسكرية .

- 5- موقف اللجنة الدولية للصليب الأحمر من مسألة خصوصية الحرب.  
6- المبادرة السويسرية واللجنة الدولية للصليب الأحمر لمعالجة مشكلة الشركات الخاصة.

### 1- مفهوم خصوصية الحرب:

هناك عادة قديمة تتمثل في توظيف مغامرين للقيام بمهمة عسكرية في الخارج، فالارتزاق يتهيكل الآن في مقاولات خاصة للأمن وشركات عسكرية متعددة الجنسيات لتأمين الأمن للدعم العسكري، وبيع الاستشارات الإستراتيجية هو المفهوم الجديد للارتزاق وذلك باللجوء إلى متعاملين مدنيين للقيام بعمليات ومهام عسكرية بعقود وبطريقة غير رسمية، فاللجوء للجنود الخواص مصطلح أخذ مكان المرتزق أو ما يسمى بجنود الثروة المعروفين اليوم والمختلفين عن الخارجين عن القانون المنتشرين في حقبة الستينيات، بل هؤلاء أعطوا ميلادا جديدا لإمبراطوريات عسكرية حقيقية، خاصة المتعاقدين مع الدول أو مؤسسات أخرى.

وتعتبر الحرب في العراق المسرح الأول للحرب الخاصة (خصوصية الحرب)، ولكن فكرة خصوصية الحرب ليست حديثة وإنما برز مدلولها اليوم في مجال محدد بقواعد اللوبيات والصناعة العسكرية الخاصة التي تقدر مداخيلها العالمية بحوالي 100 مليار دولار، ومعظم شركاتها أمريكية، وأمام تطور عدد جنود الثروة وكثرة نشاطاتهم، خاصة طباعهم المشجعة على العنف والاضطرابات، بالإضافة إلى اللجوء إلى الاتجار غير المشروع بالأسلحة رغم الدور الذي قامت به بعض الدول فيما يخص استخدام الجنود الخواص، تعترف بعض الاتفاقيات الدولية وتحاول تحديد مجموع عناصر نشاط المرتزق، مثال البروتوكولات الخاصة الأولى والثانية لاتفاقيات جنيف 1949، واتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية OUA للقضاء على المرتزقة في

إفريقيا سنة 1972، والاتفاقية الدولية ضد توظيف واستخدام وتدعيم وتكوين المرتزقة لسنة 1989، ولكن يجب انتظار عام 1997 ليحدد المجلس الأعلى للأمم المتحدة لحقوق الإنسان بصورة واضحة استعمال المرتزقة كقوة شبه عسكرية فعالة<sup>(1)</sup>.

وعلى العكس من تعريف الجواسيس، فقد حرصت المادة 2/47 من البروتوكول الأول من اتفاقيات جنيف على إيراد تعريف متسع للمرتزقة (هناك ما يعرف بالجاسوس المزدوج وهو الذي يعمل لحساب دولتين في وقت واحد) إذ قررت بأن المرتزق هو أي شخص يتميز بما يلي:

1- يجري تجنيده خصيصا محليا أو في الخارج ليقاتل في نزاع مسلح.

2- يشارك فعلا ومباشرة في الأعمال العدائية.

3- يحفزه أساسا إلى الاشتراك في الأعمال العدائية، الرغبة في تحقيق مغنم شخصي، ويبدّل له فعلا من قبل طرف في النزاع أو نيابة عنه وعد بتعويض مادي يتجاوز بإفراط ما يوعد به المقاتلون ذوو الرتب والوظائف المماثلة في القوات المسلحة.

4- ليس من رعايا طرفا في النزاع، ولا متوطنا بإقليم يسيطر عليه أحد أطراف النزاع.

5- ليس عضوا في القوات المسلحة لأحد أطراف النزاع.

6- ليس موفدا في مهمة رسمية من قبل دولة ليست طرفا في النزاع بوصفه عضوا في قواتها المسلحة، وترى هذه الآراء أن هناك عدة أسباب لتجنيد المرتزقة، مثل نقص القوة البشرية أو عدم وجود الوقت الكافي لتدريب العسكر، أو نقص المواد الأولية اللازمة أو لاعتبارات سياسية أخرى، ومن ناحية أخرى فقد وردت تعريفات متعددة للمرتزقة، بأنهم الجنود الذين

يحاربون من أجل المال بصرف النظر عن الإيديولوجية أو الجنسية أو المذاهب والاعتبارات السياسية، ويلاحظ أن الماد 2/47 المذكورة، اشترطت توافر جميع هذه الشروط المذكورة لاعتبار الشخص مرتزق، ولا يكفي توافر إحداها فقط. وقد صاغت الفقرة الأولى من المادة 47 الوضع القانوني للمرتزق، بأنه لا يتمتع بوضع المقاتل أو أسير الحرب، أي لا يصنف ضمن المقاتلين أو أسرى الحرب، وبالتالي وبمفهوم المخالفة أباح قتلته في الحرب أو قتله عند أسره، ولم يتم استثناءه بأي استثناء أو قواعد تحمي وضعه القانوني في الحرب، وبالتالي فهو غير محمي بموجب اتفاقية جنيف الثالثة، كذلك يخرج من حماية الاتفاقية الثالثة لأسرى الحرب الخونة وهم مواطنو الدولة المتعاملين مع الأعداء، نظرا لجسامة الجريمة المرتكبة ويترك أمرهم للقاضي الوطني، وتعاقد عليه قوانين العقوبات في كل الدول<sup>(2)</sup>.

إن مصطلح خصوصية الحرب La privatisation de la guerre لا وجود له في القانون الدولي، أو القانون الدولي الإنساني، وهو مصطلح حديث يطلق على التفويض الذي تقوم به الدول أو المنظمات للمهام الأمنية والعسكرية زمن النزاعات المسلحة إلى شركات أو مقاولات عسكرية وأمنية خاصة، تؤدي هذه المهام بموجب عقود تبرمها مع هذه الدول أو المنظمات، مقابل مكاسب مالية مغرية، كما يفضل البعض أن يطلق على هذه الظاهرة مصطلح الحرب بالوكالة، أو الحرب بالنيابة<sup>(3)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الشركات تمتلك قوات برية وبحرية وجوية تنافس في تجهيزها حتى بعض الدول، فتحوّلت الظاهرة التي كانت معروفة بشركات حماية خاصة للشخصيات والمواقع المهمة إلى شركات ومقاولات تملك من القوة العسكرية والخبرة الأمنية ما لا تملكه دول، وقد تواجدت هذه الشركات في أكثر من خمسين دولة، وقد كان الانتشار الأوسع لها بعد نهاية

الحرب الباردة، ومن بين الدول الأكثر تأثراً بهذه الظاهرة، يوغسلافيا سابقا، سيراليون، أنغولا، غينيا الجديدة، أفغانستان، العراق، وتشكل هذه الصناعة في الولايات المتحدة الأمريكية وحدها ما يناهز 100 مليار دولار أمريكي<sup>(4)</sup>. وقد أضحت هذه الشركات العسكرية محط طلب ليس من طرف الدول فحسب، وإنما من المنظمات الدولية والإقليمية والشركات التجارية الكبرى، وكل المنظمات غير الحكومية العاملة في حقل النزاعات المسلحة.

## 2- الوضع القانوني لموظفي الشركات الأمنية والعسكرية الخاصة:

تثار عدة إشكاليات بالنسبة للتعاقد مع الشركات العسكرية الخاصة في الحرب، ومن أهمها الغموض في الوضع القانوني للمتسبين لهذه الشركات، أمام قواعد القانون الدولي الإنساني، مما يعكس غموض قواعد هذا القانون الواجبة التطبيق في مثل هذه الحالات، فالنشاطات التي تقوم بها هذه الشركات زمن النزاعات المسلحة متعددة ومتنوعة وواسعة إلى حد يصعب معه تصنيف الشخص العامل بهذه الشركات، فالبعض يرى فيهم مدنيين حسب اتفاقيات جنيف 1949، والبعض يرى أنهم مقاتلون يصفون ضمن أفراد الميليشيات والوحدات المتطوعة النظامية وغير النظامية، والاتجاه الأوسع يرى أنهم مرتزقة أو كما يسمونهم المرتزقة الجدد باعتمادهم العقود المالية الضخمة<sup>(5)</sup>.

إن الغموض القانوني يجعل المقاتل النظامي يقع في عملية تقدير صعبة حول الوضع الحقيقي والقانوني لهؤلاء الموظفين، وبالتالي يثير مسائل جدية حول إمكانية استهدافهم كمقاتلين بموجب مبدأ التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين، أو أن لهم حصانة ضد الهجمات كغير مقاتلين استنادا إلى نفس المبدأ<sup>(6)</sup>، لأن مبدأ التمييز حسبما أقرته الاتفاقيات يفترض التحديد الدقيق للأوضاع القانونية للمقاتلين وغير المقاتلين.



## 3- المسؤولية الجنائية لموظفي الشركات العسكرية والأمنية الخاصة:

قد يقترف أفراد هذه الشركات جرائم وانتهاكات للقانون الدولي الإنساني في خضم مشاركتهم في الأعمال العدائية، في الأماكن المكلفون فيها بالمهام العسكرية وهذا من أكبر الاحتمالات الواردة والتي أكدها الواقع، وبما أن هذه الشركات لا تزال غير مألوفة عرفاً واتفاقاً في القانون الدولي باعتبارها ظاهرة جديدة نوعاً ما، فإنها تطرح إشكالية المسؤولية الجنائية التي يتحملها موظفو هذه الشركات بصفة خاصة، والمسؤولية التي تقع على عاتق الشركات ككيانات مستقلة، وهل يتم معالجة ذلك على أساس مسؤولية الجهة مصدرة الأوامر العسكرية أو بالنحو المعمول به بعدم الاحتجاج بأوامر القيادة العسكرية في التنظيم العسكري، وبهذا الخصوص لا بد من تحديد القواعد المطبقة على مسؤولية منتسبي هذه الشركات عن أي انتهاكات لمبدأ التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين لضمان عدم إفلاتهم من العقاب<sup>(7)</sup>، وذلك عن طريق تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود التي تحكم المتعاقدين الأمنيين والعسكريين، وما هو النظام القانوني الذي تستند إليه هذه العقود؟ هل تعتمد على نظام العقد شريعة المتعاقدين أم أن هناك ضوابط إنسانية يتم إتباعها في مثل هذه العلاقات القانونية؟<sup>(8)</sup>.

## 4- مسؤولية الجهات المستعينة بالشركات العسكرية الخاصة:

لقد ساهمت دول كثيرة في تشجيع ودعم القطاع الخاص في المهام العسكرية والأمنية، ويتجسد ذلك باستئجارها أو السماح بإنشائها على أراضيها أو العمل في إطارها، أو بالترخيص للرعيا بالانتساب والعمل فيها دون مراقبة لانتشار هذه الظاهرة، وبالتالي العجز عن التحكم في اتساعها، والسيطرة عليها في كثير من الأحيان، وعلى الرغم من اكتساب القانون الدولي الإنساني مبادئ عامة يمكنها احتواء بعض المظاهر الجديدة في زمن

النزاعات المسلحة، وأولها مبدأ الالتزام الواقع على الدول في منع وقمع أي محاولة لانتهاك القانون الدولي الإنساني، على أساس الإجماع الدولي حول هذا القانون، إلا أن وجود هذه الشركات وعملها في الميدان يشكل أمراً معقداً، خاصة بالنسبة لمسؤولية الدول عن نشاط هذه الشركات لعدم وجود نظام قانوني وتشريعي وطني يحكم مثل هذه الكيانات وقت الحرب، فالاتفاقيات الدولية أضحت قاصرة عن الوصول للإطار الوطني لاعتبارات كثيرة منها الاختصاص والسيادة وغيرها من المفاهيم<sup>(9)</sup>.

وتعد الحرب على العراق التي بدأت سنة 2003 من أشهر النزاعات المسلحة التي تم فيها التعامل مع الشركات العسكرية الخاصة بكثافة عالية، فقد قدرتها بعض الجهات بعشرين ألف من كامل الجيوش الأمريكية العاملة في العراق<sup>(10)</sup>، كما نسب لهم القيام بالعديد من أعمال يمكن وصفها بجرائم حرب، من قتل المدنيين وهجمات عشوائية وإطلاق النار عشوائياً على السيارات المدنية وأعمال التخريب والتدمير، ومما كشف تورط هذه الشركات، هو حوادث التعذيب في سجن أبو غريب بالعراق، والتي تم فيها محاسبة بعض الجنود الأمريكيين دون موظفي بعض الشركات الخاصة التي ساهمت في الانتهاك<sup>(11)</sup>، أما الحادث الثاني فجرى يوم 13 مارس 2004 بمدينة الفلوجة العراقية، أين نصبت المقاومة العراقية كمينا لسيارة جيب، كانت تقل أربعة عسكريين من القوات الأمريكية وتم قتلهم والتنكيل بهم، وعرضت صورهم على شاشات التلفزيون، مما أعاد إلى الأذهان الصور المماثلة التي حركت الرأي العام الأمريكي، وسحبت على إثرها الولايات المتحدة قواتها من الصومال سنة 1993، وقد اتضح فيما بعد أن الجنود الأربعة كانوا من أفراد الشركة العسكرية الخاصة "المياه السوداء blackwater" الأمريكية، والتي كانت أبرز وأكبر الشركات العسكرية

العاملة في العراق وأكثرها نشاطا، وهو ما وجه الرأي العام العالمي للنظر في نشاطات هذه الشركات<sup>(12)</sup>، وعلى إثر تلك الحادثة قادت قوات البحرية الأمريكية مدعومة من جانب القوات العراقية وقوة من شركة المياه السوداء أكبر حملة انتقامية أمريكية في الحرب على العراق، وبدأ حصار مدينة الفلوجة في أبريل 2004 ووقعت فيه أبشع جرائم الحرب من قتل للمدنيين وهجوم على الأعيان المحمية<sup>(13)</sup>، فأصبح نشاط هذه الشركة أقرب لنشاط المرتزقة منه إلى الحماية الخاصة أو المقاتلين القانونيين، وقد جنت شركة المياه السوداء black water لوحدها قرابة 500 مليون دولار أمريكي عن مختلف الأنشطة التي قامت بها هناك<sup>(14)</sup>، والجدير بالذكر أن وضعية هؤلاء الموظفين الخاصون لا تخضع لأي من القوانين المعمول بها على المستوى الدولي أو الداخلي، مما أثار جدلا كبيرا خاصة بعد إصدار الحاكم المدني للعراق المحتل "بول بريمر" قبل خروجه منه في 28 جوان 2004 المرسوم رقم 17 الخاص بتحصين المتعاقدين العسكريين والأمنيين من المحاكمات ضد الجرائم التي ارتكبوها في فترة الاحتلال، وقد كان هذا القرار غير القانوني محل مساءلة أمام لجنة الاستماع في الكونغرس الأمريكي حول مساءلة الجنود الأمريكيين، وحصانة المتعاقدين الأمنيين والعسكريين<sup>(15)</sup>.

5- موقف اللجنة الدولية للصليب الأحمر والمبادرة السويسرية من مسألة خصوصية الحرب:

ترى اللجنة الدولية للصليب الأحمر<sup>(16)</sup> أنه على المدى المتوسط سيزداد الاعتماد على الشركات الأمنية والعسكرية الخاصة في النزاعات المسلحة، بالنظر إلى أن العديد من الدول تعتمد إلى تخفيض حجم قواتها المسلحة لضعف التنظيم الفني والخبرات التدريبية لديها، إضافة إلى أن منظمات دولية وشركات عالمية خاصة صارت الآن تعتمد إلى استئجار مثل هذه الشركات

في تأمين أعمالها، واللجنة الدولية تذكر أن عملها لا ينصب على مدى مشروعية استخدام الدول لمثل هذه الشركات في النزاعات المسلحة بقدر ما ينصب على امتثال هذه الكيانات للقانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان، وما هي مسؤولية هذه الشركات والدول التي تعمل ضمن نظامها القانوني أو الدول التي تعمل لحسابها بموجب عقود خاصة، وحسب اللجنة الدولية فإن الأمر لا يحتاج إلى تحرك تشريعي دولي بل يكفي في ذلك أعمال القواعد القانونية الموجودة كونها تفي بالغرض<sup>(17)</sup>، وتشدد اللجنة الدولية على أن الكلام السائد حول وجود فراغ قانوني بشأن هذه الشركات هو مجرد كلام إعلامي خاطئ من الناحية القانونية حسب تعبيرها، وتقول بأن الالتزامات القانونية لهذه الشركات موجودة في القانون الدولي الإنساني، لكن لم يتم التوصل إليها لسببين بنظر اللجنة الدولية هما:

- هناك مشكلات تتعلق بتكييف النصوص تعود إلى عدم رغبة الشركات والدول التي تستأجرها أو عدم قدرتها على التمسك بالقواعد الموجودة.
- طبيعة بعض القواعد الدولية التي تتسم بصياغة بالغة الاتساع على نحو يقتضي معه مساعدة الدول وتوفير الإرشاد العلمي والعملية لها، لدعم جهود نقلها إلى التشريع الوطني لتلك الدول، وعليه وحسب اللجنة الدولية للصليب الأحمر فالأمر ليس بالتعقيد الذي يتوقعه البعض والأمر يثير نقطتين واضحتين حددتهما اللجنة الدولية على التوالي:
- الوضع القانوني لأفراد الشركات العسكرية والأمنية الخاصة.
- التزام الدول باحترام وكفالة احترام القانون الدولي الإنساني لنشاطها أثناء النزاعات المسلحة.

## 6- مبادرة الاتحاد السويسري واللجنة الدولية للصليب الأحمر لمعالجة

## مشكلة الشركات الخاصة:

تقدم الاتحاد السويسري واللجنة الدولية للصليب الأحمر بمبادرة مشتركة للدول من أجل تحديد حجم المشكلة ومن ثم إيجاد الحلول القانونية لها، وتعتمد المبادرة أساساً على القيام بحوار عام لمجموع الدول، خاصة تلك التي يتضمن نظامها التشريعي السماح لهيئات ذات طبيعة أمنية وعسكرية خاصة بممارسة نشاطها على أراضيها، من أجل إيجاد نظام تشريعي يحكم مثل هذه الكيانات الخاصة ويتواءم مع النظم المعتمدة في القانون الدولي الإنساني، وبالتالي يمكن حصر أهداف مبادرة اللجنة الدولية والاتحاد السويسري فيما يلي:

- إقامة المناقشات الحكومية بشأن المسائل القانونية التي يثيرها استخدام الشركات الخاصة.

- تأكيد وتوضيح مسؤولية الدول والجهات المعنية الفاعلة الأخرى ووضعها أمام التزاماتها بموجب القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان.

- استكشاف وتطوير أفضل الممارسات والنماذج التنظيمية وغيرها من التدابير على المستوى الوطني وربما الإقليمي والدولي لمساعدة الدول على احترام القانون الدولي الإنساني.

- مناقشة المسائل التي يثيرها استخدام الشركات العسكرية والأمنية الخاصة، ومحاولة إيجاد سبل تعزيز احترامها للقانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان والقضاء على أي آثار سلبية محتملة لذلك، وقد اعترفت المبادرة بالغموض القانوني الذي يطرحه النشاط المتزايد للشركات العسكرية والأمنية الخاصة، هذا النشاط الذي أصبح لا يشمل فقط الدعم

الفني واللوجستي بل امتد إلى أعمال ترقى إلى وصفها بالمشاركة المباشرة في الأعمال العدائية، كما أقرت المبادرة بوجود فراغ قانوني في بعض الحالات على مستوى التنظيم الدولي وعلى مستوى التشريعات الوطنية للدول، مما يصعب المسألة ويدعو إلى مناقشتها علنا بين الأطراف الفاعلة وهو هدف المبادرة، وبالفعل قام الاتحاد السويسري بالتعاون مع اللجنة الدولية للصليب الأحمر بدعوة الدول المعنية باستخدام والترخيص لهذه الشركات أو تلك التي تعمل هذه الشركات على إقليمها<sup>(18)</sup>، وممثلين عن كبريات هذه الشركات، إضافة إلى مجموعة من الخبراء القانونيين وممثلي بعض المنظمات غير الحكومية إلى عقد أربع اجتماعات أولها كان بـ "زيورخ" في شهر جانفي 2006، وثانيها بمدينة "مونترو" في نوفمبر 2006، واجتماع آخر كان في "مونترو" في شهر أبريل 2008، وبعد كل هذه المناقشات تم إقرار ما يسمى بـ "وثيقة مونترو"<sup>(19)</sup> في اجتماع أخير في نفس المكان بتاريخ 17 سبتمبر 2008.

وتألف الوثيقة من جزأين، الجزء الأول يشير إلى الالتزامات القانونية الدولية ذات الصلة المتعلقة بالشركات العسكرية والأمنية الخاصة، ويتضمن الجزء الثاني مجموعة من أكثر الممارسات التي تعتبر جيدة ومتوافقة مع القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان في ميدان التنظيم القانوني لمجالات الترخيص والمراقبة والمساءلة لهذه الشركات في القوانين الوطنية، والتي تم التعبير عنها في شكل توصيات لمساعدة الدول على الامتثال لالتزاماتها القانونية الدولية، وإن كانت الوثيقة غير ملزمة قانونا، إلا أنها تشكل دليلا إرشاديا هاما يوضح القانون الواجب التطبيق والممارسات القانونية لمثل هذه النشاطات لتفادي المساءلة القانونية بشأنها، وبالتالي فهي تسهم في تعزيز الامتثال للقانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان<sup>(20)</sup>.

وما يمكن ملاحظته حول هذا الموقف والمبادرة يتمثل فيما يلي:

فبالنسبة لموقف اللجنة الدولية للصليب الأحمر فقد تركز على عدم معاملة كل موظفي الشركات العسكرية والأمنية الخاصة بنفس المعايير، وكان هذا التحليل والتفصيل مناسباً جداً للعديد من الحالات التي تتضمنها نشاطات هذه الشركات التي تختلف وتتعدد، وقد استندت اللجنة الدولية في ذلك إلى العديد من قواعد القانون الدولي الإنساني التي تقدم حلولاً وأوضاعاً يمكن أن ينضوي تحتها البعض من هؤلاء الأفراد حسب نشاطهم، لكن من بين ما يمكن أن يقدم من ملاحظات على هذا الرأي هو إغفال جانب تصنيف مثل هذه الشركات في حد ذاتها وهذه الكيانات التي لا يأتي القانون الدولي الإنساني لها بوصف، ولم تكن معروفة ضمن القانون الدولي الإنساني العرفي، مع العلم أن جل هذه الشركات تعمل بنظام المقاولات التي تعتمد إلى توظيف مثل هؤلاء الأشخاص من قدامى المحاربين والحرس الخصوصي للشخصيات المهمة وغيرهم من ذوي الخبرة العسكرية والأمنية من جميع الدول، وبالتالي فهؤلاء الموظفون بدورهم مرتبطون بعقود عمل مع الشركة ذاتها على غرار العقود المبرمة بين الشركات والدول، وعليه تسير هذه الشركات إدارة مركزية تعتبر هي الأخرى مسؤولة عن عملية اختيار هؤلاء الأشخاص وتدريبهم والإشراف على أعمالهم، وبالتالي فلا يمكن تجاهل الدور الذي تلعبه هذه الشركات، هذا من جهة، و من جهة أخرى، حاولت اللجنة الدولية للصليب الأحمر أثناء تصنيفها لفئات الأشخاص وطبيعة أعمالهم التركيز على جانب الحماية التي يستفيد منها موظفو هذه الشركات، فقد ذكرت في آخر تحليلها أنه بالنظر إلى نشاطات هذه الشركات فمعظمهم يعتبرون مدنيين ويستفيدون من حماية اتفاقية جنيف الرابعة 1949 والبروتوكول الأول 1977 في النزاعات المسلحة الدولية، ومن حماية المادة الثالثة المشتركة والبروتوكول الإضافي الثاني 1977 في النزاعات المسلحة غير الدولية، وأما في حالة فرض اعتبار هؤلاء الموظفون مرتزقة -الوصف

الذي اعتبرته اللجنة الدولية إعلاميا وخاطئا- فإنهم سيقون متمتعين بحماية المادة 75 من البروتوكول الأول 1977 (الضمانات الأساسية)، فيما أشارت إشارة بسيطة عن جواز ملاحظتهم طبقا للقانون الوطني عن المشاركة المباشرة في الأعمال العدائية، لكن تجاهلت اللجنة الدولية الخطر والتهديد الذي تشكله هذه الكيانات على ضحايا النزاعات المسلحة والذين يوجدون دوما في احتكاك معهم في أغلب نشاطاتهم.

والملاحظة الأهم على رأي اللجنة الدولية للصليب الأحمر هو التجاهل العمد أو التغاضي عن مدى إمكانية اعتبار عدد من موظفي الشركات العسكرية والأمنية الخاصة في بعض الأوضاع القانونية الخاصة، واستنادا إلى نشاطاتهم أثناء النزاعات المسلحة بـ "المرتزقة" "les mercenaires"، لأن الوضع القانوني للمرتزق الذي قدمه البروتوكول الأول 1977 في المادة 47 كان وفق شروط مشددة نوعا ما، ومع أن المادة لم تحظر الارتزاق إلا أنها اعتبرته داعيا لانتقاص بعض المزايا كوصف أسرى الحرب فيما اعتبرت اتفاقيات أخرى الارتزاق جرما يعاقب عليه القانون<sup>(21)</sup>، لكن التجربة العراقية والأفغانية مع الشركات العسكرية الأمنية الخاصة كشفت توفر شروط المرتزقة في بعض موظفيها.

وتجدر الإشارة في هذا المقام، أن عملية تصنيف موظفي الشركات العسكرية والأمنية الخاصة تطرح إشكالات جدية بخصوص تطبيق مبدأ التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين، فإثناء توجيهه للعمليات العسكرية لا يمكن لقائد الهجوم أن يتحرى الوضع القانوني الحقيقي للشخص الذي يقع في مرماه إن لم يكن واضحا من زيه أو الظروف المحيطة به، وهو ما يزيد تأكيد ضرورة ضبط الوضع القانوني لهذه الكيانات بدقة.

أما بالنسبة للمبادرة السويسرية فقد تقدمت بها بالتعاون مع اللجنة الدولية للصليب الأحمر من أجل وضع حلولاً معتبرة في طريق تنظيم استخدام أسلوب الشركات الأمنية الخاصة، وهي دعوة للحوار حول الموضوع



ومناقشة أهم التدابير التي يمكن أن تتخذها الدول في سبيل ترشيد الظاهرة وحماية المكاسب الإنسانية زمن النزاعات المسلحة، ولا يمكن أن تثار الكثير من الملاحظات عليها، لكن تجدر الإشارة أن هذه المبادرة انطلقت من فكرة الأمر الواقع وضرورة معالجة وضع قائم بدلا من معالجة أسبابه، ومن المفترض أولا البحث في مدى شرعية أو عدم شرعية تفويض المهام الأمنية والعسكرية إلى مؤسسات أو شركات خاصة، خاصة وأن هذه المؤسسات في حال تزايد نشاطاتها واكتمال الصورة في ما يخص فكرة خصوصية الحرب - وهو الأمر المرجح - ستستلم من الدولة النظامية مهام قد يكون الإخلال بها مساسا بالسلم والأمن الدوليين، أو حالة من حالات العدوان على الدول الأخرى كما جاء في تعريف العدوان الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة، وبالتالي فلا بد من النظر بجديّة في مدى شرعية تفويض المهام العسكرية التي تعد من صلب سيادة الدول للقطاع الخاص، ومدى شرعية استئجار هذه الشركات والتعاقد معها والسماح لها بالعمل على أراضي الدول، ثم النظر في مسؤوليتها ولو في الجوانب المدنية.<sup>(22)</sup>

### خاتمة:

وكخلاصة لما سبق، فقد رجح الجميع بما فيهم اللجنة الدولية للصليب الأحمر بأن نشاط هذه الشركات سيتزايد يوما بعد يوم، والكل يعلم أن اللجنة الدولية عندما تخرج عن صمتها أو تهتم بموضوع ما بهذا الحجم فإن الأمر يشكل تهديدا حقيقيا للمبادئ الإنسانية، خصوصا وأن اللجنة الدولية متواجدة في ميادين النزاعات المسلحة وهي الأقدر على فهم العوائق والتحديات التي تحكم مختلف جوانب الظاهرة الإنسانية أثناء النزاع المسلح، ولا يجب أن نفهم الموقف غير العدائي للجنة الدولية تجاه ظاهرة خصوصية الحرب بالتقصير، بل الكل يعلم أن إستراتيجية اللجنة الدولية هي في الكثير من الأحيان أن تعمل بصمت حتى مع الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني لأن ذلك يتيح لها البقاء في الميدان وكسب ثقة كل الأطراف،

وبالتالي فإن التصنيف الذي قدمته اللجنة الدولية يعد تصنيفاً مناسباً قد يشمل الكثير من نشاطات الشركات العسكرية والأمنية الخاصة، لكنه كان قاصراً في شمول بعض التوصيفات كوصف المرتزقة الذي يمكن أن يتناسب مع وضع بعض موظفي هذه الشركات، ولا بد للدول والمنظمات الدولية من مواجهة التهديد الذي تشكله الظاهرة على مبدأ التمييز وتجعل من اللجوء إلى هذه الشركات الخاصة أكبر الصعوبات والعوائق التي تواجه القانون الدولي الإنساني عموماً ومبدأ التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين خصوصاً<sup>(23)</sup>.

ومجمل القول، أن أساليب القتال خاصة منها أساليب الحروب غير المتكافئة والحرب الاقتصادية وخصوصية الحرب فاقمت المشكلة وزادت في غموض معالم مبدأ التمييز نظراً لطابعها العشوائي الغالب، مما يفرض ضرورة التعجيل بتحريك دولي سياسي وقانوني لمعالجة هذه المسائل التي تعد عالقة إلى حد الآن، هذا دون أن نتجاوز ما يمكن أن يعاينيه مبدأ التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين من الناحية النظرية في أطرها القانونية، وآليات التطبيق التي تعد قاصرة وغير فعالة، إضافة إلى الواقع السياسي والميداني أثناء النزاعات المسلحة التي تشكل عقبة أخرى في سبيل تفعيل هذا المبدأ.

#### الهوامش:

<sup>(1)</sup> - محمد حنفي محمود، جرائم الحرب أمام القضاء الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، ص 216-217.  
<sup>(2)</sup> - Benjamin BERRIN, Promoting compliance of private Security and military companies with international humanitarian law, IRRIC, ICRC, V, 88, N 563, Geneva, September 2006, p 570.

<sup>(3)</sup> - Lindsey, CAMERON, private military companies under international humanitarian law, and its impact on their regulation, ICRC, N 863 September 2006, p 576.

<sup>(4)</sup> - Ibid, p 576.

<sup>(5)</sup> - Ibid, p 576.

<sup>(6)</sup> - حسن عبيد عيسى، دراسة العراق والمرتزقة الجدد، موقع:

<http://www.almoatamar.net/news/36118.htm>.

<sup>(7)</sup> - المرجع نفسه.

<sup>(8)</sup> - حسن عبيد عيسى، مرجع سابق.

<sup>(9)</sup> - المرجع نفسه.

<sup>(10)</sup> - Lindsey Cameron, Opcit, p 574.

<sup>(11)</sup> - Lindsey Cameron, Opcit, p 574.

<sup>(12)</sup> - Ibid, p 574.

(13) - Jeremy SCAHIL, Blackwater, the rise of the world's most power ful mercenary army, nation Book, new york, 2007, p 8.9.

(14) - Ibid, p 236.

(15) - Ibid, 236.

(16) - Jeremy SCAHIL, Opcit, p 14-15.

(17) - للإطلاع على موقف اللجنة الدولية للصليب الأحمر حول المسألة أنظر في ذلك: وثيقة اللجنة الدولية للصليب الأحمر المقدمة للمؤتمر الدولي الثلاثون للصليب الأحمر والهلال الأحمر 2007، بعنوان: "القانون الدولي الإنساني وتحديات النزاعات المسلحة المعاصرة".

(18) - "القانون الدولي الإنساني وتحديات النزاعات المسلحة المعاصرة 2007"، المرجع السابق.

(19) - Lindsey Cameron, Opcit, p p, 582-583.

(20) - Ibid, p p 584-585.

(21) - Ibid, p 588.

(22) - "القانون الدولي الإنساني وتحديات النزاعات المسلحة المعاصرة"، المرجع السابق.

(23) - Habib GHERARI, « Le mercenariat », in droit international pénal, (sous la direction de Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX, Alain PELLET), Edition A.PEDONE, paris, 2000, pp. 469-470.

ومن بين هذه الدول نذكر: أفغانستان، أنغولا، أستراليا، النمسا، كندا، الصين، فرنسا، ألمانيا، العراق، بولندا، وسيراليون، وجنوب إفريقيا، السويد، سويسرا، المملكة المتحدة، أوكرانيا، والولايات المتحدة الأمريكية، انظر في ذلك:

الموقع الرسمي لوزارة الشؤون الخارجية بالاتحاد السويسري:

<http://www.dz.admin.ch/psc>.

)- Montreux document on pertinent international legal obligations and good practices for states related to operations of private military and Security companies during armed conflict, about Swiss Initiative, in cooperation with the International Committee of the Red Cross on Private Military and Security Companies, Montreux, 17 September 2008, the document is available on the following website of the Suisse Federal Department of Foreign Affairs. <http://www.dv.admin.ch/psc>.

2006, pp. 610-611.

## ادعاء مجلس الأمن أمام المحكمة الجنائية الدولية

بقلم

أ/ بن بو عبد الله نورة

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة خنشلة



### ملخص

طبقا للمادة 13 المتعلقة بممارسة المحكمة الجنائية الدولية لاختصاصها، فإنه يعود الاختصاص في الإدعاء أمام المحكمة للدول الأطراف، كما يمكن للمدعي العام تحريك الدعوى الجنائية إلى جانب الدول. ومن جهة أخرى، منح النظام الأساسي لمجلس الأمن حق رفع الدعوى وتحريكها أمام المحكمة. فما هو الإطار القانوني لسلطة مجلس الأمن في الإدعاء أمام المحكمة .؟

### Résumé:

Conformément à l'article 13 relative à l'exercice de compétence, les Etats parties peuvent déférer une situation constituante un crime à la cour pénale internationale. Le procureur peut aussi ouvrir une enquête sur le crime en question en vertu de l'article 15.

D'autre part, le statut de Rome prévoit que le conseil de sécurité des Nations Unies peut déférer une situation à la cour pénale internationale en vertu du chapitre VII de la charte des Nations Unies. Dans cet article on va étudier le cadre juridique de cette question.

### مقدمة:

شهد العصر الحديث تطبيقات مختلفة للقضاء الجنائي الدولي، لكن إقامة مثل هذه المحاكم لم يكن إلا استثناء مؤقتا، وبعد الجهود الحثيثة لإنشاء قضاء جنائي دولي دائم، بداية من مشروع "جستاف موانيه" ثم مشروع الفقيه "بيلا" عام 1925، وبعد جهود الأمم المتحدة خلال 1947، جاء ميلاد المحكمة الجنائية الدولية التي أنشأت بموجب معاهدة دولية سنة 1998، كهيئة قضائية مستقلة، دخل نظامها الأساسي حيز النفاذ في 01 جويلية 2002، أنيط بها مهمة ملاحقة ومحاكمة الأشخاص المتورطين في الجرائم الدولية.

وبالرجوع إلى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يعود الاختصاص الأصيل في الإدعاء أمام المحكمة للدول الأطراف باعتبارها المنشئ لها، وباعتبارها المخاطب الأول بالمصالح والقيم التي يمكن أن تمسها الجرائم المعاقب عليها، وكاستثناء على القاعدة العامة، يحق لدولة غير طرف في حالة قبولها لاختصاص المحكمة إحالة القضية إليها في حالة عجز أو فشل قضائها الوطني، كما يكفل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على غرار القضاء الوطني، حق تحريك الدعوى الجنائية للمدعي العام إلى جانب الدول، وذلك كمفوض عن الجماعة الدولية في سبيل السعي إلى العقاب عن الجرائم الأشد خطورة التي تمس بأمن وسلامة المجتمع وفقا للمادة (13/ج) من النظام الأساسي، فهذه الآليات التي منحت الحق في الإدعاء أمام المحكمة، يكون مسلما بها عند النظر في الطرق التي يتم بها تحريك الدعوى الجنائية أمام القضاء الجنائي العادي، إما لطرف المضرور أو المدعي العام.

لكن النظام الأساسي منح مجلس الأمن الجهاز السياسي ذو السوابق الدولية الانتقائية حق رفع الدعوى وتحريكها أمام المحكمة التي عقدت عليها الآمال في تحقيق العدالة الغائبة، مما يجعل من هذه السلطة مثار تساؤل، فمسألة اتخاذ المجلس قرارا بإحالة قضية يكتنفها الكثير من الغموض وذلك بالنظر إلى الآلية التي يخضع لها صدور مثل هذا القرار ومدى توافقه مع المفكرة السياسية للدول الأعضاء فيه. فما هو الإطار القانوني لسلطة مجلس الأمن في الإدعاء أمام المحكمة؟. تهدف هذه الدراسة إلى الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال مناقشة الطبيعة القانونية لهذه السلطة ومدى إلزاميتها، لذا قسمت دراستنا إلى:

المبحث الأول: الإشكالات القانونية لسلطة مجلس الأمن في الإدعاء

المبحث الثاني: مدى إلزامية قرار الإدعاء الصادر عن مجلس الأمن

### المبحث الأول:

#### الإشكالات القانونية لسلطة مجلس الأمن في الإدعاء

يطرح موضوع سلطة مجلس الأمن في الإدعاء إلى المحكمة الجنائية الدولية عدة إشكالات قانونية، مما يقتضي الوقوف على طبيعتها الاستثنائية، وهذا بالرجوع إلى أساسها القانوني خاصة وأنها مقيدة بشروط.

#### المطلب الأول: مناهج شرعية سلطة مجلس الأمن في الإدعاء

المقصود بمناهج شرعية سلطة مجلس الأمن في الإدعاء هو الأساس القانوني الذي يستند عليه أثناء مباشرته للصلاحيات الممنوحة إليه، سواء ما تمثل منها في نصوص ميثاق الأمم المتحدة ونعني بذلك الفصل السابع، أو ما أرساه النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في المادة (13) التي يستمد منها سلطته في الإدعاء.

الفرع الأول: أساس إدعاء مجلس الأمن بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة

يعتبر الفصل السابع جزء من ميثاق الأمم المتحدة، ولمعرفة طبيعة هذا الفصل لا بد من التطرق أولاً إلى طبيعة هذا الميثاق وأهدافه التي يستمد مجلس الأمن منها صلاحياته كجهاز في هيئة الأمم المتحدة التي أنشأت بموجب معاهدة دولية، ويوجد شبه إجماع بين فقهاء القانون الدولي حول اعتبار الوثائق التي تنشئ منظمات دولية بمثابة دساتير لها، ترسم أغراضها ومقاصدها وتنشئ فروعها المختلفة وكيفية أداؤها لمهامها، كما توضح العلاقات المتبادلة بين أجهزتها<sup>(1)</sup>، يعتبر ميثاق الأمم المتحدة عملاً قانونياً ذا طبيعة مزدوجة، فهو معاهدة دولية وله طبيعة دستورية، وهو بمثابة القانون الأعلى الذي لا يمكن الخروج عليه<sup>(2)</sup>، فلا يستطيع أي جهاز تابع لها أن يصدر من الأعمال القانونية ما يخالف الأحكام الواردة في الميثاق، وإلا وقع ما يصدر عنه باطلاً.

يعهد أعضاء منظمة الأمم المتحدة لمجلس الأمن طبقاً للميثاق بالتبعات الرئيسية لصيانة السلام العالمي، باعتباره الاختصاص الأساسي الموكول له وفقاً للمادة (1/24) من ميثاق الأمم المتحدة، ووضعت المادة (25) منه الأساس القانوني لهذه السلطة، إذ تقتضي بأن "يتعهد أعضاء الأمم المتحدة بقبول قرارات مجلس الأمن وتنفيذها وفق هذا الميثاق"، وما يهم في هذا الصدد هو الفصل السابع الذي يقع في ثلاثة عشر مادة من المادة (39) إلى المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة، والسؤال الذي يطرح نفسه هو: ما مدى نطاق سلطة مجلس الأمن وفق الفصل السابع؟. يملك مجلس الأمن بموجب المادة (39) من الميثاق صلاحية تقدير واسعة لتكييف وضع ما بأنه يهدد السلم والأمن الدوليين من عدمه، فإذا ما وجد أنه ينطوي على تهديد أو

إخلال بهما يتعين إصدار توصية أو اتخاذ قرار<sup>(3)</sup>، فقد تعمد صائغي المادة ترك المصطلح "Menace contre la paix" هكذا بدون أي تحديد بهدف ترك المجلس يعمل بكل حرية في هذا المجال<sup>(4)</sup>.

تكمن أهمية أحكام الفصل السابع في كونها تعطي للمجلس الحق في توقيع العقوبات واتخاذ تدابير القمع الملائمة وفقا للمادتين (41 و42) من ميثاق الأمم المتحدة، في حالة وقوع تهديد للسلم والأمن الدوليين أو الإخلال بهما أو عمل من أعمال العدوان، وذلك بمقتضى قرارات ملزمة للدول الأعضاء وغير الأعضاء خلافا لأحكام الفصل السادس<sup>(5)</sup>.

الفرع الثاني: أساس إدعاء مجلس الأمن بموجب المادة (13) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

تعتبر المادة (13) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية السند القانوني المباشر لسلطة مجلس الأمن في الإدعاء، التي جاءت صريحة بهذا الخصوص، من المسائل الحساسة التي طرحت أثناء انعقاد المؤتمر الدبلوماسي لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية، مسألة منح مجلس الأمن سلطة إحالة القضية إلى المحكمة من أجل تفعيل اختصاصها<sup>(6)</sup>، فالغالبية العظمى خاصة الدول دائمة العضوية وعلى رأسهم الولايات المتحدة الأمريكية سعت منذ انعقاد المؤتمر إلى ضمان دور للمجلس في مجال الإدعاء الدولي أمام المحكمة.

اعترضت بعض الوفود بشدة على منح المجلس هذه السلطة مخافة التأثير على استقلال المحكمة في حالة لو أسئى استخدام حق الفيتو لأغراض سياسية<sup>(7)</sup>، وكان هذا أهم سبب اعترضت عليه الوفود العربية في المؤتمر، فقد أعربت وفود كل من المغرب ومصر عن تخوفها من القرارات السياسية التي يتخذها مجلس الأمن، وحثت على الإبقاء على دور مجلس



الأمن في حدود ضيقة لتجنب تسييس المحكمة<sup>(8)</sup>.

تعددت الاقتراحات خاصة أطروحة الدبلوماسية الأمريكية الذي وصفت بالأطروحة الشاذة، رغم أن واضعو النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وقفوا في وجه هذه الأطروحات، إلا أنهم لم يتمكنوا من إنكار تبوء مجلس الأمن مركز الإدعاء الدولي أمام المحكمة جنبا إلى جنب مع الدول والمدعي العام ذاته كحل وسط، هذا الاقتراح الذي جاء به المندوب الهندي والذي تضمن منح المجلس سلطة الإدعاء وفقا للفصل السابع أي في حالة تهديد للسلم والأمن الدوليين فقط.

جاءت المادة (13) من النظام الأساسي لتوضح أن "للمحكمة أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بجريمة مشار إليها في المادة (5) وفقا لأحكام هذا النظام الأساسي في الأحوال التالية:

أ- إذا أحالت دولة طرف إلى المدعي العام و ...

ب- إذا أحال مجلس الأمن ...

ج- إذا كان المدعي العام قد بدأ بمباشرة تحقيق ..."

يرى الدكتور "حازم محمد عتلم" "أن هناك نوعين من الإدعاء، الإدعاء القانوني المزدوج الذي تنهض به كل من الدول الأطراف والمدعي العام، والنوع الثاني هو ما يمكن تسميته بإدعاء سياسي في حق مجلس الأمن"<sup>(9)</sup>.

مكنت المادة (13/ب) مجلس الأمن سلطة إحالة حالة تتضمن تهديد للسلم والأمن الدوليين إلى المدعي العام، إذا رأى المجلس أن هناك جريمة أو أكثر من الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة، ويستمد سلطته هذه من الصلاحيات الممنوحة له وفق الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ونظرا لحساسية هذه المسألة كان هناك تضارب في وجهات النظر حولها. يرى الأستاذ "Serge SUR" أن هذه السلطة الممنوحة لمجلس الأمن يمكن أن

تساهم في حفظ السلم والأمن الدوليين واستقرارهما، إلا أنها تشكل توسعا في السلطات الممنوحة لمجلس الأمن وفق الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، كما أن سلطات هذا المجلس يمكن أن تتحكم فيها الاعتبارات السياسية باعتبار أن الإدعاء أمام المحكمة الجنائية الدولية تعتبر من المسائل الموضوعية، وبالتالي لا بد أن يحصل القرار على موافقة تسعة أعضاء من بينهم الأعضاء الدائمين<sup>(10)</sup>.

أما الأستاذة "Flavia LATTANZI" فتري "أن قيام المجلس بهذه السلطة يتوقف عمليا على مدى رغبة الدول دائمة العضوية في المجلس في التعاون مع المحكمة، لكن هي في الأساس تعارض قيامها، فكيف لها أن تؤازر المجلس بقيامه بهذه المهمة خاصة إذا كانت لا تخدم مصالحها أو مصالح الدول الموالية لها"<sup>(11)</sup>. وفي وجهة نظر أخرى أن ما يبرر حقيقة وجود المادة (13/ب) هو ضرورة تمكين مجلس الأمن من اللجوء إلى المحكمة كبديل عن إنشاء محاكم خاصة أو مؤقتة\*، لأن في انتهاج هذا المسار إضعاف من مكانة المحكمة ويشير المبرر حول وجودها<sup>(12)</sup>.

حسب رأي الأستاذ "André DULAIT" "أن امتداد اختصاص المحكمة في هذه الحالة لا بأس به، لأنه يستبعد إمكانية إفلات الجناة من العقاب التابعين للدول التي لم تقبل باختصاص المحكمة"<sup>(13)</sup>، وعكس هذا الرأي يرى الأستاذ "معتصم خميس مشعشع" "بأنه لا ينبغي تفسير النص السابق المادة (13)، على أنه يوسع من اختصاص المحكمة بالنسبة للجرائم التي لها اختصاص النظر فيها، وإنما ينصرف التوسع إلى فئة الجهات التي تملك أن تحيل إلى المحكمة الجرائم الداخلة في اختصاصها"<sup>(14)</sup>.

نميل إلى الرأي الثاني على أساس أن المادة (5) قد حددت الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة، وما جاء في المادة (13) إلا توسع للجهات

التي لها الحق في إحالة حالة إلى المحكمة.

#### المطلب الثاني: شروط قرار الإدعاء الصادر عن مجلس الأمن

تأسس على نص المادة (13) من النظام الأساسي للمحكمة، فقرار الإدعاء الصادر عن مجلس الأمن حتى يكون صحيح لا بد أن تتوفر فيه شروط، كالتيقيد بالجرائم الواردة في الاختصاص الموضوعي للمحكمة (الفرع الأول)، وصدور قرار الإدعاء من طرف مجلس الأمن بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة (الفرع الثاني)، والتهديد بالاختصاص الزممي للمحكمة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التهديد بالجرائم الواردة في الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية

إن أول شرط يجب مراعاته في قرار مجلس الأمن أن يتعلق الإدعاء بإحدى الجرائم المشار إليها في المادة (5) من النظام الأساسي، وبالرجوع إلى مضمون هذه المادة الأخيرة نجد أن اختصاص المحكمة يقتصر على أشد الجرائم خطورة موضع اهتمام المجتمع الدولي بأسره، وللمحكمة بموجب نظامها الأساسي اختصاص النظر في الجرائم التالية: جريمة الإبادة الجماعية وجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب وجريمة العدوان التي لم يحدد تعريف لها بعد.

الفرع الثاني: صدور القرار بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة

تشرط المادة (13/ب) من النظام الأساسي للمحكمة لممارسة مجلس الأمن الصلاحيات الممنوحة له بموجب هذه المادة أن يقع تصرفه وفقاً للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، فعليه أن يأخذ بعين الاعتبار أن جميع التدابير التي يتخذها في إطار هذا الفصل حتى تلك التي قوامها التثبيت

والتحقق من وجود جريمة ضد الجنس البشري بغرض الإحالة إلى المحكمة، أن تجد تبريرا للتحقق والتثبيت الذي سيجري أولا بموجب المادة (39) من ميثاق الأمم المتحدة، ثم يخلص إلى وجود تهديد أو انتهاك فعلي للسلم الدولي ثم يقوم بإحالة القضية إلى المحكمة الجنائية الدولية لنظر فيها<sup>(15)</sup>.

مما تقدم يتعين تحديد المقصود بالإدعاء من طرف مجلس الأمن على أنها استرعاء نظر المحكمة إلى وقوع جنائية تدخل في اختصاصها، فالإدعاء بهذا المعنى "هي الآلية التي يلتمس من خلالها تدخل المحكمة، والتي تستهل المرحلة الأولى من الإجراءات الجنائية دون أن ترقى إلى درجة الشكوى أو الإدعاء ضد أشخاص معينين"<sup>(16)</sup>، وهذا يعني أن لمجلس الأمن أن يعلم المحكمة بوجود جريمة تعتبر المعاقبة عليها ضرورية لتحقيق الأهداف المرجوة من الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، كما أن قرار الإدعاء يجب أن يتم وفق الإجراءات المنصوص عليها في الميثاق وإلا كان غير صحيح.

يقوم الأمين العام للأمم المتحدة بإحالة قرار مجلس الأمن الخطي إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، مشفوعا بالمستندات والمواد الأخرى التي قد تكون وثيقة الصلة بقرار الإدعاء الصادر من مجلس الأمن، كما تحال المعلومات التي تقدمها المحكمة إلى المجلس عن طريق الأمين العام وفقا للنظام الأساسي والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات\*.

الفرع الثالث: التقييد بالاختصاص الزمني للمحكمة الجنائية الدولية  
"...حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر قد ارتكبت..." يقصد بهذه الفقرة من المادة (13) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، كما هو

واضح من سياق النص وعباراته، أن يتعلق قرار الإدعاء الصادر عن مجلس الأمن بحالة حقيقية قد وقعت بالفعل يدعى فيها بارتكاب جريمة أو أكثر الموضحة بالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وهو ما يصطلح عليه بالاختصاص الزمني للمحكمة وفقا للمادتين (11 و 24).

يأخذ النظام الأساسي للمحكمة بمبدأ عدم جواز تطبيق القوانين الجنائية بأثر رجعي، وهذا ما يعرف بالاختصاص المستقبلي، واستنادا للمادة (11) منه، فإن المحكمة لا تختص إلا فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بعد بدأ نفاذ نظامها الأساسي، الذي بدأ العمل به في أول جويلية 2002 وهو أول الشهر التالي لليوم الستين على إيداع التصديق رقم 60 من جانب الدول<sup>(17)</sup>. تشير المادة (24) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في الوقت ذاته إلى عدم رجعية الأثر على الأشخاص، والتي جاءت ضمن الباب الثالث الخاص بالمبادئ العامة للقانون الجنائي أنه "لا يسأل الشخص جنائيا بموجب هذا النظام الأساسي عن سلوك سابق لبدء نفاذ النظام"، ونتيجة لذلك فإن المحكمة تكون غير مختصة بالمحاكمة عن الجرائم التي ارتكبت قبل بدء نفاذ نظامها الأساسي.

## المبحث الثاني

### مدى إلزامية قرار الإدعاء الصادر عن مجلس الأمن

يتم التطرق في هذا المبحث إلى النقاش الخاص بمدى إلزامية قرار الإدعاء بالنسبة للمحكمة ثم بالنسبة للدول، على النحو التالي:

المطلب الأول: مدى إلزامية قرار الإدعاء الصادر عن مجلس الأمن بالنسبة للمحكمة

المطلب الثاني: مدى إلزامية قرار الإدعاء الصادر عن مجلس الأمن بالنسبة للدول

## المطلب الأول: مدى إلزامية قرار الإدعاء الصادر عن مجلس الأمن بالنسبة للمحكمة

يتناول هذا المطلب دراسة مدى إلزامية قرار الإدعاء الصادر عن مجلس الأمن بالنسبة للمحكمة في فرعين، مدى سلطة المحكمة في مراجعة قرار مجلس الأمن بإحالة قضية إليها (الفرع الأول)، ومدى سلطة المحكمة في قبول قرار الإدعاء من طرف مجلس الأمن أو تقرير عدم اختصاصها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مدى سلطة المحكمة في مراجعة قرار مجلس الأمن بإحالة قضية إليها:

السؤال الذي يطرح نفسه في هذه الدراسة، هل يمكن للمحكمة مراجعة قرار الإدعاء الصادر من طرف مجلس الأمن؟، أو بمعنى آخر هل يتمتع المجلس بسلطة مطلقة تجعله بمنأى عن أي رقابة وهو يمارس سلطاته المخولة له في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة؟.

تعتبر هذه المسألة من المسائل التي كانت ولا تزال محل جدل بين الفقهاء، فهناك من يذهب إلى القول أن مجلس الأمن هو صاحب السلطة المطلقة، وعليه لا يخضع لأي نوع من الرقابة خاصة السلطات المنصوص عليها في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ويرجعون ذلك إلى عدة اعتبارات منها:

- 1- مجلس الأمن وهو بصدد القيام بمهامه من أجل المحافظة على السلم والأمن الدوليين من المحظور وضع عقبات أمامه.
- 2- إن التسليم بغير ذلك يجعل الآراء القانونية تقف عقبة أمام مجلس الأمن.
- 3- إن اعتماد مجلس الأمن في تحديد اختصاصه على جهاز آخر شأنه

أن يحدث نوع من الخضوع، وباعتباره جهاز سياسي فإن طبيعته لا تسمح بالخضوع إلى رقابة جهاز قضائي.

بينما يرى اتجاه آخر، أنه إذا كان المجلس لا يخضع لرقابة قضائية مباشرة، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من خضوعه لرقابة غير مباشرة طبقاً للقواعد القانونية العامة في القانون الدولي، منها الاحتجاجات التي تصدر من الدول المعنية برفضها الخضوع لقرار الرقابة القضائية غير المباشرة عندما يتم مناقشة الموضوع محل القرار أمام المحاكم الوطنية أو المحاكم الدولية خاصة محكمة العدل الدولية<sup>(18)</sup>.

الرأي السائد فقها أن هذه المحكمة المختصة بتسوية النزاعات بين الدول ليس لها حق مراجعة قرارات مجلس الأمن، باعتبار أن هذا الأخير يتمتع باختصاص مانع "exclusive Compétence" وأن المسائل المتعلقة بالسلم والأمن الدوليين تقع ضمن هذا الاختصاص، حيث يؤلف الحفاظ عليهما مسؤوليته الرئيسية، واستناداً إلى هذا الاختصاص المانع ذهبت بعض الدول إلى أن المجلس يعلو على أي هيئة رقابية بما فيها محكمة العدل الدولية، بل أن هذه الأخيرة تخضع نفسها للمجلس ومن ثم لا ينبغي لها أن تتدخل في أعماله<sup>(19)</sup>.

لكن هناك اتجاه جديد يذهب للقول بأن لها هذا الحق بناء على مناقشتها للجوانب القانونية للنزاع الذي صدر بشأنه قرارات مجلس الأمن، ويكون لحكمها قوة قانونية ملزمة ولتأكيد رأيهم يستشهدون بما حدث في قضية لوكريي<sup>(20)</sup>، وبمجرد تفحص مواد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، يلاحظ أنه لا يوجد نص صريح يقتضي هذه الصلاحية، وعليه يمكن تفسير نصوصه تفسيراً مرناً لمنح المحكمة هذا الحق على غرار ممارسات محكمة العدل الدولية في قضية لوكريي، والممارسات التالية للدول الأطراف في هذا

النظام الأساسي.

أخذين بعين الاعتبار أن لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة، والمؤلفة من كبار الأكاديميين العاملين في حقل القانون الدولي، وهي تعكس عادة في دراساتها واستنتاجاتها الرأي الراجح بين رجال القانون وقرارات المحاكم الدولية، اعتبرت أن جرائم العدوان، والإبادة الجماعية، والعبودية، والتمييز العنصري، والجرائم ضد الإنسانية، والتعذيب، كلها تدخل في نطاق القانون الدولي القطعي الذي يعلو على القانون العرفي والاتفاقيات الدولية المناقضة له، فمجلس الأمن عندما يتخذ قرارا بموجب الفصل السابع من الميثاق، فإنه يتمتع بأعلى درجة من الإلزامية، وكان مخالفا لأحكام القانون الدولي القطعي فان هذا القرار لا يتمتع بالصفة الشرعية<sup>(21)</sup>، وعليه يحق للمحكمة مراجعة قرارات المجلس. وعلى أساسه يمكن استنتاج بعض هذه الأسس التي يمكن للمحكمة أن تعتمد عليها في مراجعة قرار مجلس الأمن<sup>(22)</sup>:

1- أن يصدر عن مجلس الأمن قرار متوافق مع جميع الإجراءات المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة خاصة فيما يتعلق بالتصويت<sup>(23)</sup>، وبما أن قرارات المجلس فيما يخص تحريك اختصاص المحكمة الجنائية الدولية من المسائل الموضوعية<sup>(24)</sup>، فإنه يجب في هذه الحالة أن يصدر القرار بأغلبية تسعة من أعضائه على أن يكون من بينهم الدول الخمسة دائمة العضوية موافقة.

2- الفصل بين العمل السياسي الذي يتخذه مجلس الأمن وفقا للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة وبين العمل القضائي الذي تضطلع به المحكمة الجنائية الدولية، بالرغم من ذلك فإنه لا يوجد في النظام الأساسي للمحكمة آلية تفصل بين عمل المجلس والمحكمة، إلا أنه يمكن الاعتماد



على قرار المجلس الذي يصدر عنه وفق المادة (39) من ميثاق الأمم المتحدة أن يشير في قرار الإحالة إلى المادة (13/ب) من النظام الأساسي والالتزام بها<sup>(25)</sup>.

الفرع الثاني: مدى سلطة المحكمة في قبول قرار الإدعاء من طرف مجلس الأمن أو تقرير عدم اختصاصها.

منذ دخول النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حيز النفاذ، أثرت مسألة ما إذا كان بمقدور مجلس الأمن تقرير موضوع اختصاص المحكمة وقبول الدعوى أمامها؟، وإذ كانت هذه المحكمة ملزمة بمثل هذا القرار؟، هذا ما سيتم الإجابة عليه وفق مواد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، فيما يلي:

"... للمحكمة أن تمارس اختصاصها وفقاً لأحكام النظام الأساسي..."، جاءت المادة (13) صريحة بشأن وجوب مراعاة أحكام النظام الأساسي قبل أن تبدأ بذكر الحالات التي يمكن للمحكمة أن تمارس اختصاصها، وهناك من فسر "حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر... قد ارتكبت" بأن استخدام لفظ "حالة" بدلا من استخدام مصطلح "جريمة" بشكل مباشر له دلالة، وهي أن المسألة لا ترقى إلى الجزم بوقوع هذه الجريمة، وهذا يعني أن للمحكمة أن تقرر غير ذلك وتذهب للقول بعدم وقوع أي جريمة، ومن ثم عدم القيام بأي إجراء حتى وإن كان تحريك الاختصاص قد تم بناء على قرار من مجلس الأمن.

بالعودة إلى مواد النظام الأساسي للكشف عن الطريقة التي تتعامل المحكمة بها مع قرار الإدعاء الصادر عن مجلس الأمن ومدى إلزاميته، نجد أن المادة (53) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية هي الوحيدة

التي أشارت إلى هذه المسائل<sup>(26)</sup>، وبتفحص هذه المادة التي بدأ بها الباب الخامس من النظام الأساسي تؤكد على أن المدعي العام يشرع في التحقيق بعد إحالة من الدول الأطراف أو مجلس الأمن أو دولة غير طرف أو عند مباشرته التحقيق من تلقاء نفسه، فيبادر إلى النظر إلى الأساس القانوني لمباشرة الدعوى أمام المحكمة و يتأكد أولاً على ضوء المعلومات المتاحة له إذا كانت تدل فعلا على إحدى الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة، كما ينظر في توافر شروط المقبولية والأسباب التي تثبت أن التحقيق يخدم مصلحة العدالة ليقر البدء في التحقيق.

مع الإشارة إلى أن مجلس الأمن عندما يحيل إلى المحكمة، فهو لا يتوقع منه عادة أن يحيل قضية بالمعنى المعروف في التشريعات الوطنية كشكوى ضد فرد أو أفراد معروفين بأسمائهم، بل يحيل إلى المحكمة في الغالب حالة معينة يقدر فيها المجلس لأول وهلة وقوعها ضمن نطاق الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة تاركا، للمدعي العام فيها إجراء التحقيق وتوجيه الاتهام إلى فرد أو أفراد معروفين بأسمائهم.

**المطلب الثاني: مدى إلزامية قرار الإدعاء الصادر عن مجلس الأمن بالنسبة**

**للدول**

تعتبر قرارات مجلس الأمن وفق الفصل السابع ملزمة لدول الأعضاء وغير الأعضاء في الأمم المتحدة، فما هو أثر قرار الإدعاء الصادر عنه بمقتضى الفصل السابع إلى المحكمة الجنائية الدولية على الدول؟، ونعني بذلك الدول الأطراف والدول الغير أطراف في النظام الأساسي للمحكمة، وباعتبار أن هذه الأخيرة مكتملة للقضاء الوطني، فهل مجلس الأمن بهذه السلطة الممنوحة له سيمنحها سموا على القضاء الوطني؟، وهل سيلزم الدول الأطراف وغير الأطراف بالتعاون معها؟، هذا ما سيتم الإجابة عليه

فيما يلي:

الفرع الأول: أثر قرار الإدعاء الصادر عن مجلس الأمن على الاختصاص التكميلي والتعاون

إن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية المكمل لاختصاص المحاكم الوطنية يعتبر من أهم الركائز، التي قامت عليها فكرة قبول اختصاص المحكمة لدى أكبر عدد من الدول التي صادقت على نظامها الأساسي، حتى يكون لفضائها الوطني الولاية المبدئية على الدعوى بالنسبة للجرائم الداخلة في اختصاصها والتأكيد على عدم المساس بالسيادة الوطنية، بينت المادة (17) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المسائل التي يجب أخذها بعين الاعتبار عند تقرير مقبولة الدعوى، لكن لم تبين علاقتها بالحالة التي يحيل فيها مجلس الأمن وفقاً للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة حالة ما إليها حسب نص المادة (13/ب).

والسؤال المطروح في هذا الصدد، هل الإدعاء من مجلس الأمن إلى المدعي العام ستحد من اختصاص المحاكم الوطنية في ممارسة ولايتها القضائية بخصوص الجريمة محل الإحالة استناداً إلى مبدأ الاختصاص التكميلي\*؟، خاصة في الحالة التي يكون فيها المدعي عليها دولة ليست طرفاً في النظام الأساسي للمحكمة، وإن كانت هذه الدولة عضواً في منظمة الأمم المتحدة؟، الإجابة عن هذه الأسئلة المطروحة هي محل تباين بين الآراء الفقهية كما هو موضح فيما يلي.

هناك من يرى أن مجلس الأمن متى ادعى أمام المحكمة الجنائية الدولية متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة من شأنه أن يعطل أية مبادرة تقوم بها المحاكم الوطنية، خاصة إذا تضمن أحد بنود قراره الصادر بشأن تلك الحالة طلب الامتناع من الدول عن التدخل في الحالة

المعروضة أو إتيان تصرفات معينة بشأنها<sup>(27)</sup>، على أساس أن ميثاق الأمم المتحدة أعلى قيمة من الناحية القانونية عن غيره من الاتفاقيات الدولية، والمجلس يتصرف في هذه الحالة بموجب الميثاق، وليس بمقتضى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية<sup>(28)</sup>.

