

جامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر)

مخبر السيادة والعولمة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مجلة الدراسات القانونية

مجلة علمية دولية أكاديمية سداسية محكمة

صادرة عن مخبر السيادة والعولمة

كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة يحيى فارس بالمدينة

المجلد الخامس (العدد الثاني)

جوان / 2019 م / شوال 1440 هـ



ISSN 2437-0304

EISSN: 2602-5108

رقم الإيداع القانوني: 2015-3039

جامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر)
مخبر السيادة والعولمة

مجلة الدراسات القانونية

مجلة علمية دولية أكاديمية سداسية محكمة
صادرة عن مخبر السيادة والعولمة
كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة يحيى فارس بالمدينة

المجلد الخامس (العدد الثاني)
جوان / 2019 م / شوال 1440 هـ



ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 2015-3039



مخبر السيادة والعولمة

مخبر السيادة والعولمة

حي المصلى - كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة يحي فارس بالمدينة (الجزائر)

رقم الهاتف /الفاكس: 025.58.55.45

البريد الالكتروني للمجلة: LSMLAW213@yahoo.fr

الإخراج والطبع: دار التل للطباعة-البلدية(الجزائر)

قواعد النشر في مجلة الدراسات القانونية عبر التسجيل في البوابة

الإلكترونية للمجلات العلمية (ASJP)

لإرسال مقال علمي لمجلة الدراسات القانونية التابعة لمخبر السيادة و العولمة بجامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر) حسب الإجراءات المعمول بها من قبل المديرية العامة للبحث العلمي و التطوير التكنولوجي(Dgrsdt) التابع لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي الجزائرية في نطاق البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية (ASJP) يستوجب أولاً إتباع الخطوات التالية:

- 1- الدخول لموقع البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية (Algerian Scientific Journal)
(Platforms): www.asjp.cerist.dz
- 2- اضغط على زر دخول في أعلى الصفحة ثم أكمل البيانات الخاصة بالبريد الإلكتروني +كلمة السر + تذكرني+ اضغط على كلمة تسجيل.
- 3- تظهر بعد ذلك استمارة تسجيل تتضمن بيانات شخصية يستوجب إكمالها من: اسم و لقب+ بريد إلكتروني+كلمة السر وتأكيدها+ البلد+ لغة التواصل+ إدخال الحروف التي يراها المعني، ثم إضغط على : أقبل شروط الاستخدام وقواعد الخصوصية + إرسال.
- 4- بعد ذلك تأتي للمعني رسالة من موقع البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية لبريده الإلكتروني بالتسجيل، بعدها يجب على المعني فتح الرسالة و الضغط على الرابط الإلكتروني المرفق ليتم تفعيل دخوله.
- 5- أعد الدخول لموقع البوابة الإلكترونية و حدد المجالات الموجودة على الجهة اليمنى ، ثم اختر (Social Sciences) ثم (Law) لتظهر قائمة المجالات المعتمدة من الوزارة، وبحث عن مجلة الدراسات القانونية (صنف:NC/ الدورة : نصف سنوية).
- 6- أدخل عن طريق: انتقل للمجلة، بعدها توجه مباشرة للجانب الأيسر لإرسال مقال، ثم تظهر لك صفحة تحمل عنوان: تعليمات المستخدم تشتمل على: اسم المستخدم+ كلمة السر المحددة سابقاً، بعدها إضغط على تسجيل الدخول.
- 7- بعد دخول المستخدم تظهر صفحة أخرى تتضمن تقديم ورقة المقال (أكمل المعلومات ثم إضغط على إرسال مقال).
- 8- افتح بريدك الإلكتروني ليأتي إشعار بالوصول من المجلة المعنية، و سيكون بإمكان صاحب المقال متابعة مراحل معالجة مقاله عبر ولوجه لحسابه في موقع البوابة.

شروط النشر في مجلة الدراسات القانونية (مخبر السيادة والعولمة)

- 1- أولاً - يشترط في الدراسات والأبحاث المراد نشرها ما يلي :
 - 1- أن تكون متممة بالعمق والجدية، ويلتزم الباحث بالمنهج العلمي.
 - 2- أن يكون البحث مكتوباً بالإعلام الآلي، مع الملخص باللغة العربية والإنجليزية، والكلمات المفتاحية.
 - 3- أن لا يزيد البحث عن 20 صفحة وأن لا يقل عن 15 صفحة (A4) بخط 14. نوع الخط (Simplified Arabic)، إذا كان المقال باللغة العربية ، وإذا كان المقال باللغة الأجنبية فيكون أيضا بخط (14) .نوع الخط Times New ROMAN.
 - 4- أن تكون الهوامش في أسفل كل صفحة (بشكل أوتوماتيكي إلكتروني) وقائمة المراجع في آخر المقال (بشكل كلاسيكي عادي)، مع ضرورة إعطاء المعلومات البيبليوغرافية كاملة (نوع الخط 12 Simplified Arabic) باللغة العربية، أو (11 باللغة الأجنبية Times New ROMAN)
 - 5- أن لا يكون المقال قد نشر أو قد أرسل للنشر في مجلة أخرى وطنية كانت أو دولية.
 - 6- أن لا يكون المقال جزءاً من مذكرة تخرج أو ماجستير أو ماستر أو أطروحة دكتوراه
 - 7- أن لا يكون المقال قد أرسل للمشاركة أو تمت المشاركة به في ندوة وطنية أو دولية ، مؤتمر إقليمي أو دولي ، يوم دراسي ، ملتقى وطني أو إقليمي أو دولي.
- ثانياً - تخضع الأبحاث المرسلة إلى المجلة للتحكيم قبل نشرها.
- ثالثاً - ترتب الموضوعات وفق اعتبارات موضوعية وفنية.
- رابعاً - يحكم عضوان في كل مقال، وفي حالة الاختلاف يحكم عضو ثالث ، وتقوم إدارة المجلة بإعلام أصحاب الأبحاث المرسلة بقرار المحكمين بخصوص أبحاثهم.
- خامساً - لا يعاد نشر أي موضوع من موضوعات المجلة إلا بإذن كتابي من إدارتها.
- سادساً - لا يجوز للباحث أن يطلب عدم نشر بحثه بعد عرضه على هيئة التحرير إلا لأسباب تقتنع بها هيئة التحرير ، وكان ذلك قبل إشعاره بقبول بحثه للنشر .
- سابعاً- لا تدفع المجلة مكافآت مقابل البحوث المنشورة.
- ثامناً - تعبر المقالات المنشورة في المجلة عن آراء كتابها ولا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة.
- تاسعاً: يرفض أي مقال لم يستوفي الشروط الشكلية المحددة سابقاً بشكل تلقائي دون الرجوع للموضوع .
- عاشر: يرفق المقال المراد نشره بتصريح شرفي يتم تحميله من موقع المجلة في البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية (تعليمات للمؤلف) ويتم توقيعه من المعني وإرساله مع المقال عبر البوابة الإلكترونية للمجلات الوطنية.
- الحادي عشر: يتم إرسال تعهد بنقل حقوق تأليف ونشر المقال إلى السيد رئيس تحرير المجلة بعد إخطاره بقبول مقاله للنشر، ويتم تحميله من موقع المجلة، وهذا في ظرف أسبوع إلى : houcine16@gmail.com
- الثاني عشر: أي استفسار يرجى الاتصال بمجلة الدراسات القانونية عبر : LSMLAW213@yahoo.fr

فريق تحرير مجلة الدراسات القانونية

الرئيس الشرفي

الأستاذ الدكتور . يوسف حميدي / رئيس جامعة المدية

المدير العام مسؤول النشر

الأستاذ الدكتور . سليمان ولد خسال

(مدير مخبر السيادة والعولمة)

رئيس التحرير

الدكتور . الحسين عمروش

جامعة يحيى فارس بالمدية(الجزائر)

محررين مساعدين

د. محمد مصطفاوي - جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)

د. آسية أعر الشريف- جامعة يحيى فارس بالمدية(الجزائر)

د. القوصي همام- جامعة حلب (الجمهورية العربية السورية)

د. ياسين صباح رمضان ياسين- جامعة زاخو (العراق)

د. أحسن عمروش- جامعة خميس مليانة (الجزائر)

د. منصور مجاجي- جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)

د. محمد الداه عبد القادر- جامعة نواكشوط العصرية (موريتانيا)

د. معاذ يوسف الذنبيات- جامعة الطائف (المملكة العربية السعودية)

سكرتير: د. الحسين عمروش . جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)

أمانة المجلة: يوسف قسيس. جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)

اللجنة العلمية لمجلة الدراسات القانونية

د. د. علي أبو هاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة.	أ. د. د. علي أبو هاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة.
د. د. يحيوي محمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة	أ. د. سليمان ولد خصال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة.
د. أسامة غربي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة	أ. د. منصور مجاوي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة.
د. جبدل كريمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة	أ. د. مجاهدي إبراهيم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة
د. توفيق بابا علي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة	البليدة 02.
د. مزعد إبراهيم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة	أ. د. بوشنافة جمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة
د. طبال إحسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة	أ. د. شميمش رشيد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة
د. بن تغري موسى، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة	د. محمد حميد ماضي المزمومي، كلية الحقوق، جامعة الملك عبد العزيز
د. هشام فخار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة	بجدة (المملكة العربية السعودية).
د. صفاي العيد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة	د. عمروش الحصين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة.
د. جمال عياشي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة	د. حسن زرداني، كلية الحقوق جامعة القاضي عياض بمراكش (المملكة
د. أحسن عمروش، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس	المغربية)
د. خالد بوشمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02.	د. القوصي همام، جامعة حلب، الجمهورية العربية السورية.
د. مناد سعودي، جامعة الجزائر 01.	د. ياسين صباح رمضان ياسين، جامعة زلخو، العراق.
د. رايح عمورة، جامعة أمحمد بوقرة بيومرداس.	د. محمد الداه عبد القادر، جامعة نواكشوط العصرية بمروريتانيا.
د. عبد القادر عمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة	د. معاذ يوسف التنيبات، جامعة الطائف، المملكة العربية السعودية.
د. جبار رقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة	د. أحمد لكل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة.
د. رواب جمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة	د. توفيق شندارلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة.
د. عبد الرحمان بن جيلالي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة	د. توفيق قادري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة.
خميس مليانة	د. إسطنبولي محي الدين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة
د. نبيلة بن عائشة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة	البليدة 02
د. سبتي عبد القادر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة	د. عاشور فاطيمة، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي
د. أصغر شريف أسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة	بتيبازة.
د. سايح فايز، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة بيومرداس	د. عبد الصديق شيخ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس
د. كريم حرز الله، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي	المدينة.
تتيبازة	د. محمد مصطفى، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة.
د. زرقط عمر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة	د. بن يوسف القيني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة.
د. لخضر حليس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة	د. هارون حسان أوزوان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة
	د. كرنيش بغداد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2.
	د. حليم لعروسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة

لجنة قراءة العدد الثاني - المجلد الخامس / جوان 2019

- د. الحسين عمروش. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدينة.
د. منصور مجاجي . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدينة.
د. ذبيح زهيرة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدينة.
د. حليم لعروسي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدينة.
د. جمال عياشي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدينة
د. نبيلة بن عائشة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة
د. سايج فايز، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة بومرداس
د. أحسن عمروش، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة.
د. جمال رواب ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة
د. بن يوسف القينعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة.
د. كريم حرز الله، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تيبازة.
أ. عبد الله مختق- جامعة خميس مليانة (الجزائر)

افتتاحية العدد من مجلة الدراسات القانونية

بسم الله و الصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه.
الحمد لله حمدا كثيرا، والشكر له سبحانه شكرا جزيلا، يليق بنعمه التي لا تحصى، وفي مقدمتها أنه ارتضى لنا الإسلام دينا، وأكرمنا بأن بعث لنا رسولا كريما، محمد بن عبد الله الذي نصلي ونسلم عليه صلاة وسلاما دائمين إلى يوم الدين.
في إطار العمل المستمر للارتقاء بمركز مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن مخبر السيادة والعولمة التابع لجامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر) كمجلة علمية دولية سداسية من خلال عددها العاشر/ (جوان 2019)، وهي مصنفة ضمن المجلد الخامس (العدد الثاني) وفقا لتصنيف البوابة الالكترونية للمجلات الوطنية الصادر عن المديرية العامة للبحث العلمي والتطوير التكنولوجي(Dgrsdt)، سيتم من خلال هذا العدد عرض مجموعة من البحوث الأكاديمية والمقالات العلمية المقدمة من السادة الأساتذة، والباحثين، وطلبة الدكتوراه في كل فروع القانون والعلوم السياسية والدراسات المقارنة، قصد تطوير البحث العلمي والارتقاء بالعمل الأكاديمي المتخصص.

د.الحسين عمروش

رئيس تحرير مجلة الدراسات القانونية

مخبر السيادة والعولمة

جامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر)

محتوى العدد الثاني من المجلد الخامس (جوان 2019) (مجلة الدراسات القانونية)

- 1- حق طلب نزع الجزء الباقي، وحق طلب الاسترجاع ضماناً للمنزوع ملكيتهم للمنفعة العامة - د. قاشي
علال، جامعة البليدة 2 01
- 2- التنمية السياسية ومفهوم الأزمة داخل النظام السياسي- د. مبروك كاهي- أستاذ محاضر (ب) ، جامعة
قاصدي مرياح ورقلة..... 18
- 3- امتيازات المالك على الشيوع استعمالاً واستغلالاً وتصرفاً(دراسة فقهية قانونية مقارنة) - صحراوي غريب-
جامعة آكلي امحمد (البويرة)..... 42
- 4- الاستيطان الإسرائيلي في الأراضي المحتلة من منظور القانون الدولي- العمري حكيم، طالب دكتوراه علوم،
تخصص قانون، جامعة يحي فارس- المدينة،..... 70
- 5- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (السيداو)- الأهداف والأبعاد- د. حساني علي-
أستاذ القانون الخاص، جامعة ابن خلدون - تيارت..... 96
- 6- آلية التقاضي الإلكتروني في البيئة الرقمية- ترجمان نسيم، طالبة دكتوراه ، تخصص: التجريم في قانون
الأعمال، جامعة ابن خلدون - تيارت، تحت إشراف الدكتور مداح حاج علي..... 121
- 7- عقوبة جريمة شُرْب الخُمُر في قانون العقوبات المصري والجزائري (دراسة تقويمية في ضوء الشريعة
الإسلامية)- د. محمد جبر السيد عبد الله جميل- جامعة المدينة العالمية، فرع القاهرة..... 141
- 8- علم السجون: الفن العلمي القادم- د. مصطفى شريك، جامعة محمد الشريف مساعدي-
سوق أهراس..... 162
- 9- سلطة القاضي في إجراء الصلح في دعوى الخلع (دراسة مقارنة)- بعاكية كمال، طالب دكتوراه السنة الثالثة،
جامعة وهران 1 (احمد بن بله) كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، وتحت إشراف: الأستاذة الدكتورة. حبار
أمال، جامعة وهران 1 احمد بن بلة كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية 182
- 10- الطفل في حالة خطر على ضوء القانون 12/15- سمير قاسمي- طالب دكتوراه ، السنة الثالثة/ تخصص
القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحيى فارس بالمدينة..... 208- 224

University of MEDEA (Algérie)
Laboratory of sovereignty and globalization
Faculty of Law and political science

International academic and scientific journal

**JOURNAL
OF LEGAL
STUDIES**

**Published semi-annually by Laboratory of sovereignty and
globalization (University of MEDEA - Algérie)**

**Volume 05 -Issue 02
JUN 2019**



ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
Dépôt légal: 2015-3039

حق طلب نزع الجزء الباقي، وحق طلب الاسترجاع

ضمانة للمنزوع ملكيتهم للمنفعة العامة

The right of the expropriation of the remaining part and the right of recovery to guarantee that the expropriated properties belong to the public interest

د. قاشي علال (*)

تاريخ قبول المقال: 2019/06/17

تاريخ إرسال المقال: 2019/04/16

الملخص:

إن المؤسس الدستوري في 2016 نص على أن نزع الملكية لا يتم إلا في إطار القانون نظير تعويض عادل، وأن القانون الخاص بنزع الملكية 11/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 قد تضمن كل الإجراءات التي يجب على الإدارة إتباعها حتى يكون عملها مشروعاً.

بالإضافة إلى ذلك فقد نص على بعض الحقوق الممنوحة للمنزوع ملكيتهم بعد عملية النزع، والتي يجب على الإدارة احترامها و تتمثل في الحق في طلب نزع الجزء الباقي غير المستعمل وكذا استرجاع العقار أو الحق العيني العقاري عندما لا تنفذ الإدارة المشروع الذي كان من المفروض إنجازه خلال أربع سنوات.

الكلمات المفتاحية: الملكية العقارية، التعويض، نزع الجزء الباقي، أولوية الشراء، أولوية الإيجار، استرجاع العقار

Abstract:

The constitutional body of 2016 stated that the expropriation was done only under the law with fair compensation, that the law on expropriation 91/11 of April 27, 1991 included all the procedures that the administration must follow in order to be legitimate.

In addition, the constitutional body stipulated some of the rights granted to all expropriated persons after the expropriation process, which the administration must respect.

The right to request the expropriation of the unused remaining part as well as the right to recover the property and the real estate rights when the administration does not implement the project that was supposed to be completed within four years.

Keywords: real estate property, compensation , expropriation of the remaining part, purchase priority, rental priority, recovery of the expropriated property, right of the expropriated, public interest, fair, equitable

المنزوع، حق المنزوع ملكيته، المنفعة العامة، العادل، المنصف.

I - المقدمة:

تعتبر الملكية العقارية حقا مقدسا تناولته مختلف الشرائع السماوية و التشريعات الوضعية فأكدت عليه و قررت حمايته من أي اعتداء قد يمسه سواء من طرف الأفراد أو من طرف الإدارة.

وهذا ما قرره المشرع الجزائري في التعديل الدستوري 01/16 حيث نصت المادة 26 منه على ما يلي: " الدولة مسؤولة على أمن الأشخاص والممتلكات " ونصت المادة 64 منه أيضا على ما يلي: " الملكية الخاصة مضمونة ... "، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد اعترف بالملكية الخاصة عموما في المادة 674 من القانون المدني: " الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة "، وأما المادة 27 من قانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري فقد نصت على ما يلي: " الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع و التصرف في المال العقاري و/ أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها ".

و على الرغم من مكانة الملكية العقارية الخاصة فإن ذلك لا يجعلها حقا مطلقا لا يمكن المساس به، لأن العيش في جماعة يتطلب تحقيق المصالح الجماعية و لو أدى ذلك إلى المساس بمصالح و حقوق الأفراد و يكون ذلك بموجب القانون الذي يقرر الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة من خلال نزع الملكية العقارية الخاصة في بعض الحالات مراعاة لمصلحة الجماعة على حساب مصلحة المالك واستثناء من مبدأ دستوري.

وحتى يتم تحقيق التوازن بين مصالح الفرد و مصالح الجماعة لا بد من إخضاع الإدارة في ممارسة هذا الامتياز إلى قواعد قانونية، وهذا ما نصت عليه المادة 677 من القانون المدني: " لا يجوز حرمان أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون ".

وتطبيقا لذلك صدر أول قانون لنزع الملكية للمنفعة العامة رقم 48/76 والذي ألغى بالقانون رقم 11/91 وقد تضمن المبادئ الدستورية المتعلقة بنزع الملكية من حيث الضمانات لحماية الأملاك الخاصة للأفراد من تعسف الإدارة فرسم حدود نزع الملكية العقارية الخاصة وربطها بالمنفعة العامة من خلال إجراءات ومراحل قانونية، كما أنه تضمن الحماية الممنوحة للأفراد بعد نزع الملكية من أجل المنفعة العامة من خلال منح حق مطالبة المنزوع ملكيتهم الإدارة بنزع الجزء الباقي غير المستعمل،

أو من خلال الحق في استرجاع العقار المنزوع والأولوية في الشراء أو الإيجار عند عدم قيام الإدارة بتخصيص هذه العقارات المنزوعة.

وقد نص التعديل الدستوري لسنة 2016 في المادة 22 منه على أنه: " لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف " وقد كانت المادة 20 من دستور 1996 تنص على التعويض العادل والمنصف والقبلي وكانت المادة 72 من قانون التوجيه العقاري 25/90 تنص على التعويض القبلي كما يلي: " يترتب على نزع الملكية للمنفعة العامة تعويض قبلي عادل و منصف ... إما في شكل تعويض نقدي أو في شكل عقار مماثل للملكية المنزوعة ...".

ولعل الوضع المالي الذي تعيشه الدولة في السنوات الأخيرة و انخفاض أسعار المحروقات هو الذي فرض إلغاء التعويض القبلي في دستور 2016، والإشكالية المطروحة تتمثل فيما يلي: فيما تتمثل الحماية الممنوحة للأفراد بعد نزع ملكيتهم من أجل المنفعة العامة؟

الإجابة عن ذلك تكون وفق منهج تحليلي و مقارن أحيانا وفق خطة تتضمن مطلبين، نتناول في المطلب الأول: حق المنزوع ملكيته في طلب نزع الباقي غير المستعمل، وأما المطلب الثاني نتناول فيه : حق المنزوع ملكيته في استرجاع الأملاك المنزوعة و أولوية الشراء أو الإيجار .

2- حق المنزوع ملكيته في طلب نزع الجزء الباقي غير المستعمل

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في تحديد العقار المراد نزع ملكيته للمنفعة العامة، وكذا في تحديد المساحة اللازمة لإنجاز المشروع ذو المنفعة العامة.

ولكن في بعض الأحيان تقوم الإدارة بنزع جزء من العقار من أجل إقامة المشروع المراد انجازه، ويترتب على ذلك بقاء جزء من العقار بدون فائدة ، وفي هذه الحالة أجاز المشرع للمالك أن يعترض على هذا النزع الجزئي لكون أن الجزء الباقي أصبح بدون فائدة كأن يكون صاحب فندق أو صاحب مطعم على طريق عادي أو وطني، فيحصل توسعه الطريق على جزء من ملكية صاحب المطعم دون هدم هذا الأخير، حيث يصبح الطريق المذكور سريعا ، ومن شأن القيام بهذه الأعمال أن يصبح صاحب الفندق أو المطعم لا يستطيع استغلال مشروعه كما كان عليه في السابق ¹ .

¹ - شامة سماعين، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دراسة وصفية وتحليلية، دار هومة، 2002، ص237.

مما يجعل المالك يبادر بطلب النزع التام (الكلي) لعقاره إذا أثبت أنه يستحيل عليه البقاء في ممارسة تجارته في ظل عدم وجود منفذ له أو إيجاد إمكانية توقف بالقرب منه، وكذلك الحال بالنسبة لأرض فلاحية إذا كان المشروع المراد إنجازه يزيد في تكاليف استغلالها وبذلك يتقدم المالك المتضرر بطلب من أجل نزع ملكيته.

وبالرجوع إلى القانون 10/91 في مادته 22 منه نجدها تنص على ما يلي: " إذا كان نزع الملكية لا يعني إلا جزء من العقار، يمكن للمالك أن يطلب الاستيلاء على الجزء الباقي غير المستعمل، ويجب في كل الحالات أن يغطي التعويض نقصان القيمة التي يلحق الأملاك والحقوق غير المنزوعة من جراء نزع الملكية".

من خلال صياغة هذه المادة نلاحظ بأن المشرع قد أورد عبارات من شأنها أن يختلف إشكالات فمثلا عبارة " الجزء الباقي غير المستعمل " لم يبين لنا المشرع المعيار الواجب تبنيه حتى نقول بأن الجزء المتبقي من عملية نزع الملكية لا يمكن استعماله بأي شكل من الأشكال، ومن جهة ثانية لم يأخذ بعين الاعتبار طبيعة العقار في حد ذاته هل هو أرض زراعية أو مبنية أو قابلة للبناء، ومن جهة ثالثة أنه لم يتضمن أي إجراء لممارسة هذا الحق، وإن كان قد نص صراحة على أن التعويض يغطي نقصان القيمة التي تلحق الأملاك والحقوق غير المنزوعة، وهنا ننظر إلى القيمة التي خصّ بها المشروع في التعويض.

أما الأمر رقم 48/76 المؤرخ في 25 ماي 1976 المتضمن تحديد قواعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية (الملغى) قد نص في المادة 23 منه على العقارات المنزوعة ملكيتها للمنفعة العامة والأجزاء المتبقية، وفرّق بين العقارات المبنية وغير المبنية، وحدد مهلة قانونية تقدر ب 15 يوما تمكن صاحب العقار الذي يطلب من الإدارة نزع الجزء المتبقي غير المستعمل لتقديم طلبه وهذا من تاريخ تبليغه قرار التصريح بالمنفعة العامة أو قرار نزع الملكية¹.

¹ - تنص المادة 23 من الأمر 48/76 الملغى على ما يلي: " إذا كان نزع الملكية لا يتناول إلا جزء من عقار مبني وكان الجزء الباقي غير قابل للانتفاع به في أوضاع عادية على الإطلاق، جاز لمن نزعت ملكيته أن يطلب نزع ملكيته التام، وذلك خلال 15 يوما من التبليغ المنصوص عليه في المادة 13 أعلاه، و يجري مجرى ذلك بالنسبة لكل قطعة الأرض العارية التي تنقص على اثر التجزئة إلى ¼ مساحتها الكاملة، فيما إذا كان المالك لا يملك أي قطعة أرض ملاصقة لها، وإذا كانت القيمة المنقصة على هذا الشكل أقل من 10 آرات فإذا قبل الطلب، يحدد المجلس القضائي مبلغ تحديد نزع الملكية من جهة، ثم قيمة

1.2- شروط نزع ملكية الجزء الباقي غير المستعمل

إن القانون 10/91 لم يتضمن النص على شروط نزع ملكية الجزء الباقي غير المستعمل ، لكن المادة 22 منه نجدها قد تضمنت شرطا واحدا وهو حالة ما إذا فقد الجزء المتبقي منفعته (لا يقبل الاستغلال كجزء مستقل) ففي هذه الحالة يستطيع المالك أن يتقدم طلبا لنزع الجزء الباقي غير المستعمل وهو ما سماه المشرع في هذه المادة بـ (طلب الاستيلاء).

أما لو رجعنا إلى الأمر 48/76 الملغى فإننا نجده قد نص على مثل هذه الشروط سواء بخصوص سريان مدة تقديم الطلب لنزع الجزء المتبقي غير المستعمل وهي 15 يوما من تاريخ تبليغ قرار التصريح بالمنفعة العامة، أو قرار نزع الملكية و التي لم ينظمها أصلا القانون رقم 11/91 و لا المرسوم التنفيذي رقم 186/93 المؤرخ في 1993/07/27.

وحتى يتقرر حق المنزوع ملكيتهم في العقارات العارية وجب توافر الشروط التالية:

- يجب أن يتم نزع نسبة معفية من مساحة القطعة، وأن النسبة المتبقية تساوي أو تقل عن ربع $\frac{1}{4}$ المساحة الكلية للأرض.

- ألا يكون للمالك قطعة أخرى ملاصقة للقطعة المنزوعة.

- أن تكون القطعة المتبقية تقل عن 10 آرات.

أما في القانون 11/91 و مرسومه التنفيذي فإننا نلاحظ غياب هذه الشروط ما عدا النص على الطلب المقدم من المعني و نلاحظ غياب التفرقة بين أنواع العقارات المنزوع ملكيتهم وكذا الجزء المتبقي و غير المستعمل.

وفي غياب نص ينظم ذلك يمكن للقضاة إعمال سلطتهم التقديرية.

امتلاك الجزء الممتلك من جهة أخرى زيادة على الجزء المنزوع ملكيته، و أن حكم المجلس القضائي يتضمن نقل الملكية ضمن شروط القانون العام فيما يخص جزء العقار الغير خاضع لإجراءات نزع الملكية".

2.2- إجراءات طلب نزع الجزء الباقي غير المستعمل

لقد نص القانون 11/91 على حق المالك في طلب نزع الجزء الباقي غير المستعمل وهذا يشكل ضمانا وحماية للمنزوع ملكيتهم للمنفعة العامة، لكن مسألة إجراءات ممارسة هذا الحق غير منظمة أصلا حتى في المرسوم 186/93.

أما الأمر الملغى فقد نظم ذلك بوضوح و نص على الأجل التي يقدم فيها المنزوع ملكيته طلب نزع الجزء الباقي غير المستعمل، وما يلاحظ أن هذا الميعاد (15 يوما من تاريخ تبليغ قرار التصريح بالمنفعة العامة وقرار نزع الملكية) ليس من النظام العام فهو ملزم للمنزوع ملكيته وغير ملزم للإدارة، فلو تخلف المنزوع ملكيته يمكن للإدارة ألا تستجيب لطلبه.

لكن المادة 22 من القانون 11/91 وكذلك الأمر الملغى قد نصت على التعويض عن الجزء المتبقي للقطعة المنزوعة، والتي يغطي في كل الحالات عن النقصان في القيمة نتيجة نزع الملكية الجزئي بتقييم التعويض، وكأن الأمر يتعلق بنزع الملكية تام دون الحكم به احتراما لمبدأ عدم إعطاء أوامر للإدارة .

ونتيجة عدم وجود نص كيف يفصل القضاء في مثل هذه المنازعة هل يطبق ما كان معمولا به في ظل الأمر 48/76 الملغى أم أنه يطبق المادة 22 من القانون 11/91؟

مع العلم أن المنازعة المتعلقة بالتعويض أو النزع التام أو التمسك بالملكية أو أي حق عيني آخر، يتم الطعن فيها بموجب قرار قابلية التنازل¹ و أن يكون أجل الطعن خلال شهر من تبليغه حسب المادة 26 من القانون 11/91.

I 3- حق المنزوع ملكيته في استرجاع الأملاك المنزوعة و أولوية الشراء أو الإيجار

إن نزع الملكية للمنفعة العامة² هو المحور الذي يدور عليه الإخراج أو الأخذ بقوة و بذلك يجب أن تكون كل القرارات التي تتخذها الإدارة مشروعة، وإن كانت خلاف ذلك أمكن للملاك المعنيين الطعن في

¹ - ليلي زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية مجلة مجلس الدولة، العدد 3، 2003، ص 23.

² - أحمد أحمد الموفى، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة (نظرية الموازنة) دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1992، ص 12 و ما بعدها.

قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، وإذا كانت قرارات الإدارة باطلة فهذا يسمح للمعنيين بطلب استرجاع أملاكهم.

و قد نص القانون 11/91 على حق استرجاع الأملاك لمنزوعة في المادة 32 منه كما يلي: " إذا لم يتم الانطلاق الفعلي في الأشغال المزمع انجازها في الأجل المحددة في العقد أو القرارات التي ترخص بالعمليات المعنية يمكن أن تسترجع ملكية العقار بناء على طلب المنزوع منه أو أصحاب الحقوق "، وقد نص الأمر الملغى على حق استرجاع الأملاك المنزوعة في المادة 48 منه وكانت صياغتها واضحة وتضمنت أيضا حق الأولوية في الشراء أو الإيجار¹.

كما أن المشرع في الأمر الملغى استخدم مصطلح "إعادة البيع" بدلا من مصطلح "طلب الاسترجاع" لأن هذا الأخير يعتبر بيعا للأملاك المنزوع ملكيتها التي تكون بين الإدارة نازعة الملكية وأصحاب الأملاك القدامى أو خلفهم .

إن الحق في استرجاع الجزء الباقي غير المستعمل و الحق في أولوية الشراء أو الإيجار يترتبان عندما لا تحترم الإدارة الأهداف المرجوة من عملية نزع الملكية.

1.3- الحق في استرجاع الأملاك المنزوعة لعدم تخصيصها إن الهدف من نزع الملكية العقارية الخاصة هو تحقيق المنفعة العامة من خلال إقامة مشروع (مرفق) فوق هذا العقار و بذلك ينبغي للإدارة ألا تحيد عن فكرة المنفعة العامة التي رسمتها و أن ينتج قرار نزع الملكية أثره القانوني الذي يهدف إلى تخصيص العقار للغرض الذي تم انتزاع الملكية لأجله.

¹ - المادة 48 من الأمر 48/76 نصت على ما يلي: " إذا لم يعين العقارات التي نزعت ملكيتها التخصيص المقرر لها خلال 5 سنوات أو نزع منها ذلك التخصيص جاز للمالكين القدامى أو خلفهم على وجه العموم أن يطلبوا إعادة البيع لهم خلال 15 سنة من تاريخ قرار نزع الملكية ما لم يصدر تصريح جديد بالمنفعة العمومية مع مراعاة أحكام الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 8 نوفمبر 1971 المتضمن الثورة الزراعية و النصوص القانونية التالية له ، يعاد بيع العقارات إلى مالكيها القدامى و التي كانت أرض زراعية إبان نزعها".

أما في حالة حصول العكس، و عدم تنفيذ المشروع خلال المدة التي حددها قرار نزع الملكية¹ فإنه يحق للمنزوع ملكيته و أصحاب الحقوق المطالبة باسترجاع هذه الأملاك.

ونشير إلى أن المادة 32 من القانون 11/91 لم تنص أصلا على المدة التي يمكن خلالها المطالبة بالاسترجاع بل اكتفت بذكر " بأنه يمكن طلب الاسترجاع إذا لم تنطلق الأشغال فعليا في المدة المحددة في القرارات " و هذا بخلاف الأمر الملغى إذ حددها بخمس سنوات من تاريخ نزع الملكية.

و لذا يرى البعض بأن طلب الاسترجاع لا يؤسس إلا على الحالات التالية² :

- حالة عدم احترام الإدارة للمواعيد المحددة في قرار التصريح بالمنفعة العامة من أجل إتمام عملية النزع الملكية ، في هذه الحالة لا يمكن الحديث عن حق الاسترجاع أو إعادة البيع لأن نقل الملكية لم يتم و يظل أصحاب الملكية هم الملاك و يطالبون ببطلان الإجراءات التي تم اتخاذها من طرف الإدارة نحوهم.

- حالة عدم انجاز المشروع المعلن عنه و يندرج تحت هذه الحالة عدم البدء في الانجاز أو استبدال المشروع المعلن عنه بمشروع آخر ولو كان يدخل ضمن المنفعة العامة.

- حالة عدم احترام المدة المحددة لإنجاز المشروع حيث كان الأمر الملغى يتضمن ذلك بعكس القانون 11/91 الذي أهمل ذلك و نص على لزوم تحديد و احترام مدة إتمام عملية النزع و على الرغم من عدم النص على ذلك فإن المعني يمكنه أن يتحجج بذلك من أجل طلب الاسترجاع.

1.1.3 - شروط استرجاع الأملاك المنزوعة

لكي يتمكن المنزوع ملكيته من ممارسة حق الاسترجاع يجب توافر الشروط التالية:

- أن يكون المراد استرجاعه قد تم نزعه بالطرق الجبرية و بذلك لا يكون محلا للاسترجاع كل عقار تم التنازل عنه وفقا لإرادة المالك.

¹ - عمار معاشو، عبد الرحمن عزوي، تعدد مصادر القاعدة الإجرائية في المنازعات الإدارية في النظام الجزائري، الطبعة الثانية، دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع، تيزي وزو، دون سنة، ص 45.

² - سماعيلين شامة ، المرجع السابق ، ص 239.

- يجب ألا تكون الأشغال أو التخصيص قد بدأ بصفة جديدة قبل انقضاء مدة 5 سنوات.
- يجب ألا يكون قد صدر قرار آخر يصرح بالمنفعة العامة على نفس العقارات ولو كان كذلك لفائدة هيئة أخرى و لحساب منفعة عمومية لم تكن محددة في قرار التصريح بالمنفعة العمومية الأولى.
- يجب أن تكون الاستفادة ممكنة ماديا أي أن لا يكون البناء قد هدم أو تم بناء منشأة أخرى.
- يقدم الطلب خلال 15 سنة في الجزائر القانون القديم و خلال ثلاثين سنة في القانون الفرنسي.
- عدم الانطلاق الفعلي في الأشغال المزمع إنجازها خلال الأجل المحددة ، و ما يلاحظ أن المشرع لم يعط للإدارة سلطة مطلقة في ترتيب الآثار القانونية اللازمة لقرار نزع الملكية للمنفعة العامة و من أجل انقاء تماطلها في جعل قرارها ينتج آثاره حدد لها آجالا معينة تؤدي إلى سقوط الأثر القانوني لهذا القرار¹ و هي أربع السنوات حسب ما نصت عليه المادة 10 من القانون 11/91: "... كما يجب أن يبين القرار الأجل الأقصى المحدد لإنجاز نزع الملكية و لا يمكن أن يتجاوز هذا الأجل 4 سنوات و يمكن تجديده مرة واحدة ... "، و هذا الأمر نفسه الذي أكدته القرار القضائي الصادر في 26 ماي 1984².

1.3. 2- إجراءات ممارسة حق إسترجاع

إن الجهة التي استفادت من نزع الملكية للمنفعة العامة يجب عليها أن تباشر فورا في إنجاز المشروع المراد تحقيقه، و هذا حتى يتمكن الأفراد من ممارسة حق استرجاع ملكيتهم المنزوعة إذا لم يتم الإنجاز خلال الأجل المحددة.

لكن في بعض الحالات تنطبق الأشغال مباشرة بعد عملية النزع ثم تتوقف لمدة قد تفوق المدة المحددة لإنجاز المشروع فهل بإمكان المالك أن يطالب باسترجاع عقاره³ ؟

1 - عمار معاشو، عبد الرحمن عزراوي، المرجع السابق، ص 46.

2 - القرار رقم 36595 المؤرخ في 1984/05/26، المجلة القضائية، العدد 1، 1990، ص 192.

3 - موسى بوصوف، دور القاضي الإداري في المنازعات العقارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 2، 2002، ص 44.

في الحقيقة أنه لا يوجد جواب في القضاء الجزائري و هذا يعود لعدم وجود أي قرار أو اجتهاد قضائي في هذا المجال، و هذا بخلاف الوضع في فرنسا حيث عولج حسب حجم و أهمية الأشغال المنجزة قبل التوقف، و نسبة انجازها بالنسبة للمشروع ككل، و كذا حسب مدة التوقف و نية الإدارة في الاستمرار في الأشغال أو في إهمالها، و يوجد في فرنسا قانون خاص ينظم نزع الملكية من أجل المنفعة العامة و يتولى الفصل في نزاعاتها أساسا قاض عادي يدعى قاضي النزاع le juge de l'expropriation، أما طلبات التعويض فيختص بها القاضي الإداري، ومن هنا يبرز مدى تعقيد هذا النظام بالنسبة للمتقاضي الفرنسي¹، وقد تقادى مشرعنا هذا الأمر إذ جعل قاضي النزاع هو قاضي التعويض وهو القاضي الإداري حسب المادة 800 و 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

في الجزائر القاضي يقوم بتقدير مدى فعالية انطلاق الأشغال وعند عدم الانطلاق الفعلي يأمر بإرجاع الأملاك المنزوعة².

وهنا نسجل بعض المسائل التي أغفلها المشرع في المادة المتعلقة باسترجاع الأملاك المنزوعة لعدم تخصيصها، وإغفال مدة رفع الدعوى، ومدة إنجاز الأشغال.

وبناء على ذلك فإن آجال رفع الدعوى تبدأ من أول يوم يلي انقضاء أجل أربع سنوات المنصوص عليها في المادة 10 من القانون 11/91 ويمتد إلى ما لا نهاية عندما لا يتحقق التخصيص³. إن المادة 10 قد نصت على أربع سنوات لإنجاز نزع الملكية و ليس لإنجاز المشروع الذي تم من أجله نزع الملكية، وعليه فإن هذه المادة لا تنص على الآجال الممنوحة لطلب الاسترجاع لعدم الانطلاق الفعلي في الأشغال.

ومن جهة ثانية فإن المادة 32 من القانون 10/91 لم تتضمن النص على المدة المحددة لاسترجاع العقار المنزوع لعدم الانطلاق الفعلي في الأشغال، كما أن هذه المادة (32) لم تحدد المدة لإنجاز

¹ المرجع نفسه، ص 44.

² - أحمد رحمان، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، مجلة الإدارة المجلد 4، العدد 2، 1994، ص 47.

³ - عمار معاشو، عبد الرحمن عزوي، المرجع السابق، ص 49.

المشروع التي يمكن بعدها المطالبة بالاسترجاع، وبناء على ذلك فإن هذه المدة تحددها الإدارة بنفسها في القرارات التي رخصت بالعملية¹، وهذا ما أكده القرار الصادر بتاريخ 2002²/12/17.

كما أن المشرع لم ينص على تقادم طلب الاسترجاع في القانون 11/91 و هذا على عكس ما نص عليه الأمر الملغى وحددها ب 15 سنة ، وفي هذه الحالة يمكن الرجوع إلى المادة 829 من القانون المدني والتي حددتها ب 33 سنة وهذا حماية للعقار المنزوع ملكيته لعدم استعماله في الغرض الذي نزع من أجله، إذ أن هذا يشكل تصرف غير قانوني، وبذلك يجب ألا يحرم المنزوع ملكيته من إجراء ميعاد التقادم المعروف في دعوى الإلغاء .

ونورد القرار رقم 22461 المؤرخ في 2005/10/18 قضية (ع.م) ضد والي ولاية سطيف الذي جاء فيه في الموضوع: " حيث أن قرار قابلية نزع الملكية صدر في 1984 من طرف الوالي لفائدة بلدية برج إلى استرجاع الجزء الذي لم يستعمل لإنجاز المنطقة إلا في 2003 بعد فوات الأجل المنصوص عليها في المادة 48 من الأمر 48/76 والتي تنص على الاسترجاع خلال 15 سنة و بالتالي الدعوى جاءت خارج الأجل مما يعني إلغاء القرار".

أمام سكوت الإدارة عن آجال رفع الدعوى و الإجراءات المتبعة من أجل استرجاع الملكية المنزوعة لعدم تخصيصها فهذا أمر يدعو إلى تقليص ذلك لأنه لو ترك أمر تقدير المدة لتنفيذ الأشغال التي تم نزع الملكية من أجلها للإدارة فإنها قد تتعسف و يؤدي ذلك إلى حرمان المالك من حقه في طلب الاسترجاع، خاصة وأن القانون يبين المراد من عملية النزع هو تطبيق إجراءات نظامية مثل: إنشاء تجهيزات جماعية كبرى ذات منفعة عامة، أو التعمير والتهيئة العمرانية، ولكن قد تنزع الإدارة ملكية ولا تقوم بتنفيذ المشروع، أو تقوم بتحويل الملك المنزوع لأغراض خاصة³.

¹ - ليلي زروقي، المرجع السابق، ص 27.

² - القرار رقم 12466 المؤرخ بتاريخ 2002/12/17، نشرة القضاة، العدد 58، 2006، ص 292.

³ - عمار معاشو، إشكالات التقاضي في النزاع العقاري أمام القضاء الإداري، مجلة مجلس الدولة، العدد 8، 2008، ص 15.

وبذلك عند ما يثار نزاع وجب الرجوع إلى القواعد العامة في التقاضي فإذا استجابت الإدارة لطلب المنزوع ملكيته ففي هذه الحالة يأخذ الاسترجاع حكم إعادة البيع ويلتزم المنزوع ملكيته بدفع مبلغ يساوي مبلغ التعويض وعند وجود تحسينات في هذا العقار يلزم بتعويضها من خلال دفع قيمة إضافية عليها¹.

أما عندما يلقي طلب استرجاع المنزوع ملكيته رفضا فيجوز للمعني اللجوء إلى القضاء لتثبيت حقه في الاسترجاع وفي حالة الحكم له يأخذ الحكم القضائي محل سند الملكية، وبذلك فإن تقادم طلب الاسترجاع يخضع للقواعد العامة وهي خمسة عشر سنة من تاريخ انتهاء الأجل المحدد.

3.1.3 - موضوع دعوى الاسترجاع

من المادة 32 من القانون 11/91 نجد بأن المشرع سمح للمنزوع ملكيته أن يقدم طلبه من أجل استرجاع ملكيته عندما لا تخصص لما تم النزاع من أجله في حالة الرد السلبي أو عدم الرد نهائيا يمكن له اللجوء إلى القضاء الإداري²، لكن مشرعا لم يبين إذا كان الطلب المقدم هو من أجل إلغاء القرار أم يقتصر على استرجاع الأملاك؟

من المادة السابقة فإن دعوى الاسترجاع تنقرر عند عدم الانطلاق الفعلي للأشغال وليس لإلغاء القرار.

وفي هذا الصدد نورد القرار القضائي رقم 71121 المؤرخ في 7 أبريل 1990 حيث تبين للقاضي بأن الأملاك المنزوعة لم تخضع للتخصيص المقرر لها في أجل 5 سنوات المنصوص عليه في المادة 48 من الأمر 48/76. حيث قضت المحكمة العليا بإبطال القرار المطعون فيه والحكم على المدعى عليهما بالمصاريف القضائية³.

كما أن القضية المثارة بين ورثة (ق ع) ضد والي ولاية تيزي وزو جاء فيها ما يلي: " حيث أن إلغاء قرار إداري يتم عندما يكون القرار مشوبا بعيب من العيوب التي تجعله باطلا وقابلا للإلغاء، بينما القرار كان صحيحا و شرعيا، و أنه في حالة عدم تنفيذه لمدة حددها القانون يمكن وقتها لأصحاب العقد

1 - سماعين شامة، المرجع السابق، ص 239.

2 - أحمد رحمانى، المرجع السابق، ص 47.

3 - القرار رقم 71121 الصادر في 7 أبريل 1990، المجلة القضائية، العدد 4، 1991، ص 240.

والعقار المطالبة ليس بإلغاء القرار وإنما المطالبة باسترجاع العقار لأن المشروع الذي انتزعت من أجله لم يتم إنجازه في وقته مما يستوجب المصادقة على القرار المستأنف¹.

ما يمكن استخلاصه من هذين القرارين أنه يمكن الطعن في استرجاع الأملاك المنزوعة إذا لم يتم تخصيصها للغرض المراد إنجازه خلال المدة التي حددتها الإدارة، ولا يمكن الطعن من أجل إلغاء القرار بمقابل الاسترجاع ، لكن المحكمة العليا أصدرت بتاريخ 17 جانفي 1993 قرارا يحمل رقم 04308 بين بوصباح علي ووالي ولاية الجزائر قضت فيه بقبول دعوى إلغاء قرار نزع الملكية للمنفعة العمومية بعد مرور أكثر من 15 سنة من صدوره في إطار دعوى طلب استرجاع الأملاك المنزوعة وأمرت في نفس الوقت بإعادة بيع الأملاك المنزوعة للطاعن، وهذا يعد تناقضا لأنه إذا أُلغي قرار نزع الملكية فإن الأطراف يعودون إلى الحالة التي كانوا عليها قبل صدوره، ولا حاجة للأمر بإعادة البيع زيادة على ذلك أن طلب الاسترجاع هو نتيجة لعدم استعمال الأموال للغرض الذي انتزعت من أجله الأملاك في الآجال المحددة ولا يؤدي حصوله إلى إلغاء قرار نزع الملكية².

إن القانون 11/91 وكذا الأمر الملغى لم ينصا على مقابل الاسترجاع من حيث تقديره ، وعندما يستجيب القاضي لطلب الاسترجاع يتعين عليه تعيين خبير من أجل تقييم الأملاك المطالب باسترجاعها مع الأخذ بعين الاعتبار القيمة الحقيقية وقت استرجاعها³، إذ أن مقابل الاسترجاع هو ما يقدمه المالك الذي استرجع أملاكه المنزوعة من الإدارة ويجب ألا تكون دعوى الاسترجاع مصدر للمضاربة⁴.

1.3- الحق في أولوية الشراء أو الإيجار.

هذا الحق لا يرتبط بعدم تخصيص الإدارة للعقار المنزوع ، بل يستند إلى حق الإدارة في التخصيص، فيمكن الإدارة أن تقوم بإيجار العقارات التي نزعها وهذا الأمر مقرر في فرنسا على صنف معين من العقارات (الأراضي الفلاحية) وهذا حسب المادة 3/54 من القانون المؤرخ في 23 أكتوبر

1 - القرار رقم 6222 الصادر في 15 أفريل 2003، مجلة مجلس الدولة، العدد 4، 2003، ص 92.

2 - ليلي زروقي، المرجع السابق، ص 28.

3 - المرجع نفسه ، ص 28.

4 - خالد يموني، منازعات الملكية للمنفعة العامة في النظام القانوني الجزائري، مذكرة لنيل دكتوراه علوم في القانون العام،

جامعة الجزائر 1، 2011، ص 222.

1954 ويتقرر في هذه الحالة للمالكين وأصحاب الحقوق حق الأولوية في الإيجار والشراء بالنسبة للعقارات المنزوعة.

وفي هذه الحالة تقوم الإدارة بإخطار المالك بأنها تريد تأجير أو بيع العقار المنزوع وذلك في إطار تسيير أموالها¹، وخطره بأن له الأولوية في الإيجار و الشراء.

إن المادة 32 من قانون 11/91 التي نصت على حق الاسترجاع للعقارات المنزوعة جاءت بصياغة غير دقيقة، و لم يصدر مرسوم تنفيذي يبين كيفية تطبيقها، و لذا كانت هناك مصطلحات مختلفة لدى قضاء المحكمة العليا فنجد: "إعادة البيع، حق الاستعادة، إعادة التنازل"، ونشير إلى أن القضاء في فرنسا أسند الاختصاص في إقرار حق إعادة الشراء (حق إعادة البيع للمالك) إلى القضاء المدني و أن الفصل في وجود التخصيص من عدمه موكول للقضاء الإداري.

وبذلك يكون القانون الفرنسي قد منح ملاءمة عمل الإدارة مع مقتضيات التخصيص للمنفعة العامة للقضاء الإداري ، فإذا تأكد هذا الأخير من عدم التخصيص يقوم القضاء المدني بالفصل في إعادة شراء العقارات من طرف المالك.

إن ممارسة حق أولوية الشراء أو الإيجار يتقرر عندما تتصرف الإدارة في الأملاك المنزوعة²، و قد نظم القانون الفرنسي إجراءات ذلك في المرسوم رقم 112/62 المؤرخ في 21/09/1962 حيث أن الإجراءات تبدأ عندما تقوم الإدارة بتبليغ المالكين القدامى أو ذوي الحقوق بأنها تريد بيع الأملاك المنزوعة وتطلب منهم التعبير عن رغبتهم في ممارسة حق الاستعادة أو التنازل عنه، و نفس الإجراء يطبق عندما تريد الإدارة تأجير الأملاك المنزوعة.

¹ - محمد بوزريعات، الحق في استرجاع الأملاك المنزوعة و أولوية الشراء أو الإيجار، مجلة مجلس الدولة، العدد 3، 2003، ص 35.

² - عبد القادر غيتاري، الضمانات التشريعية و القضائية لنزع الملكية الخاص، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014/2013، ص 176.

حيث يتم تبليغ المعنيين سواء من أجل الاسترجاع أو من أجل التأجير و ترتيب حق الأولوية لهؤلاء بواسطة رسالة مضمنة فإذا لم تصل إلى المعني يتم تبليغه مرة ثانية بواسطة المحضر القضائي و يجب أن يحتوي التبليغ على ما يلي¹:

- تحديد مفصل للقطع الأرضية المراد التنازل عنها.
- ضرورة قيام المعنيين بتقديم عروضهم المالية للشراء أو الإيجار خلال شهرين من تبليغهم و إلا اعتبروا متنازلين عن ممارسة حق الاستعادة.

ونشير إلى أنه عند عدم تحديد عنوان المعنيين أو ذوي الحقوق فيجب نشر الإعلان في كل بلدية تقع فيها الأملاك المراد إعادة بيعها أو تأجيرها، و ينشر الإعلان في إحدى جرائد الإقليم الإداري و يجب أن يتضمن هذا الإعلان نفس المعلومات التي يتضمنها التبليغ بواسطة المحضر القضائي. إن حق الاستعادة المقرر للمنزوع ملكيته قد يثور نزاع حول ثمن إعادة البيع وبالتالي تفصل الجهة القضائية المختصة في ذلك و غير ملزمة بتقدير الثمن وفقا للقواعد التي تم بواسطتها تقدير تعويض نزع الملكية لأن حق الاستعادة هو تنازل عادي لكن القضاء في فرنسا يراعي العرض المقدم من طرف المنزوع ملكيته والتعويض الذي تلقاه نتيجة النزاع و يجعل موازنة بين ذلك.

لكن لو حصل النزاع بخصوص عدم توافر شروط حق الاستعادة فيؤول الاختصاص للقضاء المدني بخصوص تحديد الثمن، أما تفسير قرارات الإدارة فتكون من اختصاص القاضي الإداري و بذلك فإن هذا النزاع يتفرع إلى منازعة إدارية يعتبرها القضاء الفرنسي مسألة أولية يفصل فيها القضاء الإداري، و منازعة مدنية حول تقدير الثمن تطرح على القضاء المدني².

و يجب على طالب الاسترجاع أن يبرم العقد خلال شهر من تاريخ التحديد النهائي للثمن و أن يدفع الثمن و إسقط حقه، و عندما يحصل تماطل من الإدارة فيعذرها المعني برسالة مضمنة أو بواسطة محضر قضائي، و يمكن للمعني بإيداع الثمن لدى الموثق من أجل قيام الإدارة بكل الإجراءات لنقل الملكية إليه و يكون هذا العقد غير خاضع للرسوم.

¹ - محمد بوذريعات، المرجع السابق، ص 37.

² - المرجع نفسه، ص 38.

4-الخاتمة:

إن نزع الملكية للمنفعة العامة عملية جبرية استثنائية إدارية تتضمن العديد من الضمانات سواء بخصوص قرار نزع الملكية فيجب أن يكون سليما من الناحية الشكلية والموضوعية وأن يكون نزع الملكية لقاء تعويض عادل ومنصف، وهناك ضمانات مكفولة حتى بعد عملية النزع وهي الحق في طلب نزع ملكية الجزء الباقي غير المستعمل والحق في استرجاع الأملاك المنزوعة وأولوية الشراء أو الإيجار عندما تتوافر الشروط القانونية.

وقد نص المشرع الجزائري في الأمر 48/76 الملغى وقانون 11/91 على الاسترجاع و حق نزع الجزء الباقي غير المستعمل لكن جاءت بشكل مقتضب وهذا على عكس المشرع الفرنسي الذي نظم هذه المسائل بدقة سنة 1958 لذا رجعنا إليه في بعض الحالات لأنه يشكل المصدر المادي والتاريخي للقانون الجزائري ولأنه تضمن الآليات التي تمكن من ممارسة هذه الحقوق سواء من حيث الكيفيات والإجراءات والشروط.

وعليه فإن نزع الملكية للمنفعة العامة هو طريقة ينص عليها الدستور وتوطرها مجموعة من القوانين لكون أن عملية النزع للملكية لها تداعيات قانونية متعددة ومن جهة أخرى يجب أن تكون هناك عدالة في التعويض عن نزع الملكية، بالإضافة إلى الضمانات الممنوحة للأفراد حتى بعد عملية النزع (طلب نزع الجزء الباقي غير المستعمل، الحق في طلب الاسترجاع و أولوية الشراء أو الإيجار).

ولكن القانون الجزائري بخصوص هذين الحقين بالنسبة للمنزوع ملكيته جاء غير كافي وهذا يشكل تقليصا لهذين الحقين، كما أن فكرة المنفعة العامة غير محددة مما يعطي للإدارة سلطة واسعة في تقديرها ويحصل نزع الملكية الكيدي، المترتب عن الانحراف بالسلطة.

وهنا نقترح ما يلي:

- ضرورة تحديد المدة لانطلاق الأشغال حتى يتمكن المنزوع ملكيته من ممارسة حق الاسترجاع.

- ضرورة النص على كيفية ممارسة حق طلب نزع الجزء الباقي غير المستعمل و إجراءاته.

- ضرورة تحديد شروط ممارسة حق الاسترجاع و الإجراءات المتبعة بدقة.

5- المراجع:

- 1 - شامة سماعين، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دراسة وصفية و تحليلية، دار هومة، 2002، ص237.
- 3 - ليلي زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية مجلة مجلس الدولة، العدد 3، 2003، ص 23.
- 4 - أحمد أحمد الموفى، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة (نظرية الموازنة) دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1992، ص 12 و ما بعدها.
- 6 - عمار معاشو، عبد الرحمن عزاوي، تعدد مصادر القاعدة الإجرائية في المنازعات الإدارية في النظام الجزائري، الطبعة الثانية، دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع، تيزي وزو، دون سنة، ص 45.
- 7 - سماعين شامة ، المرجع السابق ، ص 239.
- 10 - موسى بوصوف، دور القاضي الإداري في المنازعات العقارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 2، 2002، ص44.
- 1112 - أحمد رحمانى، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، مجلة الإدارة المجلد 4، العدد 2، 1994، ص47.
- 23 - خالد يموني، منازعات الملكية للمنفعة العامة في النظام القانوني الجزائري، مذكرة لنيل دكتوراه علوم في القانون العام، جامعة الجزائر1، 2011، ص 222.
- 24 - محمد بوذريعات، الحق في استرجاع الأملاك المنزوعة و أولوية الشراء أو الإيجار، مجلة مجلس الدولة، العدد 3، 2003، ص 35.
- 25 - عبد القادر غيتاوي، الضمانات التشريعية و القضائية لنزع الملكية الخاص، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014/2013، ص 176.
- 27 - محمد بوذريعات، المرجع السابق، ص 38.

التنمية السياسية ومفهوم الأزمة داخل النظام السياسي

Political development and the concept of crisis within the political system

د. مبروك كاهي(*)

تاريخ إرسال المقال: 2018 /05 /01 تاريخ قبول المقال: 2019/06/12.

الملخص:

تركز الدراسة على العناصر الأساسية للتنمية السياسية، والتي بواسطتها يمكن تحقيق الوحدة والتكامل بين أجزاء المجتمع، فالعديد من النزاعات والتوترات العالمية لا سيما داخل الدولة الواحدة يرجعها بعض الباحثين إلى غياب التنمية السياسية، هذه الأخيرة هي أحد الوظائف الأساسية للنظام السياسي، وبها يتم تحقيق مبدأ المساواة والعدالة الاجتماعية أحد ركائز ودعم الوحدة والتكامل بين أجزاء المجتمع.

الكلمات المفتاحية: التنمية السياسية، العدالة الاجتماعية، وظائف النظام السياسي، التكامل الاجتماعي، التنشئة السياسية.

Summary:

The study focuses on the basic elements of political development through which unity and integration can be achieved. Many international conflicts and tensions, especially within the same country, are attributed to the absence of political development. The latter is one of the basic functions of the political system. Social justice is one of the pillars of and support for unity and integration among parts of society.

key words: Political development, social justice, political system functions, social integration, political upbringing.

(*) د. مبروك كاهي - أستاذ محاضر (ب) ،جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، البريد الإلكتروني: kahi30@live.fr

مقدمة:

تعتبر التنمية السياسية من بين الوظائف الرئيسية التي يقوم بها النظام السياسي في أي دولة من العالم، فالتنمية السياسية تحض بأهمية بالغة من قبل النظام، فمن خلالها يستطيع النظام السياسي تحقيق مبدأ المساواة بين جميع أفراد المجتمع، وذلك بتجاوز أو إلغاء جميع الفروق والانتماءات العرقية وحتى الثقافية والفوارق الاجتماعية، والتنمية السياسية تمكن المواطنين من المشاركة في عمليات صنع القرار، هذه المشاركة تتم عبر المجالس التشريعية والمؤسسات الدستورية أي أن النظام السياسي يوفر عدة قنوات تمكن أفراد المجتمع من المشاركة السياسية، مما يعطي المواطنين القدرة على إدراك مشكلاتها الحقيقية وكيفية التعامل مع هذه المشكلات تعاملًا عقلانيًا رشيدًا يضمن للأفراد الحصول على حقوقهم، كما يضمن للسلطة المحافظة على سير النظام العام وعدم المساس به أو تعطيله بأي شكل من الأشكال.

فالنظام السياسي يهدف من خلال التنمية السياسية إلى تحقيق الوحدة والتكامل السياسي بين أفراد المجتمع، ولا يتأتى تحقيق هذا الهدف إلا بعد أن يتجاوز النظام السياسي أو يقدم أجوبة على بعض السمات التي إن فشل فيها قد تتحول إلى أزمة.

01- تعريف التنمية السياسية:

هناك العديد من التعريفات التي تناولت موضوع التنمية السياسية، وتجدر الإشارة أن هذا المفهوم ظهر في منتصف الخمسينات من القرن الماضي، أي أنه مصطلح حديث على ميدان العلوم السياسية لم يكن معروف من قبل، أين افتقرت المجتمعات في تلك الفترة إلى القيم السياسية الثابتة نتيجة عدة ظروف لعل أبرزها تبعات الحرب العالمية الثانية وموجات التحرر التي اجتاحت دول العالم الثالث في تلك الفترة، ونتيجة لهذا الوضع وخطورته على الاستقرار السياسي والعملية الديمقراطية ككل عمل علماء الاجتماع السياسي على تطوير آلية تضمن المحافظة على وحدة المجتمع وتكامله السياسي هذه الآلية متمثلة في التنمية السياسية وقد حققت نجاحا في الدول التي كانت لها الإرادة والجدية الفعلية في تطبيقها وهو ما انعكس إيجابا على الأداء والنمو الاقتصادي.

وقد أعطت منظمة الأمم المتحدة تعريفا للتنمية على أنها العمليات التي يمكن بها توحيد جهود المواطنين والحكومة، لتحسين الأحوال الاقتصادية والاجتماعية في المجتمعات المحلية، ومساعدتها على الاندماج، والمساهمة في تقدمها بأقصى قدر من المستطاع.

وتعرف التنمية كذلك على أنها عملية تصاعدية مستمرة من أسفل إلى أعلى تجتاح وتنتشر في المجتمع كله رأسيا وأفقيا، وقد تبدأ التنمية بالنخبة أو فئة أو شريحة مجتمعية معينة، لكنها بعد ذلك تنتقل للمجتمع بوسائل عدة للمجتمع كله وتصبح شاملة، هذه الوسائل قد تتمثل في طرق إعلامية ثقافية اقتصادية اجتماعية سياسية وحتى سلوكية نفسية¹.

ويمكن إعطاء تعريف شامل للتنمية على أنها نقلة نوعية وكمية من وضع إلى آخر أفضل منه وفي جميع المجالات الاقتصادية السياسية الاجتماعية الثقافية وحتى التكنولوجية.

فالتنمية كمفهوم عام هي مفهوم شامل وواسع يمس بالدرجة الأولى المجتمع، ومن هذه المقاربة فإن التنمية السياسية هي جزء لا يتجزأ من التنمية الكلية للمجتمع، ويمكن تعريف التنمية السياسية على أنها.

فالتنمية السياسية هي عملية تفاعل ثقافي سياسي تتداخل فيه العوامل المادية بالمعنوية، وهي متضاربة مولدة حالة انتقال للمجتمع من وضع التخلف إلى التقدم السياسي، هي عملية معرفة بالأساس، حيث تزيد كما ونوعا في المجال السياسي لدى الفرد والمجتمع. يساعد النظام السياسي على وضع هذه المعرفة موضع التطبيق من خلال العمليات السياسية المتعددة مثل الترشيح، الانتخابات، حرية التعبير والتصرف، تداول السلطة سلمياً، الخ.

ويعرفها الباحث العراقي الدكتور "غازي فيصل" بأنها ظاهرة بنيوية ترتبط بعلاقات المجتمع وقوى الإنتاج بالقوة والسلطة، والوضع الطبقي والاجتماعي، لذا فإن الانتقال من التخلف إلى التنمية بإعادة توزيع للقوى الاجتماعية والثروة الاقتصادية والسلطة السياسية².

¹ أمين محمد علي دبور، دراسات في التنمية السياسية. غزة الجامعة الإسلامية كلية الاقتصاد والعلوم السياسية 2011 ص07

² غازي فيصل، التنمية السياسية في بلدان العالم الثالث. بغداد جامعة بغداد كلية العلوم السياسية 1993 ص 08

وتعرف التنمية السياسية على أنها تعبئة الجماهير وتفاعلهم مع النظام القائم وعدم وقوفهم موقف اللامبالاة ويتسم ذلك بدرجة المشاركة الشعبية الموسعة.

وتعرف أيضا التنمية السياسية بأنها الاستقرار والتغيير المنظم، ويرتبط الاستقرار بمفهوم التنمية على أساس أنه أي شكل من التقدم الاقتصادي والاجتماعي يعتمد على البيئة الملائمة لذلك، إن دور التنمية السياسية يتحدد في تسهيل النمو الاقتصادي، كما تسهم في تهيئة الظروف للتغيير في القيم مما يكفل التحول نحو المجتمعات الحديثة.

ومن ناحية أخرى تعمل التنمية على قيام المؤسسات التي تلائم الظروف الاقتصادية والاجتماعية وعلى تعبئة الجماهير وتفاعلها مع النظام القائم¹.

ويمكن تعريف التنمية السياسية كذلك على أنها "قيادة وإدارة العلاقة بين الأفراد والتنظيمات، والنشاطات الحكومية والعلاقات الخارجية للبلاد، كي يبلغ المجتمع أهدافه"².

وهناك بعض التعريفات للتنمية السياسية لكنها غالبا ما تركز على طابع العلاقات بين أفراد المجتمع والمؤسسات الحكومية السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ومن هذا المنطلق فإن "التنمية السياسية هي زيادة المساواة وقدرة النظام على تمايز البنى السياسية" هذا التعريف يركز كثيرا على متغير المساواة بين أفراد المجتمع المدني من جهة وبين إحدى الوظائف الأساسية للنظام السياسي وهي وظيفة تمايز البنى السياسية أي استقلال المؤسسات عن بعضها مما يعطيها أريحية أكبر لأداء مهامها بعيدا عن أي ضغط من أية جهة كانت وبذلك تتحقق التنمية السياسية وفقا لهذا التعريف، فالنظام المتطور سياسيا هو الذي يواجه بنجاح الضرورات الوظيفية لكل نظام سياسي، وهي عند بعضهم وضع رموز سياسية متغيرة ورموز لتوطيد الهوية الوطنية، وبنية مركزية قانونية وسياسية. وقنوات لتنظيم الصراع السياسي، والتنمية السياسية تتطلب من النظام السياسي:

¹ محمد منير حجاب، الاعلام والتنمية الشاملة. القاهرة: دار الفجر للنشر والتوزيع ط1 ص 87

² أسعد سمير أسعد حلبوني، "المدرسة التجديدية في الفكر الإسلامي وأثرها على التنمية السياسية المشاركة السياسية عند المرأة نموذجا". رسالة ماجستير في برنامج التخطيط والتنمية السياسية، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين 2012 غير منشورة ص 36

- قدرة النظام السياسي على التعامل مع بيئته الداخلية والبيئة الخارجية.
- قدرة النخبة الحاكمة على تحقيق التنمية.
- أن يكون الهدف من وراء التنمية السياسية هو عملية بناء حقيقية للديمقراطية.¹

مفهوم الأزمة:

يعتبر مصطلح الأزمة من أكثر المصطلحات تداولاً في القرن الماضي وبداية الألفية الجديدة، كما تكاد تكون الأزمة روتين في حياة الأفراد إلا أن حدثها تختلف من شخص إلى آخر كما أن كيفية التعامل معها ليست موحدة وإن كانت متشابهة في بعض الأحيان، لكن قبل أن نقوم بتعريف الأزمة نقوم بتحديد المفهوم اللغوي والاصطلاحي للأزمة.

الأزمة لغة: تعني الشدة والقحط، يقال أصابتهم سنة أزمتهم أزمًا، أي استأصلتهم، وأزم علينا الدهر أزم علينا أزمًا، أي اشتد وقل خيره.

الأزمة اصطلاحاً: هي حالة توتر ونقطة تحول تتطلب قرار ينتج عنه مواقف جديدة سلبية كانت أو ايجابية، تؤثر على مختلف الكيانات ذات العلاقة.²

الفرق بين المشكلة والكارثة والأزمة:

المشكلة: تعتبر الباعث الرئيسي الذي يسبب حالة من الحالات غير المرغوب فيها، وتحتاج عادة إلى جهد منظم للتعامل معها وحلها، وقد تؤدي إلى وجود أزمة لكنها ليست الأزمة في حد ذاتها.

الكارثة: تعرف الكارثة بمفهومها العام وهو الغم، والكارث هو الأمر المسبب للغم الشديد وتعبير الكارثة عن حالة مدمرة حدثت فعلاً ونجم عنها ضرر في الماديات أو في المعنويات أو كليهما معاً.³

¹ صالح بلحاج، " التنمية السياسية نظرة في المفاهيم والنظريات" www.google.com تاريخ الاطلاع على الصفحة doc 2014/02/23

² صبحي رشيد اليازجي، " إدارة الأزمات من وحي القرآن الكريم، دراسة موضوعية" مجلة الجامعة الإسلامية ، غزة فلسطين، العدد الثاني 2011 ص 334

³ المرجع نفسه، ص 336

أما فيما يخص خصائص الأزمة فيمكن إجمالها فيما يلي:

- التداخل في عناصرها والتشابك والتعقيد في أسبابها والقوى المؤيدة والمعارضة لها.
- عنصر المفاجأة الذي تحدته والتركيز الذي تحظى به لدى المؤسسات والأفراد.
- قلة البيانات المتوفرة عنها وعدم الدقة فيها.
- إنها تمثل نقطة تحول رئيسية وأساسية لأحداث متسارعة ومتشابكة.
- يصاحبها صدمة وتوتر بدرجة عالية خاصة في بدايتها مما يسبب الضعف في إمكانية التأثير الفعال فيها.
- إن مفهوم الأزمة يتسم بشمولية طبيعته، واتساع نطاق استعماله. لذا، فهو ينطبق على صور مختلفة من العلاقات الإنسانية في كافة مجالات التعامل الإنساني. الأزمة، تهديد خطير لعملية تشغيل النظام السياسي، تنشأ من مجموعة أحداث مترابطة تعبر أساساً عن صورة من صور الصراع.

ويعرف علماء الاجتماع الأزمة على أنها "اختلال نظام القيم والتقاليد المرعية إلى درجة تقتضي التدخل السريع لمواجهته، والعمل على إعادة التوازن على هذا النظام، وذلك من خلال تطوير هذه القيم والتقاليد حتى تتلاءم مع التغيير الناجم عن تطور المجتمع". الأزمة بهذا المعنى، هي عبارة عن خلل يؤثر تأثيراً مادياً ملموساً على النظام كله. في حين يقصد بالأزمة سياسياً، "حالة أو مشكلة تأخذ بأبعاد لنظام سياسي وتلابيبه وتستدعي اتخاذ قرار لمواجهة التحدي الذي تمثله". لذا، فعند دراسة أي أزمة بالعموم، إن مفهوم الأزمة يتسم بشمولية طبيعته، واتساع نطاق استعماله. لذا، فهو ينطبق على صور مختلفة من العلاقات الإنسانية في كافة مجالات التعامل الإنساني. الأزمة، تهديد خطير لعملية تشغيل النظام السياسي، تنشأ من مجموعة أحداث مترابطة تعبر أساساً عن صورة من صور الصراع.

يعرف علماء الاجتماع الأزمة على أنها "اختلال نظام القيم والتقاليد المرعية إلى درجة تقتضي التدخل السريع لمواجهته، والعمل على إعادة التوازن على هذا النظام، وذلك من خلال تطوير هذه القيم والتقاليد حتى تتلاءم مع التغيير الناجم عن تطور المجتمع". الأزمة بهذا المعنى، هي عبارة عن خلل يؤثر تأثيراً مادياً ملموساً على النظام كله. في حين يقصد بالأزمة سياسياً، "حالة أو مشكلة تأخذ بأبعاد

لنظام السياسي وتلايبيه وتستدعي اتخاذ قرار لمواجهة التحدي الذي تمثله". لذا، فعند دراسة أي أزمة بالعموم،

ويختلف مفهوم الأزمة باختلاف طبيعتها فهناك الأزمة الاقتصادية¹ والأزمة السياسية والأزمة الاجتماعية وغيرها، وارتباط هذه العناصر مع بعضها البعض يدل دلالة قطعية على وجود أزمة حضارية شاملة، ويعرفها "محمد حسن بهلول" " علاقة اجتماعية بين متغيرين مختلي التوازن"²

ولدراسة وتحليل أي أزمة لا بد من مراعاة العناصر الخمسة التالية:

01- طبيعة الأزمة.

02- طبيعة المدخلات.

03- تأثير النظم المجتمعية الأخرى.

04- قدرة النظام ومستويات أدائه.

05- موقف الفاعلية الداخلية للنظام اتجاه الأزمة.

أما عن أسباب الأزمة فهي متعددة ومتنوعة منها ما هو سياسي ومنها اقتصادي واجتماعي وحتى ثقافي، إلا أن عندما تمس الانظمة فرعا ما فإنها تؤثر على بقية الفروع الأخرى على اعتبار أنها كلها تخضع للنظام الكلي وهو النظام الاجتماعي وباقي الأنظمة الأخرى (السياسية والاقتصادية والاجتماعية (... هي جزء منه.

01- الأسباب السياسية: وهي من الأسباب الرئيسية لحدوث الأزمة وتساهم كثيرا في تطورها وحدة تفاعمها، ذلك أن الأزمة الحادثة تعبر عن سوء العلاقة بين النظام وسلطته من جهة والمجتمع المدني من جهة ثانية، وهو ما ينتج عنه هوة أو قطيعة بين هذين المتغيرين، وهناك عدة عوامل أو أسباب تفقد المجتمع المدني الثقة في النظام السياسي لعل أبرزها.

¹ الأزمة الاقتصادية هناك من يعتبرها ضمن دورة حياة الاقتصاد وأنها تعطي نفسا آخر له، مثل الأزمة الاقتصادية التي وقعت في سنة 1929 والتي أعطت للنظام الرأسمالي بعدا آخر من حيث التنظيم والنشاط والكفاءة والفعالية، إن فالأزمة هي حالة صحية أكثر منها مرضية فقط تختلف حدثها ووقعها بحسب قوة الاقتصاد القائم.

² محمد بقاسم حسن بهلول، الجزائر بين الأزمة الاقتصادية والأزمة السياسية. الجزائر: مطبعة حلب، 1993 ص15

- غياب سلطة سياسية قوية تدير الأمور، وتعمل على توجيه العملية السياسية وإحداث تغييرات تنظيمية وسياسية¹.

- فشل مؤسسات النظام في وظيفة بلورة المصالح وتجميعها، وهذا ما ينعكس على العملية البيروقراطية، أي أن أجهزة النظام السياسي تتحول من أجهزة خدمة إلى أجهزة حكم، وهذا ما يعمق الهوة أكثر بين النظام السياسي والمجتمع.

- إشكالية شرعية النظام السياسي في حد ذاته، وهنا تظهر مسألة الحريات العامة وكيفية تعامل النظام السياسي معها وزيادة القهر والتسلط كلها وغيرها تساهم في حدة وتفاقم الأزمة بين النظام والمجتمع.

- الفساد السياسي والإداري عندما تستشري هذه الظاهرة خاصة من قبل شاغلي المستويات العليا للإدارة، فإن جميع مؤسسات الدولة تصاب بحالة من اللاعقلانية واللارشادة في التسيير مما يجعل المجتمع المدني أما استقهام حول جدوى النظام السياسي وموقفه من هذه الظاهرة التي هي في الأصل أزمة قد تترتب عنها أزمات أخرى².

02- الأسباب الاقتصادية: وهي الأخرى لا تقل أهمية عن الأولى (السياسية) فضعف الأداء والمردودية للمنشآت الاقتصادية الضخمة التي كلفت المجتمع تكاليف وتضحيات جسيمة من شأنها أن تخلق أزمة بينه وبين النظام السياسي القائم الذي يتولى عملية إصدار القرارات وتوجيه السياسات العامة الخاصة بالقطاع الاقتصادي، كذلك العلاقة بين الديمقراطية السياسية والتنمية الاقتصادية غالبا ما يتم تصويرها بشكل سلبي، خاصة أثناء عملية التحول الديمقراطي أين يتم المساس أو الإضرار بالأداء الاقتصادي خاصة في الأنظمة دول العالم الثالث التي كانت تعاني من الأنظمة التسلطية.

03- الأسباب الاجتماعية: تنشأ الأزمة لأسباب اجتماعية لعدة نتائج أو أسباب، تتسبب عادة عن اختلال في التوازن الاجتماعي بين مختلف الطوائف والشرائح، أو بينها أو بين السلطة السياسية والنظام السياسي، والسلطة الحاكمة فيه، وينعكس هذا الوضع في أزمة اجتماعية قد تمس مختلف المجالات،

¹ نوال بلحربي، " أزمة الشرعية في الجزائر 1962-2007". مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قسم العلوم السياسية والعلاقات

الدولية كلية العلوم السياسية والإعلام، فرع التنظيم السياسي والإداري ، غير منشورة ص39

² ثناء فؤاد عبد الله، الدولة والقوى الاجتماعية في الوطن العربي، علاقات التفاعل والصراع. بيروت: مركز دراسات الوحدة

العربية، ط1 سنة 2001 ص183

والأزمة الاجتماعية قد تحدث لعدة أسباب لعل أبرزها تزايد لجوء الدولة إلى السياسات والممارسات القمعية، لضمان سيطرتها على المجتمع، كذلك التنافس بين مختلف القوى الاجتماعية المتعددة في المبادئ الفكرية والسياسية، الأمر الذي يؤدي إلى انتقال مدروس نحو توازن جديد للقوى الحزبية والسياسية، أو سقوط النظام تحت مطرقة الضغط الاجتماعي المتصاعد، وعدم وجود قنوات صالحة لاستيعاب هذا الصراع وإعادة تأسيسه سلميا.

