

# مجلة العلوم القانونية والسياسية

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

ISSN 2170-0435

## في هذا العدد:

- الإطار الشرعي والتشريعي لزرع الأجنة البشرية بعد وفاة أحد الزوجين  
بقلم: د. رقية أحمد داود (جامعة تلمسان)
- الاحتياط في إثبات أو نفي النسب في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي الجزائري -  
بقلم: أ. محمد بجاق (جامعة الوادي - الجزائر)
- الكفاءة في عقد الزواج وفقا لقانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت "دراسة مقارنة"  
بقلم: د. بشار طلال المومني (جامعة العين - الإمارات العربية المتحدة)
- نظرات في الأساس القانوني لإلغاء عقوبة الإعدام من القانون الجزائري  
في ضوء الشريعة الإسلامية  
بقلم: أ. أحمد بومدين (جامعة سعيدة - الجزائر)
- الحماية الجزائرية للأطفال من إساءة المعاملة الوالدية في التشريع الجزائري  
بقلم: أ. مباركة عمارة (جامعة الوادي - الجزائر)
- تفتيش المنظومات المعلوماتية في القانون الجزائري  
بقلم: د. د. رضا هميسي (جامعة ورقلة - الجزائر)
- حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد في التشريع الجزائري  
بقلم: د. زارة صالح الواسعة (جامعة باتنة - الجزائر)
- المسؤولية الدولية لإسرائيل على جرائم قطاع غزة 2008/12/27 وفق أحكام القانون الدولي الجنائي  
بقلم: أ. ساسي محمد فيصل (جامعة سعيدة - الجزائر)
- رقابة البرلمان على الحكومة بألية الاستجواب - مقارنة تحليلية  
بقلم: أ. ميلود ذبيح (جامعة المسيلة - الجزائر)
- آليات تقسيم الدوائر الانتخابية (دراسة تأصيلية مقارنة)  
بقلم: أ. يعيش تمام شوقي (جامعة بسكرة - الجزائر)

العدد الخامس - السنة الثالثة: شعبان 1433 هـ / جوان (يونيو) 2012 م

منشورات جامعة الوادي



منشورات جامعة الواح

# مجلة العلوم القانونية والسياسية

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

العدد الخامس - السنة الثالثة : شعبان 1433 هـ / جوان (يونيو) 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. علي قريشي

د. إبراهيم رحمانى

د. فاروق خلف

د. المكى دراجى

أ. إدريس كمال فتحي

أ. الصادق جرايئة

## 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 الغالي (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. نادية فوضيل (جامعة الجزائر)  
أ.د. وهبي محمد مختار (السودان)  
أ.د. بلس شاوش 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 والعلوم السياسية بحي النور - ص . ب : 789 الوادي 39000 الجزائر

هاتف - فاكس : 032 21 72 15

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

- الموقع الإلكتروني: www.facdrot39.com

# قائمة المحتويات

مجلة العلوم القانونية والسياسية : العدد (5) - السنة (3): شعبان 1433 هـ / جوان (يونيو) 2012م

الموضوع	رقم الصفحة
افتتاحية العدد:	
بقلم رئيس التحرير الأستاذ عبد القادر حوبه	07
الإطار الشرعي والتشريعي لزرع الأجنّة البشرية بعد وفاة أحد الزوجين بقلم : د. رقيّة أحمد داود ( جامعة تلمسان )	09
الاحتياط في إثبات أو نفي النسب في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي الجزائري . بقلم : أ. محمد بجاق (جامعة الوادي - الجزائر)	25
الكفاءة في عقد الزواج وفقا لقانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت "دراسة مقارنة" بقلم د. بشار طلال المومني (جامعة العين - الإمارات العربية المتحدة)	73
نظرات في الأساس القانوني لإبقاء أو إلغاء عقوبة الإعدام من القانون الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية بقلم أ. أحمد بومدين (جامعة سعيدة - الجزائر)	121
الحماية الجزائرية للأطفال من إساءة المعاملة الوالدية في التشريع الجزائري بقلم : أ. مباركة عمارة (جامعة الوادي - الجزائر)	143
تفتيش المنظومات المعلوماتية في القانون الجزائري بقلم : د. رضا هميسي (جامعة ورقلة - الجزائر)	157
حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد في التشريع الجزائري بقلم د. زرارة صالح الواسعة (جامعة باتنة - الجزائر)	183
المسؤولية الدولية لإسرائيل على جرائم قطاع غزة 2008/12/27 وفق أحكام القانون الدولي الجنائي بقلم أ. ساسي محمد فيصل (جامعة سعيدة - الجزائر)	207
رقابة البرلمان على الحكومة بألية الاستجواب - مقارنة تحليلية بقلم أ. ميلود ذبيح (جامعة المسيلة - الجزائر)	229
آليات تقسيم الدوائر الانتخابية (دراسة تأصيلية مقارنة) بقلم أ. يعيش تمام شوقي (جامعة بسكرة - الجزائر)	259

## قواعد النشر في المجلة

- أن لا يكون البحث منشورا أو مقديما للنشر في مجلة أخرى.
- أن لا يكون البحث مستلا من رسالتة 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 صبغة 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 ، متضمنا تصريحا بكون بحثه ليس جزءا من رسالتة جامعية أو كتاب منشور أو أرسل للنشر في دورية أخرى.
- يرفق البحث بالسيرة الذاتية للكاتب متضمنة درجته العلمية ووظيفته وعنوانه الكامل ( المهني - الشخصي ) البريدي والإلكتروني ورقم الهاتف.
- تُعرض البحوث على لجنة فحص أولي للنظر في مدى استيفائها لشروط النشر، ثم توجه إلى التحكيم المتخصص بشكل سري.
- ترسل المجلة وعدا بالنشر بمجرد وصول التقارير الإيجابية. كما ترسل اعتذارا عن النشر إذا كانت التقارير غير إيجابية دون الالتزام بإعادة إرسال الأبحاث إلى أصحابها أو بيان مبررات الامتناع عن النشر.
- يُعطى الباحث في حالة نشر بحثه ثلاث نسخ من العدد الذي نشر فيه بحثه.
- تمتلك المجلة حقوق نشر البحوث المقبولة فيها للنشر، ولا يجوز نشرها لدى جهة أخرى إلا بعد الحصول على ترخيص رسمي من المجلة.
- لا يحق للباحث طلب عدم نشر بحثه بعد تحكيمه وقبوله للنشر.
- ما ينشر في المجلة يعبر عن رأي كاتبه، ولا يمثل بالضرورة رأي المجلة.
- يخضع ترتيب الموضوعات بالمجلة لاعتبارات فنية لا ترتبط برتبة الباحث ولا بمكانته العلمية.



## افتتاحية العدد

### النظم الانتخابية بين الأغلبية والنسبية والمختلطة

تشكل الانتخابات أحد أهم الركائز التي يعتمد عليها النظام الديمقراطي في وقتنا الحالي، ونتيجة لذلك سارعت الدول إلى سن القوانين المتعلقة بهذا النظام من أجل تحقيق أهداف دولة القانون. وتعتمد النظم الانتخابية في سبيل تحقيق أهدافها على معادلات انتخابية مختلفة، فمنها من يعتمد على نظام الأغلبية، ومنها من يقوم على أساس مبدأ النسبية، وهناك من النظم من تقوم على النظامين معا.

إن اختيار النظام الانتخابي ينعكس على الحياة السياسية ومستقبلها، وهو ما يتطلب ضرورة الثبوت في اختيار هذا النظام ومدى تماشيه مع تطلعات المجتمع.

والنظم الانتخابية هي عبارة عن مجموعة من الإجراءات تهدف إلى ترجمة الأصوات التي يتم الإدلاء بها في الانتخابات إلى عدد المقاعد التي تفوز بها الأحزاب والمرشحين. وتتمثل هذه النظم في ثلاثة نظم رئيسية هي: نظم الأغلبية (الفردية)، نظم التمثيل النسبي (النظام النسبي)، النظم المختلطة.

- نظم الأغلبية، ويقوم على مبدأ واضح، حيث يفوز بمقتضاه المرشح أو الحزب الحاصل على أعلى عدد من أصوات الناخبين. ويتفرع هذا النظام إلى خمسة أنواع: نظام الفائز الأول، نظام الكتلة، نظام الكتلة الحزبية، نظام الصوت البديل، نظام الجولتين.

- نظم التمثيل النسبي، ويقوم على تقليص الفارق النسبي بين حصة

- الحزب المشارك في الانتخابات من أصوات الناخبين على المستوى الوطني وحصته من الهيئة التشريعية التي يتم انتخابها.
- النظم المختلطة، ويقوم على المزج بين نظام الأغلبية ونظام التمثيل النسبي.
- وكقاعدة عامة، فإنه ينبغي على كل نظام يتم اعتماده في العملية الانتخابية أن يحقق مجموعة من الأهداف معتمدا في ذلك على مبادئ أساسية تتمثل في:
- التمثيل، حيث تتمثل المهمة الرئيسية للنظام الانتخابي في ترجمة أصوات الناخبين إلى مقاعد تمثيلية منتخبة. وتطرح في هذا المجال الكثير من الإشكاليات حول التمثيل العادل للنظام الانتخابي.
- الشفافية، وهي تتمثل في الوضوح الذي يجب أن يتمتع به النظام الانتخابي وإجراءاته، ذلك حتى يكسب الثقة من طرف الناخبين والأحزاب السياسية.
- الشمولية، ونقصد بها تمتع النظام الانتخابي باحتواء أكبر عدد ممكن من أصوات الناخبين.
- وعموما، فإن اختيار النظام الانتخابي المعتمد في دولة ما، ينبغي أن يساير المجتمع الذي من أجله أعد هذا النظام، وخاصة أن هذا الاختيار سينعكس لا محالة سلبا أو إيجابا على الحياة السياسية داخل هذا المجتمع.

**رئيس التحرير**  
**الأستاذ عبد القادر حويبه**

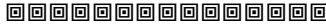


## الإطار الشرعي والتشريعي لزرع الأجنة البشرية بعد وفاة أحد الزوجين

بقلم

د/ رقية أحمد داود

كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة تلمسان



### الملخص

يلجأ بعض الأزواج الذين حرّموا من نعمة الإنجاب بسبب نقص الخصوبة إلى أساليب التلقيح الصناعي ومنها الخارجي، بعد توافر كل الشروط واستكمال الإجراءات التي يتطلبها القانون. إلا أنه قد يحدث أن يتوفى أحد الطرفين بعد البدء في الخطوات الأولى لمشروعهم الأسري الإنجابي، أي بعد التلقيح وقبل بلوغ مرحلة الزرع في الرحم.

الأمر الذي يشكل عائقا يحول دون إتمام المشروع الأسري من جانب واحد، وبالتالي العدول عنه والتخلي عن الأجنة المحفوظة. إلا أن بعض الأزواج المتبقين على قيد الحياة، يظلون متمسكين بتحقيق رغبتهم في الإنجاب وبالتالي الزرع رغم وفاة الشريك، وهو ما يفترض إحدى الحالتين:

1- تمسك الزوجة بالزرع بعد وفاة زوجها.

2- إصرار الزوج على الزرع في زوجة ثانية بعد وفاة زوجته.

بين مؤيد ومعارض تتأرجح الآراء الفقهية، القانونية والقضائية.

### Résumé :

Pour ce qui est de l'implantation Post mortem les législateurs français et algérien se prononcent clairement sur l'interdiction du transfert d'embryons après le décès de l'un des membres du couple, une prohibition générale,

prennent en compte :

\* le deuil de l'époux survivant, il doit être protégé contre lui même, dans la détresse qu'il traverse du fait de perdre son conjoint, la poursuite du projet a des conséquences qui doivent être envisagées lors de la prise de décision.

\*L'avenir de son éventuel enfant, pour ne pas devenir à la fois un enfant sans père ou mère et un enfant de deuil.

### مقدمة:

قد يحدث أن يرفض أحد الأزواج أو كلاهما، وبمحض إرادته، الاستمرار في مشروع الإنجاب الذي بدأه في وقت سابق، أي بعد إتمام مرحلة التلقيح، حيث يتم العدول عن الرغبة الأسرية في الإنجاب، لسبب أو لآخر وبالتالي التخلي عن الأجنة البشرية المحفوظة في مراكز التجميد، وهو ما يسمى بالعدول الإرادي، إلا أنه ثمة أسباب قهرية يجبر الأزواج على التخلي عن الأجنة، وأهم هذه الأسباب، وفاة أحد الزوجين، حيث يرغب المتبقي منهما على قيد الحياة على هذا العدول الإرادي، في حين قد يحدث أن يتمسك بالأجنة ويطلب باسترجاعها، بغية المواصلة والاستمرار في المشروع الإنجابي ولو منفردا.

مما يدفع إلى طرح التساؤل حول مشروعية هذا الطلب؟ ومن ثم هل يمكن اعتبار وفاة أحد الزوجين سببا غير مانع لاستكمال المشروع الأسري، خاصة وأن الوفاة مسألة لا يد لإرادة الإنسان فيها، تنقطع بموجبها العلاقة الزوجية.

إن الإجابة عن هذه التساؤلات تقتضي التمييز بين وضعيتين مختلفتين تتعلقان بحالة الزرع بعد وفاة الزوج، أولا، ثم بالزرع بعد وفاة الزوجة ثانيا.

### أولا: الزرع بعد وفاة الزوج:

لا تشكل وفاة الزوج أحيانا، عقبة أمام الأرملة للمطالبة باسترداد الأجنة المحفوظة بغية زرعها، استكمال المشروع الإنجابي الذي بدأه مع فقيدتها. هذا الفقيد الذي شهد إلى جانبها مراحل عملية التلقيح، ماعدا مرحلة الزرع،

محل النقاش، فهل من المعقول أن يسمح للأرملة بأن تتخلى هذه المرحلة الهامة، طالما أنها تقضي إلى ميلاد طفل في حالة نجاح العلوق بمفردها؟ إنه التساؤل الذي انقسمت بشأنه الآراء في الأوساط الطبية، القانونية والقضائية إلى مؤيد ومعارض، حسب ما سيلبي بيانه.

#### I- الاتجاه المؤيد للزرع بعد وفاة الزوج:

يجيز القانون الإسباني رقم 35 لسنة 1988 المتعلق بالإنجاب البشري المساعد للأرملة زرع الأجنة البشرية، بعد وفاة زوجها، مما يمكن من إلحاق نسب المولود بأبيه، ويشترط المشرع الإسباني ضرورة توافر بعض الشروط، تتمثل فيما يلي:

- 1- أن يكون الشريك قد عبر عن رغبته صراحة عن طريق وصية، في أن تستفيد شريكته من استكمال مراحل مشروعها الإنجابي، في حالة وفاته.
- 2- إمكانية إتمام الزرع خلال الستة أشهر الموالية للوفاة، في حين يشترط نظيره البلجيكي وحسب قانون جويلية 2007 المتعلق بالتلقيح الصناعي ومصير الأجنة البشرية الفائضة، ألا تقل مدة الحفظ عن 6 أشهر وألا تزيد عن الستين الموائتين لتاريخ الوفاة<sup>(1)</sup>.

إنه اعتراف صريح بحق الأرملة في المطالبة بالأجنة بغية زرعها استنادا إلى الحجج التي قدمها الفقه المؤيد لذلك والتي تتمثل فيما يلي:

- أ- إن بلوغ مرحلة حفظ الأجنة وتجميدها، دليل أكيد على رغبة الزوج ورضاه بالمشروع الإنجابي الأسري، والذي ينتظر بموجبه من خلاله تحقيق أمله في الإنجاب رفقة شريكته وزوجته، وطالما أن هذا المشروع هو وليد رغبتهما المشتركة فمن الأولى إذن السماح للأرملة بمواصلته، حيث ما من سبب أو حجة تبرر رفض اختيارها في مواصلة ما بدأتها مع زوجها، ولو تم ذلك في ظل ظروف جديدة أملتها الوفاة المفاجئة للزوج طالما أن التلقيح تم قبل الوفاة وليس بعدها، خاصة وأن الزوج لم يتراجع عن رغبته قبل وفاته، إضافة إلى أن الرضا لا يشترط تجديده في مرحلة الزرع<sup>(2)</sup>.

ب- إن محاولات الزرع ونجاح العلق قد تكفل بالفشل، مما يستوجب إعادة المحاولة عدة مرات، وقد يحدث أن يتوفى الزوج أثناء ذلك، لذلك فمن غير المعقول أن يتم حرمان الأرملة من الاستمرار في المحاولة، طالما أن الأمر متعلق بالمشروع الأسري الأصلي الموجود فعلا والنتائج عن الاتفاق الصريح والمشارك بينهما وبين زوجها، قبل وفاته، خاصة وأن فقدان الزوج لا يحول دون تمتعها بحقوقها على الأجنة. حيث أن حقوق كلا الزوجين اتجاه الأجنة على قدم المساواة- فإذا توفي أحدهما، فإن ذلك لن يعتبر مانعا من ممارسة الطرف المتبقي منهما لحقوقه على هذه الأجنة<sup>(3)</sup>.

ج- أنه من غير المنطقي أن يعتبر تخلي الأرملة عن الأجنة مسألة مقبولة عدولها عن المشروع الأسري، في حين يعد تمسكها بأجنتها بغية الزرع، أي تمسكها برضاها الذي تم التعبير عنه مسبقا وبرغبتها في الأمومة، أمرا غير مستساغ ولا مقبول<sup>(4)</sup>.

د- يعتبر السماح بزرع الأجنة في رحم الزوجة بعد وفاة زوجها أفضل وأنجح ضمان لاستمرارية هذه الأجنة ونموها داخل الرحم، في حين أن رفض ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إهدار هذه الأجنة، وهو ما يعتبر تصرفا مخالفا لإرادة الزوجة المعبر عنها مرتين، عند بداية المشروع الإنجابي، وبعد وفاة زوجها حين إبداء رغبتها في التمسك بالأجنة وزرعها، إنه خرق لحقها في تقرير مآل هذه الأجنة، بإرغامها على الاختيار بين منح الأجنة لزوجين آخرين<sup>(5)</sup>، وتحويلها للأبحاث أو وقف تجميدها وإتلافها وبالتالي تركها لتموت ببطء.

إن من يملك الأكثر يملك الأقل، فكيف تملك الأرملة التبرع بأجنتها للغير في حين لا يحق لها زرعها في رحمها، من حق غيرها أن ينعم بفرصة زرع أجنتها وإنجابهم، ولا يحق لها هي<sup>(6)</sup>!

ه- إن رفض تسليم الأجنة للأرملة بغرض زرعها، قد يؤزم حالتها النفسية أكثر فأكثر وستكون بذلك الصدمة بالنسبة إليها مزدوجة، من جهة

فقدان زوجها والذي بدأت معه مشروع الإنجاب، ومن جهة أخرى رفض طلبها لاستكمال ما بدأت مع فقيدتها وبالتالي المساهمة وبشكل مباشر في زيادة حزنها وألمها، في حين أن منحها فرصة لزرع أجنحتها يمثل تخفيفا لها مما تعانيه<sup>(7)</sup>.

و- إن إنجاب طفل يتيم، لن يؤثر على مصلحته، طالما أن أمه متمسكة به. حيث أن الأطفال الذين تم إنجابهم جراء زرع بعد وفاة الأب، يعلمون أنه كان لديهم أب، يعرفون أنه تم التمسك بهم، أنهم رغب فيهم، وأكثر من ذلك لن يغير في الأمر شيء إن توفي الأب قبل الزرع أو بعده، أثناء فترة الحمل<sup>(8)</sup>.

ومن مؤيدي الزرع بعد الوفاة، مجلس الدولة الفرنسي، والذي يرى أنه يمكن اعتبار طلب الأرملة بأنه رغبة ملحة منها لمواصلة المشروع الإنجابي، خاصة وأن هذا الأخير هو حصيلة اتفاق مشترك بين الطرفين فلا مانع حسب المجلس المذكور أعلاه، من إتاحة الفرصة للأرملة لاستكمال ما بدأت مسبقا قبل وفاة شريكها، وكيف يعقل أنه يجوز لها استقبال أجنة غيرها لزرعها، في حين يرفض طلب زرعها لأجنحتها، ثمرة تلقيح بويضتها بماء زوجها أثناء حياته وبرضاه.

ويضيف المجلس أن رفض الزرع بعد الوفاة، قياسا على رفض التلقيح بعد الوفاة، في غير محله، لوجود اختلافات أساسية بين المسألتين، حيث يتعلق الأمر في حالة التلقيح بمني مجمد ومحفوظ، وأن هذا الحفظ لن يؤدي حتما إلى تكوين جنين بشري، ومن ثم فرفض التلقيح بعد الوفاة لم ينجم عنه فقدان كائن بشري، في حين تعد مسألة الزرع أكثر تعقيدا طالما أن الأمر يتعلق بأجنة بشرية<sup>(9)</sup>.

وهو نفس ما ذهبت إليه اللجنة الاستشارية للأخلاق في فرنسا، والتي تؤيد بدورها الزرع بعد الوفاة<sup>(10)</sup>.

ولقد علق كل من المجلس واللجنة إمكانية الزرع بعد الوفاة على

الشروط التالية:

1- أن يعبر الزوج كتابيا عن رضاه وموافقته على مواصلة الزوجة للمشروع الأسري بمفردها في حالة وفاته.

2- أن تمنح الأرملة مهلة زمنية لا تقل عن 03 أشهر ولا تزيد عن السنة ابتداء من تاريخ الوفاة، لطلب استرجاع الأجنة وهي مهلة للتفكير والتقرير، بالنظر إلى الظروف التي تحيط بالأرملة جراء حزنها على فقدان شريكها، ومنحها فرصة التفكير سيمكنها من اتخاذ القرار المناسب بعيدا عن الضغوطات النفسية أو الاجتماعية.

في حين يجب أن يتم الزرع قبل انقضاء أجل 18 شهرا من تاريخ الوفاة، أما عن عدد المحاولات، فينبغي الاكتفاء بواحدة فقط، حيث تمنح الأرملة فرصة لمحاولة واحدة للزرع لا غير، غاية ما في الأمر تقريب تاريخ الميلاد المفترض للطفل من تاريخ وفاة والده قدر الإمكان، وبالتالي تجنب التباعد بين تاريخ الوفاة وتاريخ إنجاب الطفل<sup>(11)</sup>.

3- إن السماح بالزرع من عدمه يتعلق خاصة بمصلحة الطفل المنتظر، ومن قبيل تفعيل هذه المصلحة تشكيل لجنة متخصصة تكلف بدراسة حالة بحالة، لتقرر قبول طلب الزرع أو رفضه بالنظر إلى بعض الإجراءات التي يجب إتباعها، أهمها جمع المعلومات عن الأرملة، مما يمكن من التأكد من ظروفها الاجتماعية وإمكانياتها المادية، وكذا حالتها النفسية<sup>(12)</sup>.

4- أن يتم تعديل نصوص القانون المدني الفرنسي، بهدف التمكن من إلحاق نسب الطفل بأبيه ومن ثم القواعد المتعلقة بالنسب والميراث<sup>(13)</sup>.

وفي ذات السياق جاء حكم محكمة ANGERS بتاريخ 10 نوفمبر 1992 ليدعم هذا الاتجاه، الحكم الذي ألحق بموجبه نسب طفل ناجم عن زرع بعد وفاة والده، إلى هذا الأخير، بالرغم من أنه ولد لمدة تزيد عن 300 يوم من تاريخ وفاة الزوج - الأب - رغم أنه وبموجب المادة 1/315 من القانون المدني الفرنسي فإن المولود في هذه الحالة يعتبر غير شرعي<sup>(14)</sup>.

حيث أن قرينة ثبوت النسب للأب لا تطبق في حالة المولود بعد أكثر من 300 يوم من تاريخ انحلال الزواج.

ولقد استندت المحكمة في ذلك إلى الحقيقة البيولوجية، مستبعدة تطبيق المادة المذكورة أعلاه، على أساس أن التلقيح ثم أثناء قيام العلاقة الزوجية بين الطرفين، ومع أن الحمل جاء متأخرا، إلا أن المتوفى هو فعلا الأب البيولوجي للجنين، وأنه مراعاة لمصلحة الطفل المولود تم استبعاد المادة 1/315 من القانون المدني الفرنسي<sup>(15)</sup>.

وبالتالي إلحاق نسب المولود بأبيه رغم أن الزرع تم بعد الوفاة.

## II- الاتجاه المعارض للزرع بعد الوفاة:

والذي يتزعمه كل من المشرع الألماني، الإيطالي<sup>(16)</sup>، سنة 2004 الفرنسي وكذا الجزائري اقتناعا من جانبهم بغالبية الحجج التي استند إليها الفقه الرافض لهذه المسألة، والتي تتلخص في ضرورة توفر الوسط الأسري أي البيئة العائلية المستقرة للإقدام على إنجاب طفل من خلال الاستعانة بتقنية التلقيح الخارجي.

وطالما كان كذلك فإن غياب تلك البيئة لسبب أو لآخر يعد مانعا من تحقيق الرغبة المنشودة لدى الزوجة في ظل غياب الزوج.

ورغم أن المشرع الفرنسي لم يبد موقفا صريحا اتجاه الزرع بعد الوفاة، إلا أن رفضه لتلك المسألة يتجلى من خلال نص المادة 2/152 الفقرة 04 من القانون رقم 94-654<sup>(17)</sup>، والذي يشترط أن يكون كل من الرجل والمرأة المشكلين للزوج، على قيد الحياة<sup>(18)</sup>.

وبذلك وضع المشرع الفرنسي حدا للتردد القضائي بشأن مسألة استرداد الأجنة البشرية المحفوظة من طرف الزوجة بعد وفاة زوجها.

وهو الموقف الذي ظل متمسكا به بعد إصداره للقانون رقم 2004-800 المتعلق بالأخلاقيات الإحيائية<sup>(19)</sup>، رغم الانتقادات الموجهة إليه متجاهلا بذلك الاقتراح المقدم إليه من طرف كل من مجلس الدولة واللجنة الوطنية

الاستشارية وهو ما يتجلى هذه المرة صراحة من خلال المادة 2/2141 الفقرة 03 من القانون السالف الذكر، والتي تشترط أن يكون الرجل والمرأة على قيد الحياة، وتضيف أو وفاة أحدهما يمثل عائقا يحول دون إتمام عملية الزرع في الرحم<sup>(20)</sup>. حيث أن المشرع الفرنسي يعتبر وفاة أحد الزوجين عدولا عن إتمام المشروع الأسري الإنجابي، رغم أنه عدول قهري، ولما كان كذلك لا يجوز الزرع طالما أن:

1- العلاقة الزوجية بين الزوجين انتهت.

2- العلاقة بين الزوجين وبين مركز التلقيح والحفظ قد انتهت كذلك.

إنه ذات الاتجاه الذي استقر عليه غالبية القضاء الفرنسي وهو ما يتجلى من الأحكام التالي بيانها:

1- حكم محكمة RENNES بتاريخ 1993/06/30 والذي رفض بموجبه طلب المدعية بالزرع بعد وفاة زوجها، رغم أن تأخر الزرع كان سببه تباطؤ المركز المعالج في إتمامه أثناء حياة الزوج، إلا أن وفاة هذا الأخير سنة 1992 في حادث مرور، لم تمنع أرملته من طلب استرداد الأجنة بغرض زرعها واستكمال المشروع الأسري، الطلب الذي رفضه المركز مما دفع بها إلى اللجوء إلى القضاء.

ورغم الطعن بالنقض أمام محكمة النقض، إلا أن هذه الأخيرة رفضته على أساس أن "الهدف من اللجوء إلى التلقيح الصناعي هو إنجاب طفل في ظل أسرة مكونة من زوجين على قيد الحياة، الأمر الذي يمنع من الاستفادة من تلك الممارسة وكذا من استكمالها - الزرع - في حالة تفكك هذه الأسرة إثر وفاة الزوج قبل إتمام الزرع"<sup>(21)</sup>.

2- حكم محكمة الاستئناف Toulouse سنة 1994 والذي رفض طلب ROMANGERO Mary بالزرع بعد الوفاة، استنادا إلى أن الهدف من الزرع هو الإنجاب للتغلب على مشكل نقص الخصوبة لدى الزوجين أو لدى أحدهما، وبانعدام هذا المبرر بوفاة الزوج، لا يمكن قبول الزرع لإتمام تلك



الرغبة لدى الأرملة منفردة<sup>(22)</sup>.

3- حكم محكمة النقض بتاريخ 09-01-1996 القاضي برفض طلب الأرملة Maria PIREs بزرع الأجنة بعد وفاة زوجها.

وتتلخص الوقائع في خضوع الزوجين Pirés لعملية التلقيح في أنبوب الاختبار بأت كل محاولات الزرع بشأنها بالفشل وطيلة سنوات عديدة من سنة 1984 إلى غاية نوفمبر 1990، وبتاريخ 10/12/1990 توفي الزوج الأمر الذي لم يمنع أرملة Mary من المطالبة باسترجاع الأجنة بغية زرعها، غير أن رفض مركز الحفظ لطلبها دفع بها إلى المطالبة عن طريق قضاء المحكمة الابتدائية لـ Toulouse، المحكمة التي رفضت الطلب بتاريخ 11-05-1993 مستندة في ذلك إلى الحجج التالية:

1- أن هذه المسألة تمس بحقوق الطفل الذي سيولد، إذ بولادته بدون أب مسبقا سيؤدي إلى حرمانه من حقوقه الشرعية.

2- إن اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب تستدعي وجود الحاجة الداعية، والتي تتمثل في القضاء على مشكلة عدم القدرة على الإنجاب الطبيعي، وهو ما يفترض تحرير الرضا الصريح والواضح من قبل الزوجين معا، وباعتبار أن الإنجاب الطبيعي يقتضي اتفاق شخصين واشتراكهما في تحقيقه، فإن الإنجاب الصناعي يجب أن يكون هو الآخر محل اتفاق مشترك بين الزوجين، ولا يمكنه أن يتوقف على إرادة طرف واحد.

إلا أن المدعية لم تقبل حكم المحكمة الابتدائية، مما دفع بها إلى الاستئناف والذي رفض بدوره بتاريخ 18-04-94، حيث تم تأييد الحكم المستأنف، ذات التأييد قرره الغرفة المدنية I المحكمة النقض، رافضة بذلك طلب الطاعنة بتاريخ 09-01-96 كما سلف الذكر<sup>(23)</sup>.

4- حكم المحكمة الابتدائية لـ Rennes بتاريخ 15-10-2009 القاضي برفض طلب السيدة Fabienne Justel 40 سنة - باستعادة العينات

المحفوظة من قبل زوجها بغية إجراء التلقيح والزرع بعد وفاته، وذلك في إسبانيا، طالما أن تشريعها يبيح ذلك في حين يرفض القانون الفرنسي ذلك. وبعد الاستئناف أكدت محكمة الاستئناف بتاريخ 2010-06-22 حكم المحكمة الابتدائية استنادا إلى أن التشريع الفرنسي يمنع التلقيح والزرع بعد الوفاة ولو تم ذلك في الخارج.

وبذلك يكون القضاء الفرنسي قد استقر على رفض الزرع بعد الوفاة، مؤيدا بذلك موقف المشرع الفرنسي وممارسا لنصوصه، المشرع الذي عبر عن رأيه صراحة، في حين لم يفعل نظيره الجزائري ذلك، إلا أن موقف هذا الأخير يستتج ضمنا من نص المادة 45 مكرر 2/ من الأمر رقم 02-05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، والتي يشترط بموجبه "... أن يتم التلقيح برضا الزوجين، وأثناء حياتهما ...". معتمدا بذلك الرأي الغالب في الفقه الإسلامي قاصدا بذلك جميع مراحل التلقيح الصناعي إلى أن يتم الزرع في الرحم، مخاطبا كلا الزوجين وليس أحدهما فقط دون الآخر، خاصة وأن التجميد قد فرض وضعية قد تطول فيها المدة الزمنية بين التلقيح والزرع، وبذلك لا يجوز الزرع لانتهاه العلاقة الزوجية بالوفاة، حيث سيتحقق العلوق، إذا تم الزرع، بعد انحلال الرابطة الزوجية، مما سيحول دون إلحاق نسب الطفل بأبيه، بل وسيعتبر الزرع حيثئذ مصدرا للنسب غير الشرعي لأن الجنين حتى يأخذ وصف "الحمل" حسب قانون الأسرة الجزائري لا بد أن يتم زرعه أثناء قيام العلاقة الزوجية لا بعد انحلالها، مما يشكل فرقا للحد الأقصى للحمل والمحدد بـ 10 أشهر من تاريخ الوفاة حسب المادة 42 من القانون السالف الذكر.

وكذا المادة 43 والتي تنص على أنه "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الوفاة".

وبالتالي لا يجوز وفقا للتشريع الجزائري الزرع بعد وفاة الزوج، والقول بغير ذلك سينجم عنه مشاكل قانونية شتى أهمها ما يتعلق بالميراث، حيث

تشرط المادة 128 من قانون الأسرة الجزائري لاستحقاق الميراث، أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة.  
وهو ما لا يتحقق في حالة الزرع بعد الوفاة طالما أن الحمل قد يتحقق بعد وفاة المورث.

### ثانيا: الزرع بعد وفاة الزوجة:

قد يطالب الزوج المتبقي على قيد الحياة باسترداد الأجنة، بغية زرعها في رحم زوجة أخرى، طالما أنه ما من أحد ينازعه على الاسترداد، كما هو الشأن بالنسبة لحالة الانفصال أو الشقاق، خاصة في حالة عدم قدرته على الإنجاب مجددا، مما يدفع به إلى التمسك بالأجنة ومن ثم مواصلة المشروع الأسري الإنجابي الذي بدأه مع شريكته المتوفية، الوضع الذي يتحتم بموجبه على الزوجة الثانية أو الجديدة، قبول زرع تلك الأجنة في رحمها في ظل غياب أي فرصة للإنجاب منه.

الحالة التي يطلق عليها الفقه عبارة "إعارة الرحم" لتمييزها عن مسألة تأجير الرحم لتمييزها عن مسألة تأجير الرحم.

حيث لم تعد عملية الإنجاب شديدة الخصوصية بين الزوجين فحسب، بل امتدت أيادي الغير لتساعد على تحقيق رغبة التكاثر لديهما، ومن ذلك أن تتدخل زوجة أخرى لتحمل أجنة زوجها من زوجته الأولى، والتي وافتها المنية، ومن ثم اقتصار دور الزوجة الثانية على الحمل والولادة طالما أن الأجنة غريبة عنها من الناحية البيولوجية<sup>(24)</sup>، وبالتالي تحقق الأمومة لديها ولو من الناحية القانونية فقط، خاصة وأنها لن تضطر إلى التنازل عنه لغيرها، كما في حالة الأم البديلة، بل ستقوم على تربيته ورعايته.

فهل يجوز ذلك؟ وما موقف كل من الفقه الإسلامي والمشرعين الفرنسي والجزائري من هذه المسألة؟

لقد انقسمت الآراء كعادتها إلى قسمين كما سيلبي توضيحه.

I- الجانب المجيز: وعلى رأسهم الشيخ ابن العثيمين ويروي تفاصيل

ذلك الدكتور مصطفى الزرقا، يقول رحمه الله: "... الشيخ ابن العثيمين هو الذي طرح حالة الضرتين، وقال: "نحن في المجتمع الإسلامي لدينا طريق وهو تعدد الزوجات، فيا ترى لو أن إحدى الزوجتين مستأصل رحمها أو معطل ومبيضاها سليم في حين أن رحم ضررتها سليم ، فهل يمكن أن يزرع الجنين، بعد تلقيح بويضة الزوجة الأولى بماء زوجها، في رحم ضررتها". بحث المجمع هذه النقطة ورأى أنها مبدئيا لا مانع منها باعتبار أن الاثنتين زوجتان لرجل واحد.

وهنا تطرق بالمناسبة وبحكم الضرورة إلى نتيجة الولد ونسبه، فقرر المجمع أنه في هذه الحالة إذا تم الحمل وولدت الضرة، يكون نسب الولد لصاحبة البويضة، وتكون الزوجة التي حملت وولدت أما مرضعة وتم ذلك بالإجماع.

وذلك لأسانيد عديدة، من بينها:

1- إن القرآن الكريم قد اهتم بالعوامل البيولوجية كأساس لثبوت النسب، حيث ذكر في أكثر من موضع، أن الأصل في الإنسان النطفة، وأنها أساس تكوينه. كما في قوله تعالى: ﴿... خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُّبِينٌ﴾<sup>(25)</sup>. وقوله: ﴿... فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ...﴾<sup>(26)</sup>، وقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ...﴾<sup>(27)</sup>، أكدت هذه الآيات وغيرها أن الإنسان خلق من نطفة، ونقل بعدها أطوارا، إلى أن ولد ونشأ، مما يدل على أن الولد بنسب لصاحبة البويضة التي خصبت بماء زوجها وفقا للحقيقة البيولوجية التي ذكرها القرآن الكريم.

2- إن المرأة المتبرعة بالحمل لا يستفيد منها الولد غير الغذاء، فأشبه ما

يكون بطفل تغذى من غير أمه.

3- بالقياس على الثمرة، فإن الثمرة بنت البذرة لا بنت الأرض، وهي وإن كانت تجهز البذرة لكل ما تحتاج إليه، إلا أنها لا دخل لها بنوع أو جنس النبات الذي سينمو فيها. وكذلك شكل الشجر بعد نموه وكبره، فينقل إلى مكان آخر، فتنسب الشجرة إلى البذرة وليس إلى التربة".

وهو ما انتهى إليه مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة ما بين 11 إلى 16 ربيع الثاني 1404هـ الموافق لسنة 1984م، مؤكدا على عدم اللجوء إلى هذا الأسلوب البديل إلا للضرورة القصوى وبمتهى الحذر والاحتياط، وبالتالي جوازه للحاجة فقط<sup>(28)</sup>.

II- الجانب الرفض: عارضت فئة من فقهاء المسلمين موقف مجمع الفقه لحمل أجنة الضرة، مما نجم عنه تراجع المجمع عن موقفه السابق، وذلك في العام اللاحق، خلال دورته الثامنة في الفترة ما بين 28 ربيع الثاني إلى 07 جمادى 1 1405هـ الموافق لـ 19 إلى 28 يناير 1985م معتبرا أن نقل الأجنة إلى رحم الضرة حرام، معتمدا في ذلك على مبدأ سد الذرائع، خاصة وأنها مسألة من شأنها إثارة الاضطراب والفوضى في تحديد الأنساب لجهة الأم<sup>(29)</sup>.

إنه ما انتهى إليه كذلك مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف في جلسته المنعقدة بتاريخ 05 محرم 1422 الموافق لـ 30-03-2001 وذات الرأي صرح الدكتور محمد صالح في مؤلفه "الأرحام حصن لا يقتحم" الصادر سنة 2002، حيث أكد على عدم جواز الاستعانة برحم الزوجة الثانية بغية الإنجاب ولو كان الزوج أو الزوجة الثانية غير قادر الإنجاب مجددا<sup>(30)</sup>.

أما الفقه القانوني ووفقا للآراء التي تم الإطلاع عليها متفق على عدم جواز هذا الأسلوب، لما يحمله من إفساد لمعنى الأمومة، والتي تتعلق

حسبهم بناحيتين:

- 1- الأمومة البيولوجية: والتي تثبت للأم صاحبة البويضة، بموجب صلة التكوين والوراثة.
- 2- الأمومة القانونية: والتي تعود للأم التي تحمل وتلد، على أساس صلة الرحم<sup>(31)</sup>.

وبذلك اقتنع كل من المشرع الفرنسي، والجزائري بمنع هذا الأسلوب من الإنجاب، حيث يمنع حسب المادة 45 مكرر من الأمر رقم 02-05 اللجوء إلى أسلوب الأم البديلة، بالإضافة إلى اشتراطها أن يتم التلقيح بين الزوجين أثناء حياتهما، وبالتالي الاقتصار عليهما دون غيرهما، وطالما كان كذلك فإن وفاة أحد الزوجين يعتبر مانعا من الاستمرار في المشروع الأسري.

### الخاتمة:

لقد أصاب كل من المشرع الفرنسي والجزائري في معارضتهما لمسألة الزرع بعد وفاة أحد الزوجين، سواء الزوج أو الزوجة. إنه أمر محسوم ومستبعد تماما طالما أن المشروع الأسري ثنائي الطرفين، لا يمكن بأي حال من الأحوال المضي فيه واستكمالها في حال وفاة أحد الطرفين، طالما أنهما بدأه سويا هذا من جهة.

ومن جهة ثانية فإن الحزن والألم على فقدان أحد الزوجين للآخر سيؤثر حتما على قرار المطالبة باستكمال المشروع، إنها الظروف التي يجب أن تأخذ بعين الاعتبار، والتي ستشكل وضعية يستحيل فيها اتخاذ القرار المناسب والذي يتعلق بمستقبل الطفل في ظل الغياب النهائي للأب أو الأم البيولوجية مما يستدعي رفض طلب الزرع حماية للزوج المتبقي على قيد

الحياة من إرادته محل التأثر بفقدان شريك حياته الرفض الذي سيتلاءم مع مصلحة الطفل في ألا يولد في مثل هذه الظروف.

إن الاعتراف بجواز الزرع بعد الوفاة تأييد لفكرة "الحق في طفل" أيا كانت الظروف والأوضاع، على حساب "حق الطفل في العيش في أسرته".

### الهوامش:

(1) Document du travail du sénat Série législations comparées n° 109, « l'accès à l'assistance médicale à la procréation », janvier 2009, www.Sérat.fr, p11.

(2) Jullien MARRACHELLA, Un désir d'enfant, le transfert d'embryons post mortem, centre de recherche et d'analyse juridique le 20-10-2009, www.CRAJ.fr.

(3) Document du travail n° 109, op-cit, p12.

(4) Rapport d'information sur la révision des lois de bioéthique n° 2235, Assemblée Nationale François, le 20-01-2010, p 35.

(5) وهو ما يسمى بالتبرع بالأجنة البشرية إلى زوجين آخرين.

(6) رضا عبد الحلیم المجید، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، رسالة دكتوراه كلية

الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1996، ص 134.

(7) مشار إليه لدى خدام هجيرة التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية

الحقوق، جامعة تلمسان، 2007، ص 98.

(8) Rapport n° 2235, p 38.op.cit.

(9) Conseil d'état- Étude sur la révision des lois de Bioéthique Documentation Française, paris, 2009, p14.

(10) Comité consultative national d'éthique CCNE, Avis n°40 relative au transfert d'embryons post mortem le 17-12-1993, p 12.

(11) Conseil d'état, op-cit, p 47.

(12) Document du travail n° 109, p14, Rapport sur l'application de loi de bioéthique n°94-654, Etude du sénat janvier, 1999,p 20.

(13) CCNE, Avis, n°40, op-cit, p13.

(14) Article 315 alinéa 1 : « la présomption de paternité n'est pas applicable à l'enfant né plus de trois cents jours après la disparition du mari ... ».

(15) مذكور لدى خدام هجيرة السابق، ص 100، وأنظر كذلك، Conseil d'état, op-cit, p 48.

(16) Document du travail n° 109, op-cit, p16, étude comparative de l'encadrement juridique internationale d'agence de la Biomédecine, ABM, octobre 2008.

(17) La loi de Bioéthique, n°94-654, du 29-07-1994.

(18) L'article 152/2 alinéa 04 : « l'homme et la femme formant le couple doivent étre vivants .. ».

(19) La loi de bioéthique n° 2004-800.

(20) L'article 2141/2 alinéa 03 : « l'homme et la femme formant le couple doivent étre vivants .. Font obstacle au ... transfert des embryons le décès d'un membre du couple ... ».

- (21) رضا عبد الحلیم عبد المجید، المرجع السابق، ص 111 وانظر كذلك:  
jullien MARRACHELLA, op-cit.
- (22) کریم زینب، التلقيح الصناعي وتأثيره على الرابطة الزوجية ورابطة النبوة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 06 لسنة 2005، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس.
- (23) - Claude SUREAU- « Faut il détruire les enfants de maria et albino PIRES », paris- Stock, 2003, p31.
- (24)-Frédérique DREIFUSS- NETTER- transfert d'embryons post mortem -Dalloz 1996, jurisprudence, p376,- Claude SUREAU-op-cit, p32.
- (25) سورة النحل، الآية 4.
- (26) سورة الحج، الآية 5.
- (27) سورة غافر، الآية 67.
- (28) - رضا عبد الحلیم عبد المجید، المرجع السابق، ص 112.
- (29) - يوسف الضرت، قضايا طبية معاصرة، دار الفكر العربي، 2004، ص 23.
- (30) أحمد أسعد عامر، استئجار الأرحام بين القانون والإسلام، مجلة الرأي السورية، بتاريخ 27-09-2010، وانظر مأمون عبد الكريم الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد 04، لسنة 2006، ص 80.
- (31) البار محمد علي التلقيح الصناعي، وأطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 02، الجزء I، 1407هـ - 1985م، ص 282.



## الاحتياط في إثبات أو نفي النسب في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي الجزائري

بقلم

أ / محمد بجاق

كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة الوادي



### الملخص

تتناول هذه الدراسة بيان اعتماد الاحتياط في الأحكام المتعلقة بالنسب في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقه في الاجتهاد القضائي من خلال الحرص على الحكم باتصال الأنساب وعدم انقطاعها؛ والتشدد عند نفيها، على أساس أن النسب يحتاط له، وأن مقاصد الشريعة تهدف لإثبات النسب لا لانقطاعه، كما أن في إثبات النسب حياة للولد وفي نفيه موت له، وقد ترجم الفقهاء من خلال هذه الطرق وبالأدلة مقصد الشارع وغايته فحكموا بثبوت النسب بأدنى دليل ولو كان فيه شبهة. وعلى الطريق نفسه سار الاجتهاد القضائي الجزائري.

### Résumé

Le filiation est l'effet le plus important du contrat du mariage et le plus dangereux, en raison des effets et droits dont il causent, comme le confidentialité dans le mariage et l'héritage.

Les juristes de Chariaa et ceux du droit ont été intéressés par ce sujet, et ils ont aussi intéressés du preuve en matière de filiation, afin de maintenir les enfants, et de ne pas perdre leurs filiations qui conduisent à la corruption sociale. Dans cet article, on va essayer de mettre en évidence les aspects de la réserve pour établir le filiation et son refus fixés par les juristes de Chariaa et ceux du droit. On va aussi étudier la jurisprudence algériens dans cette matière.

### تمهيد:

النسب رابطة سامية وصلة عظيمة وعلى جانب كبير من الخطورة، لما يترتب عليها من آثار وحقوق، كالحرمة في النكاح والتوارث، فلهذا لم يدعها الله عرضة للأهواء ونهباً للعواطف تهيبها لمن تشاء وتمنعها ممن تشاء.

ومن سنن الله تعالى في خلقه أن يوجد الطفل الصغير من أبويه لا حول له ولا قوة، ولا إرادة له في التأتي من هذه العلاقة، فلهذا نهى الله تعالى الآباء عن إنكار نسب أولادهم منهم، وتوعدهم على ذلك بالعقاب والعذاب، ودل على ذلك قوله ﷺ: «أيما رجل جحد ولدا وهو ينظر إليه - أي يعلم أنه ابنه - احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الخلائق»<sup>1</sup>، ولعل هذا الوعيد لما يترتب على إنكار الأب لولده من تعريضه للذل والعار الذي لا يمحى، وفي هذا ضرر بالغ وأي ضرر، كما حرم الله على المرأة أن تنسب إلى زوجها من تعلم أنه ليس منه، فقال ﷺ: «أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الجنة»<sup>2,3</sup>.

رغم هذا الوعيد الذي جاء في نصوص الشريعة إلا أنه لم يمنع وجود حالات للتنازع في النسب بين الزوجين في الواقع المعيش، ويكون ذلك إما تابعا لإنكار علاقة الزوجية من أحد الزوجين، أو لشك الزوج في زوجته، أو للتبرؤ من جنس المولود وتلك من عادات الجاهلية، أو حتى حبا في الانتقام من الطرف الآخر إما لتشويه سمعته أو حرمانه من أهم حق من حقوقه المشروعة، والتي من أجلها أبرم علاقته الزوجية.

وحرصا على عدم ضياع الأولاد عني فقهاء المسلمين بهذا الحق عناية كبيرة وتناولوا أمره من كل جوانبه، وقد تبعهم في ذلك أهل القانون من المشرعين والفقهاء، وكل ذلك بهدف الحفاظ على الأولاد، وعدم ضياع أنسابهم التي تفضي إلى التشرذم الاجتماعي والفساد<sup>4</sup>.

والدارس لأحكام النسب يجد أنها تقوم على الاحتياط، حيث إن الفقهاء

يترصدون أدنى الأسباب للحكم بثبوت النسب ويتشددون عند نفيه، مبررين ذلك بأن النسب يحتاط له وأن الشارع يتشوف لإثبات النسب لا لانقطاعه، وأن أثبات النسب حياة للولد ونفيه موت له لدرجة أن القارئ بهذا الموضوع يتفاجأ لدرجة هذا الاحتياط وربما يقول إن هذا الاحتياط مبالغ فيه.<sup>5</sup>

والمتمم في دراسة هذا الموضوع يعرف مدى المصلحة التي يريد الشرع تحقيقها، من خلال شمول جميع الأطفال بالرعاية من جهة، وعدم الخوض في الأعراض من جهة أخرى، كما يدرك أيضا مدى التناسب القائم بين مسألتي النسب والعرض في الشريعة الإسلامية.

في هذا البحث سأحاول إبراز مظاهر الاحتياط في إثبات النسب ونفيه التي وضعها فقهاء الشريعة، والتي يراد منها اتصال الأنساب وعدم انقطاعها وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الجزائري.

### المبحث الأول: ماهية النسب

#### المطلب الأول: التعريف بالنسب:

أولا - النسب لغة<sup>6</sup>: واحد الأنساب وهو نسب القرابات، وقيل هو القرابة في الآباء خاصة. ويقال: بينهما نسب: أي قرابة، سواء جار بينهما التناكح، أم لا. قال تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾ [الفرقان 54]، وقيل: ويكون من قبل الأم والأب، وقيل: النسب معروف وهو أن تذكر الرجل، فتقول: هو فلان بن فلان أو تنسبه إلى قبيلة أو بلد أو صناعة. ومن المجاز: بينهما نسبة قرية. واستنسب الرجل كانتسب: ذكر نسبه، يقال للرجل إذا سئل عن نسبه: استنسب لنا أي: أنتسب لنا حتى نعرفك. والنسب: المناسب، والجمع نساء، وأنساء. رجل نسيب: أي ذو الحسب والنسب كالمنسوب فيه، ويقال: فلان نسيبي وهم أنسابي.

ثانيا - النسب اصطلاحا<sup>7</sup>: وهو يقوم على أساس معناه اللغوي، وهو صلة الشخص بغيره، على أساس القرابة القائمة على صلة الدم.

ثالثا - النسب قانونا: لم تتعرض القوانين لتعريف النسب؛ لأن التعريف من اختصاص الفقه وليس من اختصاص المشرعين، إلا أن المشرع المغربي خالف هذه القاعدة وعرف النسب في المادة 150 بقوله: النسب لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف.

اعتبر المشرع المغربي النسب لحمة شرعية بين الأب وولده، أي صلة شرعية بينهما وتنتقل من الأب إلى الأبناء فالأحفاد، وهكذا من السلف إلى الخلف، فهو تعريف يقترب نوعا ما من تعريف الوراثة، وقد اعتبر تلك الصلة التي تربط الابن بشخص معين هي عماد النسب<sup>8</sup>.

والغالب في استعمال النسب أن ينسب الإنسان إلى أبيه، وقد صرح بعض الفقهاء بذلك، قال ابن القيم: «النسب في الأصل للأب»<sup>9</sup>، ولكن هذا لا يعني أن لا ينسب الولد إلى أمه؛ لأن نسبه ثابت إليها قطعاً لانفصاله عنها، وإنما المقصود أن ينسب الولد إلى أبيه عادة<sup>10</sup>.

وإذا انقطع نسب الولد عن أبيه بأي طريق كان، فإنه ينسب لأمه فقط. قال ابن القيم: «إلحاق الولد بأمه عند انقطاع نسبه من جهة أبيه»<sup>11</sup>.

#### المطلب الثاني: أطراف النسب وصاحب الحق فيه:

للنسب أطراف ثلاثة وهم: الأب والأم والولد، وذلك أن النسب رابطة لا تتحقق في أصل نشأتها إلا بوجود هذه الأطراف الثلاثة.

وثبوت نسب الولد من أبيه وإن كان أثرا من الآثار التي تترتب على عقد الزواج بحكم الشرع حتى لو اتفق الزوجان عند العقد على نفيه، إلا أنه ليس حكما مجردا بل هو حق لأطراف النسب، فهو حق لله تعالى، وحق للأب وحق للأم وحق للولد نفسه<sup>12</sup>.

أولا - النسب حق لله تعالى: أما وجه كونه حقا لله، فلأنه يحقق مصلحة عامة للمجتمع، إذ إنه يتضمن حرمان كلها لله تعالى: حرمة المرأة ومعنى ذلك أنه لا يحل مخالطتها إلا بطريق الزوجية، وحرمة الأمومة والأبوة؛ لأن الله تعالى

أوجب حقوقا تجب مراعاتها، ولا تمكن هذه الرعاية إلا بالمحافظة على الأنساب، ومما يثبت أن النسب حق من حقوق الله تعالى أنه تقبل فيه الشهادة حسبة؛ أي: حتى ولو لم تكن هناك دعوى من المدعي<sup>13</sup>.

ثانيا - النسب حق للأب: من حق الأب أن ينسب إليه الولد الذي خلقه الله من مائه بنكاح شرعي صحيح، كونه يعتبر امتدادا له، وهو من أهم الأسباب التي أدت به إلى إبرام هذه العلاقة بينه وبين المرأة، ومن حقه أن يرباه ويتعهده للمحافظة عليه من الضياع خاصة إذا كان لا يقدر على التكفل بنفسه ونظرا لما يترتب على ذلك من حق في التوارث بينهما.

ثالثا - النسب حق للأم: من حق الأم أن تنفي عن نفسها التهمة، وأن تحافظ على ابنها وتصونه من الضياع، ولذلك فهي تصلح لأن تكون خصما في دعوى نسب ابنها من أبيه، سواء تعلق الأمر بالدعوى مجردة، أم كانت ضمن دعوى أخرى كدعوى النفقة أو الحضانة<sup>14</sup> أو الزوجية.

رابعا - النسب حق للولد: إن من أهم حقوق الأولاد على أبيهم هو ثبوت نسبهم منه؛ لأنهم ثمرة الزواج المقدس بين أبيهم<sup>15</sup>، وهو أيضا في حاجة إلى دفع التعبير عن نفسه بكونه ولد زنا؛ ولأنه تترتب له حقوق أخرى إذا ثبت نسبه من الأب كحقه في النفقة والحضانة وانضمامه إلى أبيه في السكنى بعد انتهاء حضانتها، وحقه في الإرث من أبيه بعد الوفاة، إلى غير ذلك من الحقوق التي يثبتها له الشرع أو تثبتها الأنظمة والقوانين<sup>16</sup>.

### المبحث الثاني: الاحتياط في إثبات النسب

يظهر جليا الأخذ بمبدأ الاحتياط للنسب من خلال طرق إثباته من خلال الأحكام والشروط المتعلقة بطرق إثباته، والمتمثلة في الفراش، الإقرار والبينة، والخبرة، والتي سأتناولها في النقاط الآتية:

أولا - قرينة الفراش: اتفق الفقهاء<sup>17</sup>، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري<sup>18</sup> على اعتماد قرينة الفراش كطريق لإثبات نسب المولود، وذلك

استنادا لقوله ﷺ: « الولد للفراش وللعاهر الحجر »<sup>19</sup>.

قال ابن القيم: « فأما ثبوت النسب بالفراش فأجمعت عليه الأمة »<sup>(20)</sup>،  
ويقصد بالفراش:

1 - الفراش لغة<sup>21</sup>: واحد الفرش، وقد يكنى به عن المرأة، منها قوله تعالى: ﴿ وَفُرُشٍ مَّرْفُوعَةٍ ﴾ [ الواقعة 34 ]، قالوا: أراد بالفرش نساء أهل الجنة ذوات الفرش يقال لامرأة الرجل هي فراشه وإزاره ولحافه، وقوله: ﴿ مَرْفُوعَةٍ ﴾ رفعن بالجمال عن نساء أهل الدنيا وكل فاضل رفيع، وقوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» معناه أنه لمالك الفراش وهو الزوج؛ لأنه يفتريشها، والمرأة تسمى فراشا لأن الرجل يفتريشها. وقيل الفراش الزوج والفراش ما ينامان عليه والفراش البيت ومناحه. وفرشت الشيء أفرشته فراشا: بسطته. ويقال فرشه أمره، إذا أوسعته إياه. وفلان كريم المفارش، إذا تزوج كرائم النساء. وافتريش الشيء، أي: انبسط. وافتريشه، أي: وطئه.

ثانيا - الفراش اصطلاحا: أما في الاصطلاح<sup>22</sup>: هو كون المرأة متعينة للولادة لشخص واحد.

والمراد بالفراش: فراش الزوجة الصحيح، أو ما يشبه الصحيح، فالصحيح هو عقد النكاح المعتبر شرعاً، حيث توفرت أركانه وشروطه، وانتفت موانعه، وأما ما يشبه الصحيح فهو عقد النكاح الفاسد، وهو المختلف في صحته، وكذا الوطء بشبهة على اختلاف أنواعها، فإن حكمه حكم الوطء بنكاح صحيح فيما يتعلق بثبوت نسب المولود الناتج عن ذلك الوطء<sup>23</sup>.

وتصير المرأة فراشا بمجرد العقد عليها، ولا يشترط إمكان الدخول ما دام ذلك متصورا عقلا عند الحنفية، وبإمكان الدخول عند الجمهور، وبالمدخول الحقيقي عند محمد من الحنفية ابن تيمية وابن القيم<sup>24</sup>.

وللإثبات بقرينة الفراش لابد من توفر عدة شروط وهي:

1- إمكان حمل الزوجة من زوجها، بأن يكون الزوج ممن يتأتى منه الحمل، بأن يكون بالغاً أو مراهقاً على الأقل، فلو كان صغيراً لا تعتبر الزوجة فراشاً؛ لأنه لا يتصور أن تحمل منه زوجته، ومن ثم لا يثبت نسب ولد وضعته زوجته مهما كانت المدة بين العقد والوضع وهذا متفق عليه بين الفقهاء<sup>25</sup>.

2- إمكان التلاقي بين الزوجين عادة بعد العقد، وهو شرط الجمهور<sup>26</sup>، والعقد عند الحنفية؛ لأنه مظنة الاتصال عندهم حيث احتاط الحنفية للنسب وتوسعوا في ذلك فقالوا: إن الفراش يبدأ بمجرد العقد بين الزوجين ولا حاجة لإثبات التلاقي وهو ممكن عقلاً، فلو تزوج مغربي بمشرقية وكانت المسافة بينهما مسيرة سنة وأتت بولد لسته أشهر من العقد لحقه نسبه، لاحتمال أن يكون الزوجان من أصحاب الكرامات الذين تطوى لهم المسافات، ولو تزوج رجل بامرأة ثم طلقها في المجلس نفسه فولدت لسته أشهر من العقد لحقه نسبه<sup>27</sup>؛ لأن النسب يحتاط له.

والدخول الحقيقي عند محمد من الحنفية وابن تيمية وابن القيم<sup>28</sup> فلا نسب إذا لم يثبت الدخول حال بداية الحمل، وهو رأي يتنافى ومبدأ الاحتياط لإمكان ضياع بعض الأنساب.

وما يلاحظ أن رأي الجمهور قد تفادى عيبي قولي الحنفية، وقول محمد من الحنفية وابن تيمية وتلميذه ابن القيم، وهو القول المختار؛ لأن القاعدة في الشرع أن الأحكام تناط بمظنة العلة لا بحقيقة العلة إذا كانت خفية لا سبيل إلى الاطلاع عليها، ولهذا ربط انعقاد العقد بالإيجاب والقبول لا بتوافق الإرادتين لخفائهما، وبالتالي ينبغي ربط ثبوت النسب بإمكان الدخول؛ لأنه مظنة وليس بحقيقة الدخول، ويتحقق هذا بتحقيق الخلوة الصحيحة المعتبرة شرعاً.

وهو ما تبناه قانون الأسرة الجزائري بما ذكره في المادة 41 وعبر عنه

بإمكان الاتصال بقوله: « ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً و أمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة » وحرص على تطبيقه القضاء الجزائري في اجتهاده، بالقول: "من المقرر قانوناً أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً و أمكن الاتصال ... ومتى تبين - في قضية الحال - أن العارض لم يثبت غيابه 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، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بقاعدة الولد للفراش ما دامت العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين طبقوا صحيح القانون... " <sup>29</sup>.

أما إذا تعلق الأمر بالعقد الفاسد فإن الفراش يبدأ من وقت الدخول، وهو ما ذهبت إليه المادة 40 من قانون الأسرة بقولها: « يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و بالبيننة و بنكاح الشبهة و بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون ».

3- أن يولد الطفل لأقل مدة الحمل وأقصاها.

اتفق فقهاء المذاهب <sup>30</sup> وهو ما أخذ به المشرع الجزائري <sup>31</sup> على أن أدنى مدة الحمل هي ستة أشهر، وهذا استناداً لقول علي بن أبي طالب، وما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما، ووجه الاستنباط هو قوله تعالى: ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ [الأحاف 15].

وقول الله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾ [البقرة 233]. فمدة الحمل والإرضاع وهي التي أشارت إليها الآية الأولى ثلاثون شهراً، ومدة الإرضاع حولين كاملين أي أربعة وعشرون شهراً كما أشارت إلى ذلك الآية الثانية، فبعملية طرح مدة الإرضاع من مدة الحمل والإرضاع يبقى ستة أشهر وهي أدنى مدة الحمل.

يقول د. نجم عبد الله عبد الواحد: « إن العلم الحديث يتفق في كون أقصر



مدة للحمل والتي يعيش بها الطفل بعد الولادة هي ستة شهور، وفعلا بتوفر الأجهزة الحديثة وهي حضانات الأطفال الخدج<sup>32</sup> عاش هؤلاء الأطفال حياة سوية بعد ستة شهور من الحمل»<sup>33</sup>.

أما أقصى مدة الحمل فقد اختلف الفقهاء تحديدها.

فالحنفية<sup>34</sup> قالوا: إن أقصى مدة الحمل سنتين. واحتجوا بحديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: « لا يبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل » قالوا: والظاهر أنها قالت ذلك سماعا من رسول الله ﷺ؛ لأن هذا باب لا يدرك بالرأي والاجتهاد، ولا يظن بها أنها قالت ذلك جزافا وتخمينا فتعين السماع.

أما المالكية<sup>35</sup> فقد قالوا: بأن أقصى مدة الحمل أربع سنين أو خمس سنوات.

أما الشافعية<sup>36</sup> فأكثر مدة الحمل أربع سنين عندهم، ودليل ذلك عندهم هو الاستقراء، فقد حكى عن مالك أنه قال: جارتنا امرأة محمد بن عجلان<sup>37</sup> امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة تحمل كل بطن أربع سنين، وقد روي هذا عن غير المرأة المذكورة.

أما الحنابلة<sup>38</sup> فقد ذهبوا في ذلك إلى قولين: سنتين في رواية وأربع سنين في رواية أخرى والمذهب أربع سنين؛ لأن ما لا تقدير فيه شرعا يرجع فيه إلى الوجود وقد وجد من تحمل أربع سنين قال أحمد: نساء بني عجلان يحملن أربع سنين، وامرأة محمد بن عجلان حملت ثلاث بطون كل دفعة أربع سنين.

قال د. نجم عبد الله عبد الواحد: « ولا شك أن مدة الحمل في الحالة الطبيعية تصل إلى تسعة شهور ( 40 أسبوع ) والإحصائيات الطبية تشير إلى أن 60 % من النساء يلدن في هذه المدة، بينما 25% من النساء يلدن في

الأسبوع 42 وأن حوالي 12% يلدن في الأسبوع 43 وهناك نسبة قليلة من النساء 3% يلدن في الأسبوع 44؛ أي: في مدة أقصاها 10 شهور فقط.

ومن ناحية أخرى فإن هناك تغييرات عضوية تحدث للجنين عند تأخر الولادة بعد الأسبوع 42 وهذه التغييرات العضوية تؤدي إلى تلف المخ وبعض الأنسجة الأخرى، مما يجعل استحالة الحياة السوية بعد الولادة، إذا تأخر أكثر من 42 أسبوع، لذلك يحرص أطباء النساء والولادة على استعمال الطلق الاصطناعي لهؤلاء النساء اللواتي تأخرن عن الولادة أسبوعين عن موعدها المحدد خوفا من حدوث مضاعفات للجنين».

وبعد سرده لأراء الفقهاء التي بيتهها سابقا في المسألة قال: « ومن المعلومات الدقيقة نجد أنه ليس بالضروري كون انقطاع العادة الشهرية يعني الحمل، فهناك أسباب وظيفية تمنع حدوث العادة الشهرية مثل الرضاعة وأسباب مرضية تمنع حدوث العادة الشهرية مثل عدم حدوث التبويض واختلال هرمونات المبايض أو فقدانه لأسباب مرضية عديدة، وكذلك كون حدوث التبويض قبل حدوث العادة الشهرية مما يجعل فرصة الحمل قائمة بدون وجود أي علامة مسبقة وبدون وجود العادة الشهرية تسبقها لمدة طويلة من الزمن ويحدث الحمل، فهذا مما يجعل الحمل أربع سنين أو أكثر أو أقل، ولا يعني بأي حال من الأحوال أن مدة الحمل هي هذه المدة الطويلة، فمدة الحمل هي من لحظة إخصاب البويضة ولمدة تسعة شهور قد تزيد في أقصاها لتكون 10 شهور».

ثم قال: « قرر الأطباء أنه يستمر نماء الحمل منذ التلقيح حتى الميلاد معتمدا في غذائه على المشيمة والأصل أن مدة الحمل بوجه التقريب مائتان وثمانون يوما، تبدأ من أول يوم الحيضة السوية السابقة للحمل، فإن تأخر الميلاد عن ذلك ففي المشيمة بقية رصيد يخدم الجنين بكفاءة لمدة أسبوعين آخرين، ثم يعاني الجنين المجاعة من بعد ذلك لدرجة ترفع نسبة وفاة الجنين

في الأسبوع 43 و44 ومن النادر أن ينجو من الموت جنين بقي في الرحم 45 أسبوعا، ولاستيعاب النادر والشاذ تمت هذه المدة اعتبارا من أسبوعين آخرين لتصبح ثلاثمائة وثلاثين يوما، ولم تعرف أن مشيمة قدرت أن تمتد الجنين بعناصر الحياة لهذه المدة، وقد توسع القانون في الاحتياط مستندا إلى بعض الآراء الفقهية بجانب الرأي العلمي فجعل أقصى مدة الحمل سنة<sup>(39)</sup>.

أما في القانون: فقد ذهب المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة: إلى الأخذ بالرأي الطبي العلمي وجعل أقصى مدة الحمل 10 أشهر. ويتبين ذلك من خلال نص المادة 42: « أقل مدة الحمل ستة (06) أشهر وأقصاها عشر (10) أشهر ».

وهو ما كرسه القضاء الجزائري في اجتهاده في أحد قراراته بالقول: " من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح، وأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، ومن ثم فإن الولد الذي ولد بعد مضي 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش، ولما كان كذلك، فإن النعي على القرار القاضي بنفي النسب غير مؤسس ويستوجب الرفض "<sup>40</sup>.

وأیضا: "من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، و من ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون.

ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن مدة حمل المطعون ضدها أقل من الحد الأدنى المقرر قانونا.

فإن قضاة المجلس بقضائهم إلحاق نسب الولد لأبيه خرقوا القانون."<sup>41</sup>

4 - أن لا ينفه بالطرق المشروعة والطريق المشروع لنفي نسب الولد هو اللعان، الذي سأترك الحديث عنه للمبحث الثاني الذي سأفصل فيه مبدأ الاحتياط نفي النسب.

ثانيا - الإقرار: كما يثبت النسب بالفراش اتفق الفقهاء<sup>42</sup> وأخذ بذلك

المشرع الجزائري<sup>43</sup> على أنه يثبت بالإقرار وهو على نوعين:

الأول: إقرار يحمله المقر على نفسه فقط كالإقرار بالبنوة، أو الأبوة، أو الأمومة.

الثاني: إقرار يحمله المقر علي غيره وهو ما عدا الإقرار بالبنوة والأبوة كالإقرار بالأخوة، والعمومة وهو ليس محالاً لبحثي.

وقد أشرت الفقهاء لصحة الإقرار بالنسب على النفس شروطاً لا بد من تحققها لصحة الإقرار وثبوت النسب بمقتضاه، فاشتروا لصحة ذلك الشروط التالية:

1- أن يكون المقر بالنسب بالغاً، عاقلاً، فلا يصح إقرار الصغير، ولا المجنون، لعدم الاعتداد بقولهم لقصورهم عن حد التكليف.

2- أن يكون المقر له بالنسب ممن يمكن ثبوت نسبه من المقر، وذلك بأن يولد مثله لمثله، فلو أقر من عمره عشرون ببنوة من عمره سبعة عشر لم يقبل إقراره، لاستحالة ذلك عادة.

3- أن يكون المقر له مجهول النسب، لأن معلوم النسب لا يصح إبطال نسبه السابق بحال من الأحوال.

4- ألا يكذب المقر له المقر، إن كان أهلاً لقبول قوله، فإن كذبه فإنه لا يصح الإقرار عندئذ. ولا يثبت به النسب. وعند المالكية يلحق وإن كذب المقر له المقر<sup>44</sup>.

5- أن لا يصرح المقر بأن المقر له ولده من الزنا، فإن صرح بذلك فإنه لا يقبل إقراره، لأن الزنا لا يكون سبباً في ثبوت النسب.

6- أن لا ينازع المقر بالنسب أحد، لأنه إذا نازعه غيره فليس أحدهما أولى من الآخر بمجرد الدعوى، فلا بد من مرجح لأحدهما، فإن لم يكن فإنه يعرض على الخبرة، فيكون ثبوت النسب لأحدهما بالخبرة لا بالإقرار.

فإذا توفرت هذه الشروط ثبت نسب المقر له من المقر، وثبت بمقتضي

ذلك جميع الأحكام المتعلقة بالنسب.

وإذا كانت المقررة زوجة أو معتدة، وصدقها الزوج على إقرارها كان هذا إقرارا منه بثبوت النسب، وأما إذا لم يصدقها فهذا إنكار نسب ولد ثابت بالفراش، وسبيله اللعان.

ومن مظاهر التسامح في ثبوت النسب وتشوف الشارع للحقوقها واتصالها فإنه يعتد بالإقرار حتى ولو كان ذلك في مرض الموت<sup>45</sup>. وقد جاء في المادة 44 من قانون الأسرة: « يثبت الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة ».

أما إذا تعلق الأمر بالإقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير، فإنه يتحقق بتوفر الشروط المذكورة سابقا والمتعلقة بالإقرار الذي منه تحميل النسب على النفس، ويضاف إليها شرط آخر وهو أن يصدق المقر من حمل النسب عليه<sup>46</sup>، فإذا أقر الرجل بأخوة مجهول النسب فلا يثبت حتى يصدق الأب<sup>47</sup>.

وقد ذهب القضاء في اجتهاده إلى تكريس مبدأ أن الإقرار بالنسب إذا وقع من أحدهم بتوفر الشروط المذكورة سابقا لا يمكن للمقر أن يثير أي دفع لإبطاله وهذا تطبيقا لقاعدة إحياء الولد، والاحتياط في إثبات النسب، وقد جاء ذلك في اجتهاد المحكمة العليا بالقول: " من المقرر أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب أحكام الإقرار... ولزم الإقرار لحمل في بطن المرأة... الخ.

كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك في الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ 1997/04/06، فإن هذه الشهادة لا تعتبر صلحا بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل

الطاعة...

كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل و بالدفع بالمادة 41 من ق أ، التي تحدد مدة الحمل؛ لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر، ولا يحق للمقر أن يشير أي دفع لإبطال هذا الإقرار...

وعليه فإن القضاة لما لم يتبهاوا إلى وجوب سماع جماعة الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق، فإنهم خالفوا الشرع والقانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب.

ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.<sup>48</sup>

ثالثا - البيئة: والمقصود بها شهادة الشهود، فإن النسب يثبت لمدعيه بناء على شهادة العدول بصحة ما ادعاه وقد أجمع الفقهاء<sup>49</sup> على أن النسب يثبت لمدعيه بشهادة رجلين عدلين، واختلفوا في إثباته بغير ذلك: حيث ذهب الحنفية<sup>50</sup> إلى أنه يثبت بشهادة رجل وامرأتين، أما مذهب جمهور الفقهاء، وهم المالكية، والشافعية، والحنابلة، أنه لا يقبل في إثبات النسب بالشهادة إلا شهادة رجلين عدلين، فإذا ثبت نسب المدعي بالبيئة لحق نسبه بالمدعي، وترتب عليه ثبوت جميع الأحكام المتعلقة بالنسب.

كما يثبت النسب تبعا لإثبات الولادة بشهادة امرأة واحدة من أهل العدالة كالقابلة عند الحنفية<sup>51</sup> وفي قول للحنابلة<sup>52</sup>، وشهادة امرأتين من أهل العدالة عند المالكية<sup>53</sup> وفي رواية عن الحنابلة<sup>54</sup> وأربع نسوة عدول عند الشافعية<sup>55</sup>.

وبما أن النسب مما يتسامح في إثباته، فقد اتفق فقهاء المذاهب على جواز إثبات النسب بشهادة السماع، حيث ذهب الحنفية<sup>56</sup> إلى جواز الأخذ بشهادة السماع في النسب استحسانا؛ لأن الشهادة لا تجوز إلا بعلم، وإنما يستفيد العلم بمعاينة السبب، أو بالخبر المتواتر، فأما بالتسامح لا يستفيد العلم، إلا

أنهم استحسنوا جواز الشهادة على ذلك، لتعامل الناس في ذلك واستحسانهم. وقد اشترطوا أن تكون الشهرة في ذلك إما حقيقية أو حكمية، فالحقيقية أن يشتهر ويسمع من قوم كثيرين لا يتصور تواطؤهم على الكذب، ولا يشترط في هذا العدالة بل يشترط التواتر.

والحكمية أن يشهد عنده عدلان من الرجال، أو رجل وامرأتان بلفظ الشهادة، لكن الشهرة في النسب لا تثبت إلا بخبر جماعة لا يتوهم تواطؤهم على الكذب، أو خبر عدلين بلفظ الشهادة.

وذهب المالكية<sup>57</sup> إلى جواز الأخذ بشهادة السماع في إثبات النسب، بشرط أن يكون مشهورا إلى درجة الاستفاضة.

وذهب الشافعية<sup>58</sup> والحنابلة<sup>59</sup> إلى جواز إثبات النسب بشهادة السماع بشرط أن يكون من جمع كثير يؤمن تواطؤهم على الكذب. وصوره الاستفاضة والشهادة بها في إثبات النسب عند الشافعية<sup>60</sup> في التحمل أن يسمع الشاهد المشهود بنسبه يتسبب إلى الشخص أو القبيلة، والناس ينسبونه إلى ذلك، وامتد ذلك مدة، ولا يقدر بسنة، بل العبرة بمدة يغلب على الظن صحة ذلك، وإنما يكفي بالانتساب ونسبة الناس بشرط أن لا يعارضهما ما يورث تهمة، فإن أنكر النسب المنسوب إليه لم تجز الشهادة به، وكذا لو طعن بعض الناس في نسبه.

ولا يشهد بالاستفاضة حتى تكثر به الأخبار، ويسمع من عدد كثير يحصل به العلم عند الحنابلة<sup>61</sup>. كما يجوز أيضا شهادة الأقارب فلو شهد أخوان بثالث ثبت نسبه<sup>62</sup>، وهو ما طبقته المحكمة العليا في اجتهادها بالقول: " من المقرر أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد؛ لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلا له.

ولما كان ثابتاً أن قضاة المجلس لما قضاوا برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى إثبات الزواج والنسب بحجة أن الحكم حاز قوة الشيء المقضي فيه فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون لأن حجية الشيء المقضي فيه لا تطبق في قضايا كإثبات الزواج والنسب، وأنه يمكن إثبات الزواج والنسب بطرق عدة على غرار العقد الصحيح طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية....<sup>63</sup> وكل ذلك يدخل ضمن الاحتياط الذي يقوم عليه نظام إثبات النسب.