يكون لقرار الإدعاء الصادر عن مجلس الأمن خاصة وأنه يتعلق بتهديد للسلم والأمن الدوليين السمو على أحكام النظام الأساسي للمحكمة، ويكون سائبا للاختصاص الوطني، فإذا وقعت إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة (5) من النظام الأساسي في إقليم دولة غير طرف أو كان الجاني أحد رعايا هذه الدولة ولم تعلن هذه الدولة قبولها باختصاص المحكمة، فإن قرار إحالة مجلس الأمن يعقد الاختصاص لها للنظر في هذه الجريمة، ويستبعد شرط قبول الدولة المسبق بممارسة المحكمة لاختصاصها هذا الشرط الذي تتطلبه المادة (3/12) من النظام الأساسي<sup>(29)</sup>.

هناك اتجاه فقهي يعطي لميثاق الأمم المتحدة قيمة قانونية تساوي القيمة التي يعطيها للاتفاقيات الدولية بوجه عام، وعليه فإن تصرف مجلس الأمن في هذا الخصوص محكوماً بمبدأ الاختصاص التكميلي للمحكمة، فالمجلس إذن عند الاستعداد والتحضير لإحالة حالة إلى المحكمة يدعي فيها أن جرائم مرتبطة بالأحوال المنصوص عليها في المادة (39) من ميثاق الأمم المتحدة، لا يمكنه ألا يضع في حسابه إرادة وقدرة دولة ما على المعاقبة على هذه الجرائم فإذا لم يأخذ مجلس الأمن ذلك في اعتباره يمكن أن يواجه بعدم قبول هذا الإدعاء من قبل المحكمة الجنائية الدولية طبقاً للمادة (17) من نظامها الأساسي، والتي تسري أيضاً على فرض الإدعاء بواسطة المجلس أو بواسطة الدول الأطراف<sup>(30)</sup>.

هذا الجدول ليس لمجرد الحديث، وإنما ينطوي على أهمية قانونية

وسياسية لهذه المسألة، حيث يلاحظ أن الرأي الثاني منطوقه أسد وحجته أقوى فالمادة (103) من ميثاق الأمم المتحدة، جاءت صريحة فيما يخص إعطاء الأولوية لأحكام هذا الميثاق على أي التزام دولي آخر يرتبط به أعضاء الأمم المتحدة وكذا الغير، لكن المحكمة ليست بجهاز تابع للأمم المتحدة ولا يحكم العلاقة بينهما إلا اتفاق تعاون مشترك وقع في عام 2004، فهي هيئة قضائية مستقلة تخضع في عملها لنظامها الأساسي دون غيره باعتباره القانون الأعلى الذي رسم حدود عملها.

فالمحكمة ليس لها أي اختصاص على الدول غير الأطراف في نظامها الأساسي لا في إقليمها ولا على رعاياها إلا بموافقتها، فمجلس الأمن تغلب على عضويته دول غير أطراف في النظام الأساسي، فمن التحايل القانوني منح هذه الدول صلاحيات الدول الأطراف في النظام الأساسي دون أن تتحمل عواقب اختصاص المحكمة على أراضيها ورعاياها، وهذا يعد استثناء عن قاعدة الاختصاص التكميلي.

يمكن للمجلس إجبار هذه الدول على التعاون مع المحكمة وفقا لنص المادة (86) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، في إطار التحقيقات وملاحقة الجرائم الواقعة في نطاق ولايتها القضائية، فالجهة المعنية بالتزام التعاون مع المحكمة بموجب هذه المادة هي الدول الأطراف، أما بالنسبة لدول غير الأطراف رغم عدم وجود نص صريح في النظام الأساسي يلزمها بالتعاون معها. إلا أنه يتوجب عليها التعاون مع المحكمة وإن لم تبرم أي اتفاقية تعاون، إذ تم تحليل ذلك من منطلق المادة (39) من ميثاق الأمم المتحدة التي أعطت المجلس صلاحية واسعة في تكييف واقعة ما أنها تهدد السلام العالمي، لذا فإن كل دول العالم تعتبر ملزمة بالانصياع لقراراته، وما يترتب عنه تماما بما يفرضه أي قرار آخر صادر عن مجلس

الأمن بمقتضى المادة (25) من ميثاق الأمم المتحدة، أما عن التدابير العقابية التي يمكن للمجلس فرضها في حالة عدم التعاون، فإن هذا الأخير لم يتضمن نص صريح يتعلق بتحديد ماهية هذه العقوبات، وإزاء ذلك ليس ثمة من سبيل سوى الرجوع إلى القاعدة العامة، وعلى وجه التحديد المادة (39) من الميثاق التي نصت على التدابير التي يجوز للمجلس فرضها وتشمل تدابير عسكرية وأخرى غير عسكرية.

يستوقفنا في هذه الدراسة الإشارة إلى أن الميثاق ترك لمجلس الأمن صلاحية تقدير التدابير والإجراءات المناسبة والتي يمكنه اللجوء إليها ضد الطرف المتقاعس، ولم يضع معيارا مناسباً أو تعريفاً محدداً لمفهوم هذه التدابير، واستقل بوضع المعيار في كل حالة يواجهها. ولا شك أن تقدير المجلس تغلب عليه الاعتبارات السياسية والمصلحية، مما قد يترتب عليه فقدان الأثر القانوني للحكم.

### خاتمة

من خلال بحث الجوانب المختلفة لادعاء مجلس الأمن أمام المحكمة الجنائية الدولية، التي حاولنا من خلالها الإجابة على الأسئلة المطروحة في إشكالية الدراسة، توصلنا إلى النتائج التالية:

- خولت المادة (13) من النظام الأساسي لمجلس الأمن الحق في إحالة قضية إليها، عندما يتعلق الأمر بجريمة منصوص عليها في المادة (5)، شريطة أن تكون قد وقعت بالفعل، وأن يتصرف المجلس في هذا الإطار بموجب الفصل السابع الذي يتعلق بالترتيبات المتخذة في حالات تهديد السلم والأمن الدوليين، وأن تصدر منه عن طريق قرار ووفقاً للإجراءات المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة.

- للمحكمة الحق في قبول قرار الإدعاء من طرف مجلس الأمن أو

رفضه، على أساس أن الإدعاء من طرف المجلس هي مجرد لفت نظر المحكمة إلى وجود حالة فيها تهديد للسلم والأمن الدولي.

- تنطوي هذه الإمكانية على أهمية كبرى على اعتبار أنها تسمح للمحكمة بالبت في قضايا بغض النظر عن جنسية المتهم أو محل ارتكابه للجريمة وسواء تعلق الأمر بدولة طرف في النظام الأساسي للمحكمة أم لا، وهذا يعد استثناء عن قاعدة الاختصاص التكميلي، كما يمكن للمجلس إجبار هذه الدول على التعاون مع المحكمة.

- تطبيقاً لما سبق اتخذ مجلس الأمن قراره رقم (1593) بتاريخ 31 مارس 2005 بناء على مقتضيات الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، الذي طلب فيه إحالة الوضع في دارفور إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، يعاب على هذا القرار أنه يمثل ازدواجية العدالة فمن ناحية يحيل المواطنين السودانيين إلى المحكمة، ومن ناحية أخرى تضمن نفس القرار حماية للجنود الأمريكيين المشاركين في العمليات أو الداعمين لها بالسودان، حتى لا تستخدم الولايات المتحدة حق النقض. إضافة إلى إصدار مذكرة توقيف ضد الرئيس السوداني، يثير عددا من الأسئلة والإشكالات، فبغض النظر عن مدى صدق هذه الاتهامات فإن ما يثير الانتباه في هذا الأمر هو أن قرار الإدعاء الذي قاده مجلس الأمن في مواجهة السودان، كان من الأجدر والمناسب أن ينصب على الجرائم الإنسانية الخطيرة التي ارتكبتها الولايات المتحدة في العراق، أفغانستان وغوانتانامو...، وعلى الجرائم التي ترتكبها إسرائيل بشكل مستمر في حق الشعب الفلسطيني على مرأى ومشهد المجتمع الدولي آخرها كان في غزة مطلع عام 2009، ولم يحرك مجلس الأمن ساكنا. بعدما عجزت منظمة التحرير الفلسطينية عن رفع الدعوى أمام المحكمة لمعاقبة الإسرائيليين المسؤولين عن الجرائم التي ارتكبوها.

وعليه لا بد من إعادة النظر في هذه النقائص التي تشوب النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، منها منح حركات التحرر الوطنية الحق في إحالة الدعاوى أمام المحكمة، خاصة أن البروتوكول الإضافي الأول المكمل لاتفاقيات جنيف الأربعة لسنة 1977، منح النزاعات المسلحة التي تكون إحدى هذه الحركات أطرافاً فيها صفة الدولية.

-الهوامش:

1- د/ حسام أحمد الهنداوي: حدود سلطات مجلس الأمن في ضوء النظام العالمي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1984، ص 343.

2- د/ أحمد عبد الله أبو العلا: تطور دور مجلس الأمن في حفظ السلم والأمن الدوليين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 52.

3- توصية تعبر عن آراء المنظمة في وضع دولي معين تفتقر للقوة الإلزامية، إلا أنها تحظى بقيمة قانونية تتجاوز مجرد القيمة الأدبية لها وتخاطب الدول الأعضاء والغير أعضاء في المنظمة، وقد تصدر من هيئة إلى هيئة أخرى في نفس المنظمة، القرار هو التصرفات الصادرة عن الإرادة المنفردة، ويحدد الميثاق القرارات الملزمة وعموما تملك المنظمات الدولية سلطة إصدار التوصيات غير الملزمة ولكنها لا تملك إلا نادرا سلطة إصدار القرارات الملزمة.

أنظر- د/ محمد يوسف علوان: القانون الدولي العام (المقدمة والمصادر)، الطبعة الثالثة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007، ص 477.

4- Evelyne LAGRANGE: Les opérations de maintien de la paix et le chapitre VII de la charte des Nations Unies, Edition Montchrestien, 1999, p.36.

5- د/ أحمد شلبي: التنظيم الدولي، النظرية العامة والأمم المتحدة، الدار الجامعية، مصر، 1987، ص 341.

6- د/ مدوس فلاح الرشيدى: "آلية تحديد الاختصاص وانعقاده في نظر الجرائم الدولية وفقا لاتفاق روما لعام 1998: مجلس الأمن الدولي، المحكمة الجنائية الدولية والمحاكم الوطنية"، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة 27 جوان 2003، ص 63.

7- هذا ما صرح به صراحة ممثل عن المنظمات الغير حكومية الكندية "المركز الدولي لحقوق الفرد والحكومات الديمقراطية أثناء المفاوضات التي أدت إلى اعتماد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية:

"Si certains état peuvent utiliser la CPI à leur propres fins politique, ou si certains individus échappent à la compétence de la CPI à leurs propres fins politique..."



Voir - Benjamin R.DOLIN: La cour pénale internationale « Les inquiétudes des Américains relativement à un procureur de la poursuite internationale ».

(www.parl.gc.ca/information/library:PRBpubs/prb0211-f).

8- A/conf.183/c.1/SR.10, Arabic, p15.

9- د/حازم محمد عتلم: "نظم الإدعاء أمام المحكمة الجنائية الدولية"، بحث منشور في المحكمة الجنائية الدولية المواءمات الدستورية والتشريعية، مجلة الصليب الأحمر، الطبعة الرابعة، 2006 ص 169.

10- Serge SUR: « Vers une cour pénale International, la convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Sécurité », R.G.D.I.P, Vol 103, 1999, p44.

11- Flavia LATTANZI: « Compétence de la cour pénale internationale et consentement des Etat », R.G.D.I.P, N1, 1999, p.427.

\*- المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا التي أنشأت بموجب قرار مجلس الأمن رقم 808 سنة 1993 والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا التي أنشأت بموجب قرار مجلس الأمن رقم 955 سنة 1994

12- د/ معتصم خميس مشعشع: "الملامح الأساسية للمحكمة الجنائية الدولية"، مجلة الأمن والقانون، السنة التاسعة، العدد الأول، جويلية 2001، ص 334.

13- André DULAIT: «Rapport d'information Des Etats importants ont rejeté le projet de la cour de la cour pénale internationale », (http : www. Senat.fr/rap/r98-313/r98-3133.html).

14- د/ معتصم خميس مشعشع: المرجع السابق، ص 333.

15- Flavia LATTANZI: op.cit, p294.

16- د/ معتصم خميس مشعشع: المرجع السابق، ص 337.

\*- اعتمدت من قبل جمعية الدول الأطراف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في دورتها الأولى المنعقدة في نيويورك خلال الفترة من 3 إلى 10 سبتمبر 2002، وتعد وسيلة لتطبيق وتعزيز أحكام النظام الأساسي للمحكمة.

17- المادة (126) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

18- د/ عصام عبد الفتاح مطر: القضاء الجنائي الدولي (مبادئه، وقواعده الموضوعية والإجرائية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 296-297.

19- تصريح مستشار المملكة المتحدة في قضية لوكربي: ICJ Verbatim Record CR 92/3 at 74 1992

20- د/ مدوس فلاح الرشيد: "آلية تحديد الاختصاص وانعقاده في نظر الجرائم الدولية وفقا لاتفاق روما لعام 1998: مجلس الأمن الدولي، المحكمة الجنائية الدولية والمحاكم الوطنية"، ص 23 هذا الرأي منسوب إلى :

- Roberts K: Second-guessing the Security Council the International Court of Justice and its powers of Judicial Review, Pace International law Review, 1995-2, Vol 7, p.281.

21- Michael WOOD : «The Security Council's Powers and their Limits», Cambridge University press, 2006, p.14.

22- د/ نايف حامد العليمات: جريمة العدوان في ظل نظام المحكمة الجنائية الدولية، رسالة دكتوراه جامعة عمان العربية لدراسات العليا، الأردن، 2006، ص 243.

23- Grégoré BERKOVICZ: La place de la cour pénale internationale dans la société des états, L'Harmattan, paris, France, 2005, p.315.

24- انظر التصريح المشترك لدول الكبرى أثناء إعداد ميثاق الأمم المتحدة في سان فرانسيسكو عام 1945، الذي ذهب إلى أن المسائل المنصوص عليها في المواد (28-32) من الميثاق تعد من المسائل الإجرائية، وتمثل هذه المسائل في تمثيل مجلس الأمن تمثيلاً دائماً في مقر الهيئة وجوباً.

25- د/ نايف حامد العليمات: المرجع السابق، ص 243 - 244.

26- د/ ثقل سعد العجمي: "مجلس الأمن وعلاقته بالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية"، مجلة الحقوق، السنة التاسعة والعشرون، ديسمبر 2002، ص 35.

\*- الاختصاص التكميلي هو ما يطلق عليه التكامل الموضوعي ويتصل هذا النوع من التكامل بالجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، أما النوع الثاني للتكامل فهو التكامل الإجرائي وما يعبر عنه بالتعاون المتبادل وقيام تعاون مشترك بين السلطات الوطنية والمحكمة الجنائية الدولية في ذات الإجراء، حيث تقوم السلطات الوطنية بجزء وتكمل المحكمة الباقي أو العكس، ويتفرع عن هذا النوع التكامل الإجرائي الجزئي وهو عدم الازدواجية في الإجراءات بين القضاء الوطني والمحكمة الجنائية الدولية، أما النوع الثالث للتكامل فهو التكامل التنفيذي أو التكامل في تنفيذ العقوبة بين التشريعات الوطنية والمحكمة الجنائية الدولية. هذا التقسيم ينسب إلى د/ عبد الفتاح محمد سراج: مبدأ التكامل في القضاء الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص 55 وما بعدها.

27- د/ عمر محمود المخزومي: القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 2007، ص 360.

28- في الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية حول الإجراءات التحفظية في قضية لوكربي استندت المحكمة إلى المادة (103) من الميثاق، ورجحت سمو قرار مجلس الأمن رقم (784 / 1992) على أحكام اتفاقية مونتريال لعام 1971، التي تلزم ليبيا بتسليم وإما بمحاكمة المتهمين، لكن القرار (748 / 1992) المتوافق مع القرار (731 / 1992) يلزم ليبيا بتسليم مواطنيها، ويترتب على ذلك وجود تنازع التزامات بين القرار رقم (748) واتفاقية مونتريال، والذي يقضي بإلغاء محاكمة المتهمين وبالتالي تسليمهم.

Voir- Christian DOMINICE: « l'article 103 de la charte des nations unies et le droit international humanitaire », la politique étrangère, I.F.R.I, 1993.p3.

29- د/ معتصم خميس مشعشع: المرجع السابق، ص 335.

30- Ornella PORCHIA: « Les relations entre la cour pénale internationale et l'organisation des nations unies », La justice pénale internationale entre passé et avenir (ouvrage collectif), sous la direction de : Mario CHIAVARIO, Giuffrè editor, 2003, pp119-120.

## دور الدولة ومسئوليتها القانونية في الأزمة المالية الحالية

بقلم

د / أحمد الجبير

كلية القانون - جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا  
الإمارات العربية المتحدة



### الملخص

الإدارات المالية في البلد عادة ما تتخذ قرارات تراها ضرورية للاقتصاد الوطني. ولكن هذه القرارات قد تؤدي إلى نتائج عكسية (كالدخول في أزمة مالية أو اقتصادية)، مما تسبب أضراراً للغير. ورغم ذلك نرى أن الفقه بشكل عام لا يوافق على تحميل الدولة مسؤولية أخطاء مؤسساتها. والسبب في ذلك يعود إلى: الشروط الواجب توفرها في الضرر. وبالنتيجة، لا يمكننا القول بأن الدولة مسئولة عما حدث.

### Résumé :

Souvent, les institutions financières des pays prennent des décisions qu'elles jugent nécessaire pour l'économie nationale. Ces décisions peuvent entraîner des résultats contraires à ceux escomptés (tel que l'apparition d'une crise financière ou économique), causant ainsi des dommages à des tiers.

Cependant, nous remarquons que la jurisprudence en général n'octroie pas la responsabilité à l'Etat malgré les erreurs de ses institutions. En se déclarant responsable l'Etat à donc l'obligation de dédommager les secteurs touchés. En conséquence nous ne pouvons imputer la responsabilité de ces faits à l'Etat.

## مقدمة

تمر اقتصاديات دول العالم بأزمات دورية. وقد يصل البعض منها حد الانهيار، وبعد كل أزمة تتدخل الدول منعاً لحصول ذلك. إلا أن تدخل الدولة المشار إليه غير واضح المعالم.

عليه أصبح من المهم تحديد ملامح الخلل تجاه ما يحصل وما يترتب على ذلك من خلال دراسة:

1. ماهية الأزمات الاقتصادية والمالية والجوانب المحركة لها.
2. بيان دور الدولة ومدى مساهمتها في إدارة اقتصاديات بلدانها.
3. تحديد جوانب الخلل في القرارات المالية والاقتصادية المسببة للأزمة الاقتصادية والمالية.

4. بيان ما يمكن للدول أن تقوم به لمعالجة مثل هذه الظواهر الضارة.

- موضوع الدراسة:

تعرض الدراسة لدور الدولة وفقاً للمذاهب الاقتصادية المختلفة ووسائل تأثيرها ودورها الرقابي في التوجيه والتأثير في اقتصاديات البلد وبالتالي رسم حدود الخلل لهذه الأزمة وبيان مسؤولية ذلك الخلل، وما يتوجب القيام به في مثل هذه الحالات.

- أسباب اختيار البحث:

ليس بالجديد أن تمر بلدان العالم بأزمات اقتصادية ومالية، وليس بالجديد أن يسعى علماء الاقتصاد لمعالجة هذه الظواهر في ظل الأنظمة الاقتصادية المختلفة، ولكن الجديد في البحث هو إثارة موضوع تحديد دور ومسؤولية الدولة تجاه ما يحصل وما يمكن أن يترتب على هذه المسؤولية من التزامات، رغم اختلاف النظم الاقتصادية المعمول بها في بلدان العالم المختلفة.

### - مشكلة البحث:

تنحصر مشكلة البحث في السؤال عن مدى مسؤولية الدولة في الأزمة المالية الحالية والكيفية التي يتوجب على الدولة الأخذ بها لإصلاح الخلل وتفادي الضرر المستقبلي.

ورغم أن بعض الحكومات تقوم بإجراءات ذات طابع علاجي لمنع انهيار بعض المؤسسات الاقتصادية. إلا أن هذه الإجراءات لا تعني بأي حال على أنها التزامات واجبة على الدولة تنفيذها.

### - منهج البحث:

اعتمد البحث على المنهج التاريخي في استعراض دور الدولة وفق المذاهب المختلفة والأزمات المالية والاقتصادية التي واجهت اقتصاديات العالم، والمنهج المقارن في توضيح اختلاف دور الدولة في النظم الاقتصادية المختلفة تبعاً لاختلاف المذاهب الفكرية، ومن ثم المنهج التحليلي في تحديد مسؤولية الدولة على ضوء مدى تدخلها واستخدامها لوسائل التأثير المختلفة في توجيه اقتصادياتها.

### - الأسئلة المطروحة للبحث هي:

1. ماذا نقصد بالأزمة المالية والاقتصادية وما هي أسبابها وتداعياتها؟
2. ما مقدار الدور الذي تلعبه الدولة في الاقتصاديات المختلفة؟
3. مدى مسؤولية الدولة في خلق الأزمة الاقتصادية والمالية.
4. وما الذي يتوجب على الدولة القيام به لتلافي الوقوع في الأزمات الاقتصادية والمالية؟.

### - أهداف الدراسة:

إن هدف هذه دراسة هو أن تجيب على الأسئلة التي سبق طرحها، مع التأكيد على الأخذ بما تقدمه من مقترحات وحلول لتعزيز دور الدولة في

تنمية اقتصادياتها.

- خطة البحث:

المبحث الأول: الأزمة المالية الحالية.. جذورها وأسبابها.

المبحث الثاني: دور الدولة الاقتصادي.

المبحث الثالث: مسؤولية الدولة القانونية في الأزمة المالية.

المبحث الرابع: مقترحات وحلول للمواجهة.

الخاتمة.

### المبحث الأول:

#### الأزمة المالية الحالية.. جذورها، وأسبابها.

يتركز بحث هذا الموضوع على تناول النقاط التالية.

أولاً: الأزمات الاقتصادية والمالية:

يشهد الاقتصاد العالمي وبصفة عامة، والأسواق المالية الدولية والوطنية بصفة خاصة، اضطرابات وعدم استقرار لم يشهد لها مثيل منذ الكساد العالمي الكبير الذي حدث في العام 1929 - 1934.

ويشير بعض الاقتصاديين بأن الأزمة المالية للدولة لا تعني عملية إدخال بعض التعديلات التقنية التي تسمح بحل المشكلة.<sup>(1)</sup>

بل و"يصعب أن نتصور في الميدان الاقتصادي أن نجد نتائج لأحداث شديدة التطرف أو مخيفة جداً".<sup>(2)</sup> كما يحصل في عالم اليوم.

وعند دراسة الحالة للسنوات السابقة: نرى أنه وفي نهاية ستينات القرن الماضي: ظهرت بوادر الأزمات الاقتصادية والمالية، والتي ساعدت على ظهور مشاكل واضحة للعيان وتناولتها الكثير من الدراسات كمشاكل: البطالة، الأجور، والتضخم الذي انتشر بشكل كبير.

أما في بداية أعوام السبعينات: فقد واجهت الولايات المتحدة الأمريكية عجزها التجاري الأول. وهذا ما دعا بالرئيس نيكسون إلى إلغاء غطاء العملة المحلية (حيث كان الدولار مغطى بالذهب)، مما وضع حداً (لنهاية استخدام نظام بروتون وودز (Bretton Woods 1944) .

أما بعد حرب 1973 ونتيجة لاستخدام العرب النفط كسلاح في المعركة، انزلت الاقتصاد العالمي سنة 1974 في أزمة اقتصادية بسبب ارتفاع أسعار البترول.

وقد لحق ذلك تذبذب بأسعار الدولار. إذ شهد انخفاضاً للفترة من 1976-1980 وتبعها انخفاض آخر أمتد من عام 1985 حتى الوقت الحاضر، وقد تسبب ذلك في التأثير سلباً على النشاط الاقتصادي، حيث تصاعدت نسب البطالة، وظهرت المشاكل المتعلقة بالواردات.

أما في العام 1976، وبعد اتفاق جامايكا أصبحت أسعار العملات تتغير وفق نظريات العرض والطلب في السوق، مما أدى إلى أن تصبح العملات محلاً واسعاً للمضاربة.

ومن أجل محاربة التضخم فقد بدأت الولايات المتحدة الأمريكية باتباع سياسات ضريبية شديدة وإقراض ميسرة للغاية. إلا أن هذه السياسات أدت بالنتيجة إلى تباطؤ في وتيرة النمو الاقتصادي في البلد.

هذا وقد رافق بروز ظاهرة التضخم (الذي لم تعالجه الإدارة الأمريكية بشكل كامل)، سياسات توسع كبيرة في الإقراض (المديونية) لبلدان العالم الثالث من ودائع البلدان المنتجة للنفط التي أودعت عوائدها في البنوك الغربية وهو ما زاد من عمق المشكلة بدلاً من المساعدة على حلها .

وفي العام 1979 حصل ارتفاع جديد لأسعار البترول نجم عن اندلاع الثورة الإيرانية، رافقه ارتفاع شديد في أسعار الائتمان (ارتفاع أسعار الفائدة



بشكل كبير حيث وصلت إلى 20% في الأعوام 1981/1980، بسبب السياسات النقدية التي اتبعتها الولايات المتحدة الأمريكية، (وذلك عن طريق الحد من الإصدار النقدي) الذي تسبب في ندرة وارتفاع أسعار الدولار، ومما أدخل العالم في أزمة اقتصادية.

وسرعان ما تسببت مشكلة المديونية لبلدان العالم الثالث التي تمت الإشارة إليها بأزمة جديدة هددت النظام المالي العالمي، وخصوصاً عندما أعلنت المكسيك عدم قدرتها على تسديد ديونها، وتبعها دول عديدة عليها مديونيات كبيرة في الإعلان عن عجزها أيضاً، مما جعل البنوك المقرضة الكبرى (الأمريكية على وجه الخصوص) على حافة الإفلاس.

وفي كل مرة يواجه فيها العالم أزمة اقتصادية ومالية يتساءل المختصون: فيما لو أن الدولة أو النظام الاقتصادي الرأسمالي هو الذي يواجه الأزمة. (3) وسنحاول الإجابة على هذا السؤال في مجال آخر من هذا البحث.

ثانياً: الأزمة المالية .. مفاهيم وأسباب:

#### 1. التعريف بالأزمة المالية:

لا يوجد تعريف محدد للأزمة المالية ولكننا، نأخذ بتعريفها بكونها: الانخفاض المفاجئ في أسعار نوع أو أكثر من الأصول. والأصول تكون:

- أما رأس مال مادي يستخدم في العملية الإنتاجية مثل: الآلات والمعدات والأبنية وأما أصول مالية هي حقوق ملكية لرأس المال المادي أو المخزون السلعي مثل الأسهم وحسابات الادخار مثلاً، أو أنها حقوق ملكية للأصول المالية وهذه تسمى مشتقات مالية ومنها العقود المستقبلية (النفط أو العملات الأجنبية مثلاً).

فإذا انهارت قيمة أصول معينة بشكل مفاجئ، فإن ذلك يعني إفلاس أو انهيار المؤسسات التي تملكها.

ولكن السؤال الذي يطرح هو: كيف يتم ذلك الانهيار؟ والجواب هو: قد يحدث مثل هذا الانهيار المفاجئ في أسعار الأصول نتيجة انفجار فقاعة سعرية.

والفقاعة السعرية تعني: عملية بيع وشراء كميات كبيرة من نوع أو أكثر من الأصول المالية أو المادية كالأسهم أو المنازل مثلاً بأسعار تفوق أسعارها الطبيعية أو الحقيقية). ونعني بالسعر الحقيقي هو: مجموع القيم الحالية للعائد المستقبلي المتوقع للأصل، (كعوائد السهم أو السند أو العقار في المستقبل).<sup>(4)</sup>

ويمكن تعريف الأزمة المالية أيضاً: على أنها تلك التذبذبات التي تؤثر كلياً أو جزئياً على مجمل المتغيرات المالية، حجم الإصدار، أسعار الأسهم والسندات، وكذلك اعتمادات الودائع المصرفية، ومعدل الصرف. هذا الاختلاف في تقدير الظواهر الخاصة بالارتفاع والانخفاض يستلزم فترة طويلة لتفسيرها.<sup>(5)</sup>

وهناك الكثير من الآراء الاقتصادية والقانونية والتي تتناول الأزمة الحالية من جوانب مختلفة وسنشير في هذا المجال إلى:

الدراسات والآراء التي تنصب على ماهية الأزمة: وتناقش تفاقم الاختلافات بين المؤيدين لتدخل الدولة (الذين يرون بأن الليبرالية هي عملية إلغاء لجميع القواعد). ومعارضيه (الذين يرون بأن تدخل الدولة في السوق هو الفوضى الكلاسيكية المعروفة، وما الأزمة المالية الحالية سوى عذر للعودة بالاقتصاد إلى يد الدولة).<sup>(6)</sup>

ولكن المعارضون لهذه الآراء يرون أن الفشل يأتي بسبب أن الدولة غير حرة، بمعنى أن الدول لم تترك الحرية الكافية للسوق للعمل وفق المفهوم الليبرالي وبالتالي فإنها لا تكسب سوى الفشل وخيبة الأمل جراء عدم ترك

الاقتصاد يعمل بحرية. إذ يعتقدون بأن السبب الأساسي للأزمة هو السياسات النقدية التي تبعتها الدولة، وإلى انخفاض سعر الفائدة ليصل 1% في العام 2003 والذي شجع بدوره الإقراض بشكل كبير.<sup>7</sup>

البعض يشير إلى أن الأزمة الاقتصادية والمالية العامة تجد جذورها في الضعف العام للنظام الرأسمالي (أنجلو - سكسون) والذي يتمحور في: الاعتقاد القوي بحرية السوق، السوق الحرة، حرية المشروع، وحرية التجارة. وهناك من يعتقد بأن الأزمة المالية ما هي إلا أزمة مفتعلة لها أغراض وأبعاد مختلفة خلقتها الدول المتقدمة صناعياً لأهداف مختلفة.

إلا أن بعض التحليلات تؤكد على: أن الأزمة المالية ما هي إلا عمليات اقتصادية محسوبة بشكل واسع وتنفذ عن طريق البنوك القوية والقادرة على تهديد الدولة بالإفلاس التام من أجل الوصول إلى المآرب، هذه البنوك الخاصة والقوية جداً تعمل على تقديم عروض لا يكمن للدولة أن ترفضها.<sup>8</sup> بمعنى أن البنوك المشار إليها تهدد بإعلان إفلاسها إذا لم تقدم الدولة لها المساعدات والدعم المادي للاستمرار.

في حين أن بعض الخبراء من يؤكد على أن جذور الأزمة الحالية تجد مكانها في أسباب الزيادة في حجم المديونية وما تلاها من تغييرات بعد التضخم، وهي (تغييرات عميقة تتعلق بالمجال المالي، وعلى مستوى أسعار الأصول ومعدلات الفائدة وتنمية أسواق المال إضافة إلى التغييرات على مستوى الشركات). وبالنتيجة فقد أسفرت هذه التغييرات عن الاستيلاء على السلطة المالية، (على مستوى كلاً من الشركات والقطاع المالي).<sup>9</sup>

إلا أن أغلب الدراسات الاقتصادية تعزي باللائمة على أزمة الديون العقارية في الولايات المتحدة الأمريكية. وهذا ما يتم التأكيد عليه غالباً. فما هي الأسباب الحقيقية إذن؟

## 2: الأزمة المالية الحالية.. الأسباب والمعالجات.

الأزمة الاقتصادية والمالية التي نمر بها حالياً تقود إلى الاستقرار بطريقة حاسمة على أن هناك موضوعين وهما أخلاق العمل التجاري والاختيارات الاقتصادية الدائمة، تم الحكم عليهما منذ أشهر قليلة بأنهما كانا:

- سياسياً خطأً.

- وتجارياً ليسا في الموضوع الصحيح.<sup>(10)</sup>

وعليه يشهد الاقتصاد العالمي بصفة عامة، والأسواق المالية الدولية والوطنية بصفة خاصة، اضطرابات وعدم استقرار لم يشهد لها مثيل منذ الكساد العالمي الكبير الذي حدث في العام 1929-1934. ويشير بعض الاقتصاديين بأن الأزمة المالية للدولة بأنها: لا تعني عملية إدخال بعض التعديلات التقنية التي تسمح بحل المشكلة.<sup>(11)</sup> بل و"يصعب أن نتصور في الميدان الاقتصادي أن نجد نتائج لأحداث شديدة التطرف أو مخيفة جداً".<sup>(12)</sup>، كما يحصل في عالم اليوم.

ولكن السياسات التي عمل بها بنك الاحتياطي الفيدرالي الأمريكي مثل:

- ضخ كميات كبيرة من المال في مختلف جوانب الاقتصاد الأمريكي.
- تخفيض أسعار الفائدة، من 3.5% في آب (أغسطس) 2001 إلى 1% فقط بحلول منتصف عام 2003.

- هذه السياسات تسببت:

1. في جعل الاقتراض (بشكل عام) أكثر سهولة وبأقل كلفة.
2. وأضعفت قيمة العملة الوطنية.
3. ورفعت من معدلات التضخم.

ولكن السمة المميزة في هذه المرة تلخصت بكون موجة الاقتراض الجديدة

تركزت في قطاع (الإسكان) وهو ما تسبب في انفجار الأزمة الحالية.

إذ من المعروف بأن انخفاض أسعار الفائدة<sup>(13)</sup> حفز الناس عموماً على شراء المساكن، وهو كما نرى أمر طبيعي، ولكن المشكلة بدأت تظهر إلى الوجود بعد أن:

1. سارعت البنوك التجارية والاستثمارية إلى ابتكار آليات مالية جديدة عملت على توسيع حدود الائتمان الخاص بالمساكن لصالح المقترضين ودون الحصول على الضمانات الكافية.

2. ووقوف بنك الاحتياط الفيدرالي كالمتفرج ودون أي إجراء لوضع ضوابط لمثل هذه الممارسات. وفي النهاية، فقد كان بوسع أي شخص أن يقترض ليشتري مسكن بدفعة أولية بسيطة جداً (أو حتى بدون أن يدفع أي شيء على الإطلاق) وبأقساط موزعة على سنوات طويلة في المستقبل. وهذا ما نعتبره البداية على خطورة الموقف.

3. وهذا ما دفع إلى زيادة الطلب على القروض من البنوك.

ومع زيادة الطلب على قروض الإسكان ارتفعت أسعار المساكن نتيجة للإقبال على الشراء، الأمر الذي جعل البنوك تشعر بالأمان حين تمنح القروض لمن لا يملكون الضمانات الكافية. وليس هذا فحسب بل أن فكرة البنوك بمنح القروض دون ضمانات استندت على قاعدة أن البنوك:

● قادرة على القيام بحجز المساكن إذا ما تأخر المقترضون عن سداد القروض.

● وعلى أن قيمة المساكن سترتفع نتيجة لزيادة الطلب المستمرة عليها. هذه الفكرة كان لها أن تنجح لو أن أسعار المساكن بقيت على نفس الوتيرة في الارتفاع، ولكن الذي لم يكن في الحسبان هو أن: أسعار المساكن وصلت إلى أعلى حد لها، ثم بدأت بعدها في الهبوط، وهذه النقطة هي التي كانت حاسمة.

حيث إن هبوط أسعار العقارات، تسبب في أن تعدل البنوك شروط الإقراض بحيث أصبحت أصعب وليس كما كانت في السابق، ولا استمرار حالة الهبوط في الأسعار وتقصير المدينين عن السداد اضطرت البنوك المقرضة إلى:

استرداد المساكن من المقترضين المتخلفين<sup>(14)</sup> عن السداد عن طريق حجز المساكن، ولكن هذه العملية تمت بعد أن أصبحت قيمة المساكن لا تساوي قيمة القروض أصلاً. وبهذا فقد:

بلغت الفقاعة المالية في الأعوام 2007/2006 ذروتها مما تسببت ذلك في انهيار الكثير من المؤسسات المالية التي كانت توصف بأنها قوية ذات يوم.

وبدأت البنوك التي منحت قروضاً عقارية ضخمة في الإبلاغ عن الخسائر الضخمة التي منيت بها، (والتي كانت كافية في بعض الأحيان لتدمير البنك ذاته)، كما حدث مع بنك بير شتيرنز (Bear Stearns). وقد رافق تلك الفقاعة أن اتبعت الدولة الأمريكية سياسة:

- انخفاض معدلات الإنفاق.
- وتبنى (بنك الاحتياطي الفيدرالي)، منذ خريف 2007 سياسة تخفيض أسعار الفائدة في محاولة منه لمنع الركود الاقتصادي ومساعدة البنوك المتعثرة على المضي قدماً.
- ولكن السياسة النقدية المتساهلة التي انتهجها بنك الاحتياطي الفيدرالي تلك: أدت إلى ارتفاع معدلات التضخم بدلاً من تحسن الوضع للاقتصاد الأمريكي.
- إذ قفزت أسعار النفط والغذاء والذهب إلى أرقام تاريخية قياسية،
- وانخفضت قيمة الدولار إلى مستويات لم يسبق لها مثيل.

● وأصبح سعر اليورو أكثر من دولار أمريكي، بعد أن كان 0.9 دولار في كانون الثاني بداية 2002 وقد تعدى ذلك في الوقت الحاضر. ورغم ذلك، فقد استمر بنك الاحتياطي الفيدرالي في محاولاته، لتجنب الركود الاقتصادي، عن طريق ضخ المزيد من النقود في مختلف جوانب القطاعات الاقتصادية الأمريكية، الأمر الذي أدى إلى تفاقم الضغوط التضخمية.

● عليه فالمؤشرات الاقتصادية كانت تشير إلى أن البنك الاحتياطي الفيدرالي قد وصل إلى مرحلة العجز لمنع انحدار اقتصاد الولايات المتحدة باتجاه الركود الاقتصادي، وسرعان ما تبين انحداره إلية، وهو ما يعانيه حالياً.

● عالية نشير بأن أسباب الأزمة المالية هي نتيجة لمركب مختلف من الموضوعات المتداخلة..

● ولكن أهم الأسباب فيها هو: "التوسع الكبير في حجم ونوعية الائتمان والاتجار في المشتقات المالية، وتجاوز حدود الأمان في منح الائتمان، في ظل غياب ضوابط تحكم سلوك المؤسسات المصرفية، وضعف رقابة البنوك المركزية والجهات الإشرافية، بل وغياب هذه الرقابة على بعض المؤسسات المالية".<sup>(15)</sup>

● ويظهر من ذلك أن اللاعب الرئيس في هذه الأزمة هو الدولة. فما هو دور الدولة في اقتصاديات الدول؟

### المبحث الثاني

#### دور الدولة الاقتصادي

عرف الاقتصاد الأوربي في الربع قرن الذي تلا الحرب العالمية الثانية، نمواً وتنمية لم يسبق لها مثيل في التاريخ، مما تسبب في نسيان الأزمات الاقتصادية.

وغني عن القول أن الولايات المتحدة الأمريكية هي الدولة التي أمنت

قاعدة هذه التنمية، وتسببت في انتشارها عن طريق:

- التوسع في الشركات المتعددة الجنسية،
- وإعادة بناء اقتصاديات كل من أوروبا واليابان،
- ووضع اليد على ثروات العالم الثالث،
- وعلى الاستهلاك الكلي.

إلا "أن مظاهر الاختلالات الأولى كانت في بداية أعوام الستينات، إذ ظهرت على شكل توقف في نمو الإنتاجية، وانخفاض في الأرباح"<sup>(16)</sup>.  
ولكن خلال تلك السنوات حازت الحكومات على دورها في تأمين الاستقرار الاجتماعي الضروري لهذا النمو.

ومن المعروف أن الدولة لعبت ولا زالت تلعب دوراً هاماً وأساسياً في خدمة مجتمعاتها وفي تطور اقتصادياتها، وبكل تأكيد فإن هذا الدور يختلف من دولة إلى أخرى من حيث:

1. طبيعة ومقدار هذا الدور.
2. وطبيعة النظام الاقتصادي والاجتماعي المعمول فيه في تلك الدولة.
3. ودرجة تطور الدولة.
4. الظروف والأوضاع المختلفة التي تعيشها الدولة.

إذ أن الدول تؤدي أدواراً تختلف عن بعضها البعض بحسب طبيعة النظام الاقتصادي المعمول في المجتمع فدور الدولة في النظام الرأسمالي يختلف عن دورها في النظام الاشتراكي وكذلك الحال في النظام الاقتصادي الإسلامي.

ولكن السؤال الذي يثار هو:

ما الذي يدفع الدولة لأن تلعب دوراً في اقتصاديات المجتمعات؟ وما هو حجم الدور الذي تلعبه؟

والجواب هو أن هناك جملة أسباب منها:



1. قصور آلية السوق للاستجابة لحاجات الناس وتحقيق الاستخدام الكامل للموارد..

2. الأزمات الاقتصادية والمالية المتكررة والمتسببة في حالات التضخم والكساد.

3. ظهور النظام الاقتصادي الاشتراكي الذي يأخذ بنظام التخطيط المركزي.

4. الاستقلال السياسي والاقتصادي للدول النامية.

5. الحروب الإقليمية.<sup>(17)</sup>

وكلنا يعرف بأن: نظام السوق ما هو إلا شكل تنظيمي يتلقى حاجات ورغبات الأفراد المختلفة ويعكسها على شكل قوى عرض وطلب.

وعلى ضوء ذلك يتم توجيه الموارد الاقتصادية للإنتاج في الحلقات التي تؤدي إلى تلبية الحاجات والرغبات المختلفة للأفراد.

هذه الآلية تتم دون تدخل من أحد أو تخطيط مسبق من أي جهة كانت. بمعنى أنها تتم عبر آلية السوق ومن خلال التقاء كلاً من العرض والطلب وتوازنها.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو: هل أن هذه الآلية (نظام السوق) تشبع جميع الحاجات الإنسانية في المجتمع؟ والجواب هو قطعاً كلا.

والسؤال الثاني هو: لماذا يعجز نظام السوق عن إشباع جميع الحاجات في المجتمع؟ والجواب هو: أن نظام السوق قادر على إشباع الحاجات والرغبات الفردية، إلا أنه لا يستجيب لقدر كبير من الحاجات الاجتماعية والتي منها: الحاجة إلى الأمن الداخلي، وتحقيق العدالة، والدفاع الخارجي عن الوطن.

هذا النوع من الخدمات يعجز الفرد عن القيام بها وذلك لأنها: مجهددة ومكلفة. ولأن منافعها تعود على جميع الأفراد في المجتمع، (بغض النظر

عن مقدار مساهمة الفرد في كلفتها). ولعدم القدرة على تجزئة مثل هذا النوع من الخدمات<sup>(18)</sup> وبيعها في السوق بما يتناسب وحاجات الأفراد لها، لذا يكون نظام السوق:<sup>(19)</sup> عاجزاً عن تحديد سعر لمثل هذه الخدمات في السوق. وبالتالي عاجزاً عن إشباع هذا النوع من الحاجات الإنسانية للأفراد في المجتمع. ولحاجة المجتمع لإشباع مثل هذه الحاجات، إذن.. لا بد من التفكير في أن تتبنى جهة ما في المجتمع مهمة تقديمها ورصد التمويل اللازم للقيام بها، مما دفع بالدولة أن تتدخل وتأخذ على عاتقها مهمة تقديم هذه الخدمات الضرورية لإشباع حاجات المجتمع، ولكن الكتاب الرأسماليون أمثال آدم سميث، تخوفوا من تدخل الدولة. وقد أكد هذا الكاتب على: " أن إعطاء الدولة دوراً أكبر مما يجب يحول دون تحقيق أي تقدم، لأنه يضر بالحوافز الفردية ويقتل روح المبادرة الخلاقية، ويشيع روح التواكل والاعتماد على الغير".<sup>(20)</sup>

لذا فقد تنوع دور الدور من: دولة حارسة إلى متدخلة، ومن ثم إلى دولة منتجة ودولة رفاهية كما تشير أغلب الدراسات الاقتصادية.

وحقيقة الأمر هو أن دور الدولة يأخذ حيزاً كبيراً في اقتصاديات بلدان العالم المختلفة رغم اختلاف مذاهبها الاقتصادية. ولو بحثنا دور الدولة في أميركا مثلاً لوجدنا أنها وبعد الحرب العالمية الثانية أخذت تلعب دوراً يتوسع يوماً بعد يوم، وقد ازداد هذا الدور بعد الأزمة المالية العالمية الأخطر في العالم وهي أزمة 1929، ويمكن معاينة هذا الدور من خلال برنامج الإصلاح الاقتصادي الذي أطلقتة الرئيس الأمريكي فرانكلين روزفلت ( Le New Deal)، من أجل إنقاذ الاقتصاد الأمريكي. إذ رافق هذا البرنامج عدة قوانين ساعدت السلطة المركزية على توسيع سلطاتها مما جعلها قادرة على تنظيم الأعمال الاقتصادية وتوزيع المنافع الاجتماعية.<sup>(21)</sup>

و حين نتابع قرارات السلطة التشريعية الأمريكية نرى، مدى تدخل الدولة عن طريق القوانين التي تصدرها ولأسباب مختلفة كأن تكون لأسباب صحية أو حماية البيئة أو اقتصادية أو أمنية وغيرها. إذن لا يمكننا حصر دور الدولة في نطاق اقتصادي محدد في ذلك البلد.

وحقيقة التدخل الحكومي الواسع في العملية الاقتصادية هي عملية إجبارية نتيجة لتطور الاقتصاد على المستوى الكلي، وقد أشار كنز ( John Maynard Keynes) إلى هذه الحقيقة بتوضيحه بأن توازن السوق قد لا يقود بالضرورة إلى التخصيص الأمثل للموارد، عليه يحمل الدولة مسؤولية تنشيط الاقتصاد للوصول إلى التشغيل الكامل عن طريق استخدام سياسات دورية يتم من خلالها تنشيط الطلب العام باستخدام زيادة النفقات العامة.

والملاحظ أنه وبعد الحرب العالمية الثانية، وبناءً على هذه الوصفة التي قدمها كنز وفي أكتوبر 1945 بالتحديد، قامت الدولة الفرنسية بتأسيس دائرة الضمان الاجتماعي لتحمي المجتمع من الأخطار الكبيرة في الحياة والتي منها: (البطالة، المرض، الشيخوخة)، وبإعادة توزيع الدخل لصالح العائلات الأشد فقراً في البلاد.

يضاف إلى ذلك أن الدولة الفرنسية أصبحت منتجاً من خلال امتلاكها المصانع والمؤسسات العامة، وشغلت أكثر من ربع العمال المأجورين، كما أنها أصبحت مستهلكاً مهماً من خلال الأسواق العامة، مما مكن الدولة أن تكون حتى نهاية الخمسينات من القرن الماضي من إن تمتلك المهمات

الكبيرة في المجتمع: مثل :

- تخصيص الموارد.
- الاستقرار الاقتصادي.
- وإعادة توزيع الدخل.

وكما نرى فإن الدولة تمكنت من خلال توسيع مسؤولياتها في المجتمع من أن تكون اللاعب الأساس في اقتصاد بلدها.

أما دور الدولة في النظم الأخرى (الاشتراكية وحتى المختلطة) فهي كما هو معروف، (المحرك الرئيس والأساس والوحيد) الذي موجه العملية الاقتصادية، وبموجب سيطرتها تلك فإنها تحرم حرية الحركة للقطاع الخاص في المجال الاقتصادي وتجعل هذه الحركة قاصرة على الدولة فقط.

ليس هذا فحسب وإنما لدور الدولة في تسيير عجلة اقتصادياتها من خلال سياساتها المالية والنقدية، الدور الحاسم والرئيسي في التأثير المباشر وغير المباشر. وقد سبق وأوضحا سياسات البنك الفدرالي الأمريكي المالية والتي تسببت فيما نحن فيه الآن.

ومن هنا نرى أن الدولة هي (المحرك الأساس) لاقتصاديات بلدانها بغض النظر عن نظرياتها الاقتصادية المختلفة. وهو ما نريد أن نصل إليه في بحثنا هذا لنقدر مدى مسؤولية الدولة جراء أخذها الدور المحوري في إدارة اقتصاديات بلدانها. فإذا كان دور الدولة محورياً كما توصلنا إليه، فما هي مسؤولية الدولة المشار إليها بهذا الخصوص؟. سنحاول الإجابة على هذا السؤال في المبحث التالي:

### المبحث الثالث

#### مسؤولية الدولة القانونية في الأزمة المالية

- الفرع الأول: مدى مسؤولية الدولة في تصرفاتها والأساس الذي تقوم عليه  
نتناول هذا الموضوع والذي لم يتم تناوله من قبل رغم أن القضاء الإداري الفرنسي والمصري تناول موضوعات ليس ببعيدة عما نحاول الوصول إليه، ورغم اعتقادنا بصعوبة الوصول إلى إقناع عام لدى جمهور اعتمد على الأخذ بأحكام أو بنصوص مادية، ويرفض رفضاً قاطعاً بغير ذلك.

إلا أننا مع ذلك سنحاول الوصول إلى نتيجة محددة وسنسعى إلى الأخذ بما يتح به العقل عن طريق التحليل المقارن والتاريخي لما يجب أن نكون عليه، وليس كما يتوجب علينا أن نكون عليه.

مما لا شك فيه: أن المسؤولية التي نتناولها بالدراسة هي: مسؤولية إلحاق الأضرار بالآخرين (أي الغير)، ولا ريب أن المسؤولية عن الضرر الذي يلحق بالغير تنعقد في حق محدث الضرر وكذلك في حق من يمكن أن يتولى شأناً من شؤون هؤلاء (الغير)، فالأب يتولى مسؤولية أبنائه وهو مسئول عنهم، وكذلك الأم، والولي والوصي، والزوجة تتولى مسؤولية بيت زوجها، والخادم مسئول عن مال سيده ورب العمل يتولى مسؤولية العمال، إلى آخر ما هنالك من الولايات الخاصة عن: (الغير).

أما الولايات العامة فإن أبرز مثال لها هو: (الإمام) أو الدولة، فهل تسأل الدولة عن أعمالها وتصرفاتها إزاء الغير؟ وما مدى هذه المسؤولية؟ وما هو الأساس الذي تقوم عليه في الجانبين النظري والعملي؟<sup>(22)</sup>

كانت الدولة في الماضي غير مسئولة عن أعمالها الضارة في مواجهة مواطنيها، حيث كان مبدأ عدم مسؤولية الدولة هو السائد. إذ كان الحكام لا يُسألون عما يفعلون، ويُسأل المواطنون عن كل فعل يأتون. بعد ذلك تطورت وظائف الدولة الحديثة (كما أشرنا سابقاً) من دولة حارسة تكتفي بحماية إقليمها ضد الاعتداءات الخارجية، وتوفير الأمن في الداخل، وإقامة العدل بين مواطنيها إلى دولة نشطة، تمارس العديد من الأنشطة التي كانت متروكة للنشاط الفردي في المجالات الاقتصادية والتعليمية والاجتماعية، وغيرها من المجالات التي ارتأتها الدولة المعاصرة.<sup>(23)</sup>

وقد أدى كل ذلك إلى ضرورة تقرير مسؤولية الدولة عما قد يحدث للأفراد من أضرار نتيجة لممارستها لهذه الأعمال المتعددة.<sup>(24)</sup> وهو ما

سنتناوله لاحقاً.

من المعلوم أن الدولة: (الحديثة) شخص معنوي عام يوزع سلطاته بين أشخاص حقيقية ومعنوية أخرى بعضها يتولى مسائل التشريع ورسم السياسة العامة، وبعضها يتولى أمور القضاء بينما يتولى بعضها ممارسة الوظيفة التنفيذية، وكل سلطة سواء كانت في أشخاص أو هيئات تتحمل مسؤوليتها عن أعمالها أمام الدولة: (الإمام) أو: (الكيان السياسي العام) أو الخزانة العامة إذا كان جزاء المخالفة تعويضاً. ولكن "مسائل التصرفات والأفعال وواجبات رعاية العامة، والمحافظة على حقوقهم، وضبط تصرفاتهم، وتسيير نظام حياتهم موكولة عادة إلى السلطة التنفيذية للدولة وتكون الدولة مسؤولة عن تصرفات تلك الهيئة أو السلطة، لذلك يدق البحث عن مدى مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية"؟<sup>(25)</sup>.

وإذا ما استبعدنا "الأعمال التي تتم بتوافق إرادتين وهي العقود الإدارية، وما قد يترتب عليها من مسؤولية يقال لها المسؤولية العقدية حيث تفرد لها مؤلفات مستقلة وتحكمها قواعد موضوعية غالباً ما تدرس في مؤلفات القانون الإداري ضمن موضوعات نشاط الإدارة العامة، فإن كافة أعمال السلطة التنفيذية أو كافة أعمال الإدارة الأخرى هي التي تندرج في إطار البحث الذي نحن بصدد، والخاص بمدى مسؤولية الدولة عنها أو كما يقال لها عادة المسؤولية غير العقدية<sup>(26)</sup>. فقد "أصبحت الإدارة الآن في كافة بلدان العالم المتمدن مسؤولة عن كثير من الأعمال غير التعاقدية التي تصدر عنها سواء تمثلت في قرارات إدارية أم ظهرت في صورة أعمال مادية. فإذا سببت هذه الأعمال ضرراً لأحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية التزمت الإدارة بتعويض المضرور عما أصابه من ضرر".<sup>(27)</sup>

والمعروف أن القضاء الفرنسي هو الذي وضع نظرية مستقلة في مسؤولية

الإدارة بعيداً عن قواعد القانون المدني باعتبار أن "مسئولية الإدارة عن الأضرار التي تصيب الأفراد بفعل الأشخاص الذين تستخدمهم في المرافق العامة لا يمكن أن تخضع للقواعد التي أقرها القانون المدني.. لأن العلاقات الإدارية خاصة في مجال المسؤولية تختلف عن العلاقات الناشئة بين الأفراد.<sup>(28)</sup>

وحقيقة الأمر هي أن القانون المدني لم يعالج موضوع مسؤولية الدولة، وأن قواعده اقتصر على معالجة المسؤولية الخاصة فيما بين الأفراد. عليه: لا يمكن تطبيق القواعد المدنية التي تنظم مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع على مسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها. إذ أن علاقة الدولة بموظفيها ليست علاقة تعاقدية كعلاقة المتبوع بالتابع وإنما هي علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح. فضلاً عن أن المسؤولية الإدارية قد يصعب أو يستحيل إسناد الفعل الضار إلى موظف معين فيكتفى بإسناده إلى المرفق ذاته. وفي هذه الحالة لا يمكن تطبيق القواعد التي تحكم مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع.<sup>(29)</sup>

وهذا لا يعني أن القضاء الإداري لم يستعن بقواعد المسؤولية المدنية في حالة تلائمها والعلاقات الإدارية المراد تنظيمها. إذ يجوز للقاضي الإداري أن يستند لقواعد المسؤولية المدنية ويطبقها في مجال المسؤولية الإدارية إذا كانت تتوافق وطبيعتها الإدارية ولا تتعارض معها.

والمسئولية غير العقدية على هذا النحو تنطوي على نوعين من المسؤولية: هما: المسؤولية عن القرارات الإدارية، الفردية منها واللائحية، والمسئولية عن الأعمال المادية. والقاعدة هي مسؤولية الدولة عن هذه الأعمال.<sup>(30)</sup> وستناول في أدناه:

### - الفرع الثاني: مسؤولية الإدارة عن الأعمال غير التعاقدية

وسنركز على تناول هذا الموضوع كما يلي:

أولاً: المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ.

ثانياً: المسؤولية الإدارية بدون الخطأ.

أولاً: المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ.

تنهض هذه المسؤولية على أساس وقوع خطأ من جانب الإدارة يتولد عنه ضرر، وتربطهما علاقة سببية.<sup>(31)</sup>

وهذا يعني بأنه لا بد من وجود خطأ من الإدارة يترتب عليه ضرر يصيب الأفراد. ووجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر. فإذا توافرت الأركان الثلاثة المشار إليها تقوم المسؤولية الإدارية، مما يتطلب الحكم بالتعويض للمتضرر. وقد وضح فقهاء القانون مفهوم الأركان الثلاث أعلاه، ورغم اختلاف وجهات النظر بالمعايير الواجب الأخذ بها، (فيما لو كان الخطأ شخصياً أو مرفقياً)، إلا أن القضاء الإداري الفرنسي طبق البعض منها على حالات خاصة، وتبعه القضاء الإداري المصري الذي طبق بدورة ببعض ما سار عليه القانون الإداري الفرنسي.

والذي يهمننا هنا هو الخطأ المرفقي والذي "ينسب إلى المرفق ذاته بصرف النظر عن العاملين فيه ويتمثل في عدم تأديته للخدمات التي يضطلع فيها على الوجه القانوني الصحيح. وهذا الخطأ يمكن أحياناً تحديد مرتكبه من العاملين بالمرفق. ولكن في أحيان أخرى يصعب أو لا يمكن معرفة مرتكب الفعل الضار فينسب الخطأ إلى تنظيم المرفق نفسه". ولا شك أن الإدارة تسأل عن الضرر الناشئ عن الخطأ المرفقي، بل أن مجلس الدولة الفرنسي لم يكن يقرر مسؤولية الإدارة إلا عن الخطأ المرفقي وحده.<sup>(32)</sup>

وبكل تأكيد فإن ما يدخل في صور الخطأ المرفقي هو: سوء أداء المرفق



لعمله (وهي إحدى الصور الثلاث والتي يتمثل فيها الخطأ المرفقي والتي هي: 1. عدم أداء المرفق لعمله. 2. سوء أداء المرفق لعمله، 3. وبطء أداء المرفق لعمله) والذي يعني: كافة أعمال الإدارة الإيجابية الخاطئة التي تقع من المرفق في تأديته لعمله سواء أكانت مادية أم قانونية. (33)

ومن أمثلة التصرفات التي ساهمت في اندلاع الأزمة المالية هو ما قام به البنك الفيدرالي الأمريكي من تخفيض لأسعار الفائدة الذي حفز الناس على شراء المساكن. وسكوته عن ممارسات البنوك التجارية وخرقها الحدود المسموح بها للائتمان الخاص دون الحصول على ضمانات، وأخيراً عدم قيامه بالدور المطلوب للرقابة على تصرفات البنوك الغير منضبطة. وسياساته النقدية والتي أدت إلى ارتفاع نسبة التضخم بالبلد وإلى ارتفاع أسعار كلاً من النفط والغذاء والذهب وبأرقام قياسية.

ويمكن الإشارة هنا إلى أن:

أولاً: الرقابة في التشريعات المقارنة لا تقتصر بالضرورة على البنك المركزي ففي الولايات المتحدة الأمريكية تشترك في الرقابة ثلاث جهات هي:

1. المؤسسة الفيدرالية للتأمين على الودائع: Federal Deposit Insurance Corporation

2. مكتب مراقبة العمل: Office of The comptroller of The Currency

3. نظام الاحتياطي الفيدرالي: Federal Reserve System

في حين أن بعض الدول تحصر (1: سلطة الرقابة على الجهاز المصرفي) (2: ورسم السياسات النقدية)، في يد البنك المركزي فقط، كما هو الحال في الإمارات وبريطانيا ومصر.

ثانياً: المعروف أن البنوك المركزية في كل بلدان العالم مملوكة للدولة،

وللحكومات تواجد في مجالس إدارتها لضمان أن تكون قراراتها متوافقة مع المصلحة العامة. وفي نفس الوقت تذهب جميع التشريعات المصرفية العالمية "بلا استثناء" إلى وضع الضوابط التي تحول دون سيطرة الإدارة الحكومية على البنوك المركزية، بما يكفل لهذه البنوك الاستقلال في الإدارة واتخاذ القرار. (34) إلا أن هذا الطرح لا يعني بأي شكل من الأشكال الاستقلالية الكاملة للبنوك المركزية في اتخاذ قرارات تتعلق بالسياسة النقدية للبلد دون الرجوع للحكومة بذلك. مما يجعل تصرفاتها معبرة عن رضا حكوماتها.

وفي تقديرنا أن هذه التصرفات للإدارة المالية تشكل أحد الأسباب الرئيسية لإثارة الأزمة المالية التي انطلقت من الولايات المتحدة الأمريكية. أما الضرر فليس من الصعوبة حصر أطرافه والمتمثلة في البنوك والشركات المالية والعقارية وشركات التأمين والأفراد الخ. وهنا يثار موضوع الشروط الواجب توفرها في الضرر والتي هي:

1. أن يكون الضرر محققاً.

2. وقوع الضرر على حق مشروع.

3. أن يكون الضرر خاصاً.

4. إمكانية تقويم الضرر بالنقود.

5. أن يكون الضرر مباشراً.

وهنا لا بد من الوقوف عند الشرط الثالث والذي ينص على أن الضرر يجب أن يكون خاصاً، في حين أن الضرر من الأزمة المالية التي نحن بصدد دراستها ضرراً عاماً، فما هو الموقف في هذه الحالة؟.

نشير هنا إلى أنه "يوجد جانب من الفقه لا يوافق على اشتراط خصوصية الضرر بالمعنى السابق تحديده، فلا يشترط وقوع الضرر على فرد أو أفراد

قلائل حتى يحكم بالتعويض.<sup>(35)</sup>

ويؤكد البعض الآخر بأنه "ليس ثمة ما يمنع من تعويض الضرر الذي يصيب مجموعاً كبيراً. بل لعل في كثرة المضرورين ما يدل على جسامه الخطأ واستهتار الإدارة. ويشترط في الضرر أن يكون خاصاً في حالة واحدة فقط هي حالة المسؤولية المبنية على المخاطر، التي يبنى التعويض فيها على أساس مبدأ مساواة الجميع أمام الأعباء العامة، ولا يكون هناك إخلال بمبدأ المساواة إلا إذا كان الضرر قد وقع على عاتق فئة قليلة من الناس، أما إذا كان الضرر عاماً فلا إخلال إذن بمبدأ المساواة، ومن ثم فلا تعويض.<sup>(36)</sup>

#### ثانياً: المسؤولية الإدارية بدون الخطأ

إذا كانت مسؤولية الإدارة تركز بصفة أساسية على المسؤولية المؤسسة على الخطأ، فإنه يوجد نوع آخر من المسؤولية هي المسؤولية بدون خطأ.<sup>(37)</sup> وبناء على هذه القاعدة (وهي قاعدة حديثة العهد)، فقد أقام القضاء "المسؤولية في هذه الحالة ليس على أساس الخطأ وإنما على أساس المخاطر les risques أو تحمل التبعة، والتي تعنى أن مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية تقوم بمجرد حدوث ضرر سببه إحدى هذه الأعمال حتى ولو كان هذا العمل مشروعاً أو غير خاطئ، ويكون القضاء الإداري بذلك قد أقام هذه المسؤولية على ركني الضرر وعلاقة السببية بين هذا الضرر وبين تصرفات الإدارة فقط".<sup>(38)</sup>

ومن خصائص هذه المسؤولية هي:

1. أنها مكتملة للنظرية الأساسية، وهي المسؤولية المؤسسة على الخطأ..
  2. خصوصية وجسامه الضرر.
  3. عدم قيام المسؤولية الإدارية في حالة القوة القاهرة.
- ونتناول في هذا المجال مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة، والمعني

به هو: سلطتها في تنظيم أعمالها بما ينسجم وحسن إدارتها وتطبيقاً لخططها تحقيقاً للصالح العام. وهنا تكون أعمال الإدارة مشروعة ولا يشوبها أي خطأ حتى لو ترتب عليها أخطاء.

من تلك الأعمال ما تصدره الإدارة من قرارات بإلغاء بعض الوظائف مما يؤدي إلى فصل شاغلي هذه الوظائف. ورغم مشروعية هذا الفصل فإن هؤلاء الموظفين يكون لهم الحق في التعويض ليس على أساس خطأ الإدارة، وإنما استناداً إلى الضرر الاستثنائي الذي أصابهم.<sup>(39)</sup>

ولو طبقنا هذه الحالة على: قرار (خفض الفائدة) من قبل البنك الفيدرالي الأمريكي والذي أدى بدوره إلى الإقبال الكبير على الاقتراض من البنوك التجارية دون ضوابط (وهي العملية التي أهمل البنك الفيدرالي بالكامل مراقبتها وتقنينها)، نرى أن الهدف من خفض الفائدة هو محاولة لإبعاد الاقتصاد الأمريكي عن الدخول في حلقة الركود الاقتصادي ومساعدة البنوك المتعثرة كما أشرنا. إلا أن هذه الخطوة أضرت بالاقتصاد الأمريكي وعجلت بظهور الأزمة المالية والتي ترتب عليها النتائج المعروفة، وما تلاها من ضرر.