وتسبب ظاهرة التهميش في حدوث أزمة اجتماعية وينتج عن هذا الأمر أزمة عزوف لدى أفراد المجتمع وعدم اهتمامهم بالحياة السياسية، وبهذا يحدث انفصام بين عالم التهميش والنخب السياسية والاقتصادية، وهو ما يولد علاقات الإقصاء وعدم الانتماء بين العالمين، ويتم التعبير عن سخط الأطراف المهمشة في عدة أشكال كالتمرد الجماعي، أو الارتباط بحركات الاحتجاج الديني.

وعندما تقبل الفئات الاجتماعية التي تسعى الى تحقيق المشاركة السياسية والعدالة الاجتماعية فإن الأمر يزداد سوءا وتدخل في صراع داخلي فيما بينها وبذلك تنتشر مشاعر السخط الاجتماعي العام، وتأخذ صور متنوعة منها الانتفاضات الحرب الأهلية العصيان المدني الاحتجاجات والمظاهرات.... الخ وهنا يجب النظام السياسي والسلطة لا مبرر لقبائهما أو شرعيتهما، كما هناك أسباب أخرى للأزمة كالثقافية وغيرها وكلها ذات علاقة مباشرة بالنظام السياسي والمجتمع المدني وتؤثر على العلاقة الموجودة بين هذين المتغيرين، إن هذه الأزمات تؤثر بشكل كبير وجلي على النظام السياسي واستقراره من جهة وعلى وحدة المجتمع وتكامله السياسي من جهة ثانية، ومن أجل المحافظة على توازن هذه العلاقة فإن النظام السياسي يلجأ للتنمية السياسية كأداة لتحقيق هذا الهدف، ولا يمكن أن تتأتى هذه العملية إلا بعد أن يقدم النظام السياسي عدة إجابات لمجموع تساؤلات هي في الأصل سمات لكن إن فشل النظام السياسي في التعامل معها تتحول إلى أزمات تهدد وحدة المجتمع وتكامله السياسي وحتى الاجتماعي.

01- أزمة الهوية:

تشير أزمة الهوية إلى غياب فكرة المواطنة بين أفراد الجماعات البشرية المشكلة للمجتمع، بما يعنيه ذلك من انقضاء الولاء السياسي الموحد الذي يتجه إلى حكومة وطنية واحدة، وبالتالي تعدد الولاءات

السياسية داخل المجتمع الواحد، بحيث يكون ولاء الفرد لجماعته العرقية وليس ولاءه للحكومة المركزية¹، وعلى هذا الأساس تعرف الهوية بأنها "الشعور بالانتماء المشترك بين أعضاء المجتمع السياسي الواحد إلى الدولة أو الإقليم الذي يعيشون فيه، والعمل معا من أجل تحقيق الأهداف العليا للوطن" ومن هذا التعريف نستنتج أن أزمة الهوية هي أزمة ولاءات ومن هنا يتعين على النظام السياسي استخدام كامل قدراته من أجل تكثيف هذه الولاءات وتحويلها إلى الولاء الوطني، وتزداد حدة هذه الأزمة في دول العالم الثالث الدول المتخلفة الدول التي حازت على استقلال من الدول الاستعمارية، في هذا النمط من الأنظمة تتعدد وتتعدد الولاءات داخل المجتمع من قبلية إلى شخصية إلى عرقية طائفية وفي أسوأ الحالات إلى دينية، بينما في الأنظمة الديمقراطية الليبرالية فإن النموذج التتموي الغربي يرتبط بتحول المجتمع السياسي إلى الدولة الحديثة المكتملة البناء، والاتفاق حول الهوية الوطنية، الذي نجحت في تطبيقه إلى حد ما، بينما أو في حين فشلت دول العالم الثالث مثلما ذكرنا سابقاً أين عمليات ترسيم الحدود الموروثة عن الحقبة الاستعمارية أضرت كثيرا بالتوازنات بالأقليات والجماعات العرقية² أين طرحت أزمة الهوية بشكل حاد³.

وتزداد حاجة النظام السياسي للقيام بعمليات التنمية السياسية من أجل تحقيق التكامل السياسي خاصة في ظل تنوع السكان وتوزعهم على عدة مناطق، وغيرها من العوامل التي من شأنها أن تساهم في تعمق من أزمة الهوية، التي قد تتضاعف على حساب الهوية المشتركة، ومن أجل تفادي كل هذا يستوجب على النظام السياسي أن يقوم بـ:

- الاتفاق على إقرار الهوية المشتركة.

- الإيمان والاختيار الطوعي للانتماء إلى الإقليم أو الدولة الواحدة.

¹ ناجي عبد النور، النظام السياسي الجزائري من الأحادية إلى التعددية السياسية. قالة (الجزائر): مديرية النشر لجامعة قالة ط1 سنة 2006 ص119

² أغلب النزاعات الموجودة في العالم خاصة مناطق دول العالم الثالث يكون السبب وراءها الأقليات أين يتم التمييز بينها وبين الجماعات الأخرى كذلك الحدود الموجودة التي وجدت بعض الأقليات نفسها مقسمة بين عدة كيانات سياسية، في الوقت الذي نجح فيه النموذج الغربي التتموي في إزالة هذه الحواجز والحدود وتركت المجال مفتوحا لتنقل السلع والأفراد وحتى الأموال بكل حرية.

³ كاظم شبيب، المسألة الطائفية تعدد الهويات داخل الدولة الواحدة. بيروت: دار التنوير للطباعة والنشر ط1 سنة 2011

- نظام للاتصال يربط بين أعضاء المجتمع السياسي الواحد يسهل تبادل وتناقل القيم المشتركة. إن أزمة الهوية لديها عدة تبعات في حال ما فشل النظام السياسي في التعامل معها، فهي تهدد وحدة المجتمع من خلال بروز الصراع الداخلي بين مكونات المجتمع، هذا الصراع الذي عادة ما تكون بداياته الأولى اجتماعية محضة لكن ان فشل النظام السياسي في احتوائها في وقتها وبالكيفية المناسبة قد تتحول إلى أزمة صراع داخلي بصيغة سياسية قد تغذية أطراف فاعلة من البيئة الخارجية مما يزيد الضغط على النظام السياسي من جهة والمجتمع من جهة ثانية أين تصبح مكوناته مهددة بالانهيار والانفجار في ظل غياب الهوية الوطنية، أين يتم التعبير عن هذا التمزق والصراع الداخلي فيما يعرف بالحروب الأهلية¹، أو بتعريفها الاجتماعي فشل مكونات المجتمع الواحد في الوصول إلى أرضية اتفاق لبناء هوية مشتركة تعبر عن الانتماء القومي للدولة الواحدة، فعمق أزمة الهوية ينجم عنه عدم المساواة في المعاملة، كذلك التفاوت في توزيع القيم السياسي وبذلك تحصل عمليات الإقصاء أو التمييز على أسس لا أخلاقية ولا عقلانية كاتخاذ الدين كمعيار أو اللغة والمذهب وحتى العرق.

فأزمة الهوية هي أزمة لها تبعات خطيرة على المجتمع والنظام السياسي معاً، فالصراع على الهوية غالباً ما ينتهي بتدخل أجنبي وهذا ما حدث فعلاً في المجتمعات التي فشل فيها النظام السياسي في فرض هوية الدولة الوطنية وكذلك تحقيق الانتماء والولاء للكيان السياسي وهذا ما وقع لدولة السودان أين بدأ الصراع داخل المجتمع ليصل إلى حرب أهلية تغذيها أطراف خارجية لينتهي بتقسيم البلاد إلى دولتين، وحتى إن تمكن النظام في التحكم في هذه الأزمة (أزمة الهوية) دون الوصول إلى حلول جذرية لها فإن هذه الأخيرة تعمل إضعاف الدولة واستهلاك موارده وتوجيه الطاقات في غير محلها وتعيق عمليات التنمية.

فالتنمية السياسية اتجاه هذه الأزمة ليست بالأمر السهل أو الهين فقضية الهوية هي مرتبطة أساساً بوجود المجتمع واستمراره لكن هذا لا يعني من وجود خيارات إذا ما تحققت فرص التنمية السياسية وذلك ب: الاعتماد على وجود شخصية كاريزماتية قادرة على تجسيد الآمال والرموز المشتركة القومية،

¹ يمكن ضرب عدة أمثلة في العالم كدولة لبنان أين دارت حرب أهلية بسبب تعدد الطوائف داخل المجتمع وتعددت الهويات حتى بعد انتهاء الحرب الأهلية فإن السلم تم بناءه على حساب تعدد الولاءات والائتمانات حيث غابت الهوية الوطنية للدولة وحضرت الهوية الاثنية والولاء الطائفي مما يجعل بؤادر الأزمة لا تزال قائمة.

وإن كان هذا الإجراء غالبا ما تلجأ إليه دول العالم الثالث فهذا الخيار لا يعتبر كحل جذري وسرعان ما تعود بدور الأزمة من جديد، وقد تلجأ هذه الدول النامية على الحزب الواحد الذي يعتبر في مثل هذه الأنظمة المسجد الوحيد للهوية والشخصية الوطنية للأمة الواحدة، وحتى وأن فتحت المجال للتعددية فإنها تكون تعددية في إطار سياسي واحد¹.

02- أزمة الشرعية:

إن أزمة الشرعية هي أزمة جد حادة يمكن أن تصيب نظام الحكم وقد يترتب عليها الإطاحة به بأساليب قد تكون عنيفة في أغلب الحالات، فغياب عنصر الشرعية يجعل النظام السياسي غير مطمئن لبقائه وغير قادر على الانفتاح على المجتمع وإشراكه في العملية السياسية، وبسبب أزمة شرعية النظام قد يلجأ هذا الأخير إلى استخدام أساليب العنف والإكراه حتى يضمن بقاءه واستقراره، لكن في ذات الوقت قد تستخدم هذه الأساليب في الإطاحة به بعد يأخذ المجتمع شرعية تحدي النظام القائم واستخدام أساليب العنف للإطاحة به.

فالشرعية بمعناها الواسع هي القبول بالنظام السياسي من قبل مواطنيه واعتقادهم أن نظام الحكم القائم هو النظام الذي يخدم رغباتهم وطموحاتهم وآمالهم، وعليه فإن درجة القبول والمصادقية وقبول السلطة تعني التحول من الأسس التقليدية للسلطة إلى الأسس الحديثة أي الأساس التعاقدية، ولأزمة الشرعية عدة صور وأنماط² كلها من شأنها أن تؤثر على وضع النظام السياسي والمجتمع.

- أزمة الشرعية أزمة دستورية مؤسساتية: عندما يرفض المجتمع تقبل هذه المؤسسات الرسمية باعتبارها مصدر أو شكل من أشكال السلطة القائمة، وهذه الأزمة تنجم عن سياسات تقوم بها هذه المؤسسات بعيدا عن وظائفها الحقيقية أو إساءة استخدام الأفراد القائمين على هذه المؤسسات لأدواتها ووسائلها.

¹ أمين محمد علي ديور، دراسات في التنمية السياسية. مرجع سابق ص15

² نوال بلحري، " أزمة الشرعية في الجزائر 1962-2007". مرجع سابق ص45 لمزيد من المعلومات حول صور الشرعية يمكن العودة لهذا المرجع.

- أزمة الشرعية أزمة تغيير: قد تكمن في أزمة التغيير التي تواكب عملية التغيير في البناء الاجتماعي، فالوضعية السياسية المتعلقة بتنظيم المجتمع وقيادته لا تكون شرعية إلا عندما تعبر عن هويته، ولكن تبقى شرعية السلطة مع نفوذ وقيم المجتمع في كل نظم عمله.

- أزمة الشرعية أزمة فعالية: ويقصد مدى قدرة النظام على تحقيق تنمية اقتصادية حقيقية ومستدامة من أجل مواجهة أزمة التوزيع التي تعتبر من بين الوظائف الأساسية للنظام والتي من خلال يحافظ النظام السياسي على وحدة المجتمع وتماسكه.

وأزمة الشرعية لها آثار سلبية على المجتمع و النظام السياسي في حد ذاته قد تعصف بأمن واستقرار الدولة، لعل أبرزها انحلال الروابط التي تربط النظام بعناصره المجتمعية، والتي كانت قائمة على الرضا والقبول والاعتراف المتبادل، لتحل محلها علاقات الإكراه والعنف والقوة وهنا تجد السلطة نفسها مرغمة على استخدام وسائل القسر ضد الجماعات المعارضة، كما أن أزمة الشرعية قد تؤدي أو تعرض الجماعات السياسية وحتى الاجتماعية للانقسام والصراع وما يتبعه من أزمات، ليصل إلى مرحلة الانهيار والاستقرار السياسي وتبرز أشكال العنف في أشبع صورها، ومن ثم تتحول مصدر تهديد للدولة ككيان ووجود المجتمع في حد ذاته¹.

ومن أجل تجاوز هذه الأزمة التي قد تتحول مصدر لجميع الأزمات على النظام السياسي بناء عقد توافقي مع المجتمع يتم بموجبه بناء شرعية قائمة على ما يلي:

- الرضاء العام والقبول الجماعي.
- مراعاة المصلحة العامة وتحقيقها لها.
- الطريقة والأسلوب المتفق عليهما جماهيريًا في تولي السلطة السياسية وتداولها.
- توجهات ومدرجات المواطن السياسية الطويلة (التنشئة والثقافة السياسية)
- ومن أجل وضع أسس للشرعية يقدم "ماكس فيبر" ثلاثة أنماط أو أشكال للشرعية
- أ- الشرعية التقليدية: وتستند إلى العادات والتقاليد ومبدأ الوراثة والمعتقدات الدينية.
- ب- الشرعية الكاريزماتية: وتعتمد على الصفات الذاتية والشخصية للقائد

¹ نفس المرجع السابق الذكر .

ت- الشرعية الدستورية القانونية: وتستند إلى النصوص القانونية والدستورية أي أن إسناد السلطة يتم وفقا للقواعد الدستورية المتعارف عليها.

إذا ما بقيت القواعد التقليدية هي التي تحكم وتسيطر، فإن من شأنها أن تخلق فجوة بين المواطن والحكومة القائمة. وهذا يُفسر باللاقبول وعدم الرضا العام وعدم الاتفاق. وهذا ما يطلق عليه معضلة الشرعية. تتلخص المشكلة في عملية التحول من النمط التقليدي إلى النمط الدستوري القانوني الذي يقتضي عمليات التحديث السياسي. وتلك العمليات يترتب عليها ظهور طبقات جديدة، وزيادة في درجة الوعي السياسي، وإحلال قيم سياسية جديدة محل القديمة. ويعني ذلك كله، أن السلطة السياسية القائمة ينبغي أن تتكيف وتتطور وتستجيب لتلك المقتضيات. عموماً، ترتبط الشرعية بقدرة النظام السياسي على الاستجابة لحاجات المواطنين المتزايدة¹.

03- أزمة المشاركة السياسية:

المشاركة في معناها الحقيقي هي طريقة حياة Style of life تتخلل كل نسيج المجتمع لتتيح لكل مواطن أن يشارك في صنع القرارات التي في حياته دون تمييز بين المواطنين على أساس النوع أو العرق أو الدين أو اللغة أو العمر أو الطبقة، والمشاركة السياسية الحقيقية هي حق ومسئولية، وفي الوقت ذاته هي هدف ووسيلة في آن واحد، ومع ذلك فالمشاركة السياسية تتطلب وعياً ورغبة وقدرة ومهارات تنظيمية كما تتضمن بيئة تمكن لها النمو كما تتطلب إدراكاً من جانب سلطات الدولة لقيمة مشاركة المواطن، وبسبب هذه المتطلبات فإن الجماعات المحرومة والتي لا قوة لها تستبعد من تلك الحقوق والمسئوليات، أي أنها لا تملك القدرة على صنع القرار².

فالمشاركة السياسية هي أحد مقومات الحدثة السياسية والتي يتمخض عنها ظهور الرغبة في المشاركة السياسية لدى قطاعات أوسع من المواطنين داخل المجتمع.

فأزمة المشاركة السياسية قد تنجم عن عجز في أداء المؤسسات السياسية عن استيعاب القوى السياسية والاجتماعية، وإقصاء للحريات الفردية والجماعية وفرض قوالب جاهزة منعت من خلالها روح

¹ أمين محمد علي دبور، دراسات في التنمية السياسية. مرجع سابق ص15

² سامية خضر صالح، المشاركة السياسية والديمقراطية اتجاهات نظرية ومنهجية حديثة تساهم في فهم العالم من حولنا.

الإسكندرية: كلية التربية جامعة عين شمس 2005 ص22

المبادرة المبدعة وتأكيد الأحادية المتعسفة وتراكم عناصرها لسنوات عديدة، ففي ظل أنظمة ذات أحادية حزبية¹ تمارس النخب الحاكمة سياسة الإقصاء وعدم إشراك القوى ذات التوجه السياسي المعارض، وتعمد إلى السياسات التعبوية التي غالبا ما تكون مفرغة من محتواها الحقيقي المتمثل في المشاركة السياسية الحقيقية، التي تختلف كل الاختلاف عن المدلول الأول (المشاركة السياسية) فالتعبئة السياسية تأخذ أشكال التأييد والحشد والمساندة لبعض القرارات دون الإسهام الحقيقي في صنعها نتيجة لضعف الحزب الحاكم، وعدم قدرته على تمكين مختلف القوى من التعبير عن مصالحها ومطالبها وبالتالي الافتقار إلى وجود قنوات شرعية أخرى، فهذا الانسداد فتح المجال على مصراعيه لبروز ظاهرة العنف السياسي.

وإضافة على الأسباب السالفة الذكر التي قد تنشأ عن أزمة المشاركة السياسية، انعدام قنوات ووسائل تتيح للمواطنين التعبير والمشاركة في صنع القرارات وحتى الإسهام في صنع السياسات العامة، كذلك ترتبط بمدى استعداد المواطنين للمشاركة التطوعية في أنشطة النظام السياسي، ومن جهة ثانية فإن أبرز الأسباب التي تساهم في معضلة أزمة المشاركة السياسية والتي تؤثر سواء من قريب أو من بعيد على وحدة المجتمع وتكامله السياسي، هي بروز فئات وشرائح اجتماعية جديدة خاصة للأنظمة حديثة الاستقلال أين تغلب سياسة ملء الفراغ والاهتمام أكثر بعمليات البناء والتشييد على حساب صنع القرارات السياسية التي تحتكرها أنظمة الأحادية الحزبية، هذه الفئات الاجتماعية الجديدة ومع تدرج الزمن والاستفادة من كل ما هو متاح من تعليم وثقافة يتكون لديها ويتبلور عندها وعي سياسي حيث أن الاختلاف في الرؤى والتوافق بينها وبين النظام السياسي قد يؤدي بها الأمر عدم المشاركة لانعدام اقتناعها بتوجهات النظام السياسي وهو الأمر قد يفتح المجال للصراع وتصفية الحسابات مما يجعل المجتمع أمام مفترق سياسي قد ينتهي بانفجار أو صراع، بين الفئات الاجتماعية الجديدة والنخب السياسية الحاكمة التي قد تحاول المحافظة على ما يطلق عليه بالمكتسبات أو الامتيازات التي حصلت عليها في ظل الأحادية الحزبية، حتى وفي ظل انتهاء هذه الأخيرة والانتقال إلى التعددية الحزبية السياسية فإن أزمة المشاركة السياسية لا يعنى أنها قد حلت، فغياب الأحزاب السياسية عن القيام بدورها

¹ من الأزمات التي عصفت بالنظام السياسي في ظل الأحادية الحزبية أزمة المشاركة السياسية أين اعتمد الحزب على التعبئة والحشد وغابت الجماهير عن المشاركة الفعلية في صنع القرارات واقتصر دورها على التأييد والمساندة الأمر الذي أدى إلى ظهور موجات واسعة من العنف تمثلت في صورة جلية في أحداث أكتوبر 1988 التي نقلت نوعية في تاريخ البلاد.

الحقيقي والفعلي من خلال عمليات التوعية من خلال الحملات ليست فقط الانتخابية وإنما حتى الإعلامية كذلك ممارستها لوظيفتها الرئيسية وهي التنشئة السياسية.

ويمكن إعطاء تنمية سياسية نتوصل من خلالها إلى حلول لهذه الأزمة من خلال النظريات المفسرة لها ويمكن إجمالها فيما يلي:

- أ- النظرية الأولى: من أبرز المنظرين لهذه النظرية (كارل دويتش) كذلك (ليرنز) وتتعلق رؤيتهما للمشاركة السياسية أن عمليات التحديث يمكن أن تؤدي إلى تغييرات في العملية السياسية، فبينما ركز (ليرنز) على تأثيرات التحضير والاهتمام بوسائل الاتصال الحديثة، بينما ركز (كارل دويتش) على مفهوم التعبئة الاجتماعية، إذ يرى أنه ليس من الضروري أن تقود التعبئة الاجتماعية إلى المشاركة السياسية، ولكن قد ينجم عنها موقف جديد، حيث في إطارها يصبح عدد كبير من الأفراد في متناول القدرة الحاكمة على المناورة، كما أشار دويتش إلى أثر وسائل الاتصال الجماهيري وتغيير أماكن الإقامة وتزايد معدلات التعليم كلها عوامل من شأنها ترفع من نسب المشاركة السياسية.
- ب- النظرية الثانية: تربط هذه النظرية بين المشاركة والتركيب الاجتماعي مفترضة أن من أهم مؤشرات ودلائل عملية التحديث المختلفة التغيرات التي تطرأ على نظام التركيب الاجتماعي. فحوى هذه النظرية، أن عملية التحديث تخلق جماعات وشرائح اجتماعية جديدة لم يسبق وجودها. وأن ظهور هذه الجماعات والشرائح الاجتماعية لا بد وأن يغير نمط وطبيعة العلاقات بين الجماعات القائمة من جهة، وبينها والجديدة من جهة أخرى.
- ج- النظرية الثالثة: وهي نظرية النخبة المتقفة، وتجد أصولها وتجلياتها لدى أنصار المدرسة التاريخية الذين أولوا الحركات القومية والأفكار الأيديولوجية اهتماما كبيرا في علاقتها بالمشاركة السياسية. يركز أنصار هذه النظرية على الدور الذي تلعبه الحركات القومية في نشر أفكار المساواة والعدالة ومبادئ القومية، وكذلك في إثارة حماسة الجماهير لممارسة العمل السياسي. فهم يؤكدون على أهمية أفراد هذه النخبة في خلق الأفكار القادرة على تغيير الاتجاهات وأنماط السلوك السياسي لدى الطبقات الاجتماعية الأخرى¹.

¹ أمين محمد علي دبور، دراسات في التنمية السياسية. مرجع سابق ص25

وإذا ما نجح النظام السياسي من تحويل أزمة المشاركة إلى سمة من سماته فإنه يعطيها بعد اجتماعي له الأثر البالغ على المجتمع وهو تحقيق العدالة الاجتماعية، ومن جهة ثانية فإن الصيرورة التاريخية التي تمر بها المجتمعات البشرية هي حتمية لا بد منها فعلى النظام السياسي أن يطور آلياته من خلال عمليات التنمية السياسية من أجل استيعاب هذا التحدي بالمشاركة السياسية في صنع القرارات وتوجيه السياسات العامة، كما أن المشاركة السياسية لا يوجد لها نموذج موحد في العالم وأن درجاتها تختلف من نظام إلى آخر، فعلى الأنظمة السياسية لدول العالم الثالث أن تعمل على تكييف آليات المشاركة السياسية بما يتوافق مع خصوصيتها ومتطلبات بيئتها الداخلية.

04- أزمة التوزيع:

وتشير إلى الزيادة الكبيرة في مطالب المواطنين واعتقادهم بأن الحكومة مسؤولة عن تلبية هذه الاحتياجات، والمطالب لرفع مستوى المعيشة في المجتمع، وهذا التوزيع يكون في شتى السلع والخدمات ومراتب الشرف والمكانات الاجتماعية، والفرص بين الأفراد والجماعات ويمكن قياس قدرة النظام السياسي على هذه الوظيفة، عن طريق تحديد كمية ونوعية الأشياء الموزعة والمجالات الحياتية التي تشملها العملية التوزيعية¹.

وتتداخل أزمة التوزيع مع أزمات أخرى مثل قدرة النظام الاستخراجية، والتي تعبر عن مدى كفاءة النظام من خلال تعبئة الموارد المادية والبشرية من البيئتين المحلية والدولية على حد سواء، وتعتبر هذه القدرة ذات الأهمية خاصة بالنسبة للنظام السياسي من حيث أنها توفر الموارد اللازمة لإدارة المجتمع السياسي، هذا الأخير لديه مطالب والاحتياجات تتزايد مع الوقت ويصبح لديه درجة توقع بزيادة المنافع الاقتصادية.

وتزداد حدة هذه الأزمة في الدول النامية التي تعاني التخلف على عدة أصعدة اقتصادية مختلفة، مما يسبب عدة مشاكل في قدرة النظام الإنتاجية، ويجعل النظام والمجتمع أما أزمة الاعتبارات الفنية والحسابية في التوزيع، وتنتج عن هذه الأزمة كذلك أزمة المساواة والعدالة الاجتماعية، ورغم إتباعها عدة

¹ بومدين طاشمة، مدخل إلى علم السياسة مقدمة في دراسة أصول الحكم. الجزائر: جسور للنشر والتوزيع، ط1 سنة 2013

سياسات مثل زيادة الضرائب واستصلاح الأراضي إلا أن الخلل وعدم التوازن وحتى القصور الاقتصادي أدى إلى فشل هذه الإجراءات، ومن ثم التخلي عنها وإتباع سياسات أخرى أسوأ من سابقتها الأولى مما يعني استمرار الأزمة وتواصلها.

وتشير أغلب الدراسات التي تناولت الصراعات والحروب الأهلية في دول العالم الثالث في إفريقيا وآسيا وحتى في بعض دول أمريكا اللاتينية أن السبب وراءها أزمة التوزيع، ففي ظل الفشل الاقتصادي يضاف إليه بعض الحساسيات السياسية أي يعتمد النظام السياسي إلى محاباة فئة اجتماعية على حساب أخرى، هذه التمييز يكون على أساس الموالاة للنظام السياسي فيعمد النظام الفئات المعارضة لوجوده كإجراء إقصائي أو لعدم كفاية الموارد اللازمة، وبمنظرة تحليلية لأبعاد هذه الأزمة أي التوزيع نجد أن معظم دول العالم الثالث عانت من الاستعمار التقليدي الذي رذحت تحت ظله سنوات عديدة بعضها خاض كفاحا سياسيا من أجل استعادة سيادته الوطنية وبعض الدول الأخرى خاضت كفاحا سياسيا ومسلحا كلفها تضحيات جسام في الأرواح وفي مقدراتها الوطنية، لكن الأصعب من كل ذلك وذلك أن هذه الدول عندما خرجت من الوضعية الاستعمارية لم تخرج بسلام، بل خرجت عن طريق اتفاقيات تضمن الهيمنة للدول الاستعمارية خاصة الاقتصادية منها، لعل أبرزها مع العلم أن معظم دول العالم الثالث ليست صناعية وإنما زراعية أو تعتمد على الثروات الباطنية من محروقات ومعادن وغيرها، هو استمرارها في إنتاج منتجات لا ترجع بالفائدة على المجتمع وإنما يكون في خدمة اقتصاديات الدول الاستعمارية السابقة، ومن جهة أخرى تعدد الائتلافات في هذه الدول النامية مع عجز النظام السياسي على احتوائها واكتفائه بدعم اثنية دون أخرى على بقائه فإن أغلب عمليات التوزيع يكون موجه لها¹، وأزمة التوزيع قد تتسبب فيها السياسات الداخلية كتوزيع الأراضي الزراعية لغير مستحقيها وحرمان فئات أخرى هي أكثر أو في أمس الحاجة إليها وهنا تظهر مظاهر الفرقة والتجزئة داخل المجتمع، بحيث يصبح المجتمع منقسم على نفسه والأسوأ من هذا أن يكون النظام السياسي هو من وراء هذا الانقسام، فتظهر حركات احتجاجية غالبا ما تبدأ بمطالب قانونية دستورية تكفلها دساتير وقوانين هذه الدول كالعادلة في

¹ في إفريقيا ودول أمريكا اللاتينية تنتج منتجات لا تخدم مجتمعاتها كإنتاج الكروم الموجه لصنع النبيذ في الدول الاستعمارية وحتى إنتاج المطاط وغيرها رغم توفيرها للربح إلا أنه لا يكون بالقدر الكافي مع سوء التسيير والاستغلال تصبح أزمة توزيع حقيقية.

توزيع الثروة¹ فرص العمل تولي المناصب خاصة السامية منها، وإذا ما فشل النظام السياسي في معالجتها في طريقة حكيمه ورشيدة فإن هذه المطالب قد تتحول إلى أكثر تطرفا تتجسد في أسوأ صورها بالمطالبة بالانفصال كدليل على عجز النظام في معالجة هذه الأزمة.

وبالنظر لخطورة هذه الأزمة على الدولة قبل المجتمع والنظام، فإنه يتعين القيام بعمليات تنمية سياسية قبل القيام بتنمية اقتصادية، فالأولى تعني أن على القادة السياسيين في النظام أنهم مسؤولين على كافة المواطنين الذين يقيمون على أرضها بما فيهم الأجانب وليس فقط مسؤولين على الفئة الاجتماعية أو الطائفة العرقية التي ينتمون إليها، وبالتالي تختلف معايير التوزيع، ومن جهة ثانية أو أخرى فإن هذه الدول عانت من ويلات الاستعمار إضافة إلى موقعها الجغرافي مناطق حارة صحراوية تتضاءل فيها المساحات الزراعية تقابلها زحف متواصل لرمال الصحراء ونقص الموارد المائية اللازمة لري هذه المساحات أو حتى استصلاحها، فالتنمية السياسية تعني على المجتمع إدراك حجم التحديات ومن ينتظره من عمل للخروج من ظاهرة التخلف وعدم تحميل النظام والاقتصاد أكثر من طاقته، فالتنمية السياسية تعني تحقيق الرشادة في التسيير والحكم وبذلك تصبح آلية التوزيع من أزمة في النظام السياسي إلى سمة وبالتالي الزيادة من وحدة المجتمع وتكامله السياسي.

05- أزمة التغلغل:

تعتبر هذه الأزمة عن قدرة النظام السياسي في تدفق رموزه إلى داخل المجتمع والبيئة الدولية على حد سواء، ومن خلال هذه الوظيفة تبدي النخبة الحاكمة تأكيدها على القيم التي من خلالها يمكن إثارة حماس المواطنين وتنمي لديهم الاهتمام بالشعور القومي وبواسطتها تتمكن من تعبئة وتحريك احتياطي التأييد في المجتمع²، وترداد حدة هذه الأزمة في الدول النامية أو الدول التي تعاني من اضطرابات على مستوى أجهزتها وهياكلها ومؤسساتها الرسمية، فالتغلغل لا يتحقق بوجود الدولة الجامد والمعبر عنه في البنائات الرسمية أو من يتولون المهام باسمها ويرتدون رموزها سواء أكان ماديا أو معنويا، فأزمة التغلغل

¹ يمكن ضرب المثل بدولة السودان في إفريقيا أين بدأت مطالب الفئات الاجتماعية في تحقيق العدالة الاجتماعية وتوفير فرص العمل لتتطور فيما بعد لتصبح أكثر تطرفا في الطالبية في اقتسام ثروات البلاد وحتى اقتسام المناصب السياسية العليا في البلاد وهناك العديد من الأمثلة في العالم

² بومدين طامشة، مرجع سابق ص112

تنتج عنها أزمة ثقة بين المجتمع والنظام السياسي أو ما يطلق عليه لدى المجتمع والأكاديميين بغياب الدولة، فغياب هذه الأخيرة يعني قيام المواطنين بأدوار هم غير مؤهلين للقيام بها أو لا يملكون الوسائل للقيام بها وحتى وإن امتلكوها فإن استخدامها يكون اللاعقلاني وغير رشيد فالأولوية تكون للمصلحة الخاصة ولا وجود للمصلحة العامة فمن يرعى هذا الجانب ويكفل الجانب الأول هو غائب.

في إفريقيا وبعض دول آسيا وحتى أمريكا اللاتينية تعددت الكيانات داخل الكيان السياسي الواحد، وتتعدد فيه المجتمعات، فعملية ضبط الحدود للدولة وتعزيز وضعها الأمني الداخلي بتوفير الموارد البشرية والموارد المالية وحتى الوسائل الممكنة لذلك لا يعني أن النظام السياسي قد أنهى أزمة التغلغل، فالمظلة الأمنية لوحدها لا تكفي لإنهاء هذه الأزمة فالفرد أو المواطن يجب أن يشعر بوجود الدولة ليس فقط في مكان عمله أو أماكن تجمعها إنما يشعر بذلك حتى في بيته وذلك من خلال المظلة السياسية والتنمية، فإلى جانب الامتداد الأمني لا بد أن يواكبه امتداد مدني حضري أي تواجد الدولة المدنية التي تحترم فيها الحريات وتقدس فيها القيم عبر كامل الإقليم.

وحسب "لوسيان باي" فإن النظام السياسي هو عبارة عن مجموعة من العلاقات المتفاعلة مع بعضها البعض، "علاقات شاغلي الأدوار بوكالات الحكومة"، "علاقات الجماعات ببعضها البعض"، "علاقات شاغلي الأدوار بالمواطنين الناشطين في المجتمع"¹، وضمن هذه العلاقات يمارس النظام السياسي وظيفة التغلغل فغيابها يعني أن تتأثر أزمة الثقافة الموحدة الوطنية في مقابل الثقافات الفرعية . فسمّة التغلغل يعني تواجد الدولة في كامل جزئيات المجتمع، وهذا التواجد لا يعني أو المقصود به الدولة البوليسية، لأن الهدف والغاية مختلف كل الاختلاف فالأولى تمارسها الدولة من أجل خدمة المجتمع والحفاظ على تماسكه ومن ثم عندما يشعر المواطن بوجود الدولة القوي وأن هذا التواجد هو في صالحه وفي خدمته فإن هذا المواطن سيجعل معه دولته إلى أي مكان يتواجد فيه حتى خارج الإقليم، بينما التغلغل على شاكلة الدولة البوليسية فإن الهدف منه هو حماية النظام وضمان استمراره وبقائه وهذا يعني كبت للحريات العامة والإخلال بالتوازنات الاجتماعية أي اللعب على الورقة الطائفية العرقية التي تدخل المجتمع في صراع مع بعضه البعض مما يعطي المبرر لاستخدام أساليب القمع والإكراه وشرعية وهمية لبقاء النظام، إلا أنه ومع مرور الوقت يفشل النظام البوليسي لكن هذا الفشل سيخلف وراءه آثار

¹ أمين محمد علي ديور، مرجع سابق ص 27

جانبيهة على المجتمع إن لم يتم تداركها من خلال عمليات التنمية السياسية فإنها سوف تؤدي إلى أزمات أخرى.

06-أزمة الاستقرار السياسي:

إن حالة أزمة النظام السياسي هي نتاج التفاعل بين عاملين أساسيين أولهما تكون له آثار استقرارية وثانيهما تكون له آثار غير استقرارية، وبذلك فإن كل سلطة تتجه أحد الاتجاهين، فإما أن تتحول إلى إدارة للسلطة تدير مؤسسات المجتمع تحت سلطة الدستور والدولة والقانون، فتنتهي بذلك إلى سلطة الاستقرار السياسي الدستوري الإداري، أو أن تبقى سلطة متسلطة فتنتهي إلى سلطة الانقلابات.

فشرعية النظام السياسي تبنى على توافق واسع بين ما يطلبه المجتمع، في مقابل ما تقدمه السلطة الحاكمة ضمن أدائها لوظائفها الموكلة لها، وفي حالة انعدام هذا التوافق فإن الرؤى تختلف ويظهر التباعد وعدم الانسجام، وهذا ما يسفر عن حالة عدم الاستقرار في المجتمع، وتظهر أزمة اللااستقرار السياسي على عدة مستويات كعدم الاستقرار على مستوى النخبة الحاكمة، وفي التغييرات السريعة في شغل المناصب والأدوار السياسية، وعدم الاستقرار على مستوى المؤسسات السياسية، وعدم الاستقرار السياسي حيث العنف المستخدم من طرف السلطة سمة السلوك السياسي السائد، إن أزمة الاستقرار السياسي قد تتسبب في تردي الوضع السياسي والاجتماعي، ومن تم حالة اللااستقرار، وهو ما يعطي المجال الفرصة للمؤسسة العسكرية للتدخل في الحياة السياسية لضبط هذه المتغيرات المتناقضة.

ورغم أن أزمة الاستقرار السياسي تمس النظام في أعلى مستوياته إلا أن لها آثار مباشرة على المجتمع، فعدم الاستقرار تمس الأفراد في حياتهم الشخصية وتتجسد أزمة الاستقرار السياسي في عدة صور لعل أبرزها:

أ- ظهور الجماعات المسلحة الخارجة عن سلطة الدولة هذه الجماعات قد تحمل السلاح بحجة حماية مصالحها، إلا أن هذا المبدأ يكون كمبدأ أولي سرعان ما يتحول إلى ضرب مصالح جماعات أخرى وهو ما يعقد أزمة الاستقرار أكثر وأكثر، وهذه الأزمة تعبر عن ضعف أداء النظام واستغناؤه عن أهم ميزة من ميزاته والتي ينفرد بها عن سائر التنظيمات الأخرى التي تدور في فلكه وهي الاحتكار الشرعي والمنظم للعنف.

ب- خروج المواطنين في مظاهرات وتجمعات تعبيراً عن سخطهم للأوضاع المتردية وعجز

النظام السياسي في الإمساك بمظاهر الأزمة، سرعان ما تتحول إلى مظاهر عنف واحتجاجات مسلحة. ت-أزمة الاستقرار السياسي لا تمس النظم الاجتماعية فحسب بل تمس النظم الاقتصادية ففي حالة اللااستقرار لا يمكن القيام بأية أنشطة اقتصادية، ولا استثمارات يمكن أن تعود على الفائدة للمجتمع والدولة معا.

ث-وأهم سلبية لحالة اللااستقرار هو تغيير التركيبة الاجتماعية، حيث حالة اللااستقرار واللامن قد تؤدي بالهجرة الداخلية أو ما يعبر عنه لدى دارسي علم الاجتماع بحالات النزوح غير المنظمة وفي حالات اشتداد الأزمة قد نشهد حالات نزوح وحالات هجرات خارجية، إن هذه الحالة قد تؤثر على وضعية المجتمع خاصة عندما تمتزج عادات مختلفة مع بعضها البعض (سكان الريف مع سكان المدينة).

التنمية السياسية هي عملية شاملة لا تستهدف المجتمع المدني فحسب، بل تستهدف النظام السياسي كذلك فعملية الاستقرار السياسي هي أكثر من ضرورة، لذا فالعمل في إطار الأطر الدستورية والقانونية من شأنه أن يساهم في الاستقرار السياسي، كذلك الحكم الراشد والممارسة الديمقراطية الرشيدة فاستقرار النظام السياسي يعني استقرار المجتمع¹ ومن ثم ازدهار ورفاهية الاقتصاد، فسمه الاستقرار يجب أن تكون هي القاعدة ومن ثم لا بد من وضع الأسس والأعراف اللازمة لاستمرار هذه السمة.

07- أزمة التنظيم السياسي للسلطة:

تعد السلطة السياسية ركنا جوهريا وأساسيا في قيام الدولة نظرا لكونها العنصر المميز للدولة عن غيرها من الجماعات، حيث تمارس سلطتها وسيادتها على جميع الأفراد الموجودين فوق إقليمها إلا استثناءات ووفقا للقانون الدولي، حتى إن البعض من الفقهاء يعرف الدولة بالسلطة، غير أن هذا الرأي منتقد لأن السلطة ظهرت قبل ظهور الدولة وتطورت مع المجتمعات ثم مع الدولة فضلا عن أنها أشمل من هذا التنظيم.

وتعتبر السلطة أكثر من ضرورة لقيام الدولة، لكونها الوسيلة التي من خلالها تتمكن الدولة القيام بوظائفها الداخلية والخارجية، كما أن هدف السلطة كذلك هو حماية مصالح الأفراد والجماعات وتنظيم

¹ أسامة الغزالي حرب، الأحزاب السياسية في العالم الثالث. الكويت: عالم المعرفة 1978 ص161

أمرها بما يتماشى والصالح العام، شريطة أن تقوم هذه السلطة على رضا وقبول المحكومين، وهذا ما يميز الدولة الحديثة عن الدولة القديمة قاصرة على حماية مصالح الحاكم عن طريق القوة¹.

وتبرز أزمة التنظيم السياسي للسلطة في خصائصها ومدى ارتباطها بالمجتمع، فالسلطة شاملة لجميع الأنشطة البشرية وليست خاصة على جانب معين من تلك النشاطات فهي تشمل الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الى غيرها من المجالات، وتنظيم السلطة يعني احتكارها الشرعي والمنظم للعنف واستخدامهما لردع المخالفين².

فالسلطة هي سلطة عليا تسمو على جميع السلطات الأخرى في المجتمع، وتخضع لها جميع مؤسسات الدولة وأفراد الشعب بدون استثناء، فهي سلطة وطنية نابعة من وجود الدولة ومعبرة الإرادة المستقلة، وتسيطر على كامل الإقليم، ووجود أزمة تنظيم سياسي للسلطة يعني بالضرورة وجود أزمة بنى في المجتمع، فهذا الأخير لا يمكن أن يمارس نشاطه في غياب الفعلي للسلطة، فالنظريات المفسرة لظاهرة السلطة ونخص بالذكر نظريات العقد الاجتماعي كلها أكدت أن السلطة جاءت وليدة الحاجة إليها، لكن إذا كانت السلطة في حد ذاتها بحاجة إلى تنظيم فالمجتمع لن يكون في حال أفضل منها³.

الخاتمة:

إن وحدة المجتمع وتكامله السياسي هو أمر ضروري للحفاظ على النظام الاجتماعي القائم، والنظام السياسي يستتفر كامل طاقاته وإمكاناته من أجل تحقيق هذا المطلب، فالتنمية السياسية باتت أكثر من مطلب ضروري لتحقيق هذا الهدف، فمن خلالها يحافظ النظام السياسي على سماته الأساسية التي إن فشل في تقديم إجابات واضحة عنها قد تتحول إلى أزمات التي ستضرب بوحدة وتكامل المجتمع، فالتنمية السياسية تمكن النظام السياسي من بناء هوية واحدة مشتركة بين جميع أجزاء المجتمع التي تتعدد وتتوغل فيه الهويات وتتفرع وإلى جانب كل هذا التعقيد تطرح إشكالية العولمة كمتغير بارز يهدد الهوية الوطنية القومية لكامل المجتمع، والأمر ذاته ينطبق على باقي الأزمات الأخرى.

¹ بومدين طامشة، مرجع سابق ص70

² موريس دوفرجيه، مدخل إلى علم السياسة. ت سامي الدروبي. بيروت: المركز الثقافي العربي ط1 2009 ص215

³ جان ماري دانكان، علم السياسة. ت محمد عرب صاصيلا. بيروت: المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع ط1 1997 ،

إن هذه المؤشرات تشير إلى غاية التنمية السياسية وهي تخلص المجتمع من بعض هذه الأزمات السائدة، فهي مؤشرات تعبر عن الحداثة السياسية، إلا أنه لا يمكن الإغفال أو التغاضي عن بعض المؤشرات الأخرى كأزمة بناء الأمة وغيرها لأن التنمية السياسية في النهاية لا تعدو أن تكون عملية تخلص المجتمع من أزمة أو ضائقة التخلف السياسي، فالتنمية السياسية هي تلك العملية التي من خلالها يتخلص المجتمع من سمات تخلفه سياسيا، ومن ثم تحقيق الوحدة والتكامل السياسي بين أجزاء المجتمع، وترجع العديد من الدراسات أن من بين أسباب فشل عمليات التنمية المحلية هو اعتمادها الكبير عن الجانب الاقتصادي وإهمالها للجانب السياسي، فلا يمكن نجاح التنمية في مجتمع يعاني الانقسام على نفسه والتفكك وتتعهد فيه الهوية المشتركة التي تستمد قوتها من الهويات الفرعية النابعة من عمق المجتمع، كما أن أزمة المشاركة السياسية تعني غياب المجتمع عن المشاركة في عمليات صنع القرار خاصة تلك المتعلقة به وهذا ما يجعلها سياسات مركزية بعيدة كل البعد عن الواقع الاجتماعي الحقيقي، فالتنمية السياسية وإن كانت من بين الوظائف السياسية إلا أن أثارها تعود المجتمع كما تعود كذلك على النظام وعندما تكون الجبهة الداخلية للنظام السياسي متماسكة وموحدة فإن النظام السياسي بإمكانه مواجهة التحديات الخارجية.

امتيازات المالك على الشيوع استعمالا واستغلالا وتصرفا

دراسة فقهية قانونية مقارنة

صحراوي غريب (*)

تاريخ قبول المقال: 2019/07/13

تاريخ إرسال المقال: 2019/06/25

ملخص:

ضمنت هذا المقال مقدمة صورت فيها حقيقة الملكية الشائعة، ثم تطرقت إلى مفهوم كل من الملكية والشيوع في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، ثم انتهت إلى تعريف المركب من الصفة والموصوف (الملكية الشائعة)، ثم بينت الأحكام الفقهية والضوابط القانونية لكل ما يأتي:

- 1 - حكم تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة في الفقه الإسلامي.
- 2 - تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع في الفقه الإسلامي.
- 3 - تصرف الشريك في كل المال الشائع في الفقه الإسلامي.
- 4 - امتيازات المالك على الشيوع في القانون المدني الجزائري.

This article comprises an introduction showing the real meaning of communal property, followed by the concept of both property and communism in the Islamic Fiqh and the Algerian Civil Code. Subsequently, I ended up by defining "Communal Property" and elucidating the Islamic jurisprudential terms and legal standards for each of the following cases:

- 1) When the partner proceeds in managing their part in the Communal Property on their own
- 2) When the partner proceeds in managing a designated amount of the Communal Money
- 3) When the partner proceeds in managing all of the Communal Money
- 4) The ownership's advantages over Communism in the Algerian Civil Code

مقدمة.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، الحمد لله الذي خلق ورزق، وعلم وألهم، وهدى للتي هي أقوم والصلاة والسلام على خير الأنام، وعلى آله وصحبه الكرام، وعلى من اهتدى بهديه، واستن بسنته إلى يوم لقاء الواحد العلام، ويعد:

فإن الملكية الشائعة، من حيث تصوير مفهومها، وسط بين ملكيتين، هما الملكية المفززة والملكية المشتركة، فالنصيب الذي يملكه الشريك في الشيوخ تفرقت ذراته في كل المال الشائع، لذا لم يحدد في جانب منه على درجة التعيين فملكته لهذا النصيب هي ملكية معنوية، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفززة، إذ الإفراز يحدد نصيبا ماديا للشريك في الشيوخ يستأثر به دون غيره.

كما أن المال الشائع لا يملكه الشركاء مجتمعين، بل لكل شريك فيه نسبة معينة تمثل حصته كأنه استقل بها معنى، وهو ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة، والتي تعتبر الشركاء فيها كأنهم يد واحدة على المال المشترك.

ويعتبر موضوع الملكية الشائعة من المواضيع الهامة والخطيرة التي تفرض وجودها في معاملات الناس اليومية، خصوصا فيما يتعلق بشيوخ العقارات، والتي كان أهم أسباب نشوئها الميراث بالإضافة إلى الوصية، وغيرهما من العقود، والتي هي محل نزاع دائم ومستمر في عصرنا هذا وفي عصور سبقت، في مصرنا هذا وغيره من الأمصار.

وقد ازدادت حدة الخلافات بين الشركاء في الشيوخ سيما أعضاء الأسرة الواحدة حول من له ألوية الإدارة والتصرف مما نتج عنه كثرة المظالم، فالفكك الأسري، فهدم أو أضر القرابة خصوصا مع الارتفاع العالمي المتزايد لأسعار العقارات بصفة عامة، والأراضي بصفة خاصة، والتي أصبحت أعلى مما يمثل الثمنية (الذهب)، مع هيمنة المادة وضعف الوازع الديني، مما أدى بالعديد من أفراد المجتمع (الشركاء في الشيوخ) إلى الرغبة في تصفية ملكيتهم، وإفرازها قصد الاستثمار فيها.

غير أن ذلك غير متاح في كل شيوخ، إذ منه ما لا يقبل القسمة أبدا، وهو ما يسمى بالشيوخ الجبري، أو القهري" وهو ما تعلق بجزء نسبي غير معين ولا محدد على وجه دائم، فتكون كل ذرة من كل نصيب سارية إلى كل جزء من أجزاء المال الشائع بصفة دائمة، إما لتعذر الإفراز، أو لمنافضة الغرض الذي أعد له المال".

وهو ما تعلق بالأعيان المملوكة ملكية مشتركة، أو ما اصطلح عليه الفقهاء بشركة الملك، وكذا المرافق التابعة للأمالك المفردة، أو ما يدرج ضمن الحقوق العينية بالإضافة للمرافق العامة التي تثبت أحقيتها للجميع على سبيل الإباحة.

وقد ذكر الفقهاء لذلك أمثلة كثيرة في فروع الفقه الإسلامي منها¹: الحمام و البئر والقناة والبيت الصغير، والثوب الواحد والجوهرة التي تحتاج إلى كسر في قسمتها وما يلحق بها أو يأخذ حكمها، كالسفينة أو المركبة.

وكما يتعلق الشيوع بحق الملكية فيشمل رغبة الأشياء، يتعلق كذلك بالحقوق العينية الأخرى كالمرافق المرتبطة بالأعيان والتابعة لها، بل إن الشيوع الإجمالي يتأكد في المرافق التابعة للأمالك، لأن الذي أعدت له هذه المرافق يقتضي بقاءها على الشيوع على وجه دائم، وفي فروع الفقه الإسلامي ما يؤكد ذلك.

ورغم عناية فقهاء الإسلام الأقدمين بمسائل الشيوع وإدارته، وكذا إنهائه، إلا أن علاجهم لهذا الموضوع اقتضى أسلوبا جزلا يوافق نمط المعاملات التي كانت في عصورهم، كما بقي الموضوع في شكل فتاوى في جزئيات متفرقة، وفي أبواب فقهية شتى مجردة عن قواعدها الكلية وأصولها العامة التي تتكيف وفقها تحت ضابط المقاصد، إلا ما أشار إليه فقهاء الأحناف في مجلة الأحكام العدلية، وفقهاء القانون المدني في باب الملكية.

فهل يمكن إعادة دراسة هذا الموضوع دراسة مستجدة تربط الفروع بالأصول، وتراعي في ذلك مقاصد التشريع؟ وكيف يمكن أن نتقاضي المسائل الناتجة عن البقاء على الشيوع؟ وهل هناك ضوابط شرعية ومنظومة قانونية تكفل التماسك الاجتماعي والتنمية الاقتصادية للملك المشاع مع كثرة الأيدي المالكة وسوء المشاركة؟ وكون أغلب الملك المشاع لم يكن سببه اختياري، بل فرض على الشركاء فيه ممثلا في الميراث.

¹ - ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار . ج9 ص434 . الطبعة الثانية دار المعرفة - بيروت لبنان . سنة 1432هـ، 2011م.

، القاضي عبد الوهاب - المعونة . ج2 ص1286، الطبعة الأولى دار الفكر - بيروت لبنان . سنة 1419هـ، 1999م. . النووي - المجموع شرح المذهب . ج17 ص203 - مطبعة التضامن الأخوية بالحسين - مصر، ابن قدامة - المغني مع الشرح الكبير .. ج4 ص291، 292 - طبعة دار الكتب العلمية - بيروت لبنان.

لذا أبرزت في هذا المقال امتيازات المالك على الشيوع استعمالا واستغلال وتصرفا مع ذكر الأحكام والضوابط الشرعية والقانونية التي تنظم الشيوع وتديره، وقد بدأت المقال كمدخل له بمفهوم كل من الشيوع والملكية في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، وقد كانت الدراسة مقارنة بين المدارس الفقهية من جهة، وبين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري من جهة أخرى لواقعية الموضوع ودعوة المقتضى.

أولاً: تعريف الملكية الشائعة لغة واصطلاحاً عند فقهاء الشريعة والقانون.

وتطرق في تعريف اللغوي والمركب الإضافي (الاصطلاحى) للملكية الشائعة في الفقه الإسلامي، كما وقفت على تعريف فقهاء القانون المدني للملكية الشائعة.

أ . الملكية لغة.

الملك عند علماء اللغة يعني السلطان والعز والعظمة، كما يعني حيازة الشيء والانفراد بالتصرف فيه، أو القدرة على الاستبداد به، وكل منهما يستلزم الثاني.

. فهي من الفعل الثلاثي ملك، "والملك معروف، وهو يذكر ويُؤنث كالسلطان، وملك الله وملكوته سلطانه وعظمته"²، ولذلك يقال لفلان من الناس ملكوت الشيء، أي عزه وسلطانه، والملك³: مثلثة أي بفتح الميم وضمها وكسرهما، احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به، وقيل الملك⁴ بكسر الميم اسمٌ منه والفاعل مالك، والجمع مَلَاك، مثل كافر وكفّار، وتأتي لفظة الملك⁵ بكسر اللام وتخفف، والجمع منها ملوك مثل فلس فلوس، والاسم الملك بضم الميم.

يتضح ممّا سبق أنّ الملك لغة يعني معنيين فهو:

1 - السلطان والعز والعظمة، والاسم منه ملكٌ بفتح الميم وكسر اللام.

2 - وهو حيازة الشيء، والانفراد بالتصرف فيه، أو القدرة على الاستبداد به والاسم منه مالك.

- وكل معنى من المعنيين يستلزم الثاني، فلا يطلق الملك إلا على من حاز الملك واستبد به، ولا بد لكل ملك من مالك يحوزه وينفرد بالاستبداد به استغلالا، واستعمالا، وتصرفا.
ولذلك جاء في حقه تعالى أنه: "مَلِكٌ يَوْمَ الدِّينِ"⁶، و "مَلِكٌ يَوْمَ الدِّينِ ٤"⁷.

² . أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي - لسان العرب ج6 ص 92 الطبعة الأولى دار صادر سنة 1997 م.

³ . ابن منظور . المرجع السابق . ج6 ص 92.

⁴ . ابن منظور . المرجع السابق . ج6 ص 92.

⁵ . مجمع اللغة العربية - المعجم الوجيز . ص950. طبعة وزارة التربية والتعليم 1411 هـ / 1991م.

⁶ . سورة الفاتحة . آية رقم 04.

ومالك مأخوذة من الملك كما قال المولى جلّ وعلا في ذلك: " إِنَّا نَحْنُ نَرِثُ الْأَرْضَ وَمَنْ عَلَيْهَا وَإِلَيْنَا يُرْجَعُونَ " ٤⁸، وقال تعالى: " قُلْ أَعُوذُ بِرَبِّ النَّاسِ ١ هَلِكِ النَّاسُ ٢"⁹، وملك مأخوذ من الملك كما قال تعالى: " لِمَنْ أَلْمَلِكُ الْيَوْمَ لِلَّهِ الْوَاحِدِ الْقَهَّارِ ١٦"¹⁰، وقال: " أَلْمَلِكُ يَوْمَئِذٍ الْحَقُّ لِلرَّحْمَنِ وَكَانَ يَوْمًا عَلَى الْكَافِرِينَ عَسِيرًا ٢٦ "¹¹. لهذا قرأ¹² بعض القراء: " هَلِكِ يَوْمَ الدِّينِ ٤ "¹³ وقرأ آخرون: " ملك "

وكلاهما صحيح متواتر في السبع.

ب - الملكية اصطلاحا.

ينبغي الوقوف عند تعريف الفقهاء القدامى، وما أجمعت عليه كلمة الفقهاء المعاصرين لكي نصل إلى تعريف جامع مانع للملكية في الاصطلاح.

1- الملك اصطلاحا في المدارس الفقهية.

- عرّف الفقهاء الملكية باعتبار وصفها بتعريفات متقاربة.

- عرّفها الأحناف بأنها: " قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف لإلّمانع"¹⁴ فالملك عند الأحناف حق يحتاج إلى اعتبار شرعي، فإن انتفى هذا الاعتبار انتفى الملك، وقد احترز صاحب التعريف بقوله: "ابتداء على التصرف" ليخرج تصرف الوصي أو الوكيل أو القاضي، فهؤلاء يتصرفون لانتفاع المالكين لا لأنفسهم، وفي قوله: "إلّمانع" احتراز ثاني مفاده أن حق الملكية وإن كان له اعتبارا من الشرع غير أنه قد يمنع من هذا الحق مانع متعلق أساسا بصاحب الحق، وذلك كالحجر والصغر والجنون.

7. سورة الفاتحة . آية رقم 04.

1. سورة مريم . آية رقم 40.

9. سورة الناس – آية رقم 1،2.

10. سورة غافر – آية رقم 16.

11. سورة الفرقان – آية رقم 26.

12. أبو الفدا إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي – تفسير القرآن العظيم . ج1 ص 103 الطبعة الأولى . دار ابن حزم – بيروت لبنان سنة 1423هـ / 2002م .

13. سورة الفاتحة . آية رقم 04

14. د.جمال خليل النشار – تصرف الشريك في المال الشائع ص21 . طبعة دار الجامعة الجديدة . الإسكندرية . سنة 2000م، د.أحمد فلاح عبد البخيت . الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي والقانون – دراسة مقارنة . ص 83 – طبعة دار الجامعة الجديدة الإسكندرية سنة 2012م.

- وعرفه المالكية بقولهم: "هو حكم شرعي، أو وصف مقدّر في العين، أو في المنفعة يقتضي تمكين من يُضاف إليه من الانتفاع بالملوك، ومن المعاوضة عنه"¹⁵.

- وعرفه الشافعية بتعريف يقترب من تعريف المالكية إلى أحد التتابع، فقالوا: "هو حكم شرعي يقدر في عين أو منفعة، يقتضي تمكن من ينسب إليه من انتفاعه والعيوض عنه من حيث هو كذلك"¹⁶.

فالمالك¹⁷ حكم شرعي لكونه ثمرة أسباب شرعية يقدر في العين أو المنفعة، وذلك عند تحقق الأسباب المفيدة للملك، كما أن التعريف يشير إلى أنّ المنافع تملك كما تملك الأعيان، وفي التعريفين " يقتضي انتفاعه" احتراز عن تصرف القضاة والأوصياء وذلك لأن تصرفهم لانتفاع المالكين لا لانتفاع أنفسهم، وفي قولهما: "والعوض عنه" يخرج الإباحات والمرافق العامة كالاختصاص بالمساجد والربط، ومقاعد الأسواق فلا ملك فيها مع إمكان التصرف وفي قولهما: "من حيث هو كذلك" إشارة إلى تخلف الحكم مع وجود الاعتبار الشرعي، بسبب وجود المانع كالحجر والجنون والصغر.

- وعرفه الحنابلة بقولهم: " هو القدرة الشرعية على التصرف في الرقبة بمنزلة القدرة الحسية"¹⁸، فهو اختصاص بالشيء يمنع الغير منه ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا لمانع شرعي.

2 - تعريف الملكية عند الفقهاء المعاصرين.

التقت تعاريف الفقهاء المعاصرين للملكية عند قولهم: " هو اختصاص بالشيء يمنع الغير منه، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا لمانع شرعي"¹⁹، وهو ما التقت عنده مضامين التعاريف السابقة، فإذا ما ملك الشخص مالا بسبب من الأسباب المشروعة اختص به، حيث يمكنه هذا الاختصاص من الانتفاع بملكه تصرفا واستغلالا واستثمارا، إلا إذا وجد مانع شرعي يمنع من ذلك كالجنون والعتة والسفه، والصغر، كما أنّ اختصاصه به يمنع الغير من الانتفاع به أو التصرف فيه، إلا إذا وجد سند شرعي يبيح له ذلك كالولاية والوصاية والوكالة.

15 . شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي المصري المعروف بالقرافي . الفروق . ج3 ص1009. الطبعة الأولى دار السلام . القاهرة . سنة 1421هـ . 2001م.

16 . جلال الدين السيوطي – الأشباه والنظائر . ص 401. الطبعة الأولى مؤسسة المختار . القاهرة . سنة 1428هـ . 2008م.

17 - المرجع نفسه . ص 401-402.

18 . أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني الدمشقي الحنبلي . الفتاوى الكبرى . ج3 ص347. طبعة مؤسسة الحلبي- القاهرة سنة 1329هـ.

19 . د . وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته ج4 ص57، ج5 ص489 . طبعة دار الفكر دمشق – سوريا ، الطبعة الثالثة . سنة 1409هـ / 1989 م ، د.أحمد فلاح عبد البخيت – مرجع سابق . ص 84.

غير أن تصرف الولي أو الوصي أو الوكيل لم يثبت له ابتداء، وإنما بطريق النيابة الشرعية عن غيره، ولذلك جاء الاحتراز في التعريف بقولهم: "ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء".
ت - تعريف الشيوع في اللغة.

من المعاني التي أطلقها الفقهاء على الشيوع الشركة، فإذا قيل: هذان الشريكان متشايعان في دار أو أرض، كانا شريكين فيها، وهو ما يقتضي كون نصيب كل منهما غير مفرز، ولا مقسوم. والشيوع لغة²⁰ من الفعل شاع، يقال شاع الشيب شيعا وشياعا، وشيعانا وشيوعا، وشيوعا، ومشيعة ظهر وتفرق، وشاع فيه الشيب، والمصدر ما تقدم. ويقال نصيب فلان شائع في جميع هذه الدار ومشاع فيها .. أي إذا كان في جميع الدار، فاتصل كل جزء منه بكل جزء منها، وسهم شائع أي غير مقسوم.

- وفي القاموس المحيط²¹: سهم شائع وشاع ومشاع غير مقسوم، فالشيوع لغة يدل على معنيين يقتضي المعنى الأول منها الثاني، فهو كل متفرق غير معزول وهو ما يقتضي كونه غير مقسوم.
- ومن المعنى الأول: يُقال أشعت المال بين القوم، والقدر في الحي إذا فرقته فيهم ولم يفرز، وفي هذا قيل: أشيعا مشر²² القدر حولنا وأي زمان قدرنا لم تمشر؟
- ومن المعنى الثاني: تقول العرب أشاعت²³ الناقة، أي إذا أرسلت بولها إرسالا متصلا غير منقطع.

ومن معاني الشيوع الشركة²⁴، فيقال: هما متشايعان، ومشتاعان في دار أو أرض إذا كانا شريكين فيها، وهم شيعاء فيها، وكل واحد منهم شيع لصاحبه، أي شريك له. غير أن الشيوع في جوهره يختلف عن الشركة، فالشركة المالك فيها جماعة يساهم كل فرد فيها بنصيب من المال بقصد تحقيق غرض مشترك يعجز كل واحد منهم عن تحقيقه منفردا، فالشركة²⁵ إذن تعتبر ملكية واحدة لعدة

²⁰ . ابن منظور - مرجع سابق . ج3 ص 503.

²¹ . مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن ابراهيم الفيروز آبادي الشيرازي الشافعي - القاموس المحيط . ص754. الطبعة

الثانية . دار الكتب العلمية . بيروت لبنان . سنة 1428هـ / 2007م

²² . التمشير والتمشير القسمة، ومشر الشيء قسمه وفرقه، وخص بعضهم به اللحم. انظر. ابن منظور. مرجع سابق . ج4ص20.

²³ . المرجع نفسه . ج3 ص503.

²⁴ . المرجع نفسه . ج3 ص503.

²⁵ . أحمد فلاح عبد البخيت - مرجع سابق . ص 13.

شركاء مجتمعين لا يملك كل منهم إلا مجرد حق شخصي لا عيني في استغلال الشيء والحصول على الربح الناشئ عنه، ولا يمتلك الشريك حقه العيني إلا بعد قسمة المال المشترك نتيجة تصفية الشركة، وهو ما يختلف اختلافا جذريا عن الملكية الشائعة التي يملك كل شريك فيها حقه العيني في كل ذرة من ذراتها ملكا يخوله امتيازات الاستغلال والاستعمال والتصرف.

ث - تعريف الشيوخ اصطلاحا.

- تعرّف الفقهاء القدامى لتعريف الشيوخ عند تحديدهم لشروط الشفعة، فمن شروطها أن يبقى العقار على صفة الشيوخ، أي شائعا غير مقسوم، وهو ما ذكره النص النبوي بصراحة ففي حديث جابر (رضي الله عنه): " قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة"²⁶ وقد تقاربت عبارات جمهور الفقهاء في هذا الباب، ففي الفواكه الدواني: " وإنما الشفعة في المشاع، وهو غير المتميز على حده"²⁷، وفي المغني لابن قدامة قوله: " فلا تثبت إلا بشروط أربعة أحدهما: أن يكون الملك مشاعا غير مقسوم"²⁸، كما تعرض الفقه الإسلامي لتعريف الشيوخ في باب القسمة²⁹، فلا تقع القسمة إلا لمال شائع وكذا في أبواب الهبة والزهن³⁰، وذلك عند تناول الفقهاء لحكم رهن المشاع وهبته أو حكم التصرف في المال المشاع بالمصطلح العصري، غير أنّ التعاريف التي ذكرت مقترنة بالأبواب السابقة هي أقرب ما تكون إلى التعاريف اللغوية والتي حددت صفات الملك المشاع كونه غير مقسوم، وغير متميز، وأدق تعريف للشيوخ هو ما ذكره

²⁶ ابن حجر العسقلاني . فتح الباري شرح صحيح البخاري . قوله كتاب الشفعة بسم الله . ج 04 ص 436 . طبعة دار المعرفة . بيروت . سنة 1379 هـ ، أبو بكر أحمد بن علي البيهقي . السنن الكبرى . باب الشفعة فيما لم يقسم . ج 06 ص 102 . الطبعة الأولى . مجلس دائرة المعارف النظامية . الهند . سنة 1344 هـ ، أبو داود السجستاني . سنن أبي داود . باب في الشفعة . ج 09 ص 390 . طبعة دار الكتاب العربي . بيروت لبنان ، ابن ماجة القزويني . سنن ابن ماجة . باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة . ج 07 ص 373 . طبعة دار الفكر بيروت ، محمد بن حبان البستي . صحيح ابن حبان . باب ذكر خير ثاني . ج 11 ص 592 . الطبعة الثانية . مؤسسة الرسالة . بيروت . سنة 1414 هـ 1992 م ، أبو عبد الله الشيباني . مسند أحمد بن حنبل . باب مسند جابر بن عبد الله (رضي الله عنه) . 03 ص 296 . طبعة مؤسسة قرطبة . القاهرة .

²⁷ . أحمد بن غنيم النفراوي – الفواكه الدواني . ج 2 ص 151 . طبعة دار الفكر بيروت . سنة 1415 هـ 1995 م .

²⁸ . موفق الدين ابن قدامة المقدسي – المغني . ج 7 ص 436 . الطبعة الرابعة دار عالم الكتب الرياض . سنة 1419 هـ 1999 م .

²⁹ . النووي – روضة الطالبين وعمدة المفتين . ج 11 ص 204 . الطبعة الثالثة – المكتب الإسلامي بيروت . سنة 1412 هـ 1991 م .

³⁰ . النووي – مرجع سابق . ج 4 ص 38،39 ، ابن قدامة المقدسي مرجع سابق . ج 8 ص 247-248 .

الأحناف في مجلة الأحكام العدلية وهو قولهم: "النصيب المشاع هو: السهم الساري إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك"³¹. فالملكية الشائعة إذا هي: ما تعلق كل نصيب منها بجزء نسبي غير معين ولا معزول، فتكون كل ذرة من نصيب أحد الشركاء المشتاعين مشتركة بين ذرات أنصباء الشركاء كلهم.

ج - التعريف الإضافي أو العلمي للملكية الشائعة.

يعتبر تعريف الأحناف السابق هو التعريف التي التقت عليه كلمة الفقهاء المعاصرين في تعريفهم للملكية الشائعة بقولهم: " هي ما تعلق بجزء نسبي غير معين"³²، أو هي: " ما كان نصيب كل شريك فيها منتشر في جميع أجزاء الشيء المملوك"³³، فالملكية الشائعة لا يعد المشتاع فيها مالكا للمال كله أو مالكا لجزء مفرز منها، وإنما كل شريك يملك حصة شائعة يراحم فيها الشركاء المشتاعين، وتمتع الشريك بملكه لا يتعدى حدود حصته.

ومن خلال التعريف السابق ندرک أن مرجع الشيوع في الملك يعود أساسا إلى تعدد الملاك في ذات الملك، وهي حالة استثنائية لا أصلية، فالأصل أن ينفرد كل مالك بملكه مفرزة يتمتع بثمارها استغلالا واستعمالا وتصرفا.

ح - تعريف الملكية الشائعة في القانون المدني الجزائري.

أشار المقنن المدني إلى تصوير الشيوع في المادة (713) من القانون المدني الجزائري. جاء فيها: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا، وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوع، وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقد دليل على غير ذلك"³⁴.

فالملكية الشائعة في القانون المدني هي التي لم يحدد نصيب كل شريك فيها، فهو غير معين ولا معزول، وهو ما عبر عنه المقنن الجزائري بغير المقرر في المادة السابقة، فالشيوع إذن هو تزامن³⁵ ملكيات المشتاعين على الشيء الواحد وهي ملكية تخول سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف لأكثر من شخص على ذات الملك دون إفرار أو تحديد جزء، أو عزل نصيب من هذا الشيء المملوك لكل مالك على حدة، ولا يشترط في الملكية الشائعة أن تتساوى أنصباء المشتاعين وحصصهم، بل يحدد

31 . سليم رستم باز . شرح المجلة . ج01ص58. الطبعة الأولى . دار الكتب العلمية . بيروت . سنة 2010م.

32 . د. أحمد فلاح عبد البقيث – مرجع سابق . ص 127.

33 . د. وهبة الزحيلي – مرجع سابق . ج5 ص 656.

34 . مولود ديدان – القانون المدني . حسب آخر تعديل له . ص 137. طبعة دار النجاح للكتاب سنة 2006م.

35 . أحمد خالد - القسمة بين الشريعة والقانون المدني الجزائري . ص 19 طبعة دار هومة . سنة 2008م.

نصيب كل شريك في الشيوخ حسب السند، أو السبب الذي مكن من ملكية هذا النصيب لصاحبه، وتختلف³⁶ أسباب اكتساب الملكية الشائعة حسب السند القانوني الذي استندت عليه سواء أكان تصرفا قانونيا كالعقد أو الوصية، أو واقعة قانونية كالمراث والحيازة والاتصال، وعلى هذا قال المقنن الجزائري: "وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقد دليل على غير ذلك"³⁷، وجعل تساوي الأنصبة في الملكية الشائعة أصلا، والاستثناء ما استثناه الدليل، وهو كلام يحتاج إلى مستند قانوني. ومن خلال المادة (714) والتي مفادها أن: " كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء"³⁸.

ثانيا: امتيازات المالك على الشيوخ ودوران الحكم في التصرف بين الأصالة والوكالة.

تناولت في هذا المبحث أحكام تصرف الشريك في المال المشاع في حدود حصته، وكذا حكم تصرفه في جزء مفرز عن الملكية الشائعة، ثم بينت أحكام تصرفه المنصب على كل المال المشاع، في مقابلة بقية الشركاء والمتصرف إليه، وقد كانت الدراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

أ - حكم تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة.

تعتبر ملكية المالك على الشيوخ ملكية تامة للشيء محل ملكيته، فله أن يتصرف منفردا في حدود حصته، غير أن ممارسته منفردا بسلطاته في الاستعمال والاستغلال والتصرف مرهونة بعدم الإضرار بحقوق سائر شركائه في أنصبتهم حيث ينتهي حقه عند بداية حقوقهم، والمتصرف في هذه الحالة بين تعارض المقتضى والمانع³⁹، فمقتضى الملكية يطلق له يد التصرف، ومانع الشيوخ يقيد تصرفه، فيقدم المانع على المقتضى، فتبقى صحة تصرفه في حدود ملكيته وهو ما اجتمعت عليها كلمة الفقهاء إلا في استثناءات خاصة سيأتي ذكرها.

1 - حق التصرف.

³⁶ د. أحمد فلاح عبد البخيث - مرجع سابق - ص 128.

³⁷ المادة (713) من القانون المدني الجزائري . انظر مولود ديدان . مرجع سابق . ص 137.

³⁸ -37 المرجع نفسه . ص 137.

³⁹ القاعدة الفقهية: " إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع "، انظر الشيخ أحمد بن محمد الزرقا . شرح القواعد الفقهية .

ج1 ص 244. الموسوعة الشاملة - الإصدار الثالث.

ونقصد به نقل المالك لنصيبه في الشيوع بعوض أو بغير عوض، فإذا كان تصرف الشريك في حدود حقه اعتبر تصرفه صحيحا فيما بين طرفيه نافذا في مواجهة سائر الشركاء، وهو ما نطقت به كلمة الفقهاء .

- جاء في تبين الحقائق: " بيع المشاع يجوز من شريكه، ومن غير شريكه بالإجماع، سواء كان مما يحتمل القسمة كالأرض والدار، أو مما لا يحتمل القسمة كالعبد والحمام⁴⁰، فذهب الأحناف⁴¹ إلى جواز بيع الشريك لحصته في الشيوع ولو كان مما لا ينقسم، مع ما في ذلك من إدخال الضرر على الشريك، وذلك بإدخال شريك أجنبي عليه.

- وذهب إلى القول السابق الإمام مالك (رحمه الله)، حيث جاء في المدونة الكبرى: " .. سألت مالكا عن الرجلين يتكاريان الدار، فيريد أحدهما أن يكرى نصيبه لأصاحبه الشفعة؟ فقال: لا، وقد أجاز مالك في هذه المسألة كراء نصف الدار غير مقسومة وأرى في الدابة والعبد أن الكراء جائز من قبل أن البيع في نصف العبد ونصف الدابة جائز⁴² . والعبد والدابة مما لا يقبل القسمة.

- وذهب الشافعة إلى جواز رهن المشاع سواء رهنه من شريكه أو أجنبي، قبل القسمة أو لم يقبلها، وسواء أكان الباقي من المشاع للراهن أم لغيره، ولا يخفى ما في ذلك من إدخال الضرر على الشريك إن كان الباقي من المشاع لغير الراهن وقد قاس الشافعية صحة رهن المشاع على صحة بيعه، جاء في روضة الطالبين: "ولو رهن نصيبه من بيت من دار بإذن شريكه صح، وبغير إذنه وجهان أصحهما عند الإمام صحته، كما يصح بيعه⁴³ .

- وذهب القاضي⁴⁴ من الحنابلة إلى احتمال عدم صحة رهن الشريك في الشيوع لحصته إذا كان المشاع مما يقبل القسمة، و ذلك خشية أن يقسم الشريكان فيحصل الرهن في حصة شريكه، والصحيح في

40 . فخر الدين الزيلعي . تبين الحقائق شرح كنز الدقائق . ج 5 ص 126 . طبعة دار المعرفة . بيروت .

41 . استثنى الأحناف عقد الرهن ، والهبة والإجارة .

42 . مالك بن أنس . المدونة الكبرى - رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي على الإمام عبد الرحمن بن القاسم . ج 4 ص 1911 . الطبعة الأولى دار الفكر . بيروت . سنة 1419هـ ، 1998م .

43 . النووي - مرجع سابق . ج 4 ص 38 .

44 . هو أبو عبد الله بن ماکولا، كان رجلا جليل القدر عالي الأمر ظاهر الصلاح يحضره شيوخ المذهب مثل ابن الفقاعي، وابن الغفاري، أبي طالب ابن البقال، وكان يقضي بين عسكر بغداد لما كان له في نفوسهم من الدين، ولا يبرم الأحكام بينهم إلا على مذهب إمامنا، توفي سنة 437هـ، ودفن في مقبرة الإمام أحمد . انظر . أبو الحسين محمد بن محمد بن أبي يعلى . طبقات الحنابلة . ج 02 ص 188 . طبعة دار المعرفة . بيروت لبنان .

المذهب الحنبلي جواز ذلك قياسا على صحة بيعه مطلقا، والبيع أقوى من الرهن، قال في المغني: ".ولنا أنه يصح بيعه فصح رهنه كغيره، وما ذكره لا يصح - أي القاضي - لأن الراهن ممنوع من التصرف في الرهن مما يضر بالمرتهن، فيمنع من القسمة المضرة كما يمنع بيعه"⁴⁵.
- والذي اتفقت عليه كلمة الفقهاء هو الذي تشهد له الأصول العامة والقواعد الفقهية، وما ذكر من احتمالات لبعض الفقهاء لا يرقى لمعارضة الأصل لأن:

- إدخال الضرر على الشريك في الشيوع بإدخال شريك أجنبي عليه إذا كان المال مما لا يقبل القسمة يعارضه ضرر أقوى، وهو منع الشريك الآخر من التصرف في ملكه فيختار "أهون الضررين"⁴⁶، كما للشريك الأول أن يتخلص من ضرر الشريك الأجنبي باستعمال الشفعة حالة البيع.
- ما ذكر من احتمال وقوع الرهن في نصيب الشريك الآخر إذا كان المال مما يقبل القسمة، فإن ذلك مدفوع بكون الرهن ممنوع من التصرف في الرهن مما يضر بالمرتهن ابتداء، فيمنع من القسمة كما هو ممنوع من البيع، ويحل المرتهن محل الراهن في الشيوع إلى غاية قبض ماله، فلا بأس بتبعيض اليد بحكم الشرع، كما لا بأس به لاستقاء الراهن المنافع"⁴⁷.

