

MÂAREF

معارف

Revue académique مجلة علمية محكمة

تصدر عن جامعة أكلي محند أولحاج بالبويرة (UAMOB)

Section: Sciences Juridiques قسم: العلوم القانونية

Numéro: 18

العدد: الثامن عشر 18

Juin / 2015

شهر: جوان/ 2015

9^{eme} Année

السنة التاسعة

Président d'honneur : الرئيس الشرفي :

Pr BADARI Kamel

أ. د. بداري كمال

Directeur de publication : المدير مسؤول النشر :

Pr. SEROUR Mohamed

أ. د. سرور محمد

Rédacteur en chef : رئيس التحرير :

Dr. CHIHANI Samir

د. شيهاني سمير

Membres de Rédaction : أعضاء هيئة التحرير :

Dr. SI YUCEF Kaci

د. سي يوسف قاسي

Dr. AISSAOUI Mohamed

د. عيساوي محمد

Dr. LOUNICI Ali

د. لونيس علي

Dr. GATTALE Hamza

د. قتال حمزة

Dépôt Légal:

2006-1369

الإيداع القانوني:

ISSN

1112-7007

ر. د. م. د.:

جامعة أكلي محند أولحاج

البويرة – الجزائر

Université Akli Mohand Oulhaj (UAMOB)

BOUIRA- ALGERIE

MÂAREF (Revue académique) Section: Sciences Juridiques

معارف (مجلة علمية محكمة). قسم: العلوم القانونية

9^{eme} Année N°:18 / Juin 2015

السنة التاسعة – العدد 18 / جوان 2015



معايير النشر في المجلة

يشترط في البحوث والمقالات التي تنشر في مجلة معارف ما يأتي:

- 1- أن يكون البحث مبتكراً أو أصيلاً، ويشكل إضافة نوعية في اختصاصه.
 - 2- أن تتوفر فيه الأصالة والعمق وصحة الأسلوب.
 - 3- ألا يكون قد سبق نشره، أو أرسل للنشر في مجلة أخرى.
 - 4- أن يلتزم بالقيم الإنسانية وبمعايير البحث العلمي وبخاصة ما يلي:
أ- الابتعاد عن التجريح والإسفاف في القول، والتعريض بالآخرين.
ب- مراعاة البنية المنهجية.
 - ج- تقيم الهوامش والإحالات تكون إما أسفل النص في نفس الصفحة، أو في آخر المقال، مستقلة عن قائمة المصادر والمراجع.
 - د- إعداد قائمة بمصادر البحث ومراجعته.
 - 5- أن تكون مكملات البحث من خرائط أو جداول في صورتها الأصلية.
 - 6- أن يكون البحث المترجم مصحوباً بأصله المترجم عنه.
 - 7- أن يقدم لإدارة المجلة مسحوباً على ورق ومخزناً في قرص مدج/ CD أو وسيلة من وسائل استقباله في جهاز الحاسوب.
 - 8- أن تقدم سيرة ذاتية للباحث في ورقة مستقلة عن البحث.
 - 9- أن لا تقل عدد الكلمات بالمقال عن 3000 كلمة.
 - 10- أن يرفق المقال بملخص وبكلمات مفتاحية باللغات الثلاث (العربية، الفرنسية، الإنجليزية).
- مع ملاحظة أن البحوث والمقالات:
- تخضع للتقويم العلمي واللغوي، ويعلم الباحث بالنتيجة، كما أنها تخزن في أرشيف المجلة، ولا ترجع لأصحابها سواء نشرت أم لم تنشر.
 - وهي تعبر عن آراء كتّابها وحدهم، وهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، ولا تتحمل الإدارة أي مسؤولية في ذلك.



الهيئة الاستشارية للمجلة

د/ محمد سرور (البويرة)	د/ محمد آيت المكي (المغرب)
د/ عمر صدوق (تيزي وزو)	د/ محمد الحيدروسي (الأردن)
د/ ردا ف أحمد (البويرة)	د/ برهان النفائي (تونس)
د/ قاسي سي يوسف (البويرة)	د/ محمد محمد أبو العلا (مصر)

اللجنة العلمية/ لجنة القراءة

د/ سي يوسف قاسي (البويرة)	د/ ديلة معزوز (البويرة)
د/ محمد عيساوي (البويرة)	د/ الصادق ضريفي (البويرة)
د/ كمال الدين قاري (البويرة)	د/ بركات كريمة (البويرة)
د/ ناصر حمودي (البويرة)	د/ بوزيان عليان (تيارت)
د/ حمزة قتال (البويرة)	د/ عبد القادر بوراس (تيارت)
د/ علي لونيسي (البويرة)	د/ أحمد سي علي (الشلف)
د/ اعمر خمري (البويرة)	د/ نور الدين دخان (المسيلة)
د/ ليندة بلحارث (البويرة)	د/ نور الدين الفقيمي (المغرب)
د/ فتيحة بشور (البويرة)	د/ شاكر المزوغي (تونس)
د/ كمال مخلوف (البويرة)	د/ نجيب عوينات (تونس)
د/ خدوجة خلوفي (البويرة)	د/ أسماء أكلي (ماليزيا)

التدقيق اللغوي: د/ سمير شيباني

الإخراج الفني والتجهيز الطباعي: د/ سمير شيباني

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

كلمة التحرير

الحمل لحساب الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن بين الحظر والإباحة

بقلم: د/ الصادق ضريفي 1
حق المدخن السلبي في مقاضاة المدخن الإيجابي للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة
عن تعريضه لدخان السجائر

بقلم: د/ زيد محمود العقيلة..... 32
الأساس القانوني في المواجهة الدولية للمنازعات المسلحة الداخلية

بقلم: د/ المختار أعمرة..... 78
حدود صمود مبدأ السرية في تحكيم الاستثمار أمام مطالب الشفافية

بقلم: د/ محمد عيساوي..... 105
التنزيل في قانون الأسرة الجزائري (مقارنا بالشريعة الإسلامية والقانون المصري)

بقلم: د/ بشور فتحة..... 122
ولاية الدولة من خلال الأنماط التسييرية التي مرت بها الأوقاف

بقلم: د/ بن تونس زكريا..... 147
انقضاء الالتزام الصرفي بالوفاء الاختياري

بقلم: د/ نحري اعمر 179
أطر رقمنة الإدارة العمومية في "مشروع الجزائر الإلكترونية 2013"

بقلم: أ/ يتوجي سامية..... 200
استجلاء الملامح الطائفية في بناءات دول المشرق العربي: مشهد التفكك

بقلم: د/ محمد شاعة 231

كلمة التحرير

بقلم: د/ سمير شيباني
رئيس تحرير قسم العلوم القانونية

مما قاله عمرو بن العاص لابنه: « يا بني: استراح من لا عقل له».

(المنائي، فيض القدير)

وقال الأصمعي إن معنى قولهم «استراح مَنْ لا عقلَ له»، «أن العاقل كثير الهموم والفكر في الأمور ولا يكاد يتهاى بشيء. والأحمق لا يفكر في شيء فيهتم له».

(المفضل بن سلمة، الفاخر)

يبقى أهل العلم وأصحاب الفكر رُواداً لشعوبهم، سادة لهم ولو كانوا هم المسُودين؛ ذلك أنهم هم الحاملون لمشاكلهم ومشاكلهم، فهم في النهار مشغرون على سواعد عقولهم لينبوا بها صروح المجد والحضارات، وفي الليل مضيئون لأنوار أفكارهم ليصير بها غيرهم ممن لم يسعفه الحظ ليلبغ شأوهم، لا شيء إلا لأنهم أولوا الأبواب. فكما قال المتنبي:

ذُو الْعَقْلِ يَشْقَى فِي النَّعِيمِ بِعَقْلِهِ ♦ وَأَخُو الْجَهْلَةِ فِي الشَّقَاوَةِ يَنَعُمُ

ها نحن نصل إلى العدد الثامن عشر من أعداد مجلة معارف، التي نتقن أن تكون من بين الخطى التي تهدف إلى بناء صرح هذه الأمة الفكري والمعرفي، من خلال بحوث من يُعدّون من أصحاب العقول، متمنين لهم رُقيّ الأداء ودوام العطاء.

الحمل لحساب الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن بين الحظر والإباحة

بقلم: د/ الصادق ضريفي*

الملخص

تتمحور دراستنا هذه حول مسألة ثار بشأنها خلاف كبير في الفقه الإسلامي المعاصر، وكذا في الفقه والقانون المقارن، تتمثل في مسألة الحمل لحساب الغير (La gestation pour Autrui)، باعتبارها من التقنيات العلمية الحديثة في مجال الإنجاب، والتي تم اللجوء إليها رغبة في معالجة حالات العقم، وتحقيق حلم الأبوة والأمومة الذي كان أمرا مستعصيا إلى وقت قريب بالنسبة للكثير من الأزواج بالسبيل الطبيعى، حيث يتم فيها أخذ مني الزوج وبويضة الزوجة لتلقح هذه الأخيرة في أنبوب اختبار، ثم يتم زرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى. وقد انقسم الفقهاء المسلمون المعاصرون بين محرم لها في كافة صورها، ومبيح لها بشروط وضوابط معينة، وهو شأن الفقه القانوني والتشريعات المقارنة الذين انقسموا بدورهم إلى مؤيد ومعارض. أما المشرع الجزائري فقد حسم الأمر بحظره استخدام تقنية الحمل لحساب الغير في نص المادة 45 مكرر من تقنين الأسرة.

Résumé:

Notre étude traite la question de la gestation pour autrui (G.P.A) qui a soulevé plusieurs altitudes entre le droit musulman et le droit comparé, en effet la (G.P.A) est une technique scientifique procréation qui se pratique en cas d'infertilité féminine, elle consiste à implanter un ovule dans l'utérus d'une autre femme (dite mère porteuse) ainsi elle peut combler le désir d'avoir un enfant pour les couple stériles.

Cependant les juristes musulmans contemporains se sont divisés en deux groupes, l'un a prohibé la (G.P.A) en toutes ses formes, l'autre l'a autorisé avec des conditions, la même position a été prise par la doctrine juridique et les législateurs comparées, tant dis que le

* أستاذ محاضر قسم "ب" بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محمد أولحاج-البويرة.

législateur algérien a explicitement interdit la (G.P.A) selon l'article 45 bis du code de la famille.

Abstract:

our study focuses on the issue which raised great controversy in the contemporary Islamic jurisprudence, comparative law and jurisprudence, is the surrogate mother, which is one of the modern technologies that has been resorted to a desire to address the cases of infertility, and realize the dream of fatherhood and motherhood, which was difficult by natural tract for many couples. The contemporaries Muslims jurists didn't agree about this issue, a team has forbidden it in all its forms and another team that has permitted it under certain conditions and controls. Juristes and laws comparison also have been devided into two teams Between supporters and opponents, but the Algerian legislator didn't permit this operation in article 46 bis for legalization of the family.

مقدمة

أدى التطور الهائل في مجال العلوم الطبية إلى ظهور ما يعرف بتقنية التلقيح الصناعي، الذي تتم فيه عملية التناسل باستخدام التكنولوجيا الحديثة، التي لجأ إليها الأطباء رغبة منهم في معالجة حالات العقم، وتحقيق حلم الأبوة والأمومة الذي لم يكن متاحا للكثير من الأزواج بالسييل الطبيعي.