### المبحث الرابع

#### مقترحات وحلول

بناءً على ما تم التوصل إليه نرى أن على الدولة:

- أخذ دوراً أوسع في اقتصاديات بلدانها، وأن تسمح للقطاع الخاص بلعب دوراً يساعد في عملية التنمية وفق ضوابط اقتصادية آمنة .
- وأن تعيد النظر بموضوع الخصخصة، والتي بموجبها تمت تصفية القطاع العام لصالح القطاع الخاص.

- أن تعمل على وضع ضوابط وقيود أكثر جدية في تسيير القطاع الخاص ودعمه، وخصوصاً بالتركيز على دعم المشروعات الصغيرة

والمتوسطة.

- وأن تشدد الرقابة (التي كانت السبب الأساس في إفلات القطاع الخاص من القيود المفروضة عليه، والتي أدت إلى ما وصلنا إليه).
- أن تشكيل لجان حكومية متخصصة تعمل مع الجهات الرقابية تتولى إعادة تنظيم الشركات المتعثرة من خلال المشاركة في مجالس إدارتها وفي أجهزتها التنفيذية بعد الحصول على أجزاء من ملكياتها.
- أن توجه بضرورة الالتزام بالضوابط العالمية لحدود الإقراض للبنوك وخصوصاً (اتفاقية بازل للرقابة)
- إعادة النظر بالسياسات المالية والنقدية الحالية، وتبني سياسات أقل تطرفاً. أي الأخذ بالسياسات التي لا تثير الكثير من المخاطر باتجاه الأزمات أو الدخول في مراحل التضخم والركود الاقتصادي.
- تبني سياسات تساعد على التوسع في الإنتاج مما تؤدي إلى التشغيل التام وخلق الدخول التي تساهم في خلق الطلب العام، مما يساعد في دفع العجلة الاقتصادية.
- أن تقوم تشكيل لجان فنية متخصصة وعالية الكفاءة للكشف عن الجهات التي ساهمت في ظهور الأزمة المالية.
- أن تخضع كافة بنوك الاستثمار والمصارف والمؤسسات المالية لرقابة البنوك المركزية.
- أن تجد نوع من الرقابة على سماسة الرهون العقارية والمنتجات المالية الجديدة مثل المشتقات المالية.
- أن تشدد الرقابة على شركات التأمين وإعادة التأمين.

### الخاتمة:

لا زال العالم يعيش الأزمة المالية والاقتصادية حتى اللحظة، والتي يعدها البعض بأنها الأكثر شدةً بعد أزمة 1929. وغني عن القول في أن للدولة دورها الفاعل في توجيه دفة الاقتصاد في الداخل والخارج، بغض النظر عن المذهب الاقتصادي الذي تتبناه.. وبأن لمؤسساتها المالية الدور الفعال في التأثير سلباً وإيجاباً في العملية الاقتصادية، فهي التي تدير السياسات النقدية والمالية وبأن النشاط الاقتصادي والمالي للقطاع الخاص يدور في ظل التشريعات الوطنية وتحت إشراف الدولة المباشر. وبكل تأكيد فإن الإدارات المشار إليها تتخذ ما تراه مناسباً من قرارات تتعلق بالتنظيم الداخلي ولتحقيق أهداف مرسومة خدمةً للصالح العام، ولا اعتبارات مختلفة تفقد القرارات المتخذة (بحسن نية وتصرف) مسارها باتجاه الأهداف المرسومة لها، مما يؤدي ذلك إلى خلق نتائج عكسية تسبب بالنتيجة أضراراً بالغير. ونتيجة لهذا الطرح نرى أن الدولة:

ورغم تسببها في حصول ما حدث، إلا أنه لا يمكن بأي حال تحميلها مسؤولية الضرر (حتى لو كان بالإمكان أثبات حصول الضرر نتيجة قرار البنك الفيدرالي الأمريكي المشار إليه في البحث مثلاً)، وبالتالي فلا تعويض لمن تضرر استناداً إلى شرط "أن يكون الضرر خاصاً وليس عاماً" والتي أستند عليها القضاء الإداري الفرنسي في كل أحكامه.

والضرر الذي نعنيه في دراستنا هذه هو ضرراً عاماً أصاب العديد من الأفراد والعديد من المؤسسات. مما ينأى بالدولة عن التعويض في هذه الحالة.

ولكن وفي حال تبني الفقه فكرة "عمومية الضرر"، بمعنى أن الضرر ممكن أن يشمل أكبر قدر من الأشخاص الطبيعيين والمعنويين. لأصبحت

قاعدة التعويض واجبة. ولأستحق المتضررون تعويضاً من المسبب (الدولة). ولتفادي الأضرار الجسيمة التي وقعت، فلا بد للدولة من أن تأخذ بما أشرنا إليه لإصلاح الخلل الذي وقعت فيه مؤسساتها المالية والاقتصادية وبالتالي تلافي الوقوع في أزمات مالية واقتصادية مماثلة تكون سبباً للدمار المالي والاقتصادي الذي يتتاب بلدان عديدة.

- الهوامش:

(1) Bernard Elie: Crise de l'État, ou crise du capitalisme. Revue québécoise de science politique. n° 3, 1983, p. 117.

(2) Andre Orlean: De l' Euphorie a la panique. Penser la crise financier. Centre Pour la Recherche Economique et ses applications. Editions Rue d'Ulm/Presses de l'Ecole normale supérieure, 2009

,45rue d'Ulm – 75230 Paris cedex 05

www.pressens.fr

ISBN 978-2-7288-0423-8

ISSN 1951-7637

(3) راجع بالخصوص: Bernard Elie: Crise de l'État, ou crise du capitalisme. Revue québécoise de science politique. n° 3, 1983, p 1.

(4) د. سالم محمد عبود: الأزمة المالية بين مبدأ الإفصاح والشفافية. بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الثالث لجامعة الإسراء. عمان. الأردن. بتاريخ 29.4.2009/28.

(5) صندوق النقد الدولي. مجلة التمويل والتنمية. ديسمبر 2002. ص 06.

(6) Charles De Smet : La crise financière, un prétexte au retour de l'état?. Institut Hayek.

(7) Pascal Salin, professeur d'économie à l'université Paris-Dauphine: L'échec d'un état pas assez libéral. 10 octobre 2008.

<http://archivesventdauv.canalblog.com/archives/2008/10/index.html>.

(8) Goldman Sacht: Les Derniers Humain: Vers une crise économique signes

<http://www.agoravox.fr/actualites/economie/article/vers-une-autre-crise-economique-71305>.

(9) Michel AGLIETTA :Crise Finqnciere: diagnostique et defaillances du systeme de regulation. Actes de la conférence.les conferences du conseil d'etat. Pqris, Le 30 mqr 2009. P.3.

(10) Cris économique et responsabilité sociale, l'indispensable remise en perspective: Le quotidien de la Finance d'Enterprise: Edition de vendredi 12 février 2010.

(11) Bernard Elie: Crise de l'État, ou crise du capitalisme. Revue québécoise de science politique. n° 3, 1983, p. 117.

(12) Andre Orlean: De l' Euphorie a la panique. Penser la crise financier. Centre Pour la Recherche Economique et ses ses applications.

Editions Rue d'Ulm/Presses de l'Ecole normale supérieure, 2009. rue d'Ulm- 75230 Paris cedex 05 ,45.  
www.pressens.fr. ISBN 978-2-7288-0423-8. ISSN 1951-7637

(13) انظر كيف أن الدولة هي المتسبب الأول في الأزمة المالية من خلال سياساتها المالية: في المقال التالي:

www. Contre points: John B. Taylor: Comment le gouvernement a créé la crise financier: lundi 16 février 2009.

(14) أنظر مقال تايلور الذي يعزي باللائمة على السياسات المالية للدولة والتي كانت السبب في الأزمة المالية الحالية:

John B. Taylor: Comment le gouvernement a créé la crise financier. www. Contre points ; lundi 16 février 2009.

(15). أنظر: د. خالد سعد زغلول حلمي: الدور الرقابي للبنوك المركزية ومدى فاعليتها في مواجهة الأزمة المالية العالمية". بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر لكلية الحقوق. جامعة المنصورة. للفترة من 1\_2 ابريل 2009. ص 17.

(16) AGLIETTA Michel: Les nouvelles perspectives du capitalisme américain. *Économie et statistique*, No. 77, avril 1976.

(17) د. فليح حسن خلف: المالية العامة. عالم الكتب الحديث. أربد. 2008. ص. 52.

(18) أنظر: د. يونس أحمد البطريق: اقتصاديات المالية العامة. الدار الجامعية 1985. ص. 22.

(19) أنظر بنفس المضمون: د. حمدي أحمد العناني: اقتصاديات المالية العامة في ظل نظم المشروعات الخاصة. الدار المصرية اللبنانية. القاهرة. 1987. ص. 8.

(20) وحيد عبد المجيد: دور الدولة في الاقتصاد الحر. عودة إلى الأصول. صحيفة أوان. الثلاثاء 2008/10/14 العدد: 329.

(21) ويمكن الرجوع لتفاصيل هذا البرنامج (قصد السيطرة على الاقتصاد الأمريكي)، إلى موقع الحكومة الأمريكية

www. America.gov : Le rôle de l'État. 14.oct. 2008. chapitre 6.

(22) العمري مقبل أحمد بن أحمد: مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية في النظام الإسلامي. رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة أم درمان. كلية الحقوق. 2003.

(23) د. عبد الغني بسيوني: القضاء الإداري. منشأة المعارف. الإسكندرية. 2006. ص. 720.

(24) د. عبد الغني بسيوني: القضاء الإداري. المرجع السابق. ص 720.

(25) العمري مقبل أحمد بن أحمد: المرجع السابق.



- (26) د. رمضان محمد بطيخ: مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية. جامعة الدول العربية. المنظمة العربية للتنمية الإدارية. برنامج القضاء الإداري " (الإلغاء والتعويض). 2008/10/22-11. المملكة العربية السعودية.
- (27) د. ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري. منشأة المعارف. الإسكندرية. 2004. 447.
- (28) د. ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري. المرجع السابق. ص. 448.
- (29) د. ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري. المرجع السابق. ص. 448.
- (30) د. رمضان محمد بطيخ: مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية. جامعة الدول العربية. المنظمة العربية للتنمية الإدارية. برنامج القضاء الإداري " (الإلغاء والتعويض). 2008/10/22-11. المملكة العربية السعودية.
- (31) د. عبد الغني بسيوني: القضاء الإداري. المرجع السابق. ص 723.
- (32) د. ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري. المرجع السابق. ص. 458.
- (33) د. ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري. نفس المرجع السابق. ص. 459.
- (34) د. خالد سعد زغلول حلمي: مرجع سابق. ص. 12.
- (35) د. عبد الغني بسيوني: القضاء الإداري. مرجع سابق. ص. 782.
- (36) د. مصطفى أبو زيد فهمي ك القضاء الإداري ومجلس الدولة. الطبعة الثالثة. منشأة المعارف. الإسكندرية. 1966. ص. 1003. (37) د. عبد الغني بسيوني: القضاء الإداري. مرجع سابق. ص. 803.
- (38) د. رمضان محمد بطيخ: المرجع السابق.
- (39) د. عبد الغني بسيوني: القضاء الإداري. مرجع سابق. ص. 813.

## المعايير الدولية المقررة بشأن تحديد السن الأدنى لعمالة الأطفال في ظل المنظمة الدولية للعمل

بقلم

أ/ ثوابتي إيمان ريمة سرور  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة سطيف



### الملخص

عندما يتعلق الموضوع بعمالة الأطفال على المستوى الدولي، يتجه الذهن مباشرة وبصورة آلية إلى المنظمة الدولية للعمل التي أولت هذا الموضوع اهتماما كبيرا منذ باكورة إنشائها، حيث نصت على حماية الأحداث في ديباجة دستورها.

كما تجلى هذا الاهتمام في سلسلة من الاتفاقيات والتوصيات التي اعتمدها المؤتمر الدولي للعمل، ونذكر في المقام الأول الاتفاقية رقم: 138 لسنة 1973 والاتفاقية رقم: 182 لسنة 1999 التي وضعت كهدف لها العمل على القضاء النهائي والمطلق لاستخدام صغار السن واستغلالهم. على هذا النحو تهدف الدراسة إلى تناول "المعايير الدولية المقررة في إطار المنظمة الدولية للعمل بشأن تحديد الحد الأدنى لسن تشغيل الأطفال".

### Résumé :

Lorsque le sujet tourne au tour du travail des mineurs au niveau international, notre pensée se fixe directement et d'une façon automatique sur l'organisation internationale du travail qui a donné à ce sujet une très grande importance dès les premières années de sa création, ainsi la protection des travailleurs mineurs a été édictée au sein du préambule de sa constitution, comme on peut distinguer l'importance donnée à ce sujet par la série de conventions et de recommandations adoptées par le conseil international du travail, citant en premier lieu , la convention N° : 138 adoptée en l'an 1973 et la convention N° : 182 adoptée en l'an 1999, qui

ont pour but de travailler pour l'élimination du travail des mineurs et de leurs exploitation.

Ainsi cette étude tend à déterminer « les conditions internationales émises au niveau de l'O.i.T concernant la détermination de l'âge minimal du travail des mineurs ».

### مقدمة:

تعتبر الأسرة الخلية الأولى والطبيعية في المجتمع، وعلى عاتقها تقع مسؤولية تربية ونمو الطفل، وتساعد الدولة في ذلك بما تقدمه من خدمات ومرافق لرعاية الطفولة.

وعلى كلاهما أن توفر للطفل التوجيه والإرشاد اللازمين لممارسة حقوقه وتضمن له الحماية الجسدية والنفسية ضد كل أشكال العنف وإساءة المعاملة والاستغلال.

وتمتد جذور قضية الطفولة والاهتمام بها بعيدا في التاريخ، فهي قديمة قدم التاريخ الإنساني ذاته. فقد حرص الآباء منذ بدء الخليقة على رعاية أطفالهم وحمايتهم من الأضرار والمخاطر حتى يشبوا رجالا و نساء قادرين على بناء ذاتهم وتديير شؤونهم. إذ أن مرحلة الطفولة تعتبر أساسية وهامة ومؤثرة في بناء الإنسان وتحديد اتجاهاته.

وقد اهتم الإسلام بالطفل فأقر له بحقه في الميراث وهو جنين في بطن أمه، وحرص على توفير الجو المناسب لتنشئة الطفل، وتحديد الأطراف المسؤولة عن رعايته والقيام بشؤونه وقرر له الحق في الرضاعة والحضانة والنفقة بما يحقق له كفايته في حاجاته حتى يستغني عن العمل فلا يكون موضوع رق أو استغلال أو سوء معاملة<sup>(1)</sup>.

ورغم ذلك، فقد ظل الظلام الفكري يخيم على موضوع الطفولة في الحضارات القديمة وفي العصور الوسطى حيث توالى الحروب الدينية في أوروبا واكتوى بنيرانها الكبار والصغار على حد السواء<sup>(2)</sup>. وازداد الوضع

سواء بحلول الحرب العالمية الأولى وما خلفته من خسائر بشرية ومادية حيث أهدرت فيها الأرواح والأموال والحقوق، الأمر الذي دفع المؤتمرين المجتمعين بفرساي عام 1919 إلى التأكيد على إقرار نظام سلام عالمي تسوده العدالة والأمن وتضمن فيه الحقوق والحريات لمختلف الفئات وعلى قدم المساواة<sup>(3)</sup>.

وتعتبر المنظمة الدولية للعمل ، نقطة تحول مهمة في تاريخ اهتمام القانون الدولي بالحقوق الاجتماعية للإنسان على المستوى الدولي، فقد كان لهذه المنظمة دور كبير في صياغة عدد كبير من الاتفاقيات الدولية لضمان الحقوق العمالية لشتى فئات العمال ومن بينها فئة الأطفال، فالطفولة في منظور المنظمة الدولية للعمل هي الطريق إلى المستقبل، ومستقبل الأمم رهين بمستقبل أطفالها، فهم صوت المستقبل ويقدر ما يوفر سبل العناية والرعاية لأطفالنا، بقدر ما نؤمن ذلك المستقبل<sup>(4)</sup>. ولذلك عملت المنظمة منذ نشأتها وطيلة فترة نشاطها التي تقارب الـ 100 سنة على وضع ضوابط وقيود على تشغيل الأطفال. فكرست المنظمة جانبا كبيرا من جهودها وأنشطتها من أجل حماية تشغيل صغار السن من الأعمال التي لا تتناسب وظروفهم وصغر سنهم أو تمثل خطرا عليهم أو استغلالا لهم.

إذ أن تشغيل الأطفال يترك آثارا سلبية عديدة على نموهم الجسدي والنفسي والاجتماعي، إن الطفل الذي يمارس أعمالا لا تتناسب مع قدرات جسده الذي لا يزال في مرحلة نمو لا تساعده على التكيف مع أعمال معدة أساسا للكبار، وهذا ما يجعل الأطفال الذين يشتغلون أكثر عرضة للوقوع ضحية حوادث العمل<sup>(5)</sup>. فضلا عن ذلك، تتجلى الآثار النفسية لعمل الأطفال في أبشع صورها لدى الأطفال<sup>(6)</sup> الذين يباعون ويشترون من طرف شبكات دولية منظمة لاستغلالهم في أنشطة منحرفة كترويج المخدرات

والاستغلال الجنسي<sup>(7)</sup>.

وفي هذا الإطار تثار التساؤلات الآتية : ما هو الدور الذي لعبته المنظمة الدولية للعمل في مجال القضاء على ظاهرة تشغيل الأطفال؟ هل توصلت المنظمة طيلة فترة نشاطها على القضاء على التجاوزات التي يعرفها سوق عمالة الأطفال، أو على الأقل إلى تقييد تشغيل الأطفال بما يوفر لهم الحماية الكافية؟ وما هو المعيار الذي حددته المنظمة كحد أدنى لحظر تشغيل الأطفال؟ بصورة أبسط ما هو مفهوم الحدث أو الطفل في منظور المنظمة الدولية للعمل؟.

إن الإجابة على هذه التساؤلات، تستوجب منا التطرق في نقطة أولى إلى القيود و المعايير التي وضعتها المنظمة الدولية للعمل لتحديد السن الأدنى لتشغيل الأحداث في مختلف فروع النشاط الاقتصادي، لنأتي في نقطة ثانية إلى المعيار العام و الموحد الذي سعت المنظمة إلى وضعه كحد أدنى لسن تشغيل الأحداث.

أولاً: معايير تحديد السن الأدنى لتشغيل الأحداث و التحاقهم بالعمل في مختلف فروع النشاط الاقتصادي :

تتلاقى المعايير الدولية والوطنية على أهمية إقرار سنأ أدنى لتشغيل الأحداث. وقد عالجت هذا المبدأ العديد من اتفاقيات وتوصيات العمل الدولية المنظمة لتشغيل الأحداث في مجالات العمل المختلفة، حيث شملت الأعمال الصناعية، العمل البحري، الأعمال الزراعية، الأعمال غير الصناعية و العمل في المناجم و تحت الأرض، وذلك على النحو الآتي:

1- في الأعمال الصناعية: تعتبر الاتفاقية رقم: 5 لسنة 1919 أول اتفاقية تصدر عن المنظمة الدولية للعمل وتتعلم بالأطفال<sup>(8)</sup>، وقد نصت الاتفاقية على عدم جواز استخدام أو تشغيل الأحداث الذين تقل سنهم عن

الرابعة عشرة في المنشآت الصناعية العامة أو الخاصة وفروعها فيما عدى تلك التي لا يشغل بها سوى أفراد الأسرة الواحدة المادة 02 من الاتفاقية. كما نصت المادة 03 من الاتفاقية على ألا تطبق أحكام المادة 02 على العمل الذي يقوم به الأحداث في المدارس المهنية إلا إذا كانت السلطة العامة تقر هذا العمل وتشرف عليه.

وفي عام 1937، أجرى المؤتمر الدولي للعمل تعديلا جزئيا على مواد هذه الاتفاقية وذلك بموجب أحكام الاتفاقية رقم: 59<sup>(9)</sup>، وقد رفعت المادة الثانية من هذه الاتفاقية السن الأدنى لتشغيل الأطفال واستخدامهم في المنشآت الصناعية إلى سن الخامسة عشرة سواء أكانت عامة أم خاصة أو في أي فرع من فروعها.

وقد نصت هذه الاتفاقية على عدم تطبيقها على الأحداث الذين يعملون في المدارس الفنية، شريطة أن توافق السلطة العامة على هذا العمل وتشرف عليه (المادة 05 من الاتفاقية).

كما أجازت أحكام الاتفاقية للقوانين الوطنية أن تسمح باستخدام هؤلاء الأحداث في المنشآت والمشاريع الأسرية ، وتستثني من ذلك الأعمال التي تمثل بحكم طبيعتها أو بحكم الظروف التي تجري فيها خطرا على حياة أو صحة أو أخلاق الأحداث الذين يشتغلون بها، حيث يتعين على القوانين الوطنية في هذه الحالة أن تقرر حدا أعلى من سن ال: 15 سنة لتشغيل الأحداث أو المراهقين في هذه الأعمال أو أن تخول السلطات الوطنية المختصة سلطة تقرير سنا أعلى من هذه السن.

وقد حددت الاتفاقية نفسها في مادتها الأولى المقصود بعبارة "المنشأة الصناعية" على أنها تشمل على وجه الخصوص:

\* المناجم والمحاجر والأعمال الأخرى المتعلقة باستخراج مواد من باطن

الأرض.

\*الصناعات التي تتناول تصنيع الأدوات وتحويلها وتنظيفها وإصلاحها وزخرفتها وصلقلها وإعدادها للبيع، وتلك التي تتناول تجزئتها وتحويل موادها الأولية.

\*الصناعات التي تشمل بناء السفن وتوليد وتحويل موادها الأولية.

\*الصناعات بقصد توليد وتحويل ونقل الكهرباء والقوة المحركة من أي نوع.

\*الصناعات التي تشمل إنشاء أو تحديد أو إقامة أو إصلاح أو هدم العمارات والسكك الحديدية والموانئ والأحواض أو الأنفاق أو القناطر أو الجسور.

\*الصناعات بقصد نقل البضائع والأشخاص بطريق البر أو بالسكك الحديدية أو بالطرق المائية الداخلية وتشمل شحن وتفريغ البضائع في الأحواض والأرصفة والموانئ ومخازن الإيداع.<sup>(10)</sup>

وتعتبر التوصية رقم: 04 لسنة 1919<sup>(11)</sup>، بشأن حظر تشغيل النساء والأطفال من التسمم بالرصاص، أولى النصوص التي صدرت في هذا المجال، حيث نصت المادة الأولى منها على منع استخدام الأطفال دون سن الثامنة عشرة في الأعمال التالية:

- العمل أمام أفران اختزال الزنك أو الرصاص الخام.
- تداول أو معالجة أو اختزال الرماد المحتوي على الرصاص وإزالة الطلاء الرصاصي.
- صناعة مواد اللحام أو السبائك المحتوية على الرصاص بما يزيد على 10%.

-صهر الرصاص أو الزنك القديم على نطاق واسع.

-صناعة أكسيد الرصاص والماسيكوت والرصاص الأحمر والأبيض والبرتقالي أو كبريتات أو كرومات أو سليكات الرصاص .

-عملية الخلط أو العزير في صناعة أو إصلاح البطاريات الكهربائية.

-تنظيف عناصر العمل حيث تجري العمليات آنفة الذكر.<sup>(12)</sup>

2- في العمل البحري: أصدرت المنظمة الدولية للعمل عدة اتفاقيات في هذا الشأن، تمثلت أولها في الاتفاقية رقم: 07 لسنة 1920<sup>(13)</sup>، وقررت الاتفاقية في المادة الثانية منها عدم جواز تشغيل الأحداث الذين تقل سنهم عن الرابعة عشرة على ظهر سفن أخرى غير تلك التي لا يعمل عليها سوى أفراد أسرة الحدث.

وقد استثنت الاتفاقية من تطبيق أحكامها الأحداث الذين يعملون على ظهر سفن تعليمية أو سفن التدريب بشرط موافقة السلطة العامة على هذا العمل وإشرافها عليه (المادة الثالثة).

وقد ألزمت أحكام هذه الاتفاقية كل ربان أو صاحب سفينة بأن يمسك سجلا للقيود أو كشفا بأسماء الملاحين يدون به جميع الأحداث الذين تقل سنهم عن السادسة عشرة (المادة الرابعة).<sup>(14)</sup>

وفي عام 1936، أجرى المؤتمر الدولي للعمل مراجعة جزئية لبعض أحكام الاتفاقية مستهدفا بذلك ضبط وتقييد شروط الاستخدام المقررة في مجال العمل البحري، فصدرت الاتفاقية رقم: 58 لسنة 1936<sup>(15)</sup>، وحظرت استخدام الأحداث الذين تقل سنهم عن خمسة عشرة سنة في العمل على ظهر السفن ما عدى التي يعمل فيها أفراد نفس الأسرة. (المادة الثانية في فقرتها الأولى)، واستثنت بموجب أحكام المادة الثالثة منها الأحداث الذين يشتغلون في سفن المدارس أو التدريب شرط موافقة السلطة العامة وإشرافها عليه.



كما رخصت المادة الثانية في فقرتها الثانية من نفس الاتفاقية للقوانين واللوائح الوطنية أن تبيح عمل الأحداث الذين يبلغ سنهم الرابعة عشرة وفي الحالات التي تكون السلطات التعليمية أو غيرها من السلطات العامة قد تأكدت أن هذا العمل في مصلحة الحدث.

وبالنسبة إلى تشغيل الأحداث كوقادين أو مساعدي وقادين على ظهر السفن، فقد نصت الاتفاقية رقم: 15 لسنة 1922<sup>(16)</sup>، بأنه لا يجوز تشغيل من تقل سنه عن الثامنة عشرة في هذه الوظيفة (المادة الثانية).

ولا تسري أحكام المادة الثانية، أعلاه، على ما يلي:

\* عمل الأحداث على ظهر السفن المدرسية أو سفن التدريب، بشرط أن توافق السلطة العامة على هذا التشغيل وتراقبه.

\* تشغيل الأحداث على سفن يجري تسييرها أساساً بوسيلة غير استخدام القوة البخارية.

\* تشغيل الأحداث الذين تقل سنهم عن الـ: 16 سنة، إذا قررت صلاحيتهم البدنية ذلك، بشرط أن يتم تنظيم هذا العمل بمقتضى لوائح تصدر بعد استشارة المنظمات (المادة الثالثة).

كما ألزمت المادة الرابعة من الاتفاقية، رب العمل في الحالات الاضطرارية حيث لا يوجد إلا عمال يقل سنهم عن الثامنة عشرة، بأن يلحقوا حديثين اثنين مكان كل وقاد أو مساعد وقاد.

كما تنص الاتفاقية رقم: 112 لسنة 1959 بشأن السن الأدنى لتشغيل صيادي الأسماك<sup>(17)</sup>، على عدم جواز تشغيل الأحداث دون الخامسة عشرة من العمر في سفن الصيد (المادة الأولى من الاتفاقية)، واستثنت في ذلك الأحداث الذين تقل سنهم عن الرابعة عشرة، إذا ما تحصلوا على ترخيص من السلطات المدرسية أو أية سلطة أخرى (المادة الأولى في فقرتها الثالثة).

وقد أكدت أحكام الاتفاقية على عدم تشغيل الأحداث الذين تقل سنهم عن الثامنة عشرة في سفن الصيد التي تدار بالفحم كعمال في قاع السفن أو كوقادين.

3- في الزراعة: تنص المادة الأولى من الاتفاقية رقم: 10 لسنة 1921<sup>(18)</sup>، على عدم جواز تشغيل الأحداث الذين تقل سنهم عن الرابعة عشرة في أية منشأة زراعية، عامة كانت أم خاصة، أو في أي فرع من فروعها. إلا في غير أوقات الدراسة، ويجب ألا يكون من شأن اشتغال الأحداث عرقلة مواظبتهم على الدراسة.

وبغرض تحقيق هدف التدريب المهني العملي، فقد أجازت المادة الثانية تنظيم فترات ومساعدات بحيث تتيح استخدام الأحداث في أعمال زراعية خفيفة، وبوجه خاص في الأعمال الخفيفة المرتبطة بالحصاد، ألا يؤدي مثل هذا الاستخدام إلى تخفيض مجموع الفترة السنوية للانتظام في الدراسة عن ثمانية أشهر.

وقد استنتجت الاتفاقية من تطبيق أحكامها الأعمال التي يقوم بها الأحداث في المدارس الفنية، بشرط أن تقر السلطة العامة هذه الأعمال وتشرف عليها (المادة الثالثة).

هذا وأوصت التوصية رقم: 14 لسنة 1921<sup>(19)</sup>، بضرورة اتخاذ كل دولة عضو في المنظمة التدابير اللازمة لاستخدام الأحداث دون سن الرابعة عشرة في المشاريع الزراعية أثناء الليل بطريقة تكفل لهم استراحة تتناسب مع احتياجاتهم الجسمية والعقلية، وهي لا تقل عن عشرة ساعات متوالية (المادة الأولى من التوصية).

4- في الأعمال غير الصناعية: صدرت الاتفاقية رقم: 33 لسنة 1932<sup>(20)</sup>، ونصت المادة الثانية منها على عدم جواز تشغيل الأحداث دون

الرابعة عشرة سنة، وكذلك الأحداث الذين تزيد سنهم عن ذلك، وتفرض عليهم القوانين الوطنية الانتظام في المدرسة، في الأعمال غير الصناعية. ومع ذلك تجيز هذه الاتفاقية تشغيل الأطفال ما فوق اثني عشرة سنة في غير الساعات المحددة لحضور الدراسة، وذلك في الأعمال الخفيفة التي لا تضر صحتهم ولا تؤثر في مواظبتهم الدراسية. وقد اشترطت الاتفاقية على ألا تزيد مدة عملهم عن ساعتين يوميا، سواء في أيام الدراسة أو العطلة الرسمية، وعلى ألا يزيد مجموع ساعات الدراسة والعمل معا عن سبعة ساعات في اليوم (المادة الثالثة).

وتحظر الاتفاقية مزاوله الأحداث للأعمال الخفيفة في أيام العطل الرسمية وأثناء الليل ولفترة لا تقل عن اثني عشرة ساعة متوالية تشمل المدة ما بين الساعة الثامنة مساء والثامنة صباحا.

أما في البلاد التي تأخذ بنظام التعليم الإلزامي، فتجيز الاتفاقية تشغيل الأطفال ما فوق الـ12 سنة في الأعمال الخفيفة، وعلى ألا تزيد ساعات العمل عن أربع ساعات ونصف يوميا (المادة الثالثة).

واستثناء مما سبق، أجازت الاتفاقية السماح للأحداث الموهوبين بالمشاركة في الأعمال الفنية، مع اشتراط ألا تمتد هذه المشاركة إلى ما بعد منتصف الليل، و اشتراط عدم استخدامهم في أعمال خطيرة مثل: الاشتغال بالسيرك أو الحانات والملاهي (المادة الرابعة).

وحرصا على توفير الحماية للأحداث لدى مباشرتهم لأعمال قد تمثل خطرا عليهم وكذلك في أعمال التجارة الجائلة، فقد أحالت المادتان الخامسة والسادسة إلى التشريعات الوطنية لوضع سنا أعلى لمباشرة هذه الأعمال.

وفي ذات العام الذي اعتمد فيه المؤتمر العام للمنظمة الاتفاقية رقم:

33، اعتمد كذلك، التوصية رقم: 41 لسنة 1932<sup>(21)</sup>، والتي حددت السن الأدنى لتشغيل الأحداث في المهن غير الصناعية بأربعة عشرة سنة مستثنية في ذلك:

\* استخدام الأحداث في المسارح العامة أو ممثلين في المناظر السينمائية ، إذا كانت تقل سنهم عن ال: 12 سنة، إلا بالقدر الذي يتطلبه الفن والفكر والدراسة. (البند الثاني من التوصية).

\* استخدام الأحداث في بعض الأعمال التي تتسم بالخطورة على صحتهم أو أخلاقهم مثل: الأعمال في دور اللهو، أو دور العلاج، أو دور بيع الخمر، حيث اشترطت أحكام الاتفاقية رفع سن التشغيل في هذه الأعمال إلى أقصى حد بحسب رأي المنظمات والسلطات العامة. (البند الثالث من التوصية).

وصونا لأخلاق الأحداث، فقد حظرت التوصية في بندها الرابع على الأشخاص الذين أدينوا بارتكاب جرائم معينة وخطيرة استخدام الأحداث. وقد أجرى المؤتمر الدولي للعمل مراجعة للاتفاقية رقم: 33، واعتمد في سنة 1937 الاتفاقية رقم: 60<sup>(22)</sup>. وسعى لتوفير مزيد من الحماية للأحداث فقد تم رفع الحد الأدنى لقبول الأحداث في الأعمال غير الصناعية إلى خمسة عشرة سنة (المادة الثانية)، وقد أجازت الاتفاقية استخدام الأحداث الذين تقل سنهم عن الثالثة عشرة سنة في غير الأوقات المحددة للدراسة في الأعمال الخفيفة التي لا تضر صحتهم أو تعيق نموهم الطبيعي أو تؤثر على مواظبتهم الدراسية (المادة الثالثة في فقرتها الأولى).

وقد أجازت هذه الاتفاقية استخدام الأحداث الذين تقل سنهم عن أربعة عشرة سنة في الأعمال الخفيفة في غير الأوقات المقررة لحضور الدراسة ، على ألا تزيد مدة العمل عن ساعتين في اليوم، سواء أكان ذلك في أيام

الدراسة أو أيام العطل، وفي كل الحالات يمنع استخدامهم في أيام العطل الأسبوعية والرسومية وأثناء الليل (المادة الثالثة في فقرتها الثانية).  
وفي عام 1935 صدرت التوصية رقم: 45<sup>(23)</sup>، وتضمنت الدعوى إلى اتخاذ مجموعة من الإجراءات اللازمة لمحاربة ظاهرة البطالة، فنددت بضرورة تحديد الحد الأدنى للسن التي يسمح فيها للحدث بإنهاء فترة التعليم الإجباري ودخول سوق العمل بخمسة عشرة سنة، وفي كل الحالات يكون على الأحداث الذين تعدوا سن الـ 15 سنة، ولم يجدوا عملاً مناسباً، أن يواصلوا التردد على المدرسة. (البند الأول والثاني فقرة - أ- من التوصية).  
كما أوصت أحكام التوصية بضرورة إكمال التعليم التكميلي أو المهني إلى سن لا يقل عن الثامنة عشرة سنة، فالحدث في منظور هذه التوصية هو كل شخص تقل سنه عن ثمانية عشرة سنة (البند الثالث والبند الثامن من التوصية).

ومن جهة أخرى، فقد أصبح تحديد حداً أدنى لسن العمل أحد عناصر السياسة الاجتماعية للدولة، وهو ما تؤكد عليه الاتفاقية رقم: 82 لسنة 1949<sup>(24)</sup>، وذلك بحسب ما ورد ضمن أحكام المادة 19 من الاتفاقية، بالنص على ضرورة اتخاذ الإجراءات الملائمة لتوفير برامج شاملة للتعليم والتدريب المهني والتلمذة الصناعية بقصد الإعداد الفعال للأحداث والمراهقين من كلا الجنسين، وضرورة تحديد سناً لانتهاؤها من المرحلة الدراسية الإلزامية وحداً أدنى للالتحاق بالعمل وشروط استخدام الصغار والأحداث.

5- في المناجم: تنص الاتفاقية رقم: 123 لسنة 1965<sup>(25)</sup>، على عدم جواز استخدام من تقل سنهم عن ستة عشرة سنة في المناجم والمحاجر<sup>(26)</sup>، (المادة الثانية).

كما نصت الاتفاقية رقم: 124 لسنة 1965<sup>(27)</sup> على أنه يشترط لتشغيل أشخاص تقل سنهم عن 21 سنة للعمل تحت الأرض إجراء فحص طبي كامل وتكراره في فترات دورية (المادة الثانية في فقرتها الأولى).

وقد حظرت التوصية رقم: 96 لسنة 1953<sup>(28)</sup> تشغيل الأحداث دون سن السادسة عشرة في العمل تحت الأرض في مناجم الفحم (البند الأول). كما أقر البند الثاني من التوصية بعدم جواز تشغيل الأحداث الذين بلغوا سن السادسة عشرة ، ولم يبلغوا بعد الثامنة عشرة في العمل تحت الأرض إلا لأغراض التلمذة الصناعية أو تدريب مهني تحت إشراف السلطات العامة.

وتدعو التوصية رقم: 124 لسنة 1965<sup>(29)</sup> برفع الحد الأدنى لسن التشغيل تحت الأرض إلى ثمانية عشرة سنة (المادة الثالثة في فقرتها الثانية).

وتنص التوصية رقم: 125 لسنة 1965<sup>(30)</sup> على ضرورة حصول الأحداث على تدريب مهني وعلى برامج تدريبية في مجال الصحة العمومية والإسعافات الأولية، وضرورة منحهم راحة أسبوعية متصلة لا تقل عن 36 ساعة ، على أن تزيد تدريجياً ، إلى أن تصل إلى 48 ساعة، وراحة سنوية مأجورة الدفع لمدة 14 يوماً (المواد 03، 04 و05 من التوصية).

ثانياً: المعيار العام لتحديد الحد الأدنى لسن تشغيل الأحداث والتحاقهم بالعمل:<sup>(31)</sup>

تبين من خلال مطالعة اتفاقيات وتوصيات العمل الدولية المتعلقة بتحديد الحد الأدنى لسن تشغيل الأحداث والتحاقهم بفروع النشاط الاقتصادي المختلفة، ظهور الاتجاه نحو رفع الحد الأدنى لسن الالتحاق بالعمل؛ فحيث كانت أولى النصوص الاتفاقية والتوصيات الصادرة عن المنظمة الدولية للعمل تحدده بسن الرابعة عشرة سنة، فقد سار النهج وأجمعت مختلف التوصيات والاتفاقيات اللاحقة على ضرورة رفع السن الأدنى للتشغيل بما لا

يقبل عن ثمانية عشرة سنة، وقيدت بذلك الترخيص للسلطات العامة الوطنية بالتشغيل في السن ما بين السادسة عشرة سنة والثامنة عشرة سنة بشروط صارمة، وبالأخص فيما يتعلق بالرعاية الصحية والنفسية للحدث.<sup>(32)</sup>

الأمر الذي استوجب وضع معيار عام لسن الالتحاق بالعمل يكون أكثر تحديدا ووضوحا وهو ما جاءت لأجله الاتفاقية رقم: 138 لسنة 1973<sup>(33)</sup>، وتهدف إلى القضاء التدريجي على عمل صغار السن من خلال تقريرها التزام الدول المصادقة على الاتفاقية بإتباع سياسة تشغيل وطنية وتبني معيارا مرنا يتماشى والمتغيرات الاقتصادية والاجتماعية لكل دولة، وذلك برفع الحد الأدنى لسن تشغيل الأطفال بصورة تصاعدية تدريجية إلى مستوى يناسب التطور الجسماني والعقلاني الكامل للأطفال العاملين.

وعلى خلاف النصوص الاتفاقية والتوصيات الصادرة عن المنظمة، والتي تميز فيها تحديد السن الأدنى للعمل بين قطاعات النشاط المختلفة، جاءت أحكام الاتفاقية رقم: 138 لسنة 1973 عامة وشاملة لكل القطاعات الاقتصادية وكل أنواع العمل والعمالة.

فلم يشأ واضعو الاتفاقية، لهذه الأخيرة، أن تكون أو تشكل وثيقة جامدة تفرض معيارا دقيقا وجامدا يصعب تطبيقه على المستويات الوطنية، وإنما أرادوا بها أن تشكل وثيقة مرنة وديناميكية، أو بالأصح براغماتية، ترمي إلى تشجيع التحسين التدريجي للمعايير وتشجيع العمل المستمر في سبيل تحقيق هذا الهدف، وتجعل من الالتزامات الواردة في أحكامها شروطا مرنة قابلة للتكيف والتفاعل مع الظروف الوطنية ومستوى المعايير التي بلغها بالفعل كل بلد، لا قيودا تعجزية تدفع بالدول إلى رفض التوقيع و/أو التصديق على بنود الاتفاقية وإلى الإخلال بالتزاماتها الدولية.

ولقد أقرت الاتفاقية رقم: 138 لسنة 1973، مجموعة جديدة من

المعايير الدولية بشأن تحديد الحد الأدنى للسن التي يسمح فيها تشغيل الأحداث، وذلك كما يلي (المادة الثالثة من الاتفاقية):

1- تتعهد كل دولة بالتصديق على الاتفاقية، بإتباع سياسة وطنية ترمي إلى القضاء فعلا على عمل الأطفال، وإلى رفع الحد الأدنى لسن الاستخدام، أو العمل بصورة تدريجية بما يتفق مع النمو البدني والذهني للأحداث.

2- عدم جواز أن يكون الحد الأدنى لسن التشغيل أقل من السن المقرر لاستكمال التعليم الإلزامي، وألا يقل بأية حال عن ال: 15 أو ال: 14 سنة بالنسبة للبلدان النامية التي لم تتطور الأنظمة التعليمية فيها بدرجة كافية.

3- لا يجوز أن يقل الحد الأدنى لسن التشغيل عن ال: 18 سنة أو 16 سنة بالنسبة للعمل الذي يحتمل أن يعرض صحة وسلامة وأخلاق الشباب للخطر بسبب طبيعته أو الظروف التي يؤدي فيها.

4- واستثناء عما سبق، يجوز الترخيص للقوانين واللوائح الوطنية، وبعد استشارة المنظمات الوطنية، بالنزول إلى هذا الحد إلى سن السابعة عشرة (17) سنة إذا ما تعلق الأمر بتعليمات وتدريبات مهنية يشترط أن لا يكون في ممارستهم لهذا العمل ما يشكل خطرا على سلامتهم البدنية والعقلية. كما يمكن للقوانين واللوائح الوطنية أن تسمح باستخدام الأحداث الذين تتراوح أعمارهم ما بين ال: 13 وال: 15 سنة في الأعمال الخفيفة.

وبهذا الشكل وصفت الاتفاقية رقم: 138 لسنة 1973 على أنها اتفاقية الحد الأدنى لسن الالتحاق بالعمل، ويرى العديد من الباحثين المختصين في مجال القانون الدولي للعمل أن هذه الاتفاقية قد توصلت إلى وضع معيار دقيق وواضح عام وشامل لكل القطاعات الاقتصادية يفرض على جميع الدول الأعضاء في المنظمة، تلتزم بإقراره وتكريسه ضمن قوانينها ولوائحها الداخلية.



غير أنه ومن وجهة نظرنا نحن، لنا نرى فيما أوردته هذه الاتفاقية من أحكام شيئا جديدا أو مغايرا لما جاءت به سابقتها من الاتفاقيات والتوصيات، عدى أنها أوصت وأصرت على ضرورة العمل على رفع الحد الأدنى لسن الالتحاق بالعمل. كما أننا لا نؤيد قيام واضعي هذه الاتفاقية بتوحيد الحد الأدنى لسن التشغيل بين مختلف القطاعات الاقتصادية؛ فظروف العمل تختلف بين قطاع وآخر. ويمكن القول في هذا الشأن أن واضعي نصوص الاتفاقية لم يتمكنوا في الأخير من التوصل إلى وضع معيار دقيق وعام، لأن نص المادة الثالثة، المذكور أعلاه فيما تضمنه من أحكام، لم ينص عن سن معينة، بل جاء الحد الأدنى متراوحا ما بين ال: 13 سنة وال: 18 سنة، وكأن واضعي هذه الاتفاقية قد أقروا باستحالة وضع حدا أدنى عام وموحد بين مختلف القطاعات ومختلف الدول. لأنه وفي نهاية المطاف، توصل الجميع إلى حقيقة صعبة التقبل مفادها أن تحديد السن الأدنى المرخص به لتشغيل الأطفال تحكمه القوانين الوطنية والداخلية ولا يحكمه القانون الدولي، وتفرضه الظروف المعيشية والاقتصادية والاجتماعية أكثر مما تضبطه معطيات قانونية.<sup>(34)</sup>

وبناء على ذلك جاءت التوصية رقم: 146 الصادرة في نفس السنة، وعن نفس الموضوع لتوفر الإطار العام والواسع للتدابير السياسية الأساسية من أجل حظر عمل صغار السن من أطفال ومراهقين والقضاء عليه.

فتدعو أحكام التوصية إلى رفع الحد الأدنى لسن الالتحاق بالعمل على نفس المستوى في كل قطاع النشاط الاقتصادي بأن تضع الدول الأعضاء كهدف لها رفع الحد الأدنى لسن الاستخدام أو العمل إلى ستة عشرة سنة بصورة تدريجية. وتقدم التوصية توجيهات عن المعايير التي يجب تطبيقها لضبط الاستخدام أو العمل الخطر بالنسبة لصغار السن، وتقرر ضرورة

المراعاة الكاملة لمعايير العمل الدولية ذات الصلة.<sup>(35)</sup>

غير انه وبالرغم من المدى الذي حققته الاتفاقية رقم: 138 لسنة 1973 على الصعيدين الدولي والوطني، إلا أن طرحها على أرض الواقع كشف عن صعوبات عديدة في التطبيق أدت إلى ضآلة التصديقات عليها<sup>(36)</sup>.

وقد صاحب ذلك، الزيادة المتنامية لعمالة الأطفال في العالم، والتي بلغت 250 مليون طفل ما بين الخامسة والرابعة عشرة سنة في الدول النامية. فضلا عما يتعرض له الأطفال من أخطار ناشئة عن ممارستهم لأعمال إجبارية، شاقة وغير مشروعة تشكل خطرا على حياتهم وأخلاقهم، كالخدمة في المنازل والبغاء والدعارة والاتجار بهم والممارسات الشبيهة بالرق وغيرها<sup>(37)</sup>.

لذلك أدركت المنظمة الدولية للعمل أن عمل الأطفال أصبح آفة تهدد مستقبل الإنسانية، ووصمة عار في جبين المجتمع الدولي، الأمر الذي يستلزم إصدار نصوص دولية جديدة لمكافحة أسوأ أشكال عمل الأطفال ولسد الثغرات التي شملت الاتفاقية رقم: 138، المذكورة أعلاه.

وبذلك اعتمد المؤتمر الدولي للعمل في دورته الـ: 86 الاتفاقية رقم: 183 والتوصية رقم: 190 لسنة 1999 بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال<sup>(38)</sup>.

ويتبين من استعراض أحكام الاتفاقية رقم: 182 أنها قررت في مادتها الثانية تعريفا للطفل يتسع لكل الأطفال والمراهقين الذين لم يبلغوا بعد سن الثامنة عشرة سنة.

وتضمنت المادة الثالثة منها تحديدا لتعبير "أسوأ أشكال عمل الأطفال"<sup>(39)</sup>، وأوجبت المادتان الخامسة والسادسة منها الدول الأعضاء بوضع الآليات الملائمة لرصد تطبيق الأحكام الرامية إلى تنفيذ هذه

الاتفاقية<sup>(40)</sup>، كما أوصت المادة السابعة الدول الأعضاء باتخاذ كافة التدابير الضرورية لكفالة تطبيق وإنفاذ أحكام الاتفاقية بشكل فعال بما في ذلك النص على عقوبات جزائية. كما يتعين على الدول الأعضاء أن تضع في اعتبارها أهمية التعليم في القضاء على عمل الأطفال واتخاذ تدابير فعالة ومحددة زمنيا من أجل:

- أ- الحيلولة دون انخراط الطفل في أسوأ أشكال عمل الأطفال.
- ب- توفير المساعدة المباشرة الضرورية والملائمة لانتشال الأطفال من أسوأ أشكال عمل الأطفال وإعادة تأهيلهم ودمجهم اجتماعيا.
- ج- ضمان حصول جميع الأطفال المتشغلين من أسوأ أشكال عمل الأطفال على التعليم المجاني الأساسي وعلى التدريب المهني حيثما كان ذلك ممكنا وملائما.
- د- تحديد الأطفال المعرضين بشكل خاص للمخاطر وإقامة صلات مباشرة معهم.
- هـ- أخذ الوضع الخاص بالفتيات بعين الاعتبار.

### خاتمة:

اهتمت المنظمة الدولية للعمل منذ السنوات الأولى لإنشائها بموضوع عمالة الأطفال، فكرست كل جهودها للقضاء على هذه الظاهرة، ويتجلى ذلك في العدد الهائل من النصوص الاتفاقية والتوصيات التي أصدرتها المنظمة في هذا المجال ساعية وعاملة للقضاء النهائي والمطلق لاستخدام صغار السن والمراهقين في شتى مجالات النشاط الاقتصادية. ذلك ما يظهر جليا من خلال توصياتها الواردة ضمن أحكام الاتفاقيات الصادرة عنها، وبالخصوص الاتفاقيتان رقم: 138 لسنة 1973 و رقم: 182 لسنة 1999، المذكورتين أعلاه.

غير أن الإحصائيات والتقارير الصادرة فيما يتعلق بعمالة الأطفال، وخاصة منها تلك المتعلقة بعمالة الفتيات، تضع هذه النصوص الاتفاقية والتوصيات موضع شك وانتقاد، تجعل من ظاهرة تشغيل الأطفال "وصمة" في جبين العالم المعاصر و"ثغرة" تضع فعالية الآليات المقررة على مستوى المنظمة الدولية للعمل، بقصد تتبع تطبيق وتنفيذ أحكام وبنود الاتفاقيات والتوصيات الصادرة عنها، موضع شك.

فعندما نتحدث عن إشكالية تشغيل الأطفال، غالبا ما نصطدم بواقع مؤلم لهذه الشريحة الاجتماعية، يتطلب تدابير استعجالية، وبمنظرة مثالية تقف المنظمة الدولية للعمل على هذا الواقع المؤلم والمؤسف وتقترح حلولاً خيالية يصعب تطبيقها على أرض الواقع.

فمهما بلغت ذروة النشاط التشريعي للمنظمة، فإن ما يصدر عنها يظل مجرد إجراءات قانونية مثالية، تقابلها على أرض الواقع ظروف اقتصادية واجتماعية مؤسفة وأليمة يفرضها ثلوث "الفقر والجهل والظلم".

وما يبقى علينا في آخر المطاف، وأملا منا في القضاء على ظاهرة تشغيل صغار السن إلا اقتراح التوصيات التالية:

1- ضرورة ضبط الحد الأدنى لسن التشغيل بالنسبة للأحداث والمراهقين بين معياري ستة عشرة سنة وثمانية عشرة سنة على الصعيدين الدولي والداخلي؛ فيجب على المنظمة الدولية للعمل أن تؤكد على هذا الحد ضمن نصوص الاتفاقيات والتوصيات الصادرة عنها، وعلى التشريعات الوطنية لجميع الدول أن تحترم هذه المعايير الدولية، تحت طائلة توقيع عقوبات دولية قد تصل إلى حد إسقاط عضويتها في المنظمة الدولية للعمل، وإسقاط عضويتها في هيئة الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة ذات الصلة: كمنظمة اليونسيف ومنظمة اليونيسكو.

2- ضرورة تبني المنظمة الدولية للعمل لآليات وأساليب جديدة ومغايرة قصد تحسين فرص احترام الدول للمعايير الأساسية للمنظمة؛ وذلك باعتماد نظام إشراف يقوم على أساليب الاتصال المباشر بحكومات الدول، الحوار المتبادل والإقناع.

3- ضرورة تفعيل آليات الرقابة الداخلية في مجال تشغيل صغار السن، وذلك بـ:

أ- فرض أحكاما ردية قاسية على كل من يقوم بتشغيل أطفال دون السن القانونية للعمل تصل إلى حد الحكم بالسجن. ففي مقابل كل طفل يدفع إلى سوق الشغل، يوجد إنسان آخر يستغله سواء أكان رب العمل أم الأب أم الأم أم ولي أمر الطفل...، ووجود هذا النوع من المستغلين الذين لا يردعهم رادع أخلاقي أو قانوني هو المسؤول بالدرجة الأولى عن استمرار ظاهرة تشغيل الأطفال.

ب- إنشاء وخلق لجان تحقيق دائمة على جميع المستويات والمؤسسات يعهد إليها، على وجه الخصوص، الرقابة الدائمة لسجلات التشغيل وضبط كل مخالفة أو استغلال غير مشروع يقع ضحيته طفل أو مراهق لم يصل بعد السن القانونية للعمل.

ج- توفير المساعدة المباشرة الضرورية والملائمة لانتشال الأطفال من أسوأ أشكال عمل الأطفال وإعادة تأهيلهم ودمجهم اجتماعيا.

د- توفير فرص التعليم الإلزامي المجاني والتدريب المهني لأطول فترة ممكنة ولأكبر عدد من الأطفال حتى يتمكن الطفل أو المراهق من تنمية قدراته الجسمانية والعقلية على نحو يمكنه من مواجهة سوق العمل وما تفرضه من تحديات وضغوطات.

## الهوامش:

- (1) ونذكر كدليل على ذلك: قوله تعالى: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة" سورة البقرة، الآية 233 . وقوله تعالى: "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك" سورة البقرة، الآية 233. وقوله صلى الله عليه وسلم: "أفضل دينار ينفقه الرجل دينار ينفقه على عياله".
- انظر: سعيد حمودة منتصر، حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص ص 18-87.
- (2)- لقد سادت لدى الفراعنة وفي بلاد الإغريق بعض العادات القاسية واللاإنسانية كالرق، النفي، وأد البنات وإعدام الأطفال المشوهين،
- وقد ساد الظلام على المفاهيم التربوية في الجناح الأوربي من العالم في العصور الوسطى، حيث كانت أوروبا تصب اللعنات على الطفولة، وكان الطفل يعذب اعتقادا بأن التعذيب والعقاب يطردان الشر والخطيئة الكامنين في نفسه وحرّم من أبسط حقوقه.
- (3)- محمد خير أحمد الفوال، تشريعات الطفولة ومنظمتها، مركز التعليم المفتوح، مطبعة جامعة دمشق، 2003، ص ص 176 وما يليها.
- (4)- انظر: محمود سلامة جبر، القيود القانونية الدولية والعربية على تشغيل الأحداث، مجلة العمل العربي، العدد: 76، منظمة العمل العربية، 2003، ص ص 13 و14.
- (5)- ويستشهد في هذا الشأن "عبد الوهاب بوحديبة" ببعض النتائج التي توصلت إليها تقارير دولية متخصصة عن تشغيل الأطفال، من بينها تقرير يؤكد أن هناك فارقا في الطول يبلغ في المتوسط أربع سنتيمترات بين الفتيات اللواتي اشتغلن قبل بلوغهن الرابعة عشرة من العمر وبين الفتيات اللواتي اشتغلن بعد بلوغهن الثامنة عشرة من العمر. كما يستشهد بما ورد في إحدى التقارير المتعلقة بظروف عمل الفتيات في معامل السجاد (الزرايبي) بإحدى الدول، حيث يؤكد التقرير بأنه بسبب الظروف السيئة لعمل الفتيات، فإن الكثير منهن يصاب بالهزال والسل الرئوي وفقر الدم، بل إن عددا منهن يصاب بالعقم.
- انظر: عبد الوهاب بوحديبة، (استغلال عمل الأطفال)، تقرير مقدم للجنة الفرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات، الأمم المتحدة، نيويورك، 1982، ص 25.
- (6)- فبالنظر للإجهاد الذي يعاني منه الأطفال خلال ساعات طويلة في عمل يفوق قدراتهم العقلية والجسدية، وبالنظر للمعاملة السيئة التي يلقونها من طرف مشغليهم فإنهم أكثر عرضة للمخاطر الناجمة عن العمل، ففي بعض الأنشطة الإنتاجية حيث تستعمل معدات ثقيلة، آلات معقدة أو مواد كيميائية سامة وخطيرة، فإن الأطفال الذين يشتغلون في هذه الأنشطة غالبا ما يتعرضون لإصابات جسدية تشكل لهم إعاقة مستديمة، كما يعانون من أمراض مستعصية ومزمنة.
- Special health risks (Children at Work), rapport technique. O.M.S, Série 756, geneva, 1987
- (7)- انظر: ناهد رمزي، (حماية صغار الفتيات في سوق العمل في البلدان العربية)، المجلد: 02، المجلس

- العربي للطفولة والتنمية، 2002، ص ص. 13-33.
- (8) - الاتفاقية رقم: 05 لسنة 1919 بشأن الحد الأدنى للسن التي يجوز فيها تشغيل الأحداث في الأعمال الصناعية، والتي دخلت حيز النفاذ في 13 جوان 1921.
- (9) - الاتفاقية رقم: 59 لسنة 1937، بشأن تحديد السن الأدنى، دخلت حيز النفاذ في 21 فيفري 1941.
- (10) - انظر: حمادة أبو نجمة، (عمل الأطفال في معايير العمل الدولية)، موقع الإنترنت: <http://sites.google.com/site/laborandrights/child-labo/standars>.
- (11) - التوصية رقم: 04 بشأن حظر تشغيل النساء والأطفال في أعمال تؤدي إلى تعرضهم للتسمم بالرصاص، اعتمدت في 29 أكتوبر 1919.
- (12) - كما يوحي المؤتمر بالألا يسمح للأحداث دون سن الـ 18 سنة بالعمل في العمليات التي تتضمن استعمال مركبات الرصاص إلا إذا توافرت الشروط الآتية:
- تهوية شافطة تركيب محليا بحيث تتخلص من الأتربة والأدخنة من مكان تولدها.
  - نظافة أدوات وعناصر العمل.
  - إخطار السلطات العمومية المتخصصة بجميع حالات التسمم بالرصاص والتعويضات عن ذلك.
  - الفحص الطبي الدوري للأشخاص المشغولين بتلك العمليات.
  - توفير أماكن كافية وملائمة لإبدال الملابس والاعتسال وتناول الطعام، وكذا توفير الملابس الخاصة بالوقاية.
  - تحريم استحضار الأطعمة إلى عناصر العمل.
- (13) - الاتفاقية رقم: 07 بشأن الحد الأدنى للسن التي يجوز فيها تشغيل الأحداث في العمل البحري، دخلت حيز النفاذ في 27 سبتمبر 1920.
- (14) - وحدد في مدلول هذه الاتفاقية أن عبارة "سفينة" تشمل جميع السفن والقوارب والبواخر والمراكب أيا كانت، وسواء كانت تملكها السلطة العامة أم الهيئات الخاصة، والتي تقوم الملاحة البحرية، فيما عدى السفن البحرية.
- (15) - الاتفاقية رقم: 58 بشأن تحديد السن الأدنى لاشتغال الأحداث بالملاحة البحرية، دخلت حيز النفاذ في 11 أبريل 1939.
- (16) - الاتفاقية رقم: 15 بشأن تحديد السن الأدنى التي يجوز فيها تشغيل الشباب وقادين أو مساعدي وقادين، دخلت حيز النفاذ في 20 نوفمبر 1922.
- (17) - الاتفاقية رقم: 112 بشأن تحديد السن الأدنى لتشغيل صيادي السمك، دخلت حيز النفاذ في 07 نوفمبر 1961.
- (18) - الاتفاقية رقم: 10 بشأن الحد الأدنى للسن التي يجوز فيها قبول الأحداث للعمل في الزراعة، دخلت حيز النفاذ في 31 أوت 1923.
- (19) - التوصية رقم: 14 بشأن العمل الليلي للأطفال في الزراعة، اعتمدت في 25 أكتوبر 1921.

- (20)- الاتفاقية رقم: 33 بشأن تحديد الحد الأدنى لسن قبول الأحداث في الأعمال غير الصناعية، دخلت حيز النفاذ في 06 جوان 1935.
- (21)- التوصية رقم: 41 بشأن السن التي يسمح فيها للأحداث بالاشتغال في الأعمال غير الصناعية، اعتمدت في 30 أفريل 1932.
- (22)- الاتفاقية رقم: 60 بشأن سن قبول الأحداث في الأعمال غير الصناعية، دخلت حيز النفاذ في 29 ديسمبر 1950.
- (23)- التوصية رقم: 45 بشأن تعطل (البطالة) الأحداث، اعتمدت في 25 جوان 1935.
- (24)- الاتفاقية رقم: 82 بشأن السياسة الاجتماعية في الأقاليم غير المتمتعة بالسيادة، دخلت حيز النفاذ في 19 جوان 1955.
- (25)- الاتفاقية رقم: 123 بشأن السن الأدنى للقبول في العمل تحت الأرض في المناجم، دخلت حيز النفاذ في 01 سبتمبر 1965.
- (26)- وقد حددت الاتفاقية في مادتها الأولى المقصود "بالمنجم" : بأنه كل منشأة سواء أكانت عامة أم خاصة تكون الغاية منها استخراج مواد كائنة تحت سطح الأرض وسيستلزم استخدام أشخاص تحت الأرض. وتشمل نصوص هذه الاتفاقية العمل تحت الأرض في المحاجر.
- (27)- الاتفاقية رقم: 124 بشأن الفحص الطبي الخاص بلباقة الأحداث للعمل تحت الأرض بالمناجم، دخلت حيز النفاذ في 01 سبتمبر 1965.
- (28)- التوصية رقم: 96 بشأن سن التشغيل الأدنى للعمل تحت الأرض في مناجم الفحم، اعتمدت في 19 جوان 1953.
- (29)- التوصية رقم: 124 بشأن سن التشغيل الأدنى للعمل تحت الأرض في مناجم الفحم، اعتمدت في 23 جوان 1965.
- (30)- التوصية رقم: 125 بشأن ظروف استخدام الأحداث تحت الأرض في المناجم، اعتمدت في 23 جوان 1965.
- (31)- انظر في هذا الشأن: \* محمود سلامة جبر، مرجع سابق، ص ص. 20-21. \* عدنان التلاوي، (عمل الأطفال نحو إزالة الوصمة)، تقرير المدير العام لمكتب العمل الدولي، الدورة: 86، مكتب العمل الدولي، جنيف، 1990، ص ص 529 وما يليها.
- \* حمادة أبو نجمة، (عمل الأطفال في معايير العمل الدولية)، موقع سابق.
- (32)- انظر في هذا الشأن:
- \* ط- سوفيان، (الاتفاقيات الدولية والعربية الخاصة بتشغيل الأطفال)، موقع الإنترنت: <http://droit-blog.com/article3154286>
- \* حمادة أبو نجمة، (عمل الأطفال في معايير العمل الدولية) ، موقع سابق.
- \* عدنان التلاوي، مرجع سابق، ص 538.
- (33)- الاتفاقية رقم: 138 ، دخلت حيز النفاذ في 19 جوان 1986.



(34)- فعلى الرغم من مضي أكثر من تسعين (90) عاما على اعتماد المؤتمر الدولي للعمل للاتفاقية رقم: 05 المذكورة أعلاه، فإن عمل الأطفال صغار السن ما يزال يمثل هاجسا عالميا مخيفًا ومصدر قلق في الكثير من دول العالم، في الدول النامية والدول الصناعية على حد سواء، وقد انعكس هذا القلق في العديد من التقارير والبيانات الصادرة عن المنظمات الدولية التي تطالب بإبداء مزيد من الاهتمام بالطفل، وتحذر من مغبة استغلال الأطفال وضرورة توفير الحماية اللازمة لهم في مختلف الجوانب القانونية والاجتماعية والصحية وضرورة اتخاذ إجراءات وتدابير ردعية ضد كل من شاء استغلال هذه الفئة بأي صورة كانت.

ويعبر عن ذلك الدكتور "محمد عباس نور الدين" على النحو التالي: "تعتبر ظاهرة تشغيل الأطفال "وصمة" في جين العالم المعاصر، ففي وقت حقق فيه الإنسان انجازات علمية خارقة....، فإنه لم يستطع القضاء على الظلم الاجتماعي الذي يتجلى في ثلوث "الفقر والجهل والمرض".

- أكثر تفصيل، انظر: محمد عباس نور الدين، (تشغيل الأطفال وصمة في جبين الحضارة المعاصرة)، مجلة الطفولة والتنمية، المجلس العربي للطفولة، العدد: 03، المجلد: 01، 2001، ص ص. 13-26.