2 - حق الاستعمال والاستغلال.

يحق لكل شريك في الشيوع أن يستغل جميع المرافق المشتركة المتعلقة بنصيبه من حق الاستطراق والمسيل والمجرى والمطلات، وإنما تملك الأعيان لمنافعها، ولا قيمة لها بدونها، كما يحق لكل شريك أن ينتفع بحصته في الشيوع بكل أنواع الانتفاع ما لم يلحق ضررا بالمال المشاع أو الشركاء فيه، يقول الشيخ أحمد أبو الفتوح: "ينتفع الشركاء بالأعيان المشتركة بنسبة أنصباهم فيها، فيجوز لكل شريك أن يسكن في الدار المشتركة بقدر حصته، ويزرع من الأرض بهذا القدر، وكما يجوز له أن ينتفع بنفسه يجوز له أن يملك المنفعة لغيره بعوض أو بغير عوض، بشرط ألا يكون في شيء من ذلك ضرر لبقية الشركاء"⁴⁸.

ولأجل منع ضرر الاستعمال والاستغلال قسم الفقهاء هذه المنافع إلى قسمين⁴⁹:

45 . ابن قدامة المقدسي . مرجع سابق ج6 ص456

46 . قاعدة " يختار أهون الشرين " قاعدة جزئية تدرج تحت القاعدة الأساسية " لا ضرر و لا ضرار " . انظر محمد الزرقا - مرجع سابق . ج1 ص226.

47 . النووي . مرجع سابق . ج4 ص39.

48 . أحمد فلاح عبد البخيت - مرجع سابق . ص139 بالهامش.

49 - المرجع نفسه . ص139، 140.

- الأعمال التي يستطيع الشريك في الملك الشائع أن يباشرها منفردا، وهي التي تكون في نطاق ما أعد له المال الشائع بحيث يستطيع الشركاء جميعا في الوقت ذاته أن يباشروها كل على انفراد، وذلك كالطريق المشترك في حق التطرق وهواء الطريق النافذ أو غير النافذ في حق المطل، والمسيل في صرف الماء الزائد، فالانتفاع للشركاء في هذه الحالة يصح مطلقا ما لم يترتب عليه ضرر فاحش.

- منافع الاستعمال التي لا تقبل المشاركة على الوضع السابق من الاستقلال والانفراد لأن مباشرتها تستلزم الاستئثار بالعين المشتركة جميعا، أو بجزء منها، وفي هذه الحالة لا يجوز لأي شريك فيها أن يقوم بها منفردا، وذلك كأن يبني دارا أو يحدث غراسا في الأرض المشتركة، وقد ذهب الأحناف⁵⁰ استثناء من هذا المبدأ العام إلى جواز انتفاع الشريك في الشيوع بالعين المشتركة كلها، إذا تقيّد هذا الانتفاع بالشروط التالية:

- ألا يلحق هذا الانتفاع ضررا بالعين المشتركة.

- أن يكون الشريك الآخر غائبا.

- ألا يكون الشريك يتيما.

وقد اتفقت آراء الفقهاء⁵¹ في مجملها في مسألتها الاستعمال والاستغلال بالعين المشتركة على البيان السابق.

ب - تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع في الفقه الإسلامي.

اختلفت كلمة الفقهاء في تصرف الشريك في الشيوع في جزء مفرز من المال الشائع فمنهم من أبطل تصرفه نتيجة الضرر اللاحق بالشريك حالة القسمة، لكونه سبق إلى جزء من المال الشائع وفرض أحقيته عليه دون شركائه، ومنهم من صحّ تصرفه إذا كان في حدود نصيبه، ولو كان على جزء مفرز منه، فإذا ما وقع الشيء المتصرف فيه بعد القسمة في نصيب شريكه تلتزمه قيمته لكونه حصل له بدله.

1 - فذهب الأحناف⁵² إلى أنه لا يجوز للشريك في المال الشائع أن يتصرف في جزء مفرز منه، فلو باع أحد الشركاء جزءا معيناً من دار مشتركة فإنه لا يجوز، ويحق للشريك الآخر إبطال البيع، ولو تصرف

⁵⁰ . علي الخفيف - الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين الوضعية . ص 208. الطبعة الثانية . دار النهضة العربية للطباعة والنشر . بيروت سنة 1990.

⁵¹ . ابن عابدين . حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار) . ج4 ص375 . الطبعة الثانية دار المعرفة - بيروت لبنان . سنة 1432هـ، 2011م، ابن فرحون . تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام . - ج2ص263 . الطبعة الأولى - المكتبة العصرية صيدا بيروت . سنة 1432هـ، 2011م.

، النووي - مرجع سابق . ج4 ص207، 214، ابن قدامة المقدسي - مرجع سابق . ج7 ص22 وما بعدها.

الشريك في نصيبه كله من بيت معين فلا يجوز أيضا عند الأحناف، لأن التصرف في هذا الجزء المفرز، ولو كان في حدود نصيب الشريك المتصرف هو تصرف في جزء تتزاحم عليه حقوق الشركاء فلا يصح، قال في مجلة الأحكام العدلية: "ليس لأحد من الشريكين التصرف في المشترك إلا بإذن الآخر، فليس لأحدهما بيع المشترك ولا إجارته ولا إعارته، ولا زيادة البناء عليه"⁵³.

2 - وفي المذهب المالكي من تصرف في العرصه أو الطريق خاصة دون البيوت، فإما أن يأخذ الشركاء بالشفعة لاسترجاع ما تصرف فيه الشريك ببيع أو صلح، وإما أن يبطلوا تصرفه، قال في البهجة: " فإن باع أحدهما حصة من الساحة بعد قسم البيوت كان لشريكه أن يرد بيعه إذا بقي البائع يتصرف إلى البيوت كما كان، لأن في ذلك ضرر، وإن كان قد أسقط تصرفه من الساحة، وتصرف إلى بيوته من دار أخرى فإن كان يبيعه من أهل الدار جاز ولبقية شركائه الشفعة على أحد قولين في وجوب الشفعة فيما لم ينقسم، وإن كان يبيعه من غير أهل الدار فلهم الأخذ بالشفعة، أو فسخ بيعه"⁵⁴، فأبطل تصرفه يعود إلى قطع الضرر، وذلك بإدخال شريك أجنبي عليهم، وكذا زيادة الاستطراق بدخول الأجنبي مع بقاء استطراقه، كما يعود إلى كون التابع لا يصح بيعه أو جعله بدلا لصلح إلا تبعا لمتبوعة، فالاستطراق لا يحق إلا لمن امتلك سببه وهو البيوت، وإن اعتبرت الطريق أو العرصه جزءا معنا من مال شائع.

3 - أما في الفقه الشافعي فقد صحّ الفقهاء صحة تصرف الشريك في الشيوع في حدود نصيبه، ولو انصب تصرفه على معين مفرز من مال شائع، قال في نهاية المحتاج: " .. فعلم صحة رهن نصيبه من بيت معين من دار مشتركة من غير إذن شريكه، كما يجوز بيعه، فلو اقتسموها، فخرج المرهون لشريكه لزمه قيمته رهنا لأنه حصل على بدله"⁵⁵، وصحّ الشافعية تصرفه لإمكانية رفع الضرر عن الشريك حالة القسمة إذا ما وقع الجزء المرهون "المتصرف فيه" في نصيبه، بأن يترتب على شريكه بدله لحصوله عليه بعد القسمة.

⁵² . أسعد محمد الصاغري . مرجع سابق . ج2 ص66، 67، أحمد عبد البخيت - مرجع سابق . ص185.

⁵³ . المادة (1075) . انظر . سليم رستم باز . مرجع سابق . ج01 ص478، 478.

⁵⁴ . ابن عاصم الأندلسي . البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام - ج2 ص199 . الطبعة الأولى . المكتبة العصرية صيدا بيروت . سنة 1425هـ، 2005م.

⁵⁵ . شمس الدين بن أحمد الرملي . نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - ج3 ص239 . طبعة مطبعة مصطفى الحلبي مصر . سنة 1967م، النووي . مرجع سابق . ج4 ص38.

4 - واختلفت كلمة الحنابلة⁵⁶ في هذه الجزئية إلى راجح ومرجوح، فالرأي الأول عند الحنابلة، وهو الراجح عندهم أنه يجوز للشريك أن يتصرف في نصيبه كله من بيت معين ما دام تصرفه لم يتجاوز حدود نصيبه.

أما الرأي الثاني، وهو الذي قال به القاضي من الحنابلة، بأن تصرفه هذا لا يجوز لاحتمال أن يقسم الشريكان المال الشائع بينهما فيحصل التصرف في حصة شريكه، وقد علل رأيه قائلا: " لو صح تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع لتعين نصيبه في ذلك الجزء، فإذا تمت القسمة كان ذلك ضررا على الشريك، إذ لا سبيل إلى جمع نصيب الشريك فيه والحال هذه لأن نصفه للمشتري، ولا جمع نصيب البائع لفوات ذلك ببيعه النصف وإذا سلم الأصل من ذلك انتفى ذلك وسهل طريق القسمة"⁵⁷.

وقد أبطل الحنابلة هذا الاحتمال الذي ذكره القاضي، لأن الشريك في الشيوخ ممنوع من التصرف الذي يضر بشركائه فيمنع من القسمة المضرة، كما يمنع من البيع إن كان فيه ضررا بالشركاء، ومن لهم حقوق تتعلق بنصيبه كالمترهن مثلا.

5 - القول الراجح: بعد عرض آراء فقهاء المذاهب في هذه الجزئية تبين لي أن ما ذهب إليه السادة الشافعية، والراجح عند الحنابلة هو الأرجح، فتصرف الشريك في حدود نصيبه ولو انصب على جزء مفرز هو الذي تؤيده مميزات الملكية وثمراتها غير أن الملكية الشائعة تفرض على الشريك مراعاة حقوق الشركاء، فيقطع ضرره ويلزم بجبر النقص الداخل على أنصبتهم، كما لا يصح تصرفه في هذا الجزء المفرز من المال الشائع إذا كان من التوابع⁵⁸ كالمرافق بالنسبة للأعيان، فلا يصح التصرف فيها إلا تبعا، لأنه لا قيمة للأعيان بدون منافعها، وبها كانت محلا للامتنان، وهو الذي ذكره المالكية في النص السابق من إبطال التصرف قطعا للضرر.

ت - تصرف الشريك في كل المال الشائع

للووقوف على معرفة حكم التصرف الصادر من الشريك، والمتعلق بجميع المال المشاع وقف الفقهاء على حكم كل علاقة تربط المتصرف بباقي الأطراف.

⁵⁶ . ابن قدامة المقدسي . مرجع سابق . ج 6 ص 456.

⁵⁷ - المرجع نفسه . ج 6 ص 456.

⁵⁸ . القاعدة الفقهية التي تضبط ذلك هي قول الفقهاء : " التابع لا يفرد بالحكم " : أي دون متبوعه . عبد الكريم زيدان - الوجيز في شرح القواعد الفقهية . ص 111 . الطبعة الأولى . مؤسسة الرسالة . سنة 1424 هـ ، 2003م .

1 - علاقة المتصرف بباقي الشركاء .

إن صدر تصرف الشريك بغير إذن باقي الشركاء فإن تصرفه لاغ، ولا يصح إلا في حدود حصته، وذلك لأن حق الغير محافظ عليه شرعا وهو ما أكدته القواعد الفقهية⁵⁹، فملك الغير محترم لا يجوز انتهاك حرمة بالتصرف فيه بلا إذن مالكة، وهو ما أجمعت عليه كلمة الفقهاء .

- قال في الإيضاح : " من أحدث في طريق العامة كنيفا أو ميزابا أو جرسنا⁶⁰ أو دكانا وسعه ذلك - جاز له - إن لم يضر الناس، وفي غير نافذ لا يسعه بلا إذن الشركاء⁶¹ . فالطريق العام هو من المرافق العامة التي تثبت للجميع عن طريق الإباحة على سبيل الشركة، فيحق لكل من يقع عقاره بجانبه أن يرتفق به بكل أوجه الارتفاقات ما لم يضر بالعام، بخلاف الطريق الخاص - غير النافذ - فهو ملك لأهله، فلا يصح لأي منهم أن يتصرف فيه إلا بإذنهم لتزاحم حقوقهم عليه.

- وهو عين ما ذهب إليه فقهاء السادة المالكية، جاء في التبصرة: " إذا كان الطريق غير نافذ فليس لأحد فتح باب فيها إلا عن رضا من أهل الزقاق، وهي . كالعروة المشتركة . وبه القضاء وعليه العمل⁶²، ففتح الباب يقتضي زيادة الاستطراق، وفي ذلك ما لا يخفى من الإضرار ببقية الشركاء، فمنع الشريك من هذا التصرف ابتداء قسطا للضرر الناتج عن تصرفه.

- وهو الذي قال به فقهاء الشافعية⁶³ والحنابلة⁶⁴ منعا لتصرف الشريك في المال المشترك إلا بإذن أهله، وقد ذكروا ذلك في أحكام الطريق غير الناقد، والحائط المشترك، والأنهار الخاصة المملوكة لمجموعة من الأشخاص، والتي ترتب لهم عليها حق الشرب وحق الشفة، وكل ذلك مقيد بقول الفقهاء حق الغير محافظ عليه شرعا للآيات والأحاديث الواردة في هذا الباب ومن ذلك.

⁵⁹ . نص القاعدة : " لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه " . انظر . عبد الكـريم زيدان . المرجع نفسه . ص160 .

⁶⁰ . الكنيف: هو الميراح، والميزاب: مجرى الماء، و الجرسن: هو الممر على العلو، وهو مثل الرف، وقيل هو الذي يعمل قدام الطافة لتوضع عليه كيزان، وقيل هو جذع يخرج من الحائط لينى عليه . أنظر شمس الدين أحمد بن سليمان بن كمال باشا الحنفي - الإيضاح في شرح الاصطلاح في الفقه الحنفي . ج2 ص 457 . الطبعة الأولى . دار الكتب العلمية - بيروت . سنة 1428هـ ، 2007م .

⁶¹ . المرجع نفسه . ج2 ص 457،458

⁶² . ابن فرحون - مرجع سابق . ج2 ص 263 .

⁶³ . النووي - مرجع سابق . ج4 ص207، 214، و . ج5 ص307 .

⁶⁴ . ابن قدامة المقدسي . مرجع سابق . ج7 ص 49 .

. قوله تعالى: " وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ وَتُدْلوُا بِهَا إِلَى الْكُفَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ " ١٨ "65.

. وقوله تعالى: " إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالِ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا " ١٠ "66.
. ومنها قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا " ٢٩ "67، وكل الآيات التي تحرم انتهاك أموال الناس، أو التصرف فيها بغير إذن، وهي كثيرة في القرآن الكريم.

ومن الأحاديث الثابتة عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) في هذا الباب.

. قوله (صلى الله عليه وسلم): " لا يحل لامرئٍ من مال أخيه إلا ما أعطاه عن طيب نفس منه " 68.
. وقوله (صلى الله عليه وسلم): " .. إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام " 69. والأحاديث في هذا الباب كثيرة لكون حفظ المال مقصدا من مقاصد التشريع الكبرى تشهد لذلك ظواهر النصوص والأقيسة، لأن القياس يقتضي أن لا يتصرف متصرف في ملك الغير إلا برضاه، فحق الملكية يعطي المالك هذا الامتياز، والناس مسلطون على أملاكهم وتصرف الشريك لا يصح إلا في حدود حصته، وذلك مما خوله له حق الملكية، وللشركاء استرجاع نصيبه عن طريق الشفعة إذا كان المال الشائع عقارا قطعاً لضرر المشاركة، أو كان مما لا يمكن قسمته قال في البهجة: " .. أن تكون دار مثلاً أو عبد بين رجلين فأكثر، فيعمد أحدهم إلى ذلك الملك ويبيع جميعه بغير إذنهم، فيثبت الخيار لشركائه بين أن يكملوا البيع، أو يضموا لأنفسهم ويدفعوا للبائع مناب حصته من الثمن " 70.

65 . سورة البقرة – آية رقم 188.

66 . سورة النساء – آية رقم 10.

67 . سورة النساء – آية رقم 29.

68 . البيهقي . السنن الكبرى . باب ما لا يملك أحد بالجناية . ج 06 ص 96، السيوطي . الجامع الكبير . باب حرف اللام . ج 01 ص 19219. مصدر الكتاب . موقع ملتقى أهل الحديث www.ahlhaldeeth ، قال الهيثمي: رواه أحمد وابنه من زيادته أيضا، والطبراني في الكبير والأوسط، ورجال أحمد ثقات، جمال الدين الزلعي . نصب الراية لأحاديث الهداية . كتاب الغصب . ج 04 ص 169. الطبعة الأولى . مؤسسة الزيان بيروت ودار القبلة للثقافة الإسلامية . سنة 1418 هـ، 1997م، قال: إسناده جيد، أخرج نحوه عن أنس بإسنادين في الأول مجاهيل وفي الثاني علي ابن زيد بن جددان.

69 . محمد بن إسحاق بن خزيمة النيسابوري . صحيح ابن خزيمة . باب صفة الخطبة يوم عرفة . ج 04 ص 250. قال الأعظمي:

إسناده حسن لغيره

الألباني . إرواء الغليل . كتاب الغصب . ج 05 ص 350. قال الألباني: صحيح رواه مسلم.

70 . ابن عاصم الأندلسي . مرجع سابق . ج 2 ص 251.

فمن حق الشركاء أن يتموا البيع، أو أن يبطلوه فيما يتعلق بحصصهم كونهم مسلطون على أنصبتهم في هذا المال.

2 - الاستثناء من الأصل العام.

قد يحصل الاستثناء من الأصل العام الذي يمنع تصرف الشريك في الملك المشاع كله لتعلق حق الغير به، فيصح تصرفه في حالات خاصة يفرضها مقتضى التصرف، ومنها:

- إذا تعدى ضرر المال الشائع مالكي الشيوع وجب إزالة الضرر، وهو من فعل الواجب المترتب على الشركاء، فإذا ما أقدم أحد الشركاء على هدم الحائط المشترك، أو السقف الذي بينهما نظر، فإن خيف سقوطه ووجب هدمه فلا شيء على الشريك الذي أقدم على هذا التصرف لكونه فعل الواجب وأزال الضرر، وفي هذه الحالة يقدم المقتضى⁷¹ على المانع لقوته.

- أن تدعو الحاجة⁷² إلى التصرف في المال المشاع ويتعذر استئذان الشريك لغيبته وانقطاع أخباره، وكذا مشقة انتظاره بالإضافة إلى الخشية على فساد المال المشاع أو نقصان ثمنه، ومن أمثلة ذلك:

- ما لو سكن أحد الشريكين العقار المشترك في غيبة شريكه، فإن تصرفه جائز وللشريك الغائب أن يسكن بعد عودته نظير ما سكن شريكه، لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير⁷³.

- تجوزهم لأحد الشريكين تعمير المشترك بدون إذن الشريك، وبدون إذن القاضي، ورجوعه بقيمة البناء عند ضرورة القسمة، مع امتناع الجبر على العمارة.

- لو استعمل أحد الشريكين في الكرم ثماره وبيعها حين غيبة شريكه فعمله جائز، وإذا حضر الشريك فهو مختار بين أن يجيز البيع ويأخذ الثمن، أو أن يضمن حصته.

- أما إن كان تصرف الشريك⁷⁴ برضا باقي الشركاء فيكون حالتها أصلا ووكيلا، ولا يحتاج إلى عقد الباقي، واشترط الفقهاء أن يفصل ما على كل واحد بالتراضي.

- دفعا لضرر المالك بتقويت الرّيح، وضرر المشتري بتحريم ما قبضوه بهذه العقود.

⁷¹ نص القاعدة الفقهية: " إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع " انظر د. زيدان - مرجع سابق . ص108.

⁷² محمد قدرى باشا . مرجع سابق . ج3 ص113 وما بعدها، الشيرازي . المهذب مع تكملة المجموع - ج14 ص73 - مطبعة الإمام - مصر.

⁷³ عبد الكريم زيدان - مرجع سابق . ص81.

⁷⁴ ابن عابدين . مرجع سابق . ج11 ص452، محمد قدرى باشا- مرجع سابق . ج3 ص1127، الشيرازي . مرجع سابق . ج14 ص30.

3 - علاقة المتصرف بالمتصرف إليه.

وفي هذه الحالة يجب التفريق بين علم المتصرف إليه وجهله بحالة الشُّيوع.
- فإذا كان المتصرف إليه يعلم⁷⁵ أن المتصرف يملك العين المتصرف فيها على الشيوع فإنه لا يجوز له المطالبة بالإبطال لكونه على بصيرة من أمره أثناء تصرفه فتقع عليه التزامات التصرف، ولا يثبت له الخيار لتقصيره.

- أما إذا كان المتصرف إليه جهل⁷⁶ حالة الشيوع، فأقدم على هذا التصرف معتقدا أن المتصرف يملك المال المتصرف فيه ملكية مفرزة فتبين له خلاف ذلك، فإن له في هذه الحالة الخيار . **خيار النقص** . بين الإمساك أو الرد، وذلك لكون الشركة تؤدي إلى تفريق الصفقة، وهو عيب يؤدي غالبا إلى النقص في ثمن المتصرف فيه، فحق للمتصرف إليه ألا يرتضيه للضرر اللاحق به.
أما المتصرف⁷⁷ فإنه لا خيار له لأنه تصرف فيما يزيد عن نصيبه، وليس من حقه ذلك، فهو من رضي بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه، فلا ضرر يلحقه.

ثالثا: امتيازات المالك على الشيوع في القانون المدني.

يصح للشريك في الشيوع أن يتصرف منفردا في حصته الشائعة، ذلك لأنه يملك هذه الحصة ملكا تاما، ومن مقتضى امتيازات الملكية أن يمكن من التصرف فيها، سواء بنقل ملكيتها بعوض أو بغير عوض، أو بإنشاء حقوق عينية أخرى كحقوق الارتفاق.

أ - نقل ملكية الحصة الشائعة⁷⁸.

يقع التصرف من الشريك في حدود نصيبه من الشيوع صحيحا فيما بين طرفيه، كما يعد نافذا في مواجهة باقي الشركاء، وقد يكون هذا التصرف بيعا، أو صلحا، أو هبة أو حصة في شركة، ومن الآثار المترتبة على هذا التصرف أن يحل المتصرف إليه محل المتصرف، فيصبح مالكا للحصة الشائعة، وشريكا في الشيوع.

⁷⁵ . محمد قدرى باشا . مرجع سابق . ج3 ص1124، الشربيني . مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج . ج2

ص40 . طبعة مصطفى الحلبي مصر، جمال خليل النشار . مرجع سابق . ص209.

⁷⁶ . محمد قدرى باشا . مرجع سابق . ج3 ص1124، الشربيني . مرجع سابق . ج2 ص40، جمال خليل النشار . مرجع سابق . ص209.

⁷⁷ . انظر أحمد عبد البخيت . مرجع سابق . ص194.

⁷⁸ . محمد لبيب شنب . الوجيز في الحقوق العينية الأصلية . ص325 . الطبعة الثانية . وحدة توزيع الكتاب الجامعي . عين

شمس مصر . سنة 1999م.

جاء في المادة (714) من القانون المدني الجزائري: " كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها.. بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء"⁷⁹. فصحة تصرفه نابع من مميزات ملكيته، غير أن صحة تصرفه مرهونة بالحفاظ على حقوق المشتاعين، وهو ما يلزم به القانون.
ب - إنشاء حق عيني على الحصة الشائعة⁸⁰.

قد يكون موضوع التصرف إنشاء حق عيني آخر على هذه الحصة، كحق انتفاع أو حق الرهن، فإذا تضمن هذا التصرف حق انتفاع اقتضى نفاذ هذا التصرف في مواجهة الشركاء، فيترتب على ذلك نيابة المتصرف إليه للمتصرف في كل ما يتعلق بالإدارة العادية للمال الشائع، بما في ذلك قسمة المال الشائع قسمة منافع (المهاياة)، فهو الشريك في الشيوخ المعتبر رأيه فيما يتعلق بإدارته.
و يستثنى مما سبق كل سلطات التصرف والإدارة غير المعتادة، وكذا القسمة النهائية للمال الشائع، فتبقى بيد المتصرف لكونه المالك الأصلي للرقبة، فحق الانتفاع حق مؤقت ينتهي بانتهاء أجله، أو وفاة المنتفع.

وفي حالة رهن الحصة الشائعة وافتقار الراهن، أو عدم وفائه بسداد الدين المضمون بهذا الرهن حق للدائن المرتهن أن ينفذ على الحصة تنفيذا جبريا، أما إن كان الرهن حيازيا فيكفي أن يتوصل بأن لا يبقى في حياة الراهن.

أما فيما يتعلق بإنشاء حقوق الارتفاق فذهب فقهاء القانون المدني إلى أنها لا تصح لكونها تقتضي إفراز حصة المتصرف المنشئ، فلا بد من تحديد العقار محل الارتفاق، إذ لا يتصور مباشرة هذه الحقوق إلا على أجزاء محددة.

وقد أثبت المشرع الجزائري أحقية هذه التصرفات، والتي تندرج ضمن سلطتي الاستعمال والاستغلال في المادة (714) من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها: " كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما.. يستولي على ثمارها، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء"⁸¹. وتبقى سلطة المالك على الشيوخ في الاستعمال والاستغلال مرهونة بالحفاظ على حقوق الشركاء لكون حقه يمتد إلى نصيب الشركاء الآخرين، وهؤلاء يمتد حقهم إلى نصيب الشريك.

⁷⁹ . مولود ديدان – مرجع سابق . ص137، القانون المدني مع الاجتهاد القضائي . ص 135 . طبعة دار الجزيرة . سنة 2010م 2011م الجزائر.

⁸⁰ . محمد لبيب شنب – مرجع سابق . ص326.

⁸¹ . المادة (714) . مولود ديدان – مرجع سابق . ص137، القانون المدني مع الاجتهاد القضائي . ص135.

- أما تصرف الشريك في الشيء الشائع كله، أو في حصة تزيد على حصته، فإن تصرفه لا يكون نافذا في مواجهة بقية الشركاء إلا في حدود حصته، كونه مسلطا على ما يملك، وفيما تجاوز ذلك يحق للشركاء أن يرفعوا دعوى الاستحقاق⁸² لتأكيد حقوقهم فيما زاد على نصيب الشريك المتصرف، قال في المادة (715): " تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين"⁸³. وفي حكم هذا التصرف فيما بين طرفيه، الشريك المتصرف والمتصرف إليه يرى فقهاء القانون المدني أن حق إبطال التصرف يمتلكه المتصرف⁸⁴ إليه إذا كان مجهول كون المتصرف فيه مملوك للمتصرف على الشيوخ، وذهب بعض المقننين إلى إبطال أصل التصرف كونه واردا على ملك الغير .

- أما إذا انصبّ التصرف على جزء مفرز من المال الشائع تعينت حدوده، وتميز عن سائر أجزاء الشيء الشائع سواء بنقل ملكيته، أو بتقرر حق عيني عليه، ففي هذه الحالة ينبغي التفرقة بين حكمه بالنسبة لسائر الشركاء، وحكمه بالنسبة لطرفيه.

ت - حكم التصرف في مواجهة الشركاء .

يعتبر تصرف الشريك الواقع على جزء مفرز من المال الشائع غير نافذ في حق بقية الشركاء، لأن اختصاص أحد الشركاء بهذا الجزء المفرز من المال الشائع يعتبر قسمة جزئية مبدئيا، وهذا مما لا يملكه إلا الشركاء مجتمعين، أو قرار الحاكم، وقد يعتبر هذا الجزء المفرز أجود المال الشائع، وبالتالي يعتبر إنفراد الشريك بالتصرف فيه ولو كان يعادل حصته إضرارا بالشركاء، وقطع الضرر مطلوب قانونا، ويترتب على الحكم السابق ما يأتي:

1 - لا يحل المتصرف إليه محل الشريك المتصرف في الشيوخ، فلا يحق له أن يسهم مع بقية الشركاء في إدارة الشيء الشائع أو التصرف فيه، وليس من حقه طلب تثبيت ملكيته قبل إجراء القسمة ووقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف كما لا يمتلك حق قسمة الشيء الشائع ولا المطالبة به.

⁸² . المادة (717) وفيها : " ..ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان " . انظر . مولود ديدان . المرجع نفسه . ص137.

⁸³ . المادة (715) من القانون المدني الجزائري . انظر مولود ديدان . المرجع نفسه . ص137، القانون المدني مع الاجتهاد القضائي . ص135.

⁸⁴ . جاء في المادة (714) : " وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف، إذا كان مجهول أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة " . انظر . القانون المدني مع الاجتهاد القضائي . ص135.

2 - يحق لسائر شركاء المتصرف أن يرفعوا دعوى الاستحقاق⁸⁵ على الشريك المتصرف، وكذا المتصرف إليه لتأكيد حقوقهم على الجزء المفرز الذي وقع عليه التصرف، وذلك قبل حصول القسمة، ووقوع الجزء المفرز في نصيب غير الشريك المتصرف.

ث - حكم التصرف في مواجهة الطرف الثاني في العقد "المتصرف إليه".

ويختلف الحكم في هذه الحالة باختلاف علم المتصرف بحالة الشيوع وعدم علمه.

1 - جهل المتصرف إليه بحالة الشيوع.

إذا كان المتصرف إليه يجهل كون العين المتصرف فيها يملكها المتصرف على الشيوع، ولم يتم فرزها عن طريق القسمة بعد، فإنه يحق له إبطال التصرف لمصلحته باعتباره واردا على ملك الغير، قال في المادة (714) من القانون المدني الجزائري: " .. وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفزرة"⁸⁶، أما إذا تأخر طلبه حتى تمت القسمة، ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب الشريك المتصرف، فإن حق المتصرف إليه في الإبطال يسقط، لأن الغرض الذي هدف إليه تحقق وهو خلوص ملكية الجزء المفرز المتصرف فيه.

2 - علم المتصرف إليه بحالة الشيوع.

إذا كان المتصرف إليه على علم بأن المتصرف لا يملك الجزء المتصرف ملكية مفزرة فإنه لا يحق له المطالبة بإبطال التصرف، لا قبل القسمة ولا بعدها لعدم وجود الغلط الذي يستدعي الفسخ.

3 - مصير التصرف.

إذا أجاز بقية الشركاء تصرف الشريك ووقع هذا الجزء المفرز في نصيب المتصرف فإن التصرف في هذه الحالة نافذ بين طرفيه ومنتج لأثاره.

أما إذا لم يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف فاستنادا إلى القواعد العامة يحق للمتصرف إليه فسخ التصرف لاستحالة تنفيذه، غير أن المقنن الجزائري خرج عن حكم القواعد العامة استحسانا لإقدام المتصرف إليه على هذا التصرف ابتداء رغم علمه بالشيوع فقرر في المادة (714) ما نصه: " .. وإذا كان التصرف منصبا على مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق

⁸⁵ . المادة (717)، ومما جاء فيها : " ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان " -

انظر . القانون المدني مع الاجتهاد القضائي . ص 135، مولود ديدان . مرجع سابق . ص 137.

⁸⁶ . انظر . مولود ديدان - المرجع نفسه . ص 137، القانون المدني مع الاجتهاد القضائي . ص 135.

القسمة⁸⁷، وفي هذه الحالة يتغير محل حق المتصرف إليه حيث يحل الجزء الذي وقع في نصيب المتصرف محل الجزء المفز المتصرف فيه حلولا عينيا.

وبالنظر في الآراء الفقهية السابقة إلا في بعض الجزئيات منها، والتي كانت محل خلاف. كالتصرف في الجزء المفز من المال الشائع والذي صححه السادة الشافعية خلافا للجمهور، وكذا الاستثناءات التي ذكرها الفقهاء والتي تصح فيها تصرفات الشريك في كل المال الشائع بخلاف فقهاء القانون المدني، حيث اشترطوا لصحة التصرف توافق رأي الأغلبية مع قوة مبررات التصرف.

وبغض النظر عن هذه الجزئيات المذكورة يمكن القول أن أغلب المواد القانونية المنظمة لهذه المسائل مستمدة من التراث الفقهي الإسلامي.

الخاتمة:

من خلال دراستي لمسائل الشيوع، وإمكانية إنهائه، في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، وبناء على الإشكالية المطروحة في هذه الرسالة، والأهداف التي توخيت الوصول إليها، توصلت بحمد الله، و تسديده إلى النتائج، والاقتراحات التالية:

أو لا: النتائج.

وأجملها في النقاط التالية:

أ - يعتبر التراث الفقهي الإسلامي علاجا وافيا لكل حجات الناس المتجددة مما يحقق مصالحهم الدينية و الدنيوية في الحال و المال، فما من نازلة إلا ولها في الفقه الإسلامي حل شامل، و هو ما يفسر قول الفقهاء إن الشريعة صالحة لكل زمان و مكان، و ما تخلفت أمه الإسلام و تهقرت إلا لما تخلت عن هذا التراث الفقهي الزاخر و اتبعت نصوصا قانونية تتصف بالجمود والقصور قصور البشر، وصدق الرسول (صلى الله عليه و سلم) القائل: " تـركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما، كتاب الله و سنتي"

ب - رغم أن مجمل النصوص القانونية في القانون المدني الجزائري تتفق في عمومها مع ما جاء في الفقه الإسلامي لأنها صيغت بخلفية المقتن المسلم، إلا أنها تتصف بالقصور أمام الفقه الإسلامي لذا أوصي بأن يكون الفقه هو المصدر الأساسي في التقنين.

⁸⁷ . مولود ديدان - مرجع سابق - بص 137، القانون المدني مع الاجتهاد القضائي . ص 135.

ت - تتميز الملكية الشائعة عن غيرها، فلا هي ملكية مفرزة يستأثر بها صاحبها دون غيره، و لا هي ملكية مشتركة لا يجوز التصرف فيها دون توكيل أو تفويض من بقية الشركاء، إذ للمالك على الشيوع كل ما يستأثر به المالك من استعمال و استغلال و تصرف، لكنه لا يتعدى حدود حصته.

ث - يعتبر الشيوع وضعا ماديا غير مستحسن إذ أغلبه ينشأ عن الميراث، و بالتالي فهو وضعية غير اختيارية بالنسبة للشركاء، وإذا قيل متى يدخل المال في ملك المالك بغير رضاه ؟ قيل عن طريق الميراث، وينتج عن هذا الكثير من النزاع لاختلاف وجهات النظر في تسيير واستغلال المال الشائع، وكثيرا ما استولى بعض الشركاء المشتاعين على أجزاء مهمة من ضمن المال المشاع دون البعض الآخر، وخاصة إذا كان من بين الشركاء المشتاعين من يكبر إخوته سنا، وكان يعمل مع المورث قيد حياته اعتقادا منه أنه هو الذي يخلف مورثه في تسيير المال بحكم العرف والعادة.

ج - يعتبر التصرف في جزء مفرز ولو كان في حدود حصة المتصرف، وكذا التصرف في كل المال المشاع اعتداء على حقوق باقي الشركاء، وبالتالي فإن هذا التصرف ولو كان صحيحا بين طرفيه إلا أنه لا ينفذ في حق باقي الشركاء .

ح - كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها.. بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء .

خ - بما أن الشيوع غير مرغوب فيه سواء من الناحية الاجتماعية، أم من الناحية الاقتصادية باعتباره مصدرا لكثير من المنازعات بين الشركاء فيه نتيجة تشابك الأيدي، وتداخل الحقوق، وسوء التصرف والاستغلال، فإن المشرع في الفقه الإسلامي، والمقنن في القانون المدني منحا كل شريك الحق في أن ينهي الشيوع عن طريق عقد القسمة.

وهو حق لا يقبل التنازل المسقط، فوجوده مرهون بوجود حالة الشيوع، غير أن لكل قاعدة استثناء، إذ هناك بعض الصور يبق فيها الشيوع قهريا أو جبريا كالمراقف المشتركة التي تخدم نظام الطبقات في العمارات العصرية، وكل ما نشأ الشيوع لغرضه، كأن يكون المال المشترك لا يتحقق وجوده إلا ببقائه على الشيوع، أو أن يبقى المال شائعا بنص القانون.

د - قد يختار الشركاء لقسمة المنفعة بدل قسمة العين، وهو ما يسمى بقسمة المهايأة، وقد يجبرون عليها عند بعض المدارس الفقهية إذا تعذرت قسمة العين.

ذ - محل قسمة المهايأة هو منافع الأعيان التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء أعيانها، لذا لا يصح التهاؤ على الأعيان التي تستهلك بمجرد الانتفاع.

ر - تصح المهايأة على الاستعمال، أما المهايأة على الاستغلال فأجازها الأحناف ومنعها الجمهور، وأرأى ما ذهب إليه المالكية من جوازها تبعا، واتفق القانون المدني مع مجمل ما جاء به الفقه الإسلامي.

ز - تكون قسمة المهايأة رضائية باتفاق جميع الشركاء، واستنادا إلى القول الراجح في الفقه الإسلامي يجوز أن يجبر الشركاء على المهايأة، إذا لم يتحمل المحل القسمة العينية أما القانون المدني فيشترط اتفاق جميع الشركاء، إلا في حالة خاصة نصت عليها المادة (736) من القانون المدني الجزائري، وهي المهايأة التي سبقت القسمة النهائية.

ثانيا: الاقتراحات.

أ - من خلال هذا البحث تبين لي أثر الفقه الإسلامي واستيعابه لكل مسألة من مسائل الشيوع السابقة، ولذلك أوصي بجعل التشريع الإسلامي مصدرا أساسيا لا ثانويا مع ما في القانون المدني من قصور في معالجة كثير من المسائل المطروحة في باب الشيوع وغيره.

ب . إعادة دراسة الفقه الإسلامي دراسة مستجدة تقترب من التقنين الفقهي مع مراعاة مرونة التشريع، وإعمال مقاصده الكبرى.

وفي الأخير هذا أبلغ ما وصلت إليه، وهو جهد المقل، وأنا على يقين أن كل عمل بشري يتخلله النقص والقصور، إذ الكمال صفة من صفات ذي العزة والجلال، وأسأله جل وعلا المغفرة عن كل زلل، وإقالة كل عثرة، وأحمده على عونه وتوفيقه.

وصل اللهم على العلم الأول والنبي الأكرم سيد الخلق وحبيب الحق محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

- 1 - المصحف الشريف برواية حفص عن عاصم.
- 2 - تفسير القرآن العظيم - الحافظ أبو الفدا إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي (ت 774هـ) - الطبعة الأولى - دار ابن حزم - بيروت - سنة 1423هـ، 2002م.

الحديث النبوي.

- 3 - إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل - محمد ناصر الدين الألباني - الطبعة الثانية - المكتب الإسلامي بيروت - سنة 1405هـ، 1985م.

4 - الجامع الكبير (جمع الجوامع) - جلال الدين السيوطي - مصدر الكتاب - موقع ملتقى أهل الحديث - الموسوعة الشاملة الإصدار الثالث.

5 - سنن ابن ماجه - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني - طبعة دار الفكر بيروت - تحقيق محمد فؤاد عبد القانون المدني مع الاجتهاد القضائي . ص 135. الباقي - الأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها.

6 - سنن أبي داود - أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني - طبعة دار الكتاب العربي - بيروت لبنان.

7 - السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي - أبو بكر أحمد بن حسين بن علي البيهقي - الطبعة الأولى - مجلس دائرة المعارف النظامية - حيدر آباد الهند . سنة 1344هـ .

8 - صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان - أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي البستي - الطبعة الثانية - مؤسسة الرسالة بيروت - سنة 1414هـ، 1993م - تحقيق شعيب الأرنؤوط.

9 - صحيح ابن خزيمة - أبو بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة السلمي النيسابوري - طبعة المكتب الإسلامي بيروت - سنة 1390هـ، 1970م - تحقيق د. محمد مصطفى الأعظمي - الأحاديث مذيلة بأحكام الأعظمي والألباني عليها.

10 - فتح الباري شرح صحيح البخاري - ابن حجر العسقلاني - طبعة دار المعرفة بيروت - سنة 1379هـ .

11 - مسند الإمام أحمد بن حنبل - أبو عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني - طبعة مؤسسة قرطبة القاهرة - الأحاديث مذيلة بأحكام شعيب الأرنؤوط عليها.

12 - نصب الراية لأحاديث الهداية - مع حاشيته بغية الأعمى في تخريج الزيلعي - أبو محمد جمال الدين عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (ت762هـ) - الطبعة الأولى - مؤسسة الريان بيروت، ودار القبة للثقافة الإسلامية جدة - سنة 1418هـ، 1997م - تحقيق محمد عوامة

الفقه الحنفي.

13 - الإيضاح في شرح الاصطلاح - شمس الدين أحمد باشا الحنفي - الطبعة الأولى - دار الكتب العلمية - بيروت لبنان - سنة 1428هـ، 2007م.

14 - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق - العلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي - طبعة دار المعرفة - بيروت لبنان.

15 - حاشية ابن عابدين (رد المختار على الدر المختار) - خاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين (ت1252هـ) - الطبعة الثانية دار المعرفة - بيروت لبنان - سنة 1432هـ، 2011م.

16 - شرح المجلة - للمرحوم سليم رستم باز اللبناني - الطبعة الأولى دار الكتب العلمية - بيروت لبنان - سنة 2010م.

17 - الفقه الحنفي وأدلته - الشيخ أسعد محمد سعيد الصاغرجي - الطبعة الأولى - دار الكلم الطيب دمشق بيروت - سنة 1420هـ، 2000م.

18 - مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية - محمد قديري باشا (ت1237هـ) - الطبعة الأولى دار السلام - القاهرة، الإسكندرية مصر - سنة 1432هـ، 2011م.

الفقه المالكي.

19 - أنوار البروق في أنوار الفروق - شهاب الدين أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي (ت684هـ) - الطبعة الأولى دار السلام - القاهرة مصر - سنة 1421هـ، 2001م.

صحراوي غريب، مقال بعنوان: " امتيازات المالك على الشيوع استعمالا واستغلالا وتصرفا دراسة فقهية قانونية مقارنة"

20 - البهجة في شرح التحفة على الأرزوجة المسماة بتحفة الحكام - ابن عاصم الأندلسي - الطبعة الأولى - المكتبة العصرية صيدا بيروت - سنة 1425هـ، 2005م.

21 - تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام - القاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون المالكي المدني - الطبعة الأولى - المكتبة العصرية صيدا بيروت - سنة 1432هـ، 2011م.

22 - الفواكه الدواني على رسالة ابن زيد القيرواني - الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي - طبعة دار الفكر - بيروت لبنان - سنة 1415هـ، 1995م.

23 - المدونة الكبرى - مالك بن أنس الأصبحي - رواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي على الإمام عبد الرحمن بن القاسم - الطبعة الأولى دار الفكر - بيروت - سنة 1419هـ، 1998م.

24 - المعونة على مذهب عالم المدينة - القاضي عبد الوهاب البغدادي - الطبعة الأولى دار الفكر - بيروت لبنان - سنة 1419هـ، 1999م.

الفقه الشافعي.

25 - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية - العلامة جلال الدين السيوطي (ت910هـ) - الطبعة الأولى مؤسسة المختار - القاهرة مصر - سنة 1428هـ، 2008م.

26 - روضة الطالبين وعمدة المفتين - يحيى بن شرف النووي (ت676هـ) - الطبعة الثالثة المكتب الإسلامي - بيروت لبنان - سنة 1416هـ، 1991م.

27 - المجموع شرح المهذب - يحيى بن شرف النووي (ت676هـ) - مطبعة التضامن الأخوية - بالحسين مصر .

28 - مغني المحتاج إلى معرفة أفاظ المنهاج - شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (ت977هـ) - طبعة مصطفى الحلبي مصر .

29 - المهذب مع تكملة المجموع - أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي - مطبعة الإمام مصر .

30 - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - شمس الدين محمد بن العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري (ت1004هـ) - طبعة مطبعة مصطفى الحلبي مصر - سنة 1967م.

الفقه الحنبلي

31 - طبقات الحنابلة - أبو الحسنين محمد بن محمد بن أبي يعلى (ت526هـ) - طبعة دار المعرفة بيروت - تحقيق محمد حامد الفقي .

32 - الفتاوى الكبرى - ابن تيمية - طبعة مؤسسة الحلبي - القاهرة مصر - 1389م.

33 - المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني - ابن قدامة المقدسي - الطبعة الأولى دار الفكر - بيروت لبنان - سنة 1405هـ .

34 - المغني مع الشرح الكبير - ابن قدامة - طبعة دار الكتب العلمية - بيروت لبنان .

مراجع حديثة في الفقه الإسلامي.

35 - تصرف الشرك في المال الشائع . د. جمال خليل النشار - طبعة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر - 2000م.

36 - شرح القواعد الفقهية - مصطفى أحمد الزرقا - الموسوعة الشاملة - الإصدار الثالث .

صحراوي غريب، مقال بعنوان: " امتيازات المالك على الشيوخ استعمالا واستغلال وتصرفا دراسة فقهية قانونية مقارنة"

37 - الفقه الإسلامي وأدلته - د. وهبة الزحيلي - الطبعة الثالثة - دار الفكر دمشق سوريا - سنة - 1409هـ، 1989م.

38 - القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة ومجلس الدولة - أحمد خالدي - طبعة دار هومة الجزائر - سنة 2008م.

39 - الملكية الشائعة في الفقه الإسلامي والقانون (دراسة مقارنة) - د. أحمد فلاح عبد البخيت - طبعة دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية مصر - سنة 2012م.

40 - الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين الوضعية - علي الخفيف الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - بيروت لبنان - سنة 1990م.

41 - الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية - د. عبد الكريم زيدان - الطبعة الأولى مؤسسة الرسالة - بيروت لبنان - سنة 1424هـ، 2003م.

اللغة العربية والمعاجم.

42 - القاموس المحيط مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروز آبادي الشيرازي - الطبعة الأولى - دار الكتب العلمية بيروت لبنان - سنة 1420هـ، 1999م.

43 - لسان العرب - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري - الطبعة الأولى - دار صادر - سنة 1997م.

44 - المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية بمصر - طبعة وزارة التربية والتعليم - مصر - سنة - 1411هجرية - 1991م.

كتب القانون المدني.

45 - القانون المدني حسب آخر تعديل له (قانون رقم 05 - 10 مؤرخ في 20 يونيو 2005م) - مولود ديدان - طبعة دار الكتاب للنجاح - الجزائر - سنة 2006.

46 - القانون المدني مع الاجتهاد القضائي - طبعة دار الجزيرة - مؤسسة كوشكار للتوزيع والنشر الجزائر - سنة 2010م، 2011م.

47 - الوجيز في الحقوق العينية الأصلية - د. محمد لبيب شنب - الطبعة الثانية - وحدة توزيع الكتاب الجامعي - عين شمس مصر - سنة 1999م.

الاستيطان الإسرائيلي في الأراضي المحتلة

من منظور القانون الدولي

Israeli settlement in the occupied territories from the
perspective of international law.

العمرى حكيم (*)

تاريخ قبول المقال: 2019/06/12

تاريخ إرسال المقال: 2019/01/26

ملخص:

تناقش هذه الدراسة أحد أبرز مواضيع الصراع بين الفلسطينيين والإسرائيليين، والمتمحور حول الاستيطان، حيث أن مواصلة إسرائيل مصادرة الأراضي وبناء المستوطنات في الأراضي الفلسطينية المحتلة، في تحد لقرارات الشرعية الدولية، وآخرها قرار مجلس الأمن 2334 لسنة 2016، يعد انتهاكاً للقانون الدولي الإنساني وخاصة اتفاقية جنيف الرابعة لسنة 1949. وتتعارض إقامة المستوطنات ونقل سكان دولة الاحتلال إلى الإقليم المحتل مع المبادئ والاتفاقيات الدولية. ويشكل الاستيطان الإسرائيلي جريمة حرب مستمرة وفق نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية مما يترتب على إسرائيل المسؤولية الدولية عن جريمة الاستيطان يستدعي وقف الأعمال غير مشروعة وإصلاح الأضرار وتقديم أفرادها للمحاكمة وذلك لقيامهم بإنشاء المستوطنات في الأراضي المحتلة.

الكلمات المفتاحية: المستوطنات الإسرائيلية، الأراضي المحتلة، القانون الدولي، المحكمة الجنائية الدولية.

Abstract:

This study discusses one of the most prominent issues of the conflict between the Palestinians and the Israelis regarding the settlements. Israel's continued confiscation of land and the building of settlements in the Palestinian territories are in defiance of the resolutions of international legitimacy, most recently Security Council resolution 2334 of 2016, The establishment of settlements and the transfer of the inhabitants of the occupying state to the occupied territory are incompatible with international principles and conventions. Israeli settlements are a continuing war crime under the Rome Statute of

(*) العمرى حكيم، طالب دكتوراه علوم، السنة الرابعة، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة يحيى

فارس - المدينة، البريد الإلكتروني: hakimlamri43@gmail.com

the International Criminal Court (ICC). Israel has international responsibility for the crime of settlements, which calls for an end to illegal acts, repair of the damage and bringing its members to justice for establishing settlements in the occupied territories.

keywords : Israeli settlements, occupieds Lands, *international Law* , International Criminal Court.

مقدمة:

تعد الأرض الفلسطينية جوهر الصراع ما بين الفلسطينيين أصحاب الحق التاريخي، والإسرائيليين أدعاء هذا الحق، هذا الصراع يكاد يكون مختلفا عن كافة الصراعات الناتجة عن أي استعمار قديم لأي من بلدان العالم على مر العصور، فالاحتلال الإسرائيلي يزعم أنه يمتلك أرضا وهبه الله إياها، ولا يعترف بحق أحد سواه فيها، لذلك عملت الحكومات الإسرائيلية المتعاقبة على اختلاف أيديولوجياتها - ولا زالت - على تغيير معالم الأرض من خلال الهجمات الاستيطانية المتتالية، وقد ازدادت تلك الهجمة بعد أن شعرت أن الاستيطان لم يعد مقبولا دوليا، وأن عملية السلام بين الفلسطينيين والإسرائيليين قد تؤدي إلى قيام دولة فلسطينية في المستقبل نتيجة للضغوط الخارجية، لذلك لجأت إلى تقسيم الضفة الغربية، وزيادة حجم المستوطنات والمستوطنين فيها، وبالذات في القدس، وبناء جدار الفصل لضمان فرض سياسة الأمر الواقع. وتعتبر المستوطنات القائمة على الأرض الفلسطينية مستوطنات غير شرعية لأنها تقوم على الاستيلاء على أرض الغير بالقوة، وتقوم أيضا على طرد السكان الأصليين وإحلال المستوطنين بدلا منهم، وهذا يخالف مبادئ القانون الدولي، الاستيطان الإسرائيلي في الأراضي الفلسطينية المحتلة غير شرعي وغير قانوني وفقا لقواعد القانون الدولي الإنساني، وتعتبر جريمة الاستيطان الإسرائيلي في نظر القانون الدولي من الجرائم المستمرة والتي تترتب آثارها طالما بقيت المستوطنات قائمة على الأراضي الفلسطينية المحتلة.

لقد سعت الحركة الصهيونية والحكومات الإسرائيلية إلى إضفاء طابع المشروعية القانونية والدولية لمشروعها الاستيطاني في الأراضي المحتلة، وحاولت - وما تزال - باستخدام كافة الطرق للحصول على تأييد دولي لإنشاء دولة يهودية خالصة معترف بها دوليا، وذلك من خلال الحصول على تأييد الدول الكبرى وبالذات الولايات المتحدة لمشروعها الاستيطاني بحجة الأمن تحاول الحكومات الإسرائيلية باستمرار تبرير مشروعاتها الاستيطانية في الأراضي المحتلة،

لذلك فقد اعترضت على القرارات الصادرة عن مؤسسات المجتمع الدولي، مبررة الإجراءات الاستيطانية بأنها تهدف إلى توحيد بعض المدن خاصة مدينة القدس، وهذا من وجهة نظرها يختلف عن موضوع الضم، وقد أطلقت عليه ما يسمى بنظرية الغزو الدفاعي. إن السياسات الإسرائيلية الاستيطانية في الأراضي المحتلة ليس لها أية شرعية قانونية وإنما هي تحد واضح للمجتمع الدولي، وتشكل إعاقة خطيرة أمام تحقيق أية فرصة للسلام في المنطقة، مما يدعو المنظمات الدولية لأخذ دورها القانوني والأخلاقي لإلزام الحكومة الإسرائيلية للالتزام بمبادئ اتفاقية جنيف، وتنفيذ القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة، وأن تشكل لجان دولية لمتابعة هذا الأمر، إذا كانت هذه المؤسسات جادة في تطبيق قراراتها.

الإشكالية: ما هو موقف القانون الدولي من قضية الاستيطان الإسرائيلي في الأراضي المحتلة؟ وما هي سبل وقف المستوطنات الإسرائيلية؟

هذه الإشكالية سنجيب عليها من خلال الخطة الآتية:

المبحث الأول: عدم مشروعية المستوطنات الإسرائيلية في الأراضي المحتلة.

المطلب الأول: التطور التاريخي للسياسة الإسرائيلية الاستيطانية في فلسطين.

المطلب الثاني: بطلان الحجج الإسرائيلية غير مبررة لإضفاء المشروعية على المستوطنات.

المبحث الثاني: موقف القانون الدولي من الاستيطان الإسرائيلي.

المطلب الأول: الاستيطان الإسرائيلي في قرارات الأمم المتحدة.

المطلب الثاني: سبل مواجهة الاستيطان الإسرائيلي.

المبحث الأول: عدم مشروعية المستوطنات الإسرائيلية في الأراضي المحتلة.

على الرغم من القرارات الصادرة عن المؤسسات الدولية، والتي تطالب دائما بالاحتلال الإسرائيلي بالالتزام بأحكام اتفاقية لاهاي لعام 1907 واتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949، وكذلك القرارات الصادرة عن مجلس الأمن، والجمعية العامة للأمم المتحدة، فإن الحكومات الإسرائيلية المتعاقبة أظهرت عدم احترامها للقرارات الدولية، وعدم الالتزام بتطبيقها، بل على العكس تماما فقد لجأت إلى سياسة التحدي والإصرار على الاستمرار في سياساتها الاستيطانية. فعلى الرغم من قبولها عضوا في الأمم المتحدة، الأمر الذي يتطلب منها الالتزام بكل ما يصدر عن المؤسسات الدولية، إلا أنها تضرب بعرض الحائط كل تلك القرارات، الأمر الذي يجب أن يضع

تلك المؤسسات أمام مسؤولياتها لتطبيق قراراتها على الحكومات الإسرائيلية وإجبارها على وقف سياسة الاستيطان في الضفة الغربية¹.

وما زالت الحكومات الإسرائيلية تمارس سياساتها الاستيطانية على الأرض، ولم تتوقف هذه السياسات إلا إذا اقتضت بعض الظروف الداخلية الإسرائيلية ذلك، والقانون الذي تحكم إليه إسرائيل في استمرار أو عدم استمرار الاستيطان هو القانون الإسرائيلي نفسه وليس القانون الدولي، فقد ضربت - وما تزال - عرض الحائط كافة القرارات الدولية التي نصت على ضرورة وقف المستوطنات في الضفة الغربية والعمل على تفكيكها وإزالتها، ولكن المبدأ العام لدى الحركة الاستيطانية الإسرائيلية هو الاستمرار دون أية قيود، الأمر الذي يدل على أن القانون الإسرائيلي الصادر عن محكمة العدل العليا الإسرائيلية بشأن استمرار الاستيطان ومحاوله شرعته، هو في حقيقة الأمر يسود على القانون الدولي القاضي بعدم شرعية الاستيطان وضرورة وقفه،
المطلب الأول: التطور التاريخي للسياسة الإسرائيلية الاستيطانية في فلسطين.

بدأ التسلسل الاستيطاني الصهيوني إلى فلسطين، عام 1882 إذ اقتصرت عمليات الاستيطان اليهودية حتى القرن التاسع عشر وتحديدا عام 1889، على إنشاء 22 مستوطنة، وبعد تأسيس المنظمة الصهيونية العالمية في مؤتمر بازل، بسويسرا عام 1897 توسعت عمليات الاستيطان لتشمل مناطق جديدة من فلسطين، حتى وصل عدد المستوطنات في عام 1914 إلى 47 مستوطنة، وفي عام 1918 أصبحت مساحة الأراضي التي كان يملكها اليهود حوالي 2.5% من أراضي فلسطين. وشهدت فترة الانتداب البريطاني طفرة في عدد المستوطنات حيث ارتفع عددها ليصل إلى 304 مستوطنة، ويعود ذلك الارتفاع في عدد المستوطنات إلى تعاون حكومة الانتداب البريطاني مع الحركة الصهيونية لطرد الفلسطينيين وسلب أراضيهم وزرع المستوطنين فيها. وتطورت مشاريع الاستيطان الإسرائيلية، فيما بعد، وفقا

¹ بلال محمد صالح إبراهيم، الاستيطان الإسرائيلي في الضفة الغربية وأثره على التنمية السياسية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010، ص.49.

لمراحل احتلال الأرض الفلسطينية والسيطرة عليها وتهجير سكانها الأصليين ليحل محلهم المستوطنون².

ولفهم الظاهرة الاستيطانية الإسرائيلية في الأرض الفلسطينية المحتلة يجب النظر إليها كوحدة متكاملة، وفقا للسياسات والمشاريع التي تبنتها الحكومات الإسرائيلية المتعاقبة بدء من العام 1967.

الفرع الأول: مرحلة 1967-1976

تم في هذه المرحلة تأسيس المستوطنات بصورة انتقائية ضمن سياسة استيطان تعتمد على الكيف وليس الكم، وتركزت المستوطنات في القدس والغور، وذلك بوحى من خطة (ألون)، التي تقوم على إستراتيجية تضيق مجال الخيارات المتاحة للحل (التسوية)، بشأن السيادة على الأرض المحتلة، عبر تطبيق الأمر الواقع بالاستيلاء على الأرض وتنفيذ عملية استيطانية واسعة، على طول غور الأردن، من جنوب غوربيسان، وحتى جنوب صحراء الخليل، بطول 115 كلم وعرض 20 كلم³. وفي ضوء هذا المخطط، تم في عهد حزب العمل منذ عام 1968، وحتى عام 1977، بناء 34 مستوطنة، منها 12 مستوطنة في مدينة القدس⁴.

الفرع الثاني: مرحلة 1977-1984.

شهدت هذه المرحلة صعود حزب الليكود وتزايد نفوذ حركة "غوش إيمونيم" الاستيطانية، إضافة إلى عقد اتفاقية "كامب ديفيد" مع مصر، وما تبعها من إخلاء مستوطنات شبه جزيرة سيناء. لقد شهدت هذه المرحلة طفرة في بناء المستوطنات الإسرائيلية والتوسع في انتشارها الأفقي، وكان الإطار النظري لهذا التوسع مجموعة من الخطط والمشاريع الاستيطانية من أهمها⁵:

² عزام شعث، الاستيطان في فلسطين تغيير المعالم والقضاء على مبدأ حل الدولتين، مركز برك للأبحاث والدراسات، 2017، ص06.

³ تقرير المستوطنات الإسرائيلية وآثارها الاقتصادية والاجتماعية على الأراضي الفلسطينية وقطاع العمل، رام الله، وزارة العمل، ديسمبر 2014، ص09.

⁴ عزام شعث، مرجع سابق، ص08/07.

⁵ الجهاز المركزي للإحصاء الفلسطيني، المستعمرات الإسرائيلية في الأراضي الفلسطينية، التقرير الإحصائي السنوي 2011، رام الله، أوت 2016، ص18.

أولاً: خطة شارون.

(رئيس اللجنة الوزارية العليا للاستيطان) تتضمن هذه الخطة إقامة تكتل استعماري في الضفة الغربية يقطعها طولياً من الشمال إلى الجنوب تمتد منه قطاعات عرضية واسعة⁶.
ثانياً: خطة " منتياهو دروبلس.

تهدف هذه الخطة إلى توطين 12000 يهودي من خلال بناء 50 مستوطنة، تقام في الأماكن الإستراتيجية في الأرض الفلسطينية⁷.
ثالثاً: خطة " غوش إيمونيم⁸.

تتركز المستوطنات، بحسب خطة هذه الحركة الاستيطانية في المناطق التي تحاول المشاريع الاستيطانية الأخرى تجنبها وذلك لسد الثغرة في المشاريع الأخرى وتحقيق الأهداف الأمنية ومنها المحافظة على عمق البلاد من نهر الأردن وحتى السهل الساحلي، والسيطرة على سلسلة الجبال في الضفة الغربية⁹.

الفرع الثالث: مرحلة 1985-1990.

عادت في هذه المرحلة وتيرة الاستيطان-من حيث الكم -إلى ما يشبه المرحلة الأولى، وقد يكون ذلك عائداً إلى عدم وجود أماكن كثيرة تصلح للاستيطان بالإضافة إلى التضارب في الرؤية الاستيطانية بين جناحي الائتلاف الحاكم في إسرائيل (حزب العمل وحزب الليكود)¹⁰.

الفرع الرابع: مرحلة 1991-2018.

شهدت هذه المرحلة انطلاق مسيرة التسوية السياسية بين منظمة التحرير الفلسطينية وحكومة إسرائيل، وتوقيع اتفاق أوسلو بتاريخ 13 سبتمبر 1993، بين الطرفين، وقيام السلطة الوطنية الفلسطينية في الضفة الغربية وقطاع غزة، غير أن المسار السياسي توقف على أثر إصرار السلطات الإسرائيلية المحتلة على تشييد المستوطنات في الضفة الغربية ومدينة القدس

⁶ خليل التفكجي، الاستيطان الإسرائيلي في الأراضي المحتلة واقع وإشكاليات، على الموقع
<https://www.aljazeraa.net/specialfiles/pages27>:

⁷ خليل التفكجي، مرجع سابق.

⁸ أسست كمنظمة رسمية عام 1974.

⁹ خليل التفكجي، مرجع سابق.

¹⁰ عزام شعث، مرجع سابق، ص 08/07.

المحتلة، وعدم جديتها في التوصل إلى اتفاق سلام يُنهى الصراع الفلسطيني -الإسرائيلي الممتد، فضلا عن محدودية دور الوسيط الأمريكي، وعدم جديته في الضغط على إسرائيل لدفع عجلة السلام، وتلبية شروط ومتطلبات العملية السياسية.

وشهدت هذه المرحلة صدور العديد من القوانين التي تجشع الاستيطان، وأبرزها:

أولا: إنشاء الجدار العازل عام 2002.

وهو يشكل جزء من البنية التحتية المخصصة للمستوطنات، ويحيط بالضفة الغربية ويتغلغل في أراضيها، ويسهم في الاستيلاء على مساحات شاسعة من الأرض الفلسطينية. وتم تكثيف بناء المستوطنات، فمثلا، في العام 2007، تم بناء 3614 وحدة سكنية استيطانية، وارتفع عدد المستوطنين في الضفة الغربية، بما فيها مدينة القدس الشرقية، إلى 486 ألف مستوطن . وفي نهاية العام 2009، بلغ عدد المستوطنات الإسرائيلية في الضفة الغربية 141 مستوطنة، منها 26 مستوطنة في مدينة القدس المحتلة¹¹.

ثانيا: قانون شرعنة البؤر الاستيطانية لعام 2017.

استمرارا للسياسات الاستيطانية الإسرائيلية في الأرض الفلسطينية المحتلة، صادق الكنيست الإسرائيلي، بتاريخ فيفري 2017، بالقراءتين الثانية والثالثة على ما يسمى قانون "شرعنة البؤر الاستيطانية" المقامة على أراض فلسطينية ذات ملكية خاصة في الضفة الغربية، بتأييد 60 نائبا للمشروع من أصل 120 عضوا في البرلمان الإسرائيلي، وهذه هي المرة الأولى التي يصدر فيها الكنيست قانونا يشمل الأملاك الخاصة للفلسطينيين في الأرض المحتلة، إلا أن ذلك لا ينفى استمرار إسرائيل، طيلة سنوات احتلالها، في السيطرة على الأملاك الخاصة. وتبين دراسة تحليلية أجراها معهد الأبحاث التطبيقية في القدس حول الاستيطان أن ما نسبته 49 % من مساحة المستوطنات تم بناءها على أراضي فلسطينية ذات ملكية خاصة، في حين أن 51 % تم بناءها على أراض صنفها إسرائيل بأراضي دولة. فعلى سبيل المثال تبلغ مساحة المستوطنات الإسرائيلية في محافظة القدس 40.868 دونم أي 73% منها مقام على أراضي ذات ملكية خاصة بما فيها الأراضي التي ضمتها إسرائيل بشكل غير شرعي وأحادي الجانب لما يسمى

¹¹ عزام شعث، مرجع سابق ، ص08.

بحدود بلدية القدس. أما بالنسبة لمحافظة رام الله فبلغت المساحة الإجمالية للمستوطنات الإسرائيلية 32.181 دونم أي 62 % منها مقام على أراضي ذات ملكية خاصة.
ثالثا: قانون القومية 2018 /07/19.

صادق الكنيست الإسرائيلي بالقراءتين الثانية والثالثة وبشكل نهائي على قانون أساس: إسرائيل -الدولة القومية للشعب اليهودي¹²، الذي تم إقراره بتاريخ 19 جويلية 2018، بأغلبية 62 عضوا مقابل معارضة 55 عضو وامتناع نائبين عن التصويت¹³. بخصوص الاستيطان فقد نص هذا القانون على أن تطوير الاستيطان قيمة قومية وتعمل الدولة لأجل تشجيعه ودعم إقامته وتثبيته¹⁴.

المطلب الثاني: بطلان الحجج الإسرائيلية غير مبررة لإضفاء المشروعية على المستوطنات.
رغم استنكار المجتمع الدولي إقامة المستوطنات الإسرائيلية على الأراضي الفلسطينية المحتلة بموجب القانون الدولي، إلا أن إسرائيل تتمسك بأن تلك المستوطنات تتماشى مع القانون الدولي وتتوافق مع اتفاقية جنيف الرابعة¹⁵ فيما يتعلق بالأراضي المحتلة في حرب 1967¹⁶ وكذلك قرارات مجلس الأمن الدولي، والجمعية العامة للأمم المتحدة، وأن جميع المستوطنات قانونية تماما وبما يتفق مع القانون الدولي.

¹² قوانين الأساس في إسرائيل هي بمنزلة البديل من الدستور، و تعتبر قوانين دستورية الطابع بإمكانها أن تلغي قوانين أخرى تتناقض معها، وتتعامل المحاكم الإسرائيلية معها على هذا الأساس.

¹³ الذي ينص على أن : دولة إسرائيل هي دولة الشعب اليهودي وعاصمتها القدس الكاملة الموحدة، وأن اللغة العبرية وحدها هي اللغة الرسمية ، وأن الدولة مفتوحة أمام قدوم اليهود ولم الشتات، ويمنح اليهود وحدهم حق تقرير المصير في إسرائيل. انظر : قانون أساس إسرائيل -الدولة القومية للشعب اليهودي.

¹⁴ انظر : المادة 05 قانون أساس إسرائيل -الدولة القومية للشعب اليهودي.

¹⁵ انظر اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب المؤرخة في 12 اوت 1949 والتي تحوي على 159 مادة لحماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب.

¹⁶ حرب 1967 وتعرف أيضا باسم نكسة حزيران وتسمى كذلك حرب الأيام الستة وهي الحرب التي نشبت بين إسرائيل وكل من مصر وسوريا والأردن بين 5 جوان و 10 جوان 1967، وأفضت لاحتلال إسرائيل كل من سيناء وقطاع غزة والضفة الغربية والجولان .

الفرع الأول: الادعاءات الإسرائيلية.

أولاً: الادعاءات التاريخية:

تتعلق الادعاءات الإسرائيلية بأن اليهود كانوا يعيشون في الأراضي التي تشكل اليوم الأراضي الفلسطينية المحتلة على مدى آلاف السنين دون تشكيل دولة بالكاد لا يمكن تبريره كمطالبة قانونية.

علاوة على ذلك، فإن إسرائيل تتمسك بحقها في الأراضي الفلسطينية المحتلة المستمد من الانتداب على فلسطين عام 1922 والذي يتضمن الهجرة اليهودية والاستيطان من خلال التفويض الممنوح من قبل عصبة الأمم منذ أكثر من 90 عام والذي لا يزال ساري المفعول إلى يومنا هذا. في فتاها بشأن المركز الدولي لجنوب غرب أفريقيا، أثبتت محكمة العدل الدولية أن نظام الولاية لا يزال ساري المفعول على الرغم من أن عصبة الأمم لم تعد موجودة بعد انهيارها مع بدء الحرب العالمية الثانية¹⁷.

إن من شأن قبول ادعاءات الدول بوجود شعوبها على أرض معينة ومحاولة بناء مستوطنات على تلك الأراضي بالقوة يؤدي إلى خلق حالة خطيرة من عدم الاستقرار والتي من شأنها تتعارض مع أهداف السلام والاستقرار بموجب القانون الدولي حسب ميثاق الأمم المتحدة¹⁸.

وبموجب هذا الافتراض فإن إسرائيل اليوم ملزمة بإغلاق المستوطنات وتحديدًا بعد قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة والذي قسم الأراضي الفلسطينية وأعلن قيام دولة إسرائيل عام

¹⁷ شادي الشديفات- علي الجبرة، موقف القانون الدولي من المستوطنات الإسرائيلية على الأراضي الفلسطينية، مجلة المنارة، المجلد 21، العدد 2015، 04، ص 293/294.

¹⁸ انظر نص المادة I (1) من ميثاق الأمم المتحدة "حفظ السلم والأمن الدولي، وتحقيقاً لهذه الغاية تتخذ الهيئة التدابير المشتركة الفعالة لمنع الأسباب التي تهدد السلم ولإزالتها، وتقمع أعمال العدوان وغيرها من وجوه الإخلال بالسلم، وتتدرج بالوسائل السلمية، وفقاً لمبادئ العدل والقانون الدولي، لحل المنازعات الدولية التي قد تؤدي إلى الإخلال بالسلم أو لتسويتها."

19.1948. لذلك لم يعد لإسرائيل الحق في الاستيطان في أراضي لا تعود ملكيتها لدولة إسرائيل أساسا.

علاوة على ذلك، يتوجب أيضا على الاستيطان اليهودي في الأراضي الفلسطينية الحفاظ على الحقوق المدنية والدينية للسكان الفلسطينيين. وأن الادعاء الإسرائيلي اليوم لا يجد أي استحقاق قانوني لبناء المستوطنات الإسرائيلية على الأراضي الفلسطينية المحتلة في القانون الدولي. وقد تم التأكيد على هذا الاستنتاج من قبل أعلى السلطات السياسية والقضائية الدولية ممثلة بمجلس الأمن الدولي ومحكمة العدل الدولية التي أوجدت أن مطالب إسرائيل في الاستيطان غير صحيحة من الناحية القانونية لهذه الأراضي بموجب القانون الدولي.

ثانيا: الادعاءات القانونية.

أ- الادعاء أن الأراضي الفلسطينية المحتلة "متنازع عليها" بدلا من أنها محتلة تدعي إسرائيل بأنها تحمل الحق الشرعي على هذه الأراضي وهو خلاف جدلي تاريخي مستمر ذلك أن وجوده موازي لوجود الصراع العربي- الإسرائيلي على الأرض. كما أن وجهة النظر الإسرائيلية أن حق إسرائيل في الاستيطان على الأراضي الفلسطينية المحتلة مستمد من الانتداب على فلسطين لسنة 1922 وأن مطالبة إسرائيل بهذه الأرض وبناء المستوطنات عليها يفهم على أنه حق لن تتنازل عنه إسرائيل وذلك طالما أن هذا الحق مستمد من وجود اليهود على هذه البقعة على مر الزمان. إلا أن محكمة العدل الدولية وجدت أن هذه النظرية التاريخية ما هي إلا عنوان مثير للجدل إلى حد كبير ولا يمكن لتلك النظرية أن تنشئ حقا مع الأخذ بعين الاعتبار العديد من المتغيرات الهامة الأخرى في الواقع والقانون.

ب- ترى إسرائيل بأن اتفاقيات جنيف الأربع لا تنطبق على الاستيطان في الضفة الغربية وقطاع غزة لأن هذه الاتفاقيات تتعامل فقط مع الأراضي المحتلة ولا تنطبق على الأراضي المتنازع عليها وهذا هو حال الضفة الغربية وقطاع غزة. وقد اعترضت إسرائيل على التطبيق الكامل لاتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 على الأراضي المحتلة في حرب 1967، وإن إسرائيل اتخذت قرار طوعيا بالالتزام بالأحكام الإنسانية لاتفاقيات جنيف على الضفة الغربية وقطاع غزة،

¹⁹ See General Assembly Resolution number, 181 In November 29, 1947 "Future Government of Palestine"

ووافقت محكمة العدل الإسرائيلية بانطباق بعض أحكام القانون الدولي العرفي على هذه الأراضي حيث تعترف بتطبيق قواعد قانون الاحتلال الواردة في اتفاقيات لاهاي لسنة 1907 باعتباره جزء من القانون الدولي العرفي²⁰.

ت- كما ترى إسرائيل أن الاتفاقيات المبرمة سنة 1993 اتفاقية أوسلو وما بعدها لا تحتوي على أي خطر على بناء المستوطنات أو توسيعها وتركت تحديد موضوع الاستيطان لمفاوضات الوضع الدائم، لكن إسرائيل وافقت على مبادرات لتجميد طوعي للاستيطان عدة مرات بوضعها مساهمة في بناء الثقة مع العرب ولتشجيع عملية التسوية السياسية في المنطقة²¹.

ث- إن إسرائيل صادرت هذه الأراضي المتنازع عليها وهي في حالة دفاع عن النفس، وكانت حدودها مكشوفة وتم الاستخدام المؤقت للمباني والأراضي في المناطق المحتلة لأغراض مختلفة جائز تحت الضرورة الأمنية وإن المستوطنات موجودة للوفاء بالاحتياجات الأمنية، وإن إسرائيل ستحتفظ بهذه الأراضي المتنازع عليها إلى أن يتم التفاوض على حدود جديدة معترف بها بصورة شرعية²².

ج- فيما يتعلق بنقل السكان الواردة في المادة 49 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 تحت عنوان الترحيل والنقل والإخلاء كان يهدف إلى منع النقل القسري للسكان المدنيين، وهذا ما لم تقم به إسرائيل في عمليات الاستيطان في القدس ومناطق الضفة الغربية وقطاع غزة، وإن إسرائيل لم تنقل مواطنيها قسرا إلى المناطق المحتلة وإن اتفاقية جنيف لا تفرض قيودا أو حذرا على انتقال الأفراد طوعا وحقهم في اختيار مكان إقامتهم²³.

ح- ترفض إسرائيل إدراج النشاط الاستيطاني تحت بند جرائم الحرب لأن نقل السكان المدنيين في الأراضي المحتلة لا يمكن تكييفه كجريمة حرب مثل الهجمات على مراكز السكان والمدنيين أو القتل الجماعي، وأن الاتجاه لتجريم انتقال المستوطنين للعيش في الضفة الغربية هو استخدام لقرارات محكمة العدل الدولية لأغراض سياسية.

²⁰ ناظم محمد بركات، موقف القانون الدولي من الاستيطان الإسرائيلي في القدس، جامعة اليرموك، ص07.

²¹ نفس المرجع، ص07.

²² نفس المرجع، ص07.

²³ نفس المرجع، ص08/07.

الفرع الثاني: الرد على الادعاءات الإسرائيلية بحقها بإقامة المستوطنات. أولاً: الرد على الادعاءات التاريخية.

أ- لو سلمنا جدلاً بالادعاء التاريخي الذي يتمسك به اليهود على الأراضي الفلسطينية، فإن هذا الادعاء ليس له سند من الواقع أو المنطق أو القانون الدولي، لأن صلة اليهود بفلسطين قد انقطعت سنة 135 ميلادي²⁴ عندما طردهم هارديان إمبراطور الدولة الرومانية، واستمروا بعدها منتشرين خارج فلسطين طوال أكثر من ثمانية عشر قرناً.