والتلقيح الصناعي نوعان: داخلي وخارجي، ولكل من هذين النوعين صور متعددة، وما يهمنّا في بحثنا هذا إحدى صور التلقيح الصناعي الخارجي، والتي يتم فيها أخذ مني الزوج وبويضة الزوجة لتلقح هذه الأخيرة في أنبوب اختبار، ثم يتم زرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى، ويطلق على هذه الصورة مسميات عدة منها: الرحم الظئر⁽¹⁾، الأم بالإنابة، المضيفة، الأم الكاذبة، شتل الجنين الحاضنة، الرحم

(1) - الظئر في اللغة: ظأّر: الظئر، مهموز: العاطفة على غير ولدها المرضعة له من الناس والإبل، الذكر والأنثى في ذلك سواء، والجمع أظؤر وأظآر وظؤور وظؤار على فعال بالضم. انظر ابن منظور: لسان العرب المحيط، باب الظاء، =

المستعار، الأم المستأجرة، الرحم البديل، الأم البديلة، الحمل لحساب الغير، واستئجار الرحم، ويعدّ المصطلحان الأخيران الأكثر تداولاً واستعمالاً من قبل الكُتّاب والفقهاء والباحثين، ونعتقد أنّ مصطلح الحمل لحساب الغير أكثر دقّة؛ لأنّ مصطلح الأم البديلة فيه تقرير بأنّ صاحبة الرحم تعدّ أمّاً، والحقيقة أنّ نسب الأولاد الناتجين عن استعمال هذه التّقنية العلمية محلّ خلاف بين العلماء، كما أنّ مصطلح تأجير الأرحام يوحي بأنّ العملية تكون دائماً بمقابل، وهذا قول عارٍ عن الصحة، إذ أنّها قد تكون تفضلاً وتكرّماً من صاحبة الرحم.

وثمة أسباب ومبررات متعدّدة قد تدفع الأزواج إلى اللجوء إلى تقنية الحمل لحساب الغير منها:

- عدم قدرة الزوجة على الإنجاب لعيب أو لتشوهات في رحمها.
- معاناتها من أمراض تؤدي إلى وفاة الجنين قبل الوضع، أو إصابتها بأمراض وراثيّة تخشى انتقالها إليه.
- أن يكون رحمها قد أزيل بعملية جراحية مع سلامة مبيضها، أو ولدت بلا رحم أصلاً.
- قد لا تكون لدى بعض النساء الرغبة في الإنجاب ترفّها، وحتى يتجنّب متاعب الحمل، الوضع، والنّفاس، يستأجرن نساءً يبنّ عنهنّ في هذه المهمّة.
- أن يكون ذلك لدواعٍ جمالية تتمثّل في المحافظة على رشاقة الجسم، و نظارة الوجه.
- قد يكون ذلك لدواعٍ اقتصادية، كأن تكون المرأة تشغل منصباً راقياً وتخشى على منصبها ومكانتها فتلجأ إلى هذه الوسيلة.
- أمّا بالنسبة لمن تحمل لحساب غيرها فلعلّ الدافع الاقتصادي هو الدافع الرئيسي لقيامها بهذه المهمّة.

طبعة خاصة، دار النوادر، الكويت، 2010 ص 2741. قال ابن فارس: الظاء والهمزة والراء أصل صحيح واحد يدلّ على العطف والدنو ومن ذلك الظائر، وأما سميت بذلك لعطفها على من تربيه. أبو الحسين أحمد ابن فارس ابن زكريا: مقاييس اللّغة، ج3، دار الفكر، دون بلد ولا سنة نشر، ص473.

ويتوجّس العلماء في الدّول الإسلامية خصوصاً خيفةً من مسألة الحمل لحساب الغير لسبين اثنين:

الأوّل: أنّها خرجت من النطاق النظري إلى مجال التطبيق، فلم تبقى حبيسة المختبرات بل أصبحت واقعاً معيشاً، حيث فتحت العيادات والمستشفيات والوكالات في الكثير من البلدان -خاصة الغربية منها- أبوابها لمن يرغب في استخدام هذه التّقنية مثل: شركة (Strokes) في الولايات المتحدة الأمريكية، وكانت أول أم بديلة هي (ريتا باركر) التي حملت لحساب (بولين وهاري تايلر)، مقابل أجر متفق عليه، غير أنّ (ريتا باركر) رفضت تسليم المولود لصاحبة البويضة (هاري تايلر)، فرفعت هذه الأخيرة دعوى قضائية، ووجد القاضي الذي عرض عليه النزاع نفسه في حيرة من نفسه⁽¹⁾.

ومن الأمثلة العجيبة في هذا الصدد يمكن ذكر مثال الجدة الأم، حيث حملت جدة من جنوب إفريقيا تبلغ 48 عاماً لصالح ابنتها التي عجزت عن الحمل بسبب استئصال رحمها، وكانت النتيجة ولادة ثلاثة توائم، فأصبحت هذه المرأة أول جدة أم في العالم⁽²⁾.

الثاني: أنّه لا سبيل لمنع الناس في بلادنا العربية والإسلامية -خاصة الميسورين منهم- من اللجوء إلى البلدان غير الإسلامية التي تبيح قوانينها استخدام هذه الوسيلة العلمية، لتحقيق حلم الأبوة والأمومة من خلال استئجار رحم امرأة معينة⁽³⁾.

إشكالية الدّراسة: سنحاول في بحثنا هذا الإجابة عن الإشكالية الآتية: ما مدى مشروعية الحمل لحساب الغير في الفقه الإسلامي المعاصر والقانون المقارن؟

(1) - د/ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي: إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، القاهرة، مصر، 2000، ص 239.

(2) - انظر د/ ماروك نصر الدين: الأم البديلة بين القانون المقارن والشرعة الإسلامية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 4، 1999، ص 20.

(3) - د/ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي: المرجع السابق، ص 240.

المبحث الأول: المانعون للحمل لحساب الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن

ذهب جمهور الفقه الإسلامي المعاصر إلى تحريم الحمل لحساب الغير في كافة صوره، كما عارض كثير من الفقه والتشريع المقارن استخدام هذه التقنية العلمية في مجال الإنجاب الصناعي.

المطلب الأول: الرأي الذي يحظر الحمل لحساب الغير في الفقه الإسلامي

المعاصر

يمثل هذا الاتجاه الغالبية العظمى من علماء الفقه الإسلامي المعاصر⁽¹⁾، حيث يقول هؤلاء بعدم إجازة الحمل لحساب الغير؛ لما يشككه من خرق بين لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء، مستندين إلى أدلة من المنقول والمعقول.

الفرع الأول: أدلة الحظر من المنقول

استند الفريق المنكر لهذه التقنية العلمية لأدلة من الكتاب والسنة من أهمها.

أولاً/ من الكتاب:

01- عدم وجود نصوص في القرآن الكريم تبيح هذه الوسيلة، بل على النقيض من ذلك نجد فيها ما يدل على حرمتها، منها قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ يُرْجُونَ أَن يَخْرُجُوا مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِمْ خَائِبِينَ﴾ (٢٩) إِنْ أَعْلَىٰ أَرْوَجَهُمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (٣٠) فَمَنْ أَتَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ (٣١) (٢)، ففي هذه الآية ورد استثناء في قوله عز وجل (إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَجِهِمْ) وفي هذا دليل على حرمة وضع ماء الرجل في رحم امرأة ما لم تكن زوجة شرعية له.

02- كذلك قوله تعالى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ

(1) - وهذا ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثالثة المنعقدة في عمان سنة 1986، والجمع الفقهي الإسلامي بمكة في دورته الثامنة سنة 1985، ومجمع البحوث الإسلامية في القاهرة سنة 2001. وهو رأي جمهور العلماء المعاصرين منهم: د/ جاد الحق على جاد الحق، د/ سيد وفا، الشيخ محمد سيد طنطاوي، د/ مصطفى الزرقاء، د/ عبلة الكحلوي، د/ سعاد صالح، د/ بدر المتولي عبد الباسط، د/ محمد الأشقر وغيرهم. أشارت إليهم د/هند الخولي: تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي: مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 3، 2011، ص 282.

(2) - سورة الماعز: الآيات (29-30-31).

إِنشَاءً وَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ ﴿٤٩﴾ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنشَاءً وَجَعَلَ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ﴿٥٠﴾ (١). يستفاد من هذه الآية أَنَّ بعض الناس يكون عقيماً، وفي التمسك بالحمل لحساب الغير تحدّد لمشيئة الله عزّ وجلّ، فمن ابتلاه الله بالعقم فما عليه إلاّ التّسليم والرّضا بقضاء الله وقدره، وممارسة الأبوة والأمومة عن طريق كفالة اليتامى، ورعاية اللّقطاء، وفي هذا ثواب عظيم، وقد حثّ الرّسول صلّى الله عليه وسلّم على ذلك في قوله: «أنا وكافل اليتيم في الجنّة كهاتين» وأشار بإصبعه إلى السّبابة والوسطى (٢).

03- كما احتجوا بقوله تعالى: ﴿وَاللّٰهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبِطْلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ﴾ (٧٢) (٣)، فقد دلّت الآية على أَنَّ الله عزّ وجلّ خلق الزوجين بعضهما من بعض، وشرع بينهما علاقة زوجية يكون من نتائجها الذريّة، وصاحبة الرحم البديل لا دور لها في هذا النتاج.

ثانياً/ الأدلّة من السّنة:

01- ما رواه رُويع بن ثابت الأنصاري قال: «كنت مع النبي صلى الله عليه وسلّم حين افتتح حنيناً، فقام فينا خطيباً فقال: لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه غيره» (٤)، ويستنتج من هذا الحديث عدم مشروعية الحمل لحساب الغير؛ لأنّ المرأة ذات الرحم البديل إذا كانت ذات بعل، وباشرها

(١) - سورة الشورى: الآيتان (49-50).

(٢) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطّلاق، باب للّعان، حديث رقم 5304، دار ابن كثير، ط1، دمشق، سوريا، 2002، ص 1352 ؛ ومسلم في صحيحه، كتاب الزهد والرّقاق، باب الإحسان إلى الأرملة والمسكين واليتيم، حديث رقم 2983، دار طيبة، الرياض، السعودية، 2006م، ص 1360.

(٣) - سورة النحل: الآية 72.

(٤) - رواه أبو داوود في كتاب النكاح، باب: في وطء السبايا، رقم الحديث 2158، سنن أبي داود، دار الرّسالة العالمية، طبعة خاصة، دمشق، سوريا، 2009، ص 487. والترمذي في كتاب النكاح، باب: ما جاء في الرجل يشتري الجارية وهي حامل، رقم الحديث 1131. سنن الترمذي، المجلد 2، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، لبنان، 1996، ص 424.

زوجها بعد زرع اللقيحة فإنّ الجنين سيتغذى بماء زوجها كما يتغذى منها عبر المشيمة، وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن ذلك بصريح النصّ السابق⁽¹⁾.

وقد اعترض المجيزون للحمل لحساب الغير على هذا الاستدلال بأنّه يشترط في العقد امتناع صاحبة الرحم البديل عن زوجها إذا كانت متزوجة، وألاّ تعقد على زوج إذا كانت خلية، فنخرج بالتالي عن النهي الوارد في الحديث.

وردّ على هذا الاعتراض بأنّه لا يمكن التّسليم بصحة العقد فضلاً عن صحّة الشرط، ومع التّسليم بصحة العقد فإنّ الشرط باطل؛ لأنّه لا يجوز منع الزوج من إتيان زوجته، بل قد يصبح هذا واجبا في حقّه إذا لم يأمن على نفسه الوقوع في محرّم، والمنع من الواجب حرام⁽²⁾.

02- كما استدلووا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»⁽³⁾. يستفاد من هذا الحديث تحريم الحمل لحساب الغير كونه يعني إدخال عنصر ثالث في عملية الإنجاب وهذا محرّم قطعاً⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: أدلّة الحظر من المعقول

أولاً: إنّ القول بجواز الحمل لحساب الغير يؤدي إلى إفساد معنى الأمومة كما فطرها الله جلّ شأنه، والمتمثلة في تحمّل مشقة الحمل وآلام الوضع، حيث نتعضد الوشائج بين الأم وولدها بفعل هذا الألم الذي تنكبه. قال الله عزّ وجل: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَلَدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ﴾⁽⁵⁾، ومعنى (حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنًا)

(1) - د/ عبد المجيد مطلوب: التلقيح الصناعي وحكمه شرعاً، تقرير مقدم إلى ندوة الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي المتعدد بمرکز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، نوفمبر 1993، ص 162.

(2) - د/ هند الخولي: المرجع السابق، ص 292.

(3) - رواه البخاري في كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات، رقم الحديث 2053.

(4) - د/ حسن محمد كاظم و وآخرون: مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشرعية الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، السنة الثانية، العدد الأول، 2010، ص 97.

(5) - سورة لقمان: من الآية 14.