(35)- انظر: محمود سلامة جبر، مرجع سابق، ص. 21.

(36)- فقد بلغ عدد التصديقات على الاتفاقية رقم: 138 لسنة 1973 حتى جوان 1999، 74 دولة.

(37)- أكثر تفصيل، انظر:

**Azer (A) and Ramzy (N), (child-labor : child rights carceptualization), the review of social science, N.C.S.C.R, Vol.37, N°:0 3, 2000, pp.133-170.**

(38)- أكثر تفصيل، انظر:

\* محمود عباس نور الدين، مرجع سابق، ص ص. 24-26.

\* محمود سلامة جبر، مرجع سابق، ص ص. 29-33.

\* يوسف إلياس، أطروحات في القانون الدولي والوطني للعمل: (رؤى تحليلية بمنظور مستقبلي)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، 2008، ص ص. 260-261.

(39)- انظر: يوسف إلياس، المرجع أعلاه.

(40)- وفي هذا النهج سارت القوانين العمالية الجزائرية، حيث حددت المادة "15" من القانون رقم: 90-11 المتعلق بعلاقات العمل السن الأدنى للتوظيف بستة عشرة سنة، وحددت سن الأعمال الخطرة والمضرة بالصحة أو بالأخلاق بثمانية عشرة سنة بالنسبة للعمل في الصناعة البحرية.

وحدد سن التشغيل في مصر بأربعة عشرة سنة، بينما رفعه المشرع العراقي إلى 15 سنة أو حتى ثمانية عشرة سنة إذا ما تعلق الأمر بأعمال خطيرة. وهو ذات الموقف الذي اتخذه كل من المشرعين الإماراتي والصومالي، بينما حدد السن الأدنى للتشغيل بأقل مما هو مرخص به دوليا، إذ تحدده كل من المملكة الأردنية، سوريا والسودان بسن اثني عشرة سنة وتضع الحد الأدنى للتشغيل في الأعمال الخطرة عند مؤشر الخامسة عشرة سنة.

## حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات

بقلم

د / أحمد محمود المساعدة

جامعة المجمع

المملكة العربية السعودية



### الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى بيان مدى حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات لما لها من دور هام في المنازعات التجارية، حيث كانت محل اهتمام المشرع الأردني، وما طرأ عليها من تطور سواء في التشريع المقارن أو في أحكام القضاء، ومما لا شك فيه أن الدفاتر التجارية الإلكترونية، أصبحت ذات أهمية في ظل ما يشهده العالم من التحول إلى الحوسبة التجارية، إذ جاء ذلك نتيجة لظهور المعلوماتية والانترنت، إضافة إلى التطور الحاصل في عالم التكنولوجيا الحديثة.

وقد سعت هذه الدراسة إلى توضيح آلية الاحتجاج بالدفاتر التجارية أمام القضاء مقارنة بالدفاتر التجارية التقليدية، إذ توصلنا إلى أن هذا النوع من الدفاتر يتمتع بذات القوة الثبوتية التي تتميز بها الدفاتر التجارية التقليدية.

ولتحقيق هدف هذه الدراسة قام الباحث بمعالجة هذا موضوع من خلال بيان ماهية الدفاتر التجارية الإلكترونية وأشكالها أولاً، وبيان شروط حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في ثانياً وكذلك حالات حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية ثالثاً وفي الختام نبين أهم النتائج والتوصيات التي تم الوصول إليها.

## ABSTRACT

This study seeks to identify evidential cogency of electronic commercial books in view of their significant part in today's commercial disputes. The Jordanian legislator addressed this subject and inherent developments in context of both comparative legislations and court judgments. No doubt, electronic commercial books are important in the process of ongoing shift towards Internet-enabled e-commerce within the information technology environment.

This study addresses argument with electronic vs. traditional commercial books and concluded that electronic commercial books have the same evidential power as do traditional commercial books.

To achieve study goal, this subject is was dealt with by first describing electronic commercial books and kinds, conditions required for electronic commercial books to be cogent, and cases in which electronic commercial books will have cogency. The conclusion includes major results and recommendations.

## المقدمة

تبدو أهمية الدفاتر التجارية في ممارسة الأعمال التجارية التي يقوم بها التاجر، من خلال دورها الأساسي في تجارته، إذ تعتبر العمود الرئيس والطريق السديد في تثبيت مصاريفه اليومية، وتوثيق قيوده المحاسبية، ونظراً لأهمية مسك الدفاتر التجارية باعتبارها أهم الالتزامات المهنية الواقعة على عاتق التاجر، فقد نُص عليه في معظم التشريعات التجارية، حيث نظم المشرع الأردني أحكامها في قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966.

ولكن ومع التطور التجاري الهائل في عصرنا الحديث وما يتميز به العمل التجاري من سرعة واثمان وحرية في الإثبات، إذ تزامن ذلك مع تزايد الحجم التجاري العالمي وظهور الحاسب الآلي، الذي جاء نتيجة للثورة المعلوماتية وظهور الإنترنت، الأمر الذي دعا بأصحاب فكرة المعلوماتية إلى التفكير بنوع جديد من الدفاتر التجارية لمواكبة السرعة التي يتميز بها العمل التجاري وفعلاً كان التوجه إلى استخدام الدفاتر التجارية الالكترونية.

وبما أن التشريعات التجارية ومؤلفات القانون التجاري اعتبرت الدفاتر

التجارية الوسيلة الوحيدة التي يلجأ إليها التاجر للحصول على البيانات المتعلقة بتجارته، إضافة إلى أهمية هذه الدفاتر في الإثبات، لأن المشرع أصلاً أعطاها حجية في الإثبات وفقاً لقواعد خاصة تكاد تختلف عن قواعد الإثبات في المسائل المدنية.

#### مشكلة الدراسة:

تعالج هذه الدراسة عدد من الإشكاليات يثيرها موضوع البحث، منها حالات حجية الدفاتر التجارية والشروط اللازمة لقيام حجيتها في الإثبات وحالات استخدامها وصولاً عند آلية الاحتجاج بها أمام القضاء، وذلك في نطاق ما هو مقرر في القانون الأردني، وبعض التشريعات المقارنة، وبعض أحكام القضاء ذات الصلة بموضوع الدراسة، من خلال الإجابة على الأسئلة البحثية التالية:

1. ما هو موقف المشرع الأردني من حجية الدفاتر التجارية الالكترونية وما يقابلها في التشريعات المقارنة؟
2. ما هي الشروط اللازمة لقيام حجية الدفاتر التجارية الالكترونية في الإثبات؟

3. ما هي حالات حجية الدفاتر التجارية الالكترونية؟

4. ما هي آلية الاحتجاج بالدفاتر التجارية أمام القضاء؟

#### هدف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان حجية الدفاتر التجارية الالكترونية في الإثبات من خلال الآتي:

1. التعرف على الجوانب القانونية للدفاتر التجارية الالكترونية ومدى معالجة ذلك ضمن التشريعات الأردنية ذات الصلة بموضوع الدراسة وما يقابلها من التشريعات المقارنة.

2. التعرف على أشكال الدفاتر التجارية الالكترونية والآلية المتبعة لتخزين المعلومات في مثل هذه الدفاتر.

3. التعرف على مدى حجية الدفاتر التجارية الالكترونية في الإثبات من خلال توضيح الحالات التي تثيرها حجية الدفاتر التجارية، وكذلك الآلية المتبعة بالاحتجاج بالدفاتر التجارية أمام القضاء.

#### أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة كون حجية الدفاتر التجارية الالكترونية في الإثبات، جاء نتيجة لظهور المعلوماتية والانترنت، إضافة إلى التطور الحاصل في عالم التكنولوجيا الحديثة، وظهور نوع جديد من التجارة أطلق عليه اسم التجارة الالكترونية، حيث كان ذلك محل اهتمام مشرعنا الأردني بوضع قواعد قانونية جديدة ذات صلة باستخدام الشبكة العنكبوتية نظراً للإقبال الملفت للنظر في التحول إلى التجارة الالكترونية، إذ كانت النتيجة إصدار تشريعات تنظم المعاملات الالكترونية منها، قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001، لذلك فإن دراستنا هذه تنصب على مدى حجية الدفاتر الالكترونية وكيف يمكن اعتبارها بيئة جديدة في الإثبات.

#### منهج البحث المستخدم:

يعتمد الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، حيث قام بتحديد أشكال الدفاتر التجارية الالكترونية والشروط اللازمة لقيام حجية الدفاتر التجارية الالكترونية في الإثبات وحالات حجية الدفاتر التجارية الالكترونية في الإثبات وآلية الاحتجاج بها، وستعتمد الدراسة على العديد من المصادر لعل أهمها ما ورد من نصوص في التشريعات الوطنية وما يقابلها من نصوص التشريع المقارن، وبعض أحكام القضاء، وكذلك إسهامات الفقه من مؤلفات عامة أو متخصصة، وأخيراً فإن الدراسة لم تغفل

الرجوع إلى بعض المواقع الإلكترونية المتخصصة بحساباتها مصدراً ثرياً بأحدث الاتجاهات سواء التشريعية أو القضائية أو الفقهية. وعلى ذلك سنبحث في هذه الدراسة من خلال الآتي:

أولاً : ماهية الدفاتر التجارية الالكترونية وأشكالها

1. ماهية الدفاتر التجارية الالكترونية.

2. أشكال الدفاتر التجارية الالكترونية .

ثانياً: شروط حجية الدفاتر التجارية الالكترونية وقواعد الاحتفاظ بها.

1. شروط حجية الدفاتر التجارية الالكترونية.

أ. شرط الكتابة.

ب. شرط التوقيع.

ج. شرط التوثيق.

2. قواعد الاحتفاظ بالدفاتر التجارية

ثالثاً : حالات حجية الدفاتر التجارية الالكترونية.

1. حجية الدفاتر التجارية لمصلحة التاجر ضد تاجر.

2. حجية الدفاتر التجارية لمصلحة التاجر ضد غير التاجر.

3. حجية الدفاتر التجارية في الإثبات ضد التاجر.

4. آلية الاحتجاج بالدفاتر التجارية في الإثبات.

التتائج والتوصيات:

### أولاً: ماهية الدفاتر التجارية الالكترونية وأشكالها

للدفاتر التجارية التقليدية أهمية كبيرة في الإثبات، كونها الوسيلة الوحيدة التي يلجأ إليها التاجر للحصول على المعلومات والبيانات، حيث بقيت هذه الدفاتر لفترة طويلة تحتل المرتبة الأولى بين أدلة الإثبات، عندما كانت

التشريعات تعامل السند التقليدي على أساس انه أقوى أدلة الإثبات التي يمكن أن تقدم للقاضي لإثبات الواقعة محل الحق<sup>(1)</sup>.

ولكن في ظل ظهور الحاسب الآلي وما رافقه من تطور هائل في عالم المعلومات والمعاملات، حيث أصبح يحتل مكانة كبيرة في جميع المجالات، إذ واكب هذه الطفرة المعلوماتية ظهور وسائل تكنولوجية للتحكم في هذه المعلومات وتجميعها واختزالها واسترجاعها ونقلها، إذ أطلق على هذه الوسائل مصطلح ( الحاسب الإلكتروني)<sup>(2)</sup>، لذلك وفي ضوء هذه المعطيات أصبح لزاماً أن يتم حوسبة أعمال التاجر، تحت مظلة ما يسمى بالدفاتر التجارية الالكترونية. لذلك فسوف نبحث في ذلك من خلال توضيح ماهية الدفاتر التجارية الالكترونية أولاً وبيان أشكال الدفاتر التجارية الالكترونية ثانياً.

### 1. ماهية الدفاتر التجارية الالكترونية.

في الواقع المشرع الأردني لم يعرّف الدفاتر التجارية الالكترونية بصريح العبارة بالمقارنة مع الدفاتر التجارية التقليدية، ولكن كان اهتمامه صريحاً بتعرضه لها بأكثر من تشريع، عندما خصص لها ستة مواد في قانون التجارة الأردني (16-21) تناولت التعريف بالدفاتر التجارية وأنواعها<sup>(3)</sup>. وكانت الإشارة أيضاً إلى الدفاتر التجارية الالكترونية في نصوص قانون البنوك الأردني رقم 28 لسنة 2000 إلى السجلات والمحركات ورسائل البيان الالكترونية<sup>(4)</sup>.

وبرأينا لا نشكك باعتبار الدفاتر التجارية الالكترونية بمثابة محرر الكتروني، إذ تؤيد ما جاء به المشرع الأردني عندما عرّف المحرر الالكتروني من خلال تعريفه لرسائل المعلومات ضمن قانون المعاملات الالكترونية

الأردني<sup>(5)</sup>، وكذلك جاء ذات القانون أيضا بالنص على السجل الإلكتروني وأطلق عليه مصطلح القيد أو العقد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل الكترونية. وجاءت المادة الرابعة من ذات القانون لتؤكد سريانه على المعاملات الإلكترونية (السجلات الإلكترونية) والتوقيع الإلكتروني وأي رسالة معلومات الكترونية<sup>(6)</sup>.

أما قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، فقد عرف رسالة البيانات بمادته الثانية الفقرة(أ) بأنها "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، النسخ البرقي"<sup>(7)</sup>.

بالنظر إلى ما تقدم من هذه النصوص نجد أن قانون المعاملات الإلكترونية الأردني جاء مطابقاً لنصوص قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية من خلال تعريفهما لرسائل المعلومات. معنى ذلك أن الدفاتر التجارية الإلكترونية هي عبارة عن محررات أو سندات الكترونية يتم تخزينها في الحاسب بموجب أقراص صلبة يتم استخراجها من أجهزة الحاسب، لإعادة قراءة البيانات التي تم تخزينها.

إذن عملية إنشاء الدفتر الإلكتروني هي بمثابة إنشاء سجل إلكتروني بكافة عناصره وشروطه، إذ يتضمن هذا السجل البيانات الواجب توافرها في الدفاتر التجارية التقليدية<sup>(8)</sup>، وبناء على ذلك فإن الدفاتر التجارية الإلكترونية هي عبارة عن استخدام وسيلة القيد الإلكتروني في تدوين وحفظ المعاملات التجارية للتاجر أو هي سجلات إلكترونية يدون فيها التاجر كافة مُدخلات ومخرجات معاملاته التجارية ليتحدد على ضوءها مركزه المالي، ومن المعروف محاسبياً أن هذه المخرجات والمدخلات هي عبارة عن قيود



محاسبية تكون إما ايجابية دائنة أو سلبية مدينة، وبدلاً من أن يقوم المحاسب بتدوين هذه القيود على دفاتر ورقية يقوم بإجراء القيد إلكترونياً<sup>(9)</sup>.

## 2. أشكال الدفاتر التجارية الإلكترونية.

ألزم قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 التاجر بتنظيم ثلاثة أنواع من الدفاتر التجارية<sup>(10)</sup> وهذه الدفاتر هي دفتر اليومية ودفتر صور الرسائل ودفتر الجرد والميزانية، إذ أطلق على هذا النوع اسم "الدفاتر التجارية الإلزامية"، غير أن المشرع ترك للتاجر الحرية في إضافة نوع آخر من الدفاتر إذا رغب في ذلك، وكانت ظروفه تسمح بمسك مثل هذه الدفاتر، وأطلق على هذا النوع اسم "الدفاتر الاختيارية"<sup>(11)</sup>.

ولكن وبعد ظهور الحاسوب وما رافقه من تطور هائل في عالم الالكترونيات اخذ يحتل مكانة كبيرة في هذا العصر المفعم بالتكنولوجيا، وحل محل الأوراق في تدوين وتخزين المعلومات والبيانات كالأشرطة والأقراص المغناطيسية والميكروفيلم، لذلك فإن الاختلاف في الطرق الحديثة لحفظ الدفاتر التجارية وإنشائها نتج عنه ظهور أنواع للدفاتر التجارية الإلكترونية نبيها تالياً:

أ. دفاتر تجارية بصورة المصغرات الفيلمية (النسخ المصغرة).

لم يكن مصطلح المصغرات الفيلمية واستخداماته محل اهتمام المشرعين في السابق، أما الآن فقد أصبح لزاماً لا مفر منه، خصوصاً في خضم الثورة التكنولوجية، إذ نجد المشرع الأردني قد اعترف صراحة بالدفاتر التجارية الإلكترونية على شكل مصغرات فليمية تستخدمها البنوك في معاملاتها المصرفية بصورة "ميكروفيلم" بدلاً من أصل الدفاتر والسجلات والكشوفات والوثائق والمراسلات<sup>(12)</sup>، وجاء بعده المشرع الليبي الذي اعتمد

أيضا على النسخ المصغرة كبديل لاحتفاظ الشركات والمؤسسات التجارية والمصارف بدفاترها ومراسلاتها وغيرها من الأوراق المتصلة بمعاملاتها التجارية<sup>13</sup>. معنى ذلك أن النسخ الصغيرة عبارة عن وسائل الكترونية يتم بموجبها تخزين المعلومات أو تسليمها أو كما أطلق عليها بعض الفقهاء مصطلح المصغرات الفيلمية (microfilms)<sup>(14)</sup>. إذن المصغرات الفيلمية بأشكالها المختلفة تقوم على فكرة إدخال المحرر أو الورقة الأصلية إلى أجهزة تُستنسخ عنها صورة وتخزنها بشكل مصغر أو مضغوط يتيح استرجاعها وإعادة طباعة نسخة عنها<sup>(15)</sup>.

وبما أن النشاط التجاري قد تزايد في الآونة الأخيرة، فإن ذلك سيكون سبباً في وجود مشكلة في المخزون الورقي الناتج عن ضرورة احتفاظ المؤسسة التجارية بدفاترها ومراسلاتها سواء الصادرة أو الواردة منها، إذ تعتبر فعلاً من الصعوبات الهامة أما تلك المؤسسات .

وبمضي الزمن يتزايد حجم المستندات الواجب الاحتفاظ بها، إضافة إلى أن الورق المستخدم عالي التكلفة، فضلاً عن أن عملية الحفظ تتطلب وقتاً كافياً لازماً لتصنيف المستندات واسترجاعها إذا اقتضى الأمر، ومن ثم كان على البنوك والشركات والمؤسسات، خصوصاً تلك التي مرت بتجربة المخزون الراكد لديها بمضي الزمن، أن تفكر عملياً في مواجهة الزيادة المستمرة في حجم الأرشيف، وذلك بضغط حجمه بحيث يحتل مكاناً صغيراً وبتكلفة أقل وسرعة أكبر في استرجاع المستندات، فكانت النسخ المصغرة (الميكروفيلم) باعتبارها وسيلة فعالة لتحقيق هذا الغرض<sup>(16)</sup>.

ففي إحدى الدراسات في فرنسا قامت بها الأستاذة فرنسواز شامو تبين أن حجم المخزون الورقي للفرع الرئيسي للبنك الوطني الفرنسي يبلغ

34.005 متر مكعب، وهو ما يوازي حجم قوس النصر الشهير بباريس، وقد أدت هذه المشكلة بالبنك إلى أن ينشئ مجمع لتخزين الورق بمدينة "اورلبان"، على مساحة 26.5000 متر مكعب عام 1975، وتوضح الدراسة أيضاً أن البنك في حاجة إلى أن ينشئ مجمع مماثل كل خمس سنوات نظراً لزيادة حجم المخزون الورقي سنوياً بنسبة تتراوح بين 10% إلى 50%<sup>(17)</sup>.

وجاء السبب الرئيسي للبحث عن وسيلة معينة لتخزين المعلومات تتسع أكبر قدر ممكن من المعلومات، إضافة إلى استمرارية تخزين هذه المعلومات لمدة أطول، لأنه بمرور الزمن يتزايد حجم المستندات الواجب الاحتفاظ بها، ومن ثم تصبح عملية الاحتفاظ بالأدلة أمراً بالغ الصعوبة، نظراً لأنها تحتاج إلى مكان يتسع لهذا الكم الضخم من المستندات.

#### ب. التخزين في ذاكرة الحاسوب بمثابة دفاتر تجارية إلكترونية.

لقد جاء النص صريحاً في قانون البنوك الأردني، بالإشارة إلى تخزين المعلومات مباشرة، دون الاعتداد بوجود دفاتر تجارية تقليدية مسبقاً، حيث أكد ذلك المشرع الأردني بالنص على إعفاء البنوك التي تستخدم الحاسب الآلي في عملياتها المالية والمصرفية من تنظيم الدفاتر التجارية التي نص عليها قانون التجارة الأردني الحالي<sup>(18)</sup>. إذ يقوم التاجر باستخدام وسيلة الكتابة الرقمية في إنشاء وحفظ الدفاتر التجارية، هذا وتعتبر الكتابة الرقمية هي الكتابة التي تقوم على استخدام الوسائل التقنية الحديثة بغض النظر عن الدعامة التي تستخدم في تثبيتها<sup>(19)</sup>.

أما المشرع الفرنسي فقد تنبه مبكراً إلى أن أشكال الدفاتر التجارية التقليدية بوضعها الحالي قد أصبحت عائقاً أمام إدخال المعلوماتية لحفظ

مثل هذه الدفاتر والمستندات، عندما اتخذ خطوة جريئة نحو إدخال نظام الدفاتر التجارية الالكترونية في المنظومة التجارية، حيث قام في 30 ابريل 1983 بإصدار القانون رقم 83-353 بشأن تعديل المواد 8 - 17 تجاري فرنسي، بحيث سمح من خلال هذا التعديل بإدخال نظام المعلوماتية في المحاسبة فأوجد اصطلاحاً جديداً هو "التسجيلات المحاسبية" كبديل للمصطلح القديم "الدفاتر التجارية"، وبموجب هذه التعديلات أصبح من الممكن أن تحل هذه التسجيلات المحاسبية محل الدفاتر التقليدية، عند توافر الشروط المطلوبة وهي: أن تكون محددة ومرقمة ومؤرخة بطريقة يُسهل الرجوع إليها<sup>(20)</sup>.

وقد وقف المشرع في دولة الإمارات وقفة مماثلة مع هذا الموضوع، حيث قرر بموجب المادة 38 من قانون المعاملات التجارية إعفاء التاجر الذي يستخدم في تنظيم عملياته التجارية الحاسب الآلي، أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة من مسك الدفاتر التجارية التقليدية، معتبراً المعلومات المستقاة من هذه الأجهزة أو غيرها من الأساليب الحديثة بمثابة دفاتر تجارية<sup>(21)</sup>، وتوضع ضوابط عامة تنظم عمليات استخدامها بقرار من وزير الاقتصاد والتجارة في دولة الإمارات العربية المتحدة<sup>(22)</sup>.

إذن الدفاتر التجارية الإلكترونية عبارة عن تطور حدث في طريقة إنشاء وحفظ الدفاتر التقليدية التي سادت منذ القدم وما زالت موجودة ومعتمدة لدى فئة كبيرة من التجار، فمن حيث المضمون ليست دفاتر جديدة، إنما هي صورة جديدة للدفاتر التجارية تتمثل في أسلوب جديد لتدوين وتخزين المعلومات، يقوم على وسائل إلكترونية ذات شروط تقنية معينة متعلقة بصحة المحرر نفسه، وليس بمضمون الدفاتر التجارية.

ثانياً: شروط حجية الدفاتر التجارية الالكترونية وقواعد الاحتفاظ بها .  
 سنتناول في هذا المبحث الشروط الواجب توافرها بالدفاتر التجارية  
 الإلكترونية ومدى الاحتجاج بها أمام القضاء وهل من الممكن مساواتها في  
 الإثبات بالدفاتر التقليدية؟<sup>(23)</sup>، سوف نتعرض لهذه الشروط وفقاً لما أوردها  
 التشريع الأردني، ومن ثم نتعرض إلى قواعد الاحتفاظ بهذه الدفاتر .

### 1. شروط حجية الدفاتر التجارية الالكترونية.

من الشروط الواجب توافرها في الدفاتر التجارية الالكترونية حتى تكون  
 لها الحجية الكاملة في الإثبات، هي الكتابة والتوقيع والتوثيق نينها تالياً .  
 أ. شرط الكتابة<sup>(24)</sup> .

في الواقع المشرع الأردني لم يتعرض لتعريف محدد للكتابة الالكترونية  
 حاله حال اغلب التشريعات العربية المتعلقة بالتجارة الالكترونية، باستثناء  
 المشرع المصري الذي أورد تعريفاً لها في قانون التوقيع الالكتروني المصري  
 رقم 15 لسنة 2004<sup>(25)</sup>، جاء فيه "الكتابة الالكترونية: كل حروف أو أرقام  
 أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية  
 أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك". إذن الكتابة لا  
 تتعدى أن تكون رموزاً تعبر عن الفكر، وليس من شروط فهم هذا التعبير أن  
 يتم إسناده إلى وسط مادي معين، سواء أكان على خشب أو على ورق قادر  
 على نقل رموز الكتابة<sup>(26)</sup>. لذلك فالسؤال الذي يطرح نفسه هنا هل يوجد  
 فرق بين الكتابة الالكترونية والكتابة التقليدية؟.

لقد ساوى المشرع الفرنسي ما بين الكتابة الالكترونية والتقليدية، من  
 حيث تمتعهما بالحجية والقوة في الإثبات، بموجب القانون رقم 230-  
 2000 الصادر في 13 مارس سنة 2000، والذي ادخل بموجبه تعديلات  
 على نصوص القانون المدني، إذ ظهر ذلك في المادة 3/1316 من التقنين

المدني الفرنسي التي نصت على أن تكون للكتابة على الدعامة الالكترونية نفس القوة في الإثبات التي تتمتع بها على دعامة ورقية<sup>(27)</sup>.

" L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier "

فهناك من رأى<sup>(28)</sup> أن الكتابة الالكترونية على شكل وسائط الكترونية، أما السندات العادية فهي وسائل إثبات تم إعدادها مسبقاً يكتبها الأفراد بهدف توثيق حقوقهم التي قد تنشأ عن تصرفات قانونية، ولا يشترط شكل معين لهذه الكتابة، معنى هذا أن الكتابة الالكترونية تختلف عن الكتابة التقليدية من حيث الوسط المادي الذي يحمل هذه الكتابة، إذ يكون في الكتابة التقليدية ورقياً أما في الكتابة الالكترونية فيتم من خلال أجهزة خاصة ومعقدة ولا تكون الكتابة بخط اليد، وإنما بالضغط على لوحات أعدت خصيصاً لهذه الغاية، تكون رموزاً أو أرقاماً، وهما الرقمين صفر وواحد بحيث يتم إدخال هذه الرموز إلى الحاسب الذي يقوم بدوره بترجمة هذه الأرقام إلى كلمات مقروءة<sup>(29)</sup>.

فيما رأى البعض الآخر<sup>(30)</sup> أن الكتابة الالكترونية تكون على شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال عمليات إدخال البيانات وإخراجها من خلال شاشة الحاسب، والتي تتم من خلال تغذية الجهاز بهذه المعلومات عن طريق وحدات الإدخال والتي تتبلور في لوحة المفاتيح أو استرجاع المعلومات المخزنة في وحدة المعالجة المركزية.

أما المشرع الجزائري فقد اخذ بالكتابة الالكترونية عندما نص في المادة 323 مكرر 1 مدني جديد<sup>(31)</sup> على أن: " يعتبراً لإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن

سلامتها". وبذلك يكون المشرع قد اعتمد الكتابة بمفهومها الواسع، دون أن يفرق ما بين الكتابة التقليدية على الورق أو الكتابة الالكترونية التي جاءت من خلال أجهزة خاصة ومعقدة كما بينا سابقاً.

وثمة حقيقة أن المشرع الأردني قد اقرّ بقوة المحررات الالكترونية في الإثبات بحيث لا يتم تعديلها أو تغييرها<sup>(32)</sup>، بما أنه من الممكن تحويل الرموز إلى سند الكتروني، فلا يوجد ما يمنع من إعطاء هذا السند حجية السند العادي في الإثبات، إذ بالإمكان القياس على ذلك والتطبيق على كافة المحررات سواء كانت رسمية أو عرفية، ومرد ذلك ما جاءت به اغلب التشريعات التي سعت إلى تنظيم عملية الإثبات في الوسائل الالكترونية ضمن منهجية محددة تتمثل في رفع حجية المحررات الالكترونية إلى مرتبة حجية المحررات الورقية<sup>(33)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 1/316 من التقنين المدني الفرنسي قد حددت الشروط الواجب توافرها لقبول المحرر الالكتروني كدليل في الإثبات وتمتعه بنفس قوة المحرر الورقي، وذلك بالنص على انه يعتد بالكتابة المتخذة شكلاً الكترونياً كدليل في الإثبات شأنها شأن الكتابة على دعامة ورقية، بشرط أن يكون في الإمكان بالضرورة تحديد هوية الشخص الذي صدرت منه، وأن تعد هذه الكتابة وتحفظ وفقاً لشروط من طبيعتها أن تضمن سلامتها<sup>(34)</sup>.

ب. شرط التوقيع.

يعتبر التوقيع ركن أساسي في الإثبات باعتباره أحد الشروط الرئيسية في الدليل الكتابي إلى جانب الكتابة التي لا ترقى من الناحية القانونية إلى مرتبة الدليل الكامل في الإثبات، ما لم تحمل توقيع من يحتج بها عليه، ففي ذلك نجد أن المشرع الجزائري قد اعتمد بقوة التوقيع الالكترونية ضمن نص المادة

2/327 مدني جزائري<sup>(35)</sup> على أن: "..... ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه"، لأن التوقيع يعني نسبة ما ورد في المحرر لأطرافه<sup>(36)</sup>، وفي هذا السياق اشترط المشرع الأردني أن تكون مخرجات الحاسوب - حتى يكون له حجة السند العادي في الإثبات - أن يكون موقعاً أو مصدقاً ممن صدر عنه<sup>(37)</sup>.

ومع تنامي التجارة الالكترونية، واستخدام السندات والعقود الالكترونية التي فرضت تقنية التوقيع الالكتروني الأمر الذي أدى إلى تدخل تشريعي لتنظيم هذه المفاهيم الحديثة، حيث اقر القانون النموذجي حول التجارة الالكترونية الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي لدى الأمم المتحدة بالقوة الثبوتية للسند والتوقيع الالكترونيين بموجب القرار رقم 162/51 تاريخ 1996 /1/16، كذلك قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية، الذي اعتمده لجنة القانون التجاري الدولي لدى الأمم المتحدة في دورتها الـ 34 بتاريخ 5/7/2001 نص أيضا على تنظيم التوقيع الالكتروني في سياق العلاقات ذات الطابع التجاري، أما القانون الإنجليزي فقد أصدر لائحة خاصة للتوقيع الإلكتروني، أدخلت حيز النفاذ في الثامن من مارس 2002، إذ تعد هذه اللائحة استجابة للتوجيه الصادر من البرلمان الأوروبي للتوقيع الإلكتروني بتاريخ 1999/12/13 الذي اقر توجيهاً آخر بتاريخ 2000/6/8 حول التجارة الالكترونية والتأكيد على الاهتمام بالعقود بالطرق الالكترونية<sup>(38)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن التوقيع الإلكتروني هو وسيلة إلكترونية يمكن بمقتضاها تحديد هوية الشخص المنسوب التوقيع إليه مع توافر النية لديه بأن ينتج آثاره القانونية على نحو يماثل التوقيع بخط اليد، فالتوقيع كما جاء به



البعض هو "علامة خاصة ومميزة يضعها الموقع بأي وسيلة على مستند لإقراره"<sup>(39)</sup>. وترجع أهمية التوقيع الإلكتروني، باستخدامه في كافة التعاملات التي تتطلب توقيعاً، مثل أوامر البيع والشراء، التوقيع على قوائم جرد السلع والبضائع، والتوقيع على فواتير الاستلام، شراء تذاكر السفر، السجلات المثبتة للدفع<sup>(40)</sup>.

ج. شرط التوثيق.

حتى يكون للسند الإلكتروني الحجية أو الدليل في الإثبات فلا بد أن يكون موثقاً<sup>41</sup>، إذ تكمن أهمية التوثيق الإلكتروني في ضوء ما جاء به المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية، المادة 32/ب على أن: "ب. إذا لم يكن السجل الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني موثقاً فليس له أي حجية" وبذلك لا يمنح المشرع الأردني السجل الإلكتروني أي حجية إذا لم يكن موثقاً<sup>42</sup>، ويكون بذلك قد ألزم كل شخص يقوم بأي تصرف من خلال شبكة الإنترنت توثيق التصرف الذي تم، بهدف الحفاظ على حقوق المتعاملين من خلال شبكة الانترنت من أي اعتداء أو غش يمارس عليهم، وإن إصدار أي محرر الكتروني لا بد من القيام بتوثيقه<sup>(43)</sup>.

أما المشرع التونسي قد نص في الفصل(4) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية على أن: "يعتمد قانوناً حفظ الوثيقة الإلكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية. ويلتزم المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في الشكل المرسل به ويلتزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة في الشكل الذي تسلمها به". معنى ذلك أن المشرع التونسي ساوى بين الوثيقة الموقعة بالتوقيع التقليدي بالوثيقة الموقعة رقمياً<sup>(44)</sup>.

وحسناً فعل المشرع الأردني بعدم اعتماد السجل الإلكتروني ما لم يكن

موثقاً، حيث قصد المشرع من وراء ذلك حماية التعاملات الالكترونية التي تتم من خلال شبكة الانترنت، والتي تكون مفتوحة للجميع مما يجعل هذه الشبكة عرضة لعمليات القرصنة من قبل الفئات المتمرسه في اعتراض الأعمال الإلكترونية، إذ لا يمكن مواجهة مثل هذه المخاطر إلا من خلال جهة معتمدة تعمل على توثيق السجل الإلكتروني، حفاظاً على حقوق ومصالح المؤسسات والأفراد التي تستخدم السجل الإلكتروني<sup>(45)</sup>.

وحتى تتحقق إجراءات التوثيق، عندما كان الغرض منها الحفاظ على القيد الإلكتروني من التلاعب أو التحريف، فإن الأمر يتطلب أن تكون تلك الإجراءات ذات صفات تتناسب والتوثيق الإلكتروني، وبما انه ليس أي إجراء قادر على توثيق السجل الإلكتروني، فقد ذهب المشرع الأردني إلى وضع ضوابط معينة، كان الهدف منها مراعاة الظروف المحيطة بعملية التوثيق الخاصة بطرفي العلاقة التجارية<sup>(46)</sup>.

وعليه إذا تم تطبيق إجراءات توثيق مقبولة تجارياً مع مراعاة الظروف الخاصة بأطراف المعاملة المنصوص عليها بقانون المعاملات الالكترونية الأردني المتقدم بيانه، سيكون لتلك الإجراءات أثر فاعل في توثيق السجل الإلكتروني.

فمن هذا المنطلق كان المشرع الأردني حريصاً عندما نص في المادة 1/40 من قانون المعاملات الإلكترونية على ضرورة إصدار مجلس الوزراء الأردني نظاماً يختص بإصدار شهادات التوثيق والجهة الحكومية التي تختص بذلك ومقدار الرسوم الواجب دفعها<sup>(47)</sup>.

## 2. قواعد الاحتفاظ بالدفاتر التجارية الالكترونية.

ألزم المشرع الأردني التاجر بالاحتفاظ بدفاتره التجارية بعد اختتامها مدة عشر سنوات<sup>(48)</sup>، معنى ذلك أن التاجر ملزم بتقديم دفاتره خلال تلك المدة فقط، ويتحلل من هذا الالتزام بعد انتهاء تلك المدة، وقد نص أيضا المشرع الجزائري على المدة نفسها، عندما ألزم التاجر بالاحتفاظ بدفتره اليومية والجرد، وكذلك المراسلات الواردة ونسخ الرسائل الموجهة طيلة نفس المدة<sup>(49)</sup>، ولكن هل يمكن اعتبار هذه المدة نوعاً من التقادم المسقط للحقوق أم لا؟، لقد ذهب بعض الفقه<sup>(50)</sup> إلى القول بأن مدة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية ليست نوعاً من التقادم المسقط للحقوق، وإنما هي مدة زمنية حددها المشرع للتاجر إذ لا تلازم بين مدة التقادم ومدة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية.

ولكن في ظل استخدام الحاسوب وإذا سلمنا بجواز استخدام التاجر للدفاتر التجارية الالكترونية، سواء ضمن حدود معينة أو بشكل مطلق، فلا بد من معرفة المدة التي يجب على التاجر الاحتفاظ بدفاتره التجارية، وبما أن الدفاتر التجارية الالكترونية لا تشكل بديلاً تم الاستغناء به عن الدفاتر التقليدية، إذن هو مجرد تطوير ليس إلا طراً على تدوين هذه الدفاتر، والنتيجة هنا بين أمرين، إما أن تكون تقليدية بمعنى الكلمة، تم الالتزام بها بكل ما طلبه المشرع جملة وتفصيلاً ومن ثم صُغرت بطريقة (Microfilm) أو أن التاجر استخدم مباشرة إدخال البيانات إلى جهاز الحاسب الآلي، وأياً كانت طريقة القيد لا بد من وجود فترة زمنية تُلزم التاجر بالاحتفاظ بالدفاتر التجارية<sup>(51)</sup>.

وبما أن قانون التجارة الأردني لم يتطرق إلى الوسائل الالكترونية الحديثة لإنشاء وحفظ الدفاتر التجارية، فإن السؤال الذي يطرح نفسه هنا.

هل المدة التي تُلزم التاجر الاحتفاظ بالدفاتر التجارية الالكترونية هي نفس مدة الاحتفاظ بالدفاتر التقليدية؟. عندما تكون الدفاتر التجارية على شكل مصغرات فلميه، لا تثور أية مشكلة في تحديد المدة الزمنية لحفظ الدفاتر، إذ ستطبق عليها أحكام الدفاتر التجارية التقليدية، كونها أصلاً اعتبرت في حكمها، وبالتالي فإن مدة الاحتفاظ بها ستكون عشر سنوات وفقاً لنصوص قانون التجارة الأردني. أما المشرع الإماراتي فقد نص على مدة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية لمدة خمس سنوات<sup>(52)</sup>، وعاد وقرر أيضاً ضمن المادة (32) من قانون المعاملات الالكترونية الإماراتي، حيث أجاز للمصارف والشركات أو المؤسسات التي يصدر بها قرار من وزير الاقتصاد والتجارة، أن تحتفظ للمدة المذكورة في المادتين السابقتين بالصورة المصغرة (ميكروفيلم أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة) بدلا من أصل الدفاتر والوثائق والمراسلات والبرقيات والفواتير وغيرها من المستندات المتصلة بأعمالها المالية، والتجارية وتكون لهذه الصور حجية الأصل في الإثبات<sup>(53)</sup>.

ولكن ما إذا بالنسبة للدفاتر التي أنشأت مباشرة على جهاز الحاسوب دون أن يكون لها أصل مادي مكتوب، هل مدة الاحتفاظ بها هي نفس مدة الاحتفاظ بالدفاتر التقليدية؟ للإجابة على ذلك ومن خلال الرجوع إلى قانون البنوك الأردني، نجد انه قد نص (للبنوك أن تحتفظ للمدة المقررة في القانون بصورة مصغرة (الميكروفيلم أو غيره)<sup>(54)</sup>، من هذا النص نلاحظ أن المشرع قد أعطى المدة نفسها للاحتفاظ بالدفاتر التجارية الالكترونية والتي قُرت للدفاتر التقليدية وهي مدة عشر سنوات حسب ما جاء بنصوص قانون التجارة الأردني .

### ثالثاً: حالات حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية

لقد أعطى المشرع الأردني الدفاتر التجارية حجية في الإثبات وفق قواعد خاصة تختلف عن قواعد الإثبات المدني<sup>(55)</sup>، على اعتبار أن نظام الإثبات طبقاً للقواعد العامة، يقوم على قاعدتين أساسيتين، هما أن الشخص لا يجوز أن يصطنع دليلاً لنفسه، ولا يُجبر على تقديم دليلاً ضد نفسه، لذلك فإنه يمكن تحديد ذلك من خلال البحث في مدى حجية الدفاتر التجارية لمصلحة التاجر ضد تاجر أولاً وحجية الدفاتر التجارية لمصلحة التاجر ضد غير التاجر ثانياً وحجية الدفاتر التجارية ضد التاجر ثالثاً وأخيراً سوف نتعرض إلى آلية الاحتجاج بالدفاتر التجارية في الإثبات

#### 1. حجية الدفاتر التجارية لمصلحة التاجر ضد تاجر<sup>(56)</sup>.

القواعد العامة في الإثبات تقول أنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه ضد خصمه على صحة ما يدعيه، ولكن عند تقديم دليل ضد شخص معين، لا بد وأن يكون قد صدر منه شخصياً حتى يكون مقبولاً للاحتجاج به عليه<sup>(57)</sup>، ولكن المشرع أجاز في مناسبات معينة الإثبات بواسطة الدفاتر التجارية، سواء لمصلحة التاجر أو ضده، جاء ذلك في المادة 2/16 من قانون البينان الأردني، عندما أجاز للقاضي أن يعتبر الدفاتر التجارية حجة لصاحبها بما ورد فيها في المعاملات الخاصة بتجارته، عندما يكون الخلاف بينه وبين تاجر آخر وكانت الدفاتر التجارية منظمة<sup>(58)</sup>، حيث جاء هذا الاعتبار لما تقتضيه التجارة من سرعة واثمان في التعامل في مجال التجارة.

من خلال نص المادة 16 من قانون البينان الأردني، نجد أن دفاتر التاجر تكون حجة ضد تاجر آخر ولكن ضمن شروط حددها المشرع نجمها في الآتي:

أ. أن يكون النزاع بين تاجرين.

أي أن يكون المحتج عليه تاجراً، وملزم بمسك الدفاتر التجارية، وأن يكون التصرف القانوني محل النزاع قد جرى قيده وتوثيقه في دفاتره التجارية، حيث يسهّل هذا الإجراء على القاضي التوصل إلى الحقيقة من خلال إجراء المضاهاة بين دفاتر التجار محل النزاع ومقارنة كل منهما مع الآخر، من أجل الوصول إلى حقيقة دعوى التاجر عند احتجائه بدفاتره ضد التاجر الآخر<sup>(59)</sup>، فإذا تطابقت الدفاتر يُحسم النزاع لصالح التاجر المدعي، إلا إذا استطاع المدعي عليه تقديم دليل آخر يثبت عكس ما ورد في الدفترين، أما إذا تباينت القيود<sup>(60)</sup> في دفاتر الخصمين يحكم القاضي بتهاتر البيتان المتعارضتان ويطلب من المدعي تقديم دليلاً آخر على دعواه.

ب. أن يكون محل النزاع عمل تجاري.

نصت على هذا الشرط المادة (2/16) من قانون البينان الأردني على أن: "2. تصلح لأن تكون حجة لصاحبها في المعاملات المختصة بتجارته إذا كانت منظمة وكان الخلاف بينه وبين تاجر." ويستوي في ذلك أن يكون العمل تجارياً بطبيعته أم تجارياً بالتبعية، وتحليل جزئي لنص المادة 2/16 من قانون البينان الأردني فقد أجازت تلك المادة أن تكون الدفاتر التجارية حجة لصاحبها في المعاملات المختصة بتجارته.

إذن هذه المادة لم تشترط أن يكون العمل موضوع النزاع تجارياً بين الطرفين، كما لو اشترى احد التجار أثاثاً لوضعه في منزله من تاجر آخر يتعامل في تجارة الأثاث، فإن مثل هذا العمل مدنياً بالنسبة للتاجر المشتري وتجارياً بالنسبة للبائع، وبذلك يكون للبائع عند حصول نزاع يتعلق بهذا الموضوع، أن يحتج على الآخر بما جاء في دفاتره التجارية، كون الطرفين

تجاراً وملزمين بمسك الدفاتر التجارية<sup>(61)</sup>.

من هنا نجد أن قانون البينان الأردني كان صائباً بعدم اشتراطه تجارية العمل محل النزاع بالنسبة للطرفين ليتمكننا من الاحتجاج بدفاترهما التجارية، وبالتالي فلا مانع من خضوع دفاتر التجار طرفي النزاع للمضاهاة بصرف النظر عن صفة العمل لكل منهما.

ج. أن تكون الدفاتر المراد الاحتجاج بها منظمة.

لقد نص قانون التجارة الأردني ضمن المواد (17،18) منه أن تكون الدفاتر التجارية المراد الاحتجاج بها منظمة، وقد جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية "أن قانون التجارة العثماني لا يجيز اعتبار الدفاتر التجارية حجة للتاجر أي البنك ما لم تكن منظمة ومصدقة حسب الأصول وإذا لم تتوفر في الدفاتر شروط التنظيم والتصديق القانونية فتستبعد الدفاتر من البيئة"<sup>(62)</sup>، ومعنى انتظام الدفاتر هو إتباع التاجر لكافة الشروط والإجراءات والضوابط المحددة قانوناً بمسك الدفاتر التجارية، سواء أكان على شكل مايكرو فيلم أو بشكل بيانات الكترونية دون أن يكون لها أصل مادي مكتوب<sup>(63)</sup>، أما من حيث الاحتجاج بها، فإن الدفاتر التجارية المنظمة هي وحدها التي يجوز استعمالها في الإثبات أمام القضاء، أما الدفاتر غير المنظمة فلا تصلح أن تكون دليلاً أمام القضاء، فقد رأى المشرع الأردني أن انتظام الدفاتر التجارية قرينة على صحة ما ورد بها، أما الدفاتر غير المنظمة فلم يعتبرها حجة في الإثبات وإنما قرينة قضائية يعود أمر تقديرها لفاضي الموضوع<sup>(64)</sup>. ففي القرار الصادر عن محكمة التمييز اللبنانية رقم 2001/4 تاريخ 2001/2/6، في قضية تفليسة الغزاوي. فبعد أن تذرع طالبو النقص بأن مفهوم الدفاتر التجارية قد تغيرَ عرفاً بنتيجة الثورة الإلكترونية،

وتجاوز الملفات الخطية إلى بيانات إلكترونية في أقراص مدمجة، رفضت محكمة التمييز الاعتراف بالبيانات المحاسبية المعلوماتية ومساواتها بالدفاتر التجارية الورقية، واعتبرت أنه لا يمكن الاستعاضة عن القواعد التي ترعى تنظيم ومسك الدفاتر التجارية أصولاً، بأي عرف مخالف قائم على البرمجة الالكترونية<sup>(65)</sup>.

## 2. حجية الدفاتر التجارية لمصلحة التاجر ضد غير التاجر.

الأصل أن القاعدة العامة في الإثبات لا يجوز للشخص اصطناع دليلاً لنفسه ضد غيره، معنى ذلك أن التاجر لا يستطيع أن يحتج بدفاتره ضد غيره عندما لا يكون تاجراً ولا يوجد لديه دفاتر تجارية، لذلك فلا يكون عدلاً أن نمكن التاجر من الاحتجاج بدفاتره ضد غيره في الوقت الذي لا يملك الغير مثل تلك الوسائل بالإثبات<sup>(66)</sup>.

ولكن المشرع الأردني أورد استثناءات على عدم جواز احتجاج التاجر بدفاتره ضد غير التاجر، حيث كانت وجهة نظره أن يعطي الدفاتر التجارية بعض القوة الثبوتية في الإثبات، عندما نص على ذلك في المادة (15) من قانون البينان الأردني على أن: "دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار إلا البيانات الواردة فيها عما أورده التجار تصلح أساساً يجهز للمحكمة أن توجه اليمين المتممة لأي من الطرفين".

إذن إذا نظرنا إلى نص المادة أعلاه، فإن القاعدة تكمن في الشق الأول من نص المادة هو أن الدفاتر التجارية لا تكون حجة إلا على التجار أنفسهم، أما الاستثناء فقد جاء في الشق الثاني من المادة "غير التجار إلا البيانات الواردة فيها عما أورده التجار تصلح أساساً يجهز للمحكمة أن توجه اليمين المتممة لأي من الطرفين". وعلى ذلك وبمقتضى هذا النص فإنه يجوز



للقاضي اتخاذ البيانات الواردة في دفاتر التاجر للحكم لصالح التاجر المذكور ضد غير التاجر على أن يقوم القاضي بتوجيه اليمين المتممة<sup>(67)</sup> لأي من الطرفين المتخاصمين<sup>(68)</sup>.

### 3. حجية الدفاتر التجارية في الإثبات ضد التاجر:

تكون الدفاتر التجارية حجة على صاحبها سواء كانت منظمة أو غير منظمة، وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية: "أن دفاتر الشركة المميزة هي حجة عليها بمقتضى المادة 1/16 من قانون البيان الأردني سواء كانت منظمة تنظيمًا قانونياً أو لم تكن"<sup>(69)</sup>، ولكن لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد ما كان ناقصاً لدعواه<sup>(70)</sup>، حيث يستطيع خصم التاجر أن يتمسك في مواجهة التاجر بالبيانات المدونة في دفاتره سواء كان العمل المراد إثباته مدنياً أو تجارياً، ففي ذلك ذهب البعض<sup>(71)</sup> إلى أن من يريد أن يستخلص دليلاً لنفسه مقيد بعدم جواز تجزئة البيانات الواردة فيها وبوجوب قبولها بجملتها، كما لو كانت إقراراً من صاحبها لا يقبل التجزئة، وقد جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية "أن الأخذ بالموافقة بكشوف حساب البنك وقيدته يمنع التنصل مما هو مدرج فيها من سحبات بموجب شيكات بداعي أنها مسحوبة ممن لا يملك حق سحبها"<sup>(72)</sup>.

وهذا ما اخذ به المشرع الأردني عندما نص في المادة 1/16 من قانون البيان الأردني على أن: "دفاتر التجار الإجبارية: 1- تكون حجة منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد ما كان مناقضاً لدعواه".

بخلاف ذلك رأى آخرون<sup>(73)</sup>، على أن بيانات التاجر المدونة في دفاتره، وإن كانت بمثابة إقرار ولها حجية كاملة في الإثبات في مواجهته، إلا أن

حجبتها غير قاطعة يجوز إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات تبعاً لمبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية.

#### 4. آلية الاحتجاج بالدفاتر التجارية في الإثبات.

تبدو أهمية دور الدفاتر التجارية في الإثبات ضمن حالات يتم من خلالها الاستعانة بها أمام القضاء، للحصول على دليل يثبت حق احد الطرفين ضد الآخر وهذه الحالات هي حالة الاطلاع الكلي وحالة الاطلاع الجزئي:

##### أ. الاطلاع الكلي.

في هذه الحالة يتم تقديم الدفاتر التجارية من قبل التاجر إلى المحكمة حتى يتمكن الخصم من الاطلاع عليها، أو قيام التاجر بتسليم دفاتره إلى الخصم لكي يبحث فيها عن الأدلة المؤيدة لدعواه، إذ نص المشرع الأردني على ذلك في المادة 20 من قانون التجارة الأردني<sup>(74)</sup> على أن: "تسلم الدفاتر بكاملها أو نسخ عنها إلى القضاء في أحوال الإرث وقسمة الأموال المشتركة والشركة والصلح الواقي والإفلاس وفي الأحوال المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الحقوقية".

وبما أن الاطلاع الكلي يعني بالنتيجة تخلي التاجر عن دفاتره التجارية لخصمه بناء على أمر المحكمة ليستخلص منها الدليل المؤيد لدعواه، فان هذا الأمر لا يخلو من الخطورة، لأن التاجر الذي سلمت له الدفاتر سيطلع على جميع محتويات دفاتر التاجر الخصم، وبالتالي سوف يكشف جميع أسرار أعماله التجارية التي يزاولها التاجر، فمن هنا تنبه المشرع وحصر حالات تقديم الدفاتر للاطلاع الكلي جاء ذكرها في المادة 20 من قانون التجارة الأردني<sup>(75)</sup> وهي حالة الإرث وقسمة الأموال المشتركة والشركة

والصلح الواقي من الإفلاس. فعندما يكون النزاع متعلقاً بالتركة وكان المتوفى تاجراً فإنه يكون لكل من له حق في التركة سواء كان وارث أو موصي أن يطلب من المحكمة الاطلاع على الدفاتر التجارية، أما في حالة النزاع المتعلق بقسمة الأموال الشائعة، عندما يكون الخلاف بين الشركاء على أموال يملكونها، فإنه يجوز للمحكمة أن تسمح بالاطلاع على الدفاتر التجارية الخاصة بحالة الشروع، أما في حالة النزاع المرتبط بالشركة وذلك عند الانقضاء لسبب أو لآخر ودخولها دور التصفية تمهيداً لقسمة موجوداتها بين الشركاء، فإن من حق كل شريك أن يطلع على دفاتر الشركة ليتحقق من نصيبه بعد قسمة موجودات الشركة، أما في حالة الإفلاس أو الصلح الواقي فتسلم الدفاتر للمحكمة المختصة أو لأمين التفليسة للإطلاع عليها<sup>(76)</sup>. ولكن ما إذا لو كان التاجر مصرفاً أو شركة تستخدم أي شكل من أشكال الدفاتر التجارية الالكترونية التي ذكرناها كالميكرو فيلم أو غيره من الأجهزة التقنية الحديثة، فهل يُلزم هذا التاجر بعملية الإطلاع أم لا؟

ذهب بعض الفقه<sup>(77)</sup> إلى انه وفقاً للقانون والضوابط المنظمة لعمليات الاستخدام فإن التاجر يكون ملزماً بإطلاع خصمه على هذه الصور المصغرة، عندما يكون لها حجية الأصل في الإثبات، معنى ذلك أنها تحل بديلاً لأصل الدفاتر والوثائق والمراسلات وأي أوراق أخرى ذات علاقة بأعمال التاجر. ونحن من جانبنا نؤيد ما ذهب إليه الفقه المتقدم بيانه، أن يكون للمصغرات الفيلمية (النسخ الصغيرة) والميكرو فيلم والتخزين في ذاكرة الحاسوب، الحجية في الإثبات كما لو كانت دفاتر تجارية ورقية، وتصلح أن تُقدم للمحكمة للإطلاع وان يطلع عليها الخصم للحصول على الدليل من خلالها.

ب. الإطلاع الجزئي.

يقصد بالاطلاع الجزئي - التقديم - أي عرض الدفاتر التجارية محل

النزاع على المحكمة المختصة بنظر النزاع، لتستخرج منها دليلاً متعلقاً بالدعوى المطروحة أمامها للفصل فيها<sup>(78)</sup>، حيث نصت المادة 21 من قانون التجارة الأردني على أن: "فيما عدا الأحوال المذكورة في المادة السابقة يمكن على الدوام عرض الدفاتر التجارية أو المطالبة بإبرازها لاستخلاص ما يتعلق منها بالنزاع وللقاضي أن يأمر من تلقاء نفسه بإبراز الدفاتر المذكورة للغاية ذاتها"<sup>(79)</sup>، إذ أن الاطلاع الجزئي غير مقيد بحالة معينة وإنما يكون بناء على طلب الخصم عن طريق المحكمة، أو بطلب من المحكمة من تلقاء نفسها، فقد أجازت المادة 105 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني للمحكمة في مثل هذه الحالات أن تأمر المحكمة بتقديم نسخة عن القيود المراد الاطلاع عليها بدلاً من إصدار قرار بالاطلاع على الدفاتر الأصلية<sup>(80)</sup>، عندما تجد أن الاطلاع على بعض البيانات المدونة في دفاتر التاجر يؤدي إلى الحصول على أدلة تصلح أن تكون أساساً لإصدار الحكم.

لذلك نجد أن المادة 105 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني

اقرب إلى مفهوم الاطلاع الجزئي من المادة 21 من قانون التجارة الذي يقضي في بعض الأحيان الاطلاع على كافة بيانات دفاتر التاجر<sup>(81)</sup>. أما بخصوص الدفاتر التجارية الالكترونية، فقد ذهب البعض<sup>(82)</sup> إلى أن تقديم تلك الدفاتر يكون حسب نوع الدفتر، فإذا كان على شكل صوراً مصغرة فإن القاضي يستطيع أن يأمر بتقديم هذه الصور وتكون لها حجية في الإثبات بدلاً من أصل الدفاتر والوثائق والمراسلات والبرقيات، مع مراعاة الضوابط التنظيمية لاستخدام هذه الصور المصغرة. فوفقاً لرأي الفقه المتقدم بيانه فإنه إذا كان التاجر يستخدم الحاسوب مباشرة في تنظيم عملياته التجارية فإن البيانات المستقاة من الحاسوب يكون لها نفس قيمة الدفاتر التقليدية، وعليه

فان القاضي يستطيع أن يأمر بتقديم تلك الأجهزة ويكون لها نفس حجية الدفاتر التجارية التقليدية في الإثبات مع مراعاة للضوابط التنظيمية لعملية استخدام هذه الأجهزة.

### الخاتمة

من كل ما تقدم، يمكننا أن نركز على أهم ما توصلنا إليه من نتائج، ومن ثم سوف نتطرق إلى أهم التوصيات التي تترتب على حجية الدفاتر التجارية الالكترونية، وذلك على النحو التالي:-

النتائج :

1. لقد سعت اغلب القوانين محل الدراسة إلى تنظيم إثبات المعاملات التجارية التي تتم عبر وسائل الاتصال الالكترونية بمنهجية محددة، تتمثل في رفع حجية المحررات الالكترونية إلى مرتبة حجية المحررات الورقية، وان تفاوتت هذه القوانين في معالجتها للموضوع.

2. ثمة حقيقة أن المشرع الأردني قد اقرّ بقوة المحررات الالكترونية في الإثبات بحيث لا يتم تعديلها أو تغييرها، حيث جاء النص صريحاً بقانون المعاملات الالكترونية الأردني.

3. يفتقر القانون الأردني إلى نصوص صريحة تنظّم أحكام الدفاتر التجارية الالكترونية، كالنص على الشروط اللازمة للدفاتر التجارية الالكترونية وإجراءات استخدامها.

4. لقد أعطى المشرع الأردني الدفاتر التجارية حجية في الإثبات وفق قواعد خاصة تختلف عن قواعد الإثبات المدني على اعتبار أن نظام الإثبات طبقاً للقواعد العامة يقوم على قاعدتين أساسيتين هما أن الشخص لا يجوز أن يصطنع دليلاً لنفسه، ولا يجبر على أن يقدم دليلاً ضد نفسه.

5. حجية الدفاتر التجارية الالكترونية لا تتحقق إلا بتوافر شروط معينة

هي الكتابة والتوقيع والتوثيق فان خلت من تلك الشروط فإنها تفقد حجيتها في الإثبات.

6. آلية الاحتجاج بالدفاتر التجارية الالكترونية أمام القضاء يمكن أن يتم إما بطريقة الاطلاع الجزئي أو الاطلاع الكلي.  
التوصيات:

أن التوصيات التي توصل إليها الباحث من خلال هذه الدراسة هي:

1. ضرورة عقد دورات متخصصة للعاملين في البنوك هدفها توضيح القواعد القانونية بالدفاتر التجارية الالكترونية وحجيتها في الإثبات.
2. إعادة النظر بنص المادة 15 من قانون البيان الأردني وذلك بتعديل كلمة أورده الواردة في نص المادة المذكورة بكلمة ورده تجنباً لإثارة أي التباس كونها جاءت خاصة بالتوريدات فقط، تمشياً مع التشريعات الأخرى بحيث لا تشمل الحجية التي يعطيها النص لكافة البيانات الخاصة بدفاتر التاجر في مواجهة غير التاجر، وإنما فقط البيانات المتعلقة بالتوريد.
3. نوصي بإعادة النظر في بعض نصوص مواد قانون التجارة الأردني وتحديد المواد (16-21) بإضافة نصوص جديدة، أو بتعديل هذه النصوص من خلال الإشارة الواضحة للدفاتر التجارية الالكترونية، تمشياً مع بعض التشريعات التي ساوت نصوصه ما بين الدفاتر التجارية الالكترونية والدفاتر التجارية التقليدية كالمشرع الفرنسي.
4. ضرورة وجود نصوص صريحة تنظم أحكام الدفاتر التجارية الالكترونية، كالنص على الشروط اللازمة لها وإجراءات استخدامها، ليكون الأمر أكثر تنظيماً واستقلالاً.

## -الهوامش:

- (1) يوسف أحمد النوافلة، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات في القانون الأردني، دار وائل للنشر، 2007، ص9.
- (2) أحمد فهد البطوش، حجية الدفاتر التجارية في الإثبات، دراسة تحليلية في القانون الأردني، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، 2009، ص67 .
- (3) د. زهير عباس كريم، مبادئ القانون التجاري، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 1995، ص123 وما بعدها.
- (4) المادة 92/د من قانون البنوك الأردني رقم 28 لسنة 2000 نصت على أن: "د-تعفى البنوك التي تستخدم في تنظيم عملياتها المالية الحاسب الآلي أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة من تنظيم دفاتر التجارة التي يقتضيها قانون التجارة النافذ المفعول وتعتبر المعلومات المستقاة من تلك الأجهزة أو غيرها من الأساليب الحديثة بمثابة دفاتر تجارية."
- (5) المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت رقم 85 لسنة 2001 المنشور على الصفحة رقم 6010 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4524 تاريخ 2001/12/31 جاء فيها على أن: "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ الرقمي" راجع تفصيلاً د. لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص77 وما بعدها.
- (6) المادة 4 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت رقم 85 لسنة 2001 التي نصت على أن: "تسري أحكام هذا القانون على ما يلي :  
أ . المعاملات الإلكترونية والسجلات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وأي رسالة معلومات الكترونية .  
ب . المعاملات الإلكترونية التي تعتمدها أي دائرة حكومية أو مؤسسة رسمية بصورة كلية أو جزئية .
- (7) المادة 2 من قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة في جلستها رقم 85 المنعقدة في 16/ديسمبر/1996.
- (8) ومن المعروف الدفاتر التجارية الإلكترونية يجب أن يتوفر فيها نوعين من الشروط منها ما هو متعلق بالدفاتر التجارية التقليدية والشرط الآخر متعلق بالسندات أو السجلات الإلكترونية. وتجدر الإشارة إلى أن نظام الدفاتر التجارية السعودي، رقم (194) لسنة 1409هـ. قد نص صراحة بموجب المادة الثانية منه على أنه: "يجوز أن تُدون البيانات الخاصة بالدفاتر التجارية عن طريق الحاسب الآلي وذلك بالنسبة للمؤسسات والشركات التي تستخدم الحاسب الآلي في حساباتها، وتُحدد اللائحة التنفيذية الإجراءات والقواعد التي تكفل صحة وسلامة

البيانات التي يُثبِتُها الحاسب الآلي". معنى ذلك أن النظام أجاز استخدام الحاسب الآلي عوضاً عن الدفاتر التجارية التقليدية، وإن جاز التعبير بإطلاق مصطلح "الدفاتر التجارية الرقمية". إذ أفاد نص المادة بإمكانية الاستغناء عن جميع الدفاتر التجارية بدفتر واحد وهو الدفتر الرقمي، فقد جُمع دفتر اليومية الأصلي ودفتر الجرد ودفتر الأستاذ العام في دفتر واحد هو ذلك الدفتر الذي أطلق عليه "الدفتر العام الرقمي".

(9) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2006، ص 17.

(10) المادة 16 من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 التي نصت على أن:

يجب على كل تاجر أن ينظم على الأقل الدفاتر الثلاثة الآتية :

أ . دفتر اليومية ويجب أن يقيد فيه يوماً فيوماً جميع الأعمال التي تعود بوجه من الوجوه إلى عمله التجاري وان يقيد بالجملة شهراً فشهر النفقات التي أنفقها على نفسه وأسرته .

ب. دفتر صور الرسائل ويجب أن تنسخ فيه الرسائل والبرقيات التي يرسلها كما يحفظ به ويرتب الرسائل أو البرقيات التي يتلقاها .

ج. دفتر الجرد والميزانية اللذان يجب تنظيمهما مرة على الأقل في كل سنة .

(11) د. زهير عباس كريم، مبادئ القانون التجاري، مرجع سابق، ص129.

(12) المادة 92/ج من قانون البنوك الأردني رقم 28 لسنة 2000 على أن : "ح - للبنوك أن تحتفظ

للمدة المقررة في القانون بصورة مصغرة ( ميكروفيلم أو غيره من أجهزة التقنية لحديثة) بدلا من أصل الدفاتر والسجلات والكشوفات والوثائق والمراسلات والبرقيات والإشعارات وغيرها من الأوراق المتصلة بأعمالها المالية وتكون لهذه الصور المصغرة حجية الأصل في الإثبات.