ب- ومن خلال الادعاءات الإسرائيلية الدينية والتاريخية والأمنية السابقة نجد أن لا أهمية لتلك الادعاءات عند البحث في مسألة المركز القانوني للاستيطان وذلك لعدم صلتها بالموضوع أو لعدم جديتها أو واقعيته أو عدم صحتها قانوناً. فإدعاء إسرائيل بأحقيتها على السيادة على الأراضي التي استولت عليها بالقوة في عام 1948 لا يقوم على أساس قانوني لأن قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 181²⁵ اقترح وجود دولة عربية ويهودية في فلسطين، ووضع تصوراً لدولة يهودية ذات بعد أصغر مما استولت عليه إسرائيل في عام 1948 وبناءها للمستوطنات بعد ذلك التاريخ، كما أن اعتراف الأمم المتحدة والعضوية فيها لا يتضمن بالضرورة اعتراف بالسيادة على أراض تكون موضع نزاع.

ثانياً: الرد على الادعاءات القانونية.

أ- بخصوص انطباق اتفاقيات جنيف لسنة 1949 على الاستيطان في القدس والمناطق المحتلة سنة 1967، فلم يترك القانون الدولي للدول أمر تحديد مدى انطباق اتفاقيات جنيف على حالات دون أخرى، ووضع الأمر بيد المرجعيات الدولية، فقرار مجلس الأمن رقم 446 يشير إلى اتفاقية جنيف الرابعة باعتبارها المرجعية القانونية الواجبة التطبيق على الأراضي المحتلة سنة 1967، ولجنة القضاء على كافة أشكال التمييز العنصري أكدت أن الوضع في المستوطنات لا يتفق بوضوح مع المادة 03 من اتفاقية جنيف الرابعة، ومنظمة العفو الدولية وهيومن رايتس ووتش وصفت المستوطنات بأنها انتهاك للقانون الدولي.

²⁴ محسن صالح، القضية الفلسطينية خلفياتها التاريخية وتطوراتها المعاصرة، مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات،

بيروت، 2012، ص 13 .

²⁵ اقترح قرار التقسيم الذي أصدرته الأمم المتحدة أن تكون القدس في ظل نظام دولي تديره الأمم المتحدة.

ب- إن نقل السكان اليهود المستوطنين للعيش في المناطق المحتلة سنة 1967 يشكل حسب منظمة العفو الدولية انتهاكا لحقوق الإنسان الفلسطيني، لأن وجود المستوطنات يتطلب مصادرة الأراضي الفلسطينية سواء الملكية الخاصة أو العامة لحقوق الشعب الفلسطيني وتميزا وإمكانية طرده من مكان إقامته. كما أن وجود المستوطنات قد خلق قيود على حرية تنقل وسفر المواطنين الفلسطينيين في بلادهم.

ت- إن وجود المستوطنات في حد ذاته يشكل انتهاكا لحقوق الشعب الفلسطيني الذي أقيمت هذه المستوطنات على أرضه، كما أن هذه المستوطنات تحتاج إلى أراضي متجاوزة والقدرة على التصرف بحرية في الموارد الطبيعية في المنطقة وكلا الأمران يعرضان حق الشعب الفلسطيني لتقرير مصيره للخطر وهذا الحق يشكل قاعدة أمرة من قواعد القانون الدولي.

ث- إن القرارات والقوانين الدولية تنص على حماية حقوق المواطنين في أراضيهم الواقعة تحت الاحتلال، فالتفاهة جنيف لعام 1949 تشير في المادة 49 (6)، على أن "القوة المحتلة لا يجب أن تنقل أو تحول جزءا من سكانها إلى الأراضي التي احتلتها"²⁶. وتبعاً لذلك يعد النشاط الاستيطاني وعملية مصادرة الأراضي وبنائها المستوطنات الإسرائيلية عليها منافيا للاتفاقية المذكورة، وكذلك نص المادة 47 من اتفاقية جنيف لعام 1949²⁷، فضلا عن تعارض النشاطات الاستيطانية مع أبسط قواعد القانون الدولي وبشكل خاص اتفاقية لاهاي الموقعة في

²⁶ تم توقيع اتفاقية جنيف الرابعة في 12 اوت 1949 وتعنى بالمدينين وحمايتهم في حال الحرب. تنص هذه الاتفاقية على طبيعة الحكم في المناطق المحتلة بحرب والمبادئ الملزمة على دولة ما إذا أدارت شؤون منطقة احتلتها بقوة. ومن أبرز هذه المبادئ هي الحفاظ على الحالة القانونية القائمة في المنطقة عند احتلالها، الحظر على نقل سكان محليين خارج المنطقة قهريا والحظر على إسكان مواطني الدولة في المنطقة المحتلة. ومن أبرز المناطق الخاضعة حاليا لاتفاقية جنيف الرابعة هي الضفة الغربية التي احتلتها إسرائيل في 1967. ويعد بناء مستوطنات إسرائيلية في هذه المنطقة بنظر الكثير من الدول والمنظمات الدولية مخالفة الحظر على إسكان مواطني الدولة المحتلة للمنطقة فيها.

²⁷ لا يحرم الأشخاص المحميون الذين يوجدون في أي إقليم محتل بأي حال ولا بأية كيفية من الانتفاع بهذه الاتفاقية، سواء بسبب أي تغيير يطرأ نتيجة لاحتلال الأراضي على مؤسسات الإقليم المذكور أو حكومته، أو بسبب أي اتفاق يعقد بين سلطات الإقليم المحتل ودولة الاحتلال، أو كذلك بسبب قيام هذه الدولة بضم كل أو جزء من الأراضي المحتلة.

عام 1907²⁸ والبرتوكولات الملحقة بها والتي تؤكد بمجملها ضرورة حماية مصالح الشعب الذي يربح تحت الاحتلال. نجد بأنه من الضروري القول أن مصادرة الأراضي وإقامة مستوطنات عليها لأغراض عسكرية لحجج دينية تارة، واعتبارات تاريخية مزيفة تارة أخرى ما هي إلا حجج لا تجد موطناً قدم لها أمام القانون الدولي²⁹.

المبحث الثاني: موقف القانون الدولي من الاستيطان الإسرائيلي.

تتعارض إقامة المستوطنات ونقل سكان دولة الاحتلال إلى الإقليم المحتل مع المبادئ والاتفاقيات الدولية ومنها لائحة لاهاي لسنة 1907³⁰، واتفاقيات جنيف، وميثاق الأمم المتحدة، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية، والمدنية والسياسية، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948، فضلا عن تعارضها مع القرارات الأممية: قرارات الجمعية العامة ومجلس الأمن الدولي بشأن عدم شرعية الاستيطان في الأرض المحتلة، وتتعارض كذلك مع اتفاقية إعلان المبادئ لعام 1993³¹.

فضلا عن عدم التزام إسرائيل بقواعد وأحكام القانون الدولي، فإنها لم تتصاع إلى قرارات الأمم المتحدة التي أنكرت أي صفة قانونية للاستيطان ولإجراءات ضم الأراضي، وطالبت إسرائيل بوقف عمليات إقامة وبناء وتخطيط المستوطنات في الأراضي العربية المحتلة منذ 1967، بما في ذلك مدينة القدس، ومنها قرارات مجلس الأمن رقم 446 لسنة 1979، الذي أكد على أن " الاستيطان ونقل السكان الإسرائيليين للأراضي الفلسطينية المحتلة غير شرعي؛ والقرار رقم 452 لسنة 1979 الذي نص على وقف الاستيطان في القدس وعدم الاعتراف

²⁸ اتفاقيات لاهاي عبارة عن معاهدتان دوليتان نوقشتا لأول مرة خلال مؤتمرين منفصلين للسلام عقدا في لاهاي بهولندا؛ مؤتمر لاهاي الأول عام 1899 ومؤتمر لاهاي الثاني عام 1907 وتعتبر هاتان الاتفاقيتان علاوة على اتفاقية جنيف من أول النصوص الرسمية المنظمة لقوانين الحرب وجرائم الحرب في القانون الدولي.

²⁹ شادي الشديفات- علي الجبرة، مرجع سابق، ص 296.

³⁰ انظر: المواد 47، 46، 23، 56، من اتفاقية لاهاي لعام 1907.

³¹ المادة 31 ف07 من اتفاق أوسلو تطلب من كلا الجانبين عدم بدء أو اتخاذ أي خطوة تعمل على تغيير وضع الضفة الغربية وقطاع غزة بانتظار نتيجة مفاوضات الوضع الدائم، وهذا يتطلب وقف كافة النشاطات الاستيطانية.

بضمها؛ والقرار رقم 465 لسنة 1980، الذي طالب بتفكيك المستوطنات؛ وقرار مجلس الأمن رقم 2334 لسنة 2016، والذي اعتبر أن إنشاء إسرائيل للمستوطنات في الأرض الفلسطينية المحتلة منذ عام 1967، بما فيها القدس الشرقية، ليس له أي شرعية قانونية ويشكل انتهاكا صارخا بموجب القانون الدولي .

المطلب الأول: الاستيطان الإسرائيلي في قرارات الأمم المتحدة.

انصبت قرارات الأمم المتحدة على مقاومة عمليات الاستيطان الإسرائيلي في الأراضي المحتلة وتهجير السكان ومصادرة الأراضي. وفيما يلي نقدم عرضا لأهم قرارات الأمم المتحدة في مجال الاستيطان الإسرائيلي، والإجراءات الإسرائيلية في الأراضي المحتلة.
الفرع الأول: الاستيطان الإسرائيلي في قرارات مجلس الأمن الدولي.

لقد نصت القرارات الصادرة عن مجلس الأمن على عدم شرعية الاستيطان، وطالبت باستمرار الحكومات الإسرائيلية بضرورة إلغاء المستوطنات وتفكيكها سواء في الضفة الغربية أو القدس المحتلة، وهنا يمكن تسليط الضوء على أهم تلك القرارات.

أولا: القرار رقم 442 بتاريخ 1979/03/22.

اتخذ مجلس الأمن الدولي بتاريخ 22 مارس 1979 القرار رقم 442 الذي أكد انطباق اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 على الأراضي التي تحتلها إسرائيل منذ 1967، بما فيها القدس، وقرر أن إقامة المستوطنات ليس لها مستند قانوني، وتشكل عبقة خطيرة في وجه التوصل إلى سلام شامل وعادل ودائم في الشرق الأوسط. وطالبا بالالتزام باتفاقية جنيف الرابعة والتراجع عن تدابيرها السابقة والامتناع عن اتخاذ أي عمل قد يؤدي إلى تغيير الوضع القانوني والطابع الجغرافي أو أي عمل قد يؤدي إلى التأثير الملموس في التركيب السكاني للأراضي العربية المحتلة، بما فيها القدس .

وأعلن القرار عن تأليف لجنة ثلاثية من أعضاء في مجلس الأمن لدراسة الوضع في المستوطنات وترفع تقريرها إلى مجلس الأمن. رفضت إسرائيل التعاون مع لجنة مجلس الأمن

الدولي. وضربت بالقرار عرض الحائط وتابعت مصادر الأراضي العربية وبناء المستوطنات اليهودية عليها³².

ثانيا: القرار رقم 465 لسنة 1980 .

ينص هذا القرار بشكل واضح وصريح على أن التدابير التي تتخذها الحكومات الإسرائيلية لتغيير المعالم المادية، والتركيب السكاني في الأراضي الفلسطينية المحتلة منذ عام 1967 بما فيها القدس، ليس لها مستند قانوني، وأن سياستها وأعمالها لتوطين قسم من سكانها ومن المهاجرين الجدد في هذه الأراضي تشكل خرقا فاضحا لاتفاقية جنيف الرابعة، كما ينص على ضرورة قيام الحكومة الإسرائيلية بتفكيك كافة المستوطنات المقامة في الضفة الغربية، والتوقف فورا عن إنشاء أية مستوطنات جديدة³³.

ثالثا: قرار مجلس الأمن بخصوص الجدار بتاريخ 2003/10/21 .

جاء هذا القرار على خلفية شروع الحكومة الإسرائيلية بإقامة الجدار العازل، حيث دعاها إلى وقف وإزالة الجدار المقام في الأراضي الفلسطينية المحتلة، بما في ذلك أجزاء داخل القدس الشرقية، وتعتبر الأمم المتحدة بناء الجدار انتهاكا للحقوق الفلسطينية العامة، وأنه يشكل قاعدة للترققة العنصرية من خلال السيطرة التي تمارسها لصالح المستوطنات التي ضمها الجدار على حساب الأراضي الفلسطينية المحتلة، كما يمثل الرأي الاستشاري الصادر عن محكمة العدل الدولية عام 2004 بشأن الآثار القانونية لإنشاء الجدار العازل في الأراضي الفلسطينية المحتلة مرجعية قانونية هامة في التأكيد على عدم شرعية المستوطنات الإسرائيلية وذلك باعتبار أن الجدار قد أقيم على أراضي الضفة الغربية المحتلة.

³² غازي حسين، الاستيطان اليهودي في فلسطين من الاستعمار إلى الإمبريالية، منشورات اتحاد الكتاب العرب،

دمشق، ٢٠٠٣، ص143.

³³عاشور موسى، الاستيطان في ضوء القانون الدولي-حالة المستوطنات الإسرائيلية في فلسطين نموذجا، ط01،

2014، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2014، ص70.

رابعا:قرار مجلس الأمن رقم2334 لسنة2016.

إن القرار 2334 هو القرار الأول الذي تناول بصورة مباشرة المستوطنات الإسرائيلية في الضفة الغربية والقدس الشرقية منذ عام1980. واعتمد مجلس الأمن الدولي القرار رقم 2334 الذي كرر مطالبة إسرائيل بأن توقف فورا وعلى نحو كامل جميع الأنشطة الاستيطانية في الأرض الفلسطينية المحتلة، بما فيها القدس الشرقية، بتأييد14عضوا وامتناع الولايات المتحدة عن التصويت . وأكد القرار على انطباق اتفاقية جنيف الرابعة المتعلقة بحماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب لعام1949، على الأراضي الفلسطينية بما فيها القدس الشرقية، والأراضي العربية الأخرى المحتلة منذ عام 1967، مستكثرا الرأي الاستشاري الصادر في09 جويلية 2004 من قبل محكمة العدل الدولية، وأدان جميع التدابير الأخرى الرامية إلى تغيير التكوين الديموغرافي وطابع ووضع الأرض الفلسطينية المحتلة منذ العام 1967، بما فيها القدس الشرقية، بما يشمل، من جملة أمور، بناء وتوسيع المستوطنات، نقل المستوطنين الإسرائيليين، مصادرة وضم بالأمر الواقع الأرض، هدم المنازل، والنقل القسري للمدنيين الفلسطينيين، في انتهاك للقانون الدولي الإنساني والقرارات ذات الصلة، و يؤكد القرار من جديد على رؤيته التي تتوخى منطقة تعيش فيها دولتان ديمقراطيتان، إسرائيل وفلسطين، تعيشان جنبا إلى جنب في سلام ضمن حدود آمنة ومعترف بها .

وتناول القرار عدم شرعية إنشاء إسرائيل للمستوطنات في الأراضي الفلسطينية المحتلة منذ عام 1967 بما فيها القدس الشرقية، ويعد إنشاء المستوطنات انتهاك صارخ بموجب القانون الدولي، وعقبة كبرى أمام تحقيق حل الدولتين، وإحلال السلام العادل، وطالب القرار بوقف فوري لكل الأنشطة الاستيطانية على الأراضي الفلسطينية المحتلة، وأوضح أيضا أن التغييرات على حدود عام 1967 لن يعترف بها إلا بتوافق الطرفين، وأكد على التمييز في المعاملات بين إسرائيل والأراضي المحتلة عام 1967، ويشدد من جديد الحاجة الملحة لتحقيق، دون تأخير، نهاية للاحتلال الإسرائيلي الذي بدأ عام 1967 وسلام عادل وشامل ودائم على أساس قرارات

الأمم المتحدة ذات الصلة، ومرجعيات مدريد، بما في ذلك مبدأ الأرض مقابل السلام، ومبادرة السلام العربية، وخارطة الطريق الرباعية³⁴.

الفرع الثاني: الاستيطان الإسرائيلي في قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة.

لقد نصت كافة القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بشكل واضح وصریح على أن إقامة المستوطنات الإسرائيلية في الأراضي الفلسطينية المحتلة عام 1967 بما فيها القدس الشرقية تمثل خرقاً للقانون الدولي، كما أن الإجراءات الاستيطانية المستمرة تمثل خرقاً واضحاً لحقوق الإنسان الفلسطيني، وأن هذه الإجراءات الاستيطانية المستمرة لها تأثيرات ضارة على جهود تحقيق السلام بين الفلسطينيين والإسرائيليين، كما أنها تخالف ما تم الاتفاق عليه بين الجانبين في إعلان المبادئ الموقع بين الجانبين عام 1993 بإشراف ورعاية دولية³⁵. من أهم هذه القرارات الصادرة عن الجمعية العامة:

أولاً: القرار رقم 2443 الصادر بتاريخ 19/12/1968.

القاضي بإنشاء لجنة خاصة للتحقيق في الممارسات الإسرائيلية التي تمس حقوق الإنسان لسكان الأراضي المحتلة والتي قررت فيما بعد أن الأدلة بما فيها الشهادات التي أدلى بها أمام اللجنة الخاصة بشأن الضم والاستيطان، تؤيد الادعاءات القائلة أن حكومة إسرائيل تنتهج سياسة الضم والاستيطان للأراضي المحتلة. بكيفية يقصد بها استبعاد كل إمكانية لرد هذه الأراضي إلى أصحابها الشرعيين³⁶.

ثانياً: القرار رقم 106/60 لسنة 2002.

نص هذا القرار على أن قيام السلطة القائمة بالاحتلال بنقل بعض سكانها المدنيين إلى الأرض التي تحتلها هو خرق لاتفاقية جنيف الرابعة والأحكام ذات الصلة من القانون العرفي

³⁴ قرار مجلس الأمن بمطالبة إسرائيل بوقف الاستيطان، 10/11/2017 موقع الجزيرة نت:

<http://www.aljazeera.net/encyclopedia/events/2016/12/24/>

³⁵ بلال محمد صالح إبراهيم، مرجع سابق، ص 48.

³⁶ عاشور موسى، مرجع سابق، ص 66/65.

وتؤكد أن المستوطنات الإسرائيلية في الأرض الفلسطينية، بما فيها القدس الشرقية، وفي الجولان السوري المحتل، غير قانونية وتشكل عقبة أمام السلام والتنمية الاقتصادية والاجتماعية³⁷.
ثالثا: القرار رقم 105/60 لسنة 2005.

والذي يؤكد على أن اتفاقية جنيف المتعلقة بحماية المدنيين وقت الحرب تنطبق على الأراضي الفلسطينية المحتلة سنة 1967 بما فيها القدس وتشير إلى قرار محكمة العدل الدولية بخصوص اعتبار " إقامة المستوطنات الإسرائيلية في الأراضي الفلسطينية المحتلة بما فيها القدس الشرقية تمثل خرقا للقانون الدولي، وأن أنشطة الاستيطان الإسرائيلية تمثل انتهاكا للقانون الدولي الإنساني وذات تأثير ضار على جهود السلام في الشرق الأوسط، كما أشار القرار إلى أن إقامة الجدار العازل يمثل خرقا للقانون الدولي ويطلب بتكثيف المستوطنات القائمة³⁸.

المطلب الثاني: سبل مواجهة الاستيطان الإسرائيلي.

تعكف دولة الاحتلال بصورة مستمرة على دعم قطاع الاستيطان ضمن قوانين إسرائيلية وضعية خارجة عن المواثيق والقوانين الدولية، وهذا ما يضع الفلسطينيين أمام تحديات تدفعهم نحو تبني سياسة المواجهة استنادا إلى الحقوق الإنسانية والمواثيق الدولية الداعمة للشعوب في تحقيق مصيرها والسيطرة على أراضيها، وهو السير باتجاه التصعيد على المستوى الدولي ضد السياسات الاستيطانية الإسرائيلية كون الاستيطان جريمة حرب تناهضها كل المنظمات الدولية والحقوقية. ومن هذه السبل ما يلي:

الفرع الأول: تشكيل محكمة جنائية دولية خاصة حول جرائم الاستيطان.

يمكن اللجوء إلى مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، للعمل على إنشاء محكمة خاصة لملاحقة مجرمي الحرب الإسرائيليين على جريمة الاستيطان على غرار محاكم يوغسلافيا السابقة ورواندا، أو الاتفاق مع الأمم المتحدة على إنشاء محكمة خاصة مؤقتة.

ومجلس الأمن الدولي يمتلك صلاحيات قانونية تخوله تشكيل محاكم دولية لملاحقة مجرمي الحرب طالما أن هناك تهديد للسلام العالمي. ومنه يمكن لمجلس الأمن إنشاء محكمة دولية

³⁷ بلال محمد صالح إبراهيم، مرجع سابق، ص 48.

³⁸ ناظم محمد بركات، مرجع سابق، ص 23/22.

خاصة على جريمة الاستيطان. وقد سبق وان لجأت دولة فلسطين لمجلس الأمن حول جريمة الحرب المتعلقة بجريمة الاستيطان، فصدر مجلس الأمن قراره رقم 2334 الصادر بتاريخ 2016/812/23، الذي حث على وضع نهاية للمستوطنات الإسرائيلية في الأراضي الفلسطينية³⁹.

وهناك مسوغات قضائية وقرارات دولية صادرة عن مؤسسات رسمية، يمكن أن يعتمد عليها في الطلب الفلسطيني حول إنشاء المحكمة الخاصة المتعلقة بجريمة الاستيطان⁴⁰، فالمستوطنات الإسرائيلية تشكل انتهاكا للقانون الإنساني الدولي، فإن السياسات والممارسات الاستيطانية غير مشروعة من قبل إسرائيل تعد اختراقا لمبادئ مهمة في القانون الدولي. وقيام إسرائيل بممارسة جريمة الاستيطان فوق الأراضي الفلسطينية لفرض تعزيز الادعاء والأمر الواقع في مناطق في الضفة الغربية وقطاع غزة، والاستيلاء على الأراضي بالقوة تشكل جريمة حرب ويجب ملاحقة مقترفها وهذا شق مهم متفق عليه في القانون الدولي، وسبق أن قام مجلس الأمن باتخاذ قراره رقم 242 الصادر في 22 نوفمبر 1967 الذي ألزم إسرائيل بعدم شرعية الاستيلاء على الأراضي عن طريق الحرب، والحاجة إلى سلام عادل ودائم تستطيع أن تعيش فيه كل دولة في المنطقة. ومن المسوغات كذلك الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية حيث في عام 2004، أصدرت محكمة العدل الدولية رأيا استشاريا⁴¹ خلص إلى أن إسرائيل قد أخلت بالتزاماتها بموجب القانون الدولي من خلال إنشاء المستوطنات في الضفة الغربية، بما فيها القدس الشرقية، وأنه لا يمكن لإسرائيل الاعتماد على الحق في الدفاع عن النفس أو حالة ضرورة ببناء مستوطنات تتعارض أساسا مع القانون الدولي. وخلصت المحكمة أيضا إلى أن النظام الإسرائيلي ينتهك حقوق

³⁹ إسلام راسم البياري، الآلية القانونية لمساءلة مجرمي الحرب على جريمة الاستيطان، المؤتمر العلمي الأكاديمي الدولي التاسع، تحت عنوان " الاتجاهات المعاصرة في العلوم الاجتماعية، الإنسانية، والطبيعية"، 17-18 جويلية 2018، اسطنبول، تركيا، ص229.

⁴⁰ المركز الفلسطيني لأبحاث السياسات والدراسات الإستراتيجية-مسارات، تعزيز دور الدبلوماسية الفلسطينية في

مواجهة المشروع الاستيطاني الإسرائيلي، على الموقع: <https://www.masarat.ps/articge/4690>.

⁴¹ انظر الفتوى الاستشارية التي أصدرتها محكمة العدل الدولية في يوم 9 جويلية 2004، قضت بأن الجدار، إلى جانب المستوطنات، يشكل انتهاكا للقانون الدولي. ودعت المحكمة إسرائيل إلى وقف العمل في تشييد هذا الجدار، وتفكيك الأجزاء التي شيدتها منه، وتعويض الفلسطينيين عن الأضرار التي سببها لهم.

الإنسان الأساسية للفلسطينيين من خلال إعاقة حرية التنقل لسكان الأراضي الفلسطينية المحتلة وممارستهم للحق في العمل، وفي الصحة وفي التعليم وفي التمتع بمستوى معيشي لائق.
الفرع الثاني: إحالة ملف الاستيطان لمحكمة الجنايات الدولية:

يتيح القانون الدولي لفلسطين كدولة مراقب غير عضو في الأمم المتحدة التوجه للمحكمة الجنائية الدولية لمحكمة مرتكبي الجرائم الإسرائيلية بحق الفلسطينيين، حيث بات يمتلك الفلسطينيون إمكانيات قانونية عديدة لمقاضاة إسرائيل أمام المحكمة الجنائية الدولية. وهذا بعد انضمام فلسطين إلى معاهدة روما المؤسسة للمحكمة الجنائية الدولية، وبالتالي اعتبارها أحد الأطراف في المعاهدة لكي يتسنى لها بموجب المادة 13 أقرة 01 من نظام روما إحالة أي حالة إلى المحكمة للتحقيق فيها، وهذا ما حصل بالفعل في 2015/04/01 حيث أصبحت فلسطين عضوا رسميا في المحكمة الجنائية الدولية، وبهذا الإعلان عن قبول الانضمام تصبح دولة فلسطين العضو رقم 123 في المحكمة التي تأسست سنة 2002⁴². وقبلت اختصاص المحكمة للنظر في الجرائم المحتملة التي ارتكبت منذ 2014/06/13.

وبتاريخ 21 جانفي 2015 أصدرت اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية قرارها بتشكيل لجنة وطنية عليا تكون الجهة الإشرافية المختصة للمتابعة مع المحكمة الجنائية الدولية، واستنادا إلى هذا القرار صدر المرسوم الرئاسي لتشكيل هذه اللجنة عام 2015 التي ترأسها صائب عريقات وتضم عضوية العديد من المؤسسات المختلفة بما فيها وزارة الخارجية ووزارة العدل وشخصيات وطنية، حيث يشكل تجهيز ملفات القضايا المنوي تقديمها للمحكمة المذكورة أحد أهم اختصاصاتها⁴³ وقد ارتأت اللجنة المذكورة أمرين:

أولاً: إعطاء ملف الاستيطان الأولوية، كونه لا يحمل أية مخاطر مثل الملف المتعلق بالحرب على غزة الذي قد يفسح المجال لمساءلة مسؤولين فلسطينيين بسبب إطلاق الصواريخ العشوائية.
ثانياً: حددت اللجنة المسار الذي ستتبعه دولة فلسطين أمام المحكمة الجنائية الدولية، بمعنى أنها ستعتمد تزويد مكتب المدعي العام بمعلومات عن قضايا معينة حتى يؤدي تراكم المعلومات إلى

⁴² سعيد طلال الدهشان، كيف نقاضي إسرائيل المقاضاة الدولية لإسرائيل وقادتها على جرائمهم بحق الفلسطينيين، ط7، 2017، 01، مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بيروت، 2017، ص175.

⁴³ المرسوم الرئاسي رقم 03 لسنة 2015 بشأن تشكيل اللجنة الوطنية العليا للمتابعة مع المحكمة الجنائية الدولية.

إقناع مكتب المدعي العام بفتح تحقيق من طرفه، وكان هذا المسار قد حدد بعد مداوات داخل اللجنة عن مسار الذي سيتبع بمعنى اختياره أم مسار الإحالة. وحيث أن مكتب المدعي العام الدولي لم يتخذ أي خطوة في هذا الخصوص حتى تاريخه، قامت اللجنة بتباحث مسار الإحالة إلى المحكمة الذي باعتباره الأجدر، إلا أن تفعيله حاليا معلق على قرار سياسي من رئيس دولة فلسطين والذي لم يصدر حتى تاريخه⁴⁴، وكانت اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية قد قررت في اجتماعها المنعقد في فيفري 2018 التقدم من المحكمة بطلب إحالة لفتح تحقيق قضائي في جرائم الاستيطان والتمييز العنصري والتطهير العرقي في أراضي دولة فلسطين.

وسلمت فلسطين أربعة ملفات إلى المحكمة الجنائية الدولية، وتنتظر هذه الملفات فتح تحقيقا رسميا من قبل المدعية العامة للمحكمة الجنائية الدولية "فاتو بنسودا" في لاهاي، فقد تقدم وزير الخارجية الفلسطيني رياض المالكي برفع أربعة ملفات وهي: ملف العدوان الإسرائيلي على قطاع غزة، ملف الاستيطان في الضفة الغربية والقدس الشرقية، ملف الأسرى، وملف الإعدامات الميدانية وهدم المنازل والعقاب الجماعي.

وبتاريخ 22 ماي 2018 تلقت المدعية العامة للمحكمة الجنائية الدولية إحالة من حكومة دولة فلسطين⁴⁵، وتحديدًا عملا بالمادتين 13(أ) و14 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فان دولة فلسطين "تطلب من المدعية العامة إجراء تحقيق وفقا للاختصاص الزمني للمحكمة، في الجرائم المرتكبة في الماضي والحاضر، والتي سترتكب في المستقبل، في

⁴⁴ بتاريخ 2018/05/22 سلم وزير الخارجية والمغتربين الفلسطيني "رياض المالكي" الإحالة للحالة في فلسطين لمكتب المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية "فاتو بنسودا". انظر: بيان المدعية العامة للمحكمة الجنائية الدولية، بشأن الإحالة المقدمة من فلسطين سنة 2018، على موقع المحكمة الجنائية الدولية: <https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=18522-otp-stat&ln=Arabic>

⁴⁵ تعتبر هذه الإحالة الثامنة من دولة طرف منذ بدء نفاذ نظام روما الأساسي في 01 جويلية 2002. وفي وقت سابق أحالت كل من حكومة أوغندا (2004)، الكونغو الديمقراطية (2004)، إفريقيا الوسطى (2004 و2014)، ومالي (2012)، وجزر القمر (2013)، الغابون (2016). ومنذ 16 جانفي 2015، تخضع الحالة في فلسطين لدراسة أولية للتأكد من استقاء معايير الشروط في التحقيق.

جميع أنحاء إقليم دولة فلسطين". وعملا بالمادة 45 من نظام المحكمة أبلغت رئاسة المحكمة بهذه الإحالة⁴⁶.

وشملت الإحالة -حسب وزارة الخارجية الفلسطينية- جرائم الحرب السابقة والحالية والمستقبلية والجرائم ضد الإنسانية التي ارتكبتها دولة الاحتلال بحق الشعب الفلسطيني وأرضه، بما فيها الأنشطة الاستيطانية غير الشرعية، والتهدير القسري، ومواصلة هدم المنازل و البنى التحتية للدولة الفلسطينية، والقتل المتعمد للمتظاهرين الفلسطينيين العزل، والاعتقال التعسفي وممارسة أشنع أساليب التعذيب بحق الأسرى الفلسطينيين، وشمل ملف الإحالة قائمة بقيادات إسرائيلية أبرزهم رئيس الوزراء بنيامين نتنياهو.

وأشار وزير الخارجية الفلسطيني، إلى أن ملف المستوطنات هو الأبرز في الانتهاكات الإسرائيلية، وأن هناك 300 ألف مستوطن بالأراضي المحتلة، وأنه يجب أن تتصدى المحكمة الجنائية الدولية للفظائع التي ترتكب ضد الفلسطينيين في تلك المستوطنات وأماكن أخرى، وأن النائب العام للمحكمة أمامه المشروع الاستيطاني والذي استهدف اغتصاب أراضي الفلسطينيين وطردهم خارج أراضيهم وتهجيرهم قسراً لاستكمال إقامة المستوطنات، كما تشمل هذه الممارسات والسياسات التخطيط والبناء والترميم وتوفير الأمن وتطوير المستوطنات وبنيتها التحتية بما يشمل الجدار والحصار المفروض على قطاع غزة.

وأكدت الخارجية الفلسطينية، أنه في ضوء التصعيد وازدياد معدل الجرائم المتعلقة بمنظومة الاستيطان غير القانوني، فإن التأخير المستمر في الدراسة الأولية لا يخدم العدالة ولا يعكس واجب المحكمة في أعمال ولايتها بشأن ملاحقة مرتكبي تلك الجرائم وتحقيق العدالة من خلال منع ارتكابها في المستقبل وتطبيق المساءلة.

الفرع الثالث: تفعيل المطالبات بالتعويض وفقا لأحكام القانون الدولي:

بما أن الاستيطان وسلب الأرض بالقوة عمل غير مشروع، فقد رتب القانون الدولي الإنساني تعويضاً عن تلك الأعمال التي تسببت بخسائر فادحة مست الأرض والإنسان والموارد والثروات الفلسطينية، الناجمة عن التوغل الاستيطاني.

⁴⁶ بيان المدعية العامة للمحكمة الجنائية الدولية، بشأن الإحالة المقدمة من فلسطين سنة 2018، على موقع المحكمة الجنائية الدولية: [https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=18522-otp-stat\\$ln=Arabic](https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=18522-otp-stat$ln=Arabic)

المبدأ في القانون الدولي هو أن انتهاك إحدى الدول لواجب دولي يرتب مسؤولية الدولة، ونتيجة لذلك يكون هناك تأسيس لواجب التعويض، ومن حيث المبدأ، هذا يعني أن على إسرائيل واجبا دوليا لاستعادة حالة الوضع الراهن، وحيث لا يكون هذا ممكنا، يجب إصلاح ذلك عن طريق التعويض.

ويمكن مساءلة مجرمي الحرب الاسرائيليين عن جرائم الاستيطان فيما يخص الالتزام وتحمل المسؤولية عن كافة الأضرار بالتعويض المادي نتيجة الاستيلاء ومصادرة الأراضي من أصحابها دون وجه حق، مما يعرضها بالتعويض عن تلك الجرائم التي اقترفتها. فقيام إسرائيل بالممارسات الاستيطانية غير المشروعة المنصوص عليها في اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949⁴⁷ والتي تحضر على القوة المحتلة القيام بنقل مجموعات من سكانها المدنيين إلى الأراضي التي تحتلها، وقيامها بالنقل القسري وتشجيع سكانها على الإقامة والسكن في الأراضي المحتلة، وبذلك تغير صفتها الجغرافية والديمغرافية على السكان الفلسطينيين، فإنها مجبرة على تقديم تعويض مادي عن تلك الجرائم التي اقترفتها.

وكذلك تقنين المسؤولية الدولية لعام 2001 حول مسؤولية الدول عن الأفعال غير مشروعة دوليا، حيث وضعت قيود وشروط تتعلق في حالة طلب التعويض، فيجب أن يكون محل رد الشيء وإعادته للحالة التي كانت عليه، لا يكون مستحيل ماديا وغير مستتبع لعبئ لا يتناسب إطلاقا مع المنفعة المتأتية من الرد والتعويض⁴⁸.

كما وضع نظام روما للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998، قواعد قانونية بجبر الأضرار التي تلحق بالمجني عليهم أو فيما يخصهم، ورد الحقوق المتعلقة بهم، التي تتطلب التعويض ورد الاعتبار عن تلك الجرائم الواقعة عليهم، فلا يستطيع مجرمي الحرب التهرب من مسؤولية جبر الأضرار نتيجة الجرائم التي اقترفتها بحق المجني عليهم⁴⁹. كما أن نظام روما أجاز للمحكمة عند النطق بحكمها بأن تقوم بتحديد التعويض سواء بالمبادرة من قبلها في

⁴⁷ انظر: المادة 49 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949

⁴⁸ المادة 35 من مشروع تقنين المسؤولية الدولية لعام 2001 حول مسؤولية الدول عن الأفعال غير مشروعة دوليا.

⁴⁹ المادة 75 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية .

الظروف الاستثنائية أو عن تقديم الطلب حول ومدى أي ضرر أو خسارة أو أذى يلحق بالمجني عليهم أو فيما يخصهم⁵⁰.

ومنه إسرائيل مجبرة بدفع تعويضات مادية للضحايا المتضررين من جريمة الاستيطان، لأنها هي من تجيز الاستيلاء على الأراضي وتحويلها لمستوطنات غير قانونية التي تعبر مخالفة لقواعد القانون الدولي وتتناقض مع المواثيق الدولية، كما أن إسرائيل كيان سياسي من أشخاص القانون الدولي-دولة-باعتبارها مسؤولة دوليا تتحمل كافة التبعات الناجمة عن الأفعال غير مشروعة التي يرتكبها ممثلوها من أفراد سلطتها، فالتزامها بمنع ارتكاب الأفعال غير مشروعة أو وقفها من أهم الالتزامات الدولية إلى جانب إصلاح الأضرار الناجمة عن الاستيطان بإعادة الحال إلى ما كان عليه والتعويض المادي أو بالترضية فيما يتعلق بالأضرار المعنية⁵¹.

خاتمة:

خلصت الدراسة بالعديد من النتائج والتوصيات.

أولا: الاستنتاجات.

- 1- لا يمكن لإسرائيل أن تدعي بموجب القانون الدولي أن لها حقا في الأراضي الفلسطينية المحتلة، ويدعم هذا الاستنتاج القرارات التي تم التوصل إليها من قبل مجلس الأمن الدولي ومحكمة العدل الدولية بأن الأراضي الفلسطينية تخضع للوضع القانوني للأراضي المحتلة، وبهذا فمن الناحية القانونية لا يمكن للدولة المحتلة القيام ببناء مستوطنات على تلك الأراضي.
- 2- يعد بناء المستوطنات الإسرائيلية على الأراضي الفلسطينية المحتلة غير قانوني بموجب القانون الدولي. وعليه يقع على دولة إسرائيل الالتزام والامتثال للقرارات والشرعية الدولية، لا سيما تلك الالتزامات الواردة بموجب القانون الدولي الإنساني. ووضع حد لسياستها الاستيطانية، وتفكيك كل المستوطنات القائمة على الأراضي المحتلة مع دفع التعويضات اللازمة وإعادة الحال إلى ما كان عليه.

⁵⁰ المادة 75 الفقرة 01 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

⁵¹ إسلام راسم البياري، مرجع سابق، ص254/255.

3- الاستيطان الإسرائيلي في الأراضي الفلسطينية المحتلة غير قانوني وفقا لقواعد القانون الدولي الإنساني، وتعتبر جريمة الاستيطان الإسرائيلي في نظر القانون الدولي من الجرائم المستمرة والتي تترتب آثارها طالما بقيت المستوطنات قائمة على الأراضي الفلسطينية المحتلة.

4- المستوطنات الإسرائيلية في الأراضي الفلسطينية المحتلة بما فيها القدس تعد غير قانونية وتشكل خرقاً للمادة 49 فقرة 6 من اتفاقية جنيف الرابعة، كما أكدت محكمة العدل الدولية عدم قانونيتها في فتاها الأخيرة الصادرة بشأن الجدار الفاصل بتاريخ 2004/7/9.

ثانياً: التوصيات.

- 1- يجب على المجتمع الدولي اتخاذ خطوات ملموسة لإلزام إسرائيل بالتقيد بقواعد القانون الدولي وقرارات الشرعية الدولية، خاصة الوقف الشامل والتام لكافة الأنشطة الاستيطانية في كل الأراضي الفلسطينية المحتلة .
- 2- لما لمجلس الأمن الدولي من سلطة اتخاذ القرارات والتوصيات، فإنه من باب أولى أن يستخدم المجلس تلك الصلاحيات لتوقيع الجزاءات المناسبة على إسرائيل بسبب تجاهلها التزاماتها الدولية.
- 3- من الواجب دولياً أن تتخذ الأطراف المتعاقدة السامية في اتفاقية جنيف الرابعة كافة التزاماتها مع تدابير ضرورية لتكفل إسرائيل احترام تلك الاتفاقية.
- 4- العمل على تنفيذ قرار مجلس الأمن رقم 2334 الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 2016 الذي حث على وضع نهاية للمستوطنات الإسرائيلية في الأراضي الفلسطينية المحتلة.
- 5- مطالبة مجلس الأمن والأمم المتحدة بالعمل على إنشاء محكمة خاصة لملاحقة مجرمي الحرب الإسرائيليين على جريمة الاستيطان على غرار محاكم يوغسلافيا السابقة ورواندا.
- 6- ضرورة تفعيل دور المحكمة الجنائية الدولية لملاحقة مجرمي الحرب الإسرائيليين عن جرائم الاستيطان باعتبار هذه الجريمة تدخل في اختصاص المحكمة وفق المادة 05 مكن النظام الأساسي للمحكمة.

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (السيداو) – الأهداف والأبعاد

د/حساني علي(*)

تاريخ قبول المقال: 2019/06/12

تاريخ إرسال المقال: 2018/10/03

ملخص:

مس نظام العولمة الذي فرضته الدول الكبرى كل مناحي الحياة البشرية، وذلك باعتماده على تلك الاتفاقيات المحجفة في حق الدول النامية. حتى أضحي أي كيان موجود فوق الكرة الأرضية يفكر في هذه الأنماط العالمية المفروضة قبل المحاولة في اتخاذ أي إجراء انفرادي يخدم مصلحته الشخصية، يحصل هذا على مستوى الدول ويخضع إليه تلقائيا الأفراد والجماعات.

لذلك فإن أي دراسة دقيقة لبنود اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة(السيداو)¹ تبرز الهدف الأساسي من وراء وجودها ووجود أمثالها من الاتفاقيات والذي يختصر في تطبيق أنماط عالمية على مقاس الدول الكبرى من أجل إبعاد الناس عن دينهم وعقيدتهم وحضارتهم وثقافتهم، وفرض القوانين العالمية عليهم كبديل وخيار لامناص منه.

الكلمات المفتاحية: السيдаو – العولمة – الاتفاقيات – الدول النامية – الأسرة – حقوق المرأة – الإعلان العالمي للحقوق الإنسان.

Résumé :

La mondialisation imposée par les grandes puissances touche tous les aspects de la vie humaine, et en adoptant injuste envers les pays en développement par les mauvais accords.

Par conséquent, toute étude approfondie des termes de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) met en évidence l'objectif fondamental de son existence, cette dernière et d'autres accords développés dans le but de l'application de modèles universels sur la taille des grands pays afin de garder les gens loin de leur religion, de leur foi, de leur culture et de leur identité, et l'imposition de lois universelles comme une option alternative et unique pour eux.

(*) د/حساني علي – أستاذ القانون الخاص، جامعة ابن خلدون – تيارت، البريد الإلكتروني: hassaniali7@yahoo.fr

¹Convention on the Elimination of All Forms Discrimination against Women (CEDAW)
Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes

Mots clés : Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes- Mondialisation-Conventions-Pays en voie de développement-Famille-Droits de la femme-Déclaration universelle des droits de l'Homme

مقدمة:

تسعى الأمم المتحدة جاهدة من خلال إقامة المؤتمرات المتتالية إلى إرساء قواعد عالمية تنظم إدارة الحكومات لشعوب بلدانها وتحكم سلوك المواطن فيها في العالم كله، وهذا يتم في كل مجالات الحياة الأخلاقية والقانونية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية وغيرها، ما يدل على ذلك نوعية المواضيع التي تعالج والتي من أجلها انعقدت مثل هذه المؤتمرات، التي تستهدف مبادئ وأسس المجتمعات المحافظة المتمثلة في الأسرة والنشر بالدرجة الأولى.

تتابع انعقاد المواثيق والاتفاقيات الدولية التي تضمنت حق المرأة في المساواة مع الرجل ابتداء بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948¹، والذي تضمن كافة حقوق الإنسان المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التي يتمتع بها كل فرد سواء كان رجلاً أو امرأة.

حيث نص هذا الإعلان في مادته الثانية² أن الجنس من أسس التمييز المحظورة، وأكد في مادته السابعة³ على جملة من الحقوق المساوية للمرأة والرجل، ونص في المادة 16 على تساوي الجنسين في حق الزواج وفي وجوب قيامه على الرضا الخالي من الإكراه في اختيار الزوج⁴.

من ضمن الجهود الدولية الفاعلة لتكريس مبدأ المساواة بين الجنسين نجد إعلان القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الذي أقرته بالإجماع الجمعية العامة للأمم المتحدة في 07 نوفمبر 1967 والذي يتكون من 11 مادة، حيث نص في مادته الأولى على القاعدة الأساسية لعدم التمييز، ونص أيضاً في المادة السادسة منه، الفقرة الثانية على انه: "يراعى وجوب اتخاذ التدابير

انضمت إليه الجزائر وصادقت عليه بموجب المادة 11 من دستور 1963 (ج. ر 64 المؤرخة في 10-09-1963).¹
² تنص م 2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: "لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس، دون أي تفرقة بين الرجال والنساء."
تنص م 7: "كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق جميعاً في حماية متساوية من أي تمييز يخل بهذا الإعلان."³
⁴ تنص م 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على: "للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج الحق في تأسيس أسرة بدون أي تمييز بسبب الجنس أو الدين ولهما حقوق متساوية عند الزواج ولا يبرم عقد الزواج إلا برضا الطرفين الراغبين في الزواج رضاً كاملاً لا إكراه فيه."

المناسبة لتأمين مبدأ تساوي مركز الزوجين، وبصفة خاصة يجب أن تعطى للمرأة مثل الرجل حق اختيار الزوج بكامل حريتها والزوج بمحض رضاها الحر والتام.¹

ثم جاءت اتفاقية سيداو سنة 1979 وهي الاتفاقية الخاصة للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة²، والتي تعد أهم ما توصلت إليه الأمم المتحدة بعد جهود حثيثة لتحقيق حقوق المرأة وضمان مساواتها مع الرجل على المستوى الدولي، والتي صادقت عليها الجزائر بتحفظ سنة 1996³، ومن بين ما تناولته هذه الاتفاقية نص المادة 16 الفقرة الأولى التي تنص على: "تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة، للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج و العلاقات الأسرية، وتضمن بوجه خاص على أساس تساوي الرجل والمرأة الحق في حرية اختيار الزوج....".

على ضوء ما تم تقديمه من عرض سابق فإنه سيتم الإجابة على الإشكالية التالية:

- ما هي الأهداف الحقيقية المتوخاة من اتفاقية السيдаو وما هي الأبعاد المعلنة وغير المعلنة

لأجل تطبيق هذه الاتفاقية في ظل العولمة على الساحة المغاربية والدول النامية؟

في هذا الإطار ومن أجل محاولة دراسة هذه الاتفاقية والبحث عن أهدافها وأبعادها الحقيقية

نقوم بتقسيم هذا العمل إلى ثلاث عناصر أساسية:

- اهتمام الأمم المتحدة بالمرأة وشؤونها.
- الأهداف العامة للاتفاقية من أجل القضاء على أشكال التمييز.
- البروتوكول الاختياري للاتفاقية.
- تنفيذ الاتفاقية في الدول العربية.

الهدف من الدراسة:

يتمثل الهدف من الدراسة إلى تبيان حقيقة اتفاقية السيداو، والدور الذي تلعبه في ترسيخ مبدأ

المساواة بين الجنسين، بالإضافة إلى معرفة بنود وأحكام هذه الاتفاقية وما جاءت به من مبادئ تخدم

المرأة في العالم العربي على الخصوص.

¹ انظر تفاصيل أكثر: إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة لعام 1997.

هذه الاتفاقية تترأسها التانبة الفرنسية والوزيرة السابقة نيكول أمين² Nicole Ameline منذ 2013/02/11 .

³ انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي 51/963 المؤرخ في 2 رمضان عام 1416 الموافق لـ 2 يناير 1996، المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية سنة 1979، ومصادقتها على اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة مع التحفظ على المواد ف-2 من المادة 9 و ف 2 من م 15 و م 16 و المواد 92 ف-1، وكان آخر من انضمت إلى هذه الاتفاقية هي قطر وهذا بتاريخ 2009/04/29، أما الآن فلم يبق من الدول الأعضاء في جمعية الأمم المتحدة ولم تصادق على هذه الاتفاقية سوى: الفاتيكان، إيران، الصومال، السودان، وجزر الطونقا.

المطلب الأول: اهتمام الأمم المتحدة بالمرأة

الفرع الأول: ظهور اتفاقية السيداو

خلال سنة 1952 أعدت مفوضية مركز المرأة بالأمم المتحدة معاهدة حقوق المرأة السياسية¹، والتي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة، وفي عام 1967 أجازت الأمم المتحدة إعلاناً خاصاً بالقضاء على التمييز ضد المرأة، دعا إلى تغيير المفاهيم، وإلغاء العادات السائدة التي تفرق بين الرجل والمرأة، مع توسيع دور المنظمات غير الحكومية، حيث نص الإعلان على أن: " المنظمات النسائية غير الحكومية هي القادرة على إحداث هذا التغيير، عن طريق تحدي الأعراف والقيم الدينية والثقافية السائدة"².

وفي عام 1973 بدأت مفوضية حركة المرأة بالأمم المتحدة في إعداد معاهدة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وأكملت إعدادها في سنة 1979، قبل ذلك وفي سنة 1974 صدر الإعلان العالمي بشأن حماية النساء والأطفال في حالات الطوارئ والنزاعات المسلحة³.

بتاريخ 18 ديسمبر 1979 اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية السيداو باعتبارها إحدى الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان⁴، إذ تؤكد ديباجتها على أن: تُعد حقوق المرأة حقوق إنسانية **Women Rights are Human Rights**، كما تدعو الاتفاقية بصورة شاملة إلى المساواة المطلقة في الحقوق بين المرأة والرجل في جميع الميادين: السياسية، والاقتصادية، والثقافية، والمدنية. وتعد الاتفاقية بعد المصادقة عليها ملزمة قانونياً للدول بتنفيذ بنودها⁵.

ظهرت الاتفاقية للوجود بعد مجهودات كبيرة قامت بها الأمم المتحدة والمنظمات غير الحكومية وذلك بانتهاج أجنحة مبرجة وسياسات محكمة للانسحاق والاهتمام بالحضارة الغربية وجعلها النمط المشترك بين كل الدول وذوبان الاختلافات الطبيعية الجوهرية بين مختلف شعوب العالم.

¹www.bahethat.com/mo2tamer/3.doc

² نهى قاطرجي، قراءة في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (السيادو)، المؤتمرات الدولية حول المرأة، المنتدى للتعريف بالإسلام، بيروت. أنظر أيضا الموقع الإلكتروني:

www.saaaid.net/book/open.php?cat=88&book=2342

³ د. وداد غزواني، مقال بعنوان: دور الأمم المتحدة في محاربة ظاهرة أطفال الشوارع، الاتفاقيات والميكانيزمات، جامعة 8 ماي 1945، قلمة الجزائر.

⁴ تم اعتماد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وعُرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، وكان تاريخ بدء نفاذها في 03 سبتمبر 1981، تطبيقاً لأحكام المادة 27 الفقرة الأولى.

⁵ هالة سعيد التبسي، حقوق المرأة في ظل القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة (السيادو)، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011، ط1، ص59. أيضاً: منال محمود المشني، حقوق المراة بين المواثيق الدولية وأصالة التشريع الإسلامي، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الدولية.

الفرع الثاني:اهتمام الأمم المتحدة بالاتفاقية

اهتمت الأمم المتحدة لأول مرة بالمرأة عام 1967، حين أصدرت إعلان القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة " الذي لم يكن ملزماً للدول، لهذا لم يحصل تجاوب من قبل هؤلاء خصوصاً الدول النامية منها، مما دعا الأمم المتحدة إلى اعتماد عام 1975 سنة دولية للمرأة وذلك في 28 سبتمبر من عام 1972. تحت شعار: مساواة - تنمية - سلام.¹

فكان مؤتمر المكسيك عام 1975 هو المؤتمر العالمي الأول للمرأة، كما أعلنت الأمم المتحدة سنة 1975 السنة العالمية للمرأة، ومع أهمية القضية أصبحت السنة عقداً كاملاً للمرأة. وفي نفس السنة انعقد المؤتمر العالمي للمرأة في مكسيكو سيتي عام 1975، وقد أطلق المؤتمر على السنوات الواقعة بين 1976 و1985 اسم "عقد الأمم المتحدة للمرأة " أملاً أن تكون هذه الفترة الزمنية كافية لتحقيق الأهداف ولتنفيذ الخطط الموضوعة لها في المجال العملي والتطبيقي.²

وبالفعل انعقد هذا المؤتمر في مدينة كوبنهاجن بالدانمارك بين 14 و30 جويليه من عام 1980. تحت شعار: " عقد الأمم المتحدة للمرأة العالمية: المساواة والتنمية والسلام".

وبين مؤتمري مكسيكو وكوبنهاجن عقدت عدة مؤتمرات، ولعل أهم هذه المؤتمرات والاتفاقيات هو تلك الاتفاقية التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1979 تحت اسم "اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة".

ومنها أيضاً مؤتمر السكان والتنمية الذي انعقد في القاهرة عام 1994.³ ومؤتمر بكين الذي عقد عام 1995.⁴ ثم أخيراً مؤتمر بكين +5 الذي انعقد في نيويورك في صيف 2000⁵ والذي خصص لدراسة تطبيق التوصيات الصادرة عن مؤتمر بكين حول المرأة 1995 في السنوات الخمس الماضية والتخطيط للسنوات الخمس المقبلة وذلك تحت شعار " المرأة عام 2000 : المساواة بين الجنسين والتنمية والسلام في القرن الحادي والعشرين ".

الخاصة بحقوق المرأة، دار الثقافة، الأردن، ط1، 2011، ص295.¹

نهى قاطرجي، المرجع السابق، ص 03.²

مؤتمر الأمم المتحدة للسكان والتنمية الذي انعقد في القاهرة في الفترة من 5 إلى 13 سبتمبر 1994.³

⁴ المؤتمر العالمي الرابع للمرأة، الذي عقدته الأمم المتحدة في بكين بالصين في سبتمبر 1995، اعتمدت وفود الحكومات من 189 دولة. (منظمة العفو الدولية، تاريخ النشر فبراير 2010، تاريخ الوصول 13 أبريل 2014).

⁵ انعقد هذا المؤتمر بنيويورك سنة 2000 وخصص لدراسة تطبيق التوصيات الصادرة عن مؤتمر بكين حول المرأة لسنة

ولعل أبرز وأهم التوصيات التي صدرت عن مؤتمر بكين +5 هو العمل على رفع التحفظات عن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والعمل على المصادقة النهائية عليها، وذلك في أفق سنة 2005.

المطلب الثاني: الأهداف العامة للاتفاقية من أجل القضاء على أشكال التمييز

الفرع الأول: بنود الاتفاقية ومحتواها

جاءت الاتفاقية بإيجابيات تخدم المرأة وتتص على إجراءات وتدابير تحمي حقوق الإنسان، كتطوير المرأة وتقديمها، وضمان ممارستها لحقوق الإنسان والحريات الأساسية والقضاء على تلك الممارسات القائمة على فكرة دونية، أو تفوق أحد الجنسين. بالإضافة إلى دفع الدول باتخاذ جميع التدابير لمكافحة جميع أشكال الاتجار بالمرأة واستغلالها وإكراه الفتيات على البغاء.

كما نصت الاتفاقية في مادتها السابعة على اتخاذ الدول جميع التدابير المناسبة لأن تمارس النساء حقوقهن السياسية: ترشيحاً، وانتخاباً، ومشاركة في صياغة السياسات الحكومية، وجميع المنظمات والجمعيات غير الحكومية. ونصت المادة 10 على ألا يحول دون حق المرأة في التعليم حائل مبني على التفرقة بسبب الجنس أو الدين. أما المادة 11 فقد نصت على العمل على تساوي حقوق النساء مع الرجال في استحقاق أجر متساوٍ لعمل متساوٍ، وكذلك الضمان الاجتماعي، والوقاية الصحية، وسلامة ظروف العمل.

للإشارة فان هذه الحقوق كلها قد كفلها الإسلام الحنيف للمرأة سواء في المجال الاجتماعي الأسري والاقتصادي والقانوني والإنساني.

لغرض تنفيذ أهداف وتوصيات الأمم المتحدة من خلال اتفاقية السيداو، تم صياغة هذه الأخيرة بقصد تحقيق الغايات التالية¹:

_ إهمال الاتفاقية لذكر الدين والأخلاق ودوره في حياة الفرد، فهي تغلب عليها نظرة نمطية واحدة للإنسان والكون والحياة وهي النظرة الغربية، التي ليس للقيم الدينية أو الخصوصيات الحضارية مكان فيها.

¹د. عواطف عبد الماجد ابراهيم، رؤية تأسيسية لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مركز دراسات المرأة، الخرطوم، بدون رقم الطبعة والتاريخ. نهى القاطرجي، المرأة في منظومة الأمم المتحدة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2006. طالع المزيدي: د.محمد عمارة، صراع القيم بين الغرب والإسلام، القاهرة، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، في التنوير الإسلامي (19)، 1997، ص 17.

_ عدم التمييز بين المرأة والرجل في مجالات العمل. وهذا بالدعوة إلى شغل جميع المناصب مناصفة بين الرجال والنساء حتى المهام المنزلية ورعاية الأطفال. وهذا ما يجعل المرأة تتصل من وظيفتها الأساسية الخاصة بالتربية وتتفرغ للعمل بأجر خارج البيت.

أكدت الاتفاقية على الحق في العمل بوصفه حقاً غير قابل للتصرف لكل البشر، وفي التمتع بنفس فرص التوظيف، بما في ذلك تطبيق معايير الاختيار نفسها في شئون التوظيف.

كما للمرأة أيضاً الحق في حرية اختيار المهنة والعمل، والحق في الترقى والأمن الوظيفي، وفي جميع مزايا وشروط الخدمة، والحق في تلقي التدريب، وإعادة التدريب المهني، بما في ذلك التدريب المهني المتقدم، والتدريب المتكرر.

ولم تترك الاتفاقية حقا وذكرته بالتفصيل كالحق في الضمان الاجتماعي، ولا سيما في حالات التقاعد والبطالة، والمرض والعجز والشيخوخة، وأي شكل آخر من أشكال عدم القدرة على العمل، وكذلك الحق في إجازة مدفوعة الأجر. والحق في الوقاية الصحية وسلامة ظروف العمل، بما في ذلك حماية وظيفة الإنجاب¹.

الفرع الثاني: نظرة الاتفاقية إلى المرأة مقارنة بالتشريع الاسلامي

من الملاحظ أن الاتفاقية لا تنتظر إلى المرأة الماكثة في البيت باحترام لأنها تبني أساس وجود المرأة خارج البيت تقوم بعمل مأجور، أما قيام المرأة بوظيفة الأمومة، وتربية الأبناء، والجهد المنزلي الكبير الذي تؤديه المرأة داخل جدران منزلها، فهو ليس عملاً بل مهانة للمرأة وانحطاطاً لها، وبهذه النظرة العنصرية لا تعترف على الإطلاق بحق المرأة الماكثة في البيت وتجحف في دورها الأساسي في التربية والرعاية. ومن ثم فهو تشجيع سافر للخروج من بيت الزوجية إلى الشارع.

_ تطالب الاتفاقية في المجال القانوني بإعطاء المرأة الأهلية القانونية المماثلة لأهلية الرجل²، مما يجعلها تستطيع مباشرة عقودها بنفسها، ومن بين أهم هذه العقود عقد الزواج الذي يعتبر في الغرب من العقود المدنية المحضة، وقد حثت الاتفاقية الدول الأطراف على إلغاء جميع العقود الخاصة التي تمنع المرأة من حقها في ممارسة هذه الأهلية، والمقصود بذلك طبعاً التشريعات الدينية التي تفرض الولاية في الزواج وتجعل شهادة المرأة كشهادة رجلين في بعض الحالات .

¹ م 11 من الاتفاقية.

² هيفاء ابو غزالة، مؤشرات كمية ونوعية، اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، دار الغريب للطباعة والنشر، ط1، 2009، ص21.

_اتخاذ خطوات جدية لتعديل الأنماط الاجتماعية والثقافية التي تجعل من التمييز عرفاً متواصلاً بين مختلف الأجيال.

_رفض الاختلافات بين المرأة والرجل وتغيير الأدوار النمطية بين الجنسين¹، حيث رفضت الاتفاقية وجود اختلافات بين المرأة والرجل، مدعين أن أسباب هذه الاختلافات يعود إلى أسباب تاريخية واجتماعية، وإن الفروقات البيولوجية والطبيعية الموجودة بين الرجل والمرأة هي فروقات اجتماعية خاضعة لمنطق التطور وليست طبيعية فطرية منذ بدء الخليقة، فالاختلاف بين الذكر والأنثى ليس شيئاً من صنع الله عز وجل، وإنما هو أمر ناجم عن التنشئة الاجتماعية والبيئية التي يحتكرها الرجل عبر الزمن، فمفاهيم الزوج والزوجة والأبوة والأمومة مفاهيم ناتجة عن الواقع الثقافي والاجتماعي السائد، وهي نتاج تقاليد وتصورات نمطية وأحكام مسبقة².

إن في هذا المعنى محاولة لإثبات نظرية داروين التطورية التي تقوم على التفسير التطوري الطبيعي للخلق، مما يجعل كل أشكال الحياة الموجودة اليوم أشكالاً مرحلية قابلة للتغير مع مرور الزمن .
كما أن ربط الاختلاف بالأساس الثقافي والاجتماعي هو تمهيد لتغيير الشكل الطبيعي للأسرة مما يؤدي فيما بعد إلى تقبل فكرة أن يكون الرجل أمّاً، أو أن تكون الأسرة مكونة من رجلين أو امرأتين، من هنا نفهم التركيز الشديد في أدبيات الأمم المتحدة على ضرورة تغيير الأدوار النمطية للعلاقات بين الجنسين لاسيما داخل البنية الأسرية.

_ إزالة الترغيب في الزواج المبكر .

_ اعتبار العلاقة الجنسية أمراً أشمل من الزواج.

_ ضرورة أن تتضمن التربية الأسرية تفهماً سليماً للأمومة بوصفها وظيفة اجتماعية -وليس طبيعية- .
فالأومومة في المجتمع بنظرهم هي وظيفة اجتماعية يمكن أن يقوم بها أي شخص آخر، حتى أنها لا تختلف عن سائر الأعمال المنزلية مثلها مثل الأعمال التي تمارس بدون أجر، وبالتالي يُعد دور التربية داخل العائلة دوراً نمطياً وتقليدياً يستوجب تغييره، لهذا جاءت المادة (5) فقرة (ب) من الاتفاقية توصي

انظر في أهمية تحرير المفاهيم وضبطها: هبة رعوف عزت، المرأة والعمل السياسي.. رؤية إسلامية، واشنطن (فيرجينيا): المعهد العالمي للفكر الإسلامي، سلسلة الرسائل الجامعية (18)، 1995، ص 44.

نهى قاطرجي، المرجع السابق، ص 07.

²سهيل حسين الفتلاوي، موسوعة القانون الدولي(حقوق الإنسان)، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007، ط1، ص256.

بضرورة أن تتضمن التربية الأسرية تفهماً سليماً للأومومة بوصفها وظيفة اجتماعية يمكن أن يقوم بها أي إنسان آخر¹.

_ إبطال أحكام الميراث، من خلال اهتمام الاتفاقية بما جاء به التشريع الإسلامي بخصوص علم الفرائض، فهي تحاول جعل حظ الأنثى مثل حظ الذكر في الميراث، لكن كما هو معلوم فإن قاعدة التتصيف في الإرث التي يعترض عليها البعض ليست قاعدة مطردة، لأن هناك حالات يتساوى فيها الذكر والأنثى كما في حال تساوي نصيب الأب وهو مذكر مع نصيب الأم وهي أنثى في ميراث ابنتهما، إضافة إلى أن هناك بعض حالات يتجاوز فيها نصيب المرأة نصيب الرجل².

_ الربط بين زيادة السكان والفقر، وهذا إغفال حقيقي لما يحصل في العالم من أوبئة فتاكة وتطهير عرقي، ونظم رأسمالية متسلطة وانتهاك للثروات وخيرات الدول الفقيرة. بالإضافة إلى ذلك فإن الهدف المستتر للدعوة إلى تحديد النسل هو الحد من تكاثر السكان في الدول النامية تكاثراً كبيراً يؤدي في المستقبل إلى تكوين كتلة بشرية كبيرة يمكن أن تقلب موازين القوى وتشكل خطراً على الدول الكبرى المسيطرة على زمام العالم³.

_ الحرية الشخصية للأفراد والدفاع عن حقوق المراهقين الجنسية دون رقابة الأهل.

_ فيما يخص الجنسية تمنح الدول الأطراف المرأة حقاً مساوياً لحق الرجل في اكتساب جنسيتها، أو الاحتفاظ بها، أو تغييرها، وتضمن بوجه خاص ألا يترتب على الزواج بأجنبي، أو تغيير جنسية الزوج أثناء الزواج أن تتغير تلقائياً جنسية الزوجة، أو أن تصبح بلا جنسية، أو تفرص عليها جنسية الزوج. كما تمنح الدول الأطراف المرأة حقاً مساوياً لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها⁴.

_ رفع شعار السلام في الاتفاقية الذي له معنى آخر حينما يتعلق الأمر بالدول النامية، وقاعدة الحد من تسليح الدول ينطبق فقط على الدول الفقيرة والنامية دون الدول المصنعة التي تهيمن على قرارات الأمم المتحدة وتملك حق الفيتو فيها.

نهي قاطرجي، المرجع السابق، ص 11.

² د. الحسيني سليمان جاد، وثيقة مؤتمر السكان والتنمية.. رؤية شرعية، كتاب الأمة، العدد 53، جمادى الأولى 1417هـ، ص59

³ إذا رغبت في التعرف على التفاصيل الفقهية انظر: محمد رمضان أبو بكر، الطفولة في المواثيق الدولية والمحلية، رسالة

دكتوراه، جامعة الأزهر، كلية الدعوة الإسلامية، 2003

⁴ نص م 09 من الاتفاقية.

وحينما نربط السلام بالمساواة بين الرجل والمرأة نجد أن النساء هم أكبر ضحايا الحروب والعنف المسلح والمتاجرة والاستغلال غير قانوني والانتهاكات الأخلاقية من قبل الدول العظمى ورجال المال والأعمال.

كما نشهد تقصير دولي في التعاطي مع هذه الجرائم وسكوت مُطَبَّق عندما تكون دول العالم الثالث هي الضحية كما حصل في البوسنة وكما يحصل في السجون الإسرائيلية وسوريا والعراق وأفغانستان وغيرها.

الاتفاقية لا تكتفي بإعطاء التوصيات والنصائح للدول بل هي تدعو وبإلحاح جميع الدول الموقعة على الاتفاقية إلى سن القوانين التي تمنع التمييز ضد المرأة، كما يجب اتخاذ التدابير الخاصة لتعجيل بالمساواة التامة بين الرجل والمرأة.

المطلب الثالث: البروتوكول الاختياري للاتفاقية

الفرع الأول: تعريف البروتوكول الاختياري

اعتمد هذا البروتوكول وعُرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الدورة الرابعة والخمسون بتاريخ 9 أكتوبر 1999، وكان تاريخ بدء نفاذه في 22 ديسمبر 2000، وفقا لأحكام المادة 16¹.

إن البروتوكولات عادة تصدر بعد الاتفاقيات، إما لتقادي بعض الثغرات التي تظهر في الاتفاقيات بعد البدء في تطبيقها، أو لتبيان بعض جوانب تلك الاتفاقيات بشكل واضح وجلي، أو لإضافة بعض الإجراءات الجديدة لها. ويسمي البروتوكول بالاختياري Facultaif لأنه لا يلزم الدول الموقعة على الاتفاقية بالمصادقة عليه أو الالتزام به.

الفرع الثاني: الهدف من وضع البروتوكول الاختياري للسيداو

نظرا للحاجة الماسة لوضع آلية تسمح للنساء (أفرادًا ومجموعات) بتقديم الشكاوى بشكل مباشر إلى لجنة سيداو CEDAW Comité بالأمم المتحدة وعدم وجود ماينص على ذلك في الاتفاقية، وبالنظر لعدم وجود مثل هذه الوسائل القانونية التي تمكن لجنة سيداو الدولية من تلقي أي شكاوى من النساء بشكل مباشر، والتحقيق فيها.. ومن هنا بدأت اللجنة في وضع بروتوكول يحدد ويسمح باستعمال مثل تلك الآليات.

¹ هالة سعيد التبيسي، المرجع السابق، ص 164.

وبالفعل تم في عام 2000 وضع البروتوكول الاختياري **Protocole Facultatif** كملحق لاتفاقية السيداو، والذي يعطي النساء الحق في تجاوز الحكومات، والتقدم بشكاوى مباشرة إلى الأمم المتحدة .

وبذلك يمنح لجنة سيداو صلاحية أكبر في إجبار الدول المصادقة على البروتوكول على تنفيذ الاتفاقية؛ تقادياً للعقوبات التي يمكن أن توقع عليها إذا لم تلتزم التزاماً كاملاً بالتنفيذ¹، حيث يعطي لجنة سيداو الحق في:

• تلقي الشكاوى الفردية .

• المعاينة الميدانية، والتحقيق في تلك الشكاوى².

وعليه نص البروتوكول على إجراءين يقيدان سلطة الدولة، ويلزمانها بالتنفيذ المحلي للاتفاقية وفقاً للمعايير الدولية، وهما:

أ- إجراء المراسلات: *La procédure de communication* والذي يعطي للنساء أفراداً وجماعات الحق في تقديم الشكوى، ورفعها مباشرة إلى لجنة سيداو بشكل مكتوب.

ب- إجراءات التحقيق: *La procédure d'enquête* والذي من خلاله يمكن للجنة السيداو التحقيق في الشكاوى المقدمة إليها من النساء بشأن- ما تعده لجنة سيداو- أي إخلال بتطبيق الاتفاقية من قبل الحكومات³.

الفرع الثالث: مضمون البروتوكول

يتكون البروتوكول من 21 مادة يمكن تلخيصها فيما يلي⁴:

أولاً : لجنة السيداو الدولية هي الجهة المخولة باستلام الشكاوى (المادة 1).

¹ انظر حقبة البرنامج التدريبي لحقوق المرأة الإنسانية -اليونيفم- المكتب الإقليمي للمنطقة العربية، الكتيب رقم 2، 2004.

www.iadh-aihr.org/pagesexterne/joumana/j1.htm

² هيفاء ابو غزالة، المرجع السابق، ص 33.

³ منال محمود المشني، المرجع السابق، ص 303.

⁴ اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، مصر، القاهرة، 1999-2012. المنبثقة عن المجلس الإسلامي العالمي للدعوى والإغاثة منذ 1998.

ثانياً: يجوز لأفراد أو مجموعات خاضعين لدولة طرف في البروتوكول أن يقدموا شكاوى، سواء قدموها بأنفسهم، أو ناب عنهم من يقوم بذلك، ويمكن لمن ينوب أن يقدمها بدون موافقتهم إذا تمكن من تبرير تصرفه ذلك (المادة 2).

ثالثاً: تكون الشكاوى مكتوبة، ومكتوب فيها الاسم، ولا تتسلم اللجنة أي شكاوى تتعلق بدولة ليست طرفاً في البروتوكول وإن كانت طرفاً في الاتفاقية (المادة 3).

رابعاً: يستبدأ اللجنة بالنظر في الشكاوى بعد التأكد من استنفاد وسائل الانتصاف المحلية، أو في حال استغراق تطبيق وسائل الانتصاف الوطني أمداً طويلاً، أو كان من غير المحتمل أن يحقق انتصافاً فعالاً (من منظور اتفاقية سيداو، ووفقاً لرؤية لجنة السيдаو) (المادة 4).

خامساً: قبل أن تتخذ اللجنة قرارها بشأن قبول الشكاوى من عدمه، فقد أعطت نفسها الحق في إحالة الشكاوى إلى الدولة الطرف، من أجل اتخاذ تدابير مؤقتة (إجراءات عاجلة) لصالح صاحبة الشكاوى، لتقاضي وقوع ما تعتبره اللجنة ضرراً لا يمكن إصلاحه، ثم يلي ذلك وجهة موضوع الشكاوى، وقبولها أو رفضها، وفقاً لما تقرره اللجنة (المادة 5).

ولتوضيح المقصود من البندين الرابع والخامس نضرب المثال التالي:

إذا تم توريث سيدة مسلمة في دولة إسلامية، طرف في البروتوكول، نصف ميراث أخيها، وفقاً للشرعية الإسلامية، يعد ذلك «تميزاً» من منظور اتفاقية سيداو، فإذا كانت هذه الدولة عضواً في البروتوكول، يمكن لتلك السيدة أن تتقدم بشكاوى إلى لجنة السيдаو الدولية، حينها ستطلب اللجنة من الدولة اتخاذ إجراء عاجل، مثل: وقف توزيع الميراث، ثم يلي ذلك مطالبة الدولة بتعديل قانون الميراث، بحيث يسمح للنساء بتقاسم الميراث بالتساوي تماماً، لتتحقق المساواة الكاملة، وفقاً للسيداو.

سادساً: تُسأل لجنة سيداو الدولية الطرف، عن الشكاوى المقدمة لها – مع المحافظة على السرية في كشف هوية مقدم أو مقدمي الشكاوى إذا شاءوا – وعلى الدولة تقديم تفسير في غضون 6 أشهر لتلك المسألة، ولا يُكتفى بالتفسير، وإنما عليها أن توضح سبل الإنصاف التي اتخذتها (المادة 6).

فإذا ما اشتمت امرأة مسلمة – على سبيل المثال – من عدم السماح لها بالزواج بغير مسلم، وهو ما يعدّ من منظور اتفاقية سيداو «تميزاً على أساس الجندر¹»، ثم تقدمت المرأة بشكاوى إلى لجنة سيداو،

¹ يأتي تعريف الهوية الجندرية Gender Identity في الموسوعة البريطانية بأنها شعور الإنسان بنفسه كذكر أو أنثى، وفي الأعم الأغلب فإن الهوية الجندرية والخصائص العضوية تكون على اتفاق (أو تكون واحدة)، ولكن هناك حالات لا يرتبط فيها شعور الإنسان بخصائصه العضوية، ولا يكون هناك توافق بين الصفات العضوية وهويته الجندرية (أي شعوره الشخصي

فإنه يتوجب على الدولة أن تقدم تفسيرًا لهذا المنع، كما عليها أن توضح الإجراءات والتدابير التي ستتخذها- أو اتخذتها -لرفع ذلك «التمييز»، ومن ثم السماح لتلك المرأة بالزواج بغير مسلم !. **سابعًا:** يعطي البروتوكول اللجنة الدولية الحق في الحصول على كافة المعلومات، سواء من مصادرها الرسمية (الدولة الطرف المعنية)، أو من مصادر غير رسمية (أفراد أو مجموعات)، أو من ينوب عنهم، ثم تعقد اللجنة جلسات مغلقة لدراسة الشكاوى، ثم تقدم آراءها بشأن الشكاوى وتوصياتها، إن وجدت، إلى الأطراف المعنية، ويتوجب على الدولة الطرف أن تقدم خلال ستة أشهر ردًا مكتوبًا يتضمن الإجراءات التي اتخذتها في ضوء آراء اللجنة وتوصياتها. هذه التدابير والإجراءات تخضع لتقييم اللجنة الدولية، حسبما تراه اللجنة مناسبًا (المادة 7).

ثامنًا: إذا ما تلقت اللجنة أية معلومات على وقوع ما تعتبره انتهاكات لاتفاقية سيادو في أي دولة طرف، يصير من حق اللجنة إرسال عضو أو أكثر من أعضائها للتحري في تلك الدولة، وعلى الدولة أن تتعاون في جميع الإجراءات، وتقوم الدولة الطرف، في غضون ستة أشهر من تلقي نتائج التحقيق والتعليقات والتوصيات التي أحالتها إليها اللجنة، بتقديم ملاحظاتها إلى اللجنة (المادة 8 و9). مثال ذلك:

إذا نما إلى علم اللجنة الدولية- على سبيل المثال- زواج فتاة تحت سن الثامنة عشرة (والذي تعده اتفاقية سيادو نفاقًا ضد الطفلة) في دولة طرف، فإن البروتوكول يعطي اللجنة- دون انتظار وصول شكاوى من أفراد- حق إرسال عضو من أعضائها لتلك الدولة للتحري عن تلك المسألة، وإصدار توصيات، وعلى الدولة الطرف الرد خلال 6 أشهر بما اتخذته من تدابير لوقف هذا الأمر. **تاسعًا:** كعادة الأمم المتحدة، فإنها تقوم بإخطار الدول بحقها- عند التوقيع على الوثائق والبروتوكولات- في الحفاظ على ما تشاء من المواد، حيث تنص المادة العاشرة على أنه: "حق الدول وقت توقيع البروتوكول، أو التصديق عليه، أو الانضمام إليه أن تعلن أنها لا تعترف باختصاص اللجنة المنصوص عليه في المادتين (8،9) (المادة 9)". في حين تنص المادة السابعة عشرة على عدم السماح بأي

بالذكورة أو الأنوثة). لذلك فإن الهوية الجندرية ليست ثابتة بالولادة، بل تؤثر فيها العوامل النفسية والاجتماعية بتشكيل نواة الهوية الجندرية، وهي تتغير وتتوسع بتأثير العوامل الاجتماعية كلما نما الطفل. أما تعريف منظمة الصحة العالمية، لمصطلح «الجندر» بأنه: «المصطلح الذي يفيد استعماله وصف الخصائص التي يحملها الرجل والمرأة كصفات مركبة اجتماعية، لا علاقة لها بالاختلافات العضوية. أما في مؤتمر بكين، فقد أسفر بحث الوفود في المعنى الحقيقي للمصطلح إلى صراع استمر أيامًا، وأدى إلى إنشاء لجنة خاصة لتقوم بتعريفه، وبيت التصديق هنا أن الدول الغربية رفضت تعريف الجندر بالذكر والأنثى، ولم تنجح اللجنة في تعريف الجندر، بل خرجت متفقة على عدم تعريفه.