أما في القانون: فقد اتفق المشرع الجزائري مع الفقه<sup>64</sup> على إثبات النسب بالبينة، لكنه ترك أمر تنظيمها للفقه مما يحتم على القاضي الرجوع إلى مواد الإحالة التي تحيله على أحكام الشريعة<sup>65</sup>.

رابعا - الخبرة: تعد الخبرة من أهم وسائل إثبات النسب عند انعدام كافة الوسائل الأخرى، فلا يلجأ إليها إلا كآخر حل، لهذا نجد الفقهاء والمشرعين القانونيين يجعلونها في آخر ترتيب وسائل الإثبات<sup>66</sup>، وقد تكلم الفقهاء قديماً على إثبات النسب بالخبرة وذلك باستخدام القیافة، وحدثاً باستخدام البصمة الوراثية، وسأحاول الحديث عن هاتين المسألتين بإيجاز:

1- إثبات النسب بالقیافة: والقیافة لغة<sup>67</sup>: قاف الأثر قیافة واقتافه اقتیافا وقافه يقوفه قوفا وتقوفه تتبعه، والقائف الذي يعرف الآثار والجمع القافة، ومنه قيل للذي ينظر إلى شبه الولد بأبيه قائف والقیافة المصدر.

أما اصطلاحاً: جاء في العناية شرح الهداية تعريف القائف: «هو الذي يتبع آثار الآباء في الأبناء»<sup>68</sup>. وفي الشرح الكبير للدردير: «وهو الذي يعرف الأنساب بالشبه والشكل»<sup>69</sup>، وفي منح الجليل: «القیافة اعتبار الشبه في إلحاق النسب»<sup>70</sup>. وفي مغني المحتاج عرف القائف بـ: «من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصه الله تعالى به من علم ذلك»<sup>71</sup>. وجاء في المغني: «القافة قوم يعرفون الأنساب بالشبه»<sup>72</sup>.



فالقيافة هي: التعرف على نسب المولود بالنظر إلى أعضائه وأعضاء والده.  
وقد اختلف العلماء في حكم إثبات النسب بها على قولين مشهورين:  
القول الأول: أنه لا يصح الحكم بالقيافة في إثبات النسب، وإليه ذهب  
الحنفية<sup>73</sup>.

وحجتهم في إبطال المصير إلى قول القائف أن الله تعالى شرع حكم اللعان بين الزوجين عند نفي النسب، ولم يأمر بالرجوع إلى قول القائف، فلو كان قوله حجة لأمر بالمصير إليه عند الاشتباه؛ ولأن قول القائف رجم بالغيب ودعوى لما استأثر الله عز وجل بعلمه، وهو ما في الأرحام كما قال الله تعالى: ﴿ وَيَعْلَمُ مَا فِي الْأَرْحَامِ ﴾ [لقمان 34]، ولا برهان له على هذه الدعوى، وعند انعدام البرهان كان في قوله كذب المحصنات ونسبة الأولاد إلى غير الآباء، ومجرد الشبه غير معتبر، فقد يشبه الولد أباه الأدنى، وقد يشبه الأب الأعلى الذي باعتباره يصير منسوباً إلى الأجانب في الحال، وإليه أشار رسول الله ﷺ حين أتاه رجل فقال: أنا أسود شديد السواد، وقد ولدت امرأتي، ولدا أبيض فليس مني. فقال ﷺ: «هل لك من إيل ؟». فقال: نعم. فقال ﷺ: «ما لونها ؟». قال: حمر. فقال ﷺ: «هل فيها من أورك ؟». فقال: نعم. فقال ﷺ: «مم ذاك ؟». فقال: لعل عرقاً نزع. فقال ﷺ: «ولعل هذا عرقاً نزع»<sup>74</sup>، فبين النبي ﷺ أنه لا عبرة للشبه.

القول الثاني: جواز الحكم بالقيافة في إثبات النسب عند الاشتباه والتنازع. وإليه ذهب جمهور الفقهاء<sup>75</sup>، من المالكية و الشافعية والحنابلة.

واستدل أصحاب هذا القول بحديث عائشة - رضي الله عنها - قالت: دخل رسول الله ﷺ مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال: « ألم تسمعي ما قال مجزز المدلجي لزيد وأسامة ورأى أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض»<sup>76</sup>. قالوا: وهذا مروى عن ابن عباس وعن أنس بن مالك، ولا مخالف لهم من الصحابة.

واعترض عليه أن ثبوت نسب أسامة ﷺ كان بالفراش لا بقول القائف إلا أن المشركين كانوا يطعنون في ذلك لاختلاف لونهما، وكانوا يعتقدون أن عند القافة علم بذلك، وأن بني المدلج هم المختصون بعمل القيافة، وجز ريشهم، فلما قال ما قال كان قوله ردا لطنع المشركين، فإنما سر به رسول الله ﷺ لهذا، لا لأن قول القائف حجة في النسب شرعا<sup>77</sup>.

ورد على الاعتراض، نعم، النسب كان ثابتا بالفراش، وكان الناس يقدحون في نسبه، لكونه أسود وأبوه أبيض، فلما شهد القائف بأن تلك الأقدام بعضها من بعض سر النبي ﷺ بتلك الشهادة التي أزالته، حتى برقت أسارير وجهه من السرور. لكن لو كانت القيافة باطلة لم يقل لعائشة: «ألم تري أن مجززا المدلجي قال كذا وكذا» فإن هذا إقرار منه، ورضا بقوله، ولو كانت باطلة: لم يقر عليها، ولم يرض بها<sup>78</sup>، فأقراره ﷺ على ذلك يدل على أن القافة حق. قال الشافعي - رحمه الله -: «فلو لم يعتبر قوله لمنعه من المجازفة، وهو ﷺ لا يقر على خطأ ولا يسر إلا بالحق»<sup>79</sup>.

واستدلوا أيضا بحديث الملاعنة قال ﷺ: «إن جاءت به أصيهب أريصح أئبيح حمش الساقين فهو لهلال وإن جاءت به أورك جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الأليتين<sup>80</sup> فهو للذي رميت به» فجاءت به أورك جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الأليتين فقال رسول الله ﷺ: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»<sup>81</sup>. وقالوا: وهل هذا إلا اعتبار للشبه وهو عين القافة، فإن القائف يتبع أثر الشبه وينظر إلى من يتصل فيحكم به لصاحب الشبه وقد اعتبر النبي ﷺ الشبه وبين سببه.

واعترض عليه بأنه لو كان للشبه أثر لاكتفى به، ولم يحتج إلى اللعان، ولكان ينتظر ولادته ثم يلحق بصاحب الشبه، ويستغني بذلك عن اللعان، بل كان لا يصح نفيه مع وجود الشبه بالزوج وقد دلت السنة الصحيحة الصريحة على نفيه عن الملاعن ولو كان الشبه له، فإن النبي ﷺ قال: أبصروها فإن

جاءت به كذا وكذا فهو لهلال بن أمية، وهذا قاله بعد اللعان ونفي النسب عنه، فعلم أنه لو جاء على الشبه المذكور لم يثبت نسبه منه، وإنما كان مجيئه على شبهه دليلا على كذبه لا على لحوق الولد به<sup>82</sup>.

ورد على الاعتراض، بأن تقديم اللعان على الشبه وإلغاء الشبه مع وجوده، فهو من تقديم أقوى الدليلين على أضعفهما، وذلك لا يمنع العمل بالشبه مع عدم ما يعارضه، كالبينة تقدم على اليد والبراءة الأصلية ويعمل بهما عند عدمهما<sup>83</sup>.

واستدلوا بإجماع الصحابة على القيافة، فقد عمل بها عمر بن الخطاب و علي بن أبي طالب، وأبو موسى الأشعري، وابن عباس، وأنس بن مالك ﷺ ولم يوجد مخالف لهم، قال حنبل: سمعت أبا عبد الله قيل له: تحكم بالقيافة؟ قال: نعم، لم يزل الناس على ذلك<sup>84</sup>.

واعترض عليه بأن حكم عمر قد اختلف فروي عنه ما ذكرتم، وروي عنه أنه لما قال له القائف قد اشتركا فيه. قال: وال أيهما شئت<sup>85</sup>.

ورد على الاعتراض أن ما روي عن عمر أنه قال: وال أيهما شئت، فلا تعرف صحته عنه فإن ما ذكر عنه في غاية الصحة مع أن قوله: وال أيهما شئت ليس بصريح في إبطال قول القائف، ولو كان صريحا في إبطال قوله لكان في مثل هذا الموضوع إذا ألحقه باثنين<sup>86</sup>.

وأن عمر بن الخطاب كان يليط<sup>87</sup> أولاد الجاهلية بمن استلاطهم: أي بمن ادعاهم في الاسلام فأتى رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة، فدعا قائفا فنظر إليه فقال القائف: لقد اشتركا فيه، فضربه عمر بالدرة، ثم دعا المرأة فقال: أخبريني بخبرك، فقالت: كان هذا - لأحد الرجلين - يأتي في إبل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن ونظن أنه قد استمر بها حمل، ثم انصرف عنها فأهريقته عليه دما، ثم خلف هذا عليها، تعني الآخر. فلا أدري أيهما هو، فكبر القائف، فقال عمر للغلام: وال أيهما شئت. قالوا: فقضاء عمر بمحضر

من الصحابة بالقافة من غير إنكار من واحد منهم هو كالأجماع<sup>88</sup>.

ومن القياس أصول الشريعة تشهد للقافة؛ لأن القول بها حكم يستند إلى  
درك أمور خفية وظاهرة، توجب للنفس سكونا، فوجب اعتباره كنفد الناقد،  
وتقويم المقوم<sup>89</sup>.

الرأي المختار: من خلال ما سبق يتبين أن ما ذهب إليه الجمهور من  
الحكم بالقيافة واعتبارها طريقا شرعيا في إثبات النسب هو المختار والأقرب  
للصواب، لدلالة السنة المطهرة على ذلك، وثبوت العمل بها عند عدد من  
الصحابة رضي الله عنهم، ولم يعرف لهم مخالف، فكان كالأجماع منهم على الحكم بها.  
هذا، وقد أشرط الفقهاء لاعتبار قول القائف، والحكم به في إثبات  
النسب عدة شروط من أهمها: أن يكون القائف مسلما مكلفا، عدلا، ذكرا،  
سميعا، بصيرا، عارفا بالقيافة، مجربا في الإصابة<sup>90</sup>.

وقد ذهب أكثر القائلين بالحكم بالقيافة إلي جواز الاكتفاء بقول قائف  
واحد<sup>91</sup> والحكم بإثبات النسب بناء على قوله، وهو المشهور عند المالكية  
والشافعية والحنابلة، بينما ذهب آخرون إلى أنه لا يقبل في ذلك أقل من  
اثنين<sup>92</sup> في قول بعض المالكية وبعض الشافعية وأحمد.

ومبنى الخلاف في ذلك على اعتبار القائف شاهد، أو مخبر، فمن قال  
بالأول اشترط اثنين، ومن قال بالثاني اكتفى بواحد، وقيل مبنى الخلاف على  
أنه شاهد أو حاكم، فمن قال بالأول اشترط اثنين ومن قال بالثاني اكتفى  
بواحد.

هذا وإن لم تتفق القافة على إلحاق المجهول نسبه، بل تباينت أقوالها  
وتعارضت، فإن قولها يسقط لتعارضها، كالبينتين إذا تعارضتا تساقطتا، إلا في  
حالة واحدة وهي أن يتفق اثنين من القافة على إلحاقه بشخص، ويخالفهما  
قائف واحد، فإنه لا يلتفت إلى قوله، ويؤخذ بقول الاثنيين؛ لأنهما

كالشاهدين، فقولهما أقوى من قول الواحد. أما ما عدا ذلك من حالات الاختلاف كأن يعارض قول اثنين قول اثنين آخرين، أو قول ثلاثة فإن قول القافة يسقط في هذه الحالات كلها. بهذا قال الحنابلة<sup>93</sup>.

أما لو أخذ بقول القافة، وحكم به حاكم، ثم جاءت قافة أخرى فألحقته بشخص آخر، فإنه لا يلتفت إلي قول المتأخرة منهما؛ لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف، ومثل هذا أيضا لو رجعت القافة عن قولها بعد الحكم به وألحقته بشخص آخر فإنه لا يلتفت إلي رجوعها عن قولها الأول لثبوت نسب المجهول بمن ألحق به أولا وبهذا قال الشافعية والحنابلة<sup>94</sup>.

وإذا لم يؤخذ بقول القافة لاختلاف أقوالها، أو أشكل الأمر عليها فلم تلحقه، أو لم توجد قافة، فإن نسب المجهول يضيع على الصحيح من مذهب الحنابلة<sup>95</sup>.

ومذهب المالكية والشافعية والحنابلة في قول<sup>96</sup> أن الأمر يترك حتى يبلغ المجهول، ثم يؤمر بالانتساب إلى أحد المدعين، لأنه روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال للغلام الذي ألحقته القافة بالمدعين: وال أيهما شئت؛ ولأنه إذا تعذر العمل بقول القافة رجع إلى اختيار الولد الجلي؛ لأن الإنسان يميل بطبعه إلي قريبه دون غيره؛ ولأنه إذا بلغ صار أهلا للإقرار، فإذا صدقه المقر له فيثبت نسبه حيثئذ بالإقرار. وقيل يخير المميز في قول للشافعية وفي قول للحنابلة<sup>97</sup>.

أما في القانون: فلم يأتي ذكر القيافة، وذلك يرجع للتطور الذي بلغه العلم إذ يوجد وسائل أخرى أكثر دقة من القيافة تبتتها القوانين، وذلك باللجوء إلى الخبرة الطبية والأبحاث التي توصلت إليها في هذا المجال، وهو ما أسفر عن ما يسمى بالبصمة الوراثية التي اعتبرها البعض امتدادا للقيافة.

2 - إثبات النسب بالبصمة الوراثية: لقد تقدم الطب في هذا العصر تقدما عظيما واستطاع العلماء أن يقفوا على البنية الأساسية لجسم الإنسان فيما يطلق عليه اصطلاح «الجين» ومعرفة الكثير من أسرار الخلية ومكوناتها،

ولقد نجح العلماء مؤخرا في - منتصف الثمانينات - في تحليل الحمض النووي الذي يسكن الخلية حيث اتضح أن الحمض النووي متطابق تماما في كل خلايا الجسم، كما اتضح أن هذا الحمض يضم ستة وأربعين كروموزوما نصفها من الأب ونصفها الآخر من الأم، يطلق عليها الصبغيات؛ لأن من خواصها أنها تلون عند الصبغ، كما يطلق عليها الحمض النووي؛ لأنها تسكن نواة الخلية، ويطلق عليها DNA، أي: الحامض النووي الديوكس الريبوزي، وسمي بذلك؛ لأنه مزروع الأوكسجين<sup>98</sup>.

كما لاحظ العلماء أن ترتيب القواعد على الجينات وترتيب الجينات على الكروموزوم تتفق في أكثرها بين جميع البشر فيما يخص الصفات المشتركة بينهم كلون العين أو طول القامة ونحوهما، ومع هذا التطابق الهائل بين جميع البشر، فإن كل فرد يتميز بذاته عن سائر الخلق في حوالي اثنين إلى عشرة ملايين من بين الثلاثة بلايين من الوحدات القاعدية التي تكون الجينوم نصفها يتطابق مع الأب والنصف الآخر يتطابق مع الأم. هذا الكشف الخطير دفع بعض العلماء إلى الأخذ في تحديد هوية الإنسان، وأطلق البروفيسور "إليك جفري" عليه اصطلاح البصمة الوراثية<sup>99</sup>.

البصمة الوراثية لغة: البصمة الوراثية مركب وصفي مكون من كلمتين البصمة والوراثية.

والبصمة في اللغة من البصم وهو ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر<sup>100</sup>. وهي أثر الختم بالأصبع<sup>101</sup>، فالبصمة عند الإطلاق ينصرف مدلولها إلى بصمات الأصابع وهي: الانطباعات التي تتركها الأصابع عند ملامستها إحدى السطوح المصقولة، وهي طبق الأصل لأشكال الخطوط الحلمية التي تكسو جلد الأصابع، وهي لا تتشابه إطلاقا حتى في أصابع الشخص الواحد<sup>102</sup>.

الوراثية من وِثْرٍ وِثْرًا وِوْرَاثَةً وإِزْثًا وِوْرَثَةً، وأورثه أبوه، وورثه جعله من

ورثته. ويقال: ورثت فلانا مالا أرثه ورثا وورثنا إذا مات مورثك فصار ميراثه لك. وورثه ماله ومجده<sup>103</sup>. والوراثية نسبة إلى علم الوراثة الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل لآخر وتفسير الظواهر المتعلقة بذلك<sup>104</sup>.

وعلى ذلك فالمراد بالبصمة الوراثية: العلاقة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع<sup>105</sup>.

أما في الاصطلاح فقد عرفتها ندوة الوراثة والهندسة الوراثية - التي عقدت بالكويت برعاية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الفترة 23 - 25 جمادى الثاني 1419 هـ الموافق 1998/10/15م، وأخذت به اللجنة العلمية المشكلة من المجمع الفقهي الإسلامي بناء على قرار في دورته الخامسة عشرة لدراسة البصمة الوراثية على أنها: البنية الجينية - نسبة إلى الجينات أي المورثات - التي تدل على هوية كل فرد بعينه. وقد أقر المجمع الفقهي الإسلامي هذا التعريف في دورته الخامسة عشرة<sup>106</sup>، وأضاف بأن البحوث والدراسات تفيد بأنها من الناحية العملية وسيلة تمتاز بالدقة، ويمكن أخذها من أي خلية من الدم أو اللعاب، أو المنى، أو البول، أو غيره<sup>107</sup>.

وبالنظر لأدلة إثبات النسب السابقة وهي الفراش والإقرار والبينة، والقيافة يتبين أن البصمة الوراثية تلتقي مع القيافة في عدة جوانب، فالقيافة علم من العلوم يقوم على معرفة الشبه بين الولد والوالدين على أساس الصفات الظاهرة أو الباطنة، وكذلك البصمة الوراثية فإنها تقوم بمعرفة الشبه بين الولد والوالديه ولكن عن طريق النمط الوراثي للحامض النووي DNA، حيث ثبت علميا أن الحامض النووي متطابق تماما في كل خلايا الجسم، كما ثبت أن هذا الحمض يضم 46 كروموزوما نصفها من الأب ونصفها من الأم، وعلى ذلك فيمكن القول بأن البصمة الوراثية نوع من القيافة، وإن تميزت عليها بدقة نتائجها لدرجة اليقينية<sup>108</sup>.

وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير

قضايا الحدود الشرعية، وتمثل تطورا عصريا عظيما في مجال القيافة الذي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه، ولذلك يؤخذ بها في كل ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى<sup>109</sup>.

وعليه فإن أدلة إثبات النسب من الفراش والإقرار والبينة إن وجدت فإنها تقدم على القيافة والبصمة الوراثية، أما إذا حدث تعارض وتنازع بين الأدلة المتساوية، أو غيابها فإنه يلجأ إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب المتنازع فيه.

وكما اشترط في القائف شروط سبق ذكرها عند الحديث عن القيافة فإن خبير البصمة الوراثية لا بد أن تتوفر فيه عدة شروط وهي: الإسلام إذا كان في حالة إثبات نسب مسلم، والعدالة، والتكليف، والسمع، والبصر، والنطق، والتجربة والإصابة، وانتفاء التهمة عنه<sup>110</sup>.

وقياسا على القيافة<sup>111</sup> فإنه لو أخذ بقول خبراء البصمة الوراثية، وحكم به حاكم، ثم جاء خبراء آخرون فألحقوه بشخص آخر، فإنه لا يلتفت إلي قول المتأخرة منهم؛ لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف، ومثل هذا أيضا لو رجع الخبراء عن قولهم بعد الحكم به وألحقوه بشخص آخر فإنه لا يلتفت إلي رجوعهم عن قولهم الأول لثبوت نسب المجهول بمن ألحق به أولا، وبهذا قال الشافعية والحنابلة<sup>112</sup> وهو على سبيل القياس.

وإذا لم يؤخذ بقول الخبراء في البصمة الوراثية لاختلاف أقوالهم، أو أشكل الأمر عليهم فلم يلحقوه، أو لم يوجد خبراء، فإن نسب المجهول يضيع على الصحيح من مذهب الحنابلة<sup>113</sup>.

ومذهب المالكية والشافعية والحنابلة في قول<sup>114</sup> أن الأمر يترك حتى يبلغ الصبي، ثم يؤمر بالانتساب إلى أحد المدعين. وقيل يخير المميز في قول للشافعية وفي قول للحنابلة<sup>115</sup>.

هذا وقد أوصى المجمع الفقهي الإسلامي في قراره السابع المتعلق



بالبصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في المدة ما بين 21 - 26 /10/1422 هـ الذي يوافق من 5- 2002/01/10 م ب<sup>116</sup> :

أ - أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء، وأن يكون في مختبرات للجهات المختصة، وأن تمنع القطاع الخاص الهادف للربح من مزاوله هذا الفحص، لما يترتب على ذلك من المخاطر الكبرى.

ب - تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة، يشترك فيها المتخصصون الشرعيون، والأطباء، والإداريون، وتكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية، واعتماد نتائجها.

ج - أن توضع آلية دقيقة لمنع احتمال الغش، ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع، وأن يتم التأكد من دقة المختبرات، وأن يكون عدد المورثات المستعملة للفحص بالقدر الذي يراه المختصون ضروريا دفعا للشك.

وقد أقر التشريع الجزائري اللجوء إلى الخبرة والوسائل العلمية لإثبات النسب<sup>117</sup> دون تحديد تسمية لهذه الوسائل، مما يستتج منه أنه يقر اللجوء إلى البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب عند النزاع فيه.

أما في اجتهاد المحكمة العليا لم يصدر حكم جديد بخصوص هذا الشأن إلا لها اجتهاد قديم رفضت فيه اللجوء إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب بقولها: " ... ومتى تبين - في قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم و عرضوا قرارهم للنقض... " <sup>118</sup>.

مما يظهر من موقف المحكمة العليا في رفض اللجوء إلى تحليل الدم لإثبات النسب أن القضية المطروحة أمامها هي نزاع بين زوجين، و الزوجية قائمة بينهما، فالنسب في هذه الحالة ثابت بالفراش ما لم ينفه بالطريق المشروع الذي هو اللعان ولا حاجة للجوء إلى تحليل الدم ولا لأي وسيلة علمية أخرى، ولو كان الأمر مختلفا لاختلف اجتهاد المحكمة العليا فهذا راجع للوقائع المطروحة أمامها<sup>119</sup>.

مما يستخلص من كل ما تقدم ذكره أن هذه الأحكام تعبر عن مدى الحرص الشديد سواء عند فقهاء الشريعة أو المشرع القانوني أو قضاة الاختصاص على لحوق الأنساب واتصالها و عدم تعريضها للانقطاع، حيث يجوز الحكم بثبوت النسب ولو بأدنى دليل على الرغم من مخالطته للشبهة.

### المبحث الثالث: الاحتياط في نفي النسب

من أجل محاسن شريعة الإسلام المباركة، رعايتها للأنساب وعنايتها بالحفاظ عليها، ومن مظاهر ذلك تشوفها إلى ثبوت النسب ودوامه، وتسهيلها في إثباته بأدنى الأسباب وأيسرها، وتشديدها في نفيه وإبطاله متى ما ثبت بإحدى الطرق المشروعة؛ حيث لا تقبل الشريعة الإسلامية نفي النسب بعد ثبوته مهما كان الحامل عليه أو الداعي إليه<sup>120</sup>، إلا أن الزوج إذا شك في زوجته وأراد إنكار نسب الولد الذي تدعي زوجته أنه منه، له أن يلجأ إلى الطريق المشروع ألا وهو اللعان، وهو ما سوف أتناوله بإيجاز مبينا معناه وصفته والآثار المترتبة عليه، وكذا الحالات التي يتنفي فيها النسب من غير اللجوء إليه.

### أولا - تعريف اللعان:

1 - تعريف اللعان لغة: اللعان في اللغة<sup>121</sup>، من اللعن وهو الطرد والإبعاد من الخير. وقيل الطرد والإبعاد من الله فكل من لعنه الله فقد أبعدته عن رحمته واستحق العذاب، فصار هالكا، واللعن التعذيب ومن أبعدته الله لم

تلحقه رحمته وخلد في العذاب. ومن الخلق السب والدعاء، واللعنة الاسم، والجمع لعان ولعنات، ولعنه يلعنه لعنا طرده وأبعده. وسمي ما يكون بين الزوجين لعانا لقول الزوج عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين، وقول المرأة عليها غضب الله إن كان من الصادقين، وجائز أن يقال للزوجين إذا فعلا ذلك قد تلاعنا ولاعنا والتعنا، وجائز أن يقال للزوج قد التعن، ولم تلتعن المرأة وقد التعنت هي ولم يلتنع الزوج.

2- تعريف اللعان اصطلاحاً: أما في الاصطلاح، فقد عرفه الحنفية<sup>122</sup> بأنه: « شهادات مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعن وبالغضب، وإنه في جانب الزوج قائم مقام حد القذف، وفي جانبها قائم مقام حد الزنا ».

وعرفه ابن عرفة من المالكية بقوله: « حلف زوج على زنا زوجته، أو نفي حملها اللازم له، وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها، بحكم قاض »<sup>123</sup>.

فخرج بقوله اللازم الحمل غير اللازم له، فإنه لا لعان فيه كما إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم العقد، وكذا إذا كان الزوج خصياً، وخرج بقوله وحلفها... ما إذا حلف ونكلت ولم يوجب النكول حدها كما إذا غضبت فأنكر ولدها وثبت الغضب فلا لعان عليها واللعان عليه وحده، وخرج بقوله بحكم قاض لعان الزوجة والزوج من غير حكم فإنه ليس بلعان شرعي<sup>124</sup>.

وعرفه الشافعية<sup>125</sup> بأنه: « كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه وألحق العار به، أو إلى نفي ولد ». قولهم: جعلت حجة، أي: بمعنى سببا دافعا للحد عن المضطر، وقد سميت بذلك، أي: تلك الكلمات؛ لاشتمالها على إبعاد الكاذب منهما عن الرحمة وإبعاد كل عن الآخر، وجعلت في جانب المدعي مع أنها أيمان على الأصح رخصة لعسر البيئة بزناها وصيانة للأنسب عن الاختلاط، ولم يختر لفظ الغضب المذكور معه في الآية؛ لأنه المقدم فيها؛ ولأنه قد ينفرد لعانه عن لعانها ولا عكس.

وعرفه الحنابلة<sup>126</sup> بأنه: « شهادات مؤكدة بأيمان من الجانبين مقرونة بلعن

من زوج، وغضب من زوجة، قائمة مقام حد قذف إن كانت محصنة، أو تعزير، إن لم تكن كذلك في جانبه، وقائمة مقام حد زنا في جانبها إذا أقرت بالزنا أو حبس إلى أن تقر أو تلاعن.»

ومن خلال ما سبق من التعريفات يتبين أن اللعان هو: اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالألفاظ المعروفة مقرونة باللعن من جانب الزوج قائمة مقام حد قذف في جانبه، وبالغضب من الزوجة قائمة مقام حد الزنا في جانبها.

**ثانيا - شروط اللعان:** ولا يصح اللعان إلا بعد توفر عدة شروط وهي نوعان:

1- شروط متفق عليها<sup>127</sup> :

- ثبوت الزوجية بين الرجل والمرأة، إلا أن يكونا طارئين عند المالكية.
- عدم وجود البينة من الزوج على زنا زوجته.
- أن يقذف الزوج زوجته بالزنا، فتكذبه.
- أن يكون اللعان بأمر من الحاكم أو نائبه و أن يكون في أشرف الأماكن وأشرف الأماكن في كل بلد ما عدا الحرمين وبيت المقدس المساجد<sup>128</sup>.

وهو ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا ويظهر ذلك من خلال قرارها بالقول: " ومن المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان... ومن الثابت - في قضية الحال - أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر، و أن قضاة الموضوع أخطأوا كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة ووزن الولد، واللعان الذي لم تتوفر شروطه و الذي لا يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق، فإنهم بقضائهم بفسخ عقد الزواج و إلحاق النسب بأمه أخطأوا في تطبيق القانون و خالفوا أحكام المادتين 41 و 42 من ق أ.<sup>129</sup> "

- أن يكون الزوج مختارا للعان غير مكره عليه.

- التعجيل في اللعان لنفي الولد، فلا يتأخر فيه مدة أو يقوم بفعل يفهم منه رضاه به، كقبوله التهنتة، أو شرائه لوازم النفاس والتهنتة إلى غير ذلك، أما الغائب فإنه يلزمه التعجيل من يوم حضوره واعتبار الأسباب السابقة في حقه من يوم حضوره.

وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن المدة التي يجب فيها رفع دعوى اللعان هي أن لا تتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا بعد أن كانت ليوم واحد فقط ويتضح ذلك من خلال اجتهادات المحكمة العليا التي سأوردها فيما يلي:

" من المبادئ الشرعية أن دعوى اللعان لا تقبل إذا أخرجت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو الزنا. يكون باطلا القرار الذي يقضي قبل البت في الدعوى الخاصة بنفي النسب بتوجيه اليمين لكل واحد من الطرفين إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي ( 12 ) يوما من علمه بوضع زوجته لحملها. " <sup>130</sup>

" ... ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به خلال المدة المحددة شرعا وتمسك بالشهادة الطيبة التي لا تعتبر دليلا قاطعا، ولأن الولد ولد عد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء.

وأن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب الولد بأبيه عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من ق أ وأخطأوا في تطبيق المادتين 41 و 42 من ق أ، فيما يخص إلحاق النسب.... " <sup>131</sup>

2 - شروط مختلف فيها:

- أن يكون الزوجان من أهل الشهادة، أي من أهل أدائها، فلا يكون اللعان إلا بين زوجين مسلمين عدلين حرين عاقلين بالغين، ناطقين غير محدودين في قذف وهو قول الحنفية <sup>132</sup> وفي رواية عن أحمد <sup>133</sup>، واستثنى الحنفية كون

اللعان يجري بين الأعميين والفاستقين مع أنه لا أداء لهما، ودفع بأنهما من أهله إلا أنه لا يقبل للفسق ولعدم تمييز الأعمى بين المشهود له وعليه. وزد عليه هنا هو أنه يقدر على أن يفصل بين نفسه وامراته، فيكون أهلا لهذه الشهادة دون غيرها، وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن الأعمى لا يلاعن.

- أن يكون الزوجان من أهل اليمين عند الجمهور<sup>134</sup>، أي: يصح اللعان من كل زوجين وإن كانا فاستقين محدودين في كذب أو كافرين، إلا أن المالكية<sup>135</sup> والشافعية<sup>136</sup> يذهبون إلى عدم اللعان بين الكافرين، إلا إذا رضا بحكم المسلمين، ويكون ذلك لنفي الولد لا للرمي بالزنا، روى ابن القاسم عن مالك: ليس بين المسلم والكافرة أو الأمة لعان إذا قذفها إلا أن يدعي رؤية فيلاعن، ظهر حمل أو لم يظهر؛ لأنه يقول أخاف أن أموت فيلحق بي نسب ولدها<sup>137</sup>.

ومأخذ القولين أن اللعان يجمع وصفين: اليمين والشهادة.

- قيام الزوجية بين المتلاعنين عند الحنفية<sup>138</sup> أو كونها مطلقة طلاقا رجعيا، وعدم شرط ذلك عند المالكية والشافعية والحنابلة<sup>139</sup> ومحمد من الحنفية<sup>140</sup> إذا كانت لنفي الولد؛ ولو كانت مطلقة طلاقا بائنا؛ أو منكوحة بشبهة؛ لأن النكاح الفاسد يساوي الصحيح في اللعان، إذا كان بينهما ولد يريد نفيه عنه، لكون النسب لاحقا به، فإن لم يكن ولد، فلا لعان بينهما؛ لعدم الحاجة إليه.

هذه جملة الشروط التي اشترطها الفقهاء لصحة اللعان، ولهم في ذلك تفاصيل واسعة ليس هنا محل بيانها يرجع إليها في مظانها.

أما من الناحية القانونية، المشرع الجزائري لم يتعرض إلى اللعان كطريق لنفي النسب بالتفصيل، فلم يذكر شروطه ولا آثاره، واقتصر على الإشارة إليه حسب ما ورد في المادة 41 من قانون الأسرة بقوله: "ينسب الولد إلى أبيه متى كان الزواج شرعيا، وأمكن الاتصال، ولم ينه بالطرق المشروعة" والمقصود،

من الطرق المشروعة هو اللعان، وهو ما يعني ضمناً أنه أخذ باللعان كطريق لنفي النسب، لذلك عالج القضاء الجزائري مسألة اللعان حسب ما ورد في المادة 222 منه، التي تحيل إلى الأخذ بالشريعة الإسلامية عند عدم وجود النص.

**ثالثاً - صفة اللعان:** أما صفته فهو أن يأمر الإمام أو نائبه الزوج أن يلاعن زوجته، فيقول إذا كان اللعان لرؤية الزنا: أشهد بالله أن زوجتي هذه قد زنت، فيسميها باسمها أو يشير إليها، ويكرر ذلك أربع مرات، ثم يقول في الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وإذا كان لنفي الولد يقول: وأن هذا الولد من زني، وليس مني، فإذا فرغ لاعنت الزوجة قائلة إذا كان لرؤية الزنا: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، تكرر ذلك أربع مرات، ثم تقول في الخامسة: وأن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، وإن كان لنفي الولد تقول: وإن هذا الولد منه، وليس من زنا<sup>141</sup>.

ويجب على المتلاعنين التقيد بهذه الصفة والألفاظ في اللعان، اتباعاً للكتاب والسنة، فإن حصل شيء من الإخلال بذلك لم يصح اللعان، كما يجب أن يبدأ الزوج باللعان قبل المرأة عند الجمهور<sup>142</sup>، فإن بدأت قبله لم يصح؛ لأن الله تعالى بدأ بالزوج، وأمر به رسول الله ﷺ؛ لأن لعانها مبني على لعانه لا العكس؛ ولأن لعان الزوج لإثبات الحق ولعان المرأة بينة الإنكار، فقدمت بينة الإثبات، وعند أبي حنيفة يجوز أن تبدأ المرأة<sup>143</sup>.

**رابعا - الأمور التي يمكن الاعتماد عليها في نفي النسب:** اللعان لنفي النسب أمر له خطورته؛ لأن ثبوت النسب أو نفيه تترتب عليه حقوق و أحكام كثيرة للآخرين، كحقوق الأبوة والبنوة والحجاب والميراث والمحرمية الخ، ولذلك لا بد أن يستند الزوج في نفيه إلى أمر قوي، وليس مجرد شك الزوج في أن الولد ليس منه<sup>144</sup>.

فأما الأمور التي يمكن الاستناد إليها والاعتماد عليها في نفي النسب هي:  
1 - عدم الوطاء بعد الاستبراء بالحيض<sup>145</sup>: وذلك بأن تلد المرأة بعد ستة

أشهر فأكثر - وهي أقل مدة الحمل - من حيضتها دون أن يطأها الزوج مطلقاً بعد الحيضة، ففي الحديث لاعن الرسول ﷺ بين العجلاني ﷺ وامرأته، وكانت حبلى، وقال زوجها: والله ما قربتها منذ عفرنا النخل<sup>146</sup>.

2 - عدم الوطاء بعد الاستبراء بالولادة<sup>147</sup>: وذلك بأن تأتي الزوجة بولد بعد ميلادها بستة أشهر فأكثر، والزوج لم يطأها مطلقاً بعد ميلادها الأول، فإن كان بين الولادتين أقل من ستة أشهر، فلا يحق للزوج اللعان؛ لأن الولد الثاني حيثئذ يكون تابعا للحمل الأول، وكذلك لا يحق للزوج اللعان إذا وطئها بعد الولادة ولو مرة واحدة، لاحتمال حصول الحمل من ذلك الوطاء.

3 - الولادة بعد الوطاء بمدة لا يلحق فيها الولد بالزوج<sup>148</sup>: وذلك بأن تأتي بولد بعد الوطاء بمدة، لا يمكن أن يكون فيها الولد ناشئا عن ذلك الوطاء، إما لقلتها كخمسة أشهر، أو لكثرتها، أي: تتجاوز أقصى مدة الحمل.

4 - اتفاق الزوجين على نفي الولد<sup>149</sup>: وذلك بأن تأتي المرأة بولد بعد ستة أشهر من تاريخ عقد النكاح، فينفيه الزوج عنه وتصدقه المرأة في ذلك، فإن الولد لا ينتفي إلا بلعان الزوج، فإن لم يلعن لحق الولد به؛ لأن النسب حق للولد أيضا، فلا يسقط بمجرد الاتفاق على إسقاطه من الزوجين<sup>150</sup> وفي رواية عن مالك أنه ينفي بغير لعان.

**خامس- الأمور التي لا يمكن الاستناد إليها ولا الاعتماد عليها في نفي النسب: وهي:**

1 - استعمال حبوب منع الحمل أو العزل: فلا يحق للزوج إذا ظهر حمل أن ينفيه اعتمادا على أن المرأة كانت تستعمل موانع الحمل كلما جامعها، أو أنه كان يعزل عنها؛ لأن هذه الأمور قد يحصل الحمل مع استعمالها<sup>151</sup>.

2 - عدم مشابهة الولد لأبيه أو أمه: كأن يكون الولد أبيض والأب أسود أو غير ذلك من عدم المشابهة<sup>152</sup>، للحديث الصحيح عن أبي هريرة أن رجلا قال للنبي ﷺ: إن امرأتي ولدت غلاما أسود كأنه يعرض بنفيه، فقال النبي ﷺ: « هل لك من إبل ؟ » قال نعم. قال: « ما لونها ؟ » قال: حمر. قال: « فهل فيها من



أورق ؟ » قال: نعم. قال رسول الله ﷺ: «فأنتى أتاها ذلك ؟ » قال: لعله يا رسول الله يكون نزعه عرق. فقال النبي ﷺ: « وهذا لعله يكون نزعه عرق »<sup>153</sup>، وفي رواية عن الشافعية<sup>154</sup> أنه يمكن الاعتماد على ذلك في اللعان.

ثالثا - الوطاء فيما دون الفرج: لأنه لا يؤمن وصول الماء إلى الفرج، وقد يؤدي إلى الحمل<sup>155</sup>، وفي رواية عن الشافعية<sup>156</sup>، وفي رواية عن الحنابلة<sup>157</sup> أنه يمكن الاعتماد على ذلك في اللعان.

**سادسا - الحكم المترتب على اللعان المرتبط بالنسب:** ومما يترتب على اللعان من أحكام إذا تم على الصفة المشروعة انتفاء الولد وذلك من الزوج إذا صرح بنفيه، و لحوق نسب الولد بأمه، لحديث ابن عباس ؓ أن رسول الله ﷺ قضى أن لا يدعى ولد المرأة التي لاعنها زوجها لأب<sup>158</sup>.

لكن السؤال المطروح هنا حول هذا الحكم، إذا ثبت بعد اللعان أن الولد من أبيه بحكم القافة أو بإجراء فحص البصمة الوراثية، هل يلحق الولد بأبيه وينسب إليه ؟ وذلك كون النبي ﷺ قد حكم بعد اللعان ونفي الولد بأنه إن جاء يشبه الزوج صاحب الفراش فهو له وإن جاء يشبه الذي رميت به فهو له.

قال بن القيم مجيبا على ذلك: « هذا مجال ضحك وموضع ضيق تُجاذِبُ أعتته اللعان المقضي لانقطاع النسب وانتفاء الولد وأنه يدعى لأمه ولا يدعى لأب، والشبه الدال على ثبوت نسبه من الزوج وأنه ابنه مع شهادة النبي ﷺ بأنها إن جاءت به على شبهه، فالولد له وأنه كذب عليها، فهذا مضيق لا يتخلص منه إلا المستبصر البصير بأدلة الشرع وأسراره والخبير بجمعه وفرقه الذي سافرت به همته إلى مطلع الأحكام والمشكاة التي منها ظهر الحلال والحرام.

والذي يظهر في هذا والله المستعان وعليه التكلان، أن حكم اللعان قطع حكم الشبه، وصار معه بمنزلة أقوى الدليلين مع أضعفهما فلا عبرة للشبه بعد مضي حكم اللعان في تغيير أحكامه، والنبي ﷺ لم يخبر عن شأن الولد وشبهه ليغير بذلك حكم اللعان، وإنما أخبر عنه ليتبين الصادق منهما من الكاذب

الذي قد استوجب اللعنة والغضب، فهو إخبار عن أمر قدرى كون يتبين به الصادق من الكاذب بعد تقرر الحكم الديني، وأن الله سبحانه سيجعل في الولد دليلاً على ذلك، ويدل عليه أنه ﷺ قال ذلك بعد انتفائه من الولد، وقال إن جاءت به كذا وكذا فلا أراه إلا صدق عليها وإن جاءت به كذا وكذا فلا أراه إلا كذب عليها، فجاءت به على النعت المكروه، فغلم أنه صدق عليها، ولم يعرض لها، ولم يفسخ حكم اللعان، فيحكم عليها بحكم الزانية مع العلم بأنه صدق عليها، فكذلك لو جاءت به على شبه الزوج يعلم أنه كذب عليها، ولا يغير ذلك حكم اللعان، فيحد الزوج ويلحق به الولد، فليس قوله: إن جاءت به كذا وكذا فهو لهلال بن أمية إلحاقاً له به في الحكم، كيف وقد نفاه باللعان وانقطع نسبه به كما أن قوله: وإن جاءت به كذا وكذا فهو للذي رميت به. ليس إلحاقاً به وجعله ابنه وإنما هو إخبار عن الواقع، وهذا كما لو حكم بأيمان القسامة ثم أظهر الله سبحانه آية تدل على كذب الحالفين لم ينتقض حكمها بذلك، وكذا لو حكم بالبراءة من الدعوى بيمين، ثم أظهر الله سبحانه آية تدل على أنها يمين فاجرة لم يبطل الحكم بذلك»<sup>159</sup>.

هذا بالنسبة لحكم القیافة والتي قد يتطرق إليها الاحتمال، لكن ما الحكم في حال ثبت من خلال تحليل البصمة الوراثية كون الولد من الزوج الملاعن؟ قال الأستاذ نصر فريد واصل: «أما إذا جاءت البصمة الوراثية بثبوت نسب الطفل إلى الزوج - بأن يتطابق الحامض النووي للطفل مع الحامض النووي للزوج - فإنه لا ينفى نسب الطفل حتى ولو لاعن الزوج؛ لأن الشارع يتشوف إلى إثبات النسب رعاية لحق الصغير خاصة وأن نتائج البصمة الوراثية دقيقة وقيينية قطعية، ولخراب الذمم عند بعض الناس في هذا العصر، فقد يكون باعث الزوج الكيد لزوجته، وفي ذلك إقرار للحق واستقرار للأوضاع في المجتمع»<sup>160</sup>.

وهو نفس ما ذهب إليه دار الإفتاء المصرية إذ جاء في فتوى لها بمناسبة

قضية نسب الطفلة (بسنت) من المدعو عبد الشافي الذي نفاها بموجب اللعان، بينما أصرت الأم على إجراء فحص البصمة الوراثية لتبرئة نفسها مما رماها به زوجها وإثبات نسب الطفلة منه، وبعد إجراء الفحوصات والتحليل تبين أن الحامض النووي للطفلة مطابق للحامض النووي للمدعو عبد الشافي، فقالت دار الإفتاء بعد استعراضها للقضية وطرق إثبات النسب الشرعية وطرق نفيه: « أنه لا ينبغي إسقاط النسب عن الطفل حتى ولو تمت الملاعة بين الزوجين إلا بيقين؛ لأن الأصل أن كل من ولد له ولد على فراش الزوجية فهو له؛ ولأن الشارع يتشوف إلى إثبات النسب رعاية وحفاظا على حق الطفل المولود، وأنه إذا جاءت المرأة بالطفل شبيها بوالده صاحب الفراش في الشكل، أو أثبت العلم عن طريق الفحوصات والتحليل الطبية أنه ليس هناك ما يمنع من نسب الطفل إلى زوجها صاحب الفراش، فإنه يؤخذ بالرأي العلمي في ذلك ولا ينفي نسب الطفل في هذه الحالة... فقد أفاد الحديث<sup>161</sup> أنه حتى ولو تمت الملاعة بين الزوجين وولد الطفل شبيها بالزوج صاحب الفراش فإنه ينسب إليه ولا ينفي عنه، ويقاس على ذلك من باب أولى ما يقرره العلم عن طريق الفحوصات والتحليل الطبية المثبتة للنسب؛ لأنه أقوى من مجرد التشابه في الشكل الذي أخذ به رسول الله ﷺ في إثبات النسب.

إن دار الإفتاء المصرية بعد أن استعرضت وقائع الدعوى وقامت بتمحيصها وفحص المستندات المرفقة... ترى أنه:

أولا: يفرق بين الزوجين المتلاعنين ولا يجتمعان أبدا.

ثانيا: أنه يثبت نسب الطفلة (بسنت) المولودة بتاريخ 19/03/1995 إلى والدها عبد الشافي ولا يتنفي عنه تأسيسا على الآتي:

أولا: أن الزوجة المدعى عليها قد وضعتها بعد أكثر من ستة أشهر - أقل مدة الحمل - من تاريخ العقد الصحيح، وقبل مرور سنة شمسية من تاريخ الوطء والغيبة عنها، وأن إمكانية حدوث الحمل من تاريخ التلاقي بينهما

قائمة من وقت عقد القران ولا يقدر في ثبوت النسب ادعاء الزوج المدعي وشهادة شاهده بأنه أجرى حفل الزفاف بتاريخ 1994/10/17، لاحتمال أن يكون المدعي قد دخل عليها وعاشرها بعد عقد القران، فإن شاهده لم يقررا على وجه القطع واليقين بأنه لم يدخل بها من تاريخ العقد وإنما قررا فقط حضرا حفل الزفاف في 1994/10/17، ولم يعرفا ما إذا كان قد دخل عليها أم لا وبذلك تطرق الاحتمال إلى دليله. والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال، وبالإضافة لذلك فإن شاهدي المدعى عليها قد قررا أن المدعي دخل بالمدعى عليها في نفس يوم عقد القران 1994/02/07؛ ولأن الثابت شرعا أن كل من ولد له ولد على فراشه فهو ولده شرعا ونسبا طالما أمكن أن يكون له لقوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»<sup>162</sup>.

وعلى ذلك فيقتصر أثر اللعان درء الحد عن الزوج والتفريق بين الزوجين دون أن يؤثر في نسب الطفلة إلى والدها حتى ولو نفاه الأب؛ لأن ذلك حق الشرع، والشارع يتشوف إلى إثبات النسب حرصا على مصلحة الطفل ولا يوجد في واقعة الدعوى ما يدل على نفي النسب، خاصة وأنه قد دخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج في ظل عقد زواج صحيح شرعا.

ثانيا: أن التحاليل الطبية التي أجريت جميعها بالإدارة المركزية للمعامل الطبية الشرعية والخاصة بمجموعات فصائل الدم الرئيسية والفرعية وكذلك التحاليل الخاصة بالحامض النووي أثبتت أن الطفلة (بسنت) تحمل العوامل الوراثية إلى كل منهما؛ لأنه يعمل بالدليل العملي قياسا على إثبات رسول الله ﷺ في شأن هلال السابق<sup>163</sup>.

الرأي المختار: ومن خلال استعراض الرأيين السابقين رأي ابن القيم، ورأي دار الإفتاء المصرية، يتبين والله أعلم أن ما ذهبت إليه دار الإفتاء هو الأصوب للأسباب الآتية:

- كون الشارع يتشوف إلى إثبات النسب بأقل الأسباب رعاية وحفاظا

على حق الطفل المولود.

- كون فحوصات وتحليل البصمة الوراثية ونتائجها دقيقة ويقينية قطعية.
- خراب الذمم عند بعض الناس في هذا العصر، فقد يكون باعث الزوج الكيد لزوجته.
- في إثبات النسب للمنفى باللعان بعد التحقق من نسبه إقرار للحق واستقرار للأوضاع في المجتمع.
- أن إثبات النسب بالبصمة الوراثية بعد إجراء اللعان، لا يحل محل اللعان ويلغيه وإنما تثبت أحكامه الأخرى ما عدا مسألة النسب، وذلك رعاية لحق الطفل المولود.
- اتفاق الفقهاء<sup>164</sup> على أن الولد يلحق بأبيه، إذا أكذب نفسه بعد اللعان، وأقر بالولد.

**سابعا - الحالات التي ينتفي فيها الولد من غير لعان:** إذا ولدت المرأة ولدا تحيل العادة أن يكون ولدا شرعيا لزوجها ينتفي عنه بغير لعان<sup>165</sup>، وذلك في الحالات الآتية:

- 1 - إذا ولدت المرأة قبل أقل مدة الحمل.
  - 2 - المطلقة إذا ولدت ولدا بعد أقصى مدة الحمل.
  - 3 - أن يكون الزوج لا يتأتى منه الحمل، لكونه صيبا أو خصيا، أو مقطوع الأثنين، أما الم محبوب فيه خلاف بين الفقهاء إذ بإمكانه الإنزال مع السحق.
  - 4 - أن يثبت عدم اللقاء بين الزوجين من حين العقد.
  - 5 - إذا ألحقت القافة بغيره في حال نكحها هذا الغير نكاح شبهة.
- نفي النسب في القانون: لم يفصل قانون الأسرة الجزائري في مسألة نفي النسب، وإنما اكتفى بذكر الطريقة المشروعة لنفيه<sup>166</sup> ألا وهي اللعان، وترك

أمر أحكامها للفقهاء، وعلى ذلك يرجع إلى مادة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية<sup>167</sup>.

بينما نلاحظ أن القانون التونسي، أجاز في الفصل 75 نفي النسب، وأخضع إثبات هذا النفي إلى إصدار حكم به من المحكمة بالاستناد إلى كافة طرق الإثبات القانونية، وأضاف إلى ذلك طريقة اللعان كإجراء متمم ومتكامل حيث قال: «إذا نفى الزوج حمل زوجته أو الولد اللازم له، فلا ينتفى عنه إلا بحكم الحاكم، وتقبل في هاته الصورة جميع وسائل الإثبات الشرعية» ولقد أحسن المشرع التونسي صنعا عندما نص على ذلك، بحيث يكون تطبيق الإجراءات معا ( إجراء إثبات زنا الزوجة، ونفي نسب الولد المولود بين أقل وأكثر مدة الحمل، وإجراءات اللعان ) كإجراءين متكاملين لا بد منهما معا لنفي النسب، وهذه سياسة تشريعية لا تعطل قاعدة شرعية، وتضمن استقرار الأسرة، وحفظ سمعتها وسمعة ومستقبل الطفل<sup>168</sup>.

### خاتمة

من خلال هذه الدراسة المختصرة لأحكام النسب في فقه الذهاب الأربعة وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الجزائي استخلصنا أنها مبنية على الاحتياط في إثباتها والحرص على اتصال الأنساب وعدم انقطاعها، لذلك أوجدت طرق عديدة إلى إثباته، حيث إن الفقهاء يترصدون أدنى الأسباب للحكم بثبوت النسب ويتشددون عند نفيه، مبررين ذلك بأن النسب يحتاط له وأن الشارع يتشوف لإثبات النسب لا لانقطاعه، وأن أثبات النسب حياة للولد ونفيه موت له، وقد ترجم الفقهاء من خلال هذه الطرق مقصد الشارع وغايته فحكموا بثبوت النسب بأدنى دليل ولو كان فيه شبهة.

وفي المقابل تشددوا في أحكام نفي النسب بأن جعلوا له طريقا واحدا وهو اللعان، وأثقلوه بالشروط الكثيرة حتى لا يكون نفي النسب عرضة للتلاعب به، فلا يلجأ إليه إلا المضطر الذي مس في شرفه وعرضه ولم يجد

ما يدفع به هذا النسب غير الشرعي، وكل هذا حرصا على المحافظة على الأنساب وصيانة للأعراض.

والملاحظ أن قرارات المحكمة العليا تبنت ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من خلال قراراتها التي تبنت مبدأ الاحتياط في ثبوت النسب ونفيه فكلما طرحت أمامها قضية للإثبات إلا و حكمت بتأييد الحكم الذي فيه إثبات النسب في ظل توفر الشروط الشرعية والقانونية لذلك، و تشددت في قضايا النفي؛ لأنه وكما قلت أن أثبات النسب حياة للولد ونفيه موت له .

ومن التوصيات التي يمكن أن أقترحها في هذا الموضوع:

- أقترح تقنين أحكام اللعان، لأنه بالإطلاع على محتوى قانون الأسرة لم أجد سوى مادة وحيدة، وهي المادة 41 تتكلم عن طرق نفي النسب ولكن دون تفصيل مما يجعل الأمر متروكا للتأويل وبالتالي اختلاف أحكام القضاء.

- السير على منهج المشرع التونسي الذي أخضع إثبات النفي إلى إصدار حكم من المحكمة بالاستناد إلى كافة طرق الإثبات القانونية، وأضاف إلى ذلك طريقة اللعان كإجراء متمم ومتكامل، ولقد أحسن المشرع التونسي صنعا عندما نص على ذلك، بحيث يكون تطبيق الإجراءات معا ( إجراء إثبات زنا الزوجة، ونفي نسب الولد المولود بين أقل وأكثر مدة الحمل، وإجراءات اللعان ) كإجراءين متكاملين لابد منهما معا لنفي النسب، وهذه سياسة تشريعية لا تعطل قاعدة شرعية، وتضمن استقرار الأسرة، وحفظ سمعتها وسمعة ومستقبل الطفل.

### - الهوامش:

- (1) أبو داوود، سنن أبي داوود باب التغليظ في الانتفاء برقم 3263، 482/2 (أبو داوود، سنن أبي داوود، دار بن حزم، بيروت، ط1، 1997) - البيهقي، السنن الكبرى، 403/7 - النسائي، السنن الكبرى باب التغليظ في الانتفاء من الولد برقم 5675 (النسائي، السنن الكبرى، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري وسيد كسروي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1991، 378/3) - الحاكم، المستدرک 203/2 - سنن الدارمي باب من جحد ولده وهو يعرفه برقم 2284 (الدارمي، سنن الدارمي تحقيق حسين سبيم أسد الداراني، دار المغني، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 2000، 1437/3) - ابن حبان، صحيح ابن حبان

- باب ثبوت النسب وما جاء في القائف برقم 4108، 418/9 (ابن حبان، صحيح بن حبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1993، 450/11). قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.
- (2) الحديث نفسه.
- (3) عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري، ثالة للنشر، دت ص 279 وما بعدها.
- (4) المرجع نفسه ص 280.
- (5) مصطفى مناصرية، مبدأ الاحتياط في ثبوت النسب في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي الجزائري، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي حول الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية، جامعة سعد دحلب بالبلدية، ص 2.
- (6) ابن منظور، لسان العرب مادة نسب 4405/6 (ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير ومعه، دار المعارف، القاهرة، مصر، دت) - الزبيدي، تاج العروس مادة نسب 260/4 وما بعدها (الزبيدي، تاج العروس، تحقيق مصطفى حجازي، مطبعة حكومة الكويت، الكويت الطبعة الأولى، 2001).
- (7) عبد الكريم زيدان، المفصل، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط2، 2000، 315/9.
- (8) محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، مطبعة دار النشر المغربية، المغرب، ط 2006، ص 363 وما بعدها.
- (9) ابن القيم، زاد المعاد، تحقيق أسامة بن محمد الجمال، دار أبو بكر الصديق، القاهرة، مصر، ط1، 2005، 199/4.
- (10) عبد الكريم زيدان، المفصل 316/9.
- (11) ابن القيم، زاد المعاد 199/4.
- (12) محمد علي محجوب، النظام القانوني للأسرة في التشريع الإسلامي، المعهد العالي للدراسات الإسلامية، مصر، 2005، ص 243
- (13) عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري، ثالة للنشر، دت، ص 80 (بتصرف).
- (14) محمد علي محجوب، مرجع سابق، 244.
- (15) عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط1، 2001، ص 176.
- (16) محمد علي محجوب، مرجع سابق، ص 244.
- (17) السرخسي، المبسوط، تحقيق سمير مصطفى رباب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان الطبعة الأولى 73/17 - ابن رشد، بداية المجتهد، دار الفكر، بيروت، لبنان، طبة 1995، 290/2 وما بعدها - النووي، المجموع شرح المهذب، دارالفكر، بيروت، لبنان، دت، 399/17 - شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، دت، 61/9.
- (18) انظر: قانون الأسرة الجزائري، المواد: 40، 41، 42.
- (19) مالك، الموطأ باب الدعوى والشهادات وادعاء النسب برقم 845 (مالك، الموطأ، رواية محمد بن الحسن الشيباني، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، طبة وزارة الأوقاف، مصر، الطبعة الرابعة 1994، ص 273) - البخاري، الجامع الصحيح، باب الولد للفراش برقم 6749، 241/4، باب للعاشر الحجر برقم 6818، 254/4 (البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق محب الدين الخطيب، المطبعة السلفية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 1403 هـ) - مسلم، صحيح مسلم، باب الولد للفراش وتوفي الشبهات برقم 1457.



- 1458/2، 1080/2 وما بعدها (مسلم، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دت).
- (20) ابن القيم، زاد المعاد 4/205.
- (21) ابن منظور، لسان العرب مادة: فرش 5/3382 وما بعدها - الزبيدي، تاج العروس مادة: فرش 17/299 وما بعدها .
- (22) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الموسوعة الفقهية، مطبعة الوزارة، ط2، 2006، 23/81.
- (23) عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجنسية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 15، 2002، ص 42
- (24) السرخسي، المبسوط 47/6 - ابن رشد، بداية المجتهد 2/291 - البكري، إعانة الطالبين، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1997، 4/58 - موفق الدين بن قدامة، المغني، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1405 هـ، 9/52- ابن القيم، زاد المعاد 4/208.
- (25) ابن الهمام، شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دت، 4/171 - مالك، المدونة، رواية سحنون عن ابن القاسم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 1994، 25/2 - الشرواني، حواشي الشرواني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دت، 5/162 - موفق الدين بن قدامة، المغني 9/117
- (26) ابن رشد، بداية المجتهد 2/291 - البكري، إعانة الطالبين 4/58 - ابن قدامة، المغني 9/52
- (27) السرخسي، المبسوط 47/6- الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 2002، 1/642 وما بعدها.
- (28) ابن نجيم، البحر الرائق، تحقيق أحمد عزو عناية الدمشقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2002، 3/247 - ابن القيم، زاد المعاد 4/208
- (29) المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم 204821 مؤرخ في 20/10/1998 المجلة القضائية، العدد الخاص بغرفة الأحوال الشخصية، ص82.
- (30) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، دار الفكر، بيروت، لبنان، طبعة 1995، 3/147 - محمد علاء الدين ابن عابدين، تكملة حاشية رد المحتار، دار الفكر، بيروت، لبنان، طبعة سنة 1995، 2/255 - الكاساني، بدائع الصنائع، تحقيق محمد عدنان بن ياسين درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2000، 3/335 - ابن نجيم، البحر الرائق 4/242 - العدوي، حاشية العدوي، دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة الأولى، 1998، 2/109 - الشرواني، حواشي الشرواني 6/423 - النووي، المجموع 17/399 - 18/125 - شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير 9/86 - موفق الدين بن قدامة، المغني 12/489.
- (31) انظر: قانون الأسرة الجزائري المادة: 42 .
- (32) يقال خدجت الناقة تخدح خداجا، فهي خادج والولد خديج، إذا ألتقت ولدها قبل تمام الأيام، وإن كان تام الخلق. وفي الحديث: «كل صلاة لا يقرأ فيها بأَم الكتاب فهي خداج»، أي نقصان. (ابن منظور، لسان العرب مادة خدج 2/1108 - الزبيدي، تاج العروس مادة خدج 5/505 وما بعدها .)
- (33) نجم عبد الله عبد الواحد، مدة الحمل، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية العدد الرابع، ص 255.

- (34) الكاساني، بدائع الصنائع 3/335.
- (35) ابن رشد، بداية المجتهد 2/75.
- (36) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط: 1، دت، 177/5.
- (37) محمد بن عجلان: هو محمد بن عجلان أبو عبد الله القرشي، المدني. حدث عن أبيه، وعبد الرحمن بن هرمز الأعرج، وعمرو بن شعيب، وأبي حازم سلمان الأشجعي. ونافع، ومحمد وغيرهم كثير. حدث عنه: إبراهيم بن أبي عيلة، ومنصور بن المعتمر، وشعبة، وسفيان، ومالك بن أنس، وابن المبارك، وخلق كثير. كان فقيها مفتيا، عابدا صدوقا، كبير الشأن. توفي سنة 148 هـ. (الذهبي، سير أعلام النبلاء 6/317 وما بعدها، وتذكرة الحفاظ 1/165 وما بعدها).
- (38) شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير 7/134.
- (39) نجم عبد الله عبد الواحد، مقال سابق، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، العدد الرابع، ص 255 وما بعدها.
- (40) المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم 35087 مؤرخ في 17/12/1984 المجلة القضائية، العدد 01، ص 86.
- (41) المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم 57756 المؤرخ في: 22/01/1990 العدد: 02 ص 71.
- (42) محمد علاء الدين بن عابدين، تكملة حاشية رد المحتار 1/357 - الكاساني، بدائع الصنائع 6/264 وما بعدها - المواق، التاج والإكليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، دت، 5/238 وما بعدها - الخرشي، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، دت، 6/101 - النووي، المجموع 15/303، 20/334 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 3/301 - شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير 6/400 وما بعدها، 7/201.
- (43) انظر: قانون الأسرة الجزائري، المادتين: 40، 44.
- (44) المواق، التاج والإكليل 5/238.
- (45) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار 8/97.
- (46) انظر المادة 45 من قانون الأسرة الجزائري.
- (47) مصطفى مناصرية، مرجع سابق، ص 7.
- (48) المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم 202430 مؤرخ في 15/12/1998 المجلة القضائية، العدد الخاص بغرفة الأحوال الشخصية، ص 79.
- (49) ابن عابدين، حاشية رد المحتار 4/460 - السرخسي، المبسوط 16/159 - المواق، التاج والإكليل 6/180 - الماوردى، الحاوي الكبير، تحقيق علي محمد معوض ومن معه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994، 8/17 - المرادوي، الإنصاف، تحقيق مكتب دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1998، 12/59 - الهوتي، شرح منتهى الإرادات، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى 2000، 6/684.
- (50) ابن عابدين، حاشية رد المحتار 4/460 - السرخسي، المبسوط 16/151 - ابن الهمام، شرح فتح القدير 6/450.
- (51) السرخسي، المبسوط 16/158 - ابن الهمام، شرح فتح القدير 4/176 - ابن نجيم، البحر الرائق 4/249.
- (52) موفق الدين بن قدامة، المغني 12/437.
- (53) المواق، التاج والإكليل 6/182 - الخرشي، شرح مختصر خليل 7/201 وما بعدها.
- (54) شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير 3/10.

- (55) البكري، إعانة الطالبين 318/4 - النووي، المجموع، 276/6 وما بعدها.
- (56) السرخسي، المبسوط 158/16 - محمد علاء الدين بن عابدين، تكملة حاشية رد المحتار 514/1 .
- (57) المواق، التاج والإكليل 244/5.
- (58) البكري، إعانة الطالبين 341/4 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 422/6.
- (59) موفق الدين بن قدامة، المغني 24/12.
- (60) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 422/6.
- (61) موفق الدين بن قدامة، المغني 24/12.
- (62) الخرخشي، الخرخشي على مختصر سيدي خليل، 103/6.
- (63) المحكمة العليا، غ أش، قرار رقم 172333، المؤرخ في 1997/10/28، المجلة القضائية، 1997، عدد 1، ص 42.
- (64) انظر: قانون الأسرة الجزائري، المادة: 40 .
- (65) انظر: قانون الأسرة الجزائري المادة 222.
- (66) انظر: قانون الأسرة الجزائري، المادة: 40 .
- (67) ابن منظور، لسان العرب مادة قفا 3708/5 .
- (68) البابرّي، العناية شرح الهداية بهامش شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دت، 341/4.
- (69) الدردير، الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، لبنان، دت، 416/3.
- (70) محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1989، 493/6.
- (71) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 481/6.
- (72) موفق الدين بن قدامة، المغني 428/6.
- (73) السرخسي، المبسوط 73/17.
- (74) البخاري، الجامع الصحيح، باب إذا عرض بنفي الولد برقم 5305، 413/3، باب ما جاء في التعريض برقم 6847، 262/4، باب من شبه أصلا معلوما بأصل بين برقم 7314، 367/4 - مسلم، صحيح مسلم باب بدون عنوان برقم 1500، 1137/2.
- (75) ابن رشد، بداية المجتهد 292/2 - محمد عليش، منح الجليل 492/6 وما بعدها، 490/9 - الماوردي، الحاوي الكبير 380/17 وما بعدها. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 481/6 - شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير 404/6 - المرادوي، الإنصاف 329/6 وما بعدها .
- (76) البخاري، الجامع الصحيح، باب صفة النبي ﷺ برقم 3555، 517/2، باب القائف برقم 6771، 244/4 - مسلم، صحيح مسلم، باب العمل بإلحاق القائف الولد برقم 1459، 1081/2 .
- (77) السرخسي، المبسوط 73/17.
- (78) ابن القيم، الطرق الحكمية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1995، ص 168.
- (79) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 481/6.
- (80) قال ﷺ: « إن جاءت به أصيهب » وهو تصغير أصهب وهو الذي تلوّه صهبة وهو كالشقرة، وقال بن الأثير: أن الصهبة مختصة بالشعر وهي حمرة يعلوها سواد. « أريصح » تصغير أرحص، وهو

خفيف الإليتين، ويقال أرسح وأرصع. « أثبيح » تصغير أثبح وهو ناتئ الشج وهو بين الكاهل و وسط الظهر. « حمش الساقين » أي دقيقهما. « أورك » أي أسمر. « جعدا » ضد السبط. « جماليا » الضخم الأعضاء التام الأوصال كأنه الجمل.

« خدلج الساقين » أي عظيمهما. « سايف الإليتين » أي تامهما. (انظر: الساهر نفوري، بذل المجهود، مع تعليق الكاندهلوي، دار الكتب العلمية، بيروت، د ت، 413/10 وما بعدها).

(81) أبو داوود، سنن أبي داوود باب اللعان برقم 2248، 473/2 وما بعدها (أبو داوود، سنن أبي داوود، دار بن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1997) - أحمد، المسند برقم 2131، 532/2 وما بعدها، قال أحمد محمد شاكر في هامشه إنسانه صحيح (مسند أحمد، دار الحديث، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1995).

(82) ابن القيم، زاد المعاد 211/4.

(83) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(84) ابن القيم، الطرق الحكمية ص 169.

(85) ابن القيم، زاد المعاد 212/4.

(86) المصدر نفسه، و الصفحة نفسها .

(87) يلبط ليطا و ليطا لرق، وإني لأجد له في قلبي لوطا و ليطا يعني الحب اللازق بالقلب، وقد لاط حبه بقلبي يلوط و يلبط أي لصق، والتاوط ولدا واستلاطه استلحقه، و لاط القاضي فلانا بفلان ألحقه به. ابن منظور، لسان العرب 4114/5).

(88) ابن رشد بداية المجتهد 292/2 .

(89) ابن القيم، الطرق الحكمية ص 169.

(90) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 481/6 وما بعدها - شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير 412/6 - المرادوي، الإنصاف 332/6 وما بعدها.

(91) محمد عليش، منح الجليل 496/6 - الشافعي، الأم 265/6 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 482/6 - المرادوي، الإنصاف 333/6 - موفق الدين بن قدامة، المغني 428/6 .

(92) محمد عليش، منح الجليل 496/6 - الرملي، نهاية المحتاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2005، 336/8 - شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير 413/6.

(93) شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير 412/6.

(94) النووي، المجموع 312/15 - شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير 412/6.

(95) المرادوي، الإنصاف 330/6.

(96) ابن رشد، بداية المجتهد 292/2 - محمد عليش، منح الجليل 490/9 - النووي، روضة الطالبين، دار الفكر، بيروت، لبنان، طبعة 1995، 74/5 - المرادوي، الإنصاف 331/6.

(97) النووي المجموع 305/15 - المرادوي، الإنصاف 331/6.

(98) نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 17، السنة الخامسة عشر، 2004، ص 56 وما بعدها.

(99) المرجع نفسه، ص 57.

(100) ابن منظور، لسان العرب مادة بضم 295/1 - الزبيدي، تاج العروس مادة بضم 290/31.

- (101) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مادة بصم، مكتبة الشروق الدولية، مصر، الطبعة الرابعة، 2004، ص 60 - مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، مادة بصم، وزارة التربية والتعليم، مصر، طبعة 1994، ص 53.
- (102) عمر بن محمد السبيل، بحث سابق، ص 33.
- (103) ابن منظور، لسان العرب مادة: ورث 4808/6 وما بعدها - الزبيدي، تاج العروس مادة: ورث 380/5 و ما بعدها.
- (104) المعجم الوسيط، مادة ورث، ص 1024 - المعجم الوجيز، مادة ورث، ص 664.
- (105) نصر فريد واصل، بحث سابق، ص 59.
- (106) علي محي الدين القرعة داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 16، السنة الرابعة عشرة 2003 ص 38 - تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد نفسه، ص 291.
- (107) علي محي الدين القرعة داغي، بحث سابق، ص 38.
- (108) نصر فريد واصل، بحث سابق، ص 78.
- (109) عمر بن محمد السبيل، بحث سابق، ص 61.
- (110) نفسه، ص 62.
- (111) المرجع نفسه، ص 67 وما بعدها.
- (112) شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير 412/6 - النووي، المجموع 312/15 وما بعدها.
- (113) المرادوي، الإنصاف 330/6.
- (114) ابن رشد، بداية المجتهد 292/2 - محمد عليش، منح الجليل 490/9 - النووي روضة الطالبين 74/5 - المرادوي، الإنصاف 331/6.
- (115) النووي، المجموع 305/15 - المرادوي، الإنصاف 331/6.
- (116) رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، قرارات الدورات من الأولى إلى السابعة عشرة، القرار السابع من الدورة السادسة عشرة، ص 345.
- (117) انظر: قانون الأسرة الجزائري، المادة: 40.
- (125) المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم 222674 مؤرخ في 1999/06/15 المجلة القضائية، العدد الخاص بغرفة الأحوال الشخصية، ص 88.
- (119) أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2010، ص 194.
- (120) عمر بن محمد السبيل، بحث سابق، ص 51.
- (121) ابن منظور، لسان العرب مادة: لعن 4044/5 - الزبيدي، تاج العروس 118/36 وما بعدها.
- (122) الكاساني، بدائع الصنائع 384/4 - ابن الهمام، شرح فتح القدير 112/4 - ابن نجيم، البحر الرائق 172/4.
- (123) الرصاع، شرح حدود بن عرفة، تحقيق محمد أبو الأحنان و الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1993 ص 301 - المواق، التاج والإكليل 132/4 - الخرشني، شرح مختصر خليل 123/4 وما بعدها.

- (124) الرصاع، شرح حدود بن عرفة، ص 303 - الخرشي، شرح مختصر خليل 124/4.
- (125) الخطيب الشربيني مغني المحتاج 140/5 - الرملي، نهاية المحتاج 91/7 .
- (126) البهوتي، شرح منتهى الإرادات 563/5.
- (127) الكاساني، بدائع الصنائع 381/3 وما بعدها - ابن نجيم، البحر الرائق 173/4 وما بعدها - المواق، التاج والإكليل 132/4 وما بعدها - الحطاب، مواهب الجليل 132/4 وما بعدها، 136/4 - الخرشي، شرح مختصر خليل 124/4 وما بعدها - النووي، روضة الطالبين 329/7 وما بعدها - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 153/5 - الرملي، نهاية المحتاج 101/7 وما بعدها - البهوتي، شرح منتهى الإرادات 568/5 وما بعدها - ابن قدامة، الشرح الكبير 6/9 وما بعدها.
- (128) الدسوقي، حاشية الدسوقي، دار الفكر، بيروت، لبنان، طبعة سنة 2003، 404/3 وما بعدها، الشافعي، الأم 288/5، ابن قدامة، المغني 68/8 .
- (129) المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم 172379 المؤرخ في 1997/10/28 العدد الخاص بغرفة الأحوال الشخصية، ص 70 .
- (134) المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم 35934 المؤرخ في 1985/02/25 المجلة القضائية، 1989 العدد 01، ص 83 .
- (131) المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم 99000 مؤرخ في 1993/11/23 المجلة القضائية العدد الخاص بغرفة الأحوال الشخصية، ص 64 وانظر أيضا القرار رقم 172379 المؤرخ في 1997/10/28 من نفس العدد، ص 82، والقرار رقم 165408 المؤرخ في 1997/07/08 من نفس العدد ص 67 .
- (132) السرخسي، المبسوط 43/7 - الكاساني، بدائع الصنائع 382/3 - ابن نجيم، البحر الرائق 174/4 - ابن الهمام، شرح فتح القدير 111/4.
- (133) ابن القيم، زاد المعاد 172/4.
- (134) المواق، التاج والإكليل 132/4 - النووي، روضة الطالبين 329/7 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 154/5 - الرملي، نهاية المحتاج 102/7 - الماوردي، الحاوي الكبير 14/13 - البهوتي، شرح منتهى الإرادات 568/5 وما بعدها - موفق الدين بن قدامة، المغني باب اللعان 5/9.
- (135) الخرشي، شرح مختصر خليل 124/4.
- (136) النووي، روضة الطالبين 329/7 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 154/5 - الرملي، نهاية المحتاج 102/7 - الماوردي، الحاوي الكبير 14/13.
- (137) المواق، التاج والإكليل 132/4.
- (138) الكاساني، بدائع الصنائع 383/3 - ابن نجيم، البحر الرائق 173/4.
- (139) خليل، مختصر خليل ص 133 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 158/5 - الرملي، نهاية المحتاج 104/7 - البهوتي، شرح منتهى الإرادات 569/5.
- (140) الكاساني، بدائع الصنائع 383/3 .
- (141) السرخسي، المبسوط 61/7 - الكاساني، بدائع الصنائع 377/3 وما بعدها - ابن نجيم، البحر الرائق 179/4 وما بعدها - المواق، التاج والإكليل 136/4 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 149/5 وما بعدها - البهوتي، شرح منتهى الإرادات 564/5 وما بعدها .
- (142) محمد عlish، منح الجليل 284/4 وما بعدها - الشيرازي، المهذب 89/3 وما بعدها - موفق الدين

- بن قدامة، الكافي، تحيق عبد الله بن محسن التركي، دار هجر، الجيزة، مصر، ط1، 1997، 4/585 .
- (143) ابن نجيم، البحر الرائق 4/176 وما بعدها - الرملي، نهاية المحتاج 7/102 - ابن القيم، زاد المعاد 4/183 .
- (144) الصادق عبد الرحمن الغرياني، الأسرة أحكام وأدلة، منشورات جامعة الفاتح، ليبيا، ط2، 1999 ص 285 .
- (145) المواق، التاج والإكليل 4/133 - الدسوقي، حاشية الدسوقي 2/722 - النووي، روضة الطالبين 7/323 - الرملي، نهاية المحتاج 7/99 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 5/150 - البهوتي، شرح منتهى الإرادات 5/581 وما بعدها .
- (146) والعارف بالفتح تلقيح النخل وإصلاحه وعفر النخل فرغ من تلقححه، والعفر أول سقية سقيها الزرع وعفر الزرع أن يسقى فيها حتى يعطش ثم يسقى فيصلح على ذلك، وعفر النخل والزرع سقاها أول سقية بمانية، عفار النخل تلقيحها وإصلاحها يقال عفروا نخلهم يعفرون وقد روي بالقاف قال ابن الأثير: وهو خطأ ابن الأعرابي، العفار أن يترك النخل بعد السقي أربعين يوما لا يسقى لثلا ينتفض حملها ثم يسقى ثم يترك إلى أن يعطش ثم يسقى. ( ابن منظور، لسان العرب مادة عفر 4/3011 وما بعدها، تاج العروس، مادة عفر 13/91 ) .
- (147) الدردير، الشرح الكبير 2/460 - المواق، التاج والإكليل 4/133 - الدسوقي، حاشية الدسوقي 2/721 - الرملي، نهاية المحتاج 7/99 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 5/149 - ابن قدامة، الكافي 4/605 .
- (148) الدردير، الشرح الكبير 2/460 - المواق، التاج والإكليل 4/133 - محمد عlish، منح الجليل 4/274 وما بعدها - الدسوقي، حاشية الدسوقي 2/722 - النووي، المجموع 17/404 وما بعدها - الرملي، نهاية المحتاج 7/99 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 5/149 - ابن قدامة، الكافي 4/603 وما بعدها - البهوتي، شرح منتهى الإرادات 5/578 .
- (149) المواق، التاج والإكليل 4/133 - محمد عlish، منح الجليل 4/275 .
- (150) الكاساني، بدائع الصنائع 3/391 - الدردير، الشرح الكبير 2/460 .
- (151) محمد عlish، منح الجليل 4/279 - الصادق عبد الرحمن الغرياني، مرجع سابق، ص 287 .
- (152) الدردير، الشرح الكبير 2/460 - المواق، التاج والإكليل 4/134 - الدسوقي، حاشية الدسوقي 2/724 - الماوردي، الحاوي الكبير 13/18 - الرملي، نهاية المحتاج 7/100 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 5/151 - موفق الدين بن قدامة، الكافي 4/609 وما بعدها .
- (153) البخاري، الجامع الصحيح، باب إذا عرض بنفي الولد برقم 5305، 3/413، باب ما جاء في التعريض برقم 6847، 4/262، باب من شبه أصلا معلوما بأصل بين برقم 7314، 4/367 - مسلم، صحيح مسلم باب بدون عنوان برقم 1500، 2/1137 .
- (154) الماوردي، الحاوي الكبير 13/18 .
- (155) الدردير، الشرح الكبير 2/460 - المواق، التاج والإكليل 4/134 وما بعدها - الدسوقي، حاشية الدسوقي 2/724 - الرملي، نهاية المحتاج 7/99 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 5/150 - ابن قدامة، الكافي 4/612 وما بعدها - البهوتي، شرح منتهى الإرادات 5/581 .
- (156) الرملي، نهاية المحتاج 7/100 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 5/150 .
- (157) البهوتي، كشاف القناع، تحقيق محمد عدنان درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1999 .