(13) المادة 3/97 من قانون المصارف الليبي رقم 1 لسنة 2005 نصت على أن: "3. تعتبر مخرجات

الحاسوب، المتعلقة بالمعاملات المصرفية، وفقاً للمنصوص عليه في الفقرة السابقة، بمثابة الدفاتر القانونية المنصوص عليها في القانون التجاري والقوانين المكمل له. وللمصارف أن تحتفظ، للمدة المقررة في القانون، بنسخ مصغرة على أقراص صلبة أو مرنة أو مضغوطة، أو على غير ذلك من الأدوات التقنية الحديثة في مجال البيانات أو المعلومات، بدلاً من أصول الدفاتر والسجلات والكشوفات والوثائق والمراسلات والبرقيات والإشعارات، وغيرها من الأوراق المتصلة بأعمالها وتكون لهذه النسخ المصغرة حجية الأصل في الإثبات."

(14) الميكروفيلم: هو عبارة عن تصوير وتصغير للمعلومات الورقية على مادة فيلمية حساسة

بحيث تصل نسبة التصغير إلي درجة لا يمكن معها قراءة المعلومات بالعين المجردة مما يستدعي الاستعانة بجهاز لقراءة هذه المعلومات. د. محمد حسام محمود لطفي، الحجية

القانونية للمصغرات الفيلمية، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، 1988، ص17.

(15) د. يونس عرب، حجية الإثبات بمستخرجات الإلكترونيات في القضايا المصرفية، مجلة البنوك،



ج2، ص7. متاح على الموقع الإلكتروني:

[www.kantakji.com/fiqh/Files/Fatawa/4016.doc](http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Fatawa/4016.doc)

- (16) د. قاسم عبد الحميد الوتيدى، الدفاتر التجارية ومدى حجيتها في ظل تواجد الحاسوب وانتشاره في الساحة الاقتصادية بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 1-3 مايو 2000، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، 2004، ص 668.
- (17) د. ناجي عبد المؤمن، ملاحظات حول حجية الدفاتر التجارية في ظل انتشار الكمبيوتر في قانون المعاملات التجارية الإماراتي وقانون التجارة المصري، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 1-3 مايو 2000، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، 2004، ص 691.
- (18) المادة 92/د من قانون البنوك الأردني رقم 28 لسنة 2000 نصت على أن: "د-تعفى البنوك التي تستخدم في تنظيم عملياتها المالية، الحاسب الآلي أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة من تنظيم دفاتر التجارة التي يقتضيها قانون التجارة النافذ المفعول وتعتبر المعلومات المستقاة من تلك الأجهزة أو غيرها من الأساليب الحديثة بمثابة دفاتر تجارية".
- (19) الصالحين محمد العيش، الكتابة الرقمية طريقاً للتعبير عن الإرادة ودليلاً للإثبات، الإسكندرية، منشأة المعارف، ط1، 2008، ص49. ومن المعروف أن الميكروفيلم ظهرت بعد الكتابة الرقمية، إذ يتم من خلالها قراءة الأقراس عن طريق الليزر، وبعد ذلك ظهر ما يسمى بالقرص المضغوط. في تفصيل هذه الفكرة انظر كوثر أحمد فالح العزام، حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة جدارا الأردن، 2010، ص36 وما بعدها.
- (20) الصالحين محمد العيش، الجوانب القانونية لاستخدام المعلوماتية في المعاملات التجارية، "دراسة وتقييم لتجربة المشرع الليبي"، بحث مقدم للمؤتمر المغاربي الأول حول : ( المعلوماتية والقانون ) أكاديمية الدراسات العليا - طرابلس - في الفترة 28 - 29 أكتوبر 2009، ص 13.
- (21) المادة 38 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم 18 لسنة 1993 التي نصت على أن: "يستثنى التاجر الذي يستخدم في تنظيم عملياته التجارية الحاسب الآلي أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة من أحكام المواد (26 و 27 و 28 و 29) من هذا القانون وتعتبر المعلومات المستقاة من هذه الأجهزة أو غيرها من الأساليب الحديثة بمثابة دفاتر تجارية وتوضع ضوابط عامة تنظم عمليات استخدامها بقرار من وزير الاقتصاد والتجارة".
- (22) انظر قرار وزير الاقتصاد والتجارة في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم 74 لسنة 1994 بشأن استخدام الحاسب الآلي وغيره من أجهزة التقنية الحديثة بدلاً من الدفاتر التجارية، منشور بالجريدة الرسمية لدولة الإمارات، العدد 272، السنة 24، نوفمبر 1994.

(23) وتجدر الإشارة أن الدفاتر التجارية الالكترونية جاءت تطويراً للدفاتر التجارية التقليدية، والتي مازالت لغاية الآن معتمدة لدى الكثير من التجار، لذلك فإن الدفاتر التجارية الالكترونية، ما هي إلا سجلات يقوم فيها التاجر بتدوين كافة قيوده المحاسبية من مدخلات ومخرجات، إذ نجد أن المشرع الأردني مهتماً في تحديد شروط حجية السند الالكتروني في الإثبات.

(24) المادة 8/أ من قانون المعاملات الالكترونية الأردني التي نصت على أن:

"أ.يستمد السجل الالكتروني أثره القانوني ويكون له صفة النسخة الأصلية إذا توافرت فيه مجتمعة الشروط التالية :

1. أن تكون المعلومات الواردة في ذلك السجل قابلة للاحتفاظ بها وتخزينها بحيث يمكن، في أي وقت، الرجوع إليها.
2. إمكانية الاحتفاظ بالسجل الالكتروني بالشكل الذي تم به إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيه عند إنشائه أو إرساله أو تسلمه.
3. دلالة المعلومات الواردة في السجل على من ينشأه أو يتسلمه وتاريخ ووقت إرساله وتسلمه".

(25) المادة 16 الفقرة (أ) من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لعام 2004.

(26) أحمد فهد البطوش، مرجع سابق، ص73.

(27) د. أسامة عبد العزيز الروبي، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات والادعاء بتزويره (دراسة مقارنة) بحث مقدم في مؤتمر المعاملات التجارية: التجارة الإلكترونية والحكومة الإلكترونية، بدولة الإمارات العربية المتحدة، خلال الفترة من 19- 20/5/2009. ص518.

(28) د. عبد الحكيم فوده، المحررات الرسمية والعرفية، دار الفكر القانوني، 2006، ص58.

(29) أحمد فهد البطوش، حجية الدفاتر التجارية في الإثبات، مرجع سابق، ص73. في تفصيل هذه الفكرة انظر يوسف أحمد النوافلة، حجية المحررات الالكترونية في الإثبات في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 57 وما بعدها.

وتجدر الإشارة إلى أن النص على الكتابة جاء صريحاً في المادة 92/د من قانون البنوك الأردني رقم 28 لسنة 2000 سبق الإشارة إليها، بالإشارة إلى تخزين المعلومات مباشرة، دون الاعتداد بوجود دفاتر تجارية تقليدية مسبقة حيث أكد المشرع الأردني ذلك عندما نص بصريح العبارة على إعفاء البنوك التي تستخدم الحاسب الآلي.

(30) د. لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الالكتروني، مرجع سابق، ص 79 .

(31) المادة 323 مكرراً (جديدة) من القانون المدني الجزائري الأمر 75- 58، أضيفت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005. (ج.ر.ح. ص 24). للمزيد انظر. ناجي الزهراء، التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية، والتجارية، ورقة عمل، المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، المنعقد في

- الفترة من 28-29 أكتوبر 2009، ص 10.
- (32) المادة 8/أ/2 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني: "2. إمكانية الاحتفاظ بالسجل الالكتروني بالشكل الذي تم به إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيه عند إنشائه أو إرساله أو تسلمه"
- (33) د. هاني دويدار، مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية في ظل الإثبات الالكتروني، بحث مقدم في مؤتمر المعاملات الالكترونية من 19-20 مايو 2009، مركز الإمارات للدراسات الاستراتيجية، منشور على الانترنت، ص 470. متاح في الموقع الالكتروني: [http://ledroitpourtous.blogspot.com/2010/11/blog-post\\_8691.html](http://ledroitpourtous.blogspot.com/2010/11/blog-post_8691.html)
- (34) د. اسامه عبد العزيز الروبي، مرجع سابق، ص 519
- (35) المادة 327/2 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري الأمر 75-58، أضيفت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005. (ج. 44 ص 24).
- (36) د. غازي أبو عرابي والدكتور فياض الفضاة، حجية التوقيع الإلكتروني، دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 20، العدد الأول، 2003، ص 169.
- وتجدر الإشارة إلى أن تونس تعتبر أول دولة عربية قامت بإصدار قانون التجارة الالكترونية، حيث أصدرت القانون رقم 83 لسنة 2000، حيث أعطى المشرع التونسي التوقيع الرقمي نفس الحجية للتوقيع التقليدي في الإثبات.
- (37) المادة 13/ج من قانون البينات الأردني التي نصت على أن: "ج- وتكون لمخرجات الحاسوب المصدقة أو الموقعة قوة الإسناد العادية من حيث الإثبات ما لم يثبت من نسبت إليه انه لم يستخرجها أو لم يكلف أحدا باستخراجها." للمزيد من الاطلاع انظر يوسف أحمد النوافلة، حجية المحررات الالكترونية في الإثبات، مرجع سابق، ص 59 وما بعدها.
- (38) د. نادر عبد العزيز، التوقيع الالكتروني الاعتراف التشريعي به وتعريفه القانوني وشروطه وأنواعه والمصادقة عليه، مجلة الجيش، العدد 249-2006 مارس. متاح على موقع الجيش اللبناني على الانترنت: <http://www.lebarmy.gov.lb/article.asp?ln=ar&id=10388>
- (39) د. محمد المرسي زهرة، الدليل الكتابي، وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية التجارية، دراسة تطبيقية، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات، للفترة من 1-3 مايو 2002، المجلد الثالث، الطبعة الثانية، 2004، ص 14.
- (40) د. أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني، ص 16. بحث منشور على الإنترنت، على الموقع الالكتروني: <http://www.bahrainlaw.net/viewtopic.php?f=5&t=1571>
- (41) عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الالكترونية العربية، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 218.

- (42) علاء نصيرات حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2005، ص124 وما بعدها.
- (43) د. لورنس عبيدات، إثبات المحرر الالكتروني، مرجع سابق، ص82.
- (44) محمد قاسم الجنابي، التوقيع الرقمي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون التجاري، جامعة اليرموك، 2009، غير منشورة، ص127.
- (45) د. لورنس عبيدات، إثبات المحرر الالكتروني، مرجع سابق، ص132. وأحمد فهد البطوش، حجية الدفاتر التجارية في الإثبات، مرجع سابق، ص74 وما بعدها.
- (46) المادة 30 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني التي نصت على أن: توثيق السجل والتوقيع الالكتروني:
- أ . لمقاصد التحقق من ان قيда الكترونيا لم يتعرض إلى أي تعديل منذ تاريخ معين، فيعتبر هذا القيد موثقا من تاريخ التحقق منه إذا تم بموجب إجراءات توثيق معتمدة أو إجراءات توثيق مقبولة تجاريا أو متفق عليها بين الأطراف ذوي العلاقة .
- ب. وتعتبر إجراءات التوثيق مقبولة تجاريا إذا تم عند تطبيقها مراعاة الظروف التجارية الخاصة بأطراف المعاملة بما في ذلك :
1. طبيعة المعاملة .
  2. درجة دراية كل طرف من أطراف المعاملة .
  3. حجم المعاملات التجارية المماثلة التي ارتبط بها كل طرف من الأطراف .
  4. توافر الإجراءات البديلة التي رفض أي من الأطراف استعمالها .
  5. كلفة الإجراءات البديلة .
  6. الإجراءات المعتادة لمثل هذه المعاملة .
- (47) لقد عرفت المادة (2) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني شهادة التوثيق : الشهادة التي تصدر عن جهة مختصة مرخصة أو معتمدة لإثبات نسبة توقيع الكتروني إلى شخص معين استنادا إلى إجراءات توثيق معتمدة . للمزيد انظر، يوسف أحمد النوافلة، حجية المحررات الإلكترونية، مرجع سابق88.
- (48) المادة (19) من قانون التجارة الأردني نصت على أن: " يجب على التاجر أن يحفظ الدفاتر بعد اختتامها مدة عشر سنوات "
- (49) المادة (12) من القانون التجاري الجزائري الأمر رقم 75-59 الموافق 26 سبتمبر لسنة 1975 وتعديلاته التي نصت على أن: " يجب تحفظ الدفاتر والمستندات المشار إليها في المادتين 9 و10 لمدة عشر سنوات ، كما يجب أن ترتب وتحفظ المراسلات الواردة ونسخ الرسائل الموجهة طيلة نفس المدة".
- (50) د. سميحة القليوبي، القانون التجاري، نظرية الأعمال التجارية- التاجر- المحل التجاري،

- الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص155. كذلك د. عزيز العكيلى، الوسيط في شرح التشريعات التجارية، مرجع سابق، ص68.
- (51) كوثر العزام، حجية الدفاتر التجارية الالكترونية، مرجع سابق، ص42.
- (52) المادة 30، 31 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم 18 لسنة 1993.
- (53) د. قاسم الوتيدي، مرجع سابق، ص681.
- (54) المادة 92 الفقرة (ج) من قانون البنوك الأردني التي نصت على أن: "لبنوك أن تحتفظ للمدة المقررة في القانون بصورة مصغرة (ميكروفيلم أو غيره من أجهزة التقنية لحديثة) بدلا من أصل الدفاتر والسجلات والكشوفات والوثائق والمراسلات والبرقيات والإشعارات وغيرها من الأوراق المتصلة بأعمالها المالية وتكون لهذه الصور المصغرة حجية الأصل في الإثبات".
- (55) لقد نظم المشرع الأردني هذه المسألة في الفصل الثالث (الأوراق غير الموقع عليها) ضمن المواد من (15-19) من قانون البنات الأردني رقم 30 لسنة 1952 وتعديلاته رقم 16 لسنة 2005 المنشور على الصفحة 2188 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4709 الصادر بتاريخ 2005/6/1.
- (56) المادة 16 الفقرة (2) من قانون البنات الأردني التي نصت على أن: "2- تصلح لأن تكون حجة لصاحبها في المعاملات المختصة بتجارته إذا كانت منظمة وكان الخلاف بينه وبين تاجر.
- (57) أنيس منصور، مدى حجية الدفاتر التجارية في الإثبات وفقاً للقانون الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الحادي والعشرون، العدد الثاني، 2006، ص282.
- (58) د. زهير عباس كريم، مبادئ القانون التجاري، مرجع سابق، ص140. كذلك انظر قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 88/690، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1989، ص252.
- وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أعطى التاجر الحق بإبراز دفاتره التجارية المنتظمة للإثبات في الدعاوي المتعلقة بإعمال تجارية، في القانون التجاري، المادة 13 منه التي نصت على أن: "يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كاتبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية".
- (59) د. أحمد زيادات ود. إبراهيم العموش، الوجيز في التشريعات الأردنية، مبادئ القانون التجاري، الشركات التجارية، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، الطبعة الأولى، 1996، ص63.
- (60) المادة 17 من قانون البنات الأردني التي نصت على أن: "إذا تباينت القيود بين دفاتر منظمة لتاجرین تهاترت البيتان المتعارضتان".
- (61) د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، مصادر القانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، المتجر، العقود التجارية، التجارة الالكترونية، دار الثقافة، عمان، 2009، ص124. كذلك د. زهير عباس، مرجع سابق، ص141. ود. أكرم يا ملكي، القانون

- التجاري، دراسة مقارنة في الأعمال التجارية والتاجر والمتجر والعقود التجارية، دار الثقافة، عمان، 2010، ص154
- (62) تمييز حقوق أردني رقم 66/483 منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين ص506 لسنة 1967.
- (63) كوثر أحمد العزام، حجية الدفاتر التجارية الالكترونية في الإثبات، مرجع سابق، ص 127.
- (64) د. زهير عباس، مرجع سابق، ص142.
- (65) د. نادر عبد العزيز، التوقيع الالكتروني الاعتراف التشريعي به وتعريفه القانوني وشروطه وأنواعه والمصادقة عليه، مجلة الجيش، العدد 233-2004 نوفمبر. متاح على موقع الجيش اللبناني على الانترنت : <http://www.lebarmy.gov.lb/article.asp?ln=ar&id=6103>
- (66) د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، مرجع سابق، ص122. كذلك أحمد فهد البطوش، مرجع سابق، ص38.
- (67) اليمين المتممة هي التي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها إلى أي من أطراف الدعوى لتستكمل بها قناعتها عندما ترى أن ما قدمه الخصم لم يكن كافياً.
- (68) د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، مرجع سابق، ص123. وتجدر الإشارة إلى أن القانون اعتبر البيانات الموجودة في دفاتر التاجر ضد خصمه غير التاجر مجرد قرينة بسيطة لا بد من دعمها باليمين المتممة إذا رأى القاضي الاعتماد عليها.
- (69) تمييز حقوق 64/176 مجلة نقابة المحامين الأردنيين ص 690 لسنة 1964.
- (70) د. عزيز العكيلي، الوسيط في شرح التشريعات التجارية، التعريف بالقانون التجاري وتطوره ومصادره، دار الثقافة، عمان، 2008، ص73 وما بعدها.
- (71) د. أكرم يا ملكي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص156.
- (72) تمييز حقوق أردني رقم (76/491) منشور في مجلة نقابة المحامين العدد (1-6) لسنة 1977، ص730.
- (73) د. عزيز العكيلي، الوسيط في شرح التشريعات التجارية، مرجع سابق، ص74. ود. زهير عباس مرجع سابق، ص147.
- (74) يقابلها المادة 35 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي - قانون اتحادي رقم 18 لسنة 1993 التي نصت على أن "1- لا يجوز للمحكمة أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره التجارية لاطلاع خصمه عليها إلا إذا كانت المنازعة المطروحة تتعلق بتركة أو شركة أو قسمة أموال مشتركة بينهما. 2- وفي حالة الإفلاس أو الصلح الواقي منه تسلم الدفاتر التجارية للمحكمة المختصة أو لأمين التفليسة أو لمراقب الصلح".
- (75) للمزيد من الاطلاع انظر د. زهير عباس، مرجع سابق، ص149. ود. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، مرجع سابق، ص127.
- (76) د. عزيز العكيلي، شرح التشريعات التجارية، مرجع سابق، ص69. ود. محمد حسين إسماعيل،

- القانون التجاري الأردني، مرجع سابق، ص155.
- (77) د. قاسم عبد الحميد الوتيدي، الدفاتر التجارية ومدى حجيتها في ظل تواجد الحاسوب وانتشاره في الساحة الاقتصادية، مرجع سابق، ص678.
- (78) أنيس منصور، مرجع سابق، ص293.
- (79) يقابلها المادة 34 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي التي نصت على أن "يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب احد الخصوم أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره التجارية إليها لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع المطروح عليها، وللمحكمة أن تطلع بنفسها على تلك الدفاتر أو بواسطة خبير تعينه لذلك.
- (80) المادة 105 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رق 24 لسنة 1988 التي نصت على أن: "إذا قدم احد الخصوم طلباً للإطلاع على دفاتر مصرف أو تاجر أو مستخرجات قيودها من أجهزة الحاسوب فيجوز للمحكمة أن تأمر بتقديم نسخة من أي قيد من القيود المثبتة فيها مصدقة من مدير المصرف أو الشخص المسؤول عنها، وللمحكمة أن تأمر بالإطلاع على قيودها الأصلية".
- (81) د. أحمد زيادات ود. إبراهيم العموش، الوجيز في التشريعات التجارية الأردني، مرجع سابق، ص69.
- (82) د. قاسم عبد الحميد الوتيدي، الدفاتر التجارية ومدى حجيتها في ظل تواجد الحاسوب وانتشاره في الساحة الاقتصادية، مرجع سابق، ص680.

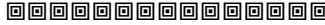
## إجراءات المتابعة القضائية للشخص المعنوي المسؤول جزائيا بين التشريعين الفرنسي والجزائري

بقلم

أ/ فتحي محده و أ/ ادريس قرقي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة بسكرة



### الملخص

لما كانت المسؤولية الجنائية بمعناها القانوني هي التزام شخص بالخضوع لتدبير جنائي، يتخذ معه قهرا لقاء سلوك بدر منه يعتبر جريمة في مفهوم قانون العقوبات، فإن أداة القانون في ذلك هي الجزاء الجنائي باعتباره الأثر القانوني العام الذي يرتبه المشرع على مخالفة الأمر أو النهي الذي تنص عليه القاعدة القانونية الجنائية.

وياسقاط هذا المفهوم على الشخص المعنوي نكون أمام إحدى أعقد المشكلات في موضوع "المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي" وهي مشكلة الجزاءات الجنائية الموقعة على الشخص المعنوي، من حيث القواعد القانونية الإجرائية اللازمة لضمان التطبيق السليم لهذه الجزاءات.

### Résumé :

La responsabilité criminelle au sens juridique du terme constitue une obligation pour le justiciable à se soumettre aux dispositions pénales prises à son encontre par la force de la loi suite à un comportement qu'il aurait eu et considéré comme étant un acte criminel au vu des dispositions du code pénal. L'outil légal en la circonstance est la peine criminelle ; cet outil étant l'empreinte juridique générale prévue par le



législateur pour contravention à l'ordre établi, à savoir l'interdiction que stipule la base de la législation criminelle.

La transposition et l'application de ce concept sur la personne morale met au jour l'une des problématiques les plus complexes au regard de la responsabilité criminelle de la personne morale et que constituent les peines criminelles qui lui sont infligées, En ce qui concerne les règles juridiques de procédure visant à garantir la bonne application de ces sanctions.

### مقدمة

يشتمل التشريع الجنائي على نوعين من القواعد مرتبطين ببعضهما ارتباطا تلازميا وثيقا، فأما النوع الأول فيضم القواعد الموضوعية التي يطلق عليها (قانون العقوبات)، وأما النوع الثاني فيضم القواعد الشكلية والإجرائية التي يطلق عليها (قانون الإجراءات الجزائية)، ولما كانت المسؤولية الجنائية تعني الخضوع للجزاء المنصوص عليها في القانون فإنه يبقى قولنا نظريا بحث ما لم يكن هناك قواعد قانونية تنظم وسائل تطبيق العقوبة والتدبير، لأن الجزء الجنائي لا يمكن توقيعه إلا بإتباع إجراءات معينة لإعمال أحكام قانون العقوبات، لذلك وجد قانون الإجراءات الجزائية؛ الذي هو مجموعة القواعد التي تحكم الدعوى الجنائية من حيث إجراءات مباشرتها منذ لحظة وقوع الجريمة إلى غاية الفصل فيها.

وكتيجة حتمية لإقرار المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي (في أغلب التشريعات الغربية والعربية) كان لزاما على المشرع التدخل بمجموعة من القواعد الإجرائية التي تتلاءم مع هذا النوع الجديد من المجرمين في بعض أحكامه نظرا لطبيعته المختلفة، مع بقاء الأحكام الأخرى صالحة للتطبيق على الشخصين الطبيعي والمعنوي، وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي في قانون 16 ديسمبر سنة 1992 (قانون التوافق Loi d'adaptation) بهدف تحقيق التوافق بين أحكام قانون الإجراءات الجزائية ونصوص قانون العقوبات الجديد، عندما نص على قواعد إجرائية خاصة بمحاكمة الشخص المعنوي في المواد (من 41/706 إلى 46/706) من قانون الإجراءات

الجنائية الفرنسي، وبإسقاط ذلك على المشرع الجزائري نجده أيضا أحدث مجموعة من النصوص الجديدة في تعديل قانون الإجراءات الجزائية رقم 14/04 المؤرخ في 2004/11/10، وذلك في المواد (من 65 مكرر إلى 65 مكرر 04 منه)، وتمثل هذه الأحكام في تحديد الاختصاص والتمثيل والتدابير المتخذة أثناء التحقيق .

لنصل بذلك إلى طرح الإشكالية التالية:

ما مدى تطابق التعديلات الخاصة بالمتابعة القضائية للشخص المعنوي، والتي أقرها المشرع الجزائري مع النصوص الفرنسية؟ للإجابة على هذه الإشكالية التي تبرز لنا مدى العناية التي أولاها المشرع الجزائري للنصوص المتعلقة بالمتابعة الجنائية للشخص المعنوي، لاسيما وأن إقراره للمسؤولية الجنائية لهذا الأخير جاءت متأخرة نوعا ما مقارنة بباقي التشريعات الغربية والعربية، كما أنها جاءت في نطاق ضيق اقتصر على الأشخاص المعنوية الخاصة دون العامة وفقا لنص المادة 51 مكرر من قانون العقوبات الجزائري، قسمنا دراستنا إلى المحاور الآتية:

### **المحور الأول: مراعاة الاختصاص والتمثيل**

#### **I. القواعد الإجرائية المتعلقة بالاختصاص**

بالاطلاع على قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي نجده أفرد نصوصا خاصة لقواعد الاختصاص المتعلقة بالشخص المعنوي، فقد ميز في المادة 42/706 بين حالتين تتعلقان بتحديد الاختصاص المكاني أو المحلي للنيابة العامة والمحاكم بالنسبة للجرائم المرتكبة من طرف الشخص المعنوي وهما:

● الحالة الأولى: إذا كان الشخص المعنوي متهما بمفرده في الجريمة فيكون الاختصاص للنيابة والمحكمة التي وقعت في دائرتها الجريمة، أو النيابة والمحكمة التي يقع في دائرتها مركز إدارة (المقر الرئيسي) هذا الشخص المعنوي.

• الحالة الثانية: إذا اتهم شخص طبيعي أو أكثر إلى جانب الشخص المعنوي بارتكاب ذات الجريمة أو بجريمة مرتبطة بها، فإن الاختصاص بتحريك ونظر الدعوى الجنائية ضد الشخص المعنوي يتحدد بناء على الأحكام السابقة (الحالة الأولى)، بالإضافة إلى المحكمة التي وقع في دائرتها القبض على الأشخاص الطبيعيين أو محكمة محل إقامتهم، أي أنه إذا كان الشخص المعنوي متهما مع أشخاص طبيعيين باعتبارهم فاعلين معه أو شركاء في ذات الجريمة فإنه تطبق الحالة الأولى، بالإضافة إلى ضابطي الاختصاص الخاصين بالأشخاص الطبيعيين وهما مكان القبض ومحل الإقامة.

أما في حالة ما إذا ارتكب الشخص المعنوي الجريمة أو جزء منها في الخارج فنفرق هنا بين الشخص المعنوي الأجنبي و الشخص المعنوي الفرنسي:

#### 1. الشخص المعنوي الأجنبي:

إذا ارتكب الشخص المعنوي الأجنبي جريمة كاملة أو جزء منها في فرنسا فإن الاختصاص ينعقد للقانون الفرنسي استناداً لمبدأ الإقليمية، فالمادة 02/113 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد تنص على أنه يطبق القانون الفرنسي على الجرائم التي ترتكب في إقليم الجمهورية، وتعتبر الجريمة قد وقعت في فرنسا إذا ارتكبت إحدى الوقائع المكونة للجريمة بفرنسا، فلا يهم إذن أن ترتكب الجريمة كاملة في فرنسا إنما يكفي أن ترتكب إحدى عناصرها بفرنسا.

كما يطبق القانون الفرنسي أيضاً في حالة ارتكاب الشخص المعنوي الأجنبي جريمته كاملة في الخارج، بشرط أن تكون هذه الجريمة جنائية أو جنحة تمثل اعتداء على المصالح الأساسية للأمة وفقاً لنفس المادة 10/113 من قانون العقوبات.<sup>(1)</sup>

## 2. الشخص المعنوي الفرنسي:

غني عن البيان أن الشخص المعنوي الفرنسي إذا ارتكب الجريمة كاملة أو جزء منها في فرنسا فإنه يخضع لقانون العقوبات الفرنسي استنادا لمبدأ الإقليمية، كما يخضع أيضا لقانون العقوبات الفرنسي إذا ارتكب الجريمة بكاملها في الخارج وذلك استنادا لمبدأ شخصية قانون العقوبات الفرنسي، فالمادة 06/113 من قانون العقوبات الفرنسي تنص على أن قانون العقوبات الفرنسي يطبق على كل فرنسي ارتكب جنائية في الخارج ويطبق أيضا إذا ارتكب جنحة يعاقب عليها قانون الدولة التي ارتكبت فيها، ويستوي أن يكون الشخص المعنوي حامل للجنسية الفرنسية لحظة ارتكاب الجريمة أو بعد ارتكابها.

إلا أن المشرع الفرنسي لم يحدد المعيار الذي يستند إليه في تحديد جنسية الشخص المعنوي لذا يرى البعض ضرورة الرجوع إلى أحكام القانون المدني الفرنسي في هذا الشأن.<sup>(2)</sup>

أما المشرع الجزائري وانطلاقا من نص المادة السادسة من القانون رقم 14/04 المؤرخ في 10/11/2004 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية نجده أورد فيها ما يلي: يتمم الباب الثاني من الكتاب الأول من الأمر 66/ 155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 المرافق لـ 8 يوليو 1966 بفصل ثالث عنوانه المتابعة الجزائية للشخص المعنوي ويشتمل على المواد من 65 مكرر إلى 65 مكرر 04.

حيث قرر في المادة 65 مكرر أن القواعد المتعلقة بالمتابعة والتحقيق والمحكمة المنصوص عليها قانونا هي نفسها تلك التي تطبق على الشخص الطبيعي مع مراعاة أحكام هذا الفصل (الفصل الثالث)<sup>(3)</sup> أي أنه يطبق على الشخص المعنوي ما يطبق على الشخص الطبيعي في كل ما يتعلق بأحكام قانون الإجراءات الجزائية باستثناء الفصل الثالث الذي جاء بخمسة مواد وهي موضوع دراستنا.

ونحن بصدد الحديث عن القواعد الإجرائية المتعلقة بالاختصاص نجد أن المادة 65 مكرر 01 نصت على أنه "يتحدد الاختصاص المحلي للجهة القضائية بمكان ارتكاب الجريمة أو مكان وجود المقر الاجتماعي للشخص المعنوي.

غير أنه إذا تمت متابعة أشخاص طبيعية في الوقت ذاته مع الشخص المعنوي تختص الجهات القضائية المرفوعة أمامها دعوى الأشخاص الطبيعية بمتابعة الشخص المعنوي".

وبتحليل هذه المادة المحددة للاختصاص المحلي للجهة القضائية نجد أن هناك حالتين هما:

• الحالة الأولى: وهي حالة اتهام الشخص المعنوي بمفرده فينقصد الاختصاص محليا للنيابة والمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ارتكاب الجريمة أو مكان وجود المقر الاجتماعي (مركز إدارة) للشخص المعنوي.

• الحالة الثانية: وهي حالة اتهام أو متابعة أشخاص طبيعيين في ذات الوقت مع الشخص المعنوي (شركاء أو فاعلين معه) فإن الاختصاص القضائي يكون للجهات القضائية التي ترفع أمامها دعوى الأشخاص الطبيعيين، ولتفسير عبارة "يكون للجهات القضائية التي ترفع أمامها دعوى الأشخاص الطبيعيين" انتقلنا إلى المادة 329 من نفس القانون (إجراءات جزائية)، والتي تتحدث عن الاختصاص المحلي فوجدناها تنص على أن المحكمة المختصة بالنظر في الجرح (المرفوعة ضد الأشخاص الطبيعيين) هي:

1. محكمة محل الجريمة (مكان وقوع الجريمة).
2. محكمة محل إقامة أحد المتهمين أو شركائهم.
3. محكمة مكان القبض على المتهم.<sup>(4)</sup>

مما يعني تطابق هذا النص من التشريع الجزائري مع نص المادة 706

42/ من التشريع الفرنسي.

## II. القواعد الإجرائية المتعلقة بالتمثيل

تنص المادة 50 من القانون المدني الجزائري (والتي تقابلها المادة 52 من القانون المدني المصري) على أنه "يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقرها القانون، يكون لها:

- ذمة مالية.
- أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقرها القانون.
- موطن، وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها.
- الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها - في نظر القانون الداخلي - في الجزائر.
- نائب يعبر عن إرادتها.
- حق التقاضي".<sup>(5)</sup>

فالشخص المعنوي ونظرا لطبيعته لا يمكنه المثل أمام القضاء بشخصه لذلك جعل له القانون نائب ليبر عن إرادته سواء تعلق الأمر بإبرام العقود باسمه أو التحدث باسمه أو التقاضي باسمه، وعلى خلاف التشريع المصري الذي لم يحدد ممثل الشخص المعنوي أثناء المحاكمة وتنفيذ العقوبة.<sup>(6)</sup> نجد أن المشرع الجزائري حدده بموجب نص المادة 65 مكرر 02 من قانون الإجراءات الجزائية حيث ورد فيها: "يتم تمثيل الشخص المعنوي في إجراءات الدعوى من طرف ممثله القانوني الذي كانت له هذه الصفة عند المتابعة.

الممثل القانوني للشخص المعنوي هو الشخص الطبيعي الذي يخوله القانون أو القانون الأساسي للشخص المعنوي تفويضا لتمثله. إذا تم تغيير الممثل القانوني أثناء سير الإجراءات، يقوم خلفه بإبلاغ الجهة القضائية المرفوعة إليها الدعوى بهذا التغيير".

وقد جاءت هذه المادة مطابقة لنص المادة 43/706 (من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي) حيث تتم مباشرة الدعوى الجنائية ضد الشخص المعنوي في مواجهة ممثله القانوني وقت اتخاذ الإجراءات، فصفة التمثيل القانوني تتحدد بوقت اتخاذ إجراءات الدعوى الجنائية ضد الشخص المعنوي وليس بتاريخ ارتكاب الجريمة.

ونصت الفقرة الثالثة من المادة (65 مكرر 02 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري) على أنه إذا تم تغيير الممثل القانوني أثناء سير الإجراءات وجب على الممثل القانوني الجديد للشخص المعنوي إخطار المحكمة المختصة باسمه، ويكون ذلك عادة بخطاب موصى عليه بعلم الوصول، وهذا ما جاءت به المادة (43/706 الفقرة 04 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي).

كما أجاز المشرع الجزائري -على غرار الفرنسي- تمثيل الشخص المعنوي أمام جهات التحقيق والمحاكمة بواسطة "ممثل اتفاقي" وفقا للفقرة الثانية من المادة (65 مكرر 02 قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، والتي تقابلها الفقرة الثانية من المادة 43/706 من الإجراءات الجزائية الفرنسي).

ويرتّب على عموم هذا النص أن "الممثل الاتفاقي" يمكن أن يكون عضو من أعضاء الشخص المعنوي، أو من الغير كأن يكون "محاميا"، ولكن جانب من الفقه الفرنسي<sup>(7)</sup> ذهب إلى ضرورة التفرقة بين دور المحامي في هذه الحالة، ودوره في الحالات التي يجيز المشرع فيها للمتهم الحضور عن طريق محام يمثله، إذ أن دوره كممثل للشخص المعنوي تتم في مواجهة إجراءات الدعوى ضد الشخص المعنوي المسؤول عن الجريمة مما يعني أن حضوره للجلسة يجسد حضور الشخص المعنوي ذاته، وهذا يؤدي إلى فقدانه لصفته أو دوره كمدافع لأنه يتمتع بصفة الممثل الاتفاقي للشخص المعنوي الذي حل محل ممثله القانوني.

● إلى جانب هذه الحالة (الممثل القانوني أو الاتفاقي) نجد أن المشرع

الجزائري تحدث عن حالة أخرى في المادة 65 مكرر 03 وهي حالة "الممثل أو الوكيل القضائي" حيث جاء فيها: "إذا تمت متابعة الشخص المعنوي وممثله القانوني جزائيا في نفس الوقت أو إذا لم يوجد أي شخص مؤهل لتمثله، يعين رئيس المحكمة بناء على طلب النيابة العامة ممثلا عنه من ضمن مستخدمي الشخص المعنوي".

وبتحليل هذه المادة التي تتطابق أيضا مع نص المادة 43/706 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي نجد أن المشرع الجزائري (والمشرع الفرنسي) نص على وجوب تمثيل الشخص المعنوي عن طريق وكيل قضائي يعينه رئيس المحكمة إذا وجد فرضين اثنين هما:

- الفرض الأول: إذا تمت ملاحقة الشخص المعنوي ومثله القانوني معا عن ذات الجريمة أو عن وقائع مرتبطة بها، فهنا تتخذ إجراءات الدعوى الجنائية ضد هذا الممثل باعتباره مسؤولا شخصيا عن الجريمة المرتكبة (ازدواج المسؤولية الجنائية للشخصين المعنوي والطبيعي).

وترجع علة وجوب تعيين ممثل أو وكيل قضائي للشخص المعنوي في هذه الحالة إلى الحرص على تفادي الوقوع في تعارض بين المصلحة الخاصة للممثل القانوني وبين مصلحة الشخص المعنوي ذاته (فإذا كان الممثل القانوني يتحدث عن نفسه من جهة وعن الشخص المعنوي من جهة أخرى في نفس الجريمة فالمؤكد أنه سيغلب مصلحته على مصلحة الشخص المعنوي وبالتالي يخلص نفسه من المسؤولية ويتركها تقع على عاتق الشخص المعنوي).

- الفرض الثاني: إذا لم يوجد أي ممثل قانوني أو اتفاقي للشخص المعنوي وقت اتهامه (كهروب المدير أو استقالته) فهنا يعين رئيس المحكمة الممثل أو الوكيل القضائي للشخص المعنوي بناء على طلب النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو المدعي المدني وهذا لكفالة حق الدفاع للشخص المعنوي<sup>(8)</sup>، ويشترط المشرع هنا أن يكون الممثل القضائي من بين



مستخدمي هذا الشخص المعنوي أي الأشخاص الطبيعيين المتمين إليه (ربما باعتبارهم أكثر دراية بنشاطه وأحرص على مصالحه).

وقد أثار الفقه الفرنسي مسألة مدى جواز خضوع ممثل الشخص المعنوي لإجراءات قهرية؟<sup>(9)</sup>

هنا يجب التمييز بين حالتين وهما:

- الحالة الأولى: إذا حركت الدعوى الجنائية ضد ممثل الشخص المعنوي باعتباره مسؤولاً شخصياً كفاعل أو شريك في الجريمة إلى جانب الشخص المعنوي ذاته، فلا يكون له الحق بذلك في تمثيل الشخص المعنوي أمام جهات التحقيق أو المحاكمة، ويجوز أن تتخذ في مواجهته إجراءات التحقيق التي تنطوي على قهر وإكراه كالقبض عليه وحبسه احتياطياً ووضعه تحت الرقابة القضائية.

- الحالة الثانية: أما إذا كان هذا الشخص الطبيعي ممثل للشخص المعنوي بصفته وليس كمسؤول عن الجريمة التي نسبت إلى الشخص المعنوي فإنه لا يجوز إخضاعه لإجراءات قهرية إلا بالقدر الذي يطبق على الشاهد، وفقاً لنص المادة 44/706 من قانون العقوبات الفرنسي.

وسواء أكان هذا التمثيل قانونياً أو اتفاقياً أو قضائياً فلا يجوز اتخاذ الإجراءات القهرية قبله، كالتحفظ عليه أو إصدار أمر بالإحضار أو القبض أو الحبس الاحتياطي، وإنما يجوز - كما هو الحال بالنسبة للشاهد - للقاضي بناءً على طلب رسمي من النائب العام (أو وكيل الجمهورية)، إجباره على الحضور وتوقيع غرامة مالية عليه (المادة 109 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي).<sup>(10)</sup>

### المحور الثاني: التدابير المتخذة أثناء التحقيق

نص المادة 65 مكرر 04 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على أنه "يجوز لقاضي التحقيق أن يخضع الشخص المعنوي لتدابير أو أكثر من التدابير الآتية:

- إيداع كفالة.
- تقديم تأمينات عينية لضمان حقوق الضحية.
- المنع من إصدار شيكات أو استعمال بطاقات الدفع مع مراعاة حقوق الغير.
- المنع من ممارسة بعض النشاطات المهنية أو الاجتماعية المرتبطة بالجريمة.
- يعاقب الشخص المعنوي الذي يخالف التدبير المتخذ ضده بغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج بأمر من قاضي التحقيق بعد أخذ رأي وكيل الجمهورية.
- وقد جاءت هذه المادة شبه مطابقة للمادة 45/706 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي والتي جاء فيها "يجوز لقاضي التحقيق أن يضع الشخص المعنوي تحت الرقابة القضائية بالشروط المنصوص عليها في المادتين 139 و140 من نفس القانون، وذلك بهدف ضمان حقوق المجني عليهم، أو وقف الجريمة أو الحيلولة دون تكرارها".
- وأجاز المشرع الفرنسي لقاضي التحقيق في هذه الحالة أن يفرض على الشخص المعنوي واحدا أو أكثر من الالتزامات التالية:
  - تقديم كفالة.
  - تعيين ضمانات شخصية أو عينية مخصصة لضمان حقوق المجني عليه.
  - حظر إصدار شيكات غير تلك التي تسمح للساحب بسحب النقود من المسحوب عليه، وكذلك حظر استعمال بطاقات الوفاء.
  - حظر ممارسة بعض الأنشطة المهنية أو الاجتماعية، إذا كانت الجريمة ارتكبت أثناء ممارسة هذه الأنشطة أو بمناسبتها ولا يجوز لقاضي التحقيق أن يأمر بفرض الحظر المذكور في البندين الأخيرين إلا إذا كان المشرع ينص عليهما كعقوبة للشخص المعنوي عن الجريمة المرفوعة بشأنها الدعوى.

فالاختلاف بين المادتين يكمن في الفقرة الأخيرة التي وردت في "المادة 45/706 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي" ولم ترد في "المادة 65 مكرر 04 من قانون الإجراءات الجنائية الجزائري" وهي بمثابة قيد على سلطة قاضي التحقيق في إخضاع الشخص المعنوي للرقابة القضائية.

ويجيز المشرع الفرنسي لقاضي التحقيق تعديل أو إنهاء الالتزامات التي فرضها على الشخص المعنوي بناء على الرقابة القضائية، بحيث يكون له في أي وقت خلال مرحلة التحقيق أن يقرر التزاما جديدا أو أكثر، وله أن يعدل أو يلغي أحد أو بعض هذه الالتزامات، وأن يرفع تماما الرقابة القضائية عن الشخص المعنوي سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب نائب الجمهورية (وكيل الجمهورية) أو طلب المتهم بعد أخذ رأي نائب الجمهورية (وفقا للمواد 44/706، 139 و 140 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي)<sup>(11)</sup>.

وبطبيعة الحال فإن جزاء مخالفة الالتزامات المفروضة على الشخص المعنوي بناء على الرقابة القضائية لا يكون هو "الحبس الاحتياطي" كما هو الوضع بالنسبة للشخص الطبيعي وإنما اعتبر المشرع الفرنسي الإخلال بتلك الالتزامات "جريمة مستقلة" (وفقا للفقرة الأخيرة من المادة 45/706 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي)<sup>(12)</sup>.

وقد أحالنا هذا النص المتعلق بالعقاب على هذه الجريمة إلى المادتين 43/434 و 47/434 من قانون العقوبات الفرنسي اللتان تعاقبان على عرقلة تنفيذ العقوبات المحكوم بها ضد الشخص المعنوي، كلا من الشخص الطبيعي الذي يعمل باسم الشخص المعنوي ولحسابه (يسأل جنائيا عن هذه الجريمة "العرقلة") والشخص المعنوي ذاته؛ حيث يعاقب الشخص الطبيعي الذي يخالف تدابير الرقابة القضائية المفروضة على الشخص المعنوي بالحبس لمدة سنتين وغرامة مالية تصل إلى مائتي ألف فرنك (المادة 43/434 من قانون العقوبات الفرنسي)، ويعاقب الشخص المعنوي ذاته بالعقوبات التالية:

- غرامة مالية يبلغ حدها خمسة أضعاف الحد الأقصى المحدد للشخص الطبيعي عن ذات الجريمة (مليون فرنك) وفقا لنص المادة 38/131 من قانون العقوبات الفرنسي.
- العقوبات المنصوص عليها في المادة 39/131 من قانون العقوبات، باستثناء عقوبة الحل (المادة 47/434 من قانون العقوبات الفرنسي).<sup>(13)</sup>

### الخاتمة

يظهر من خلال دراستنا المقتضية لموضوع المتابعة القضائية للشخص المعنوي أن المشرع الجزائري أخذ عن المشرع الفرنسي القواعد القانونية المتعلقة بالمتابعة بشكل يكاد يكون حرفيا، إلا أن ما يؤخذ عليه في هذا المجال أنه لم ينظم هذه المسألة بشكل دقيق ومتكامل كما فعل نظيره الفرنسي وإنما اكتفى بأخذ القواعد العامة (مادة عن الاختصاص ومادتين عن التمثيل ومادة عن الرقابة القضائية) وأحال باقي المسائل على قواعد قانون الإجراءات الجزائية المطبقة على الشخص الطبيعي رغم طبيعة الشخص المعنوي الخاصة التي لا تتلاءم في بعض جزئياتها مع الشخص الطبيعي كمسألة "مخالفة الالتزامات المفروضة على الشخص المعنوي بناء على الرقابة القضائية" التي نظمها المشرع الفرنسي (في الفقرة الأخيرة من المادة 45/706 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي).

حيث أن المشرع الجزائري لم يعاقب الشخص الطبيعي الذي قام بالمخالفة باسم الشخص المعنوي أو لحسابه واكتفى بتغريم الشخص المعنوي (الفقرة الأخيرة من المادة 65 مكرر 04 من قانون الإجراءات الجنائية الجزائري)، كما أنه لم يقيد قاضي التحقيق في سلطته بفرض التدابير على الشخص المعنوي كما فعل نظيره الفرنسي، الذي أورد في (المادة 45/706 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي) "عدم جواز أن يأمر قاضي التحقيق بفرض الحظر المذكور في البندين الأخيرين إلا إذا كان المشرع ينص عليهما كعقوبة للشخص المعنوي عن الجريمة المرفوعة بشأنها

الدعوى"، وهذا لدقة النصوص القانونية الفرنسية مقارنة بالنصوص الجزائرية لاسيما في هذا المجال (رغم أن القوانين الجزائرية أحدثت في صدورها من الفرنسية فكان الأولى تبادي النقائص).

#### -الهوامش:

- (1) عمر سالم- مرجع سابق- ص 101.
- (2) المرجع السابق- ص 102.
- (3) عبيدي الشافعي- قانون الإجراءات الجزائية- دار الهدى- الجزائر- 2008- ص 45.
- (4) للتفصيل انظر مولاي ملياني بغدادي- الإجراءات الجزائية والتشريع الجزائري- المؤسسة الوطنية للكتاب- الجزائر - 1992- ص 358 وما بعدها.
- (5) القانون المدني الجزائري.
- (6) شريف حسين كامل، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، مرجع سابق، ص 157.
- (7) المرجع السابق، ص 158.
- (8) المرجع السابق، ص 158.
- (9) انظر على سبيل المثال:  
-Buffelani-Lanore (Y), p 318.  
- Soyer (J.C), op.cit N°298, p 138.  
- Acquaviva (J) et Schneider (T) op.cit, p 44
- (10) شريف سيد كامل - مرجع سابق- ص 158.
- (11) عمر سالم - مرجع سابق- ص 108.
- (12) Acquaviva (J) et Schneider (T) op.cit, p 46.
- (12) انظر: شريف حسين كامل، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، مرجع سابق، ص 162.
- (13) انظر: شريف حسين كامل، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، مرجع سابق، ص 162.

## الزواج والطلاق

«ممارسات اجتماعية سوفية أواخر 19م من خلال عقود المحاكم الشرعية»

بقلم

أ / عثمانى الجباري

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية - جامعة الوادي  
□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□

### الملخص

نتلمس في هذا المقال واقع الأسر السوفية أواخر القرن 19م من خلال عقود الزواج والطلاق، ونبرز على ضوءها أهم العادات المحلية في الأعراس، والشروط التابعة لعقود القران، ونبين أيضا عناصر عقود الفراق، وما كان يُلزم به الرجال المطلقات الناشزات خاصة، ومصير الأطفال عند الطلاق. مع الحرص على توثيق كل ذلك في العهد؛ حتى يلتزم الطرفان أو موكلاهما بما تم الاتفاق عليه. وهذا اعتمادا على مستندات شرعية تاريخية ترجمت أوجه الحياة الاجتماعية في المدينة.

### Résumé

Retrouvez dans cette article, la réalité des familles Essouafa à la fin du XIXe siècle par des décennies de mariage et le divorce, et on montre les habitudes locales dans les contrats de mariage et les conditions de lui, et de montrer également les éléments des contrats pour la séparation, et ce qui était nécessaire par les hommes, les femmes divorcées; fuyantes, et le sort des enfants dans de tels cas. Avec une documentation précise de tout cela dans le contrat, de sorte commis aux parties ou à leurs procureur ce qui ont été convenu. Ceci est basé sur la légitimité historique des documents traduits dans la domaine de la vie sociale dans la ville.

### تمهيد:

تعد وثائق المحاكم الشرعية مصدرا خصباً وثرانياً بالمادة العلمية الصادقة التي تُعين الدارس في الوقوف على كثير من الحقائق التاريخية، وذلك لما تقدمه من معلومات قيمة ومفيدة لمعرفة حال المجتمع وظروف حياة الناس، وما يتعلق بالقضايا الأسرية سواء منها الترابطية أو الخلافية، ونحاول في هذه المساهمة استقراء وتفحص عقود الزواج والطلاق المسجلة في محكمة الوادي الشرعية أواخر القرن 19م. ولذلك فالموضوع يطرح أسئلة عديدة، من بينها، كيف يتم توثيق عقود الجمع بين الأزواج؟ وما هي الشروط المقترنة به؟ وكيف يتم توثيق التفريق بينهما؟ وما هي العناصر التابعة له؟ وما مصير الأطفال عند إعادة أمهاتهم الزواج؟ من أجل الإجابة عن تلك الإشكالات فإننا سنتناول الموضوع وفق العناصر الآتية:

1- تعريف عقدي الزواج والطلاق (لغة واصطلاحاً):

أ- العقد في اللغة: العقد نقيض الحل، وهو العهد<sup>1</sup>.

ب- الزواج في اللغة: هو الضم والجمع، ويراد به الزواج<sup>2</sup>.

أما اصطلاحاً فهو، عقد لِحْلٍ تَمْتَعُ بِأَنْثَى غَيْرِ مَحْرَمٍ، ومجوسية وأمة كتابية بصيغةٍ لِقَادِرٍ وَمُحْتَاجٍ أَوْ رَاجٍ نَسْلاً<sup>3</sup>.

إذن فعهد الزواج هو عقد شرعي رضائي بين الرجل والمرأة لِحْلٍ العشرة الزوجية وما تحققه من مقاصد حصول السكينة والمودة والرحمة والولد بينهما وفق أركان وشروط محددة شرعاً<sup>4</sup>.

ج- الطلاق في اللغة: هو التفريق والترك، والتخلي، ويراد به هنا فراق الزوجية<sup>5</sup>.

أما اصطلاحاً فهو، حل العصمة المنعقدة بين الزوجين بطريق مخصوص، وهو أمر جعله الله بأيدي الأزواج دون الزوجات<sup>6</sup>، ويكون عبارة عن لفظة صادرة من الزوج رافعة قيد النكاح عن المرأة المنكوحة<sup>7</sup>.

## 2- أهمية توثيق عقد الزواج:

قبل الحديث عن أهمية توثيق عقد الزواج ومواصفاته والعناصر الملازمة له، نبرز بعض الممارسات الأسرية فيما يخص الزواج. فعندما يشب الولد يقرر رب العائلة تزويجه، وعادة لا يتجاوز سن الولد العشرين ولا يتأخر عنها إلا لظروف اجتماعية أو دراسية. ويَمُرُّ الزواج بمراحل، أولها اختيار زوجة المستقبل (الخطوبة) وذلك برؤيتها عند الآبار بعد خروجها مع زميلاتها لملء قرب الماء، أو مشاهدتها عند رقصة "النخ" في محافل الأعراس، أو بمساعدة "الخطابة" التي تملك قائمة النساء من كل الأصناف. ولكن في أغلب الأحيان تتم الخطبة بين الأولياء دون علم أصحاب الشأن (الزوج والزوجة) بل هم آخر من يعلم، ولا يرى الزوج خطيبته إلا في ليلة زفافها، وبعد دخول بيت الزوجية<sup>8</sup>.

أما عن طقوس العرس "الفرح" فإنها تدوم في سوف سبعة أيام، يُحدد له يوم يجري الاتفاق عليه بين أهل العروسين. تتم مراسيم العقد أمام القاضي في المحكمة، أو في المساجد وبحضور الجماعة يتولى ذلك الإمام. وفي يوم "الزواج" (يوم الدخلة) تُحمل العروس فوق ظهر بغل أو فوق "الجحفة" (الهودج) التي يحملها الجمال، بعد حلول الظلام، وعند وصول الموكب إلى منزل العريس يحملها أحد أقاربها ويدخلها من الباب؛ حتى لا تصاب بالسحر أو نحوه من الأذى، في نفس هذا اليوم يقام مهرجان احتفالي يدعى "المخفل" مساءً بعد العصر يحضره الرجال والنساء، الشباب يرقصون على وقع الدفوف والمزامير، وترقص الشابات الصغيرات بشعورهن المتدلّية التي يحركنها بمينا وشمالا وتدعى "رقصة النخ"، وتصاحب ذلك من حين لآخر زغاريد النساء وغناء الشعراء.

وعند بعض الشعوب يجرى في مواسم معينة لظروف مناخية أو اقتصادية<sup>9</sup>. وهذا ما يبدو واضحا من خلال عقود الزواج ونأخذ كمثال سنة



1885 حيث تحتوي على ستين (60) عقد، منها 38 عقدا تم إبرامها في فصل الخريف، وذلك لسببين؛ أولهما الظروف المناخية المعتدلة، وثانيهما الظروف الاقتصادية، حيث جني محصول التمر الذي يستفيد الناس من ريعه لتغطية تكلفة الزواج، فالتمر هي المورد المالي الرئيس عند عامة الناس آنذاك.

وقد كانت كثير من الأسر السوفية التي تريد أن تقيم علاقات مصاهرة فيما بينها لا تكتفي بالعقود الشفوية، وإنما كانت تحرص على توثيقها (أي كتابتها) على يد العدول، وكان القصد من ذلك تحقيق فوائد، أولها إثبات الزواج بالنسبة إلى الزوجين أحدهما تجاه الآخر، إذ يعتبر العقد حجة بيد كل منهما يثبت بها العلاقة الزوجية القائمة بينه وبين الآخر، وتمثل الفائدة الثانية لعقد الزواج الموثق في إشهار الزواج أمام أفراد المجتمع، حتى لا يكون هناك شك في العلاقة الزوجية القائمة بين الطرفين، أما الفائدة الثالثة، وهي الأهم حماية الحقوق المرتبطة بالزواج، ومنها الصداق بالنسبة إلى الزوجة بشكل خاص.

وتظهر الصفة الرسمية لعقد الزواج من خلال علامتين: الأولى علامة القاضي الذي أشرف على تحرير العقد وشهد بصحته، وكانت تلك العلامة عبارة عن توقيع الشخصي الذي يأتي أسفل العقد ويتضمن اسمه ونسبه<sup>10</sup>.  
والعلامة الثانية التي تضيفي الصفة الرسمية على العقد فهي توقيع العدلين اللذين حررا العقد وشهدا على صحة انعقاده بين الزوجين، ورسم التوقيعين في نهاية العقد دليل على إغلاقه ويتضمن كل توقيع اسم صاحبه ونسبه. العلامة الثالثة التي امتازت بها عقود الزواج تتمثل في وحدة النموذج التي كانت تحرر وفقه، إلا أن الكاتب لا يذكر تفاصيل الصداق في بعض الحالات، وإنما يكتفي بالعبارة "على صداق المقل وجهاز المقل"<sup>11</sup>، أو العبارة، "على صداق أمثالها والحوایج المعتادة في البلد"<sup>12</sup> وهي ايجابية

تتوخى التيسير في المهور.

### 3- الشروط المقترنة بعقد الزواج:

أما عن الشروط<sup>13</sup> المقترنة بعقد الزواج فهي من المسائل القديمة في المجتمعات الإسلامية، وقد عالج الفقهاء تلك المسألة وأفاضوا في التفصيل فيه، فبينوا أنواع الشروط التي تشغل بال الأزواج، وأوضحوا ما يجوز أن يتضمنه عقد الزواج وما لا يجوز. وكان من الفقهاء من ضيق في الشروط وهم المالكية، ومنهم من تساهل ووسع فيها وهم الحنابلة، ومنهم من سلكوا مسلكا وسطا بين الاتجاهين وهم الحنفية والحنابلة<sup>14</sup>. ويُعرف الزواج بشروط في تونس "بالزواج القيرواني"<sup>15</sup>. ويمكن تصنيف هذه الشروط - حسب العقود المسجلة في محكمة الوادي - إلى ثلاثة أصناف:

#### أ- الصنف الأول، يتعلق بالربائب:

ويخص تلك الزوجات الثيبات اللائي يكون لهن أولاد من أزواجهن الأوائل، وهي الكافلة لهم، لذا تشترط على من يتقدم إليها قبول التكفل بأبنائها ورعايتهم في داره ويسجل ذلك في العقد، كما هو الحال في عقد زواج "أحمد بن أبو زيد العمري أصلا الوادي مسكنا"، بالحرّة "صخرة" القبيل، حيث تحمّل الزوج و أبوه نفقة ابنتها مسعودة إلى أن تصوم<sup>16</sup>. وفي حالات أخرى تُحدد مدة إيواء ومؤونة بنت الزوجة ومن ذلك، فقد التزم الزوج "أحمد بن الحاج نصر" بمؤونة ابنة زوجته والمسماة "الزهراء" إلى أكتوبر الآتي<sup>17</sup>. مع العلم بأن العقد مسجل في شهر مارس أي تبقى في بيته وتحت كفالته مدة سبعة أشهر فقط. كما التزم "البشير بن بالقاسم العشي" عند زواجه بالحرّة "عيشة" بمؤونة ابنتها مدة أشهر، ينفق عليها من خاصة ماله من غير رجوع إلى والدها<sup>18</sup>، وهذا لا ظلم فيه ولا تعسف إذ «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ سُورَتِهِمْ فِيمَا وَافَقَ الْحَقَّ»<sup>19</sup> كما قال النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

ب- الصنف الثاني، ما يتعلق بالإقامة:

بعض النساء كن يفضلن السكن في أوطانهن أو مدنهن؛ لذا تشترط على من يريد الزواج بها أن لا يخرجها من بلدها<sup>20</sup>، كما في عقد زواج "محمد بن سعد الله السفاقصي حرفته قهواجي" حين حلوله بالوادي بأمة الله "خيرة بنت عمار" (الوادي) اشترطت الزوجة على زوجها أن لا يخرجها من بلدها، وإن يُخرجها من بلادها يدفع لها مائة دورو ورطلين فضة تونسي قبل خروجها وبطبية نفسها، وقبل الزوج الزواج منها ملتزما بذلك، كما التزم محمد المذكور إذا أراد أن يخرجها وعجز عن دفع المبلغ والحلي المذكورين فأمرها بيدها<sup>21</sup>. من خلال العقد نلاحظ أن الزوجة تُعسر في الشروط على زوجها حتى لا يخرجها من الوادي إلى سفاقص (تونس) إلى درجة أنها ملكت نفسها إذا عجز عن دفع ما اتفق عليه. ومن الزوجات من اشترطت على زوجها أثناء كتابة العقد أن تسكن في دارها، وهذا ما التزم به "الطيب" لزوجته "حليمة" بأن يدخل عليها في دارها<sup>22</sup> وقبل الزوج وتمت الزيجة.

ج- الصنف الثالث، يتعلق بالزوجة غير البالغ:

من الشروط ما يتعلق بحال الزوجة، خاصة إذا كانت بكرًا غير بالغ. جاءت في السجلات تحت عنوان "عقد تملك" أي، أن، الأب يُملك ابنته لشخص غرض الزواج بها، على شرط، أن لا يتم الدخول بها؛ إلا بعد ثبوت بلوغها. وقد وجدنا من هذا النوع خمسة عقود. وكمثال على ذلك: فقد ملّك، محمد بن الغريبي ابنته الصبية إلى عبد الله القليل تملكًا شرعيًا، قُرئ عليهما جهرا بالمحكمة، بعد أن قَبِلَ عبد الله المذكور الشرط، وهو، الدخول عليها يكون بعد ثبوت البلوغ، ويعقد جديد، وخُتم العقد بالعبارة "لو دخل وخالف لا يلوم إلا نفسه" وأن يجعل لها شرطًا، خمسين ريالًا وزوج حوايج فضة وحدايد، وثلاثة شياه ضان وعنزة والدة وبرشنية (عنزة عمرها من 6 إلى 12 شهرًا)، وزوج صوارة جربي نصف لباس وصباط (حذاء)، وما يلزم من

عادة أمثالها<sup>23</sup>. وفي عقد تمليك آخر، المملوكة وصيفة، حيث أشهد "حسين الوصيف" أنه ملك "مبروكة بنت فرج الوصيف"، لا يصوغ الدخول عليها إلا بعد البلوغ ويكون ذلك بعقد جديد، وبمحضر عثمان كبير الوصفان<sup>24</sup>. والسؤال، لماذا يزوج أو "يملك" الآباء بناتهم قبل البلوغ؟ وبماذا يفسر إقدام الشباب على ذلك، رغم أن الزواج قد يتأخر لثلاث أو أربع سنوات؟ والسبب، هو قلة النساء من جهة، وكون هذه الممارسات تكون بين أفراد القبيلة أو العشيرة الواحدة، فالأب لا يستطيع أن يمتنع لسيادة النظام القبلي، والخوف على ابنته من جهة ثانية؛ لأن الشاب الذي يرغب في فتاة ويرفض أهلها الموافقة يخطفها بمساعدة بعض أصدقائه، تدعى هذه العملية "الهرّابة" وتكون في بعض الأحيان بعلم الفتاة وتفاهمها مع خاطفها، وأحيانا أخرى دون علمها<sup>25</sup>.

وعند عدم التأكد من بلوغ البنت سن الزوجية، يُكَلَّف ذوات الخبرة من النساء (القابلات) لفحص البنت، وقد كان القضاة يأخذون برأيهن، وبينون أحكامهم على شهادتهن، كما في الحالة التي عُرِضت على القابلة "مريم بنت الحاج أحمد" للتأكد من بلوغ، الحرة... بنت الطالب مصباح، حيث شهدت القابلة بجاهزيتها للزواج، وتم تزويجها إلى محمد العشي، وقبل الزوج الزواج لنفسه بحضور، سالم بن عثمان، ومبارك بن حم العيد، وعون المحكمة، وشهدوا ببلوغ البنت، بعد رؤيتها من طرف القابلة<sup>26</sup>. وهذا عُرف مبني على الاحتياط وهو أحد قواعد الشريعة الإسلامية.

#### 4- عناصر عقد الطلاق:

الطلاق أبغض الحلال عند الله تعالى وهو وسيلة لرفع مفسدة الشقاق بين الزوجين وتجنباً لما قد ينتج عن ذلك من جرائم أو قطيعة لصلة شبكة العلاقات الاجتماعية<sup>27</sup>. والطلاق مأخوذ من الإطلاق، وهو الإرسال أو الترك، وفي الشرع حل رابطة الزواج، وإنهاء العلاقة الزوجية وفق ما حدد

الشرع إيقاعه وتبعاته.

وعند جردنا لعينة من عقود الطلاق لسنتي 1884-1885 وجدنا 74 حالة طلاق فقط بنسبة 5.5% من مجموع العقود وهي نسبة قليلة جدا. وهل يفسر ذلك بأن الطلاق كان قليلا في أوساط المجتمع؟ أم أن الناس لا يقبلون على المحاكم لتسجيل مثل هذه الممارسات؟ ويكتفون بحلّ هذه الرابطة عن طريق الجماعة وطلبة المساجد.