وَهَنٍ) أَنَّهَا حَمَلَتْهُ فِي بَطْنِهَا وَهِيَ تَزْدَادُ كُلَّ يَوْمٍ ضَعْفًا عَلَى ضَعْفٍ⁽¹⁾، وَيَجْعَلُ الْقَوْلَ بِمَشْرُوعِيَةِ الْحَمْلِ لِحَسَابِ الْغَيْرِ مِنْ صَاحِبَةِ الْبُيُوضَةِ الَّتِي لَمْ تَحْمَلْ أَيْ مَشَقَّةَ أُمٍّ، فِي حِينٍ تَنْتَفِي صِفَةُ الْأُمُومَةِ عَمَّنْ حَمَلَتْ وَتَحْمَلُ مَشَقَّةَ الْحَمْلِ، وَأَوْجَاعَ الْوَحْمِ، وَالْآلَمَ الْمَخَاضِ، وَمَتَاعِبَ الْنَفَاسِ⁽²⁾.

ثانياً: الحمل لحساب الغير يفضي إلى اختلاط الأنساب إذا كانت الأمهات البدليات متزوجات؛ فالحمل لحساب الغير يمكن عدّه صورة من صور الزنا المحرم شرعاً لأُمور كثيرة منها اختلاط الأنساب⁽³⁾.

ثالثاً: أنّ المولود الناشئ عن هذه العملية يجد نفسه في رحلة شاقة للبحث عن أمّه الحقيقية وأبيه ونسبه، وقد يتعرض لهزّة نفسية، فلمن يكون ولاؤه لأمّه البيولوجية صاحبة البويضة، أم لأمّه التي حملته ووضعتة؟!

رابعاً: لا يترتب على الزنا نسب، وبالتالي فإن المرأة التي أدخلت في رحمها ماءً غير ماء زوجها فقد حرّم الله عز وجل عليها الجنّة؛ لأنّها أدخلت على فراش زوجها أجنبياً عنه يرثه بغير حق، ويطلع على عورات المحارم بدون سند شرعي.

خامساً: أنّ في إجازة الحمل لحساب الغير مفسدة عظيمة، حيث يمكن للنساء اللواتي يرغبن في الحصول على أولاد دون تحمّل مشقة الحمل لأسباب واهية كالمحافظة على الرشاقة، القد الممشوق، ونظارة الوجه؛ أن يحصلن على ما شئنّ منهم، وباعتبار

(1) - د/ أيمن مصطفى الجمل: إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين الخطر والإباحة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010، ص159.

(2) - د/ يوسف عبد الرحمان الفرت: التطبيقات المعاصرة لسدّ الذرائع، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2003، ص104.

(3) - انظر حسين كاظم الشمري: إشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي، دراسة مقارنة في القانون والشرعية الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، السنة الثانية، العدد الثاني، 2010، ص142، راجعي فاطمة الزهراء: إثبات النسب، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2012، ص244؛ د/ خالد محمد منصور: الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار التفاس عَمَّان، الأردن، 1999، ص151.

أن مبيض المرأة يفرز ما معدّله ثماني بويضات في الشهر فيمكن أن تجد المرأة نفسها أمّاً لستة وتسعين ولداً في السنة⁽¹⁾.

سادساً: تؤدي هذه العملية إلى اصطباغ الأمومة بالصبغة التجارية، حيث تعاني المجتمعات الغربية من ذلك، فقد انتشرت المراكز الطبية المختصة بتأجير الأرحام حتى باتت المرأة آلة تستأجر، وتأجير الأرحام تجارة رائجة⁽²⁾.

سابعاً: أن الغاية لا تبرر الوسيلة، فالغاية الشريفة لها وسيلة شريفة، وليس من المستساغ البحث عن الإنجاب بأيّ ثمن، وبأيّ وسيلة ممكنة وإن كانت مخالفة للقيم الأخلاقية والآداب الرفيعة⁽³⁾.

ثامناً: أن الشريعة الإسلامية حرّمت كلّ أمر قد يفضي إلى الشقاق والنزاع بين الأفراد تطبيقاً لقاعدة: «ما أدى إلى محرّم فهو محرّم»، ولا شك أن الحمل لحساب الغير يؤدي إلى حدوث نزاع بين صاحبة البويضة وصاحبة الرحم البديل⁽⁴⁾.

تاسعاً: أن الشريعة الإسلامية تحرّم التعامل بالأعضاء البشرية عموماً والتناسلية خصوصاً، فلا يجوز إجارة الأرحام للغير أو إعارتها؛ لأنّ ذلك يعدّ امتهاً لكرامة الإنسان وشرفه وسمعته، ويجعل المرأة ممتنة مبتذلة بعرض رحمها للإيجار؛ ذلك أنّ الرّحم في الإسلام له حرمة كبيرة، ولا ينبغي أن يكون موضع امتهان أو ابتذال حتى يستأجر، والمرأة لا تملك حق تأجير رحمها؛ لأنّ إثبات النسب ووسائل الإنجاب من حق الشرع وحده، ولأنّ تأجير الأرحام يدخل في مسائل الفروج،

(1) - د/ حسن محمد كاظم وآخرون: المرجع السابق، ص 98.

(2) - ماهر حامد الحولي: الإخصاب خارج الجسم مع استئجار الأرحام، مجلة جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، المجلد 02، العدد 02، 2009، ص 363؛ د/عارف علي عارف: الأم البديلة أو الرّحم المستأجر، مجلة إسلامية المعرفة، تصدر عن المعهد العالمي للفكر الإسلامي، كلية الشريعة، جامعة بيروت الإسلامية، لبنان، العدد 19، 1999، ص 88.

(3) - د/ أسماء سعيدان: الإطار القانوني لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الصناعي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013، ص 230.

(4) - د/ كريمة عبدو جبر: استئجار الأرحام والآثار المترتبة عليه، مجلة أبحاث، كلية التربية الأساسية، جامعة الموصل، العراق، المجلد 9، العدد 3، 2010، ص 247.

والأصل في الفروج الحرمة⁽¹⁾، فلا يباح البضع إلا بعقد زواج صحيح، ومعلوم أن الرّحم تابع للبضع، والقاعدة الفقهية تقول: «التابع تابع»، فكما أن البضع لا يحل إلا بعقد زواج شرعي، فكذلك الرّحم يحرم شغله بجمل غير الحمل الناتج عن عقد زواج شرعي، فهو باقٍ على أصل التحريم⁽²⁾، وإن كان رحم الأجنبية محرماً فإن منفعتها محرمة. قال ابن رشد: «فمّا اجتمعوا على إبطال إجارته كلّ منفعة كانت لشيء محرّم العين، كذلك كلّ منفعة كانت محرمة بالشرع، مثل أجر النواحي والمغنيات»⁽³⁾.

عاشرا: أن هناك عدة قواعد فقهية يمكن إعمالها بهذا الخصوص كقاعدة «درء المفسد مقدم على جلب المصالح»، والمفسدة المتحققة من تأجير الأرحام هي شبهة اختلاط الأنساب، إذ إنّ حفظ الأنساب هو من الضرورات الخمس التي رعاها الإسلام، وكذا قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»، ذلك أن تأجير الأرحام يلحق ضرراً كبيراً بالحامل لحساب الغير.

وقد ردّ الفريق المبيح للرحم الظئر على استدلال الجمهور بهذه القاعدة بأنّ الرّحم لا ينقل الصفات الوراثية كما يقرّره الأطباء⁽⁴⁾، بل هو مجرد وعاء حاضن للجنين، فتكون مفسدة اختلاط الأنساب متوهمة.

وردّ الجمهور على هذا الاعتراض بالقول إنّ هذا الطرح لا يسلم به الكثير من الأطباء⁽⁵⁾، بل إنّ الدراسات الطبية الحديثة أثبتت بأنّ الحمض النووي الموجود في النواة موجود أيضاً في سيتوبلازم الخلية، وهذا الجزء من الحمض شديد التأثير بحيطه (الرحم)، وبالتالي يمكن للمرأة صاحبة الرّحم البديل أن تعطي بعض الصفات

(1) - د/ عارف علي عارف: المرجع السابق، ص 91.

(2) - د/ هند الخولي: المرجع السابق، ص 286.

(3) - ابن رشد (الحفيد): شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المجلد الرابع، دار السلام، ط 1، القاهرة، مصر، 1995م، ص 1797.

(4) - انظر حسن تمام: استئجار الأرحام بين الطب والسياسة، مقال منشور على الموقع: www.islamonline.net. 11 nov. 2007.

(5) - د/ هند الخولي: المرجع السابق، ص 292.

وراثية للجنين⁽¹⁾.

المطلب الثاني: المعارضون لتقنية الحمل لحساب الغير في القانون المقارن

يعارض فريق كبير من فقهاء القانون بشدة استخدام تقنية الحمل لحساب الغير، وفي نفس الاتجاه سارت الكثير من التشريعات المقارنة في الدول الغربية والإسلامية على حدّ السواء.

الفرع الأول: الفقه القانوني المعارض لتقنية الحمل لحساب الغير

يذهب أغلب فقهاء القانون إلى معارضة تقنية الحمل لحساب الغير جملة وتفصيلاً، مستندين إلى جملة من الأدلة والأسانيد لعلّ من أهمّها:

أولاً/ مخالفة الحمل لحساب الغير أحكام الشريعة الإسلامية: التي تعتبر مصدراً مهماً من مصادر القانون في الدول الإسلامية، حيث نصّت الفقرة الثانية من المادة الأولى من التّقنين المدني الجزائري⁽²⁾ على أنّه: «وإذا لم يوجد نصّ تشريعيّ حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...».

ثانياً/ تعارض الحمل لحساب الغير مع مبدأ حرمة جسم الإنسان⁽³⁾: حيث لا يجيز القانون أن يكون هذا الأخير محلاًّ للتعامل القانوني، ومحلّ التعامل في الفرض الذي نحن بصددده رحم المرأة الحامل، فلا يجوز لها أن تجعل جسدها محلاًّ للتعامل؛ لأنّ ذلك متعارض مع النظام العام، كما أنّ تحديد النسب من الأمور التي ينفرد القانون بوضع شروطها، ولا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك، وهو ما قضت به المادة 9/311 من القانون المدني الفرنسي التي نصّت على أنّه: «دعاوى الحالة والبنوة لا يجوز التنازل عنها»⁽⁴⁾.

(1) - د/ أسماء سعيدان: المرجع السابق، ص 231.

(2) - أمر 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدّل والمتمم.

(3) - Marie Xavière Catto: La gestation pour autrui d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêt, Revue de droit de l'homme, n3,juin2013, p117 et suite.

(4) - code civil Français, 115éd. Dalloz, 2015.

ثالثاً: أنّ الحامل لحساب غيرها عندما تضع رحمها في خدمة الراغبين في الحصول على مولود مقابل مبلغ محدد، يكون تصرفها هذا أشبه ما يكون بالدعارة، حيث تقوم من تمارس هذا الفعل الأخير بوضع جسدها في خدمة من يرغب فيه بمقابل لمدة معينة، أمّا بالنسبة للزوجين فإنهما قد ارتكبا جريمة نسبة ولد لامرأة لم تلده وهو ما تحظره الشريعة الإسلامية، وحتى بعض القوانين كتقنين العقوبات المصري في مادته (4/354) التي تنص على أنه: «يعاقب بالسجن مع الأشغال الشاقة من خمس إلى عشر سنوات كلّ من ينسب ولداً إلى امرأة لم تلده»⁽¹⁾.

رابعا/ الأضرار النفسية الجسيمة التي تلحقها العملية بأطراف العلاقة: فالزوج قد يتعرض لصدمات نفسية جراء شعوره بالغيرة، لتدخل الغير في أخص خصوصياته، فضلا عن أنّه قد يفقد الشعور بالأبوة تجاه المولود الذي أنجبته غير زوجته، كما أنّه قد يجد نفسه مدفوعا لإقامة علاقة غير مشروعة مع من حملت ولده، وهذا حصل فعلا مع (بولين تايلر) الذي زنى بمن حملت ابنه (ريتا باركر) التي تعدّ أول امرأة تحمل لحساب الغير كما أشرنا إليه سابقا.