.425/5

- (158) سنن أبي داوود باب في اللعان برقم 2256، 477/2 وما بعدها - مسند أحمد برقم 2131، 532/2 وما بعدها، قال أحمد محمد شاكر في تعليقه على المسند حديث إسناده صحيح.
- (159) ابن القيم، زاد المعاد 4/186 وما بعدها.
- (160) نصر فريد واصل، بحث سابق، ص 82.
- (161) حديث هلال بن أمية و ما جرى له مع زوجته.
- (162) سبق تخريجه انظر الصفحة 78.
- (163) نصر فريد واصل، بحث سابق، ص 89 وما بعدها.
- (164) السرخسي المبسوط 4/54 - الكاساني، بدائع الصنائع 3/390 - ابن نجيم، البحر الرائق 4/184 - المواق، التاج والإكليل 4/135 - الشربيني، مغني المحتاج 5/160 - الرملي، نهاية المحتاج 7/106 - الماوردي، الحاوي الكبير 11/74 وما بعدها - ابن قدامة، الشرح الكبير 9/59 - المرادوي، الإنصاف 9/188 - البهوتي، شرح منتهى الإرادات 5/576.
- (165) محمد عليش، منح الجليل 4/276 وما بعدها - الشيرازي، المهذب، دار الفكر، بيروت، دت، 3/78 وما بعدها - الصادق عبد الرحمن الغرياني، مرجع سابق، ص 288.
- (166) انظر: قانون الأسرة الجزائري المادة: 41.
- (167) انظر: قانون الأسرة الجزائري المادة: 222.
- (168) العربي بلحاح، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2004، 1/348 وما بعدها.



## الكفاءة في عقد الزواج وفقا لقانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت "دراسة مقارنة"

بقلم

د/ بشار طلال المومني  
كلية القانون - جامعة العين  
الإمارات العربية المتحدة



### الملخص

يعالج هذا البحث: موضوع الكفاءة في عقد الزواج، تنظيمه القانوني والفقهية، والصفات المعتمدة في الكفاءة. وكانت مسألة الكفاءة ولا تزال موضع نقاش ومحل خلاف قانوني وفقهي بين التضييق والتوسيع في الصفات المعتمدة في الكفاءة. وختما ببعض النتائج، وأبدينا بعض المقترحات، كمحاولة لإعادة النظر في النصوص القانونية الحالية وتوحيدها. وأوصى الباحث: بعدم اعتماد معيار حصري لعناصر الكفاءة بين الزوجين نظرا لاختلاف الزمان والمكان، وان يكون المعيار متناسبا مع العصر الذي يوضع فيه ويكون من شأنه تحقيق التوافق والانسجام. وعدم تسرع المقبلين على الزواج في الاختيار، وإجراء الفحوصات الضرورية قبل الزواج، والتركيز على الدين، وعدم التفاوت الكبير في العمر، ومستوى التعليم، والمقدرة على الإنفاق وليس الغنى كعناصر مهمة وأساسية في الزواج.

الكلمات الدالة: الكفاءة، العقد، الزواج، التنظيم القانوني، التنظيم الفقهي، قانون الأحوال الشخصية، القانون المدني

### Abstract

This research deals with the subject of parity in the marriage contract; its legal and jurisprudential (Fiqhi) regulation as well as the legal considerations of the parity.

The issue of parity has been and still under legal and jurisprudential argument between narrowing and widening the legal considerations of the parity. We concluded with some results and set some suggestions as a try to re-review and unify the current legal provisions.

The researcher recommended the following: it's not preferable to depend on the restrictive standards of parity between the spouses due to the differences in time and place. The standards should be suitable to the era in which it is issued to achieve harmony and agreement. In addition, it is preferable not to make quick decisions concerning the choosing of the future spouse as well as conducting the necessary medical examinations before marriage. Moreover, it's a must to concentrate on the religion doctrines; the difference in age and education between the spouses should not be so wide. And finally, the ability to meet the life requirements; it is not supposed to mean that spouse should be rich. All the above recommendation may help in shaping the main elements for a good marriage

### مقدمة:

عرّف قانون الأحوال الشخصية الأردني الزواج بأنه: عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا، لتكوين أسرة، وإيجاد نسل بينهما<sup>1</sup>. بينما عرّف قانون الأسرة الجزائري الزواج بأنه: عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه: تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب<sup>2</sup>. غير أن الزواج في القانون الفرنسي المعاصر يعرّف أنه: تصرف قانوني عن طريقه يتحد رجل مع فتاة، ويرتب الآثار المحددة في القانون. أو أنه مؤسسة وليس عقدا، بسبب أن الأزواج لا يستطيعوا إتمام عقد الزواج قبل الثامنة عشرة<sup>3</sup>. في حين عرّف الفقيه الفرنسي بالزك عقد الزواج على أنه: عقد شخصي يتضمن بداخله زواج مدني، وينظم

المصالح المستقبلية للأزواج كل تجاه الآخر<sup>4</sup>. بينما جاء في موسوعة ويكي بيديا بأن الزواج في التشريع الفرنسي: يعتبر تصرفاً مدنياً، وأحياناً يمكن أن يكون عملاً دينياً، وبموجبه ترتبط أنثى برجل بهدف تنظيم حياتهما المشتركة، وتأسيس عائلة<sup>5</sup>.

وتكمن الفائدة في تحديد المقصود بالزواج في معرفة قيمته الشرعية والقانونية، والوقوف على بدايته ونهايته، ويعكس المراد منه شكل العلاقة بين الزوجين ومضمونها<sup>6</sup>.

وبهذا يعتبر الزواج أساس بناء الأسرة، ونموها والعنصر الفعّال والمؤثر في حياة الشعوب، كونه يمثل رابطة مقدسة بين طرفين، وعقداً يؤسس لحياة مستقرة، وتتوقف ديمومة الزواج واستقرار العلاقة بين الطرفين على تكافؤ الزوجين ومدى تناغمهما<sup>7</sup>. وإن للإنسان الحق في أن ينشئ ما يريد من العقود ما دامت لا تخالف النظام العام، تطبيقاً لمبدأ الرضائية، وحرية المعاملات في العقود. فيأتي العقد السليم بعد التروي والمفاوضات الحذرة<sup>8</sup>.

#### موضوع البحث وأهميته:

فعقد الزواج يعتبر من أهم العقود في حياتنا الواقعية التي نعيش، الذي قد يدوم طوال العمر، وحتى يتم ذلك ينبغي توافر عوامل الاستقرار له من لحظة نشأته لضمان الانسجام والاتفاق وحسن العشرة المشتركة بين الزوجين.

لذا جرت العادة أن يبحث الشاب عن فتاه تكون شريكة لحياته يتوافق معها في مقومات أساسية تستند إلى الدين والأخلاق والبيئة الثقافية والاجتماعية والاحترام المتبادل ليكون الزواج قريباً من النجاح والاستمرار ما بقيت الحياة الزوجية قائمة.

وموضوع البحث يتمثل في بحث مشكلة الكفاءة بين الزوجين وعناصرها ولمن تكون وأحكامها، وفقاً لقانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت "دراسة مقارنة" وهي العمود الفقري أو الركن الضروري من أركان التوافق

والانسجام لعقد الزواج. وقد كان ولا يزال موضوع الكفاءة موضع نقاش وخلاف قانوني وفقهي حول العناصر المعتبرة في الكفاءة، ولكل نصوصه القانونية وآراؤه الفقهية، ومبررات هذه النصوص والآراء.

### مبررات الدراسة:

ينبغي على القوانين الوضعية أن تأتي تلبية للحاجات المتجددة، فتطور النصوص بتطور العصور والحاجات البشرية، لذا كانت دوافعنا لاختيار هذا الموضوع مجموعة من المبررات هي كما يلي:-

1. عدم وجود دراسة متعمقة ومتخصصة في موضوع البحث في ظل قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت الجديد لسنة 2010م.
2. قدسية عقد الزواج وأهميته في واقعنا من أجل بناء أسرة سليمة.
3. تركيز القوانين الوضعية على عنصر المال في الكفاءة الزوجية.
4. قصور القوانين الوضعية في معالجة هذا الموضوع بما فيه الكفاية.
5. نقص الوعي بهذا الموضوع من قبل المقبلين على الزواج، بل وحتى المتزوجون منهم.
6. ندرة الاجتهادات القضائية في الموضوع المختار.
7. توعية الشاب والفتاة المسلمين المقبلين على الزواج بأهمية وخطورة هذا الموضوع المختار.

### الدراسات السابقة:

من خلال الرجوع للأبحاث القانونية في الدوريات، والمقالات، والمؤلفات العامة وجدنا: أن هناك من يرى أن الكفاءة الجنسية لا تقل أهمية عن الكفاءة المالية إن لم تفقها، بسبب من أهمية الكفاءة الجنسية لقيام الحياة الزوجية وديمومتها، على الرغم من الاختلاف الحاصل حول مضمون

الكفاءة بين قصرها على العنصر المادي أو الديني أو السن أو القدرة الجنسية وربما كل هذه العناصر وغيرها<sup>9</sup>. في حين منهم من قال: إن كفاءة أحد الزوجين للآخر تطرح قدرا من الاعتقاد بأن الخلو من العلل بالنسبة للرجل من مستلزمات هذه الكفاءة<sup>10</sup>. ومنهم من خلص إلى أن أهم خصال الكفاءة هي: الدين، والنسب، لأن العرب يعدّون الكفاءة في النسب، ويأنفون من نكاح الموالى، ويرون ذلك عاراً ونقصاً، فوجب أن يعتبر النسب في الكفاءة كالدين، ولما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: لأمنع تزوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء، وإن كان الشرع قد سأوى بين الناس في الحقوق والواجبات، إلا أن الناس مقامات وشيء من الشرف ينبغي في الشرع أن يحافظ عليها، أما بقية الخصال، كالجمال والثقافة والسن، فالأولى مراعاة التقارب بينهما لأنه أدعى لتحقيق مصالح الزوجين من دوام العشرة والمودة والألفة بينهما التي لا تأتي إلا باشتراط الكفاءة<sup>11</sup>.

وهناك من بيّن أنه: حتى تستمر العلاقة الزوجية، وتسودها المودة والرحمة والاحترام المتبادل، وتفادي مشاكل الشقاق، وعدم التفاهم والانسجام، وانتهاء العلاقة الزوجية بالطلاق، كان من الضروري توفير عناصر الاستقرار من البداية لضمان تأمين الانسجام والتفاهم بين الزوجين، وذلك بالتقارب في العناصر الدينية، والاجتماعية، والأخلاقية، والثقافية<sup>12</sup>.

وفي حوار حول قانون الأسرة الجزائري هناك من يرى أن القوانين لا تصنع وحدها الإنسان، ولا الأسرة، وهو يؤمن بتضافر كل الجهود، وكل المؤسسات للبناء، فعامل التربية والبيئة الاجتماعية مهم جدا لأنه بدون ذلك يمكن التحايل على أي قانون، فإذا رفض الأب تزويج ابنته، يرجع الأمر إلى القاضي الذي يعود إلى الشريعة الإسلامية والتي تنص بدورها على ضوابط الكفاءة في الإسلام. فمن مقاييس الكفاءة: الخلق والتدين والمال والحسب. فالأصل هو أن القاضي عندما يعرض عليه نزاع في هذه المسألة هو صاحب البت النهائي في الموضوع مراعاة ضوابط المصلحة<sup>13</sup>.

غير أن هناك من يرى أن الفيصل في التأهيل للزواج هو الكفاءة والقدرة على الزواج وتحمل مسؤولياته وليس السن، لقوله ﷺ: " يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج.. " والكفاءة والقدرة على الزواج المقصود بها القدرة المادية والنفسية والفسولوجية، أي القدرة بجميع أنواعها، وهي متغيرة من شخص إلى آخر، ولا ترتبط بسن معينة، وكم من كبار في السن لا يتحملون المسؤولية ولا يحسنون التصرف.. كما أن هناك صغار السن يحسنون التصرف وتحمل المسؤولية فتستقر حياتهم، فالعملية نسبية متغيرة وليست ثابتة<sup>14</sup>.

بينما هناك من يرى بعدم لزوم لحصر عناصر الكفاءة بالأمر التي ذكرها الفقهاء وفق المعايير التي وضعوها الملائمة لعصرهم، والتي لم تعد تتلاءم بعد قرون وقرون مع غير تلك العصور وأضاف أن الكفاءة أمور اجتماعية تقارب بين الزوجين وتخلق جوا من الود والمحبة طالما أنهما من بيئة واحدة يعيشان حياة ذات نمط واحد لا تختلف فيها حياة الزوجة عن حياة بيت أبيها إلا إلى أحسن<sup>15</sup>. ورأي يقول: تعتبر مسألة الكفاءة في النكاح من أكثر المسائل التي غلبت فيها العادات والأعراف، حتى جعلت كثيراً من الفقهاء يتوسعون في تفسير النصوص، أو يتساهلون في تصحيحها، من أجل تبرير العمل بالأعراف التي اعتادها الناس. ويرى صاحب الرأي حصر اعتبار الكفاءة بالدين والخلق. فهذا القدر من الكفاءة يكاد ينعقد عليه الإجماع، وتؤيده نصوص صريحة صحيحة، وتشهد له المبادئ العامة الحاكمة، والمقاصد الشرعية، ولعدم وجود دليل نقلي صحيح على اعتبار سائر خصال الكفاءة، ولأنّ اعتبار خصال النسب والحرفة والمال في الكفاءة بناه الفقهاء على دليل عقلي هو الحرص على انتظام الحياة الزوجية، وربطوه بالأعراف. وقد تغيرت اليوم هذه الأعراف. وأضاف صاحب الرأي أن اعتبار (الكفاءة في الدين والخلق) من الأحكام التوجيهية، وليست من شروط لزوم النكاح أو صحته، لأننا نعتبر أنّ موافقة الزوجة نفسها شرط في صحّة عقد النكاح،

وموافقة وليها شرط في لزومه، وهذا كاف لتحقيق المقصود فإن موافقة الزوجة أو الولي قد تبنى على وجود الكفاءة أو على أي سبب آخر. فيكفي أن يكون للزوجة حق طلب إبطال الزواج إذا تم بدون موافقتها، وأن يكون للولي حق طلب فسخ الزواج لأي سبب مشروع إذا لم يكن موافقاً عليه قبل العقد، والقضاء هو الذي يحسم الأمر بامضاء عقد النكاح أو إبطاله أو فسخه<sup>16</sup>. ولذلك قال الدكتور عبد الستار أبو غدة - في رسالته المقدمة إلى المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث - الدورة الثالثة عشرة- (أمور الكفاءة تختلف باختلاف الزمان والبلدان والعادات والبيئات، فإذا كان العرف السائد أن أمراً منها لا يعتبر من متطلبات الكفاءة، فإنه يرجع إلى العرف، وهو معتبر في الشريعة. فإذا تغيرت نظرة المجتمع إلى النسب مثلاً أو الحرفة، باعتبار أن العمل بأي مهنة ليست محرمة هو شرف للإنسان، فالعبرة بذلك العرف)<sup>17</sup>. وبنفس المعنى جاء رأي مفاده أن الأوصاف التي عليها مدار الكفاءة: أمور يقرر اعتبارها وعدم اعتبارها العرف في كل زمان ومكان<sup>18</sup>.

وقد تبين لنا أن جميع الدراسات والأبحاث التي رجعنا إليها، عالجت الموضوع بعجالة من خلال فقرات أو مطالب قليلة غير معمقة، ولا تتضمن البحث المقارن بين القوانين العربية عامة، وقوانين الأحوال الشخصية الحديثة أو أي قانون أجنبي أو الفقه الإسلامي، لتحديد أوجه الاتفاق والاختلاف. ومدى إمكانية تبني موقف معين لإحدى القوانين في القانون الأردني، لتحقيق الفائدة في الدراسة المقارنة، ويضيف للمعرفة. كما أنها بحثت في الموضوع في ظل قانون الأحوال الشخصية القديم<sup>19</sup>. ولم نجد دراسة متخصصة في موضوع الكفاءة في عقد الزواج من خلال القانون الأردني المؤقت الجديد<sup>20</sup>.

وبدورنا عملنا جاهدين لتوضيح أوجه القصور في القانون الأردني، والقوانين موضوع المقارنة، من خلال الرجوع للنصوص القانونية والآراء الفقهية، بتحليلها ومناقشتها، كمحاولة لإضافة جديدة تتصل بموضوع

البحث، وطرح الحلول المناسبة تغطية للنقص الذي أشرنا إليه.

### مشكلة الدراسة:

تظهر مشكلة الدراسة من خلال التساؤلات التالية: هل نصوص قانون الأحوال الشخصية الأردني كافية في معالجتها لموضوع الكفاءة الزوجية أم قاصرة؟ وهل هي بحاجة لإضافات أو تعديلات في النصوص القانونية الحالية ذات الصلة بموضوع الكفاءة الزوجية؟ وهل معنى الكفاءة في اللغة كمعناها في القانون والاصطلاح الفقهي؟ وكيف نظم قانون الأحوال الشخصية موضوع الكفاءة في عقد الزواج؟ وهل حدّد القانون لمن تكون الكفاءة بمعنى الجانب الذي تعتبر فيه الكفاءة للرجل على الأثني ولماذا؟ وما هي مرتبة العقد أو حكم شرط الكفاءة في الزواج حسب قانون الأحوال الشخصية؟ وهل هناك غاية من اشتراط الكفاءة؟ وما هي المزايا أو الخصال المعتبرة في الكفاءة حسب القانون؟ ورأينا الشخصي فيها؟ ثم ما أحكام زوال الكفاءة بعد إبرام العقد؟ وحكم تقصير المرأة ووليها في البحث عن كفاءة الزوج؟ وما الحكم متى حملت من غير الكفاء؟ وبناء عليه متى يعتد بالكفاءة؟ وما هو معيار الكفاءة في عصرنا الحالي بين الزوجين؟

### خطة البحث:

#### ● منهجية البحث:

قامت منهجية الدراسة على الجمع بين المنهج المقارن، والموضوعي وفقا للتالي:-

1. المنهج المقارن: الذي من خلاله حاولنا التركيز على أوجه الانفاق والاختلاف بين القوانين موضوع المقارنة الإماراتي والكويتي والسوري واليميني والبحريني والقطري والجزائري والفرنسي والأردني الذي كان أساس المقارنة.



2. المنهج الموضوعي: بحثنا من خلاله في النصوص القانونية التي تناولت هذا الموضوع، بتحليلها ومناقشتها.

### الخطة البحثية:

بحثنا الموضوع ضمن خطة موجزة غير مخلة بالمعنى في مبحثين: عالجتنا في الأول التنظيم القانوني للكفاءة وحكم شرطها وقسمناه إلى مطالب، كالتنظيم القانوني والفقه لموضوع الكفاءة، حكم شرط الكفاءة، الغاية من اشتراطها، الصفات المعبرة في الكفاءة حسب القانون والفقه الإسلامي. وفي المبحث الثاني تناولنا أحكام الكفاءة، واشتمل على مجموعة من المطالب. ونسأل الله التوفيق والسداد في الرأي

### المبحث الأول

#### التنظيم القانوني والفقهي للكفاءة وحكم شرطها

جاء معنى الكفاءة في معاجم اللغة العربية بأنها: المساواة والنظر والمماثلة<sup>21</sup>. لقوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُ كُفْرًا أَحَدٌ﴾<sup>22</sup>. أي ليس له شبه، ولا عدل، وليس كمثل شيء، ولا مكافئا له<sup>23</sup>.

غير إننا نتساءل هل عرّف القانون والفقه الكفاءة وكيف نظمها. وهذا يقتضي منا البحث في التنظيم القانوني للكفاءة في مطلب أول ثم نخصص المطلب الثاني لحكم شرطها وفق التالي:-

#### المطلب الأول: التنظيم القانوني والفقهي للكفاءة

نظّم المشرع الأردني موضوع الكفاءة في قانون الأحوال الشخصية المؤقت رقم (36) لسنة 2010م في نصوص قانونية هي (م11، م18، م19، م21-م22، م23)<sup>24</sup>. بخلاف المشرع الفرنسي، الذي نظم عقد الزواج ضمن القانون المدني<sup>25</sup>. في حين نصّ قانون الأسرة الجزائري وفقا لآخر التعديلات على أنه: " لا يجوز للولي أبا أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي

في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها<sup>26</sup>. دون أن يتطرق صراحة إلى موضوع الكفاءة<sup>27</sup>.

غير أنه لم يعرّف قانون الأحوال الشخصية الأردني الكفاءة متفقا بذلك مع بقية القوانين موضوع المقارنة. وبالتالي ينبغي الرجوع للفقهاء حيث عرّف الفقهاء الكفاءة بتعريفات عدة اختلفت في تحديد عناصرها فقالوا أن يكون الزوج مماثلا لزوجته في أمور مخصوصة دفعا للعار<sup>28</sup>. فهناك من عرّفها على أنها المساواة بين الزوجين في أمور اجتماعية بحيث يعتبر وجودها عاملا من عوامل الاستقرار الزوجي، كما يعتبر الإخلال بها معكرا أو مفسدا للحياة الزوجية، ويؤدي إلى الشقاق والضرر في غالب الأحوال<sup>29</sup>.

وهناك من عرّفها على أنها: المماثلة والمساواة بين الزوجين في أمور اجتماعية من أجل توفير استقرار الحياة الزوجية وتحقيق السعادة بين الزوجين بحيث لا تعيّر المرأة ولا وليها بالزوج<sup>30</sup>.

وفي الاصطلاح لأهل العلم أن يكون الرجل مساويا للمرأة ونظيرها في خصال محددة، كالدين، والنسب، والحرية، والصنعة، ونحو ذلك<sup>31</sup>.

وعند أصحاب المذاهب كانوا يذكرون الخصائص التي أداهاهم اجتهادهم إلى اعتبارها فيها، فمثلا من المالكية هناك من قال فيها: لغة المماثلة في ثلاثة أمور على المذهب: الحال أو المنصب أو النسب، والدين، والحرية<sup>32</sup>. فاتفقوا على أن الدين معتبر في الكفاءة. ولم يختلف المذهب المالكي أن البكر إذا زوجها الأب من شارب الخمر، وبالجملة من فاسق أن لها أن تمنع نفسها من النكاح. وينظر الحاكم في ذلك فيفرق بينهما. وكذلك إن زوجها ممن ماله حرام، أو ممن هو كثير الحلف بالطلاق. فالفاسق مردود الشهادة والرواية غير مأمون على النفس والمال، مسلوب الولاية ناقص عند الله وعند خلقه<sup>33</sup>. وفي ظاهر مذهب الإمام مالك التركيز على الدين في الكفاءة، وقال: أهل الإسلام كلهم بعضهم لبعض أكفاء<sup>34</sup>. واختلفوا في النسب هل هو من

الكفاءة؟ أم لا ؟ وفي الحرية، واليسار، وفي الصحة من العيوب. فالمشهور عن مالك أنه يجوز نكاح الموالي من العرب وأنه احتج لذلك بقوله تعالى: ﴿ إن أكرمكم عند الله أتقاكم ﴾<sup>35</sup>. ولم يختلف المذهب أيضا أن الفقر مما يوجب فسخ إنكاح الأب ابنته البكر، إذا كان فقيرا غير قادر على النفقة عليها، فالمال عنده من الكفاءة. وأما الحرية فلم يختلف المذهب أنها من الكفاءة، لكون السنة الثابتة لتخيير الأمة إذا عتقت. وأما مهر المثل فإن مالكا والشافعي يريان أنه ليس من الكفاءة، وأن للأب أن ينكح ابنته البكر بأقل من صداق المثل. وأن الثيب الرشيدة إذا رضيت به لم يكن للأولياء مقال<sup>36</sup>.  
ومن الحنابلة من قال في الكفاءة بأنها: المماثلة، والمساواة، معتبرة في خمسة أشياء: الديانة، والصناعة، واليسار، والحرية، والنسب<sup>37</sup>.  
غير أن التساؤل الذي يتبادر للعقل، ما هو حكم شرط الكفاءة في القانون والشرع ؟ نجيب على ذلك في التالي:

### المطلب الثاني: حكم شرط الكفاءة في القانون والشرع

تجدر الإشارة بداية إلى إن الشخص الذي تراعى لأجله الكفاءة فهو الزوجة سندا لما جاء في القانون المذكور بأن يكون الرجل كفؤا للمرأة وبأن الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي<sup>38</sup>. وهي حق لها ولوليها، لأن المرأة تتضرر إذا لم يكن زوجها كفئا لها أو أقل منها منزلة من أهلها، فيكون مكروها ومزدرى من الزوجة أو من أوليائها، ولا تتم السعادة بين الزوجين وأسرتهما ويكون ذلك عرضة للنزاع والفرقة وعدم التفاهم والطلاق. غير أن ذلك لا يتضرر به الزوج.

وتأكيدا لهذه الغاية السابق ذكرها قال الكاساني الفقيه الحنفي: مصالح النكاح تختل عند عدم الكفاءة<sup>39</sup>. إضافة إلى أن المطلوب في الزواج المودة والمحبة والسكون والرحمة لقوله تعالى: ﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ﴾<sup>40</sup>. والأصل أن

كل عقد لا يحصل الحكمة التي شرع لأجلها لا يشرع.

والكفاءة ثابتة في السنة النبوية الشريفة لقول الرسول ﷺ: لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء ولا يزوجهن إلا الأولياء<sup>41</sup>. وقوله أيضاً: تختيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم<sup>42</sup>. غير أن السؤال الذي يتبادر للعقل عن حكم القانون والشرع في شرط الكفاءة؟ وهو ما نعالجه في التالي:

### الفرع الأول: حكم القانون في شرط الكفاءة

أما حكم شرطها المعمول به اليوم في بعض البلاد الإسلامية: فكثير منها تعتمد في قوانينها الشرعية المعاصرة أنّ الكفاءة شرط للزوم النكاح. وقد كان هذا هو المقرّر في قانون حقوق العائلة العثماني الصادر عام 1917 والذي لا يزال سارياً في لبنان بالنسبة للمسلمين السنة. وتنصّ المادة 45 منه على ما يلي: (يشترط في لزوم النكاح أن يكون الرجل كفوّاً للمرأة في المال والحرفة وأمثال ذلك. والكفاءة في المال أن يكون الزوج مقتدرّاً على إعطاء المهر المعجل وعلى القيام بنفقة الزوجة. والكفاءة في الحرفة أن تكون تجارة الزوج أو خدمته التي سلكها مقارنة في الشرف لتجارة ولي الزوجة أو خدمته). كما تنصّ المواد التالية (47-48-49) على حقّ الزوجة أو الولي في (طلب فسخ النكاح لعدم الكفاءة).

فهي شرط لزوم متى كان الزوج كفوّاً وهو ما اتفقت عليه القوانين موضوع الدراسة، بدليل ما اشترطته المادة (21/أ) من قانون الأحوال الشخصية الأردني بمطالعها: "يشترط في لزوم...<sup>43</sup>. فإذا لم يكن الزوج كفوّاً لزوجته فإن العقد لا يلزم، ويجوز للزوجة أو وليها المطالبة بفسخ العقد. وبذلك يتفق القانون الوضعي الأردني مع الرأي الراجح في الفقه الإسلامي أن الكفاءة من شروط اللزوم لا من شروط الصحة<sup>44</sup>. ولكن ما مدى مطابقة حكم القانون مع حكم الشرع في شرط الكفاءة: نعالجه في الآتي:

## الفرع الثاني: حكم الشرع في شرط الكفاءة

حصل خلاف كبير بين المذاهب، وداخل كلّ مذهب حول الحكم الشرعي للكفاءة ونحن نلخص أولاً الأقوال الواردة في هذا الموضوع ثم نبين ما نميل إليه، فنقول:

### الرأي الأول: الكفاءة شرط في صحة عقد النكاح:

ذهب الحنفية- في رواية الحسن المختارة للفتوى عندهم- وبعض المالكية، ورواية عن أحمد وأحد قولين عند الشافعية، إلى أنّ الكفاءة شرط في صحة النكاح، ومعنى ذلك أنّ العقد لا يصحّ أصلاً إذا لم يوجد شرط الكفاءة:

- روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف: (أنّ نكاح البالغة العاقلة، إذا زوجت نفسها من غير الكفاءة، نكاح لا يجوز) وعلّلوا ذلك بأنه: (كم من واقع لا يرفع)<sup>45</sup>.

- ذهب النخعي وابن فرحون وابن بشير من المالكية إلى: (منع تزويج المرأة من الفاسق ابتداءً، وأنه ليس لها ولا لوليها الرضا بذلك، لأنّ مخالطة الفاسق ممنوعة، وهجره واجب شرعاً فكيف بخلطة النكاح؟ فإذا وقع وتزوجها لزم فسخه أيضاً)<sup>46</sup>.

- قال أحمد: (إذا تزوّج المولى العربية فرّق بينهما، وقال في الرجل يشرب الشراب - أي الخمر- ما هو بكفاءة لها يفترق بينهما. وقال: لو كان المتزوّج حائكاً فرّق بينهما لقول عمر رضي الله عنه: لأنمّن فروج ذوات الأحساب إلّا من الأكفاء. ولأنّ التزوّج مع فقد الكفاءة تصرف في حق من يحدث من الأولياء بغير إذنه، فلم يصحّ، كما لو زوجها بغير إذنها)<sup>47</sup>.

- وعند الشافعية: (أنه لو زوج المرأة أحد أوليائها المستوين في الدرجة بغير الكفاءة برضاها، دون رضى باقي الأولياء المستوين، لم يصحّ التزويج

به، لأنّ لهم حقاً في الكفاءة فاعتبر رضاهم. وفي قول: يصحّ العقد ولهم الفسخ<sup>48</sup>.

### الرأي الثاني: الكفاءة شرط لزوم لعقد النكاح:

معنى ذلك أنه إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفاء بدون موافقة وليها، أو إذا زوجها وليها من غير كفاء بدون موافقتها، فلكلّ منهما حقّ طلب فسخ العقد. فهو عقد صحيح لكنّه يقبل الاعتراض والفسخ لأنّ الكفاءة حقّ للمرأة والأولياء، فإن رضوا بإسقاطها فلا اعتراض عليهم. هذا هو مذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والحنفية، وهو الأصحّ عند الحنابلة كما قال في المقنع والشرح<sup>49</sup>.

- فعند الشافعية: (الكفاءة المعتبرة في النكاح دفعا للعار، وليست شرطاً في صحّة النكاح، بل هي حقّ للمرأة والولي، فلهما إسقاطها..) ولو زوجها أحد الأولياء المستوين بغير كفاء برضاها دون رضاهم لم يصحّ، وفي قول يصحّ ولهم الفسخ. والظاهر أنّ الشريفي يرجّح القول الثاني أنّ العقد يصحّ ولهم الفسخ، إذ يشير أنّ هذا القول (نص عليه في الإملاء) وأنّ (النقصان يقتضي الخيار لا البطلان)<sup>50</sup>.

- وعند الحنفية: (ينعقد نكاح العاقلة البالغة برضاها، وإن لم يعقد عليها ولي... ثمّ في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفاء وغير الكفاء، ولكن للولي الاعتراض في غير الكفاء)<sup>51</sup> وبقيد الحنفية حقّ الاعتراض للولي بما إذا لم تلد الزوجة من الزوج، (أما إذا ولدت فليس للأولياء حقّ الفسخ، كي لا يضيع الولد عمّن يريه)<sup>52</sup>.

- وعند الحنابلة: (ولا يشترط الكفاءة، فلو زوجت بغير الكفاء صحّ، وكذا برضى بعضهم على الأصحّ. ولمن لم يرض الفسخ متراحياً، ذكره القاضي وغيره. وعنه: هي شرط واختاره الخرقفي وجماعة)<sup>53</sup>.

وقد استدلل هؤلاء الفقهاء على مذهبهم بما ثبت عن النبي ﷺ أنه زوج بناته ولا أحد يكافئه، وبأنه أمر فاطمة بنت قيس وهي قرشية أن تنكح مولاه أسامة بن زيد فنكحها بأمره (مسلم)، وأنه زوج زيد بن حارثة ابنة عمه زينب بنت جحش الأسدية (الطبري في تفسيره). كما استدلتوا بأن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقاً للمرأة والأولياء فلم يشترط وجودها<sup>54</sup>.

الرأي الثالث: الكفاءة شرط لزوم لعقد النكاح، لكنها محصورة بالدين والحرية والسلامة من العيوب، ولا يدخل فيها النسب والحرفة والمال.

هذا هو الرأي المعتمد عند المالكية: (الكفاءة... والمراد بها المماثلة في ثلاثة أمور على المذهب: الحال والدين والحرية) والمقصود بالحال: السلامة من العيوب الموجبة للرد. وبالدين: كونه ذا ديانة احترازاً من أهل الفسوق. وبالحرية: أن لا يكون عبداً رقيقاً.

ويجوز للزوجة وللولي ترك الكفاءة والرضا بعدمها (فإن لم يرضيا معاً، فالقول لمن امتنع منهما، وعلى الحاكم منع من رضي منهما. وليس للأب جبر البكر على فاسق أو ذي عيب، فإن تزوجها الفاسق أو ذو العيب أو العبد، فلها وللولي الردّ والفسخ) يقول الصاوي المالكي في حاشيته على الشرح الصغير شارحاً هذه المسألة: (أنه إذا وقع وتزوجها الفاسق ففي العقد ثلاثة أقوال:

الأول: لزوم فسخه بفساده وهو ظاهر قول اللخمي وابن بشير.

والثاني: أنه صحيح وشهره الفاكاهاني.

والثالث لأصبغ: إن كان لا يؤمن منه رده الإمام وإن رضيت به...

والذي قرره في الحاشية أنّ المعتمد القول بصحة العقد الذي شهره الفاكاهاني<sup>55</sup>.

### الرأي الرابع: الكفاءة غير معتبرة في عقد النكاح:

هذا هو رأي الكرخي والجصاص من الأحناف، وهو قول في مذهب الحنابلة رجّحه ابن قدامة فقال: (..والصحيح أنها - الكفاءة - غير مشترطة، وما روي فيها يدلّ على اعتبارها في الجملة ولا يدلّ على اشتراطها)<sup>56</sup>. وذكر أنّ هذه الرواية عند أحمد هي: (قول أكثر أهل العلم، روي نحو هذا عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير وحماد بن أبي سلمان وابن سيرين وابن عون ومالك والشافعي وأصحاب الرأي...)<sup>57</sup>. ونسب هذا القول أيضاً إلى سفيان الثوري والحسن البصري<sup>58</sup>. وهو رأي ابن حزم الظاهري الذي يقول: (وأهل الإسلام كلّهم إخوة، لا يحرم على ابن زنجية نكاح ابنة الخليفة الهاشمي...)<sup>59</sup>. ويستدلّ أصحاب هذا الرأي بما يلي:

أ- النصوص العامة كقوله تعالى: ﴿إنما المؤمنون إخوة﴾<sup>60</sup>. وقوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء...﴾<sup>61</sup>. ﴿وأحلّ لكم ما وراء ذلكم...﴾<sup>62</sup>. ﴿إنّ أكرمكم عند الله أتقاكم...﴾<sup>63</sup>. "لا فضل لعربي على عجمي، ولا لعجمي على عربي، ولا لأحمر على أسود، ولا لأسود على أحمر إلاّ بالتقوى..."<sup>64</sup>.

ب- مجموعة من الأحاديث الصحيحة التي تؤكد عدم اعتبار الكفاءة في الزواج منها:

- حديث أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ قال: (يا بني بياضة، انكحوا أبا هند وانكحوا إليه. قال: وكان حجّاماً) وأبو هند هو مولى بني بياضة وليس منهم<sup>65</sup>. ولو كانت الكفاءة معتبرة لما أمر رسول الله بهذا الزواج.

- حديث عائشة: (أنّ أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس، وكان ممّن شهد بدرًا مع النبي ﷺ تبني سالمًا، وأنكحه ابنة أخيه الوليد بن عتبة بن



ربيعة، وهو مولى امرأة من الأنصار)<sup>66</sup>.

- وقد (أمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه فنكحها بأمره) متفق عليه. وزوج أباه زيد بن حارثة ابنة عمته زينب بنت جحش الأسدية. رغم أنها امتنعت عن ذلك لنسبها في قريش ولأن زيدا كان عبداً وقالت: أنا خير منه حسباً، فنزل قول الله عز وجل: ﴿وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم﴾<sup>67</sup>. فرضيت وسلّمت<sup>68</sup>.

- وقد خطب بلال رضي الله عنه إلى قوم من الأنصار، فأبوا أن يزوجه، فقال له رسول الله ﷺ قل لهم: إن رسول الله يأمركم أن تزوجوني. أمرهم النبي ﷺ بالتزويج رغم عدم الكفاءة.<sup>69</sup>

ج- وأن جميع الأحاديث الواردة صراحة في موضوع اعتبار الكفاءة لم تبلغ درجة يعتدّ بها عند علماء الحديث، وأهمها ما يلي:

▪ (تخيروا لنطفكم، وانكحوا الأكفاء، وانكحوا إليهم)<sup>70</sup>.

▪ (ألا لا يزوّج النساء إلاّ الأولياء، ولا يزوّجن إلاّ من الأكفاء)<sup>71</sup>.

(يا علي ثلاث لا تؤخرها: الصلاة إذا آذنت، والجنابة إذا حضرت، والأيم إذا وجدت كفواً)<sup>72</sup>.

ح- أما الأحاديث التي لا تنص صراحة على الكفاءة، لكن العلماء استنتجوا منها اعتبار الكفاءة شرطاً في لزوم النكاح، فمنها الصحيح الذي قد يدلّ على ذلك، وهذه كلّها محصورة في الدين والخلق، ومنها غير الصحيح الذي يحتمل أنه إشارة إلى اعتبار الكفاءة في الزواج، أو اعتبارها في غير ذلك. من هذه الأحاديث:

▪ " عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: (إذا خطب إليكم من ترضون

دينه وخلقه فزوجوه، إلاّ تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير" <sup>73</sup>. وقد ذكرنا سابقاً روايات هذا الحديث، ونشير هنا إلى أنّ كثيراً من الفقهاء يعتبرون هذا الحديث دليلاً على اعتبار الكفاءة في الزواج. وهو كما نرى حصّ شديد على تزويج صاحب الدين والخلق، وتهديد لمن لم يفعل ذلك، لكنّه لا يصحّ دليلاً على اعتبار الكفاءة شرطاً لصحة الزواج أو للزومه.

■ حديث فاطمة بنت قيس: (إنّ أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خيسيته) فجعل رسول الله ﷺ الأمر إليها، فقالت: (قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس للأباء من الأمر شيء) <sup>74</sup>.

لكن الاستدلال بهذا الحديث غير صحيح، لأنّ ابن عمّ البنت عادة كفاء لها، وبالتالي فإنّ كلام فاطمة لا ينسجم مع شروط الكفاءة عند من يقول بها. ومن الواضح أنّ الأب هنا زوج ابنته بدون رضاها، فيمكن أن يكون جعلاً الأمر إليها لأنّ موافقة المخطوبة شرط في صحة الزواج أو لزومه، وليس لعدم وجود الكفاءة. يؤيد هذا أنّ علماء الحديث يذكرون هذه القصة وأمثالها في باب الإيجاب والاستثمار وضرورة موافقة المخطوبة على الزواج من خاطبها.

■ عن ابن عمر، قال: إنا لنعوذ بفناء رسول الله ﷺ، فذكر الحديث إلى أن قال: عن النبي ﷺ: "إن الله خلق السماوات سبعا، واختار العلى منها فأسكنها من شاء من خلقه، ثم خلق الخلق فاختر من خلقه بني آدم، واختار من بني آدم العرب، واختار من العرب مضر، واختار من مضر قريشا، واختار من قريش بني هاشم، فأنا خيار من خيار، فمن أحب العرب فبحبي، ومن أبغض العرب فببغضي أبغضهم" <sup>75</sup>. وقد اعتمد بعض الفقهاء على هذا الحديث لاعتبار أنّ غير الهاشمي والمطلبي ليس كفؤاً لباقى قريش. وواضح أنّ النصّ لا يساعد على ذلك، لأنّه أصلاً يتعلّق برسول الله ﷺ، وهو يؤكّد أنّه خيار من خيار من خيار، فكيف يعتبر الخيار الثالث غير مكافئ للثاني والثاني

غير مكافئ للأول، وليس في النص ما يشير إلى ذلك، بل الحديث يصف الجميع بأنهم خيار.

■ حديث فاطمة بنت قيس أن معاوية وأبا جهم خطباها وأسامة بن زيد، فاستشارت رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ: "أما معاوية فرجل ترب، لا مال له، وأما أبو جهم فرجل ضراب للنساء، ولكن أسامة بن زيد" فقالت بيدها هكذا: أسامه، أسامه، فقال لها رسول الله ﷺ: "طاعة الله، وطاعة رسوله خير لك" فقالت: فتزوجته، فاغتبطت<sup>76</sup>. وكل ما فيه أن الرسول ﷺ لم ينصحها بالزواج من معاوية لأنه فقير لا مال له، وهي قبلت منه هذه النصيحة. وهذا يؤكد اعتبار قدرة الخاطب المالية عند الموافقة على الزواج منه، لكن ليس فيه ما يدل على اشتراط ذلك لصحة الزواج أو لعدمه. والحديث نص واضح في عدم الاعتداد بالنسب. ففاطمة قرشية وهي من المهاجرات الأول، وكانت ذات جمال وفضل وكمال، وأسامة مولى رسول الله ﷺ وأبوه كذلك مولى، وقد قدمه رسول الله ﷺ على أبي جهم ومعاوية وهما أكفأها من قريش. ولم يطلب من أحد من أوليائها إسقاط حقه.

■ قول الرسول ﷺ: تنكح المرأة لدينها، وجمالها، ومالها، وحسبها، فافظف بذات الدين تربت يمينك<sup>77</sup>. ومنهم من رأى أن الحساب في ذلك هو بمعنى الدين، وكذلك المال، وأنه لا يخرج من ذلك إلا ما أخرجه الإجماع، وهو كون الحسن ليس من الكفاءة<sup>78</sup>.

■ حديث بريرة، وقد وردت حوله روايات أكثرها صحيح وأغلبها عن عائشة وخلاصتها: أن زوج بريرة كان عبداً أسود اسمه مغيث، وأنها أعتقت، فخيرها رسول الله ﷺ أن تمكث عنده أو تفارقه. وفي رواية عند مسلم وأحمد وأبو داود والترمذي قالت عائشة: (ولو كان حراً لم يخيرها). وفي رواية لأبي داود: (إن قريك فلا خيار لك). وفي رواية عند الخمسة: (كان زوج بريرة

حراً، فلما أعتقت خيرها رسول الله ﷺ. وفي رواية عند الدارقطني أنّ النبي ﷺ قال لبريرة لما أعتقت: (قد عتق بضعك معك فاختاري). وقد ذكر الشوكاني في نيل الأوطار رواية أنّ النبي ﷺ قال لبريرة: (ملكك نفسك فاختاري) دون أن يبيّن مصدر هذه الرواية. والفقهاء متفقون على أنّ بريرة أعتقت، وعلى أنّ رسول الله ﷺ خيرها فاخترت نفسها. وهم مختلفون: هل كان زوجها حراً أم عبداً عندما أعتقت؟ وذلك بسبب الاختلاف بين الروايات.

فأكثر العلماء يقولون: أنه كان عبداً، وبعضهم يقول أنه كان حراً.

ويترتب على ذلك اختلافهم فيما إذا كان الزوج حراً هل يثبت الخيار لها بعد أن أصبحت حرّة أم لا؟

فأكثر العلماء يقولون: لا يثبت لها الخيار، لأنّ العلة في الفسخ عدم وجود الكفاءة، وهذه العلة تنتفي إذا كان الزوج حراً.

وذهب الشعبي والنخعي والثوري وأحمد في أحد قولين والحنفية إلى أنه يثبت الخيار ولو كان الزوج حراً، واستدلوا على ذلك بالروايات التي تقول أنه كان حراً، وبالروايات التي تقول: (ملكك نفسك فاختاري)، (وقد عتق بضعك معك فاختاري). وظاهر هذه الروايات يشير إلى أنّ سبب التخيير هو ملكها لنفسها، وذلك مما يستوي فيه الحرّ والعبد. ويظهر أنّ ابن القيم يرجح هذا الرأي لأنّ (السيد عقد عليها بحكم الملك حيث كان مالكا لرقبتها ومنافعها، والعتق يقتضي تمليك الرقبة والمنافع للمعتق، فإذا ملكت رقبته ملكك بضعها ومنافعها، ومن جملتها منافع البضع، فلا يملك عليها إلاّ باختيارها. ولذلك خيرها الشارع بين أن تقيم مع زوجها، وبين أن تفسخ نكاحه).

يقول الإمام الشافعي في رواية البويطي: (أصل الكفاءة مستتبط من حديث بريرة، وكان زوجها غير كفاء لها، فخيرها رسول الله ﷺ<sup>79</sup>).

لكن هذا الاستدلال من قبل الإمام الشافعي بحديث بريرة لاعتبار الكفاءة شرطاً في لزوم النكاح يناقش من جهتين:

الأولى: أنّ مسألة الكفاءة هنا مبنية على كونه حراً أو عبداً، وهذه مسألة خلافية كما ذكرنا، ورغم أنّ الأرجح أنه كان عبداً إلا أنّ الاحتمال الآخر قائم، ومع الاحتمال يبطل الاستدلال.

الثانية: لو سلمنا أنه كان عبداً، فإنّ الكفاءة بينهما لهذه الجهة كانت موجودة وقت العقد، ولا اعتبار لزوالها بعد ذلك. (هذا هو مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة. فلو كان الزوج عند عقد النكاح مستوفياً لخصال الكفاءة ثم زالت هذه الخصال أو اختلفت، فإنّ العقد لا يبطل بذلك)<sup>80</sup>. إلا أنّ الشافعية يستثنون من ذلك حالة العتق تحت رقيق كما حصل لبريرة. جاء في الفتاوى الهندية في فقه الحنفية: (ثمّ الكفاءة تعتبر عند ابتداء النكاح، ولا يعتبر استمرارها بعد ذلك، حتى لو تزوّج وهو كفاء، ثم صار فاجراً داعراً لا يفسخ النكاح).

وبعد أن حدّدنا التنظيم القانوني للكفاءة ولمن تكون وحكم شرطها، ينبغي أن نبيّن الصفات المعتمدة في الكفاءة، وهي موضوعنا التالي: -

### المطلب الثالث: الصفات المعتمدة في الكفاءة

لقد ذكر المشرع الأردني سندا لنص المادة (21/أ) والمادة (11) من قانون الأحوال الشخصية الجديد المؤقت ثلاث صفات في الكفاءة هما التدين والمال وعدم التفاوت في العمر بأكثر من عشرين سنة إلا برضا واختيار الفتاه وتحقق القاضي من ذلك بقوله في المادة 21/أ: "يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة في التدين والمال، وكفاءة المال أن يكون الزوج قادراً على المهر المعجل ونفقة الزوجة"<sup>81</sup>. وكذلك في المادة (11): "يمنع إجراء العقد على امرأة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين سنة إلا بعد أن يتحقق القاضي من رضاها واختيارها".

وإدخال التدين في القانون الحالي كصفة معتبرة في الكفاءة هي ميزة إيجابية لهذا القانون، واتفقا مع الفقه الإسلامي. كونها لم تكن موجودة في القانون السابق، الذي قصر الكفاءة على المال فقط بالمقدرة على المهر والنفقة<sup>82</sup>. إلا أننا لا نتفق مع موقف المشرع الأردني من قصر الكفاءة بالمال والتدين وعدم التفاوت الكبير في العمر من حيث الأصل، كونه ينبغي توافر خصال ضرورية للقول بالكفاءة كالعلم. فهل تكون الكفاءة متى كانت الزوجة متعلمة وحاصلة على أعلى الشهادات وتتزوج من شاب أمي أين الكفاءة؟ كما أن الفتاة في هذه الحالة قد تعير بزوجها الأمي

لذا نرى ضرورة إضافة خصال أخرى غير المال والتدين، وتعديل نص المادة (11) السابق ذكرها من القانون الحالي لتصبح: يمنع إجراء العقد على امرأة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين سنة للفتاه البكر، وإجازة ذلك استثناء من الأصل في حالات يقدرها القضاء كالفتاة المطلقة بعد تحقق القاضي من رضاها واختيارها.

وعدم التفاوت الكبير في العلم، كأساس للكفاءة الزوجية لأنها تؤدي إلى التقارب والتوافق والانسجام بين الطرفين وأسرتيهما. في حين جاء القانون السوري بالنص على أن العبرة في الكفاءة لعرف البلد، ثم للتقارب في السن بين الزوجين<sup>83</sup>. بمعنى لو تعارف الناس على أن المثقفة لا يجوز لها أن تتزوج جاهلا أميا للتفاوت الكبير بين عقليتهما، فتعتبر الثقافة من عناصر الكفاءة، كون المثقفة تنظر إلى الأمور بنظرة مختلفة عن نظرة الأمي الجاهل، كتربية الأولاد، وتنظيم شؤون المنزل وغير ذلك، وباختلاف وجهات النظر ووزن الأمور يحدث الخلل في الحياة الزوجية والفرقة لأن المثقفة تعير بالرجل الأمي. بينما اعتبر المشرع الإماراتي العرف في تحديد الكفاءة في غير الدين<sup>84</sup>. كما أن عدم التقارب في السن يحدث الخلاف، فالفتاة الشابة لا يكافؤها الشيخ الهرم وتعير به<sup>85</sup>. بينما اعتبر القانون القطري الدين والخلق عناصر الكفاءة<sup>86</sup>.

أما القانون البحريني فاعتبر صفات الكفاءة الصلاح في الدين وكل ما قام العرف على اعتباره، والتناسب في السن بين الزوجين الذي يعتبر حقا للزوجة وحدها<sup>87</sup>. كما اعتبر القانون اليمني الكفاءة في الدين والخلق وعمادها التراضي ولكل منهما طلب الفسخ لعدم الكفاءة<sup>88</sup>. وكذلك اعتمد القانون الكويتي الصلاح في الدين للكفاءة وتناسب السن بين الزوجين من حقا للمرأة<sup>89</sup>. غير أنه في القانون المدني الفرنسي في حال وجود خطأ في الشخص أو نوعيته الأساسية، يحق للطرف الآخر المطالبة ببطان الزواج<sup>90</sup>. إلا أنه لا يجوز المطالبة ببطان الزواج بعد مرور خمس سنوات من تاريخ العقد<sup>91</sup>.

إضافة إلى أن المشرع الفرنسي أعطى الحق في حال تبين عدم وجود رضا بين الزوجين أو شاب الرضا عيبا مطالبة من كان رضاه معيبا المطالبة ببطان الزواج<sup>92</sup>. وبهذا يتضح أن المشرع الفرنسي اعتبر الرضا غير السليم والمعيب أمرا موجبا وحقا لكلا الزوجين في المطالبة ببطان الزواج. ومنح الحق في الاعتراض على الزواج للأب والأم وإلا فلالأجداد<sup>93</sup>. والزواج الذي تمّ بدون موافقة الأب أو الأم أو الجد أو مجلس العائلة بالحال التي يكون فيها القبول أو الرضا ضروريا جدا، فلا يجوز بطلان العقد إلا من هؤلاء الأشخاص الذين يشترط موافقتهم<sup>94</sup>. وفي كل الأحوال إذا كان الزواج تمت الموافقة عليه صراحة أو ضمنا من قبل من كانت موافقتهم ضرورية أو مَر عليه خمس سنوات دون المطالبة بالبطان فلا يستطيع طلب ذلك<sup>95</sup>. وذكر المشرع الفرنسي بأن الزوجان لا يستطيعان إتمام الزواج قبل الثامنة عشرة من العمر<sup>96</sup>. واشترط موافقة وكيل الجمهورية على زواج القاصر الذي يبلغ من العمر أقل من خمسة عشر عاما، بعد بيان الأسباب الموجبة<sup>97</sup>.

وبمناقشة موقف المشرع الفرنسي: يلاحظ أن الغاية من اشتراط موافقة جهة رسمية في الدولة لزواج القاصر فيه مراعاة لمصلحة الأخير. إضافة إلى أن المشرع الفرنسي منع الشخص من المطالبة ببطان الزواج بعد مدة معينة

وإن توافر السبب المبرر للبطلان دلالة على أن المقصر أولى بالخسارة دون تقييد ذلك بالحمل أو غيره بخلاف القوانين موضوع المقارنة، حيث جاء النص مطلقاً، والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد نص يقيد بموجب القانون أو الاتفاق. غير أنه لم يحدد المقصود بالخطأ في الشخص: فيما إذا كان سلوكاً غير حسن ولم يوضح المقصود بنوعية الشخص الأساسية.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك من أشار من الفقه الفرنسي (Beatrice Kan-Balivet) إلى أن المواد من 184 ولغاية المادة 191 من القانون المدني الفرنسي والمتعلقة بالزواج تتضمن حالات البطلان المطلق في الزواج، وتتصل بحماية المصلحة العامة<sup>98</sup>. وكل زواج تم وخالف التعليمات المشار إليها في المواد<sup>99</sup>. يكون عرضة للبطلان خلال فترة تمتد لثلاثين سنة اعتباراً من إشهار الزواج سواء عن طريق الآباء أنفسهم أو أي شخص له مصلحة أو النيابة العامة، وهذا يوافق المادة 190 التي تتضمن أن وكيل الجمهورية في كل الأحوال المطبقة في المادة 184 يستطيع وملزم بطلب بطلان الزواج للأزواج الأحياء ويتم الانفصال<sup>100</sup>.

غير أننا لو رجعنا إلى الكفاءة عند فقهاء السنة لوجدنا أن هناك عدة خصال للكفاءة المعتبرة في الزواج وهي كما يلي:-

1. الدين: ذهب جمهور فقهاء أهل السنة إلى أن خصال الكفاءة الدين، أي المماثلة والمقارنة بين الزوجين في الدين بشرائع الإسلام، لا في مجرد أصل الإسلام. فقال أبو حنيفة: لو أن امرأة من بنات الصالحين زوّجت نفسها من فاسق، كان للأولياء حق الاعتراض. وقال الشافعية: من خصال الكفاءة الدين والصلاح والكف عمّا لا يحل، والفاسق ليس بكفء للعفيفة، والفاسق كفء للفاسقة وكذلك هو رأي الحنابلة<sup>101</sup>.

2. النسب: هو معتبر عند الحنفية والشافعية والحنابلة، واستدلوا على ذلك بقول الخليفة عمر ابن الخطاب: "لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من



الأكفاء، وفي رواية قالت: وما الأكفاء؟ قال: في الأحساب " والاعتبار في النسب بالأبَاء، فالعجمي أبا وإن كانت أمه عربية ليس كفاء عربية وإن كانت أمها عجمية<sup>102</sup>. وذهب مالك إلى عدم اعتبار النسب في الكفاءة قائلا: أهل الإسلام كلهم بعضهم لبعض أكفاء لقوله تعالى: ﴿يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾<sup>103</sup>. وقال مالك: الكفاءة في الدين لا غير. والدليل على اعتبار الدين قوله تعالى: ﴿أمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستون﴾<sup>104</sup> ولأن الفاسق مردود الشهاداة والرواية غير مأمون على النفس والمال مسلوب الولاية ناقص عند الله وعند خلقه، قليل الحظ في الدنيا والآخرة، فلا يجوز أن يكون كفواً لعفيفة ولا مساويا لها، لكن يكون كفواً لمثله<sup>104</sup>.

ونحن نؤيد عدم اعتبار النسب عنصرا من عناصر الكفاءة الزوجية لأن الإسلام يهدف إلى المساواة، ويحارب التمييز العرقي أو العنصري، ودعوات الجاهلية القبلية والنسبية، وإعلان حجة الوداع واضح أن الناس جميعاً أبناء آدم، وليس لعربي على عجمي فضل إلا بالتقوى<sup>105</sup>. ولعل من أهم مقاصد هذه الشريعة إلغاء التفاخر بالأنساب، وإقرار التمايز بالعمل الصالح وبالتقوى. فقد قال رسول الله ﷺ في خطبته المشهورة<sup>106</sup>. عند باب الكعبة يوم فتح مكة المكرمة: (يا معشر قريش، إن الله قد أذهب عنكم نخوة الجاهلية وتعظيمها بالأبَاء. الناس من آدم وآدم من تراب، ثم تلا الآية: ﴿يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا، إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾<sup>107</sup>.

وقد وردت أحاديث تدل على المعنى السابق: كحديث أبي هريرة عن رسول الله ﷺ: إذا كان يوم القيامة أمر الله منادياً ينادي: ألا إني جعلت نسباً، وجعلتم نسباً. فجعلت أكرمكم أتقاكم فأبيتم إلا أن تقولوا: فلان بن فلان خير من فلان بن فلان، فالיום أرفع نسبي وأضع نسبكم، أين المتقون؟<sup>108</sup>.

3. الحرية: ذهب الحنفية والشافعية وهو الصحيح عند الحنابلة، إلى أن الحرية من خصال الكفاءة، فلا يكون العبد كفوًا للحررة ولو عتيقة، لأنها تتعير به، وتتضرر من نكاحه، لأنه ينفق نفقة المعسرين، وهو ممنوع من التصرف في كسبه غير مالك له، مشغول عن امرأته بحقوق سيّده. واختلف المالكية إلى رأيين باعتبارها وعدم اعتبارها<sup>109</sup>. واشترط الحنفية والشافعية أيضًا: حرية الأصل، فمن كان أحد أبائه رقيقًا ليس كفوا لحر الأصل، أو لمن كان أبوها رقيقًا ثم أعتق. ومن كان له أبوان في الحرية ليس كفوا لمن كان له أب واحد في الحرية، والعتيق ليس كفوا لحررة الأصل، وقال الحنابلة: العتيق كله كفاء للحررة<sup>110</sup>.

ونرى عدم الأخذ بالحرية كعنصر في الكفاءة، لتعذر تطبيق ذلك في عصرنا الحالي، كون الرق والعبودية كانت في عصر الجاهلية، ولا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان.

4. الحرفة والمهنة: ذهب جمهور فقهاء السنة إلى أنه لا يكون الرجل صاحب الصناعة أو الحرفة الدنيئة أو الخسيسة كفاء بنت صاحب الصناعة أو الحرفة العفيدة أو الشريفة، لأن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعبرون بدناءتها، ولما ذكره الحنابلة من أنه نقص في عرف الناس أشبهه نقص النسب. وقال الحنفية: تثبت الكفاءة بين الحرفتين في جنس واحد، كالحائك مع الحائك، وتثبت عند اختلاف جنس الحرفة إذا كان يقارب بعضها بعضًا، كالصانع مع العطار، ولا تثبت فيما لا مقارنة بينهما، كالعطار مع البيطار. وقال الشافعية: الاعتبار بالعرف العام لبلد الزوجة، وعن أبي حنيفة: أن الحرفة غير معتبرة في الكفاءة في النكاح، لأنه لا يمكن الانتقال والتحول عن الخسيسة إلى النفيسة فيها، فليس وصفا لازما. ولا يعتبر المالكية الحرفة من خصال الكفاءة في النكاح.

5. اليسار: ذهب الحنفية والحنابلة وقسم من الشافعية إلى اعتباره، فلا يكون الفقير كفاء الغنية، لأن التفاخر بالمال أكثر من التفاخر بغيره عادة،

ولأن النكاح تعلقا لازما بالمهر والنفقة، ولأن على الموسرة ضررا في إعسار زوجها، ولأن ذلك نقصا في عرف الناس. والمعتبر في اليسار القدرة على مهر مثل الزوجة والنفقة<sup>111</sup>. وقال بعض المالكية والشافعية: لا يعد اليسار في خصال الكفاءة، لأن المال ظل زائل ولا يفتخر به أهل المروءات والبصائر<sup>112</sup>.

ونحن نتفق مع من يرى عدم اعتبار الغنى عنصرا في الكفاءة، بل المقدره على النفقة اللازمة لمعيشة الشخص وزوجه وليس التفاخر بالغنى، وخاصة في ظل الأيام المعاصرة، وما يعانيه الشاب المسلم من غلاء في المهر، وارتفاع في تكاليف الزواج. وما نتج عنه من ارتفاع في حالات العنوسة لدى الفتيات المسلمات، وتدني دخول الشباب، وعدم مقدرتهم على الزواج إلا في سن متأخرة.

إضافة إلى أنه ورد في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وانكحوا الأيامى منكم، والصالحين من عبادكم وإمائكم، إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع عليم﴾<sup>113</sup>. والأيم هو الذي لا زوج له من الرجال أو النساء. والمعنى كما يقول المفسرون: لا تمتنعوا من التزويج بسبب الفقر (إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله). وهذا وعد بالغنى للمتزوجين. وقد روى البخاري - في باب النكاح - عن سهل رضي الله عنه قال: (مَرَّ رَجُلٌ غَنِيٌّ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: مَا تَقُولُونَ فِي هَذَا؟ قَالُوا: حَرِيٌّ إِنْ خَطَبَ أَنْ يَنْكَحَ، وَإِنْ شَفَعَ أَنْ يَشَفَعَ، وَإِنْ قَالَ أَنْ يَسْمَعَ. قَالَ: ثُمَّ سَكَتَ، فَمَرَّ رَجُلٌ مِنْ فُقَرَاءِ الْمُسْلِمِينَ فَقَالَ: مَا تَقُولُونَ فِي هَذَا؟ قَالُوا: حَرِيٌّ إِنْ خَطَبَ أَنْ لَا يَنْكَحَ، وَإِنْ شَفَعَ أَنْ لَا يَشَفَعَ، وَإِنْ قَالَ أَنْ لَا يَسْمَعَ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: هَذَا خَيْرٌ مِنْ مَلَأِ الْأَرْضَ مِثْلَ هَذَا). ودلالة ذلك أن الفقر ليس سبباً للامتناع عن تزويجه، أو لفسخ الزواج بعد حصوله. هذا ما فهمه الإمام البخاري نفسه عندما جعل عنوان هذا الباب (باب الأكفاء في الدين)، واعتبر الكفاءة المعتبرة في النكاح هي الدين.

6. السلامة من العيوب: ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن السلامة من العيوب المثبتة بخيار الفسخ للنكاح من خصال الكفاءة في النكاح. وقال الحنفية: لا تعتبر في الكفاءة السلامة من العيوب<sup>114</sup>.

ونحن نرى أن السلامة من العيوب أمر ضروري في الكفاءة: خاصة في ظل الانفتاح الكبير الذي يشهده العالم وما رافقه من تحرر غير مسبوق بين شبابنا وشابتنا، تضمن البعد الكبير عن الدين والتقليد الأعمى للغرب. الأمر الذي يتطلب وجود فحوصات سابقة على إبرام عقد الزواج للتأكد من سلامة العيوب.

ومن تحليل تلك الصفات السابقة يمكن أن تصنّف الكفاءة حسب الفقه الإسلامي إلى صنفين أولهما: الكفاءة الشرعية، والصنف الثاني الكفاءة العرفية. فالكفاءة الشرعية: هي المساواة في الدين، والمشهور بين الفقهاء المسلمين هو عدم جواز زواج المسلمة من غير المسلم. أما الكفاءة العرفية: فهي المساواة في الحسب والنسب والثروة والشرف والعمر وغيرها، والكفاءة الشرعية هي المطلوبة في الزواج، في حين الكفاءة العرفية فلا اعتبار لها في صحة عقد الزواج، بل هي أمور ترجع وتخضع لتفاهم الطرفين<sup>115</sup>. والأخيرة كثيرا ما يحدث الخلاف عليها في واقع الأيام الحالية.

ونحن بدورنا نركّز على عدم التفاوت الكبير في العمر بين الطرفين وحتى إن تمّ الرضا والاختيار من الفتاة البكر، حتى يحدث الانسجام والتقارب الفكري والاستقرار المنشود من الزواج. حيث جاء النص في قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد المؤقت بالقول: "يمنع إجراء العقد على امرأة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين سنة إلا بعد أن يتحقق القاضي من رضاها واختيارها"<sup>116</sup>.

وكنا نأمل من المشرع الأردني ألا يقرن صحة الزواج بتفاوت العمر بأكثر من عشرين عاما لرضا واختيار الفتاة بعد تحقق القاضي من ذلك،

استثناء من الأصل الذي يمنع مثل ذلك التفاوت. ونقترح هنا الإبقاء على الأصل في مطلع النص وتعديل الاستثناء بحيث يصبح النص كما يلي: يمنع إجراء العقد على امرأة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين سنة للفتاه البكر، وإجازة ذلك استثناء من الأصل في حالات يقدرها القضاء كالفتاة المطلقة بعد تحقق القاضي من رضاها واختيارها.

ويعد أن يتنا ماهية الكفاءة الزوجية وحكم شرطها ولمن تكون والغاية منها والخصال الواجب توافرها فيها تأتي لتحديد أهم أحكامها التي وردت في قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد على النحو التالي:-

## المبحث الثاني

### أحكام الكفاءة الزوجية

في هذا المطلب يتطلب منا المنطق القانوني أن نتساءل عن حكم وجود الكفاءة عند إبرام العقد وزوالها بعده؟ وحكم عدم وجود الكفاءة عند إبرام العقد إما بسبب تقصير المرأة ووليها في البحث عن كفاءة الزوج أو زواج المرأة لنفسها من غير الكفاء؟ وما الحكم متى حملت الزوجة من غير كفاء؟ نعالج ذلك في المطلب التالية:-

#### المطلب الأول: وجود الكفاءة عند إبرام العقد وزوالها بعده

جاء نص المادة (21/ب) من قانون الأحوال الشخصية الأردني متفقا مع غيره من القوانين العربية موضوع المقارنة في اشتراط الكفاءة حين العقد حيث نصّ أن: " الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي، وتراعى عند العقد فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج"<sup>117</sup>.

يفهم من ذلك انه متى كان الزوج قادرا على معجل المهر والنفقة لحظة العقد، ثم طرأت ظروف بعد العقد جعلته عاجزا عن المهر والنفقة، فلا يتأثر العقد، ولا يجوز للزوجة أو وليها المطالبة بفسخ العقد لعدم الكفاءة.

وتطبيقاً لذلك نفترض القضية التالية: أبرم عقد زواج بين طرفين وكان الزوج موظفاً أو تاجراً عند العقد، وبعد العقد أخرج من العمل فصلاً تعسفياً أو كسدت تجارته فأصبح متغيراً حاله: لجأت الزوجة أو وليها للمحكمة الشرعية طالبة الفسخ لعدم الكفاءة.

هنا لا يحكم القاضي بالفسخ سنداً للمادة أعلاه وما دام الزواج قائماً على التوافق والمودة والرحمة فينبغي على الطرفين الوقوف بجانب بعضهما في الشدة والرخاء.

وعليه فدعوى الفسخ لعدم الكفاءة تقام بمواجهة الزوج من قبل الزوجة أو وليها في عقد الزواج الصحيح، الذي ينتج آثاره إلى أن يصدر حكم المحكمة بفسخه، فحق المرأة أو وليها طلب فسخ عقد الزواج لعلّة عدم الكفاءة هو اختياري، فإن شاء تمسكاً بهذا الحق، وإن شاء أسقطاه، فترد الدعوى إذا أقيمت من سواهما، كما ترد إذا أقيمت من جانب الزوج نفسه، لأن الكفاءة تراعى من جانب الرجل، ولا تشترط من جانب المرأة، وليس للزوج التمسك بعدم كفاءتها. ثم ينظر القاضي إلى الكفاءة عند العقد، فإذا تبين له أن الزوج كان كفواً عند العقد ثم تطورت حالته إلى عدم الكفاءة، فإن الدعوى ترد لصريح النص، كما أن القاضي يتأكد من أن الدعوى أقيمت في وقتها، لأن حق الفسخ يسقط متى حملت الزوجة - كما سنرى لاحقاً - ويقضي القاضي برد الدعوى<sup>118</sup>. ولكن ما الحكم متى قصرت المرأة أو وليها في البحث والسؤال عن كفاءة الزوج: نعالج ذلك في التالي:

#### المطلب الثاني: تقصير المرأة أو وليها في البحث والسؤال عن كفاءة الزوج

أجاب عن ذلك مطلع نص المادة 22/أ من قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت بأنه: "إذا زوّج الولي البكر أو الثيب برضاها لرجل لا يعلمان كفاءته ثم تبين أنه غير كفء فليس لأي منهما حق الاعتراض"<sup>119</sup>. ونقترح على بقية القوانين موضوع الدراسة الإقتداء بموقف المشرع الأردني

بإضافة نص قانوني مشابه تجنباً للتسرع وتلافياً للتقصير في السؤال عن كفاءة الزوج.

أما كيفية السؤال عن المتقدم للزواج هو سؤال معارفه، وأصدقائه عنه إن أمكن ذلك، والجيران وأهل مسجد حيّه وغير ذلك. فإن لم يكن هناك طرق لمعرفة توجهات الشخص، فيسأل بطريق غير مباشر عن أحسن مسجد نال إعجابه مثلاً، وسبب إعجابه به، وعن أحب الناس إليه، وعن الأماكن التي يحب قضاء أوقاته فيها، وغير ذلك من الأسئلة العفوية التي تساعد في معرفة توجه الشخص، وينبغي عدم إغفال مشاوره المخلوقين، واستشارة الخالق عزّ وجل. كما أن حسن الدين لا يعن بالضرورة أن يكون الشخص عالماً بالشرع أو مهتماً بالعلوم الشرعية، بل يكفي أن يكون ممن يخاف الله تعالى، فيؤدي الفرائض، ويتجنب المحارم، فإذا تقدّم للفتاة من هذا حاله، فلا ينبغي لها أن تردّه لكونه ليس عالماً أو مهتماً بطلب العلم الشرعي<sup>120</sup>.

يلاحظ المنع الوارد في النص أعلاه وسببه هو التقصير من كليهما في عدم السؤال وعدم الاستفسار وعدم التروي عند إبرام العقد. في حين يظهر التساؤل عن الشرط الذي يوضع في عقد الزواج ابتداءً ويتضمن توافر الكفاءة لحظة العقد، نبحت ذلك كما يأتي:

### المطلب الثالث: اشتراط المرأة أو وليها الكفاءة عند العقد

يتفق القانون الأردني مع القانون الإماراتي والكويتي والسوري في اشتراط الكفاءة حين العقد حتى يعطى الولي أو الزوجة الحق في طلب الفسخ، حيث قضت بذلك المادة 22/ب من القانون الأردني صراحةً بذكرها "إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو أخبر الزوج أنه كفاء، ثم تبين أنه غير كفاء، فلكل من الزوجة والولي حق طلب فسخ الزواج، فإن كان كفؤاً حين الخصومة فلا يحق لأحد منهما طلب الفسخ"<sup>121</sup>.

يتضح من هذا النص أنه أعطى الحق للزوجة والولي طلب الفسخ متى

اشترط ذلك في العقد إذا ظهر عكس ما ادعاه الزوج من الكفاءة. ثم أشارت المادة لحكم آخر وهو إذا ملك الزوج المال الذي يجعله كفؤاً عند الخصومة، فلا يحق لأي منهما المطالبة بالفسخ.

وتطبيقاً لذلك نفترض القضية التالية: أبرم عقد زواج بين شاب وفتاة مدعياً الشاب أنه غني، ثم تبين أنه فقير، فطلبت الزوجة فسخ العقد لعدم الكفاءة.

تأكيداً لما سبق نقول: متى اشترطت الكفاءة وتبين العكس جاز لها المطالبة بالفسخ. غير أنها متى قصرت ووليها في السؤال والاستفسار عن كفاءته لزمها العقد وليس لهما المطالبة بالفسخ. ومتى استطاع الزوج الكفاءة عند الخصومة فلا تجوز مطالبة الزوجة بالفسخ.

ولكن هل يجوز للفتاة التي أتمت الخامسة عشرة من العمر أن تزوج نفسها من الكفاء وما المهر الواجب توافره قانوناً في هذه الحالة؟ نجيب على ذلك بالتالي:

#### المطلب الرابع: في حال زوجت الفتاة نفسها من الكفاء ودون مهر المثل

أعطى القانون الأردني المؤقت الحق للفتاة البكر، وكذلك البكر التي أتمت الخامسة عشرة من العمر متى كان في زواجها مصلحة ظاهرة، بأن تزوج نفسها من الكفاء من غير موافقة وليها أو في حال عضله بلا سبب مشروع، إلا أن هذا الحق مشروط بألا يقل عن مهر المثل<sup>122</sup>. في حين يبين المشرع الفرنسي أنه لا يستطيع طرفا العقد إتمام عقد الزواج قبل الثامن عشرة من العمر<sup>123</sup>. غير أنه اشترط موافقة وكيل الجمهورية على زواج القاصر (أقل من خمسة عشر عاماً) بعد بيان الأسباب الموجبة<sup>124</sup>. بينما جاء المشرع القطري بنصه على أنه: لا يوثق زواج الفتى قبل ثماني عشرة سنة، والفتاة قبل تمام ست عشرة سنة، إلا بعد موافقة الولي، والتأكد من رضا طرفي العقد، وبإذن من القاضي المختص<sup>125</sup>. متفقاً بذلك مع القانون



البحريني الذي نص على أنه: تزوج الصغيرة التي يقل سنها عن ست عشرة سنة بموافقة المحكمة الشرعية بعد التحقق من ملاءمة الزوج<sup>126</sup>. بينما أفاد القانون اليمني بأن: عقد ولي الصغيرة بها صحيح ولا يمكن المعقود له الدخول بها، ولا تزف إلا بعد أن تكون صالحة للوطء ولو تجاوز عمرها خمسة عشرة عاما ولا يصح العقد للصغير إلا لثبوت مصلحة<sup>127</sup>.

وبتحليل السابق تبدو المصلحة من الإذن للفتاه بتزويج نفسها في حال عضل الولي بلا مبرر مشروع عدم لجوئها لوسائل غير مشروعة دخلت على مجتمعنا الأردني- والعربي- بقلّة وبخفاء كالزواج العرفي، والانحراف بسبب رفض الولي تزويجها دون الاستناد إلى مبرر معقول.