ومن العناصر التي تذكر في عقد الطلاق: أولا، اسم المطلق والمطلقة، ونوع الطلقة وعددها، كأن يقال: "طلّق المكرم عبد الله بن عمر الحمدي أمة الله حفصية بنت عون القبيل طلقة باينة أولى له عليها"<sup>28</sup>. حيث وجدنا من بين 74 حالة المذكورة، 70 طلقة أولى باينة<sup>29</sup> أي بينونة صغرى، يمكن للزوج إرجاعها ما دامت في العدة دون عقد ومهر. أما حالات الطلقة الثانية والثالثة ذُكرت مرتين فقط لكل منهما.

والعنصر الثالث في عقد الطلاق، هو وضعية الصداق بين الطرفين، ولما كان تقسيط الصداق في الزواج شائعا في سوف، فإن عقود الطلاق قد أطلعتنا على (43) حالة بنسبة 58% الزوجة (المطلقة) تُبرئ مطلقها من باقي الصداق<sup>30</sup>. وفي حين ثلاث حالات فقط المطلق يدفع لمطلّقتها كالي (مؤخر) صداقها من نقد ومنافع، أي الباقي في ذمته من مخلف الصداق، فيقال: "طلّق المكرم البشير بن بالقاسم العشي زوجه مبروكة بنت بالقاسم القبيل... دفع لها كالي صداقها والحولي متاعها(كذا)<sup>31</sup>. والحالات (28) الباقية لم تُوضح فيها وضعية الصداق، قد يكون الزوج سدّد لزوجته مستحققاتها حين إبرام العقد.

العنصر الرابع وهي الصيغة، التي تدل على حلّ العصمة بين الزوجين، فيكتب "إذ بذلك بانث منه، وانفكت عصمتها منه"<sup>32</sup> أو "لا تحلّ له إلا بعقد جديد بشروطه وأركانه"<sup>33</sup>. العنصر السادس وهو الضامن أي الكفيل، وقد ورد في كثير من عقود الطلاق اسم من يضمن المرأة المطلقة، خاصة إذا كان

عليها أن تلتزم بدفع مبلغ من المال، فيقال: "كما التزم أبوها (المطلقة) بدفع 150 فرنك"<sup>34</sup> أو "ضمن في العقد أعلاه عبد الله بن الأخص"<sup>35</sup> العدد هو مبلغ مالي التزمت به المطلقة لمطلقها. أما الترتيب بالنسبة للضامن، فإنه مشابه تقريبا لدرجات الولي في الزواج فالأب وهو أقرب الناس إلى ابنته، فالأخ. وقد ورد اسم "الأم" كضامن لابنتها المطلقة، كما هو الشأن عند المطلقة "الحرّة عيشة بنت عمار" التي حضرت والدتها مسعودة ووافقت على ذلك (الالتزام) موافقة تامة<sup>36</sup>. وفي بعض الحالات الضامن يذكر اسمه ولا يصرح بعلاقة القرابة بينه وبين المطلقة<sup>37</sup>.

5- الشروط التابعة لعقد الطلاق:

حدث وأن بعض الزوجات ينشزن من أزواجهن لسوء معيشة، أو غير ذلك، فقد أفصحت بعض عقود الطلاق، على أن المطلق يشترط على والد المطلقة إن تزوجت ابنته بأبناء "فلان الفلاني" أوّل زوج من طلاقها هذا يؤدي أبوها مبلغا ماليا (قُدّر في عقد بـ 100 دورية)<sup>38</sup> للمطلق، لماذا أولاد فلان الفلاني بالذات؟ الكاتب لم يفصح عن السبب، قد تكون الزوجة "طمحت فيه" أي، لم تعد راغبة في زوجها. بينما عقد آخر المطلق يشترط على طليقته أن لا تتزوج من "أحمد بن عمارة" كأول زوج لها<sup>39</sup>، لا ندرى لماذا؟ كون الكاتب لم يذكر أيضا السبب الذي ترك المطلق يذكر هذا الشخص بعينه دون غيره.

وفي الخلع يلتزم ضامن المطلقة بالمبلغ المالي المتفق عليه، لكن يشترط أن يدفع المبلغ وقت تزويج المطلقة المَعْنِيَة، حيث التزم "بالقاسم بن مسطور" بدفع 150 فرنك إلى مطلق ابنته "عبد القادر بن الحاج نصر الحمدي"، يدفعه له وقت تزويجها بآخر<sup>40</sup>. كما التزمت خديجة بنت محمد لمطلقها الشاب "مبروك" 125 فرنك بشرط وقت تزويجها<sup>41</sup>.

وحتى يؤمن الزوج لابنه الرضيع حقّه من الرعاية، يشترط على مطلقته أن

لا تتزوج عليه مدّة حولين كاملين، مع التزامه بدفع مبلغ مالي كنفقة لابنه، "فقد التزمت أمة الله نجمة الحمديّة برضاع ابنها البشير مدة حولين كاملين لا تتزوج عليه"<sup>42</sup>.

#### 6- إعادة الزواج ومصير الأطفال:

النسوة في الوادي يتزوجن مبكرًا، لذا فإنّ كثيرات ممن يتعرضن للفشل في قرانهن الأول، فيقبلن على الزواج مرة ثانية، ولا تزال مسؤولية الأطفال تلاحقهن. لقد سبق وأن ذكرنا في الشروط المقترنة بعقد الزواج، أن الزوجة تشترط على زوجها النفقة على ولدها أو ابنتها والعيش معها في بيت الزوجية الجديد، ومنهن من زادت خاصة إن كانت صبية تبقى في بيته إلى أن تصوم. ويتضح من خلال العقود أن عدد المطلقات مع حضانة الأطفال أكثر من عدد المتزوجات مع الأطفال. وقد تُلزم الرضاعة، أو كثرة الأطفال، الأم الحاضنة إلى تأجيل فكرة الزواج أو إلغائها تمامًا، خاصة وأنّ بعض الآباء يتخلّى عن واجباته الشرعيّة من نفقة أو كساء. لذا وجدنا من يتقدم منهن (المطلقات) إلى القاضي حتّى يقرر النفقة ويفرض دفعها على المطلق. فقد حضرت والدة "مبروكة المصعبية" نيابة عن ابنتها مسعودة وطلبت من الشيخ القاضي "السيد موسى بن صالح"<sup>43</sup> أن يقرر لها نفقة ابن ابنتها المسمى "أحمد بن عباس" فأجابها لمرامها، حين علم أن ذلك لها شرعا، فقرر لها ثلاثة فرنك، تدفع لها غرة كلّ شهر إلى تمام الرضاع<sup>44</sup>، كما يرفع لها ملحقة الرضاع<sup>45</sup>. وقد فرض الباش عدل "علي بن عبد الله العمودي" في عقد آخر على المطلق نفقة لكلّ شهر ثلاثة فرنك وسبعة صوردي، مؤونة ابنته عند أمها وهي في عمرها سنة<sup>46</sup>. وفي المقابل نجد آباء آخرون يحرصون على أبنائهم ولا يتركونهم لعوائد الدهر، حيث يتكفلون بكل ما يحتاجون، فقد تكفل "حمد ابن ثامر الشامسي" بمؤونة ابنه مسعود وابنته منها (زوجته) وبجميع نفقاتهما وما يحتاجانه إليه من الطعام والشراب والكسوة والغطاء وسائر الفنون

كلّها<sup>47</sup>.

كما يفرض على المطلق نفقة الحمل إن ظهر بها (المطلقة) حسب العادة<sup>48</sup>، وعليه نفقة النفاس بعد الوضع<sup>49</sup>. وقد يُعفى المُطلق من النفقة على الحمل، لكن ترجع له بعد الوضع، كما هو الشأن للزوج "علي بن بالقاسم العشي" الذي طلق زوجته "الحرّة بنت أحمد" حيث التزم والد المطلقة بمؤونة الحمل إلى الوضع، ولا يرجع (في النفقة) على المطلق إلاّ بعد الوضع<sup>50</sup>.

وكثيرا ما تحرص الأمهات على تزويج بناتهن المطلقات، وخاصة إن كن في مُقْتَبَل العمر، حيث تلتزم بالحضانة لمدة زمنيّة تحددها في العقد، فهذه "مبروكة الحمدية" تحضر أمام القاضي وتلتزم بنفقة حفيدتها من ابنتها "مباركة" وهي الصبيّة "فاطمة" بنت محمد الدرويش، من كسوة وغطاء، وطعام وإدام (كذا) وكل ما تحتاجه من ضروريات الوقت إلى أربعة سنين<sup>51</sup>. أما إذا كان عدد الأولاد يفوق الاثنين؛ ولثقل المؤونة تطلب المطلقة بمعية أمها دائما إسقاط الحضانة عن الوالد (المطلق)، كما أسقطت "عيشة بنت عمار" عن مطلقها حضانة بناتها وهن: فاطمة، وأم هانئ، وحدي، إسقاطا كليّا، وحضرت والدتها "مسعودة" ووافقت على ذلك<sup>52</sup>. أما "مبروكة بنت بالقاسم" فقد أسقطت حضانة ابنها "الطاهر" عن نفسها وسلّمته إلى والده ليأكل عنده ويبيت عندها، ربما لصغر سنه، كما التزم المطلق بنفقة الرضيع الأخضر يدفع لأمه خمسة فرنك كلّ شهر، وبعد الرضاع إن شاءت الأم سلّمت الأخضر لأبيه أو أمسكته من غير مؤونة عن أبيه<sup>53</sup>، وبذلك فإن المطلقة مخيرة بين أن تبقي ابنها معها دون نفقة أو إرجاعه إلى أبيه. وقد أسقطت المطلقة... والدتها "حدي" حضانة العائش ابن عبد الله الدرودوري لكنهما اشترطتا على المطلق أن يترك ابنه يزور والدته<sup>54</sup>؛ وذلك لأن البعض من الرجال أو النساء أيضا يحرمون أبنائهم الذين يعيشون معهم من زيارة



آبائهم أو أمهاتهم المطلقات نكايه بهم.

### خاتمة:

ويتضح مما سبق ذكره، أن الأسرة السوفية كانت تحرص على كتابة أدق التفاصيل في الشروط المقترنة بالزواج والطلاق، وذلك حفظاً للحقوق وصيانة للبنين ودرءاً للشكوك والخصوم. ويظهر أن قلة النساء جعلت منها أحياناً يفرض شروطاً فيها نوع من التعسير على من يتقدم لهن من الرجال. والبعض من المطلقين يُرغمون مطلقاتهم على عدم الزواج بأشخاص معينين، أو عدم زواجها إلا بعد حولين كاملين إذا كان لهما رضيعاً. مما يظهر أن دراسة مثل هذه الشروط من شأنه أن يساعد على فهم جوانب الحياة الاجتماعية والاقتصادية التي كان يعيشها المجتمع في ذلك العصر.

### - الهوامش:

- 1- ابن منظور، لسان العرب، ج. 3، دار صادر، بيروت، د. ت. ص. 296.
- 2- المرجع نفسه، ج. 2، ص. 625.
- 3- أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، دار الفكر للطباعة والنشر، (د.ت)، ص. 69؛ محمد محمد سعد، دليل السالك لمذهب الإمام مالك، دار الفكر، (د. ت). ص. 71.
- 4- عبد القادر بن عزوز، أحكام فقه الأسرة - دراسة مقارنة-، دار قرطبة للنشر والتوزيع، الجزائر 2007، ص. 9.
- 5- لسان العرب، ج. 10، ص. 72.
- 6- محمد محمد سعد، المرجع السابق، ص. 71.
- 7- الشيخ قاسم القونوني، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تح. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، دار الكتب العلمية، بيروت 1991، ص. 155.
- 8- علي غنابزية، مجتمع وادي سوف من الاحتلال الفرنسي إلى بداية الثورة التحريرية 1882-1954م، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في التاريخ الحديث والمعاصر، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم التاريخ، جامعة الجزائر 2008-2009، ص. 330.
- 9- عبد السلام الترماني، "الزواج عند العرب في الجاهلية والإسلام (دراسة مقارنة)"، عالم المعرفة، ع. 180، أغسطس، تصدر عن المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت 1984، ص. 27-28.
- 10- من نماذج تلك العقود: السجل رقم 12، عقد رقم 1029، سنة 1311/1893هـ؛ السجل رقم 04، عقد رقم 59، سنة 1299/1882هـ؛ السجل رقم 15، عقد رقم 72، سنة 1315/1897هـ.
- 11- السجل رقم 12، عقد رقم 1021، سنة 1311/1893هـ.
- 12- السجل رقم 15، عقد رقم 158، سنة 1314/1896هـ.

- 13- الشروط: ح. شرط، وفي اللغة هُوَ العَلامَةُ والجَمْعُ، وهو إلْزامُ الشيءِ والتزامُهُ، أما الاِشْتِراطُ فهو العَلامَةُ التي يَجْعَلُهَا الناسُ بَيْنَهُمْ. واصطلاحاً: هو التزام أمر لم يوجد في أمر قد وُجد. ينظر: أبو الحسن علي بن إسماعيل المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، ج. 8، تح. عبد الحميد هندراوي، دار الكتب العلمية، بيروت 2000، ص. 13؛ مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت 1985، ص. 10.
- 14- خليفة حماش، الأسرة في مدينة الجزائر خلال العهد العثماني، دكتوراه دولة في التاريخ الحديث، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم التاريخ، جامعة منتوري، قسنطينة 2007، ص. 331.
- 15- فاطمة الزهراء قشي، الزواج والأسرة في قسنطينة في القرن 18م، دار القصة للنشر، الجزائر 2007، ص. 72.
- 16- السجل رقم 04، عقد رقم 549، سنة 1302/1884هـ.
- 17- السجل رقم 06، عقد رقم 684، سنة 1303/1886هـ.
- 18- السجل رقم 04، عقد رقم 602، سنة 1302/1884هـ.
- 19- رواه أبو هريرة.
- 20- يذهب بعض المالكية في الأصل إلى كراهة بعض الشروط المتعلقة بالزواج عند التعاقد كاشتراط زيادة في مهر أو عدم إخراجها من بلدها أو عدم الزواج عليها. ينظر: عبد القادر بن عزوز، المرجع السابق، صص. 88-89.
- 21- السجل رقم 04، عقد رقم 125، سنة 1299/1882هـ.
- 22- السجل رقم 15، عقد رقم 430، سنة 1314/1896هـ.
- 23- السجل رقم 12، عقد رقم 1006، سنة 1311/1893هـ.
- 24- السجل رقم 15، عقد رقم 72، سنة 1311/1893هـ.
- 25- إبراهيم العوامر، الصروف في تاريخ الصحراء وسوف، تعليق الجيلاني العوامر، الدار التونسية للنشر. تونس، الشركة الجزائرية للنشر والتوزيع، الجزائر 1977، ص. 343.
- 26- السجل رقم 15، عقد رقم 880، سنة 1315/1897هـ.
- 27- عبد القادر بن عزوز، المرجع السابق، ص. 136.
- 28- السجل رقم 04، عقد رقم 65، سنة 1299/1882هـ.
- 29- باين: والأصح بائن، والبيئونة معناها البعد والمفارقة. ينظر: السيد السابق، فقه السنة، نظام الأسرة، الحدود والجنايات، ج. 2، دار الفكر، ط. 2، لبنان 1980، ص. 217.
- 30- السجل رقم 05، عقد رقم 443، سنة 1303/1885هـ؛ السجل رقم 09، عقد رقم 563، سنة 1309/1891هـ؛ السجل رقم 12، عقد رقم 821، سنة 1312/1894هـ.
- 31- السجل رقم 04، عقد رقم ع.ر. 404، سنة 1301/1884هـ.
- 32- السجل رقم 05، عقد رقم 281، سنة 1303/1885هـ.
- 33- السجل رقم 04، عقد رقم 65، سنة 1299/1882هـ.
- 34- السجل رقم 12، عقد رقم 249، سنة 1311/1894هـ.
- 35- السجل رقم 04، عقد رقم 77، سنة 1299/1882هـ.
- 36- السجل رقم 01، عقد رقم 1726، سنة 1289/1872هـ.

37- الجباري عثمانى ، مدينة الوادي.. الحياة الاجتماعية والاقتصادية من خلال سجلات المحكمة الشرعية في النصف الثاني من القرن 19م، ماجستير في التاريخ، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2009، ص. 61.

38- السجل رقم 05، عقد رقم 229، سنة 1303/1885هـ.

39- السجل رقم 05، عقد رقم 132، سنة 1303/1885هـ.

40- السجل رقم 12، عقد رقم 249، سنة 1311/1894هـ.

41- السجل رقم 04، عقد رقم 77، سنة 1299/1882هـ.

42- السجل رقم 04، عقد رقم 376، سنة 1301/1884هـ؛ السجل رقم 05، عقد رقم 376، سنة 1303/1885هـ.

43- السيد موسى بن صالح: من منطقة الزاب (سيدي عقبة) عُين قاضيا في محكمة الوادي عام 1312هـ/ نوفمبر 1893م، وبقي في منصبه إلى عام 1319هـ/1901م. توفي القاضي مريضا ودفن في جبانة أولاد حمد وخلفه في المنصب "القاضي عبد الغني" من الزاب (أولاد جلال) أيضا. ينظر: محمد بن عزوز، تاريخ زاوية سيدي سالم، مخطوط موجود بزاوية سيدي سالم، الوادي، ص. 131؛ عاشوري قمعون، الشيخان(إبراهيم العوامر والهاشمي حسني)، مطبعة مزوار الوادي، الجزائر 2010، ص. 52.

44 - السجل رقم 12، عقد رقم 211 ، سنة 1311/1894هـ.

45 - ملحفة الرضاع: هي كسوة الرضيع، من صورية وغطاء وفراش. ينظر: الجباري عثمانى، المرجع السابق، ص. 63.

46 - السجل رقم 01، عقد رقم 02، سنة 1278/1860هـ.

47 - السجل رقم 01، عقد رقم 05، سنة 1278/1860هـ.

48 - السجل رقم 12، عقد رقم 249، سنة 1311/1894هـ.

49 - السجل رقم 17، عقد رقم 606، سنة 1316/ 1898هـ.

50 - السجل رقم 04، عقد رقم 608، سنة 1302/1884هـ.

51 - عقد التزام بالحضانة : السجل رقم 01، عقد رقم 1804، سنة 1290/1873هـ.

52 - السجل رقم 01، عقد رقم 1726، سنة 1298/1872هـ.

53 - عقد إسقاط حضانة: س. 04، عقد رقم 404، سنة 1301/1884هـ.

54 - السجل رقم 17، عقد رقم 87، سنة 1317/1899هـ.

## العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا

"دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري"

بقلم

أ / حاج أحمد عبد الله  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة الوادي



### الملخص

يعتبر عقد الزواج أحد أهم العقود في الفقه الإسلامي، حيث يرمي إلى الحفاظ على النوع البشري. وقد شرع الإسلام الخطبة كخطوة أولى في سبيل تحقيق ذلك، كما يمكن لأحدهما العدول عن الخطبة إذا لم يتمكن من الاطمئنان لبعضهما مما يبعهما عن إبرام العقد.

يتناول هذا البحث مسألة العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا، حيث تعتمد الدراسة على ما وصل إليه الاجتهاد القضائي الجزائري في هذا المجال.

### Résumé :

Le contrat du mariage est l'un des contrats les plus importants dans le droit islamique. Il vise à préserver le genre humain. Le droit islamique prévoit la fiançailles " El-khitba " comme une première étape vers la réalisation du contrat du mariage. D'autre part, les deux parties peuvent renoncer aux fiançailles " El-khitba ". Cette recherche aborde la renonciation et son impact sur la récupération de la dot et les cadeaux, avec la conclusion tirée par la jurisprudence algérienne dans ce domaine.

### مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، المبعوث رحمة للعالمين، وعلى من اتبع هداه، وسار على نهجه إلى يوم الدين، وبعد:

يعد عقد الزواج من أهم العقود وأخطرها في الفقه الإسلامي، وذلك نظرا لكونه يرمي إلى حفظ النوع الإنساني وفق قواعد الفطرة، وتحقيقا لذلك المقصد شرعت الخطبة كخطوة سابقة للعقد، لأجل تجسيد استقرار الحياة الزوجية المترتبة عنه، أو عدول أحدهما عن الآخر إذا لم يتمكننا من الاطمئنان لبعضهما مما يبعدهما عن إبرام العقد، فيتجنبان الضرر المترتب عن العقد اللاحق بالعدول أثناء الخطبة، فهو تديير وقائي شرعه الإسلام بهدف تجنب التفريق أثناء قيام الحياة الزوجية.

وفي هذه الحالة الأخيرة، والتي تطول أو تقصر بحسب الأحوال، فإنه أثناء مدة قيام الخطبة قد يتبادل الخاطب مع مخطوبته بعض الهدايا، كما قد يمكنها جزء من المهر المتعلق بعقد الزواج. فما مآل المهر والهدايا عند حصول العدول عن الخطبة ؟

المبحث الأول: مفهوم الخطبة وحكم العدول عنها.

المطلب الأول: مفهوم الخطبة.

أولا: تعريف الخطبة ودليل مشروعيتها والحكمة منها.

ثانيا: حكم الخطبة.

المطلب الثاني: التكليف الفقهي والقانوني للخطبة.

المطلب الثالث: حكم العدول عن الخطبة.

المبحث الثاني: أثر العدول عن الخطبة على المهر والهدايا وموقف

القضاء.

المطلب الأول: أثر العدول عن الخطبة على المهر.

المطلب الثاني: أثر العدول عن الخطبة على الهدايا.

خاتمة:

## المبحث الأول

### مفهوم الخطبة وحكم العدول عنها

لما كانت الخطبة مقدمة للزواج، فإنها تنطوي على طلب يتقدم به الرجل إلى المرأة التي يرغب فيها أن تشاركه حياته بالزواج، إلا أن حصول الخطبة لا يعني بالضرورة حدوث عقد الزواج، إذ قد يتم العدول أثنائها لأسباب تختلف باختلاف الظروف والأحوال، لذا فإننا سنتعرف في المطلب الأول على المقصود بالخطبة، بينما نتعرض في المطلب الثاني للتكييف الفقهي والقانوني للخطبة، ونخصص المطلب الثاني لحكم العدول عنها.

#### المطلب الأول: مفهوم الخطبة.

أولاً: تعريف الخطبة ودليل مشروعيتها والحكمة منها.

الخطبة لغة: يقال الحَطَبُ بمعنى الشأْنُ أو الأمرُ، صَغُرَ أو عَظُمَ، وَحَطَبَ المرأةُ يَحْطِبُهَا حَطْباً وَخِطْبَةً بالكسْرِ أي طلبها للزواج، وَاخْتَطَبَ الْقَوْمُ فُلَاناً إِذَا دَعَوْهُ إِلَى تَزْوِيجِ صَاحِبَتِهِمْ<sup>(1)</sup>، وخطب المرأة إلى القوم، إذا طلب أن يتزوج منهم<sup>(2)</sup>.

وفي الاصطلاح الفقهي يراد بها: "التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة"<sup>(3)</sup>، وعرفها بعض المعاصرين بأنها: "... إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة وإعلام المرأة أو وليها بذلك. وقد يتم هذا الإعلام مباشرة من الخاطب أو بواسطة أهله، فإن وافقت المخطوبة أو أهلها، فقد تمت الخطبة بينهما، وترتبت عليها أحكامها وأثارها الشرعية"<sup>(4)</sup>.

ويظهر من التعريفين السابقين بأن بداية الخطبة تقترن بإظهار أو إعلان

الرجل عن نيته الرغبة في الزواج من امرأة معينة (المخطوبة) خالية من الموانع الشرعية، سواء بالتصريح أو بالتعريض، ويتم ذلك عن طريق التماس الخاطب النكاح من الخطوبة مباشرة أو بواسطة أهلها أو أهله، كما تكتمل الخطبة وتترتب عنها أثارها الشرعية مباشرة بعد موافقة المخطوبة أو أهلها.

وتجدر الإشارة إلى أن إظهار الرغبة في الزواج لا تقتصر على الرجل (الخاطب) كما يظهر ذلك من خلال كتابات العديد من الباحثين في شأن الخطبة، بل يمكن للمرأة أو وليها أن يتقدم لطلب الرجل<sup>(5)</sup>.

أما قانون الأسرة الجزائري فقد عرف الخطبة بمقتضى المادة (05) فقرة (01) بأنها: "... وعد بالزواج"<sup>(6)</sup>، حيث يتضح من النص بأن المشرع لم يقدم تعريفا لها، وإنما حدد طبيعتها القانونية كما سيأتي.

وقد دلت العديد من النصوص الشرعية في الكتاب العزيز والسنة النبوية على مشروعية الخطبة، فمن الكتاب العزيز قوله تعالى: "... ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم..."<sup>(7)</sup>.

ومن السنة النبوية: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول صلى الله عليه وسلم: "إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد عظيم"<sup>(8)</sup>، كما روي عن عروة رضي الله عنه: "أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب عائشة إلى أبي بكر، فقال له أبو بكر إنما أنا أخوك، فقال له: أنت أخي في دين الله وكتابه، وهي لي حلال"<sup>(9)</sup>.

وتنطوي الخطبة على حكمة بالغة، تتمثل في كونها الوسيلة الشرعية لتحقيق الغاية من عقد الزواج، وذلك لكونها تساعد على توفير أسباب الوفاق، ودوام الألفة وبقاء المودة<sup>(10)</sup>، ولا يمكن تحقيق هذه الغاية بكافة الوسائل بل في إطار الضوابط والأحكام التي حددتها الشريعة الإسلامية.

ثانيا: حكم الخطبة.

يقول جمهور الفقهاء بعدم وجوبها، فهي مستحبة، وخالفهم في ذلك داود الظاهري وقال بوجوبها<sup>(11)</sup>، فقال ابن جزري بأنها مستحبة<sup>(12)</sup>، وقال الإمام مالك وهي مستحبة وهي من الأمر القديم وليست واجبة<sup>(13)</sup>، بينما ذهب الشافعية إلى أن الخطبة تابعة للنكاح من حيث الحكم، فإن سن حق النكاح سنت، وإن كره كرهت، أو وجب وجبت، لأن المسائل تعطى حكم المقاصد<sup>(14)</sup>.

#### المطلب الثاني: التكييف الفقهي والقانوني للخطبة.

لما كانت الخطبة مقدمة لعقد الزواج، فقد اهتم فقهاء الشريعة والقانون بتحديد طبيعتها، حيث اعتبرها فقهاء الشريعة الإسلامية وعدا بالزواج وليست عقدا<sup>(15)</sup>، لكن اختلفوا في تفسير مدلول هذا الوعد من حيث كونه ملزم أو لا. الرأي الأول: الخطبة وعدٌ بالزواج، وهذا الوعدُ غيرُ ملزمٍ عند جمهور الفقهاء<sup>(16)</sup>، لأن الخطبة تمهيد لعقد الزواج، والإلزامية للعقد وليس للتمهيد، كما أن العدول عن الخطبة يتوقعه كل واحد من الطرفين، إذ لم يتم العقد بعد<sup>(17)</sup>.

ومن المعقول أن إلزام أي من الطرفين بالأخر، وقد أصبح غير مرغوب فيه، لهو تأكيد للاستمرار في ضرر واقع لا محالة، فتكون الخطبة غير ملزمة أولى، لانعدام تحقق الحكمة المقصودة منها، كما أن " ... خطورة عقد الزواج هي التي اقتضت أن تكون الخطبة غير ملزمة ضمانا للحرية الكاملة في إبرامه"<sup>(18)</sup>، وفي المقابل إذا تحققت الحكمة المقصودة من الخطبة، فإن الطرفين سيقبلان على إبرام العقد لا محالة، ومن ثمة فإن تحقيق مقصد الشارع من الخطبة يتطلب ألا تكون وعدا ملزما.

الرأي الثاني: يرى بعض الفقهاء بأن الخطبة وعدٌ ملزم يجب الوفاء به،



وبذلك قال الحسن البصري، وعمر بن عبد العزيز، وابن حجر العسقلاني<sup>(19)</sup>، وغيرهم؛ لأن مبادئ الشريعة الإسلامية تحث على الوفاء بالوعد وتندر عن الغدر بالعهد، فقد جاء في قوله تعالى: "واذكر في الكتاب إسماعيل إنه كان صادق الوعد وكان رسولا نبيا"<sup>(20)</sup>، وقوله تعالى: "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً"<sup>(21)</sup>، ومن السنة قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "أية المنافق ثلاث، إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان"<sup>(22)</sup>، حيث تدل هذه النصوص على ذم صفة الإخلاف بالوعد أو العهد، وهي تتنافى مع أخلاق المؤمنين الصادقين.

فالراجح أنّ الخِطبة وعدٌّ بالزواج غير ملزم؛ أي هي وعد بالعقد وليست عقداً في حد ذاته، فلا تُحلّ حراماً، ولا تُحرّم حلالاً، كما أن الزواج يقوم على الرضا، فمن غير المعقول إجبار الخاطب أو المخطوبة عليه، وقد نفر أحدهما أو كلاهما من الآخر لسبب معقول، أما من دونه فإن ذلك مما يتنافى مع مكارم الأخلاق.

أما من حيث التكييف القانوني للخِطبة فإن فقهاء القانون أيضاً انقسموا إلى رأيين، حيث يرى البعض أن الخِطبة عقد ملزم، بينما يرى فريق آخر بأنها وعد بالزواج.

الرأي الأول: الخِطبة ذات طبيعة عقدية، لأن المراكنة بين الخطيبين، وما يدور بينهما من إيجاب وقبول يعتبر من قبيل العقد<sup>(23)</sup>، ويقولون بأن العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخصان فأكثر بالقيام بعمل ما أو بعدم القيام بأي عمل، وهو ما يتحقق في الخِطبة بحيث تستوفي كل شروط العقد ومتطلباته<sup>(24)</sup>.

وقد أيد القضاء المصري هذا الرأي في بعض أحكامه، واعتبر الخِطبة عقد ملزم، كما أن العدول عنها يوجب الوفاء بالتعويض، حيث جاء في

حيثيات الحكم أن الحكم أن الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يجوز تجاهلها، ففيها يصدر إيجاب مقترن بقبول على الوعد بالزواج، وبذلك تعد ارتباط قانوني يستند على عقد قائم<sup>(25)</sup>.

الرأي الثاني: الخطبة وعد بالزواج غير ملزم، ولكل من الطرفين العدول عنها، حيث يستند هذا الرأي لمبدأ حرية الشخص في اختيار شريكه دون إكراه<sup>(26)</sup>، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 05فقرة 01 من قانون الأسرة، حيث نصت على أن: "الخطبة وعد بالزواج"، كما نصت الفقرة 02 من نفس المادة على أنه: "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة".

ويتضح من خلال الفقرتين الطبعية القانونية للخطبة بأنها وعد بالزواج من جهة ومن جهة أخرى يعتبر هذا الوعد غير ملزم؛ لأن الفقرة 02 أجازت لكلا الطرفين العدول عن الخطبة دون قيد أو شرط<sup>(27)</sup>، وسارت على ذلك قوانين الأسرة العربية، فهي لا ترى الخطبة ملزمة ولو كانت وعدا، بل حتى بالنسبة للقوانين التي تجعل الوعد ملزما، فإنها تستثني من ذلك الخطبة، وذلك ضمانا لحرية الاختيار في إبرام عقد الزواج<sup>(28)</sup>، لما يتميز به من آثار ذات طبيعة خاصة عند قياسه بغيره من العقود.

وقد أيد القضاء الجزائري ما ذهب إليه المشرع في قانون الأسرة من خلال اجتهاداته المختلفة في العديد من القضايا، حيث أصدرت المحكمة العليا عدة قرارات، تؤكد فيها بأن الأصل في الخطبة كونها مقدمة تنطوي على تمهيد للزواج وليست زواجا<sup>(29)</sup>، وبذلك ندرك بأن الخطبة وعد غير ملزم، ولا ينعقد بها الزواج.

#### المطلب الثالث: حكم العدول عن الخطبة.

- معنى العدول في اللغة والاصطلاح:

أ- العدول لغة: يُقال عَدَلَّ عن الشيء يَعْدِلُ عَدْلًا وَعُدُولًا، أي حاد<sup>(30)</sup>.

ب- العدول في الاصطلاح الفقهي هو: "أن يتراجع الخاطبان أو أحدهما عن الخطبة بعد تمامها وحصول الرضا منهما"<sup>(31)</sup>.

ولقد اتفق الفقهاء على اختلاف مذاهبهم على أن الخطبة وعداً بالزواج وليست عقداً، فالخطبة مرحلة تمهيدية يتبين فيها كل من الخطيبين مدى ملائمة الآخر لهو بذلك فإنه يجوز لكل من الخطيبين أن يعدل عن الخطبة، ويمتنع عن الاستمرار فيها دون أن يتوقف ذلك على موافقة الطرف الثاني، وهو ما يفسر رأي جمهور الفقهاء بأن الخطبة وعد غير ملزم، إلا أن هناك من رأى بأن العدول عن الخطبة مكروه؛ لأن فيه خلف الوعد<sup>(32)</sup>، بل رأى البعض بأنه حرام؛ لأن الوعد ملزم ومن خالفه يعتبر قد اتصف بصفة من صفات المنافقين<sup>(33)</sup>، وهناك من خصص الكراهة في حالة ما إذا كان العدول لغير غرض مشروع<sup>(34)</sup>.

يقول فتحي الدريني: "لا بد من الإشارة إلى أن الوفاء بالوعد واجب ديانة وخلقا ومروءة، إلا إذا كان ثمة مسوغ قوي يقتضي هذا العدول، والوفاء بالوعد التزام خلقي ودياني، لا قضائي حفاظا للكرامة أن تهدر والمشاعر أن تمس، وللشبهات أن تثور، وللسمعة أن تنال منها الأقاويل"<sup>(35)</sup>.

والحكمة من تجويز العدول وإباحته، هو تمكين طرفي الخطبة من تفادي الارتباط بزواج لا يحقق الغاية المقصودة والمرجوة منه<sup>(36)</sup>.

وقد نص قانون الأسرة الجزائري على ذلك بوضوح في المادة 5 فقرة 02 منه، حيث نصت على أنه: "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، ويتبين من هذا النص جواز العدول مطلقاً؛ لأن القانون لا يجبر أحداً على الزواج إذا لم يرد، أو وعد به وعدل عنه؛ ولأن في الإيجابار على تنفيذ الزواج مساساً بالحرية الشخصية التي صانها الدستور<sup>(37)</sup>، وهو ما أكده القضاء الجزائري حين قرر بأنه يجوز لكل من الخطيبين حق العدول عن الخطبة باعتبارها

وعدا بالزواج<sup>(38)</sup>.

## المبحث الثاني

### أثر العدول عن الخطبة على المهر والهدايا وموقف القضاء

لما كان رأي جمهور الفقهاء جواز العدول عن الخطبة، فإن هذا العدول قد يأتي بعد مرور مدة زمنية طويلة؛ لأن مدة قيام الخطبة ليست محددة بوقت معين، حيث يكون قد قدم الخاطب إلى مخطوبته جزءاً من المهر سلفاً قبل عقد النكاح، أو قد تبادلوا بينهما بعض الهدايا مما يثير التساؤل عن مصير المهر والهدايا عند العدول عن الخطبة، لذ فإننا سنتعرض في المطلب الأول لأثر العدول عن الخطبة على المهر، وفي المطلب الثاني لأثر العدول عن الخطبة على الهدايا، وفي المطلب الثالث لموقف الاجتهاد القضائي الجزائري من هاتين المسألتين.

#### المطلب الأول: أثر العدول عن الخطبة على المهر.

اتفق الفقهاء على أنه إذا عدل الطرفان أو أحدهما عن الخطبة، فعلى المخطوبة أن ترد ما أخذته من الصداق، سواء أكان العدول عن الخطبة من كليهما أو من أحدهما فترد إليه عينه إن كان قائماً، فإن لم يكن قائماً ردت إليه مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً؛ لأن المهر لا يجب إلا بالعقد، وما دام العقد لم يتم بحدوث العدول، فإن المهر يبقى ملكاً له<sup>(39)</sup>، وبالتالي يحق له استرداده دون نظر لمن كان فسخ الخطبة من جهته، وذلك لأن المهر من متطلبات الزواج الذي لا يتم إلا بالعقد، وليس من متطلبات الخطبة.

ولقد نصت المادة 08 من قانون حقوق العائلة العثمانية على أنه إذا امتنع - أي عدل - أحد الخاطبين أو توفي بعد الرضا بالزواج، فإن كان ما أعطاه الخاطب من أصل المهر موجوداً يجوز استرداده عيناً، وإن كان قد تلف يجوز استرداده بدلاً<sup>(40)</sup>.

ولكن المسألة التي تثير الإشكال هو عند تصرف المخطوبة في المهر - الصداق - قصد تهيئتها للزواج كأن تشتري بعض الأغراض من فراش أو لباس ...، بل قد يتم العدول عن الخطبة، واللباس ما يزال عند الخياط، وبعض اللوازم لا تزال عند النجار. فمن الذي يتحمل تلك التكاليف؟ إن الذي يظهر من خلال نص المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري أنه لم يتعرض لموضوع المهر عند العدول عن الخطبة، بل اقتصر في وضع حل للهدايا فقط ولعل المشرع الجزائري قد نظر إلى أن عادات المجتمع الجزائري متعارف عليها في أن المهر يدفع بعد أو أثناء العقد وليس أثناء الخطبة، وبالتالي لم ينص على هذه الحالة، ومع ذلك كان من المستحسن لو تعرض لهذا الموضوع، فقد تكون هناك حالات معينة يتم فيها دفع الصداق أو المهر أثناء الخطبة، لإبراز جدية الرجل في الإقدام على الزواج<sup>(41)</sup>.

ويرى الفقه بأن الحل العادل في المسألة، والذي يبدو معقولا هو تحميل تبعات المهر لمن صدر منه العدول، وينضبط ذلك في حالتين<sup>(42)</sup>:

الحالة الأولى: إذا صدر العدول عن الخطبة من الخاطب لزمه تسلم الأشياء التي حول إليها مبلغ الصداق، بل إذا كان أحد الدائنين مازال لم يستوف حقه كالخياط أو النجار أدى له حقه، لأنه لا يمكن إجبار الخطيبة على تملك هذه الأشياء، فلولا تلك الخطبة والدفع ما تصرفت تلك التصرفات.

الحالة الثانية: إذا صدر العدول عن الخطبة من المخطوبة، فإنه عليها أن ترجع إلى الخاطب الصداق كما دفعه لها أو مثله إن كان مثليا، ولا يرغم على تقبل الفراش أو اللباس أو الحلي الذي اشترته المخطوبة والمصاريف التي صرفتها عليه، لأنه قد لا يجد مشتريا يرغب فيه بثمنه الحقيقي فيضطر إلى بيعه بإنقاص قيمته، مما يجعله يجمع بين ضررين ضرر العدول عنه،

وضرر إنقاص قيمة المهر.

#### المطلب الثاني: أثر العدول عن الخطبة على الهدايا.

يقصد بالهدية تملك مال بلا عوض، أي التخلي عن ملكية العين ومنفعتها أبدا وبلا عودة، وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يحض على التهادي لما يولده من محبة بين المتهادين، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ولو أهدي إلي ذراع أو كراع لقبلت"<sup>(43)</sup>.

والخطبة كمقدمة للزواج تستهدف تمكين الخاطبين من التقرب لبعضهما وتوطيد أواصر هذه القرى يبدأ ببذل كل منهما للأخر من ماله بما يشعره بالمحبة، والهدية كما قال النبي صلى الله عليه وسلم عامل من عوامل إظهار هذه المحبة؛ ولذا فإن الخطيبين وأهليهما وأصدقاءهما مدعوون لإبداء مشاعرهم، والتعبير عنها بالبذل للطرف الأخر. ومن هنا كانت الهدايا المتبادلة ذات طبيعة خاصة تعبر عنها بواعث الإهداء التي تؤخذ بعين الاعتبار عند تراجع هذه المشاعر، وانتهائها إلى العدول عن الخطبة، ومن ثم استرداد الهدايا المتبادلة إبانها<sup>(44)</sup>.

ولما كانت الهدايا في كثير من الأحيان تكون سببا لإثارة العداوة والنزاع بين الرجل والمرأة أو عائلتيهما إثر العدول عن الخطبة، لأنها غالبا ما تكون نفيسة، وذات قيمة كبيرة؛ ولأنه بمجرد تمام الخطبة يكون الخاطب ملزم عرفا بتقديم الهدايا في كل مناسبة، وأيضا قد تقدم المخطوبة هدايا لخطيبها أو أهله، وربما تطول هذه الخطبة لمدة سنتين أو ثلاث<sup>(45)</sup>، مما يثير التساؤل عن حكم استرداد هذه الهدايا عند العدول عن الخطبة.

لقد تباينت أقوال المذاهب الفقهية في الشريعة الإسلامية بالنسبة لهذه المسألة، وتتلخص مختلف آرائهم فيما يلي:

أولاً: المذهب الحنفي:

تأخذ هذه الهدايا حكم الهبة، ويشترط لنفاذها قبضها، كما يجوز لصاحبها الرجوع فيها إلا إذا اندرجت تحت مانع من موانع الرجوع في الهبة السبعة، وهي<sup>(46)</sup>:

- 1- زيادة الموهوب.
- 2- موت الواهب أو الموهوب له.
- 3- العوض عن الهبة.
- 4- خروج الموهوب عن ملك الموهوب له.
- 5- الزوجية القائمة بين الواهب والموهوب له وقت الهبة.
- 6- القرابة المحرمة بين الواهب والموهوب له.
- 7- هلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له.

ثانياً: المذهب المالكي<sup>(47)</sup>:

وضع المالكية معياراً للمسألة حيث ميّزوا بين كون الرجوع من طرف الخاطب، أو كونه من طرف المخطوبة، فإن كان العدول من جهة الخاطب، فلا يحق له أن يسترد شيئاً من الهدايا سواء كانت قائمة أو مستهلكة؛ لأنه وهب بشرط إتمام الزواج، وهو المتسبب في عدم تحقيق هذا الشرط وبالتالي لا يحق له الرجوع بشيء من هداياه، وأيضاً حتى لا يجمع عليها بين ألّمين، ألّم رفضها، وألّم تغريمها ما أهداه لها.

وإن كان العدول من طرف المخطوبة، فللخاطب أن يرجع عليها بكل ما قدمه من هدايا إذا كانت قائمة، فإن استهلك استرد قيمتها؛ لأنه وهب بشرط إتمام الزواج، وهي السبب في عدم تحقيق هذا الشرط، فلا يحل لها الاحتفاظ بهداياه، وأيضاً حتى لا تجمّع عليه بين ألّمين، ألّم رفضه، وألّم أكل ماله.

وكل هذا يقيد بالشرط أو العرف، سواء بالرد أو بعدمه، إذ يقدمان على كل ما سبق، فإن لم يكن هناك شرط أو عرف فإن الأصل في المذهب المالكي أنا الخاطب لا يسترد ما أهده لمخطوبته، سواء كان الرجوع من جهته أو من جهتها.

ثالثا: المذهب الشافعي:

للشافعية قولان في المسألة رجح أحدهما الرملي، ورجح الآخر ابن حجر الهيتمي، وهما:  
- الرأي الأول:

"له الرجوع بما أنفقه على من دفعه له، سواء كان مأكلاً أو مشرباً أم حلوى أم حلئاً، وسواء رجع هو أم مجيبه أم مات أحدهما؛ لأنه إنما أنفقه لأجل تزويجه بها، فيرجع به إن بقي وببدله إن تلف"<sup>(48)</sup>.  
- الرأي الثاني:

"إن كان الردّ منهم (أهل المخطوبة) رجع عليهم؛ لأنه لم يهد لهم إلا بناء على أن يزوجه ولم يحصل غرضه، فإن كان الرد منه فلا رجوع له؛ لانتفاء العلة المذكورة"<sup>(49)</sup>، وهذا الرأي يتفق مع ما ذهب إليه المالكية.  
رابعاً: المذهب الحنبلي:

ذهب بعض الحنابلة<sup>(50)</sup> إلى أن هدايا الخطبة ترد مطلقاً سواء أكانت قائمة أم هالكة، وسواء أكان العدول من الخاطب أو المخطوبة، لأنها من هبات الثواب التي يجوز للواهب الرجوع فيها؛ لأن الباعث الذي دفع الخاطب لتقديمها إنما هو إتمام الزواج، فإن لم يتحقق المقصود من الباعث يجوز له الرجوع فيها.

ويرى البعض الآخر أنه لا يجوز الرجوع في الهبة انطلاقاً من أن الوعد لا رجوع فيه، ولأنهم يعتبرونها هبة، والهبة عندهم لا رجوع فيها إلا إذا كانت



قبل القبض<sup>(51)</sup>.

خامساً: المذهب الجعفري:

قال الجعفرية بوجوب استرداد الهدية ولو هلكت إذا كان هناك شرط بالزواج من المهدي<sup>(52)</sup>.

ولقد نظم قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الرابعة والخامسة من م05 المعدلة حكم الهدايا المقدمة عند العدول عن الخطبة، حيث جاء النص كالتالي: " لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

وما يمكن ملاحظته على هذا النص أنه يأخذ برأي المالكية في المسألة؛ لأن فقهاء المالكية ميزوا بين كون الرجوع من طرف الخاطب، أو كونه من طرف المخطوبة،

فإن كان العدول من جهة الخاطب، فلا يحق له أن يسترد شيئاً من الهدايا سواء كانت قائمة أو مستهلكة، حتى لا يجمع عليها بين ألّمين، ألّم رفضها، وألّم تغريمها ما أهداه لها، وهو ما أكدّه النص في قانون الأسرة بقوله: " لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه "، وأضاف النص " وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته ".

وإن كان العدول من طرف المخطوبة، فيرى المالكية بأنه على الخاطب أن يرجع عليها بكل ما قدمه من هدايا إذا كانت قائمة، فإن استهلكت استردّ قيمتها، وذلك حتى لا تجمع عليه بين ألّمين، ألّم رفضه، وألّم أكل ماله، وهو ما أكدّه النص في قانون الأسرة بقوله: " وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

وحسنا فعل المشرع بأخذه برأي المالكية لما يتصف به من الاتزان، فمن يتسبب في العدول عن الخطبة فإنه يتحمل تبعه ذلك من الخسارة في الهدايا المقدمة مما يحقق العدالة في اقتسام الأضرار الناشئة عن العدول بين الطرفين.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يذكر صراحة حق المخطوبة في استرداد ما أهدته للخاطب من هدايا في حال عدولها عنه<sup>(53)</sup>، كما أن ربط استرجاع الهدايا بالعدول عن الخطبة على النحو المذكور قد يبدو منطقيا سهل التطبيق لكن الواقع عكس ذلك، ذلك أنه من الناحية العملية لا يتم العدول عن الخطبة بدون سبب إلا نادرا، والغالب أن يقترن بسبب كأن يكتشف أحد الطرفين من أحوال الآخر ما يدعوه إلى إنهاء الخطبة، أو يأتي ذلك نتيجة لاشتراطات معينة من هذا الجانب أو ذاك، كأن يشترط الولي مهرا مرتفعا أو إسكانها بعيدة عن أهله أو انتقاله إلى بلدها، كما قد تكون تلك الشروط من جانب الخاطب كأن يطلب النفاذ المعجل لعقد الزواج بشكل يتعذر معه على المرأة وأهلها قبوله، فيضطرهم ذلك إلى إنهاء هذه الخطبة<sup>(54)</sup>.

وعليه فإن هذه الأحوال تجعل من غير المنطقي أن نكتفي بالنظر إلى من أعلن فسخ الخطبة، بل من الأولى أن يكون البحث عن سبب فسخها؛ لأن هناك حالات يكون الراغب عن الخطبة هو الذي يملئ شروطا يضطر بها الآخر إلى العدول، لذا فإن ما قرره الفقرة الرابعة والخامسة من م5 ق أج بحاجة إلى التعديل وذلك بربط الحق في استرداد الهدايا بسبب العدول لا بالعدول ذاته مع منح القضاء حق تحديد ذلك السبب<sup>(55)</sup>.

ويضيف محمد محده أن الكلام السابق عن الهدايا قبل العقد أما بعده فقد صاراً زوجين بدلا من خطيبين، وانتقل الكلام من الهدايا إلى الصداق،

فلو طلقت الممنوحة هدايا وصدقا قبل الدخول لا كلام معها عن الهدايا ولو عظمت قيمتها؛ بل ولها زيادة عن ذلك نصف الصداق إن كان مقدرًا، وسميت بذلك مطلقة لا معدولا عنها<sup>(56)</sup>.

وهناك مسألتين لم يتحدث النص عن آثارهما مع إمكانية وقوعهما، حيث تتعلق المسألة الأولى بوفاة أحد الطرفين أثناء قيام الخطبة، بينما تتعلق المسألة الثانية بحالة فسخ الخطوبة بالاتفاق بين الطرفين بسبب الاختلاف في وجهات النظر، فالنص اقتصر في تعرضه على حالة صدور العدول من أحد الطرفين دون الطرف الأخر، فأعطى حكما معينًا للهدايا في هذه المسألة دون غيرها<sup>(57)</sup>.

أما عن موقف الاجتهاد القضائي الجزائري من المسألة، فإننا نجد القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16/03/1999م، حيث نص على ما يلي:

من المقرر قانون أنه لا يسترد الخاطب شيئًا مما أهداه إذا كان العدول منه.

متى تبين - في قضية الحال - أن الطرفين جرت بينهما خطبة زواج، ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب، فإن القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف والقاضي برفض إتمام الزواج وإلزام المدعى عليها بردها إلى المدعي ما قدمه لها من هدايا وحلي ونقود واعتبروها صداقا دون الرد على دفع الطاعنة أخطأوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسيب.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>(58)</sup>.

ويظهر من هذا الاجتهاد القضائي أنه طبق النص القانوني الوارد في الفقرة الرابعة من م5 بهذا الشأن، حيث لا يمكن للخاطب أن يسترد شيئًا مما أهداه للمخطوبة إذا كان العدول منه، إلا أن قضاة الموضوع قضوا برد المخطوبة - المدعى عليها - ما قدمه لها من هدايا، وهذا يشكل خرقًا للنص

القانوني المذكور، مما عرض قرارهم للنقض، وعلى خلاف هذه القضية بالنسبة للقرار التالي، فقد رفض قضاة الموضوع استرجاع الهدايا للخاطب الذي عدل عن الخطبة، مما أدى بقضاة النقض لتأييد القرار المطعون فيه. حيث جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/04/23: "من المقرر شرعا وقانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهده إن كان العدول منه، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بتناقض الأسباب غير سديد يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعن تراجع عن إتمام إجراءات الزواج والدخول على الرغم من طلبه من طرف الزوجة، فإن قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعن لاسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>(59)</sup>.

كما جاء في القرار المؤرخ في 1993/07/13: "من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها، ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول.

ولما ثبت - في قضية الحال - أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج وبدون مبرر شرعي أو قانوني فإنه لا يمكن والحالة هذه تحميل - المطعون ضده - بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك، وأن دفع الطاعنة المتعلق بأحقيتها في نصف الصداق إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم، ويتوجب رفض الطعن"<sup>(60)</sup>.

## خاتمة:

وفي ختام هذا البحث، توصلت للنتائج التالية:

1- إن بداية الخطبة تقتزن بإظهار أو إعلان الرجل عن نيته الرغبة في الزواج من امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية، ويتم ذلك عن طريق التماس الخاطب النكاح من الخطوبة مباشرة أو بواسطة أهلها أو أهله، كما تكتمل الخطبة وتترتب عنها أثارها الشرعية مباشرة بعد موافقة المخطوبة أو أهلها، كما أن إظهار الرغبة في الزواج لا تقتصر على الرجل، بل يمكن للمرأة أو وليها أن يتقدم لطلب الرجل.

2- تنطوي الخطبة على حكمة بالغة، تتمثل في كونها الوسيلة الشرعية لتحقيق الغاية من عقد الزواج، وذلك لكونها تساعد على توفير أسباب الوفاق، ودوام الألفة وبقاء المودة، ولا يمكن تحقيق هذه الغاية بكافة الوسائل بل في إطار الضوابط والأحكام التي حددتها الشريعة الإسلامية.

3- إن الراجح في الفقه الإسلامي أنّ الخطبة وعدّ بالزواج غير ملزم؛ أي هي وعد بالعقد وليست عقدًا في حد ذاته، كما أن الزواج يقوم على الرضا، فمن غير المعقول إجبار الخاطب أو المخطوبة عليه، وقد نفر أحدهما أو كلاهما من الآخر لسبب معقول، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 05 فقرة 01 من قانون الأسرة، حيث نصت على أن: "الخطبة وعد بالزواج"، كما نصت الفقرة 02 من نفس المادة على أنه: "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، فالخطبة وعد بالزواج غير ملزم، ولكل من الطرفين العدول عنها، حيث يجد هذا النص سنداً طبقاً لمبدأ حرية الشخص في اختيار شريكه دون إكراه.

4- اتفق الفقهاء على أنه إذا عدل الطرفان أو أحدهما عن الخطبة، فعلى المخطوبة أن ترد ما أخذته من الصداق، سواء أكان العدول عن الخطبة من كليهما أو من أحدهما فترد إليه عينه إن كان قائما، فإن لم يكن قائما ردت إليه مثله إن كان مثليا، وقيمته إن كان قيميا؛ لأن المهر لا يجب إلا بالعقد، فيحق له استرداده دون نظر لمن كان فسخ الخطبة من جهته، وذلك لأن المهر من متطلبات الزواج الذي لا يتم إلا بالعقد، وليس من متطلبات الخطبة، كما أن نص المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض لموضوع المهر عند العدول عن الخطبة.

5- تباينت أقوال المذاهب الفقهية في الشريعة الإسلامية بالنسبة لمسألة أثر العدول عن الخطبة على الهدايا، ويعد الرأي الذي خلص له المذهب المالكي الأكثر اتزاناً من غيره، حيث ميّزوا بين كون الرجوع من طرف الخاطب، أو كونه من طرف المخطوبة، وهو ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الرابعة والخامسة من م05 المعدلة حين تعرض لحكم الهدايا المقدمة عند العدول عن الخطبة، حيث أخذ برأي المالكية في المسألة؛ فإن كان العدول من جهة الخاطب، فلا يحق له أن يسترد شيئا من الهدايا سواء كانت قائمة أو مستهلكة، حتى لا يجمع عليها بين ألمين، ألم رفضها، وألم تغريمها ما أهداه لها، وإن كان العدول من طرف المخطوبة، فإنه على الخاطب أن يرجع عليها بكل ما قدمه من هدايا إذا كانت قائمة، فإن استهلكت استرد قيمتها، وذلك حتى لا تجمع عليه بين ألمين، ألم رفضه، وألم أكل ماله.

6- استقر الاجتهاد القضائي الجزائري على تطبيق النص القانوني الوارد في م5 من قانون الأسرة فيما يتعلق بأثر العدول عن الخطبة على المهر

والهدايا، إلا أن النص المذكور لم يتعرض لموضوع المهر عند العدول عن الخطبة، بل اقتصر في وضع حل للهدايا فقط، وفي الموضوع الأخير لم يذكر صراحة حق المخطوبة في استرداد ما أهدته للخطاب من هدايا في حال عدولها عن الخطبة، كما أن هناك مسألتين لم يتحدث النص عن آثارهما مع إمكانية وقوعهما، حيث تتعلق المسألة الأولى بوفاء أحد الطرفين أثناء قيام الخطبة، بينما تتعلق المسألة الثانية بحالة فسخ الخطوبة بالاتفاق بين الطرفين بسبب الاختلاف في وجهات النظر، فالنص يحتاج لوضع حلول لهذه المسائل لإمكانية وقوعها، وهو ما يشكل ضمانا لاستقرار الاجتهاد القضائي.

7- إن ربط استرجاع الهدايا بالعدول عن الخطبة على النحو المذكور قد يبدو منطقيا سهل التطبيق، لكنه من الناحية العملية لا يتم العدول دون سبب إلا نادرا، والغالب أن يقترن بسبب، فلا نكتفي بالنظر إلى من أعلن فسخ الخطبة، بل من الأولى أن يكون البحث عن سبب فسخها؛ لأن هناك حالات يكون الراغب عن الخطبة هو الذي يملئ شروطا يضطر بها الآخر إلى العدول، لذا فإن ما قرره الفقرة الرابعة والخامسة من م5 ق أج بحاجة إلى التعديل وذلك بربط الحق في استرداد الهدايا بسبب العدول لا بمن صدر منه العدول، وهذا مع منح القضاء حق تحديد ذلك السبب.

وفي الأخير أحمد الله عز وجل على توفيقني لإنهاء هذا البحث، كما أستغفره عن كل ما يكون قد صدر مني من خطأ أو تقصير، وصلّ اللهم وسلّم على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه، وسلّم تسليماً كثيراً.

## - الهوامش:

- (1)- ينظر: ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير وآخرون، 6مج، القاهرة، دار المعارف، مج2، ص1194، مادة (خطب).
- (2)- الفيومي، المصباح المنير، بيروت، مكتبة لبنان، 1990م، ص66، مادة (خطب).
- (3)- محمد الخطيب الشربيني، معني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الفكر، ج3، ص190.
- (4)- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دمشق، دار الفكر، 1405هـ - 1985م، ج7، ص10.
- (5)- ينظر: محمد محده، الخطبة والزواج، ط2، الجزائر، شهاب، 1994م، ص7-9.
- (6)- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984م المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005م.
- (7)- سورة البقرة: الآية 235.
- (8)- سنن الترمذي، كتاب النكاح، ج2، ص274.
- (9)- صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب تزويج الصغار من الكبار ج9، ص123.
- (10)- محمد فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، بيروت، دار قتيبة، ج2، ص728.
- (11)- ينظر: محمد محده، المرجع السابق، ص10، ونصر سلمان، وسعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، ط1، الجزائر، دار الفجر، 2005م، ص37.
- (12)- ابن جزلي، القوانين الفقهية، ط1، دار الكتاب العربي، 1984م، ص199.
- (13)- الباجي، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، بيروت، دار الفكر، 1983م، ج3، ص264.
- (14)- الشرقاوي، حاشية الشرقاوي، دار الفك، ج2، ص243.
- (15)- محمد محده، المرجع السابق، ص46.
- (16)- محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1414هـ، ج2، ص514.
- (17)- أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، القاهرة، دار الفكر العربي، ص69.
- (18)- محمد فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المرجع السابق، ج2، ص730.
- (19)- نصر سلمان، وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص57.
- (20)- سورة مريم: الآية 54.
- (21)- سورة الإسراء: الآية 34.



- (22) - البخاري، صحيح البخاري، راجعه ووضع فهارسه مصطفى ديب البغا، الجزائر، دار الهدى، 1992م، كتاب الإيمان، باب علامات المنافق، ج1، ص21، رقم33.
- (23) - محمد محده، المرجع السابق، ص42.
- (24) - محمد محده، المرجع السابق، ص44.
- (25) - محكمة الإسكندرية الابتدائية، بتاريخ 19487/11/29م. ينظر: توفيق حسن فرح، الطبيعة القانونية للخطبة، القاهرة، مكتبة القاهرة الحديثة، 1963م، ص32.
- (26) - نصر سلمان، وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص60.
- (27) - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية) ط1، الجزائر، دار الخلدونية، 2008م، ص30-32.
- (28) - أبو زهرة، المرجع السابق، ص71.
- (29) - ينظر القراران الصادران عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم (34046)، بتاريخ 1984/11/19م، المجلة القضائية، العدد الأول، 1990م، ص67، وكذا الملف رقم (81129)، بتاريخ 1992/03/17م، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1994م، ص62.
- (30) - ابن منظور، المصدر السابق، مج4، ص2841، مادة (عدل).
- (31) - الإبراهيم محمد عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، ط1، مكتبة الرسالة الحديثة، 1410هـ، ج1، ص230.
- (32) - النفراوي: الفواكه الدواني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، بيروت، المكتبة الثقافية، ج2، ص31.
- (33) - عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الأردن، دار النفائس، ص68.
- (34) - يرى ابن قدامة جواز العدول عن الخطبة إن كان للعدول سبب مشروع، ولو كان هذا السبب يقتصر على كراهية الفتاة للرجل - الخاطب - أو العكس؛ لأن الزواج عقد عمر يدوم الضرر فيه، فيجوز الاحتياط فيه بالنظر للمآل. ابن قدامة: المغني والشرح الكبير، بيروت، دار الكتاب العربي، ج7، ص365-366.
- (35) - محمد فتحي الدريني: دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المرجع السابق، ج2، ص730.
- (36) - أحمد خليفة العقيلي، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مجلة المحامي اللببية، تصدر عن المؤتمر المهني العام للمحامين، العدد16، السنة04، أكتوبر - ديسمبر 1986م، ص27.

- (37) - مصباح نوري المهاني، استرداد هدايا الخطبة، ط1، 1421هـ - 2001م، ص05.
- (38) - القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم (39065)، بتاريخ 1985/12/20م. ينظر: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994م، ج2، ص23.
- (39) - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، جامعة الحاج لخضر - باتنة - كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، رسالة دكتوراة، إشراف عبد الكريم حامدي، 2008-2009م، ص306.
- (40) - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دمشق، دار الفكر، 1405هـ - 1985م، ج7، ص26.
- (41) - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص48.
- (42) - محمد محده، المرجع السابق، ص59-60.
- (43) - مصطفى البغا، مختصر صحيح البخاري، ص355.
- (44) - مصباح نوري المهاني، المرجع السابق، ص9.
- (45) - نصر سلمان، وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص64.
- (46) - ابن عابدين محمد أمين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، القاهرة، المطبعة الميمنية، 1310هـ، ج1، ص29.
- (47) - محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1417هـ، ص11، وأبو عبد الله الحطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط3، دار الفكر، 1412هـ - 1992م، ج3، ص405.
- (48) - شمس الدين محمد الرملي، فتاوى الرملي، على هامش الفتاوى الكبرى للهيتمي، بيروت، دار الكتب العلمية، 1403هـ، ج3، ص175.
- (49) - ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى، بيروت، دار الكتب العلمية، 1403هـ، ج4، ص94.
- (50) - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المكتب التعليمي السعودي بالمغرب، مكتبة المعارف بالرباط، ج32، ص10.
- (51) - عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري - الزواج وأثاره - ط7، منشورات جامعة دمشق، 1996م، ج1، ص46.
- (52) - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص41.
- (53) - محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص307.
- (54) - محمد محدة، المرجع السابق، ص64.

- (55) - المرجع نفسه، ص 64-65.
- (56) - المرجع نفسه، ص 65.
- (57) - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 45.
- (58) - ينظر القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد الخاص لسنة 2001م، ص 39.
- (59) - ينظر القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم (73919)، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1993م، ص 58.
- (60) - ينظر القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم (92714)، المجلة القضائية، العدد الأول، 1995م، ص 128.

## إثبات النسب نصا وتطبيقا وأثر المستجدات العلمية عليه

بقلم  
أ / سامية بلجراف  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة بسكرة



### الملخص

يتناول هذا البحث مسألة النسب وأثر المستجدات العلمية عليه، حيث يتطرق إلى الطرق المحددة لإثبات النسب في القانون الجزائري والجوانب الايجابية والسلبية التي تطرحها فكرة تطبيق الطرق العلمية الحديثة التي جاء بها الأمر 02/05 أمام القضاء.

### Résumé:

Cette recherche aborde la filiation et l'impact de développements scientifiques dans ce domaine. Elle traite les moyens spécifiques pour établir la filiation en droit algérien et les aspects positifs et négatifs soulevés par l'idée d'appliquer les méthodes scientifiques modernes stipulé par l'ordonnance 05/02 devant la justice.

### مقدمة

يعتبر النسب من ثمرات الزواج، فالحمل والولادة من النتائج الطبيعية والشرعية للعلاقة الزوجية التي تربط كلا من الرجل والمرأة برباط الألفة والمودة والرحمة وتزداد هذه الرابطة قوة ومتانة بالولد الذي هو ثمرة الزواج، لذلك فإن من حقوق الولد على والديه ثبوت النسب منهما، وبهذا الثبوت في

النسب تثبت حقوق الطفل على والديه وحقوق الوالدين على أولادهما وعلى هذا الأساس توعد الرسول صلى الله عليه وسلم من تنكر لنسب والديه بتحريم الجنة عليه فعن سعد بن وقاص وأبي بكر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم انه غير أبيه فالجنة عليه حرام " <sup>1</sup>.