الفرع الثاني: التشريعات المقارنة المعارضة لتقنية الحمل لحساب الغير

منعت الكثير من التشريعات المقارنة اللجوء إلى تقنية الحمل لحساب الغير بشكل صريح، ولعلّ من أبرزها المشرع الفرنسي الذي نصّ على حرمة الإنسان وعدم جواز التعرض له منذ ميلاده في نص المادة 16 من التقنين المدني⁽²⁾، كما نصّ على عدم جواز جعل جسم الإنسان محلا للمعاملات المالية في الفقرة الأولى من نفس المادة⁽³⁾، ثمّ حرّم في الفقرة السابعة من ذات المادة الحمل لحساب الغير، حيث نصّ

(1) - د/ حسن محمد كاظم وآخرون: المرجع السابق، ص 88؛ د/ ماروك نصر الدين: المرجع السابق، ص 28.
(2) - Article 16 du code civil Français: «La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie».

(3) - Article 16/1 du c. civ: «Chacun a droit au respect de son corps.

- Le corps humain est inviolable.

- Le corps humain- Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet =

على أن: «كل اتفاق يتعلق بالحمل لحساب الغير يكون باطلا»⁽¹⁾.

كما صدر في فرنسا القانون المؤرخ في 1994/09/27 والذي منع بشكل صريح الحمل لحساب الغير، بل جرّمه، وهو ما يؤكّد المنع المطلق لهذه التقنية في التشريع الفرنسي.

وهو ما أكّده المشرع في تقنين العقوبات الفرنسي من خلال الفقرتين 12 و14؛ حيث نصت الأولى على معاقبة كل من يتخلى عن ولده لأغراض مادية، وهو حال الأم الحامل، وجرّمت الاتفاق الذي يتم بين الزوجين والمرأة الأجنبية التي تتولى الحمل ولو كانت العملية تبرعا بلا مقابل، مع مضاعفة العقوبة إذا تمت نظير مقابل أو كانت بصورة متكررة⁽²⁾.

والقانون الإيطالي رقم 40 لسنة 2004، حيث حدّ مما أسماه البعض بالعالم المضطرب لطب الخصوبة، الذي أدى إلى حالات مثيرة للجدل؛ كالأمهات الجذات، وإنجاب نساء تجاوزن سن الإنجاب؛ الذي منع بموجب المادة الرابعة منه الحمل لحساب الغير⁽³⁾.

وفي التشريعات العربية يلاحظ أنّها في أغلبها لم تتعرض لتقنية الحمل لحساب الغير، ولعلّ أول قانون جرّم التلقيح الصناعي عموما والحمل لحساب الغير باعتبار أنّه إحدى صور التلقيح الصناعي الخارجي، القانون الليبي رقم 75 لسنة 1972، وهو قديم نوعا ما، حيث يعاقب كل من يقوم بعملية تلقيح صناعي مهما كانت صفته بالسجن من 5 إلى 10 سنوات.

وقد منع المشرع الجزائري تقنية الحمل لحساب الغير سواء كانت الحامل زوجة ثانية لصاحب النطفة أو كانت أجنبية عنه، بصريح نص المادة 45 مكرر من قانون

d'un droit patrimonial».

(1) - Article 16/7 du c. civ français : «toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle».

(2) - code pénal Français, 113 éd. Dalloz. Août 2015.

(3) - أشار إليه: د/ حسن محمد كاظم وآخرون: المرجع السابق، ص 87.

الأسرة التي أضيفت بموجب القانون رقم 05-09⁽¹⁾، الذي أباح التلقيح الصناعي مع وجوب مراعاة الشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعياً.
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الصناعي باستعمال الأم البديلة.

يظهر مما ذكرنا أنّ المشرع حسم الأمر بنصّه صراحة على عدم مشروعية هذه التقنية تمسّياً مع رأي جمهور العلماء المسلمين المعاصرين، وما ذهب إلى فتاوى مجتمعات الفقه الإسلامي التي أشرنا إليه سابقاً، وفي اعتقادنا أنّ هذا هو عين الصواب.

المبحث الثاني: الفريق المؤيد لمشروعية الحمل لحساب الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن

ذهب قلة من العلماء المسلمين المعاصرين إلى إجازة الحمل لحساب الغير، وانقسم هؤلاء إلى طائفتين: الأولى تبيحه سواء كانت الأم البديلة أجنبية عن الزوج أو زوجة ثانية له بشروط معيّنة، والثانية: تجيز الحالة التي تكون فيها صاحبة الرحم البديل زوجة ثانية لذات الزوج صاحب النطفة (الحمل لحساب الضرة).

المطلب الأول: المجيزون للحمل لحساب الغير في الفقه الإسلامي المعاصر

لعلّ من أبرز من قال بهذا الرأي: د/ عبد المعطي بيومي، د/ محمد سعد الدين حافظ، د/ إسماعيل برادة؛ والكثير من مراجع الشيعة الإمامية: الخميني، اليزدي، الحسيني، السيستاني، جواد التبريزي، محمد سعيد الحكيم، وغيرهم. إلّا أنّ الكثير من هؤلاء قيّدوا ذلك بضرورة توافر الشروط الآتية:

(1) - قانون 09-05 مؤرخ في 4 مايو 2005 ج.ر 43 صادرة بتاريخ 22 يونيو 2005، يتضمن الموافقة على الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 يعدل ويتم القانون 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة.

- أن تكون المرأة صاحبة البويضة ذات زوج.
- أن يكون كل من المرأة صاحبة البويضة والرجل صاحب الحويمن زوجان شرعيان، فمن غير الجائز أن تتم العملية بين غير الزوجين وإلا كانت في حكم الزنا.
- أن يتم التلقيح برضا زوج صاحبة الرحم.
- أن تعتد قبل نقل البويضة المخصبة إلى رحمها للتأكد من خلو رحمها من ماء زوجها.
- أن تكون لها الكفاءة والقدرة الجسدية على الحمل والولادة.
- أن تكون نفقتها واجبة طول مدة الحمل على الزوج صاحب النطفة⁽¹⁾.
- أن تكون هذه العملية تطوعا حتى لا تصبح بمثابة عمل تجاري.
- أن تكون هذه العملية هي السبيل الوحيد للحصول على الأولاد بعد استنفاد جميع الوسائل الممكنة⁽²⁾.
- أن توضع المرأة الحامل تحت الملاحظة المستمرة تحت إشراف الطبيب المعالج.

الفرع الأول: أدلة المجيزين للحمل لحساب الغير في صورته المختلفة

استدلّ هذا الفريق بعدة أدلة وحجج وأسانيد لتأييد وجهة نظرهم منها:

أولا/ الاستدلال بالقياس على الإرضاع: حيث قالوا بجواز الحمل لحساب الغير قياسا على الإرضاع، وعللوا ذلك بأنّ الله عزّ وجلّ قرن بين الحمل والرضاعة في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَوَضَيْنَا إِلَيْنِ أَنْ نَحْنُ بِوَلَدَيْهِ حَمَلَتُهُ أُمُّهُ، وَهَنَّا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفَصَلُّهُ، فِي عَمَيْنِ أَنْ أَشْكُرَ لِي وَلَوْلَدِيكَ إِلَى الْمَصِيرِ﴾⁽³⁾ وقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تَنْضَاؤُهُنَّ لِلْضَيْفِ وَأَعْلَيْنَ وَإِنْ كُنَّ أُولَئِكَ حَمَلٍ فَلْيَنْفِقُوا عَلَيْنَ حَتَّى يَضَعْنَ حَمَلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ

(1) - د/ أسماء سعيدان: المرجع السابق، ص.ص 228، 229.

(2) - م. م. مهند بنیان صالح: مدى مشروعية استخدام الرحم الظئر (الأم البديلة) دراسة قانونية، مجلة كلية العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الأنبار، العدد الأول، 2009، ص 11؛ د/مروك نصر الدين: الأم البديلة بين القانون المقارن والشرعة الإسلامية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 4، 1999، ص 61.

(3) - سورة لقمان: الآية 14.

فَتَأْتُهُنَّ أَجُورُهُنَّ وَأُتْمَرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمَ فَسُدُّوا لَهُ أُخْرَى ⁽¹⁾، وقوله جلّ وعلا: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَلَدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ⁽²⁾﴾.

فالله عزّ وجلّ وحدّ الحكم فيهما، وجعل الحكم الذي يسري على الحمل يسري على الرضاعة، باعتبارهما مصدر الغذاء اللازم لحياة الجنين، ومنه فإن استئجار الرّحم لتغذية الجنين خلال فترة الحمل جائز شرعا قياسا على استئجار الثدي لإرضاع الرضيع ⁽³⁾، بجامع استئجار منفعة عضو بشري في كلّ منهما، ولوجود صلة وثيقة بين عملية الرضاعة والرحم المستأجر ⁽⁴⁾.

ثانيا: كما استندوا إلى القاعدة الفقهية: «الحاجة تنزّل منزلة الضرورة»، ومعلوم أنّ الضرورات تبيح المحظورات، والحمل لحساب الغير يعدّ حلاّ للكثير من الأزواج الذين لا يستطيعون الإنجاب، ويمنع تفكّك الأسر، وبما أنّ الإسلام يبيح بعض المحرّمات على خلاف الأصل كشرب الخمر لإزالة الغصّة، فكذلك للمرأة التي لا تستطيع الإنجاب للخلل في رحمها أن تستعين بامرأة أخرى لقيام حالة الضرورة ⁽⁵⁾.

ثالثا: اختلاف الحمل في حالة الزنا عنه في حالة الحمل لحساب الغير وذلك من وجهين:

الوجه الأول: في حالة الحمل لحمل لحساب الغير يكون تخصيب البويضة خارج الرّحم في أنبوب اختبار، ثمّ يتم زرعها مرّة ثانية في رحم الأمّ البديلة، بخلاف الحمل عن طريق الزّنا الذي يتمّ فيه قذف الحيوانات المنويّة للزاني مباشرة في رحم

(1) - سورة الطلاق: الآية 6.

(2) - سورة الأحقاف: من الآية 15.

(3) - د/ سليمان النحوي: التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشرعة الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010-2011، ص 180.

(4) - نشوان زكي سليمان: التصرف بالنطف والأجنة البشرية، مجلة الرافدين، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد 15، العدد 52، 2011 ص 34؛ بغدالي الجيلالي: الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2013، 2014، ص 58.

(5) - د/ هند الخولي: المرجع نفسه، ص 289.

الزانية، وتكون هذه الحيوانات على أهبة الاستعداد لتخصيب أيّ بويضة تنزل إليها من المبيض.

الوجه الثاني: عدم وجود شبهة اختلاط الأنساب، حيث يكون معلوماً أنّ هذا الجنين ابن فلان من الناحية العملية؛ ذلك أنّ نسبته إلى الأمّ صاحبة البويضة والأب صاحب النطفة أولى من نسبته إلى الأمّ صاحبة الرحم البديل بخلاف ولد الزنا.

رابعا: قاعدة «الأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد الدليل على التحريم»، فما دام أنّه لا دليل على تحريم الحمل لحساب الغير فإنه يبقى على أصل الإباحة.

الفرع الثاني: مناقشة أدلة المجيزين للحمل لحساب الغير في صوره المختلفة

أولا: نوقش دليلهم الأول من قبل القائلين بالتحريم بالقول إنّ قياس الأمّ البديلة بالأمّ من الرضاعة بجامع أنّ دور كلّ منهما قاصر على التغذية، قياس مع الفارق للأمر الآتية:

- عقد الرضاعة عقد إجارة شرعي بنصّ الكتاب، قال الله عزّ وجلّ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ أَجُورَهُنَّ وَأَتَمِرُوا بِإِنَّكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَسَرْضِعْ لَهُ أُخْرَىٰ﴾⁽¹⁾، أمّا استئجار الرحم لأجل الحمل فهو عقد إجارة غير شرعي، والإجارة على المحرم محرّمة.