وبعد هل يؤثر حمل المرأة من زوج غير كفؤ على طلب الفسخ؟ وهو موضوعنا الآتي:

### **المطلب الخامس: حمل الزوجة من زوج غير كفء**

نصّت المادة 23 من قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت أنه: "يسقط حق فسخ عقد الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج إذا حملت الزوجة أو سبق الرضا أو مرت ثلاثة أشهر على علم الولي بالزواج"<sup>128</sup>. في حين يختلف القانون القطري والإماراتي عن الأردني في المدة التي جعلها القطري سنة على عقد الزواج لسقوط المطالبة بالحق في فسخ العقد بسبب عدم الكفاءة وكذلك سنة في الإماراتي ولكن بعد العلم بالزواج<sup>129</sup>. أو سنة على العلم بالزواج في القانون الكويتي<sup>130</sup>. بينما ترك القانون السوري الأمر على إطلاقه بسقوط الحق في فسخ عقد الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج متى حملت<sup>131</sup>. بخلاف المشرع الفرنسي الذي بيّن أنه في كل الأحوال إذا كان الزواج تمت الموافقة عليه صراحة أو ضمنا من قبل من كانت موافقتهم ضرورية أو مرّ عليه خمس سنوات دون المطالبة بالبطلان فلا يستطيع طلب ذلك<sup>132</sup>.

فالكفاءة حق للمرأة ووليها، وفيها يلزم العقد، فإن اشترطت الكفاءة ولم تتحقق جاز لها الفسخ إلا إذا حملت فيسقط حق الفسخ<sup>133</sup>.

إلا أن السؤال الذي يتبادر للعقل لمن ينعقد الاختصاص في موضوعنا الكفاءة في عقد الزواج عند الخلاف؟ نخصص لذلك المطلب التالي:

### المطلب السادس: المحكمة المختصة عند التراجع بسبب عدم الكفاءة

لم ينص قانون الأحوال الشخصية الأردني على المحكمة المختصة بنظر دعوى فسخ عقد الزواج لعدم الكفاءة. ومن خلال الرجوع إلى قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني نجد أنه نص على أنه: "تختص محكمة البداية بالنظر والفصل في الدعاوى التي لا تدخل في اختصاص محكمة أخرى بمقتضى أي قانون نافذ المفعول، كما تختص بالنظر والفصل في الطلبات المستعجلة وجميع الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلي مهما تكن قيمتها أو نوعها"<sup>134</sup>. وبناء على هذا النص، يكون الاختصاص في دعوى فسخ عقد الزواج لعدم الكفاءة للمحاكم النظامية، وهو اختصاص نوعي لمحكمة البداية.

غير أن قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني نص على أنه: "تنظر المحاكم الشرعية وتفصل في المواد التالية: فقره 16) كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية بين المسلمين"<sup>135</sup>.

ومتى أمعنا النظر في النص أعلاه يتضح أنه جاء عاما ومطلقا وأعطى الاختصاص للمحاكم الشرعية في جميع ما يتصل بالأحوال الشخصية، وفي أنواع معينة من الدعاوى وعلى سبيل الحصر. و مسألة فسخ العقد لعدم الكفاءة- وإن لم ينص صراحة عليها- مسألة مرتبطة بعقد الزواج، والأخير من مسائل الأحوال الشخصية. لذا نرى أن الاختصاص في نظر دعوى فسخ العقد لعدم الكفاءة، يجب أن يعطى للمحاكم الشرعية بنص خاص، لأن القانون الذي يحكم العقد هو قانون الأحوال الشخصية. وتبرير اتفاقنا باختصاص

المحاكم الشرعية في نظر مثل هذا الموضوع بقبول الدعوى أو ردها، يتلاءم مع المنطق والواقع، وإلا كانت المحاكم الشرعية غير مختصة بقضايا المهر على سبيل المثال في الحالات التي لم يتم فيها الزواج بين الخطيبين. وكذلك جاءت المادة (22) من قانون تشكيل المحاكم الشرعية الأردني بالنص على أنه:

مع مراعاة ما جاء في المادة الثانية من قانون أصول المحاكمات الشرعية لسنة 1959 أو أي تشريع آخر، تمارس المحاكم الشرعية حق القضاء في الأحوال الشخصية بين المسلمين والنظر في القضايا المتعلقة بإنشاء الوقف وإدارته والداخلية لمنفعة المسلمين بما في ذلك ربط عقار الوقف بالحكر وزيادته وإلغائه وما ينشأ عن أي عقد زواج سجل لدى المحكمة الشرعية أو احد مأذونيه وذلك كله وفقا للراجع من مذهب أبي حنيفة باستثناء ما نص عليه بمقتضى قوانينها الخاصة<sup>136</sup>.

يتضح من ذلك أن المحاكم الشرعية وليست النظامية هي المختصة في النزاعات التي تتعلق بكفاءة الزوجين، وذلك بدلالة النص أعلاه بما ينشأ عن عقد الزواج. ونحن نرى أن إعطاء الاختصاص للقضاء الشرعي هو أمر حسن وهو الأقدر على معالجة هذا النزاع من القضاء العادي غير المختص.

### الخاتمة:

يلاحظ في ضوء دراستنا لموضوع الكفاءة في عقد الزواج وفقا لقانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت، والقوانين موضوع المقارنة، مجموعة من الأمور نعرضها على شكل نتائج وتوصيات كما يلي:

أولاً: النتائج

1. لم يعرّف قانون الأحوال الشخصية الأردني الكفاءة متفقا بذلك مع بقية القوانين موضوع المقارنة.

2. أحسن المشرع الأردني بإدخاله صفة التدين في الكفاءة بالقانون المؤقت لعام 2010م بعد أن كان القانون المعدل السابق لعام 2001م يقصر الكفاءة على المال.

3. جاءت معالجة موضوع الكفاءة في عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية الأردني قاصرة، وهي بحاجة إلى إضافات وتعديلات في النصوص القانونية الحالية.

4. أحسن المشرع الأردني بعدم أيراد تعريف للكفاءة في عقد الزواج تاركاً ذلك للفقه القانوني.

5. يتفق القانون الأردني مع القانون الإماراتي و القطري والبحريني والسوري والكويتي في اشتراط الكفاءة حين العقد حتى يعطى الولي أو الزوجة الحق في طلب الفسخ.

6. يتفق القانون الوضعي الأردني والقوانين موضوع المقارنة مع الرأي الراجح في الفقه الإسلامي أن الكفاءة من شروط اللزوم لا من شروط الصحة أي أنه ليس لأحد العاقدين أو لغيرهما الحق في فسخ العقد بعد انعقاده.

7. اختلف فقهاء القانون الوضعي والفقه الإسلامي بشأن عناصر الكفاءة المعتبرة في عقد الزواج فمنهم من قال بالتدين للكفاءة. ومنهم من قال بالإسلام والتدين وآخرون يرون المال والنسب والحرفة ---الخ. ومنهم من قال بالدين والخلق وتناسب السن. أو الدين والعرف.

8. جاء الاختلاف في الصفات المعتبرة في الكفاءة نتيجة لاختلاف كل عصر عن الآخر، ومن بيئة لأخرى.

9. لقد حصر المشرع الأردني عناصر الكفاءة بالمال والتدين وعدم التفاوت الكبير بأكثر من عشرين سنة إلا برضا واختيار الفتاة وتحقق القاضي

من ذلك.

10. لم يحدد المشرع الأردني معيارا واضحا لعناصر الكفاءة الزوجية كعرف البلد مثلا.

11. إن اشتراط الكفاءة وتحديد عناصرها يساعد في تحقيق الانسجام واستمرارية الاتفاق والرضا الدائم لا المؤقت.

12. إن وضع معيار محدد للكفاءة بين الزوجين وحصري في غير محله لأنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان، وما صلح اليوم قد لا يصلح غدا، وما يطبق اليوم قد لا يطبق غدا.

13. جاء تعريف الكفاءة في اللغة متقاربا مع تعريف الفقهاء في المساواة، إلا أن المساواة تختلف حسب العناصر المعتبرة في الكفاءة.

14. الشخص الذي تراعى لأجله الكفاءة هو الزوجة وهي حق لها ولوليها، كون المرأة تتضرر إذا لم يكن الزوج كفتا لها ولأهلها وتكون الكراهية والازدراء من الزوجة أو وليها.

15. الكفاءة في القانون الأردني شرط لزوم: فإن لم يكن الزوج كفتا للمرأة، فالعقد لا يلزم، ويجوز للزوجة أو وليها المطالبة بالفسخ حسب التفاصيل التي ذكرنا سابقا في أحكامها.

16. ندرة الاجتهادات القضائية في موضوع الكفاءة لدى المحاكم الأردنية.

ثانيا: التوصيات

1. نوصي مشرعنا الأردني أن يعيد النظر في النصوص القانونية الحالية المتعلقة بالكفاءة وخاصة نص المادة الحادية عشرة منه: " يمنع إجراء العقد على امرأة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين سنة إلا بعد أن يتحقق القاضي من رضاها واختيارها" بالإبقاء على الأصل مع تعديل آخر النص

لتصبح المادة كما يلي:-

يمنع إجراء العقد على امرأة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين سنة للفتاه البكر، وإجازة ذلك استثناء من الأصل في حالات يقدرها القضاء كالفتاة المطلقة بعد تحقق القاضي من رضاها واختيارها.

2. إضافة نص في قانون الأحوال الشخصية يتعلق بالتفاوت الكبير في مستوى التعليم سببا وعنصرا للكفاءة بالألا يكون الرجل أميا والفتاه تحمل شهادة الطب مثلا.

3. نوصي الشباب والفتيات المقبلين على الزواج بإجراء الفحوصات المخبرية الضرورية إضافة لفحص التلاسيميا لاستقرار الحياة الأسرية وأهمها: العقم عند الرجال - فحص الايدز - فحص التهاب الكبد بفيروس نوع B و C<sup>137</sup>. لما لذلك من المصالح الشرعية وانتفاء المفاسد، والضرورة والحاجة والمصلحة التي اقتضتها الحياة المعاصرة بسبب كثرة الأعراض والأمراض الوافدة، والأسرية وكذلك الحادثة. كما أن معرفة الأمراض الوراثية والمعدية، يقلل من مخاطر الزواج، كالفرة بسبب ذلك، مما قد يحدث من العيوب الزوجية الحاصلة بسبب عدم الكشف، في حين أن الكشف الطبي قبل النكاح قد يقلل من تلك العوائق الأسرية<sup>138</sup>.

4. عدم اعتماد معيار واحد وحصري لعناصر الكفاءة بين الزوجين نظرا لاختلاف الزمان والمكان، وان يكون المعيار متناسبا مع العصر الذي يوضع فيه ويكون من شأنه تحقيق التوافق والانسجام.

5. نوصي شبابنا وشاباتنا بالتروي عند الإقبال على الزواج والتركيز على الدين قبل أي شيء آخر، لتحقيق الاستمرارية في التفاهم والانسجام.

6. نوصي القارئ بعدم المقارنة بين الزواج والكفاءة في عصر الرسول ﷺ وبين عصرنا الحالي، لأنه لا يمكن مقارنة زواج الرسول الكريم وصحابته

بزواج أي رجل في عصرنا الحاضر.

والله نسأل أن نكون قد قدمنا قراءة قانونية بسيطة موجزة وغير مخلة بالمعنى لهذا الموضوع، وأن يكون فيه النفع والفائدة لكل من يسعى أن يكون ذو كفاءة في عمله واختياره. وأن يكون نواة ومقدمة لبحوث شرعية وقانونية لاحقة.

### -الهوامش:-

1. انظر المادة الخامسة من قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم (36) لعام 2010م. المنشور في الجريدة الرسمية، عدد 5061، تاريخ 17/10/2010م، ص. 5809. يقابلها (م) 19 نفس المعنى من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 2005/28م يقابلها م (1) نفس المعنى من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم(51) لسنة 1984 وكذلك.وم (9) قطري نفس المعنى. وم (4) نفس المعنى بحريني. وم (6) نفس المعنى من القانون اليمني.
2. م (4) من قانون الأسرة الجزائري رقم 11 لسنة 1984م المعدل بالأمر رقم 2 لسنة 2005م  
3 [Wikipedia.org/wiki/marriage-en-France](http://Wikipedia.org/wiki/marriage-en-France)  
تاريخ الدخول للموقع 2011/4/14م، الساعة 4 مساء
- 4 Balzac- La cousine Bette.1846.page 125
- 5 [Wikipedia.org/wiki/marriage-en-France](http://Wikipedia.org/wiki/marriage-en-France)  
تاريخ الدخول للموقع 2011/4/14م، الساعة 4 مساء
6. أبو البصل علي: دراسات في فقه الأسرة، دار القلم، الإمارات العربية المتحدة، دبي، الطبعة الأولى، 2004م، ص 8.
7. اليعقوبي علي عيسى: الكفاءة في الزواج قراءة في أحكام الشريعة والقانون، مقالة قانونية نشرت عبر الإنترنت عبر الموقع التالي:  
[www.alsabaah.com](http://www.alsabaah.com) تاريخ الدخول 2010/10/12م الساعة التاسعة والنصف صباحا.
8. Janet O,Sullivan &Jonathan Hilliard:The Law of Contract Oxford university press ,New York , Fourth Edition , 2010 ,page 10.
- Geoge Gluck,Standerd Form Contract; The contract theory reconsidered 28, International and Compareting Law Quarterly,1979,page 72.
- Anson,s law of contract,edited by A.G.Guset,26 ed Clarendon press.Oxford.1986.
9. شهاب باسم محمد: عيوب الزوجية وأثرها في تقويض الروابط الأسرية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الثالثة والثلاثون، سبتمبر 2009م، ص 372.
10. أبو البصل علي: دراسات في فقه الأسرة، دار القلم، الإمارات العربية المتحدة، دبي،

- الطبعة الأولى، 2004م، ص 53.
- 11 الركاكس زامل شبيب: مقالة قانونية بعنوان، الكفاءة في الزواج، نشر عبر الإنترنت، الموقع التالي:
- [www.alriyadh.com](http://www.alriyadh.com)، تاريخ الدخول: 2011/7/15م، الساعة الثالثة ظهرا
12. سطحي سعاد: الكفاءة في الزواج، مقال منشور بمجلة المعيار المحكمة، التي تصدرها كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد الأول، الصادر في رمضان 1422هـ / نوفمبر، 2001م، ص 1.
13. الحوار حول قانون الأسرة الجزائري مع " السيد بوزيري السعيد، جريدة الحقيقة، عدد 90-27 سبتمبر - 3 أكتوبر 1995م نشر عبر الإنترنت الموقع التالي:
- [webcache.googleusercontent.com](http://webcache.googleusercontent.com)، تاريخ الدخول للموقع 2012/2/25م، الساعة السادسة مساء.
14. العسال أحمد مستشار الجامعة الإسلامية العالمية بإسلام آباد: موقع المستشار - تحقيق: عبد الرحمن هاشم: بين الأسرة والمجتمع، تحديد الزواج بسن معينة يفتح باب الفساد على مصراعيه، تاريخ الدخول 2010/10/14م.
15. الصابوني عبد الرحمن: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الأول، الزواج وآثاره، منشورات جامعة حلب، 1994م، ص 209-208.
16. انظر صاحب هذا الرأي: مولوي فيصل مقالة قانونية عبر الإنترنت الموقع التالي: [www.e-cfr.org/ar/bo/21.doc](http://www.e-cfr.org/ar/bo/21.doc) تاريخ الدخول 2011/4/6م الساعة السادسة مساء
17. أبو غدة عبد الستار: نقلا عن مولوي فيصل، المرجع السابق
18. صاحب هذا الرأي قايد السيد طلبه السيد: حق الزوجة في التفریق قضاء، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، عدد 23، لسنة 2008م، الجزء الأول، ص 61.
19. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (61) لسنة 1976م المعدل بموجب القانون المعدل رقم 82 لسنة 2001.
20. قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم 36 لسنة 2010م.
21. انظر الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب: القاموس المحيط، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، لسنة 2004م، فصل الكاف، ص 1333 - 1335.
22. القرآن الكريم، سورة الإخلاص.
23. راجع الطبري يحيى محمد بن صمادح التجيبي: مختصر تفسير الطبري، قدّم له مروان سوار، دار الفجر الإسلامي بيروت، الطبعة الثانية (ط2)، لسنة 1991م، ص 604. وكذلك المحلى جلال الدين محمد بن أحمد والسيوطي جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر: تفسير الجلالين، مكتبة الملاح للطبع والنشر، دمشق، دون سنة نشر (د.ن)، ص 813.



24. الذي ألغى قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (61) لسنة 1976م وتعديلاته، على أن تبقى التعليمات الصادرة بمقتضاه سارية المفعول إلى أن تعدل أو تلغى أو يستبدل غيرها بها وفقاً لأحكام هذا القانون. يقابل ذلك قانون الأسرة لدولة قطر رقم (22) لسنة 2006 في الفصل السادس منه المواد (31-35). وأيضاً قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 2005/28م المواد (22-25) منه. وكذلك قانون أحكام الأسرة البحريني رقم (19) لسنة 2009م المواد 35 (أ+ب+ج+د) وم (21). وقانون الأحوال الشخصية اليمني رقم 20 لسنة 1992 وتعديلاته بالقانون 27 لسنة 1998 والقانون 24 لسنة 1999 والقانون رقم 34 لسنة 2003م المادة (48). والقانون الكويتي رقم 51 لسنة 1984م المواد (34-39). وقانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953م المواد (26-32).
25. انظر القانون المدني الفرنسي المواد (144م)، 145م، 146م، 173م، 180م، 180م/2، 181م، 182م، 183م، 184م لغاية م (191).
26. م 13 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، المعدّل بالأمر 2/5 المؤرخ بتاريخ 27 فبراير 2005م وكانت سابقاً: "لا يجوز للولي أبا أو غير أن يجبر من في ولايته..."
27. سطحي سعاد: مقال بعنوان: الكفاءة في الزواج، مرجع سابق، ص 16. والسيد بوزيري السعيد، حوار حول قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، أنظر هامش 13. وفي الحوار مع الأخير أعتقد أن المادة تقول: إن للولي الحق في رفض الخاطب إذا رأى أنه لا يصلح لها، مادة قابلة للتحايل، أي أن الأب لا يستطيع أن يرفض من شاء بدون سبب. والمادة 12 الملغاة بموجب الأمر 2/5 بتاريخ 27/فبراير/2005م كانت تشير إلى عبارة " - وكان أصح لها - " حيث فهمت من السطحي سعاد - أعلاه - بأنه كفوا لها.
28. انظر زكريا نور عبر الإنترنت: [webcache.googleusercontent.com](http://webcache.googleusercontent.com)، تاريخ الدخول 2010/10/12م، الساعة التاسعة وخمس وأربعون دقيقة مساءً.
29. الصابوني عبد الرحمن: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ح1، الزواج وآثاره، منشورات جامعة حلب - كلية الشريعة لسنة 1994، ص 197.
30. انظر الفقه الإسلامي وأدلته، 7/ 229-246 بدائع الصنائع 317/2. فتح القدير 417/2. مغني المحتاج 164/3. الدسوقي مع الشرح الكبير 248/2 وكذلك ملحم أحمد سالم: الشرح التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية الأردني (شرح تسلسلي تفصيلي لقانون الأحوال الشخصية الأردني مؤكداً ومؤيداً بالقرارات القضائية الصادرة عن محكمة الاستئناف الشرعية)، ط1، 1998، ص37.
31. راجع الأشقر عمر سليمان: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار النفائس للنشر والتوزيع - الأردن، ط2، 2001م، ص 89 حاشية رقم 6.

32. الدردير الفقيه المالكي، الشرح الصغير، 2/339.
33. المغني 7/375.
34. المدونة 2/145.
35. الحجرات، أية رقم 13.
36. بداية المجتهد ونهاية المقتصد (42/3) و(43/3). شرح مختصر خليل للخرشي (179/3) و(180/3).
37. ابن أبي تغلب الحنبلي راجع: نيل المآرب: 2/156.
38. م 21/أ، وم 21/ب من قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم 36 لسنة 2010م. يقابلها م (1/23) المطابقة من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق. يقابلها م(32) المطابقة قطري. م(35/أ) المطابقة بحريني. ولا مقابل لها يميني. ولا مقابل لها كويتي. ولا مقابل لها جزائري.
39. راجع: بدائع الصنائع 2/317.
40. سورة الروم، أية رقم 21.
41. انظر في تخريج الحديث: الدارقطني: الحافظ الشهير أو الحسن، كتاب النكاح، باب المهر، رقم الحديث 3646، الجزء الثامن، ص 385.
42. انظر في تخريج الحديث: الدارقطني الحافظ الشهير أبو الحسن: كتاب النكاح، باب المهر، رقم الحديث 3834، الجزء التاسع، ص 67.
43. يقابلها م(21) إماراتي المطابقة. يقابلها م 31 المطابقة من القانون القطري. م 35/فقره أ المطابقة من القانون البحريني. لا مقابل لها في القانون اليمني. م 34 المطابقة من القانون الكويتي. م 26 المطابقة من القانون السوري
44. ابن قيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الخامس، ص 145. وانظر الموقع التالي عبر الإنترنت:-
- [www.al-islam.com](http://www.al-islam.com) تاريخ الدخول: 2010/11/1م الساعة: الخامسة صباحاً.
- 45 - شرح العناية على الهداية في فقه الحنفية (2/393).
- 46 - حاشية الدسوقي (3/248).
- 47 - المغني لابن قدامه الحنبلي (6/480).
- 48 - مغني المحتاح في فقه الشافعية (3/164).
- 49 - الموسوعة الفقهية الكويتية، باب كفاءة (34/268).
- 50 - مغني المحتاح في فقه الشافعية (4/271) دار الكتب العلمية - بيروت.
- 51 - الهداية (2/391).

- 52 - العناية على الهداية (393/2).
- 53 - الفروع لابن مفلح (189/5) الطبعة الثانية 1963 - قطر.
- 54 - الموسوعة الفقهية الكويتية - باب كفاءة (268/34).
- 55 - الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، للدردير وبهامشه حاشية الصاوي (401/2) دار المعارف بمصر.
56. المغني (481/6)
57. المغني (480/6)
- 58 الموسوعة الفقهية الكويتية - باب كفاءة 269/34
59. المحلى (24/10).
60. الحجرات أية رقم 10.
61. النساء 3.
62. النساء 24.
63. الحجرات 3.
- 64 - من خطبة الرسول ﷺ في حجّة الوداع. راجع كتب السيرة وكتاب الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة. د. محمد حميد الله - دار الإرشاد- بيروت. وقد أخرج هذا النص الإمام أحمد (411/5) وقال الهيثمي في المجمع (266/3) رجاله رجال الصحيح.
65. أخرجه أبو داود (579/2) والحاكم (164/2) وصححه ووافقه الذهبي.
66. رواه البخاري.
67. الأحراب 36.
- 68 - (أسباب النزول للسيوطي) المفضل في أحكام المرأة للدكتور عبد الكريم زيدان (326/6) مؤسسة الرسالة - بيروت نقلاً عن البدائع (317/2).
- 69 - المرجع السابق (326/6) نقلاً عن البدائع (317/2)
70. السنن الكبرى للبيهقي (133/7)، وسنن ابن ماجة (477/2)، الدارقطني (299/3)، والحاكم (163/2).
71. رواه البيهقي (211/7)، (فتح القدير 417/2)، والدارقطني في سننه (206/3).
72. أخرجه البيهقي والحاكم وقال صحيح الإسناد. وأخرجه أيضاً ابن ماجة وابن حبان والترمذي، الفتح الرباني في ترتيب مسند الإمام أحمد (227/2).
73. سنن الترمذي، أبواب النكاح، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، حديث رقم (1084). وسنن ابن ماجه، كتب النكاح، باب الأكفاء، حديث رقم (1967)، (1/632)

- 74 - رواه ابن ماجه وأحمد والنسائي من حديث ابن بريدة، وإسناد رجاله رجال الصحيح كما قال الشوكاني في نيل الأوطار (145/6)
75. البيهقي، شعب الأيمان، كتاب حب النبي عليه الصلاة والسلام، باب في شرف أصله وطهارة مولده عليه الصلاة والسلام، حديث رقم (1330)، (2/520). والمستدرک علی الصحیحین، الحاکم، کتاب معرفة الصحابة، باب ذکر فضائل قريش، حديث رقم (6953)، (4/83).
76. مالك في الموطأ: كتاب الطلاق، باب ما جاء في نفقة المطلقة. صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، حديث رقم 1480
77. بداية المجتهد ونهاية المقتصد (3/43)
78. راجع القرطبي بن رشد: بداية المقتصد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة، بدون طبعة، 1425هـ - 2004م.
- 79 - السنن الكبرى للبيهقي (213/7)
- 80 - الموسوعة الفقهية الكويتية - باب كفاءة (270/34).
81. كان النص السابق يقصر الكفاءة في المال فقط م (20) التي نصت على أنه: "من قانون الأحوال الشخصية صفة واحدة للكفاءة وهي المال بان يكون قادرا على المهر المعجل ونفقة الزوجة"
82. لمزيد من التفاصيل راجع: المومني بشار طلال: الكفاءة في عقد الزواج وفقا لقانون الأحوال الشخصية لعام 1976 المعدل لعام 2001م، ورقة عمل مقدمة للندوة التي أقامتها كلية التربية بعنوان: التوافق الزوجي - جامعة اربد الأهلية، 2010/3/16م والتي اقترح فيها الباحث عدم الاقتصار على المال في الكفاءة وتعديل نصوص قانون الأحوال الشخصية بهذا الخصوص.
83. م 28 وم 19 من القانون السوري.
84. م (22) إماراتي وفقا لآخر النص.
85. الصابوني عبد الرحمن: شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص 209.
- 86 م 31 من القانون القطري.
87. المادة 35 / ف / ب / ج من قانون أحكام الأسرة البحريني.
88. المادة 48 من القانون اليمني.
- 89 م 35 وم 36 من القانون الكويتي.
90. انظر م 180/2 مدني فرنسي.

91. راجع: م 181 من القانون المدني الفرنسي.
92. م 1/180 مدني فرنسي.
93. م 173 مدني فرنسي.
94. راجع م 182 من القانون المدني الفرنسي.
95. انظر م 183 من القانون المدني الفرنسي.
96. م 144 مدني فرنسي.
97. م 145 مدني فرنسي.
98. انظر: *Beatrice Kan- Balivet; Les NULLITES DU MARIAGE FICHE PEDAGOGIQUE VIRTUELLE. FACUITE DRIOT DE LYON-UNIVIRSITE DE LYON 3.2011*
99. وهي (144م-146م-147م-161م-162م-163م) من القانون المدني الفرنسي.
100. م 184 من القانون المدني الفرنسي.
101. الموسوعة الفقهية، ج34، ص271-272. وللمزيد من التفاصيل راجع عيسى حارث محمد، التوافق الزوجي من وجهة نظر الشرع، ندوة التوافق الزوجي، كلية العلوم التربوية، جامعة اربد الأهلية، 2010م، ص 2 وما بعدها.
102. الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص243.
103. القرآن الكريم، سورة الحجرات، أية رقم: 13.
104. ابن قدامه المقدسي، محمد عبد الله أحمد محمد: المغني، ج6، مكتبة الرياض، لسنة 1981، ص 482.
105. الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر - دمشق، 245/7.
106. سيرة ابن هشام
107. الحجرات، الآية: رقم 13.
108. رواه الطبراني: مجمع الزوائد، 161/8.
109. الموسوعة الفقهية، ج34، ص 276.
110. الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، ص 242.
111. الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص276.
112. الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، مرجع سابق، ص 246.
113. النور، الآية رقم 32.
114. الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص 276.
115. يعقوبي علي عيسى: الكفاءة في الزواج، قراءة في أحكام الشريعة والقانون، مقالة قانونية نشرت عبر الإنترنت عبر الموقع التالي:

[www.alsabaaah.com](http://www.alsabaaah.com) تاريخ الدخول للموقع 12/10 / 2010م، الساعة التاسعة وخمس وعشرون دقيقة مساءً.

116. المادة 11 من قانون الأحوال الشخصية الجديد لعام 2010م.
117. جاء النص السابق م ( 21 ) مطابقاً للنص الحالي مع الاختلاف في الترتيم على النحو التالي: "إذا زوج الولي... أما إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو أخبر الزوج أنه كفؤ فكل من الزوجة والولي مراجعة القاضي لفسخ الزواج أما إذا كان كفؤاً حين الخصومة فلا يحق لأحد طلب الفسخ ". يقابلها م 31 المطابقة من قانون الأحوال القطري. م35 المطابقة من القانون البحريني. لا مقابل لها في قانون الأحوال الشخصية اليمني. م 34 المطابقة من القانون الكويتي. م31 المطابقة من قانون الأحوال الشخصية السوري. يقابلها م (21) المطابقة إماراتي.
- 118 انظر مقالة قانونية عبر الإنترنت، بعنوان: الزواج وسيلة للاستقرار والاستمرار، واعتبره الإسلام أبدياً غير أنه لم يجعل منه سجناً أو قيداً دائماً. الموقع: [www.flyarb.com](http://www.flyarb.com)، تاريخ الدخول: 16/7/2011م، الساعة التاسعة وخمس وعشرون دقيقة مساءً.
119. كان النص السابق في المادة (21) يقول: " إذا زوج الولي البكر أو الثيب برضاها لرجل لا يعلمان كلاهما كفاءته، ثم تبين أنه غير كفاء فلا يبقى لأحد منهما حق الاعتراض" التغيير في الترتيم فقط ويتطابق مع النص الجديد. ولا مقابل لها في القوانين موضوع الدراسة.
120. انظر الفودعي أحمد: مقالة قانونية بعنوان: مواصفات اختيار الزوج، كيفية السؤال عن الخاطب دون إدخاله في الحرج، نشر عبر الإنترنت، تاريخ الدخول 15/7/2011م، الساعة العاشرة وخمسون دقيقة مساءً الموقع التالي: [www.islamweb.net](http://www.islamweb.net)
121. يقابلها م24 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي المطابقة. والمادة 34 من قانون الأحوال الكويتي المطابقة. والمادة 31 من القانون السوري المطابقة.
122. راجع المواد (18 و 10 و 20) من قانون الأحوال الشخصية المؤقت لسنة 2010م. بخلاف القانون المعدل لسنة 2001م الذي أذن لها بتزويج نفسها من كفاء ولو كان المهر دون مهر المثل، أنظر م 22 من قانون الأحوال الشخصية المعدل لسنة 2001م.
123. م 144 من القانون المدني الفرنسي.
124. م 145 من القانون المدني الفرنسي.
125. م 17 من القانون القطري.
126. م 18 من القانون البحريني.
127. م15 من القانون اليمني.

128. كان النص السابق م 23 كما يلي: " للقاضي عند طلب فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج ما لم تحمل الزوجة من فراشه أما بعد الحمل فلا يفسخ الزواج " يقابلها: م (30) المطابقة من القانون السوري.
129. م 35 من القانون القطري، لا مقابل لها في القانون البحريني. ولا مقابل لها في القانون اليمني. يقابلها م (25) إماراتي المخالفة
130. م 39 من القانون الكويتي.
131. م 30 من قانون الأحوال الشخصية السوري.
132. انظر م 183 من القانون المدني الفرنسي.
133. انظر الفقه الإسلامي وأدلته 7 م 237. وبدائع الصنائع 322/2 وحاشية ابن عابدين 445/2.
134. انظر م 30 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 24 لسنة 1988 المعدل رقم 14 لسنة 2001 المعدل رقم 16 لسنة 2006م.
135. قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم 31 لسنة 1959م.
136. انظر م 22 من قانون تشكيل المحاكم الشرعية الأردني رقم 19 لسنة 1972.
137. التلاسيما: تطلبه وزارة الصحة حالياً لإتمام عملية الزواج، وهو مرض وراثي ولا يمكن معالجته بالأدوية، وينتقل من الأب والأم إلى الأبناء، مسبباً مجموعة من الأمراض، كقفر الدم عند المصاب مما يؤدي للذهاب للمستشفيات بشكل دائم لأخذ الدم. وكذلك التخلف الذهني للمريض وغير ذلك. وللتخلص من ذلك يجب على من يحمل هذا الجين الوراثي أن يتزوج من إنسان آخر ليس حاملاً له، حتى لا ينتج طفلاً مصاباً بالمرض الذي لا شفاء منه.
- أما العقم عند الرجال: في حال العقم عند الرجل الراغب بالزواج سوف تحرم الفتاة من الأمومة لذا هناك من ينصح الفتاة وبتفق معه وولي أمرها طلب إجراء مثل هذا الفحص قبل الزواج.
- فحص الإيدز: ينتقل عن طريق الدم والاتصال الجنسي وأصبح من السهل انتقاله (الدراسة في الخارج - السفر - الرحلات - تأثير وسائل الاتصال الحديثة). وهو مرض خطير تستطيع الفتاة وولي أمرها طلب إجرائه قبل الزواج.
- فحص الكبد: ينتقل للمريض عن طريق الدم فمثلاً قد يذهب شخص لطبيب أسنان لخلع سن، ففي حال عدم التعقيم للأدوات المستعملة ويأتي مريض بعده واستعمل نفس الأدوات فإن الشخص الثاني سوف ينتقل له المرض، وكذلك الحلاق والمختبر....
- انظر حول ذلك ومن يرى بوجوب إجراء مثل هذه الفحوصات متفقين معه لما لها من أهمية كبيرة في تجنب الكثير من الأضرار بالزوجين وأطفالهما في المستقبل الجوابه

عقاب: أهمية فحوصات ما قبل الزواج المخبرية في التوافق بين الزوجين، ندوة التوافق الزوجي، مرجع سابق، ص ما بعد الغلاف بدون ترقيم. وكذلك انظر شهاب باسم محمد: عيوب الزوجية وأثرها في تقويض الروابط الأسرية، مرجع سابق، ص 446-448.

138. للمزيد من التفاصيل راجع: المدخلي محمد منصور ربيع، الكشف الطبي قبل النكاح وآثاره الطبية والفقهية والنظامية، مجلة الحكمة، نصف سنوية، عدد 38، لسنة 1430هـ، ص 197.



## نظرات في الأساس القانوني لإبقاء أو إلغاء عقوبة الإعدام من القانون الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية

بقلم

أ / أحمد بومدين

كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة سعيدة



### الملخص

يتناول هذا البحث موضوع عقوبة الإعدام كنظام عقابي في القانون الجزائري، والذي انشطرت الآراء حوله إلى اتجاهين، الأول الداعي إلى إلغاء عقوبة الإعدام. بينما يذهب الاتجاه الثاني إلى التمسك بالإبقاء على عقوبة الإعدام. ويعمل المقال على بحث الاتجاهين في ضوء القانون الجزائري والشريعة الإسلامية.

### Le résumé :

Le sujet de la peine de mort est au niveau événement juridique algérienne est le sujet le plus important et le plus controversé dans l'arène politique et le juridique national

les opinions étaient divisées en deux ,La première proposition d'abolir la peine de mort, de sorte fondée sur la nécessité de l'Algérie à respecter ses obligations internationales concernant l'adaptation de son système d'assistance judiciaire et conformément aux traités internationaux ratifiés par les différents domaines, et vient au premier plan du droit international des droits de l'homme.

Alors que la deuxième tendance va rester à conserver la peine de mort, et voit la annulation est violation de la Constitution et contraire à la législation islamique. L'étude examine les deux opinions.

## مقدمة:

ثار الجدل وما يزال حول عقوبة الإعدام ومدى جدواها كجزاء جنائي واختلفت الآراء حولها، وانقسمت الآراء بشأنها إلى مؤيد للإبقاء ومطالب بإلغائها، وكان من الطبيعي أن تتأثر التشريعات بهذا الجدل فألغتها بعض الدول من قوانينها العقابية، وأبقت عليها الدول الأخرى كجزاء جنائي ضمن نظامها العقابي. وعلى صعيد القانون الجزائري شكل موضوع عقوبة الإعدام حديث الساعة. وبرز في الساحة السياسية والقانونية الوطنية اتجاهين، الاتجاه الأول الداعي إلى إلغاء عقوبة الإعدام، مستندا في ذلك إلى وجوب وفاء الجزائر بالتزاماتها الدولية بخصوص تكييف منظومتها القانونية وفقا للمعاهدات الدولية التي صادقت عليها في مختلف الميادين، ويأتي في مقدمتها القانون الدولي لحقوق الإنسان. بينما يذهب الاتجاه الثاني إلى التمسك بالإبقاء على عقوبة الإعدام، ويرى في إلغائها تنافيا مع الدستور الذي ينص صراحة على أن الإسلام دين الدولة ومخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

إن البحث في مدى صحة أي من الاتجاهين يدفعني إلى دراستهما على ضوء مبادئ القانون وأحكام الشريعة الإسلامية. خصصت المبحث الأول لدراسة موقف الاتجاه الأول، بينما تناولت في المبحث الثاني موقف الاتجاه الثاني.

## المبحث الأول:

### الاتجاه المؤيد لإلغاء عقوبة الإعدام في ميزان القانون الجزائري

أسس الاتجاه الأول موقفه الداعي إلى إلغاء عقوبة الإعدام من قانون العقوبات الجزائري بدعوى وفاء الجزائر بالتزاماتها الدولية بخصوص المعاهدات التي صادقت عليها الجزائر في المحافل الدولية، من خلال تدخل المشرع الوطني بإزالة التعارض بين القانون الجزائري والمعاهدات الدولية المنظمة إليها. وذلك بالنظر إلى المرتبة التي تحتلها المعاهدات الدولية في هرم تدرج القواعد القانونية في النظام القانوني الجزائري. فقد

اعترف المؤسس الدستوري الجزائري للمعاهدات الدولية بمكانة أسمى من القانون العادي بمقتضى نص المادة 132 من الدستور الحالي. والتي يترتب عنها قيام التزام على عاتق المشرع الوطني بمطابقة التشريعات الوطنية للمعاهدات الدولية، وإزالة التعارض بين القانون الوطني والمعاهدة الدولية بتغليب أحكام هذه الأخيرة.

يبد أن التساؤل يثار حول مدى الأخذ بالحكم السابق على إطلاقه خصوصا في الدول العربية التي تستقي تشريعاتها من مصادر ذات خصوصية تتجلى بالخصوص في أحكام الشريعة الإسلامية والتي تعتبر مصدر التشريعات في بعض الدول العربية بصريح نص الدستور فيها. وكذلك نص الدستور الجزائري في المادة الثانية على أن: "الإسلام دين الدولة"<sup>1</sup>، والتي تقف حائلا في نظر الاتجاه الثاني أمام أي تنظيم جديد أو تعديل في تنظيم الموضوع بما يتنافى ويتعارض وأحكام الشريعة الإسلامية.

وعليه فإن التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد يتمحور حول مكانة الإسلام وأحكام الشريعة الإسلامية ومركز المعاهدات الدولية في هرم النظام القانوني الجزائري. وطبيعة الالتزام المترتب عنهما في مواجهة المشرع الوطني، وأيهما يلتزم بمراعاة أحكامه في حالة التعارض بينهما.

إن الإجابة عن هذا التساؤل يدفعني إلى بيان مكانة الإسلام في النظام القانوني الجزائري، وبيان مركز المعاهدات الدولية في هرم النظام القانوني الجزائري.

### المطلب الأول: مكانة الإسلام في النظام القانوني الجزائري

منذ أن قامت الدولة الإسلامية في المدينة المنورة على يد رسول الله صلى الله عليه وسلم، ظلت الشريعة الإسلامية هي السائدة في سائر البلاد الإسلامية من مشرقها إلى مغربها تحكم كل مناحي حياة المسلمين انطلاقا من نظام الحكم إلى التجريم والعقاب إلى الأحوال الشخصية وصولا إلى

المعاملات بشتى أنواعها. غير أن مكانة الشريعة الإسلامية تلك بدأت تتراجع عندما شاخت الإمبراطورية العثمانية التي كانت تمثل مركز الخلافة الإسلامية، ودنا أجلها مع انتصاف القرن التاسع عشر. ولما كانت كل الدول العربية - باستثناء المملكة العربية السعودية - خضعت للاحتلال الغربي الواحدة تلو الأخرى ابتداء من 1830، فقد سادت بها خلال فترة الاحتلال قوانين تلك الدول وإن كان بشكل متفاوت بحسب طبيعة الاحتلال. غير أنه بعد استقلالها، كان منتظرا منها أن تحدد موقفها من الشريعة الإسلامية<sup>2</sup>.

لقد تعددت مواقف الدساتير العربية من النظر إلى الشريعة الإسلامية فهناك اتجاهان رئيسيان، اتجاه يكتفي بالنص على أن الإسلام دين الدولة وهو ما تضمنته دساتير ثمانية عشر بلدا من بينها الجزائر فجاء في حكم المادة الثانية من الدستور الجزائري الحالي بقولها: "الإسلام دين الدولة". واتجاه لم يكتف بعبارة "الإسلام دين الدولة" بل أضاف إليها عبارة تفيد مكانة الشريعة الإسلامية ضمن المنظومة القانونية للدولة فمنها من استعملت عبارة على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، بدون إضافة الألف و اللام لكلمة مصدر. ومنها من استعملت عبارة متميزة منها دساتير مصر و اليمن فقد استعملت عبارة ذلت دلالة أكبر فقد جاء في المادة الثالثة من الدستور اليمني الصادر في 01-10-1994 أن الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات، كما جاء في الدستور المصري لسنة 1971 بعد تعديله سنة 1980 في المادة الثانية على أن "مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع" بإضافة الألف واللام لكلمة مصدر<sup>3</sup>.

ومما لاشك فيه أن الاتجاه الثاني جاء أكثر إنصافا للشريعة الإسلامية، وقد استهدف هذا الاتجاه وضع الأمر في نصابه، لتتبوأ الشريعة الإسلامية موقع الصدارة إعلاء شأنها، ويرى الدكتور عبد الغني بسيوني أن الصياغة التي جاءت بها المادة الثانية بعد تعديلها ترتب عدة نتائج، أهمها التزام سلطة التشريع بالاتجاه إلى الشريعة الإسلامية لاستقاء التشريعات والقوانين التي

تضعها من أحكامها ومبادئها، وذلك بالتوافق مع مصادرها المعروفة من قرآن وسنة وإجماع، ثم الاجتهاد لاستنباط الأحكام المتفقة مع أصول الشريعة الغراء ومبادئها . وقد أبرزت المحكمة الدستورية العليا هذه النتيجة في أكثر من حكم لها بقولها: "أنه يتبين من صيغة العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور- بعد تعديلها على نحو ما سلف- أن المشرع الدستوري أتى بقيد على السلطة المختصة بالتشريع قوامه إلزام هذه السلطة وهي بصدد وضع التشريعات بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع"<sup>4</sup>.

بيد أن الإشكال يطرح بالنسبة لدساتير دول الاتجاه الأول وتفسير عبارة معنى "الإسلام دين الدولة"، فقد انقسم الفقه الدستوري إلى موقفين، ذهب رأي إلى القول أن عبارة الإسلام دين الدولة لا ترتب أي التزام قانوني على المشرع، وإنما هي من قبيل عبارة التحية لدين الأغلبية. وعليه لا يلزم المشرع بشيء يستحق الذكر، وكل ما للنص بصيغته الراهنة من دلالة أن الدولة التي يحكمها هذا النوع من الدساتير ليست دوله علمانية أو لا دينية وإنما هي دولة يدين شعبها كله أو سواده بدين تعترف به الدولة على الملأ ولا تنكره. وينبغي التسليم بأن المشرعين في دول الاتجاه الأول غير ملزمين قانونا باتخاذ الشريعة الإسلامية مصدرا للتشريع فالنص الدستوري في دولهم لا يقرر هذا الالتزام فالمشرع في هذه الدول يسن من القوانين ما يراه ملائما لمجتمعه ومناسبا لظروفه دون أن يجهد نفسه في البحث عن مدى موافقة أو مخالفه هذه القوانين لأحكام الشريعة<sup>5</sup>.

بينما ذهب جانب من الفقه إلى خلاف ذلك حيث يعتقد ودون الدخول في جدل حول معنى الإسلام دين الدولة، فإن الإجابة تكون بسيطة، باعتماد مبدأ القياس بمفهوم المخالفة على ما هو قائم في دول العالم التي تبنت فكرا أو فلسفة محددة بعينها كالعلمانية والليبرالية والشيوعية.

ففي جميع هذه الدول نجد أن تلك الفلسفة هي التي تتحكم في تصرفات الدولة، بل في النظام العام بشكل عام. ففي الدول العلمانية مثلا، لا يسمح بسن قوانين انطلقا من مصدر ديني، ولا يسمح بتأسيس أحزاب على أساس ديني، بل قد يصل الأمر حتى إلى سلوكيات الأفراد فلا يسمح لهم بارتداء ملابس ذات دلالة دينية، كما أنه في الدول الشيوعية كالاتحاد السوفيتي سابقا والدول التي كانت سائرة في فلكه، فكل التشريعات كانت تستمد من هذه الفلسفة، ولم يكن يقبل فيها أي نص يسمح باعتماد الرأسمالية، ونفس الحكم ينطبق على الدول الليبرالية التي تركز كل جهودها من أجل تجسيد المبدأ على كل المستويات، ومن أجل ذلك كانت وما تزال الولايات المتحدة الأمريكية تحظر إنشاء التنظيمات الحزبية أو المدنية المتشعبة بالفكر الشيوعي.

فإذا كان هذا حال من اعتمد منهجا وضعيا، فإننا لو أعملنا القياس بمفهوم المخالفة على ذلك لوصلنا إلى نتيجة مفادها أن اعتماد مبدأ الإسلام دين الدولة يفترض أن تكون تصرفات الدولة وجميع مؤسساتها في مختلف مناحي الحياة مصبوغة بصبغة إسلامية انطلقا من التشريعات ووصولاً إلى السلوك العام للأفراد الذي ينبغي أن لا يخالف تلك التشريعات<sup>6</sup>.

وما يدعم هذا الاعتقاد هو تفسير عبارة "الإسلام دين الدولة"، فالذي لا شك فيه، وبيجام علماء المسلمين، هو أن الدين الإسلامي - بخلاف الدين المسيحي - لم يقتصر في أحكامه على شئون الدين، وإنما وضع تنظيمات شاملا لشئون الدنيا والدين، فالإسلام دين ودولة عقيدة وشريعة. والعقيدة هي الجانب النظري في الإسلام الذي يطلب الإيمان به أولا وقبل كل شيء إيمانا لا يرقى إليه شك ولا تؤثر فيه شبهة وقد تضافرت النصوص القرآنية الواضحة على تقريرها وهي أول ما دعا إليه الرسول وقد أجمع المسلمون عليها. والشريعة هي النظم التي شرعها الله أو شرع أصولها ليأخذ الإنسان نفسه في علاقته بربه وعلاقته بأخيه الإنسان، وعلاقته بالكون، وعلاقته

بالحياة، ويلاحظ أن العقيدة هي الأصل والأساس الذي تبنى عليه الشريعة، وعلى ذلك فإن الشريعة تعتبر أثرا تستبعه العقيدة بحيث لا تقوم الشريعة بدون العقيدة، فهما أمران متلازمان مترابطان بحيث لا يصح إهدار أحدهما والإبقاء على الآخر، فالعقيدة أصل يدفع إلى الشريعة، والشريعة تلبية واستجابة لانفعال القلب بالعقيدة<sup>7</sup>.

ومادام الإسلام عقيدة وشريعة بإجماع علماء المسلمين. ومادامت شريعة الإسلام تعد الشق الثاني من الإسلام دين الدولة، ومن ثم فإن المادة الثانية من الدستور الجزائري تندرج ضمن القواعد الدستورية الموضوعية الواجب مراعاتها من طرف السلطات الدستورية العامة، لتصبح شريعة الإسلام مصدرا موضوعيا للتشريع الجزائري. وهو ما تضمنته صراحة عدد من دساتير الدولة العربية والتي جاء فيها: "الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع". وعبرة " أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع " بإضافة الألف واللام لكلمة مصدر.

وبناء على ما سبق، يصبح نص المادة الثانية من الدستور يشكل خطابا دستوريا موجها من طرف المؤسس الدستوري الجزائري ألا وهو الشعب الجزائري إلى السلطات الدستورية الثلاث في الدولة، خصوصا السلطة التشريعية الممثلة في البرلمان الجزائري كأصل عام باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل في سن التشريع بمقتضى المادة 98 من الدستور الجزائري الحالي، ورئيس بالجمهورية بوصفه صاحب الاختصاص الاستثنائي بمقتضى نص المادة 124 من الدستور، ملزمان بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية لسن القانون في حالتين:

الحالة الأولى: عند سن القانون ابتداء من طرف المشرع باعتبارها تشكل مصدرا موضوعيا لنصوص القانون الجزائري. والتزاما بالحكم الدستوري السالف الذكر بشأن الحالة الأولى، نظم المشرع الجزائري قانون الأسرة

الجزائري استنادا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر الموضوعي الوحيد لتنظيم الأحوال الشخصية للمسلمين، واقتصر دور المشرع الوطني على تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في شؤون الأسرة دون تغيير أو تبديل مراعيًا في ذلك المشهور من المذاهب الفقهية. بل إن المشرع الجزائري ذهب إلى أبعد من ذلك فقد اعترف لأحكام الشريعة الإسلامية بصفة المصدر الموضوعي الرسمي الوحيد الذي يستقي منه القاضي أحكامه في حالة عدم وجود نص قانوني، فقد قضت المادة 222 من قانون الأسرة بقولها: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"<sup>8</sup>.

أما الحالة الثانية : تقوم عند انضمام الدولة إلى معاهدة دولية، ذلك أن المعاهدة الدولية المصادق عليه تضع التزاما دوليا على المشرع الوطني بالتدخل لتنظيم الموضوع وفقا لما جاء في نصوص المعاهدة الدولية المصادق عليها، وإزالة التعارض بينها وبين نصوص التشريع الوطني بالنظر لسموها القانوني عليه، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 132 من الدستور الجزائري بقولها: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون".

بيد أن نصوص المعاهدة الدولية قد تتعارض في بعض الحالات مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تشكل الشق الثاني من الإسلام دين الدولة الجزائرية بصريح نص المادة الثانية من الدستور المحددة لمكانة الإسلام في الدستور الجزائري. والتساؤل المطروح: أيهما يتم تغليب ونفاذ حكمه نص المعاهدة أم حكم الشريعة الإسلامية؟.

إن الإجابة عن هذا التساؤل تدفعني إلى بحث مرتبة الشريعة الإسلامية والمعاهدات الدولية في هرم النظام القانوني الجزائري.



## المطلب الثاني: مرتبة الشريعة الإسلامية والمعاهدات الدولية في هرم النظام القانوني الجزائري

من المسلم به فقها وقضاء، أن نصوص الدستور تسمو على ما عداها من النصوص التشريعية، باعتبارها تشكل خطابا دستوريا من المؤسس الدستوري إلى السلطات الدستورية الثلاث، ومن ثم فهي تضع التزاما دستوريا على السلطات العامة الثلاث بمراعاة قواعده الشكلية والموضوعية. وبما أن الشريعة الإسلامية تعتبر القسم الثاني للإسلام دين الدولة بمقتضى أحكام الدستور الجزائري.

ولما كانت المعاهدات الدولية تعتبر أحد هذه النصوص التشريعية التي يتم إدراجها ضمن المنظومة القانونية الوطنية بالاشتراك بين رئيس الجمهورية والبرلمان، وعليه فإنهما يغدوان ملزمان باحترام الدستور عند الانضمام إلى أية معاهدة دولية بعدم تعارضها وأحكام الشريعة الإسلامية القسم الثاني للإسلام دين الدولة. وتتجلى الآلية القانونية على المستوى الدولي في حق التحفظ المقرر للدول على نص من نصوص المعاهدة بمقتضى اتفاقية فينا لقانون المعاهدات المعتمدة في ديسمبر 1966. ومن ثم فإن السلطة التنفيذية ملزمة دستوريا بالتحفظ احتراماً لأحكام الدستور.

وأما على المستوى الداخلي، فإن الالتزام الذي تضعه المعاهدة الدولية على المشرع الوطني بالتدخل لتنظيم الموضوع وفقا لما جاء في نصوص المعاهدة الدولية المصادق عليها، وإزالة التعارض بينها وبين نصوص القانون الوطني هو التزام دولي لا يرقى إلى الالتزام الدستوري ولا يسمو عليه، ذلك أن الالتزام الدستوري المقرر بمقتضى نصوص الدستور يجب الالتزام الدولي المقرر بمقتضى نصوص المعاهدة الدولية.

وأداة ذلك ووسيلتها الرقابة على دستورية القوانين والمعاهدات الدولية التي يزاولها المجلس الدستوري المكلف بالسهر على احترام الدستور. الذي

يترتب عن قراراته سقوط القانون أو المعاهدة الدولية في حومة عدم الدستورية، فقد نصت المادة 168 بقولها: "إذا ارتأى المجلس الدستوري عدم دستورية معاهدة أو اتفاق، أو اتفاقية، فلا يتم التصديق عليها". ونصت المادة 169 بقولها: "إذا ارتأى المجلس أن نصا تشريعا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره ابتداء من يوم قرار المجلس".

ولما كانت المادة الثانية تنص على أن الإسلام دين الدولة، ومادامت الشريعة الإسلامية تعتبر القسم الثاني من الدين الإسلامي بإجماع علماء المسلمين، فإن مراعاة أحكامها التزام دستوري يقع على المشرع الوطني عند سن التشريع ابتداء أو تنظيمه وفاء بالتزاماته الدولية، وإلا تحركت الرقابة الدستورية على أساس مخالفة قاعدة دستورية موضوعية.

وخلاصة القول أن التحجج بوفاء الدولة بالتزاماتها الدولية في إطار تكييف منظومتها القانونية دون ضوابط دستورية يتعارض مع أبعاديات القانون الدستوري ومبادئه العامة. ذلك أن السلطات الدستورية ملزمة بمراعاة واحترام أحكام الدستور خصوصا المادة الثانية من الدستور المحددة لمكانة الإسلام في الدولة.

## المبحث الثاني

### الاتجاه المؤيد لبقاء عقوبة الإعدام في ميزان القانون الجزائري

ذهب الاتجاه الثاني إلى القول بإبقاء عقوبة الإعدام في قانون العقوبات الجزائري على إطلاقه والتساؤل الذي يثار في هذا الصدد حول أحكام عقوبة الإعدام في الشريعة الإسلامية. فقد انتهينا إلى أن الدستور رتب التزاما على عاتق المشرع الوطني بمراعاة أحكام الشريعة الإسلامية عند سن القوانين، وعليه البحث في هذا القسم يركز على مدى تماشي تنظيم القانون الجزائري لعقوبة الإعدام وأحكام الشريعة الإسلامية. والضوابط العامة لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية .

## المطلب الأول: أحكام عقوبة الإعدام في الشريعة الإسلامية

إن القانون الجنائي الإسلامي في شقي التجريم والعقاب تنقسم نصوص أحكامه بحسب رأي الفقه الجنائي الإسلامي إلى قسمين، جرائم الحدود والقصاص والجرائم التعزيرية<sup>9</sup>.

القسم الأول: وهو ما يصطلح عليه في الفقه الجنائي الإسلامي بجرائم الحدود والقصاص، وهي تلك الجرائم التي تكفل الشارع بتجريم أفعالها وتقدير عقوباتها بنص القرآن والسنة، ويميز الفقه الجنائي الإسلامي بين نوعين من الجرائم، الأولى جرائم الحدود وهي الجرائم المعاقب عليها بحد، والحد هو العقوبة المقدره حقا من الله، ومعنى العقوبة المقدره أنها محددة معينة ليس لها حد أدنى أو أعلى، وجرائم الحدود معينة ومحدودة العدد وهي سبع جرائم، السرقة، الزنا، القذف، الشرب، الحاربة، الردة، والبغي. وأما الثانية فهي جرائم القصاص والدية، وهي الجرائم التي يعاقب عليها بقصاص ودية، وكل من القصاص والدية عقوبة مقدره بمعنى أنها ذات حد واحد فليس لها حد أعلى وحد أدنى، وجرائم القصاص والدية خمس وهي: القتل العمد، القتل شبه العمد، القتل الخطأ، الجنابة على مادون النفس عمدا، الجنابة على مادون النفس خطأ. وهي ما يصطلح عليها في القانون الجنائي بالجنايات والجنح ضد الأشخاص.

من خلال ما سبق، يتضح أن جرائم الحدود والقصاص تتميز بانفراد الشارع بتقدير العقوبة المقررة لها، بما يفيد معه عدم جواز تقدير حدود أخرى غير تلك التي نص عليها الشارع، ويرى جمهور الفقهاء أن عقوبات الحدود والقصاص يجوز أن تضاف لها عقوبة تعزيرية، بل إنهم متفقون على فرض العقوبة التعزيرية في حالة عدم إمكانية فرض عقوبة الحد والقصاص إذا اكتسبت الفعل وصفا إجراميا آخر، ويعتبرون التعزير في هذه الحالات عقوبة بديلة. ويتجلى ذلك بوضوح في حد الزنا الذي لم تبت إقامته لو لمرة

واحد في التاريخ الإسلامي بشهادة أربعة شهود، مما يستلزم إعطاء تكييف آخر للجريمة وتقدير عقوبة تعزيرية خاصة بها.

بل إن جانباً آخر من الفقه يذهب إلى اعتبار التعزيز شامل لجميع الجرائم، وليس خاصاً بنوع معين أو قسم من أقسام الجرائم دون غيره. ومن ثم فهو يرى أن التعازير هي الأصل وأن الحدود والقصاص تطبق فقط في حالة توفر شروط معينة يعدها ظرفاً مشدداً، أي أنها عقوبات استثنائية بديلة عن التعازير عندما يتوافر الظرف المشدد الذي يتوجب ذلك. ويخلص هذا الفقه إلى أن التعازير عامة في جميع الجرائم والعقوبات المقررة حداً أو قصاصاً، استثنائية في حالة وجود ظروف مشددة<sup>10</sup>.

وأن ما يسمى "العفو" الجائز في جرائم الاعتداء على الأشخاص - ليس عفواً عن الجريمة ولا عن الجزاء الجنائي، وإنما هو مجرد إسقاط لوجوب الحكم على الجاني بالقصاص الذي يعد الحد الأقصى للجريمة، أي مجرد تخفيف في حالة الحدود باعتبار العفو عن الجاني هو أحد الشبهات التي تمنع العقوبة القصوى (القصاص)، لكن طالما بقي الفعل جريمة، فإنه يبقى جناية جزاؤها هو التعزير.

وقد تقرر عقوبة الإعدام حداً في جرائم الحدود والقصاص وهي أربعة في جريمة الحرابة والردة و البغي و القتل العمد، والتي يصطلح عليها في القانون الجنائي الحديث بالجرائم الماسة بأمن الدولة والنظام الاجتماعي للجماعة، والقتل العمد والذي يندرج ضمن الجرائم الماسة بالأشخاص أو الأموال خصوصاً جناية السرقة المقرنة تعدد الفاعلين واستعمال السلاح.

والمتمصفح لنصوص قانون العقوبات الجزائري يجد أن المشرع الجزائري قد تبنى عقوبة الإعدام في الجرائم السالفة الذكر بالنظر إلى خطورة وجسامتها تلك الجرائم على المجتمع والدولة<sup>11</sup>.

فقد نص المشرع في عدة مواد على عقوبة الإعدام كعقوبة أصلية وذلك في مواجهة الجرائم الموصوفة بجنايات المرتكبة ضد أمن الدولة: وهي جنابة الخيانة والتجسس (من المواد 61 إلى 64) وجناية الاعتداءات والمؤامرات ضد سلطة الدولة وسلامة أرض الوطن (من المواد 77 إلى 81)، وجنايات التقتيل والتخريب المخلة بالدولة وجنايات المساهمة في حركات التمرد (من المواد 84 إلى 87 والمادة 90)، والجنايات الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية (المادة 87 مكررا) وأعمال الإهانة وجناية الاعتداء على الموظف العمومي بقصد قتله إذا أدت إلى الوفاة (المادة 148 ف5) من قانون العقوبات الجزائري<sup>11</sup>.

إلى جانب ذلك قرر المشرع إنزال عقوبة الإعدام في الجرائم الخطيرة الموصوفة بجنايات التي تقع ضد الأشخاص، ففي الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص يعاقب بالإعدام في جنابة القتل العمد إذا رافقها ظرف من الظروف المشددة، وهي القتل العمد المقترن بسبق الإصرار والترصد، و القتل العمد باستعمال السم، وقتل الأصول، واقتران القتل بجريمة جنابة أو كان الغرض منه إعداد أو تسهيل تنفيذ جنحة (من المواد 254 إلى 263) من قانون العقوبات الجزائري<sup>12</sup>.

بيد أن هناك تراجع من المشرع بشأن إقرار عقوبة الإعدام ففي الجرائم المرتكبة ضد الأموال في السرقات وابتزاز الأموال، حيث ألغيت عقوبة الإعدام في جنابة السرقة المقترنة بتعدد الفاعلين وحمل السلاح (المادة 351) بمقتضى القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم لقانون العقوبات<sup>13</sup>، والتي يدرجها جانب من الفقه ضمن حد الحراية.

وخلاصة القول أن المشرع الوطني لا يجوز له بأي حال من الأحوال التدخل لإلغاء عقوبة الإعدام الحدية في الجرائم السالفة الذكر، وإلا عد ذلك

إنكارا لمعلوم من الدين ثابت بمقتضى حكم شرعي، وخرقا لنص المادة الثانية من الدستور الجزائري، ومن ثم يغدو إلغاء عقوبة الإعدام في هذه الحالة عملا غير دستوري تتحرك الرقابة الدستورية لإزالة الخرق وفرض احترام أحكام الدستور.

أما القسم الثاني: فيصطلح عليه في الفقه الجنائي الإسلامي بجرائم التعزيز أو الجرائم التعزيرية، وهي تلك الجرائم المتروك تجريم أفعالها وتقدير عقوباتها لولي الأمر، وهو في الفكر القانوني الحديث الدولة ممثلة في السلطة التشريعية في القانون الدستوري، فقد جاء في مقال للعلامة محمد أبو زهرة قوله: " إن الحوادث لا تنتهى والنصوص تنتهى، فلا بد من الاجتهاد لمعرفة ما لم ينص عليه، فكذلك في شؤون الجرائم وعلاج النفوس بالعقوبات مالم ينص على عقوبة، يعالجه ولي الأمر مسترشدا بهدي الشريعة"<sup>14</sup>.

وغالبية نصوص قوانين العقوبات بشقيها التجريمي والعقابي تندرج ضمن هذا القسم المعقود اختصاص التجريم والعقاب فيه للدولة ممثلة في السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل في سن القانون استنادا لمبدأ شرعية التجريم والعقاب خصوصا نص المادة 7/122 من الدستور الجزائري، بمقتضى السلطة التقديرية للمشرع الوطني مراعيًا في ذلك المصالح العليا للمجتمع والدولة الواجب حمايتها.

والأصل العام أن المشرع في هذا القسم يملك السلطة التقديرية في تجريم الأفعال وتقدير عقوباتها بالنظر إلى نوع الجريمة ودرجة جسامتها مراعيًا في ذلك ضوابط التناسب في التجريم والعقاب. وبناء على ذلك يجوز للمشرع أن يقرر عقوبة الإعدام تعزيرا في بعض الجرائم الخطيرة.

ولما كان المشرع الوطني يملك الاختصاص الانفرادي بالتجريم والعقاب في الجرائم التعزيرية ابتداء، فإنه يملك اختصاص تعديل وإلغاء

العقوبات التعزيرية انتهاء. ومن ثم يجوز للمشرع التدخل بإلغاء عقوبة الإعدام تعزيرا في جميع الجرائم ماعدا جرائم الحدود والقصاص. دون أن يكون هناك أدنى تعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية في هذا القسم، بل يشكل تكاملا بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية وإعمالا واحتراما لنص الدستور القاضي بأن الإسلام دين الدولة.

وتقررت عقوبة الإعدام في قانون العقوبات لبعض الجرائم (التي يصطلح عليها في الفقه الجنائي الإسلامي بالجرائم التعزيرية): وهي جناية اختلاس أموال الدولة إلى درجة تضر بالمصالح العليا للوطن (المادة 119 ف3) المלغاة والمعوضة بالمادة 29 من قانون 06-01 المؤرخ في المتضمن قانون مكافحة الفساد<sup>15</sup>، وفي جناية تزوير النقود وترويجها المواد (197-198) والتي عدلت بمقتضى المادة 60 من القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006 المعدل لقانون العقوبات. وفي جناية الحريق الأموال العامة (المادة 395) والتي عدلت بمقتضى القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006، وفي جناية التخريب والهدم (المواد 403-406) المعدلة بمقتضى القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006. حيث قام المشرع الجزائري بإلغاء عقوبة الإعدام من هذه الجنايات بمقتضى القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006<sup>16</sup>.

ومادامت الجرائم السالفة الذكر تدرج ضمن الجرائم التعزيرية، فإن إلغاء عقوبة الإعدام تعزيرا أمر جوازي متروك تقديره للمشرع وفقا لضوابط التناسب في التجريم والعقاب.

#### المطلب الثاني: ضوابط المشرع الوطني في تقنين أحكام الشريعة الإسلامية

جاء في تقرير لجنة تعديل المادة الثانية من الدستور المصري تحديد دقيق لمقصود بالالتجاء المشرع إلى الشريعة الإسلامية وكيفية هذا الالتجاء وحدوده، بما يحدد بشكل واضح أثر الشريعة الإسلامية على التشريعات

الداخلية، والتي يمكن الاهتداء بها في التزام المشرع الوطني في سن القوانين، إذ جاء في تقريرها عن مقاصد تعديل الدستور بالنسبة للعبارة الأخيرة من المادة الثانية بأنها: "تلزّم المشرع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها مع إلزامه بعدم الالتجاء إلى غيرها، فإذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حكماً صريحاً، فإن وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية تمكن المشرع من التوصل إلى الأحكام اللازمة والتي لا تخالف الأصول والمبادئ العامة للشريعة<sup>17</sup> .

أولاً:- إن المادة الثانية من مشروع تعديل الدستور في الصيغة التي سبق تلزم المشرع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها مع إلزامه بعدم الالتجاء إلى غيرها فإذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حكماً صريحاً وهو ما يكون قطعياً في ثبوته ودلالته ولا مجال لاجتهاد فيه" فإن وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية تمكن المشرع من التوصل إلى الأحكام اللازمة التي لا تعارض أصول الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة.

ثانياً: إن المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية نوعان: مصادر أساسية تتمثل في القرآن والسنة والإجماع والقياس"، وهي تعتبر كذلك لأن جمهور المسلمين اتفقوا على جواز الاستدلال بها، ومصادر أخرى اختلف الرؤى من مذهب إلى آخر على جواز الاستدلال بها كالمصالح المرسلة والاستحسان والعرف، وللمشرع أن يعتمد على أي من هذه المصادر سواء في ذلك المصادر المتفق على الاستدلال بها أم المختلف عليها لمواجهه الحوادث والنوازل فالعرف بشرائطه الشرعية والمصالح المرسلة بشرائطها الشرعية مصدران مهمان للفقه الإسلامي وهما يفتحان الباب أمام الاجتهاد في استنباط أحكام تتفق مع الأصول والمبادئ الشرعية لمواجهه ما يجد في المجتمع من تطورات فكرية واجتماعية واقتصادية، وهذه الأحكام التي يتوصل إليها المشرع اجتهاداً عن طريق الاعتماد على المصادر الاجتهادية



في الشريعة الإسلامية على اختلافها لا يمكن أن تكون أحكاما ثابتة دوماً، إذ أن من المتصور أن تتغير من زمان لزمان ومن مكان لمكان بما يحقق المقاصد العامة للشريعة الإسلامية على أن يكون مفهوماً أن الاجتهاد وفقاً لنص المادة الثانية من الدستور لا يمكن أن يكون منحصرًا فيما دونه الفقهاء السابقون فهو ليس اجتهادا مذهبيا، فمن ناحية الحوادث والنوازل قد تجد في المجتمع دون أن يكون لها ذكر مؤلفاتهم ومن ناحية أخرى هذا الحصر للشريعة الإسلامية في اجتهادات الفقهاء السابقين أمر تأباه نصوص الشريعة الإسلامية وروحها فهي شريعة مرنة تواجه ما يجد في المجتمع من إحداث من خلال إطار عام ممثل من مبادئ الشريعة الإسلامية التي لا يجوز الخروج عليها بالارتكاز على المصادر الشرعية التي تستنبط منها الأحكام لكل ما يجد في المجتمع من إحداث وتطورات.

ثالثا:- إن الأحكام الاجتهادية في الشريعة هي غير الأحكام القطعية فثانيتها هي التي تكون قطعية في ثبوتها ودلالاتها "كالحدود وأنصبة الورثة في الأموال التي يخلفها مورثهم، وهذه لا مجال للاجتهاد فيها وكل تشريع على خلافها هو نقض لها وإهدار لما علم من الدين بالضرورة، وأولها هي التي يجوز الاجتهاد فيها لأنها ظنية في ثبوتها أو دلالتها معا، ومن المسلم بالنسبة إلى الأحكام الاجتهادية أنها تتغير بتغير الزمان والمكان مما أعطى للفقه الإسلامي مرونة وحياء أمكن معه القول بأن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان.

ويتضح كيفية الالتجاء إلى قواعد الشريعة، وهي أن على المشرع إلزاما أن يأخذ منها ما ثبت قطعا وثبوتا وأن يكون في حل من ما ثبت ظنا أو اجتهاد يستقى منه ما يسر به ويكون أوفق لروح العصر والمجتمع، ويلتزم المشرع أن يقنن المشرع الأحكام على الترتيب الآتي:

أولاً- أن يقنن المشرع الأحكام التي وردت بها نصوص صريحة في الكتاب والسنة قطعيه في ثبوتها وقطعية في دلالتها وهذه خالدة لا تقبل التبديل ولا التعديل فهي نصوص ليس فيها اجتهاد فهي جامدة ومنصوص عليها بنص القانون والسنة.

ثانياً- وهي بالنسبة للقواعد الظنية وهي غير قطعية الثبوت فهنا باب الاجتهاد فيها مفتوح يجوز للمشرع أن يوازن بين آراء المجتهدين ويستقي منه الأفضل لكي يقننه ويكون متفق مع روح العصر.

ثالثاً- أما بالنسبة للمسائل التي لم يرد بها نص سواء قطعي أو ظني فباب الاجتهاد فيها مفتوح على مصراعيه يتخير منها المشرع أيسره للناس وذلك في ضوء ما يقدمه المجتهدون والفقهاء من حلول قانونية.

### المبحث الثالث

#### مستقبل عقوبة الإعدام في القانون الجزائري

من خلال ما سبق يتبين، أن عقوبة الإعدام قد تقرر في التشريع الجنائي الإسلامي في حالتين، الأولى بوصف عقوبة الإعدام حداً، ويترتب عن ذلك عدم جواز تدخل المشرع الوطني بإلغائها في جرائم الحدود والقصاص المقررة لها، والحالة الثانية بوصف عقوبة الإعدام تعزيراً في الجرائم التعزيرية التي يملك المشرع الوطني اختصاص إلغائها أو تعديلها مادام يملك سلطة إقرارها ابتداءً، وهو ما انتهى إليه إجماع علماء المسلمين، دون أن يكون هناك أي تعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وما يمكن استخلاصه من عرض الاتجاهين السابقين على ضوء مبادئ القانون والشريعة، أن الالتزام الذي تضعه المعاهدات الدولية على المشرع الوطني بتنظيم أو تعديل أحكام القانون الوطني وفقاً لمقتضيات المعاهدة هو التزام دولي فقط، ولا يرقى للالتزام الدستوري المقرر بنصوص الدستور، ومن ثم فإن التحجج بدعوى الالتزام بالمعاهدات الدولية لإلغاء عقوبة

الإعدام من القانون الجزائري كلية يتعارض تعارضا صارخا مع أحكام المادة الثانية من الدستور التي تنص صراحة على أن الإسلام دين الدولة، ومادام الإسلام عقيدة وشريعة، فإن الشريعة الإسلامية القسم الثاني للإسلام دين الدولة تشكل مصدرا موضوعيا للتشريع الجزائري، وبناء عليه فإن احترام أحكام الشريعة الإسلامية التزام دستوري يقع وجوبا على السلطات الدستورية العامة الثلاث، خصوصا السلطة التشريعية عند سنها لقوانين الجمهورية. وإلا سقط القانون في خانة عدم الدستورية، وعليه تتحرك الرقابة الدستورية لفرض احترام أحكام الدستور.

إن احترام أحكام الشريعة الإسلامية التزام دستوري يقع على عاتق السلطة التشريعية عند سن القانون، ومادام إلغاء عقوبة الإعدام يندرج ضمن اختصاص التجريم والعقاب المنوط بالسلطة التشريعية ممثلة في البرلمان كأصل عام، فإن مراعاة حكم الشريعة الإسلامية بشأن عقوبة الإعدام يغدو واجبا دستوريا.

ولما كانت الجرائم بحسب الفقه الجنائي الإسلامي تنقسم في التشريع الجنائي الإسلامي إلى قسمين، القسم الأول جرائم الحدود والقصاص، والقسم الثاني الجرائم التعزيرية، وعليه فإن عقوبة الإعدام قد تقررت في حالتين، الأولى بوصف عقوبة الإعدام عقوبة حدية في جرائم الحدود والقصاص، والأصل العام أنه لا يجوز للمشرع الوطني التدخل لإلغائها، وإلا عد ذلك تعارضا مع أحكام الشريعة وخرقا للدستور الجزائري، والثانية عقوبة الإعدام بوصفها عقوبة تعزيرية في الجرائم التعزيرية، والأصل العام أن التجريم والعقاب فيها منوط بالسلطة التشريعية ابتداء، ومن ثم فهي تملك اختصاص إلغائها انتهاء، دون أن يكون هناك أدنى تعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وبما أن عقوبة الإعدام في الجزائر قد تقررت في عدد من الجرائم، والتي يمكن عد بعضها على ضوء أحكام الشريعة ضمن جرائم الحدود والقصاص،

وعد البعض الآخر ضمن الجرائم التعزيرية، وفقا لمقاربة الفقه الجنائي الإسلامي، ووفقا لما سبق ذكره، فإنه يغدو إلغاء عقوبة الإعدام في الجرائم المرتكبة ضد أمن الدولة والجرائم المرتكبة ضد الأشخاص عمل غير دستوري، بينما يعد كذلك في بقية الجرائم الأخرى والتي تدخل المشرع مؤخرا بإلغائها وفقا لما سبق ذكره.

### خاتمة:

والحقيقة أن التوجه العالمي الداعي لإلغاء عقوبة الإعدام يندرج في سياق العولمة المستهدفة لإضعاف وتقويض أركان الدولة الوطنية، من خلال إضعاف الحماية الجنائية للدولة والمجتمع، بإلغاء عقوبة الإعدام، والدليل على ذلك، أن عقوبة الإعدام لم تتقرر في قانون العقوبات الجزائري والقوانين العقابية المقارنة إلا في مواجهه الجرائم المرتكبة ضد أمن الدولة وضد سلطة الدولة وسلامة أرض الوطن، وجنایات التقتیل والتخريب المخلة بالدولة وجنایات المساهمة في حركات التمرد، والجنایات الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية، وأعمال الإهانة والاعتداء على الموظف العمومي. وفي جنایة تزوير النقود وترويجها، وجنایة اختلاس أموال الدولة إلى درجة تضر بالمصالح العليا للوطن. وفي جنایة حريق الأموال العامة، وفي أعمال التخريب والهدم. والجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المتمثلة في جنایة القتل العمد، والجرائم المرتكبة ضد الأموال والمتمثلة في السرقات وابتزاز الأموال.

وعليه فإن إلغاء عقوبة الإعدام أو الإبقاء عليها يجب أن يتم بالنظر إلى مراعاة المصالح العليا للوطن والمجتمع، دون حسابان أي اعتبار آخر مهما كانت طبيعته أو شكله.

### الهوامش:

- (1) دستور الجزائر الصادر في 23 فبراير المعدل في 16 نوفمبر 1996.
- (2) نصر الدين بن طيفور، مكانة الإسلام في الدساتير العربية وأثر ذلك على التشريعات الداخلية، مجلة الراشدية، العدد الأول، جامعة معسكر، فيفري 2008. ص 19 وما بعدها.