تحفظات على هذا البروتوكول، كما لا يجوز التحفظ على أي مادة من مواده، حسبما جاء في المادة السابعة عشرة.

وهي خدعة طالما قامت بها الأمم المتحدة لتشجيع الحكومات على التوقيع على اتفاقياتها المختلفة، فإبان التوقيع على اتفاقية السيदाو حدثت نفس الخدعة، ووقّعت الدول الإسلامية على الاتفاقية مع التحفظ على العديد من البنود التي تتعارض مع الشريعة الإسلامية، بينما يلغي البند (28) من الاتفاقية أي تحفظ يتعارض مع روح الاتفاقية وغرضها الأساسي ألا وهو التساوي التام بين الرجل والمرأة، في حين أن البنود المتحفظ عليها تجسد روح الاتفاقية وغرضها الأساسي، والتحفظ عليها يعني رفض مبدأ التساوي التام والمطلق بين الرجل والمرأة، وتأييد الشريعة الإسلامية التي تقر وجود فوارق بين الرجل والمرأة بيولوجياً ونفسياً، من شأنها الحفاظ على توازن البشرية، وتكامل الجنسين في أداء أدوارهما داخل الأسرة وخارجها¹.

عاشراً: إلزام الدولة الطرف بتوفير الحصانة للأفراد مقدمي الشكاوى إلى اللجنة الدولية، وعدم تعرضها لهم بسوء المعاملة أو التخويف لتراسلهم مع اللجنة (المادة 11)، وهو ما يعطي الأفراد والمنظمات غير الحكومية مطلق الحرية في نقل المعلومات للجنة الدولية، والتعاون معها في أمان تام من أن تطالها يد الدولة بالمساءلة أو التضييق.

حادي عشر: لضمان تنفيذ البروتوكول سيتم إدراج الأنشطة التي تضطلع بها اللجنة بموجبه في تقريرها السنوي، المقدم بموجب المادة 21 من اتفاقية سيदाو (المادة 12) .

ثاني عشر: فرض البروتوكول على الدول الأطراف فيه أن تقوم بالتعريف به وبالانفاقية على نطاق واسع، والدعاية لهما، وتيسير الحصول على معلومات عن آراء اللجنة وتوصياتها (المادة 12) .

بما يعني تطبيع الاتفاقية وبروتوكولها في المجتمعات، وجعلها واقعا لا يمكن التراجع عنه، وإقرارها كمرجعية تشريعية بديلة لكل المرجعيات التي تؤمن بها الشعوب المختلفة.

ثالث عشر: لا يسمح بأي تحفظات على هذا البروتوكول (المادة 17). وهو ما يتناقض- كما سبق أن ذكرنا- تناقضاً واضحاً مع المادة العاشرة التي تجيز للدول الأطراف وقت توقيع البروتوكول، أو التصديق عليه، أو الانضمام إليه أن تعلن أنها لا تعترف باختصاص اللجنة المنصوص عليه في المادتين (8،9!!).

¹ هيفاء أبو غزالة، المرجع السابق، ص 36.

رابع عشر: يجيز البروتوكول لأي دولة طرف أن تتصل منه في أي وقت بإخطار خطّي مُوجّه إلى الأمين العام للأمم المتحدة، ويصبح هذا التصل نافذاً بعد ستة أشهر من تاريخ استلام الأمين العام للإخطار، ولكن يستمر تطبيق أحكام البروتوكول على أي رسالة مقدمة بموجب المادة (2)، أو تحرر شرع فيه بموجب المادة (8) قبل تاريخ نفاذ التصل (المادة 19). ومن ثم يمكن للأفراد والمجموعات استغلال فترة الستة شهور، والإسراع بتقديم الشكاوى طالما أن أحكام البروتوكول تسري على تلك الفترة.

من خلال ما سبق فإن البروتوكول يعطي الحق للجنة السيداو في التدخل كيفما تشاء في شؤون الحكومات، فهذا سيعطيها الحق في تعديل القوانين الوطنية للدول وفقاً لرؤيتها، فعلى سبيل المثال، وزد في تمهيد اتفاقية سيداو ما يفيد بضرورة تحقيق مساواة الجندر¹، أي مساواة الأنواع (رجال، نساء، شواذ)، وبالتالي ستحاول اللجنة إلغاء أي عقوبة خاصة بالشواذ، حتى إن من يتعامل معهم بأسلوب مختلف عن غيرهم سيعاقب بتهمة التمييز ضد المثليين، وهو ما تجري المطالبة به حالياً في لجان حقوق الإنسان بالأمم المتحدة، حيث تم طرح ذلك بتاريخ الثاني من شهر أكتوبر عام 2009 في اجتماع لجنة حقوق الإنسان بالأمم المتحدة في جنيف مشروع قرار يعطي كافة الحقوق للشواذ، ويضمن لهم الحماية الكاملة، ويتوعد من يتعرض لهم بالمحاكمة والعقوبة².

المطلب الرابع: تنفيذ الاتفاقية في الدول العربية.

الفرع الأول: رد فعل الدول العربية على بنود الاتفاقية

لغرض دفع الدول لتوقيع الاتفاقية والمصادقة عليها تتم عملية وضع برنامج محكم لتنفيذ هذا الغرض وعلى مراحل:

- البداية تتم بتكثيف اهتمام وسائل الإعلام، وتبسيط الضوء على الاتفاقية حتى يثور الاهتمام العام بها، فتصل إلى مصاف الاحتياجات الاجتماعية الدولية، وبالتالي يبدأ النقاش العام حولها في مختلف بلدان العالم، ضمن حوارات الأشخاص، أو أفراد الجمهور العام، وبذلك تبدأ المرحلة الأولى من مراحل تشكيل الرأي العام الدولي.

- ثم تأتي المرحلة الثانية من مراحل صياغة قواعد كونية تحكم السلوك البشري والعالم كله في كل مجالات الحياة الاجتماعية، والثقافية، والسياسية، عبر المؤتمرات الدولية؛ للخروج بمواثيق واتفاقيات تكون ملزمة للبلدان التي تصادق عليها.

¹ تم تعريف الهوية الجندرية فيما سبق.

² تقرير اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، 1999-2012، مصر، القاهرة.

أما المرحلة الثالثة فيتم فيها الضغط الدولي على مستويين:

- الضغط على الدول التي لم توقع عليها أصلاً؛ ليتم التوقيع والتصديق عليها.
 - الضغط على الدول التي وقَّعت ولها تحفظاتها على بعض البنود لرفع تحفظاتها.
- وفي هذا الإطار يتم تدويل قضايا المرأة، عبر تسييسها واستخدامها كورقة ضغط على الأنظمة والدول التي تقاوم النمط الحضاري الغربي، سواء أكانت المقاومة على أسس دينية عقائدية، أو أخلاقية فلسفية، أو اجتماعية اقتصادية¹.
- فى يوم 3 من ديسمبر عام 1981 أصبحت الاتفاقية سارية المفعول بعد توقيع خمسين دولة عليها، طبقاً لأحكام المادة (27) التي تنص على مبدأ نفاذ الاتفاقية بعد شهر من تصديق أو انضمام الدولة رقم عشرين عليها، وكانت تونس هي الدولة العربية الوحيدة التي وقَّعت على الاتفاقية قبل نفاذها.
- ومنذ خروج الاتفاقية إلى حيز التنفيذ على مدار سبعة وعشرين عاماً، تكون جميع الدول العربية قد صادقت على الاتفاقية، باستثناء السودان والصومال .
- وقد انضمت إلى عضوية الاتفاقية حتى عام 2000 إحدى عشرة دولة عربية، وإن تحفظت على بعض البنود وهي: الأردن- العراق- الكويت- ليبيا- المغرب- تونس- الجزائر- لبنان- مصر - اليمن- جزر القمر. ومن الدول الإسلامية التي صادقت على الاتفاقية: إندونيسيا -باكستان- بنجلاديش- تركيا- ماليزيا.
- ثم توالى انضمام بقية الدول العربية، حيث انضمت المملكة العربية السعودية عام (2000)، وموريتانيا (2001)، ثم البحرين (2002)، ثم سوريا والإمارات (2004)، ثم عُمان (2006)، وأخيراً قطر انضمت في (2009).
- وتعاني الحكومات المختلفة من ضغوط كثيرة من لجنة السيдаو؛ لرفع تحفظاتها، وبدأ بعضها بالفعل في رفع تلك التحفظات رغم أن هناك 170 دولة لحد الآن قامت بالتوقيع على هذه الاتفاقية، بينما لم توقع كل من أميركا وسويسرا على هذه الاتفاقية.

¹ عواطف عبد الماجد، رؤية تأصيلية لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مركز دراسات المرأة، الخرطوم، يونيو 1999، ص ص 86، 85.

الفرع الثاني: تحفظات الدول العربية على اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة

يقصد بالتحفظ " إعلان من جانب، أيا كانت صيغته أو تسميته، تصدره الدولة لدى قيامها بتوقيع معاهدة أو التصديق عليها.. مستهدفة استبعاد أو تغيير الأثر القانوني لأحكام معينة في المعاهدة لدى تطبيقها على تلك الدولة".

وعليه، فمنذ دخول اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة حيز التنفيذ، انضمت إليها ستة عشر دولة عربية، أغلبيتها أرفقت مصادقتها بالتحفظات على المواد الجوهرية في هذه الاتفاقية. وما يثير الانتباه هو أن عدد هذه التحفظات تجاوز ما أبدى من تحفظات على الاتفاقيات الأخرى لحقوق الإنسان.

فقد وقع التحفظ على المادة الثانية، التي تتعلق بحظر التمييز في الدساتير والتشريعات الوطنية، والتي تلزم الدول ليس فقط بإلغاء جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بل باتخاذ التدابير المناسبة للقضاء على هذا التمييز.

وتعتبر هذه المادة القلب النابض للاتفاقية، كما تشكل محورها الرئيسي، وهو القضاء على جميع أشكال التمييز ومظاهره المختلفة. ولهذا فإن أي تحفظ على هذه المادة يفرغ الاتفاقية من محتواها. وبالرغم من ذلك تحفظ عليها عدد من الدول العربية مثل : المغرب، الجزائر، ليبيا، مصر، العراق. وقد اعتبرت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، التحفظ على هذه المادة من قبل الدول العربية بأنه يمنع إمكانية تطوير مبادئ القانون في الدول الإسلامية.

وقد تحفظت دولة عربية واحدة وهي، الكويت، على الفقرة الأولى من المادة السابعة التي تلزم الدول بالقضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية والعامّة للبلاد. كما أن المادة التاسعة كانت موضوع تحفظ من طرف العديد من الدول العربية أيضاً، فقد تحفظ كل من المغرب والجزائر وتونس ولبنان ومصر والأردن... على الفقرة الثانية من هذه المادة(9م) في حين نجد العراق قد تحفظ على المادة برمتها. إضافة لذلك نجد عددا من الدول قد تحفظت على الفقرة الرابعة من المادة 15، من قبيل المغرب، الجزائر تونس، الأردن، وإن كانت تتعلق بالمساواة بين المرأة والرجل أمام القانون، وبالأهلية القانونية، وفي إبرام العقود وإدارة الممتلكات... وحق اختيار مكان السكن والإقامة.

وأهم تحفظ وارد على هذه الاتفاقية هو التحفظ على المادة 16، نظرا لأهمية المواضيع التي تتطرق إليها من جهة، ونظرا للتدابير التي يجب على الدول اتخاذها للقضاء على التمييز ضد المرأة من جهة ثانية.

والجدير بالذكر أن هذه المادة هي القاسم المشترك في تحفظات معظم الدول العربية، وإن كانت قد تباينت بشكل كبير، بحيث تحفظ البعض على هذه المادة كلها، مثل المغرب، الجزائر، مصر، العراق، والبعض الآخر على بعض بنودها فقط، مثل تونس، ليبيا، الأردن، الكويت. ونرى أن سبب كون هذه المادة تمثل القاسم المشترك في تحفظات معظم الدول العربية، هو أنها تهتم بالعلاقات بين الجنسين في المجال الأسري، وكما هو معروف، هذا المجال يمثل أكثر المجالات مقاومة للتغيير. وأخر مادة تم التحفظ بشأنها هي المادة 29 والتي تتعلق بالتحكيم بين الدول الأطراف في هذه الاتفاقية، وقد تحفظت كذلك على فقرتها الأولى مجموعة من الدول العربية، منها المغرب، الأردن، ليبيا...

في ضوء ما سبق، فإن ما يمكن ملاحظته، هو أن هذه الدول لم تتحفظ على نفس المواد أو الفقرات، خاصة ما يتعلق بالمادة 16، لكن رغم ذلك، فهي وإن اختلفت في النوع فإنها تلتقي في المضمون، أيضا نجد أن الدول العربية التي تحفظت على هذه المادة، لم تتحفظ على المادة الخامسة¹ والرابعة والعشرين² من نفس الاتفاقية. فكيف يمكن إذن لهذه الدول التوفيق بين التحفظ والتزاماتها بمقتضىات المادتين الأخيرتين؟.

إن هذه التحفظات في حد ذاتها تشكل إقرارا من هذه الدول بوجود التمييز واللامساواة بين الجنسين في قوانينها الداخلية، كما تشكل إقرارا بعدم احترام وتطبيق ما سبق لها أن وافقت وصادقت عليه من المواثيق الدولية. هذا بالإضافة إلى أن اتفاقية منع التمييز ضد المرأة لا تجيز إبداء تحفظات منافية لموضوعها وغرضها، كما سبق أن أكدت على ذلك المادة 19 من اتفاقية فيينا³، والتي تنص على ما يلي: "يمكن للدولة أن تبدي تحفظا على الاتفاقية عند التوقيع عليها أو المصادقة عليها أو قبولها أو الموافقة عليها أو الانضمام إليها بشرط:

أ- أن لا تتضمن الاتفاقية نصا يمنع إبداء التحفظات.

ب- أن لا تتضمن الاتفاقية جواز إبداء تحفظات محددة ليس من بينها ذلك التحفظ.

¹ نص م 5: " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتحقيق ما يلي:

تغيير الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة، بهدف تحقيق القضاء على التحيزات والعادات العرفية وكل الممارسات الأخرى القائمة على الاعتقاد بكون أي من الجنسين أدنى أو أعلى من الآخر، أو على أدوار نمطية للرجل والمرأة.

(ب) كفالة تضمنين التربية العائلية فهما سليما للأومومة بوصفها وظيفة اجتماعية، الاعتراف بكون تنشئة الأطفال وتربيتهم مسؤولية مشتركة بين الأبوين على أن يكون مفهوما أن مصلحة الأطفال هي الاعتبار الأساسي في جميع الحالات.

² نص م 24: " تتعهد الدول الأطراف باتخاذ جميع ما يلزم من تدابير على الصعيد الوطني تستهدف تحقيق الأعمال الكامل للحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية.

³ انضمت الجزائر الى اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 بتحفظ بموجب مرسوم 222/87 المؤرخ في 13/10/1987(ج ر 42 في 14/10/1987).

ج- ألا يكون التحفظ منافيا لموضوع هذه الاتفاقية وغرضها .

وإذا كان موضوع وغرض الاتفاقية كما سبق وأن ذكرنا هو القضاء على التمييز ضد المرأة بجميع أشكاله ومظاهره بين الجنسين، فإن التحفظ على موادها الأساسية والمحورية يعتبر هنا نغيا لموضوعها، وبالتالي فهو تحفظ غير جائز .

كما أن تبرير بعض التحفظات من قبل الدول العربية، على أساس مخالفتها لما ينص عليه القانون الداخلي، كقانون الأسرة، وقانون الجنسية وقانون الانتخاب... تبرير غير مقبول طبقا لمقتضيات المادة 27 من اتفاقية فيينا التي لا تحيز لطرف من المعاهدة أن يتمسك بقانونه الداخلي كسبب لعدم تنفيذ أحكام الاتفاقية .

ونظرا لكون هذه الاتفاقية متعددة الأطراف فإنه ينبغي على كل دولة تبدي تحفظات أن تأخذ في حساباتها رد فعل الدول الأخرى الأطراف إزاء التحفظ. وقد كان هناك عدد من ردود الأفعال إزاء التحفظات التي أبدتها الدول العربية. من ذلك مثلا اعتراض كل من السويد وفنلندا وإيرلندا على تحفظ موريتانيا على الاتفاقية، حيث اعتبرت هذه الدول أن هذا التحفظ عام ولم يحدد أي بنود المعاهدة لا تود موريتانيا الالتزام بها مما يبعث على الشك حول جدية موريتانيا في الانضمام إلى هذه المعاهدة، كما اعتبرت كل من النمسا والبرتغال وألمانيا والنرويج أن هذا التحفظ يتنافى مع هدف المعاهدة الذي هو إرساء المساواة بين المرأة والرجل.

ولذلك فقد أكد إعلان وبرنامج بكين لسنة 1995، على أنه من الضروري تجنب اللجوء إلى التحفظات، إلى أقصى مدى ممكن، من أجل حماية الحقوق الإنسانية للمرأة، وفي حين اللجوء للتحفظات فإنه ينبغي على الدول صياغتها على نحو دقيق وضيق قدر الإمكان، وضمان ألا تكون هذه التحفظات غير ملائمة مع موضوع الاتفاقية وغرضها. وهذا ما أعربت عنه لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، في دورتها الثالثة عشرة، لسنة 1993، بعد دراستها لتقارير مقدمة من الدول الأطراف.

وأخيرا، بعد هذه المناقشة لتحفظات الدول العربية على اتفاقية القضاء على جميع أشكال

التمييز ضد المرأة، يبقى السؤال الذي يفرض نفسه هو، هل هذه التحفظات تتعلق بالفعل بمخالفة مقتضيات المواد المتحفظ عليها للشريعة الإسلامية كما جاء في معظم تبريرات هذه الدول؟ وإذا كان الأمر كذلك، فلماذا لم تتحفظ على نفس المواد والبنود؟

وكمثال نجد من بين الدول العربية الموقعة دولة لبنان التي صادقت على الاتفاقية في 1996/7/26 بعد أن تحفظت على البنود التي تشكل بنظرها اعتداء على سيادة الدولة ومن هذه البنود

المادة 2 التي تتعلق بحظر التمييز في دساتير الدول وتشريعاتها، وكذلك جاء التحفظ أيضاً على المادة 15 التي تتعلق بالمساواة بين المرأة والرجل في الأهلية القانونية وقوانين السفر والسكن والإقامة، والمادة 16 التي تتعلق بقوانين الزواج والأسرة وخطورة هاتين المادتين تكمن في كونهما تطالبان بإلغاء التشريعات الدينية التي تتعلق بالقوامة والإرث. وأخيراً جاء التحفظ على المادة 29 التي تتعلق بإرجاع الخلاف في تفسير الاتفاقية أو تطبيقها بين الدول الأطراف إلى محكمة العدل الدولية، الأمر الذي يعطي للأمم المتحدة الحق في التدخل في سياسة الدول جاعلة من نفسها قوة فوق القانون الداخلي للدول المصادقة على الاتفاقية، هذا الأمر تؤكد المادة 2 من أصول المحاكمات اللبناني التي تجعل الاتفاقيات الدولية تسمو فوق القانون، وهكذا إذا وقعت أي امرأة لبنانية في مشكلة ما فإنها تلجأ إلى الأمم المتحدة لتحل مشكلتها بدل أن تلجأ للقضاء اللبناني ! .

أما الجزائر فقد صادقت على اتفاقية 1979 بالأمر رقم 96-03 المؤرخ في 10 جانفي 1996، وانضمت إليها بتحفظ عن طريق المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 جانفي 1996. هذه التحفظات تمثلت في مايلي¹:

المادة 2: تُعلن حكومة جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية أنها على استعداد لتطبيق أحكام هذه المادة بشرط عدم تعارضها مع أحكام قانون الأسرة الجزائري.

المادة 9، الفقرة 2: تود حكومة جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية أن تعرب عن تحفظاتها بشأن أحكام الفقرة 2 من المادة 9 التي تتنافى مع أحكام قانون الجنسية الجزائري وقانون الأسرة الجزائري.

فقانون الجنسية الجزائري لا يسمح للطفل باكتساب جنسية الأم إلا متى:

- كان الأب غير معروف أو عديم الجنسية؛

- كان الطفل قد ولد في الجزائر لأب جزائري وأب أجنبي ولد في الجزائر.

¹وثيقة الأمم المتحدة CEDAW/SP/2002/2، وتتضمن هذه الوثيقة نص الإعلانات والتحفظات والاعتراضات والإشعارات بسحب التحفظات الصادرة عن الدول الأطراف فيما يتعلق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بصيغتها المستنسخة في المعاهدات المتعددة الأطراف المودعة لدى الأمين العام: الحالة في 31 كانون الأول/ديسمبر 1999 (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع E.99.V.5)، وقد أخذت أيضاً الإعلانات والتحفظات والاعتراضات والإشعارات بسحب التحفظات من تقرير الأمين العام عن حالة الاتفاقية (A/56/328) وأخذت الإعلانات والتحفظات والاعتراضات والإشعارات بسحب التحفظات الصادرة في الفترة من 1 آب/أغسطس 2001 إلى 1 تموز/يوليه 2002 من موقع المعاهدات المتعددة الأطراف على الشبكة العالمية.

وعلاوة على ذلك، بموجب المادة 26 من قانون الجنسية الجزائري، يجوز للطفل الذي يولد في الجزائر لأب جزائري وأب أجنبي لم يولد على الأرض الجزائرية، أن يكتسب جنسية الأم بشرط عدم اعتراض وزارة العدل على ذلك.

وتتص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري على انتساب الطفل لأبيه من خلال الزواج الشرعي. وتتص المادة 43 من ذلك القانون على أن "الطفل ينتسب إلى أبيه إذا ولد في غضون الأشهر العشرة التي تعقب تاريخ انفصال الأب عن الزوجة أو تاريخ وفاته."

المادة 15، الفقرة 4: تعلن حكومة جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية أن أحكام الفقرة 4 من المادة 15، المتعلقة بحق المرأة في اختيار مكان إقامتها وسكنها، ينبغي ألا تفسر على نحو يتعارض مع أحكام الفصل 4 (المادة 37) من قانون الأسرة الجزائري.

المادة 16: تعلن حكومة جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية أن أحكام المادة 16 المتعلقة بتساوي حقوق الرجل والمرأة في جميع الأمور التي لها صلة بالزواج، أثناء الزواج وعند فسخه على السواء، ينبغي ألا تتعارض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري.

المادة 29: إن حكومة جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية لا تعتبر نفسها ملزمة بالفقرة 1 من المادة 29، التي تنص على أن أي خلاف ينشأ بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف حول تفسير أو تطبيق الاتفاقية، ولا يسوى عن طريق المفاوضات، يعرض، بناء على طلب واحدة من هذه الدول، للتحكيم أو على محكمة العدل الدولية.

فحكومة جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية ترى أنه لا يمكن عرض أي خلاف من هذا القبيل للتحكيم أو إحالته إلى محكمة العدل الدولية إلا بموافقة جميع أطراف النزاع.

من خلال تقارير اللجان الدولية لا سيما لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة المستحدثة بموجب المادة 18 من اتفاقية سيداو والتي تعتبر الإطار الشامل الذي احتوى على جميع حقوق المرأة بصفة خاصة، وقد أكدت المادة 18 منها على التزام الدول بتقديم التقارير إلى لجنة سيداو، وفي هذا السياق قدمت الجزائر تقاريرها إلى اللجنة ابتداء من التقرير الأولي في 01/09/1998 الذي أكدت فيه الجزائر بان المبدأ الدستوري الخاص بالمساواة بين الجنسين محترم بدقة، على صعيد الحقوق السياسية والمدنية وأن الأحوال الشخصية المنظمة لقانون الأسرة الذي تستلهم الشريعة الإسلامية جزئياً، ولهذا السبب تنوي الحكومة الجزائرية إدخال عناصر عدم التمييز والمساواة بين الجنسين على نحو تدريجي دون تراجع في مجال الأحوال الشخصية.

وفي رد لجنة سيداو على التقرير¹ الأولي للجزائر في دورتها العشرون في نيويورك يوم الخميس 21 يناير 1999، أكدت أن قانون الأسرة الجزائري يتسم بالرجعية، فهو اسند للمرأة دورا صغيرا في الشؤون الأسرية، كما أكدت على أن الشريعة والإسلام لا يجب أن يتخذ كذريعة لحرمان المرأة من حقوقها وان قانون الأسرة لا يتماشى مع الاتفاقية، ولا يمكن للأعراف و التقاليد و الدين، أن تبرر استمرار التمييز الذي تمارسه الجزائر ضد المرأة.

أما في ردها على التقرير الثاني² المقدم من الجزائر في جلستها 668/667 المعقودتين في 2005/01/11 أبدت اللجنة قلقها من عدم تحسن بعض المواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية، كما لاحظت أن تحفظ الجزائر على المادتين 02 والمادة 16 يتعارض مع هدف الاتفاقية ومقصدها وفي هذا الشأن أعربت عن قلقها من التعديلات المقترحة إدخالها على قانون الأسرة لا يشمل تعدد الزوجات وحق المرأة في الوصاية القانونية.

ثم عادت اللجنة في ردها على التقرير الجامع للتقريين الثالث والرابع في 2005/05/18 إلى حث الجزائر على تسريع الإصلاحات التشريعية، لاسيما تلك المتعلقة بقانون الأسرة ليتسنى لها سحب تحفظاتها على المواد 02 المادة 4/15 والمادة 16 من الاتفاقية، أكدت على عدم تعدد الزوجات وحظر التعدد ممارسة وقانونا، وإلغاء شرط حضور الولي في عقد الزواج.

إذن كل ردود لجنة سيداو على التقارير التي قدمتها الجزائر تحت على إلغاء كافة أشكال التمييز قانونا وممارسة خاصة فيما يتعلق بقانون الأسرة، لاسيما إلغاء الولي وحضر التعدد وإلغاء أي تمييز في عقد الزواج يمس بحق المرأة في الزواج برضاها الحر والكمال، وفي هذا الشأن أثار المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة³، مسالة منع زواج المرأة المسلمة بغير المسلم، عند نظره في تقرير الجزائر الثالث والرابع من قبل اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية، حيث لاحظت اللجنة انه على الرغم من تعديل قانون الأسرة إلا انه لا زال يسمح بتعدد الزوجات، ولم يلغي شرط الولي وان المادة 30 من قانون الأسرة تحظر زواج المرأة المسلمة بالرجل غير المسلم، وعليه أوصت

¹ انظر تقرير الجزائر الأولي أمام لجنة سيداو والرد على هذا التقرير من قبل اللجنة. CEDAW/C/DZA/11/09/1998

CDAW/C/SR.406/1/Add.1

² طالع في ذلك: لجنة سيداو والرد على التقرير الثاني للجزائر CDAW/C/SR.667.668

³ تقرير المجلس الاقتصادي و الاجتماعي تجاه الجزائر الدورة 44، جنيف 3-21 ماي 2010 . E/C12/DZA/CO/4

اللجنة الجزائر بإجراء تعديل آخر على قانون الأسرة لتضمن إلغاء تعدد الزوجات، وإلغاء شرط الولي وان يعترف بالزواج الذي يقع بين المسلمة و غير المسلم اعترافا قانونيا كاملا و بدون استثناء . وفي هذا الإطار جاء في تقرير المقررة الخاصة المعنية بالعنف ضد المرأة أسبابه وعواقبه المقدم من طرف السيدة ياكين /ارثورك، المقدم في الدورة السابعة لمجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة فيعدما أشارت بعدد التحسينات التي عرفها قانون الأسرة في تعديل 2005، انتقدت الجزائر على إبقاء الولي وعدم حصر تعدد الزوجات و منع المرأة من الزواج بغير المسلم.

ومن بين التوصيات التي قدمتها المقررة الخاصة إصلاح قانون الأسرة لضمان الاحترام التام لمبدأ عدم التمييز على أساس نوع الجنس، و كحد ادني ينبغي لهذا الإصلاح أن يتضمن إلغاء جميع الأحكام التي تحرم المرأة من المساواة، مثل تحريم تعدد الزوجات إلغاء الشرط القانوني المتعلق بمنصب ولي الأمر في الزواج، اعتماد ما يلزم من تغييرات قانونية تعترف بزواج المرأة المسلمة من غير المسلم.

خاتمة:

من نتائج هذا البحث نجد أن اتفاقية السيداو تعرف التمييز ضد المرأة بأنه: " أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره أو أغراضه النيل من الاعتراف للمرأة بهذه الحقوق أو تمتعها بها أو ممارستها لها بغض النظر عن حالتها الزوجية". ومن ثم نجد أن هذه المادة من الاتفاقية تعد العنصر الأساسي الذي من خلاله نفرق بين التمييز والمساواة بين كل الرجل والمرأة، ومن خلال الألفاظ الرنانة التي توحى لنا أن الأمر في منتهى الكمال، لأنه يرفع من شعار العدالة الاجتماعية بين الجنسين ويحاول وضع كليهما على قدم المساواة في الحقوق والواجبات، لكن تأثير ذلك في الحقيقة خطير على وحدة المجتمعات وتناغم الحياة بين الجنسين، لاسيما في الدول العربية التي تمتاز بالخلفية الدينية.

وما يمكن استنتاجه باختصار أن هذه الاتفاقية لا تقدم خدمة للمرأة بل تحاول استهداف السيادة الوطنية للدول النامية، بحيث تصبح الأمم المتحدة قابعة على رأس دول العالم. فهي تقيد الحكومات وتتحكم في صلاحياتها اتجاه شعوبها بحجة أنها تحمي المرأة المضطهدة في العالم وتحافظ على مصالحها الأساسية من تساوي فرص العمل والحرية الجنسية والشخصية وغيرها...

في ظل الحرب القائمة على جميع التشريعات الدينية والقيم الأخلاقية والأعراف الشعبية المتبعة لدى الشعوب منذ نشأته، دفعت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الحكومات إلى عدم

وضع الاعتبارات الدينية والتقليدية موضع الاهتمام، وذلك كخطوة أولى قبل فرض العمل على استبدالها بالقوانين الدولية، وهذا ما ورد في المادة (2 فقرة-و) التي نصت على ما يلي: "على الدول اتخاذ جميع التدابير المناسبة بما في ذلك التشريع لتعديل أو إلغاء القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات القائمة التي تشكل تمييزاً ضد المرأة".

نوصي في الأخير بأنه يتطلب بلورة مبادرة مضادة في نفس المستوى والحجم تشارك فيها الحكومات والمنظمات غير الحكومية الإسلامية المهتمة بملف المرأة والاتفاقيات المهتمة بها، وهذا من أجل إنصاف المرأة وفق ما جاء به الدين والقيم والأخلاق.

المراجع:

1- الاتفاقيات والنصوص القانونية:

- ❖ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948
- ❖ اتفاقية قيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969.
- ❖ الدستور الجزائري لسنة 1963.
- ❖ المرسوم الرئاسي 51/963 المؤرخ في 22 يناير 1996.

2- الكتب:

- ❖ نهى قاطرجي، قراءة في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المؤتمرات الدولية حول المرأة، المنتدى للتعريف بالإسلام، بيروت.
- ❖ وداد غزلاني، مقال: دور الأمم المتحدة في محاربة ظاهرة اطفال الشوارع، الاتفاقيات والميكانيزمات، جامعة 8 ماي 1945، قلمة، الجزائر.
- ❖ هالة سعيد النسبي، حقوق المرأة في ظل القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011، ط1.
- ❖ منال محمود المشني، حقوق المرأة بين المواثيق الدولية وأصالة التشريع الإسلامي، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الدولية الخاصة بحقوق المرأة، دار الثقافة، الأردن، ط1، 2011.
- ❖ عواطف عبد الماجد ابراهيم، رؤية تأسيسية لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مركز دراسات المرأة، الخرطوم، بدون رقم الطبعة والتاريخ.
- ❖ نهى القاطرجي، المرأة في منظومة الأمم المتحدة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 2006.
- ❖ محمد عمارة، صراع القيم بين الغرب والإسلام، القاهرة، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، في التنوير الإسلامي (19)، 1997.
- ❖ هيفاء ابو غزالة، مؤشرات كمية ونوعية، اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، دار الغرب للطباعة والنشر ط1، 2009.

- د. حساني علي، مقال بعنوان: " اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (السيداو) – الأهداف والأبعاد"
هبة رءوف عزت، المرأة والعمل السياسي.. رؤية إسلامية، واشنطن، فيرجينيا، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، سلسلة الرسائل الجامعية (18)، 1995.
سهيل حسين الفتلاوي، موسوعة القانون الدولي (حقوق الإنسان)، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط2، 2007.
الحسيني سليمان جاد، وثيقة مؤتمر السكان والتنمية.. رؤية شرعية، كتاب الأمة، العدد 53، جمادى الأولى 1417 هـ.
عواطف عبد الماجد، رؤية تأصيلية لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مركز دراسات المرأة الخرطوم، يونيو 1999، ص 86، 85.
محمد رمضان أبو بكر، الطفولة في المواثيق الدولية والمحلية، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، كلية الدعوة الإسلامية 2003.

3- تقارير ولجان مختلفة:

- اليونيفم، المكتب الإقليمي للمنطقة العربية، الكتيب رقم 2، 2004، (البرنامج التدريبي لحقوق المرأة الإنسانية).
منظمة العفو الدولية، تاريخ النشر، فبراير 2010، تاريخ الوصول 13 أبريل 2014.
اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، مصر، القاهرة، 1999-2012. المنبثقة عن المجلس الإسلامي العالمي للدعوى والإغاثة منذ 1998.
تقرير اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، 1999-2012، مصر، القاهرة.
وثيقة الأمم المتحدة CEDAW/SP/2002/2، منشورات الأمم المتحدة، رقم البيع (E.99.V.5)، تقرير الأمين العام عن حالة الاتفاقية (A/56/328) موقع المعاهدات المتعددة الأطراف على الشبكة العالمية.
تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي تجاه الجزائر الدورة 44، جنيف 3-21 ماي 2010 E/C12/DZA/CO/4.

4- المواقع الالكترونية :

www.bahethat.com/mo2tamer/3.doc
<http://www.saaid.net/book/open.php?cat=88&book=2342>
www.iadh-aihr.org/pagesexterne/joumana/j1.htm
CEDAW/C/DZA/11/09/1998 CEDAW/C/SR.406/1/Add.1
CEDAW/C/SR.667.668

آلية التقاضي الالكتروني في البيئة الرقمية

ترجمان نسيمة (*)

تحت إشراف الدكتور مداح حاج علي

تاريخ قبول المقال: 2019/06/15

تاريخ إرسال المقال: 2019/05/28

ملخص:

يعتبر التقاضي الالكتروني انطلاقة نوعية في مجال العدالة القضائية لما له من أهمية في تبسيط وسرعة إجراءات التقاضي والمساهمة في المعلومات ومنها سهولة الاطلاع عليها وحسن النظر والفصل فيها كل هذا العكس إتقان عمل المحاكم والقضاء على مشاكل العدالة التقليدية التي تتسم ببطء في الإجراءات وأثقل كاهل المتقاضي في الحصول على حقوقهم الدستورية.

Abstract :

E-litigation is a breakthrough in the field of judicial justice because of its importance in simplifying and speeding up litigation procedures and contributing to information, including easy access to it and good consideration and separation. All this is the opposite of perfecting the work of the courts and eliminating the problems of traditional justice that are slow in the procedures and burdens the applicant On their constitutional rights.

مقدمة:

لقد تولد عن ثروة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات العديد من التطبيقات التي أثرت بدرجة كبيرة على عدد من الميادين الاجتماعية والاقتصادية ومن أهمها ظهور التجارة الالكترونية، والحكومة الإلكترونية والتعليم عن بعد وكان من آثارها أيضا التقاضي الإلكتروني الذي كان ضرورة ملحة نتيجة لوجود عدالة بطيئة ومعيبة تتسم بأعباء مالية وعوائق إجرائية تنقل بجاهل التقاضي، وتجعل حقوقهم

(*) ترجمان نسيمة، طالبة دكتوراه السنة الثالثة، تخصص: التجريم في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية ابن

خلدون – تيارت، البريد الإلكتروني: Nassimarb91@gmail.com

مهدهه بالضياح بسبب طول الإجراءت تعقدها وتعسف الخصم وسلبية القضاة، وهو ما يشعره في النهايه بالظلم، ومن هنا ظهرت الحاجه الملحه بحل هذه المشاكل والحرص على إتباع آليه التقاضي الالكتروني ووسائل التقاضي الالكتروني.

وانطلاقا من المكانة الهامة والمتميزه التي يحتلها التقاضي الالكتروني في قطاع العدالة تتجلى إشكاليه هذه الدرسة في ما يلي: ما هي الوسائل الناجحه التي يتطلبها مقتضيات التقاضي الالكتروني في جهاز القضاء؟، ثم ما مفهوم التقاضي الالكتروني؟ وما هي حقائقه؟ وآليات تطبيقه في الجزائر والتشريعات المقارنه.

ولالإجابة على هذه الإشكاليه قسم موضوع الدرسة إلى:

المحور الأول: مفهوم التقاضي الالكتروني

المحور الثاني: وسائل التقاضي الالكتروني.

المحور الثالث: آليات تطبيق التقاضي الالكتروني في الجزائر والتشريعات المقارنه.

المحور الأول: مفهوم التقاضي الالكتروني

تطرح بين الفينه والأخرى في مجال الدرسات القانونية، مصطلحات جديده تعد مشاهده على منجزات التطور التقني وإبداعات العقل البري، وفي وقتنا الراهن طرح في ميدان العمل القانوني، آخر المصطلحات الحديثه في مجال المعلوماتية وتقنياتها، وهو مصطلح التقاضي الالكتروني "e- FILING" والذي يشيد الانتباه أول ما يصل إلى السمع باعتباره الوثيقه المتطورة والنقله السريعه والثوره الهائله في مجال تكنولوجيا المعلومات.¹

أولا: تعريف التقاضي الالكتروني

إن فكره التقاضي الالكتروني هي نتاج التطور في ثوره الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات وكذا ظهور مصطلح الإدارة الالكترونيه والتي تعني الانتقال من تقديم الخدمات والمعلومات إلى الأشخاص من شكلها

¹ د. خالد مدوح إبراهيم، التقاضي الالكتروني، دار الفكر الجامعي، اسكندرية، 2008، ص 15.

الورقي إلى شكلها الالكتروني عبر الانترنت فهي عبارة عن تطوير لأداء أجهزة القضاء سواء من حيث الخدمات الإدارية أو القضائية .

لقد تطرق الفقه إلى إعطاء العديد من التعاريف بتقنية التقاضي الالكتروني ولعل أهم هذه التعاريف "عملية نقل مستندات التقاضي الكترونيا إلى المحكمة عبر البريد الالكتروني حيث يتم فحص هذه المستندات بواسطة الموظف المختص وإصدار قرار بأنها بالقبول أو الرفض وإرسال إشعار إلى المتقاضي يفيد علمه بما تم بشأن هذه المستندات.¹

"سلطة بمجموعة متخصصة من القضاة بنظر في الدعوى مباشرة الإجراءات القضائية بوسائل الكترونية مستحدثة، ضمن نظام أو أنظمة قضائية معلوماتية متكاملة الأطراف والوسائل، تعتمد على منهج تقنية بكة الربط الدولية (الانترنت) وبرامج الملفات الحاسوبية الالكترونية بنظر الدعاوى الفصل بها وتنفيذ الأحكام بغية الوصول للفصل سريع بالدعاوى وتسهيل على المتقاضين.²

ومن ذلك يمكن القول أنه يقصد بالتقاضي الالكتروني استخدام وسائل الاتصالات الحديثة في التقاضي للاستفادة من تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في تسبير التقاضي، وإن هذه الاستفادة قد تكون جزئية، وهو ما يطلق عليه التقاضي بوسائل الكترونية أو المحكمة بوسائل الكترونية أو المحكمة الافتراضية، وهي تعن الانتقال من تقديم خدمات التقاضي والمعاملات بشكلها الروتيني إلى الشكل الالكتروني عبر الانترنت.³

كما عرفه جانب من الفقه، على أنه الحصول على صور الحماية القضائية، عبر استخدام لوسائل الالكترونية المساعدة للعنصر البشري، من خلال إجراءات تقنية تضمن تحقيق مبادئ وضمانات التقاضي، في ظل حماية تشريعية لتلك الإجراءات تتفق مع القواعد والمبادئ العامة في قانون المرافعات مع مراعاة الطبيعة الخاصة للوسائل الالكترونية.⁴

¹ د. خالد ممدوح إبراهيم، نفس المرجع، ص 14.

² حازم محمد الرعية، التقاضي الالكتروني والمحاكم الالكترونية، دار الثقافة، الأردن، ص 37.

³ د. أحمد هندی، التقاضي الالكتروني، استعمال الوسائل الالكترونية في التقاضي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2014، ص 17.

⁴ اسعد فاضل منديل، التقاضي عن بعد، دراسة قانونية، كلية القانون الجامعة القادسية، العراق، 2014، ص 04.

والواضح من هذه التعاريف، أن التقاضي الالكتروني يسمح للمحامين والمتقاضين بتقديم المستندات القانونية من الكميات الهائلة من الأوراق والمستندات المرتبطة بالقضية والتي تمتلئ بها قاعات وغرف المحكمة، ويسمح للمحاكم بأداء وظيفتها بطريقة أكثر فعالية كما يوفر هذا النظام إمكانية استلام المستندات في أي وقت يوميا حتى في أيام الإجازات والعطلات الرسمية.

وعليه يمكننا أن نعرف التقاضي الالكتروني كآليتي: "استخدام وسائل تقنية الاتصال المرئية والسمعية الالكترونية في مباشرة الدعوى القضائية وحتى في الفصل في المنازعات القضائية عن بعد".

ثانيا: خصائص التقاضي الالكتروني

يتميز التقاضي الالكتروني بعدد من الخصائص التي يختلف بها عن التقاضي بالطرق التقليدية، والذي يعتمد بشكل أساسي على شبكات لاتصال والمعلومات ويسكن أن نجدد أهم الخصائص الرئيسية الميز له وهي على النحو التالي:

أ- اختفاء الوثائق الورقية وظهور الوثائق الالكترونية:

تتميز إجراءات والمراسلات بعدم وجود أية وثائق ورقية متبادلة في إجراء المعاملات إذ أن كافة الإجراءات والمراسلات بين طرفي التقاضي تتم الكترونيا دون استخدام أي أوراق وهو ما يتفق مع الفرض من التقاضي عبر الانترنت وهو خلق مجتمع المعاملات اللاورقية.¹

2-التخفيض من عملية تداول وتخزين الملفات الورقية لدعاوى في المحاكم بما يترتب عليه من رفع الكفاءة وتخفيض التكاليف.

3-قلة فقد الملفات وارتفاع مستوى أمن السجلات المحكمة حيث أن الوثائق الالكترونية أكثر مصداقية وأسهل في اكتشاف أي تغيير أي تحويل فيها إلى جانب سهولة الاطلاع عليها.

ب-تسليم المستندات والعروض الكترونيا عبر شبكة الاتصال: اصطلح على تسليم الوثائق الكترونيا عبر الانترنت وتنزيل البرامج أو البيانات عبر الانترنت إلى الكمبيوتر الخاص بالمعمل بحيث يمكن نقل

¹خالد مندوح، المرجع السابق، ص 96.

الوثائق على الخط دون اللجوء إلى العالم الخارجي وهو عكس التحميل عن بعد وهي عملية إرسال ملف أو برنامج إلى جهاز كمبيوتر آخر.¹

ج- استخدام الوسائط الالكترونية في تنفيذ إجراءات التقاضي:

يعد استخدام الوسائط الالكترونية في تنفيذ إجراءات التقاضي عبر شبكة الاتصالات الالكترونية من أهم خصائص التقاضي الالكتروني على اعتبار أن هذا الأخير لا يختلف من حيث الموضوع أو الأطراف عن التقاضي التقليدي ولكنه يختلف فقط من حيث طريقة تنفيذه وكونه يتم باستخدام وسائط الكترونية والوسيط الالكتروني بين طرفي التقاضي هو "جهاز كمبيوتر" والمتصل بشبكة الاتصالات الدولية أو شبكة اتصال خارجي التي تقوم بنقل التغيير عن الإرادة الالكترونية في نفس اللحظة رغم البعد المكاني للأطراف النزاع.²

د- السرعة في إنجاز إجراءات التقاضي:

تساهم عملية التقاضي عبر بكة الانترنت بشكل فعال في إتمام إجراءات التقاضي بين الطرفين على وجه السرعة إذ تتم عملية إرسال واستلام المستندات والمذكرات دون الحاجة لانتقال أطراف الدعوى مرات عديدة لمقر المحكمة وفي ذلك توفير للوقت والجهد والمال.³

هـ- من حيث سداد مصاريف الدعوى:

مع تطور التكنولوجيا ظهرت وسائل متطورة كأسلوب مبتكر لسداد المدفوعات والتي تتمثل في الدفع الالكتروني "electronic payment" محل النقود العادية، وتتضمن وسائل الدفع الالكترونية المستخدمة في التجارة الالكترونية غدة وسائل منها البطاقات البنكية، الأوراق التجارية الالكترونية، النقود الالكترونية، الشيك الالكتروني.⁴

¹ عصماني ليلي، نظام التقاضي الالكتروني آلية لا نجاح الخطط التنموية، كلية العلوم السياسية، جامعة وهران2، مجلة المفكر، العدد الثالث عشر، فيفري 2016، ص 217.

² د. ليلي عصماني، مرجع سابق، ص 218.

³ د. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 45.

⁴ د. أحمد هندي، مرجع سابق، ص 28.

إثبات إجراءات التقاضي الكترونياً:

يقصد بالإثبات الالكتروني القواعد التي تحكم استخدام الوسائل الالكترونية في إنشاء رسالة البيانات والسجل الالكتروني أو التوقيع الالكتروني فالتقاضي الالكتروني يتم إثباته عبر المستند الالكتروني والتوقيع الالكتروني، فالمستند الالكتروني يتبلور فيه حقوق طرفي التقاعد، فهو المرجع للوقوف على ما اتفق عليه الطرفان وتحديد التزاماتهما القانونية، والتوقيع الالكتروني هو الذي يضيف حجية على هذا المستند.

6-جودة الخدمات المقدمة لجمهور المتقاضين: يحقق التقاضي الالكتروني مميزات عديدة منها التقليل مشاكل ازدحام الجمهور في المحاكم، ورفع جودة الخدمة المقدمة إلى جمهور المتقاضين وتخفيض مساحة أماكن تخزين الملفات في المحاكم، ورفع فاعلية دورة العمل واطلاع أفضل للجمهور وإمكانية ربط معلومات الدعاوى بين المحاكم.¹

ثانياً: الخصومة القضائية الالكترونية وإجراءاتها

لا تختلف الخصومة القضائية التقليدية عن الالكترونية إلا من حيث الوسيلة المستخدمة فالخصومة التقليدية تتم بواسطة محررات ومستندات ورقية أما الخصومة الالكترونية فتتم بواسطة محررات الكترونية، كما في الخصومة التقليدية تستلزم توافر عناصر معينة وهي كالآتي:

- 1- أن يكون هناك مدع يرفعها للقضاء وأن يتبع إجراءات معنية حددها القانون
- 2- وجود حق معتدى عليه "موضوع الخصومة
- 3- أن يكون لخصومة سبب وسند قانوني.

فالخصومة القضائية الالكترونية يتم برفع دعوى تسمى دعوة الالكترونية.

¹ نفس المرجع، ص 29.

أ-تعريف الدعوى الالكترونية:

يعف البعض الدعوى القضائية بأنها سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير موضوعي أو حمايته، بينما يذهب البعض إلى أن الدعوى القضائية هي الحق الموضوعي في حد ذاته بينما يذهب البعض الآخر إلى تعريفها بأنها دق من الحقوق الإجرائية والحق الإجرائي هو عبارة عن سلطة أو مكنة أو قدرة يمنحها القانون للحصول على تقرير حق موضوعي أو حمايته ولكن تتم عبر وسائط الكترونية ومن خلال شبكة الانترنت.

ب-إجراءات رفع الدعوى الكترونية:

يعد رفع الدعوى الكترونية من أهم الأعمال الالكترونية وقد تم تطوير هذه الآلية عن بعد في أماكن مختلفة ومنها المحاكم الفدرالية الأمريكية وهناك تطورات متشابهة في كل من سنغافورة، نيوزلندا، فلندا وكندا.

وفي أي دولة تفكر في هذا الآتي لا بد من مجابهة العيد من التحديات الاجتماعية والسلوكية والتكنولوجية التي تواجه التطبيق الكسل لرفع القضايا عن بعد، ولعل هذا ما يدفعنا إلى التعرض لبيان الخطوات القانونية والفنية برفع الدعوى الكترونية وذلك على النحو التالي:¹

اسم مدعى عليه ولقبه ومهنته ووظيفته وموطنه فإن لم يكن له موطنه معلوما فأخر موطن كان له تاريخ تقديم لصحيفة، والمحكمة المرفوع أمامها الدعوى، ووقائع الدعوى وطلبات المدعي وأسانيدها.

وإذا ما قدمت الصحيفة مشتملة على هذه البيانات يقوم الكاتب بقيدتها في السجل الالكتروني وفي المخصص لقيد صحف الدعوى، وذلك بعد رفع الرسوم المقرر قانونا وإعفاء منها وصور من الصحيفة بقدر عدد المدعي عليهم فضلا عن مذكرة شارحة لدعوى وصور منها التي تكون بالطبع محررات الكترونية.²

ثم يقوم المدعي بتوكيل محامي لدفاع عنه بشكل الكتروني عن طريق الربط الالكتروني بعد أخذ بيانات لازمة المطلوبة والتأكد من هوية عن طريق الربط الالكتروني مع مديرية الأحوال المدنية المختصة ويطلب

¹ د. خالد مدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 24.

² نفس المرجع، ص 23.

منه إدخال رقمه الكودي الذي يحصل عليه في نطاق مشروع الحكومة الالكترونية وتفعيل قانون التوقيع الالكتروني وبعدها يقوم الحاسوب الرقمي من التأكد من الهوية ويسمح له بالدخول ويفتح له قائمة الاختيار (المحكمة المختصة مدنية كانت أو جزئية).

رفع الدعوى الالكترونية:

ترفع الخصومة الالكترونية أمام القضاء، كما هو الحال في الوضع التقليدي كموجب ورقة من أوراق المرافعات تسمى صحيفة الدعوى، إلا أن الخصومة الالكترونية تكون صحيفة الدعوى فيها محررة على مستند الكتروني، وترسل عبر شبكة الانترنت.

-الشروط الفنية لرفع الدعوى الالكترونية:

إن رفع الدعوى الكترونيا يتطلب توفر مجموعة من الوسائل الفنية والتقنية وهي على النحو التالي:

- ترفع الدعوى الالكترونية من خلال الانترنت بر نظام إرسال بقبول المستندات الالكترونية.
- يتم قبول مستندات القضية عبر نافذة الكترونية ويتم تخزينها على دعائم الكترونية وكذا إحلال نظام التصديق الالكتروني محل الطرق التقليدية في توثيق المستندات من أجل قيام المتقاضي برفع الدعوى الكترونيا فن ذلك يستلزم وجود جهاز كمبيوتر متصل بشبكة الانترنت.
- وأن يوحد على جهاز الكمبيوتر برامج لمواقع الالكترونية مثل برنامج نيت سكيب برنامج اكسبلور explorer، وبرنامج قراءة الملفات ادوب ريدر adopereader وبرنامج يتف tiff.
- شبكة الانترنت داخلية من خلال ربط جميع الأقسام والوحدات وقاعة المحكمة مما يتيح لكل وحدة على الشبكة الاستفادة من البيانات والمعلومات المتوفرة بالشبكة.
- شبكة الانترنت العالمية، هي عبارة عن مجموعة من وسائل ربط متنوعة كأسلاك برامج الاتصال السلكية أو الأقمار الصناعية، وتجري تبادل الملفات بأنواعها عن طريق البريد الالكتروني.¹

¹ ستار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 21.

المحور الثاني: وسائل التقاضي الالكتروني

تدور فكرة التقاضي الالكتروني حول استخدام الوسائل الالكترونية الحديثة في التقاضي سواء في إيداع الأوراق والملفات أو تخزينها أو الاطلاع عليها أو الإعلان أو سداد المصاريف وكذلك الإثبات الالكتروني.¹

فأطراف المتعاملة في مجال التقاضي الالكتروني تحتاج إلى وسائل تمكنهم من إتمام تلك الإجراءات.

أولاً: الوسائل القانونية في التقاضي

من أهم الوسائل التي تساهم في عملية التقاضي الالكتروني، نجد التشريع والذي يعني وجود مجموعة من القواعد القانونية المكتوبة الصادرة من سلطة مختصة وتكون ملزمة بحيث تكون ملائمة بحالة التقدم التقني العلمي، من خلال استخدام وسائل الاتصال الحديثة لتطبيق إجراءات التقاضي الكترونياً وعبر شبكة الاتصال الدولية.

تم ذلك بطريقتين الأولى في استبعاد القواعد التقليدية وإصدار قانون جدي ينظم تلك القواعد، والثانية تطوع وتطوير ما هو قائم من قواعد اختصاص تقليدية واختيار ما يصلح لتطبيق إجراءات التقاضي الالكتروني، لذلك لا بد من إعادة النظر في القوانين النافذة لكل دول العلم وتدل أهم هذه الوسائل نجد:

1-القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية: أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها المرقم (51-162، في 16-12-1996) القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي، وورد في ديباجة القانون النموذجي "إن تؤمن بأن اعتماد اللجنة للقانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية سيساعد على نحو هام جميع الدول في تعزيز تشريعاتها التي تنظم استخدام بدائل للأشكال الورقية للاتصال وتخزين المعلومات، حيث جاء في المادة 3 منه "يراد بمصطلح رسالة البيانات المعلومات التي يتم إنتاجها أو إرسالها أو استلامها بوسائل الكترونية وفي ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل بيانات الالكترونية" أو البريد الالكتروني".²

¹ د. أحمد هندی، مرجع سابق، ص 22.

² القانون النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية، 2001.

2- القانون النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية: أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها المرقم (56-80) في 2001/12/12 القانون النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية، الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، ورد في ديباجة أن الجمعية العامة للأمم المتحدة توصي بأن تولي ما تقوم بسن وقوانينها أو تقيحها وذلك بالنظر إلى توحيد القوانين الواجب التطبيق على يد بدائل الأشكال الورقية للاتصال وتخزين المعلومات وتوثيقها، فقد جاء م (2-ج) منه: "رسالة البيانات بأنها تعني معلومات يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها" بوسائل الكترونية أو ضوئية بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر التبادل الالكتروني في البيانات أو البريد الالكتروني أو التلكس.¹

3- المحكمة الجنائية الدولية: أجازت المحكمة الجنائية الدولية بموجب م 68 فقرة ثانية من نظام روما الأساسي م 2/28 واستثناء من مبدأ علنية الجلسات المنصوص عليها في م 47 تقوم المحكمة بحماية المحني عليه الشهود والمتهم بإجراء أي جزء من المحاكمة في جلسات سرية أو السماح بتقديم الأدلة بوسائل الكترونية خاصة.

ثانيا: الوسائل التقنية لتقاضي الالكتروني:

1-البريد الالكتروني: يعد البريد الالكتروني من أهم الوسائل الحديثة التي تستخدم في التقاضي الالكتروني من أهم، وهو عبارة عن خط مقترح على كل أنحاء العالم يستطيع الفرد من خلاله إرسال واستقبال كل ما يريد من رسائل بالكتابة أو الصوت أو الصورة بإضافة ل.... العديد من الخيارات المتعلقة بهذه المراسلات كإمكانية حفظها أو تحريرها وطباعتها، وغير ذلك تلك الرسائل التي تستخدم في مجال التقاضي الالكتروني بتلقي وإرسال التبليغات القضائية، الأحكام، ملفات الدعاوى، العرائض، التي يمكن أن يرسلها الأطراف إلى محاميهم.²

2-التقاضي بواسطته التبادل الالكتروني للبيانات: أدركت العيد من المؤسسات التي تعمل في مجال المعاملات الالكترونية في منتصف التسعينيات من القرن العشرين، أنه لا بد من وجود وسيلة تساعد على تشريع نقل البيانات والمعلومات وتقليص الاستخدام المفرط للورق وتخفيض النفقات الباهظة للاتصالات وقد سهى هذا المعيار بنظام تبادل البيانات الكترونيا والذي يعني مجموعة من المعايير المستخدمة في

¹ د. أحمد هندی، مرجع سابق ص 29.

² د. يوسف سيد عوض، خصوصيات القضاء عبر الوسائل الالكترونية، لسانة دكتوراه عين شمس، 2012، ص 218-219.

تبادل معلومات المعاملات الإلكترونية بين أجهزة الكمبيوتر، فقد عرف قانون الأونسترال النموذجي التجارة الإلكترونية الفقرة الثانية من المادة تبادل البيانات الإلكترونية بأنه "تقل المعلومات الكترونيا من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات".

كما عرف نظام التبادل الإلكتروني لبيانات أيضا بأنه إرسال بيانات المعاملات التجارية والإدارية من جهاز كمبيوتر إلى آخر باستعمال نموذج معد سلفا لنقل تلك المعلومات.¹

ثالثا: الوسائل التأهيلية في التقاضي الإلكتروني

يتوجب لتطبيق إجراءات التقاضي الإلكتروني من خلال الهيئة القضائية الافتراضية وجود ثلاث وسائل تأهيلية أساسية تتمثل فيما يلي:

1-قضاة متخصصون في مجال القضاء الإلكتروني: ويصطلح على تسميتهم بقضاة المعلومات، وهم مجموعة متخصصة من القضاة النظامين، يباشرون المحاكمات من خلال موقع كل منهم لدى المحكمة الإلكترونية والتي لها موقع الكتروني على الأنترنت فضمن نظام قضائي يمكن أن نطلق عليه دائرة المعلوماتية القضائية²، ويباشرون هؤلاء القضاة تطبيق إجراءات التقاضي الإلكتروني، وتدوينها في ملف الدعوى الإلكترونية ويتحقق هذا من خلال دورات مكثفة في علوم الحاسوب وبرامج المواقع الإلكترونية.

2-كتاب ضبط المواقع الإلكترونية: إلى جانب القضاة نجد موظفين آخرين يمثلون في مجموعة من الحقوقيين والمتخصصون أيضا بتقنيات والبرمجيات وتصميم وإدارة المواقع الإلكترونية ويمارسون مهام في العمل القضائي نذكر منها:

- تسجيل الدعاوى وإرسالها مع ما تتضمنه من أدلة الإثبات
- تجهيز جداول مواعيد الجلسات
- استقاء الرسوم الكترونيا بإحدى وسائل الإلكتروني
- الاتصال بأطراف الدعوى وتبليغهم بالحضور في مواعيد انعقاد الجلسات
- متابعة الدعاوى وعرض الجلسات.

¹ د. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 145.

² د. حازم محمد الشرعة، مرجع سابق، ص 62.

3- المحامي المعلوماتي: إن مصطلح المحامي المعلوماتي يطلق على المحامي الذي تحقق له تسجيل الدعوى والترافع في المحكمة الإلكترونية، حيث يستلزم المر معرفة علوم الحاسوب ونظم الاتصال، وتصميم البرامج والواقع الإلكترونية، مع ضرورة وجود الأجهزة والمعدات الحاسوبية المرتبطة ببكة الاتصالات الدولية، من خلال مزود الخدمة في مكان المحامين الخاصة لتمكنهم من أداء واجباتهم بكل الذي يؤدي فيه المحامي رسالة القضاء بشفافية وبمهنية.¹

المحور الثالث: آلية التقاضي الإلكتروني في الجزائر والدول المقارنة

تعرض في هذا المحور لتجارب الدول المختلفة وما فعلته في سبيل تبسيط الإجراءات وسرعة الفصل في الدعاوى وعلى هذا الأساس سوف تقسم هذا المحور إلى:

أولاً: تطبيقات التقاضي الإلكتروني في الأنظمة القضائية الأجنبية

سوف نتطرق في هذه الدراسة إلى التجارب الناجحة والتميزة للدول الأجنبية في التقاضي الإلكتروني كما في الو.م.أ البرازيل.

1- الولايات المتحدة الأمريكية: لقد كرس قانون المرافعات الأمريكي الاستفادة من الوسائل الإلكترونية الحديثة في الإجراءات المتبعة أمام المحاكم وسائر المستندات الحديثة، ولم يتعرض القانون الفدرالي، للإعلان الإلكتروني من خلال البريد الإلكتروني لاستخدام الوسائل الحديثة في تيسير إجراءات التقاضي كسداد الرسوم والمصروفات الكترونياً وإيداع الملفات وتبادل المستندات الكترونياً فنجد كل ولاية تختلف في تنظيمها لإجراءات التقاضي الإلكتروني عن غيرها من الولايات، لكنهم يتفقون جميعاً على الأخذ بالوسائل الإلكترونية في التقاضي وبعضها يتوسع في هذا النظام ويجعله شاملاً لإيداع الملف الكترونياً وتخزينه وحفظه الكترونياً والاطلاع عليه عبر موقع المحكمة والتبادل المعلوماتي.²

2- البرازيل: يقوم النموذج البرازيلي في تطبيق التقاضي الإلكتروني على استخدام برنامج حاسوبي تعتمد على الذكاء الاصطناعي يسمى بالتقاضي الإلكتروني يوجد هذا البرنامج على جهاز حاسوب محمول

¹ د. محمد ألفي، المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمألوف، مؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس للإدارة العامة الجديدة والحكومة الإلكترونية، دبي، دولة الإمارات المتحدة، 2007، ص 19.

² د. أحمد هندی، المرجع سابق، ص 52.

يحملة قاض متجول الهدف منه سرعة المساعدة في تقييم شهادة وتدقيق الأدلة بطريقة علمية في مكان وقوع الجريمة، ويعد هذا البرنامج جزءا من خطة يطلق عليها (العدالة على عجلات).

3- بلجيكا: أجاز القانون البلجيكي الإعلان الإلكتروني وهو أهم وسائل التقاضي الإلكتروني، وإن كان اشترط لذلك قبول الخصم وإيداعه لعنوانه الإلكتروني في إدارة المحكمة، ونظم إنشاء وصلاحيات وتخزين العناوين الفضائية الإلكترونية، كما يلاحظ إن الإعلان عبر العنوان القضائي الإلكتروني يتم بإشراف المحضرين، وأنه لضمان إرسال الأوراق القضائية بالرسائل الإلكترونية، يجب على المرسل إخطار المحضر بأنه أرسل الورقة القضائية إلى المرسل إليه، وهذه جمعا ضمانات لدقة الإعلان الإلكتروني وسلامته.¹

4- إسبانيا: استخدام المشرع الإسباني تقنية الاتصال الإلكتروني والبريد الإلكتروني الطعون وتقديم الأوراق القضائية إلى المحكمة من الخصوم أو لإعلان الخصوم بقرارات وأحكام المحاكم ابتداء من سنة 204 والحفاظ الإلكتروني لهذه الملفات مع إمكانية الخصوم الاطلاع على موقع المحكمة والإعلان الإلكتروني، والإثبات الإلكتروني وذلك في إجراءات التقاضي المدنية والجنائية سواء في رفع الدعاوى وتقديم الأوراق من الخصوم إلى المحكمة الطعون.²

ثانيا: تطبيقات التقاضي الإلكتروني في الأنظمة القضائية العربية

ما تزال الدول العربية في بداية الطريق مع التقاضي الإلكتروني وإن معظمها يخطو خطوات بطيئة ومتعثرة في هذا المجال والسبب في ذلك يرجع إلى الخوف من عواقب هذه التقنية الحديثة أو عدم قبول أعضاء السلطة القضائية بفعالية هذه الخدمات أو قلة الكفاءات الملمة ببرامج الحاسوب الدالي لأجهزة القضائية لتلك الدول، وسوف نتطرق في هذه الدراسة إلى أكثر دولتين طورت إجراءات التقاضي الإلكتروني لديهما هما دولة الإمارات العربية المتحدة والمملكة العربية السعودية إلا أنه من الضروري أن نخرج ابتداء على تجارب الدول العربية وهي كالآتي

¹ د. حسين إبراهيم خليل، الإعلام القضائي عن طريق البريد الإلكتروني بين النظرية والتطبيق، 2014، ص 67-69.
² محمد سعيد عبد الرحمن، تسيير إجراءات التقاضي في المواد المدنية والتجارية والمواد الأحوال الشخصية مستلزماته ومظاهره، 2013، ص 137-138.

1- الإمارات العربية المتحدة: مع بداية عام 2013 بداية الإمارات حملة تحت شعار المحكمة الذكية، خصصت لها مليارات الدولارات تقوم على محاور أربعة رئيسية تتمثل في نظام القاضي الذكي، نظام المحامي الذكي النظام التسجيل الذكي، نظام كاتب العدل، بإضافة إلى نظام الدفع الذكي.

أما في إمارة دبي تم وضع نظام الكتروني لنيابة العامة فلمقدم الشكوى أن يسجل شكواه من خلال موقع النيابة العامة على شبكة الانترنت ويتم إشعاره بطريقة الكترونية تسهلا واختصارا للوقت عن طريق البريد الالكتروني والفاكس والرسائل القصيرة وتصنيف لكل القضايا المنظورة.¹

2- المملكة العربية السعودية: تعتبر محكمة جدة أو محكمة في المملكة العربية السعودية تعمل بنظام التقاضي الالكتروني باستخدام النظام الشامل ابتداء من تسجيل الدعوى القضائية وإجراء التبليغ الالكتروني وانتهاء بإصدار الحكم القضائي وتقوم المحكمة واستلام عريضة الدعوى من خلال دخول المدعي إلى موقع المحكمة لتسجيلها الكترونيا ثم تتابع سير إجراءات التقاضي في المحكمة الكترونيا وتنتهي بإصدار الحكم في آخر جلسة وفي مجال القضاء الإداري فقد تم إطلاق البوابة الالكترونية لديوان المظالم التي تقدم مجموعة من الخدمات الالكترونية والتي منها نافذة المعرفة وهي عبارة عن قاعدة البيانات تحتوي على الأنظمة واللوائح والقرارات المنظورة والاستفادة منها أثناء الترافع الالكتروني وربطها بالسوابق القضائية والمبادئ التي استقر عليها قضاء الديوان.

3- المغرب: أنشأت وزارة العدل المغربية موقعها الالكتروني www.justice.gov.mo ويتضمن ثلاث بوابات، بوابة التقاضي الالكتروني ويمكن من خلالها الولوج إلى التنظيم القضائي في المغرب والتعرف إليه والدخول إلى موقع اي محكمة في مدينة مغربية والتعرف على معلومات خاصة بها، كما يمكن الحصول على خدمات الكترونية قانونية كالاطلاع على معلومات تخص ملفا معيننا والاطلاع على جدول الجلسات حسب التاريخ المحدد، وكذلك الاطلاع على لائحة القضاء ولائحة الخبراء، فإن هذا الموقع يوفر للمتقاضين والمحامين الحصول على المعلومات المطلوبة في أقل وقت ممكن طيلة أيام الأسبوع وفي أي منطقة في العالم غير شبكة الانترنت.

¹ د. يوسف سيد عوض، خصوصية القضاء عبر الوسائل الالكترونية، رسالة دكتوراه، عين شمس، 2012، ص 218-219.

ثالثا: الأساس القانوني للتقاضي الالكتروني في الجزائر

بالرجوع إلى المنظومة التشريعية الداخلية للجزائر نجد جملة من القوانين التي تطرقت إلى فكرة عصرنة المرافق العمومية، وخاصة الموافق السيادية لدولة وذلك باستعمال عمل تقنيات تكنولوجيا الإعلام أو الاتصال الحديثة وفي السياق تم إصدار ترسانة من القوانين تضمن على الخصوص.

قانون 03-15 المؤرخ في 01 فيفري 2015 والمتعلق بعصرنة العدالة.

قانون 02-15 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.¹

قانون 04-15 المؤرخ في 1 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقع والتصديق الالكتروني

قانون 03-16 المؤرخ في 19 جوان 2019 المتعلق بالبصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص.

تلاها إنشاء عدة أجهزة وهيكل تتمثل على الخصوص في المركز الوطني للأنظمة المعلوماتية لوزارة العدل، و النظام الآلي لاستخدام آليات المحادثة المرئية عن بعد.

1- المحاكمة عن بعد كألية لتطبيق التقاضي الالكتروني في الجزائر

أدى التطور في خدمة العدالة الجزائرية إلى ظهور ما يسمى بالجلسات الالكترونية، فبصدور القانون رقم 03-15 والمتعلق بعصرنة العدالة، تعد خطوة إيجابية للجزائر مقارنة بالدول العربية الأخرى التي لا تزال رهينة للوسائل التقليدية عملية التقاضي، ولقد احتوى هذا القانون على 16 مادة حيث تطرق إلى فكرة التقاضي الالكتروني وفي على النحو التالي:

- وضع منظومة معلوماتية مركزية لوزارة العدل
- إرسال الوثائق والمحركات القضائية بطريقة الكترونية
- استعمال تقنية المحادثات المرئية عن بعد في الإجراءات القضائية.

¹الأمر رقم 02-15 المتضمن الإجراءات الجزائية، المعدل المتمم بالأمر 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 23 جويلية 2015، العدد 40، ص 28.

2- شروط اللجوء إلى هذا الإجراء :

- إذا استدعى ذلك حسن سير العدالة وهو معيار شاسع حيث يقتضي حسن سير العدالة عدم تحويل المحبوس من مؤسسة عقابية إلى مؤسسة عقابية أخرى لمثوله أمام المحكمة نظر لتكاليف وتطوره التنقل.
 - موافقة النيابة العامة والمتهم المحبوس في حالة المحاكمة عن بعد.
 - إن تسجيل التصريحات على دعامة تضمن سلامتها وأن تترق بملف الإجراءات.
 - ضمان سرية الإرسال وأمانته.
 - إن تدون التصريحات كاملة حرفية على محضر بوقعه القاضي المكلف بالملف وأمين الضبط.
- وهنا تجدر الإشارة إلا أنه وبالرغم من توافر دواعي اللجوء إلى هذه التقنية فإن الأمر يظل مرتبطا بالسلطة التقديرية للقاضي إن شاء لجا إليها وإن أبا استعمال الوسائل وإجراءات التقليدية.
- فنجذ م 9 من ق 03/15 والمتعلق بعصرنة العدالة نصت بتصريح العبارة أن الجزائر اعتمدت فعليا على فكرة التقاضي الإلكتروني من خلال التبليغ وإرسال المحررات القضائية بالطريق الإلكتروني.¹
- م. 14 من نصت على إذا استدعى بعهد المسافة أو تطلب ذلك حسن سير العدالة يمكن استجواب وسماع الأطراف عن طريق المحادثة المرئية عن بعد.
- أما أحكام المادة 15 فقد حددت نطاق استخدام هذه التقنية حيث جاء فيها يمكن لقاضي التحقيق أن يستعمل المحادثة عن بعد في استجواب وسماع شخص وفي إجراء مواجهات بين عدة اشخاص يمكن لجبهة الحكم أيضا أن تستعمل المحادثة المرئية عن بعد لسماع الشهود والأطراف المدنية والخبراء ويمكن جبهة الحكم أن تنظر في قضايا الجنج أن تلجا إلى نفس الآلية لتلقي التصريحات متهم محبوس إذ وافق المعني والنيابة العامة.
- وأخير المادة 16 والتي حددت مكان إجراء التقاضي الإلكتروني ووردت على النحو التالي من مكان إقامة الشخص المطلوب تلقي بخاتمة حضور وكيل الجمهورية المختص إقليميا وأمين الضبط.

¹ المادة 9 من قانون 03-15 الصادرة بتاريخ 10 فيفري 2015 المتعلق بعصرنة قطاع العدالة.

كما نجد أن الأمر رقم 15-02 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية في فصل السادس في حماية الشهود والخبراء والقضايا من الباب الثاني في التحقيقات تحت عنوان مباشرة الدعوى العمومية وإجراء التحقيق، حيث نص 65 مكرر 27، يجوز بجهة الحكم تلقائيا أو يطلب من الأطراف، سماع الشاهد مخفي الهوية عن طريق وضع وسائل تقنية تسمح بكتمان هويته، بما في ذلك السماع عن طريق المحادثة المرئية عن بعد واستعمال الأساليب التي لا تسمح بمعرفة الشخص وصوته".
وعليه نلاحظ أن المشرع الجزائري أحدث نقلة نوعية، من خلال تبنيه لفكرة التقاضي الإلكتروني في منظومته القانونية.

3- بعض تطبيقات التقاضي الإلكتروني في الجزائر

بلغ عدد المحاكمات المرئية خلال السنة الأولى من انطلاقة 153 محاكمة.
وتم استخدام هذه التقنية في ربط المحاضرات الملقاة من المحكمة العليا ومجلس الدولة بباقي المجالس والمحاكم القضائية وكذا في اللقاءات الدورية بين رؤساء المجالس والغرف والنواب العامون.
وعقدت أول محاكمة عن بعد (دولية) بتاريخ 11 يوليو 2016 بين مجلس قضاء المسيلة ومجلس نانثير بفرنسا.¹

الخاتمة:

تهدف سلسلة الاصطلاحات العميقة التي شهدتها قطاع العدالة إلى الاستغلال الأمثل لتكنولوجيات الإعلام والاتصال وتتمثل الأهداف الأساسية لها في بسط الإجراءات وتقريب العدالة من المواطن والاستغناء عن الدعائم الورقية واستبدالها بالوسائل الإلكترونية وكذا ربح الوقت وترشيد النفقات والاستغناء من خلال تطبيق آلية التقاضي الإلكتروني الذي احتل مكانة مرموقة في التطوير القضائي وكان محل دراستنا في هذا البحث والذي أسفر على العديد من النتائج وتمخض عنها مجموعة من الافتراضات.

¹<http://www.pocketlaurs.blogspot.com>

أولاً: النتائج

- إن مصطلح التقاضي الإلكتروني يعد من المصطلحات والمفاهيم الحديثة حيث أنه لم يظهر إلا قبل سنوات بعد انتشار مصطلح الحكومة الإلكترونية وهو عبارة تنظيم تقني لمعلوماتي ثنائي الوجود بين شبكة الربط الدولية بإضافة إلى مبنى الجهاز القضائي المعنى.

- يتميز التقاضي الإلكتروني بعدة خصائص، وهو إحلال الوثائق الإلكترونية محل الوثائق الورقية. ويتم إرسال المستندات والعروض والوثائق عبر شبكة الاتصال، واستخدام الوسيط الإلكتروني لتنفيذ إجراءات التقاضي وحلول وسائل الدفع الإلكتروني محل الدفع النقدي العادي، وإثبات إجراءات التقاضي الإلكتروني عبر المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني. إن التقاضي الإلكتروني يتطلب جملة من الوسائل منها:

- القانونية: سواء كانت المنظومة الدولية الإقليمية، الداخلية على حد سواء.
- تقنية: وهي لا تقل أهمية عن الأولى وتتمثل في شبكة الانترنت ودعائمها.
- وسائل تأهيلية، تتمثل في الطاقم البشري الافتراضي القضاة والمحامون، كتاب الضبط إلى جانب الأكفاء في عالم المعلوماتية مثل مهندسين وتقنيين.
- حضت آلية التقاضي الإلكتروني باهتمام الأنظمة القضائية لمختلف التشريعات الأجنبية والعربية.
- تطبيق هذه التقنية جاءت بخطى متناقلة على الرغم من أنها نقلة نوعية في العالم العربي تستند إلى أسس قانونية دولية ووطنية.

ثانياً: الاقتراحات

- من أجل تطبيق التقاضي الإلكتروني والنهوض بمجال القضاء لابد من قيام إصلاح تشريعي يمثل النواة الأولى لمواكبة التطور العلمي والتكنولوجي.
- دراسة التجارب السابقة للدول التي طبقت نظام التقاضي الإلكتروني ونأخذ بما أنتجته هذه الدول من تطبيقاتها لهذا النظام بطريقة تدريجية وعلمية مع توفير عوامل الأمان الفنية والقانونية.

- إصلاح المنظومة التشريعية وتوحيدها إذ نجد نوعا من الإجحاف في التقنين الجزائري، إذ تضمن القانون 03-15 ستة عشر مادة فقط، ولم يحدث تعديلا على قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كإدخال فصل كامل حول التقاضي الإلكتروني.
- العمل على إجراء دورات تدريبية دورية في مجال القضاء الإلكتروني لكل العاملين في مجال القضاء من قضاة، محامين، أمناء ضبط، فنيين لمواكبة أي تطور في مجال التقنية العلمية وتحقيق حماية أكبر لدعاوى إلكترونية من خطر الاختراق الواقعة في مجال التقاضي الإلكتروني لتحقيق حماية جنائية أكبر .