- أنّ الحليب معدّ بطبعه للخروج، ذلك أنّه من إفرازات الجسم، وهو فضلة طاهرة، خلقت في الجسم لقفدها إلى الخارج، فينتفع بها الغير أو يتخلّص منها الجسم، أمّا الرحم فهو عضو خلق ثابتا في الجسم، ويؤدي وظيفة الحمل، وهذا الأخير يؤثر تأثيرا بالغا على الأمّ، حيث يلحق بها تغيرات نفسية وفيزيولوجية أثناء الحمل وبعد المخاض، ويختلف هذا تماما عما يحدث بعد عملية الإرضاع⁽²⁾.

- لا يترتب على الإرضاع مفسدة اختلاط الأنساب؛ لأنّ نسب الولد ثابت لأبويه ابتداءً بلا ريب، أمّا في الحمل لحساب الغير فالشبهة في اختلاط النسب قائمة،

(1) - سورة الطلاق: الآية 6.

(2) - د/ عارف علي عارف: المرجع السابق، ص 94.

محتملة، فلا تُسوّى بها.

- الرضيع إنسان كامل ثبت له كافة حقوق الآدمي، فيجب القصاص أو الدية بقتله، أمّا الجنين فلا يثبت له ذلك، وإنّما تجب الغرة في إسقاطه⁽¹⁾.

- تأجير الثدي للإرضاع أبيع للضرورة وهي المحافظة على حياة الرضيع، وحفظ النفس من الضرورات الشرعية الخمس، بخلاف الحمل لحساب الغير فهو لإنشاء حياة جديدة، ولا نكون هنا أمام حالة ضرورة، أمّا رغبة الزوجين في الإنجاب فليست من الضرورات الشرعية التي تبيح مخالفة الأصل، فضلا عن ذلك فإنّ الرضاع يتناول أمراً ظاهراً ومحلاً غير محلّ النكاح، فلا يفوت الاستمتاع على الزوج، بخلاف الحمل لحساب الغير فإنّه يتناول محلاً متصلاً بمحلّ النكاح فيفوت الاستمتاع⁽²⁾.

ثانياً: وقد نوقش دليلهم الثاني بالقول إنّ حالة الضرورة غير متوافرة في الحمل لحساب الغير؛ لأن هذه الحالة تقوم بعد مجيء الولد لحفظه وبقائه حياً، أمّا قبل ذلك فليس ثمة ضرورة؛ لأنّ ضرورة حفظ النفس أو النسل إنّما تكون لمن كان موجوداً، أما من كان غير موجود فلا ضرورة تدعو للإتيان به من طرق غير معتبرة شرعاً⁽³⁾.

ثالثاً: وقد ردّ عليهم في استدلالهم تفريقهم بين الحمل لحساب الغير والزنا بأنّه لا يمكن التسليم بوجود فرق بينهما للأسباب الآتية:

- أنّ الحمل لحساب الغير وإن لم يكن فيه ما يوجب الحدّ، بيد أنّ فيه معنى الزنا؛ لأنّ ثمة تدخلاً لطرف أجنبي في عملية الإنجاب وهذا لا تجيزه الشريعة الإسلامية، قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا فُرَّةً

(1) - د/ هند الخولي: المرجع السابق، ص 290.

(2) - د/ أيمن مصطفى الجمل: المرجع السابق، ص 163؛ د/ إقروفة زيدة: الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري (التلقيح الصناعي والبصمة الوراثية نموذجاً) أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2008، 2009، ص 132.

(3) - د/ حسن محمد كاظم وآخرون: المرجع السابق، ص 99.

أَعْتَرِبَ⁽¹⁾، فالذرية لا تكون إلا بين الزوجين، وعليه ليس من الجائز أن تتكفل امرأة بجمل جنين لامرأة أخرى.

- أن المحافظة على الأنساب تقتضي عدم إباحة الرّحم لغير الزوج، وقد حرم الزنا لهذا، ولا فرق بين إدخال حيوان لرجل في رحم امرأة أجنبية سواء لوحده أو مصاحبا لبويضة لقّحت به⁽²⁾.

رابعا: وقد نوقشوا في استدلالهم بقاعدة الأصل في الأشياء الإباحة بالقول إنّ أفعال الناس وتصرفاتهم محكومة بقواعد ونصوص كلية، وأنّ المستجدات والنوازل كثيرة، ولا يمكن أن نعرض النصوص لكافة الفروع والجزئيات، وأنّ تطبيق القواعد العامة يؤدي إلى القول بعدم جواز الحمل لحساب الغير⁽³⁾.

الفرع الثالث: الفريق المميز للعمل لحساب الغير بين الضرائر

في هذه الصورة يتم تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها بعد استخراجها بعملية دقيقة، ثمّ تعاد اللقيحة إلى رحم زوجة أخرى للزوج نفسه، برضا هذه الأخيرة التي تقبل أن تحمل عن ضرّتها عند الحاجة.

وقد ذهب فريق من العلماء المعاصرين إلى إجازة الحمل لحساب الغير في هذه الصورة، ومن هؤلاء نذكر: الأستاذ محمد علي التسخيري، والدكتور علي محمد يوسف المحمّدي، والأستاذ عبد القادر العماري، والمرجع الديني الأعلى في إيران علي الحسيني الخميني، ومحمد رضا السيستاني وغيرهم.

ويشترط أصحاب هذا الرأي رضا الزوج وزوجتيه، وأن يكون الرضا صحيحا لا تشوبه شائبة ولا يعتريه لبس⁽⁴⁾، وأنّ الإباحة لا تكون إلا عند الحاجة والضرورة. وحجتهم في ذلك أنّ زراعة البويضة الملقحة بماء الزوجين وإدخالها في رحم زوجة

(1) - سورة الفرقان: من الآية 74.

(2) - د/ أيمن مصطفى الجبل: المرجع السابق، ص 164-165.

(3) - د/ رضا عبد الحليم عبد المجيد: النظام القانوني للإنجاب الصناعي، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 134-135. أشار إليه د/ حسن محمد كاظم وآخرون: المرجع السابق، ص 99.

(4) - د/ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي: المرجع السابق، ص 233.

أخرى لذات الزوج لا تعد سقيا لزرع الغير المنهي عنه في الحديث السابق ذكره؛ لأن الزوجة التي تبرعت بالحمل عن ضربتها هي زوجة أيضا لصاحب المنى.

كما يجب على الزوج أن يحتاط من اختلاط الأنساب بأن يمتنع عن إتيان زوجته الثانية التي زرعت اللقيحة في رحمها مدة معينة حتى يتبين أنها حامل⁽¹⁾، وفي هذه الحالة تكون وحدة الأبوة متحققة، وليس ثمة ما يهدد تماسك الأسرة، ولا يوجد اختلاط الأنساب بالنسبة للزوج، ولا بالنسبة للزوجة.

واعترض على هذا الرأي بالقول إن الزوج عقد على كل واحدة من زوجاته بعقد مستقل، وما يحدث لكل واحدة منهن من طلاق ونحوه لا يحدث للأخرى بصورة مباشرة، وليس للرجل أن ينسب من شاء من أولاده إلى من شاء من نسائه تلاعبا منه بأنساب أولاده من أمهاتهم. ومع أن الرجل يباح له رحما زوجتيه بالعقد، إلا أن كل رحم يبقى مستقلا في علاقته بالرحم الآخر.

أما عن اقتراح بعض أنصار هذا الرأي بامتناع الزوج عن مباشرة زوجته صاحبة البويضة إلى حين ظهور الحمل فإنه رأي عقلي (أي استحسان الأمر بإعمال العقل لا بالنظر في النص واستنباط الحكم منه)، والقاعدة الأصولية تقول: «الحسن ما حسنه الشرع لا ما حسنه العقل، والقبيح ما قبحه الشرع لا ما قبحه العقل»⁽²⁾، كما أن هذا يؤدي إلى تحريم ما أحله الله بصريح النص، وهو جواز إتيان الرجل زوجته متى شاء ﴿فَسَاوُكُمْ حَرْثُ لَكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾⁽³⁾.

وكانت هذه المسألة قد طرحت على مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة في دورته السابعة، حيث أجاز هذه الصورة في القرار رقم 5 الذي جاء فيه: «... إن الأسلوب السّابع الذي تؤخذ فيه النطفة والبويضة من زوجين وبعد تلقيحهما في وعاء اختبار تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه، حيث تُتبرع

(1) - د/ زياد أحمد سلامة: أطفال الأنابيب بين العلم والشرعية، ط1، الدار العربية للعلوم، دار البيارق، عمان، الأردن، 1996، ص103.

(2) - د/ زياد أحمد سلامة: المرجع السابق، ص. ص 103-104.

(3) - سورة البقرة: الآية 223.

بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضررتها المنزوعة الرحم، يظهر لمجلس المجمع أنه جائز شرعا عند الحاجة، وبالشروط العامة المذكورة»⁽¹⁾.

غير أنه تراجع عن ذلك وسحب حالة الجواز في دورته الثامنة بعد الملاحظات التي قدمها بعض أعضائه، حيث جاء في القرار الثاني من هذه الدورة: «إن الزوجة الأخرى التي زرعت فيها لقiche بويضة الزوجة الأولى قد تحمل ثانية، قبل انسداد رحمها على حمل من ولد معاشرة الزوج لها في فترة متقاربة مع زرع اللقiche، ثم تلد توأما، ولا يعلم ولد اللقiche من ولد معاشرة الزوج، كما لا نعلم أم ولد اللقiche التي أخذت منها البويضة من أم ولد معاشرة الزوج، كما قد تموت علقه أو مضغة أحد الحملين ولا تسقط إلا مع ولادة الآخر الذي لا يعلم أيضا أهو ولد اللقiche أم حمل معاشرة ولد الزوج، ويوجب ذلك اختلاط الأنساب لجهة الأم الحقيقية لكل من الحملين، والتباس ما يترتب على ذلك من أحكام، وإن ذلك كله يوجب توقف المجمع عن الحكم في الحالة المذكورة»⁽²⁾.

المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لتقنية الحمل لحساب الغير في القانون المقارن

على خلاف الفقه والتشريع المعارض لاستعمال تقنية الحمل لحساب الغير، ثمة من فقهاء القانون من أيدها واعتبرها وسيلة لتحقيق حلم الأبوة والأمومة، وفي ذات الاتجاه سارت بعض التشريعات خاصة في الدول الغربية.

الفرع الأول: الفقه القانوني المؤيد للحمل لحساب الغير

يؤيد جانب قليل من فقهاء القانون اللجوء لتقنية الحمل لحساب الغير⁽³⁾، حيث يعتبرون ذلك شكلا من أشكال ممارسة الحرية الفردية، التي يتعين أن تكفل لها

(1) - القرار الخامس الصادر عن الصادر عن الدورة السابعة لمجلس المجمع الفقهي بمكة المكرمة المنعقد في الفترة من 11 إلى 16 ربيع الأول 1403 بشأن التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، منشور بمجلة المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي ط2، ص161.

(2) - القرار الثاني الصادر عن الدورة الثامنة لمجلس المجمع الفقهي المنعقد عام 1405هـ بشأن التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، السنة الثامنة، العدد 10، سنة 1417هـ، 1996م، ص320.

(3) - منهم الحامي الأمريكي (نويل كوين)، والفيقي الفرنسي (كراود)، ومن الفقهاء العرب الدكتور عز الدين

الحماية القانونية، ويرى البعض في هذا الصدد أنّ منع هذه الطريقة قد يؤدي إلى انتشار رهيب للعلاقات الجنسية الحرة غير المشروعة، كما أنّه يجب أن ينظر إلى هذه التّقنية من جوانبها الإيجابية باعتبارها حلاًّ لحالات العقم، وأنّها تحقق للكثير من الأزواج حلم الأمومة والأبوة الذي لم يكن متاحاً لهم. وقد انقسم أصحاب هذا الاتجاه إلى رأيين: الأول يضمني على الاتفاق الحاصل بين الزوجين والأمّ البديلة الصفة العقدية، أمّا الثاني فلا يعتبره عقداً.