ونظمه المشرع في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة، حيث نصت المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على طرق إثبات النسب وحددتها بكل من الزواج الصحيح، والفساد والدخول بالشبهة والإقرار والبينة، ومع اصطدام أحكام إثبات النسب التي نظمها المشرع ثم القانون تنظيمًا دقيقًا ومحكمًا بالتطورات والاكتشافات العلمية خاصة منها في المجال الطبي والبيولوجي كان على المشرع أن يتماشى وهذا التطور العلمي، فكانت هذه المادة محل تعديل بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 حيث تم استبدال " حرف الواو " في نص المادة بـ "أو- في الفقرة الأولى حتى لا يفهم أن إثبات النسب يقتضي مجموع أدلة الإثبات مجتمعة فحرف الواو حرف عطف يفيد الربط والتشبيث و"أو" تفيد التخيير، ثم جاءت الفقرة الثانية وهي الجانب الجديد في التعديل، أين تم إضافة الطرق العلمية الحديثة كوسيلة لإثبات النسب متى كانت العلاقة شرعية، وهو ما اعتبره البعض قفزة نوعية بناها المشرع الجزائري مواكبة للتطور الذي شهده هذا المجال.

غير أن المشرع رغم ذلك لم يتناول بالتعريف هذه الطرق وهو ما فتح الباب واسعًا أمام الاجتهاد القضائي للمحاكم في هذا المجال، وطرح إشكالات عملية جدية وهو ما دفع البعض بالمناداة بضرورة تدخل المشرع لتفادي التناقض في الأحكام.

وستتناول هذا الموضوع من خلال الإجابة على الإشكالية التالية: ما هي الطرق المحددة لإثبات النسب في القانون الجزائري وما هي الجوانب

الاجيائية والسلبية التي تطرحها فكرة تطبيق الطرق العلمية الحديثة التي جاء بها الأمر 02/05 أمام القضاء ؟.

## المبحث الأول

### ثبوت النسب في الزواج الصحيح

الزواج في حقيقته هو تنظيم لصلات الرجال والنساء على شكل معين وفق نظام خاص والذي ينتج عنه الإنجاب الشرعي الذي يؤدي إلى تكاثر النوع البشري واستمرار الوجود الإنساني لذا شرع الله العلاقة الزوجية وسيلة للاستقرار والتناسل، وهذه العلاقة لا تتم إلا في إطار عقد حددت الشريعة والقانون أركانه وشروطه، والعقد الصحيح هو السبب الشرعي لثبوت نسب الولد، أثناء قيام الزوجية أو بعد الفرقة بين الزوجين سواء من طلاق أو وفاة.

#### المطلب الأول: ثبوت نسب المولود حال قيام الزوجية

عرف المشرع عقد الزواج في المادة 04 من قانون الأسرة بأنه " عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب " أما المادة 9 فقد نصت على " يعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين ". بينما أشارت المادة 9 مكرر من قانون الأسرة إلى شروط عقد الزواج وهي أهلية الزوجين الصداق، الولي، شاهدان وانعدام الموانع الشرعية للزواج.

وأكدت المادة 40 من نفس القانون أن النسب لا يثبت إلا بالزواج الصحيح الذي تتوفر فيه كامل أركان الانعقاد والصحة.

حيث أن إثبات نسب الولد بالفراش لا يحتاج إلى إقرار أو بينة، لأن الزواج تم بعقد صحيح مع ضرورة التزام الزوجين معا بمضمون المادة 36 من قانون الأسرة التي تنص على " يجب على الزوجين: المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.....".

الفرع الأول: شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح  
إن ثبوت النسب بالزواج الصحيح يتطلب مجموعة من الشروط تنطبق  
لها بالتفصيل:

أولاً: إمكانية الاتصال بين الزوجين:

يثبت نسب الولد إلى والديه بالزواج الصحيح، ولكنهم اختلفوا في  
اشتراط الدخول فذهب جمهور الفقهاء إلى أن سبب ثبوت النسب هو العقد  
الصحيح مع إمكان الدخول، وذهب الحنفية إلى أن سبب ثبوت النسب هو  
العقد الصحيح من غير اشتراط الدخول أو إمكان الدخول، وذهب الإمام  
أحمد في رواية وابن تيمية وابن قيم الجوزية إلى أن سبب ثبوت النسب هو  
العقد الصحيح مع الدخول المحقق لا إمكانه المشكوك فيه.<sup>2</sup>

وقد أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور الذي يتفق مع المنطق  
والمعقول وأحكام الشرع، وأقر أن الولد للفراش إن مضى على عقد الزواج  
أقل مدة الحمل وأمكن الاتصال، وإلا فالولد المستند لهذا العقد غير لاحق،  
وعليه إذا تم الزواج بين زوجين غائبين بالوكالة مثلاً فإن هذا العقد يكون  
سبباً لثبوت النسب ضمن الفترة المقررة قانوناً وشرعاً، إذا أمكن الاتصال بين  
الزوجين، أما إن استحال ذلك بأن كانا بعيدين بحيث لا يمكن التقاؤهما فإن  
نسب الولد لا يلحق بأبيه.<sup>3</sup>

ثانياً: ولادة الولد بين أقل وأقصى مدة الحمل:

يثبت نسب الولد لأبيه في الزواج الصحيح إذا جاءت به أمه في مدة  
الحمل، وأقلها ستة أشهر من وقت الدخول عند الجمهور ومحمد بن الحسن  
ومن وقت العقد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وأكثرها سنة شمسية من وقت  
التفريق.<sup>4</sup>

وفيما يتعلق بتحديد أقل مدة الحمل بستة أشهر فدليله قوله تعالى " وحملة أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهراً " وقوله كذلك

" حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين "، فالآية الأولى ذكرت الحمل والقطام خلال سنتين ونصف السنة والآية الثانية ذكرت القطام لسنتين فقط، فدل هذا على أن الحمل يمكن أن يكون بستة أشهر وهي أقل المدة، وهكذا فإن القاعدة العامة أنه لا بد لثبوت النسب في مختلف الحالات من أن يأتي الولد في الفترة الواقعة بين أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر وأكثرها وهي عشرة أشهر.<sup>5</sup>

وقضت المحكمة العليا أنه: " من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر.

ومتى ثبت في قضية الحال أن مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوفرة لأن الزواج تم في 02 . 05 . 1994 والولد قد ولد في 07 . 05 . 1994 كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أمام مدير الصحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ به، وعليه فإن قضاة الموضوع كما قضوا برفض دعوى إثبات النسب لأنه لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن "<sup>6</sup>.

وقد استقر قضاء المحكمة العليا على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر<sup>7</sup>، كما قضت أن النسب يثبت بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال، أما نفي النسب فيجب أن يكون بالطرق المشروعة والمقصود به القيام من طرف الزوج بدعوى اللعان الذي حدده الشريعة الإسلامية واجتهاد المحكمة العليا بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا.<sup>8</sup>

كما قضت المحكمة العليا أن لا تأثير لغيبه الزوج في نسبة الولد لأبيه ما دامت العلاقة الزوجية قائمة ما لم يتم نفي النسب في مدة 8 أيام.<sup>9</sup> وقضت المحكمة العليا في إحدى القضايا أن العارض لم يثبت غيابيه الدائم عن البيت الزوجي وتمسك بأن البنت ولدت في مدة تقل عن ستة



أشهر من عودته إلى التراب الوطني، كما أنه لم ينف النسب بالطرق المشروعة قانوناً ومن هنا فإن قضاة الموضوع بقضائهم بقاعدة الولد للفراش مادامت العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.<sup>10</sup>

أما الولد الذي جاء من زنا فإنه يلحق نسبه بأمه ويحمل اسمها فقد روي عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال " الولد للفراش وللعاهر الحجر " ومعنى الحديث أن النسب يثبت للأب والأم إن أتت به على فراش الزوجية الصحيحة ولا حق للزاني في نسب الولد.<sup>11</sup> وللغفران مراتب أربعة عند الأحناف هي:<sup>12</sup>

1 - فراش ضعيف وهو فراش الأمة لا يثبت نسب ولدها إلا إذا ادعاه بعدها

2 - فراش متوسط وهو فراش أم الولد أي الأمة التي ولدت لسيدها فجعلها أم ولد له الذي يثبت به النسب بلا دعوى من السيدة ولكنه لا يثبت إذا نفاه.

3 - فراش قوي وهو فراش الزوجية حال قيام الزوجية أو في عدتها من طلاق رجعي فإن النسب يثبت به ولكنه ينتفي باللعان.

4 - فراش أقوى وهو فراش المطلقة بائناً فإنه لا ينتفي باللعان إذ أن اللعان لا يكون إلا بين الزوجين حال قيام الزوجية ولو حكماً أي في عدة الطلاق الرجعي.

أما الجمهور فالغفران عندهم له مرتبتان اثنتان فقط: قوي وهو فراش الزوجية ومعتدة الطلاق الرجعي والبائن ولا ينتفي فيه النسب إلا باللعان ويجوز عندهم ملاعنة المعتدة من طلاق بائن لنفي الولد، وفراش ضعيف وهو فراش الأمة ولا يثبت النسب فيه إلا بتحقيق الوطء.<sup>13</sup>

ومن هنا فقد حرمت الشريعة الإسلامية التبني تحريماً مطلقاً حرصاً على

إلحاق الولد بأبيه الحقيقي وحفاظا على الأنساب من الاختلاط قال الله تعالى " وما جعل أديعائكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، ادعوهم لأبائهم هو اقسط عند الله فإن لم تعلموا آبائهم فإخوانكم في الدين ومواليكم " <sup>14</sup>.

ثالثا: عدم نفي الولد بالطرق الشرعية:

اللعان بنفي النسب له بالغ الأثر لما يرتبه من حقوق وأحكام تلحق بالآخرين، كحقوق الأبوة والبنوة والميراث والمحرمية، لذلك لا بد للزوج من سند قوي قبل الملائعة وليس مجرد شك أن الولد ليس منه.

واللعان هو يحلف الرجل إذا رمى امرأته بالزنى أربع مرات إنه لمن الصادقين، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وأن تحلف المرأة عند تكذيبه أربع مرات، إنه لمن الكاذبين، والخامسة أن عليها غضب الله إن كان من الصادقين. <sup>15</sup>

أو هي أيمان مخصوصة تجري بين الزوجين أمام القاضي مقرونة باللعن من قبل الزوج وبالغضب من جهة الزوجة، ويكون ذلك بسبب رمي الرجل امرأته التي دخل بها بالزنا ونفي ولده منها، وانتفاء البينة التي تثبت إدعاؤه، والأصل فيه قوله تعالى " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدروا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين " <sup>16</sup>.

حيث قال صاحب بداية المجتهد: فلما كان الفراش موجبا لحقوق النسب كان للناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فساده، وتلك الطريق هي اللعان فاللعان حكم ثابت بالكتاب والسنة والقياس والإجماع إذ لا خلاف في ذلك عامة " <sup>17</sup>.

ونصت المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري على " يمنع من الإرث اللعان والردة " وهو ما أشارت إليه المادة 41 من نفس القانون " لم ينفه بالطرق الشرعية "، حيث منح المشرع لمن شك في عدم نسب الطفل إليه أن ينفه عن طريق اللعان، وقد حدده المشرع بشروط خاصة.

ونستطيع أن نجمل الشروط فيما يلي:

- عدم الوطاء بعد الاستبراء بالحيض وذلك بأن أتت المرأة بعد الحيض بولد بعد ستة أشهر فأكثر من حيضتها دون أن يطأها الزوج مطلقا بعد الحيضة.

- عدم الوطاء بعد الإستبراء من الولادة وذلك بأن تأتي بالولد بعد ستة أشهر من تاريخ الولادة الأول.

- الولادة بعد الوطاء بمدة لا يلحق فيها الولد بالزوج إما لقلتها أو لكثرتها.

- نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب ويتم إثبات هذه الحالة بالتحاليل الطبية اللازمة.

- اتفاق الزوجين على نفي الولد وذلك بأن تأتي المرأة بولد بعد ستة أشهر فأكثر من تاريخ عقد النكاح، فينفه الزوج عنه وتصدقه المرأة في ذلك، فإن الولد لا يتنفي إلا بلعان الزوج فإن لم يلاعن لحق الولد به لأن النسب لا يسقط بمجرد الاتفاق بين الزوجين على ذلك.<sup>18</sup>

وبخصوص نفي النسب فمن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام وهو المبدأ الذي أكدته المحكمة العليا حيث قضت أنه متى تبين في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة وأن لا تأثير لغيبة الطاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة، وأن القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.<sup>19</sup>

وفي حكم آخر قضت أن " أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، ومن المقرر

أيضا أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة، ومن المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في مدة لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل<sup>20</sup>. وقضت أيضا في حكم آخر أنه " من المقرر قانونا أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعية، ومن المستقر عليه أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام"<sup>21</sup>. وستتناول اللعان تفصيلا في نهاية هذا البحث.

#### الفرع الثاني: إثبات النسب بشهادة الميلاد

من المعروف أن وثيقة الميلاد تعد ورقة رسمية تشتمل على اسم المولود وجنسه واسم أبويه وتاريخ ميلاده ومكان الولادة، وهي حجة على البيانات الواردة بها ما لم يثبت العكس، أي أنها ليست حجة قاطعة بل قرينة يمكن إثبات عكسها ما لم يقر الرجل بصحة البيانات المدونة بها، لأنها لم توضع لإثبات النسب، وإنما المقصود بها أن يكون للمولود اسم يتميز به عن باقي أفراد المجتمع، فيجوز إثبات عكسها أو بطلانها لأن بياناتها تثبتها الجهات المختصة طبقا للبيانات التي يقدمها من بلغ عن واقعة الميلاد أيا كان شخصه وصلته بالمولود دون التحقق من صحتها أو الثبوت منها، وعلى هذا لا تصلح بمفردها لإثبات النسب، وإن كانت تعد قرينة لا يمنع دحضها وإقامة الدليل على عكسها<sup>22</sup>.

#### المطلب الثاني: ثبوت النسب بعد الطلاق أو وفاة الزوج

قد تحصل الفرقة بين الزوجين بسبب الطلاق أو الوفاة والسؤال الذي يمكن طرحه بخصوص هذا الموضوع هو إذا جاءت الزوجة بولد بعد الطلاق أو وفاة زوجها، فهل ينسب إلى زوجها دون قيد أو شرط أم أن هناك شروطا لا بد من توفرها لإمكانية نسب الولد لأبيه ؟

أشارت المادة 43 من قانون الأسرة إلى أن نسب ولد المطلقة والمتوفى

عنها زوجها يثبت إذا جاءت به خلال عشرة أشهر من الطلاق أو الوفاة دون تمييز بين الطلاق البائن والرجعي، حيث نصت المادة على " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة ".  
الفرع الأول: ثبوت نسب الولد بعد الطلاق:

إن القول أن الانفصال هو الطلاق قد يضعنا أمام مشكل في الواقع العملي، فالطلاق في ظل القانون الجزائري لا يكون إلا بحكم وفقا للمادة 49 من قانون الأسرة، لذلك فإننا نبدأ في حساب مدة العشرة أشهر من يوم صدور حكم الطلاق من القاضي، لكن هذه الوضعية تضعنا أمام صورة شاذة ذلك أنه يمكن للزوجة المطلقة أن تلد ولدا خلال مدة عشرة أشهر من تاريخ صدور حكم الطلاق، وعلى هذا الأساس يثبت النسب للمطلق ويسجل في سجلات الحالة المدنية على اسمه، إلا أن واقع الأمر أن الطفل قد أنجب خلال مدة أكبر من عشرة أشهر وهذا ما يتناقض والمبادئ الأساسية للنسب سواء شرعا أم قانونا.

لذلك فالمعنى الأصح للانفصال والذي يتماشى مع أحكام النسب الشرعية هو الانفصال الفعلي بين الزوجين، بغض النظر عن الطلاق بحكم القاضي الذي قد يتأخر صدوره عن تاريخ الانفصال الحقيقي للزوجين أي من يوم تلفظ الزوج بالطلاق وفراقه لزوجته.<sup>23</sup>

لكن وبما أن القانون لم يعطينا الحل في حساب المدة المرجوة (العشرة أشهر) هل تحسب من تاريخ الانفصال الفعلي أو من تاريخ الطلاق بحكم القاضي؟

لهذا فالحل - إلى أن يوضح المشرع النص القانوني - هو الرجوع إلى القاضي وتفسيره لكلمة "الانفصال".

كما قضت المحكمة العليا " من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل ومن المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومتى

تبين من قضية الحال أن الزواج وقع على امرأة مازالت في عدة الحمل وأن الحمل وقع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني اعتمادا على قاعدة الولد للفراش مع أن الزواج الثاني باطل شرعا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة<sup>24</sup>.

أولا: إثبات النسب في الطلاق الرجعي:

تنص المادة 43 من قانون الأسرة على أن الولد ينسب لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

لكن وقبل التوسع أكثر في هذه النقطة لا بد من التعرض للغموض الذي تثيره كلمة "الانفصال" الواردة في نص المادة 43 من قانون الأسرة، فقد نصت على كلمة انفصال والتي يقابلها بالنص الفرنسي séparation في حين تنص المادة 60 من نفس القانون على الطلاق الذي تقابله في النص الفرنسي كلمة divorce فهل المشرع قصد بالانفصال، الطلاق بمعنى الانفصال الجسدي (عدم الاتصال الجسدي) بين الزوجين مع بقائهما متزوجين أم يقصد به الطلاق بحكم من القاضي؟

وكما قلنا سابقا أن المشرع لم يميز بين الطلاقين الرجعي والبائن كما فعل الفقهاء حيث فصل الحنفية بين الطلاق الرجعي والبائن فقالوا إن كان الطلاق رجعيا يمكن فيه للزوج مراجعة زوجته خلال فترة العدة، فإنه إذا جاء الولد خلال فترة العدة دون إقرار الزوجة بانقضاء عدتها ففي هذه الحالة يثبت النسب من الزوج المطلق، هذا سواء أتت به الزوجة لأقل مدة الحمل أو لأقصاها أو حتى لأكثر من عشرة أشهر من تاريخ الطلاق، أما إذا جاء الولد بعد انقضاء العدة وهذا بإقرار الزوجة شخصيا بانتهاء المدة ففي هذه الحالة علينا التمييز بين حالتين:

- إذا أتت الزوجة بالطفل لأكثر من ستة أشهر من إقرارها فبذلك لا

ينسب للمطلق لأنه يحتمل أن تلده الزوجة لرجل آخر.  
- أما إذا جاءت بالطفل لأقل من ستة أشهر من إقرارها يثبت النسب للأب المطلق على أن المدة بين الطلاق (الفرقة) ووضع الحمل لا تتجاوز أقصى مدة الحمل.

إلا أننا نلاحظ من خلال نص المادة 43 من قانون الأسرة أنها وضعت شرطاً واحداً لإمكانية إلحاق الولد بالزوج المطلق أو المتوفى عن زوجته، وهو ولادته خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وعليه فإذا كانت الزوجة قد جاءت بمولود بعد يوم أو أسبوع أو شهر من وفاة زوجها أو طلاقها منه فإن هذا المولود ينسب إلى الزوج دون خلاف، وإذا لم يكن حملها ظاهراً قبل الطلاق أو الوفاة فإن هذا الولد يلحق بأبيه إذا وقعت الولادة خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال، ويسجل في سجل الحالة المدنية على لقب الزوج واسمه، ولكن إذا وقعت ولادته بعد مرور أكثر من 10 أشهر بعد الطلاق أو الموت فلا يثبت نسبه إلى أبيه، إلا إذا نسبته الزوجة دون علم الزوج المطلق أو ورثة المتوفى، ومن هنا فمن حق أي شخص له مصلحة أن يطعن في هذا النسب ويرفع دعوى أمام القضاء تتعلق بإسناد نسب المولود إلى الزوج زوراً.<sup>25</sup>

ثانياً: إثبات نسب الولد بعد طلاق بائن:

هنا لا يمكن للزوجة أن يمسها أو يطأها أي رجل سواء زوجها أو غيره خلال فترة العدة فلا يثبت نسب الولد للزوج المطلق يشترط أن يولد في مدة عشرة أشهر من تاريخ الطلاق (المادة 43 من قانون الأسرة)، لكن إذا أقرت بانقضاء عدتها في مدة يحتمل تصديقها، وجاءت بالطفل لأكثر من ستة أشهر من تاريخ الإقرار لا يثبت للمطلق.

الفرع الثاني: إثبات نسب الولد بعد وفاة الزوج

هنا أيضاً يجب التمييز بين حالة إقرار الزوجة بانقضاء عدتها أين ينسب

الطفل للزوج المتوفي إذا وضعت الزوجة في أقل مدة للحمل أي أقل من ستة أشهر، أما في حالة عدم إقرار الزوجة بانقضاء عدتها فان نسب المولود يثبت للمتوفى إذا وضعت ما بين تاريخ الوفاة وأقصى مدة الحمل أي عشرة أشهر، أما أكثر من ذلك فلا يثبت النسب لأنه من غير المعقول أن تكون قد حملت بعد وفاة الزوج.<sup>26</sup>

## المبحث الثاني

### ثبوت النسب بالزواج الفاسد ونكاح الشبهة

تنص المادة 40 من قانون الأسرة أنه يثبت النسب بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون وهو ما سنتناوله تفصيلا في هذا المبحث.

#### المطلب الأول: ثبوت النسب بالزواج الفاسد والباطل

وستتناول ثبوت النسب بالزواج الفاسد والباطل في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

الفرع الأول: ثبوت النسب بالزواج الفاسد والباطل في الفقه الإسلامي  
اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم الأنكحة الباطلة والفاصلة فمنهم من يعتبرهما مترادفين وهو رأي جمهور الفقهاء ومنهم من يميز بين البطلان والفساد وهو رأي الحنفية.

أولا - رأي الجمهور:

اعتبر الجمهور الفاسد والباطل في النكاح بمعنى واحد، فالزواج الباطل أو الفاسد هو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرطا من شروط صحته وهو على قسمين:

1 - زواج متفق على فساد:

وهو ما يكون فساد مؤبدا لا يتغير بتغير الأحوال والأزمان، وهذا النوع متفق على تحريمه بين جميع الفقهاء، كالزواج من المحرمات بالنسب أو



المصاهرة أو بالرضاعة.

2. زواج مختلف حول فساده:

وهو ما يكون فساده مؤقتا إذا زال سبب فساده أصبح صحيحا ولذلك نجد بعض الفقهاء يعتبرونه صحيحا وبعضهم يعتبرونه فاسدا ككنكاح المحرم وكنكاح المريض.

فإذا وقع العقد الفاسد فلا يترتب عليه آثار الزواج الصحيح، أما إذا حدث دخول بعد العقد دون العلم بفساده وتحريمه فإنه يترتب عليه بعض الآثار المحدودة كحرمة المصاهرة وثبوت النسب ووجوب المهر.

ثانيا - رأي الحنفية:

عرف فقهاء الحنفية الزواج الفاسد والباطل كما يلي:

1. الزواج الفاسد:

هو ما حصل خلل في وصف من أوصافه بأن كان في شرط خارج عن ماهيته وأركانه كعدم حضور الشاهدين أو أن يتزوج الرجل بمن تحرم عليه دون علمهما وقت العقد بالحرمة.

والزواج الفاسد قبل الدخول لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج، أما الدخول في الزواج الفاسد فيترتب عليه وجوب المهر لوجود شبهة العقد وهي كافية لدرء الحد، وإذا سقط الحد وجب المهر، والمهر الواجب هو مهر المثل مهما بلغ، وتجب العدة بعد التفريق بينهما، ويثبت به نسب الولد لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد، ولا تجب طاعة ولا نفقة ولا توارث بينهما، ويلاحظ أن العدة الواجبة في الزواج الفاسد عدة طلاق تحتسب بالأقراء أو الأشهر إن لم تكن حائضا، وهذه العدة تكون في حالة وفاة الزوج للتأكد من براءة الرحم، ولا تثبت لها نفقة أثناء العدة.<sup>27</sup>

2. الزواج الباطل:

ما كان الخلل في ركن من أركانه أو في أهلية المتعاقدين، أو فقد شرطا

من شروط انعقاده ولا يترتب عليه أي أثر شرعي ويعتبر وجوده كعدمه. ولا تترتب عليه أية آثار لأن وجوده كعدمه فلا يحل به دخول ولا يجب به مهر ولا نفقة ولا طاعة ولا يرد عليه طلاق، ولا يثبت به نسب ولا عدة فيه بعد المفارقة ولا يثبت به توارث ولا حرمة مصاهرة إلا عند من يثبتها بالزنا، وفي الزواج الباطل تجب الفرقة بين الزوجين فإن لم يفترقا فرق القاضي بينهما، وعلى كل من يعلم بهذا الدخول أن يبلغ القاضي لوجوب الفرقة بينهما لأن هذا الدخول زنا ومعصية كبيرة يجب رفعها، واختلف الفقهاء في وجوب الحد على هذا الدخول حيث ذهب الجمهور والصاحبان من الحنفية إلى أنه موجب لحد الزنا متى كان الفاعل عاقلاً عالماً بالتحريم، بينما ذهب الحنفية إلى أنه لا يوجب الحد لأن صورة العقد شبيهة تكفي لأن يدرأ الحد عنه ومع ذلك لم يعفه من التعزير لقبح فعله، وإذا سقط الحد وجب المهر، لأن الدخول بالمرأة في الإسلام لا يخلو من مهر أو حد طبقاً للقاعدة الفقهية "الدخول بالمرأة لا يخلو من عُقر - مهر - أو عُقر - أي حد -" ولا تجب العدة بعد التفريق لأنه لا عدة في الزنا حيث أن العدة تجب محافظة على الأنساب من الاختلاط ولا يثبت بهذا العقد نسب يحافظ عليه.<sup>28</sup>

ولا يظهر أثر التفارقة إلا إذا حصل دخول في أي منهما، فهم يساؤون بينهما في عدم ترتيب أي أثر من آثار الزواج الصحيح إذا لم يحصل دخول فلا مهر ولا نفقة ولا توارث، أما إذا حصل دخول فإنهم يرتبون عليه في العقد الفاسد أحكاماً لا تترتب على الدخول في العقد الباطل.

أما الدخول في الزواج الباطل فلا يترتب عليه سوى حرمة المصاهرة ذلك أن حرمة المصاهرة تثبت بالزنا فأولى أن تثبت بالزواج الباطل لوجود صورة العقد.

الفرع الثاني: ثبوت النسب بالزواج الفاسد والباطل في قانون الأسرة الجزائري

لقد تعرض قانون الأسرة في المواد 32 إلى المادة 35 إلى أحكام النكاح الفاسد والباطل، وعلى كل فإن المشرع الجزائري لم يبين في قانون الأسرة الفرق بين النوعين وقد اكتفى بالعنوان العام، النكاح الفاسد أو النكاح الباطل لكنه لم يورد في المواد 32 و33 و34 بالتدقيق أحوال الزواج الفاسد وأحوال الزواج الباطل بل هناك غموض أو التباس في النصوص.<sup>29</sup>  
أولا - الزواج الفاسد:

يمكن تعريف الزواج الفاسد بأنه هو كل عقد وجد فيه الإيجاب والقبول ولكنه فقد شرطا من شروطه الأساسية.<sup>30</sup>  
1: حالاته:

الزواج الفاسد هو الذي استوفى أركانه وشروط انعقاده لكنه فقد شرطا من شروط صحته، كأن تم عقد الزواج بدون حضور الشاهدين أو الولي وهو ما نصت عليه المادة 33 من قانون الأسرة وكما إذا كانت الزوجة محرمة على من عقد عليها وهو لا يعلم أنها محرمة عليه كأن يتزوج بمن حرمت عليه بالرضاعة".<sup>31</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 32 من قانون الأسرة كانت قبل التعديل تقرر الفسخ إذا اشتمل العقد على مانع أو شرط يتنافى مع مقتضيات العقد أو إذا ثبتت ردة الزوج، إلا أنه وبموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري، وقد تم تعديل المادة 32 منه والتي أصبحت تقرر بطلان الزواج في حالة اشتماله على شرط أو مانع يتنافى ومقتضيات العقد، هذا مع الحذف بصفة كلية ردة الزوج كسبب من أسباب فسخ الزواج.

هذا إضافة إلى الفقرة الأولى من المادة 33 من قانون الأسرة التي أصبحت تقرر بطلان الزواج إذا اختل ركن الرضا ففي ماعدا ذلك يعتبر الزواج فاسدا أي إذا اختل شرط من الشروط الواردة في المادة 9 مكرر.

ومنه فقد قرر المشرع الجزائري البطلان في حالتين هما:

- اشتغال العقد على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته.

- اختلال ركن الرضا فيه.

عدا هذا يعتبر العقد فاسدا رتب عليه بعض الأحكام بعد الدخول.

2: حكم الزواج الفاسد:

تختلف آثار الزواج الفاسد قبل الدخول وبعده

2. 1 - حكم الزواج الفاسد قبل الدخول:

لا يترتب على هذا العقد أي اثر من آثار الزواج فلا تعتد المرأة ولا تجب لها النفقة ولا صداق لها حسب نص المادة 33 من قانون الأسرة، ولا توارث بين الزوج والزوجة ويتعين عليهما أن يفترقا من تلقاء نفسهما بحيث أن الرابطة الزوجية أصبحت فاسدة ويعتبر العقد غير موجود حكما.

2. 2 - حكم الزواج الفاسد بعد الدخول:

في هذه الحالة ونظرا لخطورة الوضع رتب المشرع على الدخول بعض

الآثار وهي كما يلي:

1 - وجوب العدة على المرأة وتبدأ العدة من يوم الفرقة بين الطرفين إن

كان ذلك من تلقاء أنفسهما أو بمقتضى حكم قضائي.

2 - وجوب صداق المثل إن لم تتم تسمية الصداق في العقد الفاسد

تسمية صحيحة وفي ذلك نصت المادة 33 من قانون الأسرة " ويثبت أي -

الصداق - بعد الدخول بصداق المثل " .

3 - ثبوت نسب الولد من الرجل الذي دخل بمن تزوج بها زواجا فاسدا

وقد حصل حمل من هذا الدخول، وذلك مراعاة لإحياء الولد المادة 34 من

قانون الأسرة.

4 - ثبوت حرمة المصاهرة فيحرم على الرجل أن يتزوج بأصول المرأة أو

فروعها، كما يحرم عليها أصوله أو فروعها.

5- وجوب الاستبراء وعلى ذلك نصت المادة 34 من قانون الأسرة.<sup>32</sup>  
ثانيا - الزواج الباطل:

يراعى في ذلك إن حصل إبطال الزواج قبل أو بعد الدخول.

1 - الحالات التي يبطل فيها الزواج

الزواج الباطل هو الذي يحصل فيه خلل في أركانه أو كما قال الفقهاء الزواج الباطل هو الذي فقد شرطا من شروط انعقاده، هذا ويعتبر المشرع الجزائري الزواج باطلا إذا اختل أكثر من ركن واحد " المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري " .<sup>33</sup>

ولا ندري على أي أساس استند المشرع الجزائري في رأيه هذا، والأولى الرجوع إلى رأي الفقهاء في هذا المجال، ذلك أن فقد شرط واحد كوجود الولي أو حضور الشاهدين، أو عدم تسمية الصداق فهذه شروط لصحة الزواج أو لنفاذه وبالتالي إذا اختل شرط واحد منها يكون الزواج فاسدا.

والحقيقة أن الزواج غير الصحيح يكون في حكم الزواج الباطل، إذا تخلف الشرط الأساسي في انعقاده، بما في ذلك ركن الرضا.<sup>34</sup>

2 - حكم الزواج الباطل:

كما في الزواج الفاسد فإن ما يترتب على الزواج الباطل يختلف بحسب ما إذا كان الفساد قبل الدخول أو بعده<sup>35</sup>، وهي نفس النتائج التي تترتب على الزواج الباطل سواء قبل الدخول أو بعده.<sup>36</sup>

**المطلب الثاني: ثبوت النسب بنكاح الشبهة**

تنوعت آراء الفقهاء حول ثبوت النسب بالدخول حيث أثبتوه في بعض الحالات دون الأخرى.

أولا - شبهة الفعل:

يرى البعض أن النسب لا يثبت للولد الحاصل من وطء، في أية حالة من حالاتها، وذلك أن النسب لا يثبت بغير الفراش.

ولبعض الفقهاء اعتراض في شبهة الفعل، إذ يقولون في من زفت له غير

امراته، وقيل له هذه امرأتك فوطئها، وهي ليست زوجته حقيقة، بل أجنبية عنه، ومع أن هذا عندهم شبهة في الفعل فإن النسب يثبت للولد الحاصل من هذا الوطاء.

ثانيا - شبهة العقد:

فيها يسقط الحد عن الفاعل وإن قال علمت أنها حرام، ويثبت النسب، لأن الوطاء تعلقت به شبهة، أما عند أبي يوسف ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة فإن الحد لازم ولا يثبت النسب إن كان يعلم بالحرمة، وعند الإمام مالك في نكاح المحارم أن من يعقد على أمه أو أخته أو عمته أو ذات رحم محرم منه ويطأها فإنه يحد لذلك حد الزنا، ما دام أنه عامد عالم بالتحريم ولا يثبت به نسب، أما إذا لم يكن عالما بالحرمة، فإن الحكم منه عندهما هو الحكم عند أبي حنيفة فيسقط الحد ويثبت النسب.

ثالثا - شبهة الملك:

يثبت النسب للولد الحاصل في الوطاء بناء عليها إن ادعاه الواطئ، وذلك لأن الفعل ليس بزنى لوجود الشبهة في المحل، لأن النسب يحتاط في إثباته. تجدر الإشارة إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية أجمعوا على أن الاتصال الجنسي المبني على الشبهة يمحو وصف الزنا، والدليل على ذلك إثباتهم النسب في حال نكاح الشبهة، وفي هذا الموضوع يقول الإمام أبو زهرة: " الزنا لا يثبت نسبا، لقول النبي ﷺ: الولد للفراش وللعاهر الحجر" ولأن ثبوت النسب نعمة، والجريمة لا تثبت النعمة، ويستحق صاحبها النعمة، والزنا الذي لا يثبت نسبا هو الفعل الخالي من أي شبهة مسقط للحد، فإذا كان ثمة شبهة تمحو وصف الجريمة أو تسقط الحد فقط، فإن النسب يثبت على الراجح.<sup>37</sup>

والواقع أنه مهما يكن، فإن أصول التشريع عند جميع الأئمة تستدعي عدم جواز الحكم على إنسان تولد من ماء إنسان أنه ابن زنا متى أمكن حمله

على أنه ابن شبهة، فإذا توفر للقاضي تسعة وتسعون حيثة على أنه ابن زنا، وتوفرت له حيثة واحدة على أنه ابن شبهة، وجب عليه الأخذ بهذه الحيثة، وطرح ما عداها ترجيحاً للحلال على الحرام وللصحيح على الفاسد.

وقد ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم عند جميع الأئمة قوله " الحدود تدرأ بالشبهات " مما يعني أن الأحاديث والآية القرآنية تحتم على كل إنسان أن لا يشهد ولا يحكم على أحد أنه تولد من حرام إلا بعد الجزم واليقين وأنه ليس في واقع الأمر أي نوع من أنواع الشبهة.

ثبوت النسب بنكاح الشبهة هو واحد من الطرق التي تضمنتها المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري في مجال إثبات النسب وبالتالي فإن المشرع قد أقر مطلقاً ثبوت النسب في نكاح الشبهة إذا جاءت به المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأقصاها.

### المبحث الثالث

#### كيفية إثبات النسب

وستتناول في هذا المبحث الطرق القانونية المختلفة لإثبات النسب والتي نص عليها قانون الأسرة الجزائري، وكذا الفرق بين إثبات النسب وإثبات التبني.

#### المطلب الأول: طرق إثبات النسب

وتسمى طرقاً كاشفة لإثبات النسب لأنها تكشف عن واقعة سابقة وتمثل هذه الطرق في الإقرار والبينة والطرق العلمية لإثبات النسب عند الاقتضاء<sup>38</sup>، وستتناولها تفصيلاً في هذا المطلب على أن نرجأ الحديث عن الطرق العلمية في الإثبات إلى المبحث الأخير.

وقد استقر قضاء المحكمة العليا على أن النسب يثبت بالزواج الصحيح وبالإقرار والبينة وبكناح الشبهة.<sup>39</sup>

الفرع الأول: إثبات النسب بالكتابة

جاء في نص المادة 26 من القانون المدني فقرة 1 " تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة لذلك " .<sup>40</sup>

وكما سبق وبيننا عند حديثنا عن إثبات النسب حال الزواج، فالعقد الصحيح سبب شرعي لثبوت نسب الولد في أثناء قيام الزوجية، وهو ما أشار إليه المشرع في المادة 41 من قانون الأسرة.

كما قضت المحكمة العليا " من المقرر قانونا أنه يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، ومن المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون.<sup>41</sup>

#### الفرع الثاني إثبات النسب بالإقرار

الإقرار شرعا هو اعتراف شخص معين بإلحاق ولد مجهول النسب به وهو حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى سواه، سواء كان ذلك في حال الصحة أو المرض، ويثبت له النسب دون حاجة إلى بيان سبب النسب، لأن الإنسان له ولاية على نفسه، وعلى هذا لو أقر شخص أن هذا الولد ثبت نسبه منه، كان له جميع الحقوق التي تثبت للأبناء على الآباء مثل النفقة والإرث متى توافرت الشروط المعتمدة لصحته.<sup>42</sup>

وقد نصت المادة 44 من قانون الأسرة " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل والعادة " .<sup>43</sup>

حيث قضى أنه من المقرر قانونا أن النسب يثبت بالإقرار بالأمومة متى كان هذا الإقرار صحيحا ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض، ما كان من الثابت في قضية الحال أن أم المطعون ضده اعترفت بأنه ابنها وأن اعترافها كان صحيحا، ومن ثم فإن



قضاة المجلس بموافقتهم على الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن " <sup>44</sup>.

كما جاء في قرار المحكمة العليا " الإقرار بالولد يجب أن يكون بدون تردد ولا تراجع مع توفر شروط صحة الزواج <sup>45</sup>.  
كما قضت أيضا " إن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الأئحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد.

ومتى ثبت في قضية الحال أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ 06 . 04 . 1997 فإن هذه الشهادة لا تعتبر صلحا بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة كما أن المادتين 31 و461 من القانون المدني لا تطبق على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة.

كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل وبالدفع بالمادة 41 من قانون الأسرة التي تحدد مدة الحمل لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل ولا يحق لمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار، وعليه فإن القضاة لم يتبهاوا إلى وجوب سماع الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق فإنهم خالفوا الشرع والقانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسيب ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه " <sup>46</sup>.

وللإقرار شروط سنينها من خلال التطرق إلى أنواع الإقرار:

أولا - الإقرار بالأبوة:

هو عبارة عن اعتراف صريح من الأب أو الأم ببنوة المقر له، ويجب توفر مجموعة من الشروط لاعتبار الإقرار صحيحا وتمثل في كون المقر بالغا عاقلا مختارا وأن يكون الولد مجهول النسب فإن كان معلوما نسبه فلا

يصح الإقرار.<sup>47</sup>

حيث قضت المحكمة العليا بأن شروط الإقرار في حالة الأبوة هي أن يكون المقر له مجهول النسب، وأن يكون المقر بالغاً عاقلاً وأن يكون فارق السن بين المقر والمقر له يحتمل صدق الإقرار وأن يصدقه المقر له إذا كان بالغاً عاقلاً.<sup>48</sup>

ثانياً - الإقرار بالبنوة والأبوة

ويكون بتصريح شخص له به علاقة أو أب أو أم كقوله " فلان أبي " أو " فلانة أمي "، بشرط أن يكون المقر مجهول النسب وليس المقر له، وأن يوجد بينه وبين المقر بأبوته أو أمومته فارق في السن يسمح باعتباره ابناً له ويقبله العقل والعادة.<sup>49</sup>

ثالثاً - الإقرار بالأخوة والعمومة

هذا النوع من الإقرار يتم بين شخصين كلاهما ليس أصلاً أو فرعاً للآخر، وإنما تربطهما قرابة حواشي أي لهما أصل مشترك، ويكون الإقرار بلفظ " هذا أخي " " هذا ابن عمي "، ويسمى الإقرار المحمول على الغير وهو المقر عليه، وحتى ينتج آثاره يجب أن لا يكون المقر له مجهول النسب وأن يصدقه العقل والعادة، وأن يصدقه المقر عليه، وهو ما أقرته المادة 45 من قانون الأسرة " الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه والمقر عليه هنا هو الأب عند الإقرار بالأخوة والجد عند الإقرار بالعمومة.<sup>50</sup>

وقضت المحكمة العليا في حكم لها " والإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر له إلا بتصديقه " .<sup>51</sup>

وقضت أيضاً أنه يشترط في الإقرار أن يقوم به الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة.<sup>52</sup>

### الفرع الثالث: إثبات النسب بالبينة

يثبت النسب بالبينة الشرعية، وهي مرادفة للشهادة كشهادة الطبيب أو المستشفى، وهي أقوى من الإقرار الذي يقوم على التصديق بينما البينة لا تلزم ذلك، فهي أقوى الأدلة فإذا ادعى شخص على آخر بأنه ابنه أو أخوه وأنكر المدعى عليه ذلك فالبينة على من ادعى فإذا أثبتتها بالبينة فإنه يحكم له ببينة النسب إذا توفرت شروط صحة الدعوى وتترتب عليه جميع آثاره الشرعية.<sup>53</sup>

ويقول الفقهاء إذا اختلف الزوجان في إثبات ولادة المولود بأن ادعت الزوجة الولادة في وقت معين أو ادعت أن المولود هو ذلك الولد وأنكر الزوج، يكفي في إثبات ما ينكره الزوج شهادة القابلة، هذا إذا كانت الزوجية قائمة فإن كانت الزوجة معتدة من طلاق أو وفاة وجاءت بولد فأنكره الزوج فإن الولادة تثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وذلك لأن آثار الزواج هي باقية في عدة الطلاق والوفاة.<sup>54</sup>

غير أن المشرع الجزائري لم يبين المقصود بالبينة هل هي كل ما يمكن أن يكون حجة أم هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بأنها الشهادة. وفي هذا الصدد جاءت المحكمة العليا لتفسر المقصود بالبينة حيث قضت أن النسب يثبت بالبينة يقيمها المدعي على دعواه، وهذه البينة هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين وهذا هو نصاب الشهادة في غير الزنا.<sup>55</sup>

### المطلب الثاني: الضرق بين إثبات النسب والتبني

التبني هو استلحاق مجهول النسب مع التصريح بأن النسب غير حقيقي كما يتناول اتخاذ معروف النسب بمتابة الولد، ولا يلزم المتبني بالإفناق على الولد المتبني ولا تحرم عليه مطلقته ولا يتوارثان، وقد قال تعالى: ﴿وما جعل أدياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم، والله يقول الحق، وهو يهدي السبيل أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله، فإن لم تعلموا آبائهم فأخوانكم في الدين ومواليكم﴾، وأخرج أبو داود والنسائي وابن ماجه وصححه

الدارقطني وابن حبان عن أبي عثمان النهدي أنه قال " سمعت سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه يقول قال رسول الله ﷺ " من ادعى أبا في الإسلام غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام " أخرجه الشيخان وأبو داود.<sup>56</sup>  
ومن هنا فالتبني لا يثبت به نسب من المتبني<sup>57</sup>، ولا يترتب على التبني أي حق من الحقوق الثابتة بين الآباء والأبناء وهو ما ذهب إليه القانون الجزائري، فلا يثبت النسب بالتبني ولو كان الولد المتبني مجهول النسب، وهذا بخلاف اللقيط الذي يثبت نسبه ممن ادعاه، ويكون لكل منهما على الآخر ما للأب على ابنه وما على الابن لأبيه.<sup>58</sup>

وهو الحكم المطبق في قانون الأسرة الجزائري وفق نص المادة 46 منه، وأقرت المحكمة العليا أن دعاوى إثبات التبني ليست دعاوى نفي النسب، لأن قضايا النسب تطبق فيها قاعدة الولد للفراس وفي التبني لا يوجد فراس.<sup>59</sup>  
ومن هنا فإنه لا يجوز لأي مواطن جزائري أن يدعي أن الولد الفلاني ابنه بالتبني، ولا يجوز أبداً أن ينسبه إليه ويسجله على لقبه واسمه في سجلات الحالة المدنية، لا مباشرة أمام ضابط الحالة المدنية ولا بموجب حكم قضائي، وكل تصرف مخالف لذلك يمكن أن يعرض فاعله إلى اتهامه بالتزوير.<sup>60</sup>

### المبحث الرابع

**أثر المستجدات العلمية في إثبات ونفي النسب وموقف القضاء منها**  
نظرا لعدم تحديد المشرع الجزائري لحجية الطرق العلمية في إثبات النسب فإن التساؤل حول هذه الحجية قد يثار بالنسبة لقيمتها القانونية فيما إذا كانت قطعية الدلالة وبأنها قابلة للخطأ أي ذات حجية نسبية، ومن ثم يجدر بنا التساؤل عن مدى تأثير تقرير الخبرة العلمية في هذا المجال على الحكم وجودا أو عدما؟.

#### المطلب الأول: أثر المستجدات العلمية في إثبات النسب

رغم التكريس القانوني لإمكانية إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة،

إلا أن هذا الموضوع عرف خلافا فقهيًا، كما أن إعمال القضاء لتلك الطرق لا يحول دون وجود عقبات وعوائق قد تؤدي إلى عدم تكريسها عمليًا.

الفرع الأول: موقف الفقه من إثبات النسب بالطرق العلمية

انقسم الفقهاء بخصوص اعتماد الطرق العلمية لإثبات النسب إلى فريقين:

الفريق الأول: يستند هذا الفريق في رأيه على قوله تعالى: ﴿والذين يرمون أزواجهن ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين﴾ حيث يعتبرون أن اللعان هو الطريقة الوحيدة لإثبات النسب أو نفيه، ذلك أن الآية أشارت إلى أن الرجل إذا لم يكن له شهداء إلا نفسه فلا طريق له لإثبات النسب غير اللعان، وأي اعتماد على الطرق العلمية هو خروج عن الأحكام الشرعية، وهو الرأي الذي تبناه المشرع عند إصداره لقانون 1984 حيث لم يعتمد سوى الطرق الشرعية في ذلك.

فقد جاء في قرار المحكمة العليا آن ذاك " حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث، ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع فدل ذلك أنهم قد تجاوزوا سلطتهم الحاكمة إلى التشريعية الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس.<sup>61</sup>

وأقرت المحكمة العليا وفي عدة مناسبات سابقة عدم جواز إثبات النسب بالطرق العلمية كتحليل الدم، وهو ما أشارت إليه صراحة المادة 40 " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون "<sup>62</sup>.

الفريق الثاني: يرى هذا الفريق أن في الطرق العلمية وسيلة للحصول على نتائج سليمة طبقا لما أثبتته العلم الحديث، وهو التوجه الذي تبناه المشرع إثر تعديل قانون الأسرة الجزائري بالأمر 05 - 02 في المادة 40 فقرة 2 والتي نصت على " ويجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب"، وقد ترك المشرع الموضوع دون ضوابط قانونية مما يمكن أن يؤدي إلى طرح إشكالات عند التطبيق أمام القاضي قد تؤدي في النهاية إلى عدم تطبيقها.

الفرع الثاني: عوائق تطبيق الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب:

إن تطبيق القضاء للطرق العلمية لإثبات النسب لا يحول دون وجود عقبات وعوائق قد تؤدي إلى عدم تكريسها عمليا وهي إما أن تكون عوائق قانونية أو مادية ومن بين هذه العوائق ما يلي:

1 /- حرمة الحياة الخاصة:

من بين الإشكالات التي تحول دون اللجوء إلى الطرق العلمية الحديثة أن ذلك يعتبر مناقضا لنص المادة 34 من دستور 1996 التي تنص على "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان.

ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو مساس بالكرامة".<sup>63</sup>

فهذه المادة تشكل إحدى أهم العقبات الأساسية أمام تطبيق الطرق العلمية الحديثة في النسب، وخصوصا فحص الحمض النووي الذي يشكل تدخلا في الحياة الخاصة للفرد، لأنها تفتح المجال للبحث عن الخصائص الوراثية من خلال الاستعداد الوراثي للشخص، مما قد يمد الغير بمعلومات خاصة بالزوج والزوجة وتكون ذات طابع شخصي خاص.

## 2 -/ انتهاك السلامة الجسدية:

تناقض عملية الاعتماد على الطرق العلمية لإثبات النسب أيضا نص المادة 35 من الدستور التي تنص على " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية " <sup>64</sup>.

## 3 -/ عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه:

كما أنها تؤدي إلى تقديم الشخص دليلا ضد نفسه وهو ما يتنافى مع ما كرسه مختلف الأنظمة الإجرائية، وهو عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

## المطلب الثاني: تقدير القاضي لإثبات ونفي النسب باللعان وبالطرق العلمية

تعتبر الخبرة القضائية طبقا للقواعد العامة بالنسبة للقاضي من المسائل التي تخضع لسسلته التقديرية فهل تخضع مسألة تقدير الخبرة العلمية في مسألة النسب إثباتا ونفيا للقواعد العامة ؟

## الفرع الأول: تقدير القاضي لإثبات النسب بالطرق العلمية

إن الطرق العلمية كالبصمة الوراثية لإثبات النسب تمتاز بالدقة فلا تشابه إلا بين التوائم الحقيقية، وقد اعتبرها المجمع الفقهي لرابطة العلماء المسلمين طريقا لإثبات النسب، ولكن رغم ذلك فإنه يجب استحداث نصوص تمنع إعمال البصمة الوراثية في الأنساب الثابتة وعدم إحلالها وتقديمها على اللعان. <sup>65</sup> ولا يمكن للقاضي الفصل في مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية دون اللجوء إلى استشارة أهل الاختصاص للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة باعتبارها من المسائل التقنية التي لا يمكن للقاضي الفصل فيها بالاعتماد على خبرته وعلمه.

وإذا طرحنا مسألة سلطة القاضي في الأخذ بها في مجال إثبات النسب، فإننا نفق على حقيقة أن القاضي جاهل بهذه الطرق باعتبارها طرقا علمية لا يشملها تكوينه ومسألة تقنية دقيقة، وهو ما يقف عائقا أمام مناقشته لها، فيلجأ مباشرة إلى قبولها والاستناد عليها لإثبات النسب.

ومن أشهر قضايا النسب في الجزائر قضية الطفلة صفية المتنازع في نسبها بين الأب الجزائري والأب الفرنسي المزعوم، وكانت نتائج الخبرة الطبية قد أثبتت التقارب بين البصمة الوراثية للبنات والبصمة الوراثية للأب الجزائري، وقد حازت هذه القضية اهتمام الرأي العام الجزائري وتناولتها وسائل الإعلام الأجنبية وأصبح لها بعدا آخر غير البعد الاجتماعي.<sup>66</sup>

الفرع الثاني: تقدير القاضي لنفي النسب باللعان والطرق العلمية

صدر قرار بخصوص دور الطرق العلمية في نفي النسب من قبل المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، ومقتضاه أنه لا يجوز للزوج الاعتماد على البصمة الوراثية لنفي نسب من تلده زوجته، وإنما طريق ذلك اللعان بشروطه الشرعية، ولا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية للتثبت من صحة من ثبت نسبهم شرعا، لكن لا بأس من الاعتماد عليها في حالة التنازع حول مجهول النسب، وكذلك في حالات الاشتباه في مواليد المستشفيات، ومراكز رعاية الطفولة وغيرها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب، وحالات ضياع الأطفال وحالات الكوارث وبهدف التحقق من هويات أسرى الحروب.<sup>67</sup>

وإذا نفى الرجل ابنه، وتم اللعان بنفيه له، انتفى نسبه من أبيه وسقطت نفقته عنه، وانتفى التوارث بينهما، ولحق بأمه، فهي ترثه وهو يرثها، لما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: وقضى رسول الله ﷺ في ولد المتلاعنين أنه يرث أمه وترثه أمه، ومن رماها به جلد ثمانين، ويؤيد هذا



الحديث الأدلة الدالة على أن الولد للفراش ولا فراش هنا، لنفي الزوج إياه، وأما من رماها به اعتبر قاذفاً، وجلد ثمانين جلدة، لأن الملاعنة داخلة في المحصنات، ولم يثبت عليها ما يخالف ذلك، فيجب على من رماها بابنها حد القذف، ومن قذف ولدها يجب حده، كمن قذف أمه سواء بسواء، وهذا بالنسبة للأحكام التي تلزمه أما بالنسبة للأحكام التي شرعها الله للكافة، فإنه يعامل كأنه ابنه من باب الاحتياط فلا يعطيه زكاة ماله، ولو قتله لا قصاص عليه، وتثبت المحرمية بينه وبين أولاده، ولا تجوز شهادة كل منهما للآخر، ولا يعد مجهول النسب، فلا يصح أن يدعيه غيره، وإذا كذب نفسه ثبت نسب الولد منه، ويزول كل أثر للعان بالنسبة للولد.<sup>68</sup>

وفي التشريع الجزائري يعتبر اللعان طريقاً مشروعاً لنفي النسب به طبقاً لأحكام المادة 41 من قانون الأسرة، باعتباره الوسيلة الوحيدة التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة نفي النسب.

حيث جاء في قرار المحكمة العليا " نصت المادة 42 من قانون الأسرة على أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، أما المادة 41 فتص على أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعياً ولم ينفه باللعان حيث أن اللعان لا يكون إلا في المسجد وفي أجل لا يتجاوز 8 أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه".<sup>69</sup>

إن موضوع غياب اللعان وتفصيل إجراءاته في قانون الأسرة يعد ثغرة من الثغرات الكبيرة التي لا تزال موجودة في القانون رغم تعديله، والتي لا يكفي فيها إحالة القاضي على أحكام الشريعة الإسلامية بموجب نص المادة 222 من قانون الأسرة، لأن كثيراً من الأحكام الفقهية هي محل خلاف بين فقهاء المذهب الواحد فضلاً عن الخلاف مع باقي المذاهب، ولإراحة القاضي من عناء البحث والترجيح يكون النص القانوني فيصلاً بين الآراء المختلفة، وهذا ما تعنيه القاعدة الفقهية القاضية بأن حكم الحاكم يرفع الخلاف.<sup>70</sup>

لهذا طرحت هذه المسألة إشكالا كبيرا من حيث سلطات القاضي في تقديرها إلى جانب الطرق العلمية الواسعة في مجال نفي النسب، فإذا كان اللعان الطريقة الشرعية التي جاءت بها النصوص الشرعية لنفي النسب فهل يصح نفيه بالطرق العلمية سواء منها القطعية والظنية التي تعد وسائل نفي ناجعة من خلال النتائج التي تحققها فيكتفي بها أم لا بد من اللعان أيضا كطريق شرعي معروف ومتفق عليه وهل يجوز تقديم الطرق العلمية كوسيلة للنفي على اللعان؟ الحقيقة أن هذا الأمر كان محل خلاف فقهي كبير، فذهب البعض إلى عدم جواز تقديم الطرق العلمية كالبصمة الوراثية على اللعان في نفي النسب، وعلى هذا الأساس جاء قرار المجمع الإسلامي بالرابطة كما سبق وبيننا بعدم جواز الاعتماد عليها في نفي النسب وعدم جواز تقديمها على اللعان.

غير أن رأيا فقهيًا آخر ذهب إلى ترجيح الطرق العلمية في مجال نفي النسب ما دامت نتيجتها قطعية، على عكس دعوى اللعان التي تركز على أسس وشروط صعبة التحقيق كالمدة التي يتطلبها اللعان والمتمثلة في ثمانية أيام وهي مدة قليلة إضافة إلى إمكانية عدم تمكن الزوج من توفير الشهود.

كما اختلف الفقهاء حول ما إذا طلبت المرأة المقذوفة الاحتكام إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب هل تجاب إلى طلبها أم لا؟

أكثر الفقهاء ذهبوا إلى الاكتفاء باللعان لأنه الطريق الشرعي المعتمد لعلاج مثل هذه الحالة، بينما ذهب الشيخ يوسف القرضاوي إلى الاستجابة إلى طلب المرأة، لأنها لا تفعل ذلك ولا تطلبه إلا إذا تيقنت من براءتها، فتلجأ إلى طلب الاعتماد على وسيلة علمية مقطوع بصحة نتائجها لدفع التهمة عنها.<sup>71</sup>

إلا أن التساؤل الذي يبقى مطروحا في هذا المجال يتعلق بمدى تطابق

الأثار المترتبة على نفي النسب عن طريق اللعان عن تلك المترتبة عن نفيه بالطريق العلمية الحديثة، وذلك كتفريق الزوجين خاصة وأن المشرع الجزائري لم يتدخل لحسم الخلاف حول هذا الأمر مما يبقي المجال مفتوحاً أمام القضاة.

وتجدر في الأخير الإشارة إلى أنه وإضافة إلى القواعد الموضوعية لإثبات النسب، توجد قواعد وأحكام إجرائية تتمثل أساساً في وسائل ممارسة دعوى الإثبات هذه التي تخضع للقواعد العامة شأنها شأن باقي الدعاوي المدنية الأخرى، فإما أن تكون دعوى أصلية تهدف إلى إثبات النسب دون أي نزاع صريح حول موضوع محدد، وإما دعوى تبعية تهدف لإثبات النسب كحق من الحقوق الشرعية إلى جانب إثبات الزواج مثلاً.

### الخاتمة:

لقد حاولنا من خلال هذا العرض كشف الإشكاليات التي تثيرها مسألة إثبات النسب عموماً، ودور الطرق العلمية في ذلك نظراً لما يكتسبه هذا المجال من أهمية بالغة فقهاً وتشريعاً وكذلك قضاءً، مبرزين من خلال ذلك نطاق تطبيق هذه الطرق ودورها في الإثبات.

كما أن الضرورة تستدعي تحديد قيمتها القانونية وحجيتها من خلال بسط سلطات القاضي المكلف بشؤون الأسرة في مجال تطبيق الطرق العلمية لخلق نوع من المرونة القانونية وإلا فما الجدوى من وضع المشرع لهذه الطرق دون حصر لمجالها وحجيتها بما يفيد القضاة في سهولة اللجوء إليها كلما استعصى عليهم الإثبات بالطرق الشرعية.

إن الاحتكام إلى الطرق العلمية في الإثبات أمر جوازي فلقاضي شؤون الأسرة كامل السلطة التقديرية في اللجوء إليها من عدمه تديماً لقناعته، غير أنه في غياب نصوص قانونية تنظم الأمر فإن مسألة الحماية تبقى نسبية

تستوجب تدخل المشرع لوضع ضوابط من شأنها أن تكفل حقوق الأفراد وتحمي الأنساب، ووضع إطار قانوني لا يدع مجالاً للتأويل والتفسير أمام موضوع كان ولا يزال يشكل اهتمام القضاة والخبراء في نفس الوقت.

### - الهوامش:

- 1 - جميل فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، عمان " الأردن": دار الحامد للنشر والتوزيع، طبعة الأولى 2009، ص ص 60، 61.
- 2 - نفس المرجع، ص 61.
- 3 - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " الزواج و الطلاق"، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1994، ص 192.
- 4 - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 61.
- 5 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 193.
- 6 - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل " دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية"، الجزائر: دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2008، ص 154.
- 7 - ( انظر ملف رقم 40114 المؤرخ في 24 - 02 - 1986 ) و ملف رقم 39664 المؤرخ في 30 - 12 - 1985، نبيل صقر، قانون الأسرة نصوصها وتطبيقها، الجزائر: دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2006، ص ص 96، 97.
- 8 - انظر ( ملف رقم 174333 المؤرخ في 28 - 10 - 1997 )، نفس المرجع، ص 104.
- 9 - انظر ( ملف رقم 222674 )، نفس المرجع، ص 107.
- 10 - انظر ( ملف رقم 204821 )، بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص ص 152، 153.
- 11 - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص ص 61، 62.
- 12 - نبيل صقر، المرجع السابق، ص 92.
- 13 - نفس المرجع، ص 92.
- 14 - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص ص 61، 62.
- 15 - سيد سابق، فقه السنة " نظام الأسرة الحدود والجنايات"، جدة: دار المؤيد، 2001، الجزء الثاني، ص 213.
- 16 - محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية تخصص فقه وأصول،

- قسم الشريعة كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر . باتنة ، السنة الجامعية 2008 - 2009، ص 503.
- 17 - سيد سابق، المرجع السابق، ص 214.
- 18 - محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 504.
- 19 - العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم بالاجتهاد قضاء المحكمة العليا مع آخر تعديلات 2005، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، ص 41.
- 20 - انظر (ملف رقم 172379 قرار بتاريخ 28 . 10 . 1997 )، نفس المرجع، ص 42.
- 21 - انظر ( ملف رقم 99000 قرار بتاريخ 23 . 11 . 1993 )، نفس المرجع، ص 40.
- 22 - محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص ص 490 ، 491.
- 23 - نفس المرجع، ص 489.
- 24 - انظر ( ملف رقم 193825 قرار في 19 . 5 . 1998 )، بن شويخ الرشيد، ص ص 150 ، 151.
- 25 - نفس المرجع، ص 490.
- 26 - نفس المرجع، ص 490.
- 27 - نفس المرجع، ص 473.
- 28 - نفس المرجع، ص 472.
- 29 - الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، ص 74.
- 30 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 148.
- 31 - الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص 74.
- 32 - نفس المرجع، ص 75.
- 33 - نفس المرجع، ص 76.
- 34 - نفس المرجع، ص 76.
- 35 - نفس المرجع، ص 76.
- 36 - نفس المرجع، ص 77.
- 37 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 197.
- 38 - محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 491.
- 39 - انظر ( ملف رقم 193825 و ملف رقم 74712 المؤرخ في 21 . 05 . 1991 و ملف رقم 51414 المؤرخ في 19 . 12 . 1988 )، نبيل صقر، المرجع السابق، ص 106.

- 40 - مولود ديدان، القانون المدني حسب آخر تعديل له بالقانون 07 - 05، الجزائر: دار بلقيس للنشر، سبتمبر 2007، ص 09.
- 41 - انظر " ملف رقم 222674 قرار بتاريخ 15 - 06 - 1999"، العيش فضيل، المرجع السابق، ص 38.
- 42 - محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 491.
- 43 - الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص 156.
- 44 - انظر ( قرار رقم 414. 51 المؤرخ في 19 - 12 - 1988 )، عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، الجزائر، دار الهدى، طبعة 2004، ص 24.
- 45 - انظر ( ملف رقم 39473 المؤرخ في 24 - 02 - 1986 )، نبيل صقر، المرجع السابق، ص 96.
- 46 - انظر ( ملف رقم 430 202 قرار بتاريخ 15 - 12 - 1998 )، شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 151، 152 .
- 47 - محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 491.
- 48 - انظر ( ملف رقم 35087 المؤرخ في 17 - 12 - 1984 )، نبيل صقر، المرجع السابق، ص 108.
- 49 - محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 492.
- 50 - نفس المرجع، ص 492.
- 51 - انظر ( ملف رقم 35087 المؤرخ في 17 - 12 - 1984 )، نبيل صقر، المرجع السابق، ص 108.
- 52 - انظر ( ملف رقم 172379 )، نفس المرجع، ص 108.
- 53 - محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 492.
- 54 - الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص 156، 157.
- 55 - نبيل صقر، المرجع السابق، ص 102.
- 56 - نفس المرجع، ص 111.
- 57 - ويجب التمييز بين التبني والكفالة والتي هي التزام على وجه التبرع بالعتاة بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابه، وتم بعقد قانوني أمام المحكمة أو أمام الموثق ويستوي في ذلك أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب ويحتفظ بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب.
- 58 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 201.
- 59 - انظر ( ملف 122761 و ملف 234949 و ملف 103232 )، نبيل صقر، المرجع السابق، ص 112.
- 60 - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر: دار البعث، طبعة الثانية، 1989، ص 220.