قائمة المراجع:

1. د. خالد ممدوح، التقاضي الإلكتروني، الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
2. د. حازم محمد الشرعة، التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، دار الثقافة، الأردن.
3. د. أحمد هندي، التقاضي الإلكتروني، استعمال الوسائل الإلكترونية في التقاضي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2014.
4. د. أسعد فاضل منديل، التقاضي عن بعد، دراسة قانونية، كلية القانون، جامعة القادسية، العراق، 2014.
5. د. عصماني ليلي، نظام التقاضي الإلكتروني، آليه لإنجاح الخطط التنموية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، مجلة المفكر، عدد ثالث عشر، فيفري 2016-2017.
- 6- د. أحمد نايل نبيل عمر، الحماية الجنائية للمحل الإلكتروني، في الجرائم المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة، 2012
- 7- د. محمد عصام الترساوي، تداول الدعوى القضائية أمام المحاكم الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- 8- سياتر محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
- 9- يوسف سيد عوض، خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، رسالة دكتوراه، عين شمس، 2012.
- 10- عبد الهادي فوزي عوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني..
- 11- محمد الألفي، المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول، مؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس، الإدارة العامة الجديدة والحكومة الإلكترونية، دبي، دولة الإمارات المتحدة، 9-12 ديسمبر 2007.
- 12- حسين إبراهيم خليل، الإعلان القضائي عن طريق البريد الإلكتروني في النظرية والتطبيق، 2014.
- 13- محمد سعيد عبد الرحمان، تسيير إجراءات التقاضي في المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية "مستلزماته ومظاهره"، 2013.
- 14- يوسف سيد عوض، خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، رسالة دكتوراه، عين شمس، 2012.

ترجمان نسيم، تحت إشراف الدكتور. مداح حاج علي، مقال بعنوان: " آلية التقاضي الالكتروني في البيئة الرقمية"

- 15- الأمر رقم 02/15 والمتضمن الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالأمر 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادرة بتاريخ 23 جويلية 2015، العدد 40.
- 16- القانون رقم 03-15 المتعلق بعصنة العدالة، المؤرخ في أول نوفمبر 2015، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر بتاريخ 10 فيفري 2015، عدد 06.
- 17- م 9 من ق 03-15 الصادر بتاريخ 10 فيفري والمتعلق .عصنة قطاع العدالة.
- 18- د. يزيد بوحليط، الجرائم الالكترونية والوقاية منها في القانون الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019.
- 19- عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، ط1، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، 2007.
- 20- د. أرشف عبد القادر قنديل، الإثبات الجنائي في الجريمة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.

عقوبة جريمة شُرْب الخمر في قانون العقوبات المصري والجزائري؛ دراسة تقييمية في ضوء الشريعة الإسلامية

Penalty of Alcohol-Drinking Offence according to the Egyptian and Algerian Penal Law, an Evaluative Study from an Islamic viewpoint

د. محمد جبر السيد عبد الله جميل (*)

تاريخ قبول المقال: 2019/07/24

تاريخ إرسال المقال: 2019/03/03

ملخص

استهدفت الدراسة الحالية تقييم عقوبة جريمة شُرْب الخمر في قانون العقوبات المصري والجزائري في ضوء ما قرره الشريعة الإسلامية في هذا الخصوص. واستندت الدراسة إلى المنهج الوصفي. واعتمدت في إطار ذلك على الأسلوب التقييمي. وتمثلت أداة الدراسة في مسح الأدبيات المتعلقة بموضوع الدراسة. وأسفرت الدراسة عن العديد من النتائج أهمها: أنَّ الشريعة الإسلامية أوجبت عقوبة الجلد على من ارتكب جريمة الشرب واستوفى شروطها الحدية- أنَّ العقوبة المقررة - لجريمة الشرب - في قانون العقوبات المصري هي عقوبتي الحبس والغرامة المالية، وهذه العقوبات تخالف ما تقرره الشريعة الإسلامية فيمن ارتكب جريمة الشرب واستوفى شروط إقامتها الحدية- أن العقوبة المقررة - لجريمة الشرب - في قانون العقوبات الجزائري هي عقوبتي الحبس والغرامة المالية، وهذه العقوبات تخالف أيضا ما تقرره الشريعة الإسلامية فيمن ارتكب جريمة الشرب واستوفى شروط إقامتها الحدية. وأوصت الدراسة المُنَّين الجنائي المصري والجزائري إلى ضرورة التدخل لرفع العقوبة المقررة لجريمة الشرب إلى

(*) د. محمد جبر السيد عبد الله جميل- أستاذ القضاء والسياسة الشرعية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، فرع القاهرة.

Dr. Muhammad Gabr Al-Said Abdu-Allah Gameel, Assistant Professor at Dept. of Islamic Jurisprudence & Islamic Jurisprudence Foundations, Faculty of Islamic Sciences, Al-Madinah International University, Cairo, Egypt , Email: muhammad.gabr@mediu

عقوبة الجلد فيمن ثبتت بحقه جريمة الشرب واستوفى شروط إقامتها الحدية وذلك بما يتفق مع ما أوجبه الشريعة الإسلامية في هذا الخصوص.

الكلمات المفتاحية: عقوبة جريمة شرب الخمر، الشريعة الإسلامية، قانون العقوبات.

Abstract

The study aimed at evaluating the penalty of alcohol-drinking offence according to Egyptian and Algerian Criminal law in the light of Islamic Law (Shari'a). The study used the descriptive methodology to reach the targets in question. To gather the required data, a review of literature was administered. The study came to the conclusions that: first, Islamic Law (Shari'a) imposes the whipping penalty for alcohol-drinking crime; second, the Egyptian and Algerian Criminal law impose imprisonment and fine penalty for the convicted of alcohol-drinking offence and this contradicts with what Islamic Law (Shari'a) necessitates. The study recommended that the Egyptian and the Algerian Criminal law ought to adopt the whipping penalty for alcohol-drinking crime in response to what Islamic Law (Shari'a) requires.

Keywords: penalty of alcohol-drinking offence, Islamic Law (Shari'a), penal law.

مقدمة

إن الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده، ورسوله.

(يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون)⁽¹⁾.

(يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء، واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام، إن الله كان عليكم رقيبا)⁽²⁾.

(يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديدا يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزا عظيما)⁽³⁾.

أما بعد⁽⁴⁾:

فقد شددت الشريعة الإسلامية على حفظ العقل. فحرمت كل ما من شأنه أن يُسكر العقل. قال تعالى: (يا أيها الذين آمنوا إنَّما الخمرُ والمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ

لَعَلَّكُمْ تَقْلِحُونَ * إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ⁽⁵⁾ قال القرطبي - رحمه الله- في معرض تفسيره لهذه الآيات: " قوله تعالى: (فاجتنبوه)؛ يريدُ أبعدهُ وأجعلوه ناهيةً، فأمر تعالى باجتتاب هذه الأمور، واقتربت بصيغة الأمر مع نصوص الأحاديث وإجماع الأمة، فحصل الاجتتاب في جهة التحريم، فهذا حرمت الخمر. ولا خلاف بين علماء المسلمين أن سورة المائدة نزلت بتحريم الخمر، وهي مدنية من آخر ما نزل⁽⁶⁾. وأخرج مسلم في صحيحه عن عبد الله بن عمر أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: " كلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ، وكلُّ مُسْكِرٍ حرامٌ " (7).

ولم يقتصر الأمر عند تحريم المُسكرات، بل وأمرت الشريعة بعقاب من يتعاطى المسكرات. بل إنها زادت في عنايتها بهذا الأمر بأنَّ قَدَّرت لهذه الجريمة عقوبة محددة هي حد الخمر⁽⁸⁾، ولم تترك للبشر تقدير هذه العقوبة والتلاعب بها وفقاً للأهواء.

والناظر إلى تشريعات بعض البلدان الإسلامية، يلاحظ أنها قد تجاهلت - عن قصد أو عن غير قصد - ما افترضته الشريعة الغراء من عقوبة مقدرة لجريمة الشرب. وذهبت تحذو تحذو التشريعات الوضعية في البلدان الكافرة. فراحت تقترض عقوبات لهذه الجريمة؛ عقوبات ما أنزل الله بها من سلطان، بزعم الحداثة تارة، وبزعم الرأفة بالجاني تارة أخرى.

إلا أنَّ الواقع يفيد هذين الزعمين، فالحداثة المزعومة أثبتت أنها ارتكاسة في سلم النهوض الحضاري، كما أنَّ الرأفة المزعومة برهنت أنها أعلى درجات القسوة؛ قسوة بالجاني لأنها تعزز من انحداره إلى نرك الرذيلة وقسوة بالمجتمع لأنها لا تحميه من غائلة هذا الطغيان الفردي الذي ينهش في أوصاله، ويكاد يعصف به من جذوره.

ولقد ثار التساؤل بشأن مدى اعتناء التشريعين المصري والجزائري بعقوبة هذه الجريمة ومدى مراعاة ذلك لما أقرته الشريعة الإسلامية في هذا الخصوص. وتحاول الدراسة الحالية التصدي لهذا التساؤل في السطور الآتية.

مشكلة الدراسة

يمكن تلخيص مشكلة الدراسة في التساؤل الرئيس الآتي: ما مدى اعتناء التشريعين المصري والجزائري بعقوبة جريمة شرب الخمر في ضوء ما أقرته الشريعة الإسلامية؟

وينتفع عن هذا التساؤل التساؤلات الفرعية الآتية:

- 1- ما عقوبة جريمة شُرْب الخمر في الشريعة الإسلامية؟
- 2- ما عقوبة جريمة شُرْب الخمر في قانون العقوبات المصري؟
- 3- ما عقوبة جريمة شُرْب الخمر في قانون العقوبات الجزائري؟

أهداف الدراسة

بناء على التساؤلات السابقة يمكن تحديد أهداف الدراسة كالآتي:

- 1- بيان عقوبة جريمة شرب الخمر في الشريعة الإسلامية.
- 2- بيان عقوبة جريمة شرب الخمر في قانون العقوبات المصري.
- 3- بيان عقوبة جريمة شرب الخمر في قانون العقوبات الجزائري.

أهمية الدراسة

تتمثل أهمية الدراسة في جانبين هما:

الجانب الأول: الأهمية النظرية: تتجلى الأهمية النظرية للدراسة في أنها تحاول استكمال الجهود العلمية التي انصبحت على مجال الحماية الجنائية للعقل في محاولة لإثراء ما كتب في هذا الخصوص.

الجانب الثاني: الأهمية التطبيقية: تتجلى الأهمية التطبيقية للدراسة في أنها تسهم في تبصير السلطة التشريعية في مصر والجزائر بضرورة صياغة مواد عقابية لجريمة الشرب تراعي ما قرره الشريعة الإسلامية في هذا الخصوص.

منهج الدراسة

تستند الدراسة إلي المنهج الوصفي. وتستند في إطار ذلك إلى الأسلوب التقويمي؛ حيث يجري تقييم عقوبة جريمة الشرب في قانون العقوبات المصري والجزائري في ضوء ما قرره الشريعة الإسلامية في هذا الخصوص.

إجراءات الدراسة

تحدد إجراءات الدراسة في الآتي:

- جمع المادة العلمية المتعلقة بموضوع الدراسة.

- عزو الآيات القرآنية
- تخريج الأحاديث النبوية والآثار الواردة في الدراسة.
- توثيق النقول من أقوال العلماء من مصادرها الأصلية وإلا فعزوها إلى المصادر الثانوية إن تعذر ذلك.
- توضيح الألفاظ المبهمة.
- إلحاق فهرس للمراجع.

حدود الدراسة

تتمثل الحدود الموضوعية للدراسة الحالية في أنها تقتصر على تقييم عقوبة جريمة الشرب في قانون العقوبات المصري والجزائري في ضوء ما قرره الشريعة الإسلامية.

مصطلحات الدراسة

أولاً: مفهوم الجريمة:

الجريمة في اللغة: من " الجُرم وهو التعدي، والجرم: الذنب والجمع أجرام، وجُرُوم. وتَجَرَّمَ على فلان، أي: ادعى على ذنباً لم أفعله. والمُجْرِم: المُذْنِب. وقيل في قوله تعالى: ﴿لَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ ٓأَلَّا تَعْدِلُوا﴾⁽⁹⁾ لا يُدْخِلَنَّكُمْ فِي الجُرْمِ".⁽¹⁰⁾ إذن فالجريمة في اللغة بمعنى الذنب أو المخالفة على وجه العموم. وتعرّف الجريمة في الاصطلاح القانوني بأنها: " سلوك إرادي يحظره القانون ويقرر لفاعله جزاءً جنائياً"⁽¹¹⁾.

من ذلك يتضح أن التعريف الاصطلاحي للجريمة يتفق مع التعريف اللغوي في أن الجريمة تعد سلوكاً محظوراً، إلا أن مفهوم الجريمة في اللغة أعم منه في القانون. فكل ذنب يعد جُرمًا في اللغة سواء اعتبره القانون كذلك أو لا. على حين أنّ التعريف القانوني يقصر مفهوم الجريمة على كل سلوك مخالف للقانون فحسب.

ثانياً: مفهوم الخمر:

مفهوم الخمر في اللغة:

الخمر لغة: التغطية والستر. والخمر ما حَمَرَ العَقل وهو المُسْكِرُ من الشَّرَاب. سُمِّيَتْ خمرًا لأنها تُحْمَرُ العَقل وتَسْتُرُهُ أو لأنها تُخَامِرُ العَقل؛ أي: تخالطه. والتخمير: التغطية، والمخامرة: المخالطة. وهي خَمْرَةٌ وخَمْرٌ وخُمُورٌ⁽¹²⁾.

مفهوم الخمر في الفقه الإسلامي:

عرّف الفقهاء الخمر بأنها: " اسمٌ لكل مُسكرٍ"⁽¹³⁾؛ سواءً أكان ذلك المُسكر شراباً أو غير شراب، وسواءً أكان ذلك الشراب المعهود؛ أي: الشراب المطبوخ من عصير العنب أو الرّبيب أو التمر أو الحِنطة أو الدُّرة أو الشّعير أو غير ذلك من أشربة⁽¹⁴⁾. وقد استند الفقهاء في تعريفهم للخمر إلى الحديث الذي أخرجه مسلم في صحيحه عن عبد الله بن عمر أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: " كلُّ مُسكرٍ خَمْرٌ، وكلُّ مُسكرٍ حرامٌ"⁽¹⁵⁾. قال النووي - رحمه الله -: " الله تعالى نَبَّهَ على أنَّ علة تحريم الخمر كونها تَصَدُّ عن ذكر الله وعن الصلاة، وهذه العلة موجودة في جميع المُسكرات، فوجب طُرْد الحكم في الجميع ... ويكون التحريم للجنس المُسكر"⁽¹⁶⁾.

مفهوم الخمر في القانون:

عرّفت المادة (1) من قانون حظر شرب الخمر رقم (63) لسنة (1976) الخمر بقولها: " تعتبر خمورا في تطبيق أحكام هذا القانون المشروبات الروحية والكحولية والخمور المبيّنة بالجدول الملحق بهذا القانون، ويجوز بقرار من وزير الداخلية إضافة أنواع أخرى للجدول المذكور". وبينت المادة (12) من هذا القانون جدول المشروبات الروحية والكحولية والخمور وهي كما أوردها الجدول كالاتي:

أولاً: المشروبات الكحولية الطبيعية المُقطّرة: براندي بأنواعه - روم بأنواعه - زبيب شراب بأنواعه.

ثانياً: المشروبات الكحولية المُخمّرة: الأنبذة بأنواعها - البيرة بأنواعها - العزقي بأنواعه - الكينا بأنواعها - البوظة.

ثالثاً: مشروبات كحولية مُقطّرة: الويسكي بأنواعه - الفودكا بأنواعها - الكونياك بأنواعه - الشمبانيا بأنواعها ".

من ذلك يتضح أن التعريف اللغوي للخمر أعم من التعريفين الشرعي والقانوني. فالخمر في اللغة بمعنى التغطية والستر والتغيب سواءً أكانت هذه التغطية للعقل أو غيره كالوجه مثلا، وسواءً أكان هذا التغيب للعقل بتعاطي المُسكرات أو نحو ذلك كالتغيب الناشئ تحت تأثير الحَقْن المُخدّر أثناء إجراء العمليات الجراحية المختلفة. على حين جاء التعريف الشرعي ليخصص هذا العموم فقصر مفهوم الخمر على كل ما غيّب العقل قليله أو كثيره. بينما جاء التعريف القانوني ليضيف مزيداً من التخصيص لمفهوم الخمر فصّر مفهومها في أنواع الخمر التي حددها القانون.

ويتمايز التعريف الشرعي باحترازه لمفهوم الخمر مقارنة بالتعريف اللغوي الذي أطلق هذا المفهوم ليتسع لكل ما غيب العقل وغيره، وما كان مُسْكِرًا وما كان غير ذلك.

كما يتمايز التعريف الشرعي في تحديده لمفهوم الخمر قياسا إلى التعريف القانوني. فالتعريف الشرعي تعريف جامع مانع؛ فقد جمع في طياته كل ما أسكر؛ سواءً أكان شرابا أو غير شراب، وسواءً أسكر قليله أو كثيره. كما أنه منع كل ما من شأنه أن يؤدي إلى تغييب العقل لا على سبيل الإسكار. على حين أنّ التعريف القانوني جاء تعريفاً غير جامع لأنه لم يُشر إلى كل ما من شأنه الإسكار، وإنما حصر مفهوم الخمر في الأنواع التي ذكرها القانون.

ثالثا: مفهوم العقوبة:

العقوبة لغة: " من عَقَبَ، وَعَقَبَ كل شيء، وَعَقَبَهُ، وعاقبته: آخره. واعْتَقَبَ الرجل خيرا أو شرا بما صنع: كافأه به. والعِقَابُ والمعاقبة أن تجزى الرجل بما فعل سوءا، والاسم العُقُوبَةُ. وعاقبه بذنبه معاقبة وعقابا: أخذه به. وتَعَقَّبَتِ الرجل: إذا أخذته بذنب كان منه. وفي التنزيل العزيز: ﴿ وَإِنْ فَاتَكُمْ شَيْءٌ مِنْ أَرْوَاجِكُمْ إِلَى الْكُفَّارِ فَعَأَقِبْتُمْ ﴾ (17).

أي: أصبتموهم في القتال بالعقوبة حتى غنمتم (18). إذن العقوبة في اللغة هي مجازة المرء عما قام به من مخالفة في حق غيره، سواء كان هذا الغير فردا أم جماعة. والعقوبة في القانون تُعرَّفُ بأنها: " جزاء يقرره المشرع ويوقعه القاضي على من تثبت نسبة الجريمة إليه، ومسئوليته عنها" (19). من هذا التعريف يتضح أن العقوبة في القانون أخص منها في اللغة. فالعقوبة في القانون من اختصاص المشرع دون سواه؛ فهو المعني بتقرير العقوبة تأكيدا لمبدأ شرعية العقوبة. كما أن تطبيق العقوبة من اختصاص القضاء دون سواه، باعتبار أن القضاء هو الحارس الطبيعي للحريات، وأن العقوبة الجنائية مساس بهذه الحريات (20).

وعلى ذلك، فإن المراد بعقوبة جريمة الشرب ذلك الجزاء الذي يقرره المشرع، ويوقعه القاضي على من تثبت نسبة جريمة الشرب إليه، ومسئوليته عنها.

خطة الدراسة

تتألف الدراسة من مقدمة، وثلاثة مطالب، وخاتمة، وفهرس كالاتي:

المقدمة: تتناول مشكلة الدراسة، وأهداف الدراسة، وأهمية الدراسة، ومنهج الدراسة، وإجراءات الدراسة،

وحدود الدراسة، ومصطلحات الدراسة، وخطة الدراسة.

المطلب الأول: يتناول بيانا لعقوبة جريمة شرب الخمر في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: يتناول بيانا لعقوبة جريمة شرب الخمر في قانون العقوبات المصري.

المطلب الثالث: يتناول بيان العقوبة جريمة شرب الخمر في قانون العقوبات الجزائري.

الخاتمة: تتناول نتائج الدراسة، وتوصياتها.

الفهرس: يتضمن قائمة بالمراجع التي استندت إليها الدراسة.

ويجري تفصيل ذلك كالآتي:

المطلب الأول: عقوبة جريمة شرب الخمر في الشريعة الإسلامية

حرّمت الشريعة الإسلامية شرب الخمر. وأمرت بعقاب كل من تسول له نفسه إتيان هذه الجريمة، وقدّرت لها عقوبة محددة هي حد الشُّرب. وقد ثبت حد الشرب بالأدلة من السنة والإجماع على النحو الآتي:

أولاً: السنة:

الدليل الأول: عن أبي هريرة قال، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: " إذا شربَ الخمرَ فاجلدوه، فإن عادَ الرابعة فاقتلوه "(21). قال المرغيناني - رحمه الله - مستدلاً بهذا الحديث: " من شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة أو جاءوا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد، وكذلك إذا أقر وريحها موجودة لأن جنابة الشرب قد ظهرت ولم يتقدم العهد "(22). وقال ابن قدامة - رحمه الله - مستدلاً أيضاً بهذا الحديث: " ثبت أنّ كلّ مُسكرٍ خمرٌ، فيتناول الحديثُ قليله وكثيره ... فوجب الحدُّ بقليله "(23).

الدليل الثاني: عن أنس بن مالك: " أنّ النبي - صلى الله عليه وسلم - أتى برجلٍ قد شربَ الخمرَ، فجَلَدَهُ بجريدتين نحو أربعين"، قال: وَقَعَلَهُ أبو بكرٍ، فلَمَّا كانَ عمرُ استشارَ الناسَ، فقالَ عبد الرحمن: أَخَفْتُ الحدودَ ثمانينَ، " فأمرَ به عمرُ "(24). قال الشوكاني - رحمه الله - في هذا الحديث وغيره من الأحاديث الواردة في باب الخمر: " الأحاديث المذكورة في الباب فيها دليلٌ على مشروعية حد الشُّرب "(25). وقال

الهروي – رحمه الله-: " أجمع عليه الصحابة [أي: جلد شارب الخمر ثمانين] فلا يجوز لأحد المخالفة
" (26).

ثانيا: الإجماع:

قال ابن بطال – رحمه الله- مستدلا بالأحاديث الواردة في باب الخمر: " فثبت بهذا كله أنّ التوقيف في حد الخمر على ثمانين إنما كان في زمن عمر وانعقاد إجماع الصحابة على ذلك، فلا تجوز مخالفتهم؛ لأن إجماعهم معصوم كما أجمعوا على مصحف عثمان ومنعوا ما عداه، فانعقد الإجماع على ذلك، ولزمت الحجة به " (27).

وقال ابن عبد البر – رحمه الله-: " وقد أجمعوا على أنّ قليل الخمر من العنب فيه من الحد مثل ما في كثيرها، ولا يُراعى السُّكْرُ فيها " (28).

وقال القاضي عياض – رحمه الله-: " أجمع المسلمون على وجوب الحد في الخمر ... واختلفوا في تفصيله وقدره، فمذهب الجمهور من السلف والفقهاء، ومالك وأبي حنيفة والثوري والأوزاعي وأحمد وإسحاق والشافعي مرة وغيرهم: أنّ حده ثمانون جُلْدَة. وقال الشافعي – أيضا – وأبو ثور وداود وأهل الظاهر: حده أربعون ... وحجة الأول ما استقر عليه إجماع الصحابة ... ثم اتفقوا على إقامة الحد على شارب القليل من خمر العنب وكثيره، سَكْرٌ أو لم يسكر، وعلى حد من سكر من كل سُكْر. واختلفوا في حد من شرب ما لا يسكر منه من غير خمر العنب، فجمهور السلف والعلماء على تسوية ذلك كله، والحد من قليله وكثيره لتحريم قليله وكثيره " (29).

وقال الكاساني – رحمه الله-: " وأما حدُّ الشُّرْبِ فسبب وجوبه الشُّرْبُ؛ وهو شرب الخمر خاصة، حتى يجب الحدُّ بشُّرْبِ قليلها وكثيرها، ولا يتوقف الوجوبُ على حصول السُّكْرِ منها " (30).

وقال المرغيناني – رحمه الله-: " وحد الخمر السكر في الحر ثمانون سوطا لإجماع الصحابة رضي الله عنهم " (31).

وقال ابن قدامة – رحمه الله-: " كل مُسْكِرٍ حرامٌ، قليله وكثيره، وهو خَمْرٌ حُكْمُهُ غصير العنب في تحريمه، ووجوب الحدِّ على شاربه " (32) و " أنه يجب الحد على مَنْ شَرِبَ قليلا من المُسْكِرِ أو كثيرا ولا نعلم بينهم خلافا في ذلك " (33).

وقال النووي – رحمه الله-: " وأما الخمر، فقد أجمع المسلمون على تحريم شرب الخمر، وأجمعوا على وجوب الحد على شاربيها، سواء شرب قليلا أو كثيرا ... وأجمعت الأمة على أن الشارب يُحدُّ سواء سكر أم لا "(34).

وقال ابن حجر – رحمه الله-: " استقر الإجماع على ثبوت حد الخمر "(35).

وقال الهروي – رحمه الله-: " حدُّ الشُّربِ والسُّكر ... ثمانون سوطا ... واستدل صاحب الهداية على تعيين الثمانين بإجماع الصحابة "(36).

وجاء في عون المعبود: " أجمع المسلمون على وجوب الحد في الخمر "(37).

مما سبق يتبين أنَّ الشريعة الغراء قد أوجبت عقوبة الجلد على شارب الخمر صيانة للعقل ودرءا لما يترتب على تغييب العقل من مفساد جمة تحقيق بالفرد والجماعة. وعقوبة الجلد هي العقوبة الأمثل لهذه الجريمة لأنها عقوبة من لدن عليم حكيم. فهو تعالى الذي خلق العباد، وهو تعالى وحده الذي يعلم ما يصلح به العباد. وهو تعالى وحده الذي يعلم ما يصلح لهم وما تصلح به دنياهم وأخراهم. ويبين ابن القيم – رحمه الله- الحكمة من إيجاب حد الشرب بقوله: " فصل في الحكمة في إيجاب الحدِّ بشُّرب قَطْرَة من الخمر ... أوجب الحدَّ في القَطْرَة الواحدة من الخمر دون الأرتال الكثيرة من النُّؤل، فهذا أيضا من كمال الشريعة، ومطابقتها للعقول والفِطْر، وقيامها بالمصالح؛ فإنَّ ما جعل الله سبحانه في طباع الخلق النَّقْرَة عنه ومجانبته اكتفى بذلك عن الوازع عنه بالحدِّ؛ لأنَّ الوازع الطبيعي كافٍ في المنع منه. وأما ما يشتدُّ تقاضي الطباع له، فإنه غلظَّ العقوبة عليه بحسب شدة تقاضي الطبع له، وسدَّ الذريعة إليه من قُرْب وبعُد، وجعل ما حوله جمى، ومنع من قُرْبانه، ولهذا عاقب في الزنا بأشنع القتلات، وفي السرقة بإبانة اليد، وفي الخمر بتوسيع الجلد ضربا بالسوط، ومنع قليل الخمر وإنَّ كان لا يُسكر؛ إذ قليله داعٍ إلى كثيره. ولهذا كان من أباح من نبيذ التمر المُسكر القدر الذي لا يُسكر خارجا عن محض القياس والحكمة وموجب النصوص، وأيضا فالمفسدة التي في شرب الخمر والضرر المختص والمتعدي أضعاف الضرر والمفسدة التي في شرب البول وأكل القاذورات، فإنَّ ضررها مختص بمتأولها "(38).

المطلب الثاني: عقوبة جريمة شرب الخمر في قانون العقوبات المصري

لم يجرم قانون العقوبات المصري شرب الخمر سواءً أكان قليلاً أو كثيراً، وسواءً أدى إلى حالة السكر أو لا، وإنما جرم وعاقب على تناول المشروبات الروحية أو الكحولية أو المخمرة في الأماكن العامة أو المحال العامة وجرم وعاقب على السكر العلني.

فتتص المادة (2) من قانون حظر شرب الخمر رقم (63) لسنة (1976) على حظر تناول المشروبات الروحية أو الكحولية أو المخمرة في الأماكن العامة أو المحال العامة بقولها: " يحظر تقديم أو تناول المشروبات الروحية أو الكحولية أو المخمرة في الأماكن العامة أو المحال العامة، ويستثنى من هذا الحكم (أ) الفنادق والمنشآت السياحية ... (ب) الأندية ذات الطابع السياحي ...". ونصت المادة (5) من هذا القانون على عقوبة هذه الجريمة بقولها: " يعاقب كل من يخالف أحكام المادة (2) من هذا القانون بالحبس⁽³⁹⁾ مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة⁽⁴⁰⁾ لا تتجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ".

ونصت المادة (7) من قانون حظر شرب الخمر رقم (63) لسنة (1976) على عقوبة السكر العلني بقولها: " يعاقب كل من يضبط في مكان عام أو في محل عام في حالة سكر بين بالحبس الذي لا تقل مدته عن أسبوعين ولا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تقل عن عشرين جنيهاً ولا تتجاوز مائة جنيه، ويجب الحكم بعقوبة الحبس في حالة العود ".

من النصوص السابقة يتضح أنّ عقوبة جريمة شرب الخمر في قانون العقوبات المصري تتمثل في عقوبتين هما:

- عقوبة الحبس: مدة لا تقل عن أسبوعين ولا تزيد على ستة أشهر .
 - عقوبة الغرامة المالية: التي لا تقل عن عشرين جنيهاً ولا تتجاوز مائتي جنيه.
- وفي ضوء ذلك، فإنّ عقوبة جريمة شرب الخمر في قانون العقوبات المصري تتراوح بين عقوبتين هما: عقوبة الحبس وعقوبة الغرامة المالية.

والملاحظ أن قانون العقوبات المصري لم يحظر ويعاقب على تقديم الخمر أو تناولها كلية. وإنما حظر تقديمها أو تناولها وفرض عقوبة على ذلك إذا ما تم ذلك في الأماكن والمحال العامة باستثناء الأماكن والمحال ذات الطابع السياحي التي أشار إليها القانون. أما خلاف ذلك، فالفعل يدخل في نطاق الإباحة. ومن ثم فلا تجريم ولا عقوبة على تقديم الخمر أو تناولها في الأماكن والمحال الخاصة. والقانون بذلك يخالف ما قرره الشريعة الإسلامية من تحريم الخمر مطلقاً؛ سواء تم تقديمها أو تناولها في الأماكن والمحال العامة أو غيرها من الأماكن. ومتى ثبت قيام هذه الجريمة بصرف النظر عن مكان وقوعها، وجب إنزال العقوبة بمرتكبها متى كان مستوفياً لشروطها الحديثة⁽⁴¹⁾.

كما يلاحظ أن قانون العقوبات المصري - بنصه على هذه العقوبات المقررة لهذه الجريمة - يخالف ما تقره الشريعة الإسلامية في هذا الخصوص. فالشريعة قد أوجبت عقوبة الجلد على كل من ثبتت بحقه جريمة الشرب واستوفى شروط العقوبة الحديثة.

أضف إلى ذلك أن هذا العقوبة المقررة - لجريمة الشرب - كما نصت عليها المادة المذكورة عقوبة غير دستورية لأنها تخالف المبادئ العقابية التي تنبأها الدستور. فالدستور المصري لسنة (2014) قد نص في المادة الثانية على أن " الإسلام دين الدولة، ... ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"، ووفقاً لهذه المادة، فإن مبادئ العقاب التي يتبناها الدستور مصدرها الشريعة الإسلامية. وعلى ذلك فقانون العقوبات المصري - بكل مواده بما فيها المادة المذكورة - يجب أن يتفق مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية في هذا الخصوص. وبما أن هذا القانون يقرر عقوبة الحبس والغرامة المالية على جريمة الشرب، فإن ذلك يعد مخالفاً لما قرره الشريعة الإسلامية في هذا الشأن. ومن ثم فإن ذلك يشكل مخالفة دستورية، وتعد هذه المادة غير دستورية بالتبعية.

أضف إلى ذلك، أنه حتى لو قلنا بجواز هاتين العقوبتين اللتان قررها القانون لهذه الجريمة، فإنهما تقتصران إلى تحقيق الأغراض المنوطة بالعقوبة وهي الزجر والردع⁽⁴²⁾، وذلك مقارنة بالعقوبة الشرعية التي لا يعوزها ذلك.

المطلب الثالث: عقوبة جريمة شرب الخمر في قانون العقوبات الجزائري

لقد حذا قانون العقوبات الجزائري حذو قانون العقوبات المصري. فلم يجرّم – أيضا – شرب الخمر سواءً أكان قليلا أو كثيرا، وسواءً أدى إلى حالة السكر أو لا، وإنما جرّم وعاقب على السكر العلني، والقيادة في حالة السكر، وكون الوالدين أو أحدهما مثلا سيئا للأبناء للاعتياد على السكر.

فتنص المادة (1) من الأمر الرئاسي رقم 75-26 المؤرخ في (17) ربيع الثاني عام (1395هـ) الموافق (29) إبريل سنة (1975م): على عقوبة السكر العلني بقولها: " كل من يوجد في حالة سُكر سافر في الشوارع أو في المقاهي أو في المحلات العمومية الأخرى يعاقب بغرامة قدرها 40 د. ج. إلى 80 د. ج.". وتنص المادة (2) من هذا الأمر الرئاسي على أنه: "إذا تكرر الأمر، يعاقب المعني بخمسة أيام إلى عشرة أيام سجنًا وبغرامة قدرها 160 د. ج. إلى 500 د. ج."

وتنص المادة (67) من قانون المرور الجزائري لسنة (2017) على عقوبة القيادة في حالة السكر بقولها: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثمانية عشر شهرا أو بغرامة مالية من 50000 د. ج. إلى 150000 د. ج. أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل شخص يقود مركبة أو يرافق السائق المندوب في إطار التمهين بدون مقابل أو بمقابل ... وهو تحت تأثير مشروب كحولي".

وتنص الفقرة (3) من المادة (330) المعدلة بالقانون رقم (82-04) المؤرخ في (13) فبراير (1982) على عقوبة كون الوالدين أو أحدهما مثلا سيئا للأبناء للاعتياد على السكر بقولها: " يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 د. ج.: ...أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو واحدا أو أكثر منهم أو يعرض أمنهم أو خلقتهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو يكون مثلا سيئا لهم للاعتياد على السكر".

من النصوص السابقة يتضح أن عقوبة جريمة الشرب في قانون العقوبات الجزائري عقوبتين اثنتين هما:

- عقوبة الحبس: فمدة الحبس من خمسة أيام إلى عشرة أيام.
 - عقوبة الغرامة المالية: من 160 دينار جزائري. إلى 500 دينار جزائري.
- إذن فعقوبة جريمة الشرب في قانون العقوبات الجزائري عقوبتين اثنتين هما عقوبة الحبس، وعقوبة الغرامة المالية.

والملاحظ أن قانون العقوبات الجزائري قد خطا في ركاب قانون العقوبات المصري في تجريم شرب الخمر والعقوبة عليه. فهو لم يجرم شرب الخمر كلية كتنظيره المصري، وإنما جرم السكر العلني؛ أي الذي يقع في الأماكن والمحال العامة. أما خلاف ذلك فيدخل في نطاق الإباحة. كما يلاحظ أنه سار على نهجه أيضا في تحديد عقوبة جريمة السكر؛ حيث إنه قرر - أيضا - عقوبتي الحبس والغرامة المالية لمن ثبت ارتكابه لهذه الجريمة.

ومع ذلك فقد تفرّد قانون العقوبات المصري بتجريمه وعقابه على مجرد تقديم أو تناول الخمر في الأماكن والمحال العامة باستثناء ما ذكر القانون. بينما أغفل قانون العقوبات الجزائري ذلك؛ فإنه لم يجرم ويعاقب على تقديم الخمر أو تناولها في الأماكن والمحال العامة كما فعل القانون المصري، وإنما جرم وعاقب على السكر العلني. وعلى ذلك، وبمفهوم المخالفة، فإن القانون الجزائري يجيز تقديم الخمر أو تناولها في الأماكن والمحال العامة شريطة ألا يصل ذلك إلى مرحلة السكر البين. والقانون بذلك يخالف ما تقره الشريعة الإسلامية من تحريم شرب الخمر مطلقا؛ سواء سكر الشارب أو لم يسكر، وسواء تم ذلك في الأماكن والمحال العامة أو غيرها.

والملاحظ أنّ العقوبة المقررة - لجريمة الشرب- كما نص عليها القانون الجزائري في المواد سالفه الذكر تخالف - أيضا - ما تقره الشريعة الإسلامية. فالشريعة الإسلامية أوجبت عقوبة الجلد على كل من ثبتت بحقه جريمة الشرب واستوفى الشروط التي قررتها الشريعة السمحاء لإقامة هذا الحد.

ولا يخفى عن الأذهان أنّ العقوبة التي قررتها الشريعة الإسلامية لهذه الجريمة هي العقوبة الأنجع لتقويم اعوجاج الفرد وإصلاح الجماعة. حيث تمتاز هذه العقوبة - مقارنة بغيرها - بالآتي:

أولاً: تحقيق النجر للجاني: أي: ما يُعرف بالردع الخاص وهو ذلك الأثر الذي تتركه العقوبة على نفس المجرم الذي وقعت عليه، والذي يمنعه من معاودة ارتكابها خشية العقاب مرة أخرى⁽⁴³⁾. على حين أن القانون الوضعي أبعد ما يكون عن تحقيق هذا الهدف. فغالبا ما تكون العقوبة على الجريمة عقوبة هزيلة لا تتناسب وحجم الجريمة المرتكبة، مما يعزز جنوح الجاني إلى عالم الجريمة، بل واستئصال نشاطه الإجرامي عما سبق⁽⁴⁴⁾.

ثانياً: إصلاح الجاني وتهذيبه: ذلك بتوجيه العناية إلى نفس الجاني وإصلاح اعوجاجها بطريق العقاب على الأفعال الإجرامية التي تقع منه⁽⁴⁵⁾. فالعقوبة في التشريع الإسلامي تستهدف إصلاح الجاني ليعود

فردا صالحا يسهم في بناء المجتمع على النحو المنشود. ومما يعزز ذلك أن الجريمة لن يكون لها أي أثر يذكر في حياة المسئى متى تاب عنها توبة نصوحا، فباب التوبة مفتوح للمسيئين، بشرط الصدق في التوبة. على حين أن التشريع العقابي الوضعي أبعد ما يكون عن إصلاح الجاني. فمتى أودع في المؤسسة العقابية، فإنه يتحول إلى مجرم متمرس بفعل الاختلاط الذميم بغيره من المجرمين. كما تظل الجريمة ملتصقة بصاحبها وإن تاب. حيث يلفظه المجتمع، ويخشى الكثيرون الاقتراب منه⁽⁴⁶⁾.

ثالثا: تحقيق الردع العام: فكما يتحقق الردع الخاص للمجرم، يتحقق أيضا الردع العام لغيره بالعقوبة في التشريع الإسلامي. والردع العام هو ذلك الأثر الذي يحدثه توقيع العقوبة على نفوس العامة، فيمتنعوا عن ارتكاب الجريمة⁽⁴⁷⁾. ويتحقق الردع العام بإنزال العقوبة بالمجرم في الأماكن العامة في حالات كثيرة بما يحقق الزجر لغيره من أفراد المجتمع، فلا يفكر في الإقدام على ارتكاب الجريمة خشية العقوبة. أما التشريعات العقابية الوضعية فأبعد ما تكون عن تحقيق هذا الهدف. حيث يودع المجرم داخل المؤسسة العقابية لتنفيذ العقاب، فلا يشعر الكثير بآلام الردع⁽⁴⁸⁾.

ويدلل على ذلك أنه مع تقرير هذه العقوبات، وإيقاعها بالجناة، فإن الملاحظ أن جريمة الشرب ما زالت واسعة النطاق، بل إن معدل هذه الجريمة يتزايد يوما بعد يوم وعاما بعد عام. أضف إلى ذلك أن المشاهد هو أن عقوبة الحبس وعقوبة السجن تعد عاملا هاما من عوامل تنامي النزعة الإجرامية لدى الجناة. فعادة ما يختلط الجناة بغيرهم من عتاة الإجرام داخل السجون، فيتمرسون بالإجرام، ويخرجون إلى المجتمع أشد وأشرس مما كانوا عليه.

الخاتمة

استهدفت الدراسة الحالية تقييم عقوبة جريمة الشرب في قانون العقوبات المصري والجزائري في ضوء ما قرره الشريعة الإسلامية في هذا الخصوص. وأسفرت الدراسة عن العديد من النتائج أهمها:

أولاً: أن الشريعة الإسلامية أوجبت عقوبة مقدرة على جريمة الشرب هي عقوبة الجلد لكل من ثبتت عليه هذه الجريمة واستوفى الشروط التي أوجبتها الشريعة لإقامة حد الشرب.

ثانياً: أن العقوبة المقررة - لجريمة الشرب- في قانون العقوبات المصري تخالف ما تقرره الشريعة الإسلامية. فالشريعة الإسلامية أوجبت عقوبة الجلد لمرتكب هذه الجريمة الذي استوفى شروطها

الحدية، بينما تجاهل القانون هذه العقوبة التي أقرتها الشريعة، وأوجب عقوبات أخرى هي عقوبة الحبس، وعقوبة الغرامة المالية.

ثالثاً: أن العقوبة المقررة – لجريمة الشرب – كما نص عليها قانون العقوبات الجزائري تخالف – أيضاً – ما تقره الشريعة الإسلامية. فالشريعة الإسلامية أوجبت عقوبة الجلد على شارب الخمر الذي استوفى الشروط التي قررتها الشريعة لإقامة هذا الحد. على حين تغافل القانون عن هذه العقوبة التي قررتها الشريعة، وأوجب عقوبات أخرى هي عقوبة الحبس، وعقوبة الغرامة المالية.

وفي ضوء ما أسفرت عنه الدراسة من نتائج، توصي الدراسة المُقنَّ الجنائي المصري والجزائري إلى ضرورة التدخل لتجريم شرب الخمر قليله وكثيره وسواءً أسكر أو لم يسكر وسواءً وقعت الجريمة في الأماكن العامة أو الخاصة والتدخل لرفع العقوبة المقررة لجريمة الشرب إلى عقوبة الجلد لمن ثبت ارتكابه لهذه الجريمة واستوفى شروط إقامتها الحدية، بما يتفق مع ما أوجبه الشريعة الإسلامية في هذا الخصوص وبما يتفق مع النصوص الدستورية التي تقرر أن الإسلام هو المصدر الرئيسي للتشريع.

ولذا تقترح الدراسة على المقنن الجنائي المصري والجزائري إعادة صياغة نص المادة (7) من قانون حظر شرب الخمر رقم (63) لسنة (1976) من قانون العقوبات المصري، ونص المادة (1) من الأمر الرئاسي رقم 26-75 المؤرخ في (17) ربيع الثاني عام (1395هـ) الموافق (29) إبريل سنة (1975م) من قانون العقوبات الجزائري – على أن يُنص على هذه المادة في متن هذا القانون لا أن تظل مجرد أمر رئاسي – لتتضمن الآتي:

يعاقب بالجلد ثمانين جلدة كل من ثبت ارتكابه لجريمة الشرب، واستوفى شروطها الحدية. ويكون نص المادة كالآتي:

كل من ثبت ارتكابه لجريمة الشرب، واستوفى شروطها الحدية يعاقب بالجلد ثمانين جلدة على أن تُنفذ العقوبة على مرأى ومسمع من عموم الناس.
هذا مع الأخذ في الاعتبار ضرورة إعادة صياغة المواد الأخرى المتعلقة بباب الشرب في قانون العقوبات المصري والجزائري على ضوء هذه المادة المقترحة.

الهوامش

- 1) سورة آل عمران، الآية: 102.
- 2) سورة النساء، الآية: 1.
- 3) سورة الأحزاب، الآية: 70.
- 4) الألباني، صحيح الترغيب، والترهيب، خطبة الحاجة التي كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمها أصحابه، ط1، ص3.
- 5) سورة المائدة، الآيتان 90-91.
- 6) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط2، ج6، ص288.
- 7) مسلم، صحيح مسلم، د. ط.، ج3، كتاب: الأشربة، باب: بيان أن كل مسكر خمر، وأن كل خمر حرام، الحديث رقم (2003)، ص 1587، والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، ج7، ص39.
- 8) حد الخمر هو تلك العقوبة التي قدرها الشرع الحنيف لشارب الخمر وقدر هذا الحد ثمانون جلد. يراجع: ابن بطال، شرح صحيح البخاري، ط2، ج8، ص396.
- 9) سورة المائدة، من الآية (8).
- 10) ابن منظور، لسان العرب، ط3، ج2، باب: الجيم، ص 258.
- 11) علي عبد القادر الفهوجي، وفتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الثاني، النظرية العامة، والمسئولية، والجزاء الجنائي، د.ط.، ص 39.
- 12) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، د. ط.، ج2، باب: الخاء والميم وما يثقلهما، ص215، وابن منظور، لسان العرب، ط3، ج4، با: الراء، فصل الخاء، ص255، والفيروزآبادي، القاموس المحيط، ط8، ج1، باب: الراء، فصل الخاء، ص387.
- 13) الشوكاني، نيل الأوطار، ط1، ج7، ص166.
- 14) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، ج7، ص39.
- 15) سبق تخريجه.
- 16) النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط2، ج13، ص148-149.
- 17) سورة الممتحنة، من الآية: (11).
- 18) ابن منظور، لسان العرب، ط3، ج9، باب: العين، ص299-305.
- 19) أحمد شوقي عمر أبو خضوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، د.ط.، ص 608.
- 20) أحمد شوقي عمر أبو خضوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، د.ط.، ص 608-609.
- 21) رواه أبو داود في سننه، وقال الألباني: حسن صحيح. يراجع: أبو داود، سنن أبي داود، د. ط.، ج4، كتاب: الحدود، باب: إذا تتابع في شرب الخمر، الحديث رقم (4484)، ص164، والألباني، صحيح وضعيف سنن أبي داود، د. ط.، ج1، ص440.
- 22) المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، د. ط.، ج2، ص354.

- 23 ابن قدامة، المغني، د. ط، ج9، ص160.
- 24 متفق عليه. رواه البخاري ومسلم في صحيحهما، واللفظ لمسلم. رواه البخاري من حديث السائب بن يزيد. يراجع: البخاري، صحيح البخاري، د. ط، ج8، كتاب: الحدود، باب: الضرب بالجريد والنعال، الحديث رقم (6779)، ص158، ومسلم، صحيح مسلم، د. ط، ج3، كتاب الحدود، باب: حد الخمر، الحديث رقم (1706)، ص1330.
- 25 الشوكاني، نيل الأوطار، ط1، ج7، ص169.
- 26 الهروي، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، ط1، ج6، ص2371.
- 27 ابن بطال، شرح صحيح البخاري، ط2، ج8، ص396.
- 28 ابن عبد البر، الاستنكار، ط1، ج8، ص3.
- 29 القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، ط1، ج5، ص540-542.
- 30 الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، ج7، ص39.
- 31 المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، د. ط، ج2، ص355.
- 32 ابن قدامة، المغني، د. ط، ج9، ص159.
- 33 ابن قدامة، المغني، د. ط، ج9، ص160.
- 34 النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط2، ج11، ص217-218.
- 35 ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، د. ط، ج12، ص75.
- 36 الهروي، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، ط1، ج6، ص2371.
- 37 الصديقي العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ط2، ج12، ص124.
- 38 ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط1، ج2، ص64.
- 39 عقوبة الحبس أخف صور العقوبات السالبة للحرية. وعُرف المشرع عقوبة الحبس في المادة (18) عقوبات مصري بأنه: " وضع المحكوم عليه في أحد السجون المركزية أو العمومية المدة المحكوم بها عليه"، والحبس نوعان: حبس بسيط، وحبس مع الشغل. والفارق بينهما هو في مدى إلزام المحكوم عليه بعقوبة الحبس بالعمل داخل المؤسسة العقابية. فالحبس البسيط يكون العمل فيه اختياريًا للمحكوم عليه، أما الحبس مع الشغل، فالعمل فيه يكون إلزاميًا. والحبس مع الشغل قد يكون وجوبًا وقد يكون جوازًا. وهو يكون وجوبًا في حالتين: الأولى: إذا كانت العقوبة المقضى بها سنة فأكثر (مادة 20 عقوبات). والثانية: لو قلت عن سنة، كما هو الشأن في جرائم السرقة، وإخفاء الأشياء المسروقة وقتل الحيوانات وإتلاف المزروعات.
- على حين يكون الحبس مع الشغل جوازًا في مواد الجنح أو الجنايات التي تستعمل فيها ظروف الرأفة في غير ذلك من الأحوال يراجع: مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، ط3، ص648، ومحمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام، د. ط، ص510-511.
- 40 الغرامة المالية كما عرّفها المشرع في المادة (22) عقوبات هي: " إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الحكومة المبلغ المقدر في الحكم ". ويتم تنفيذ الغرامة بطريقتين:

أولهما: التنفيذ العيني: ذلك بتحصيل المبالغ المالية المستحقة على المحكوم عليه جبريا بالطرق الإدارية:
والثانية: بتحصيل المبالغ المالية المستحقة على المحكوم عليه عن طريق الإكراه البدني إذا لم يدفع المتهم تلك المبالغ.

يراجع: مأمون محمد سلامة، **قانون العقوبات، القسم العام، ط3، ص 663**، ومحمد زكي أبو عامر، **قانون العقوبات، القسم العام، د. ط.، ص 521**، ورؤوف عبيد، **مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، ط4، ص 865**.
(41) تجدر الإشارة إلى أنه تشترط شروط معينة لإقامة حد الشرب تتمثل في العقل، والبلوغ، والإسلام، وعدم الضرورة. يقول الكاساني – رحمه الله- " فصل في شرائط وجوب حد الشرب: وأما شرائط وجوبها فمنها العقل، ومنها البلوغ، فلا حدّ على المجنون والصبي الذي لا يعقل، ومنها الإسلام؛ فلا حدّ على الذمّي والحزبيّ المُستأمن بالشُّرب، ولا بالسُّكر ... ومنها عدم الضرورة في شرب الخمر، فلا حدّ على مَنْ أكره على شرب خمر ولا على مَنْ أصابته مَخْمَصَةٌ [أي: مجاعة] ". يراجع: الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، ج 7، ص 39-40**.

(42) أعراض العقوبة هي: " الوظائف المنوطة بالعقوبة أو فاعلتها في إحداث الآثار المترتبة عليها والتي من أجلها تستخدمها الدولة كرد فعل حيال الجريمة " والأعراض التي تستهدفها العقوبة ثلاثة هي:

1- الزجر:

يمثل الزجر وظيفة العقوبة بالنسبة للماضي، حيث يجازى الجاني على السلوك الإجرامي الذي حدث فعلا وثبتت مسؤوليته عنه.

2- الردع العام والخاص:

الردع العام والخاص يمثلان وظيفة العقوبة بالنسبة للمستقبل. والردع العام يتحقق بمباشرة العقوبة على نفوس الأفراد الآخرين خلاف الجاني، أما الردع الخاص فيتوافر بما تؤثر به العقوبة على نفسية الجاني ذاته بمنعه من ارتكاب جرائم مستقبلية.

3- الإصلاح:

حيث تستهدف العقوبة تقويم اعوجاج الجاني ليعود إلى المجتمع إنسانا صالحا يتصرف وفقا للقواعد التي يرتضيها المجتمع، ولا يخرج عليها بحال من الأحوال.

يراجع: مأمون محمد سلامة، **قانون العقوبات، القسم الخاص، ط3، ص 622-630**، ومحمود نجيب حسني، **علم العقاب، ط3، ص 94-97**.

(43) محمد سليم العوّا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، دراسة مقارنة، د. ط.، ص 253.

(44) هاني المنابلي، العقوبة في التشريع الإسلامي، د. ط.، ص 51.

(45) محمد سليم العوّا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، دراسة مقارنة، د. ط.، ص 253.

(46) هاني المنابلي، العقوبة في التشريع الإسلامي، د. ط.، ص 53.

(47) محمد سليم العوّا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، دراسة مقارنة، د. ط.، ص 253.

(48) هاني المنابلي، العقوبة في التشريع الإسلامي، د. ط.، ص 53.

مراجع الدراسة

- أحمد شوقي عمر أبو خضوة، (2007). شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، د.ط. القاهرة، دار النهضة العربية.
- الألباني، محمد ناصر الدين، المتوفي سنة (1420هـ)، (1421هـ-2000م). صحیح الترغيب، والترهيب، خطبة الحاجة التي كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمها أصحابه، ط1، الرياض: مكتبة المعارف.
- الألباني، محمد ناصر الدين، المتوفي سنة (1420هـ). (د. ت.). صحیح وضعیف سنن أبي داود، د. ط، الإسكندرية، مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة.
- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله، المتوفي سنة (256هـ). (1422هـ). صحیح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1، دمشق، دار طوق النجاة.
- ابن بطلال، أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك، المتوفي سنة (449هـ)، (1423هـ - 2003م). شرح صحیح البخاري، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط2، الرياض، مكتبة الرشد.
- ابن حجر، أحمد بن علي أبو الفضل العسقلاني، المتوفي سنة (852هـ). (1379هـ). فتح الباري شرح صحیح البخاري، د. ط، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، تصحيح: محب الدين الخطيب، تعليق: عبد الله بن عبد العزيز بن باز، بيروت: دار المعرفة.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، المتوفي سنة (275هـ). (د. ت.). سنن أبي داود، د. ط، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، صيدا-بيروت، المكتبة العصرية.
- رEOF عبید، (1979). مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، ط4، القاهرة، دار الفكر العربي.
- الصديقي العظيم آبادي، محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن شرف الحق، المتوفي سنة (1329هـ). (1415هـ). عون المعبود شرح سنن أبي داود، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية.
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، المتوفي سنة (1250هـ). (1413هـ - 1993م). نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الضابطي، ط1، القاهرة، دار الحديث.
- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عاصم النمري القرطبي، المتوفي سنة (463هـ). (1421هـ - 2000م). الاستذكار، تحقيق: سالم محمد عطا ومحمد علي معوض، بيروت، دار الكتب العلمية.
- علي عبد القادر القهوجي، وفتوح عبد الله الشاذلي، (2002). شرح قانون العقوبات، القسم الثاني، النظرية العامة، والمسئولية، والجزاء الجنائي، د.ط، الإسكندرية، دار الهدى للطبوعات.
- القاضي عياض، أبو الفضل موسى بن عياض بن عمرو اليحصبي السبتي، المتوفي سنة (544هـ). (1419هـ - 1998م). إكمال المعلم بفوائد مسلم، تحقيق: يحيى إسماعيل، ط1، القاهرة، دار الوفاء.
- ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن زكريا القزويني الرازي، المتوفي سنة (395هـ). (1399هـ - 1979م). معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، بيروت، دار الفكر.
- الفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، المتوفي سنة (817هـ). (1426هـ - 2005). القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بيروت، مؤسسة الرسالة.

- د. محمد جبر السيد عبد الله جميل، "عقوبة جريمة شرب الخمر في قانون العقوبات المصري والجزائري؛ دراسة تقويمية في ضوء الشريعة الإسلامية"
- ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعلي المقدسي الحنبلي، المتوفى سنة (620هـ). (1388هـ - 1968م). **المعني**، د. ط، القاهرة، مكتبة القاهرة.
- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، المتوفى سنة (671هـ)، (1384هـ - 1964م). **الجامع لأحكام القرآن**، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، القاهرة، دار الكتب المصرية.
- ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، المتوفى سنة (751هـ). (1411هـ - 1991م). **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية.
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد، المتوفى سنة (587هـ). (1406هـ - 1986م). **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية.
- مأمون محمد سلامة، (1982-1983). **قانون العقوبات، القسم الخاص**، ط3، القاهرة، دار الفكر العربي.
- مأمون محمد سلامة، (1990). **قانون العقوبات، القسم العام**، ط3، القاهرة، دار الفكر العربي.
- محمد زكي أبو عامر، (2010). **قانون العقوبات، القسم العام**، د.ط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة.
- محمود نجيب حسني، (1973). **علم العقاب**، ط3، القاهرة، دار النهضة العربية.
- المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، أبو الحسن برهان الدين، المتوفى سنة (593هـ). (د. ت.). **الهداية في شرح بداية المبتدي**، تحقيق: طلال يوسف، د. ط، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- مسلم، أبو الحسين بن الحجاج القشيري النيسابوري، المتوفى سنة (261هـ)، (2010). **صحيح مسلم**، ترقيم وترتيب: محمد فؤاد عبد الباقي، د.ط، المنصورة، مكتبة فياض.
- ابن منظور، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن أبي القاسم بن حنيفة، المتوفى سنة (711هـ)، (1414هـ). **لسان العرب**، ط3، بيروت، دارصادر.
- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المتوفى سنة (676هـ). (1392هـ). **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، ط2، بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- هاني محمد كامل المنابلي، (2010). **العقوبة في التشريع الإسلامي**، د.ط المحلة الكبرى، دار الكتب القانونية.
- الهروري، علي بن محمد أبو الحسن نور الدين القاري، المتوفى سنة (1014هـ). (1422هـ - 1992م). **مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح**، ط1، بيروت، دار الفكر.

علم السجون: الفن العلمي القادم

د. مصطفى شريك (*)

تاريخ قبول المقال: 2019/06/12

تاريخ إرسال المقال: 2018/11/10

ملخص:

هذه المقالة هي محاولة علمية لطرح تصور علمي يتعلق بجانب أساسي لواحدة من بين المؤسسات الاجتماعية، ألا وهي بيئة سجن كتنظيم اجتماعي، نحاول فيه التأكيد على ميدان السجون الذي انتقل من بيئة المؤسسة إلى علمية الميدان، وبالتالي ضرورة أن يقنن هذا المجال علميا، وحتمية أن يؤسس أكاديميا كعلم قائم بذاته، خصوصا وان كثير من الدراسات الحديثة والمعاصرة أصبحت لها مخرجات علمية، وقدمت نتائج ساهمت في إنجاح وتطوير كثير من جوانب السياسة الجنائية المعاصرة، لذا أدعو من خلال هذه الورقة فصل علم السجون عن علم العقاب، وضرورة منحه الحق في ان يكون ضريبا من ضروب المعرفة الجنائية، يتقاسم الجهد والإسهام بغيره من العلوم الجنائية المعروفة كعلم الإجرام، والعقاب،... الخ، طالما توفرت له كل مقومات العلم، وربما تجاوز ذلك ليصبح فن، وسنحاول تقديم حجج هذه الدعوة من خلال مفردات هذه الورقة العلمية، التي نتمنى أن تكون إضافة جادة لبلورة تصور علمي حقيقي نرى انه بحق لا يخرج عن دائرة التسمية الضرورية وهو علم السجون.

الكلمات المفتاحية: السجون، السياسة الجنائية، علم السجون.

Abstract :

This article is a scientific attempt to present a scientific conception related to the basic aspect of one of the social institutions, namely the prison environment as a social organization, in which we try to emphasize the field of prisons, which moved from the environment of the institution to the scientific field, and therefore the need to codify this field scientifically and the inevitability to establish As a science in itself, especially since many of the modern and contemporary studies have had scientific outputs, and provided results contributed to the success and development of many aspects of contemporary criminal policy, so I call through this paper to separate the prison science of knowledge of punishment, and the need to grant him the right to be beaten It is a kind of jinn knowledge We will try to present the arguments of this call through the vocabulary of this scientific paper, which we hope will be a serious addition to the crystallization of the concept. Real science, we see that he really does not go beyond the circle of naming necessity, which is the science of prisons.

key words: prisons, criminal policy, the science of prisons.

1. مقدمة:

تهدف السياسة الجنائية في الكثير من البلدان والمجتمعات إلى محاولة تحقيق الاستقرار للمجتمع، وتوفير الأمن لأفراده، ذلك أنه كلما زاد الاهتمام ببيئة السجن وتكيف النزير معها إيجابيا من شأنه أن يكون من المؤشرات الدالة على مدى استيعاب المجتمع للفرد المنحرف، والسعي لإعادة تربيته وإدماجه في الوسط الاجتماعي كفرد فاعل له دوره ومكانته، هذه كلها تمثل محاولات جادة تبذلها المجتمعات في تمكين مؤسسات السجون من أداء أدورها في عملية التأهيل والإدماج، اعتبارا من كون أن السجون تشكل إحدى المؤسسات الاجتماعية المتخصصة والهادفة إلى إعادة التنشئة والتأهيل الاجتماعي للأفراد الخارجين عن القانون الجمعي، ومن أكثرها فاعلية في ضمان أمنه وطمأنينته ومحافظة على كيانه واستمراريته ووجوده.

إن حماية الفرد المنحرف أو الخارج عن القانون، دفع بالمجتمع إلى تبني جملة من الإجراءات التي توفي بأغراض السياسة الجنائية المعاصرة، بغية الوقوف على إمكانيات المجتمع الإصلاحية والعلاجية، وتحديد نوعية مؤسساته الاجتماعية والاقتصادية، ومدى كفاءتها في استيعاب هؤلاء الخارجين عن نظمه، أو المتمردين على عاداته وقيمه، وما تقدمه تلك المؤسسات من خدمات لإعطائهم الفرص المتلاحقة للتكيف مع قوانينه، وفتحها لأبواب الرزق أمامهم، وتأهيلهم مهنيا وحرفيا، بالإضافة إلى إتاحتها لفرص التعامل معهم في شتى المجالات والأنشطة الاجتماعية والإنتاجية اليومية، التي تهدف إلى تشجيعهم على إصلاح أنفسهم.

نحاول في هذا المقال العلمي تقديم تصور اجتماعي للدفع نحو اعتماد اتجاه علمي يلم ويحيط بكل ما يتعلق بالسجن والسجناء، ويجعل من السجن له علم خاص به يمكن أن يقدم بالإضافة إلى مختلف العلوم الجنائية الأخرى، ويساهم في تقليل معدلات الجريمة بالمجتمع.

أولا: فلسفة السجون: من فكرة العقاب... إلى مبدأ الإصلاح!!

لقد كان السجن يمثل أحد الأساليب التي كانت تعرف بالعقابات، على رغم أن عقوبة الحبس أو السجن لم تكن معروفة لدى المجتمعات البدائية، وكانت تطبق على نطاق ضيق جدا لدى الإغريق، مما يعني أن استخدام الحبس كعقوبة على جرائم بذاتها يعد وسيلة حديثة نسبيا، وإن كانت جذورها تمتد إلى المجتمعات الأولى، فقد استخدمت الكنيسة عقوبة الحبس خلال القرن الثالث عشر وحتى النصف الأول من القرن الثامن عشر، وكانت تستخدم العنابر السفلى في السفن كسجن يودع فيه المذنبون لأداء

بعض الأعمال، كما وقد شهدت نظم السجون في القرن الثامن عشر تطورا ملموسا تحت تأثير كتابات العديد من الإصلاحيين الذين نادوا ببعض الإصلاحات المتعلقة بنظام العمل، والرعاية الصحية، والتهوية والزيارات، والتغذية، وضرورة العزل بين المسجونين مع توفير برنامج ديني تهذيبي، وبعدها كان الهدف من إيداع المحكوم عليهم السجن هو إيلاء النزول وسلب حريته، أصبح اليوم للسجن غاية أخرى لها جوانب عدة من الأغراض العقابية والإنسانية منها، والتهذيبية، أو الإصلاحية التي تتمثل في عملية التأهيل.

كما كان اهتمام الدارسين في نهاية القرن العشرين وبداية القرن الواحد والعشرين لعلم السجون وكل ما يتعلق بالسجناء وتطورت النظم الجنائية بشكل أكثر نضجا ووعيا خاصة منها ما تعلق بحقوق الإنسان، وأصبح هناك اهتمام أكبر ببحث قضايا السجن والسجناء حتى ألزم مؤسسات السجون عملية التأهيل التي تسعى إلى مساعدة المحكوم عليهم في تحسين مستوى التفكير لديهم، وتنمية مواهبهم وقدراتهم، وتمكينهم من الحياة، والعمل على تكيفهم وإدماجهم في المجتمع، وفق خطط وبرامج وتدابير تجعل من المؤسسة (مؤسسة السجن) أن تتعامل مع النزول بطريقة تشعره بالاطمئنان والثقة، عن طريق ملاحظة سلوكه أثناء مشاركته في مختلف النشاطات التعليمية أو المهنية أو الترويحية وغيرها، وكذلك بواسطة الفحوص الاجتماعية والطبية والنفسية.

وإذا كان من الثابت حتى الآن، أن السجون لم تستطع تحقيق رسالتها في إصلاح المسجونين بالقدر المنتظر منها، فإن أمرها في ذلك يعتبر هينا، لأن السجون لم تفتح أصلا للتهذيب، إنما فتحت للعقاب⁽¹⁾ حسب نظرة البعض، من هنا أرتبط مفهوم إعادة التربية بمفهوم السجن، الذي هو الآخر مرادف لمفهوم الحبس، كما عبر عن ذلك الباحث الفرنسي -جون شازال- عندما تحدث عن إعادة تربية الأحداث الجانحين بقوله أن دور هذه المؤسسات "لا تعني فقط إعادة تكييفه مع الحياة الاجتماعية بتربية أنماط سلوكية معينة عنده، ولكن -وفي حدود الممكن- أن ندمجه في المجتمع بتشجيع ثقته ونموه، وبإثارة مظاهر الوعي لديه، وجعله يعيش المواقف بشكل حي. وهو بقدر ما يعي نفسه ومكانته في المجتمع بقدر ما يرتفع تدريجيا إلى وضعه الإنساني. فيرفض، أو يختار، أو ينتمي. أي يصبح بالاختصار، مسئولا"⁽²⁾.

(1) محمد عبد القادر قواسمية، جنوح الأحداث في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 201.

(2) جون شازال، الطفولة الجانحة، ترجمة أنطوان عبده، منشورات عويدات، بيروت، 1972، ص 101.

وحتى تحقق هذا الهدف حسبه أضاف -شازال- بأن "هذه المراكز، وبعد أن عززت بالمربين المختصين، ووضعت بإشراف تقنيين في علم النفس التربوي وفي التحليل النفسي الطفولي والعصبي، توفر للفتى الجانح، عموماً إطاراً من الحياة العائلية الحرة، المنفتحة باتساع على العالم الخارجي، إطاراً يمكن أن تطبق في أرجائه الطرائق المعتمدة على الثقة، والمراقبة الذاتية، والتربية الحديثة، ولا يستبعد الاعتماد اللجوء إلى قيم التربية الجماعية"⁽¹⁾، وهو العمل المنوط بمؤسسات السجون حتى تحقيق غايتها في العمل على مواجهة السلوك الإجرامي، وعلاج المنحرفين، باعتبارها مؤسسات ليست عقابية بقدر ما هي مؤسسات إصلاح وتقويم للمجرمين، وهذا الاعتبار الذي يصنف السجون كمؤسسات للتأهيل والعلاج لم يكن من قبل، وإنما جاء بعد مراحل، لتحل بذلك "فكرة التهذيب والإصلاح محل فكرة الإهانة والانتقام، وتجاوزت رسالة السجن عن حد وقاية المجتمع من الخارجين على نظمه، إلى المساهمة إيجابياً في تقدم المجتمع بتخريج أكبر عدد ممكن من نزلائه إلى الحياة الاجتماعية مهنيين مهنياً وثقافياً واجتماعياً، وصالحين جسمياً وعقلياً، لاستعادة أماكنهم في عملية الإنتاج في المجتمع"⁽²⁾، وهو ما يفسر الاتجاه بمعنى السجن إلى "الحرمان من الحرية، لكن دون حرمان النزول من حقه في التعليم، والتكوين، والحق في الرعاية، وتحسين مستوى الاحتجاز، بعيداً عن ضروب التعذيب والمعاملة القاسية أو اللاإنسانية المهنية، وهو ما تحرص عليه القواعد الدنيا لمعاملة السجناء للأمم المتحدة (1955)"، وبهذا لا فرق بين مؤسسة إعادة التربية والمؤسسة الإصلاحية في التسمية، ذلك أن مراكز إعادة التربية لم تكن سوى بيوتاً للإصلاح والتقويم كما عبر عن ذلك السيد رمضان عندما تحدث عن تحول دور السجن من العقاب إلى الإصلاح وأنه "لم يصبح الغرض من إرسال السجين إلى السجن القضاء عليه أو الانتقام منه، وإنما إبعاده عن المجتمع فترة يشعر فيها بالندم، ويعاد علاجه وتأهيله للتعاون مع المجتمع تعاوناً مثمراً بناءً"⁽³⁾ ومن هذا تصبح مؤسسة إعادة التربية⁽⁴⁾ مؤسسة علاج، ورعاية، وتأهيل، وإدماج، وهو ما قد يدفعنا إلى تكرار تسمية المؤسسات العقابية والإصلاحية بشكل دائم خلال هذه الدراسة وذلك إيماناً منا بالدور العقابي والإصلاحي في نفس الوقت لمؤسسات السجون.

(1) جون شازال، الطفولة الجانحة، ترجمة أنطوان عبده، مرجع سابق، ص 121.

(2) سلوى عثمان الصديقي وآخرين، انحراف الصغار وحرائم الكبار، المكتب الجامعي الحديث، الأزرابطة، 2002، ص 263.

(3) المرجع نفسه، ص 263.

(4) دراسة لصاحب المقال حول نظام السجون في الجزائر منشورة بجريدة الشروق اليومي، الحلقة (3)، العدد 660، ديسمبر

ثانيا: علم السجون... الضرورة والاحتمية!!

نستطيع القول هنا أن المشتغلين بحقول المعرفة، خاصة ما تعلق منها بتقنين السلوك، وتتميطه، حاولوا إلى تقديم إطار نظري لمختلف ردود الأفعال الاجتماعية إزاء السلوكيات الانحرافية، والأفعال الإجرامية، وكان منها أن تنوعت صور العقوبة وتعددت أشكالها، سعيا حسب ثقافة كل مجتمع إلى تحقيق العدالة الاجتماعية، والانتصار لسلامة الفرد، وإحقاق الأمن والاستقرار للمجتمع ذاته، وهو ما يعبر عنه بمقتضيات العقل الجمعي، وما يفرضه هذا العقل من أنماط سلوكية مقبولة أو غير مقبولة، وفي هذا تضاربت الآراء والاتجاهات في كيفية تطبيق رد الفعل الاجتماعي هذا، وبأية وسيلة يطبق، وهو ما ألزم تطور علوم كانت في السابق عناوين لضروب معرفية أخرى، فكان علم العقاب واحدا من ابرز الوريثين لمنطق الظهور، ومنه انحدرت اتجاهات وفلسفات تعبر عن مقابلة الفعل برد فعل، طوال مسيرة الانتقال من فكرة العقاب، وما يحمله من الشدة والألم، وصولا إلى الأخذ بمبدأ العلاج والإصلاح، وما يصبو إليه من الرأفة واللين، وتلك هي آخر ما بلغه العقل من فرص للتأهيل والتقويم ومنه للاندماج وإعادة الاستواء وربما سيكون محور علم قادم في الأفق هو علم السجون.

الحقيقة في القول أن علم السجون هو علم أت في طريق معبد لكون الأرضية العلمية موجودة، ومجموع النظريات والمدارس التي يستقي منها فكره وفلسفته على قدر عال من العلمية والمنهجية، مما يجعل مستقبلا من مجال الاهتمام بالسجن والسجناء ساحة خصبة للبحث والتقصي، وهو ما يفيد في صنع السند العلمي الموثوق، ويحرك البحث العلمي الحقيقي، ويدفع به نحو تطوير المؤسسات المعنية والأكثر ارتباطا بهذا العلم، ويرتقي بها نحو الأفضل، ولا يدع بذلك حجة للضعف والقصور في الأداء، وهو ما يعني تخطي علم السجون كعلم عتبة الانطلاق، ويضع أقداما في حظيرة المعرفة، ويقول كلمته كباقي العلوم المهمة بصنع السلوك الإنساني.

والحديث عن تطلع الدارسين لحلم علمية السجون يقر بأن السياسة الجنائية اليوم تسير في اتجاه أكثر حكمة وعقلانية سطر لها عقلاء النظم العقابية، وعبدوا لها فلسفة تقوم على إصلاح الجناة وتأهيلهم بحيث يندمجون في المجتمع من خلال إخضاعهم لبرامج وتدابير وكذا إجراءات إصلاحية، وهي الممارسات الاجتماعية التي يراد بها حفظ أمن واستقرار المجتمع، والنظر إلى عقوبة السجن على أنها تطبيق من باب العلاج والإصلاح، لا بهدف القسوة والانتقام، وهو ما حدا بنا إلى معالجة هذا الموضوع المتشعب، والتعرض له بشيء من التفصيل، ومنه توضيح ما للسياسة الجنائية المعاصرة من جهد في تغيير صورة مؤسسات السجون من بيئات مغلقة تمارس فيها أشنع صور التعذيب والإهانة والإذلال، إلى

واقع شبيه بالحياة الطبيعية داخل أسوار مغلقة، تقوم فيها الغايات الإنسانية كأولى الاعتبارات من جهة، ولا يتعارض هذا المشهد مع المنفعة المرجوة من الإيداع في المؤسسات وهي زجر الجاني وردعه للحيلولة دون عودته للجريمة من جديد، وهو بطبيعة الحال جوهر الدعوة التي ترفعها فلسفة الإسلام في تعاملها مع الجريمة والمجرمين.

ثالثا: شروط قيام علم السجون

حتى تستوفى شروط قيام أي علم من العلوم ان تكون هناك منطلقات يتأسس عليها كي ينطلق على اسس علمية، وحتى نتبين حقيقة قدرة ميدان السجون ان يكون له موقعا بين مختلف الفنون المعرفية ضرورة وجود ما يلي:

- 1- دلالة توضح مفهوم وماهية علم السجون، وهنا نجد أن مفهوم السجن قد ورد في النصوص القرآنية بشكل جلي وواضح، وأخذ كثير من الدلالات والمعاني في المتناولات العلمية والمعرفية، وبالتالي كمفهوم له حضوره العلمي.
- 2- العلاقة التي تربط علم السجون ببقية العلوم الأخر، وهنا نؤكد على وجود ما يسمى باجتماعية السجون، واقتصاديات السجون، وهندسة السجون، وتاريخية السجون، وغيرها من التقاطعات مع كثير من العلوم والضروب المعرفية وهو ما سنتناوله في جزء لاحق من المقال.
- 3- الغاية المرجوة من تبني هكذا تخصص علمي، وغاية علم السجون هو أكيد لغاية تطوير مؤسسات السجون والنهوض بها، لتكون قادرة على القيام بالرسالة التي وجدت من اجلها.
- 4- الأهمية التي يحظى بها والإضافة التي تقدمها مخرجاته، وهنا تكمن الأهمية العلمية والأهمية العملية.
- 5- المؤسسات التي تعنى بعلم السجون وترتبط به كفضاء لممارسة المخرجات العلمية له، ويتعلق الأمر بمختلف المؤسسات والتنظيمات المختلفة بالمجتمع ذات الارتباط بالسجن والسجناء.
- 6- مجالات البحث التي ينشط فيها علم السجون، وكذا الدائرة العلمية والعملية التي يدور في فلكها: وهنا العلاقة التي تربط مؤسسة السجن وما تقدمه من ذخيرة ومادة خام للمؤسسات البحثية سواء أكانت جامعات او مخابر او مراكز بحث.
- 7- المناهج او الأدوات العلمية التي ينتهج بها علم السجون مختلف ممارساته العلمية: وهو مختلف التدابير والإجراءات المعمول بها داخل مؤسسات السجون، وكذا البرامج المعتمدة، والتي كلها موجهة وفق تنظيم قانوني وعلى ضوء التشريعات المعتمدة.

8- المقاربات الفكرية، بمعنى هل يمتلك علم السجون السند النظري كمرجعية علمية لفهم وتفسير كل ما يتعلق به من أنشطة وممارسات: وهو ما يقوم عليه أي علم باعتبار ان العلم الذي يفقد للسند العلمي لا يمكن له ان يقوم.

كل هذه النقاط لو تمعنا فيها لوجدنا كل الشروط قد تتوفر في هذا الميدان كفضاء علمي يمكن له أن يبسط أفرشته كي يتربع على ثقة الدارسين والمهتمين، ويكون له جزؤه من الاهتمام، وينال نصيبه من الدراسة والبحث، خصوصا وان السياسة الجنائية في تطور مستمر، والمجتمعات بحاجة إلى تجديد تدابيرها وآلياتها في التعامل مع السجناء، ولأنك ان الأمر لا يتوقف عند هذا الحد بقدر ما المجتمعات بحاجة إلى متابعة خريجي السجون، وتقديم يد العون لهم من خلال الرعاية اللاحقة وهي بطبيعة الحال ضمن دائرة اختصاص هذا العلم.

رابعا: أهداف الدعوة لعلم السجون

تحدد أهداف الدعوة إلى قيام علم يهتم بالسجون، على ضوء ما يلي:

1. أهمية الأدوار التي تلعبها مؤسسات السجون في تعديل وتشكيل وكذا تمييط السلوكات المتعارف والمتوافق عليها لدى النزلاء الذين يتواجدون فيها.
2. مدى قدرتها على تغيير أسلوب التفكير لدى نزلائها.
3. فلسفة هذه المؤسسات في تطبيق آلية التعامل المثلى مع هؤلاء السجناء.
4. الحرص على تأكيد أساليب التكفل والتأهيل الفعلية.