ومن أهمّ الحجج التي استند إليها أنصار هذا الاتجاه:

أولاً: لا يمكن اعتبار الحمل لحساب الغير تصرفاً في حالة شخص، باعتبار أنّ الأمّ الحقيقية هي الأمّ البيولوجية صاحبة البويضة، أما الحامل فهي بمثابة المربية، مهمتها حملها ووضعها، وعندما تسلمه للزوجين فإنّها لا تعدّ متنازلة عن ولدها لأنّها ليست أمّاً له أصلاً.

ثانياً: أنّ الدول الغربية أبحاث التّبني فيكون الحمل لحساب الغير جائزاً من باب أولى.

ثالثاً: أنّ ثمة استثناءات ترد على مبدأ حرمة الجسد الإنساني، وعدم جواز التعامل به مثل زرع الأعضاء البشرية الذي يتمّ في مراكز طبية متخصصة، وهي في تزايد مستمر، مما يجعل للمرأة الحق في الحمل لحساب غيرها، قياساً على حق الإنسان في التبرع بعضو من أعضائه.

رابعاً: أنّ حظر الحمل لحساب الغير أمر قد يفضي إلى انتشار العلاقات الجنسية غير الشرعية؛ لأنّه قد يدفع الزوج إلى الزنا بمن ترغب في الحمل لحساب غيرها بغرض الحصول على الولد، أما الحمل لحساب الغير فلا يرقى إلى عدم أخلاقية موافقتها جنسياً للغرض ذاته.

خامساً: أنّ تنازل الحامل لحساب غيرها عن المولود لا يقع تحت النصّ التجريمي المنصوص عليه بالمادة (21/352) من قانون العقوبات الفرنسي؛ لأنّ

الدّشاري، ود/ محمود عبد الرّحيم.

هذا النص يخص تجريم بعض الحالات الخاصة من التنازل عن الأولاد، وهذه الحالة ليست من بينها، فضلا عن أنّ المشرع الفرنسي في القانون 645 لسنة 1994 حظر كافة أعمال الوساطة في الحمل لحساب الغير، واشترط أن تتم العملية تبرعا بلا مقابل⁽¹⁾.

وقد اشترط هذا الفريق ضرورة التزام الأطراف بجملة من الواجبات: حيث يلتزم الزوج بتحمل كافة المصاريف كنفقات الفحوص الطبية، وعملية التلقيح، والنفقات الخاصة بمعيشة الحامل خلال مدة الحمل، ونفقات الولادة ولوازمها، كما يلتزم بالاعتراف بالطفل المولود مهما كانت حالته الصحية أي سواء ولد سليما معافى أو مشوها أو معاقا، بشرط أن تثبت الفحوصات الطبية أنّه من صلبه، كما يلتزم بدفع المبلغ المتفق عليه مع الأم الحامل، ويتم الدفع حتى في حالة الإجهاض اللاإرادي بعد الشهر الرابع، وعليه التّأمين على حياة الحامل وعلى حياته لصالح المولود المنتظر ولادته.

وفي المقابل تلتزم الحامل بالقيام بالفحوص الطبية المطلوبة خلال فترة الحمل، حتى يتم التحقق من أنّ الولد ليس ناتجا عن علاقة عادية بينها وبين زوجها إذا كانت متزوجة، كما يحظر عليها تناول المخدرات والكحول وكل ما من شأنه التأثير على صحتها وصحة الجنين، وتلتزم مسبقا بالتنازل هي وزوجها عن أي حقوق لهما على الطفل، كما تلتزم بقبول الأخطار التي قد تنجم عن العملية، وعليها إجهاض الجنين متى طلب منها الأب البيولوجي ذلك⁽²⁾.

الفرع الثاني: التشريعات المجيزة للعمل لحساب الغير

ذهبت الكثير من التشريعات الغريبة إلى إباحة الحمل لحساب الغير، حيث نظمت بعضها بنصوص قانونية خاصة ولم تنظمه البعض منها، ومثال الأولى: المشرع الإنجليزي الذي أصدر قانون "الأبدال" (Surrogacy-act) سنة 1985، ثمّ عدل بالقانون الصادر في 1990/11/01 والمتعلق بالخصوبة البشرية، حيث أجاز اعتبار

(1) - د/ حسن محمد كاظم وآخرون: المرجع السابق، ص 89.

(2) - د/ ماروك نصر الدين: المرجع السابق، ص.ص 26، 27.

الولد المولود عن طريق الرحم البديل كطفل مولود بالطريق العادي، كما حصر هذا القانون أطراف العلاقة في ثلاثة أطراف هي:

- الأم صاحبة البويضة التي أطلق عليها هذا القانون (Commissioning mother)، أو الأم المفوضة باعتبار أنّ دورها يكمن في تقديم البويضة وتنفيذ الأم البديلة مهمة الحمل والوضع.

- الأب صاحب المني الذي أطلق عليه هذا القانون (Commissioning father) أو الأب المفوض؛ لأنه يقدم منيه من أجل تلقيح بويضة زوجته في أنبوب اختبار ثم يوضع في رحم الأم البديلة.

- من تحمل لحساب غيرها وأطلق عليها هذا القانون (mother Surrogate)⁽¹⁾.

ومن الدول التي نظمت مسألة تأجير الأرحام الولايات المتحدة الأمريكية، حيث نظمتها ولاية فلوريدا بالقانون رقم (620212)، وبالرغم من أهمية هذا القانون إلاّ أنّه لم يحدّد الطبيعة القانونية لهذا العقد باعتباره به عقدا كسائر العقود؛ أهو عقد وديعة، أم عقد إيجار، أم عقد وكالة؟

وقد أوجب هذا القانون أن يحدّد فيه كافة الاحتمالات الممكنة الحدوث، كحالة وفاة أحد الزوجين أو انفصاليهما بالطلاق، وحقوق الأولاد والأبوين، والمرأة الأجنبية التي حملت ووضعت.

أمّا بالنسبة لشروط هذا العقد فقد ميز هذا القانون بين حالتين:

الحالة الأولى: أن تؤجر المرأة رحمها دون تقديم البويضة

وهذه الحالة تستوجب توافر جملة من الشروط:

- قيام علاقة الزوجية بين الراغبين في الحصول على طفل، فلا يجوز اللجوء إلى هذه التقنية خارج العلاقة الزوجية.
- توافر الأهلية الكاملة لدى الزوجين والمحددة بـ 18 سنة كاملة.

(1) - د/ سليمان النحوي: المرجع السابق، ص 166.

- يجب على الزوجين تقديم شهادة طبية من طبيب مختص في فلوريدا تثبت عدم قدرة الزوجة على حمل الجنين في رحمها، أو أنّ حملها يعرضها أو يعرض جنينها للخطر.

- أن تكون المرأة التي تتولى الحمل بالغة سن الرشد (18 عاما).
- أن تقبل هذه المرأة الخضوع للفحص الطبي والمراقبة خلال مدة الحمل.
- أن توافق على التخلي عن حقوقها كأم، وتسلمه للزوجين، وتساعدتهما في استخراج شهادة ميلاد له باسمهما.
- يجب أن يلتزم الزوجان بكافة التزاماتهما تجاه المولود، وألاّ يرفضاً حضنته.
- أن يتحمل الزوجان كلفة المصاريف والنفقات خلال مدة الحمل.

الحالة الثانية: أن تؤجر المرأة رحمها مع تقديم البويضة

وفي هذه الحالة قيد هذا القانون انتقال الحضانة إلى الزوجين بموافقة قسم خدمات الصحة والإنعاش (Department of health and rehabilitative services) من جهة، واستصدار إذن قضائي من جهة أخرى، مع ضرورة عدم تعارض العملية مع قانون التبني المطبق في ولاية فلوريدا، وتطلب هذه الحالة توفر جملة من الشروط في العقد:

- موافقة المرأة الأجنبية على أن يتم الحمل عن طريق التلقيح الصناعي كما هو محدد في العقد.
- موافقتها على التنازل عن حقوقها تجاه الطفل فور الولادة على أن تكون الموافقة كتابية في العقد.
- أن تتعهد بأخذ الطفل على عاتقها في حالة عدم رغبة الزوجين في إنهاء العقد قبل انتقال الحضانة إليهما، أو في حالة عدم إذن القاضي بذلك.
- للمرأة الأجنبية الحق في أخذ الطفل والامتناع عن تسليمه خلال السبعة أيام المالية للولادة، وإنهاء العقد.
- يتحمل الزوجان كافة النفقات الطبية ويتكفلان بمصاريف معيشة الحامل خلال فترة الحمل.

- يجب أن يتضمن العقد النصّ على حق كل طرف في إنهاء العقد⁽¹⁾.

كذلك نجد أن القانون الإسباني رقم 35 لسنة 1988 والمتعلق بالإنجاب المساعد، لم يجرّم الحمل لحساب الغير، بل إنّه أباح جميع أنواع التلقيح الصناعي وبأَيّ شكل، ولأَيّ شخص كان.

كما أباح القانون الألماني رقم (39) الصادر في 1989/11/27 تقنية الحمل لحساب الغير، غير أنّه جرّم أعمال الوساطة سواء كانت بمقابل أو بغير مقابل، واعترف بالأُمومة لصاحبة الرحم التي حملت لا لصاحبة البويضة التي لقحت. وحسب قانون حديث صدر في 2009 /12/13 المتعلق بحماية البويضة الملقحة يجوز للزوجين تلقي بويضة ملقحة وزرعها في رحم الزوجة أو في رحم امرأة أخرى، بل ذهب إلى جواز ذلك حتى خارج إطار العلاقة الزوجية (بين الأصدقاء) شريطة الحصول على ترخيص من لجنة مكلفة بذلك.

وفي السويد أجاز القانون (117) الصادر في 1988/07/14، والقانون (115) الصادر في 1991/03/24 والخاص بحماية البويضة الملقحة، الحمل لحساب الغير، وهذا بصفة مطلقة سواء كان بين الأزواج أم بين الأصدقاء، بشرط أن يكون بدون مقابل، وبرضا الزوجين أو الصديقين الكبّاي⁽²⁾.

وقد لقيت طريقة الحمل لحساب الغير رواجاً كبيراً في بعض الدول على الرغم من عدم تنظيمها قانوناً، كما هو الحال في إيران، بلغاريا، فنلندا، اليونان، إيرلندا، روسيا، كندا، جنوب إفريقيا، الأرجنتين، والهند، خاصة في هذه الأخيرة حيث ينتشر الفقر المدقع الذي يدفع الكثير من النساء إلى العمل ككوّجرات للرحم، مقابل ما يسد رمقهنّ، وقد استغلت بعض العيادات الخاصة الوضع المعيشي السيئ لهنّ لاستغلالهن بشكل فيه الكثير من الامتهان للكرامة الإنسانية.

(1) - د/ ماروك نصر الدين: المرجع السابق، ص.ص 22-23.

(2) - د/ حسن محمد كاظم وآخرون: المرجع السابق، ص 87.

خاتمة

وفي ختام هذه الدراسة المقتضية لهذا الموضوع الشائك، الذي يمكن عدّه من المواضيع التي أفرزها التطور الهائل في المجال الطبي، نصل إلى جملة من النتائج لعلّ من أهمها:

- الحمل لحساب الغير تقنية طبيّة حديثة في مجال الإخصاب الصناعي، تهدف إلى معالجة مشكل العقم لدى بعض الأزواج، ويعبر عنها بمصطلحات كثيرة منها تأجير الأرحام، الأم البديلة، المضيفة، مؤجرات البطن، الأم بالإنابة... الخ.

- بعد عرض آراء المؤيدين والمعارضين لاستعمال تقنيّة الحمل لحساب الغير سواء في الفقه الإسلامي أو الفقه القانوني يظهر لنا أنّ الرأي القائل بعدم إجازة الحمل لحساب الغير أقرب إلى الصواب، إذ لا يجوز في كل الحالات استخدام طرف ثالث في الإنجاب، وهذا ما قرره أيضا المجامع الفقهية الإسلامية، بالنظر لقوّة أدلّتهم، وعدم قيام معارض قوي يقوى على ردّها، فضلا عن ضعف أدلّة القائلين بالجواز- سواء بصورة مطلقة، أو عن طريق حمل الضرة لصالح ضرّتها- كما يتبيّن أنّ سلبيات ومثالب الحمل لحساب الغير تستغرق إيجابياته.