- (3) نصر الدين بن طيفور، المرجع السابق، ص 21.
- (4) عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص 514. حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بتاريخ 4 مايو سنة 1985، في القضية رقم 20 لسنة 1 ق. د. مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الثالث، ص 209.
- يذهب الرأي الراجح في الفقه القانوني أن معنى اتخاذ الشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع هو (أن القاعدة القانونية لها مصدران: -مصدر شكلي أو رسمي وآخر موضوعي أو مادي والأول يرمز لطرق التعبير عن القاعدة القانونية والثاني فيرمز لجوهرها وعلى ذلك فالمصادر الموضوعية أو المادية تقدم جوهر القاعدة القانونية والمصادر الرسمية تصبغ على هذا النحو صفة الوضعية أو التشريعية بما تعطيه من شكل ملزم للنص والنص على اتخاذ الشريعة الإسلامية مصدرا للتشريع إنما ينصرف بطبيعة الحال إلى اتخاذها مصدرا موضوعيا فهذا النص لم يصبغ على الأحكام الشرعية قوة إلزام ذاتية ولذلك فإن أحكامها ما زالت بعد النص كما كانت قبله مجرد قواعد دينية لا يلزم الناس بالعمل على وفقها إلا بوازع من ضمائرهم وحدها ولا تكتسب هذه الأحكام قوة الإلزام التي تحظى بها قواعد القانون إلا إذا تدخل المشرع فقنتها.
- فقد جاء في تقرير اللجنة عن مقاصد تعديل الدستور بالنسبة للعبارة الأخيرة من المادة الثانية بأنها "تلتزم المشرع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها مع إلزامه بعدم الالتجاء إلى غيرها، فإذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حكما صريحا، فإن وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية تمكن المشرع من التوصل إلى الأحكام اللازمة والتي لا تخالف الأصول والمبادئ العامة وهو ما يبين على وجه التحديد أن النص الدستوري لا يلزم القاضي ويصبح وقوعه لازم على كل واقعه تعرض على القاضي، فالقاضي لا يبحث في حل المشكلة في الشريعة فهو جاء على المشرع فالنص ملزم للمشرع وليس للقاضي". عوض محمد عوض، مهمة المشرع في ضوء النصوص الدستورية التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدرا للتشريع، بحث مقدم في ندوة عمداء كليات الحقوق العربية، 2005، مصر ص 15 وما بعدها.
- (5) عبد الحميد متولي، مبادئ الحكم في الإسلام، منشأة المعارف، الطبعة 1966، ص 460 وما بعدها
- (6) نصر الدين بن طيفور، المرجع السابق، ص 28.
- (7) محمد كامل ليلة، النظم السياسية، الدولة والحكومة، دار النهضة العربية، الطبعة 1969، مصر، ص 426 وما بعدها.
- يراجع كتاب "الإسلام عقيدة وشريعة" للأستاذ الشيخ محمود شلتوت، وكتاب "العدالة الاجتماعية في الإسلام" للأستاذ سيد قطب الطبعة الخامسة 1958
- (8) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984 المتضمن لقانون الأسرة المعدل والمتمم.
- (9) أحمد فتحي بهنسي، موقف الشريعة من نظرية الدفاع الشرعي، دار الشروق، الطبعة الرابعة، 1998، مصر، ص 100. ويراجع عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالتشريع الوضعي، الجزء

- الثاني، دار الكتاب العربي، لبنان. وكذلك الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، كتاب عبد القادر عودة مع تعليقات آية الله إسماعيل الصدر وآراء الدكتور توفيق الشاوي، الجزء الأول كتاب التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالتشريع الوضعي، الطبعة الأولى، دار الشروق، 2001.
- (10) الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، كتاب عبد القادر عودة مع تعليقات آية الله إسماعيل الصدر وآراء الدكتور توفيق الشاوي، الجزء الرابع من المجلد الأول من كتاب التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالتشريع الوضعي، الطبعة الأولى، دار الشروق، 2001، ص 575 وما بعدها.
- يراجع بارعة القدسي، عقوبة الإعدام في القوانين الوضعية والشرائع السماوية، نظرات واجتهادات في مسألة الإبقاء والإلغاء، مجلة جامعة دمشق، المجلد 19، العدد 02: 2003، ص 16 وما بعدها .
- (11) أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
- (12) تجدر الإشارة إلى أن عقوبة الإعدام إلى جانب تقريرها في أحكام قانون العقوبات العام الجزائري، فقد تقرر كذلك في قانون القضاء العسكري ذو الطابع الاستثنائي في الباب الثاني المخصص للجرائم ذات الطابع العسكري في زمن السلم والحرب، فقد وردة عقوبة الإعدام كقوبة أصلية في ثلاث عشرة (13) جريمة عسكرية وهي: جناية الفرار إلى العدو زمن الحرب ( المادة 266)، وجناية الاستسلام زمن الحرب (المادة 275)، جناية الخيانة والتجسس والمؤامرة العسكرية (المواد 277، 280، 279، 283، 281) وجناية التدمير زمن الحرب (المادة 291)، جناية العصيان زمن الحرب (304)، وجناية رفض الطاعة (308)، جناية مخالفة التعليمات العسكرية زمن الحرب (المادة 331، 325، 332) . ونشير إلى أن الجدول القانوني بشأن إلغاء عقوبة الإعدام من قانون القضاء العسكري لا يمكن طرحه لأنه قانون القضاء العسكري هو قانون ذو طابع استثنائي من حيث الأشخاص المخاطبين بأحكامه، ونطاق تطبيقه خصوصا في زمن الحرب. الأمر رقم 71-28 المؤرخ في 28 صفر المؤرخ في 1391 الموافق 22 أبريل سنة 1971 المتضمن قانون القضاء العسكري، المعدل والمتمم.
- (13) القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر المعدل والمتمم لقانون العقوبات .
- (14) محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، طبعة 1969، القاهرة، مصر، ص 95.
- (15) قانون رقم 06-01 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.
- (16) قانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد 84.
- (17) حسين عثمان محمد، القانون الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 185.
- حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 20 لسنة الأولى، جلسة 1982/5/4

## الحماية الجزائية للأطفال من إساءة المعاملة الوالدية في التشريع الجزائري

بقلم

أ / مباركة عمامرة  
جامعة الوادي



### الملخص

تبرز هذه الدراسة حماية المشرع الجزائري للطفل من سوء معاملة الوالدين، من خلال تصديده لهذه الظاهرة الدخيلة على الأسر الجزائرية، بوضع آلية جزائية تمثلت في تجريم الأفعال التي تنطوي على إساءة معاملة صادرة من الوالدين، وإقرار جزاء جنائي على مرتكبيها، وهذا ما تم النص عليه في المادة 330 من قانون العقوبات.

و عليه سنحاول في هذه الدراسة التركيز على النقاط التالية:

أولاً- مفهوم إساءة المعاملة الوالدية للطفل، وذلك بتعريفها وعرض أسباب انتشارها، ثم تبيان الأشكال التي تتجسد فيها الإساءة .

ثانياً- التركيز على التكييف القانوني لجريمة إساءة معاملة الوالدين للطفل، من خلال بيان الأركان الواجب توفرها لقيامها، ثم التعرض للجزاء المترتب على مرتكبيها.

### Résumé :

Cet étude montre la protection de l'enfant par le législatif algérien contre le mal traitement parentèle en défiant à cette phénomène intrus aux familles algériennes, par un mécanisme se présente à criminer les actions appartiennent au mal traitement parentèle procuré par les parents et

condamner les coupables d'une pénalité criminel , annoncé par l'article N°:330 du loi pénal.

A partir de cet étude on essaye d'axer sur les points suivants:

1- premièrement: définir le concept du mal traitement parentèle à l'enfant et dévoiler les causes de sa propagation et puis démontrer ses formes

2- deuxièmement : l'axer sur l'adaptation légale le crime mal traitement parentèle à l'enfant et montrer ses principales indispensables procurés et après disposer le pénalité nécessaire au coupable.

### مقدمة

تعد ظاهرة إساءة معاملة الوالدين للأطفال من الظواهر الإجرامية الخطيرة التي ظهرت في مجتمعتنا، واستفحلت بشكل غير مسبوق، وأصبحت تهدد سلامة الأطفال لما لها من آثار سلبية في بناء الشخصية المتكاملة للطفل، وما يزيد في خطورتها صدورها من أشخاص يمثلون مصدر الأمان والعطف للطفل، وهم أولى الناس بحمايته ورعايته.

وبما أنّ الطفل هو ذلك الشخص الذي لم تتوافر لديه الملكات العقلية والجسمية الكافية لحماية نفسه ورعايتها، جاءت إرادة المشرّع لتراعي هذه الحقيقة وتبرهن على ذلك بكمّ من النصوص القانونية التي تضمنت إقرار الحقوق الكفيلة بحماية هذه الفئة الضعيفة، ثمّ عزّز هاته الحقوق بنصوص جزائية تضيفي صفة التجريم على كل فعل يمس سلامة الطفل الجسدية والنفسية، ويفرض عقوبات على كل شخص يرتكب هذه الأفعال على الطفل، وشدّد في العقوبة إذا صدرت عن أشخاص ملزمين بحماية الطفل ورعايته كالوالدين.

ومن الأفعال التي جرّمها، إساءة معاملة الوالدين للطفل، التي سنتطرق لها في هذه الدراسة ببيان تعريفها وأسباب انتشارها والأشكال التي تأخذها، والتطرق بعدها إلى التكيف القانوني لهذه الجريمة ببيان أركانها والجزاء



والمتابعة الجزائية المقررين لها.

### المطلب الأول: مفهوم إساءة المعاملة الوالدية للطفل

أولا: تعريفها:

لقد اختلف الباحثون في تعريف إساءة معاملة الطفل فمنهم من يعرفها بأنها: "كل فعل يعرّض سلامة الطفل وصحته البدنية والعقلية والنفسية والروحية للخطر، سواء كان هذا الفعل إيجابيا كالضرب والحرق أو سلبيا كالامتناع عن العلاج أو عن إعطاء الطعام"<sup>1</sup> بينما باحثون آخرون عرّفوها بأنها: أي فعل يصدر عن أي شخص محيط بالطفل - سواء كان أحد أبويه أو شخص غريب عنه - يؤدي إلى إيذائه كالخنق أو الضرب المبرح أو الإيذاء باستخدام أدوات حادة مما ينتج عنها أضرار جسدية خطيرة.<sup>2</sup>

أما عن إساءة معاملة الوالدين للطفل فيقصد بها: أي سلوك أو فعل متعمّد ومتكرر يصدر من قبل أحد الوالدين أو كليهما تجاه أحد الأطفال أو كلهم، ويتسبب في إحداث نوع من الأذى والضرر سواء كان بدنيا أو نفسيا للطفل.<sup>3</sup>

فمن التعريفات السابقة يتضح أن إساءة المعاملة الوالدية للطفل تتمثل في كل السلوكيات التي تعرّض سلامة الطفل للخطر سواء كان ذلك بأعمال سلبية كالامتناع عن تقديم العلاج للطفل المريض أو بأعمال إيجابية كالضرب المبرح أو الخنق أو الحرق وغيرها من الأفعال التي تترك أثرا سيئا على جسم الطفل و نفسيته، كما يقصد بها الابتعاد عن التعامل الذي يحترم إنسانية الطفل.

ثانيا- أسباب إساءة معاملة الوالدين للطفل:

كثيرة هي أسباب سوء معاملة الآباء لأولادهم، وتختلف من أب إلى آخر

ومن أمّ إلى أخرى، لكننا سنذكر الأسباب التي أشار إليها الباحثون المهتمون بدراسة هذا السلوك وهي:

### 1- الآباء الذين عانوا من سوء المعاملة في طفولتهم:

من الأسباب التي تدفع بالآباء إلى سوء معاملة أطفالهم، هي معاناتهم في طفولتهم من القسوة واتّسم آباؤهم بالعنف في معاملتهم، لذلك فهم يميلون إلى معاملة أبنائهم بمثل ما عاملهم آباؤهم في مراحل طفولتهم. ومن ثمة فإنّ إساءة معاملة الآباء للأطفال ناتجة عن حرمان الآباء في طفولتهم من المعاملة السوية والعاطفة الحنونة.

وهذا ما أكدته العديد من الدراسات في هذا المجال بأنه غالباً ما يكون في ماضي آباء الأطفال ضحايا سوء المعاملة ما يدل دلالة واضحة على طفولة بائسة وقاسية، تنعكس سلباً على طريقة معاملتهم لأبنائهم.<sup>4</sup>

### 2- كثرة الخلافات الزوجية وانتشار العنف الأسري:

العنف والخلافات الزوجية التي قد تكون بين الأبوين تنتقل إلى الأبناء في شكل إساءة معاملة<sup>5</sup>، فالأم التي يُمارَس عليها العنف من طرف زوجها تنعكس هذه المعاملة وهذا العنف سلباً على معاملتها لأولادها، بحيث تقوم بالقسوة عليهم وذلك باستخدام الضرب والشتم كشكل من أشكال الردّ على معاملة الزوج لها.

وقد أشارت الكثير من الدراسات بأن الأسر التي تكثر فيها المشاحنات وتسودها الخلافات الزوجية وعدم الاستقرار العاطفي، يتعرّض فيها الأطفال إلى سوء المعاملة الوالدية أكثر من أبناء الأسر السوية التي يسودها الاستقرار العاطفي والهدوء في العلاقات الزوجية.<sup>6</sup>

### 3- الزواج في سن مبكرة وعدم نضج الآباء:

ينتج عن عدم نضج الآباء عجزهم عن تقديم الرعاية السليمة لأبنائهم،

وهذا يؤدي إلى سوء معاملتهم لأبنائهم لأنهم مازالوا غير مؤهلين لتحمل المسؤولية الثقيلة والصعبة الناتجة عن الزواج، والمتمثلة في مسؤولية رعاية الأبناء وحسن معاملتهم، وذلك لجهلهم وعدم خبرتهم بالطرق المثلى والصحيحة لمعاملة الأبناء .

فقد لا يميز هؤلاء الآباء بين حقهم في تأديب الطفل، وبين ما يعتبر إساءة معاملة، فيسيئون استخدام حقهم في التأديب والتربية بإتباع أسلوب العنف في معاملة أبنائهم كأحد الأساليب الناجحة لتأديب الطفل وضبط سلوكه، ويكون ذلك باستخدام التهديد أو الحرمان أو التوبيخ المستمر للطفل إضافة للعقاب البدني كالضرب، وكلها أساليب تؤدي إلى إثارة الألم النفسي والبدني لدى الطفل.<sup>7</sup>

ويضاف إلى تلك الأسباب في نظرنا سبب آخر وهو: نقص الوعي الديني لدى الآباء بمسؤولية رعاية وحسن معاملتهم لأبنائهم الملزمين بها شرعا قبل أن تقنن في قوانين وضعية، وكذلك نقص المعرفة بمقومات الرعاية السليمة للطفل .

ثالثا: أشكال إساءة المعاملة الوالدية للطفل:

تتجسد هذه الإساءة في أفعال كثيرة منها ما يأخذ الطابع المعنوي وهو الإساءة النفسية ومنها ما يأخذ الطابع المادي ونعني به الإساءة الجسدية وفيما يلي سنوضح كل شكل من هذا السلوك على حدة.

#### 1- الإساءة النفسية

تعد الإساءة النفسية من أخطر أشكال الإساءة الوالدية التي يتعرض لها الطفل وتعرّف: بأنها ممارسات الوالدين المستمرة التي تسبب دمارا عتيفا أو أضرارا بالغة على الطفل، فهي تؤدي إلى حدوث الاضطرابات النفسية والسلوكية الخطيرة.<sup>8</sup>

ويؤدي هذا الشكل من الإساءة إلى انعدام الثقة بالنفس عند الطفل، والابتعاد عن الآخرين وعدم التفاعل مع مجتمعه، والخوف و التوتر الدائم.<sup>9</sup> ومن الأمور التي تؤدي إلى إثارة الألم النفسي عند الطفل، هي رؤية أبويه يعتادا سلوكيات سيئة كالسكر أو يهملوا رعايته النفسية كتحقيره والتقليل من أهميته مهما كان مستوى سلوكه وأدائه<sup>10</sup> ، وهذا النوع من الإساءة يصعب اكتشافه لأنه مستتر ولا يظهر للعيان، لكنه يعرّض خلق الطفل وسلوكه لخطر جسيم. وقد تبنته المشرّع الجزائري لهذا الأثر، وجرّم كل الأفعال التي تعرّض خلق الطفل وسلوكه للخطر، وذلك في المادة 330 من قانون العقوبات.<sup>11</sup>

## 2- الإساءة الجسدية:

ويقصد بها : كل سلوك أو فعل يقع على الطفل وينتج عنه ضرر أو أذى على جسده أو يؤدي إلى موته.<sup>12</sup> ويعتبر هذا الشكل من أكثر أشكال الإساءة انتشارا، وذلك لأنها قابلة للملاحظة والاكتشاف. وتتخذ الإساءة الجسدية أنماطا مختلفة منها الكدمات وخاصة في الفخذين والرقبة والوجنتين وإصابة العين والجروح الرضية، وكسور في العظام، والنزيف داخل تجويف الدماغ الناتج عن حدوث كسور وخدوش في الجمجمة.<sup>13</sup>

وتعتبر الحروق من صور الإساءة الجسدية التي تمارس على الطفل، بحيث يكون الحرق باستعمال أداة ساخنة أو سجاجير مشتعلة، وتكون في أماكن مختلفة من جسم الطفل، وقد يشمل هذا الشكل من الإساءة حتى الخنق أو العلاج غير الملائم أو عدم العلاج، والربط والحبس في مكان مغلق.

ونتائج سوء المعاملة الجسدية للطفل خطيرة و مروعة، فقد تؤدي إلى حدوث حالات الإعاقة العقلية الدائمة وفقدان البصر، كما ينتج عنها حالات وفاة وإعاقات جسدية وتخلّف عقلي وتأخر في النمو واضطراب في

السلوك.<sup>14</sup> والآثار التي تقع على الأسرة، وعلى المجتمع عامة بسبب إساءة معاملة الطفل وإيذائه، هي آثار صعبة الإحصاء وتعرض الأطفال لصدمات مختلفة واضطرابات نفسية حادة.

### 3- الإساءة الجنسية

ويعرّف هذا الشكل من الإساءة بأنها: "خبرة جنسية من أي نمط مع طفل قاصر- أي لم يبلغ سن الرشد- من قِبَل شخص أكبر منه"<sup>15</sup>، وتشير الكثير من الدراسات إلى أن الفتيات يتعرضن لهذا الشكل من الإساءة أكثر من الذكور، وينتج عنها اضطرابات نفسية تلازم الطفل مدى الحياة إذا لم يخضع للعلاج النفسي.

وقد انتشرت الإساءة الجنسية الصادرة من الأبوين على الأولاد، حتى في المجتمعات المحافظة كالمجتمع الجزائري، فكثيرا ما تطالعنا الصحف الوطنية عن حالات متعددة من هذا النوع من الإساءة ضد الأطفال<sup>16</sup>، هذا دون التكلم عن الحالات التي تصمت عنها جدران البيوت.

وعلى ضوء ما تم ذكره من أشكال إساءة المعاملة للطفل، يتضح أنها ذات أثر ووقع كبير على الطفل منها ما يظهر في حينه كالضرب أو الحرق، ومنها ما يظهر على الطفل بمرور الوقت كالتخلف العقلي، وكلها تؤدي إلى حدوث المعوقات التي تحول دون نمو الأطفال والاعتماد عليهم كطاقة منتجة في المستقبل.

### المطلب الثاني: التكييف القانوني لجريمة إساءة معاملة الوالدين للطفل

إن مجال إساءة معاملة الوالدين للطفل واسع وصعب التحديد وذلك لكثرة أشكالها وتغير أنماطها من مجتمع لآخر بل من أسرة إلى أخرى، وهذا وفقا لثقافة المجتمع و اختلاف أوضاعه.

وقد نص المشرع الجزائري على هذه الجريمة في الفقرة الثالثة من نص

المادة 330 من قانون العقوبات<sup>17</sup> التي تنص على أن " يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة و بغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج: 3...- أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو واحدا منهم أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو يكون مثلا سيئا لهم للاعتياد على السكر أو سوء السلوك أو بأن يهمل رعايتهم أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم وذلك سواء قضي بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها ."

من هذه الفقرة يتبين أن هذه الجريمة تندرج ضمن الجنح، وأن حالات إساءة معاملة الوالدين للطفل تتمثل في ثلاث حالات هي:

- حالة تعريض صحة الطفل للخطر،
- حالة تعريض أمن الطفل للخطر،
- حالة تعريض خلق الطفل للخطر،

وهذه الأفعال تدخل في تكوين الركن المادي لجريمة إساءة معاملة الوالدين للطفل.<sup>18</sup>

أولا- أركان جريمة إساءة معاملة الوالدين للطفل:

تتكون هذه الجريمة من ركن مادي وآخر معنوي ويتمثلا في:

أ- الركن المادي: يقوم الركن المادي لجريمة إساءة معاملة الوالدين للطفل على ثلاثة عناصر تتمثل في:

1- صفة الأب أو الأم:

لقيام هذه الجريمة يجب توفر صفة الأبوة و البنوة في الفاعل والضحية، وهو ما تؤكد عبارة "أحد الوالدين" وعبارة "أولاده" أي يكون الجاني أباً أو أمّاً شرعية للأولاد الضحية، فإذا لم توجد علاقة أبوة أو بنوة بين الفاعل

والضحية خرج الأمر من نطاق تطبيق أحكام المادة 330 من قانون العقوبات.<sup>19</sup>

2- أعمال الإساءة الميينة في المادة 330 من قانون العقوبات:

يمكن تقسيم الأعمال التي أوردتها المشرع على أنها إساءة معاملة إلى صنفين:

الصنف الأول: الأعمال التي تشكل إساءة معاملة مادية وتتحقق بأي عمل يعرض صحة أولاده أو أمنهم للخطر سواء كانت هذه الأعمال في صورة ايجابية كالضرب أو الحبس في مكان مغلق أو في البيت أو الحرق، أو كانت في صورة سلبية كعدم علاجهم أو عدم تدريسهم أو عدم الإنفاق عليهم.

الصنف الثاني: يتمثل في الأعمال التي تشكل إساءة معاملة معنوية وتتحقق في أن يكون الوالدين مثلاً سيئاً أو قدوة سيئة للطفل، كأن يكون الأب مُعتاداً على السكر أو القيام بأعمال منافية للأخلاق والآداب العامة، أو عدم قيام الوالدين بالإشراف الضروري على الطفل من تربية وتوجيه وإرشاد الملزمين بها بموجب نص المادة 36 من قانون الأسرة<sup>20</sup>، فامتناع قيام الوالدين بهذه الأعمال من شأنه أن يعرض خلق الطفل للخطر والمتمثل في التشرّد والانحراف.

وإضافة إلى هذه الأعمال هناك الكثير من الأعمال التي تقع تحت طائلة قانون العقوبات تحت أوصاف أخرى، وإن تحققت ذلك فإننا نكون في وضع التعدد الصوري، فنطبق الوصف الأشد وفقاً لنص المادة 32 من قانون العقوبات.<sup>21</sup>

وتجدر الملاحظة أن الأعمال التي نص عليها المشرع في الفقرة الثالثة

من نص المادة 330 من قانون العقوبات هي ليست على سبيل الحصر بل هي على سبيل المثال وذلك ما تبين من خلال استعمال المشرع لعبارات عامة وواسعة مثل: "يسيء المعاملة، يكون مثلاً سيئاً، يهمل رعايتهم، الإشراف الضروري.." التي تشمل كل أنواع إساءة المعاملة التي قد تقع على الطفل من الوالدين أو أحدهما، وعليه يتبين أن مجال أعمال القاضي لسلطته مفتوح في هذا الموضوع لتكييف الأعمال التي تدخل ضمن إساءة معاملة والأعمال التي تدخل في حقوق الوالدين في التربية والتوجيه.

### 3- النتائج الجسيمة المترتبة عن إساءة المعاملة الوالدية

لا يُعاقب على مجرد إثبات قيام أفعال إساءة المعاملة، إلا إذا نتجت عنها أضراراً خطيرة تؤثر على صحة وأمن وخلق الأولاد، وليس كل خطر يُعتدّ به، بل يشترط أن يكون الخطر جسيماً ويلاحظ من نص الفقرة الثالثة من المادة 330 من قانون العقوبات، أن المشرع لم يضع معياراً يتم من خلاله تقييم درجة الضرر أو الخطر الذي يلحق بالطفل نتيجة أعمال إساءة المعاملة، وفي غياب ذلك يبقى لقاضي الموضوع كامل السلطة التقديرية في تحديد الخطر الجسيم ومدى تأثيره على صحة وأمن وخلق الطفل.<sup>22</sup>

وما يلاحظ أن اشتراط هذا العنصر لقيام هذه الجريمة يجعل الأمر متقارباً بينها وبين الجريمة المنصوص عنها في المادة 269 من قانون العقوبات والتمثلة في منع الطعام أو عدم العناية عمداً بقاصر لم تتجاوز سنّه السادسة عشرة إلى الحد الذي يعرض صحته للخطر.

ومنه يتبين أن الركن المادي لجريمة إساءة معاملة الوالدين للطفل متكون من ثلاثة عناصر المشار إليها أعلاه، وأن انعدام واحد منهما أو أكثر يهدم الركن المادي لهذه الجريمة ويبطل كل متابعة جزائية عليها.

ب- الركن المعنوي: لم يشترط المشرع في الفقرة الثالثة من المادة 330



من قانون العقوبات توافر القصد الجنائي لقيام هذه الجريمة، لكن بإمعان النظر في المسألة نجد أن إقدام أحد الوالدين على القيام بأحد أفعال الإساءة الميينة سابقا، يفترض فيه أن يكون مدركا بأن ما صدر عنه من أفعال يُعد تقصيرا بواجباته الأسرية وينتج عنه الإضرار بالأولاد، لذلك يستوجب متابعته عليها.<sup>23</sup> أما إذا لم يتوافر هذا الإدراك كأن يكون الفاعل مجنونا أو في أية وضعية تجعل أهليته مشوبة بعيب من العيوب، ففي هذه الحالة يخرج الأمر عن نطاق تطبيق المادة 330 من قانون العقوبات .

ثانيا: إجراءات المتابعة الجزائية والجزاء المقررين لجريمة إساءة معاملة الوالدية للطفل:

تأخذ جريمة إساءة معاملة الوالدين للطفل في التشريع الجزائري الجزائري وصف الجنحة وقد قررت لها إجراءات متابعة وجزاء يتمثلا في:

أ- إجراءات المتابعة :

لم يعلّق المشرع الجزائري إجراءات المتابعة في هذه الجريمة على شرط أو قيد، وهذا خلافا لجنحتي ترك مقر الأسرة وترك الزوجة الحامل المنصوص عليهما في المادة 330 من قانون العقوبات، إذ لا يتم فيهما متابعة الجاني إلا بشكوى من الطرف المتضرر.

وقد أحسن المشرع صنعا، حيث تنبه إلى أن الطرف المتضرر في هذه الجنحة هو طفل لم يكتمل نضجه العقلي والجسمي بعد. وعليه فإن المتابعة تخضع للقواعد العامة بحيث يجوز لوكيل الجمهورية بمجرد علمه بوقائع هذه الجريمة مباشرة إجراءات المتابعة تلقائيا ضد المتهم بهذه الجنحة، إما عن طريق الاستدعاء المباشر للحضور أمام محكمة الجench أو القيام بفتح تحقيق، وفي هذه الحالة يجوز للطرف المتضرر التدخل إما أمام قاضي التحقيق أو أمام المحكمة والمطالبة بالتعويض.

وينعقد اختصاص النظر في جنحة إساءة معاملة الوالدين للطفل أمام محكمة موطن الأب أو الأم أو بمكان وقوع الجريمة، أو في المكان الذي تم فيه القبض على أحدهما حتى وإن كان القبض لسبب آخر وذلك وفقا للمادة 329 من قانون الإجراءات الجزائية.<sup>24</sup>

ب- الجزء: يطبق على مرتكب هذه الجنحة نفس العقوبات المقررة للجنح المنصوص عنها في المادة 330 من قانون العقوبات. والتي تتمثل في الحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج، علاوة على ذلك يجوز الحكم على الفاعل بعقوبات تكميلية كالحرمان من الحقوق الوطنية والمدنية من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر.

### الخاتمة

من خلال ما تم ذكره عن جريمة إساءة المعاملة الوالدية للطفل، يتبين أن المشرع الجزائري أضفى عليها صفة الجنحة، وذلك لما تقتضيه هذه الصفة من إجراءات سريعة وسهلة مقارنة بإجراءات الجناية التي تتميز بطولها، كما أنه لم يُضف عليها صفة المخالفة كون العقوبة المقررة لها لا تتناسب مع جسامة أفعال الإساءة، ثم شدد في العقوبة المقررة لها التي تصل حتى إلى الحرمان من الحقوق المدنية والوطنية سواء قد قُضي بإسقاط السلطة الأبوية على الوالدين أو لم يُقضَ بذلك.

ولكن رغم الجهود المعتبرة من طرف المشرع الجزائري لحماية هذه الفئة الضعيفة من الوقوع ضحية لهذه الأفعال، فالواقع المعيش يكشف عن الكثير من جرائم إساءة معاملة الوالدين للأطفال تتم على مرأى ومسمع الناس، وأخرى تُستر في البيوت، ولا تصل إلى الجهات القضائية بحيث كشف آخر تقرير للهيئة الوطنية لترقية الصحة وتطوير البحث عن عشرين ألف (20) طفل معرضين لشتى أنواع المخاطر، وقدّر عدد الأطفال المصرح

بسوء معاملتهم في محيطهم الأسري بعشرة آلاف (10) حالة، وبعد فتح ملف لدراسة هذه الظاهرة تبين أن 80% من سوء المعاملة يعود إلى الوالدين أو إلى أحد أفراد الأسرة<sup>25</sup>، هذه الأرقام لا تعكس حقيقة هذه الظاهرة في الواقع، وذلك في ظل وجود حالات أخرى غير مصرح بها ويصعب الوصول إليها. فالإساءة الجسدية والنفسية في معاملة الوالدين للطفل هي من أكثر أشكال الإساءة الممارسة عليه، ولهما آثار خطيرة على جسد الطفل ونفسيته، فقد تؤدي أحيانا كثيرة إلى وفاته، أو إلى ظهور الاختلال العقلي والاضطراب النفسي الحاد لديه.

وبناء على ذلك فإنه لا يكفي تجريم هذه الأفعال، بل يتعين إيجاد الآليات الكفيلة لوصول مثل هذه الجرائم إلى القضاء حتى يتم معاقبة الجناة والحد من هذه الأفعال المؤذية للطفل.

### **الهوامش:**

- 1 - منيرة بنت عبد الرحمن آل سعود، إيذاء الأطفال أنواعه وأسبابه وخصائص المتعرضين له، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى، 2000، ص 45.
- 2 - L.Barker Robert, the Social Work Dictionary,4th Edition, Washington (DC: NASW press-National Association of Social Workers), 1999. P70
- 3 - منيرة بنت عبد الرحمن آل سعود، المرجع السابق، ص 45
- 4 - محمد سند العكايلة، إضطرابات الوسط الأسري وعلاقتها بجنوح الأحداث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2006، ص 208.
- 5 - منيرة بنت عبد الرحمن آل سعود، المرجع السابق، ص 22.
- 6 - خالد بن محمد بن عبد الله المفلح، "جريمة إهمال الطفل من قبل والديه وعقوبتها في الشريعة الإسلامية والقانون"، رسالة ماجستير، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2005، ص 106.
- 7 - منيرة بنت عبد الرحمن آل سعود، المرجع السابق، ص 23
- 8 - ساري سواقد، فاطمة الطراونة، «إساءة معاملة الطفل الوالدية» مجلة دراسات، الأردن، العدد الثاني، لعام 2000، ص 415.
- 9 - عبد الرحمن عسيري، الأنماط التقليدية والمستحدثة لسوء معاملة الأطفال، مؤلف جماعي، مركز

الدراسات والبحوث، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، طبعة 2001، ص 25.

J. Wells Susant, Child Abuse & Neglect Overview, Nyclopedia Of Social Work ,19th- 10  
Edition Volume 1, Washington (DC: ASW press-National Association of Social Workers) , 1996  
pp 353-364.

- 11 - ويتضح ذلك من خلال الفقرة 03 من المادة 330 من قانون العقوبات التي تنص على: "أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو واحد أو أكثر منهم أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو يكون مثلاً سيئاً لهم للإعتياد على السكر أو سوء السلوك. أو بأن يهمل رعايتهم أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم".
- 12 - منيرة بنت عبد الرحمن آل سعود، المرجع السابق، ص 47.
- 13 - عبد الرحمن عسيري، المرجع السابق، ص 16.
- 14 - ساري سواقد، فاطمة طراونة، المرجع السابق، ص 416.
- 15 - نفس المرجع، ص ص 416، 417.
- 16 - جريدة النهار، العدد الصادر يوم 11 ديسمبر 2010 بحيث أدين أحد الآباء بـ 18 شهر حبسا نافذاً بتهمة التورط في جريمة أخلاقية حيث اعتدى الجاني على ابنته التي تبلغ من العمر 12 سنة وابنه البالغ من العمر 9 سنوات.
- 17 - المادة 330 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009.
- 18 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومة، الجزائر، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، 2006، ص 154.
- 19 - نفس المرجع، ص 152.
- 20 - المادة 36 من الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري والمعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 التي تنص على أن "يجب على الزوجين...3-
- التعاون على مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد وحسن تربيتهم"
- 21 - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 153
- 22- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الثانية، 2002، ص 23.
- 23 - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 153
- 24 - نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص 242
- 25 - وضعية الطفولة بالجزائر من موقع الانترنت [www.el-massar.com](http://www.el-massar.com) / يوم 04 جويلية 2009.

## تفتيش المنظومات المعلوماتية في القانون الجزائري

بقلم

د / رضا هميسي

كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة ورقلة



### الملخص

يعتبر التفتيش عن الجريمة المعلوماتية في البيئة الرقمية من أصعب أنواع التفتيش، ويرجع ذلك إلى التطور المذهل في تكنولوجيا الإعلام والاتصال، وإن كان ذلك يخضع للقواعد المتعارف عليها في التفتيش طبقا لقانون الإجراءات الجزائية، إلا أنه يتميز بخصوصية معينة نظرا لطبيعة الجريمة المستهدفة وطبيعة تركيبها، فضلا عن مسرح الجريمة الذي هو عبارة عن بيئة افتراضية.

فأدلة الجريمة المبحوث عنها هي أدلة معلوماتية وهي عبارة عن بيانات مخزنة في حواسيب وأجهزة إلكترونية قد تتواجد في أماكن عدة سواء في الداخل أو في الخارج، ومن ثم فإن البحث عنها واكتشافها عملية بالغة التعقيد والصعوبة وتتطلب مهارة فنية وكفاءة عاليتين من لدن الجهات المباشرة لها.

ويبحث هذا المقال في مفهوم التفتيش في الأنظمة المعلوماتية من خلال إبراز خصائصه وشروطه الموضوعية والشكلية وكذلك متطلبات تنفيذه وآثاره من حيث الحجز على المعطيات المعلوماتية ومنع الوصول إليها.

### Résumé:

La perquisition de la cybercriminalité dans l'environnement numérique est une recherche difficile à mener et cela revient au développement étonnant des technologies de l'information et de communication et ce, malgré la soumission de ce domaine aux même règles de perquisition en conformité avec le Code de Procédure Pénale et malgré sa particularité quant à la nature et du crime, et de son auteur et de l'environnement, généralement virtuel.

Par ailleurs, les preuves, qui attestent du crime, ce sont que des données prises à des ordinateurs aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur du pays. D'où la complexité des processus de la recherche et de la perquisition qui exigent des compétences certains et de haute efficacité de ceux qui doivent mener la perquisition.

Enfin, cet article vise à la clarification de la notion de perquisition liée à l'environnement informatique à travers la mise en évidence de ces caractéristiques, de ses moyens matériels et formels ainsi que sa mise en œuvre, et ces effets et ce, sans omettre les questions liées à la saisie de données informatiques et à l'interdiction d'accès aux données.

### مقدمة:

التفتيش هو إجراء من الإجراءات التي تهدف إلى البحث عن ملبسات الجريمة وهو إجراء يمس حقوق الإنسان كونه يتعلق بخصوصيته وبسره وبحرمته مسكنه، والتفتيش هو الوسيلة التي يتم بموجبها كشف الحقيقة وضبط الأدلة الجنائية على الجريمة وصحة إسنادها إلى الجاني؛ لذلك فقد أحاطه المشرع بعدة إجراءات و ضمانات.

ومع تطور تكنولوجيا الإعلام والاتصال ظهر نوع جديد من الإجرام المستحدث؛ ونعني به الجرائم التي ترتكب عن طريق تقنية المعلومات وهو ما سمي بالجرائم المعلوماتية أو الإلكترونية.<sup>1</sup> وتختلف هذه الجرائم اختلافاً كبيراً عن غيرها من الجرائم التقليدية في وسائل ارتكابها وفي طبيعة الأشخاص الذين يقومون بها وكذلك تختلف عنها في مسرح الجريمة.

وبالتالي فإن مشكلة البحث عن الجريمة في البيئة الالكترونية تنبع من

طبيعة هذا النوع المستحدث من الإجرام فهي جريمة تتعلق ببيانات معالجة الكترونيا وكيانات غير مادية يصعب الكشف عنها، ويصعب في غالب الأحيان جمع الأدلة بشأنها والتفتيش عنها بالطرق المألوفة في الجريمة التقليدية. وتزداد المهمة صعوبة عندما يتعلق الأمر بتفتيش بيانات وأنظمة معلوماتية موجودة خارج النطاق الوطني، لأن الأمر قد يصطدم بسيادة دولة أخرى؛ في الحالة التي يلجأ فيها بعض المجرمين إلى تخزين البيانات أو المعلومات المتعلقة بالجريمة بالخارج. كما يثير التفتيش في مجال أنظمة الاتصال الإلكترونية ضرورة وضع ضوابط إجرائية لها، تعمل على إقامة التوازن بين الحرية الفردية وحرمة الحياة الخاصة للأفراد وبين تحقيق الفاعلية أثناء عملية التحقيق في كشف الجريمة وضبط فاعليها وتقديمهم للمحاكمة.

وبالتالي فإن هذه المقال سيتعرض إلى مفهوم التفتيش في المنظومات المعلوماتية، وإلى شروط إجرائه وكيفية تنفيذه وبحث الآثار المترتبة عنه بحسب التشريع الجزائري.

وسيتيم تناول كل ذلك وفقا للنصوص التي جاء بها القانون رقم 09-04 المتضمن القواعد العامة الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، فضلا عن أحكام قانون الإجراءات الجزائية.

### المبحث الأول

#### مفهوم التفتيش

##### المطلب الأول: تعريفه

التفتيش بمعناه القانوني هو إجراء من إجراءات التحقيق، ووظيفته البحث عن أدلة الجريمة. فهو ليس دليلا بذاته وإنما هو وسيلة للحصول على دليل،

ولم تتضمن مختلف التشريعات تعريفاً للتفتيش مما يترك المجال للفقه والقضاء للتطرق إلى هذه المسألة. وقد وضع الفقه عدة تعريفات لعملية التفتيش؛ فقد عرفه البعض بأنه إجراء من إجراءات التحقيق، تقوم به سلطة حددها القانون يستهدف البحث عن الأدلة المادية لجناية أو جنحة تحقق وقوعها في محل خاص يتمتع بالحرمة بغض النظر عن إرادة صاحبه.<sup>2</sup>

كما عرفه البعض الآخر بأنه: " إجراء من إجراءات التحقيق فهو ليس عملاً إدارياً من أعمال الضبط الإداري وإنما هو عمل من أعمال التحقيق والضبط القضائي لجمع الأدلة عن جريمة معينة بعد قيام الاتهام ضد شخص معين " .<sup>3</sup>

وهناك من يعرفه: " التفتيش هو البحث عن مكنون سر الأفراد على دليل للجريمة المرتكبة أو البحث عن الدليل وهو إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي الذي يخوله القانون لقاضي التحقيق أصلاً واستثناء لضباط الشرطة القضائية " .<sup>4</sup>

ومنهم من عرفه بأنه البحث والتحري داخل سر الأفراد عن أدلة تقيّد لإثبات جريمة معينة ارتكبت فعلاً وهو الإجراء من الإجراءات التحقيق.<sup>5</sup>

أما تفتيش الأنظمة المعلوماتية، فقد عرفه بعض الفقهاء بأنه البحث في مستودع سر المتهم عن أشياء مادية أو معنوية تفيد في كشف الحقيقة ونسبتها إليه أو هو البحث الدقيق والإطلاع على محل منحه القانون حماية خاصة باعتباره مستودع سر صاحبه سواء كان مسكناً أو جهاز حاسوب أو أنظمة أو الانترنت<sup>6</sup>. وتفتيش النظم المعلوماتية هو إجراء يسمح بجمع الأدلة المخزنة أو المسجلة بشكل إلكتروني، ويستهدف ضبط أدلة الجريمة مثل البرامج غير المشروعة والملفات المخزنة في الحواسيب، والمعطيات المعلوماتية



## والانصالات الإلكترونية.

ويقصد بالمنظومة المعلوماتية في التشريع الجزائري " أي نظام منفصل أو مجموعة من الأنظمة المتصلة ببعضها البعض أو المرتبطة، يقوم واحد منها أو أكثر بمعالجة آلية للمعطيات تنفيذ برنامج معين ".<sup>7</sup>

وإجمالاً فإن التفتيش، سواء أكان في شكله التقليدي أو الحديث، هو إجراء من إجراءات التحقيق التي تهدف إلى ضبط أدلة الجريمة موضوع التحقيق، وكل ما يفيد في كشف الحقيقة، وعن أشياء تفيد في معرفتها ونسبتها إلى المتهم.

### المطلب الثاني: خصائصه

من خلال التعريف الذي وضعه الفقه للتفتيش على نظم المعلوماتية يتبين أنه يتميز عن غيره من الإجراءات التي تهدف إلى إثبات الجريمة كالشهود والخبرة والمعينة بعدة خصائص أهمها:

- إن التفتيش في المنظومات المعلوماتية شأنه في ذلك شأن التفتيش بشكل عام؛ فيه تعرض قانوني لحرية المتهم الشخصية أو لحرمة مسكنة بغير إرادته ورغما عنه. وفيه اعتداء على أسرارته وعلى حياته.

- يعتبر التفتيش وسيلة من وسائل التحري عن مختلف الأدلة المعنية والمادية للجريمة؛ يهدف إلى جمع الأدلة التي تؤدي إلى كشف الحقيقة وضبطها والوصول إلى دليل حاسم، والوصول إلى الدليل في التحقيق الجنائي، إذ لا يدان شخص ولا يجازى دون دليل.<sup>8</sup>

- كما يعتبر التفتيش قيدياً على حرمة وحصانة الشخص وفيه مساس بحق الشخص في السر، فهو اعتداء على أسرارته سواء الموجودة على مستوى

نظامه المعلوماتي أو جهاز حاسوبه أو حتى بريده الإلكتروني وفيه مساس بقاعدة حرمة الشخص في ذاته أو في رسائله، ويترتب على كون التفتيش يتضمن مساسا بحق السر أنه يخرج عن نطاقه كل إجراء لا يمس سرا لأحد فلا يعد تفتيشاً الإجراء الذي يمس شيئاً مكشوفاً ظاهراً للعيان.

- يسمح التفتيش أو البحث في الشبكات الإلكترونية عن الجرائم المعلوماتية؛ باستخدام قواعد وأساليب التحقيق الجنائي الفني المعروفة، بتقنيات خاصة، فريدة أو غير مسبوقة. فهو بعكس التفتيش في معناه التقليدي ( الكلاسيكي ) لا يتطلب - في كثير من الأحيان - الانتقال إلى مساكن الأشخاص الذين يشتبه في أنهم ساهموا في الجريمة، وإنما قد يتم عن بعد أو ما يعرف بالتفتيش على الخط *perquisition en ligne* كما تتطلب فيمن يباشر تحقيقها أن يكون متخصصاً في التحقيق الجنائي ومعالجة البيانات والمراجعة والحسابات.<sup>9</sup>

- يتميز تفتيش المنظومات المعلوماتية أن المحتوى المعلوماتي يتميز بطابعه اللامادي وتجاوزه الحدود الوطنية والفورية وسهولة إتلافه أو مسحه أو تغييره في أوقات قياسية. فهو تفتيش للفضاء الافتراضي وأوعية التخزين وتفتيش للبيانات التي يحفظها جهاز الحاسوب.<sup>10</sup>

- كما يتميز التفتيش في الفضاء الرقمي بأنه عملية معقدة ومتشابكة؛ تقتضي من القائمين عليها أن يكون على دراية واسعة وكفاءة عالية في البحث عن المعلومة، وفي معالجة المعطيات وتحليلها وفك طلاسمها، ويزداد الأمر صعوبة في ظل التزايد المتسارع في حجم القرص الصلب للحواسيب، وما ينجم عنه من وجود كم هائل من الملفات المراد فك رموزها وتحليلها.<sup>11</sup>

- إن تفتيش الأنظمة المعلوماتية فيه مساس خطير بالحياة الخاصة، كونه

يتضمن وضع ترتيبات تقنية لمراقبة الاتصالات الإلكترونية، وفيه تسجيل وتجميع آني وفوري لهذه الاتصالات، وكذا القيام بعمليات التفتيش والحجز داخل المنظومات المعلوماتية. ولعل المثال الواضح الآثار التي يتركها متصفح الإنترنت، والتي من خلالها يمكن تجميع كم هائل عن حياته الخاصة<sup>12</sup>، من قبيل صفحات الويب التي اطلع عليها، ووقت دخوله إلى الشبكة، ومدة بقاءه فيها، والأشخاص الذين تواصل معهم، والملفات التي تبادلها، فضلا عن معرفة محتوى صندوق بريده الإلكتروني. ذلك أن كثيرا من المعطيات السلوكية التي يدونها مستعمل الشبكة العنكبوتية تترك آثارا عليها<sup>13</sup>، وفي حالة إساءة استعمال هذه البيانات والمعلومات، أو توجيهها إلى العنوان الخطأ؛ فإنه يمكن استغلالها من قبل الجهات والهيئات المهمة بالبحث عن سلوك المستخدمين، خاصة إذا علمنا أن جمعها والبحث عنها يتم دون علم أو رضا ذلك المستخدم.<sup>14</sup>

## المبحث الثاني

### شروط إجراء التفتيش وتنفيذه

يقتضي التفتيش أو الضبط أو المصادرة في مجال أنظمة الاتصال الإلكترونية ضرورة وضع ضوابط إجرائية لها، تعمل على إقامة التوازن بين الحرية الفردية وحرمة الحياة الخاصة للأفراد، وبين تحقيق الفاعلية المطلوبة للأجهزة الأمنية، وسلطات التحقيق في كشف غموض الجريمة وضبط فاعليتها والتحقيق معهم وتقديمهم للمحاكمة.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو: هل يمكن تطبيق القواعد الإجرائية في التفتيش وفقا للإجراءات المألوفة؟ أم أن هناك إجراءات خاصة بالتفتيش في البيئة الرقمية؟ كما أن مسألة تنفيذ التفتيش تتطلب جملة من الترتيبات ينبغي

مراعاتها، سواء من حيث القائم به أو من حيث الإجراءات المتبعة. وستتولى توضيح شروط التفتيش الموضوعية والشكلية فضلا عن بيان كيفية تنفيذه.

### المطلب الأول: الشروط الموضوعية لتفتيش نظم المعلوماتية

ينبغي أن يجرى التفتيش وفقاً لشروط موضوعية معينة، وعلى الجهة القائمة به أن تراعيها؛ وإلا كان عملها خالياً من أي أثر قانوني وتمثل هذه الشروط في سبب التفتيش والمحل المراد تفتيشه، وستتولى بيان ذلك فيما يأتي:

#### الفرع الأول: سبب تفتيش نظم المعلوماتية

إن التفتيش بوصفه إجراء من إجراءات التحقيق يكون عادة عند وقوع جريمة من الجرائم وإسنادها إلى شخص معين سواء بصفته مرتكباً مباشراً أو مساهماً فيها أو توافر أدلة أو قرائن على وجود أشياء تفيد في إثبات الجريمة أو الكشف عنها. ويقصد بالسبب من التفتيش هو الحصول على الدليل في تحقيق قائم بقصد كشف الحقيقة .

ويفترض أن التفتيش يجب أن يستند عند إجرائه إلى مبررات توضح السبب والهدف منه، وتمثل هذه المبررات فيما يأتي:

1 - وقوع جريمة معلوماتية: يتعين لإجراء عملية تفتيش المنظومات المعلوماتية أن تكون الجرائم قد وقعت فعلاً يتعين أن تكون قد وقعت فعلاً جريمة معلوماتية معينة، فلا يمكن إجراء التفتيش من أجل جريمة محتملة الوقوع حتى ولو كانت هناك مؤشرات على جدية احتمال وقوعها<sup>15</sup> وهو شرط مستقى من طبيعة التفتيش باعتباره عملاً من أعمال التحقيق الابتدائي.<sup>16</sup>

وفي مفهوم القانون الجزائري فإننا نكون بصدد جريمة معلومانية<sup>17</sup> أو إحدى الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال؛ جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات<sup>18</sup> وأي جريمة أخرى ترتكب أو يسهل ارتكابها عن طريق منظومة معلومانية<sup>19</sup> أو نظام للاتصالات الإلكترونية، أو أي جريمة ترتكب عن طريق وسائل الإعلام الإلكترونية<sup>20</sup> أو أية وسيلة اتصال أخرى كالهاتف النقال، أو آلة تصوير رقمية، أو جهاز تسجيل.

2- توجيه التهمة إلى شخص وإسنادها إليه: يتعين للقيام بإجراء التفتيش بالإضافة إلى وقوع الجريمة أن يكون هناك اتهام موجه إلى شخص أو عدة أشخاص سواء بصفته فاعلاً أو شريكاً أو حائزاً لأشياء تتعلق بالجريمة من جرائم تكنولوجيا الإعلام والاتصال. معنى ذلك أن تتوافر في حق المراد تفتيشه دلائل قوية وكافية تدعو إلى الاعتقاد بأنه ساهم في ارتكاب الجريمة المعلومانية، ولا يقتصر الأمر على مجرد تجميع القرائن والأدلة التي تفيد وقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها، بل يجب أن تتضمن كذلك المعلومات والقرائن التي تعزز موقف المشتبه فيه وتنفي عنه ارتكابه للجريمة.<sup>21</sup>

كما يجب أن يكون الاتهام جدياً ومبنياً على أدلة وقرائن قانونية وعليه يتعين على الجهة التي تمنح الإذن بالتفتيش أن تراقب هذه الإجراءات. فالتفتيش لا يجوز إجراؤه إلا إذا كان هناك احتمال للعثور على دليل من ورائه<sup>22</sup>؛ فالاشتباه مبناه الظن، فلا يكفي مجرد الظن أو الاشتباه بل ينبغي توفر بعض الأدلة والقرائن المعقولة والجديّة التي تحمل على الاعتقاد بوقوع جريمة معلومانية ونسبتها إلى المتهم المراد تفتيش منظومته المعلومانية أو نظام اتصالاته الإلكترونية.

### الفرع الثاني: محل تفتيش نظم المعلوماتية

يقع التفتيش دائما على مستودع السر الذي يحتفظ به المرء بالأشياء المادية واللامادية التي تتضمن سره، وينصب محل تفتيش نظم المعلوماتية على كل ماله صلة بهذه النظم من برامج وآلات وأجهزة الحاسوب وغيرها من الأجهزة الإلكترونية؛ ويكون التفتيش إما للأشخاص وإما للمساكن التي توجد فيها تلك الأجهزة أو الشبكات المعلوماتية.

وقد يرد التفتيش على المكونات المادية للحاسب الآلي (Hardware) وملحقاته، وهذه لا خلاف يُذكر حول خضوعها للتفتيش والضبط طبقاً لقواعد قانون الإجراءات الجزائية، بما في ذلك البيانات المخزنة في أوعية أو وسائل مادية كالأشرطة الممغنطة والأقراص الصلبة والضوئية، وذلك تبعاً للمكان أو الحيز الموجودة فيه<sup>23</sup> ومن ثم، إذا كانت موجودة بمسكن المتهم أو أحد ملحقاته فتحكمها القواعد ذاتها التي يخضع لها تفتيش المسكن؛ إذ يجوز تفتيشها وضبطها متى كان تفتيش المسكن جائزاً، والعكس صحيح. وفي حال وجودها في مكان عام فيحكمها ما يحكم هذا المكان من أحكام، وهلم جرا.<sup>24</sup> أما إذا كانت في حوزة شخص خارج مسكنه، فإن تفتيشه عندئذٍ يخضع للقواعد ذاتها التي يخضع لها تفتيش الشخص بوصفه أحد متعلقاته، ويستوي أن يكون الحائز هو مالك الجهاز أم سواه.

ومن ناحية أخرى، وهو موضوع هذا المقال، إن التفتيش وما في حكمه قد يرد على الجانب المنطقي للحاسوب (Software)، المتمثل في المعلومات والبيانات المعالجة والمخزنة إلكترونياً، وهي محل جدل كبير حول صلاحيتها لأن تكون موضوعاً للتفتيش والضبط من عدمها<sup>25</sup>؛ وممكن هذا الجدل هو صعوبة تطبيق القواعد العامة التقليدية للقانون. فالجرائم

التقليدية ضد الأموال يقصد بها حماية الأفعال المادية في حين أن استعمال المعلوماتية يشكل أموالاً غير مادية.<sup>26</sup> لذلك فإنه يسهل اكتشاف أمر الجرائم التي ترتكب على الكيانات المادية للحاسوب وضبطها، إما الجرائم التي تقع على الكيانات المعنوية فإنه يصعب اكتشافها إذا ظلت على صورتها المعنوية.<sup>27</sup>

وهكذا فإن محل التفتيش يشمل المكونات المادية والمعنوية للمنظم المعلوماتية؛ وهو يمتد إلى البيانات والمعلومات والبرمجيات المخزنة في الحواسيب فضلا عن الأقراص والأشرطة، وغيره من وسائل الاتصال الحديثة كالهواتف الخلوية، والهواتف الذكية، وشرائح الهاتف (carte SIM)، وبطاقات الذكراة، وآلات التصوير الرقمية. كما قد يرد التفتيش أيضا على بطاقات فك التفسير الخاصة بالتلفزيون الرقمي.<sup>28</sup>

ويميز المشرع الجزائري في تفتيش المنظومات المعلوماتية بين ما إذا كانت المنظومة متصلة بنظام آخر داخل التراب الجزائري، أو كانت المنظومة متصلة بمنظومة معلوماتية تقع خارج الإقليم الوطني.<sup>29</sup>

الحالة الأولى: إذا كانت المعطيات المبحوث عنها مخزنة في منظومة معلوماتية أخرى، ويمكن الولوج إليها انطلاقا من المنظومة الأولى، فإنه يجوز تفتيش هذه المنظومة بسرعة دون استصدار إذن قضائي، وإنما يكفي إعلام السلطة القضائية المختصة بذلك (المادة 5 ف 2 من قانون 04/09)، ولعل انتظار صدور الإذن من السلطات المختصة قد يأخذ بعض الوقت ما قد يؤدي إلى تلاشي الدليل واندثاره في وقت قياسي كأن يقوم المشتبه فيه بمحوه وإتلافه<sup>30</sup> إذ يكفي الضغط على مكان معين لإنهاء وجود المعلومة، ومن ثم تتبخر عناصر الإثبات ما يشكل صعوبة في إيجاد دليل حاسم. لذلك

فإن استصدار إذن قضائي في مثل هذه الحالات لا طائل منه.

الحالة الثانية: وهي الحالة التي تكون فيها المعطيات المراد تفتيشها مخزنة في منظومة معلوماتية تقع خارج الإقليم الوطني الجزائري، والتي يمكن الدخول إليها انطلاقاً من المنظومة الأولى، فإنه يجوز للسلطات المختصة وكذا ضباط الشرطة القضائية تفتيش هذه المنظومة، ولا يعد ذلك أبداً انتهاكاً لسيادة دولة أخرى، طالما أن مقتضيات التعاون الدولي تستدعي محاصرة هذه الجرائم؛ وطلب مساعدة سلطات الدول الأجنبية، طالما أن ذلك يتم في إطار الاتفاقات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف التي أبرمتها الجزائر، وطبقاً لمبادئ القانون الدولي والعلاقات الودية بين الدول التي تنص على مبدأ المعاملة بالمثل. (المادة 5 ف 3 من قانون 04/09)

#### المطلب الثاني: الشروط الشكلية لتفتيش النظم المعلوماتية

يتطلب القانون شروطاً شكلية معينة ينبغي مراعاتها عند مباشرة التفتيش، والغرض من تلك الإجراءات إحاطة المتهم بضمانات لحماية حريته، ومن المتعارف عليه أن الإجراءات الشكلية لأي إجراء ومنها التفتيش لا ترمي إلى تحقيق مصلحة العدالة في ضمان صحة الإجراءات التي تتخذ لتجميع الأدلة بل تهدف إلى حماية الحريات الفردية والحقوق الخاصة للأفراد وضمان صيانتها<sup>31</sup>.

الفرع الأول: أن يجري التفتيش بحضور أشخاص يحددهم القانون

تشرط معظم التشريعات للقيام بعملية التفتيش حضور أشخاص معينين يحددهم المشرع، وتختلف هذه الأشخاص حسب كل تشريع فهناك من يشترط ضرورة حضور المتهم أو من ينوبه أو صاحب المسكن أو شاهدين



يحدددهم القائم بالتفتيش أو من يأمر به ولحضور هؤلاء الأشخاص أهمية مزدوجة؛ فهو من جهة يعد بمثابة رقابة على القائم به، ومن جهة ثانية يوفر جواً من الطمأنينة والثقة لدى من يجرى تفتيش مسكنة.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد اشترط لإجراء عملية التفتيش في المعطيات المخزنة في المنظومة المعلوماتية، إعمال قاعدة الحضور تطبيقاً لأحكام المادة 05 من القانون 04/09 التي تحيل إلى الأحكام العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية؛ ومن ثم فإنه يشترط ضرورة حضور صاحب مسكن المشتبه في ارتكابه الجريمة أو صاحب مسكن شخص من الغير يحوز أوراقاً أو أشياء تتعلق بالجريمة لعملية التفتيش أو من ينوبهما أو حضور شاهدين إذا تعذر حضورهما بحسب ما نصت عليه أحكام المادة 45 من ق.إ.ج.

ومما سبق ذكره، يمكننا القول أنه في حال ارتكاب أحد الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال يسمح إذن التفتيش للشخص المكلف بتنفيذه سلطة تفتيش المكان للبحث عن الأشياء، وأيضاً البحث في داخل النظام المعلوماتي الموجود في المكان المحدد للحصول على معلومات يمكن أن تستخدم كدليل على ارتكاب الجريمة وضبط هذه المعلومات وحفظها.

الفرع الثاني: أن يتم تحرير محضر خاص بعملية التفتيش

لما كان التفتيش عملاً من أعمال التحقيق فإنه يتوجب تدوينه، ويكون ذلك بإعداد محضر يُثبت فيه ما تم من إجراءات بشأنه وما أسفر عنه من أدلة، ويجب أن يتضمن المحضر المحرر عن عملية التفتيش وصف العملية من بدايتها إلى نهايتها، مع تبيان وقت بداية العملية ونهايتها وكذا جرد

الأشياء وضبطها التي يتم حجزها أثناء عملية التفتيش. ويجب أن يمضى هذا المحضر من طرف القائم بالتفتيش ومن الأشخاص الذين يحدد القانون ضرورة إمضائهم لذلك المحضر.

ويشترط القانون الجزائري حضور كاتب أثناء إجراء التفتيش طبقا لنص المادة 79 من ق.إ.ج على قاضي التحقيق أثناء قيامه بعملية التفتيش أن يصطحب معه كاتب ويتعين عليه تحرير محضر يمضى من طرفه ومن طرف الكاتب.

ولا تشترط التشريعات عادة شكلا معيناً لمحاضر التفتيش وإنما تشترط فيها أن تتضمن بيانات معينة تختلف من تشريع إلى آخر كضرورة إمضائها من طرف القائم بالتفتيش والكاتب أحيانا.

وفيما يخص شكل المحضر فإن المشرع الجزائري لم يشترط شكلا خاصا في محضر التفتيش، وبالتالي فهو لا يشترط لصحته سوى ما تستوجبه القواعد العامة في المحاضر بشكل عام أي يجب أن يتضمن كافة البيانات المتعلقة بعملية التفتيش و بيان صفة القائم بالتفتيش ومن حضر التفتيش.

ويختلف الأمر عما إذا كان التفتيش تم من طرف ضابط الشرطة القضائية الذي يخضع للقواعد العامة التي يجب أن تتضمنها المحاضر المحررة من طرف الضبطية القضائية؛ عنه إذا كان قد أجرى من طرف قاضي التحقيق الذي يشترط أن يكون مصحوبا بكاتب وأن يمضي المحضر من الكاتب وإلا كان باطلا.

ونرى أن تحرير محضر عن عملية التفتيش هي لازمة وذلك لتمكين الجهات القضائية المختصة بنظر مدى احترام الإجراءات المتطلبية في عملية

التفتيش ومن ثم بسط رقابتها على شرعية الإجراء، لذلك ففي حالة عدم إتباع هذه المتطلبات فقد رتب المشرع الجزائي بطلان على عدم احترام الإجراءات المنصوص عليها في المواد 48 من ق.ا.ج. وأنه من المعلوم أن بطلان إجراءات التفتيش يؤدي إلى بطلان واستبعاد الدليل المحصل من هذه العملية .

### المطلب الثالث: إجراءات تنفيذ تفتيش نظم المعلوماتية

حتى يكون التفتيش صحيحا ومنتجا لأثره، يجب أن يجرى من طرف ذي صفة، وإتباع إجراءات محددة حتى لا يخرج عن إطاره المحدد له وغايته وكذا يجب أن يتم في الوقت المحدد له قانونا .

الفرع الأول: صفة القائم بالتفتيش ومساعديه

لا يتم التفتيش من طرف أي شخص كان بل يتعين أن يتم من قبل الأشخاص الذين يحددهم القانون ويعطيهم صلاحيات القيام بإجراءاته. ويختلف هذا الأمر من دولة إلى أخرى باختلاف النصوص الإجرائية المنظمة لعملية التفتيش؛ فهناك من يشترط أن يقوم به المدعى العام أو قاضي التحقيق أو ضابط الشرطة القضائية، وهناك من التشريعات من تعطي هذه الصلاحية لجميع هؤلاء. أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أعطى صلاحية إجراء التفتيش إلى السلطات القضائية: النيابة أو التحقيق وكذا ضباط الشرطة القضائية طبقا لنص المادة 5 من قانون 04 / 09.

ونظرا لخصوصيات جرائم نظم المعلومات، وتعقدها وتشابكها، فضلا عن صعوبة البحث عن الدليل، وصعوبة القبض على مرتكبيها؛ فإن هذا يؤدي إلى مراعاة هذه الخصوصيات عند القيام بإجراء التفتيش على نظم

المعلومات، ويتعين مراعاة الدقة في التعامل مع الأجهزة والبرامج الموجودة عليها وأخذ الاحتياطات اللازمة<sup>32</sup>. ولأجل ذلك فإن الاستعانة بأهل الاختصاص هي ضرورة ملحة تقتضيها ظروف الحال.

وبحسب التشريع الجزائري فإنه يمكن للسلطات المكلفة بالتفتيش أن تأمر كل شخص يفترض أن له دراية خاصة بالأنظمة المعلوماتية موضوع التفتيش أو بالتدابير المتخذة لحماية المعطيات المعلومات المخزنة فيها، بغرض مساعدتها وتزويدها بكافة المعلومات الضرورية لإنجاز مهمتها (المادة 5 الفقرة 4 من قانون 04 / 09)، وتتمثل مهمة الشخص - الخبير - في تقديم التوضيحات الكافية حول كيفية تشغيل هذه الأنظمة وطريقة النفاذ إليها أو إلى المعطيات المخزنة أو المعالجة أو المنقولة في شكل يمكن فهمه وإدراكه.<sup>33</sup>

كما أن أمر التسخير المنصوص عليه في الفقرة 4 من المادة 5، يمتد ليشمل أيضا مقدمي الخدمات<sup>34</sup> الذين يشترط عليهم القانون الالتزام بتقديم المساعدة للسلطات المكلفة بالتحريات القضائية. ومناطق هذا الالتزام هو المسؤولية التي يتحملها مقدم خدمات "انترنت" عن محتوى الصفحات والمعطيات التي يستخرجها ويأويها.<sup>35</sup>

وتتمثل المساعدة المطلوبة في جمع المعطيات وتسجيلها التي لها علاقة بمضمون الاتصالات في حينها ووضعها تحت تصرف السلطات المختصة بالتحقيق (المادة 10 فقرة 2)، وهو ما يعبر عنه بـ "الجمع الحيني للمعطيات الالكترونية"<sup>36</sup>. كما يتعين على مقدمي الخدمات القيام بحفظ هذه المعطيات<sup>37</sup> لفترة لا تزيد عن سنة ابتداء من تاريخ التسجيل.<sup>38</sup>

كما أن هناك جهة أخرى تضطلع بمهمة مساعدة السلطات القضائية

ومصالح الشرطة القضائية في التحريات التي تجريها؛ ونعني بها " الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال"<sup>39</sup>، وذلك عن طريق تجميع المعلومات وإنجاز الخبرات.

### الفرع الثاني: ميعاد تنفيذ التفتيش

لقد اختلفت التشريعات في تحديد الوقت الذي يتم فيه إجراء التفتيش فهناك من التشريع ما يسمح بالتفتيش في أي وقت من الأوقات نهاراً أو ليلاً وهناك من يسمح به نهار فقط، وهناك من يسمح به نهاراً وليلاً استثناءً، أما المشرع الجزائري قد أباح إجراء التفتيش من الخامسة صباحاً إلى الثامنة ليلاً كقاعدة عامة ما عدا في الحالات الاستثنائية طبق للمادة 47 ق.إ.ج .

ونظراً لطبيعة المعطيات المعلوماتية وسرعة إتلافها وفسخها أو تعديلها بكل سهولة، كما قدمنا، خاصة إذا تناهى إلى علم المشتبه به بوجود تفتيش، فيقوم بكل سهولة بمسح الدليل أو تحويله؛ لذلك فإن أغلب الفقهاء يرون بأنه يستلزم في ما يخص التفتيش على نظام المعلوماتية ترك إجراءاته في أي وقت من أوقات النهار أو الليل وذلك حسب ما تقدره الجهة القائمة بالتحقيق. وقد أخذ بهذا الرأي المشرع الجزائري حيث أباح فيما يتعلق بجرائم المعلوماتية إجراء التفتيش ليلاً أو نهاراً وفي جميع الأوقات ويشترط الحصول على إذن من الجهة القضائية المختصة ( المادة 47 / 3 ق.إ.ج ) .

## المبحث الثالث

### آثار التفتيش

يهدف إجراء التفتيش إلى الحصول على الدليل لإثبات الجريمة محل التحقيق وإسنادها إلى شخص معين فإذا كانت نتائج التفتيش إيجابية وتم العثور على المعطيات المبحوث عنها فإنه يجب ضبطها وحجزها إذا كانت

قابلة للحجز، وفي حالة استحالة ذلك، فإنه يجوز للسلطات المختصة للجوء إلى منع الوصول إليها. وستتطرق إلى ذلك وفقا لما يأتي:

#### المطلب الأول: حجز المعطيات المعلوماتية

إذا كان من المعروف في التفتيش في الجرائم العادية بأنه يتم ضبط الأشياء وحجزها التي تفيد في إثبات الجريمة وهي أشياء مادية إذ يتم جرد المنقولات ووضعها في أحرار ونقلها بينما يتم التحفظ على العقارات وتشميعها للمحافظة على آثار الجريمة فإن الأمر يختلف عنه في الجريمة المعلوماتية لأنها تتضمن أشياء مادية تتمثل في أجهزة الحاسوب ولواحقها، والأقراص الصلبة والمرنة، وأشرطة التخزين، وأجهزة الإرسال<sup>40</sup>، وأشياء معنوية غير محسوسة تتمثل في البيانات والنظم والبرامج الموجودة التي تكون محل التفتيش.

فبالنسبة للأشياء المادية، فلا جدال في إمكانية ضبط وحجز جميع الأشياء المفيدة في إظهار الحقيقة والنتيجة عن عملية التفتيش وإذا كانت هذه الأشياء مادية والتي يمكن أن يكون من بينها أجهزة الحاسوب أو إحدى مكوناته المادية فإنه يجوز حجزها إذا كانت تفيد في إظهار الحقيقة ويتعين جرد هذه الأشياء وتحرير محضر عنها وإرفاقه بملف الإجراءات ويتعين على القائم بالتفتيش والحجز أن يحافظ على هذه الأجهزة بالحالة التي كانت عليها (المادة 84 ق.إ.ج).

أما فيما يتعلق بالأشياء اللامادية أو المعنوية فقد اختلف الفقهاء فيما يتعلق بحجز وضبط البيانات المعالجة والمعطيات المخزنة في الحاسوب أو النظم المعلوماتية. وظهر هناك اتجاهان<sup>41</sup>:

الاتجاه الأول: ويرى أنصاره أنه لا يمكن تصور إجراء الحجز وضبط الكيانات المنطقية لانتفاء الكيان المادي لها. إلا أن هذه النظرية عفا عنها الزمن ولم تعد تساير متطلبات التفتيش عن الجريمة في المجتمع الرقمي، ما أدى إلى هجرها من قبل الفقه.<sup>42</sup>

الاتجاه الثاني: ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنه لا يوجد ما يمنع من حجز هذه البيانات والمعطيات المعالجة بنظام المعلوماتية أو ما يعرف بالبيانات الالكترونية على أساس تمديد مفهوم ضبط الأدلة المادية ليشمل البيانات الالكترونية، والتي تتكون من المعلومات وهي لا يمكن حجزها لأنها أشياء معنوية بينما البيانات المعالجة آلياً فهي ذات طابع مادي على أساس أنها ذبذبات الكترونية وإشارات أو موجات كهرومغناطيسية يمكن أن تُسجل وتُخزن على وسائط معينة ويمكن قياسها.

ومهما يكن من أمر، فإن القواعد الخاصة بالتفتيش بمفهومه التقليدي لم تعد تلبى متطلبات التحقيق في الجرائم المستحدثة التي ينبغي أن تحكمها قواعد تراعي الجوانب التقنية للمعلوماتية وتتماشى مع البيئة الرقمية التي ترتكب فيها مثل هذه الجرائم.

وباستقراء موقف المشرع الجزائري نجد أنه قد ذهب إلى تأكيد الاتجاه القائل بإمكانية تفتيش البيانات المعالجة آلياً وضبطها، فقد أجاز حجز المعطيات المخزنة داخل النظم المعلوماتية إذا كانت تفتيد في كشف الجرائم أو مرتكبيها (المادة 6 فقرة 1 من قانون 04/09).

أما عن طريقة حجز المعطيات المعلوماتية، طبقاً للمادة 6، فتمت عن طريق نسخ المعطيات محل البحث والمعطيات الضرورية لفهمها، على دعامة تخزين الكترونية تكون قابلة للحجز ثم توضع في أحرار طبقاً لأحكام

قانون الإجراءات الجزائية. ويتم اللجوء إلى عملية النسخ عندما يكون من غير الضروري حجز كل المنظومة المعلوماتية، حيث أن المعلومة ستكون بالضرورة بالقرص الصلب للحاسوب التابع لمقدم الخدمة، وبالتالي فإن نسخها يتطلب حفظها على دعائم تخزين إلكترونية مثل الأقراص المضغوطة أو المتحركة أو الأقراص الصلبة الخارجية، كما تمتد عملية النسخ إلى المعطيات اللازمة لفهم المعطيات محل التفتيش؛ حيث أنه من الممكن أن هذه الأخيرة لا تقرأ مباشرة إلا بتدخل وسائل معينة ومعطيات أخرى.<sup>43</sup>

وبعد القيام بعملية التفتيش والحجز وُجِبَ على السلطة التي قامت بذلك المحافظة على سلامة المعطيات في المنظومة المعلوماتية محل التفتيش<sup>44</sup>، وذلك باتخاذ الوسائل الفنية المطلوبة لضمان سلامة المعطيات المعلوماتية المحجوزة، حيث أن الحجز في مثل هذه الحالات لا يعني محو المعطيات المخالفة أو إتلافها، بل هو إجراء يهدف إلى جمع أدلة الإثبات. وإذا حجزت مع المعطيات أجهزة لها علاقة بالنظم المعلوماتية؛ فينبغي أن تعامل بنفس الكيفية من حيث السلامة.

غير أنه - ولأغراض التحقيق - يجوز للسلطة التي تقوم بالتفتيش والحجز أن تقوم بتشكيل المعطيات المحجوزة أو إعادة تشكيلها<sup>45</sup> بهدف جعلها قابلة للاستغلال وذلك باستعمال الوسائل التقنية اللازمة لذلك، على شرط أن لا يؤدي ذلك إلى المساس بمحتوى المعطيات المعلوماتية؛ كأن يؤدي ذلك إلى تعديل مضمونها أو محو جزء منها، أو تعطيل جزء آخر.

#### المطلب الثاني: منع الوصول إلى المعطيات المعلوماتية

في بعض الأحيان يستحيل نسخ المعطيات لأسباب تقنية، كما لو كانت



المعطيات مخزنة بأنظمة التشغيل التي لا يمكن نسخها، فيتعين حينئذ على السلطة المكلفة بالتفتيش استعمال التقنيات المناسبة لمنع الوصول إلى المعطيات التي تحتويها المنظومة المعلوماتية والموضوعة تحت تصرف الأشخاص المرخص لهم باستعمال هذه المنظومة (المادة 7 من قانون 04/09) والهدف من هذا الإجراء الاحترازي هو الحفاظ على الأدلة في محيطها الإلكتروني، ومنع أي محاولة لطمسها أو إخفاء معالمها، وهو ما سيكون له دون شك الأثر الإيجابي في نجاح إجراءات التفتيش والحجز.

### الخاتمة:

نخلص إلى القول أن تفتيش المنظومات المعلوماتية هو من أصعب إجراءات البحث والتحري عن الجريمة ومرتكبيها، ولعل ذلك يعزى إلى طبيعة الإجرام المعلوماتي في حد ذاته، الأمر الذي يتطلب خبرة واسعة وكفاءة عالية من لدن القائمين به، كما يتطلب في الوقت نفسه تعاوناً دولياً فعالاً لمحاصرة هذه الجرائم وملاحقة مرتكبيها وإنزال العقاب بهم. كما أن التفتيش في البيئة الافتراضية يختلف كثيراً عن التفتيش بمفهومه التقليدي، وإن كانت تحكمه في بعض جوانبه القواعد المألوفة في قانون الإجراءات الجزائية؛ مثل تفتيش المساكن والمحال التي توجد فيها أجهزة الإعلام الآلي.

وما يمكن ملاحظته هو مشاركة عدّة أطراف في عمليتي التفتيش والحجز عن المعطيات المعلوماتية؛ فهناك السلطات القضائية؛ النيابة والتحقيق وكذا الضبطية القضائية، ومقدمو الخدمات، والهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتعلقة بتكنولوجيا المعلومات والاتصال ومكافحتها، فضلاً عن الأشخاص الذين لهم دراية واسعة بعمل الشبكات المعلوماتية محل البحث والتحري. ويعكس كثرة المتدخلين في تفتيش النظم المعلومات إلى خطورة هذه

الجرائم وجسامة الخسائر الناجمة عنها، باعتبارها تستهدف الاعتداء على المعطيات بدلالتها التقنية الواسعة، (بيانات ومعلومات وبرامج بكافة أنواعها)، هذا من جهة؛ وإلى خصوصيتها وتعقد أساليب البحث عنها وتشابكها، من جهة ثانية، وقد يزداد الأمر تعقيدا عندما تكون البيانات المراد البحث مخزنة في منظومة معلوماتية تقع في الخارج، وإن كان يخضع في هذه الحالة - بحسب التشريع الجزائري - إلى الاتفاقيات الدولية التي تبرمها الجزائر في إطار التعاون القضائي الدولي. إلا أن السؤال المطروح: ما مصير التفتيش في حالة عدم وجود اتفاقية دولية؟

كما يمكننا أخيراً أن نقدم بعض التوصيات:

ضرورة توحيد القواعد المتعلقة بالإجراءات المتبعة في مكافحة جرائم تكنولوجيا الإعلام والاتصال في مدونة واحدة تبعا لخصوصيات هذه الجرائم وخصوصية مرتكبيها، أو بدلا من ذلك؛ إدماجها في قانون الإجراءات الجزائية.