- 61 - انظر ( ملف رقم 51414 المؤرخ في 19 - 12 - 1988 )، نبيل صقر، المرجع السابق، ص 107.
- 62 - العيش فضيل، المرجع السابق، ص 37.
- 63 - مولود ديدان، نصوص القانون الدستوري الجزائري، الجزائر: دار بلقيس، ص 10
- 64 - نفس المرجع نفس الصفحة.
- 65 أم الخير بوقرة، دور البصمة الوراثية في حماية النسب، مجلة الاجتهاد القضائي، مجلة علمية صادرة عن قسم الحقوق جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 7، ديسمبر 2010، ص 88.
- 66 - نفس المرجع ونفس الصفحة.
- 67 - محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 496.
- 68 - سيد سابق، المرجع السابق، ص 218.
- 69 - انظر (ملف رقم 72353 مؤرخ في 30 - 10 - 1989)، نبيل صقر، المرجع السابق، ص 109.
- 70 - عز الدين كيجل، اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في القضاء، مجلة المفكر مجلة علمية صادرة عن قسم الحقوق جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الثالث، ص 129.
- 71 - أم الخير بوقرة، المرجع السابق، ص 88.

## مستقبل وآفاق استقلالية البلدية في الجزائر في ظل القانون 10/11

بقلم

أ/ ثابتي بوحانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة سعيدة



### الملخص

اعتمدت الجزائر منذ استقلالها على اللامركزية الإدارية كنمط للتنظيم الإداري ترجمته ميدانيا كل من الولاية والبلدية، هذه الأخيرة والتي اعتبرتها المادة 15 من التعديل الدستوري لسنة 1996 الجماعة القاعدية، نظمتها عدة قوانين بداية من الأمر 24/67 المؤرخ في 17/01/1967 المعدل والمتمم، مُرورا بالقانون 08/90 بتاريخ 07/04/1990 المُتمم، وأخيرا القانون 10/11 المؤرخ في 03 جويلية 2011، ولأن المنطق يفرض أن أي إصلاح يمس البلدية ينبغي أن ينصب في المقام الأول على نطاق الحرية الممنوحة لها لمباشرة نشاطاتها. فالملاحظ أن المشرع الجزائري في ظل القانون الجديد ابتعد كثيرا عن هذه القاعدة ليُغلب الشكل على الأصل، فنظّم بذلك الجوانب الإدارية التقنية البحتة من قانون البلدية، مُتناسيا الاعتناء بأهم مبدأ من مبادئ اللامركزية ألا وهو الاستقلالية، ويتراجع بشأن موقفه من هذه الأخيرة مقارنة بما كان عليه في القانون 08/90 المُتمم، باعتباره أهم مُكتسباته وهو ما تناولناه من خلال هذه الدراسة باستقراءنا مُختلف الآليات التي تضمنها القانون 10/11 والتي ضيّقت من حجم الاستقلال المحلي للبلدية، الأمر الذي دفعنا لتساءل عن السبب الذي حال دون بلوغ هذا القانون -10/11- مُستوى التطلعات التي كانت مرجوة منه ما يربو عن عشرين سنة، وهذا تماما ما جعلنا نتحدث عن مستقبل وآفاق استقلالية البلدية في



الجزائر خاصة في ظلّ مختلف موانع الإصلاح المسجلة، ونستكمل دراستنا بخاتمة أجملنا فيها مجموع النتائج المُستخلصة من الدراسة، مع تقديم مقترحات مُتواضعة لإثراء الموضوع.

### Resumé:

L'Algérie a adopté depuis son indépendance la décentralisation administrative comme mode d'organisation, la wilaya et la commune sont un exemple de cette organisation, la commune est considérée par l'article 15 de la révision constitutionnelle de 1996 comme une collectivité de base, instaurée par l'ordonnance 67/24 du 18/01/1967 modifiée et complétée et par la loi 90/08 du 07/04/1990 complétée, et enfin par la loi 11/10 du 03/07/2011 .

En fait, toute réforme de cette dernière doit impérativement et en 1<sup>er</sup> lieu toucher l'autonomie de la commune pour qu'elle puisse exercer ses prérogatives.

Le législateur à travers la loi 11/10 s'est éloigné de ce principe (l'autonomie et la liberté administrative), il a préféré la forme au contenu et a organisé les concepts techniques oubliant le principe de base qui est l'autonomie de décision, il se remet en cause par rapport à la loi 90/08 complétée avec tous ses acquits, et c'est ce que nous avons souligné dans cette étude incluant les différents mécanismes de la loi 11/10 ce qui a réduit la marge de manœuvre des communes en limitant leurs activités.

Tout cela nous pousse à nous demander pourquoi cette loi n'a pas atteint ses objectifs initiaux depuis plus de deux décades nous interpelle en ce qui concerne les perspectives et le devenir de l'autonomie administrative de la commune et surtout l'avenir des réformes.

En conclusion de nos travaux, nous proposons des recommandations pour enrichir notre sujet.

كثيراً ما تلجأ الدولة عند اختيارها لنمط تنظيمها الإداري بما يتلاءم وظروفها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، فتعتمد أسلوب المركزية عند نشأتها، وبمجرد استقرار أمورها وازدياد متطلبات مواطنيها وتوسع المجال الإقليمي لها تتحول إلى اللامركزية الإدارية إلى جانب المركزية، ليترك للحكومة المركزية التفويض للأمر القومي الهامة ويضمن في نفس الوقت تحقيق مشاركة المواطنين وتسيير شؤونهم الإدارية<sup>1</sup>، وكون أن انتهاج اللامركزية كأسلوب للتنظيم الإداري يفترض نشوء هيئات جديدة مختلفة في

شخصيتها عن الدولة، تُعرف بالجماعات الإقليمية، ليتم الرهان على الخدمات المُقدمة من طرفها، كدعامة لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية. انطلاقاً من ذلك وفي سبيل تحقيقها لمهامها فقد أناط لها - الجماعات- القانون مجموعة من الصلاحيات الهامة ومنحها حُرية في تسييرها لهذه الأخيرة، وهي ذاتها الحُرية التي تُعبر عن استقلاليتها، والتي حتى وإن كان يتسم بالنسبية لمسّه الجانب الإداري فقط، فإن نطاقه وحجمه كان ولازال محل صراع قائم بين أنصار تضييقه عن طريق دعم مركز السُلطات المركزية على المُستوى المحلي بإقامة رقابة فعالة على الهيئات المحلية؛ والباقيين المُنادين بضرورة ترك مجال أكبر من الحُرية لها عن طريق استبعاد أي رقابة يُمكن أن تُمارس على هذه الجماعات<sup>2</sup>، وعلى ذلك فينبغي إذن إيجاد حل وسط يخلُق التوازن في مُعادلة استقلال الهيئات المحلية، فلا يتم التوسع من نطاقه، فيُهدد كيان ووجود الدولة، ولا يُضَيِّق منه فتفقد اللامركزية معناها.

الجزائر بدورها عرفت وتبنت اللامركزية الإدارية وجسدها ميدانياً في كل من البلدية والولاية، وتم تكريس وجودها المادي دُستورياً، بدءاً من دُستور 1963، الذي اكتفى بذكر البلدية فقط باعتبارها قاعدة الجماعات الإقليمية فيها، لنجد أن الدساتير اللاحقة التي عرفتها الجزائر اعترفت بكلا الدعامين للتنظيم الإداري المحلي، "الولاية والبلدية"، مع التأكيد أن هذه الأخيرة هي الجماعة القاعدية لها، ونتيجة لذلك فقد حظيت هذه الجماعات باهتمام خاص وخُصت بتشريعات عديدة، إذ صدر أول قانون للبلدية بموجب الأمر 24/67 المؤرخ في 08 جانفي 1967، وأول قانون للولاية بالأمر 38/69 المؤرخ في 23 ماي 1969، ليُعمر هذان القانونان ما يزيد عن العشرين عاماً، ويتم استبدالهما بكل من القانون رقم 08/90 المُتمم والمُنظم للبلدية و09/90 المُتمم والمُنظم للولاية، وبما أن كلا من الولاية وخُصوصاً البلدية يُمثّلان صُورتي اللامركزية الإقليمية في الجزائر، فهما الأقرب إلى المواطنُ بحيث يُمثّلان الممر الحتمي لكل عملية إصلاح إداري، وهو الأمر ذاته الذي تبلور بضُور قانون جديد نظّم البلدية مُثلاً في القانون

رقم 10/11 المؤرخ في 03 يوليو 2011، والذي ألغى القانون السابق، وفي كل هذه النصوص تبرز جليا نية وإرادة المشرع المختلفة والمتباينة في تحديد نطاق وحجم الحرية المُعطاة للبلدية، إذ وبعد اتسامه بالضيق في إطار المرحلة الأولى أثناء عهد الحزب الواحد، نجد أنه - المشرع - منح البلدية حرية واسعة نوعًا ما من الناحية النظرية في ظل القانون 08/90 المُتمم والمُلغى، ليتراجع عن ذلك في ظل القانون الحالي؛ ومن ثم فدراستنا هاته تهدف بالدرجة الأولى إلى الوُقُوف على نطاق هذه الحرية في القانون 10/11، ومُستقبل استقلالية البلدية في ظله، وذلك عن طريق الإجابة عن إشكالية مفادها: إلى أي مدى نجح المشرع بالإصلاحات المُنتهجة في قانون البلدية في التجسيد النظري والعملي للاستقلال المالي والإداري للبلدية؟ تحليلنا لهذا الموضوع يفرض علينا أولاً تقسيم النطاق والحجم الذي يُحدده قانون 10/11 لاستقلالية البلدية في جانبها المالي والإداري، كمحور أول، ليتسنى لنا الحديث لاحقاً في إطار المحور الثاني عن آفاقها.

### 1- المحور الأول: استقلالية البلدية في الجزائر من منظور القانون رقم 10/11 المؤرخ في 03 جويلية 2011:

معلوم أن التطبيق السليم لأسلوب اللامركزية الإدارية يتطلب إيجاد وحدات إقليمية ذات استقلال مالي وإداري، لتستطيع مُمارسة واجباتها ومهامها المُنوطه بها بطريقة جيدة، وإن كانت هذه الاستقلالية لا تعني بتاتا إعفاء تلك الهيئات المحلية ولا بأي صورة من الصور، من مُمارسة الحُكومة المركزية لنشاط الرقابة والإشراف عليها، باعتبار أن هذه الرقابة هي ذاتها تدخُل في عملية البناء الفقهي لهذه الجماعات، وتُعد من الضمانات الهامة لسلامة الدولة ووحدتها<sup>3</sup>، ومن ثمّ فإن كان وُجُودها من بديهيات قيام هذه الجماعات، فإن الاختلاف دائما كما سبق وأن ذكرنا يُثور حول نطاقها وكيفيات مُمارستها، ففي حين نجد أنّ مُختلف الأنظمة تتجه نحو التضييق من نطاق هذه الرقابة، بل والحد من آلياتها<sup>4</sup>، وحتى الدعوة إلى ضرورة التجسيد والتطبيق الفعلي للاستقلال المحلي عن طريق عقد المؤتمرات

بشأنه، وكذا سن المواثيق الإقليمية المنظمة له، ومثال ذلك الميثاق الأوروبي للاستقلال المحلي والمصادق عليه بستراسبورغ في 15 أكتوبر 1985، إلا أننا نرى أن الوضع في الجزائر يذهب عكس ذلك، إذ وبعد أن أُعتبرت مسألة الاستقلال المحلي للبلدية إلى حد ما مكسب من المكتسبات الهامة التي أفضاها القانون 08/90 المُتمم والمُنظم للبلدية والمُلغى، مُقارنةً بنظيره السابق الأمر رقم 24/67 المعدل والمُتمم، وإن كان ذلك نظرياً فقط، فنرى أنّ القانون الحالي، وإن كانت أحكامه قد كرسّت المبادئ العامة لقيام الإدارة المحلية، كُمشاركة المواطنين المحليين في تسيير شؤونهم في المواد 11 إلى 14 منه، وضبطت كذلك كفاءات عمل المجلس وتدقيقها في النظام القانوني لرئيس المجلس الشعبي البلدي، وهو ما يُعتبر جانباً إيجابياً في هذا القانون، فهي ذاتها الأحكام التي اتجهت إلى تكريس وضع مُختلف عما سبق، عن طريق تفعيلها لآليات الرقابة المُمارسة على البلدية وأجهزتها، وهو الواضح من خلال استقراءنا لمجموعة من النقاط المُستخلصة أساساً من إجراء مُقارنة بين القانونين الحالي والسابق، المُنظمان للبلدية والتي نُجمل مظاهرها في:

أ. إدخال عُنصر التعيين في الهيكل العام للبلدية وهيئاتها:

وهو الواضح من خلال المادة 15 من القانون رقم 10/11 المُنظم للبلدية<sup>5</sup>، التي أضافت إلى جانب الهيئتين المُنتخبتين سواء التداولية والمُمثلة في المجلس الشعبي البلدي، والتنفيذية التي يرأسها رئيس المجلس الشعبي البلدي، إدارة مُعينة يُنشطها الأمين العام للبلدية، وذلك تحت سلطة رئيس المجلس الشعبي البلدي، هذا بعدما كان القانون السابق 08/90 المُتمم في مادته 13 قد اقتصر في تناوله لهيئات البلدية، على كُل من المجلس الشعبي البلدي ورئيسه فقط بصفتهم هيتان منتخبتان، ما نلاحظه كذلك أن المادة 15 المذكورة سلفاً جاءت حذرة ويكتنفها نوع من الغموض، وبخاصة عند حديثها عن الإدارة المُنشطة من طرف الأمين العام للبلدية، والتي لم تُوضح إن كانت تُعد فعلاً هيئةً ثالثة إلى جانب هيئتي البلدية، أم تدخل فقط في التكوين الهيكلي للبلدية، وإن كنا نُرجح الاعتبار الثاني، وهذا راجع إلى أن

المادة 15 جاءت في ظل الباب الأول المُعنون بهيئات البلدية وهيكلها، ليدكر في فحواها جهازي البلدية التداولي والتنفيدي ويعطيها صفة الهيئة، دون أن يُضفي هذه الصفة على جهاز الإدارة، ولعل مرّد هذا الغموض والحذر إلى الجدل الذي أثارته المادة 11 من المشروع التمهيدي لقانون البلدية لجوان 1999، والتي أضافت صراحة هيئة ثلاثة للبلدية، والمُتمثلة في الأمين العام باعتبارها هيئة تسيير إدارية معينة لها صلاحيات واسعة وهو ما يُشكل تدعيم للسلطة المركزية على مستوى البلدية<sup>6</sup>.

وعلى ذلك وإن كانت المادة 15 السالفة الذكر تتسم بالغموض، إلا أن رغبة المُشرع تظهر جليا في تواجد السلطة المركزية على مستوى البلدية من خلال نصه على الإدارة التي يناط أمر تنشيطها للأمين العام للبلدية، حتى وإن كان هذا الأخير يعمل تحت سلطة رئيس المجلس الشعبي البلدي المُنتخب، حيث يُمكنه أن يُدعم تواجده على مستوى البلدية، وبخاصة في ظل ضعف التسيير الذي يُعاني منه رئيس المجلس الشعبي البلدي، وبالنظر كذلك إلى الصلاحيات الممنوحة له - الأمين العام للبلدية - في قانون البلدية الحالي<sup>7</sup>.

ب - توسيع نطاق آليات الرقابة على المنتخبين المحليين، على المجلس الشعبي البلدي، وعلى أعماله.

وهذا يبرز من خلال مُقارنتنا للأحكام المُنظمة لهذه الآليات في ظل القانون القديم 08/90 المُتمم والمُلغى، مع الأحكام المُنظمة لها في ظل القانون الحالي وذلك كالتالي:

أ - بالنسبة للرقابة المُمارسة على أعمال المجلس الشعبي البلدي:

وفقا لأحكام قانون البلدية السابق -08/90 المُتمم والمُلغى، تملك السلطة المركزية حق مُمارسة الرقابة على الأعضاء المُنتخبين للبلدية، وإن حصرت مظاهرها في كل من الإقالة إذا ما تبين بعد انتخاب العضو أنه غير قابل للانتخاب أو تعثره حالة من الحالات التنافي وفق المادة 31 منه، التوقيف بعد تعرض المُنتخب إلى مُتابعة جزائية تحُول دون مُواصلته أداء مهامه، وأخيرا الإقصاء عند الإدانة الجزائية للعضو<sup>8</sup>.

كما يلاحظ على هذه المظاهر أن السلطة الوصية لا تملك في تقدير أسبابها أية حرية، لتجد القانون الحالي، وإن احتفظ بسلطة التوقيف والإقصاء، تناول ما يُعرف بالاستقالة بدل الإقالة، كما أضاف إليهم "حُصول المانع القانوني"، الذي يُدرج كوضع قانوني يُضاف إلى الحالات السالفة، تزول بمقتضاها صفة المُنتخب وذلك وفق ما نصت عليه المادة 40 بقولها: "تزول صفة المُنتخب بالوفاة، أو الاستقالة، أو الإقصاء أو حُصول مانع قانوني"، بالإضافة إلى تنظيمه لوضع التخلي عن المنصب بالنسبة لرئيس المجلس الشعبي البلدي<sup>9</sup>، وفي نفس المجال فإن قانون البلدية الحالي يكون قد وسع من مظاهر هذه الرقابة، ممّا قيد من استقلالية البلدية، وهو الواضح من خلال تناوله لأسباب التوقيف، إذ أنّه وإن كان القانون القديم حصرها في المتابعة الجزائية التي من شأنها الحيولة دون مواصلته لمهامه، فإن العضو البلدي المُنتخب وفق المادة 43 من قانون البلدية الحالي، يكون محل توقيف متى تعرّض لمتابعة قضائية محلها جنائية أو جُنحة لها صلة بالمال العام أو لأسباب مُخلّة بالشرف<sup>10</sup> أو كان محل تدابير قضائية لا تُمكنه من الاستمرار في مُمارسة عُهدته الانتخابية بصفة صحيحة، ومن ثمّ ووفقاً لأسباب التوقيف فإنه يسوّغ للوالي إصدار قرار الوقف في حق العضو المُنتخب متى كان هذا الأخير في إحدى الوضعيات السابقة، علماً أن المادة 43 السالفة الذكر قد حذفت ضمانات هامة في استعمال الوالي لسلطته ذكرتها سابقتها (أي المادة 32 من القانون القديم)، والمتعلقة بتعليل قرار التوقيف، وهو نفسه ما جعل الوالي يتمتع بسلطة تقرير واسعة في هذا المجال، إذ يكفي فقط تعرّض العضو المُنتخب لتدابير قضائية بسيطة يرى الوالي أن من شأنها عرقلة في مُواصلته لوظائفه الانتخابية حتى يُصدر قراره بتوقيف العضو، هذا من ناحية. من ناحية أخرى، وفي مجال سلطة الإقصاء فإن المادة 44 من قانون البلدية الحالي أعطت للوالي الحق في إصدار قرار يُثبت إقصاء العضو الذي كان محل إدانة جزائية للأسباب المذكورة في المادة 43 السالفة الذكر، نازعة بذلك دور المجلس الشعبي البلدي الذي كان له وفق المادة 33 من القانون

08/90 المٌتمم والمُلغى سلطة إعلان هذا الإقصاء قانوناً.

ومن مظاهر تقييد استقلالية البلدية في الجزائر في ظل القانون الحالي - إضافة لآليات الرقابة المذكورة سابقاً على الأعضاء- نصه على زوال صفة المُنتخب بِحُصول مانع قانوني وهو ما تضمنته المادة 40 منه، ما يلاحظ بشأن هذه الحالة أن عبارة "المانع القانوني" المُستعملة في النص جاءت فضفاضة وواسعة بحيث لم يُوضّح المُشرع ما المقصود بها، وبالتالي فيكفي أن يعتري العضو حالة من حالات التنافي أو يُصيبه جنون مثلاً أو تُصيبه حالة من حالات فُقدانه لأهليته، حتى يُقر المجلس الشعبي البلدي زوال صفة المُنتخب عليه، وذلك بمُوجب مُداولة، على أن يتم إخطار الوالي بذلك وُجوباً.

ومن آليات الرقابة المُضافة كذلك وفق هذا القانون، ما تضمنته المادة 45 منه، إذ يُعد مُستقيلاً تلقائياً من المجلس الشعبي البلدي، كُل عضو مُنتخب فيه تغيب بدون عُذر مقبول لأكثر من ثلاث دورات عادية خلال السنة، هي الحالة نفسها المُشابهة نوعاً ما لما تضمنته المادة 90 من الأمر 24/67 المُعدل والمُتمم<sup>11</sup>، أين كان الاستقلال المحلي للبلدية يتسم بالبساطة لشدة الرقابة في تلك المرحلة، والتي لم تتضمن أحكام القانون 08/90 المٌتمم والمُلغى نصاً مُماثلاً لها.

وفي السِيّاق ذاته، كما ذكرنا مُقدماً فان القانون 10/11 المُنظم للبلدية يُكون قد أضاف وضعاً قانونياً جديداً لم يُنص عليه سابقه-القانون 08/90 المٌتمم- والمُتمثل في تخلي رئيس المجلس الشعبي البلدي عن منصبه متى لم يُقدم استقالته وفق الأشكال المنصوص عليها في المادة 73 من قانون البلدية الحالي، أو غاب بدون مُبرر لمُدّة أكثر من شهر، فيتم إثبات هذا الوضع في أجل عشرة أيام من غيابه خلال دورة غير عادية للمجلس بِحُضور الوالي أو مُمثله في الحالة الأولى، على أن يُثبت الوالي هذا الغياب في حال ما إذا انقضت مُدة 40 يوماً من الغياب ولم يجتمع المجلس الشعبي البلدي في جلسة استثنائية لإثبات ذلك بالنسبة للحالة الثانية.

ب- بالنسبة للرقابة المُمارَسة على المجلس الشعبي البلدي كجهاز:  
نلمح مظاهر تشديد الرقابة عليه من خلال نُقْطتين هامتين:

### 1- توسيع نطاق حل المجالس الشعبية البلدية:

وهو الواضح من خلال إضافة حالات جديدة للحل لم تتضمنها المادة 34 من القانون 08/90 المُتمم والمُلغى والتي حصرتها في: "...عندما يُصبح عدد المُنتخبين أقل من نصف عدد الأعضاء وبعد تطبيق أحكام المادة 29، حالة الاستقالة الجماعية لأعضاء المجلس الشعبي البلدي، في حالة وُجُود اختلاف خطير بين أعضاء المجلس الشعبي البلدي يحُول دُون السير العادي لهيئات البلدية، في حالة ضم بلديات لبعضها أو تجزئتها ينجر عنها تحويل إداري للسكان"، بالإضافة إلى الحالة التي أضافها الأمر 03/05 المُتمم للقانون السالف الذكر والمُتمثلة في: "أنه يتم حل المجالس البلدية متى كان الإبقاء على مجالسها مصدر اختلافات خطيرة يتم إثباتها في تسيير البلدية، أو من طبيعتها المساس بمصالح المُواطنين وطمأنيتهم"، بيد أن المادة 46 من القانون الحالي تُكوّن قد وسّعت من نطاق الحل الذي يشمل هذه المجالس من خلال ذكرها حالات جديدة، مُتمثلة في: خرق أحكام دُستورية، إلغاء انتخاب جميع أعضاء المجلس، وحالة حُدُوث ظُروف استثنائية تحُول دُون تنصيب المجلس المُنتخب". وإبقائه لحالات سابقة وحتى تعديله لأخرى، من ذلك أنه يتم حل المجلس: "في حالة خلافات خطيرة بين أعضاء المجلس الشعبي البلدي تُعيق السير العادي لهيئات البلدية، وبعد إعدار يُوجهه الوالي للمجلس الشعبي البلدي دُون الاستجابة، أو عندما يُصبح عدد المُنتخبين أقل من الأغلبية المُطلقة بالرغم من تطبيق أحكام المادة 41 أعلاه".

وعلى ذلك، فمتى تحققت إحدى الحالات المذكورة أعلاه، من ذلك عدم اكتمال النصاب القانوني المُحدد بأقل من الأغلبية المُطلقة - بعدما كانت مُحددة بالنصف فقط في ظل القانون القديم وبعد تطبيق أحكام الاستخلاف، فإنه يُسوغ حل المجلس الشعبي البلدي وتجديده بموجب مرسوم رئاسي وذلك بناء على تقرير الوزير المُكلف بالداخلية.



2- تضييق استقلالية البلدية في الجزائر من خلال الجهة التي تخلف المجلس الشعبي البلدي وحتى من خلال الصلاحيات المنوطة به.

إذ نصت المادة 48 من قانون البلدية الحالي أنه وفي حالة حل المجلس الشعبي البلدي فإن الوالي وخلال عشرة أيام التي تلي الحل يُعين مُتصرفاً ومُساعدين له تُوكل لهما تسيير أمور البلدية، هذا بعدما نصّ القانون السابق في مادته 36 على تعيين مجلس مؤقت يخلف المجلس الشعبي البلدي بعد حلّه، وتظهر جلياً نية المُشرع في التضييق من نطاق مبدأ استقلالية البلدية في ظل هذا القانون من خلال الصلاحيات الممنوحة للهيئة المُعينة بعد الحل - المُتصرف ومُساعديه - والمُخول لها تسيير شؤون البلدية ليشمل كل ما كان يُمكن للمجلس المُنتخب القيام به بدل المهام السابقة المنصوص عليها في ظل القانون القديم، والمُقتصرة فقط في تسيير الأمور الجارية والقيام بالإجراءات المُستعجلة، التي تكفل الحفاظ على أملاك البلدية و/أو حمايتها، وبالتالي ففي هذا الوضع يكوّن لسلطة الرقابة الحُرية في نقل البلدية من نطاق اللامركزية إلى نطاق عدم التركيز الإداري في هذه الفترة<sup>12</sup>، حتى وان حُددت مُدتها القُصوى وفق المادة 49 من القانون الحالي بـ 06 أشهر، مع الإشارة أن المادة ذاتها قد أوردت حكماً آخر يقضي بعدم إجراء انتخابات التجديد خلال السنة الأخيرة من العهدة الانتخابية، وهو ما يُعطي الحق لكل من المُتصرف ومُساعديه باعتبارهم خليفة للمجلس الشعبي البلدي المُحل تسيير شؤون البلدية لمدة أكيد تُفوق ستة أشهر - وبخاصة إذا ما تم الحل في بداية السنة الأخيرة من العهدة الانتخابية<sup>13</sup>، وهذا ذاته يتناقض مع النص الدستوري الذي جعل من المجلس المُنتخب قاعدة للامركزية، ونطاق مُشاركة المواطن المحلي في تسييره لشؤونه<sup>14</sup>.

3- توسيع الرقابة على أعمال المجلس الشعبي البلدي:

ونلمح ذلك من خلال النقاط التالية:

أ- تمديد المدة المُتعلقة بالنفذ القانوني للمداورات غير القابلة للتصديق من طرف السُلطة الوصية، لتُصبح واحد وعشرون يوماً بعدما حدّتها المادة

41 من القانون 08/90 المُلغى بخمسة عشرة يوماً فقط، وهذا من شأنه تعطيل السير العادي واليومي لشؤون البلدية.

ب- التوسيع من نطاق المُداوات الخاضعة لمُصادقة الوالي، إذ عدتها المادة 57 من القانون الحالي في المُداوات المُتضمنة كُل من الميزانيات والحسابات، قَبول الهبات والوَصايا الأجنبيّة، اتفاقيات التوأمة، التنازل عن الأملاك العقارية البلدية، هذا بعد أن كانت قد حدّتها المادة 42 من القانون القديم في كُل من الميزانيات والحسابات، إضافة إلى إحداث مصالح ومؤسسات عُمومية بلدية.

ج- التيسير في إجراء إلغاء المُداوات:

إذ حدّدت المادة 59 من القانون الحالي المُنظم للبلدية المُداوات التي تُعد باطلّة بقوّة القانون في كُل من:

- تلك المُتخذة خرقاً لأحكام الدُسُور وغير المُطابقة للقوانين والتنظيمات.
- التي تمس بزُموز الدولة.
- غير المُحررة باللُغة العربيّة.

وما يلاحظ بشأن هذه الحالات أنها مُغايرة نسبياً لتتي تضمّنتها المادة 44 من القانون البلدي القديم<sup>15</sup>، وفي رأينا أن المُشرع لم يُوفّق في تحديد نطاق مواضيع هذه المُداوات، إذ أن كُل المُداوات الماسّة بزُموز الدولة وشعاراتها، وحتى غير المُحررة باللُغة العربيّة من شأنها أن تدخل في نطاق تلك المُتخذة خرقاً للدُسُور وغير المُطابقة للقوانين والتنظيمات، وذلك إذا أخذنا بالاعتبار ما تمّ النص عليه في المادة الثالثة من التعديل الدُسُوري لسنة 1996 التي اعتبرت اللُغة العربيّة هي اللُغة الوطنيّة والرسمية، وما تضمّنته المادة 05 منه عند حديثها عن زُموز الدولة، هذا من جهة.

ومن جهة أُخرى، فمتى ثبت بُطلان المُداولة، فإن الوالي يُعين ذلك بمُوجب قرار خال من التعليل، نتيجة حذف القانون الحالي لهذه الضمانة بعدما كانت مُقررة في ظل القانون القديم، ونفس القول ينطبق على ضمانة أُخرى لم يتناولها القانون رقم 10/11 والمُتمثلة في لُجوء أي شخص له

مصلحة شخصية في ذلك إلى القضاء مطالباً إياه بإلغائها، إذ اكتفت المادة 59 من القانون الحالي بذكر الحالة وإعطاء سلطة إلغاء للوالي<sup>16</sup>، هذا بعدما تضمنت المادة 45 من القانون السابق ذكر الحالة وحتى الضمانة السابقة.

4- تكريس التظلم الإداري كوسيلة لمواجهة قرارات السلطة الوصية والقاضية بطلان المداولة أو رفض المصادقة عليها:

هذا ما تضمنته المادة 61 من قانون البلدية الحالي، إذ إلى جانب تقريرها للطعن القضائي ضد قرار الوالي القاضي بطلان المداولة أو رفض المصادقة عليها، فقد أعطى رئيس المجلس الشعبي البلدي الحق في تقديم تظلم إداري له وفق الشُروط والأشكال الموضحة قانوناً، في نفس الموضوع؛ وإن كنا نُقدّر موقف المُشرّع في بحثه عن وسيلة أخرى إلى جانب الطعن القضائي الذي اتسم في ظل القانون 08/90 المُتمم وقبلة الأمر 24/67 المُعدل والمُتمم بعدم الفاعلية من الناحية التطبيق العملي، غير أنه لم يُؤفّق في اختيار الوسيلة، إذ وفضلاً عن تدرّجه في إقرار تطبيق ضمانة الطعن القضائي، وبخاصة من جهة نطاق تطبيقه من حيث الأشخاص<sup>17</sup>، فإن تقريره للتظلم الإداري كأسلوب وشكوى ضد قرار الوالي جعل مفهوم الرقابة على البلدية باعتبارها جماعة إقليمية يأخذ بُعداً آخر غير ذلك المُتعارف عليه والمُقرّ فقهيّاً، والقائم أساساً على فكرتي الإشراف والتعاون؛ لتبرز وكأنها مظهر من مظاهر السلطة الرئاسية ما يجعل البلدية تنتقل من نطاق اللامركزي إلى نطاق اللامركزي.

5- تدعيم صلاحيات الأمين العام للبلدية:

وهو الواضح من خلال استقراءنا للنصوص المنظمة لقانون البلدية الحالي، وخصوصاً المواد المتعلقة بإدارة البلدية، والتي أناطت المادة 125 للأمين العام تنشيطها وكذا بالنظر إلى فحوى ومضمون المادة 129 التي ذكرت المهام المُباشرة من طرفه وذلك تحت سلطة رئيس المجلس الشعبي البلدي، منها:- ضمانه تحضيره لاجتماعات المجلس الشعبي البلدي.

- تنشيط وتنسيق سير المصالح الإدارية والتقنية البلدية.

- ضمان تنفيذ القرارات ذات الصلة بتطبيق المداولات المُتضمنة الهيكل

التنظيمي ومخطط تسيير المُستخدمين.

-إعداد محضر تسليم واستلام بين رئيس المجلس الشعبي البلدي المُنتهية عُهدته والرئيس الجديد المُنتخب.

- كما يتلقى التفويض بالإمضاء من رئيس المجلس الشعبي البلدي قصد الإمضاء على كافة الوثائق المُتعلقة بالتسيير الإداري والتقني للبلدية باستثناء القرارات<sup>18</sup>.

وفي الوقت ذاته يُعد من أعضاء لجنة البلدية للمناقصة وذلك وفق المادة 191 من ذات القانون.

وبتفحصنا لذات القانون نرى أن المُشرع قد أثر نزع بعضًا من صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي وإسنادها للأمين العام، وإن كان هذا الأخير يعمل تحت سلطته من ذلك توليه إعداد مشروع الميزانية بعدما كان هذا حقًا خالصًا لرئيس المجلس الشعبي البلدي في ظل القانون القديم<sup>19</sup>؛ وهو بذلك - القانون 10/11 - يُكون قد دَعَم تواجد مركز الأمين العام وبخاصة بالنظر إلى نوعية المهام المناط به باعتبارها من الصلاحيات الأساسية لتسيير البلدية، ما يُبرز نية المُشرع الواضحة في دعم تواجد السُلطة المركزية على المُستوى البلدية، وبالتالي التضييق من حُريتها، وهو ما يجعلنا نتساءل عن: أي آفاق يُمكن لنا أن نتصورها لاستقلالية البلدية في الجزائر في ظل كوابح الإصلاحات المُختلفة؟ هذا تماما ما سوف نتعرض له في ظل المحور الثاني من هذه الدراسة.

2- المحور الثاني: أي آفاق لاستقلالية البلدية في الجزائر في ظل عوائق الإصلاح المُختلفة:

على اعتبار أن البلدية في الجزائر هي الجماعة الإقليمية الأقرب إلى المواطن، كونها الخلية القاعدية للامركزية المحلية، التي تقوم على مبدأ الاستقلالية وقاعدة الحُرية، فقد كان التعامل مع إصلاح الجماعات الإقليمية بصفة عامة، وبالتالي نظام اللامركزية قائمًا ومنذ الاستقلال على منطق تغليب الشكل على الأصل<sup>20</sup>، بل ولا يزال يُحافظ على نفس الخاصية حتى من

خلال آخر التعديلات، وهو الواضح فعلاً من خلال القانون رقم 10/11 المُتمم، الذي من سماته أنه قانون يحمل صفة القدم مع الجدة، إذ يتسم بالقديم كون أن هذا الإصلاح وحتى الأخرى السابقة له والمتعاقبة لم تُدخِل أي تغيير يُمكن اعتباره جوهرياً على استقلالية الجماعات الإقليمية عامة والبلدية خاصة<sup>21</sup>، إذ ما زال النظام القانوني لها يحتفظ بنفس آليات الرقابة المُستوحاة من النموذج الفرنسي القديم، ويتصف بالجدّة بالنظر إلى مجموع الأحكام التقنية التي تضمنها، من ذلك كيفيات انتخاب رئيس المجلس الشعبي البلدي وتنصيبه وغيرها من المواضيع.

ومن ثمّ، وبالنظر إلى الموقف الذي اتخذه المُشرع فيما يخص موضوع وُغُضُر الاستقلالية، والذي أثر - كما سبق وأن أشرنا في الجزء الأول - أن يكون عكس التطلّعات التي كانت تصبو وتُنادي دائماً بضرورة منح نطاق واسع من الحُرّية للبلدية، هذا دفعنا إلى التساؤل حول السبب الذي حال دون أن يمنح القانون 10/11 للبلدية حُرّيتها واستقلالها باعتباره وُغُضُرًا من عناصر قيامها والذي كان ولا زال دائماً مطلباً منشوداً، أو بمعنى آخر لماذا لم يستطع أن يكون القانون الحالي للبلدية في مُستوى التطلّعات التي كانت مرسومة له؟.

الإجابة على هذا التساؤل سيكُون فحوى محورنا الثاني من هذه الدراسة، والذي عُمومًا تتداخل فيه عوامل، قانونية، سياسية، إدارية، سُوسيوولوجية، ثقافية، وغيرها، حاولنا تجميعها قدر الإمكان وبلورتها في إطار مجموعة من العناصر نذكر منها.

أ- العوامل المُرتبطة بالنص القانوني ذاته:

ارتأينا تقسيمها إلى عُصَرين:

1- تغليب الجانب التقني والفني عند وضع النص القانوني المُتعلق بالبلدية<sup>22</sup>:

فحتى وإن كُنّا نعرّف البلدية في الجزائر على أنها جماعة إقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المُستقلة، يُناط بها البث في الشُؤون

المحلية، وهو التعريف ذاته الذي استوتحت عناصره من المادة الأولى من القانون 10/11 السالف الذكر، وإن كان يتسم بالبساطة إلا أنه يشمل كافة المبادئ العامة التي تقوم عليها اللامركزية الإقليمية عامة، وهي مبادئ ترتكز بالدرجة الأولى على موضوع الاستقلالية القائم على الحرية، في جميع مستويات حياة البلدية، من ذلك حرية انتخاب ممثليها، حرية تدخلها في ممارسة الصلاحيات المناطة بها، وحتى الرقابة الممارسة عليها من طرف سلطة الإشراف، والتي ينحصر غرضها في المقام الأول على تأمين احترام البلدية لمبدأ المشروعية، دون المساس بحريتها في التصرف.

ومن خلال القانون رقم 10/11 الذي يُعد آخر إصلاح شهدته البلدية في الجزائر، فيمكن القول أنه طور نسبياً كل ما في البلدية، وبالأخص جانب التسيير الإداري لها باستثناء الرقابة الممارسة عليها، والتي ازدادت تشدداً مقارنة بما قرره سابقه 08/90 المتمم، إذ أصبحت عُضراً يحل محل مبدأ الحرية في تأسيس اللامركزية وتطويرها لتأخذ صفة التعميم بالنظر إلى نطاقها، وهو بذلك يُغلب الجانب التقني فيه، ولعل مظاهر ذلك نلمحها جلياً من خلال تفصيله لكيفية سير وعمل المجلس الشعبي البلدي، من إجراءات اجتماعاته في الدورات العادية وغير العادية وحتى في الظروف الاستثنائية، النظام القانوني الذي يُطبق على رئيس المجلس الشعبي البلدي من خلال إجراءات تنصيبه والإجراءات المُتبعة في تخليه عن المنصب وغيرها من الأحكام التي تتسم بالمقام الأول بأنها ذات صبغة تقنية، بعيدة تماماً عن مضمون اللامركزية.

ولأن القانون الحالي للبلدية في الجزائر يكون قد تجاهل توسيع نطاق أهم مبدأ تقوم عليه اللامركزية الإقليمية، إذ فضلاً عن ما وضّحناه سالفاً في ظل المحور الأول من مظاهر التضييق من استقلاليتها، فقد تعامل هذا القانون مع أهم سلطة داخل المجلس مُمثلة في رئيسه كمجرد موظف للإدارة المركزية، إذ جعله يعمل تحت إشراف الوالي في تبليغ القوانين والتنظيمات، وحتى السهر على النظام العام والسكينة العمومية<sup>23</sup>؛ كما أعطى للوالي سلطة

الحلّول محل رئيس المجلس الشعبي البلدي عند امتناع هذا الأخير وبعد اعذاره عن اتخاذ القرارات المؤكدة له بمقتضى القوانين والتنظيمات، ومع تأكيدنا أن تقنية الحلّول لا علاقة لها بقواعد اللامركزية أكثر من ذلك فإنها تتنافى معها لدخولها في نطاق السُلطة الرئاسية وليس سُلطة الإشراف<sup>24</sup>.

وعليه، ولأن الإصلاحات الواردة على البلدية في الجزائر لم تُحدث أي جديد إلا على مستوى الجوانب التقنية والفنية لها، في مُقابل الحفاظ على مبدأ حماية سُلطة الدولة مُثلة في السُلطة المركزية، فان استقلالية البلدية ومن ثم حُرّيته لا تُقاس إلا بقدر عدم المساس بذلك المبدأ، وهو ما يُعبر عن واقع العلاقة الموجودة بين البلدية والدولة، والذي جعل هذه الأخيرة تأخذ مركز الوصي وليس المُشرف على الأولى، وبالتالي اعتبار مُمثلها مُجرد أعوان تنفيذ للسياسة العامة للدولة أكثر منهم رجال تفكير في السياسة التنموية المحلية بشكل يدعوننا للتساؤل عن حقيقة وجود مصالح محلية بلدية مُتميزة عن المصالح الوطنية من عدمها؟.

2- عدم مُراعاة مبدأ الأمن القانوني عند وضع النص القانوني المُتعلق بالبلدية:

عادة ما ينبغي أن يُراعى عند وضع أي نص قانوني يُنظم أي مجال، مبدأ الأمن القانوني، هو حتى وإن كان مبدأ قضائياً بالدرجة الأولى، لعدم تكريسه بموجب نص قانوني؛ فهو يقوم على مجموعة من العناصر يُفترض أن تُراعى عند وضع القاعدة القانونية، تتمثل عموماً في قابلية القانون للتوقع، وُضوح القاعدة وجعلها في المُتناول، استقرار الوضعيات القانونية وأخيراً ضرورة الالتزام بواقعية النص القانوني، وبالتالي ضمان مُواءمته مع الواقع الاجتماعي، الثقافي، السياسي، ومن ثم فإنّ عدم العمل به - مبدأ الأمن القانوني- من شأن أثره أن يصل إلى حد تجريد النص القانوني من كل حُججية، كونه مُعقداً وغير واضح.

ويرُجوعنا واستقرائنا للقانون 10/11 المُتعلق بالبلدية نلمس سلبية العمل بهذا المبدأ- أي مبدأ الأمن القانوني- لتضمّنه نُصوصاً أحياناً تبدو مُعقدة وأحياناً أخرى تتسم بالإبهام، وعدم الوُضوح، وهذا ما يدفعنا إلى

القول بضرورة تبني وتفعل هذا المبدأ، خاصة في جانبه المُتعلق بضرورة الالتزام بواقعية النص القانوني مع ضمان مُلاءمته لمجموع الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وهذا تمامًا ما جعل واقع البلدية لا يُواكب دائمًا الإصلاحات القانونية المُتعلقة بها، وفي هذا المجال لا يفوتنا أن نذكر أمثلة بسيطة سبق وأن تناولناها في هذه الدراسة تُبرز وتُظهر تساهل المُشرع مع مبدأ الأمن القانوني من ذلك:

- غموض المادة 15 من القانون 10/11 عند حديثها عن هيئات البلدية وهياكلها، وذلك بسبب عدم توضيحه للوضع الذي يُمكن أن تأخذه الإدارة المُنشطة من طرف الأمين العام؛ فهل تُدرج ضمن هيئات البلدية، أم تدخل ضمن تكوين الهيكل العام للبلدية، بالنظر إلى مُختلف ما يترتب من آثار عن كلا الحالتين.

- نص المادة 53 من القانون 10/11 السالف الذكر، على أنه تجري وتُحرر مُداورات وأشغال المجلس الشعبي البلدي باللُغة العربية، الأمر الذي يُمكن ألا يكون مُتماشيًا مع الواقع الاجتماعي والثقافي السائد في مُعظم المناطق بالبلاد، نتيجة كثرة التخاطب باللُغة الفرنسية، التي يبقى التخلُّص منها مُشكلة صعبة نتيجة لأسباب تاريخية وثقافية<sup>25</sup>.

- احترامًا دائمًا لمبدأ الأمن القانوني، فيُفرض في كُل عملية إصلاح احترام واجب التجديد من ناحية، واحترام استقرار الوضعيات القانونية من ناحية أخرى، فنرى أن القانون 10/11 قد حاد عن هذا المبدأ، وهو الواضح من خلال المادة 59 منه عند حديثها عن المُداورات الباطلة بقوة القانون، إذ أنّه وكما ذكرنا سابقًا فالْمُشرع لم يُوفّق إلى حد بعيد في تناوله لمواضيع المُداورات محل البُطلان، على اعتبار أنّ كُل من المُداورات الماسة بزموز الدولة وشعاراتها، والأخرى غير المُحررة باللُغة العربية تدخل في نطاق الأولى المُتخذة خرقًا للدُسُور وغير المُطابقة للقوانين والتنظيمات على النحو المذكور آنفًا.

وعلى ذلك فإن هذا الغموض والتناقض وعدم الواقعية وأحيانًا التمويه



كُلّها عناصر جعلت من هذا الإصلاح يتسم بالسطحية والشكلية لتغليبها الجانب التقني فقط وابتعاده عن الاهتمام بمبادئ اللامركزية عامة، واستقلال كياناتها خاصة، كما أنّها في الوقت ذاته تجعلنا أمام نُصوص وصفها الأستاذ محمد عجمي بأنها حالات للهذيان التشريعي<sup>26</sup>، لعدم ارتكازها على مبدأ الأمن القانوني الذي يقتضي جودة النص القانوني كأحد أسس دولة القانون، وهو ما ورد تماماً في التقرير العام لمجلس الدولة الفرنسي سنة 2006 بقوله: "أن القانون وُجد للتنظيم وليس للثروة ولخلق أوهام وتغذية مواطن غُموض وإحباطات وأن القانون وجب أن يكون قاعدة"<sup>27</sup>.

ب- العوامل المرتبطة بالضعف المُتعلق بالجانب المالي والبشري:

من العوامل كذلك المُتسببة في عدم التكريس الفعلي لاستقلالية البلدية في الجزائر، عدم فاعلية الموارد المالية الذاتية للبلدية وضعف التأطير البشري في مجال التسيير، فحتى وإن كان القانون 10/11 المُتعلق بالبلدية قد تضمن نُصوصاً تُنظم مالية البلدية من حيث إيراداتها ونفقاتها، وكذا كفاءات ضبط ميزانياتها، فضلاً عن إلزامها لهذه الهيئة بحتمية توفيرها للموارد المالية الضرورية للتكفل بمُختلف الأعباء الموكلة إليها، وحتى ضمانه للمورد المالي في حال تحويل الاختصاص من الدولة إلى البلدية، أو اتخاذها أي إجراء يتضمن إعفاء أو تخفيضاً في نسب الضريبة، ورغم ذلك فمعظم الإحصائيات تُشير إلى أن مستوى إيرادات البلدية مازالت ضعيفة ومُتفاوتة فيما بينها، ممّا يُقيها دائماً رهينة المنح والإعانات المُقدمة من طرف الدولة<sup>28</sup>، والتي وإن كانت تُمثل حلاً يُغطي ضعف المورد المالي المحلي، إلا أنه يبقى في الحقيقة كإحباط أمام تطور استقلالية البلدية، باعتبارها مدخلاً لهيمنة الدولة عليها، ومن ثم فالوضع يفترض إيجاد حُلُول فعالة من شأنها أن تساهم في خلق مورد مالي محلي كافٍ، والتقليص من حدة تلك الفوارق الموجودة بين البلديات؛ وإن كان القانون 10/11 فعلاً قد تضمن بعضاً من هذه الحُلُول، من ذلك تنظيمه لآلية التعاون المُشترك ما بين البلديات<sup>29</sup>، ونصه على اتفاقيات التوأمة، إلا أنه في الوقت ذاته عرقل تلك آليات من خلال إخضاعها للرقابة في معنى المُصادقة الوجوبية

المُسبقة لسلطة الإشراف مُمثلة في الوالي<sup>30</sup>.

ومن ناحية أخرى، فإن عدم نجاعة التمويل المحلي للبلدية يرجع إضافة إلى ما سبق ذكره إلى الضعف الذي تشهده أغلب البلديات بشأن التأطير البشري، فعادة ما تفتقر هذه الأخيرة إلى كفاءات ذات تكوين نوعي في مجال تسيير هذه الموارد، حتى في ظل توافرها، زيادة إلى فقدها لأدنى مبادئ كفاءات التعامل مع النُصوص القانونية، وهو ما ترجع مسؤوليته أو أسبابه إلى الأحزاب السياسية، والتي تعتمد على معيار الولاء السياسي في انتقائها لمُرشحيها المحليين، بغض النظر عن كفاءتهم، وهي كُلها عوامل من شأنها أن تُؤثر سلبا على تجسيد استقلالية البلدية في الجزائر.

ج- العوامل السياسية البحتة:

فالمفروض أن أي إصلاح مُدرج على نظام الجماعات الإقليمية في الجزائر عامة والبلدية خاصة، يهدف إلى إضفاء النجاعة، يجب أن يُصاحبه في نفس الوقت إصلاح سياسي في اتجاه الديمقراطية، وذلك إذا ما أخذنا في عين الاعتبار أن التنظيم الإداري المحلي عبارة عن نسق مفتوح يتأثر بمجموع الظُروف السياسية الموجودة، إلا أننا في ذات السياق نلمح وباستقراءنا للتاريخ القانوني للبلدية في الجزائر نوعاً من التردّد عند تحديد المُشرّع لنطاق استقلاليتها عبر مُختلف الإصلاحات التي عرفتها، بما في ذلك القانون 10/11، وفي بحثنا عن الأسباب فإننا نُرجعها أساساً إلى تردّد الإرادة السياسية بشأن الاستقلالية، على اعتبار أن اللامركزية تُقوم من حيث الأصل على محور الحُرية، وهذه الأخيرة تُعد مسألة سياسية بالدرجة الأولى، كما أن اللامركزية المحلية تُعتبر من المسائل المُراهن والمُعول عليها، فهي بذلك لا تُعدو إلا أن تُكوّن بامتياز مسألة سياسية كذلك، ومن أسباب هذا التردّد في رأينا يُمكن ذكر العوامل التالية:

1- ظُروف نشأة وتطور البلدية في الجزائر والتي دائماً لازمها طُغيان النظرة السياسية عليها أكثر من اعتبارها الفاعل الأول في التنمية المحلية، سواء في مرحلة الأحادية السياسية أين نُعتت البلدية آنذاك بأنها بلدية الحزب الواحد ومُستودع السُلطة الحاكمة باعتباره صانعها؛ أو حتى أثناء التعددية

السياسية والتي لا نلمح في ظلّها أي قطيعة يُمكن أن تظهر بين البلدية والسلطة المركزية، وهذا ما جعل تلك المجالس وكأنّها مجالس شعبية بلدية موروثه عن نظام الحزب الواحد.

## 2- آلية التطبيق الخاطئ لنظام التعددية السياسية:

لقد أصبحت التعددية السياسية واقعا في النظام السياسي والاجتماعي في الجزائر ممّا يفترض بها أن تترك أثرها وبصمتها بصفة مباشرة على الجماعات الإقليمية عامة والبلدية خاصة، وذلك عن طريق إحداث القطيعة - على الأقل - لتبعيتها للسلطة المركزية، التي كانت سائدة في إطار الأحادية السياسية، إلاّ أنه عملياً وعلى امتداد أكثر من عشرين سنة على إقرار نظام التعددية الحزبية فإنها لم تُغيّر أو تُؤثر في بنية التنظيم الإداري، وفحواه<sup>31</sup>، نتيجة لعدم تمكّنها من عدم إحداث أي تغيير في ممارسات النظام السياسي القائم والمستمدة عموماً من الحقبة السابقة مع البلدية، الأمر الذي حال دون التأسيس لنظام سياسي جديد متوافق مع توجهات المجتمع الجديدة، والذي من شأنه أن يقضي على احتكار السلطة والممارسة السياسية المُقيّدة خاصة على المستوى المحلي، ما جعل استقلال تلك الهيئات شكلياً فقط حتى في ظل الإصلاحات القانونية المُتبعة من ذلك القانون 10/11 المُتعلق بالبلدية، بل وانتابنا شكٌ مشروع حول حقيقة وجود وواقعية اللامركزية الإدارية والديمقراطية المحلية وتكريس مبدأ مشاركة المواطن المحلي فيها، ويرجع هذا بالدرجة الأولى إلى الكيفية المُتبعة في توزيع الخريطة الحزبية في الجزائر، إذ ما زالت ظاهرة الهيمنة على السلطة وأحاديتها راسخة فعلا في ظل التعددية، نتيجة ترنح المعارضة بين أحزاب وظيفية عُمومية وأخرى مُتطرفة غير مُعترف بها، وإن وُجدت أحزاب ناشطة فعادة ما تُكوّن بدون قاعدة شعبية؛ وبغض النظر عن موقعها من السلطة فتلك الكيانات غير قادرة تماماً على منافسة الأحزاب التقليدية الحاكمة وفرض برنامج بديل بالوسائل الديمقراطية<sup>32</sup>، ما دفعنا إلى القول أن ممارسة هذا النظام - التعددية السياسية - لم تدخل بعد في تقاليد المجتمع الجزائري، بل وما زال نظاماً دخليلاً أُختر سلفاً لحكمه وفق رؤى سُلطوية وقيادية، لم يُقرّر فيها هو بشكل حُر وسيّد ممّا أفرز لنا مجالس شعبية شكلية غير مُسايرة لخصائص الواقع المحلي الجزائري.

خاتمة القول، كون أن الجماعات الإقليمية وبالخصوص البلدية عبارة عن حتمية موضوعية في الجزائر، فرضها واقع سياسي، تبنها خطابه مُنذ الاستقلال وإلى غاية يومنا الحالي، وواقع اجتماعي باعتبارها من المُتطلبات الأساسية للمُجتمع، وحتى جُغرافي بالنظر إلى شساعة المساحة الترابية للبلاد، وإن كُنّا نُؤمن فعلاً جُهود المُشرّع في مجال إصلاح هذه الجماعات، فقد ارتأينا وقبل تقديمنا لاقتراحات بسيطة يُمكنها أن تُساهم في تطوير البلدية في الجزائر، أن نُخرُج بمجموعة من النتائج استخلصناها من هذه الدّراسة:

- ما يُحسب لقانون 10/11 المُتعلق بالبلدية أنّه تمكّن من تنظيم مجالات وسدّ ثغرات عديدة أوجدها سابقه 08/90 المُتمم، وكّرّس نظريا مبادئ الديمقراطية المحلية، من ذلك تجسيد مبدأ مشاركة المُواطن المحلي في تسيير شؤونه المحلية في المواد 11 إلى 14 منه.

- بالرغم ممّا قيل سابقاً، ما يُمكن استنتاجه أنّ الإصلاحات التي أتى بها القانون 10/11 تتسم بالسطحية، لأن المُشرّع في نظرنا غلب فيها الجانب التقني والشكلي عن الاهتمام بدعائم التنظيم الإداري المحلي، وبالتالي فهو لا يتصف بسمة قانون بلدية بقدر ما يُعد قانون تسيير إداري بلدي.

- ما يلاحظ على القانون 10/11 أن المُشرّع اعتمد في وضعه على سياسة التشريع الأنّي للحدث، وهو الواضح جلياً من خلال إيجاد حُلُولاً لمُشكلات مُوقّته وعارضة واجهت البلدية في ظل القانون 08/90 المُعدّل والمُتمم "كتنظيمه لكيفيات اختيار رئيس المجلس الشعبي البلدي وآليات تنصيبه"، دون أن يتطرق إلى إصلاح أركان اللامركزية الإقليمية؛ ما جعل هذا الإصلاح يبقى مُتوقفاً على الشكل دون الأصل، أي عند تحسين تنظيم الأجهزة اللامركزية وتطوير إمكانيات عملها دون الوصول إلى تمتيعها باستقلالية فعلية عن الإدارة المركزية؛ وخاصة إذا ما أخذنا بالاعتبار طول المُدة التي تم استغلالها لإعداد هذا القانون.

أما عن الاقتراحات التي يُمكن أن نُقدمها، تتمثل في:

- ضرورة التخلي عن سياسة الإصلاحات السطحية للمنظومة القانونية المُتعلقة بالجماعات الإقليمية عامة والبلدية خاصة، بحيث وإضافة إلى

تنظيمها للجوانب التقنية الخاصة بالتسيير الإداري اليومي للبلدية، عليها الاهتمام بمبادئ وأركان اللامركزية.

- ضرورة مراعاة عند وضع النص القانوني الخاص بالبلدية وكذا القوانين الأخرى المرتبطة به كالمُتعلق بالانتخابات، أو بالصفقات العمومية مثلاً؛ مبدأ الأمن القانوني بعناصره الثلاث السابقة التناول في هذه الدراسة، لتحقيق ما يُعرف بجودة القانون على اعتبار أن الجماعات الإقليمية عامة عبارة عن نسق مفتوح.

- ضرورة تكريس مبدأ التعاون ما بين البلديات واتفاقات التوأمة، وتشجيع الاستثمار على النطاقين الوطني والأجنبي لمحو الفوارق المالية ما بين البلديات وتوفير المورد المالي المحلي باعتباره ضمانة هامة مساهمة للتجسيد الفعلي لاستقلالية البلدية في الجزائر.

- ضمان تكوين نوعي وأكاديمي فعلي للمتخين المحليين سواء في مجال التسيير الإداري أو في مجال ضمان معرفتهم ولو بقدر بسيط بمبادئ اللامركزية.

- على اعتبار أن نجاح أي نظام لا مركزي إقليمي يُقاس بمقدار تمتع هذا الكيان بالحرية أو الاستقلالية، فالبداية تفرض أولاً وجود اعتراف قانوني للبلدية بنطاق أوسع من الاستقلال عن طريق التخفيف من شدة آليات الرقابة المفروضة عليها، وضمن التجسيد الفعلي لتلك الحرية من خلال التطبيق الفعلي والصحيح لنظام التعددية السياسية، وتحقيق مشاركة فعالة لمختلف فاعلي المجتمع المدني من أحزاب سياسية وجمعيات وناشطين للمساهمة في رسم السياسة العامة للتنمية المحلية.

- الهوامش:

1 محمد محمود الطعمنة، نُظْم الإدارة المحلية، "المفهوم والفلسفة والأهداف"، الملتقى العربي

المنعقد أيام 20/18 أوت 2003، سلطنة عمان، ص 04 .

2 نصر الدين بن طيفور، أي استقلالية للجماعات المحلية الجزائرية في ظل مشروع جوان 1999

لقانوني البلدية والولاية، مقال منشور بمجلة الإدارة، العدد 22، ص 05

3 محمد محمود الطعمنة، المرجع السابق، ص 04 .

4 وهو الاتجاه السائد مُنذ سنة 1982، إذ دعا إلى التضييق من آليات الرقابة الوصائية ووصل الأمر

إلى حد إلغائها كلية على أعمال المجالس المحلية المنتخبة واستبدالها بالرقابة القضائية.

5 بقولها: "تتوفر البلدية على:

- هيئة مُداولة: المجلس الشعبي البلدي،
- هيئة تنفيذية يرأسها رئيس المجلس الشعبي البلدي،
- إدارة يُنشطها الأمين العام للبلدية تحت سلطة رئيس المجلس الشعبي البلدي.
- تُمارس الهيئات البلدية أعمالها في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما".
- 6 تنص المادة 11 من المشروع التمهيدي لقانون البلدية لجوان 1999 على ما يلي: "هيئات البلدية هي:
- المجلس الشعبي البلدي - رئيس المجلس الشعبي البلدي - الأمين العام".
- 7 من ذلك نص المواد 129 و139 و180 من قانون البلدية الحالي.
- 8 المادة 32 و33 من القانون 08/90 المُتمم والمُلغى.
- 9 نظمت هذه الحالة المواد من 74 و75 و76 من قانون البلدية الحالي.
- 10 ولعل وضع المُشرع لهذه الأسباب في التوقيف راجع بالدرجة الأولى إلى كثرة الدعاوى الجنائية والمُتابعات القضائية في حق المُنتخبين والمرتبطة أساسا بالمال العام.
- 11 بقولها: "كل من تخلف من أعضاء المجلس الشعبي البلدي من تلبية ثلاث دعوات حضور بدُون سبب يعتبره المجلس مشروعا وصحيحا، فانه يُجوز بعد تكليفه بتقديم إيضاحاته التصريح باستقالته من قبل عامل العمالة الأ إذا طعن في ذلك خلال 10 أيام من التبليغ أمام المحكمة المختصة."
- 12 نصر الدين بن طيفور، المرجع السابق، ص 16 .
- 13 كما أن القانون جاء كذلك بحكم آخر مفاده أنه في حال وجود ظروف استثنائية من شأنها إعاقة إجراء انتخابات جديدة بالبلدية وبعد تقرير الوزير المُكلف بالداخلية الذي يُعرض على مجلس الوزراء، فان الوالي يُعين مُتصرفا لتسيير شُؤون البلدية وحتى لقيامها بمهام رئيسها على أن تنتهي مهامه بمُجرد تنصيب المجلس الجديد.
- 14 المادة 16 من التعديل الدُسُوري لسنة 1996 .
- 15 بقولها: "تُعتبر باطلّة بحُكم القانون:
- مُداولات المجلس الشعبي البلدي التي تتناول موضوعا خارجا على اختصاصاته.
- المداولات التي تُكون مُخالفة للأحكام الدستورية ولاسيما المواد 02 و03 و09 وللقوانين والتنظيمات.
- المداولات التي تجري خارج الاجتماعات الشرعية للمجلس الشعبي البلدي يُصرح الوالي بمُوجب قرار مُعلن يُبطلان المُداولة القانوني".
- 16 بقولها: "تُبطل بَقوة القانون مُداولات المجلس الشعبي البلدي:
- المُتخذة خرقا للأحكام الدُسُور وغير المُطابقة للقوانين والتنظيمات.
- الماصة برُموز الدولة وشعاراتها.

- غير المُحررة باللغة العربية".
- 17 إذ وبعدما كان هذا الحق يُمارس من طرف المجلس الشعبي البلدي وكل شخص له مصلحة وفق الأمر 24/67 المعدل والمُتمم، اقتصر هذا الحق على المجلس الشعبي البلدي في ظل القانون 08/90 المُتمم ولرئيس المجلس الشعبي البلدي في القانون الحالي.
- 18 من بين مهام الأمين العام للبلدية نذكر كذلك ما نصت عليه المادة 139 بقولها: "..... يضمن الأمين العام للبلدية تحت سلطة رئيس المجلس الشعبي البلدي تسيير أرشيف البلدية طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما".
- 19 المادة 63 من القانون 08/90 المُتمم والملغى.
- 20 مُحمد عجمي، موانع إصلاح الجماعات الغُمومية في المغرب العربي، مُستقبل الماضي، مقال منشور بمجلة الاجتهاد القضائي، العدد السادس، الجزائر، ص 162 .
- 21 وان كان يرى البعض أن القانون 08/90 المُتمم والملغى المُنظم للبلدية، من بين مُكتسباته إعطاء حرية واسعة للبلدية مُقارنةً بسابقه الأمر 24/67 المعدل والمُتمم عن طريق تخفيفه لآليات الرقابة المُمارسة عليها، وإن كنا نرى أن ذلك غير كافي على اعتبار أن القانون ذاته 08/90- احتفظ بذات آليات المُستوحاة من النموذج الفرنسي القديم وعدم تفعيله للرقابة القضائية.
- 22 وهو ذاته العُصر الذي أشار إليه الأستاذ مُحمد عجمي عند حديثه عن موانع إصلاح الجماعات الغُمومية في المغرب العربي.
- 23 المادة 88 من القانون 10/11 المُتعلق بالبلدية.
- 24 مُحمد عجمي، المرجع السابق، ص 167.
- 25 مُحمد عجمي، المرجع السابق، ص 182 .
- 26 المرجع نفسه، ص 185 .
- 27 Rapport public du conseil d'état, sécurité juridique et complexité du droit, par études et documents du C.E, 2006, p 228
- 28 وفي بحثنا عن العوامل المُتسببة في ضعف هذه الموارد وتفاوتها نجدُها مُتعددة ومُتنوعة نذكر منها على سبيل المثال: الموقع الجُغرافي للجماعات الإقليمية عامة نتيجة التقسيم الإداري لسنة 1984، إذ أن الكثير من البلديات تعاني من عدم وجود أنشطة اقتصادية على أراضيها بالإضافة إلى عدم قُدرة أجهزة الجباية على التحصيل الكلي للضرائب نظر للتهرب الجبائي من جهة ونقص الكفاءة من جهة أخرى.
- 29 المواد 215، 216، 217، من القانون 10/11 المُتعلق بالبلدية .
- 30 المادة 57 من القانون 10/11 المُتعلق بالبلدية.
- 31 الشيخ سعيدي، الدُور التنموي للجماعات المحلية في الجزائر على ضوء التعددية السياسية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2006، ص 345 .
- 32 محمد عجمي، المرجع السابق، ص 174.