- من مفسدات الحمل لحساب الغير أنّه يؤدي إلى اصطباغ الأمومة بالصبغة التجارية، وأنّه قد يتخذ وسيلة للاستزاق من قبل النساء اللّواتي تعانين الفاقة، كما أنّه يؤدي إلى استغلالهنّ وامتهان كرامتهنّ، وقد يفضي في أحيان كثيرة إلى نشوب نزاع بين صاحبة البويضة وصاحبة الرّحم البديل، مما يزيد من حالات اللّجوء إلى القضاء من أجل فضّ النزاعات التي ثار بين الطرفين، فضلا عن شبهة الزنا؛ لذا منعه جمهور العلماء المسلمين، ففاسده كثيرة، والقاعدة الفقهية المشهورة تقضي بأن: «درء المفاسد مقدم على جلب المصالح».

- إنّ الحمل لحساب الغير يثير إشكالات قانونية كثيرة: فمن تكون أمّا للولود بهذه الطّريقة؟ أي التي حملته ووضعت؟ أم هي صاحبة البويضة؟ ومن هو والده أهو صاحب النطفة؟ أم هو زوج الحامل لحساب غيرها؟ ألا يمكن اعتبار الأمهات

البديلات مجرد مفارخ بشرية؟ ولم من قضية رُفعت أمام القضاء بشأن التنازع حول من هي أحق بالمولود الناتج عن هذه الطريقة؟ وما الحل إذا تخلّت كلّ منهما عن المولود إذا كان مريضاً أو مصاباً بتشوهات خلقية أو كان مُعاقاً؟

- وختام دراستنا هذه نقول بأنّ ثمة سُبلاً أخرى غير استعمال تقنية الحمل لحساب الغير لتحقيق حلم الأبوة والأمومة بالنسبة للأزواج الذين يعانون من العقم، منها كفالة الأيتام واللقطاء، وفي ذلك أجر عظيم، وثواب جزيل.

قائمة المراجع

أولاً: كتب اللغة

01- ابن منظور (أبو الفضل جمال الدين): لسان العرب المحيط، طبعة خاصة، دار النوادر، الكويت، 2010م.

02/ ابن فارس (أبو الحسين أحمد ابن زكريا): معجم مقاييس اللغة، ج3، دار الفكر، دون بلد ولا سنة نشر.

ثانياً: كتب الحديث

01- أبو داود (سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني): سنن أبي داود، دار الرسالة العالمية، طبعة خاصة، دمشق، سوريا، 2009م.

02- البخاري (أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري): صحيح البخاري، دار ابن كثير، ط1، دمشق، سوريا، 2002م.

03- الترمذي (أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي): سنن الترمذي، المجلد2، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، لبنان، 1996م.

04- مسلم (أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري): صحيح مسلم، دار طيبة، ط1، الرياض، السعودية، 2006م.

ثالثاً: الكتب العامة والمتخصصة

01 ابن رشد (الحفيد): بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المجلد الرابع، دار السلام، ط1، القاهرة، مصر، 1995م.

02- د/ أيمن مصطفى الجمل: إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين الحظر والإباحة - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي- دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010م.

03- د/ خالد محمد منصور: الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، الأردن، 1999م.

04- د/ زياد أحمد سلامة: أطفال الأنابيب بين العلم والشرعية، ط1، الدار العربية للعلوم، دار البيارق، عمان، الأردن، 1996م.

05- د/ يوسف عبد الرحمان الفرت: التطبيقات المعاصرة لسدّ الذرائع، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2003م.

رابعاً: الرسائل والمذكرات الجامعية

01- د/ أسماء سعيدان: الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الصناعي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2013م.

02- د/ إقروفة زبيدة: الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري (التلقيح الصناعي والبصمة الوراثية نموذجاً) أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2008-2009م.

03- بغدائي الجيلالي: الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2013-2014م.

04- رابحي فاطمة الزهراء: إثبات النسب، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2012م.

05- د/ سليمان النحوي: التلقيح الصناعي في القانون الجزائري والشرعية الإسلامية والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2010-2011م.

06- د/ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي: إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، القاهرة، مصر، 2000م.

خامساً: المقالات والمحاضرات

د/ حسن محمد كاظم ود/ حيدر حسين كاظم ود/ عدنان هاشم جواد: مشروعية الحمل لحساب الغير وأحكامه في القانون والشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، السنة الثانية، العدد الأول، 2010م.

02- حسين كاظم الشمري: إشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الصناعي، دراسة مقارنة في القانون والشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، السنة الثانية، العدد الثاني 2010م.

03- د/ عارف علي عارف: الأم البديلة أو الرحم المستأجر، مجلة إسلامية المعرفة، تصدر عن المعهد العالمي للفكر الإسلامي، كلية الشريعة، جامعة بيروت الإسلامية، لبنان، العدد 19، 1999م.

04- د/ كريمة عبدو جبر: استئجار الأرحام والآثار المترتبة عليه، مجلة أبحاث، كلية التربية الأساسية، جامعة الموصل، العراق، المجلد 9، العدد 3، 2010م.

05- ماهر حامد الحولي: الإخصاب خارج الجسم مع استئجار الأرحام، مجلة جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، المجلد 02، العدد 02، 2009م.

06- د/ ماروك نصر الدين: الأم البديلة بين القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 4، 1999م.

07- م. م. مهند بنيان صالح: مدى مشروعية استخدام الرحم الظئر (الأم البديلة) دراسة قانونية، مجلة كلية العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الأنبار، العدد الأول، 2009م.

08- د/هند الخولي: تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي: مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 3، 2011م.

09- نشوان زكي سليمان: التصرف بالنطف والأجنة البشرية، مجلة الرافدين، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد 15، العدد 52، 2011م.

سادسا: المؤتمرات والندوات

01- د/ عبد المجيد مطلوب: التلقيح الصناعي وحكمه شرعا، تقرير مقدم إلى ندوة الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي المنعقد بمركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين، كلية الحقوق، جامعة القاهرة في نوفمبر 1993م.
سابعاً: قرارات مجمع الفقه الإسلامي

01- القرار الثاني الصادر عن الدورة الثامنة لمجلس الجمع الفقهي المنعقد عام 1405هـ بشأن التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، السنة الثامنة، العدد 10، سنة 1417هـ، 1996م.

02- القرار الخامس الصادر عن الدورة السابعة لمجلس المجمع الفقهي بمكة المكرمة، المنعقد في الفترة من 11 إلى 16 ربيع الأول 1403هـ بشأن التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، منشور بمجلة المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي ط2.

ثامناً: النصوص القانونية

01- قانون 09/05 مؤرخ في 4 مايو 2005م ج.ر 43 صادرة بتاريخ 22 يونيو 2005، يتضمن الموافقة على الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005م يعدل ويتم القانون 11/84 مؤرخ في 9 يونيو 1984م المتضمن قانون الأسرة.

تاسعاً: المواقع الإلكترونية

01- حسن تمام: استئجار الأرحام بين الطب والسياسة، مقال منشور على الموقع: www. Islam online. Net 11 nov. 2007.

عاشراً: المراجع باللغة الفرنسية

01- Marie Xavière Catto: La gestation pour autrui d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêt, Revue de droit de l'homme, n3, juin 2013.

02-code civil Français, 115éd. Dalloz, 2015.

03-code pénal Français, 113 éd. Dalloz. Août 2015.

حق المدخن السلبي في مقاضاة المدخن الإيجابي للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن تعريضه لدخان السجائر

- الجزء الثاني -

بقلم: د/ زيد محمود العقيلة*

مقدمة

ناقشنا في الجزء الأول من هذا البحث مفهوم البيئة والاهتمام بقضاياها وحق الإنسان في العيش في بيئة سليمة وخالية من التلوث، كما ناقشنا ماهية التدخين وأضراره والجهود الدولية والمحلية في مكافحته وحظره. وفي هذا الجزء سنناقش المسؤولية المدنية للمدخن الإيجابي عما يحدثه من أضرار بغيره من غير المدخنين وسنعرض لأبرز التطبيقات القضائية في مجال أعمال هذه المسؤولية وذلك في مبحثين مستقلين، وفي النهاية سنعرض أبرز النتائج التي تم التوصل إليها والتوصيات.

المبحث الأول: المسؤولية المدنية للمدخن الإيجابي عما يحدثه من أضرار بغيره من غير المدخنين

بدايةً لا بد من القول إنَّ المسؤولية تمثل جزاءً على مخالفة الشخص لأحد الواجبات الملقاة على عاتقه والتي تكون إما واجبات مصدرها القانون (واجبات قانونية)، أو واجبات فرضها المجتمع على الشخص (واجبات اجتماعية). وما يعيننا هي الأولى أي تلك التي تترتب عليها مسؤولية قانونية، لكن المسؤولية القانونية لها عدة صور فهي تشمل المسؤولية الجنائية والمسؤولية الإدارية والمسؤولية المدنية وغيرها⁽¹⁾ على أن المسؤولية المدنية التي تعني إلزام شخص بالتعويض عن الأضرار

* أستاذ القانون المدني المشارك - قسم القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة مؤتة - الأردن.

(1) د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، 2001، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص244.

التي ألحقها بالغير والتي نجمت عن الإخلال بالتزام مقرر في ذمته⁽¹⁾ هي ما سنناقشه في هذا المبحث.

هذا وتعد المسؤولية المدنية أحد الأركان الأساسية لأي نظام قانوني بشكل عام ومحوراً رئيساً في القانون المدني بشكل خاص⁽²⁾، فالعصر الحالي يمكن وصفه بأنه عصر المسؤولية، إذ إنّ التطور الهائل في مجال التكنولوجيا مكن الإنسان من أن يعيش في بيئة من صنعه مع ما أدى إليه ذلك من استخدام استنزافي لموارد الطبيعة، نجم عنه الكثير من الملوثات على نحو لم يعد بإمكان الأنظمة البيئية الطبيعية أن تتحمّله، فبدأت تتدهور وتنهار، وظهرت أمراض لم يكن لها وجود من قبل؛ مما استدعى عقد المؤتمرات، وتدخل المنظمات والجمعيات المناصرة للبيئة، والتي دعت إلى ضرورة تدخل الحكومات من خلال إيجاد الحلول المناسبة، وسن التشريعات الصارمة، وتغليب حكم القانون.

وتنقسم المسؤولية المدنية إلى عقدية تنشأ عند إخلال أحد المتعاقدين وعدم تنفيذه لالتزاماته الناشئة عن العقد، وتقصيرية تنشأ عند إخلال الشخص بالتزامات فرضها القانون عليه ويترتب عليها التعويض عن الضرر⁽³⁾. ومن هنا فإن الفعل الضار تبني عليه مسؤولية مدنية تقصيرية تؤدي إلى تحمّل الشخص مرتكب الفعل الضار - قصداً أو إهمالاً - لنتائج وعواقب التقصير الصادر عنه، فهي بالتالي جزاء على الإخلال بالواجب العام المفروض على كل شخص بعدم الإضرار بالآخرين⁽⁴⁾.

(1) د. السيد خلف محمد، دعوى التعويض عن المسؤولية التقصيرية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2008، ص 6.

(2) يقابل مصطلح المسؤولية المدنية في القانون مصطلح الضمان في الفقه الإسلامي، حيث يقابل ضمان العدوان مصطلح المسؤولية التقصيرية، ويقابل ضمان العقد مصطلح المسؤولية العقدية (د. محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1990، ص 73؛ د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 296).

(3) انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 656؛ د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 285.