ضرورة تقنين كل الجرائم المعلوماتية أو التي ترتكب أو يسهل ارتكابها عن طريق منظومة معلوماتية أو نظام للاتصالات الإلكترونية، في قانون واحد، يضم كافة جرائم الحاسوب والإنترنت والوسائط المتعددة؛ سواء تعلق منها بجرائم الأشخاص أو الأموال، أو الجرائم الماسة بالنظام العام والآداب العامة، أو كانت جرائم تمس حقوق الملكية الفكرية، أو تتضمن انتهاكا لحماية خاصة أولتها القوانين لبعض الفئات الخاصة؛ كالأطفال والنساء.

إيلاء أهمية قصوى للخصوصية أثناء تفتيش المنظومات المعلوماتية، والالتزام بمبادئ حماية الحياة الخاصة، من حيث عدم نشر وتوزيع المعلومة

والمتاجرة فيها، وعدم استعمالها و تجميعها في غير ضرورة البحث والتحقيق. وفي هذا الشأن يتعين على مزودي خدمات الانترنت وعلى القائمين بإدارة قواعد المعلومات الحفاظ على المعطيات المتعلقة بالخصوصية، وعدم إفشاء أسرارها.

### الهوامش:

- 1- يطلق المشرع الجزائري على الجرائم المعلوماتية مصطلح: الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال. انظر: القانون 04.09 المؤرخ في 5 غشت 2009 الجريدة الرسمية، العدد47.
- 2 - سامي حسني الحسيني، النظرية العامة للتفتيش، دار النهضة العربية، القاهرة 1972، ص 36.
- 3 - عبد الواحد إمام مرسي، الموسوعة الذهبية في التحريات، دار المعارف والمكتبات الكبرى، الإسكندرية 1996، ص370.
- 4- عبد الله أوهابية، شرح قانون الإجراءات الجزائية، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر 1998، ص164.
- 5 - انظر: فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية بين النظري والعملي، طبعة منقحة، دار البدر، الجزائر 2008، ص 113 .
- 6 - علي حسن محمد الطوالة، التفتيش الجنائي على نظم الحاسوب والانترنت - دراسة مقارنة، عالم الكتاب الحديث، اربد الطبعة الأولى 2004، ص 12-13 .
- 7- المادة 2 ( ب ) من القانون 04/09. ونشير أنه نفس التعريف الوارد في المادة الأولى ( أ ) من اتفاقية بودابست حول الجريمة المعلوماتية العام 2001 .
- 8 - عمر الحاج الحضيري، إجراءات التفتيش وتطبيقاته في الإدارة الأمنية، رسالة ماجستير في العلوم الأمنية، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض 1986. 1987، ص 19.
- 9 - هشام محمد رستم، الجرائم المعلوماتية: أصول التحقيق الجنائي الفني، بحث مقدم لمؤتمر "القانون والكمبيوتر والانترنت"، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 1.3 مايو 2000 ، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، دبي 2004، ص 442 .

10- عبد الله بن عبد العزيز عبد الله الخشمي، التفتيش في الجرائم المعلوماتية- دراسة تطبيقية- رسالة ماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1432 هـ - 2011 م ، ص 35.

11- انظر

Freyssinet Eric , « La preuve numérique » Un défi pour l'enquête criminelle du 21e siècle, Les Cahiers du numérique, 2003/3 Vol. 4, p. 212 et S.

12 - انظر:

Valérie-Laure BENABOU, Vie privée sur interne : le traçage électronique, in Les libertés individuelles à l'épreuve de NTIC, Eudes réunies sous la direction de Marie-Christine Piatti ,PUL 2001,PP.89-91.

13 - يمكن استعمال هذه الآثار (le traçage) في الإشهار التجاري، حيث تقوم شبكات التواصل الاجتماعي ( SRS ) بجني الكثير من الأرباح من خلال بيع المعلومات الخاصة بالسلوك الاستهلاكي للمستخدمين إلى الشركات التجارية؛ ما يشكل تهديداً خطيراً للخصوصية. في هذا الشأن، انظر:

Laurent COLLÉE, Sécurité et vie privée sur les réseaux sociaux, Mémoire pour l'obtention du diplôme de Master en Gestion de la sécurité des systèmes d'information, Faculté de Droit, d'Economie et de Finance, Université du Luxembourg Année académique 2009, p.40.

14 - عبد العزيز نويري، المخاطر القانونية لإنترنت على حرية التعبير والحياة الخاصة، مجلة "التواصل"، جامعة عنابة، عدد: 26، جوان 2010، ص70.

15- انظر على حسن محمد الطالبة، المرجع نفسه، ص 62 ومايليها.

16 - عثمان جبر محمد عاصي، ضمانات المشتكي عليه في التحقيق الجزائي الابتدائي في الأردن، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت الأردن 1998، ص 149 .

17- انظر المادة 2 ( أ ) من القانون رقم 09 / 04 .

18 - وهي الجرائم التي وردت تحت عنوان: " المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات "، انظر: المواد من 394 مكرر إلى المادة 394 مكرر قانون العقوبات الجزائري.

19 - قد ترتكب بعض الجرائم الماسة بحقوق الملكية الفكرية، والمحمية بموجب قانون المؤلف والحقوق المجاورة؛ عن طريق استعمال منظومة معالجة معلوماتية، كجريمة تقليد ونسخ المصنفات؛ أو ما يعرف بجرائم القرصنة. انظر: المادتين 151 و 152 من القانون رقم 03 . 05 والمؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتضمن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الجريدة الرسمية، العدد: 44 . كما قد ترتكب الجريمة الماسة بتكنولوجيا المعلومات

والاتصال؛ عن طريق الغش بتعديل أو حذف كلي أو جزئي للمعطيات التقنية و/أو الإدارية المدرجة في البطاقة الإلكترونية للمؤمن له اجتماعيا؛ والمعروفة ببطاقة " الشفاء "، أو في المفتاح الإلكتروني لهيكل العلاج أو في المفتاح الإلكتروني لمهني الصحة، أو من خلال النسخ أو التعديل الغير مشروع للبرمجيات التي تسمح بالوصول إلى استعمال هذه البطاقة أو المفتاح الإلكتروني، أو عن طريق نسخ أو حيازة أو توزيع بوسيلة غير مشروعة البطاقة الإلكترونية أو المفتاح الإلكتروني. راجع: المادتين 93 مكرر3 المادة 93 مكرر4 من القانون رقم 08-01 المؤرخ في 23 يناير 2008 والمتضمن بالتأمينات الاجتماعية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 04.

20- انظر المواد 119 - 123 وكذلك المادة 125 من القانون العضوي رقم 12-05 المؤرخ في 12 يناير 2012، والمتعلق بالإعلام، الجريدة الرسمية، العدد:02.

21- عبد الله بن عبد العزيز بن عبد الله الخثعمي، المرجع نفسه، ص 54 .

22- سامي حسني الحسيني، المرجع نفسه، ص 98.

23- هشام محمد فريد رستم، الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية - دراسة مقارنة، مكتبة الآلات الحديثة، أسبوط 1994، ص 64 وما بعدها.

24 - موسى مسعود ارحومة الإشكاليات الإجرائية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية عبر الوطنية، المؤتمر المغاربي الأول حول: المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا 28- 29 /10/ 2009، ص 7 .

25 - أسامة أحمد المناعسة وآخرون، جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر عمان 2000، ص 278 وما بعدها.

26- عبد الكريم غالي، الحماية الجنائية للمعلومات على ضوء القانون المغربي، بحث مقدم لمؤتمر " الوقاية من الجريمة في عصر العولمة "، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، دبي من 6 - 8 مايو 2000، ص 653.

27- عبد الله بن عبد العزيز بن عبد الله الخثعمي، المرجع نفسه، ص 37 .

28- carte de décodage de télévision numérique

29 - انظر المادة 5 الفقرة 2 و 3 من القانون رقم 04/09 .

30 - موسى مسعود ارحومة، المرجع نفسه، ص9.

- 31 - انظر : أيمن عبد الله فكري، جرائم نظم المعلومات دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2007، ص 671.
- 32 - علي حسن الطوالبية، المرجع نفسه، ص 55 وما بعدها .
- 33- على كحلون، الجرائم المتعلقة بالمحتوى المعلوماتي، مجلة " القضاء والتشريع"، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، العدد 9، السنة 45، نوفمبر 2003، ص 87.
- 34 - تعرف المادة 2/د من القانون 04/09 مقدمي الخدمات.
- 35 - المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 89-257 المؤرخ في 25 غشت 1998 الذي يضبط شروط وكيفية إقامة خدمات " أترنات " واستغلالها. كذلك من بين الالتزامات الخاصة بمقدمي خدمة " الإنترنت " ما ورد في نص المادة 12 من القانون 04/09.
- 36 - *collecte en temps réel de données informatiques* ويقصد به التدخل السريع خلال الوقت الفعلي للمبادلات الالكترونية بهدف تسجيل المعطيات المتبادلة في حينها. للمزيد حول هذا المصطلح، راجع: علي كحلون، المرجع نفسه، ص 98 وما يليها. وكذلك:
- WARUSFEL B., « Procédure pénale et technologie de l'information : de la Convention sur la cybercriminalité à la Loi sur la sécurité quotidienne, pp.4 et SS. [http://www.droit.univ-paris5.fr/warufel/articles/procpenal-ntic\\_warufel02.pdf](http://www.droit.univ-paris5.fr/warufel/articles/procpenal-ntic_warufel02.pdf).
- 37- تنص المادة 11 من القانون 04/09 على المعطيات التي يلتزم مقدمو الخدمات بحفظها.
- 38- انظر: المادة 11 الفقرة 3.
- 39 - انظر: المادة 14 من القانون 04/09. مع الإشارة إلى أنه لم يتم بعد تنصيب هذه الهيئة.
- 40 - راجع: حسن طاهر داود، جرائم نظم المعلومات، الطبعة الأولى، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 1420 هـ 2000 م، ص 226.
- 41 - راجع علي حسن محمد الطوالبية، المرجع نفسه، ص 145-147.
- 42- انظر:
- M. Chawky, Le vol d'informations : quel cadre juridique aujourd'hui ?, Droit-Tic, juill. 2006, note.10, p.4.
- [http://www.droit-ntic.com/trav/info.php?id\\_trav=92](http://www.droit-ntic.com/trav/info.php?id_trav=92)
- 43- انظر: علي كحلون، المرجع نفسه، ص 96.
- 44- راجع: المادة 6 الفقرة 2 من القانون 04/09.
- 45- راجع: المادة 6 الفقرة 3 من القانون 04/09.

## حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد في التشريع الجزائري

بقلم

د/ زارة صالحى الواسعة

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة باتنة



### الملخص

الأصل أن العقود تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن هناك من العقود ما يجد المرء نفسه مرغما على الدخول كطرف فيها لغرض تلبية حاجاته الشخصية أو العائلية، مثل عقود الاستهلاك، إلا أن العلاقة العقدية في هذه العقود لا تكون متوازنة في غالب الأحيان، نظرا للمركز القوي الذي يحتله المهني فيها، بسبب الإمكانيات المادية التي يحوزها، إضافة إلى الخبرة والاختصاص، التي تمكنه من فرض شروطه على المستهلك الذي لا يملك إلا الخضوع لها، لذلك وجب تدخل المشرع لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد الاستهلاكي لغرض خلق التوازن في العلاقة العقدية بينهما. فإلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في ذلك؟. هذا ما سنتولى الإجابة عنه من خلال هذا المقال.

### Résumé :

Les contrats en général sont soumis au principe de la volonté ,ce qui veut dire que l'individu contracte librement.

Par contre dans certain contrats, la personne se trouve obligée de contracter pour subvenir à ses besoins ainsi qu'à ceux de sa famille.

Dans les contrats de consommation ou le consommateur est obligé de contracter avec une partie professionnelle qui est privilégiée et forte par ses moyens matériels, dans ce genre de contrats, le consommateur se

trouve confronté à des closes abusives, dont il ne peut refuser vu la nécessité de contracter.

C'est la raison pour laquelle le législateur doit intervenir afin de protéger la partie faible dans ce contrat qui stipule des closes abusives.

à quel point le législateur algérien a réussi à protéger le consommateur ? c'est l'objet de cet article.

### مقدمة:

الأصل أن العقود تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، بمعنى أن الفرد يتعاقد بإرادة حرة وواعية، وبذلك فهو يختار من العقود ما يتماشى ورغباته. إلا أن الأمر ليس كذلك في جميع العقود، إذ هناك من العقود ما يجد المرء نفسه مرغما للدخول كطرف فيها لغرض تلبية حاجياته، مثل عقود الاستهلاك التي بموجبها يدخل المستهلك في علاقة تعاقدية مع المهني لتلبية حاجياته مما يقدمه هذا الأخير من سلع ومنتجات وكذا خدمات لا يمكن للمستهلك الاستغناء عنها.

بيد أن هذه العلاقة لا تكون متوازنة في غالب الأحيان، نظرا للمركز القوي الذي يحتله المهني فيها بسبب تميزه بالاختصاص والخبرة، إضافة إلى الإمكانات المادية والمالية التي يحوزها، والتي تمكنه من إملاء شروطه على المستهلك الذي لا يملك إلا الخضوع لها، كما هو الشأن في عقود بيع وشراء السلع، وعقود أداء وتقديم الخدمات كعقود النقل وعقود التأمين وغيرها.

وقد أدت التطورات الحاصلة بعد التحولات الاقتصادية التي شهدتها العالم إلى ظهور ثورة في إنتاج السلع وكذا تقديم الخدمات، ما أدى إلى تعميق الهوة في العلاقة التعاقدية بين المهني باحتلاله المركز القوي فيها، والمستهلك كطرف ضعيف، والذي غالبا ما تثقل التزاماته بشروط تعسفية، لا يمكنه سوى الخضوع لها. فما هو دور إرادة المستهلك في إبرام العقد الاستهلاكي، وما هي سبل حمايته من الشروط التعسفية الواردة في مثل هذا العقد؟ وإلى أي مدى يمكن تحقيق التوازن بين حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي يضعها المهني، وحماية مبدأ المنافسة الحرة الذي يعد الركيزة



الأساسية لاقتصاد السوق؟ هذا ما سنتولى الإجابة عنه من خلال هذا المقال الذي سيتم تقسيمه إلى قسمين:

- يخصص القسم الأول لدراسة دور إرادة المستهلك في إبرام العقود الاستهلاكية

- ويخصص القسم الثاني للحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك

- لنصل في الخاتمة للإجابة عن مدى تحقيق التوازن بين حماية المستهلك واحترام مبدأ المنافسة.

أولا. دور إرادة المستهلك في إبرام عقد الاستهلاك:

إن دراسة دور إرادة المستهلك في إبرام عقد الاستهلاك، يستوجب في البداية تحديد مفهوم المستهلك وكذا المهني باعتبارهما يشكلان أطراف هذا العقد.

أولا.1- مفهوم المستهلك: نسعى من خلال هذا المقال إلى تحديد مفهوم المستهلك الذي يستفيد من الحماية القانونية، باعتباره الطرف الضعيف دائما في العلاقة العقدية الاستهلاكية، والمستهلك وفقا لهذا المفهوم هو الشخص الذي يسعى من خلال العلاقة العقدية إلى الحصول على ما يحتاجه من سلع وخدمات تلبي حاجياته الأساسية وكذا حاجيات من هم تحت كفالتة.

1-1- المفهوم الاقتصادي للمستهلك: المستهلك في لغة الاقتصاد هو الشخص الذي يستعمل السلع والخدمات ليلبي حاجياته الأساسية وليس المهنية، وهو يمثل المرحلة الأخيرة في الدورة الاقتصادية التي تسبقها مرحلة الإنتاج ومرحلة التوزيع<sup>1</sup>، وبذلك يمثل الاستهلاك آخر العمليات الاقتصادية التي تخصص فيها القيم الاقتصادية لإشباع الحاجات<sup>2</sup>

2-2- المفهوم الفقهي للمستهلك: لم يلق مفهوم المستهلك اهتمام فقهاء

القانون لغاية بداية النصف الثاني من القرن العشرين وما أدت إليه الثورة التكنولوجية من ضخامة الإنتاج والتوزيع، وظهور مشكلة حماية المستهلك والدفاع عنه التي انطلقت من الولايات المتحدة الأمريكية، التي ظهرت فيها مخاطر المجتمع الاستهلاكي مع بلوغ النظام الرأسمالي أوج نموه، إذ وجه الرئيس الأمريكي جون كينيدي إلى الكونغرس الأمريكي رسالة وذلك بتاريخ 15 مارس 1962<sup>3</sup>، حث فيها على وجوب وضع قوانين من أجل حماية المستهلك بعد أن لاحظ بأن المستهلكين يمثلون المجموعة الاقتصادية الأكثر عددا والأقل اهتماما، وضمن هذه الرسالة عدة مبادئ تمثل حقوق المستهلك مثل حقه في الأمان، وحقه في الإعلام والاختيار وغيرها من المبادئ التي تدعو إلى الاهتمام والحرص على حقوق المستهلك، ثم انتقلت هذه المبادئ إلى الدول الأوروبية لتصبح اليوم ظاهرة منتشرة في جميع أنحاء العالم مما أثار جدلا فقهيًا من أجل تحديد المفهوم القانوني للمستهلك.

وقد اتجه جانب من الفقه إلى تضيق مفهوم المستهلك حتى تقتصر الحماية القانونية على الطرف الضعيف في العلاقة العقدية الاستهلاكية، وبذلك يعتبر مستهلكا في رأيهم كل شخص يتعاقد بقصد إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، ولا يعد مستهلكا في رأيهم كل شخص يتعاقد لأغراض مهنية كإيجار محل تجاري أو شراء سلعة من أجل إعادة بيعها، كما لا يعتبر مستهلكا في رأي أصحاب هذا الاتجاه أيضا الشخص الذي يقتني مالا أو خدمة لغرض مزدوج أي غرض مهني وآخر غير مهني، كمن يقتني سيارة يستعملها في تجارته وفي الوقت ذاته ينقل بها أسرته<sup>4</sup>

إلا أن الأمر ليس بهذه البساطة، إذ يصعب من الناحية العملية تحديد الغرض الحقيقي من اقتناء الشخص لهذه السيارة، فيما إذا كان لغرض مهني أم ذاتي استهلاكي، لذلك فهناك من ذهب في تحديد مفهوم المستهلك في هذا المثال إلى الاستعمال الغالب لهذه السلعة، فإذا كان الاستعمال الغالب لهذه السيارة مهني، يعتبر الشخص هنا مهنيًا وليس مستهلكا، وإذا كان

الاستهلاك الغالب هو شخصي ذاتي فهو مستهلك، وفي جميع الأحوال لا يعد مستهلكا في رأي أصحاب هذا الاتجاه كل من يتعاقد لأغراض مهنته أو مشروعه، وهدفهم من ذلك أن تضىف الحماية القانونية على المستهلك الذي يشكل طرفا ضعيفا في العقد الاستهلاكي، ذلك أن المهني يملك من الخبرة والاختصاص بالإضافة إلى الإمكانيات المادية والمالية ما يمكنه من الوقوف في وجه الشروط التعسفية الواردة في العقد، وبالتالي فهو ليس بحاجة إلى الحماية القانونية.

أما الاتجاه الثاني فقد وسع من مفهوم المستهلك إلى المهني، حتى تشملته الحماية القانونية مثله مثل المستهلك، وبذلك يكون مستهلكا في رأيهم كل شخص يتعاقد بغرض الاستهلاك، بحيث يشمل مفهوم المستهلك كل من يبرم تصرفا قانونيا من أجل استخدام المال أو الخدمة في أغراضه الشخصية أو في أغراضه المهنية، فكل من يبرم عقودا تخدم مهنته فهو مستهلك، كما هو الحال عند الطبيب الذي يشتري المعدات الطبية لعيادته، أو التاجر الذي يشتري تجهيزات لمخبره أو لمؤسسته.<sup>5</sup>

إلا أن الاتجاه الغالب في الفقه تبنى المفهوم الضيق لتحديد مفهوم المستهلك، ويعتبر مستهلكا كل من يتعاقد لغرض إشباع حاجياته الأساسية الشخصية أو العائلية غير المرتبطة بنشاطه المهني.<sup>6</sup>

1-3- المفهوم التشريعي للمستهلك: سيتم الاعتماد لاستخلاص المفهوم التشريعي للمستهلك على النصوص القانونية

لقد عرف المشرع الجزائري المستهلك بموجب المادة الثانية(02) من القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية<sup>7</sup>، التي تنص على أنه يقصد في مفهوم هذا القانون بما يلي:

..."

مستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت و مجردة من كل طابع مهني"

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه غامض وغير واضح تماما، فمن هو الشخص المعنوي المقصود هنا، ذلك أن الشركات التجارية هي أشخاص معنوية (تاجر شخص معنوي) فهل يستفيد من الحماية القانونية للمستهلك؟، كذلك عبارة يقتني سلعا وخدمات قدمت أو عرضت، فماذا لو سعى شخص للحصول على سلعة أو خدمة؟ وماذا عن الشخص الذي تقدم له السلع مجانا؟ ثم ماذا لو كانت هذه السلع عبارة عن مواد أولية؟

كما عرف المشرع الجزائري أيضا المستهلك بموجب المادة الثالثة من القانون رقم 03/09<sup>8</sup>، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بقولها:

"المستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به"

لا يختلف كثيرا هذا التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري عن سابقه، ما عدا في بعض التوضيحات فيما يتعلق بتحديد السلعة أو الخدمة المخصصة للاستعمال النهائي، وذلك لغرض تلبية حاجيات المستهلك الشخصية أو حاجيات من هم تحت كفالتة سواء تعلق الأمر بالأشخاص أو الحيوانات التي هي تحت حراسته باعتباره المسؤول القانوني عنها<sup>9</sup>.

رغم قصور هذه التعريفات في توضيح المفهوم القانوني للمستهلك، إلا أن ذلك لا يعد عيبا بالنسبة للمشرع الجزائري، ذلك أن التعريفات تكون من اختصاص الفقهاء وليس المشرع.

غير أن ما يستخلص من هذه التعاريف التي جاء بها المشرع الجزائري

هو تبنيه في تحديد مفهوم المستهلك للاتجاه المضيق لمفهوم المستهلك، وذلك لغرض توفير الحماية القانونية له، باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية الاستهلاكية، وهو الذي يسعى من خلال عقد الاستهلاك إلى تلبية حاجياته الأساسية، وكذا حاجيات من هم تحت كفاله بمن فيهم الحيوانات التي توجد تحت حراسته.

بدوره عرف المشرع السوري المستهلك بأنه:

"كل شخص طبيعي أو اعتباري يشتري سلعا استهلاكية بأنواعها المختلفة الزراعية والصناعية بهدف التغذية، أو لاستخدامها للأغراض الشخصية أو المنزلية، أو الذي يستفيد من أية خدمة سواء المقدمة من فرد أو من مجموعة أفراد أو من شخص اعتباري وفي مختلف المجالات المنصوص عليها في هذا القانون".<sup>10</sup>

يتضح من نص المادة أعلاه أن المشرع السوري تبنى نفس موقف المشرع الجزائري عند تحديده لمفهوم المستهلك، غير أنه كان أكثر إيضاحا منه من حيث تحديده لأنواع السلع التي يشتريها المستهلك، وكذا الأغراض المستخدمة فيها، وكذلك الخدمات، و من يقدم هذه الخدمات، وذلك في إطار قانون حماية المستهلك، لكننا نفضل أن يترك التعريف للفقهاء، لأنهم الأقدر على إعطاء التعريف الصحيح والدقيق لأي موضوع، لأن ذلك من صميم مهامهم.

مما تقدم يتضح أن المستهلك هو ذلك الشخص الذي يتعاقد من أجل شراء سلع أو خدمات، يستخدمها في غير مجال مهنته، وفي سبيل ذلك فهو يبرم العقود المختلفة والمتنوعة من شراء وإيجار وقروض وانتفاع، من أجل توفير كل ما يحتاجه من سلع وخدمات لإشباع حاجاته الشخصية وكذا العائلية.<sup>11</sup>

أولاً. 2- مفهوم المهني:

على خلاف المستهلك الذي يتصرف لإشباع حاجاته الشخصية أو حاجات من هم تحت كفالته، فإن المهني هو الشخص الذي يتصرف من أجل حاجات مهنته.

2-1- التعريف التشريعي للمهني:

أطلق المشرع الجزائري على المهني تسمية عون اقتصادي، وذلك بموجب المادة الثالثة (03) من القانون رقم 02/04 والتي تنص على أنه:

"يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:

1- عون اقتصادي: كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها".

إذا فكل شخص سواء كان منتج سلع أو مقدم خدمات أو تاجر أو حرفي، مهما كانت صفته القانونية يمارس نشاطا عاديا في الإطار المهني من أجل تحقيق الربح، سواء كان شخصا طبيعيا (التاجر الفرد)، أو شخصا معنويا كالشركات التجارية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي والتجاري، فهو مهني ما دام يمارس نشاطه من أجل تحقيق الربح، وليس بهدف الاستعمال الشخصي أو العائلي.

كما أطلق المشرع الجزائري أيضا في القانون رقم 03/09 على المهني تسمية متدخل وذلك بموجب المادة الثالثة (03) في فقرتها السابعة (07) بقولها:

"يقصد في مفهوم أحكام هذا القانون ما يأتي...

المتدخل: كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض

## المنتجات للاستهلاك"

بموجب هذه المادة يعتبر عارض المنتجات مهنيا مهما كانت طبيعته القانونية، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا نلاحظ أن المشرع الجزائري هنا لم يكن واضحا في هذا التعريف، فكلمة متدخل توحى بأن الشخص يمارس هذا العمل بصفة مؤقتة، بينما يشترط في المهني بمفهومه الواسع سواء كان تاجرا أو حرفيا، أن يمارس العمل باستمرار واعتياد<sup>12</sup>، مما يصعب بالتالي تحديد المعيار الذي يجب إتباعه لتحديد مفهوم المهني، مما يستلزم بالضرورة الرجوع إلى آراء الفقه لتحديد مفهوم المهني.

### 2-2- التعريف الفقهي للمهني:

يعرف المهني بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتصرف من أجل تلبية حاجات مهنته، فمن يستأجر محلا لممارسة التجارة يعتبر مهنيا، ومن يشتري عقارا لإعادة بيعه فهو مهني<sup>13</sup>، ومن يقترض من أجل إقامة مشروع اقتصادي أو تجاري فهو مهني وهكذا...

وهناك من عرف المهني بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي الذي يمارس عمله في القطاع الخاص أو العام، سواء كان العمل باسمه ولحسابه أو لحساب غيره، والذي يتمثل ببيع أو توزيع أو تأجير السلع أو تقديم الخدمات"<sup>14</sup>.

يتضح من هذا التعريف أن المعيار المعتمد لتحديد مفهوم المهني هو الوظيفة المتمثلة في النشاط الذي يهدف إلى الإنتاج أو التوزيع أو أداء الخدمة، لذلك فالعقد الذي يشتري بموجبه شخص معدات لاستعمالها في نشاطه، يعد عقدا مهنيا، حتى وإن كان الهدف ليس إعادة بيع هذه المعدات، إذ يدخل هذا العمل في إطار الأعمال التجارية بالتبعية<sup>15</sup>، بمعنى أن كل نشاط يدخل في نطاق الإنتاج والتوزيع وتقديم الخدمات، يهدف لتحقيق ربح فهو يخرج عن نطاق الاستهلاك ويعد عملا مهنيا.

هذا وإذا كان الهدف من التمييز بين المستهلك وبين المهني، هو تبرير تطبيق القواعد القانونية الخاصة بحماية المستهلك، باعتباره يشكل الطرف الضعيف في العلاقة العقدية الاستهلاكية، فإن الهدف من الحصول على السلعة أو الخدمة هو الذي ميز المستهلك عن المهني، فحين يسعى المستهلك للحصول على السلعة أو الخدمة لتلبية حاجياته الأساسية، وكذا حاجيات من هم تحت كفالته، فإن المهني يتعاقد في إطار تجارته، لذلك فإن الغرض الذي يسعى إليه المهني أو المحترف هو الحصول على أوفى قدر من الربح، وفي سبيل ذلك فهو يسعى إلى تكريس إمكانياته وخبرته لتحقيق هذا الغرض<sup>16</sup>، وبذلك يكون معيار تحديد مفهوم المهني هو الغرض الذي يتعاقد من أجله، فإذا كان هذا الغرض مهنياً عد الشخص مهنياً.

ثانياً. دور إرادة المستهلك في إبرام العقد الاستهلاكي:

لا نتكلم تحت هذا العنوان عن أهلية التعاقد، ذلك لأن المستهلك في غالب الأحيان كامل الأهلية عند تعامله مع المهني، وإذا لم تكتمل أهليته أي لم يبلغ سن الرشد فهو قاصر يحميه القانون<sup>17</sup>، إذ جعل تصرفاته الضارة به تبطل لصالحه، أما إذا كان فاقده الأهلية فالقانون أيضاً يبطل تصرفاته<sup>18</sup> وبذلك حمايته تكون بقوة القانون.

أما الجانب الذي يهمنا في حماية المستهلك، هو حمايته من المهني ومن الشروط التعسفية التي يوردها في عقود الاستهلاك، والتي لا يمكن للمستهلك مناقشتها أو الاستغناء عنها، نظراً للمركز القوي الذي يوجد فيه المهني سواء من الجانب الاقتصادي أو القانوني، والذي قد تنعدم معه إرادة المستهلك، ومن هنا يبدو واضحاً اختلال التوازن في العلاقة العقدية الاستهلاكية، فما هو دور إرادة المستهلك في إبرام هذا العقد، وما هي الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية؟

إذا سلمنا بانعدام إرادة المستهلك في العقود الاستهلاكية، فيجدر بنا



دراسة عيوب الإرادة وفقا للقواعد العامة، وكيف يحمي القانون المستهلك الذي يشكل الطرف الضعيف في العلاقة العقدية من المهني الذي هو في مركز أقوى منه.

### ثانيا. 1- عيوب الإرادة

لقد حدد المشرع الجزائري عيوب الإرادة على سبيل الحصر في القانون المدني، وذلك في المواد 81 وما بعدها وهي الغلط، التدليس، الإكراه والغبن.

1.1- الغلط: ويعرف بأنه وهم يقع في ذهن الشخص يجعله يتصور الواقع على خلاف حقيقته<sup>19</sup>، ويعتبر عيب من عيوب الإرادة التي إذا وقع فيها أحد المتعاقدين وقت إبرام العقد جاز له طلب إبطاله، بشرط أن يكون الغلط جوهريا يبلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، ويكون الغلط جوهريا إذا وقع في صفة في الشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية<sup>20</sup>، أو لغلط وقع على الشخص المتعاقد أو في صفة من صفاته، أو في طبيعة العقد<sup>21</sup> وكان السبب الرئيسي في إبرام العقد.

ولتفادي وقوع المستهلك في عيب الغلط، فقد ألزم المشرع الجزائري المهني بضرورة إعلام المستهلك<sup>22</sup>، لغرض استبعاد احتمال وقوعه في الغلط. إذ قد يلجأ المهني سواء كان منتجا أو موردا أو وسيطا إلى الإشهار المضلل الذي ينطوي على كثير من المغالطات المقصودة، بهدف إيقاع المستهلك في الغلط وتمكينه من اقتناء السلع أو الخدمات لغرض تحقيق الربح.

غير أن الإشكال يثور هنا عندما اشترط المشرع، لمن يدفع بالغلط أن يثبت ورود الغلط على صفة جوهرية في العقد، سواء تعلق الأمر بماهية العقد أو بشرط من شروطه أو بصفة من صفات المتعاقد، بلغت حدا من الجسامة، بحيث يمتنع معها المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

ويبدو الأمر أكثر تعقيدا عل ضوء ما ذهب إليه البعض، من أن تكييف الصفة بأنها جوهرية يتحدد بمدى تأثير هذه الصفة على إرادة المتعاقد، بمعنى أن البحث عن جوهرية الصفة ليس مرتبطا بمحل العقد فحسب، بل يجب إضافة إلى ذلك البحث عن مدى تأثير هذه الصفة الجوهرية في إرادة المتعاقد. الذي يدعي وقوعه في الغلط، بسبب هذه الصفة<sup>23</sup>.

هذا وقد أجاز المشرع الجزائري بموجب المادة 81 من القانون المدني، لمن وقع في عيب الغلط المطالبة بإبطال العقد غير أن الأمر يصعب عندما يتعلق الغلط بعقد لا يستطيع المستهلك الاستغناء عنه، سواء تعلق بسلع ضرورية أو بخدمات، كما هو الشأن في العقود المتعلقة بخدمات النقل أو الكهرباء أو الغاز، أو سلع استهلاكية ضرورية لمعيشة المستهلك، إذ لا سبيل أمامه سوى التمسك بهذا العقد، رغم وجود عيب الغلط فيه، وبذلك فإن عيب الغلط رغم أنه عيب من عيوب الإرادة، يترتب عليه إبطال العقد، لكنه لا يمكنه أن يوفر الحماية اللازمة للمستهلك تجاه المهني في أغلبية العقود الاستهلاكية.

2.1- التذليس: التذليس هو إيهام شخص بأمر مخالف للحقيقة عن طريق استعمال طرق احتيالية، بقصد دفعه إلى إبرام العقد<sup>24</sup>، وبذلك يكون للتذليس عنصران، عنصر موضوعي يتمثل في استعمال أحد المتعاقدين أو الغير طرقا احتيالية، وعنصر نفسي يدفع إلى التعاقد<sup>25</sup>، ويعتبر التذليس أحد عيوب الإرادة التي تخول للمتعاقد الذي وقع فيه حق إبطال العقد، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه قد بلغت في طبيعتها حدا من الجسامة، بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر.

ويشترط المشرع الجزائري لإبطال العقد بسبب عيب التذليس، أن يكون المدلس قد سكت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة<sup>26</sup>، وإذا صدر التذليس من غير المتعاقدين، فليس للطرف المدلس عليه حق إبطال العقد، إلا إذا ثبت

علم الطرف المتعاقد معه بهذا التدليس<sup>27</sup>، غير أن التساؤل يثور هنا حول الطرق الاحتمالية التي يستعملها المدلس بقصد دفع الطرف الآخر إلى إبرام العقد، هل يستلزم لقيام التدليس استعمال وسائل مادية للتأثير على إرادة الطرف الآخر في العقد؟ أم تكفي نية التضليل من أجل الوصول إلى الغرض المطلوب وهو دفع الطرف الآخر إلى إبرام العقد؟

بالرجوع إلى نص المادة 86 من القانون المدني الجزائري، نلاحظ أن المشرع الجزائري جعل مجرد السكوت عمدا من قبل الأعمال التدليسية، ولم يشترط القيام بعمل مادي، لكن هذا لا يعني أخذ الأمور على إطلاقها، إذ هناك من العقود ما استلزم المشرع واجب الإفضاء فيها، مثلما هو الشأن في نص المادة 17 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش التي تنص على أنه:

"يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات، وبأية وسيلة أخرى فعالية"

تجدد الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يجعل واجب الإفضاء على المهني فحسب، بل فرضه في بعض العقود على المستهلك أيضا، كما هو الشأن في بعض عقود الخدمات، كعقد التأمين أين ألزم المشرع المؤمن له (مستهلك) بالتصريح عند إبرام العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه، ضمن استمارة أسئلة تسمح للمؤمن من تقدير الأخطار التي يتكفل بها<sup>28</sup>، فواجب الإفضاء أو التصريح قد يترتب عليه عند عدم القيام به إبطال العقد من طرف المتضرر من إبرام هذا العقد، ويستوجب التعويض متى ترتب عنه ضرر وفقا للقواعد العامة<sup>29</sup>.

مما تقدم يتبين بأنه بإقرار المشرع للتدليس كعيب من عيوب الإرادة يترتب عليه حق المطالبة بإبطال العقد، والمطالبة بالتعويض، متى ترتب عن

هذا العقد المبرم بسبب التدليس ضرر للطرف المدلس عليه، يكون المشرع قد وفر حماية قانونية للمدلس عليه، إلا أن هذه الحماية لا تكون كافية في مجال عقود الاستهلاك التي لا يمكن للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في هذا العقد، الاستغناء عنها، نظرا لحاجته لهذا العقد، وبذلك يبقى عدم التوازن في العلاقة العقدية دائما قائما في عقود الاستهلاك.

3.1- الإكراه: يعرف الإكراه بأنه ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص، فيولد لديه رهبة أو خوفا يحمله على التعاقد<sup>30</sup>، والإكراه يعيب الإرادة ويجعل رضا الشخص غير سليم حيث يفقده الحرية والاختيار<sup>31</sup>، وما يفسد رضا الشخص ليس الوسائل المستعملة في الإكراه، بل ما يولده الإكراه من رهبة وخوف في نفس المتعاقد تدفعه إلى التعاقد، والإكراه لا يفقد الشخص إرادته، وإنما يفسدها، فالمكره إرادته موجودة ولو انتزعت منه هذه الإرادة رهبة، لأنه خيّر بين أن يبرم العقد أو يقع في المكروه، فاختار أخف الضررين، غير أن الإرادة التي صدرت منه إرادة فاسدة لأنها لم تكن حرة<sup>32</sup>، وأساس المسؤولية هو الإرادة الحرة.

وقد أجاز المشرع الجزائري إبطال العقد إذا شابه عيب الإكراه وأدى إلى تعاقد طرف تحت سلطان رهبة بيّنة، بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون وجه حق، ويعتبر الإكراه قائما، إذا أثبت من يدعيه أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو أحد أقاربه، إما في نفسه أو في جسمه أو في شرفه أو في ماله، ويراعى عند تقرير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه، وكذا سنه وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظروف الأخرى التي يمكن أن تؤثر في الإكراه<sup>33</sup>.

إذا تمعنا في معنى الإكراه وفقا للقانون المدني الجزائري، باعتباره عيبا من عيوب الإرادة، يترتب على وقوعه إبطال العقد، وليكون كذلك يجب أن يشكل خطرا محققا يهدد المستهلك أو أحد أقاربه، إما في جسمه أو في نفسه أو في شرفه أو في ماله، فإن هذا الإكراه لا يمكن إثباته في عقود وخدمات الاستهلاك،

لأن المستهلك في هذه العقود يتعاقد بسبب الحاجة، إضافة إلى قلة الخبرة والقدرة لديه مقارنة مع المهني، ولذلك فإن الحق في إبطال العقد بسبب الإكراه، لا يحقق أية حماية للمستهلك في مجال العقود الاستهلاكية، لأن المستهلك غالبا ما يكون مضطرا لإبرام هذا النوع من العقود.

4.1- الغبن: يعرف الغبن بأنه عدم التوازن بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه<sup>34</sup>، وهو يشكل المظهر المادي للاستغلال، وقد قضى المشرع الجزائري في نص المادة 90<sup>35</sup> من القانون المدني، أنه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتساوى مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب هذا العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون ما كان ليبرم العقد لو لم يستغل فيه المتعاقد الآخر طيشا بيننا أو هوى جامحا، يجوز للقاضي التدخل في هذا العقد، بناء على طلب المتعاقد المغبون، إما بإبطال هذا العقد أو بتعديل الالتزامات المترتبة على المتعاقد المغبون، مع مراعاة بعض الأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود<sup>36</sup>، أين يشترط المشرع ضرورة توافر بعض الشروط، كما هو الشأن في بيع العقار بغبن، إذ يشترط القانون أن يكون العقد بيعا ويرد على عقار وأن يزيد الغبن عن الخمس، كما لا يجوز للطرف المغبون هنا طلب إبطال العقد وإنما حق طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل<sup>37</sup>، وللقاضي سلطة تقديرية لتحديد مدى جسامه الغبن من عدمه، كما يمكن للطرف الآخر أن يتوقى دعوى إبطال العقد، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن<sup>38</sup>، وكذلك الشأن بالنسبة للشريك على الشيوخ، إذ يجوز في حالة القسمة الحاصلة بالتراضي إذا ثبت أن أحد المتقاسمين قد لحقه غبن يزيد عن الخمس، أن يلجأ للقضاء من أجل نقض هذه القسمة بسبب الغبن الذي لحق أحد المتعاقدين<sup>39</sup>.

مما تقدم يمكن القول أن المشرع الجزائري تبنى النظرية المادية للاعتداد بالغبن، والتي تعني عدم التوازن في الالتزامات التعاقدية بين الطرفين (م 90 مدني)، كما تبنى أيضا النظرية الشخصية، إذ اشترط أن يكون عدم التوازن ناتجا

عن استغلال أحد المتعاقدين طيشا بينا أو هوى جامحا في الطرف الآخر، وأعطى للقاضي حق إبطال العقد بسبب الغبن بناء على طلب الطرف المغبون.

لكن المشرع قيد هذه النظرية، عندما اشترط لتطبيق نص المادة 90 من القانون المدني عدم الإخلال بالأحكام الخاصة ببعض العقود، كما هو الشأن في عقد بيع العقار الذي يزيد ثمنه عن الخمس، وكذلك حق الشريك على الشيوخ في نقض القسمة بسبب الغبن الزائد عن الخمس (م 732 القانون المدني)، إذ لا يجوز للطرف المغبون طلب إبطال العقد، وإنما له حق طلب تكملة الثمن أو تعديل القسمة، بمعنى تعديل الالتزامات إلى الحد الذي يزيل الغبن في العلاقة التعاقدية، إضافة إلى وجوب اللجوء إلى القضاء لإبطال العقد أو الانتقاص من الالتزامات، وما يتطلبه ذلك من وقت وكذا مصاريف تثقل كاهل المستهلك.

لذلك يمكن القول أن ما يترتب على الغبن كعيب من عيوب الإرادة من حق إبطال العقد أو تعديل الالتزامات، لا يمكن أن يحقق الحماية القانونية اللازمة للمستهلك، ذلك أن المستهلك يتعاقد مع المهني بسبب حاجته للسلع والخدمات التي يقدم على شرائها مدعنا، ليس بسبب استغلال المهني لطيشه أو هواه، وإنما لحاجته ومن ذلك يتولد عدم التوازن في العلاقة العقدية بينهما.

### ثالثا. الشروط التعسفية في العقد الاستهلاكي

يشكل المستهلك الطرف الضعيف في العقد الاستهلاكي، لذلك فإن اعتبارات العدالة تقضي اعتبار هذا العقد من عقود الإذعان<sup>40</sup>، باعتباره العقد الذي أعطى للقاضي حق التدخل فيه بتعديل شروطه أو إعفاء الطرف المدعن منها، متى كانت تعسفية تضر بمصلحته، ويعد هذا خروجا عما تقتضيه القواعد العامة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين<sup>41</sup>، والعلة في ذلك ترجع إلى كون عقد الإذعان من

العقود التي يضع الموجب شروطها ولا يقبل المناقشة فيها<sup>42</sup>.

ثالثا. 1 تعريف عقد الإذعان: يعرف عقد الإذعان في مجال الاستهلاك بأنه العقد الذي يسلم فيه القابل (وهو المستهلك) بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها<sup>43</sup>.

وقد عرفه المشرع الجزائري بموجب المادة 03 من القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم بأنه: (كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه).

يتضح من نص المادة أعلاه، بأن المشرع الجزائري اعتبر صراحة عقد الاستهلاك من عقود الإذعان.

ولم يشترط المشرع شكلا معيناً لإبرام عقد الاستهلاك، وأجاز أن يبرم هذا العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم، أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها، تتضمن الخصوصيات المطابقة لشروط البيع العامة المقررة مسبقا<sup>44</sup>

مما تقدم يمكن استخلاص خصائص العقد الاستهلاكي وذلك على النحو التالي:

- 1- يمكن لهذا العقد أن يتخذ أي شكل من الأشكال المحددة في المادة الثالثة من الت 02/04 المشار إليه أعلاه.
- 2- أن محل هذا العقد دائما يكون إما سلعة أو خدمة تكون ضرورية بالنسبة للمستهلك، بحيث لا يمكنه الاستغناء عنها.
- 3- إن شروط هذا العقد توضع مسبقا من طرف الموجب (المهني)،

وفي أغلب الأحيان تخدم مصلحته، ولا يمكن للمستهلك مناقشتها بسبب احتكار المهني للسلعة أو الخدمة احتكارا قانونيا أو فعليا، خاصة في ظل غياب المنافسة الحرة.

4- أنه عقد يتفوق فيه المهني عن المستهلك نظرا لما يتمتع به من قوة اقتصادية وخبرة فنية، تمكنه من وضع شروط تعسفية يحدد بموجبها الالتزامات التي يستطيع تنفيذها، ويفرضها على المستهلك باعتباره يشكل الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، مما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن بين أطراف هذا العقد بسبب هذه الشروط التعسفية، فما هي الشروط التعسفية وما هي الحماية القانونية للمستهلك في العقد الاستهلاكي.

### ثالثا. 2. تعريف الشرط التعسفي:

يستمد تعريف الشرط التعسفي من العلاقة العقدية غير المتوازنة بين كل من المستهلك بصفته طرفا ضعيفا، والمهني بصفته الطرف القوي في هذه العلاقة العقدية، بسبب ما يملكه من خبرة وقوة اقتصادية تمكنه من وضع شروط تحقق مصالحه على حساب مصلحة المستهلك، ولذلك فقد عرف الشرط التعسفي بأنه:

" شرط في العقد يترتب عليه اختلال التوازن بين حقوق والتزامات كل من المحترف والمستهلك، ويتمثل بمكافأة المحترف بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد معه وهو المستهلك"<sup>45</sup>

وهناك من عرفه بأنه:

" ذلك الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن تعاقدية لصالح المحترف والذي يفرضه على الطرف الآخر الذي لا خبرة له أو المتعاقد الذي وجد في مركز عدم المساواة الفنية أو الاقتصادية أو القانونية في مواجهة الطرف الآخر"<sup>46</sup>



أما المشرع الجزائري فقد عرفه بموجب المادة الثانية من القانون رقم 02/04 على أنه:

" كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"

إذا كل شرط أو بند في العقد تولد عليه إخلال التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد، وهما المستهلك والمهني فهو شرط تعسفي، إلا أن المشرع الجزائري لم يوضح فكرة الشرط التعسفي، الذي يضعه الطرف القوي في العلاقة العقدية بطريقة تخدم مصالحه، ولا يحق للطرف الضعيف مناقشته، فهو لا يملك سوى الإدعان له بسبب حاجته لهذا العقد.

غير أن ما يلاحظ على تعريف المشرع الجزائري، أنه يمكن للمستهلك بدوره أن يضع شرطا أو بندا تعسفيا في العقد، وهو ما لا يستقيم مع الواقع العملي، فما هي الحماية القانونية للطرف الذي تم التعسف في حقه وهو المستهلك؟

مسايرة للعولمة الاقتصادية تبنى المشرع الجزائري نظام اقتصاد السوق، الذي من ركائزه الأساسية مبدأ المنافسة الحرة، الذي يؤدي إلى تحقيق الجودة، تحسين الخدمة ووفرة الإنتاج وتخفيض الأسعار، وبالتالي تحسين مستوى معيشة المستهلك.

ولذلك فقد أصدر المشرع الجزائري عدة قوانين نذكر منها القانون رقم 02/89 المؤرخ في 7 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، احتوى هذا القانون على المبادئ الأساسية المتضمنة حقوق المستهلك، كحقه في السلامة وكحقه في توفير المنتج وحقه في الضمان، وغيرها من المبادئ التي توفر الحماية للمستهلك، ولكنه لم يتضمن ما يحمي المستهلك من الشروط التعسفية في العقد الاستهلاكي.

كما أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 06/95 المؤرخ في 1995 المتعلق بالمنافسة<sup>47</sup>، ويهدف هذا القانون إلى حماية وترقية مبدأ المنافسة الحرة باعتباره الركيزة الأساسية لنظام اقتصاد السوق، ثم القانون رقم 02/04 القانون رقم 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنظمة التجارية، ثم القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

هذه القوانين وغيرها لم تشر إلى حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد الاستهلاكي، واهتمت في أغلبها بصحة المستهلك من حيث إلزامية النظافة في المواد الغذائية، إلزامية ضمان المنتج وتقديم الخدمات ما بعد البيع، والحق في الإعلام وغيرها من المبادئ التي توفر حماية للمستهلك فيما يتعلق بالسلع والخدمات التي يقدمها المهني، ولم يشر المشرع إلى حمايته فيما يتعلق بالشروط التعسفية في العقد، الأمر الذي يستلزم بالضرورة الرجوع إلى القواعد العامة للبحث عن الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية.

إذا سلمنا بأن عقد الاستهلاك هو عقد إذعان، ينضمّ المستهلك إليه نظرا لحاجته للسلع والخدمات التي يقدمها المهني، يمكن تطبيق نص المادة 110 من القانون المدني، التي تجيز للقاضي في حالة احتواء العقد على شرط تعسفي، بأن يعدل هذا الشرط أو أن يعفي المستهلك منه، وذلك وفقا لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

وبذلك يكون المشرع قد وفر حماية قانونية للمستهلك من الشروط التعسفية في العقد، غير أن الإشكال يثور في المدة الزمنية التي قد يستغرقها القاضي ليفصل فيما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا، علما أن المستهلك تدفعه الحاجة والضرورة إلى الانضمام إلى هذا العقد<sup>48</sup>، نظرا لحاجته إما إلى السلع أو إلى الخدمات التي يقدمها له المهني، خاصة إذا كان محتكرا لها أضف إلى ذلك عدم تحديد المشرع الجزائري لمعيار موضوعي يعتمد عليه القاضي

لتحديد مدى تعسفية الشرط من عدمه، نظرا لعدم تحديد مفهوم دقيق لمصطلح التعسف في القانون المدني الذي اكتفى ببيان حالاته<sup>49</sup>

مما يجعل نص المادة 110 قاصرا عن توفير الحماية اللازمة للمستهلك من الشروط التعسفية في العقد الاستهلاكي، مما يستلزم الرجوع إلى نصوص قانونية أخرى، للبحث عما إذا كانت هناك حماية قانونية للمستهلك من قبل المشرع الجزائري.

بالرجوع إلى نص المادة 622 من القانون المدني، نجد أن المشرع الجزائري حاول خلق التوازن في العلاقة العقدية بين المستهلك والمهني وبالذات في مجال خدمات التأمين، ذلك أن عقد التأمين من خصائصه أنه عقد إذعان نظرا للمركز القوي الذي تكون فيه شركة التأمين، والذي يمكنها من وضع شروط هذا العقد، التي تمكنها من الوفاء بالتزاماتها من جهة، وبتحقيق الربح من جهة أخرى، إذ تعتبر هذه الشركات تاجرة في علاقاتها مع الغير، الأمر الذي جعل المشرع يتدخل ويخروج عن القواعد العامة (العقد شريعة المتعاقدين)، ليجعل بعض الشروط التي قد ترد في عقد التأمين ومن شأنها الإضرار بالمؤمن له (المستهلك) باطلة إذا كانت تحرمه من حقه في التعويض عند تحقق الخطر المؤمن منه، واعتبر كل شرط تعسفي تتمسك به شركة التأمين في مواجهة المؤمن له باطلا، ومن بين هذه الشروط:

- 1- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم، ما لم يكن هذا الخرق يشكل جنائية أو جنحة عمدية.
- 2- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له في التعويض بسبب تأخره في إخطار شركة التأمين بوقوع الخطر المؤمن منه، متى كان له في ذلك عذر مقبول.
- 3- الشرط الذي يكتب في عقد التأمين بصورة غير واضحة، ويكون متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى بطلان العقد أو سقوط الحق، ذلك لأن الكتابة في عقد التأمين شرط إلزامي، لا يقوم عقد التأمين إلا بها<sup>50</sup>.

## خاتمة

حاولنا من خلال هذا المقال الإجابة عن الإشكالية التي طرحت في المقدمة حول الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية الواردة في العقد الاستهلاكي، ودور إرادته في إبرام هذا العقد باعتباره طرفاً ضعيفاً يقابله طرف قوي وهو المهني الذي يملك الخبرة والاختصاص إضافة إلى الإمكانيات المادية والمالية.

وبعد دراسة بعض نصوص القانون المدني، باعتبارها القواعد العامة، وبعض نصوص القوانين الخاصة تراءت لنا النتائج التالية:

1- عدم وجود توازن في العلاقة العقدية الاستهلاكية بسبب تمتع المهني بخبرة ومهارة وإمكانيات تجعله يضع شروط العقد مسبقاً، وبالكيفية التي تمكنه من الوفاء بالتزاماته بطريقة تخدم مصالحه، وتحقق له ربحاً على حساب مصلحة المستهلك، الذي لا يملك غير الانضمام لهذا العقد، نظراً لحاجته للسلع والخدمات التي يقدمها المهني.

2- رغم إقرار المشرع لحق إبطال العقد لمن أصيب رضاه بأي عيب من عيوب الإرادة، إلا أن ذلك غير كاف لحماية المستهلك، لأنه يتعاقد بسبب حاجته لهذا العقد الذي لا يمكنه الاستغناء عنه.

3- خروج المشرع عن القواعد العامة في نص المادة 110 من القانون المدني، وإعطاء القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان أو إعفاء الطرف المدعى منها، إلا أن ذلك لا يمكن أن يحقق الحماية اللازمة للمستهلك في عقد الإذعان، نظراً لعدم تحديد المعيار المعتمد لتحديد الشرط التعسفي من عدمه، إضافة إلى المدة الزمنية اللازمة لإصدار حكم القاضي.

4- تدخل المشرع الجزائري في عقد التأمين باعتباره من عقود الإذعان، وقضى بموجب المادة 622 ببطان الشروط التعسفية التي قد يتضمنها عقد التأمين، والتي من شأنها حرمان المؤمن له من حقه في التعويض، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد وفر حماية قانونية للمستهلك في هذا العقد ذو

الطابع الخدماتي.

وفي الختام نخلص إلى أن حماية المستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة العقدية الاستهلاكية، تتوفر عن طريق حماية مبدأ المنافسة الحرة، وردع كل الممارسات المنافية لها ذلك أن المنافسة الحرة تحقق الجودة وتحسن الخدمة وتوفر الإنتاج وتخفف الأسعار، وبالتالي تحسن مستوى معيشة جمهور المستهلكين.

- الهوامش:

- 1 عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، الدار العلمية الدولية، الأردن، 2002.
- 2 خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008. ص 21.
- 3 محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن. دار الكتاب الحديث 2006. ص 39.
- 4 محمد دالي، مرجع سابق ص 24.
- 5 غسان رباح، قانون حماية المستهلك الجديد. منشورات زين الحقوقية بيروت 2006. ص 18
- 6 موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية. منشورات زين الحقوقية الأدبية بغداد 2011. ص 14
- 7 القانون 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية. ج ر عدد 41 مؤرخة في 2004/06/27.
- 8 القانون 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. ج ر عدد 15 مؤرخة في 2009/03/08.
- 9 انظر المادة 139 من القانون المدني الجزائري المتمم والمعدل.
- 10 القانون رقم 02 مؤرخ في 10 مارس 2002 متعلق بحماية المستهلك.
- 11 خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 25.
- 12 انظر المادة الأولى من القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم.
- 13 انظر المادة الثانية من القانون التجاري الجزائري.
- 14 غسان رباح. مرجع سابق ص 24
- 15 انظر المادة 04 من القانون التجاري الجزائري.
- 16 موفق حماد عبد، مرجع سابق ص 17
- 17 انظر المادة 83 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 فبراير 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.
- 18 انظر المادة 85 من القانون نفسه.
- 19 رمضان أبو السعود ؟

- 20 انظر المادة 82 من القانون المدني الجزائري.
- 21 خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق ص 69
- 22 انظر المادة 04 من القانون 02/04 مرجع سابق.
- 23 عامر قاسم أحمد القيسي مرجع سابق ص 22
- 24 خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق ص 65.
- 25 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، جزء1، دار إحياء التراث العربي بيروت بدون سنة طبع. ص 320.
- 26 انظر المادة 86 من القانون المدني الجزائري.
- 27 انظر المادة 87 من القانون نفسه.
- 28 انظر المادة 15 من الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم.
- 29 انظر المادة 124 من القانون المدني الجزائري.
- 30 رمضان أبو السعود مرجع سابق ؟
- 31 خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق ص 73
- 32 عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 334.
- 33 انظر المادة 88 من القانون المدني الجزائري.
- 34 عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق ص 355.
- 35 معدلة بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.
- 36 انظر المادة 91 من القانون المدني الجزائري.
- 37 انظر المادة 358 من القانون المدني الجزائري
- 38 انظر المادة 90 من نفس القانون.
- 39 انظر المادة 732 من نفس القانون.
- 40 عبد الفتاح بيومي مجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2005، ص 33
- 41 انظر المادة 106 من القانون المدني الجزائري.
- 42 انظر المادة 70 من نفس القانون
- 43 عبد المنعم فرح، مشار إليه في: عامر قاسم أحمد العيسي، مرجع سابق ، ص 32
- 44 انظر الفقرة الخيرة من المادة، 03 من الت ق رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل و المتمم.
- 45 حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك. مشار إليه في موفق حماد عبد، مرجع سابق ص 248.
- 47 تم إلغاؤه بموجب الأمر رقم 03/03 المؤرخ في جانفي 2003 المعدل والمتمم.
- 48 تمدت وضع عبارة الانضمام اعتمادا منى بأن عقد الاستهلاك لا يتطابق فيه الإيجاب والقبول لأن المستهلك مضطر وليس مخيرا.
- 49 انظر المادة 124 مكرر من الت ق م ج.
- 50 انظر المادة 07 من الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 1995 المتعلق بالتأمينات المعدل و المتمم.

## المسؤولية الدولية لإسرائيل على جرائم قطاع غزة 2008/12/27 وفق أحكام القانون الدولي الجنائي

بقلم

أ / ساسي محمد فيصل

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة سعيدة



### الملخص

منذ قيام دولة إسرائيل عام 1948 وهذا الكيان الغاشم يمارس أصناف الإجرام في الأراضي المحتلة الفلسطينية، هذا الإجرام الذي يدخل ضمن فئة الجرائم الدولية لما فيها من انتهاك للاتفاقيات الدولية ومساس بالسلم والأمن الدوليين، وحتى لا تبقى مثل هذه الجرائم حبيسة التنديدات والاستنكارات ككل مرة، يجب بحث سبل وطرق معاقبة مقترفها، الأمر الذي لا يتسنى إلا بالرجوع إلى أحكام القانون الدولي الجنائي، وكذلك شأن الجرائم الإسرائيلية المرتكبة في نهاية عام 2008 وبداية عام 2009 على قطاع غزة، والتي هي موضوع هذا المقال الذي سيكشف مسألتي مترابطين، وهما إثبات مسؤولية الدولية الجنائية على إسرائيل ثم بحث إمكانية المحاكمة كنتيجة منطقية لهذه المسؤولية.

### Résumé

Depuis la création d'Israël en 1948, cette Israël a la variétés d'exercice brutal de la criminalité dans les territoires palestiniens occupés. Ce crime qui tombe sous la catégorie des crimes internationaux, en raison de la violation des conventions internationales et les préjugés à

la paix et la sécurité internationales.

Et pour que ces crimes ne soient pas condamnés par des simples actes négligeables , il faut chercher les voies et les moyens de punir les auteurs de ces crimes, ce qui n'est pas possible que par référence aux dispositions du droit pénal international, ainsi que les crimes israéliens commis à la fin de 2008 et le début de 2009 sur la bande de Gaza, qui est l'objet du présent de cet article, qui va révéler deux grands titres :

- 1- Prouver la responsabilité pénale internationale sur Israël .
- 2 - Trouver le moyen de juger les auteurs de ces crimes .

### المقدمة:

إن علاقات الدول مع مثيلاتها لا يتسم دائما بالطابع السلمي، فقد تصبح غير ذلك حين تنتقل الدولة في استعمالاتها للوسائل من السلمي للعسكري، وتتمثل عادة في الحروب العسكرية، وحتى لا تكون هذه الطريقة-العسكرية- مطلقة بلا قيود أوجد المجتمع الدولي اتفاقيات وقوانين تحد وتقيّد من حرية الدول أثناء الحروب لما تخلف من أضرار مادية وبشرية.

إن هذه القوانين التي تقيّد من حرية الدول أثناء الحرب تختلف في طابعها وتتفق في هدفها، فهناك القانون الدولي الإنساني مثلا الذي يسعى إلى حماية ضحايا النزاع وإلى تقييد وسائل وأساليب القتال أثناء الحرب، ويوجد كذلك القانون الدولي الجنائي الذي يعاقب من يخالف قواعد القانون الدولي الإنساني، كما يشمل كذلك الجرائم الدولية المرتكبة وقت السلم.

وفي حالة مخالفة الدولة لمثل هذه القوانين فإنه يترتب عليها مسؤولية دولية يتحتم بعدها أن تحاكم وتعاقب على أفعالها المحظورة والمجرمة وفق القواعد الدولية (القانون الدولي الجنائي والقانون الدولي الإنساني)، وفي هذا البحث ستمحور الدراسة حول هذا الطرح بالنسبة لما اقترفته إسرائيل من جرائم على قطاع غزة خلال 22 يوما ابتداء من 2008/12/27 أو ما سمته إسرائيل بعملية الرصاص المصبوب.



وهنا تثار إشكاليتين هما: - ما مدى اعتبار الانتهاكات الإسرائيلية على قطاع غزة 2008 جرائم دولية (فكرة التجريم لإثبات المسؤولية الدولية)؟  
- ما هي إمكانية محاكمة ومتابعة إسرائيل عن جرائمها في قطاع غزة 2008 (فكرة العقاب كنتيجة للمسؤولية الدولية)؟

لمعالجة هذه الإشكاليات سيتم بحث مسؤولية إسرائيل عن جرائم قطاع غزة 2008، من خلال معالجة مرحلية تبدأ بعرض صور عن الانتهاكات التي مارستها إسرائيل على الشعب الفلسطيني في الحرب على غزة لإثبات المسؤولية، ثم بعد ذلك تأتي مرحلة مطابقة هذه الانتهاكات مع النصوص التجريبية الدولية، ثم يلي هذه المرحلة مرحلة بحث مدى إمكانية المحاكمة على هذه الجرائم كنتيجة حتمية عن المسؤولية الدولية.

### المبحث الأول

#### إثبات المسؤولية الدولية لإسرائيل على جرائم قطاع غزة 2008

سيتم من خلال هذا المبحث عرض صور عن الانتهاكات الخطيرة التي أقدمت على ممارستها إسرائيل على أهالي قطاع غزة في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني فسوف يتم الخوض في عملية مطابقة الانتهاكات الإسرائيلية على النصوص التجريبية الدولية وهذا بغية إثبات المسؤولية الدولية لإسرائيل عن جرائمها بصفة قانونية.

#### المطلب الأول: صور عن الانتهاكات الإسرائيلية في قطاع غزة ديسمبر 2008

إن من بين الجرائم الإسرائيلية في الأرض المحتلة ما اقترفته في ديسمبر 2008 على قطاع غزة، مغتصبة الأرض والإنسان معا، وفي ما يلي صور عن الأفعال غير الإنسانية التي مارستها إسرائيل على الغزائين العزل خلال ما يزيد عن ثلاثة أسابيع.

فقد تعمدت السلطات الإسرائيلية أن توجه الضربات العسكرية على مواقع حساسة وقطاعات مدنية، حيث دمرت آلاف البيوت في غزة تدميرا جزئيا وكليا، محولة أحياء كاملة إلى أنقاض، كما ألحق القصف أضرارا بالمدارس ومراكز الإطفاء والإسعاف<sup>(1)</sup>.

العملية العسكرية الإسرائيلية وجهت كذلك إلى القطاعات الخدمائية واللوجستية، فقطاعات المياه والصرف الصحي والكهرباء والبنية التحتية قد تضررت بدرجة أبقت أكثر من ثلث السكان دون مياه صالحة للشرب، وأكثر من 80% من السكان دون كهرباء، بالإضافة إلى التجمعات السكانية والبنية التحتية لقطاع غزة فإن العمليات الإسرائيلية وجهت كذلك إلى القطاع الصحي الذي أثقل كاهله جراء سقوط آلاف المصابين والجرحى، فالطواقم الطبية واجهتها صعوبات عديدة من نقص الدواء وقلة الأخصائيين جعلت من ظروف العمل مستحيلة<sup>(2)</sup>.

إن الأفعال السابقة والتي ما هي إلا عينات عن كم هائل من الانتهاكات خلفت جرحى وقتلى وأرامل ومرضى بمختلف الأمراض الجسدية منها والنفسية، وإن كانت هذه الأفعال - سابقة الذكر - مادية تمس الهياكل والمعدات، إلا أن أثرها كان واضحا على المستوى البشري بشكل مباشر وذلك لارتباط الإنسان بها ارتباطا معيشيا (السكن والصحة) وحيويا (الماء، الكهرباء).

لم تكتف السلطات الإسرائيلية بممارسة الحرب على غزة من الداخل بل استعانت بالحصار لتفقيم الوضع، وتضييق الخناق على أهل غزة، وذلك بغلق المعابر والحد من الحركة الحدودية فهي أرادت الموت البطيء للغزائين، فالحصار أثر على غزة أثناء اعتداء ديسمبر 2008-ابتداء من

2008/12/27 وعلى امتداد 22 يوما- من نواحي عدة.

فقد مارست إسرائيل على القطاع الساحلي الصغير- غزة- عزلا عن العالم الخارجي قبل العمليات العدائية، حيث فرضت قيودا صارمة على حركة الناس والسلع بالأخص منذ أكتوبر 2007، مما أدى إلى تفاقم الفقر وارتفاع البطالة وتدهور الخدمات، خاصة المتعلقة بالرعاية الصحية والماء والصرف الصحي<sup>(3)</sup>، وهذا كان تمهيدا لاعتداءات ديسمبر 2008، حيث أنه في 2007/09/19 تبنت الحكومة الإسرائيلية قرارا أعلنت بناء عليه أن غزة كيان معادي، والذي ترتب عليه- القرار- قطع إمدادات الكهرباء والغذاء والوقود، كما قامت بتحديد المواد المسموح لها بالدخول وإغلاق كافة المعابر البرية المؤدية إلى قطاع غزة، وقد قامت بفرض الإقامة الجبرية والعقاب الجماعي على سكان القطاع<sup>(4)</sup>.

والحصار على غزة كان الهدف منه التأثير على جوانب حساسة في حياة الغزائين، حيث منعت السلطات الإسرائيلية دخول وخروج السلع بأنواعها مما سبب انهيارا اقتصاديا<sup>(5)</sup> ونقصا فادحا في المواد الغذائية الأساسية<sup>(6)</sup>.

وأثر هذا الحصار على المستوى الصحي لما منعت الإمدادات الطبية من أدوية ومعدات علاجية من الدخول إلى القطاع، فهذه الأدوية صارت حبيسة المعابر، رغم حساسية مثل هذه المواد-الأدوية- وقابليتها للتلف السريع، وانعكاس تأخر ودخول بعض الأدوية على فقدان المزيد من الأرواح.

لم يوجه الحصار الإسرائيلي على حركة الغذاء والدواء فقط بل شمل كذلك مواد البناء وقطع الغيار الهادفة لإعادة إعمار غزة المدمرة، فالسلطات الإسرائيلية لم ترد لغزة إعادة إعمار وعودة إلى الحياة شبه العادية بل أرادت دمارا مستمرا للقطاع.

شمل الحصار كذلك الأفراد، فوجد البعض أنفسهم داخل غزة والبعض الآخر خارجها، مع عدم إمكانية الدخول أو الخروج، وهناك حالات كانت تحتاج إلى مغادرة القطاع كالمريض والجرحى الذين لم تكفهم التدخلات الطبية في غزة نظرا لقلّة الرعاية الصحية وخطورة أمراض البعض منهم أو لاستعجالية حالاتهم<sup>(7)</sup>.

ما سبق وأمام هذه الانتهاكات الإجرامية لا بد من إعطاء تكييف قانوني للأعمال الإسرائيلية المقتربة في قطاع غزة، وهذا بالفعل ما سيتم استعراضه في الجزء الموالي من الدراسة.

**المطلب الثاني: التكييف القانوني للأعمال الإسرائيلية المقتربة في قطاع غزة - انتهاكات 27 ديسمبر 2008**

إن الحديث عن المسؤولية الدولية سواء جنائيا أو مدنيا بالنسبة لما اقترفته السلطات الإسرائيلية في قطاع غزة، يجب أن تسبقه مسألة تكييف هذه الأفعال على أنها جرائم دولية، وهذا يكون بمطابقة الأفعال على النصوص التجريبية الموجودة في الاتفاقيات الدولية التي عنت بذلك.

والملاحظ بعين القانوني الدارس يرى أن ما اقترفته السلطات الإسرائيلية من أفعال يعتبر مجرما في اتفاقيات دولية عديدة أهمها اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 ونظام المحكمة الجنائية الدولية لعام 1998. فحسب المادة 8 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فإن إسرائيل قد ارتكبت جرائم حرب حينما قامت ب:

- القتل العمد.
- تعمد إحداث معاناة شديدة أو إلحاق أذى خطير بالجسم والصحة.
- إلحاق تدمير واسع النطاق بالممتلكات والاستيلاء عليها دون وجود

ضرورة عسكرية تبرر ذلك.

وهذه الأفعال الثلاثة بالإضافة إلى النص عليها في المادة 8 للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تعتبر كذلك من الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف الأربع المؤرخة في 12 آب (أغسطس) 1949 .

واستنادا للمادة 8 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فإن إسرائيل تعتبر مرتكبة لجرائم حرب حينما أقدمت على:

- تعمد توجيه هجمات ضد أفراد مدنيين لا يشاركون مباشرة في الأعمال الحربية.

- تعمد توجيه هجمات ضد مواقع مدنية، أي المواقع التي لا تشكل أهدافا عسكرية.

- تعمد توجيه هجمات ضد المباني المخصصة للأغراض الدينية أو التعليمية أو الفنية والخيرية، والآثار التاريخية، والمستشفيات، وأماكن تجمع المرضى والجرحى شريطة أن لا تكون أهداف عسكرية.

- استخدام الغازات الخانقة أو السامة.

- استخدام أسلحة أو قذائف أو مواد أو أساليب حربية تسبب بطبيعتها أضرارا زائدة أو آلام لا لزوم لها أو أن تكون عشوائية بطبيعتها، بالمخالفة للقانون الدولي للمنازعات المسلحة.

- تعمد تجويع المدنيين كأسلوب من أساليب الحرب لحرمانهم من المواد التي لا غنى عنها لبقائهم، بما في ذلك تعمد عرقلة الإمدادات الغوثية على النحو المنصوص عليه في اتفاقيات جنيف، وكل هذا بالحصار وإغلاق المعابر .

وتعد الانتهاكات الإسرائيلية على القطاع جرائم ضد الإنسانية مادامت قد ارتكبت في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين حسب المادة السابعة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، كما يمكن اعتبار هذه الانتهاكات كذلك جرائم إبادة جماعية<sup>(8)</sup> حسب المادة السادسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، كون أنها نفذت ضد جماعة عرقية في قطاع غزة (العرب) بقصد إهلاكهم كليا أو جزئيا.

وحتى وإن اعتبرت إسرائيل ما جرى في قطاع غزة نزاعا مسلحا غير دولي، فهو بالتالي نزاع مسلح داخلي تحميه هو الآخر المادة الثالثة المشتركة<sup>(9)</sup> من اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949<sup>(10)</sup>، والتي تحظر أفعال كالاعتداء على الحياة والسلامة البدنية بخاصة القتل بجميع أشكاله، كما يحظر تجويع غير العسكريين كوسيلة من وسائل الحرب (حظر حصار المدنيين مادام فيه تجويع للمحاصرين).

غير أنه ما يميز الانتهاكات الإسرائيلية على قطاع غزة في 27 ديسمبر 2008 على سابقتها الإجرامية هو استعمال الأسلحة الفسفورية في العمليات العسكرية وخصوصا القصف الجوي منها.

فاستخدام إسرائيل للأسلحة الفسفورية على المدنيين في قطاع غزة، يعتبر خرقا للقواعد الأساسية التي تحرم استخدام كل الأسلحة على المدنيين، ويتجسد هذا الهتك في عدم التمييز بين الأهداف العسكرية والمدنية أثناء استخدام هذه الأسلحة.

إن استخدام الأسلحة الفسفورية كأسلحة محرقة<sup>(11)</sup> -أي تلك التي تضرم النار في الأهداف العسكرية- يخضع لقيود صارمة، فالاستخدام ضد أي

هدف عسكري في مناطق مأهولة بالمدنيين فعل محظور، ويدخل في الحظر كذلك إطلاق الأسلحة المحرقة من الجو ضد الأهداف العسكرية الموجودة داخل التجمعات السكانية المدنية، هذه المحظورات تدخل في ما جاءت به اتفاقيات عدة منها: اتفاقية حظر أو تقييد استعمال أسلحة تقليدية معينة يمكن اعتبارها مفرطة الضرر أو عشوائية الأثر المؤرخة في 1980/10/10 والبروتوكول الثالث لحظر أو تقييد الأسلحة المحرقة المؤرخ هو الآخر في 1980/10/10<sup>(12)</sup>.

وتعتبر الأسلحة الفسفورية الخطيرة<sup>(13)</sup> التي استعملتها إسرائيل في عدوانها على قطاع غزة في 2008/12/27 من الأسلحة العشوائية الأثر، والتي يقصد بها الأسلحة التي يرجح أن توقع قتلى وجرحى في صفوف المدنيين، والتي تسبب آلاما مفرطة لا يبررها الهدف العسكري المحدد<sup>(14)</sup>.

مما سبق يتضح أن إسرائيل قد مارست خلال 22 يوما على قطاع غزة أصنافا عديدة من الجرائم الدولية من قتل وتجويع وإبعاد وتعذيب، باستعمال نوعيات مختلفة من الأسلحة، تعمدت من خلالها أن تشن حربا على القطاع، مناقضة بذلك كل القوانين الدولية.

من خلال ما سبق و بعد تجريم الأفعال التي ارتكبتها إسرائيل على قطاع غزة، تأتي مرحلة بحث إمكانية محاكمة مقترفي هذه الأفعال الإجرامية أمام آلية قضائية بقصد عدم الإفلات من العقاب.

## المبحث الثاني:

### مدى إمكانية محاكمة إسرائيل عن جرائمها في قطاع غزة

2008/12/27

سيتم التطرق في هذا المبحث إلى الرغبة الإسرائيلية في التحلل والتهرب من مسؤوليتها الدولية تجاه أفعالها الإجرامية في قطاع غزة 2008 في المطلب الأول، ثم يليها في المطلب الثاني بحث ما هو متاح من وسائل قانونية لتفادي إفلات إسرائيل من المحاكمة، كونها-المحاكمة- نتيجة منطقية على من تثبت عليه المسؤولية.

### المطلب الأول: التهرب الإسرائيلي من المحاكمة عن جرائم قطاع

غزة 2008/12/27

رغم ما اقترفته السلطات الإسرائيلية من شتى أنواع الإجرام على المواطنين العزل في قطاع غزة في 2008/12/27، إلا أن مسئوليتها المدنيين والعسكريين لم يعتبروها كذلك، بل صنفوا أفعالهم على أنها مسائل داخلية وإعادة النظام وغيرها من أسانيدهم الواهية، والتي كان منها أنهم قد مارسوا دفاعا شرعيا للحفاظ على أمن إسرائيل.

ولمواجهة المجتمع الدولي على ما اقترفته- إسرائيل- من جرائم في قطاع غزة طيلة ثلاثة أسابيع ابتداء من 27 ديسمبر 2008، فقد ذهبت إسرائيل لاعتبار عملياتها دفاعا شرعيا، متذرة بحجة الدفاع عن النفس ومكافحة الأعمال الإرهابية لتبرير جرائمها.