من هنا كانت الدعوة الحالية تهدف إلى الدفع بالحاجة إلى علم السجون كواحد من ضروب المعرفة ويمكن تلخيص أهم أهداف الدعوة فيما يلي:

- الدفع بالسياسة الجنائية إلى النظر إلى السجون على انها مؤسسات اجتماعية، لها مسؤولية كبيرة في إعادة تنشئة الأفراد وتعديل سلوكياتهم، وعلى المجتمع تبني الطرق والأساليب والتدابير التي تتماشى والمعايير الدولية، من خلال عصرنه هذه المؤسسات وتحديثها، وجعلها أكثر إنسانية.
- دراسة أنظمة السجون على مختلف أشكالها وتصنيفاتها القانونية، والكيفية التي يتم التعامل فيها مع النزلاء، من خلال إلقاء الضوء على حالتهم داخلها، من الناحية الصحية والغذائية، والخدمات المقدمة في التكفل النفسي والاجتماعي، ودور المؤسسات في تحسين المستوى التعليمي والمهني لدى النزلاء، وكذا الرفع من المستوى التهذيبي والأخلاقي لدى السجناء.

- التأكيد على ضرورة الاهتمام بفلسفة التأهيل بمؤسسات السجون، والحرص على تنظيم وإنجاز الدراسات والإحصاءات العلمية والأكاديمية التي يمكن الارتكان إليها في قياس نجاح أو عدم نجاح هذه المؤسسات في العالم في تحقيق غرضها، بالنظر إلى وسائل الإصلاح وإعادة الإدماج.
- الاهتمام بالأبحاث والدراسات الأكاديمية التي تساهم في تنوير القائمين على المؤسسات، وتثري التشريعات والقوانين التي تؤسس لمنظومة عقابية إصلاحية.
- التأكيد على ضرورة وجود أساس علمي يستند إليه في كيفية الانتقال من صورة السجون كبيئة تقرد فيها أشكال العقاب إلى مؤسسة اجتماعية تقوم على اتجاهات وممارسات تربوية، منهجها إصلاحي وغايتها إنسانية.
- ضرورة وجود علم للسجون قائم بذاته يساهم في تقديم الاقتراحات لتنوير القائمين على المؤسسات، بهدف تحجيم معدلات العود للانحراف والجريمة من جهة، وتحسين دور مؤسسات السجون في المجتمع من جهة ثانية.
- الدفع بمؤسسات السجون لتلعب دورها في تأهيل المحكوم عليهم وفق المعايير الدولية وما تقره المواثيق الدولية من معاملة إنسانية من جهة، والحفاظ على قيمة السجين، وإدماجه في الوسط الاجتماعي كفرد سوي من جهة ثانية.

خامسا: أهمية الدعوة لعلم السجون:

كانت النظرة إلى السجن تشير إلى أنه تنظيم عقابي يراد به عزل الجاني عن المجتمع وجعله يدفع ثمن جرمه عن طريق العقاب، أما اليوم فقد أصبح ينظر إلى السجن بأنه مكان لإصلاح النزول وتهذيبه وإعادة إدماجه في المجتمع⁽¹⁾، ولاشك في أن لعملية التكفل بالسجناء وإعادة إدماجهم في المجتمع دور كبير في تحقيق الأمن الاجتماعي، ومن هذا التوجه تكمن أهمية الدعوة لقيام علم السجون وذلك للاعتبارات التالية والتي نراها تأكيد على أهمية قيام علم السجون كعلم وفن:

1. طالما أن السجون مازالت مفتوحة لاستقبال المحكوم عليهم قضائيا فإننا بحاجة علم ينظم هذا الميدان، وينظر في شؤونه، وينبغي أن نقضي على التسمية التقليدية التي ترى في المؤسسات المغلقة منغلقة على المجتمع، بل لا بد من تفتحها وتواصلها مع المحيط كي تتمكن من تبادل الاستفادة مع مختلف التنظيمات الاجتماعية الأخرى، إذن السجن كمؤسسة مغلقة بالمجتمع لا

(1) مصطفى دحام، **الإكتظاظ كعائق للدور الإصلاحي للسجون**، مجلة إدماج (مجلة تعنى بشؤون السجون)، مديرية إدارة السجون وإعادة الإدماج، المغرب، العدد 2، 2002، ص 43.

- ينبغي أن تبقى منغلقة على المجتمع في ظل وجود علم السجون، بل لا بد وان تنفتح على المجتمع، وتكون في تفاعل مباشر معه كي تتمكن من تحسين فعالية الأداء.
2. طالما أن البدائل المقترحة كبديل لعقوبة السجن لم تعطي فعاليتها، تبقى عقوبة السجن هي أكثر العقوبات التي تصدر من قبل رجال القضاء، وبالتالي نحن بحاجة إلى علم يمثل هذه العقوبة.
3. محور السجن والسجناء كان ولا يزال موضوع دراسته من الطابوهات والمحرّمات في الكثير من المجتمعات وخصوصا العربية منها، وهو ما يحتم كسر تلك الطابوهات، والانطلاق بالبحث نحو أفق أكثر نضجا من الزاوية العلمية.
4. هناك ثراء في البحوث حول مجتمع السجون، والدراسات حول شريحة السجناء، نفسيا واجتماعيا وتربويا، وهو ما يدعو بإلحاح الى الاستفادة من مخرجات هذه الأبحاث والدراسات والاستفادة منها في تحديث هذه البيئة.
5. النظر الى مؤسسات السجون على أنها مؤسسات اجتماعية بالدرجة الأولى، لها من الإسهام في بنية المجتمع، وتمثل نسق اجتماعي له وظيفة كبرى.
6. التشجيع نحو الإقبال على البحث، وانجاز الدراسات العلمية الهادفة الى إثراء أدبيات هذا الفضاء العلمي لميدان السجون، خاصة وان كثير من المؤسسات الجامعية الجزائرية وحتى العربية والأجنبية بها تخصصات ذات صلة بميدان السجون حتى وان كان بعضها يتعلق بعلم الإجرام او الجريمة والانحراف.
7. الإقرار بأن مخرجات علم السجون هي لبنة أساسية في اتجاه تطوير السياسة الجنائية المعاصرة القائمة على أسس الخدمة الاجتماعية، ومراعاة مبادئ وحقوق الإنسان.
8. الإقرار بأن مخرجات علم السجون من دراسات وبحوث هو له من المنفعة على فئة السجناء كي تكون آليات التعامل لها من الفعالية والنجاعة.
9. هذه الدعوة تسهم بدرجة أولى في حث المختصين على تعميق انتاجاتهم العلمية وتوثيقها بما يخدم هذا العلم ويطور من آداءات مؤسسات السجون، والإشهار لها كي تكون مرجعا وسندا للعاملين.
10. كذلك تكمن الأهمية العملية للدعوة في التأكيد على مدى نجاح المؤسسات العقابية في تأهيل وإعادة إدماج السجناء، بعد إصلاحهم بهدف إعادتهم إلى حظيرة المجتمع كأفراد أسوياء، لكون هذه المؤسسات على قدرة كافية للتأثير في شخصية نزلائها، وتعديل قيمهم ومعايير السلوك

لديهم، وتخليصهم من ثقافة الإجرام، وتكييفهم مع قيم المجتمع ومعاييرها، والامتثال لقواعد الضبط فيه.

11. الدعوة إلى قيام علم السجون أهمية عملية في كونها تساهم في تهيئة الأرضية العلمية المساعدة على الاستزادة في تحسين وضعيات السجون، وحل مشكلات السجناء، والتكفل بهم، والعمل على تأهيلهم.

باختصار الدعوة إلى قيام علم السجون تحوي الكثير من الحاجة إلى قيام واستعراض الأدبيات والترجمات العلمية التي تناولت قضايا السجن والسجناء.

سادسا: علاقة علم السجون ببقية العلوم الأخرى:

يرتبط علم السجون بالكثير من العلوم الحديثة والتي سواء كانت بينه وبينها استفادة متبادلة، او التي استند واستفاد من دراساتها وأبحاثها في بحث بيئة السجن وواقع السجناء، ومن ذلك نجد على سبيل المثال لا الحصر نجد ما يلي:

أ/ علم الاجتماع: هناك ارتباط وثيق بين علم السجون وعلم الاجتماع، وهو في الفرع الذي تحدث عنه عبد الله عبد الغني غانم (2003) وسماه بعلم اجتماع السجون وعرفه على أنه "فرع من فروع علم الاجتماع يتخصص في دراسة "مجتمع السجن" والظواهر والنظم المرتبطة بهذا المجتمع، ويطبق الأطر والنظريات التفسيرية الخاصة بعلم الاجتماع في تفسيره لهذه الظواهر كما يستخدم مناهج البحث والتكنيكات والأدوات البحثية الخاصة بعلم الاجتماع العام في دراسة هذه الظواهر والنظم والعلاقات التي يتميز بهذا المجتمع"⁽¹⁾، وهناك ارتباط كبير بين علم اجتماع العقاب وعلم السجون أو علم اجتماع السجون، باعتبار ان العقاب في كثير من الدراسات والأبحاث مرتبط اشد الارتباط بالعقوبات السالبة لحرية، أي أن مجال الدراسة لعلم اجتماع يتقاطع مع علم السجون، في اعتبار كونهما يبحثان في النظم العقابية التي تتبناها مختلف المجتمعات، باعتبار كما أكد السمالوطي على أن النظام العقابي هو احد النظم الاجتماعية التي تشكل في تفاعلها وتساندها البناء الاجتماعي للمجتمع، ويعد النظام العقابي من الضرورات الاجتماعية إذ لا يمكن لأي تنظيم اجتماعي أن يستمر بدون وجود تهديد بالعقاب في حالة الانحراف⁽²⁾، وبطبيعة الحال هنا يعني أن هناك رد فعل اجتماعي إزاء السلوكات المنحرفة، وعادة ما

(1) تيري كوبرز، الحنون في غهاب السجون، ترجمة أميرة علي عبد الصادق، مؤسسة هندواي للتعليم والثقافة، القاهرة، 2015، ص 15.

(2) نبيل السمالوطي، علم اجتماع العقاب، الجزء الاول، دار الشروق، جدة، 1983، ص 67.

تكون العقوبات الموصى بها هي عقوبة السجن في اغلب الأحكام القضائية التي يصدرها قضاة المحاكم، ويضيف السمالوطي حول موضوع علم اجتماع العقاب بقوله "يحاول علم اجتماع العقاب تفسير النظم العقابية داخل المجتمعات من خلال تطبيق أساليب ومداخل ومناهج علم الاجتماع كالمدخل الوظيفي والمدخل التاريخي وأساليب دراسة الحالة وبعض الأساليب التجريبية، ويهتم بدراسة المؤسسات العقابية ومدى جدواها من حيث تحقيق وظائف العقوبات وأهدافها⁽¹⁾، وهو بطبيعة الحال مرتبط التقاطع بين العلمين، وخاصة أنهما مرتبطان اشد الارتباط بمؤسسات كالسجون ودور رعاية الأحداث، وكيفية تطويرها، والارتقاء بها كمؤسسات للتأهيل والوقاية.

ب/ علم النفس: هناك ترابط كبير بين علم النفس وعلم السجون لدرجة انه بما بدأ التفكير في علم جديد هو "علم نفس السجون"، ان لم نرى ذلك بوضوح في وجود تخصصات علمية أكاديمية تتعلق بهذا الشأن، ومنها تخصص "علم نفس الوسط العقابي" بجامعة باتنة، وهو تخصص يعنى بكل ما يتعلق بخصوصيات المؤسسة السجنية ونزلائها من الجان النفسي، وقد أكدت كثير من الدراسات أن لعلم النفس دور كبير في تطوير النظم العقابية، لكون الأمر يتعلق بسجين له الصبغة الإنسانية، ولما لهذه البيئة من تأثير على نفسية السجين وهو ما يؤكد كوبرز "ظروف السجن القاسية لها أثر سيئ للغاية على الصحة العقلية لجميع السجناء. والسجناء الأخذة أعدادهم في الزيادة، الذين لديهم تاريخ سابق من الاضطرابات النفسية الخطيرة قبل إدانتهم، معرضون بشكل خاص للانهايار عند تعرضهم لقدر هائل من الضغط الذي تفرضه السجون شديدة الازدحام. والعديد من السجناء الآخرين، الذين لم يعانون قط من أي اضطراب نفسي قبل دخولهم السجن، يكون رد فعلهم على الصدمات الهائلة التي تتسم بها الحياة في السجن هو ظهور أعراض الاضطرابات النفسية لديهم"⁽²⁾، وأثير كثير من الجدول حول الأماكن التي يمكن إرسال الجناة إليها بالضوء على تساؤلات خطيرة وعسيرة، بالنسبة إلى أهداف السجون والسبل الأخرى لإدارة الرجال والنساء المدانين، ومدى نجاح الاستراتيجيات المختلفة في تحقيق أهدافها للدول المختلفة مفاهيم مختلفة عن المقصد من السجن والظروف التي ينبغي أن يُستخدم في ظلها باعتباره وسيلة للتعامل مع الجناة، وقد تصدر علماء النفس طليعة هذا الجدل في استكشاف تأثير السجون وتطبيق نطاق متنام من عمليات التدخل مع الجناة داخل السجون وخارجها بوصفها محاولات لتغييرهم النضج النفسي والبدني مصحوبًا بعمليات التكيف المرتبطة -مثل الاستقرار مع شريك وإنجاب أطفال وفرص عيش حياة مهنية

(1) نبيل السمالوطي، علم اجتماع العقاب، مرجع سابق، ص 67.

(2) عبد الله عبد الغني غانم، علم اجتماع السجون: نحو علم جديد للسجون والمؤسسات العقابية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 18، العدد 35، محرم 1424 هـ / أبريل 2003 م، ص 167.

شرعية مقبولة- هي تغييرات أسلوب الحياة التي يمكن أن تؤدي أكثر من غيرها إلى خروج الجناة من دائرة الإجرام⁽¹⁾، كما أظهرت الدراسات وجود مجموعة من التغييرات النفسية لدى السجناء نتيجة التأقلم مع حياة السجن، وهي تتضمن ما يلي⁽²⁾:

- التحول للاعتماد على طاقم العمل والآخرين في اتخاذ القرارات لهم.
- الشك في الآخرين وعدم الثقة بهم، وربما التحفز العصابي.
- إخفاء مشاعرهم مما يصعب الاتصال بالآخرين.
- ضعف الاعتقاد بالتمتع بأية أهمية شخصية.
- استرجاع صدمات الطفولة التي كان لها تبعات مشابهة.

كما يمكن القول ان دور علماء النفس كبير في قطاع السجون، ومن ذلك ما أمكن تلخيصه من كتاب ديفيد كانتر الموسوم "علم النفس الشرعي"، والذي أكد على نقاط اساسية يمكن تجميعها في العناصر التالية:

- إعداد تقارير عن المسجونين، سواءً في المراحل المبكرة من سجنهم للمساعدة في توجيه تقدمهم خلال فترة السجن، أو تقييم الخطر والمسائل الأخرى التي تهم لجنة إطلاق السراح المشروط، وفي مراحل مختلفة طوال فترة حبسهم وبعد الإفراج عنهم⁽³⁾.
- إضافة إلى إعداد التقارير عن الأفراد، من المرجح أن يعتمد علماء النفس العاملون بالسجون على جوانب أخرى كثيرة من علم السلوك. وهذا يتضمن تقييمات لبرامج السجون وأنظمة إدارتها، للمساعدة في وضع خطة تغيير مؤسسي، ولتدريب العاملين بمناهج متنوعة قد تساعد على خفض المخالفات اللاحقة للقانون؛ ونتيجة لذلك، يفضل كثري من علماء النفس بالسجون وهيئات المراقبة التسمية «عالم نفس تطبيقي» أكثر من «عالم نفس شرعي»⁽⁴⁾.

(1) ديفيد كانتر، علم النفس الشرعي، ترجمة ضياء ورا، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، 2014، ص 95.

(2) المرجع نفسه، ص 92.

(3) ديفيد كانتر، مرجع سابق، ص 18.

(4) المرجع نفسه، ص 18.

• يوجد أيضا عدد متزايد من علماء النفس الذين يقدمون النصح إلى المؤسسات العقابية التي يعملون فيها على مستوى أكثر إستراتيجية، وغالبا ما يساعدون في انتقاء فريق العمل أو تدريبه أو تدشين برامج متنوعة للعمل مع الجناة. وفي هذا العمل كله - كما هو الحال مع جميع الأطر الأخرى التي يعمل فيها علماء النفس الشرعيون- تتجاوز إسهاماتهم مجرد تقديم قاعدة معرفية عن المجرمين. وكثري من المؤسسات التي يعملون بها قد يكون لديها مجموعة مستحكمة من التوجهات، وتترسخ لديهم ثقافة عقابية في الأساس، ولم تتلق أي توجيه عن طريق تعليم على المستوى الجامعي من أي نوع أو منهج علمي لحل المشكلات؛ ولذا قد يكون علماء النفس الشرعيون غالبا هم المجموعة المهنية الوحيدة التي تؤكد بالغ التأكيد على أهمية الأدلة العلمية في عملها. ومع ذلك يمكن كثيرا أن تكون قوة تلك الأدلة محل جدل كبير⁽¹⁾.

يتبين من كل هذا أن دور علم النفس جد هام، ودور علماء النفس بالغ الأهمية في الارتقاء بعلم السجون، وتطوير نظمه إلى ما تطمح إليه السياسة الجنائية المعاصرة.

ج/ علم الاقتصاد: يستفيد علم السجون من علم الاقتصاد من خلال بحث مسألة أساسية وهي الميزانيات المخصصة لمؤسسات والمتعلقة بتمويل والإنفاق، وكذا التكلفة التي تفرضها وجود تلك المؤسسات، وهو ما نراه حتى في تصنيف أنواع أنظمة السجون من حيث علاقة المسجونين بعضهم بالبعض، فهناك السجن الجماعي والانفرادي والمختلط والتدرجي، وتثار في النوع الأول والثاني (الجماعي والانفرادي) مسألة التكلفة فهناك من يقول بأن إنشاء السجون الجماعية لكونها غير مكلفة في حين من بين أسباب التخلي عن النظام الانفرادي هو تكلفته الباهظة وعدم قدرة الدول على توفير زنانات وعناصر خاصة بكل سجين تتوفر على كل شروط الاحتباس، مما يعني ان علم الاقتصاد له علاقة بقطاع السجون، أيضا هناك ما طرح من أفكار حول إمكانية تخلي الدولة عن تسيير السجون، والذهاب بها نحو التخصص، حيث تتولى تسييرها شركات خاصة، وذلك لترشيد النفقات من جهة، وللتخلي عن القطاع العمومي من جهة ثانية، وهناك أمور وقضايا أخرى تدفع بوجود استفادة كبيرة من قطاع السجون لعلم الاقتصاد.

د/ علم الهندسة: أن الهندسة المعمارية للسجون لها تأثير بالغ الأهمية على المسجونين، وذلك ما يتعلق بكيفية مراعاة البعد الحقوقي في هندسة السجون، من خلال المعايير الدولية المعمول بها، والحرص على توفير كل ظروف الاحتباس، وكذا الشروط الضرورية من عوامل التهوية الطبيعية المخصصة لكل

(1) ديفيد كانتر، المرجع السابق، ص 82.

سجين، والمساحة المثلى للزنازين الفردية والجماعية، إضافة إلى توفير شروط الإضاءة الطبيعية والتدفئة بأماكن الاحتجاز، وتحسين مستوى المرافق الصحية التي يتم فيها التكفل بالسجناء صحيا، كما يستفيد علم السجون من قياس وضع المباني من حيث الصلاحية، والحفاظ على الحالة الإنسانية والصحية للمحتجزين، حتى انه تم التوصية في ندوة إصلاح العدالة المنظمة الجزائر سنة 2004 بان يؤخذ في الاعتبار عند بناء مؤسسات عقابية جديدة ان يكون ذلك وفق المعايير الدولية الحديثة، بما يضمن أماكن احتباس ملائمة من حيث سعة المكان وتوفر التهوية والإضاءة الطبيعية بالقدر الكافي، وإعداد خريطة عقابية تراعى مسألة إخراج السجون من النسيج العمراني، ومعايير نشاط الجهات القضائية والجانب الديموغرافي وتصنيف المساجين، وكذا تهيئة الهياكل العقابية الحالية عن طريق ترميم وتوسيع المنشآت القابلة للاستعمال لجعلها متطابقة مع المقاييس الدولية وعلق المؤسسات القديمة غير القابلة لذلك⁽¹⁾، وهو حرصت عليه المواثيق الدولية من خلال القواعد النموذجية لمعاملة المسجونين الصادرة عن منظمة الأمم المتحدة والتي أقرت في موداها (من 9 إلى 14) المتعلقة بأماكن الاحتجاز على ما يلي:

9. (1) حيثما وجدت زنازات أو غرف فردية للنوم لا يجوز أن يوضع في الواحدة منها أكثر من سجين واحد ليلا. فإذا حدث لأسباب استثنائية، كالاكتظاظ المؤقت، أن اضطرت الإدارة المركزية للسجون إلى الخروج عن هذه القاعدة، يتقضى وضع مسجونين اثنين في زنازاة أو غرفة فردية.

(2) وحيثما تستخدم المهاجع، يجب أن يشغلها مسجونون يعتني باختيارهم من حيث قدرتهم على التعايش في هذه الظروف. ويجب أن يظل هؤلاء ليلا تحت رقابة مستمرة، موائمة لطبيعة المؤسسة.

10. توفر لجميع الغرف المعدة لاستخدام المسجونين، ولا سيما حجرات النوم ليلا، المتطلبات الصحية، مع الحرص على مراعاة الظروف المناخية، وخصوصا حجم الهواء والمساحة الدنيا المخصصة لكل سجين والإضاءة والتدفئة والتهوية.

11. في أي مكان يكون على السجناء فيه أن يعيشوا أو يعملوا:

(أ) يجب أن تكون النوافذ من الاتساع بحيث تمكن السجناء من استخدام الضوء الطبيعي في القراءة والعمل، وأن تكون مركبة على نحو يتيح دخول الهواء النقي سواء وجدت أم لم توجد تهوية صناعية،

(ب) يجب أن تكون الإضاءة الصناعية كافية لتمكين السجناء من القراءة والعمل دون إرهاق نظرهم.

(1) من توصيات الندوة الوطنية لإصلاح العدالة المنظمة بالجزائر في شهر مارس 2005.

12. يجب أن تكون المراحل كافية لتمكين كل سجين من تلبية احتياجاته الطبيعية في حين ضرورتها وبصورة نظيفة ولأثقة.

13. يجب أن تتوفر منشآت الاستحمام والاعتسال بالمشحون في مقدور كل سجين ومفروضاً عليه أن يستحم أو يغتسل، بدرجة حرارة متكيفة مع الطقس، بالقدر الذي تتطلبه الصحة العامة تبعاً للفصل والموقع الجغرافي للمنطقة، على ألا يقل ذلك عن مرة في الأسبوع في مناخ معتدل.

14. يجب أن تكون جميع الأماكن التي يتردد عليها السجناء بانتظام في المؤسسة مستوفاة الصيانة والنظافة في كل حين.

هـ/ علم الإحصاء: هناك ارتباط قوي بين علم الإحصاء وعلم السجون، بحيث تمثل مؤسسات السجون لعلم الإحصاء كمصدر من مصادر الإحصاء الجنائي الذي يرصد حجم النزلاء ونوعهم وأعمارهم وأصناف الأحكام القضائية التي صدرت بحقهم، ويفيد علم الإحصاء في تقديم لغة رقمية عن كل ما يتعلق بالسجون من إحصائيات، ويعتبر الإحصائي "وسيلة من وسائل البحث العلمي الذي يترجم خصائص وسمات الظاهرة الإجرامية إلى أرقام بأسلوب يركز على دراسة الشخصية الإجرامية متبعاً إياها باستعراض أساليب الفعل الإجرامي وسماته من حيث الحجم والنوع والزمان والمكان والأسلوب والنمط والدافع مستهدفاً التوصل من خلال ذلك إلى العلاقة بين الجريمة والمجرم، وبين المتغيرات الاجتماعية والثقافية والاقتصادية والبيئية وغيرها، التي تساعد الشخص أو تدفعه إلى ارتكابها"⁽¹⁾، وتمثل إحصاءات السجون واحدة من بين المصادر الأساسية للإحصاء الجنائي إضافة إلى إحصاءات الشرطة وإحصاءات القضاء، وتعرف إحصاءات السجون على أنها "وهي إحصاءات خاصة بالمؤسسات العقابية والإصلاحية (السجون) تتضمن عدد المحكوم عليهم بعقوبات أو تدابير سلبية للحرية ومدد هذه العقوبات وأنواع جرائمها، وحركة النزلاء الداخليين والخارجيين. وهذه الإحصائيات تقتصر فقط على الذين تصدر عليهم المحاكم أحكاماً بعقوبات سلبية للحرية (الحبس) ومن ثم يتم إرسالهم إلى تلك المؤسسات لتنفيذ العقوبة"⁽²⁾، وهذا ما يدل على أن هناك ارتباط وثيق بين علم الإحصاء وبين علم السجون كعلم يسعى

(1) عثمان الحسن نور، **تطور مفهوم الإحصاء الجنائي**، من أوراق ندوة تطوير نظم إحصاءات العدالة الجنائية في الدول العربية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط 1، 2001، ص 11.

(2) أكرم عبد الرزاق جاسم المشهداني، **الإحصاء الجنائي في الوطن العربي: الواقع.. وآفاق التطوير**، من أوراق مؤتمر الإحصاء العربي الأول، عمان، 12- 13 نوفمبر 2007، ص 151.

الى توثيق واقعه بلغة رقمية قد تفيد وتساعد على تطوير قطاع السجون، وتحسين مستوى أداء المؤسسات العقابية والاصلاحية.

سابعا: المقاربات النظرية لعلم السجون:

عند القراءة الكرونولوجية لتاريخ أنظمة السجون، يرتبط هذا التطور بتاريخ العقوبة والأغراض المرجوة منها، ابتداءً من اتجاهات المجتمعات البدائية في ردة فعلها اتجاه السلوكيات المضادة للمجتمع، ومرورا بالاعتقادات والتصورات التي كانت سائدة لدى المجتمعات القديمة، وكذا المجتمعات الحديثة وما صاحبها من تطور في السياسة الجنائية وفنون التعامل مع ظاهرة الجريمة ومركبوها، وصولا إلى المجتمعات الحالية، التي بلورت فلسفتها في النظرة إلى الجريمة والمجرمين، وحولت نظرتها من تفريد العقوبة بغرض الشدة الانتقام إلى آلية بيد الجناة والعمل على إصلاحهم وإعادة إدماجهم في المجتمع، كما يشهد تاريخ الفكر الجنائي لكثير من الإنجازات التي ساهم فيها مفكرون وباحثون في مجال تطوير واقع السجون وتنظيمها وتحسين وضعيات السجناء مثل الأعمال التي قام بها «جون هوارد»- Gohn -Howard- و«بومنت»- B.Beaumont- و«هيب وورث ديكسون» - W. H. Dixon- و«شارل لوكاس»- Charles Lucas- و« بنيامين فرانكلين»- Franklin Benjamin-...، فبعد أن كان السجن في المجتمعات القديمة وسيلة لردع الجناة والتكبل بهم، ووضعه في أماكن معزولة بعيدة عن المجتمع دون مراعاة لشروط الإيداع، يضاف إلى ذلك القسوة المتبعة والشدة في المعاملة، أين تغيرت الفلسفة اليوم لتصبح عملية الحبس هدفها إصلاح الجناة وعلاجهم وكذا دفعهم نحو التكيف وفق معايير الحياة السوية.

لقد كانت السجون قبل قرون خلت تمثل نظاما عقابيا استثنائيا، حيث كانت تستخدم لحفظ المتهمين أو للاحتفاظ بهم حتى موعد تنفيذ الأحكام بحقهم أو إعدامهم وفي بعض الحالات يحتفظ بالمدين كسجين لإكراهه على دفع الدين أو دفع الغرامة أو رد المال المسروق إلى صاحبه⁽¹⁾، لكن تعتبر الفترة التي تلت القرن الثامن عشر مرحلة حاسمة في تاريخ الفكر الجنائي الحديث، نتيجة بروز العديد من الفقهاء ورجال القانون الذين أحدثوا ثورة في مجال أدوار السجون ومعاملة السجناء، وتمثل بذلك هذه الفترة بداية ظهور الحركات الفكرية، والتيارات المجددة، والتي كان لها الأثر البالغ في التشريعات الجنائية فيما بعد، مشكلة بذلك ظهور فلسفة قانونية جديدة، ومختلفة عن تلك التي كانت سائدة في العصور القديمة والوسطى، وكان نتيجة هذا ظهور محاولات جادة في إصلاح السياسة الجنائية، وإثراء النظم الجنائية، بفهم الفعل

(1) عدنان الدوري، علم العقاب ومعاملة المذنبين، منشورات ذات السلاسل، الكويت، ط 1، 1989، ص 200.

وما يقابله من جزاء، وتبيان الغرض منه، وكيفية تطبيقه، ويمكن اعتبار هذه المحاولات بمثابة الثورة العلمية الكبرى في تاريخ الفكر الإنساني، فهي كما قال البعض أمدت الفكر الإنساني بطاقت فكرية جديّة للتعامل مع الإنسان بأسلوب إنساني يعيد الثقة بأدميته ويثمن حق الإنسان في العيش الحر والحياة الكريمة ويجنبه الألم الناشئ عن العقاب إلى الحد الأدنى من المعاناة⁽¹⁾.

ويمكن لنا ان نجل المؤشرات على وجود نظريات ومدارس تؤكد علمية السجون ما يمكن ان نعبر عنه بالمداخل التالية:

(1) المدخل التاريخي: وهذا المدخل يمكن ان يضم كل من المدرسة التقليدية القديمة والمحدثة، القديمة والتي كان من أبرز روادها سيزار بيكاريا (Cezare Beccaria) (1738-1794م) بإيطاليا، وجيرمي بنتام (Jeremy. Bentham) (1748-1832م) بإنجلترا، وفيورباخ (Feureback) بألمانيا، ويعود لها فضل القضاء على النظام الجنائي القديم وما يحويه من عيوب أهمها القسوة في العقاب، والتحكم القضائي، وعدم المساواة أمام القانون، وعدم التناسب بين الفعل الضار وبين رد الفعل عليه (سليمان، 1990، 24)، وقد طبق سيزار بيكاريا مبدأ الاتجاه النفعي عند تفسير السلوك الإجرامي، فالمرجم لا يقدم على جريمته إلا بعد أن يوازي بين اللذة التي يحصل عليها من ارتكابه لجريمته، وبين مقدار الألم الذي يتعرض له عند توقيع العقوبة عليه، ونتيجة هذه الموازنة أما أن تدفعه إلى ارتكاب جريمته أو الامتناع عنها حسب تقديره⁽²⁾، فلسفة المدرسة التقليدية القديمة ركزت اتجاهها حول المنفعة الاجتماعية والردع العام، لذلك كان الهدف من تطبيق العقوبة هو زجر الجناة، مما يترتب عنه تحقيق وظيفة الردع من تطبيق القانون، حتى أن دعوة رواد هذه المدرسة في إحقاق المساواة بين الجناة، وتحقيق العدالة خدمة للمنفعة العامة كان بهدف فرض استبداد رجال القانون وبخاصة القضاة، مما أحدث ذلك نزعة نحو إحداث إصلاح اجتماعي في السجون، مع إلغاء أساليب التعذيب، والتتكيل في العقوبات.

زيادة على المدرسة التقليدية القديمة، هناك التقليدية المحدثة، والتي ظهرت خلال النصف الأول من القرن التاسع عشر، نتيجة الانتقادات اللاذعة التي تعرضت لها المدرسة القديمة، ومن أبرز روادها الفيلسوف إيمانويل كانت (1724-1804) (E. Kant)، وأورتولان (Ortolan)، ومولينيه (Milinier)

(1) عبد الله عبد العزيز اليوسف، واقع المؤسسة العقابية والإصلاحية وأساليب تحديث نظمها الإدارية في الدول العربية، أبحاث ندوة النظم الحديثة في إدارة المؤسسات العقابية والإصلاحية المنعقدة بالرياض أيام 19-20-21 / 04 / 1999، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1999، ص 179.

(2) فرانك. ب. ويليامز III وماريلين. د. ميشان، السلوك الإجرامي (النظريات)، ترجمة: عدلي السمري، دار المعرفة الجامعية، الأزهرية، 1999، 33.

في فرنسا، وكارارا (Carrara) في إيطاليا، وهيجل (Hegel)، وميتزماير (Mittermaier) في ألمانيا، وهاوس (Haws) في بلجيكا، وكان شعار هذه المدرسة هو "الظروف المخففة للعقوبة"، حتى أنها عرفت أيضا بالنظرية التعديلية، وكان من مبادئها الأساسية الاهتمام بالجاني خلال تطبيق العقوبة، حيث صارت هيئة المحكمة تأخذ في اعتبارها طبيعة الظروف التي دفعت بالجاني إلى إتيان السلوك الانحرافي من عوامل مادية واجتماعية، وكان من بين المبادئ التي تحدثت بها هذه المدرسة، أنه لما كان إيداع نوعيات مختلفة من المجرمين في سجن واحد يمكن أن يؤدي إلى المزيد من الفساد بالنسبة للبعض⁽¹⁾، فقد هالهم أن تزداد نسبة العود للإجرام، فغزوا ذلك فساد نظام السجون لا إلى فساد النظرية، لذلك فقد انصب اهتمامهم على إصلاح السجون، وظهروا عيوب الاختلاط بين الأنواع المختلفة للمجرمين، وبنوا خلو السجون من أساليب التهذيب، وسعوا لتحقيق سياسة جنائية إنسانية تتبع تنفيذ العقوبة السالبة للحرية، بحيث تكون العقوبة وسيلة لتقويم المجرم أخلاقيا واجتماعيا، والعمل على إعادة تأهيله، ببث العادات الحميدة في نفسه عن طريق العمل في السجون، وتقوية العاطفة الدينية لديه⁽²⁾ وهذا ما دفع بهم إلى الدعوة نحو ضرورة تصنيف المجرمين حسب دوافعهم والظروف التي دفعتهم للسلوك الانحرافي، وبذلك يتحقق مبدأ تفريد العقوبة حسب كل حالة.

2) المدخل الوضعي: وتمثله المدرسة الوضعية التي ظهرت في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، وكان من أبرز رواد هذه المدرسة سيزار لمبروزور (1836-1909) (Cesare Lombroso) وأنريكو فيري (1829-1856) (Enrico Ferri) ورافاييل جاروفالو (1852-1934) (Raffaele Garofalo)، وكانت هذه المدرسة الانطلاقة الأولى للنظر إلى الجريمة على أنها ظاهرة اجتماعية إنسانية وليست قانونية فحسب، مستقيدة في ذلك من النجاح الذي حققته النتائج العلمية والاستقرائية التي تتبع المنهج العلمي والتجريب، وقد انطلق علم الجريمة الوضعي للسير في خطوط مماثلة حيث حاول الباحثون التوصل إلى وحدات دقيقة وقابلة للقياس والحساب للجريمة والانحراف⁽³⁾، باعتبار أن القواعد والأساليب التي أثبت نجاحها في مجال العلوم الطبيعية يمكن أن تساعد عند تطبيقها في تعميم السلوك، ومن ثم النظر إلى السلوك على أنه يحدث نتيجة قوانين ثابتة وحتمية، وترى أن رد الفعل الاجتماعي ينبغي أن ينحصر في التدابير الاحترازية دون العقوبة التقليدية، والتي تعد خطوة نحو حماية المجتمع، وتأمين سلامة أفرادها، وبالتالي يمكن تحديد عوامل الفعل الإجرامي، والسلوك الانحرافي، عندها يمكن

(1) فرانك. ب. ووليامز III وماريلين. د. ميشان، السلوك الإجرامي (النظريات)، المرجع السابق، ص 44.

(2) عبد الله سليمان، النظرية العامة للتدابير الاحترازية (دراسة مقارنة)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 25.

(3) نبيل السالموطي، علم اجتماع العقاب، الجزء 2، دار الشروق، جدة، 1983، ص 54.

علاج هذه العوامل، والتنبؤ بالأفراد الذين هم على استعداد لإتيان تلك الأفعال، وهذا ما يدفع إلى اتخاذ إجراءات مثلى للتعامل معهم وعلاجهم بطرق أكثر عقلانية.

(3) المدخل البيئي: أو كما يطلق عليه البعض الايكولوجي، والذي يهتم "بدراسة ابنية السجون وتصميماتها وتأثيراتها على وظيفة السجن الإصلاحية والتأهيلية، والحقيقة ان ابنية السجون وتصميماتها كانت محورا لكثير من التحليلات والجدل، فالبعض يرى انه من أهم الأسس العقابية للسجن ألا يفقد صفته العقابية لان استحداث كل وسائل الراحة في ابنيته وتصميماته من شأنه أن يؤدي إلى فقدان السجن لصفته العقابية، بل قد يتحول إلى النقيض فيصبح أحد عوامل تعزيز السلوك الإجرامي عن طريق الإثابة الناتجة عن سهولة الحياة فيه"⁽¹⁾.

(4) المدخل التنظيمي: هذا المدخل هو الزاوية التي ينظر للسجن كمؤسسة رسمية، وهيكل تنظيمي، يخضع إلى قانون عقابي، ويتوفر على تركيبة بشرية ومادية متعددة، وتحكمه ضوابط واطر قانونية، ويمتلك صلاحيات ومهام كبرى، وفي هذا تؤكد صونيا براميلي "المجتمع البشري دور هام بالسجون وصلة وثيقة بنجاح العملية التأهيلية والإصلاحية، والتي إذا ما أتقنت وأدت دورا كاملا وبالطرق العلمية الصحيحة والبرامج الواضحة، والتنفيذ الدقيق، والخطط فإنها تساهم الى حد بعيد في إعادة الإدماج الاجتماعي للسجين وإعادة إصلاحه وتأهيله ليعود إلى المجتمع وقد تعززت قدراته، ومؤهلاته، وثقته بذاته، وصلحت حاله بعيدا عن سلوك طريق الانحراف مجددا، لذا فان واقع الحال يستوجب توفر صفات وخصائص معينة، لا سيما لدى التشكيل الإداري للسجن، مثل التخصص من خلال الإعداد في معاهد خاصة، والتدرج في الوظيفة، وعدم نقل المتخصصين إلى العمل في المؤسسة العقابية، كذلك توفر صفة التفرغ للعمل، ... ويحتاج العمل الإداري في السجن الى جهاز متكامل يوفر انتظام الحياة الداخلية في السجن، ويقع على عاتقه حفظ النظام الداخلي وانتظام العمل والتدريب المهني والتأهيل الاجتماعي والأنشطة الاجتماعية والثقافية، وكذلك تدبير الشؤون الحياتية والمعيشية ومتابعة الحركة اليومية للسجين من زيارات ومراسلات ومراجعات واتصالات ودخول وإفراج"⁽²⁾، أليس هذا القول تأكيدا على أن السجن بيئة منظمة، والإطار لفهمها أحيانا لا بد وان يكون من خلال المدخل التنظيمي.

(1) ناجي محمد هلال، الآثار الاجتماعية للسجن على النزلاء دراسة اجتماعية على احدى المؤسسات العقابية، دورية الفكر الشرطي، المجلد 14، العدد 53، 2005، ص 22.

(2) صونيا براميلي، الحالات الاجتماعية والتأهيل الاجتماعي، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2009، ص 153.

(5) المدخل التفاعلي: هناك من يعدد أنظمة السجون حسب علاقة المسجونين بالعالم الخارجي من جهة وعلاقتهم ببعضهم البعض من جهة أخرى، بحيث في الأولى يكون التقسيم إلى: سجون في بيئة مغلقة، سجون في بيئة شبه مفتوحة، و سجون مفتوحة.

أيضا من حيث الجنس يكون التقسيم إلى: سجون خاصة بالنساء و سجون خاصة بالرجال، وأيضا تعدد أنظمة السجون حسب السن و يكون التقسيم إلى: سجون خاصة بالبالغين ما فوق سن 18 سنة وسجون خاصة بالأحداث ما دون 18 سنة، وهناك أسس أخرى يعتمد عليها في تعديد وتنوع نظم السجون وهذا حسب علاقة المسجونين بعضهم ببعض، وهذا ما يؤكد على أن الجانب التفاعلي أو العلائقي هو مدخل أساسي في فهم ميدان السجون، ومنه يؤكد البعض على ان من أهم العوامل التي تشكل العلاقات الاجتماعية للنزير في السجن ظروف وعلاقات ذات النزير الممتدة خارج السجن، وموقفه، وظروفه في المجتمع المحلي، وفي هذا الصدد يشير عبد الله غانم إلى ان تردد عائلات النزلاء بالزيارات على ذويهم من النزلاء يحدث نوعا من التفاعل والعلاقات بين النزلاء داخل السجن لأنها هي التي تحدد نوع العلاقة بين فئات السجن، فهي أساس قيام فئة زعماء النزلاء بالتسلط والسيادة، وهي أساس وضع من لا يتلقون زيارات في ادني السلم الاجتماعي في السجن، وبالتالي ارتباطهم بعلاقة تبعية وانصياع للزعماء، وهي أساس تمكين البعض الآخر من أن يعيش مستقلا يرتبط بعلاقة متوازية أساسها التساوي والتماثل⁽¹⁾، وهذا التفاعل بين السجناء وعلاقتهم ببعض البعض اوجد لنا أيضا أنظمة الاحتباس المعرفة كالنظام الجمعي، والانفرادي، والمختلط، والتدرجي، وهي الأنظمة المعروفة علميا وعالميا.

(6) المدخل الثقافي: ويتجسد هذا في أعمال "دونالد كليمر" في أبحاثه حول الثقافة السائدة بالسجن، وكذا دراسات "غريشام سايكس" الذي بحث في ما سمي بلغة السجن، إضافة إلى أعمال "طوماس ماتيزن" والتي أكد فيها المعايير السجنية، وهي كلها دراسات وأبحاث تؤكد ان المدخل الثقافي هو مقاربة فعلية يمكن الاستناد إليها في بحث مواضيع حول السجن والسجناء.

(1) ناجي محمد هلال، المرجع السابق، 29.

خاتمة:

في الأخير نتمنى أن نكون قد قدمنا نظرة وجيزة تؤكد أن السجون أيضا مجال يمكن أن يكون مرجعا علميا يضيف للسياسة الجنائية، ويشترك في تنظير السياسة العقابية، ولا يكون أبدا جزءا من فرع، بل علما له قيمته، وله سنده المقارباتي، ومساراته في تسطير الفكر السجني، طالما انه يمتلك فضاءه الخاص، وقد تكون الورقة فيها بعض الهفوات، لكنها تبقى محاولة نتمنى أن تمهد لدراسات وأبحاث أخرى تكون في ذات السياق، ونتمنى من المؤسسات الجامعية أن تبادر إلى فتح تخصص قائم بذاته للتكوين، مهما كان وتحت أي مسمى "علم السجون"، مادام هناك العديد من الفروع العلمية ذات الصلة من خلال الدراسات والأبحاث التي تدور في فلك بعض المجالات مثل "علم اجتماع السجون"، "علم نفس السجون"، علم تربية السجون"، "علم إدارة السجون"، أو اعتماد أي تسمية تتعلق بالمؤسسات العقابية أو الإصلاحية تكون لها المبادرة في الدفع بهذا الميدان إلى الانطلاق.

المراجع المعتمدة:

1. محمد عبد القادر قواسمية، جنوح الأحداث في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 201.
2. جون شازال، الطفولة الجانحة، ترجمة أنطوان عبده، منشورات عويدات، بيروت، 1972، ص 101.
3. سلوى عثمان الصديقي وآخرين، انحراف الصغار وجرائم الكبار، المكتب الجامعي الحديث، الازارطة، 2002، ص 263.
4. دراسة لصاحب المقال حول نظام السجون في الجزائر منشورة بجريدة الشروق اليومي، الحلقة (3)، العدد 660، ديسمبر 2002.
5. مصطفى دحام، الإكتظاظ كعائق للدور الإصلاحي للسجون، مجلة إدماج (مجلة تعنى بشؤون السجون)، مديرية إدارة السجون وإعادة الإدماج، المغرب، العدد 2، 2002، ص 43.
6. تيري كوبرز، الحنون في غياهب السجون، ترجمة أميرة علي عبد الصادق، مؤسسة هندواي للتعليم والثقافة، القاهرة، 2015، ص 15.
7. نبيل السمالوطي، علم اجتماع العقاب، الجزء الأول، دار الشروق، جدة، 1983، ص 67.
8. عبد الله عبد الغني غانم، علم اجتماع السجون: نحو علم جديد للسجون والمؤسسات العقابية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 18، العدد 35، محرم 1424 هـ / أبريل 2003 م، ص 167.
9. ديفيد كانتر، علم النفس الشرعي، ترجمة ضياء ورا، مؤسسة هندواي للتعليم والثقافة، القاهرة، 2014، ص 95.
10. من توصيات الندوة الوطنية لإصلاح العدالة المنظمة بالجزائر في شهر مارس 2005.
11. عثمان الحسن نور، تطور مفهوم الإحصاء الجنائي، من أوراق ندوة تطوير نظم إحصاءات العدالة الجنائية في الدول العربية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط 1، 2001، ص 11.

12. أكرم عبد الرزاق جاسم المشهداني، الإحصاء الجنائي في الوطن العربي: الواقع.. وآفاق التطوير، من أوراق مؤتمر الإحصاء العربي الأول، عمان، 12-13 نوفمبر 2007، ص 151.
13. عدنان الدوري، علم العقاب ومعاملة المذنبين، منشورات ذات السلاسل، الكويت، ط 1، 1989، ص 200.
14. عبد الله عبد العزيز اليوسف، واقع المؤسسة العقابية والإصلاحية وأساليب تحديث نظمها الإدارية في الدول العربية، أبحاث ندوة النظم الحديثة في إدارة المؤسسات العقابية والإصلاحية المنعقدة بالرياض أيام 19-20-21 /04 /1999، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1999، ص 179.
15. فرانك. ب. ويليامز الوماريلين. د. ميشان، السلوك الإجرامي (النظريات)، ترجمة: عدلي السمري، دار المعرفة الجامعية، الأزاريطة، 1999، ص 33.
16. عبد الله سليمان، النظرية العامة للتدابير الاحترازية (دراسة مقارنة)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 25.
17. نبيل السمالوطي، علم اجتماع العقاب، الجزء 2، دار الشروق، جدة، 1983، ص 54.
18. ناجي محمد هلال، الآثار الاجتماعية للسجن على النزلاء دراسة اجتماعية على إحدى المؤسسات العقابية، دورية الفكر الشرطي، المجلد 14، العدد 53، 2005، ص 22.
19. صونيا براميلي، الحالات الاجتماعية والتأهيل الاجتماعي، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2009، ص 153.

سلطة القاضي في إجراء الصلح في دعوى الخلع (دراسة مقارنة)

The authority of the judge in making conciliation in repediation lawsuit(a comparative study)

بعاكية كمال (*)

تحت إشراف : الأستاذة الدكتورة. حبار أمال (*)

تاريخ إرسال المقال: 2019 /04 /10 تاريخ قبول المقال: 2019/07/13

الملخص:

إن الخلع هو عبارة عن عقد معاوضة ،لهذا فانه يشترط فيه التراضي رغم أن هناك اختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في اشتراط رضا الزوج بالخلع ورغم أنهم اتفقوا على أن اشتراط الرضا يكون في البذل ،كما إن المشرع الجزائري ألزم القاضي بمخالعة الزوجة من زوجها بمجرد طلبها للخلع ،وذلك حسب نص المادة 54 من قانون رقم84-11 المؤرخ في 09رمضان عام 1404هـ الموافق ل09 يونيو سنة 1984المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 فالقاضي مقيد بهذه المادة ،رغم وجود المادة 49 من نفس القانون التي تلزم القاضي بإجراء محاولة الصلح ،التي يعتبرها بعض القضاة إجراء جوهرى والبعض الآخر أنها إجراء غير جوهرى،كما أن إجراء الصلح في الطلاق يختلف عن إجراء الصلح في الخلع ،ذلك أن إجراء الصلح في طلاق محدد بمدة وهي ثلاثة أشهر، وذلك تماشيا مع عدة المرأة ،أما مدة إجراء الصلح في الخلع حددها المشرع

(*) بعاكية كمال، طالب دكتوراه السنة الثالثة، جامعة وهران 1 (احمد بن بله) كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، البريد الإلكتروني: kamelbaakia@gmail.com

(*) الأستاذة الدكتورة. حبار أمال، جامعة وهران 1 احمد بن بله كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، البريد الإلكتروني: amalgemeaux@gmail.com

بثلاثة أشهر أيضا، لكن لا علاقة لها بفترة العدة إذ أن الزوج لم يطلق زوجته فعلى المشرع الجزائري أن يمدد من مدة إجراء الصلح في الخلع ، متبعا في بحثي هذا دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية.

الكلمات المفتاحية: سلطة القاضي - الخلع - فقهاء الشريعة الإسلامية- قانونا-إجراء الصلح -المشرع الجزائري - المشرع العربي .

Summary :

repediation « Khula » is a set-off contract,that is why mutual consent is conditioned.Although discrepancy among Islamic jurists and experts to set the agreement of the husband with the repediation ,they agree on mutual consent as a condition in the exchange.Besides, the Algerian legislator requires the judge to repediate the wife of her husband just by asking for repediation 'Khula'.This is according to the article 54 of the Algerian family code number 05-02. The judge is bound by this article .In spite of the article 49 of the same code that restrict the judge to make and try conciliation which is considered by some judges vital measure ,others don't.Morover conciliation in divorce differs from conciliation in repediation.Making conciliation in divorce limited by a period of time of three months and this is according to the waiting period of the woman,the period prescribed by Islamic law for a woman during which she may not remarry after being widowed or divorced.However the period of conciliation in repediation is determined by legislator by three months too,but this has no relation with the prescribed waiting period as the husband has not divorced his wife .Therefore the Algerian legislator should prolong the period of making conciliation in repediation. Including in my research a comparison with some Arabic legislations

Keywords: Jurisdictional power - Khula - Islamic jurisprudence - law -make reconciliation - Algerian legislator - Arabian legislator

المقدمة:

الحمد لله الهادي إلى الرشاد والصلاة والسلام على من أوصى بالرفق في العباد وعلى آله وصحبه أهل الحق والسداد وبعد ،إن من آيات الله تعالى ونعمه علينا أن خلق لنا من أنفسنا أزولجا لتسكن إليها أنفسنا ، لهذا فقد أقر الله تعالى الزواج و جعله من سننه الكونية وذلك لاستمرار البشرية ،إلا أنه في بعض الأحيان تذهب السكينة بين الزوجين فتستحيل الحياة بينهما ، لذلك شرع الله تعالى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وجعله أبغض الحلال إليه وذلك حتى لا يستعمل إلا للضرورة التي يستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية ، كما جعل أيضا الخلع بيد الزوجة تستعمله متى رأت أنها تبغض هذا الزوج وتخشى على نفسها من أن لا تقيم حدود الله ، فتلجأ إلى القاضي لتختلع من زوجها ، إلا أن القاضي ملزم بإجراء

الصلح بين الزوجين قبل إصدار حكم بالخلع أو الطلاق وذلك بنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري التي سيأتي بيانها لاحقا ، كما تنص أيضا هذه المادة على مدة إجراء الصلح والتي لا تتجاوز ثلاثة أشهر وذلك تماشيا مع مدة عدة الزوجة المطلقة وهي على الأكثر ثلاثة أشهر، وذلك تقاديا لإرجاع الزوجة إلى زوجها بعد انتهاء مدة عدتها ، خاصة إذا تلفظ الزوج بالطلاق قبل الوصول إلى المحكمة، لكن الإشكال الذي يطرح هو : هل أحكام المادة 49 من قانون الأسرة تجري على الخلع أم لا بد من استحداث مادة أخرى تبين كيفية إجراء الصلح بين الزوجين، على اعتبار أن الخلع يختلف عن الطلاق الذي يصدره الزوج والتطليق الذي يصدره القاضي إذا كان بناء على طلب من الزوجة، لأن الطلاق إذا تلفظ به الزوج في البيت يعتبر طلقة رجعية ما لم يكن ثالثا وقبول الزوج للخلع من زوجته يعتبر طلقة بائنة، فهل يمكن إجراء الصلح بين الزوج وزوجته تراضيا على الخلع في البيت ثم رفعا أمرهما إلى القاضي ليثبت ذلك ؟ وهل مدة الصلح في الطلاق هي نفس المدة التي يخضع لها الخلع؟ وما حكم إهمال القاضي لإجراء الصلح ؟ لهذا سأطرق في بحثي إلى دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية للإجابة عن هذه الإشكالات، متبعا في ذلك الخطة التالية:

المبحث الأول :ماهية الخلع والصلح

المطلب الأول :تعريف الخلع

الفرع الأول : تعريف الخلع لغة

الفرع الثاني :تعريف الخلع فقها

الفرع الثالث :تعرف الخلع قانونا

المطلب الثاني:حكم الخلع

الفرع الأول :حكم الخلع بسبب

الفرع الثاني :حكم الخلع بغير سبب

المطلب الثالث :تعريف الصلح

الفرع الأول: تعريف الصلح لغة

الفرع الثاني :تعريف الصلح فقها

الفرع الثالث :قانونا

المطلب الرابع : مشروعية الصلح

الفرع الأول : من القرآن

الفرع الثاني :من السنة

الفرع الثالث : من الإجماع

المبحث الثاني :سلطة القاضي في إجراء الصلح في دعوى الخلع

المطلب الأول: في التشريع الجزائري

الفرع الأول :قبل صدور قانون الأسرة 84-11

الفرع الثاني : بعد صدور قانون الأسرة 84-11

الاجتهاد الذي يرى إن الصلح إجراء جوهري

الاجتهاد الذي يرى إن الصلح ليس إجراء جوهري

المطلب الثاني : في بعض التشريعات العربية

الفرع الأول :في التشريع المصري

الفرع الثاني :في التشريع المغربي

الفرع الثالث: في التشريع الإماراتي

الفرع الرابع: في التشريع الكويتي

المطلب الثالث :اثر الحكم الصادر بالخلع دون إجراء الصلح في التشريع الجزائري

الفرع الأول: الاجتهاد الذي يرى بطلان الحكم

الفرع الثاني :الاجتهاد الذي يرى عدم بطلان الحكم

المطلب الرابع :اثر الحكم الصادر بالخلع دون إجراء الصلح عند المشرع المصري

الخاتمة.

المبحث الأول :ماهية الخلع والصلح

لمعرفة ماهية الخلع والصلح لابد لنا التعرض إلى تعريف الخلع في المطلب الأول ثم التطرق إلى حكم الخلع في المطلب الثاني ،ثم إلى تعريف الصلح في المطلب الثالث ثم إلى دليل مشروعية الصلح في المطلب الرابع، متناولا ذلك في الفقه الإسلامي ثم في قانون الأسرة الجزائري و مقارنا ببعض التشريعات العربية.

المطلب الأول: تعريف الخلع

لتعريف الخلع لا بد لنا أن نتطرق إلى تعريف الخلع لغة وفقها مقارنة ذلك بمذاهب الفقهاء الشريعة الإسلامية، مع ذكر التعريف القانوني عند المشرع الجزائري وبعض القوانين العربية .

الفرع الأول :

تعريف الخلع لغة :من خلع نعله ،وقائده، وخلع عليه خلعة ،وخلع الولي عزله¹، ومنه أطلق على خلع الزوجة وذلك بطلب فراقه بعوض كي تتخلع منه.

الفرع الثاني :

تعريف الخلع فقها:لقد اختلفت تعريفات الفقهاء للخلع حسب نظرهم لطبيعة الخلع ،لكن كلهم يتفقون في أن الخلع لا بد له من عوض . وهذه بعض تعاريفهم:

1-المالكية :فقد عرفه ابن عرفة "بأنه عقد معاوضة على البضع،تملك به الزوجة نفسها ،ويملك به الزوج العوض"² من خلال هذا التعريف يتضح أن الخلع لا بد فيه من التراضي لأن ابن عرفة عرفه على أساس انه عقد والعقد لا بد فيه من التراضي، والتراضي قد يكون حول وقوع الخلع، وقد يكون التراضي فيه على البذل .

2-الحنفية :الخلع عند الحنفية هو افتداء المرأة من زوجها الكارهة له بمال تدفعه اليه ليتخلى عنها³ فقد جعل الحنفية في تعريفهم أن شرط الخلع أن تكون المرأة كارهة للزوج ولا بد فيه من مال تدفعه للزوج.

3-الحنابلة : هو فراق الزوجة بعوض، بلفظ مخصوص¹ فقد الحنابلة أن الخلع لا بد أن يكون بلفظ مخصوص وعوض .

¹ المجند في اللغة والإعلام -طبعة جديدة ومنقحة -دار المشرق بيروت-الطبعة الثانية والأربعون ص192
² الحبيب بن طاهر -الفقه الإسلامي وأدلته الجزء 04 -بيروت لبنان الطبعة الثانية 1426هـ 2005م ص08.
³ الشيخ أبي الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر القنوري الحنفي البغدادي -مختصر قدوري في الفقه الحنفي -تحقيق و تعليق الشيخ كامل محمد محمد عويضة -منشورات علي بيضون دار الكتب العلمية -بيروت لبنان الطبعة الأولى

4-الشافعية: الخلع عندهم هو فرقة بين الزوجين ولو بلفظ مفاداة بعوض مقصود راجع لجهة الزوج²

5-الظاهرية: قد الظاهرية الخلع على أن افتداء المرأة زوجها، مخافة ألا توفيه حقه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفها حقه، فلها أن تقتدي منه و يطلقها إن رضي هو، و إلا لم يجبر هو ولا أجبرت هي، إنما يجوز بتراضيهما³ فقد اشترط الظاهرية في تعريفهم للخلع مجموعة من الشروط، أولها أن تكون الزوجة كارهة له، ثانيها الخوف من ألا توفيه حقه أو أن يبغضها ثم تقدم له العوض مع توفر شرط رضا الزوج و الزوجة .

الفرع الثالث : تعريف الخلع في قانونا :

1-في قانون الأسرة الجزائري: لم يعرف المشرع الخلع في قانون رقم84-11 المؤرخ في 09رمضان عام 1404هـ الموافق ل09 يونيو سنة 1984المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم بأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 واكتفى بذكر أنه رخصة تستعملها الزوجة، لكن بالرجوع إلى اجتهاد المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1980/02/25 قرار تحت رقم 21305 "الخلع هو حل عقد الزواج نظير عوض تلتزم به الزوجة بقبولها"⁴ ما يلاحظ على هذا الاجتهاد القضائي أنه لم يتعرض إلى رضا الزوج، أو أن الخلع هو عقد بل اكتفى بذكر العوض .

2-عند المشرع الكويتي : لقد عرف المشرع الكويتي الخلع في المادة 111 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي "الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع أو الطلاق أو المباشرة أو ما

¹ عبد الرحمان بن محمد بن القاسم العاصي النجدي الحنبلي -حاشية الروض المربع شرح زاد المستتفع- المجلد السادس الطبعة الأولى بدون سنة طبع ولا مكتبة ص459

² الشيخ شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني -دراسة وتحقيق و تعليق الشيخ علي محمد عوض -الشيخ عادل أحمد عبد الموجود -قدم له و قرض له الأستاذ الدكتور محمد بكر -الإقناع حل ألفاظ أبي شجاع الجزء الثاني -منشورات علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الثالثة 2004-1425ص284

³ الإمام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي -تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البندري -المطلى بالآثار - الجزء 9 منشورات علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت لبنان طبعة 1 1425/2003 ص511

⁴ نشرة الفضاة 1980، العدد1 ص79

في معناه¹ من خلال هذا التعريف يتضح أن المشرع الكويتي جعل الخلع طلاق، ولكنه يختلف عن الطلاق الذي يصدره الزوج بأنه طلاق نظير عوض، كما أنه جعل التراضي على العوض و ليس أصل الخلع. فكان على المشرع الجزائري أن يكون أكثر وضوحا و يعرف الخلع في قانون الأسرة الجزائري بدل من ترك القضاة يتيهون في خلافات .

تعريف المختار : هو عقد إزالة ملك النكاح بين الزوجين .

-قلت هو عقد أقصد أن التراضي فيه يكون على البذل و ليس أصل الخلع .

و قلت بعوض أقصد إذا انعدم العوض لا يقع الخلع، إلا إذا كان بلفظ الطلاق فيقع رجعيا.

المطلب الثاني: حكم الخلع

الأصل في الخلع جائز ولم يخالفهم في ذلك إلا المزني فانه لم يجزه رغم أن أية الخلع منسوخة بقوله تعالى و إن أردتم استبدال زوج مكان الزوج ...²

وهذه بعض أقوال جمهور الفقهاء في جواز الخلع .

جاء في الحاوي الكبير "جواز الخلع لقوله تعالى (لا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا) البقرة الآية 229، وهذا خطاب للأزواج حذر الله تعالى عليهم أن يأخذوا من أزواجهم ما أتوهم من صدق بغير طيب أنفسهم، ثم قال (إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله)³

¹ قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام 61-لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2008 -إصدار

وزارة العدل الطبعة الأولى 2001 و إجراءات دعوى النسب و تصحيح الأسماء

² المعنى لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي - 541هـ-620هـ دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع - الرياض السعودية - الطبعة الأولى 1406هـ- 1986هـ -الطبعة الثانية 1412هـ-1992هـ-الطبعة الثالثة 1417هـ-1997م، ج 10 ص268

³ أبي الحسن علي محمد بن حبيب الماوردي البصري -الحاوي الكبير في مذهب الإمام الشافعي و هو شرح مختصر المزني تحقيق و تعليق الشيخ محمد المعوض -الشيخ عادل أحمد الموجور -قدمه و قرضه الأستاذ الدكتور محمد بكر إسماعيل - الأستاذ الدكتور عبد الفتاح أبو سنة دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى 1994/1414 جزء 10 ص03

كما جاء أيضا في التوضيح شرح مختصر لابن الحاجب "ونقل عن اللخمي و غيره و مالك جواز الخلع و عن ابن يونس قال مالك : ولم أرل أسمع إجازة الفدية بأكثر الصداق "¹ من خلال هذا القول جائز عند الإمام مالك . كما ورد أيضا في كشاف القناع " إذا كرهته لنقص دينه أو لكبره أو لضعفه أو نحو ذلك و خافت إثما لتركه فيباح لها أن تخالعه على عوض تقتدي به نفسها منه "² من خلال هذه الأقوال يتضح أن الخلع مباح في أصله، لكن اختلف الفقهاء في مسألة ما هي الحالة التي يجوز فيها الخلع لهذا ارتأيت أن أبين كل حالة على حدا :

الفرع الأول: الخلع بسبب

إذا كان الخلع بسبب فانه يختلف حكمه حسب السبب الذي يقع به .فقد يكون مباحا إذا كرهت المرأة زوجها و خافت أن لا توفيه حقوقه فتكون عاصية لأمر الله تعالى³، ودليل ذلك قوله تعالى "ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به "⁴، و يكون واجبا إذا علمت الزوجة أن زوجها طلقها ثلاثا و لا دليل لها على ذلك و هو ينكر و يأبى طلاقها، ففي هذه الحالة يجب عليها أن تقتدي نفسها منه⁵ وقد يكون حراما إذا عضل الزوج زوجته وضارها قاصدا أن تقتدي منه⁶ كما قد يكون مكروها إذا طلبت الخلع في حالة الوفاق أي من غير سبب¹.

¹ شيخ خليل ابن إسحاق المالكي -التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب في فقه الإمام مالك -تحقيق محمد عثمان دار الكتب العلمية بيروت لبنان بدون سنة طبع الجزء 4 ص 04

² الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي -كشاف القناع عن متن الإقناع عالم الكتب بيروت سنة الطبع 1983/1403 جزء 5 ص 212

³ تفسير القرآن العظيم للحافظ أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي طبعة جديدة ومنقحة ومرتبطة دار ابن حزم مكتبة دار الريان الجزائر طبعة أولى 2002/1423 المجلد الأول 441

⁴ سورة البقرة الآية 229

⁵ أحمد بخيت الغزالي -أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي ،دار الفكر الجامعي الإسكندرية -طبعة 1 ص 357

⁶ لمغني، تأليف الإمام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه المتوفى سنة 630هـ على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الخرقى المتوفى سنة 334هـ، ويليهِ الشرح الكبير على متن المقنع، تأليف الشيخ الإمام شمس الدين ابي الفرج عبد الرحمان بن ابي عمر محمد بن احمد ابن قدامه المقدسي المتوفى سنة 682هـ - دار الكتاب العربي بدون سنة الطبع ولا بلد الطبع ج5،صفحة 272 /توضيح شرح مختصر ابن الحاجب- تأليف

الفرع الثاني: الخلع بغير سبب

وهي الحالة التي يكون فيها الزوجان متوافقان وليس بينهما أي شقاق ولا خصومة.

-ذهب جمهور العلماء إلى جواز الخلع في هذه الحالة مستدلين على ذلك بقوله تعالى "فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا"². فالآية عامة تشمل حالة الشقاق والوفاق، ثم استدلوا بما انه يجوز لها أن تبذل مهرها بدون مقابل فمن باب أولى أن تبذله في مقابل أن تصير مالكة لنفسها، كما استدلوا أيضا بأنه عقد رضائي جعل لدفع الضرر فيصح من غير ضرر كالإقالة في البيع .

-ذهب داوود والزهري وابن سيرين³ و أننخي إلى عدم جواز الخلع إلا في حالة وقوع الشقاق بينهما واستدلوا بقوله تعالى "فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"⁴، وبما روي عن الربيع بنت معوذ "أن ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها"⁵ وبما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال "ابغض الحلال إلى الله الطلاق"⁶.

-الرد على القول الثاني: جاء في الرد المختار على الدر المختار "بأنه ذكر الخوف في الآية جرى مجرى الغالب، فلا لا مفهوم له، وإن سلمنا أن له مفهوم فغاية ما يستفاد منه هو النهي عن الخلع في حالة الوفاق، وهو لا ينافي المشروعية كالبيع وقت صلاة الجمعة، فيفيد النهي الكراهة لما فيه من قطع

الشيخ خليل ابن إسحاق -المتوفى سنة 772هـ -تحقيق محمد عثمان -دار الكتب العلمية -بيروت - سنة الطبع 2011 بلد الطبع لبنان - الطبعة الأولى ص14 /اللمع في الفقه المالكي- أبي إسحاق التلمساني المتوفى سنة 699هـ -تحقيق شريف المرسي -دار الأفاق العربية الطبعة الأولى القاهرة -2011، ص235-حاشية الروض المربع جمع عبد الرحمان بن محمد بن القاسم العاصمي النجدي الحنبلي -1312هـ-1392هـ- الطبعة الأولى -1399هـ- الجزء السادس صفحة 462

¹ حاشية الروض المربع الجزء السادس صفحة 461 نفس المرجع- المعنى شرح مختصر أخرقي ص 270 نفس المرجع.

² سورة النساء الآية4

³ المعنى شرح مختصر أخرقي ص 268 نفس المرجع

⁴ سورة البقرة الآية 229

⁵ نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار ،تأليف محمد بن علي بن محمد الشوكاني ،حقيقه وعلق عليه أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد -دار ابن القيم -دار ابن عفان الطبعة الأولى 1426هـ-2005م، كتاب الخلع رقم الحديث 2869المجلد 8 ص 211.

⁶ نفس المرجع السابق، كتاب الطلاق رقم الحديث 2835المجلد 8 ص 151

الوصيلة بلا سبب، وعلى هذا يحمل الحديث الأخير، و أما ما روي في امرأة ثابت، فأجبت عنه بأنها لم تشكّه لذلك بل لسبب آخر، وهو البغض وقبح الخلقة، كما ورد في حديث آخر وإن كانت شكته ذلك فهي واقعة حال، فلا يقاس عليها¹.

كما استدل أبو قلابة وابن سرين على عدم جوازه إلا في حالة وقوع الزنا من الزوجة لقوله تعالى "ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة"². وفسر الفاحشة بالزنا فقال في هذه الآية حرم على الزوج مضارعتها لأخذ بعض الصداق إلا أن يظهر منها على زنا، فإنه يجوز له في هذه الحالة أخذ الفدية منها كما هو مفهوم من الاستثناء³، فهذه الآية يفهم منها تحريم المضارة قصد الخلع، فهذا لا يعني انه يستفاد منها التحريم.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري لم يتكلم عن الخلع بسبب أو بغير سبب مكتفيا بذلك بطلب الزوجة الخلع وذلك في المادة 54 من قانون قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم بأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005⁴ على عكس المشرع المصري الذي اشترط لقبول دعوى الخلع أن تبرر ذلك، وهذا حسب المادة 20 من قانون 1 لسنة 2000⁵.

والذي أرجحه والله اعلم وأعلى انه مباح لقوة أدلة الفريق الأول، ثم انه لما طلبت الخلع بدون سبب فهي طالبة للفرقة فطلبها هذا يعتبر سبب لأنه لا يمكن لعاقل أن يقبل هذا، أن المرأة تطلب الخلع وهي تعيش

¹ رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار - لخاتمة المحققين محمد أمين المشهور بابن عابدين مع تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف - دراسة وتحقيق وتعليق الشيخ عادل احمد عبد الموجود - الشيخ على محمد معوض - قدمه وقرضه الأستاذ الدكتور محمد بكر إسماعيل - كلية الدراسات - جامعة الأزهر - دار عالم الكتب الرياض - السعودية - طبعة خاصة 1423 هـ - 2003 م ج 5 ص 94.

² سورة النساء الآية 19

³ رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ص 94 ج 05 نفس المرجع.

⁴ المادة 54 (الامر 02-05) " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج ان تخالع نفسها بمقابل مالي .

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ."

⁵ قانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري معدلا بالقانون رقم 91 لسنة 2000 من الموقع الإلكتروني:

في سعادة ورفاهية ثم إنها تريد أن تفارق هذه النعمة بنقمة الفراق، إلا إذا كانت مجنونة والمجنون رفع عنه القلم ولا تخالغ نفسها .

المطلب الثالث : ماهية الصلح

لمعرفة ماهية الصلح لابد لنا أن نتطرق إلى تعريف الصلح لغة و فقها ثم في قوانين الوضعية .

الفرع الأول : تعريف الصلح لغة: من فعل صلح يصلح صلوحا وأصلح الشيء بعد فساده، أقامه وأصلح الدابة أي أحسن إليها فصلحت¹.

الفرع الثاني : تعريف الصلح فقها: لقد عرف فقهاء المذاهب الأربعة الصلح بتعاريف مختلفة و لكنهم يتفقون في أن الصلح هو عقد يرفع النزاعات بين المتخاصمين .

فقد عرف الحنفية الصلح في كتاب الاختيار لتعليل المختار بأنه" عقد يرتفع به التشاجر و التنازع بين الخصوم وهما منشأ الفساد...."² كما عرفه ابن العابدين لغة "اسم من مصالحة وشرعا عقد يرفع النزاع"³. أما الشافعية فقد جاء في كتاب الروض "الصلح لغة قطع نزاع و شرعا عقد يحصل به ذلك"⁴. كما جاء أيضا في المغنى و الشرح الكبير لابن قدامى المقدسي للحنابلة " الصلح معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المتخاصمين"⁵. أما المالكية عرفه ابن عرفة على انه " هو انتقال الحق أو الدعوى لرفع

¹ المجدد في اللغة والإعلام -طبعة جديدة ومنقحة -دار المشرق بيروت-الطبعة الثانية والأربعون ص781
² الاختيار لتعليل المختار، تأليف عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، وعليه تعليقات لفضيلة المرحوم الشيخ محمود أبو دقيقة - دار الكتب العلمية - بيروت لبنان - بدون سنة الطبع المعرفة لبنان ج 3 ص5.
³ رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار- محمد أمين الشهير بابن العابدين دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع الرياض طبعة خاصة 2003/1423 ج8 ص405 .
⁴ الروض النظير الجامع بين تحفة الطلاب والتيسير في فقه الإمام الشافعي - تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب لشيخ الإسلام زكريا بن محمد الأنصاري المتوفى سنة 962هـ - التيسير بنظم التحرير لشرف الدين يحيى بن موسى العمريني المتوفى سنة 989هـ تأليف قاسم بن محمد النووي - دار البشائر الإسلامية -الطبعة الأولى 1425هـ-2004م ص 379 .
⁵ المغنى، تأليف الإمام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه المتوفى سنة 630هـ على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الخرقى المتوفى سنة 334هـ، ويليه الشرح الكبير على متن

النزاع أو خوف وقوعه¹. إذن ما يلاحظ على هذه التعاريف على أن الفقهاء اتفقوا على جعل الصلح عند وقوع الخصام الحالي أما المذهب المالكي فقد جعل الصلح كنظام وقائي و ذلك بأن جعلوا الصلح في الخصام الحالي أو الخصام المتوقع فهذا يكون تعريف المالكية أدق ووقائي لكل الخصومات التي من الممكن أن تنشأ .

الفرع الثالث: التعريف القانوني

لم يعرف المشرع الجزائري الصلح في قانون رقم قانون رقم84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بأمـر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 وإنما ألزم القاضي بإجراء الصلح و ذلك حسب المادة 49 السالفة الذكر وذلك من أجل التوفيق بين الزوجين، إلا أنه عرفه في المادة 459 من القانون المدني الجزائري بأنه "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"².

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه أخذ بالمذهب المالكي و ذلك كنظام وقائي لحل نزاعات محتملة الوقوع، أما الصلح المقصود في قانون الأسرة الجزائري ليس ذلك الصلح الذي يقصد به العقد و إنما ذلك يراد به محاولة الإصلاح بين الزوجين و ليس ذلك العقد الذي يلزم الطرفين، لهذا فقد عرفه جانب من الفقه كعمر زوده "أن محاولة الصلح بين الزوجين هي أن يقوم القاضي بجمع الزوجين أمامه لمحاولة إقناع الزوج بالتراجع عن الطلاق"³ وهذا التعريف يشمل إرادة الزوج في الطلاق ولا يشمل إرادة الزوجة في الخلع، فمن المفروض أن تكون العبارة التالية إقناع الطرف الذي يريد فك الرابطة الزوجية . أما بالنسبة للمشرع المصري لم يعرف الصلح في قانون الأحوال الشخصية وذلك بعد استقرائي لقانون رقم 1 لسنة 2000 ولكن بالرجوع إلى المادة 3 من نفس القانون لقد جاء النص فيها" تصدر الأحكام طبقا لقوانين

المقنع، تأليف الشيخ الإمام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن احمد ابن قدامه المقدسي المتوفى سنة 682هـ - دار الكتاب العربي بدون سنة الطبع ولا بلد الطبع ج5 ص 05.

¹ مدونة الفقه المالكي و أدلته -تأليف الدكتور الصادق عبد الرحمان الغرياني - مؤسسة الريان بدون سنة الطبع ولا بلد الطبع ج3ص704 .

² الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لي 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

³ زوده عمر -طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها -الموسوعة للنشر -الجزائر 2003 ص108

الأحوال الشخصية والوقف المعمول به، فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال في مذهب الإمام أبو حنيفة¹، كذلك بالنسبة للمشرع الأردني لم يعرف الصلح في قانون الأحوال الشخصية، لكن بالرجوع إلى المادة 325 منه نجد أنه أحالنا فيما لم يرد النص بشأنه إلى الراجح من المذهب الحنفي "ما لا نكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من المذهب أبي حنيفة، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون"²، كما لم يعرف المشرع المغربي الصلح في مدونة الأسرة المغربية، لكنه أحال إلى المذهب المالكي و ذلك حسب المادة 400 منه كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى المذهب المالكي و الاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام و العدل و المساواة و المعاشرة بالمعروف"³، كما أنه بالرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي أhalلت القضاة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية عند انعدام النص القانوني لقد نصت على ما يلي "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"⁴، ما يلاحظ على المشرع الجزائري لم يكن أكثر دقة في تحديد المذهب الراجح الذي يعتمد عليه القضاة عند انعدام النص القانوني، في حين نجد أن المشرع الأردني و المصري أرشد إلى المذهب الحنفي و المشرع المغربي أرشد إلى المذهب المالكي، و ما يعيب على المشرع الجزائري أنه ترك القضاة يتيهون في فقه المذاهب الأربعة، و ذلك بعدم تحديد المذهب، إن فانه لزاما على المشرع الجزائري أن يعيد صياغة المادة 222 و يبين فيها بأي المذاهب لزاما على القضاة أن يأخذوا في حالة انعدام النص، وذلك حتى لا تتعرض أحكام القضاة للتناقض والله اعلم وأعلى.

¹ قانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري معدلا بالقانون رقم 91 لسنة 2000 من الموقع الإلكتروني:

<http://el-borai.com/wp-content/uploads/2014/03/Personal-Status-Law>.

² قانون رقم 36 لعام 2010 قانون الأحوال الشخصية الأردني من الموقع الإلكتروني:

<http://www.sjd.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/PDFs/AR/AppliedLegislations/a7walsha5seye>

³ مدونة الأسرة المغربية صيغة محينة بتاريخ 25 يناير 2016- القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة -الجريدة الرسمية عدد

5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 هـ 05 فبراير . من الموقع الإلكتروني : <http://adala.justice.gov.ma/>

⁴ قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الاسرة المعدل

والمتمم بأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ،المعدل والمتمم بالقانون 05-02.