لكن وقبل مناقشة مسألة الدفاع الشرعي التي تذرعت بها إسرائيل، لابد من إعطاء مفهوم لهذا المصطلح، فالدفاع الشرعي Self-défense - المنصوص عليه في المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة - استعمال قدر لازم



من القوة لرد اعتداء حال<sup>(15)</sup> غير مشروع على النفس أو المال، ولا يتحقق الدفاع الشرعي إلا بتوافر شروط في فعل الدفاع، بحيث يجب أن يكون هذا الدفاع على حق يحميه نص تجريمي، وأن يكون فعل الدفاع لازماً لصد الخطر من جهة ومتناسباً معه من جهة أخرى، أي فكرة الضرورة والتناسبية، ولا يلجأ للدفاع إلا بعد عدم جدوى الإجراءات السلمية في رد العدوان<sup>(16)</sup>.

وتذرع إسرائيل بمبدأ الدفاع الشرعي للتهرب من مسؤوليتها على أفعالها الإجرامية إدعاء مردود لاعتبارات عدة<sup>(17)</sup>:

أ- من شروط قيام حالة الدفاع الشرعي وجود عدوان مسلح وقع على الدولة التي تلجأ إلى هذه الحالة- الدفاع-، وهذا الوصف غير متوفر بالنسبة إلى إسرائيل، فليس هناك اعتداء وقع عليها بالمعنى المعروف والمفهوم في القانون الدولي، بل على العكس من ذلك فهي التي باشرت الاعتداء على قطاع غزة من خلال احتلال الأراضي وتهجير السكان وانتهاك حرمة الأماكن المقدسة.

ب- يجب أن يكون الدفاع الشرعي متناسباً مع فعل الاعتداء دون تجاوز حدوده وأهدافه، وهذا العنصر غير متوفر بالنسبة للاعتداءات على قطاع غزة، فالجانب الإسرائيلي استعمل أسلحة تفوق بكثير ما استعمله الجانب الفلسطيني، فالأسلحة المتطورة الإسرائيلية كانت في مواجهة صواريخ فلسطينية في معظمها يدوية الصنع، وهذا ما يشكل عدم تناسب.

ج- إن حق الدفاع المشروع لا يخول من يحتج به أن يستهدف المدنيين بالقتل أو الإبعاد أو الإبادة، أو بأي معاملة أخرى تحط من الكرامة الإنسانية، غير أن إسرائيل وتحت غطاء الدفاع الشرعي وجهت هجماتها في قطاع غزة على المدنيين، حيث اعتبرتهم- المدنيين- خطراً يهدد أمن

إسرائيل، وهي بذلك خالفت مبدأ هام من مبادئ القانون الدولي الإنساني والتمثل في التفريق بين المدنيين والعسكريين.

د- إن الكفاح المسلح من أجل التحرر وحق تقرير المصير شرعته الأعراف والمواثيق الدولية ولا يعتبر عملا من أعمال الإرهاب، وبذلك يكون كفاح الشعب الفلسطيني ضد الاحتلال الإسرائيلي لأرضه قضية مشروعة، إضافة إلى أن المنطق يقضي بالآ يواجه الإرهاب بإرهاب أكثر ضرا. رغم هذه الردود التي تخرج الجرائم الإسرائيلية من حيز الدفاع الشرعي، إلا أن نسبة معتبرة من الإسرائيليين لا يعتبرونها كذلك، ويتضح هذا في الاستطلاع الذي أجرته مؤسسة: "جيوكارتوغرافي ناولدج غروب". بطلب من اللجنة الدولية للصليب الأحمر والذي كانت نتائجه كالتالي<sup>(18)</sup>:

- 33 % من الإسرائيليين يعتبرون الهجوم على المدنيين مسموحا به.
- 45 % من الإسرائيليين يعتبرون أن حرمان المدنيين من الدواء والغذاء والماء أمر جائز.
- 50 % من المقاتلين الإسرائيليين يرون أن هجومهم على المدنيين سببه حماية أرواحهم وأرواح رفاقهم في السلاح، ويحتجون أنهم في ريب من أمرهم حيث لا يرون هل الهدف مدني غير مسلح أم مقاتل عدو.
- هذه النسب تؤكد مدى اعتبار الإسرائيليين جرائمهم أفعال عادية ودفاعا مشروعا عن بقائهم، وهذا بالرغم من أن 82 % من الإسرائيليين أي ثمانية من أصل عشرة على علم باتفاقيات جنيف الأربع، وهذا استنادا لنفس الاستطلاع السابق.

إن استهجان ما أقدمت عليه إسرائيل من جرائم على قطاع غزة سيقى فعلا بلا جدوى ولا أهمية، ما لم يقابله متابعة ومساءلة بالوسائل والطرق

القانونية.

### المطلب الثاني: الوسائل القانونية المتاحة لتفادي إفلات إسرائيل من العقاب.

إن الأفعال المرتكبة من قبل القادة السياسيين والعسكريين لدولة إسرائيل<sup>(19)</sup>، والمتمثلة في قتل المدنيين وقصف أهداف مدنية واستعمال أسلحة محرمة تشكل جرائم دولية بناء على نصوص اتفاقيات جنيف الأربع ونظام المحكمة الجنائية الدولية.

والوسائل القانونية المتاحة لمحكمة ومعاقبة المسؤولين الإسرائيليين تدور حول ثلاثة حلول:

- المحاكمة أمام محاكم وطنية.
- المحاكمة أمام محكمة دولية جنائية خاصة.
- المحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية.
- 1- المحاكمة أمام محكمة وطنية:

جاءت المادة 146 من اتفاقية جنيف الرابعة لتفرض على الدول الأطراف في الاتفاقية أن يتخذوا من الإجراءات التشريعية ما هو لازم لفرض عقوبات جزائية فعالة على الأشخاص الذين يقتربون أو يأمرن باقتراف إحدى المخالفات الجسيمة قصد تقديمهم إلى المحاكمة، وهذا ما أكدته المادة 86 من البروتوكول الأول الإضافي الملحق لاتفاقيات جنيف الأربع والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة<sup>(20)</sup>.

وبالتالي يجب ملاحقة المسؤولين الإسرائيليين الذين ارتكبوا جرائم على قطاع غزة 2008/12/27، وتقديمهم للمحاكمة أمام المحاكم الوطنية للدول

الأعضاء في اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 بحكم أن إسرائيل طرف في الاتفاقية.

والإجراءات التشريعية التي أشارت لها المادة 146 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949، تتمثل في المواءمات التي تدخلها الدولة الطرف في الاتفاقية على مختلف قوانينها (الدستور، تشريع، تنظيم) قصد جعل محاكمها الوطنية مختصة في مثل هذه الانتهاكات الجسيمة الدولية، وهذا ما ذهبت له بلجيكا<sup>(21)</sup> حينما أصدرت عام 1993 قانونا خاصا بمكافحة الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني، والذي يسمح للقضاء الوطني البلجيكي النظر في جرائم الحرب والإبادة والجرائم ضد الإنسانية طبقا لمبدأ الصلاحية العالمية<sup>(22)</sup>.

وقد وظفت بلجيكا قانون 1993 الخاص بمكافحة الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني على ما ارتكبه أرييل شارون عام 1982 من جرائم حينما غزت إسرائيل الأراضي اللبنانية- مجازر مخيمي صبرا وشتيلة-، وذلك بعد أن رفع بعض الضحايا وأهلهم من الذين نجو دعوى أمام القضاء البلجيكي ضد رئيس الوزراء "شارون" ومعاونه.

## 2- المحاكمة أمام محكمة جنائية دولية خاصة:

إن أحداث 27 ديسمبر 2008 في قطاع غزة وما سبقها من جرائم إسرائيلية على الشعب الفلسطيني لا تختلف عن ما اقترف في يوغوسلافيا سابقا ورواندا، واللتان كيفا على أنهما قضايا مست السلم والأمن الدوليين، ما انجر عنه تدخل مجلس الأمن حسب الفصل السابع من الميثاق الأممي بإنشاء محاكم جنائية دولية خاصة (المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغوسلافيا والمحكمة الدولية الجنائية الخاصة بروندا).

ورغم الخروقات الصارخة لحقوق الإنسان الفلسطيني إلا أن مجلس الأمن يبقى متقاعسا ومجحفا للدفاع عنها- الحقوق- بل أنه يبقى عاجز حتى عن القيام بدوره الرئيسي والمتمثل في حفظ السلم والأمن الدوليين، وهذا راجع إلى هيمنة الدول الكبرى على قراراته ووجود عائق الفيتو لمرور مثل هذه القرارات.

لكن رغم الاعتبارات السياسية التي تعيق عمل مجلس الأمن إلا أن فرضية إنشاء محكمة دولية جنائية خاصة بالجرائم الإسرائيلية على قطاع غزة من طرف مجلس الأمن، فكرة قانونية تبقى قائمة.

### 3- المحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية:

إن المحكمة الجنائية الدولية تختص طبقا للمادة 5 من نظامها الأساسي في جريمة الإبادة الجماعية وجرائم الحرب وجرائم ضد الإنسانية وجريمة العدوان، ويمارس اختصاصها هذا حسب المادة 13 من النظام الأساسي للمحكمة وفق الأحكام التالية:

- إحالة دولة طرف إلى المدعي العام حالة يبدو فيها وجود جريمة أو أكثر مما نص عليه في المادة 5 السابقة الذكر.

- إحالة مجلس الأمن حالة إلى المدعي العام (حالة تتضمن جريمة من جرائم المادة 5) حسب الفصل السابع من الميثاق الأممي.

- بدأ المدعي العام مباشرة التحقيق في جريمة من جرائم المادة 5.

غير أن الإشكال الذي يثار في حالة الجرائم الإسرائيلية على قطاع غزة، هو أن إسرائيل دولة غير مصادقة على نظام روما، وهي بالتالي دولة غير طرف، لكن رغم ذلك فإن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية لا ينعد فقط

على الدول الأطراف بل حتى على الدول غير الأطراف.

فاختصاص المحكمة الجنائية الدولية يمارس إزاء الدول غير الأطراف وفق حالتين<sup>(23)</sup>:

- الاختصاص التلقائي القسري ويكون بقرار من مجلس الأمن أو بالتبعية<sup>(24)</sup>.

- الاختصاص الرضائي والذي يكون برضى الدولة غير الطرف.

ومادامت الحالة الثانية مستبعدة- الاختصاص الرضائي- فإن الحالة المتبقية هي الاختصاص التلقائي القسري، والتي يستبعد منها حالة التبعية كون الجرائم الإسرائيلية على قطاع غزة لم تتم في إقليم دولة طرف أو دولة قبلت باختصاص المحكمة الجنائية الدولية- المادة 12 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية- وبالتالي يبقى لمجلس الأمن حسب المادة 13 من نظام روما أن يحيل حالة الجرائم الإسرائيلية على قطاع غزة على المدعي العام استنادا لفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، وبذلك ينعقد اختصاص مجلس الأمن الدولي للنظر في الجرائم الإسرائيلية على قطاع غزة.

بالإضافة إلى مجلس الأمن كمحرك لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية على جرائم قطاع غزة، فإن للمدعي العام هو الآخر إمكانية ذلك، وهذا حسب المادة 15 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والتي تمنحه سلطة مباشرة تحقيقات من تلقاء نفسه<sup>(25)</sup>.

وبالتالي ومن ما سبق يتضح أن للمحكمة الجنائية الدولية إمكانية النظر في ما اقترفته إسرائيل بقطاع غزة، ولها أن تحاكم مسئولها كون أن الجرائم الإسرائيلية تدخل في اختصاصها.

## الخاتمة

في ختام هذه الدراسة التي تمحورت حول المسؤولية الدولية لإسرائيل على ما اقترفته من جرائم في قطاع غزة طيلة 22 يوما ابتداء من 2008/12/27 تظهر نتائج يستوحى منها اقتراحات:

### 1- النتائج:

- إن الانتهاكات الإسرائيلية مست بصفة واضحة المدنيين العزل من سكان قطاع غزة، بحيث كان هؤلاء المدنيين أكبر المتضررين.
- إن الخسائر في قطاع غزة لم تكن بشرية فقط بل كانت هناك خسائر مادية أثرت بشكل واضح على حياة سكان القطاع.
- إن الحرب الإسرائيلية على القطاع لم تكن فقط من الداخل، بل كانت خارجية حينما استعملت إسرائيل الحصار على السلع والأدوية والبشر.
- إن ما اقترفته إسرائيل من انتهاكات في القطاع يعتبر جرائم دولية وفق النصوص والمواد التجريبية الموجودة في الاتفاقيات الدولية (اتفاقيات جنيف الأربع - ونظام روما الأساسي).
- إلى جانب مختلف أصناف الإجرام الإسرائيلي على القطاع استعملت في الحرب على غزة أسلحة خطيرة ومحظورة كانت ذات آثار جلية ليس على المقاتلين فقط بل على المدنيين بشكل أكبر.
- خالفت إسرائيل في حربها على قطاع غزة مبدأ التمييز بين المقاتلين والمدنيين، فقد كانت عملياتها العسكرية عشوائية وكذلك كان أثر أسلحتها عشوائيا.

- تبريرا لأفعالها الإجرامية ذهبت إسرائيل لاعتبار ما قامت به من قبيل الدفاع عن النفس ورد الاعتداء، غير أن تبريرها هذا ردة لاعتبارات عدة أهمها عدم التناسب، وعدم وجود الاعتداء لرده.

- هناك خلط مقصود لدى إسرائيل والعديد من الدول حول التمييز بين الإرهاب والحركات التحررية.

- للدول المصادقة على اتفاقيات جنيف الأربع 1949 إمكانية متابعة إسرائيل على ما اقترفته من جرائم في قطاع غزة وهذا بناء على المادة 146 من اتفاقية جنيف الرابعة عن طريق محاكمها الوطنية.

- لمجلس الأمن وبناء على الفصل السابع إنشاء محكمة جنائية دولية خاصة بالجرائم الإسرائيلية على قطاع غزة، وذلك من خلال تكييفه للوضع المأساوي في القطاع على أنه مهدد للسلم والأمن الدوليين.

- لمجلس الأمن والمدعي العام أن يحركوا اختصاص المحكمة الجنائية الدولية حسب المواد 12، 13، 15 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على ما اقترفته إسرائيل من جرائم دولية على قطاع غزة.

## 2- الاقتراحات :

- على الدول أن تسعى لمنع استخدام الأسلحة الخطيرة كالأسلحة الفسفورية، لما لها من آثار فظيعة لا تبررها الحاجة العسكرية.

- على الدول وبالأخص العربية المصادقة على اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 أن تدخل ضمن تشريعاتها تعديلات ومواءمات تسمح لمحاكمها الوطنية أن تختص في مثل هذه الجرائم الدولية مثل الجرائم الإسرائيلية على قطاع غزة، وهذا حسب المادة 146 من اتفاقيات جنيف الأربع.



- على الدول الأعضاء في الأمم المتحدة السعي والبحث في سلطات مجلس الأمن وبالأخص حفظ السلم والأمن الدوليين، فتكليف تهديد السلم والأمن الدوليين لم يعد من المسائل القانونية، بل عاد يخضع لاعتبارات سياسية ومصالح تبادلية للدول الكبرى.

- على الدول الأعضاء في المحكمة الجنائية الدولية إعادة تعديل نظامها الأساسي فيما يخص علاقة مجلس الأمن بالمحكمة، لأن هذه العلاقة وكما هي الآن علاقة تجعل من المحكمة تابعة لمجلس الأمن بالأخص إذا كانت الجرائم المرتكبة في دولة غير طرف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، حيث يصبح محرك الاختصاص في هذه الحالة مجلس الأمن.

- على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أن يتضمن ضمن نصوصه إمكانية أن يحرك اختصاص المحكمة من طرف الأطراف المتضررين (الأشخاص الطبيعيين) من أمثال الأفعال الإجرامية الإسرائيلية.

### الهوامش:

(1) مليون ونصف من المحاصرين اليائسين، تقرير عن الوضع الإنساني الاقتصادي والاجتماعي في غزة، مجلة الإنساني، تصدر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، العدد 46، صيف 2009، ص 10.

(2) إياد نصر، غزة: معاناة إنسانية متراكمة في ظل الحصار والعمليات العسكرية، مجلة الإنساني، تصدر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، العدد 45، شتاء / ربيع 2009، ص 06.

(3) مليون ونصف من المحاصرين اليائسين، نفس المرجع، ص 10.

(4) فوزي أوصديق، غزة والحصار على ضوء القانون الدولي الإنساني، دراسات قانونية، دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة، العدد 03، أبريل 2009، ص 120.

(5) إن الحصار الإسرائيلي على غزة - 2008/12/27 - خلف أضرارا اقتصادية منها:

- خسارة الاقتصاد الفلسطيني يوميا مليون دولار.

- احتياطي السلع الأساسية لا يكفي إلا لفترة لا تزيد عن ثلاثة أسابيع، مخزون الخبز لا يكفي إلا لمدة عشرة أيام فقط.

- تعفن أكثر من 100 طن من توت الأرض والطماطم والفلفل والخيار وغيرها من المحاصيل

- والثمار بسبب العجز عن التصدير، عن: فوزي أو صديق، نفس المرجع، ص 117.
- (6) عدم السماح للسلع عموماً والغذائية بالأخص بالمرور إلى قطاع غزة سبب شحها في السوق، ما أدى إلى ارتفاع الأسعار مقابل نقص في الدخل أو انعدامه لدى البعض نتيجة التوقف عن العمل، حيث توقف الإنتاج الصناعي بنسبة 96%، مع دمار 690 منشأة صناعية دماراً كلياً أو جزئياً، وفقد قرابة 70.000 شخص وظائفهم. عن: إياد نصر، نفس المرجع، ص 07 وعن: مليون ونصف من المحاصرين اليائسين، نفس المرجع، ص 12.
- (7) كترجمة لمعاناة المرضى والجرحى بالأرقام: عدد الحالات المرضية المسجلة 1127، سمح بالسفر ل 733، رفض ل 167، لم يتم الرد على 297، ما بين 100 و150 ممن فقدوا أطرافاً في العملية العسكرية الإسرائيلية. عن: فوزي أو صديق، نفس المرجع، ص 117.
- (8) صادقت إسرائيل على اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقب عليها- المؤرخة في 1948/12/09- في تاريخ 1950/03/09، وكان توقيعها في 1949/08/17. عن: موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، إعداد: شريف علتم ومحمد ماهر عبد الواحد، الطبعة 06، إصدار عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، 2005، ص 58.
- (9) يقصد بالمادة الثالثة المشتركة نص تكرر في جميع اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949، باعتباره الجزء الوحيد من تلك الاتفاقيات الذي ينطبق على النزاعات المسلحة الداخلية، وتمثل هاته المادة في نظر الفقه الدولي "معاهدة مصغرة"، لأنها تصف الحد الأدنى من الحماية ومعايير التصرف التي تجب على الدولة وخصومها المسلحين الالتزام بها. عن: عمر سعد الله، معجم في القانون الدولي المعاصر، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 364.
- (10) صادقت إسرائيل على اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 في تاريخ 1951/07/06، وكانت قد وقعت قبلها بتاريخ 1949/12/08. وفي 21 يونيو 1989 تلقت الإدارة الفدرالية للشؤون الخارجية السويسرية كتاباً من المندوب الدائم لفلسطين لدى منظمة الأمم المتحدة بجنيف، بأن اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية قررت الانضمام إلى اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 وملحقيها الإضافيين، وقد أخطرت الحكومة السويسرية الدول الأطراف بذلك في 1989/09/13.
- عن: موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، المرجع السابق، ص 256-262.
- (11) السلاح المحرق حسب البروتوكول الثالث لاتفاقية حظر أو تقييد استعمال أسلحة تقليدية معينة، والخاص - أي البروتوكول - بحظر أو تقييد استعمال الأسلحة المحرقة هو: "أي سلاح أو أي ذخيرة مصمم أو مصممة في المقام الأول لإشعال النار في الأشياء أو تسبب حروق للأشخاص بفعل اللهب أو الحرارة أو مزيج من اللهب والحرارة المتولدين عن تفاعل كيميائي لمادة تطلق على الهدف". (المادة الأولى الخاصة بالتعريف من البروتوكول الثالث)، وحسب نفس البروتوكول وفي المادة الثانية منه - حماية المدنيين والأعيان المدنية - فإنه يحظر في جميع الظروف جعل السكان المدنيين هدفاً. عن: موسوعة اتفاقية القانون الدولي الإنساني، المرجع

- السابق، ص 530-531.
- (12) استخدام الأسلحة الفسفورية في الصراعات، مقابلة مع رئيس وحدة الأسلحة في اللجنة الدولية للصليب الأحمر، مجلة الإنساني، تصدر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، العدد 45، شتاء/ ربيع 2009، ص 10.
- (13) تتضح خطورة استخدام الأسلحة الفسفورية في كونها تحدث حروقا فوسفورية واسعة النطاق تفوق 800 درجة مئوية ( أي حوالي 1500 درجة فهرنهايت) على مساحة واسعة تمتد إلى مئات الأمتار المربعة، والحرق يستمر حتى ينضب الفسفور كليا أو حتى ينقص الأوكسجين. عن: استخدام الأسلحة الفسفورية في الصراعات، نفس المرجع، ص 10.
- (14) عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 33.
- (15) هناك من لا يعتد بشرط الاعتداء الحال، ويرى أن الدفاع قد يكون استباقيا وقائيا- الدفاع الوقائي عن النفس- والذي يقصد به: " شن حرب على دولة قصد درء الأخطار التي تهدد المدنيين من الدولة المهاجمة"، وأول من دعا لهذا المبدأ هو رئيس الولايات المتحدة الأمريكية جورج بوش الابن، في حربه على العراق التي شنها في 20 مارس 2003، عن: عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 231.
- (16) عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 230.
- (17) علي محمد جعفر، الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الجزائري، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع مجد، لبنان، 2007، ص 98-99.
- (18) قواعد الحرب واتفاقيات جنيف بعيون الإسرائيليين، مجلة الإنساني، تصدر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، العدد 46، صيف 2009، ص 32-33.
- (19) القادة السياسيون والعسكريون لدولة إسرائيل المسؤولون عن جرائم القطاع هم: رئيس الحكومة- رئيس الأركان- وزير الدفاع الإسرائيلي- وزيرة الخارجية. عن، بوشاشي مصطفى، الجرائم الإسرائيلية في غزة واختصاص المحكمة الجنائية الدولية، مجلة الرابطة، تصدر عن الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان، الثلاثي الأول، 2009، ص 17.
- (20) محمد أحمد داود، الحماية الأمنية للمدنيين تحت الاحتلال في القانون الدولي الإنساني، د ط، مطابع أخبار اليوم، مصر، 2008، ص 455.
- (21) صادقت بلجيكا على اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 في 03/09/1952 وكانت قد وقعت في 08/12/1949، عن: موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، المرجع السابق، ص 258.
- (22) علي محمد جعفر، المرجع السابق، ص 100.
- (23) عمر محمود المخزومي، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص 355.
- (24) المقصود بالتبعية وهو ما تكلمت عنه المادة 12 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، بخصوص وقوع الجريمة في إقليم أو على متن طائرة أو سفينة مسجلة باسم دولة طرف أو

قابلة لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية، أو أن يكون الشخص المتهم أحد رعايا دولة طرف أو قابلة باختصاص المحكمة الجنائية الدولية.  
(25) بوشاشي مصطفى، المرجع السابق، ص 16.

#### قائمة المراجع:

- (1) استخدام الأسلحة الفسفورية في الصراعات، مقابلة مع رئيس وحدة الأسلحة في اللجنة الدولية للصليب الأحمر، مجلة الإنساني، تصدر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، العدد 45، شتاء/ ربيع 2009.
- (2) إياد نصر، غزة معاناة إنسانية متراكمة في ظل الحصار والعمليات العسكرية، مجلة الإنساني، تصدر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، العدد 45، شتاء/ ربيع، 2009، مصر.
- (3) بوشاشي مصطفى، الجرائم الإسرائيلية في غزة واختصاص المحكمة الجنائية الدولية، مجلة الرابطة، تصدر عن الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان، الثلاثي الأول، 2009.
- (4) علي محمد جعفر، الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الجزائي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، مجد، لبنان، 2007.
- (5) عمر سعد الله، معجم في القانون الدولي الإنساني المعاصر، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- (6) عمر محمود المخزومي، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2008.
- (7) فوزي أوصديق، غزة والحصار على ضوء القانون الدولي الإنساني، دراسات قانونية، دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة، العدد 03، أبريل 2009، الجزائر.
- (8) قواعد الحرب واتفاقيات جنيف بعيون الإسرائيليين، مجلة الإنساني، تصدر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، العدد 46، صيف 2009.
- (9) محمد أحمد داود، الحماية الأمنية للمدنيين تحت الاحتلال في القانون الدولي الإنساني، دون طبعة، مطابع أخبار اليوم، مصر، 2008.
- (10) مليون ونصف من المحاصرين اليائسين، تقرير عن الوضع الإنساني والاقتصادي والاجتماعي في غزة، مجلة الإنساني، تصدر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، العدد 46، صيف 2009، مصر.
- (11) موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، إعداد: شريف عليم ومحمد ماهر عبد الواحد، الطبعة السادسة، بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، 2005.

## رقابة البرلمان على الحكومة بآلية الاستجواب - مقارنة تحليلية -

بقلم

أ / ميلود ذبيح

كلية الحقوق - جامعة المسيلة



### الملخص

يعد الاستجواب البرلماني المدخل الطبيعي لإثارة مسؤولية الحكومة وإسقاطها، ويختلف عن الآليات الاستعلامية لأنه ذو طابع اتهامي للحكومة أو لأحد أعضائها.

وللاستجواب خصائص تميزه عن غيره من آليات الرقابة، ولا يتم توظيفه إلا بشروط وضوابط إجرائية تحت طائلة رفضه.

وتختلف درجة تأثير الاستجواب على الحكومة من نظام إلى آخر، ففيما عمد المشرع الفرنسي إلى إهماله، لازال في ألمانيا وبلجيكا والكويت الآلية الأخطر من ضمن الآليات الرقابية، وفي الجزائر لا يعدو أن يكون آلية استعلامية لجمع الحقائق، وفي كل الأحوال فإن هذه الآلية تضع بشكل أو بآخر حدودا لتعسف الحكومات واستبدالها وتقصيرها في الأداء لمجرد التلويح به.

### Abstract

Parliamentary interrogation is the natural approach to raise the responsibility of the government and overthrow it, and differs from informative mechanisms because it is the nature of the charge for the government or one of its members.

the interrogation of the properties that distinguish it from other control mechanisms, and are not employed only by the conditions and procedural controls under the risk of refusal.

the degree of influence of the questioning on the government differs from one system to another, With the French legislator deliberately neglect, is still in Germany, Belgium, Kuwait, the mechanism of the most dangerous part of regulatory mechanisms, and in Algeria is merely a mechanism for the collection of informative facts, In all cases, the mechanism is put in one form or another are limits to the arbitrariness of authoritarian governments, and its failure in the performance of just waving it.

### تهديد:

إذا كان توظيف الأسئلة والتحقيق البرلماني يهدف إلى الاستعلام، أو جمع الحقائق، فإن توظيف الاستجواب يهدف إلى اتهام الحكومة أو أحد أعضائها أو تجريح سياستها<sup>(1)</sup>، مما يجعله من أمضى وسائل الرقابة وأشدّها بأسا وضراوة على الحكومة<sup>(2)</sup>، لأنه ذو طبيعة اتهامية، فيوجه الاتهام عبره إلى الحكومة أو أحد أعضائها عند ارتكابها خطأ، أو عند إخلالها في تطبيق القانون، أو لدى تقصيرها أو انحرافها في الأداء، مما يعني أنه ليس رجاء أو استعطافا من أعضاء البرلمان للحكومة<sup>(3)</sup>، إنما هو اتهام لها تتصارع فيه الأدلة، وإذا رجحت هذه الأخيرة أدينّت، وقد تبرئ نفسها، أو قد تلقى التأييد من المجلس إثر مناقشة الاستجواب .

والاستجواب حق دستوري مقرر لعضو البرلمان، ويخضع لشروط وإجراءات تحددها النصوص القانونية، وأهدافه ومضامينه لا علاقة لها بالحسابات الشخصية، وتنصب على الأعمال لا على الأشخاص، لذلك سنتناول بالتفصيل تعريف الاستجواب وشروطه وإجراءاته وآثاره ضمن هذه المطالب :

#### المطلب الأول: تعريف الاستجواب وخصائصه وأصوله:

أورد المختصون تعريفا لغويا واصطلاحيا للاستجواب كما حددوا خصائصه وبحثوا في أصوله وهو ما سنعرضه ضمن هذه الفروع:

#### الفرع الأول : تعريف الاستجواب:

الاستجواب في اللغة يعني طلب الجواب، وقد ورد في القاموس

المحيط ما نصه: "استجوبه واستجابه واستجاب له وتجاوبوا: أي جاوب بعضهم بعضا، في المعاجم الحديثة، وفي أقرب الموارد بمعنى رد له الجواب، والجواب هو ما يكون ردا على سؤال أو دعوى أو خطاب<sup>4</sup>.

أما في الفقه فهو إجراء يضع بموجبه عضو البرلمان الحكومة أو أحد أعضائها في موضع يشرح فيه سياسة حكومته العامة، أو يوضح مسألة محددة<sup>5</sup>، وفي الممارسة البرلمانية يعني محاسبة الوزير أو الوزير على الأخطاء أثناء تطبيق القانون أو لدى ممارسة العمل، فإما يرجع أو تسحب منه الثقة<sup>6</sup>، ويعرفه المشرع المصري بأنه "طلب كتابي يتقدم به أي عضو من أعضاء مجلس الشعب يحمل بين طياته اتهامها للحكومة ولومها وتجريح سياستها، أو محاسبة أحد أعضائها على تصرف ما بصدد شأن من الشؤون المتعلقة بوزارته"<sup>7</sup>، ولا يخرج هذا المفهوم عن تعريف الفقه الفرنسي للاستجواب (*l'interpellation*)<sup>8</sup>، فالاستجواب وسيلة رقابية حولها الدستور للسلطة التشريعية في مواجهة الحكومة المسؤولة عن تنفيذ السياسة العامة، وهو بهذا المعنى: إجراء رقابي نيابي يتخذ شكل استفسار شفهي تتبعه مداولة تنتهي عادة بتصويت يعبر عن حكم الجمعية النيابية على جواب الحكومة<sup>9</sup>.

ولا يعرف الفقه البريطاني هذا النوع من أدوات الرقابة إنما يوظف أداة شبيهة به تدعى الاقتراح بالتأجيل (*motion to adjourn*) ويعني السؤال مع المناقشة، وهناك من يشبهه بأسئلة الساعة<sup>10</sup> (*questions time*)، كما أهمل من طرف الفقه الفرنسي بعد الجمهورية الرابعة رغم أصوله الفرنسية.

#### الفرع الثاني: خصائص الاستجواب

يتميز الاستجواب بخصائص تميزه عن السؤال وعن غيره من الأدوات نجملها فيما يلي :

1- أن الاستجواب لا يولد علاقة بين العضو المستجوب والوزير أو الوزارة، إنما يتعداها إلى أعضاء آخرين قد يشتركون في المبادرة به ويشاركون في مناقشته<sup>11</sup>.

2- أن المناقشة في السؤال هي استفهام للعضو يتطلب ردا من الوزير، أما الاستجواب فيهدف إلى كشف حقائق تتعلق بمخالفات معينة، أو عندما تكون هناك ثغرات في العمل الحكومي تستوجب تحريك المسؤولية<sup>12</sup>.

3- أن مناقشة الاستجواب هي التي تكشف الحقائق حول وضع يخص مرفقا أو مؤسسة عمومية أو قطاعا أو هيئة عامة .

4- يكون الغرض من الاستجواب ابتداء كشف الحقيقة، وليس من الضروري أن يرتب تحريك المسؤولية أو لا يرتبها، كما أن الاستجواب ليس محاسبة في حد ذاته، إنما المحاسبة نتيجة يرتبها الاستجواب وقد تؤدي إلى تحريك المسؤولية السياسية للحكومة.

5- الاستجواب ليس حقا للمستجوب فحسب، لأنه يرتب مناقشة عامة يشارك فيها أعضاء آخرون، حتى ولو تنازل العضو المستجوب فإن الاستجواب قد لا يسقط إذ يمكن أن يتبناه غيره، ويدافع عنه ويسير في إجراءاته.

6- نظرا لخطورة الآثار التي يرتبها الاستجواب فإن توظيفه يحاط بشروط وإجراءات مشددة لئلا ينحرف عن هدفه ولئلا يتحول إلى أداة للفوضى وعدم الاستقرار كما هو الشأن في بعض الدول ومنها الكويت<sup>13</sup>، أو كما سبق وأن وظف في الجمهوريتين الثالثة والرابعة بفرنسا، فقد سقطت على إثر توظيف آلية الاستجواب خلال فترة الجمهورية الثالثة والرابعة خمس حكومات مما جعله مهملًا في الجمهورية الخامسة<sup>14</sup>.

7- لا ينصب الاستجواب على الأشخاص بذواتهم إنما يستهدف أعمالهم، كما لا ينبغي أن يكون ذريعة لتحقيق مكاسب أو حسابات شخصية<sup>15</sup>.

#### الفرع الثالث : أصول الاستجواب

تعود بداية ظهور الاستجواب إلى دستور الثورة الفرنسية سنة 1791م، واختلف في دستور السنة الثالثة من الثورة لعدم إمكانية استجواب الوزراء الذين منعوا من دخول المجلس التشريعي، وعاود الظهور في ماي سنة



1831، وتوسع أعضاء الجمعية الوطنية في توظيفه ابتداء من عام 1848م، وقد نظم رسميا في قانون 13 مارس 1873 وقبلها كان قاعدة عرفية أبدعتها الممارسة البرلمانية، ويرتب توظيفه تحريك المسؤولية السياسية<sup>16</sup>.

وقد راج وانتشر في الجمهوريتين الثالثة والرابعة وكان القصد منه توجيه أعضاء الحكومة للكلام في الجمعية الوطنية للرد على الاستجواب وشرح سياساتها<sup>17</sup>، وقد أفرزت المبالغة في توظيفه توالي سقوط الحكومات، كما أستهلك أغلب الفترات المخصصة للعمل التشريعي، مما ألجا الجمعية الوطنية إلى التشديد في توظيفه، وتجميع الاستجوابات<sup>18</sup>، الأمر الذي أدى إلى انحساره وتراجعته إلى أن أهمل في دستور الجمهورية الخامسة، واعتمدت آلية ملتصقة بالرقابة بديلا له لتحريك المسؤولية<sup>19</sup>.

وإذا كان المؤسس الدستوري الفرنسي قد أهمل الاستجواب في دستور 1958<sup>20</sup>، فإن هذه الأداة لم تعرف في إنجلترا<sup>21</sup>، واستمر في بعض الدول بنفس المنزلة وبنفس قوة التأثير كما هو الشأن في ألمانيا، وفي بلجيكا حيث يدعى بالسؤال الكبير (*grande question*)<sup>22</sup>، وفي إيطاليا يدعى (*interpellanze*) ويوجه إلى رئيس الوزراء وإلى الوزراء على أن ينصب على دوافع الحكومة أو نواياها، ويستغرق الرد عليه فترة طويلة مما يفقده فعاليته، على عكس ألمانيا إذ يلقي تطبيقه نجاحا كبيرا، ولا يزال توظيف هذه الأداة قائما في غالبية دول العالم الثالث والدول العربية على الخصوص.

إلا أن اللوائح الداخلية وحتى الدساتير هي التي تعلي من شأن الأداة أو تضعف مركزها وقوتها، فتضعف فعاليته إذا كبلته القيود والشروط والإجراءات المعقدة كما هو الشأن في الجزائر ومصر، أو تعززه وتفعله كما هو الشأن في الكويت، وفي الحالة الأولى فإن توظيف الاستجواب في هذه الدول لا يرتب آثاره إلا نادرا ففي الجزائر تنص المادة 133 من دستور 96 على أنه " يمكن أعضاء البرلمان استجواب الحكومة في إحدى قضايا الساعة" لكنه لا يرتب سحب الثقة من الحكومة<sup>23</sup>.

### المطلب الثاني: شروط الاستجواب واجراءاته

بالنظر إلى الجزاءات الخطيرة التي يربتها الاستجواب في الكثير من الدول، ولثلا يساء استعمال هذا الحق في زعزعة استقرار الحكومات والأنظمة برمتها، فإن الدساتير تجمع على تقييده، بجملة من الشروط والإجراءات التي تضمن عدم إساءة استعماله، ومن هذه الشروط شروط شكلية وشروط موضوعية، كما يرتبط التوظيف بإجراءات تشترك فيها جل النظم وهو ما سنبحثه ضمن هذه الفروع:

الفرع الأول: الشروط الشكلية التي تسبق الاستجواب

من أهم الشروط الشكلية التي تسبق توظيف الاستجواب هي:

أولاً: أن يكون الاستجواب مكتوباً:

وهو شرط لتأكيد جدية السؤال، وتجمع عليه جل النظم الداخلية للبرلمانات<sup>24</sup>، وحتى يتمكن المجلس التشريعي من تبليغه إلى الحكومة لدراسته، وتتمكن من جمع البيانات والمعلومات للإجابة عنه، وتتيح الكتابة إطلاع أعضاء المجلس عليه ليتمكنوا من مناقشته بعد عرضه في المجلس وحتى يكون دليلاً وحجة على مقدمه، وعلى من قدم إليه في نفس الوقت، فالكتابة أقوى من الشفاهة.

ثانياً: اشتراط تقديمه من عضو أو أكثر:

إذا كانت بعض الدساتير تنص على حق أي عضو من أعضاء المجلس في تقديم الاستجواب كما هو الشأن في الدستور الكويتي في المادة 100 منه، وفي مصر في دستور 1971 في المادة 125 منه، فإن اشتراط تقديم الاستجواب من طرف عدد معين وصل في البرلمان الجزائري إلى اشتراط توقيع 30 عضواً للاستجواب طبقاً لنص المادة 65 من القانون العضوي رقم 99-02 والتي تنص على ما يلي: "يبلغ رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة نص الاستجواب الذي يوقعه، حسب الحالة، على الأقل ثلاثون نائباً، أو ثلاثون عضواً في مجلس الأمة إلى رئيس الحكومة خلال

الثمانية والأربعين ساعة الموالية لإيداعه"

ثالثا: أن يستغرق الاستجواب موضوعه:

ومعناه أن لا يقتصر مقدمه على الاستجواب وحده، إنما ينبغي أن يضمه شرحا وافيا لدوافعه وأهدافه وكذا وقائعه، وفي بعض النظم يشترط إرفاق الاستجواب بمذكرة تشرح مضمونه وأسبابه وغاياته، ومحاوره الرئيسية لتيسير مهمة من وجه إليه الاستجواب ومهمة من يناقشه.

رابعا: أن لا يتضمن عبارات نائية:

وهذا الشرط هو عام يقتضي أن يتحلى به النائب في كل تدخلاته عبر الاستجواب أو السؤال أو المناقشة، إنما هذا الشرط تأكيد على تنزيهه، والحرص على عدم انحداره إلى ما لا يليق به كمثل للشعب<sup>25</sup>.

كما لا يجوز أن يكون الاستجواب ذريعة لتصفية حسابات شخصية، فيستهدف عضو الحكومة في شخصه وأهله بالسب أو الإهانة، أو المساس بسمعته وكرامته، ولثلا يكون البرلمان وهو حامي الحقوق والحريات منبرا للاعتداء عليها.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية

تحدد الشروط الموضوعية للاستجواب فيما يلي:

أولا: أن يكون الاستجواب مطابقا للدستور ويحقق المصلحة العامة:

إذا كان الاستجواب حقا دستوريا للعضو أو للأعضاء فمن باب أولى أن لا يخالف أعضاء البرلمان الدستور في تقديمهم للاستجواب، مع أن اشتراط تقييد الاستجواب بالدستور قد يتعارض مع الحق الأول، كما يشترط في الاستجواب أن يستهدف المصلحة العامة، بمعنى أن لا يستهدف المصلحة الخاصة أو الشخصية لمقدمه، ذلك لأن مجانية الاستجواب للمصلحة العامة يعد سببا لعدم قبوله، أو مسوغا لرفض الحكومة الرد عليه<sup>26</sup>.

ثانيا: أن يكون موضوعه من اختصاص الحكومة:

ينبغي أن يقتصر موضوع الاستجواب على مجال اختصاص الحكومة

دون غيره، وعدم جواز استجوابها عما تختص به السلطات الأخرى وعمما يختص به رئيس الجمهورية منفرداً<sup>27</sup> أي الأعمال التي لا تشاركه فيها الحكومة، كما لا يجوز أن يوجه إلى النواب، أو إلى البرلمان، أو أحد موظفي الدولة، كما لا ينصب الاستجواب على أعمال السلطة القضائية لخروجها عن نطاق الرقابة البرلمانية، واستقرار التقاليد البرلمانية على ذلك<sup>28</sup>، إضافة إلى أنه من غير المنطقي أن تسأل الحكومة عن أعمال لا تدخل في دائرة اختصاصها.

ثالثاً: أن لا يقدم استجواب سبق للمجلس الفصل فيه:

لثلا يتكرر عرض الاستجوابات ترفض غالباً الاستجوابات التي سبق أن فصل فيها البرلمان في نفس الدورة التشريعية إلا إذا طرأت وقائع جديدة ترفض ذلك.

رابعا: شرط المهلة بين إدراج الاستجواب في جدول الأعمال ومناقشته: سعياً إلى منع خروج الاستجواب عن أهدافه تحيطه النظم الداخلية والداستاتير بضمانات أثناء استعماله، ومنها إعطاء مهلة للحكومة للرد على الاستجواب لثلا تفاجأ، وحتى تتمكن من إعداد البيانات والمعلومات، ومن دون ذلك فإن الاستجواب قد يدينها أمام انعدام الدفع المطلوبة والتي ينبغي أن تعد مسبقاً" ففي الجزائر حدد القانون العضوي 99-02 في المادة 66 الفقرة الثانية المهلة بخمسة عشر يوماً من تاريخ إدراج الاستجواب في جدول الأعمال، وحددها الدستور المصري بسبعة أيام، ويمكن تقصير هذه المدة في حالات الاستعجال التي يراها المجلس وبموافقة الحكومة<sup>29</sup>.

الفرع الثالث: إجراءات توظيف الاستجواب

إذا ما توافرت الشروط السابق ذكرها في الاستجواب فإن المستجوب بإمكانه تقديم الاستجواب وجدولته لأجل الرد عليه من الحكومة، لينتج بعد ذلك أثره بناء على هذا الرد وكل هذا يتم وفق نظام إجرائي ينجز كالتالي:

أولاً: تقديم الاستجواب وإدراجه في جدول الأعمال:  
 قبل أن يدرج الاستجواب في جدول الأعمال يقدم إلى مكتب المجلس ويسجل بحسب تاريخ وصوله، ويبلغ إلى من وجه إليه، وإلى الوزير المكلف بالعلاقة بين الحكومة والبرلمان إن وجد، ثم يدرج في جدول الأعمال، وذلك لأجل الاتفاق على تحديد موعد المناقشة، حيث يبدي المستجوب والمجيب اقتراحاتهما بشأن الموعد، ليحسم فيه، ويدرج في جدول أعمال الجلسة التي اتفق على موعدها، ولا يدرج الاستجواب إلا بعد أسبوع على الأقل في بعض النظم<sup>30</sup>. وبعد خمسة عشر يوماً في بعضها<sup>31</sup>. وشهر في البعض الآخر<sup>32</sup>. وتشترط بعض النظم عدم إدراج الاستجواب في جدول الأعمال قبل عرض الحكومة لبرنامجها، إلا ما كان منه استعجالياً<sup>33</sup>. ولا يجب أن يرتبط بمواضيع تنظر فيها اللجان الدائمة للمجلس ولم تقديم تقريراً عنها<sup>34</sup>، كما لا يجوز أن يقدم العضو استجوابين في جلسة واحدة.

ثانياً: مناقشة الاستجواب:

إذا ما انتفت موانع الاستجواب كتأجيله لغياب المستجوب، والذي يعد استرداداً لهذا الاستجواب إذا لم يقدم عذراً وجيهاً، أو يكون التأجيل بطلب من مقدمه، أو من المجيب، أو لعذر قاهر، فإن إجراءات المناقشة تنجز في الجلسة المحددة بإعطاء الأولوية لمناقشة الاستجواب على غيره من الأعمال، باستثناء طلبات الإحاطة والأسئلة<sup>35</sup>.

كما تعطى الأولوية لمقدم الاستجواب الأصلي ويمنح له الوقت الكافي لعرضه<sup>36</sup>، ثم يتم الرد عليه من طرف الوزير، ثم يتم فتح باب المناقشة للأعضاء الآخرين، ثم يعقب العضو على الإجابة، ولا تحدد اللوائح عادة عدد المناقشين، وللرئيس سلطة تنظيمها مع مراعاة المساواة بين المؤيدين والمعارضين<sup>37</sup>، ثم يعلن عن انتهاء المناقشة بعد تقديم اقتراحات بشأن الاستجواب، وإذا لم تقدم الاقتراحات يتم الانتقال إلى البت فيما تبقى من جدول الأعمال.

ثالثا: مصير الاستجواب:

تشابه ظروف مناقشة الاستجواب وإجراءاته ظروف وإجراءات جلسات المحاكم، المدعي فيها هو مقدم الاستجواب، والمستجوب هو محل الاتهام أو التحقيق، والمجلس هو المحكمة التي تقرر بعد المناقشة الإدانة أو البراءة استنادا إلى مضامين الأجوبة والإيضاحات والدلائل التي تسندها والمقدمة من عضو الحكومة المستجوب، ومدى وجاهتها ودرجة اقتناع المجلس بها، فإذا ما استنتج أن المجلس لا يرى ما يستوجب تقديم اقتراحات بشأن الاستجواب فإنه ينتقل إلى جدول الأعمال<sup>38</sup>، أما إذا رأى المجلس غير ذلك فإن النواب يعدون اقتراحات كتابية ويعرضونها على رئيس المجلس فور انتهاء المناقشة، وتناقش هذه الاقتراحات من مقدمها دون غيرهم<sup>39</sup>، وقد يفصل فيها المجلس مباشرة، أو قد يحيل رئيس المجلس هذه الاقتراحات إلى إحدى لجان المجلس لتقديم تقرير عنها قبل الفصل فيها<sup>40</sup>، وقد ترفض هذه الاقتراحات أو تأخذ طريقها إلى التنفيذ وتأخذ اتجاهين:

أ- اقتراح شكر وتأييد الحكومة ومساندتها في مسارها.

ب- اقتراح إحالة موضوع الاستجواب إلى لجنة برلمانية لتعميق التحقيق بشأنه وتقديم تقرير مفصل عن ذلك لاتخاذ القرار المناسب.

ج- اقتراح سحب الثقة من الحكومة، والذي يفرض اللجوء إلى التصويت على الاقتراح فإذا حاز الأغلبية المطلوبة رتب إقالة الحكومة أو إقالة الوزير .

المطلب الثالث: مدى فعالية الاستجواب:

ينفرد الاستجواب عن بقية الأدوات الرقابية الأخرى بطابعه الاتهامي الذي إذا تأكد وثبت فإنه يرتب جزاء خطيرا يتمثل في لوم الحكومة أو سحب الثقة منها إذا عضدت اللوم الأغلبية<sup>41</sup>، وقد اختلفت النظم في توظيفه بالمبالغة حيناً، وبالتفريط والإهمال أحيانا أخرى، وبالتراجع عنه كما هو الشأن في فرنسا، وقد لعبت هذه الأداة دورا هاما في حماية حقوق الأفراد

وحرياتهم لما وضعت البرلمانات حدودا لتعسف الحكومات واستبدالها بالتلويح بالاستجواب أو بتوظيفه لإقالتها، كما لعبت هذه الأداة دورا عكسيا حين أصبح توظيفها عاملا لزعزعة استقرار الحكومة مما يعني أن الاستجواب قد يكون فعالا، أو قد تكون له انعكاسات سلبية وهو ما سنحدده ضمن هذين الفرعين:

الفرع الأول: مظاهر فعالية الاستجواب

من أهم مظاهر فعالية الاستجواب ما يأتي:

1- أن الاستجواب لا يوظف لمحاسبة الحكومة فحسب بل يسألها عن الكيفيات والسبل التي تسلكها في إنجاز ما أسند إليها من مهام واختصاصات في الشأن العام.

2- أن الاستجواب إلى جانب ذلك يكفل تحقيق المصلحة العامة تحت طائلة رفضه إن استهدف مصالح شخصية.

3- يضمن الاستجواب توضيح سياسات الحكومة للرأي العام، عندما تكون الحكومة في موقف المتهم الذي يرد بدفوعه لوم المستجوب واتهاماته ونقده وتجريحه لسياستها، وعلى قدر مهارة جهة الاتهام وجهة الدفاع تتضح الوقائع، ويرفع كل لبس يكتنف ممارسات الحكومة وتصرفاتها، وترتفع درجة شفافتها أمام الرأي العام.

4- يعد الاستجواب من أهم الضمانات التي تدفع الحكومة إلى التقيد السليم بالقانون عند الأداء، فتتحقق كفايتها ونزاهتها وتتفادى كل الانزلاقات والأخطاء ذات العواقب الوخيمة التي يتوعد بها البرلمان الرقيب.

5- الاستجواب من الآليات التي تجسد حقوق وحريات الأفراد ضد تجاوزات الحكومة وممارساتها التعسفية فهو الخط الأحمر الذي إن تجاوزه كان الجزاء قاسيا وخطيرا يتناسب مع خطورة التجاوز.

الفرع الثاني: المظاهر السلبية للاستجواب

بالرغم من دور الاستجواب في جعل الحكومة تتحرى اليقظة والحذر،

وتتحرى النزاهة والشفافية في الأداء، فإن سوء توظيفه أو المبالغة فيه قد يعود بنتائج عكسية على الحكومة وعلى البرلمان نفسه، ومن أهم العيوب التي تؤكد الممارسة البرلمانية للاستجواب منذ نشأته ما يلي:

1- الاستجواب وسيلة ذات بأس شديد تنال من سمعة من وجه إليه وتصيبه وذويه في أعز ملكات نفسه<sup>42</sup>. إذا قصد به التشهير بعضو الحكومة أو قذفه، وهذا بالرغم من القيود والشروط التي يحاط بها توظيفه.

2- قد لا يستهدف الاستجواب المصلحة العامة في كل الأحوال، إنما قد يتخذها النائب محطة استعراض قدرته على ملاحقة أعضاء الحكومة أمام ناخبيه، ليحوز ثقتهم وتأييدهم فيجددوا انتخابه<sup>43</sup>. وهو ما دفع ببعض الدارسين إلى الدعوة إلى ضرورة تقييد النائب بغايات الاستجواب وأهدافه، وتحمل مسؤوليته هو الآخر في الحالة العكسية<sup>44</sup>.

3- إذا كان القصد من توظيف الاستجواب ضمان توازن القوى بين الحكومة والبرلمان فإنه قد يكون أحيانا أداة للإخلال بالتوازن، فتصبح العلاقة بين الحكومة متوترة ومحتقنة فيؤدي ذلك إلى إقالة الحكومة أو حل البرلمان نفسه<sup>45</sup>، وأفضل نموذج لهذا الوضع هو الإفراط في توظيف الاستجواب من نواب مجلس الأمة الكويتي، وخروجه عن الضوابط واستهدافه أشخاص أعضاء الحكومة، وهذا بالرغم من أن الحياة البرلمانية في الكويت تشهد صحوة مشهودة لم تعهدها أية دولة عربية، وللتدليل على كل هذا سأورد كشافا عن توظيف الاستجواب في الكويت والنتائج التي أفرزها وذلك ضمن هذا الجدول المأخوذ من الموقع الإلكتروني لمجلس الأمة الكويتي:

فطبقا لأحكام المادة 100 من الدستور الكويتي التي تنص على أنه: "لكل عضو من أعضاء مجلس الأمة أن يوجه إلى رئيس مجلس الوزراء استجوابا عن الأمور الداخلة في اختصاصاتهم ولا تجري المناقشة في الاستجواب" إلا بعد ثمانية أيام على الأقل من يوم تقديمه، وذلك في غير حالة الاستعجال



وموافقة الوزير".

وهذا كشف لنماذج عن تطبيقات بعض الاستجابات والآثار التي رتبها، وذلك نقلا عن الموقع الإلكتروني لمجلس الأمة الكويتي:

تاريخ تقديم الاستجواب	الوزير المستجوب	موضوع الاستجواب	نتيجة أو أثر الاستجواب
04 ماي 1974	وزير المالية والنفط	بشأن احتياطي النفط الكويتي والتراخيص التجارية.	نوقش الاستجواب وتم طلب طرح الثقة بالوزير وجددت الثقة به.
27 نوفمبر 1982	وزير الصحة	بشأن العلاج بالخارج	تم تحويله إلى المحكمة الدستورية.
16 أبريل 1985	وزير العدل	صرف سندات لولد الوزير من صندوق صغار المستثمرين.	تم طلب طرح الثقة وتخلي الوزير عن منصبه.
24 جوان 1986	وزير النفط والصناعة	بشأن الأحداث التي وقعت في المنشآت النفطية.	حل مجلس الأمة حلا غير دستوري ولم يناقش الاستجواب.
02 جانفي 1998	وزير الإعلام	تداول كتب ممنوعة في معرض الكويت للكتاب.	تمت مناقشة الاستجواب وقدم طلب طرح الثقة إلا أن الحكومة استقالت قبل مداولة الطلب.
01 أبريل 1999	وزير العدل	التقصير في المسؤوليات تجاه أخطاء مطبعية في القرآن الكريم.	نوقش الاستجواب وقدم عشرون نائبا طلب طرح الثقة وتم حل المجلس في نفس اليوم.
27 جانفي 2001	وزير العدل	التعسف في حق أحد القضاة، ضعف تطبيق القانون.	لم تتم مناقشة الاستجواب وذلك لاستقالة الحكومة.
3 مارس 2002	وزير التربية	الإخلال باللوائح	تمت مناقشة الاستجواب

واكتفى المجلس بما تعهد به وزير التربية.	الجامعية.	والتعليم العالي	
قدم الوزير استقالته قبل مناقشة الاستجواب.	مخالفة الدستور	وزير الإعلام	10 ديسمبر 2004
نوقش الاستجواب وقرر المجلس اقتراح توصيات لمعالجة بنود الاستجواب.	انتهاك أحكام الدستور	وزير العدل	27 ديسمبر 2004
قدم الوزير استقالته بعد مناقشة الاستجواب.	الإهمال الإداري وعدم التصدي للاعتداءات الجنسية.	وزير العدل	22 مارس 2005
حل مجلس الأمة حلا دستوريا قبل مناقشة الاستجواب.	تحويل الحكومة قانون الدوائر الخمس إلى المحكمة الدستورية.	رئيس مجلس الوزراء	15 ماي 2006
قدم الوزير استقالته قبل مناقشة الاستجواب.	تعدي الوزير على الحريات التي كفلها الدستور.	وزير الإعلام	3 ديسمبر 2006
نوقش الاستجواب وقدم طلب طرح الثقة واستقال الحكومة قبل مناقشة الطلب.	التجاوزات الإدارية والفنية.	وزيرة الصحة	1 جانفي 2007
نوقش الاستجواب وقدم طلب طرح الثقة، واستقال الوزير قبل مناقشة الطلب.	قضية ناقلات النفط	وزير النفط	10 جويلية 2007
قدمت الوزيرة استقالتها في نفس يوم تقديم الاستجواب.	تجاوزات مالية وإدارية في الوزارة.	وزير الصحة	25 أوت 2007

22 أكتوبر 2007	وزيرة المالية	تجاوزات البنك المركزي.	تم تعديل وزارتي وأسندت وزارة المالية إلى وزير آخر وسقط الاستجواب.
18 نوفمبر 2008	رئيس مجلس الوزراء	تجاوزات القيود الأمنية زيادة معدلات الفساد المالي.	استقالت الحكومة قبل مناقشة الاستجواب.
2 مارس 2009	رئيس مجلس الوزراء	التجاوزات في مصروفات ديوان مجلس الوزراء	استقالت الحكومة قبل مناقشة الاستجواب.
9 مارس 2009	رئيس مجلس الوزراء	بشأن هدم المساجد.	استقالت الحكومة قبل مناقشة الاستجواب وحل مجلس الأمة دستوريا.

4- أن الإفراط في استعمال الاستجواب يؤدي إلى تعطيل وعرقلة إنجاز المهام الأخرى الموكلة للمجلس والتي تعد من اختصاصاته الأصلية كالتشريع.

5- أن كثرة التلويح بالاستجواب وتوعد النواب الحكومة باللجوء إليه يضعف فعالية الحكومة ويربكها، وتهتز إرادتها بالريبة والتردد، ويفقدها الثقة بإنجازاتها ويولد التوتر والاحتقان بين السلطتين، كما قد يكون مصدرا للزعزعة الاستقرار في الجهاز الحكومي<sup>46</sup>، وقد كان هذا دافعا للتراجع عن الاستجواب في فرنسا<sup>47</sup>.

6- من عيوب الاستجواب في بعض النظم أنه نادر الحدوث، وإذا حدث يؤجل، وإذا نوقش لا يحدث أثرا<sup>48</sup>. مما يجعله أداة اعتبارية معنوية مفرغة من مضمونها بإحاطتها بقيود تكبلها وتضعف أثرها كما هو الشأن في الجزائر<sup>49</sup>. وكذلك في مصر إذ لم يرتب يوما سحب الثقة من الحكومة<sup>50</sup>.

### المطلب الرابع: ضوابط ممارسة الاستجواب في التجربة الجزائرية

خول المشرع الجزائري توظيف آلية الاستجواب للمجلسين على حد سواء<sup>51</sup> باعتباره آلية رقابية استعلامية توظفها الدول التي تأخذ بالنظام المختلط أو شبه الرئاسي الذي يتقلص فيه حيز فاعلية الاستجواب في اتهام الحكومة أو ترتيب مسؤوليتها وهذا على عكس الدول التي تتبنى النظام البرلماني التي تعد فيه آلية الاستجواب من أمضى وأغلظ وأخطر آليات الرقابة وأكثرها فعالية في تهديد الحكومة، بل وإسقاطها، والتطرق بالدراسة لواقع هذه الآلية في التجربة الجزائرية يمر عبر تحديد ضوابطها وما يرتبه تطبيقها من آثار، وذلك كالتالي:

#### الفرع الأول: ضوابط المبادرة بالاستجواب

تنص الفقرة الأولى من المادة 133 من دستور 96 الجزائري<sup>52</sup> على ما يلي: "يمكن أعضاء البرلمان استجواب الحكومة في إحدى قضايا الساعة." غير أن هذا لا يتحدد إلا عبر جملة من الشروط تتحدد فيما يلي:

تثبت التقاليد في العديد من البرلمانات أحقية النائب الواحد في المبادرة بالاستجواب كأصل عام<sup>53</sup> غير أن العواقب الوخيمة التي تترتب أحيانا عن مباشرته ألجأت الكثير من الدول إلى فرض قيد على هذا الأصل ومنها الجزائر، فقد ازداد عدد المبادرين بالاستجواب طرديا عبر التجربة الدستورية من خمسة أعضاء في دستور 1989 إلى 30 عضوا في دستور 1996 وفي المجلسين على السواء، كما نص على ذلك القانون العضوي رقم 02/99<sup>54</sup> في الفقرة الثانية من المادة 65 التي تشترط توقيع ثلاثين عضوا على الاستجواب في أي من الغرفتين، وقد يكون من اليسير جمع توقيع ثلاثين عضوا في المجلس الشعبي الوطني لكن هذا يستعصي على من يبادر به في مجلس الأمة لقلة عدد أعضاء المجلس مما أدى إلى العزوف عن توظيفه إلى حد الساعة، وفي كلتا الحالتين يبقى شرط النصاب عائقا يكبح جماح أعضاء المجلسين في توظيف الآلية، أما الطرف الذي يوجه إليه الاستجواب

فهو الحكومة بنص المادة 133 "يمكن أعضاء البرلمان استجواب الحكومة...." غير أنه لا يوجد ما يمنع توجيه الاستجواب إلى قطاع وزاري بعينه، كما يفهم من هذا النص أن الاستجواب لا يوجه بالضرورة إلى الوزير الأول فبالإمكان أن ينوبه أحد أعضائها، حتى ولو كان الاستجواب موجها تحديدا إليه، لأنه لا يوجد في النص ما يلزمه شخصا بالإجابة عنه<sup>55</sup>.

الفرع الثاني: ضوابط إيداع الاستجواب

تحدد ضوابط إيداع الاستجواب فيما يلي:

أولا: أن يكون الاستجواب مكتوبا:

يودع الاستجواب محررا لدى مكتب الغرفة المعنية، وهذا قياسا على ما نصت عليه المادة 73 "يودع نص الاستجواب لدى مكتب مجلس الأمة ويوزع على الأعضاء، ويعلق بمقر المجلس" ويبلغه رئيس الغرفة إلي رئيس الحكومة خلال الثماني والأربعين ساعة الموالية لإيداعه، على أن يحدد رئيس الغرفة المعنية وبالتشاور مع الحكومة الجلسة التي يدرس فيها الاستجواب، وتحدد عادة خلال الخمسة عشر يوما الموالية للإيداع، وما يلاحظ هنا أن المجلس لا ينفرد بتحديد تاريخ الجلسة المحددة للإجابة، فبإمكان الحكومة تأجيل الموضوع تفاديا لإحراجها وإرباكها، فيتحول الاستجواب إلى موضوع غير ذي معنى عندما لا يصبح من قضايا الساعة بفعل طول المدة.

ثانيا: اقتران موضوع الاستجواب بإحدى قضايا الساعة:

باستقراء نص المادة 133 "يمكن استجواب أعضاء الحكومة في إحدى قضايا الساعة" نستنتج أن تقديم الاستجواب مقرون بشرط موضوعي يتعلق بقضية من قضايا الساعة، لكن العبارة تتسم بالعمومية والغموض، وتفتح المجال واسعا للتأويل، وتبعث على الحيرة والتردد، لأن حيزها واسع، وقد عرفها الأستاذ خالفة معمري بأنها "كل قضية تكون موضوع انشغالات آنية"<sup>56</sup> ومع أن الدستور لا يضع قيودا على النواب في إثارتها، إلا أنه بالمقابل يفتح

المجال واسعاً لتفسير وتأويل الحكومة ويعزز سلطة تقديرها في تحديد ما هو من قضايا الساعة وما لا يعد من قضايا الساعة، وقد يكون مكتب المجلس مسانداً لها، مما يتيح لها استبعاد كل ما يجرها من استجابات تنطوي على مواضيع يراها أعضاء المجلس من قضايا الساعة.

ثالثاً: عرض الاستجابات والإجابة عنه:

يحدد كل مكتب من غرفتي البرلمان و بالتشاور مع الحكومة الجلسة التي يدرس فيها الاستجابات، على أن تكون خلال الخمسة عشر يوماً الموالية لتاريخ الإيداع، طبقاً لنص المادة 66 من القانون العضوي رقم 02-99، وتنظم المادة 67 منه عرض الاستجابات فتص على أنه: "يقدم مندوب أصحاب الاستجابات عرضاً يتناول موضوع استجوابه خلال جلسة المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة المخصصة لهذا الغرض، تجيب الحكومة عن ذلك" فالنصان يحددان إجراءات تحديد جلسة الاستجابات ومضمونها، حيث يقدم في الموعد المحدد مندوب أصحاب الاستجابات بنصه كاملاً<sup>57</sup> ثم تجيب الحكومة عن الاستجابات وهذا وفقاً للفقرة الأولى من المادة 67 "تجيب الحكومة عن ذلك" ثم ينتهي الاستجابات، وإذا كان إجراء عرض الاستجابات لا يطرح أي إشكالية، فإن عبارة "تجيب الحكومة عن ذلك" تشير جملة من الملاحظات منها أنه لا يوجد في النص ما يلزم الحكومة بالإجابة<sup>58</sup> ولا بالاستجابة إلى طلب إجراء مناقشة، أو أي إجراء آخر يراه المشرع ضرورياً في حالة عدم اقتناع المستجوبين بالإجابة، كما أنه لا يفهم من النص المقصود بالحكومة، أهى رئيسها أو الوزير المختص أو الوزير المكلف بالعلاقات مع البرلمان؟ أو هم جميعاً؟

فطالما وجه النواب استجابات إلى رئيس الحكومة شخصياً، ولكنه يتغيب أثناء الجلسة ويفوض وزيراً للإجابة نيابة عنه، فقد أجاب وزير العدل نيابة عن رئيس الحكومة في الاستجابات المتعلقة بالحصانة البرلمانية، والاستجابات المتعلقة بتزوير الانتخابات لسنة 1997 مما عد التصرف في نظر

النواب انتقاصا من قيمتهم<sup>59</sup> أو مساسا بمركز البرلمان. ولئن تذرعت الحكومة في حالة الإنابة بتضامنها أمام البرلمان مما يخولها تعيين من ينوب عنها في الإجابة، كما يخول للنواب أن يعينوا من ينوب عنهم في عرض الاستجواب، فإن الممارسة أثبتت أن الرخصة تجعل الاستجواب مماثلا للسؤال الشفوي في العرض والإجابة<sup>60</sup>، وكان حريا بالمشرع أن يدعم آلية الاستجواب بدعائم تجعله الأقوى والأشد في الإجراء، وفي الآثار، إضافة إلى ضوابط تحريك الاستجواب فإنه ينبغي أن يستوفي الاستجواب جملة من الشروط أو الضوابط الموضوعية والتي تستخلص من شروط عامة تشرطها غالبية النظم، ومن شروط خاصة تفرضها النصوص القانونية والنظم الداخلية أو تؤكد الممارسة البرلمانية بربطها بالحالة الجزائية:

الفرع الثالث: شروط إيداع الاستجواب

تحدد شروط إيداع الاستجواب فيما يلي:

1 - علاوة على اقتران الاستجواب بإحدى قضايا الساعة، فإنه ينبغي أن يرد الاستجواب في إطاره الدستوري ولا يخرج عنه في موضوعه، فإذا كان طابع الاستجواب اتهامي يتتبع عثرات الحكومة ويواجهها بالقرائن والأدلة التي تؤكد مخالفتها للدستور والقانون فمن باب أولى أن يتطابق الاستجواب في حد ذاته مع الدستور ..

2- يجب أن لا يخرج موضوع الاستجواب عن نطاق النشاط الحكومي على قاعدة حيثما تكون السلطة تكون المسؤولية، وليس من شأن المستجوب تحميل رئيس الحكومة أو الوزير المسؤولية عن مسألة تخرج عن اختصاصهما.

3- أن يكون الباعث على الاستجواب تحقيق المصلحة العامة، ومع أن مواقف أعضاء المجلس تبقى موسومة بالتردد بشأن تفسير طبيعة هذه المصلحة لنسبيتها، واعتمادها كذريعة من الحكومة لاستبعاد ما يجردها ويربكها من الاستجابات، فإن هذا الشرط في غاياته يسد الباب أمام

التوظيف الشخصي لآلية الاستجواب واستغلالها كأداة لتصفية حسابات شخصية آتية لا علاقة بالشأن العام. كما تحظر غالبية النظم ومنها الجزائر قبول عرض موضوع استجواب سبق الفصل فيه في نفس الفترة التشريعية إلا إذا تضمن وقائع طارئة مستجدة تفرض عرضه في نفس الفترة، ومع ذلك فقد أثبتت الممارسة البرلمانية تكرار عرض الاستجواب المتعلق بعدم اعتماد حزب الجبهة الديمقراطية الذي أسسه سيد أحمد غزالي رئيس الحكومة السابق حيث استجوب النواب الحكومة بشأنه بتاريخ 8 ديسمبر 2000 وأعدوا استجوابها عن نفس الموضوع بتاريخ 29 مارس 2001.<sup>61</sup>

#### الفرع الرابع: تطبيقات الاستجواب في التجربة الجزائرية

لقد ظلت تطبيقات الاستجواب وعبر التجربة البرلمانية الجزائرية محكومة بنفس الضوابط وشروط الإجراء وحجم تأثير الاستجواب على الحكومة إلا ما تعلق بترتيبات جزئية ضعيفة التأثير رغم ما طرأ من تغييرات في الدساتير والنصوص وفي بنية النظام السياسي بانتقاله من الأحادية إلى التعددية، واعتماد الثنائية البرلمانية، وتوسيع توظيف الاستجواب إلى مجلس الأمة، وتفصيلا لذلك ينبغي تسليط الضوء على نماذج من تطبيقات الاستجواب في التجربة البرلمانية وتحديدًا في ظل دستور 96، وبتسليط الضوء على مسار آلية الاستجواب في العهدة التشريعية الرابعة الممتدة من سنة 1997 إلى 2002 تكشف ضآلة توظيف الاستجواب حيث وصل سبع استجابات وتم تأجيل واحد منها يتعلق بخرق قانون تعميم استعمال اللغة العربية إلى العهدة الموالية وهو ما سأفصله في هذا الجدول:

الرقم	موضوع الاستجواب	النتائج المترتبة عنه
01	استجواب بشأن التجاوزات التي حدثت في الانتخابات المحلية بتاريخ 23 أكتوبر 1997.	ترتب عنه إنشاء لجنة تحقيق.
02	استجواب بشأن المساس بالحصانة البرلمانية في حق بعض النواب في شهر أكتوبر 1997.	ترتب عنه إنشاء لجنة تحقيق.



03	استجواب بشأن عدم اعتماد حزبي حركة الوفاء و العدل والجهة الديمقراطية في سنة 2000.	الإجابة دون ترتيب أثر.
04	استجواب بشأن عدم اعتماد حزب الجبهة الديمقراطية الذي أسسه رئيس الحكومة السابق سيد أحمد غزالي في سنة 2001 .	الإجابة دون ترتيب أثر.
05	استجواب بشأن قضية المفقودين في سنة 2001.	الإجابة دون ترتيب أثر.
06	استجواب بشأن غلق المجال الإعلامي العمومي في سنة 2001.	الإجابة دون ترتيب أثر.
07	استجواب بشأن خرق القانون رقم 91-05 المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية، وكذا خرق الأمر رقم 96-30 المعدل و المتمم في 2001 .	أجل إلى سنة 2003 .

وفي الفترة التشريعية الخامسة لم نلاحظ زيادة في اللجوء إلى توظيف الاستجواب وبقيت الفترة موسومة هي الأخرى بضالة وضحالة توظيف هذه الآلية، وهو ما يؤكد الجدول الذي يبين عدد الاستجابات الموجهة من نواب المجلس الشعبي الوطني إلى الحكومة، وهو مأخوذ من حصيلة الدورة التشريعية الخامسة (2002-2007) و الذي يتحدد كما يلي:

الرقم	موضوع الاستجواب	تاريخ الإرسال إلى الحكومة	تاريخ جلسة العرض
01	خرق القانون رقم 91-05 المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية، وكذا الأمر 96-30 المعدل و المتمم له.	2002-12-22	2003-01-09 الإجابة دون عرض
02	أضرار التجارب النووية الفرنسية بمنطقة رقان.	2003-01-09	2003-10-06
03	خرق الحصانة النيابية خلال المسيرة السلمية لحركة مجتمع السلم يوم:	2003-03-12	2003-10-06

		2003-02-27	
2003-10-06	2003-06-15	التناحيح التي خلفها زلزال 21 ماي 2003	04
2003-10-06	2003-09-17	خرق الأمر الرئاسي رقم 35-76 المتعلق بالمنظومة التربوية.	05
2003-12-24	2003-09-22	إضراب أساتذة الثانويات	06
لم يتم الرد	2004-01-05	منكوبو زلزال 21 ماي 2003	07
تم سحبه في 2004-05-30	2004-02-25	الاعتداءات التي تعرض لها مناصرو الفريق الوطني بتونس.	08
لم يتم الرد عنه	2004-06-05	التعليق التلفزيوني باللغة الفرنسية للقاءات كأس إفريقيا للأمم .	09

وإذا ما استقرأنا الجدولين فإننا نستنتج التردد و العزوف عن توظيف الاستجواب إذا ما قورن عدديا ببعض الدول ومنها مصر، ففي الدورة الأخيرة التي بدأت بتاريخ 25-11-2007 تمت الإجابة عن 28 استجوابا، مما يثبت انحسار توظيف آلية الاستجواب في الجزائر، مع أن الأثار التي يرتبها الاستجواب في كلا البلدين لا تتعدى الاستعلام إذ لم يرتب بوما سحب الثقة من الحكومة، وفي المقابل فإن الاستجواب في الكويت يعد من أخطر آليات الرقابة، فمن ضمن 25 استجوابا فيما بين 63 إلى 2002 رتب توظيف سبعة منها طرح التصويت الثقة بالحكومة وأدى خمسة منها إلى إسقاطها<sup>62</sup>.

كما أن مواضيع الاستجوابات المعروضة تعد فعلا من مواضيع الساعة، وهذا لا يعني أنها وحدها التي تشكل موضوع الساعة بل إن قضايا الساعة وعبر الفترات التشريعية السابقة كانت متعددة ومتنوعة، وكان بالإمكان إثارتها، غير أن هذا التناقص تفسره طبيعة مركز الآلية في نظامنا القانوني إذ أنها لا تعدو أن تكون آلية استعلامية، ولا تتجاوز حدود رد عضو الحكومة، وإمكانية مناقشتها أو إمكانية إنشاء لجان تحقيق وفقا لما نص عليه القانون الداخلي للمجلس الشعبي الوطني لسنة 1997، فيما أغفل هذا الأثر القانون

العضوي رقم 99-02، كما تفسره القيود الكثيرة التي تكبل توظيف هذه الآلية، الأمر الذي أدى إلى إحجام النواب عن اللجوء إليها<sup>63</sup>، كما يفسره بطء وتيرة استجابة الحكومة للاستجابات المعروضة، فمن خلال الجدول يتبين لنا أن بعض الاستجابات لم يتم الرد عليها أصلا، وإن بعضها لم يتم الرد عليه إلا بعد مرور سبعة أشهر أو أكثر، مما يفقد الموضوع استعجالته ويصبح عديم الأثر، إضافة إلى أن أعضاء البرلمان قدموا استجابات أخرى ورفضت لعدم استيفائها الشروط المطلوبة.

وفي مجلس الأمة لم يستخدم أعضاؤه الاستجواب إطلاقا من بداية عهده وإلا حد الساعة، إذ أحجموا عن ذلك للأسباب التي سبق ذكرناها، ولاستعصاء جمع النصاب الموقع لطلب للاستجواب والمحدد بثلاثين عضوا مع قلة عدد أعضاء الغرفة العليا.

#### الفرع الخامس: مصير الاستجواب في التجربة الجزائرية

إن النظر إلى المصير الذي تنتهي إليه الاستجابات في التجربة البرلمانية الجزائرية يؤكد لا محالة ضعف آلية الاستجواب وعدم فعاليتها، وهذه النهاية تسفر في كل الأحوال عن خيبة أمل المستجوب والمعارضة والمواطن على حد السواء، والتشكيك في جدوى وفعالية آليات الرقابة برمتها، إلى حد أن بعض الدارسين اعتبروا أن هذه الوسيلة كما يتوخاها المشرع الجزائري قد غدت شبيهة بالسؤال الشفوي فيما يرتبه من آثار، فلا يصح من هذا المنطلق تسميتها بالاستجواب<sup>64</sup>، كما أن التلازم بين الشرط وجوابه مفقود في معادلة الاستجواب، فشرط توظيفه كثيرة وتعجيزية فيما ينتهي بآثار ضعيفة وباهتة إن لم تكن منعدمة، هذا إن لم يرفض الاستجواب أصلا من طرف مكتب المجلس وبمبررات غير مقنعة في الغالب<sup>65</sup>، ومع ذلك فإن مجرد إثارة الاستجابات تشكل ضغطا كبيرا على الحكومة وتخرجها، وتتيح لأعضاء البرلمان التأثير على اختيارات الحكومة وسياستها بشكل أو بآخر، ويجبرها على أخذ موقف النواب بعين الاعتبار في كل تصرفاتها<sup>66</sup> ويشعرها بوجود

رقيب يقظ على أعمالها، وعلى هذا الأساس ينبغي أن تتصرف، فتتأخر الاستجاب بهذا المعنى في عمومها أدبية معنوية أكثر منها تهديدية رادعة. وعلى العموم فإن الاستجاب في تجربتنا البرلمانية يؤول إلى أحد الأوضاع التالية:

أولاً: الإجابة عن الاستجاب:

تم الإجابة عن الاستجاب بعد عرضه من مندوب أصحاب الاستجاب وتتم ردود الوزراء غالباً بالعمومية، وتربط السائل بالماضي وآفاق المستقبل، لثلاً تحرج الحزب الحاكم أو الرئيس<sup>67</sup>، وينتهي الاستجاب بعد رد الحكومة، والانتقال غالباً إلى جدول الأعمال<sup>68</sup>، ونادراً ما تثار مناقشة للإجابة، فيما تم التراجع عن إمكانية إنشاء لجنة تحقيق عما كان متاحاً في النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني لسنة 1997، وحتى على فرض النص عليها فإن النتيجة تبقى مرتبطة بنتائج عمل لجنة التحقيق، وقوة تأثير تقريرها.

ثانياً: إمكانية إجراء مناقشة:

باستقراء نص المادة 66 من القانون العضوي 99 - 02 التي تنص على أنه "يحدد مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة، بالتشاور مع الحكومة الجلسة التي يجب أن يدرس الاستجاب فيها نستنتج أن النص يوحى بإمكانية إجراء مناقشة لأن الدراسة تحوي ضمناً المناقشة<sup>69</sup>. وهذا ما أكدته الممارسة البرلمانية خلال الفترتين التشريعتين الرابعة والخامسة<sup>70</sup>

ثالثاً: حالة تأجيل الاستجاب:

إن الاستجاب في التجربة الجزائرية نادر الحدوث، وإذا حدث قد يؤجل، وحتى إذا عولج فإنه لا يحدث أثراً، والتأجيل عقبة يصطدم بها الاستجاب عادة، فهو منفذ الحكومة للتهرب من مواجهة النواب في قضايا الساعة التي تستقطب الرأي العام ووسائل الإعلام، وإرجاء النظر فيها يفقدها مفعولها، وتصبح من الماضي بعد تغير الأحداث والظروف فيحصل تمييع الاستجاب وتبريد موضوعه بعد أن كان من قضايا الساعة الساخنة، وقد تم

تأجيل استجوابين تقدم بهما النواب في الفترة التشريعية الرابعة (1997 - 2002) إلى الفترة التشريعية الخامسة (2002 - 2007).

ثالثاً: حالة سحب أو استرداد الاستجواب: أشرت سابقاً إلى أن عامل طول المدة بين تاريخ إرسال الاستجواب وتاريخ جلسة الإجابة تفقده معناه ومفعوله، الأمر الذي يؤدي إلى إحباط صاحب الاستجواب ويأسه مما يدفعه إلى المطالبة باسترداده أو سحبه لأنه لم يعد مجدداً بمرور الوقت، كما أن عامل الضغط والتأثير من الأغلبية أو من الجهاز الحكومي على أصحاب الاستجواب قد يدفع هو الآخر إلى هذا الإجراء، وقد تم سحب الاستجواب المتعلق بالاعتداءات التي تعرض لها مناصرو الفريق الوطني بتونس وذلك في ماي 2004<sup>71</sup>.

ثالثاً: حالة إنشاء لجنة تحقيق: لئن لم تنص الدساتير الجزائرية على إنشاء لجنة تحقيق عقب الإجابة عن الاستجواب، فإن النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني لسنة 1997 أتاح ممارستها كما أثبتتها الممارسة البرلمانية، وقد لجأ النواب إلى تشكيل لجان تحقيق في مواضيع بعض الاستجابات كالأستجواب المتعلق بتزوير الانتخابات سنة 1997، والأستجواب المتعلق بالتجاوزات في حق النواب<sup>72</sup>، في حين سكت النظامان الداخليان للمجلسين لسنة 2000 وكذا القانون العضوي رقم 99 - 02 عن ذلك<sup>73</sup>.

#### -الهوامش:

- (1) د. مصطفى حسن البحري، الرقابة المتبادلة بين السلطة التنفيذية والتشريعية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة 2006، ص 780.
- (2) د. محمد باهي أبو يونس، الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، سنة 2002 ص 125.
- (3) جلال بنداري، الاستجواب وسيلة من وسائل الرقابة في مصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1996، ص 30.
- (4) د. جلال بنداري، نفس المرجع، ص 95.
- (5) نفس المرجع.
- (6) د. حسن مصطفى البحري، المرجع السابق ص 785.
- (7) د. حسن مصطفى البحري، المرجع السابق ص 785.

(8) - "Interpellation: fait d'interpeller, demande règlementaire d'explication formulée par un Parlementaire a un ministre lors d'une séance politique". V. vocabulaire Politique( [www.crisp.be](http://www.crisp.be))

" L'interpellation: moyen de contrôle parlementaire permettant a un membre d'une assemblée de demander a une ministre de se justifier à propos d'une acte politique d'une situation précise, d'aspects généraux ou spécifiques de la politique du gouvernement". V. Vocabulaire Politique. Ibid.

(9) إيف ميني أوليفيه دي هامل، المعجم الدستوري، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 1996، ص 71.

(10) د. عمار عباس، استجواب الحكومة من طرف البرلمان في النظام السياسي الجزائري. مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد الرابع، سنة 2003 ص 31.

(11) "يحرك مقدم الاستجواب المناقشة ويشارك فيها الأعضاء المبادرين بالاستجواب أو المهتمين به أو المنضمين إلى العضو المستجوب، ويرد الوزير أو رئيس الحكومة وقد يعلق العضو على الردود أو يشاركه آخرون في التعليق والاستيضاح" انظر: د. إيهاب زكي سلام، الرقابة السياسية على أعمال السلطة التنفيذية في النظام البرلماني، عالم الكتب القاهرة، سنة 1983، ص 87.

(12) د. إيهاب زكي سلام، المرجع السابق، ص 87.

(13) "يثير الاستجواب في دولة الكويت الكثير من التوتر بين سلطتي التشريع والتنفيذ، ويتنقل هذا إلى المواطنين الذين يتقسمون بشأنه بين مؤيد ومعارض، كما يؤدي إلى الاحتقان السياسي فمن ضمن 25 استجوابا فيما بين 63 و 2002 رتب سبعة منها طرح الثقة، و5 حالات تسببت في سقوط الحكومة " انظر: د. رفعت عبد الحميد عطيبي، الاستجواب وأثره على الأداء البرلماني، مجلس الأمة الكويتي، جانفي، 2003.

(14) - "Sous la troisième République, plus de la moitié des gouvernement renversés par la chambre des députés, le furent à la suite d'une interpellation". V. Bernard Chante bout. Document d'étude. droit constitutionnel et institutions politiques, N° 1. 14 ed. 1988.paris, P 21.

(15) "وفقا لسبر آراء أجري في الكويت حول غايات ومرامي الاستجواب أيد 455 شخصا من عينة عدد أفرادها 1370 بأن الاستجواب يطرح لحسابات شخصية أي بنسبة 33 % " د. رفعت عبد الحميد عطيبي، نفس المرجع.

(16) د. إيهاب زكي سلام، المرجع السابق ص 88-89.

(17) د. عمار عباس. استجواب الحكومة من طرف البرلمان. المرجع السابق. ص 33.

(18) " في فرنسا وابتداء من سنة 1946 وخلال الفترة التشريعية الثالثة قدم 1549 طلب استجواب، 136 منها جمعت وتمت مناقشتها بعمق". انظر: د. عمار عباس. استجواب الحكومة من طرف البرلمان. المرجع السابق. ص 34.

(19) - نفس المرجع.

(20) - " L'interpellation telle qu'elle à été pratiqué en France sous la 30 : et la 40 : République, est une question orale avec débat suivi d'un vote » V. Bernard Chante bout, droit constitutionnel et science politique. Economica - Paris 1978.P247.

(21) - (22) « Inconnue en Angleterre, l'interpellation existe dans de nombreux pays, et notamment en Belgique et en Allemagne Fédérale » V. Bernard Chante bout. IP id. P 247.

(23) - " بالرغم من النص على حق البرلمان في استجواب الحكومة في دستور الجزائر، فإنه لم يرتب سحب الثقة لا من الوزارة في مجموعها، ولا من وزير بمفرده، وهذا يجسد المعنى الذي أبرزه

- واضعو الدستور من عدم تقيدهم بالنظم المطبقة في الخارج". انظر: د. محمد سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الفكر العربي، سنة 1988، ص 594.
- (24) - " لم يفتح القانون العضوي رقم 99-02 في الجزائر عن شرط الكتابة إنما عد شرطاً ضمناً يستنتج من مضمون المادة 73 من النظام الداخلي لمجلس الأمة الجزائري كما يلي: "يودع نص الاستجواب لدى مكتب مجلس الأمة ويوزع على الأعضاء ويعلق بمقر المجلس".
- (25) - د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص 140.
- (26) - د. محمد سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 595.
- (27) - د. محمد باهي أبو يونس، نفس المرجع، ص 14.
- (28) - د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص 130.
- (29) - د. محمد سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 595.
- (30) - " المادة 201 فقرة 01 من لائحة مجلس الشعب المصري: "يدرج الاستجواب في جدول أعمال جلسة تالية بعد أسبوع على الأقل من إبلاغه لتحديد موعد مناقشة الاستجواب بعد سماع أقوال الحكومة"
- (31) - " في الجزائر ووفقاً للقانون العضوي 99-02 في المادة 66: " تكون هذه الجلسة خلال 15 يوماً على الأكثر الموالية لتاريخ إيداع الاستجواب".
- (32) - " لا يجوز التأجيل في الاستجابات المتعلقة بالأمور الداخلية لأكثر من شهر، ويجوز التأجيل لأكثر من شهر في الاستجابات المتعلقة بالأمور الخارجية، وهذا الحكم أشبه بالقواعد السارية في الجمهورية الفرنسية الثانية". انظر: د. إيهاب زكي سلام، المرجع السابق، ص 101.
- (33) - د. حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص 791. وانظر نص المادة 199 من لائحة مجلس الأمة الكويتي.
- (34) - " تنص المادة 199 فقرة 4 من لائحة مجلس الأمة الكويتي على أنه لا يجوز أن يدرج بجدول أعمال المجلس الاستجابات المرتبطة بموضوعات محالة إلى لجان المجلس قبل تقديم تقريرها إليه"
- (35) - د. حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص 796.
- (36) - " En débat de séance, le député demandeur dispose d'une période de 10 minutes pour questionner, à ou le ministre qui dispose de son tour de 10 minutes pour répondre, députés et le ministre questionné disposent ensuite de périodes respectives de 5 minutes chacun pour poser des questions et y répondre "
- V. Jean Charest ,L'interpellation,v. le site( logo radio Canada).
- (37) - د. حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص 792.
- (38) - د. محمد سليمان الطماوي، النظم السياسية، المرجع السابق، ص 595.
- (39) - د. حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص 802.
- (40) - نفس المرجع، ص 803.
- (41) - د. إيهاب زكي سلام، المرجع السابق، ص 113.
- (42) - د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص 185.
- (43) - د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص 185.
- (44) - " بدأت آراء فقهاء تطالب بأن يخضع حق الاستجواب لنظرية إساءة استعمال الحق، فالاستجواب كأداة دستورية ليست حقاً مطلقاً للنائب إنما هو حق مقيد والمسؤولية تطال مقدمه إذا

- (45) - "إذا وصل الاستجواب بحدود سحب الثقة من الحكومة فإن هذا القرار لا يحدث أثره الفوري في بعض النظم، إنما يتوقف على قرار رئيس الجمهورية، ففي مصر مثلاً قد يعترض على القرار، وإذا أصر البرلمان على قراره لجأ رئيس الجمهورية إلى استفتاء الشعب الذي إذا جاء مؤيداً للحكومة اعتبر المجلس منحلًا". نفس المرجع، ص175.
- (46) - "قد يتخلى عضو الحكومة عن منصبه، أو قد تستقبل الحكومة برمتها لمجرد التلويح بالاستجواب أو بالتصويت بالثقة، وهو ما ألجأ وزير النفط الكويتي بعد استجوابه من المعارضة إلى الاستقالة من منصبه في جويلية 2007 قبل جلسة التصويت بالثقة.
- (47) - "حقاً إنه أُلغى الاستجواب، ولكن لم يكن ذلك عن رغبة خالصة في استلابه إضعافاً للردور الرقابي للبرلمان، وإنما بقصد التخلص من آثاره السيئة على الاستقرار الوزاري". انظر: د. محمد باهي أبو يونس، نفس المرجع، ص10.
- (48) - د. إيهاب زكي سلام، المرجع السابق، ص118.
- (49) - "لم يحدث أن أثرت المسؤولية السياسية للوزير أو الحكومة في مصر منذ دستور 1923 وحتى الآن". د. إيهاب زكي سلام، المرجع السابق، ص166.
- (50) - "لا يرتب توظيف الاستجواب في دستور 96 الجزائري أثارة المسؤولية السياسية كما يرتبها ملتزم الرقابة".
- (51) - "لما وسع المشرع الجزائري توظيف آلية الاستجواب إلى مجلس الأمة فإنه بالمقابل لم يتشدد في الآثار التي ترتبها هذه الآلية في كلا المجلسين، أما حول نفس الحق لمجلس الأمة، ولكن بنفس الآثار التي يرتبها الاستجواب في المجلس الشعبي الوطني"
- (52) - انظر: دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر بالجريدة الرسمية رقم (46) المؤرخة في 08 ديسمبر 1996.
- (53) - "يحول النظام المصري في المادة 125 من دستور 1971 والدستور الكويتي في المادة 100 منه والدستور اللبناني في المادة 37 منه إمكانية مبادرة نائب واحد بمباشرة الاستجواب".
- (54) - "تنص الفقرة 2 من المادة 65 من القانون العضوي 02/99 على ما يلي: "يبلغ رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة نص الاستجواب الذي يوقعه، حسب الحالة، على الأقل ثلاثين نائباً، أو ثلاثون عضواً في مجلس الأمة إلى رئيس الحكومة خلال الثماني والأربعين ساعة الموالية لإيداعه" أنظر: القانون العضوي رقم 02/99 المؤرخ في 08 مارس 1999 الصادر بالجريدة الرسمية العدد 15 المؤرخ في 09 مارس 1999.
- (55) - "لقد أثارت مسألة الرد الشخصي للوزير الأول عن الاستجواب خلافاً بين رئيس الكتلة البرلمانية لحركة مجتمع السلم ورئيس المجلس بشأن الاستجواب المتعلقة بتعميم استعمال اللغة العربية، حين انسحب المبادرون بالاستجواب يوم 09 جانفي 2003 احتجاجاً على عدم الحضور الشخصي لرئيس الحكومة للرد على الاستجواب الموجه إليه، وقد أجاب رئيس المجلس آنذاك على مطلبهم بأنه "للنائب الحق في طرح الاستجواب على الحكومة، وهذه الأخيرة من واجبه أن ترد عليه، لكن ليس في نص القانون ما يدل على أن رئيس الحكومة ملزم شخصياً بالرد، لأن الاستجواب موجه للحكومة ككل وليس لشخص، إذن فالحكومة لها كل الصلاحيات القانونية



لتفويض أي وزير للرد على الاستجواب، وطبقا للمادتين 133 و 134 من الدستور، أحيل الكلمة إلى السيد وزير العلاقات مع البرلمان المفوض من قبل رئيس الحكومة ليحيب عن السؤال باسم الحكومة" وقد أجاب السيد نور الدين طالب عن الاستجواب رغم غياب أصحابه، انظر: الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني رقم 34 المؤرخة في 03 فيفري 2003 .

(56) - د.عمار عباس، الرقابة البرلمانية على الحكومة في النظام السياسي الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2006 الجزائر، ص 167.

(57) - "لقد دعا رئيس المجلس أحد المستجوبين بالتقيد بمضمون الاستجواب، فالمقدمة لم تكن واردة أي أنه لم يورد في العرض المقدمة التي أدرجت في نص الاستجواب" انظر: الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني رقم 259 المؤرخة في 04-23-2001 ص 4.

(58) - د.الأمين شريط، خصائص التطور الدستوري في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة، سنة 1991، ص 503 .

(59) - د. د.عمار عباس. نفس المرجع. ص 183.

(60) - "إن المشرع الجزائري لما وضع ضوابط للاستجواب والسؤال الشفوي فإنه قد تشدد في وضع ضوابط إجرائية للسؤال تقترب في شكلها وموضوعها من ضوابط الاستجواب، وأفقر الاستجواب من آثاره وفعاليته إلى حد جعله شبيها بالسؤال الشفوي".

(61) - د. د.عمار عباس، الرقابة البرلمانية... المرجع السابق ص 163

(62) - د. د. رفعت عبد الحميد عطيبي. الاستجواب وأثره على الأداء البرلماني. مجلس الأمة الكويتي. يناير 2003.

(63) - "في البرلمان الألماني يمارس الاستجواب باشتراط توقيع 20 نائبا ويطلق عليه الاستجواب الصغير، وقد عرف نجاحا معتبرا، إذ يقدم في شكل سؤال كتابي ويجيب عنه عضو الحكومة خلال 15 يوما، بإعطاء أجوبة مفصلة تتضمن المعلومات المطلوبة من المجموعة المستجوبة". انظر د. د. عمار عباس. المرجع السابق. ص 157 - 158.

(64) - د. د. عبد الجليل مفتاح، آليات الرقابة المتبادلة بين السلطات وانعكاساتها في ظل التعددية السياسية في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، سنة 2008، ص 68.

-"الاستجواب لا يؤدي إلى طرح مسؤولية الحكومة مباشرة ولهذا يختلف كثيرا عما هو عليه في النظم البرلمانية، ومن هم من يتعد عن طبيعته". انظر: د.الأمين شريط، خصائص التطور الدستوري في الجزائر، رسالة دكتوراه، 1991، المرجع السابق، ص 504.

(65) - لقد بادر عدد من نواب المجلس الشعبي الوطني لاستجواب الحكومة بشأن عدم اعتماد حركة الوفاء والعدل، غير أن مكتب المجلس رفضه بحجة أنه لا يتوفر على العناصر القانونية المكونة للمبررات والحجج والإجراءات المطلوبة من الناحية الشكلية وتمثل هذه العناصر في كون الاستجواب لا يمثل تاريخا محددًا، ولم يعين أصحاب الاستجواب مندوبًا عنهم مما يعد مخالفة لأحكام المادة 67 من القانون العضوي، وعدم توجيه قائمة الموقعين، والاعتماد على مواد لا وجود لها في النظام الداخلي الساري للمجلس منذ تصريح المجلس الدستوري بتاريخ 13 ماي 2000، لتبرير الاستجواب، غير أن مندوب أصحاب الاستجواب السيد داكير السعيد رد برسالة على قرار الرفض

- أكد فيها أن مبررات الرفض غير صحيحة وليس لها أي أساس قانوني، فتاريخ الاستجواب وتعيين المندوب مسجلان في سجل الاستجابات بالمكتب، كما أن المادة 67 من القانون العضوي لا تشترط مندوبا لقراءة موضوع الاستجواب، وفيما يتعلق بالاعتماد على مواد غير موجودة في النظام الداخلي الجديد فإن هذا النظام الداخلي لم ينشر بعد في الجريدة الرسمية ليكون ساري المفعول، مما يفرض الاعتماد على ما جاء في القانون القديم كمرجع لعمل المجلس". انظر: دون ذكر الاسم، التجربة، البرلمانية في الجزائر، رسالة ماجستير، المرجع السابق، ص 134.
- (66) - د. السيد بو الشعير، علاقة المؤسسة التشريعية بالمؤسسة التنفيذية في النظام القانوني الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ديسمبر 2004. ص 133.
- (67) - نفس المرجع، ص 336.
- (68) - "تنص المادة 67 من القانون العضوي 99 - 02 في فقرتها الأخيرة على ما يلي: "تجيب الحكومة عن ذلك" وهو آخر إجراء ينتهي إليه الاستجواب مما يعني عدم جواز عرض لائحة للموافقة عليها، ولا يجوز للنواب التدخل للرد على جواب الحكومة، ولا يجوز لهم إيداع ملتمس رقابة عل إثر الاستجواب".
- (69) - د. عقيلة خرباشي، المرجع السابق، ص 337.
- (70) - "على إثر إجابة الحكومة عن الاستجواب المتعلقة بالتجاوزات التي حدثت في انتخابات 1997 علق رئيس المجلس بعد انتهاء الرد عن الاستجواب بما يلي: ( بهذا يكون المجلس قد استمع إلى منطوق طلب الاستجواب ورد الحكومة، ووفقا للترتيبات القانونية المكرسة في النظام الداخلي تبقى القناعة لدى السادة النواب التي إذا حصلت يطوى الموضوع، وإذا لم تحصل يبقى من حقهم استعمال ما يخولهم إياه النظام الداخلي للمجلس)". انظر الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني. رقم 12 بتاريخ 07/12/15.
- (71) - انظر حصيلة العهد التشريعية الخامسة ( 2002 . 2007 ).. ص 27.
- (72) - انظر الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني رقم 24 المؤرخة في 97/12/24. ص 32 - 33.
- (73) - "رغم سكوت النص فإن الممارسة أكدت لجوء نواب المجلس الشعبي الوطني إلى طلب إنشاء لجنة تحقيق في الأحداث التي عرفتها بعض ولايات الوطن في أواخر شهر أبريل 2002 وقدم الطلب على إثر استجواب في هذا الموضوع والذي أجاب عنه وزير الداخلية، غير أن النائب نور الدين بولفكاير عبر عن عدم اقتناعه بالرد والذي تمكن من جمع التوقيعات المطلوبة في اليوم نفسه وباسمه إلى مكتب المجلس الذي فصل فيه بالقبول في ذات اليوم كما وافق النواب بالأغلبية على طلب إنشاء لجنة للتحقيق بشأن هذه الأحداث. دون ذكر الاسم. التجربة البرلمانية في الجزائر. المرجع السابق. ص 131 - 132.

## آليات تقسيم الدوائر الانتخابية (دراسة تأصيلية مقارنة)

بقلم

أ/ يعيش تمام شوقي

كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة بسكرة



### الملخص

يرتبط تقسيم الدوائر الانتخابية كإجراء جوهري في العملية الانتخابية بمعناها الواسع بمبدأ مهم ألا وهو مبدأ التوازن النسبي في الصوت الانتخابي، حيث يفترض هذا المبدأ أن يكون عدد الناخبين الذين تشكل منهم دائرة انتخابية معينة مساويا مساواة تقريبية لعدد الناخبين في دائرة انتخابية أخرى بما ينعكس أثره في النهاية على التوازن في التمثيل داخل المجلس المنتخب بين جميع الدوائر، ولعله من الواجب التنويه أن تحقيق الأمر السابق يتطلب تفعيل مبدأ العدالة والحياد أثناء عملية تحديد الدوائر الانتخابية، وذلك من خلال التدقيق في الطرق والمعايير المتبعة في عملية تقسيم الدوائر الانتخابية والآثار المترتبة عنها، وكذا بالنسبة إلى الجهة الموكلة لها إجراء عملية التقسيم، فضلا على ضرورة إخضاع عملية تقسيم الدوائر الانتخابية نفسها إلى رقابة جهة محايدة مثلما هو متبع في بعض الأنظمة المقارنة حتى تضمن عدم انتهاك المبادئ الدستورية المقررة في هذا الإطار.

### Résumé :

L'association de la division des circonscriptions électorales comme un élément dans le sens le plus large et le plus important ,à savoir le principes d'équilibre par rapport à un vote .Où il est supposé que ce principe, le nombre d'électeurs qui ont fait leur circonscription ,de

l'égalité approximatives certaine est égale au nombre des électeurs dans d'autres circonscriptions ,son impact se reflète à la fin ,d'un équilibre dans la représentation au sein de la conseil élit entre tous les circonscriptions ,il peut être a noter que la réalisation de la commande précédente, nécessite l'activation du principes de la justice, et la neutralité au cours du processus d'identification des électeurs, grâce à l'examen des méthodes et des normes utilisées ,dans le processus de la division; et la nécessité de réserver l'opération de la répartition des circonscriptions électorales de contrôler à un neutre comme c'est le cas

### مقدمة

لما كانت العملية الانتخابية بمعناها الواسع عملية مركبة، ومعقدة، ومتصلة زمنيا بمراحل؛ اقتضى الأمر تقسيمها إلى إجراءات سابقة على عملية التصويت، وإجراءات معاصرة لعملية التصويت، وأخرى لاحقة عليها. وبالتركيز على المرحلة التي تسبق عملية التصويت، فإننا نجدتها تنطوي بدورها على مجموعة من الإجراءات الضرورية تحت طائلة ما يعرف "بالأعمال التحضيرية للاقتراع"، أو "الإجراءات الممهدة للعملية الانتخابية" بحيث يتوقف على صحتها صحة العملية الانتخابية في مفهومها النهائي، وتتمثل هذه الإجراءات أساسا في تسجيل الناخبين بالقوائم الانتخابية، بالإضافة إلى فتح باب الترشح، وممارسة النشاط المتعلق بالحملة الانتخابية، هذا فضلا عن إجراء لا يقل أهمية عما سبق ذكره، ألا وهو الإجراء المتعلق بتقسيم الدوائر الانتخابية، بل يمكن القول أن تقسيم الدوائر الانتخابية يستغرق باقي الإجراءات الأخرى.

حيث تعتبر من ناحية المجال الجغرافي الذي يتم فيه تقييد الناخبين بالقوائم الانتخابية بوصفه الشرط الشكلي لمباشرة حق الاقتراع، وهي من ناحية ثانية تمثل الإطار الذي يمارس في ظلّه الترشح سواء كان نظام الانتخاب المطبق في الدولة فردي أو بالقائمة، كما تعتبر من ناحية أخرى الفضاء الذي يتم فيه إدارة دواليب الحملة الانتخابية والتي من خلالها يتعرف الناخبون على برنامج المترشح قبل وبعد إجراء الانتخابات، وهنا أمكن

القول أن الدائرة الانتخابية تعتبر حلقة وصل بين الناخب ونائبه. والجدير بالذكر أن عملية تقسيم الدوائر الانتخابية ليست مسألة سهلة، وذلك لما لها من تأثير وانعكاسات مهمة؛ ليس على المترشحين المتنافسين وممثلي الدوائر في السلطة التشريعية فحسب، وإنما على القاعدة الشعبية، وفي حد أقصى يمكن أن يؤثر هذا التقسيم في نتائج الانتخاب وتركيب المجلس المنتخب للممثل للشعب.

ومن هنا تبرز أهمية هذا الموضوع في كل دولة تعتمد على الانتخاب كآلية للوصول لممارسة السلطة، بحيث يعتبر تقسيم الدوائر الانتخابية في هذه الدول بمثابة المرآة التي تعكس مدى نزاهة وجدية الانتخابات. كما تنبع أهمية هذا الموضوع من ارتباطه بمبدأ عالمي وضروري في تقسيم الدوائر الانتخابية هو مبدأ "تكافؤ الفرص"، والذي يقضي بأن يتم توزيع الدوائر بشكل عادل ومنطقي يحقق العدالة بين أفراد الشعب ويخلق مساهمة شعبية متوازنة في المجلس المنتخب، ذلك أن الفوارق السكانية الكبيرة بين دائرة وأخرى تتعارض مع قواعد الديمقراطية بالذات، كونها تمنح أصوات جميع الناخبين ثقلاً متساوياً وهذا الأمر يتنافى بدوره مع مبدأ دستوري مهم ألا وهو مبدأ "التوازن النسبي في الصوت الانتخابي" أو كما يعرف بمبدأ "لكل مواطن صوت واحد".

وتزداد أهمية هذا الموضوع في الجزائر خصوصاً بعد تبني المؤسس الدستوري للتعددية الحزبية، وما ترتب عليه من حدوث أزمة السلطة التشريعية، والفراغ المؤسساتي الخطير الذي كاد أن يعصف بالدولة الجزائرية، وهذا كله لاعتبارات ترجع بالدرجة الأولى والأخيرة إلى قانون تقسيم الدوائر الانتخابية.

وعليه فإن هدفنا من هذه الدراسة هو كشف النقاب عن الآليات والمعايير العالمية التي تضمن إجراء عملية تقسيم الدوائر الانتخابية على نحو عادل

ومنصف، وفي مقابل ذلك لا بد من توضيح مختلف أساليب التلاعب والتحايل التي قد تحصل من جانب السلطة المشرفة على عملية التقسيم، كل ذلك بما يؤدي إلى الارتقاء بمستوى التشريعات النازمة لتقسيم الدوائر الانتخابية بشكل عام، والتشريع الجزائري على وجه الخصوص.

وانطلاقا مما تقدم يكون من الضروري علينا أن نغطي هذه الدراسة من خلال طرح إشكالية مفادها:

ما هي القواعد والأسس المتحكمة في عملية تقسيم الدوائر الانتخابية؟ وما مدى كفاءتها لمبدأ الثقل النسبي للصوت الانتخابي (المساواة في التصويت)؟

وبخصوص المناهج المستخدمة في الدراسة، فهي تدور بين منهجين أساسيين هما: منهج تحليل المضمون الذي يتناسب وتحليل الآراء الفقهية والنصوص القانونية، بما يمكن من بيان مواطن القوة والنقص فيها، ومن ناحية أخرى التركيز على المنهج المقارن الذي يقوم على الموازنة بين الأوضاع القانونية في بعض التشريعات المقارنة، ونخص بالذكر منها التشريع الفرنسي والمصري من جهة، وبين الوضع في الجزائر من جهة أخرى قصد استخلاص ما بينهما من أوجه اتفاق أو اختلاف، وبما يمكن من تطوير منظومتنا الانتخابية.

### المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للدائرة الانتخابية

لا يمكن الإلمام بموضوع تقسيم الدوائر الانتخابية من حيث تحديد أسسه والطرق المتبعة بشأنه، إلا من خلال التعرض في البداية إلى ضبط مفهوم الدائرة الانتخابية وتحديدتها في مطلب أول، ثم بيان مدى اختلاف الدول في عملية التقسيم، فمنها من يعتمد أسلوب الدائرة الواحدة، ومنها من يعتمد أسلوب تعدد الدوائر في مطلب ثان.

### المطلب الأول: مدلول الدوائر الانتخابية وعملية تحديدها

يقتضي تحديد مفهوم الدوائر الانتخابية التطرق أولاً إلى ضبط تعريف الدائرة الانتخابية الواحدة حتى لا يتداخل مفهومها مع ما قد يشابهها من النظم الأخرى، ومن ثم يسهل التطرق لبيان المقصود بترسيم الدوائر الانتخابية أو تحديدها.

#### الفرع الأول: تعريف الدائرة الانتخابية

يقصد بالدائرة الانتخابية تلك الوحدة الجغرافية القائمة بذاتها حيث يقوم الأفراد المقيدين بجداولها الانتخابية بانتخاب ممثل لها أو أكثر في المجالس النيابية (البرلمانية، المحلية)، وذلك طبقاً للقواعد والإجراءات المعمول بها في قانون الانتخاب.<sup>(1)</sup>

#### الفرع الثاني: ضبط معنى تحديد الدوائر الانتخابية

تحديد الدوائر الانتخابية أو ترسيمها يعني تقسيم إقليم الدولة إلى وحدات جغرافية مستقلة عن بعضها البعض بحيث تكون كل دائرة انتخابية ناتجة عن هذا التقسيم مجالاً يسمح للأفراد بممارسة حقوقهم السياسية فيها من ترشح أو انتخاب (تصويت)، غير أن تقسيم الدولة إلى وحدات جغرافية لا يجب أن يفهم على أنه يجعل الدائرة الانتخابية منفصلة في وجودها عن الدولة، وإنما هو تقسيم إداري يخضع للقانون ويكون الهدف منه الحصول على نتائج جديدة لاختيار الممثلين الذين بمجرد وصولهم إلى المجلس التشريعي يكون عليهم أن يمثلوا الدولة ككل دون انفراد عدد من الممثلين بتمثيل الدائرة التي ينتمون إليها طبقاً لقاعدة أن النائب يمثل الأمة وليس الدائرة.

والجدير بالذكر كذلك أن الأعمال المرتبطة بتقسيم الدوائر الانتخابية وقطاعات الاقتراع أو مراكز التصويت هي على جانب من التشابه، لكنها ترمي إلى أهداف مختلفة جداً، فمعظم البلدان تحدّد قطاعات الاقتراع، وبما أن هذا التحديد هو لأغراض إدارية محضة، فإنه نادراً ما يُعاد النظر في هذه

المناطق، ويترك أمر تقسيمها للجهة المشرفة على إدارة الانتخاب، أما في الدوائر الانتخابية فالتقسيم هو أكثر تعقيداً، وغالباً ما يكون موضوع نزاع<sup>(2)</sup>

#### المطلب الثاني: أساليب تحديد الدوائر الانتخابية

ليست كل الدول تأخذ بفكرة تقسيم إقليمها إلى عدد من الوحدات الانتخابية، بل هناك من لا يعتمد هذا التقسيم، ويعتبر أن الدولة تشكل في حد ذاتها وحدة أو دائرة انتخابية واحدة تقتضي أن يكون هناك عدد من الممثلين لها يتم انتخابهم من طرف الأفراد المشكلين لركن الشعب فيها، بل حتى الدول التي تأخذ بفكرة التقسيم قد تتخلى عنه في حالات معينة، بحيث تعتبر الدولة وحدة غير قابلة لأن تتجزأ، ويظهر ذلك بشكل واضح عند إجراء الاستفتاء أو الانتخابات الرئاسية.

#### الفرع الأول: أسلوب الدائرة الواحدة

يعتبر هذا الأسلوب من الأساليب النادرة والتي لم يعد معمولاً بها إلا في عدد قليل من الدول ويرتبط أساساً بمساحة الدولة، فكلما كانت هذه المساحة صغيرة أصبح من غير الضروري التمسك بنظام التقسيم، خاصة وأن هذا الأخير وجد من أجل ضمان قدر من المساواة بين وحدة وأخرى على أساس التمثيل، ومن أجل تغطية حاجيات ومصالح الشعب الذي يتوزع على إقليم كبير، ومن الدول التي أخذت بهذا النظام البرتغال بناء على دستور 1933، إلا أن ما يميزه في هذا البلد بالذات، اعتماده على المنافسة الانتخابية بين عدة قوائم بما يسمح للناخب بالمفاضلة بين المترشحين، غير أنه لم يدم طويلاً بحيث تم الاستغناء عنه<sup>(3)</sup>

والجددير بالذكر في ذات السياق أن إيطاليا الفاشية خرجت هي الأخرى على قاعدة تقسيم الدوائر الانتخابية وفقاً لقانون 17 مايو لسنة 1982 حيث كانت الانتخابات تجري باعتبار الدولة كلها دائرة واحدة وكان الناخبون يصوتون على كشف واحد باسماء النواب جميعاً (400 نائب)، ومن الواضح



ألا تكون هذه الانتخابات جدية أو معبرة عن حقيقة الرأي العام، لأن الناخب كان مقيدا بقبول أو رفض الكشف الذي أعده مجلس الفاشيست<sup>(4)</sup>.

ولم يعد معمولا بأسلوب الدائرة الواحدة في الوقت الحالي إلا في إسرائيل بمناسبة انتخاب أعضاء البرلمان الإسرائيلي (الكنيست)، حيث تعتبر الدولة إقليما واحدا بأكمله يقوم من خلالها جميع الأفراد المشكلين للهيئة الناخبة باختيار النواب البالغ عددهم 120 نائبا.<sup>(5)</sup>

ولكن رغم نجاح هذا النظام في دولة كإسرائيل مما يؤكد الاستمرار في الأخذ به، إلا أنه لا يمكن تصور تطبيقه في بلد يتربع على مساحة جغرافية كبيرة، ويتميز بكثافة سكانية عالية والتي غالبا ما ينجر عنها تباين واختلاف حاجيات كل منطقة، ولعل هذا ما يفسر اتجاه غالبية الدول في العالم إلى الأخذ بأسلوب تعدد الدوائر.

#### الفرع الثاني: أسلوب تعدد الدوائر الانتخابية

كما سبق ذكره فإن تعدد الدوائر الانتخابية فرضته زيادة عدد السكان وازدياد حجم الهيئة الناخبة، بحيث أصبح لزاما معه تقسيم إقليم الدولة إلى عدد معتبر من الدوائر حسب ما يحدده القانون الانتخابي مع مراعاة المساواة في منح المقاعد للدائرة الواحدة، رغم أنه يصعب تحقيق المساواة الحسابية خصوصا مع التزايد السكاني، وتسهيل حركة التنقل من دائرة إلى أخرى، الأمر الذي قد يترتب عليه تغيير المواطن الانتخابي من فترة لأخرى، غير أن هذا لا يعني استحالة تحقيقها وبشكل نسبي<sup>(6)</sup>.

وترجع الإرهاصات الأولى لظهور هذا الأسلوب إلى ما قام به الملك الانجليزي هنري الثالث سنة 1254م، وذلك بدعوة فارسين اثنين عن كل مقاطعة للاشتراك في حضور جلسات البرلمان، و كان الغرض من ذلك محاولة الحصول على نصيب أكبر من المال المطلوب لمواجهة حالات الطوارئ والحروب، ثم تكررت هذه الدعوة وأضيف إلى الفارسين الممثلين

لكل مقاطعة مثلين لكل مدينة من المدن الواحدة والعشرين، ثم ما فتى أن تغير الأمر بعد الإصلاحات التي أدخلت على البرلمان، والتي بموجبها أصبح يتم توزيع المقاعد في البرلمان على أساس عدد السكان وليس المصالح الاقتصادية أو اعتبارات أخرى<sup>(7)</sup>

ومن المفيد القول أن الأخذ بأسلوب الدوائر الانتخابية المتعددة ينتج عنه وجود علاقة بين المترشح والناخب غير أن هذه العلاقة تتفاوت من حيث القوة والضعف تبعاً لطبيعة النظام الانتخابي المطبق في كل دولة فتكون الدوائر صغيرة في حالة الأخذ بنظام الانتخاب الفردي، حيث يزداد عددها وتقل نسبة عدد سكانها، بينما تكون الدوائر كبيرة من حيث المساحة وقليلة من حيث العدد عند الأخذ بنظام الانتخاب بالقائمة مهما كان الأسلوب الانتخابي المتبع فيها سواء الأغلبية (المطلقة، النسبية) أو التمثيل النسبي.

وتجدر الإشارة هنا أن تحديد الدوائر الانتخابية مرتبط عموماً بالأنظمة الانتخابية الأكثرية لأنها قائمة على دوائر ذات مقعد واحد، فيكون من الضروري إعادة النظر في هذه الدوائر حتى تعكس التطورات السكانية، كما أن بعض أنظمة التمثيل النسبي تشهد هي الأخرى مراجعة دورية لحدود الدوائر الانتخابية، ونفس القول ينطبق على النظام المختلط الذي يقوم على الجمع بين الانتخاب باللائحة واقتراع الأكثرية. ومهما يكن من أمر فإن أهمية التقسيم تختلف باختلاف النظام الانتخابي القائم، ففي الأنظمة الأكثرية (الأغلبية) حيث لا تكون نسبة الأصوات التي تحصل عليها الأحزاب متناسبة مع عدد المقاعد المعطاة لها تكون إعادة التقسيم أهم منها في الأنظمة المختلطة والتمثيل النسبي.<sup>(8)</sup>

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام أيهما أفضل من الناحية القانونية؟ هل هو التقسيم الذي يقوم على وجود دوائر صغيرة أم دوائر كبيرة. لا شك أن الإجابة على هذا السؤال تكون بالتعرض إلى سلبات كل

نوع منهما لنخلص من خلالها إلى تحديد موقف وسط.

إذ الملاحظ أن تقسيم الدوائر الانتخابية إلى وحدات صغيرة يزيد من عدد النواب في البرلمان، مما ينعكس أثره سلبا على الأداء البرلماني، ويتعد الممثلون فيه عن القيام بواجبهم الانتخابي من البحث في حاجيات الأمة ومصالحها إلى التنافس الحزبي الذي لا يرجى منه طائل.<sup>(9)</sup>

وفي المقابل فإن القول بزيادة حجم الدوائر الانتخابية يؤدي إلى قلة عدد الناخبين الأمر الذي يسهل عملية الضغط عليهم وارتشائهم من أجل دعم حظوظ حزب معين للفوز، كما تؤدي كذلك إلى جعل النائب ممثلا لدائرته الانتخابية فقط وانشغاله بمصالحها المحلية، الأمر الذي ينعكس على إهمال مصالح الأمة ككل<sup>(10)</sup> فضلا على أن زيادة حجم الدوائر الانتخابية لا يسمح للناخب بالتعرف بسهولة على المترشحين والمفاضلة بينهم وبالتالي لا يكون الخيار مبنيا على أسس سليمة.<sup>(11)</sup>

وبين هذين الموقفين نقول أنه لا يمكن الجزم بأن الأخذ بأحدهما وترك الآخر هو الكفيل بضمان تحقيق العدالة في جانبيها النظري والعملي، لأن الأمر يرتبط بظروف كل دولة ومدى نجاح كل أسلوب فيها، فقد يكون حجم الدوائر الكبيرة في دولة ما هو المعول عليه لضمان استقرارها ونجاح العمل البرلماني، وقد يكون صغر حجم الدوائر في دولة أخرى أمر ضروري لمعالجة مشاكلها وتحقيق مطالب السكان التي كثيرا ما تكون متفاوتة ومختلفة.

## المبحث الثاني

### تقنيات تقسيم الدوائر الانتخابية ومدى الرقابة عليها

تعتبر عملية تقسيم الدوائر الانتخابية في الأنظمة التي تعتمد أسلوب تعدد الدوائر مسألة في غاية الأهمية وعلى أساسها يتوقف نجاح أو فشل عملية الانتخاب ككل، وهذا انطلاقا من الآليات المتبعة بصددتها من جهة واختلاف طبيعة الجهات المكلفة بمهمة التقسيم والتي تعنيها الانتخابات

بصورة مباشرة (المؤسسة التشريعية) من جهة أخرى.  
 فضلا عما سبق فإن تحديد الدوائر الانتخابية يترتب عليه مجموعة من الآثار المالية والإدارية التي لا مناص من الحديث عنها.  
 إن تحديد دور المشرع الانتخابي في تقسيم الدوائر الانتخابية لا ينفصل عن البحث في طبيعة الجهة التي توكل لها مهمة الرقابة على مدى جدية هذا التقسيم، وهذا الأمر يتحقق من خلال إتاحة الفرصة للطعن في هذه العملية من جانب المرشحين والأحزاب السياسية، حيث يلاحظ في هذا الصدد اختلاف نظرة الأنظمة المقارنة في تحديد طبيعة هذه الجهة، بخلاف النظام الانتخابي الجزائري الذي لم يراع هذه المسألة واكتفى بالتنظيم التشريعي لعملية تقسيم الدوائر الانتخابية دون التطرق إلى إمكانية الطعن فيها.

#### المطلب الأول: الأسس والضوابط المعتمدة في تقسيم الدوائر الانتخابية

هناك علاقة وثيقة بين تقسيم الدوائر الانتخابية من جهة، وبين تكوين المجالس النيابية والتمثيلية من جهة أخرى، ذلك أن تقسيم الدوائر الانتخابية من شأنه إهدار الثقل النسبي للصوت الانتخابي إذا لم يراع مبدأ المساواة في التصويت، وهذا الأمر يرتبط وجودا وعمدا بالطريقة المتبعة بشأن التقسيم.

#### الفرع الأول: الطرق المتبعة في عملية تقسيم الدوائر الانتخابية

تلجأ الدول غالبا عند قيامها بعملية تقسيم الدوائر الانتخابية إلى أساليب مختلفة ويمكن حصرها أساسا في أسلوبين:

الأسلوب الأول: بمقتضاه يتم تقسيم الدوائر الانتخابية بناء على العدد المحدد والمقدم من قبل المشرع لأعضاء المجلس النيابي؛ فإذا كان المشرع مثلا قد حدد أعضاء المجلس النيابي بـ 200 عضوا وكان نظام الانتخاب المطبق هو النظام الفردي، فإن عدد الدوائر في هذه الحالة يكون مطابقا لعدد المقاعد المعطاة.<sup>(12)</sup>

الأسلوب الثاني: بموجب هذا الأسلوب يتم تقسيم الدوائر الانتخابية بناء

على ما يحصل من زيادة أو نقصان في عدد سكان كل منطقة، ويترتب على هذا الأمر نتيجة مهمة مفادها أنه لا يكون عدد الدوائر ثابتا نظرا لأن المشرع في هذه الطريقة لا يتطرق إلى تحديد عدد المقاعد اللازم ملؤها، وإنما يكتفي بالنص على ضرورة التناسب بين عدد هذه الدوائر وعدد سكان الدولة<sup>(13)</sup>، وهذا هو الأسلوب الذي أخذ به المشرع الجزائري مؤخرا بموجب الأمر 01/12 المحدد للدوائر الانتخابية وعدد المقاعد المطلوب شغلها في انتخابات المجلس الشعبي الوطني.<sup>(14)</sup>

والجدير بالذكر أن الأنظمة المقارنة اختلفت كذلك بشأن المعيار الذي يعتد به في تحديد عدد الدوائر الانتخابية وذلك من حيث ارتباطه بعدد الناخبين المسجلين في الجداول الانتخابية لكل دائرة، أم بعدد سكان تلك الدائرة، وقد ذهب البعض في تبرير هذا الأمر إلى القول أن المشرع وهو يقوم بعملية التقسيم عليه أن يلتزم بتحقيق المساواة بين الناخبين المسجلين في القوائم الانتخابية على أساس أن عملية التسجيل تتم تلقائيا من طرف الإدارة دون تدخل من جانب الناخب، بما يؤدي إلى تمثيل الناخبين بعدد من النواب يتناسب مع أعدادهم في كل دائرة انتخابية وبما يحقق عدالة التمثيل، غير أن هذا الرأي لا يصلح إلا في الحالة التي يتم فيها تسجيل الناخب من طرف الإدارة دون اشتراط تقدمه بطلب التسجيل، ولا يصلح في الحالة التي يتوقف التسجيل فيها على طلب الناخب نفسه أو كما يعرف بنظام القيد الشخصي.<sup>(15)</sup>

ومن جهة أخرى يؤدي الأخذ بهذا المعيار إلى التعارض مع الدستور كما هو الحال في التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2008 الذي يستشف من روح المادة 100 منه على أن المنتخب يجب أن يمثل الدائرة الانتخابية ككل وليس الناخب فقط، حيث تنص هذه المادة صراحة على أن واجب البرلمان في إطار اختصاصه أن يظل وفيًا لثقة الشعب وأن يتحسس تطلعاته.<sup>(16)</sup>

ونظرا لهذه الانتقادات تبنت غالبية الأنظمة المعيار الذي يقوم على

مراعاة عدد السكان لكونه يتطابق مع مبدأ السيادة الشعبية.

لكن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن في هذا الخصوص: هل من شأن إحدى هاتين الطريقتين أن تؤدي إلى تحقيق مبدأ المساواة في التصويت؟ يذهب الدكتور أحمد سليمان الغويل في هذا الإطار إلى القول أن التفاوت في تقسيم الدوائر الانتخابية من شأنه أن يؤدي إلى إهدار مبدأ الثقل النسبي للصوت الانتخابي كما لو كانت إحدى الدوائر تضم 120 ناخبا ويمثلها نائب واحد، وفي دائرة أخرى عدد الناخبين 40 ويمثلها نائب واحد، ففي هذه الحالة نجد أن الصوت الواحد في الدائرة الثانية يعادل 3 أصوات في الدائرة الأولى، والسبب هنا يرجع إلى اعتماد دساتير بعض الولايات في أمريكا المعيار الإقليمي لا السكاني كأساس للتمثيل الديمقراطي.

ففي ولاية نيو جيرسي على سبيل المثال يكون لكل مقاطعة حق انتخاب سيناتور واحد، ولكن رغم ذلك إلا أن أغلبية مجلس الشيوخ تمثل 15 بالمائة فقط من سكان الولاية، وجاء هذا نتيجة لعدم مراعاة الثقل النسبي للصوت الانتخابي، وأمام هذا الوضع تدخلت المحكمة الاتحادية العليا في قضية وسبري وساندرز، وقضت بعدم دستورية أي تقسيم لا تراعى فيه المساواة بين عدد سكان مختلف الدوائر الانتخابية، وبموجب هذا الحكم تكون المحكمة الاتحادية العليا قد ألزمت السلطة التشريعية في كل ولاية بإعادة تقسيم الدوائر الانتخابية فيها بما يضمن المساواة بين الناخبين، وبالتالي بين كل الدوائر في قيمة الصوت الانتخابي.<sup>(17)</sup>

ونفس الوضع يلاحظ في فرنسا حيث منحت مقاعد للمدن أقل من تلك الممنوحة للقرى في تمثيل مجلس الشيوخ، والهدف الرئيس من ذلك هو عدم تمكين العمال الذين يتركز غالبيتهم في المدن من السيطرة على نتائج الانتخابات، لأن معظمهم ينتمون إلى أحزاب اليسار المناهضة لحكومة ديغول وذلك على خلاف ما كان عليه الحال في القرى التي يغلب على

سكانها النزعة المحافظة المؤيدة للحكومة القائمة، وهذا ما جعل الحكومة تخصص لها عدد معتبر من المقاعد أكثر من تلك المخصصة للمدن.<sup>(18)</sup>

نخلص من خلال ما تقدم إلى القول أن مراعاة المعيار السكاني أو حجم السكان في التمثيل داخل المجلس النيابي لا يتجسد بشكل فعلي، إلا إذا روعيت جملة من المبادئ غدت حجر الأساس في كل نظام ديمقراطي.

الفرع الثاني: المبادئ التي تراعى عند تقسيم الدوائر الانتخابية يمكن حصر هذه المبادئ في العناصر التالية:

أ- الصفة التمثيلية : من الضروري أن يتم تقسيم الدوائر الانتخابية بطريقة تراعى فيها وحدة المصالح التي تجمع عددا من السكان حولها، ومن ثم إذا لم تكن تجمع بين الهيئة الناخبة في دائرة معينة المصالح نفسها، فإن ذلك يصعب من مهمة النائب في تمثيل الدائرة بأكملها.<sup>(19)</sup>

ب- المساواة بين عدد السكان: على الجهة المكلفة بتقسيم الدوائر الانتخابية أن تراعى تحقيق قدر من المساواة النسبية بين الدوائر من حيث عدد السكان، ذلك أن الفوارق السكانية بين دائرة وأخرى من شأنها أن تؤدي إلى إهدار الثقل النسبي للأصوات، وهذا ما يتعارض والديمقراطية التي تقتضي أن يكون جميع السكان ممثلين في المجلس النيابي وبشكل متساوي في كل الدوائر الانتخابية.

ج- المعاملة بالمثل : يجب أن يكون الإجراء المتعلق بالتقسيم الانتخابي المذكورا بوضوح في القانون لضمان تماثل القواعد أيًا تكن السلطة المسؤولة عن عملية التقسيم، ومن أجل ضمان حياد أكثر في هذه العملية، ينبغي أن لا يسمح لأي حزب سياسي التدخل فيه، فإذا عهد في التقسيم إلى السلطة التشريعية فيمكن للحزب الذي يمتلك أكثرية المقاعد أن يسيطر على العملية بشكل يدعم حظوظه في الفوز مرة أخرى، لذا يجب أن تكون قواعد التقسيم مقبولة من جميع المنتخبين الرئيسيين في العملية.<sup>(20)</sup>

الفرع الثالث: اختصاص السلطتين التشريعية والتنفيذية بعملية تقسيم الدوائر الانتخابية

لا شك أن التحكم في نتائج الانتخابات من حيث نجاحها أو فشلها يرتبط أيضا بالجهة التي لها صلاحية تحديد الدوائر الانتخابية، وتذهب غالبية الدساتير المقارنة إن لم نقل جميعها إلى إعطاء هذه الصلاحية إلى السلطة التشريعية، أو البرلمان كونه يعد أكثر موضوعية وحياد ضد التقسيم غير العادل للدوائر الانتخابية الذي قد ينتج عن منح هذه المهمة للسلطة التنفيذية، على أساس أن تدخل هذه الأخيرة من شأنه أن يؤثر على نزاهة المشاركة الانتخابية بوصفها ممثلة للحزب الحاكم الذي يسعى إلى إضعاف المعارضة عن طريق ضمان نجاحه وبقائه في الحكم.

وقد لوحظ كثيرا أن أهداف السلطة التنفيذية كانت تتجه دائما إلى تفتيت الدوائر التي تضم أنصار الحزب المعارض بكيفية تؤدي إلى إهدار قيمة الصوت الانتخابي لمواطني هذه المنطقة، ويتحقق ذلك بضم أجزاء منها إلى الدوائر المجاورة حيث تصبح المعارضة أقلية في كل الدوائر، أو تقوم بتركيزهم في دائرة واحدة كبيرة حتى تتم السيطرة على نتائج كافة الدوائر الانتخابية الأخرى، وتعرف هذه الطريقة في و.م.أ باسم جيري ماندرج نسبة إلى جيري حاكم ولاية ماساشوسيتش الذي قام سنة 1812 بالسيطرة على نتائج الانتخابات عن طريق تقسيم الدوائر الانتخابية قصد حرمان السود من الفوز بها في المناطق التي يشكلون فيها أغلبية عددية.<sup>(21)</sup>

غير أن هذا لا يعني أن إسناد مهمة تقسيم الدوائر الانتخابية إلى السلطة التشريعية لا ينطوي على مخاطر وآثار سلبية على نتائج الانتخابات، ذلك أن الأغلبية البرلمانية قد تنتهك حقوق الأقلية عند تحديدها للدوائر الانتخابية، كأن تقوم بإعادة توزيع الدائرة التي تنتمي الهيئة الناجبة فيها إلى حزب معارض عن طريق ضم أجزاء منها إلى الدوائر المجاورة حتى تصبح الأغلبية



الناخبة أقلية في كل دائرة جديدة تم ضمها إليها، وخير مثال على ذلك ما حدث بالجزائر بمناسبة أول انتخابات تشريعية تعددية، حيث قام المجلس الشعبي الوطني آنذاك بتقسيم الدوائر بطريقة غلب عليها التحيز الواضح للحزب الحاكم وهو جبهة التحرير الوطني بهدف إضعاف خصمه وهو الجبهة الإسلامية للإنقاذ.<sup>(22)</sup>

وخارج السلطتين التشريعية والتنفيذية ذهب البعض إلى القول أن تفادي التلاعبات المرتبطة بتقسيم الدوائر الانتخابية لا يتأتى إلا إذا أسندت هذه المهمة إلى سلطة وحيدة بحيث يقع على عاتقها تقسيم الدوائر الانتخابية وفقا للتقسيمات الإدارية بصورة دائمة، بحيث لا تتغير بتغير الحكومات أو تغير عدد السكان.<sup>(23)</sup>

#### المطلب الثاني: التبعات والأعباء المرتبطة بتقسيم الدوائر الانتخابية

لما كانت مرحلة تقسيم الدوائر الانتخابية من بين أهم المراحل المهمة للاقتراع، فإن هذا يكشف عن أمر مهم، وهو أنها تتطلب تسخير جهود مادية وبشرية من جانب الدولة رغم ما يكتنف هذه العملية من صعوبات، ولا شك أن هذا الأمر متوقف على إمكانيات كل دولة في الجانبيين.

الفرع الأول: الانعكاسات المالية والإدارية لعملية تقسيم الدوائر الانتخابية

يعتبر تحديد الدوائر الانتخابية عملية معقدة وشاقة نظرا لطبيعتها المؤقتة، وعلى هذا الأساس يتعين على الدولة أن تراعي الجوانب الإدارية والمالية المرتبطة بها، وعلى رأسها الموارد اللازمة لتمكينها من القيام بهذه المهمة ويمكن تلخيصها تباعا:

#### أ/ تعيين الموظفين وتدريبهم

من الضروري أن يتم التعيين المسبق للموظفين وتدريبهم على هذه المهمة، والملاحظ في هذا الخصوص أنه كلما ازداد عدد الموظفين اللازم

تدريبهم كلما استتبع ذلك زيادة الأعباء المالية للدول.

#### ب/ تجميع المعلومات الجغرافية

إن عملية التقسيم كذلك تستلزم جمع معطيات ومعلومات جغرافية وديموغرافية عن الأراضي المعنية، ولا شك أن تكلفة تجميع المعطيات وتدقيقها وتولييفها ستكون متناسبة عكسيا مع توافر وصحة المعلومات والخرائط اللازمة، وهي ستختلف أيضا باختلاف مساحة الأراضي المطلوب تقسيمها والوحدة الجغرافية المحددة كعنصر مكون، فكلما كانت الأراضي كبيرة والعنصر المكون صغيرا كان المشروع معقدا ومكلفا.

#### ج/ تنفيذ مخطط تقسيم الدوائر الانتخابية

بعد اعتماد المخطط النهائي لتقسيم الدوائر الانتخابية ينبغي إعداد خرائط وصفية للمخطط وتوزيعها على المسؤولين المحليين عن الانتخابات، أين يتعين عليهم مراجعة اللوائح الانتخابية وإطلاع الناخبين على التعديلات التي أدخلت على ترسيم الدائرة، وسيضطرون أحيانا إلى إعادة تحديد قطاعات الاقتراع، مع ما قد تتطلبه هذه المهمة من الوقت والمال.

#### د/ مكننة عملية تقسيم الدوائر الانتخابية

إن من شأن إخضاع عملية التقسيم إلى التكنولوجيا الحديثة زيادة دقة التقسيم وفعاليتها، لكنها قد تثقل الميزانية في البداية على الأقل، أما النفقات المرتبطة بالمكننة فتتمثل أساسا في شراء الأجهزة والبرامج وتدوين قاعدة معلومات قابلة للاستيعاب بواسطة الكمبيوتر، وتعيين وتدريب الموظفين الأكفاء. (24)

الفرع الثاني: الصعوبات التي تواجه عملية تقسيم الدوائر الانتخابية

لا شك أن تقسيم الدوائر الانتخابية مهمة شاقة أحيانا بسبب صعوبة إيجاد الأشخاص المؤهلين وتدريبهم والحصول على معلومات صحيحة وحديثة، وصعوبة تنسيق وتجميع المعلومات، زد على ذلك أن النفقات تكون

مرتفعة جدا، غير أن هذا لا يعني أن مشروع التقسيم معقدا ومكلفا في كل الدول فنيزولندا مثلا تجربة كل 5 سنوات بتكلفة معقولة، ففي عام 1998م بلغت الميزانية المخصصة 1.89 مليون دولار نيزولندي، أما في و.م.أ، فقد شارك آلاف الأشخاص عام 1991م في إعادة تقسيم دوائر انتخابات الكونغرس، واتسم بصيغة لامركزية نظرا لأن الوقت والمال والجهد المخصصة للتقسيم اختلفت من ولاية إلى أخرى.<sup>(25)</sup>

#### المطلب الثاني: مدى الرقابة القضائية على تقسيم الدوائر الانتخابية

إن جدية تقسيم الدوائر الانتخابية لا تتوقف على تبني المشرع الانتخابي للمعيار السكاني في التمييز بين دائرة انتخابية وأخرى، بل لا بد لضمان عدالة حقيقية في التقسيم أن يتم تكريس آلية للرقابة على عملية التقسيم نفسها من طرف جهة محايدة تتدخل كلما لوحظ أنه تم انتهاك قاعدة المساواة حتى تعيد الأمور إلى نصابها، وفي هذا السياق تجب الإشارة أن عددا من الأنظمة المقارنة اتجهت في هذا المنحى حيث سمحت بتقديم طعون ضد عملية تقسيم الدوائر الانتخابية على غرار الطعون المتصلة بمرحلة القيد في القوائم الانتخابية أو مرحلة الترشيح.

غير أن الملاحظ في المقابل أن المشرع الجزائري اكتفى بإقرار الدوائر الانتخابية بموجب قانون صادر عن البرلمان يبين إطار الدائرة الانتخابية وعدد المقاعد المتناسبة معها، من دون أن ينص على إمكانية الطعن ضدها.

#### الفرع الأول: الرقابة على تقسيم الدوائر الانتخابية في فرنسا

لما كان الغالب في تقسيم الدوائر الانتخابية هو اختصاص السلطة التشريعية به، فإن الرقابة على مدى مشروعيتها هذا التقسيم كان ضرورة لا بد منها، ومن هنا نجد أن المجلس الدستوري الفرنسي قد بسط رقابته على ترسيم الدوائر على غرار ما تمارسه المحكمة العليا الأمريكية وذلك منذ عام 1976، حيث بدأ المجلس الدستوري في التحرر من القيود التي كانت تحد

من حركته على هذا الصعيد، وذلك عندما باشر رقابته على أحد القوانين الأساسية والتي تم بموجبها تحديد أعضاء مجلس الشيوخ على نحو أدى إلى هدر مبدأ المساواة بين الناخبين، ثم تدخل مرة أخرى في عام 1985 وقام بإلغاء أحد القوانين التي صدرت عن البرلمان والذي أقام من خلالها المساواة بين دائرتين رغم أن إحداها تزيد عن الأخرى بأكثر من الضعف، ومن خلال قراره في هذا الصدد أرسى المجلس عدة قواعد، أوجب على المشرع مراعاتها وهو بصدد تنظيمه لعملية تقسيم الدوائر وتمثل أبرزها في قاعدة الأسس الإحصائية، وقاعدة المراجعة الدورية، إضافة إلى ضرورة مراجعة التقسيمات الإدارية الموجودة من قبل بحيث لا تدخل بعض المناطق التابعة لإقليم معين ضمن الدوائر الانتخابية الخاصة بإقليم آخر.<sup>(26)</sup>

الفرع الثاني: الرقابة على تقسيم الدوائر الانتخابية في مصر

يجمع أغلب فقهاء القانون في مصر أن دور المحكمة الدستورية في مجال الطعون المتصلة بتحديد الدوائر الانتخابية تجلى في حكمها الصادر بجلسة 19 ماي 1990 في القضية رقم 37 التي قضت فيها بعدم دستورية المادة الخامسة مكرر من القانون رقم 38 لسنة 1972 بخصوص مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم 188 لسنة 1986، وذلك فيما تضمنه من النص على أن يكون لكل دائرة عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردي، ويكون انتخاب باقي الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية.<sup>(27)</sup>

وبعد أن استمعت المحكمة إلى دفوع كل طرف، وبعد أن تبين لها من خلال الدعوى أنه تم انتهاك قاعدة المساواة التقريبية بين عدد الناخبين الذين يمثلهم نائب واحد مما ترتب عليه اختلاف الوزن النسبي لصوت الناخب الواحد من دائرة إلى أخرى، خلصت المحكمة إلى إرساء مبدأ مهم مفاده أنه لا يجوز أن تؤدي القواعد التي يضعها المشرع تنظيمًا للحقوق العامة ومنها

الحقوق السياسية إلى مصادرتها أو الانتقاص منها، ويشترط ألا تخل القيود التي يفرضها المشرع في مجال تنظيم هذه الحقوق بمبدئي تكافؤ الفرص والمساواة المنصوص عليهما في المادة الثامنة والمادة 40 من الدستور.<sup>(28)</sup>

الفرع الثالث: انعدام الرقابة على تقسيم الدوائر الانتخابية في الجزائر مثلما سبقت الإشارة؛ فإن المشرع الجزائري لم ينص سواء في الدستور أو القانون الانتخابي على إمكانية بسط الرقابة على مرحلة تقسيم الدوائر الانتخابية، حيث اكتفى بتحديدتها بموجب نصوص قانونية تبين إطار الدائرة الانتخابية وعدد المقاعد الخاصة بها معتمدا في ذلك على معيار التطور السكاني، وهذا عبر مختلف القوانين التي عرفتها الجزائر منذ الاستقلال إلى غاية الوقت الحالي سواء تعلق موضوعها بالانتخابات المحلية أو البرلمانية.<sup>(29)</sup>

واستمر الوضع على حاله إلى غاية إقرار التعددية الحزبية بموجب دستور 1989، أين انتهك المشرع معيار التطور السكاني، واعتمد على المعيار الجغرافي وتم ذلك بموجب القانون 07/91 المتضمن تحديد الدوائر الانتخابية لانتخابات المجلس الشعبي الوطني.<sup>(30)</sup>

وكان هذا من بين الأسباب التي أدت إلى دخول الجزائر بوابه الأزمة السياسية والأمنية، فمثلا نجد أن الدائرة الانتخابية بولاية باتنة بلغ عدد سكانها 47038056 نسمة وكان يمثلها نائب واحد، وفي ولاية النعامة بلغ عدد سكانها 22740 نسمة، وبولاية الجزائر العاصمة التي تعتبر أكبر الولايات في الوطن بلغ عدد سكانها في الدائرة الانتخابية الواحدة 80485028 نسمة وكان يمثلها نائب واحد كذلك.

إن الحقيقة التي لا يمكن تجاهلها أن إصدار قانون الدوائر الانتخابية تم وفق حسابات سياسية وكان هدف السلطة الحاكمة وقتها هو تفتيت الأغلبية الانتخابية المعارضة لخلق أغليات وهمية في دوائر مصطنعة لصالحها، وذلك من خلال تحويل الأغلبية المعارضة في دائرة ما إلى أقلية في دائرة

أخرى وهو ما يسهل حصوله بتغيير الحدود بين الدوائر المتجاورة.<sup>(31)</sup> وبالرجوع إلى نص المادة 163 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2008، نجد أنها أسندت للمجلس الدستوري مهمة السهر على احترام الدستور وصحة عمليات الاستفتاء وانتخاب رئيس الجمهورية والانتخابات التشريعية والإعلان عن نتائجها، غير أن التجربة التي مرت بها عملية تقسيم الدوائر الانتخابية بموجب القانون رقم 07/91 مثلما أسلفنا الإشارة إليها أثبتت عجز المجلس الدستوري في التدخل لإعادة الأمور إلى جادة الصواب، والسبب الرئيس في ذلك راجع إلى عدم لجوء المعارضة إلى المجلس الدستوري، كونها لا تملك حق إخطاره وفق النصوص الدستورية التي تمنح هذا الحق لرئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني، أو رئيس مجلس الأمة لاحقا، مع استبعاد الإخطار الذاتي للمجلس الدستوري، وعليه يمكن ملاحظة أن الرقابة على دستورية القوانين المتعلقة بتحديد الدوائر الانتخابية منعدمة في الجزائر، وينبغي على هذه الملاحظة القول بأنه حتى يعطى المعنى الكامل للديمقراطية في الجزائر، وتحقق الرقابة على عملية تقسيم الدوائر الانتخابية، بالقدر الذي يضمن جدية ونزاهة الاقتراع، ينبغي معه ضرورة المراجعة الدستورية في مجال الإخطار بتوسيعه ليشمل الأحزاب والأفراد.<sup>(32)</sup>

### الخاتمة

وعلى ضوء ما تقدم بيانه يمكن الوصول إلى إقرار جملة من الملاحظات والنتائج الجوهرية نلخصها كما يلي:

- إن تقسيم الدوائر الانتخابية وكيفية اعتبار من المسائل المهمة والصعبة في نفس الوقت، والتي ما فتأت تستقطب اهتمام الباحثين من القانونيين والإعلاميين، ذلك أنها تعد مؤشرا يعول عليه لقياس درجة تجسيد الديمقراطية في كل دولة خصوصا وأن الدائرة الانتخابية تعتبر بمثابة القناة التي تصل ما بين

الناخب والمنتخب، وهذه القناة تتضح وتتسع إذا كان هناك تناسب حقيقي أو على الأقل نسبي بين درجة التمثيل في كل مقاطعة انتخابية، وبين عدد السكان بما يؤدي إلى تحقيق مصالحهم واحتياجاتهم، وهذا الأمر ينطبق على كل مجلس نيابي والذي يستوي فيه أن يكون تشريعيا أو محليا.

- إن السلطة التي تنفرد بصياغة القانون الذي يتضمن كيفية تقسيم الدوائر الانتخابية يكون أثرها واضحا على عدالة التقسيم أو عدم عدالته، ففي الوقت الذي تتولى السلطة التشريعية هذه المهمة في حدود الاختصاص المخول لها دستوريا تقل فرص المحاباة والانحياز إلى المرشحين أو الأحزاب خاصة إذا تم تعزيز هذا بألية الرقابة على دستورية قانون ترسيم الدوائر الانتخابية، حيث ينعكس أثره على نسبية عدالة الدوائر فتكون الواحدة منها ممثلة بعدد من النواب لا على أساس المصلحة أو حاجة الدائرة الانتخابية للتنمية، ولكن على أساس عدد السكان والناخبين، وهذا ما من شأنه أن يضيف على المشاركة الانتخابية نوعا من الديمقراطية.

- إن الأمر يختلف عندما تتولى هذه المهمة السلطة التنفيذية حيث توضع مسألة الحياد محل شك لاتجاه السلطة التنفيذية غالبا إلى تقسيم الدوائر على نحو يدعم حظوظ الحزب الغالب للفوز، وهذا الأمر ينعكس أثره سلبا على انعدام الثقل أو الوزن النسبي للصوت الانتخابي، وبعبارة أخرى لا يكون هناك تجسيد لمبدأ المساواة في التصويت.

- إن السبيل لضمان العدالة الحقيقية يتحقق من خلال إخضاع عملية التقسيم إلى رقابة القضاء المختص حيث يعمل على تصحيح الاختلالات التي أسفرت عنها عملية تقسيم الدوائر، وبذلك يمكن أن نضمن قدر من النزاهة على عملية الاقتراع، وإذ نعني هنا بالقضاء قضاء الانتخاب الذي أوكلت له مهمة الرقابة على العملية الانتخابية على غرار المجلس الدستوري الجزائري، خاصة وأن الدستور نفسه نص على أن هذه الهيئة تؤسس للسهر

على صحة الانتخابات ونزاهتها.

وبناء عليه فإن تحقيق الجدية والنزاهة في تقسيم الدوائر الانتخابية، يبدأ بتطبيق سلسلة من الحلول نوردها في شكل مقترحات كما يلي:

- الحرص على إعطاء صوت الناخب القيمة التصويتية ذاتها في مختلف الدوائر الانتخابية حيث يقتضي أن يحقق التقسيم الانتخابي العدالة والمساواة بالنسبة لكل من الناخبين والمرشحين في جميع الدوائر الانتخابية.
- ضرورة احترام الطبيعة السكانية والاجتماعية والتواصل الجغرافي للدائرة الانتخابية والامتناع عن التحايل أو التلاعب بالمناطق الانتخابية بصورة مصطنعة.

- تحقيق معنى الشرعية الانتخابية بإشراك ممثلي الشعب في وضع قانون الانتخاب لإشعار الأفراد بأنهم ممثلون على أسس سليمة، ذلك أن المشاركة في وضع قانون الانتخاب تعدل معنى الانتخاب.

- تفعيل دور المجلس الدستوري في مجال الرقابة على تقسيم الدوائر الانتخابية من خلال توسيع دائرة الإخطار إلى الأفراد والأحزاب السياسية، أو من خلال السماح للمجلس الدستوري بالتدخل تلقائياً.

#### الهوامش

- (1) محمد محمود العمار، الوسيط في القانون الدستوري الأردني ( ضمانات استقلال المجالس التشريعية)، عمان : دار الخليج، 2009، الطبعة الأولى، ص 94
- (2) أنظر: مشروع إدارة الانتخابات وتكلفتها/برنامج إدارة الحكم في الدول العربية، الموقع الإلكتروني: [www.Nuwab-gov-bh.com](http://www.Nuwab-gov-bh.com) تاريخ الزيارة: 2012/04/22
- (3) سليمان الغويل، الانتخابات والديمقراطية (دراسة مقارنة)، طرابلس: أكاديمية الدراسات العليا، 2003، ص 172
- (4) محمد الذهبي، الفصل في صحة عضوية أعضاء المجالس النيابية (دراسة مقارنة)، القاهرة: دار النهضة العربية 2006، ص 61
- (5) محمد محمود العمار، مرجع سابق، ص 94



- (6) علي حسني، القانون الدستوري وعلم السياسة، بدون دار النشر: المغرب، الطبعة الثانية، 1999 ص 126
- (7) مراد بقالم، نظام الازدواج البرلماني وتطبيقاته (دراسة مقارنة)، الإسكندرية : مكتبة الوفاء القانونية، 2009، ص 22
- (8) مشروع إدارة الانتخابات وتكلفتها، برنامج إدارة الحكم في الدول العربية، مرجع سابق.
- (9) سعيد بوشعير، القانون الدستوري والأنظمة السياسية المقارنة(الجزء الثاني)، الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب 1989، ص 33
- (10) محمد فرغلي محمد علي، نظم وإجراءات انتخاب أعضاء المجالس المحلية في ضوء القضاء والفقهاء، القاهرة: دار النهضة، 1998، ص 485
- (11) أحمد بنيني، الإجراءات الممهدة للعملية الانتخابية في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في العلوم القانونية، كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر باتنة، 2005/2006 ص 125
- (12) محمد فرغلي محمد علي، مرجع سابق ص 489
- (13) انظر الأمر رقم 01/12 المؤرخ في 2012/02/13 المحدد للدوائر الانتخابية الخاصة بانتخابات المجلس الشعبي الوطني ج ر، عدد 8 بتاريخ 2012/02/15
- (14) انظر الأمر رقم 01/12 المؤرخ في 2012/02/13 المحدد للدوائر الانتخابية الخاصة بانتخابات المجلس الشعبي الوطني ج ر، عدد 8 بتاريخ 2012/02/15
- (15) أحمد بنيني، مرجع سابق ص 127
- (16) مولود ديدان، دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حسب آخر تعديل له، دار بلقيس : الجزائر 2008، ص 40
- (17) سليمان الغويل، مرجع السابق، ص 174
- (18) المرجع نفسه، ص 176
- (19) عبدو سعد، علي مقلد، عصام نعمة إسماعيل، النظم الانتخابية(دراسة حول العلاقة بين النظام السياسي والنظام الانتخابي)، لبنان: مركز بيروت للأبحاث والمعلومات، 2005 ص 65،66
- (20) المرجع نفسه، ص 67
- (21) سليمان الغويل، مرجع سابق، ص 173
- (22) أحمد بنيني، مرجع سابق، ص 130
- (23) المرجع نفسه، ص 131

- (24) مشروع إدارة الانتخابات وتكلفتها، مرجع سابق.
- (25) المرجع نفسه.
- (26) عفيفي كامل عفيفي، الانتخابات النيابية وضماناتها الدستورية والقانونية، القاهرة: دار الجامعيين، ط 2002، ص ص 1177، 1178.
- (27) إكرام عبد الحكيم محمد محمد حسن، الطعون الانتخابية في الانتخابات التشريعية (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، دار المكتب الجامعي الحديث: الإسكندرية، 2007، ص 93.
- (28) المرجع نفسه، ص ص 96، 97.
- (29) انظر في هذا عددا من القوانين والمراسيم المتعلقة بتقسيم الدوائر الانتخابية الخاصة بالانتخابات المحلية والتشريعية:
- الأمر رقم 113/76 المؤرخ في 1976/12/29 الذي يحدد طرق انتخاب النواب وشروط قابليتهم للانتخاب، ج ر عدد 3 بتاريخ 1976/12/29 - المرسوم رقم 335/84 المؤرخ في 1984/11/10 المحدد لمقاعد المجلس الشعبي البلدي والدوائر الانتخابية، ج ر، عدد 56 بتاريخ 1984/11/11 - المرسوم رقم 336/84 المؤرخ في 1984/11/10 المحدد لمقاعد المجلس الشعبي البلدي والدوائر الانتخابية، ج ر، عدد 56 بتاريخ 1984/11/11 - المرسوم رقم 265/86 المؤرخ في 1986/10/28 المتضمن تحديد الدوائر الانتخابية وعدد المقاعد المطلوب شغلها لانتخاب المجلس الشعبي الوطني، ج ر عدد 44 بتاريخ 1986/10/29 - الأمر رقم 08/97 المؤرخ في 1997/30/06 المحدد للدوائر الانتخابية الخاصة بانتخابات المجلس الشعبي الوطني ج ر، عدد 12 بتاريخ 1997/30/06.
- (30) انظر القانون رقم 07/91 المؤرخ في 1991/04/03 المتعلق بتحديد عدد مقاعد المجلس الشعبي الوطني وتحديد الدوائر الانتخابية، ج ر، عدد 15 بتاريخ 1991/04/06.
- (31) كرازدي الحاج، الحماية القانونية للانتخابات، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2003/2004، ص ص 48، 49.
- (32) أحمد بنيني، مرجع سابق، ص ص 156، 157.