المطلب الرابع: مشروعية الصلح.

لقد ثبتت مشروعية الصلح من القرآن والسنة والإجماع بصفة عامة وبين الزوجين خاصة.

الفرع الأول : من القرآن الكريم.

قال تعالى " والصلح خير"سورة النساء الآية 128فاخير عن الصلح بأنه خير والخير مندوب إليه لقوله تعالى "وافعلوا الخير لعلكم تفلحون".سورة الحج الآية 77.وقال تعالى "فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلح والصلح خير"قال العلامة ابن عاشور في تفسيره "لان المقصود أن إثبات ماهية الصلح خير فهو تذييل للأمر بالصلح والترغيب فيه وليس المقصود أن الصلح المذكور أنفاً وهو الخلع خير من النزاع بين الزوجين"¹

الفرع الثاني:من السنة النبوية.

ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم مرفوعاً وموقوفاً على عمر "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حل حراماً أو حرم حلالاً"ومن الصلح الذي يحل حراماً كالصلح على خمر والذي يحرم حلالاً كأن يصالح زوجته أن لا يوطأ ضرثها .

الفرع الثالث من الإجماع: ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز الصلح عامة وبين الزوجين خاصة لما فيه من خير للزوجين والأولاد.²

المبحث الثاني:سلطة القاضي في إجراء الصلح في دعوى الخلع.

إن القاضي ملزم بإجراء الصلح بين الزوجين قبل إصدار الحكم بالطلاق، وذلك حسب المادة 49¹ من قانون الأسرة الجزائري، كما انه يمكن للقاضي أن يبعث الحكمين للتوفيق بين الزوجين و ذلك حسب

¹ تفسير التحرير والتتوير-تأليف الشيخ محمد الطاهر بن عاشور بدون مطبعة ولا بلد الطبع ج5ص216
² المغنى لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسي الجماعيلي النمشقي ألسالحي الحنبلي 541هـ-620هـ،تحقيق الدكتور عبد المحسن التركي - الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو - دار عالم الكتب الرياض ط1 1406هـ-1986م-ط2 1412هـ-1992م ط3 1417هـ-1997 -طبعة مصححة ومنقحة، ج7ص5.

المادة²⁵⁶ من نفس القانون و من هذا المنطلق يتعين البحث في ماهية الصلح و مشروعيته ثم إلى سلطة القاضي في إجراء الصلح، و ما هو دور القاضي ؟ ثم بعد ذلك أتطرق الى ما حكم الخلع الصادر بدون إجراء الصلح عند المشرع الجزائري وبعض التشريعات العربية؟

المطلب الأول في التشريع الجزائري

يمكن أن أبين سلطة القاضي في إجراء الصلح قبل وبعد صدور قانون الأسرة الجزائري 84-11، كما انه يمكن اعتبار أن الخلع يخضع للمادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، لأن المشرع الجزائري أدرج الخلع تحت فصل الطلاق. كما أن الغرض من إجراء الصلح هو تقادي الفرقة بين الزوجين ولما كان الخلع نوع من أنواع الفرقة فإنه يخضع لإجراء الصلح.

الفرع الأول : قبل صدور قانون الأسرة رقم 84-11:

كان اجتهاد المجلس الأعلى مستقر على اعتبار الصلح إجراء جوهري وذلك حسب قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 03-07-1968"إن التصريح بالتفريق بين الطرفين دون محاولة الصلح المقررة في هذا الشأن ودون سماع المعنيين في هذا الخصوص يعتبر مخالفة للقانون"³ من خلال هذا القرار يتضح أن الصلح يعتبر إجراء جوهري، وهذا عندما كان إجراء الصلح يحكمها قانون الإجراءات المدنية الملغى عند تطبيقه للمادة 17 منه⁴.

¹ المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بقانون رقم 05-02 التي جاء النص فيها "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

² المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بقانون رقم 05-02 التي جاء النص فيها"يعين القاضي الحكيم ،حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ،وعلى هذين الحكيم ان يقدم تقريرا عن مهمتهما في اجل شهرين".

³ عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية لمطاعي نور الدين -الجزائر 2009، ط2 دار الفسيلة ص141 .

⁴ أمر رقم 66 -154 مؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق ل 8 يونيو 1966م يتضمن قانون الإجراءات المدنية -المادة 17 (أمر رقم 71-80 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971م) "يجوز للقاضي مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعوى في اية مادة كانت -

الفرع الثاني : بعد صدور قانون الأسرة 84-11:

لقد اختلفت اجتهادات القضاة في اعتبار إجراء الصلح جوهرى أم لا.

1-الاجتهاد الذي يرى إن الصلح إجراء ليس جوهرى:

جاء في قرار رقم 36962 الصادر بتاريخ 03-06-1985" من المقرر قانونا انه ليس لأحد أن يلزم القضاة باتخاذ إجراء مالا يفرضه عليه القانون ،وانه لا يسوغ لخصم انتزاع إجراء ما منهم جعله القانون جوازيا لهم فعله أو تركه ،ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه مخالفة لقواعد جوهرية في الإجراءات وعدم كفاية الأسباب تأسيسا على أن محاولة الصلح تتم بين الطاعنة وزوجها في غير محله مما استوجب رفض الطعن¹، من خلال هذا القرار يتضح أن الصلح ليس بالإجراء الجوهرى الذي من شأنه أن يجيز الطعن في القرار ، بحجة أن القاضي لم يجري الصلح بين الزوجين. وحتى بعد صدور أمر 05-02 استمر اعتبار أن إجراء الصلح ليس جوهريا، وذلك حسب قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 13-06-2007"لكن حيث أن المادة 49 من قانون الأسرة على مستوى المجالس بل على مستوى المحاكم فقط ،إضافة إلى محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق ،إنما محاولة الصلح المذكورة في المادة 49 من ق ا ج ما هي إلا موعظة².

2-الاجتهاد الذي يرى أن إجراء الصلح جوهرى:

جاء في قرار الصادر بتاريخ 25-12-1989"على انه من المقرر قانونا انه لا يثبت الطلاق إلا بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ...ومن ثم القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون ولما كان الثابت في قضية الحال إن المجلس لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد 49 يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز اختصاصه³. فقد اعتبر هذا القرار أن الصلح إجراء جوهر .

¹ المجلة القضائية 1990 العدد 02 ص 65 قرار رقم 36962 الصادر بتاريخ 03-06-1985
² المحكمة العليا -غرفة الأحوال الشخصية -قرار رقم 356657المؤرخ في 13-06-2007 غير منشور .
³ المجلس الأعلى للقضاء -غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 57812المؤرخ في 25-12-1989-المجلة القضائية، عدد 03-1991 ص71

إن هذا التضارب بين القرارات واختلاف القضاة في هذه المسألة أي هل الصلح إجراء جوهرى أم لا، راجع إلى عدم وضوح المشرع الجزائري في تشريعه قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم بأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، وخاصة المادة 49 منه ،ولكن بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المعدل¹ التي جاء النص في المادة 439"محاولات الصلح وجوبيه "إذن كلمة وجوبيه تعني انه لا يمكن للقضاة تجاوز محاولة الصلح، و لكن الإشكال الذي يطرح أنه إذا تم الاتفاق بين الزوجين على الخلع، قبل الوصول إلى المحكمة . ففي الفقه قد وقع الخلع ولكن هل القاضي ملزم في هذه الحالة بإجراء الصلح و إذا قلنا نعم فان هذا مخالف للشريعة الإسلامية ،لان الطلاق قد ووقع باننا ،ولا يجوز للزوج إرجاع زوجته إلا بعقد جديد و إذا قلنا لا فإن هذا مخالف للمادة 49 التي تلزم القاضي بالصلح قبل إصدار حكم الطلاق.وعليه فانه لزاما على المشرع أن يفرق بين التخالع بين الزوجين قبل الوصول إلى المحكمة وبين عدم التخالع بين الزوجين إلى حين الوصول إلى المحكمة ،لان الطلاق الصادر من الزوج يعتبر رجعيًا ما لم يكن ثالثًا وان الخلع يعتبر طلاقًا باننا .

-كما أنه يجب التفرقة بين الصلح في الطلاق إذا تلفظ الزوج بالطلاق في البيت وكانت طلقة ثالثة فلا داعي للصلح، لأنها باننت منه، أو انه تلفظ بالطلاق ولم يرتععا إلى القاضي إلا بعد مضي فترة العدة.

-إن حدث التخالع بين الزوجين بالتراضي قبل الوصول إلى القاضي ما على القاضي إلا تشييته لان الخلع عند الفقهاء يقع طلاقًا باننا .

-إذا طلبت الزوجة الخلع أمام القاضي، والزوج رافض للخلع فعلى المشرع أن يمدد من جلسات الصلح إلى أكثر من ثلاثة أشهر ،وذلك لان الطلاق لم يصدر من الزوج إذ انه لا عدة عليها مادامت هي الطالبة للخلع ،ثم أنه من المعروف أن المرأة مجبولة على العاطفة والتسرع فكلما كانت محاولة الصلح أطول إلا وكانت مرجوة النتيجة وتريثها لعله يعيدها إلى صوابها .

¹ قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 ،يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

-اعتبار الصلح جوهريا في كل من الخلع والتطليق وحتى في الطلاق إذا لم يتلفظ به الزوج بالطلاق.

المطلب الثاني : في بعض التشريعات العربية

تناولت بالذكر في هذا المطلب أربعة فروع اذكر فيها التشريع المصري كقصر أول ثم الفرع الثاني التشريع المغربي والفرع الثالث التشريع الإماراتي ،وأخيرا الفرع الرابع التشريع الكويتي.

الفرع الأول: في التشريع المصري

بالنسبة للمشرع المصري فقد نص في المادة 18 الفقرة 02 من قانون رقم 01-2000 على الصلح في دعوى الخلع بما يلي "ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح"¹ فقد نص المشرع المصري صراحة على إجراء الصلح في دعوى الخلع، على عكس المشرع الجزائري الذي لم ينص صراحة إلى إجراء الصلح في الخلع بل أدرج الخلع تحت فصل الطلاق إحياء منه على أن الخلع كالطلاق، كما ورد في الطعن رقم 48 سنة 25 ق جلسة 22-11-1983 س34 ص1606 " وان كانت المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929توجب على المحكمة محاولة الإصلاح بين الزوجين قبل الحكم بالتطليق ،إلا أنها لا تستلزم القيام بهذه المحاولة في كل مرحلة من مراحل الدعوى"² من خلال هذا الطعن يتضح أن الصلح يعتبر إجراء جوهرى ولا يشترط في كل مرحلة من مراحل الدعوى. كما جاء أيضا في الطعن رقم 21 سنة 53 ق جلسة 27-03-1984 س35 ص865"فان هي قضت (إي المحكمة) بالتطليق دون أن تحاول التوفيق بينهما كان قضاؤها باطلا باعتبار أن سعيها للإصلاح قبل الحكم بالتفريق إجراء جوهرى أوجبته القانون ولصيق بالنظام العام"³

كما اعتبر قضاء النقض المصري أن دعوى التفريق نظير بدل تلتزم به الزوجة أو مع إسقاط كل أو بعض حقوقها المالية هو دعوى التطليق التي تتخذ فيها إجراءات التحكيم ،وذلك حسب الطعن رقم 03

¹ الخلع والطلاق -عاصف فؤاد الصحاح -الطبعة 2000-دار إيجي مصر للطباعة والنشر ص43

² قضاء النقض في الأحوال الشخصية -المستشار سعيد احمد شعلة 2005-توزيع منشأة المعارف بالسكندرية ص 141

³ قضاء النقض في الأحوال الشخصية -المستشار سعيد احمد شعلة 2005-توزيع منشأة المعارف بالسكندرية ،

سنة 53 ق جلسة 29-05-1984 س35 ص1480 الذي جاء فيه " مجال إعمال المادتين 10،11 من القانون رقم 25 لسنة 1929 والمتعلقتين بالتفريق نظير بدل تلزم به الزوجة أو مع إسقاط كل أو بعض حقوقها المالية هو دعوى التطلق التي تتخذ فيها إجراءات التحكيم"¹ من خلال هذا القرار يتضح أن قضاء النقض المصري قد اعتبر أن الخلع ممن يجب فيه الصلح والتحكيم لأن الخلع في نظر قضاء النقض المصري هو التطلق، كما جاء أيضا في الطعن رقم 518 سنة 71 ق جلسة 22-02-2003 "النص في المادة 18 من قانون رقم 1- لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية مفاده وجوب عرض الصلح مرتين على الأقل خلال مدة محددة على الزوجين حالة وجود أبناء قبل الحكم بالطلاق أو التطلق، فان قضت بالتطبيق دون أن تعرض عليها الصلح على هذا النحو كان قضاؤها مخالفا للقانون، باعتبار أن سعيها للإصلاح قبل الحكم بالتفريق إجراء جوهرى أوجب القانون و لصيق بالنظام العام"² .

الفرع الثاني : في التشريع المغربي

لقد جاء في مدونة الأسرة المغربية³ المادة 81 "تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الإصلاح " كما ورد أيضا في المادة 94 من المدونة المغربية "إذا طلب الزوجان أو احدهما من المحكمة حل النزاع بينهما يخاف منه الشقاق وجب عليه إن يقوم بكل محاولات لإصلاح ذات البين طبقا لإحكام المادة 72 أعلاه"، كما ورد في المادة 114 من نفس القانون "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شرط أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال . عند وقوع هذا الاتفاق، يقدم الطرفان أو احدهما طلب التطلق للمحكمة، مرفقا به للإذن بتوثيقه، تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، فان تعذر الإصلاح أذنت بالإشهاد على الطلاق " بما أن المشرع المغربي قد جعل الخلع لا يكون إلا بالتراضي وذلك حسب المادة 115 "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لإحكام المادة 114 أعلاه " فان الخلع يخضع للمادة 114 من نفس القانون التي تلزم المحكمة بمحاولة

¹ قضاء النقض في الأحوال الشخصية -المستشار سعيد احمد شعله 2005-توزيع منشأة المعارف بالسكندرية ص 143

² سعيد احمد شعله -قضاء النقض في الأحوال الشخصية ص 203

³ مدونة الأسرة المغربية صيغة معينة بتاريخ 25 يناير 2016-القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة -الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 هـ 05 فبراير . من الموقع الالكتروني

الصلح، وبما أن المشرع المغربي لم يجعل للزوجة الحق في طلب الخلع دون رضا الزوج وأرشدتها إلى مسطرة الشقاق فهي بذلك تكون ملزمة برفع دعوى التظليق التي تخضع بدورها إلى إجراء الصلح وذلك حسب المواد 81- 94.

كما ذكر المشرع المغربي الخلع في المادة 120 من المدونة الأسرة المغربية التي جاء النص فيها "إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما و إذا تعذر الصلح، حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله"، من خلال هذه المادة يتضح أنه إذا حصل اتفاق بين الزوجين على الخلع واختلفا في المقابل فإن المشرع يلزم القضاة بإجراء الصلح وبمفهوم المخالفة انه إذا حصل اتفاق على الخلع والبدل فالمحكمة غير ملزمة بإجراء الصلح، وهذا مخالف لإحكام المادة 114 من نفس القانون التي جاء النص فيها "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط أو بشروط، لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة ولا تضر بمصالح الأطفال، عند وقوع هذا الاتفاق، يقدم الطرفان أو احدهما طلب التظليق للمحكمة يرفقا بإذن تدوينه، تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، فإذا تعذر الإصلاح أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه" يتضح أنه عند الاتفاق على الخلع تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، وما يؤكد ذلك نص المادة 115 التي جاء النص فيها "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لإحكام المادة 114 "يعني أن المحكمة تحاول الإصلاح بين الزوجين حتى عند الاتفاق بين الزوجين على الخلع، ولكن عند عدم إجابة الزوج لطلب زوجته فان الزوجة لها الحق في اللجوء إلى مسطرة الشقاق، وذلك حسب المادة 120 من نفس المدونة الفقرة الثانية التي جاء النص فيها على ما يلي "... إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق " و إذا لجأت إلى مسطرة الشقاق، فان المحكمة تحاول الإصلاح بين الزوجين وذلك حسب المادة 94 من نفس القانون "إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل النزاع يخاف منه الشقاق، وجب عليها أن تقوم بكل محاولات لإصلاح ذات البين طبقا لإحكام المادة 82 أعلاه".

الفرع الثالث: في التشريع الإماراتي

لقد أورد المشرع الإماراتي¹ الصلح في المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية التي جاء النص فيها على ما يلي "لكل من الزوجين طلب التلطيق للضرر ،الذي يتعذر معه دوام العشرة بالمعروف بينهما ولا يسقط حق أي منهما في ذلك ما لم يثبت تصالحهما.

تتولى اللجنة التوجيه الأسري وفقا للمادة (16) من هذا القانون الأصلاح للزوجين ،فان عجزت عنه عرض القاضي الصلح عليهما ،فان تعذر وثبت الضرر حكم بالتلطيق" يتبين من خلال هذه المادة إن المشرع لم يلزم القاضي بإجراء الصلح بل يكفي بمجرد عرضه عند ثبوت الضرر وعجز اللجنة الأسرية في الإصلاح ،إلا أن المشرع الإماراتي أحدث لجنة التوجيه أسري ،فعلى المشرع أن ينتهج نهج المشرع الإماراتي في إحداث لجنة التوجيه الأسري للإصلاح بين الزوجين وذلك لأنها أكثر تفرغا للإصلاح على عكس القاضي الذي يشتغل بقضايا أخرى غير الطلاق ،مما يجعل القاضي يجري الصلح كإجراء شكلي فقط.

الفرع الرابع: في التشريع الكويتي

كما ذكر المشرع الكويتي² الصلح في المادة 127 من القانون الكويتي التي جاء النص فيها على ما يلي "على المحكمة أن تبذل وسعها للإصلاح بين الزوجين ،فذا تعذر الإصلاح وثبت الضرر حكمت بالتفريق بينهما بطلقة بائنة، وان لم يثبت الضرر عينت حكمن للتوفيق بينهما أو التفريق " من خلال هذه المادة أنه يجب على المحكمة الإصلاح بين الزوجين وذلك من خلال لفظة على المحكمة، فهذا يعني أن إجراء الصلح جوهرى.

¹ قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة – القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 ط 3 1438 هـ -2017، والقوانين واللوائح والأنظمة المتعلقة به وفقا لأحدث التعديلات ، من الموقع الالكتروني:

<http://www.dji.gov.ae/Lists/DJIBooks/Attachments/79/Ahwa>

² قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء ط1 فبراير 2011 من الموقع الالكتروني:

<https://www.e.gov.kw/sites/kg0Arabic/Forms/QanoonAlAhwalAIMadaniyah>

المطلب الثالث: اثر الحكم الصادر بالخلع دون إجراء الصلح في التشريع الجزائري

تبعا لاختلاف الاجتهادات القضائية التي تعتبر الصلح إجراء جوهرى أم لا ،وهذا الاختلاف يترتب عليه سؤال هل إهمال القاضي لإجراء الصلح يترتب عليه بطلان الحكم أم لا ؟ . لقد اختلفت اتجاهات القضاة في اعتبار الحكم الصادر بدون إجراء الصلح هل هو باطل أم لا ؟

الفرع الأول : الاتجاه الذي يرى بطلان الحكم الصادر بالخلع دون إجراء الصلح :

جاء في قرار الصادر بتاريخ 03-07-1966 عن المجلس الأعلى سابقا "بان التصريح بالتفريق بين الطرفين دون محاولة الصلح المقررة في هذا الشأن ودون سماع المعنيين في هذا الخصوص يعتبر مخالفة للقانون"¹ وبما أن الخلع هو تفريق فانه يقاس عليه هذا القرار كما اعتبر التفريق دون محاولة الصلح باطل. كما جاء أيضا في القرار الصادر بتاريخ 14-02-2013 حيث انه تبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه ومحضر عدم الصلح بتاريخ 19-09-2009 إن المطعون ضدها بصفتها مدعية وطالبة التطبيق لم تحضر جلسة الصلح ومع ذلك استجابة المحكمة لدعواها الرامية إلى التطبيق وحيث أن المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة والمواريث –قد استقر اجتهادها على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية لجلسة محاولة الصلح ،وعليه فان هذا الوجه مؤسس وينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه دون الحاجة لمناقشة الوجه الثاني ومدام إن المطعون ضدها لم تحضر جلسة الصلح مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه بدون إحالة طبقا لنص المادة 365 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية² ،من خلال هذا القرار يمكن أن يقاس عليه الخلع وذلك بنص في القرار "قد استقر اجتهادها على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية لمجلس محاولة الصلح " مادام أن الخلع هو طلب الزوجة لفك الرابطة الزوجية فإنها تخضع إلى وجوب الصلح ،وان عدم إجراء الصلح يؤدي إلى بطلانه وهذا مخالف لنص المادة 57 من قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 التي جاء النص فيها على ما يلي "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطبيق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية" ذلك أن الخلع الصادر الحكم به يعتبر طلاقا باننا ،فكيف يمكن

¹ المجلس الأعلى ،غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 03-07-1968،مجلة الأحكام ج1 دون سنة النشر 49-51

² المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية والمواريث قرار رقم 687997 المؤرخ بتاريخ 14-06-2012- غير منشور .

إبطال هذا الحكم وإرجاع الزوجة إلى زوجها، حتى في حالة إعادة الصلح بينهما وإن تراضيا ونجح الصلح، فهل تعود الزوجة إلى بيت الزوجية أم عليه أن يعقد عليها من جديد.

الفرع الثاني : الاتجاه الذي يرى عدم بطلان الحكم بالخلع في حالة الحكم به دون إجراء الصلح:

جاء في قرار الصادر بتاريخ 16-02-1999 ما يلي "إن محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق، إنما الصلح المذكور في المادة 49 من قانون الأسرة ما هي إلا موعظة مما يجعل الوجه غير مؤسس¹ من خلال هذا القرار يتضح أن إهمال إجراء الصلح لا يؤثر في صحة الحكم، كما جاء أيضا في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 13-06-2007 لكن حيث أن المادة 49 من قانون الأسرة لا تطبق على مستوى المجالس بل على مستوى المحاكم فقط إضافة إلى أن محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق إنما محاولة الصلح المذكورة في المادة 49 من قانون الأسرة ما هي إلا موعظة مما يجعل الوجه غير مؤسس يتعين معه رفض الطعن²

والذي أرى والله اعلم واعلي أن إجراء الصلح يجب أن يعتبر جوهريا إذا كانت الزوجة هي طالبة الخلع والزوج رافض، وإذا لم تجري المحكمة الصلح قبل الحكم بالخلع فان الحكم باطل والزوجية باقية، لأن الزوج لم يرضى بالخلع إذن لم يصدره هو، فهي ليست بأئن .

أما إذا كان هناك تراضي بين الزوجين بالخلع فإجراء الصلح لا يعتبر جوهريا وعدم إجرائه لا يبطل الحكم لان الزوج قد رضي ورضاه دلالة على وقوع الخلع طلقه بائنة، فلا يمكن إبطال الحكم والزوجية بائنة من زوجها .

إن عدم النص صراحة على إلزامية الصلح في قانون الأسرة الجزائري جعل القضاة يختلفون فيه من حيث جوهرية إجراء الصلح أو عدم جوهريته مما ترتب عليه أيضا بطلان الحكم أو عدم بطلان الحكم كما بينت سابقا.

¹ المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار رقم 216850 المؤرخ في 16-02-1999، المجلة القضائية، عدد خاص 2001 ص 103

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 356657 المؤرخ في 13-06-2007 قرار غير منشور .

المطلب الرابع : اثر الحكم الصادر بالخلع دون إجراء الصلح في التشريع المصري

قد أورد المشرع المصري في المادة 20 من قانون رقم 1 لسنة 2000 في الفقرة الثانية من المادة 20 ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين¹ كما جاء في رقم 21 لسنة 53 ق جلسة 27-03-1984 س35 ص 86-856"مفاد المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 إن المشرع اشترط للحكم بالتطليق أن يثبت إضرار الزوج بزواجه بما لا يستطاع معه دوام العشرة ،وان يعجز القاضي عن الإصلاح بينهما ،مما مقتضاه وجوب تدخل المحكمة بغرض إزالة أسباب الشقاق بين المتخاصمين ،فان هي قضت بالتطليق دون أن تحاول التوفيق بينهما كان قضاؤها باطلا باعتبار أن سعيها للإصلاح قبل الحكم بالتفريق إجراء جوهري أوجبته القانون ولصيق بالنظام العام²، من خلال هذا الطعن يتبين أن إهمال إجراء الصلح يترتب عليه بطلان الحكم هذا إذا قسنا الخلع على التطليق ،وبهذا يكون هذا الطعن موافق للمادة 20 الفقرة الثانية من قانون 01- لسنة 2000 السالفة الذكر ومخالف الفقرة الأخيرة المذكورة سابقا .

كما أنه بالرجوع إلى الطعن رقم 518 سنة 71 ق جلسة 22-02-2003 "النص في المادة 18 من قانون 01- لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية وجوب عرض المحكمة الصلح مرتين على الأقل خلال مدة محددة على الزوجين في حالة وجود أبناء قبل الحكم بالطلاق أو التطليق ،فان قضت بالتطليق دون التعرض عليهما الصلح قبل الحكم بالتفريق إجراء جوهري أوجبته القانون ولصيق بالنظام العام، فان كانت عناصره التي تمكن من الإلمام به تحت نظر المحكمة الموضوع .فانه يكون لمحكمة النقض أن تعرض له من تلقاء نفسها لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن للزوجين أولاد، وان محكمة أول درجة حكمت بالتطليق المطعون ضدها على الطاعن دون أن تتدخل لعرض الصلح عليهما طبقا لنص المادة 18 المشار إليها ،كما أن محكمة الاستئناف لم تعرضه إلا مرة واحدة بجلسة 17-04-2001 رغم وجود أبناء فان الحكم المطعون فيه

¹ قانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري معدلا بالقانون رقم 91 لسنة 2000 من الموقع الالكتروني:

<http://el-borai.com/wp-content/uploads/2014/03/Personal-Status-Law>

² قضاء النقض في الأحوال الشخصية -سعيد احمد شعله ص 142-143

يكون معيبا بما يوجب نقضه¹ يتبين من هذا الطعن أيضا أن الصلح يعتبر إجراء جوهرى وإهماله يعرض الحكم إلى النقض، وما يؤكد أن الخلع مثل الطلاق والتطليق في إجراء الصلح هو المادة 20 الفقرة الثانية السالفة الذكر التي أوجبة الصلح.

كما اعتبر قضاء النقض الخلع مثل الطلاق والتطليق أيضا في الطعن رقم 03 سنة 53 ق الجلسة 29-05-1984 س35 ص 1480 " مجال إعمال المادتين 10،11 من القانون رقم 25 لسنة 1929 والمتعلقتين بالتفريق نظير بدل تلتزم به الزوجة مع إسقاط كل أو بعض حقوقها المالية هو دعوى التطليق التي تتخذ فيها إجراءات التحكيم"² كما ورد في الفقرة الأخيرة من المادة 20 من قانون 01-لجنة 2000 "على انه يكون الحكم في جميع الأحوال غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن"³. إذن هناك تناقض بين الفقرة الثانية السالفة الذكر والأخيرة من نفس القانون وقضاء محكمة قضاء النقض . حيث اعتبرت الفقرة الثانية وقضاء النقض إن إجراء الصلح إجباري ويترتب على إهماله بطلان الحكم بالتفريق، ثم جاء في الفقرة الأخيرة ليؤكد عدم الطعن في الحكم في جميع الأحوال بمعنى حتى وأن أهمل القاضي إجراء الصلح.

الخاتمة:

إن المشرع الجزائري في إطار المساواة بين المرأة والرجل أعطى للمرأة الحق في مخالعة زوجها دون رضاه، وذلك بالمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري وذلك في مقابل الطلاق بالإرادة المنفردة الذي يملكها الزوج، كما سعى المشرع الجزائري أيضا إلى الحفاظ على الأسرة من التشتت، وذلك بإصدار المادة 49 من نفس القانون والمادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالفة الذكر اللتان تجبرا القاضي على إجراء الصلح قبل الحكم بالخلع، إن التعارض بين المساواة بين الرجل والمرأة وبين الحفاظ على الأسرة، قد أنتج المادة 54 من قانون الأسرة التي فتحت بابا آخر للتفريق بين الزوجين، لهذا فعلى

¹ قضاء النقض في الأحوال الشخصية - سعيد احمد شعله ص 203

² نفس المرجع ص143

³ قانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري معدلا بالقانون رقم 91 لسنة 2000 من الموقع الإلكتروني:

<http://el-borai.com/wp-content/uploads/2014/03/Personal-Status-Law>

المشرع الجزائري أن يعيد النظر في المادة 54 من قانون الأسرة والمادة 49 من نفس القانون، لهذا قد توصلت في بحثي هذا إلى مجموعة من التوصيات والنتائج:

- 1- إعادة النظر في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري من حيث إجبار الزوج على الخلع .
- 2- أن يضع المشرع الجزائري مبررات التي أدت بالزوجة لطلب الخلع ،مثملا فعله نظيره المشرع المصري.
- 3- أن يبين أنه إذا طلبت الزوجة الخلع أمام القاضي والزوج رافض فعلى المشرع الجزائري أن يمدد من مدة الصلح إلى أكثر من ثلاثة أشهر، ذلك لأن الطلاق لم يصدر من الزوج فلا حاجة لربط مدة الصلح بمدة العدة، ثم أنه من المعروف أن المرأة مجبولة على العاطفة والتسرع، فكلما كانت مدة محاولة الصلح أطول إلا وكانت مرجوة النتيجة
- 4- إحداث لجنة التوجيه الأسري لإجراء الصلح بين الزوجين، وذلك للقيام بمهمة الإصلاح على أتم وجه، لان القاضي لديه قضايا أخرى غير القضايا الأسرية، مما يجعل الصلح لديه مجرد إجراء شكلي.
- 5- يجب على المشرع الجزائري أن يفرق بين الصلح في الطلاق إذا تلفظ به الزوج وكانت طلاقة تالفة فلا داعي للصلح لأنها باننت منه بينونة كبرى، وبين أن الزوج لم يتلفظ بالطلقة الثالث.
- 6- يجب على المشرع الجزائري أن يبين أنه في حالة تلفظ بالطلاق في البيت وانتهت العدة ثم ترفعا إلى المحكمة فلا يجري القاضي الصلح لأنها باننت منه بينونة صغرى.
- 7- أن يبين أنه إذا حدث التخالع بين الزوجين بالتراضي قبل الوصول إلى المحكمة، فلا داعي لإجراء الصلح لان الزوجة باننت من زوجها فما على القاضي إلا تثبيت الحكم بالخلع.

الطفل في حالة خطر على ضوء القانون 12/15

سمير قاسمي (*)

تاريخ قبول المقال: 2018/11/27

تاريخ إرسال المقال: 2018 /08 /27

الملخص

الطفل كالصفيحة البيضاء تكتب عليها ما تشاء ، فهو القاعدة الأساسية لكل المجتمعات وأساس بنائها وإن تعدد الثقافات واندماجها في عصر العولمة أو بالأخص في عصر التكنولوجيا ، جعله يعيش في صور الرفاهية والازدهار والنمو وفي مقابل ذلك أضحي يعيش أوضاعا ليست بعيدة عن أوضاع كان يعيشها في العصور السابقة ، في صور جديدة من مختلف صور الاستغلال سواء كانت اجتماعية أو اقتصادية أو ثقافية، جعلته محل استغلال فسارعت التشريعات الدولية بوضع قواعد قانونية لحمايته و ألزمت الدول بضرورة احترام ذلك ، بموجب تعديل تشريعاتها الداخلية فنصت غالبية التشريعات المقارنة و منها التشريع الجزائري على ضرورة حماية هذه الفئة ، وهو ما التزم به التشريع الجزائري منذ مصادقتها على اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 ، وصولا إلى صدور القانون 12/15 المتضمن حماية الطفل سواء باعتباره ضحية أو بصفته جانح من جهة ، و من جهة أخرى سواء في ظل الحماية الوقائية الإجرائية أو الحماية العلاجية القضائية.

الكلمات المفتاحية : الطفل – استغلال الطفل – الحماية الوقائية – الحماية القضائية .

Summary

The child as the white page is written on it as it pleases, It is the basic foundation of all societies and the basis of its construction, and the multiplicity of cultures and their integration into the era of globalization or especially in the age of technology made it live in the images of prosperity, prosperity and growth. In the new forms of exploitation of various forms of social, economic or cultural exploitation, making it the place of exploitation, the international legislation accelerated the development of legal rules to protect it and the obligation of States to respect this, under the amendment of its domestic legislation, the majority of comparative legislation Including Algerian legislation, on the need to protect this category, which Algerian legislation has committed to since its ratification of the 1989 Convention on the Rights of the Child , Until the

(*) سميير قاسمي- طالب دكتوراه ، السنة الثالثة/ تخصص القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحيى فارس بالمدينة، البريد الإلكتروني: gasmisamir1989@gmail.com

promulgation of Law 15/12, which includes the protection of the child and the protection of his child and its extension in providing preventive procedural protection or legal protection.

key words :Child ; Child exploitation ;Protective protection ; Judicial protection

المقدمة :

إن العولمة وتأثيراتها على الحياة الاقتصادية و الثقافية الاجتماعية و التكنولوجية للإنسان قد أفرزت إيجابيات و سلبيات ، فرغم الإيجابيات التي تميزها من خلال تقريب العالم و جمعه في قرية صغيرة ، وتحقيق المتطلبات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للمجتمعات في ظرف قياسي عجز الإنسان عن تحقيقها في زمن مضى ، فمن خلال العولمة التكنولوجية استطاع الإنسان أن يقرب المسافات ، واستغلال أوقاته بكل مهارة دون ضياع، وفي مقابل ذلك مزجت العولمة بين الثقافات فأصبح الدخيل على المجتمعات كأنه أصيل فيها ، الأمر الذي أثر على حياة و تركيبة المجتمعات وخلق نشاط إجرامي على مختلف المستويات لاسيما المستوى الاجتماعي منها ، ولأن الطفل اليوم هو رجل المستقبل و أساس بناء المجتمعات فقد أخذ الاهتمام الواسع به على المستوى العالمي و الإقليمي و المحلي نظرا لتفاقم الظاهرة الإجرامية التي أصبحت تعصف بالأطفال ، و عليه اتخذت تشريعات الدول إجراءات وقائية سابقة وأخرى جزائية لاحقة لحماية هذه الفئة من الجنوح و دخول في عالم الجريمة سواء كمتهمين أو كضحايا ، و منها التشريع الجزائري من خلال وضع القانون 12/15 المتضمن قانون حماية الطفل ، وعليه وجب تحديد العوامل والأسباب التي تقف وراء هذه الظاهرة الخطيرة التي تهدد الأطفال ، فما هي العوامل الدافعة لخطر الأطفال و دخولهم عالم الجريمة على ضوء التشريع الجزائري ؟ للإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم خطة البحث إلى النقاط التالية و فق مبحثين أساسيين : **نتطرق في المبحث الأول إلى مفهوم الطفل في حالة خطر في المبحث الثاني إلى مدى حماية المشرع الجزائري للطفل في حالة خطر .**

المبحث الأول :مفهوم الطفل في حالة الخطر

لنتطرق إلى مفهوم حماية الطفل في حالة خطر على ضوء التشريع الجزائري ، ووجب ضبط مصطلح الطفل لغويا و اصطلاحيا و قانونيا ، مرجعين كذلك في نفس الوقت على تحديد العوامل الدافعة بالطفل إلى دخوله مرحلة الخطورة التي تنتهك حقوقه ، بالإضافة إلى تحديد الحالات التي يكون فيها الطفل في حالة خطر على ضوء التشريع الجزائري ، و هذا من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، نتطرق في

المطلب الأول إلى تعريف الطفل مع تحديد العوامل المؤدية بالطفل الى الانحراف بالتالي جعله في حالة خطر ، وفي المطلب الثاني تحديد الحالات المشار إليها قانونا في التشريع الجزائري كونها تشكل حالات خطر بالنسبة للطفل .

المطلب الأول : تعريف الطفل و العوامل المساعدة على انحرافه

الفرع الأول : تعريف الطفل

أولا : تعريف الطفل لغويا

الطفل: مفرد أطفال؛ أي الصغير، ومؤنثه طفلة، والطفل بكسر الطاء: المولود أو الوليد حتى البلوغ وكذلك أول الليل طفل وأول النهار طفل والوقت قبيل غروب الشمس أو بعد العصر إذا طلعت الشمس للغروب، ولفظ الطفل يطلق على الحدث أو الصبي النشء أو صغير السن¹ ، فكلمة طفل لغة بكسر الطاء تعني الصغير من كل شيء سواء كان عينا أو حدثا ، فالصغير من الناس أو الدواب يسمى حدثا ، و الصغير من السحاب يسمى حدثا و الليل في أوله طفل² ، وأصل كلمة الطفل جاءت من الطفالة أو النعومة ، فالوليد به طفالة ونعومة حتى قيل ان الطفل هو الوليد مادام رخصا أي ناعما و المصدر طفولة³.

ثانيا : تعريف الطفل اصطلاحا

هو بمثابة عالم من المجاهيل المعقدة كعالم البحار الواسع الذي كلما خاضوا الباحثون فيه واكتشفوا شيئا منه ازدادوا جهلا عنه، ووجدوا فيه كنوزا و حقائق جديدة محل دراسة و أبحاث جديدة لازالت محل اكتشاف نظر الضعف وإدراكهم المحدود، من جهة واتساع نطاق هذا العالم ومحتواه وخفاياه من جهة أخرى⁴ ، وعليه الطفل اصطلاحا مبني على الفترة العمرية الأولى في حياة الإنسان ، والتي تبدأ بالولادة، وقد عبرت آيات من القرآن الكريم لتضع مفهوما خاصا لمعنى الطفل في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنْ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُّضْغَةٍ

¹ أبو الفضل محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان ، 1414 هـ 401/11 .

² د / خالد مصطفى فهمي : حقوق الطفل ومعاملته الجنائية في ضوء الاتفاقيات الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر 2007 ، ص 8 .

³ د / مؤيد سعد الله حمدون المولى : المسؤولية الدولية عن انتهاك حقوق الطفل في ظل الاحتلال الحربي ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر و البرمجيات ، مصر ، الإمارات ، 2013 ، ص 17 .

⁴ سيما راتب عدنان أبو رموز : تربية الطفل في الإسلام، ماجستير دراسات إسلامية، بدون بلد النشر وسنة النشر، ص 21.

مُخَلَّفَةٌ وَغَيْرِ مُخَلَّفَةٍ لِنُبْنَيْتِكُمْ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ وَمِنْكُمْ مَّنْ يُتَوَفَّوْهُ مِنْكُمْ مَّنْ يُرَدُّ إِلَىٰ أَرْذَلِ الْعُمُرِ لِكَيْلَا يَعْلَمَ مِنْ بَعْدِ عِلْمٍ شَيْئًا وَتَرَى الْأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَّتْ وَأَنْبَتَتْ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ¹، إذ تتسم هذه المرحلة المبكرة من عمر الإنسان باعتماده على البيئة المحيطة به كالوالدين والأشقاء بصورة شبه كلية ، وتستمر هذه الحالة حتى سن البلوغ.

ثالثا : التعريف التشريعي للطفل

لقد أولى القانون الدولي أهمية بالغة للطفل من خلال ضمان حقوقه على أوسع نطاق ممكن ، ولا يزال يسعى وراء ذلك دائما لبلوغ مستويات أفضل من ذلك ، وهذا من خلال المواثيق الدولية العديدة التي تناولت موضوع الطفل سواء في إطاره العام أو الخاص أو الإطار المعزز لذلك ، و بالتالي في مختلف الوثائق المتعلقة بحقوق الإنسان ، غير أن ما يلفت انتباه الكثيرين من الدارسين لهذه الاتفاقيات المتعلقة بالطفل يجد أنها تطرقت الحقوق الطفل وفي بعضها إلى آليات حماية هذه الحقوق أكثر من ضبط تعريف دقيق لمصطلح الطفل خاصة في الإعلانات و الاتفاقيات التي سبقت اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 ، كما أنها لم تضع حدا أقصى لسن الطفل² ربما فاتحة المجال في ذلك لتشريعات الوطنية لتحديد ذلك، وعليه فالاتفاقية الوحيدة التي وضعت تعريفا واضحا للطفل هي الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لعام 1989 والتي عرفته طبقا للمادة الأولى منه على " النحو الآتي " لأغراض هذه الاتفاقية يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه"³

أما التشريع الجزائري فقد عرف الطفل على ضوء القانون 12/15 المتعلق بحماية الطفل "بأنه كل شخص لم يتجاوز سن الثمانية عشر سنة كاملة طبقا للمادة الثانية من القانون"⁴، وجددير بالذكر أن الجزائر صادقت على الاتفاقية الدولية لحماية حقوق الطفل لعام 1989 في 26 من شهر نوفمبر عام

¹سورة الحج الآية 05 .

² د / مؤيد سعد الله حمدون المولى : المسؤولية الدولية عن انتهاك حقوق الطفل في ظل الاحتلال الحربي ، المرجع سابق الذكر ، ص 25 .

³اتفاقية حقوق الطفل : اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 تشرين الثاني/نوفمبر 1989 ، دخلت حيز النفاذ في 02 أيلول/سبتمبر 1990، وفقا للمادة 49 منها .

⁴القانون رقم 12/15 المؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق ل 15 يوليو سنة 2015 المتعلق بحماية الطفل.

1990 ، ليصدر قانون حماية الطفل عام 2015 مستغربين في ذلك أين كان المشرع الجزائري طوال هذه المدة من مصادقة الجزائر على الاتفاقية ، بل أكثر من ذلك المشرع الجزائري و طبقا للمادة 69 من الدستور الجزائري المعدل بموجب القانون 01/16 طبقا للفقرة الرابعة من ذات المادة "ينص على منع تشغيل الأطفال الأقل من 16 سنة ، ويعاقب عليه القانون"¹، وعليه كان يفترض بالمشرع الجزائري أن يمنع تشغيل الأطفال اقل من 18 سنة بالموازاة مع مضمون القانون 12/15 المتعلق بحماية الطفل حتى لا يقع في تناقض مثلما هو عليه في هذا الوضع لا سيما وصدور القانونين ليست بينهما مفارقة زمنية بعيدة في الصدور، وهذا يدل على دور وغياب المشرع الجزائري في التنسيق بين القوانين التي يقوم بتقنينها.

الفرع الثاني : تعريف الطفل في خطر

لقد عرف المشرع الجزائري الطفل الذي يكون في حالة خطر ، طبقا للقانون 12/15 الصادر بتاريخ المتضمن قانون حماية الطفل ،تحت الباب الأول المعنون بالأحكام العامة على أنه الطفل الذي تكون صحته أو أخلاقه أو تربيته أو أمنه في خطر أو عرضة له ، أو تكون ظروفه المعيشية أو سلوكه من شأنه أن يعرضه للخطر المحتمل²، و الخطر هو تعريض الطفل لمختلف أشكال الإساءة يؤدي إلى إساءة سواء كانت إساءة نفسية أو جسدية ، والتي يمكن تقسيمها على النحو الآتي :

_ **الإساءة الجسدية** : وهي استخدام القوة المبالغ فيها مع الطفل مما يؤدي إلى الإضرار بجسد الطفل، وقد تترك علامات : مثل الضرب والجرح والحرق... الخ .

_ **الإساءة النفسية** : وهي حالات يتم فيها إذلال الطفل أو تعريض كرامته للسوء مثل مناداته بأسم سيء أو تلفيق فيه صفة بذئية أو التوبيخ المستمر والتقليل من قيمته .

_ **الإساءة الجنسية** : وهي استغلال الطفل جنسيا بمختلف صورته كالممارسة الفعلية أو العروض الجنسية أو في إطار مواد إباحية .

_ **الإهمال** : وهي عدم تلبية متطلبات الطفل النفسية والجسدية والتي من شأنها حماية الطفل من استغلال الغير كالمأكل و المشرب و الملابس و التعليم و التربية .

¹القانون 01/16 : المؤرخ في 26 جمادى الأولى علم 1437 الموافق ل 06 مارس سنة 2016 المتضمن التعديل الدستوري.

² المادة الثانية من القانون 12/15 المتضمن حماية الطفل ، المرجع سابق الذكر .

الفرع الثالث : العوامل المساعدة الدافعة بالطفل للخطر

إن جنوح الأطفال وجعلهم في وضع خطير تتفاوت حدتها نسبيا من مجتمع إلى آخر، يعود السبب فيها إلى مجموعة من العوامل المتداخلة يمكن تقسيمها إلى عوامل اجتماعية وأخرى ذاتية للانحراف .

أولا : العوامل الاجتماعية للانحراف

هذه العوامل و التي يمكن تقسيمها هي كذلك إلى عوامل بعيدة عن محيط الطفل أو ما يسمى بالعوامل الخارجية وأخرى متصلة به أو القريبة منه ، بمعنى ذات علاقة وطيدة بمحيطه¹.

01 / العوامل الاجتماعية الخارجية البعيدة:

لقد أصبحت الكرة الأرضية اليوم بمثابة القرية الصغيرة ، وهذا بفضل التطور الهائل لوسائل الاتصال الحديثة، إلى جانب كثافة حركة المبادلات التجارية وحركة التنقل للأشخاص، مما أدى إلى تغيير أنماط العيش التقليدية في المدن وكذلك في الأرياف ، وقد مثلت هذه التحولات الجذرية، على مستوى المحيط الخارجي للطفل، سببا دائما من أسباب تنامي ظاهرة الانحراف ، وهذا المحيط الخارجي المتمثل في العامل الحضاري والعامل الثقافي ووسائل الإعلام، ليست له علاقة مباشرة بالطفل، وإنما تتسبب آثاره عليه، على خلاف المحيط القريب الذي يسلط على الصغير تأثيرا مباشرا.

02 / العوامل الاجتماعية القريبة

تشتمل هذه العوامل على مجموعة الظروف التي تحيط بالطفل في بيئة معينة، وتؤثر في سلوكه وتصرفاته كعلاقته بأسرته وأصدقائه وجيرانه، وهي لا تقتصر فقط على الظروف المادية الملموسة، بل تشمل أيضا الجانب المعنوي لتلك البيئة ، ويمكن تصنيف هذه العوامل إلى ثلاث عوامل رئيسية على النحو الآتي :

-العامل الأسري ،

- العامل المدرسي ،

- دور الوسط الاجتماعي .

تبدأ عملية التنشئة الاجتماعية للطفل أولا داخل أسرته بوصفها الخلية الأولى المسؤولة عن تربيته وضمان سلامته البدنية والعقلية، إذ كما لا يخفى فالطفل يولد على الفطرة، وانحراف الأحداث مرتبط

¹محمد مفتاح اقزيم : الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية، مصر، 2006 ، ص 46.

ارتباطا وثيقا بالأسرة وما توفره من نظام لرعاية الأبناء وتنشئتهم تنشئة صالحة، ومن هنا كانت الأسرة الخلية الأساسية للأمم، يصلح بصلاحتها المجتمع بأسره، و يتدهور أخلاقيا و قيما وسلوكا بتدهورها ، فقد أثبتت الإحصائيات والأبحاث والدراسات أن انحراف الأحداث وجنوحهم الأخلاقي راجع أساسا إلى انحلال الأسرة، وإهمالها لواجباتها التربوية وتعهدها الأخلاقية، وعدم الحفاظ على نقاوة بيئتها لتنشئة جيل سليم يتحلى بمكارم الأخلاق ، كما أثبتت عدة دراسات أن اضطراب الأسرة و تصدعها وانحلال العلاقات داخلها يشكل عاملا هاما في انحراف الأطفال ، وقد أشار المشرع الجزائري إلى هذه الحالات تأكيدا منه على ضرورة أخذها بعين الاعتبار على أساس أن إدراجها ضمن الحالات التي قد تعرض الطفل إلى الخطر¹.

ثانيا : العوامل الذاتية للانحراف :

هذه العوامل الذاتية متعددة، لها طابع داخلي نفسي، و تؤثر على الطفل و تدفع به إلى العنف في عالم الانحراف والإجرام ، وبه مجموعة من العوامل المرتبطة بشخص الطفل الجانح، ولها ارتباط وثيق بتكوينه الطبيعي النفسي، إلى جانب ما يكتسب مع الوقت من تكوين إضافي، لذلك يصنف المختصون هذه العوامل الذاتية، كما تقدم بيانه في بداية الموضوع إلى عوامل أصلية توجد في الشخص منذ ولادته، وعوامل مكتسبة ، ولأن هذه العوامل ذات صلة بكل شخص عموما فيمكن أن نفرز منها ما يهم الطفل على وجه الخصوص، و نذكر من بينها عامل الشعور بالظلم، الذي يعتبر من بين العوامل التي تجعل الطفل ينتقل لمرحلة العمل الإجرامي ، وذلك حسبما يؤكد الخبراء نتيجة غياب القدرة على التحمل وعلى الصبر لدى الأطفال، وعدم كفاية تشبعهم بالقيم الأخلاقية و الروحية التي تغرس فيهم قبول واقع التفاوت بين الأشخاص.

فالطفل الذي يشعر بالظلم و القهر، يرد الفعل بصورة عنيفة لصعوبة تحكمه في أعصابه، وفقدانه لمقدرة على كبح جماحه، فيكون سلوكه منحرفا و مخالفا للقانون و معاديا للمجتمع ، فالانحراف هو تعبير على مجموعة من المؤثرات التي تؤدي إلى الإحساس باليأس و الإحباط، ويمكن أن يترتب عنها العنف، وقد يصل الأمر في الحالات القصوى إلى الإقدام على الانتحار بحكم ما يتسبب للطفل من جراء الشعور بالظلم من اختلال في توازنه النفسي ، ويلاحظ مبدئيا أن العوامل الاجتماعية، سواء الخارجية منها أو القريبة، هي التي تؤثر أساسا على العوامل الذاتية و النفسية لطفل، إلا في حالات جد

¹ المادة الثانية من القانون 12/15 المتضمن حماية الطفل ، المرجع سابق الذكر

استثنائية عند وجود عوامل نفسية لها أهمية وخطورة خاصة بذاتها في الدفع به إلى الانحراف¹، جدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يحدد هذه الحالات على سبيل الحصر، على ضوء القانون 12/15 لعام 2015، بل ترك المجال مفتوحا لإدراج حالات أخرى قد تهتك بصورة الطفل البريئة والتي قد تعرضه للخطر .

المطلب الثاني : حالات الطفل محل الخطر

المشرع الجزائري و طبقا للقانون 12/15 المتعلق بحماية الطفل ومن وجه نظرنا نرى أنه أخطأ بين العوامل المؤدية إلى انحراف الطفل و جعله محل خطر من جهة ، والحالات الواقعية المادية التي تمثل الصورة الحقيقية للطفل محل الخطر ، فالحديث عن حرمان الطفل من التعليم ، أو الإهمال الأسري والتشرد والتقصير في التربية والتواصل بناء على مضمون المادة الثانية من القانون 12/15 هي عوامل تؤدي إلى وقوع الطفل في الخطر ، أما الحديث عن الاستغلال الجنسي والاستغلال الاقتصادي وغيرها من صور الاستغلال هي الوقائع التي كان يفترض على المشرع الجزائري إدراجها ضمن الحالات التي يكون فيها الطفل في حالة خطر لأنها وقائع مادية واضحة .
وهو ما سنعالجه على النحو الآتي :

الفرع الأول : الاستغلال الجنسي للطفل

الاستغلال الجنسي للطفل ليس صورة جديدة في المجتمعات الدولية ، بل عكس ذلك فهي نمط لاستغلال قديم كان يسمى بتجارة الرقيق الذي يعتبر سببا من أسباب الاستغلال الجنسي ، غير التطور التكنولوجي الحديث الذي أفرزته العولمة أفرزت سلوكيات وتصرفات جديدة على هذا النوع من الاستغلال خاصة في ظل وجود الانترنت فأصبح يتخذ الاستغلال الجنسي للأطفال على عدة أشكال وهو ما سنوضحه على النحو الآتي :

أولا : تعريف الاستغلال الجنسي للطفل

هو اتصال جنسي بين طفل و شخص آخر بالغ من أجل إرضاء رغبات جنسية عند الأخير سواء كان مستخدما في ذلك القوه أو برضاه² ، غير أنه جدير بالذكر القول الاستغلال الجنسي يتخذ صفة

¹محمد مفتاح اقزيم : مرجع سابق الذكر ، 47.

² سالم ابراهيم بن احمد النقيبي : جرائم الاتجار بالبشر و استراتيجيات مكافحتها على الصعيدين الدولي والإقليمي ، شركة الدليل للدراسات و التدريب و أعمال الطباعة و النشر ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، مصر ص 93.

الدوام والاستمرارية ، فالاستغلال ليس مرحلة أنية كالاغتصاب أو التحرش الجنسي ، وهو يؤخذ عدة أنماط على سبيل المثال و ليس الحصر وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري ذلك على ضوء القانون 12/15 المتعلق بحماية الطفل لعام 2015 ، ومنها البغاء :الذي تعرفه المادة 2 من البروتوكول الاختياري بغاء الأطفال بأنه "استخدام الطفل في أنشطة جنسية لقاء مكافأة أو أي شكل آخر من أشكال العوّض"، وتعني عبارة "أي شكل آخر من أشكال العوّض "أن البغاء يشمل تقديم خدمات جنسية مقابل منفعة أو خدمات أو مصلحة ما تعادل في قيمتها النقود أي مثلا تقديم الخدمات الجنسية لقاء الغذاء أو السكن أو المخدرات"¹ ، جدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا دقيقا للاستغلال الجنسي مكتفيا فقط بالصور التي يكون عليها عادة بالإضافة إلى استغلاله في إطار المواد الإباحية والتي عرفتها المادة 2 من البروتوكول الاختياري المتعلق باستغلال الأطفال في المواد الإباحية بأنه " تصوير أي طفل بأي وسيلة كانت، يمارس ممارسة حقيقية أو بالمحاكاة أنشطة جنسية صريحة، أو أي تصوير للأعضاء الجنسية للطفل لإشباع الرغبة الجنسية أساسا"²، كما يمكن أن تكون المواد الإباحية عبارة عن صور يظهر فيها الأطفال وهم يمارسون أنشطة جنسية مع أطفال آخرين أو مع بالغين مواد إباحية فاحشة ويمكن أيضا أن تكون صوراً مثيرة يظهر فيها القصر وهم عراة ويُسلط الضوء فيها على أعضائهم التناسلية³ ، جدير بالذكر أن المشرع الجزائري كذلك لم يضع تعريفا لهذه المواد الإباحية .

ثانيا :الاستغلال الاقتصادي للطفل

العمل هو حق لكل شخص ، كما أقرت العديد من المواثيق الدولية و التشريعات الوطنية للدول ، ودفعت الأشخاص إلى احترام هذا الحق النبيل وجمعت له يوما عالميا للاحتفال به، إنه حق أكدته عليه الشريعة الإسلامية قبل أي تشريع وضعي آخر لأن الشريعة الإسلامية منهاج صالح لكل مكان ولكل زمان ، ورغم أنه حق معترف به للإنسان إلا أنه يمارس بضوابط قانونية تكفل احترام هذا الحق من جهة وتحمي صاحبه من جهة أخرى خاصة ونحن أمام فئة ضعيفة في المجتمع والمتمثلة في الطفل، حيث

¹ البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية ، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 263 الدورة الرابعة والخمسون المؤرخ في 25 أيار/مايو 2000 ، دخل حيز النفاذ في 18 يناير 2002.

² المرجع نفسه.

³ الشحات إبراهيم محمد منصور : حقوق الطفل و آثارها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر ، 2011 ص 183 .

فرضت المواثيق الدولية حماية طفل في المجال الاقتصادي بعدم استخدامه في أعمال قد تكون خطيرة عليه بمختلف صورها والتي تسيء إلى شخص الطفل ، وهو ما أشارت إليه المادة 32 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لعام 1989¹ والتي تنص في مضمونها على حماية الطفل من الاستغلال الاقتصادي مما يجرمه من متابعة دراسته أو يضر بصحته البدنية والعقلية والمعنوية والاجتماعية لتعمم بعدها الحماية في هذا المجال على إطلاقه بموجب المادة 36 من ذات الاتفاقية حتى لا تترك مجالاً للتأويل و التي نصت على ما يلي " تحمي الدول الأطراف الطفل من سائر أشكال استغلال الضارة بأي جانب من جوانب رفاه الطفل" هذا و قد أكدت الاتفاقية المتعلقة بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والإجراءات الفورية للقضاء عليها لعام 1999² على ضرورة إلزام الدول الأطراف بضرورة اتخاذ الإجراءات الفورية والفعالة لضمان حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والقضاء عليها، كما أشارت الاتفاقية إلى طبيعة الأعمال التي تمثل انتهاك لحقوق الطفل ولخصوصية الطفل في حد ذاته ، فقد نصت المادة الثالثة من

ذات الاتفاقية على ما يلي "يشمل تعبير أسوأ أشكال عمل الأطفال : في مفهوم هذه الاتفاقية :

– كافة أشكال الرق أو الممارسات الشبيهة بالرق، كبيع الأطفال والاتجار بهم وعبودية الدين والقنانة والعمل القسري أو الإجباري، بما في ذلك التجنيد القسري أو الإجباري للأطفال لاستخدامهم في صراعات مسلحة،

– استخدام طفل أو تشغيله أو عرضه لأغراض الدعارة، أو لإنتاج أعمال إباحية أو أداء عروض إباحية،

– استخدام طفل أو تشغيله أو عرضه لمزاولة أنشطة غير مشروعة، ولا سيما إنتاج المخدرات بالشكل الذي حددت فيه في المعاهدات الدولية ذات الصلة والاتجار بها،

– الأعمال التي يرجح أن تؤدي، بفعل طبيعتها أو بفعل الظروف التي تزول فيها، إلى الإضرار بصحة الأطفال أو سلامتهم أو سلوكهم الأخلاقي.

جدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد أكد على هذا الحق بموجب المادة 69 من الدستور الجزائري ، والتي تنص على ما يلي "لكل المواطنين الحق في العمل" ، وفي مقابل ذلك أكد على حماية الطفل في

¹اتفاقية حقوق الطفل اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 تشرين الثاني/نوفمبر 1989 تاريخ بدء النفاذ: 2 أيلول/سبتمبر 1990، وفقا للمادة 49.

² اتفاقية بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والإجراءات الفورية للقضاء عليها (رقم 182) اعتمدت من طرف المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية في 17/06/1999.

ذات المادة من معاقبة كل من يعمل على تشغيل الطفل دون سن 16 سنة ، كما أدرج المشرع الجزائري الاستغلال الاقتصادي للطفل ضمن الحالات التي تعرض الطفل للخطر طبقا للمادة الثانية من القانون 12/15 المتضمن حماية الطفل ، وكما سبق الذكر كان يفترض بالمشرع الجزائري رفع سن تشغيل الطفل إلى 18 سنة تماشيا مع قانون حماية الطفل و هذا من أجل إزالة اللبس الذي يكتنف قانون حماية الطفل لتناقضه مع أحكام المادة 69 من الدستور الجزائري .

ثالثا : إشراك الطفل في النزاعات المسلحة

إن من شأن أية دولة كانت في ظل نزاع مسلح تعمل ما بوسعها لدفاع عن أراضيها و مؤسساتها ، مسخرة في ذلك كامل الإمكانيات القتالية لتحقيق ذلك ، ومنها العنصر البشري الذي يمثل جزء لا يتجزأ من قواتها الدفاعية لكن في بعض الأحيان قد يأخذ هذا الاستعداد منعرجا آخر وهو منعرج خطير والمتمثل في إشراك الأطفال في القتال و بالتالي القيام ببعض العمليات الحربية ، الأمر الذي دفع بالمجتمع الدولي بوضع قواعد و ضوابط تحظر على الدول استخدام الأطفال في النزاعات المسلحة ، وقد أكدت ديباجة البروتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية حقوق الطفل لعام 2000 بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة على حماية حقوق الطفل خاصة تستدعي الاستمرار لتحسين حالة الأطفال دون تمييز فضلا عن تنشئتهم و تربيتهم في كنف السلم والأمن¹ .

وإذ تشعر بالجزع لما للمنازعات المسلحة من تأثير ضار و متشفي على الأطفال ، وما لهذا الوضع من عواقب على المدى البعيد من خلال استدامة السلم والأمن والتنمية ، هذا وقد نصت منظمة العمل الدولية في إطار الاتفاقية الخاصة بحظر أسوأ أشكال عمل الأطفال على القضاء ومنع التجنيد القسري والإجباري واستخدام الأطفال في النزاعات المسلحة ، ولا دلالة لشك في ذلك أن إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة يؤثر سلبا على الأطفال هذا من جهة إشراكهم في القوات المسلحة ومن جهة أخرى بصفتهم مدنيين وجب إخضاعهم لحماية خاصة في ظل النزاعات المسلحة وهو ما أشار إليه البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 المتعلق بالنزاعات المسلحة الدولية² و البروتوكول الإضافي الثاني بالنسبة

¹ البروتوكول الاختياري لإتفاقية حقوق الطفل بشأن إشراك الأطفال في المنازعات المسلحة ، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 263 الدورة الرابعة والخمسون المؤرخ في 25 أيار/مايو 2000 دخل حيز النفاذ في 23 فبراير 2002 .

² البروتوكول الإضافي الأول إلى اتفاقيات جنيف المنعقدة في 12 آب / أغسطس 1949 والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة 1977

للنزاعات الدولية المسلحة الغير دولية¹ ، فقد أولت المادة 8 الفقرة 1 من البروتوكول الإضافي الأول منه لحالات الولادة عناية خاصة واعتبرتهم ضمن طوائف الجرحى و المرضى والذي يستوجب حمايتهم ، كما أكدت المادة 74 من ذات البروتوكول على ضرورة لم شمل الأسر المشتتة أثناء النزاعات المسلحة الدولية وهو ما أكده البروتوكول الثاني كذلك طبقا للمادة 4/3ج منه ، إلى جانب ذلك فقد منع نظام روما الأساسي الخاص بالمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998 تجنيد الأطفال دون 15 سنة سواء كان ذلك بصفة إلزامية أو طوعية القوات المسلحة الوطنية أو استخدامهم للمشاركة فعليا في الأعمال الحربية ، وكيفتها المحكمة على أساس أنها تمثل جريمة حرب ، جدير بالذكر أن تنزيل سن الاشتراك في القوات المسلحة من 18 سنة الى 15 سنة طبقا للاتجاه السائد في ذلك ربما يعود للأسباب الآتية :

1. إن هذا السن قد يساعد في تنفيذ برامج تنفيذية لا يمكن القيام بها من قبل الفئات العمرية الأخرى .
2. المساهمة في انتشار المراهقين من الشوارع لاسيما المتخليين عن دراستهم في سن مبكرة بإقحامهم في القوات المسلحة منعا لاستغلالهم في جرائم اجتماعية أخرى .
3. إحجام المواطنين عن الدخول في القوات المسلحة فلجأ الدولة إلى التجنيد المراهقين لتعويض النقص لديها .
4. الفقر السائد في بعض الدول لاسيما الإفريقية منيا تدفع العائلات إلى إقحام أبنائها ضمن القوات المسلحة .

كما أن المشرع الجزائري و من خلال قانون الخدمة الوطنية قد حدد سن التجنيد بالتاسعة عشرة سنة والذي بناء عليه يعتبر سن التاسعة عشرة الحد الأقصى مرحلة الطفولة في قانون الخدمة الوطنية.

المبحث الثاني :مدى حماية المشرع الجزائري للطفل في حالة خطر

المشرع الجزائري وحرصا منه على توفير حماية أفضل للأجيال الناشئة التي تبني الأمم والتي يمثلها الطفل، وحرصا منه كذلك على مراعاة واحترام القواعد الدولية لاسيما الاتفاقيات الدولية المبرمة في هذا الشأن، أصدر المشرع الجزائري القانون 12/15 المتعلق بحماية الطفل، والذي من خلاله اعتمد آليات جديدة لحماية الطفولة في ظل التزايد المستمر للاعتداءات التي تمس الأطفال في الجزائر خاصة في السنوات الأخيرة، فقد حدد هذا القانون مجال الحماية ، واليات الحماية سواء كانت وقائية سابقة على

¹ البروتوكول الإضافي الثاني إلى اتفاقيات جنيف المنعقدة في 12 آب / أغسطس 1949 المتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية 1977 .

حدوث الضرر أو قضائية وهو ما سنوضحه في شكل مطلبين ، نتطرق في المطلب الأول إلى الحماية الوقائية الاجتماعية وفي المطلب الثاني إلى الحماية القضائية .
المطلب الأول : الحماية الوقائية الاجتماعية

إن مصلحة الطفل الفضلى هي الغاية من كل إجراء أو تدبير أو قرار قضائي أو إداري يتخذ بشأنه ، على أن يؤخذ بعين الاعتبار ، في تقدير ذلك ، جنسه وسنه وصحته وحاجاته المعنوية والفكرية والعاطفية ووسطه العائلي ويقع ذلك بالدرجة الأولى على عاتق الوالدين ، كما يقع على عاتقهما تأمين ظروف المعيشة اللازمة لنموه في حدود إمكانياتهما المالية والمعنوية .

هذا بالإضافة إلى دور كل من الدولة التي تضمن تقديم المساعدة المادية اللازمة لضمان حق الطفل في الحماية والرعاية ، وكذا الجماعات المحلية التي يجب أن تسعى للمساهمة في مساعدة الطفولة وفقا للتشريع المعمول به ، وتتجلى مسؤولية الدولة اتجاه الطفل المحروم من العائلة ضمان حقه في الرعاية البديلة ، كما تكفل حق الطفل في الحماية من كافة أشكال الضرر أو الإهمال أو العنف أو سوء المعاملة والاستغلال أو الإساءة البدنية أو المعنوية وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال القانون 12/15 المتضمن حماية الطفل على إنشاء الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة ، وهو ما سنعالجه في إطار الحماية الاجتماعية على النحو الآتي :

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للهيئة الوطنية لحماية الطفولة و ترقيتها

هي هيئة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي ، تحدث لدى الوزير الأول، تكلف بالسهرة على حماية وترقية حقوق الطفل، واضعة في ذلك كل الوسائل البشرية والمادية اللازمة للقيام بمهامها حيث يقوم المفوض الوطني لحماية الطفولة المعين بموجب مرسوم رئاسي من بين الشخصيات الوطنية ذات الخبرة والمعروفة بالاهتمام بالطفولة وترقية حقوقهم¹.

الفرع الثاني: مهامهم المفوض الوطني لحماية و ترقية الطفولة

يتولى المفوض الوطني لحماية الطفولة مهمة ترقية حقوق الطفل، لاسيما من خلال وضع برامج وطنية ومحلية لحماية وترقية حقوق الطفل بالتنسيق مع مختلف الإدارات والمؤسسات والهيئات العمومية والأشخاص المكلفين برعاية الطفولة وتقييمها الدوري ، بالإضافة إلى متابعة الأعمال المباشرة ميدانيا في مجال حماية الطفل والتنسيق بين مختلف المتدخلين القيام بكل عمل للتوعية والإعلام والاتصال ، تشجيع

¹ المادة 11 و 12 من القانون 12/15 المتضمن قانون حماية الطفل ، المرجع سابق الذكر .

البحث والتعليم في مجال حقوق الطفل، وكذلك السهر على ترقية مشاركة هيئات المجتمع المدني في متابعة وترقية حقوق الطفل ، وهذا من خلال عملية الإخطار التي يقوم بها بخصوص المساس حول بحقوق الطفل، وذلك إلمصلحة الوسط المفتوح والمختصة الإقليمية للتحقيق فيها واتخاذ الإجراء اللمناسبة لذلك ، أما الحالات ذات الطبيعة الجزائرية فتحول مباشرة إلى وزير العدل، الذي يخطر النائب العام المختص قصد تحريك الدعوى العمومية عند الاقتضاء ، وفي مقابل ذلك يجب على الإدارات والمؤسسات العمومية وكل الأشخاص المكلفين برعاية الطفولة تقديم كل التسهيلات للمفوض الوطني وأن تضع تحت تصرفه المعلومات التي يطلبها مع وجوب تقييده بعدم إفشائها للغير ، كما يساهم مفوض تقريراً سنوياً عن حالة حقوق الطفل ومدى تنفيذ اتفاقية حقوق الطفل¹.

المطلب الثاني : الحماية الاجتماعية على المستوى المحلي

تتصب الحماية الاجتماعية على المستوى المحلي على مصالح الوسط المفتوح بالتنسيق مع مختلف الهيئات والمؤسسات العمومية والأشخاص المكلفين برعاية الطفولة، حيث تنشأ هذه المصالح بواقع مصلحة واحدة بكل ولاية وكاستثناء عن الأصل ومراعاة للكثافة السكانية من ولاية لأخرى يمكن أن تحدث عدة مصالح ، يجب أن تتشكل مصالح الوسط المفتوح من موظفين مختصين، لا سيما مربين ومساعدين واجتماعيين وأخصائيين نفسانيين، اجتماعيين وحقوقيين.

الفرع الأول: مهام مصالح الوسط المفتوح

تقوم مصالح الوسط المفتوح بمتابعة وضعية الأطفال في خطر ومساعدة أسرهم، حيث تتولى عملية تلقي الإخطارات من قبل الطفل أو ممثله الشرعي أو الشرطة القضائية أو الوالي أو رئيساً لمجلس الشعبي البلدي، أو كل جمعية أو هيئة عمومية أو خاصة تنشط في مجال حماية الطفل، أو المساعدين الاجتماعيين أو المربين أو المعلمين أو الأطباء، أو كل شخص طبيعي أو معنوي آخر، بكل ما من شأنه أن يشكل خطراً على الطفل أو على صحته أو سلامته البدوية أو المعنوية، كما يمكنها أن تتدخل تلقائياً، وفي مقابل ذلك لا يمكنها أن ترفض التكفل بطفل خارج اختصاصها الإقليمي².

¹ انظر المادة 13 من القانون 12/15 المتضمن قانون حماية الطفل ، مرجع سابق الذكر .

² انظر المواد 21 ، 22 من القانون 12/ 15 المتضمن قانون حماية الطفل ، المرجع سابق الذكر .

المطلب الثالث : الحماية القضائية للطفل

تأخذ الحماية القضائية صورتين الأولى ذات طابع موضوعي و الأخرى ذات طابع إجرائي أما الموضوعي فيتعلق بالعمل المادي المرتكب هل يدخل في دائرة التجريم أم لا ، والثاني يتمثل في الإجراءات القضائية المتبعة لحماية الطفل و تسليط العقاب على المجرمين .

الفرع الأول : دور قاضي الأحداث :

يختص قاضي الأحداث لمحل إقامة الطفل المعرض للخطر أو مسكنه أو محل إقامته أو مسكن ممثله الشرعي، وكذلك قاضي الأحداث للمكان الذي وجد به الطفل في حالة عدم وجود هؤلاء ، بالنظر في العريضة التي ترفع إليه من الطفل أو ممثله الشرعي أو وكيل الجمهورية أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي لمكان إقامة الطفل أو مصالح الوسط المفتوح أو الجمعيات أو الهيئات العمومية المهتمة بشؤون الطفولة ، كما يجوز لقاضي الأحداث، أثناء التحقيق ، أن يتخذ بشأن الطفل وبموجب أمر الحراسة المؤقتة، أحد التدابير الآتية¹:

- إبقاء الطفل في أسرته،
- تسليم الطفل لوالده أو لوالدته الذي لا يمارس حق الحضانة عليه، ما لم تكن قد سقطت عنه بحكم - تسليم الطفل إلى أحد أقاربه،
- تسليم الطفل إلى شخص أو عائلة جديرين بالثقة .

كما يمكنه أن يكلف مصالح الوسط المفتوح بملاحظة الطفل في وسطه الأسري أو المدرسي أو المهني يمكن قاضي الأحداث أن يأمر بوضع الطفل بصفة مؤقتة داخل المراكز المتخصصة .

الفرع الثاني : نظام الوساطة

هي آلية قانونية تهدف إلى إبرام اتفاق بين الطفل الجانح وممثله الشرعي من جهة، وبين الضحية أو ذوي حقوقها من جهة أخرى، وتهدف إلى إنهاء المتابعات وجبر الضرر الذي تعرضت له الضحية ووضع حد لآثار الجريمة والمساهمة في إعادة إدماج الطفل².

تعتبر الوساطة من أهم آليات حماية الحدث الجانح التي جاء بها قانون حماية الطفل والتي تعتبر كأحد الطرق البديلة في المجال الجزائي، ونظام الوساطة الجنائية ليس بالنظام الحديث حيث عرفته العهود

¹أنظر المواد 32 ، 33 من القانون 12/ 15 المتضمن قانون حماية الطفل ، المرجع سابق الذكر .

²أنظر المواد 110، 114، 111 من القانون 12/15 المتضمن حماية الطفل ، مرجع سابق الذكر .

الأولى للمجتمعات وكذلك فقد انتشر في التشريعات المقارنة الحديثة، وكان ونتيجة لتوصيات المؤتمرات الدولية أن اتجهت معظم الدول الأوروبية بالأخذ بنظام الوساطة في المواد الجنائية. وأهم أثر يترتب على الوساطة هو وقف الدعوى العمومية وإنهاء المتابعة الجزائية، أما في حالة عدم تنفيذ التزامات الوساطة في الأجل المحدد في الاتفاق، يبادر وكيل الجمهورية بمتابعة القضية، جدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يبين الجرح التي تقبل الوساطة على ضوء هذا القانون.

الخاتمة :

المشرع الجزائري و على ضوء هذا القانون وضع تعريفا قانونيا لمصطلح الطفل ، مبينا في نفس الوقت الحالات التي يكون فيها في حالة خطر ، مدرجا بالإضافة إلى ذلك الآليات القانونية لحماية الطفل سواء كانت وقائية أو علاجية في مقابل ذلك نعتبر هذا القانون مفرغا من محتواه فهو ليس إلا إضافة إلى التضخم التشريعي الذي تعرفه المنظومة القانونية الجزائرية ، حيث أنه قانون لا يحمي الطفل أكثر منه حماية علاجية لذلك ، كون اللجوء والدور القضائي لا يعتبر وسيلة حماية بقدر ما هو عقاب لذلك ، أكثر من ذلك غالبية مواده القضائية تحيلنا إلى قانون العقوبات الجزائري ، حتى نظام الوساطة كآلية قانونية وقائية لم يحدد المشرع الجزائري طبيعة الأفعال أو الجرائم التي تخضع لنظام الوساطة طبقا للقانون 12/15 .

قائمة المراجع :

أولا : القوانين

1. القانون رقم 12/15 المؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق ل 15 يوليو سنة 2015 المتعلق بحماية الطفل،
2. القانون 01/16 : المؤرخ في 26 جمادى الأولى لعام 1437 الموافق ل 06 مارس سنة 2016 المتضمن التعديل الدستوري

ثانيا : الكتب

1. أبو الفضل محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، 1414 هـ.
2. محمد مفتاح اقزيم : الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر ، 2006 ،
3. خالد مصطفى فهمي : حقوق الطفل ومعاملته الجنائية في ضوء الاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر ، 2007 ،
4. الشحات إبراهيم محمد منصور، حقوق الطفل وآثارها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011 ،

5. سالم إبراهيم بن احمد النقبي، جرائم الاتجار بالبشر واستراتيجيات مكافحتها على الصعيدين الدولي والإقليمي، شركة الدليل للدراسات والتدريب وعمال الطباعة والنشر، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2012 .
6. مؤيد سعد الله حمدون المولى : المسؤولية الدولية عن انتهاك حقوق الطفل في ظل الاحتلال الحربي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2013 .
7. سيما راتب عدنان أبو رموز : تربية الطفل في الإسلام، ماجستير دراسات إسلامية، بدون بلد النشر وسنة النشر .

ثالثا : المواثيق الدولية

1. اتفاقية حقوق الطفل : اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 تشرين الثاني/نوفمبر 1989 ،دخلت حيز النفاذ في 02 أيلول/سبتمبر 1990، وفقا للمادة 49 منها،
2. البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 263، الدورة الرابعة والخمسون المؤرخ في 25 أيار/مايو 2000 ، دخل حيز النفاذ في 18 يناير 2002 ،
3. اتفاقية بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والإجراءات الفورية للقضاء عليها (رقم 182) اعتمدت من طرف المؤتمر العامل بمنظمة العمل الدولية في 17/06/1999 .
4. البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة* اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 263 الدورة الرابعة والخمسون المؤرخ في 25 أيار/مايو 2000 دخل حيز النفاذ في 23 فبراير 2002 .
5. الملحق (البروتوكول) الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 آب / أغسطس 1949 والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة 1977 ،
6. الملحق (البروتوكول) الثاني الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 آب / أغسطس 1949 والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية 1977 .

University of MEDEA (Algéria)
Laboratory of sovereignty and globalization
Faculty of Law and political science

International academic and scientific journal

JOURNAL OF LEGAL STUDIES

**Published semi-annually by Laboratory of sovereignty and
globalization (University of MEDEA - Algéria)**

Volume 05 -Number 02
JUN 2019



ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
Dépôt légal: 2015-3039