(4) د. ممدوح محمد علي مبروك، التعويض عن أضرار التدخين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 12؛ =

والمدخن الذي ينفث دخانه في وجه الآخرين أو بحضورهم لا يضر نفسه فحسب بل يضر من حوله، ومن ثم تقوم مسؤوليته على أساس ما أحدثه من ضرر بالغير نجم عن تدخينه، وعليه فإنه لا بد من دراسة أركان المسؤولية التقصيرية عن أضرار التدخين في مطلب أول، وأثر قيام مسؤولية المدخن الإيجابي في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول: أركان المسؤولية عن أضرار التدخين

نصت المادة 256 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 على أن: «كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر»، وبحسب هذا النص فإن المسؤولية التقصيرية تفترض لقيامها فعلاً ضاراً (تعدياً)، وضرراً يلحق الغير نتيجة هذا الفعل، ورابطة سببية بين التعدي والضرر، وهذه هي عينا أركان المسؤولية عن أضرار التدخين في القانون المدني، وسندرسها بالتفصيل فيما يلي:

الفرع الأول: التعدي (الإضرار)

أولاً: مفهوم التعدي ومعياره

بدايةً نقول إنَّ المشرع الأردني أقام المسؤولية على أساس الضرر وليس على أساس الخطأ كما فعل بعض المشرعين العرب كالمرشع المصري واللبناني⁽¹⁾، حيث استعاض عن لفظ "الخطأ" بلفظ "الإضرار"، وقد أورد المشرع لفظ الإضرار بشكل مطلق مما يعني أنه يكفي مجرد الإضرار لترتب الضمان⁽²⁾. وعليه، فقد جاء في

د. عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني: الالتزامات والحقوق الشخصية، الطبعة الأولى، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، 1993، ص 45؛ د. محمد سعيد خليفه، نحو نظام قانوني لتعويض ضحايا التدخين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 14 وما بعدها؛ د. حسام الدين الأهواني، الاتجاهات الحديثة للقضاء الكويتي في مجال تعويض الأضرار الناشئة عن العمل غير المشروع، مجلة الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة الثانية، يناير 1978، ص 153.

(1) نصت المادة 163 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 على أن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"، كما نصت المادة 122 من قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في 9 آذار (مارس) سنة 1932 على أن "كل عمل من أحد الناس ينجم عنه ضرر غير مشروع بمصلحة الغير يجبر فاعله إذا كان مميزاً على التعويض".

(2) د. عدنان السرحان & د. نوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،

المذكورة الإيضاحية للقانون المدني الأردني أن الإضرار هو مناط المسؤولية المدنية ولو صدر عن غير مميز، وأن لفظ الإضرار يغني عن سائر النعوت التي يمكن أن ترد في معرض التعبير كاصطلاح العمل غير المشروع أو العمل المخالف للقانون أو الفعل الذي يحرمه القانون⁽¹⁾.

فالإضرار هو مجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده، أو التقصير عن الحد الواجب الوصول إليه في الفعل أو الامتناع عما يترتب عليه ضرر. والإضرار قد يكون بصورة فعل إيجابي وهو سلوك مسلك ما كان على الشخص أن يسلكه، وقد يكون بصورة موقف سلبي وهو امتناع عن القيام بفعل كان على الشخص أن يقوم به⁽²⁾. أما التعدي فيعني لغةً مجاوزة الحقوق والظلم والعدوان، ويعبر عنه - في الفقه القانوني - بالخطأ⁽³⁾.

وباعتقادنا فإن التعبير بالتعدي أولى؛ لأن الخطأ قد يوحي بأنه يقابل العمد وأن معناه - من ثم - يقتصر على التقصير والإهمال، فضلاً عن أن التعدي يتفق أكثر مع توجه الفقه الإسلامي للأخذ بالمفهوم الموضوعي للخطأ الذي لا يتطلب إدراك وتمييز المخطئ إذ يكفي الإضرار بالغير حتى يلزم فاعله بضمان الضرر ولو كان غير مميز⁽⁴⁾. وعليه فإن الشخص الذي أضر بالآخرين يكون ملزماً بتعويضهم سواء أكان

2015، ص 376.

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مطبعة التوفيق، عمان، 1992، ص 276.

(2) د. محمد المرسي زهرة، المصادر غير الإرادية للالتزام: الفعل الضار والفعل النافع، منشورات جامعة الامارات العربية المتحدة، العين، 2002، ص 35؛ د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 220.

(3) المفهوم العام للخطأ يحمل معنى السلوك المعيب؛ أي السلوك الذي يخرف به صاحبه عن السلوك العادي المألوف وما يقتضيه من يقظة وتبصر حتى لا يلحق الضرر بغيره، ويستوي في ذلك أن يتثقل الانحراف في صورة إهمال أو تقصير أو عدم دراية. ويعرف الخطأ بأنه الإخلال بواجب قانوني من قبل شخص مميز لهذا الواجب القانوني الذي يتثقل في الالتزام ببذل عناية (عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 231).

(4) د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 311؛ د. أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص 262؛ د. عدنان السرحان، الفعل غير المشروع (الإضرار) كأساس للمسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني

مخطئاً أم غير مخطئ وسواء أكان مدركاً أم غير مدرك⁽¹⁾.

وهذا يعني أن الإضرار أو الفعل الضار (إيجابي أو سلبي) يجب أن يكون من قبيل التعدي، غير أن المشرع قد قرر - بنص المادة 61 مدني- أن: «الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر». ومقتضى هذه القاعدة أن الشخص لا يكون مسؤولاً عن الضمان إذا كان فعله أو عدم فعله جائزاً شرعاً؛ لأن إجازة الشارع ذلك الفعل أو الترك تقتضي رفع المسؤولية عنه، وهذا يعني أن مباشر الفعل لا يسأل إذا كان استعماله لحقه مشروعاً⁽²⁾. وقد نص المشرع على ثلاث حالات يكون فيها الاستعمال للحق مشروعاً وهي الدفاع الشرعي والإكراه الملجئ وتنفيذ أوامر الرئيس⁽³⁾.

ثانياً: تقسيمات التعدي

يقسم التعدي بحسب ما إذا كان الضرر قد ترتب على الفعل ذاته دون واسطة أم لا إلى تعديٍّ بالمباشرة وتعديٍّ بالتسبب:

الأردني، مجلة المنارة - جامعة آل البيت، المجلد الثاني، تموز (جولية) 1997، ص103؛ د. منذر الفضل، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص365؛ المحامي بسام محتسب بالله، المسؤولية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار الإيمان، دمشق، 1984، ص79.

(1) ومع أن المشرع الأردني أقام المسؤولية على أساس الضرر إلا أننا نجد أن محكمة التمييز الأردنية في العديد من أحكامها ما زالت تتحدث عن الخطأ كأحد أركان المسؤولية التقصيرية، ففي أحد أحكامها تقول: "يعتبر الخطأ هو الركن الأول الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية". (قرار تمييز حقوق رقم 2002/1720 تاريخ 2002/7/21، منشورات مركز عدالة). وفي حكم آخر يتضح فيه التناقض تقول: "إن المباشر ضامن وإن لم يعتمد، كما أن الخطأ هو أحد أركان المسؤولية". (قرار تمييز حقوق رقم 2001/2706 تاريخ 2001/10/25، منشورات مركز عدالة). انظر كذلك: قرار تمييز حقوق رقم 2010/263 تاريخ 2010/7/13، منشورات مركز عدالة.

(2) د. محمد يوسف الزعبي، مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني، مجلة مؤتم للبحوث والدراسات، العدد الأول، المجلد الثاني، 1987، ص175؛ السيد محمد الصدر، ما وراء الفقه، الجزء الرابع، دار الأضواء، دمشق، ص324.

(3) المادة 262 والمادة 263 من القانون المدني الأردني. للمزيد انظر: د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص305؛ د. حسن علي الذنون & د. محمد سعيد الرحو، مصادر الالتزام: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص280.

(أ) - التعدي بالمباشرة:

المباشرة تعني إتلاف الشيء دون أن تكون هناك واسطة تحول دون ترتب النتيجة على الفعل مباشرة؛ فالمباشرة تعني اتصال الآلة بمحل التلف أو إيجاد علة التلف كالإحراق وغيره⁽¹⁾. فالمباشر إذن هو من باشر الفعل الذي أدى إلى الضرر دون واسطة أي بدون تدخل أمر بين الفعل والضرر الناتج عنه⁽²⁾. ولا تعني المباشرة بهذا المعنى حتمية اتصال فعل المباشر بالشيء محل الإلتلاف اتصالاً مباشراً. فالمهم في المباشرة أن يكون الفعل هو الذي جلب الضرر بذاته دون واسطة؛ فمن يطلق رصاصاً في الهواء فيفزع امرأة حاملاً فتسقط جنينها، يعتبر مباشراً للضرر رغم عدم وجود اتصال مباشر بين الفعل والضرر.

وعلى ضوء ذلك فإنه لا يشترط التلامس بين الشيء والضرر لا اعتبار الشخص مباشراً في إحداث الضرر، فقد حدث في عهد أمير المؤمنين عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) أن امرأة ذكرت عنده بسوء فأرسل إليها رسلاً ففزعته، وضربها الطلق وهي في طريقها إليه، فألقت ولداً فصاح صبيحتين ثم مات، فاستشار عمر الصحابة، فقال بعضهم ليس عليك شيء، وإنما أنت وال ومؤدب، لكن علياً بن أبي طالب (كرم الله وجهه) قال: إن ديتك عليك لأنك أنت أفزعته فألقت، فكان أن قضى علي بالدية على أمير المؤمنين عمر⁽³⁾. صفوة القول أنه يشترط لقيام مسؤولية المباشر صدور فعل منه وقيام علاقة السببية بين فعله والضرر؛ أي أن يكون فعل المباشر هو الذي أحدث الضرر فعلاً وأن يكون الضرر قد ترتب على فعل المباشر.

(ب) - التعدي بالتسبب:

يعرف التسبب بأنه ما يحصل الهلاك عنده بعلّة أخرى⁽⁴⁾، وعرفته المادة

(1) انظر: الإمام محمد خالد الأتاسي، شرح المجلة، مطبعة حصص الكبرى، حمص، طبعة 1998، ص 249.

(2) الشيخ مصطفى الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط2، دمشق، دار القلم، 1989، ص 453؛ سليم رستم باز، شرح المجلة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988، ص 59.

(3) أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تخریج أحاديث الرافعي الكبير، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1989، ص 102.

(4) القرافي أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي، الفروق: أنوار البروق في أنواء الفروق، الجزء الرابع،

888 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية بأنه: «إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر في جري العادة»، وقد فسرت عبارة "جري العادة" على أنها العادة المطردة التي لا تتخلف⁽¹⁾. وبهذا فإن الذي يتصل بمحل الضرر ليس هو الفعل ذاته كما في المباشرة وإنما أثر الفعل فيحدث الضرر أو التلف؛ أي أن الفعل لا يحدث الضرر بذاته بل بواسطته، فالفعل يفضي لفعل آخر هو الذي يحدث الضرر⁽²⁾.

وبهذا المفهوم فإنه يشترط في التسبب أن يكون الفعل الأول من شأنه أن يؤدي إلى وقوع الضرر بحسب المجرى العادي للأمر، إذ يكون الضرر عندئذ نتيجة عادية متوقعة من ذلك الفعل. والتسبب إما أن يكون عمداً أو إهمالاً وتقصيراً؛ ففي العمد لا بد من وجود إرادة متجهة إلى إحداث النتيجة، وهذه تتطلب وجود الإدراك والتمييز، أما في الإهمال أو التقصير فإن الراجح في الفقه⁽³⁾ هو قيام مسؤولية الفاعل ولو لم يكن مميزاً وبهذا أخذ المشرع الأردني.

والتعدي في هذا الصدد قد يتخذ طابعاً سلبياً أو طابعاً إيجابياً.

(أ) - الطابع السليبي للتعدي:

ذكرنا أعلاه أنه لا بد من صدور فعل إيجابي من جانب المباشر (المدخن الإيجابي هنا) وهذا أمر ضروري لقيام مسؤوليته إذ لا يتصور حصول ضرر للمدخن السليبي دون قيام المدخن الإيجابي بهذا الفعل (ممارسة التدخين). لكن يثور التساؤل عن صانع التبغ وكيف يتحقق الطابع السليبي لتعديده،

دار الكتب العلمية، بيروت، 1998، ص27.

(1) انظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المقصود بمباشر الضرر في حوادث السيارات، مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الثامنة، سبتمبر 1984، ص21.

(2) انظر: قرار تمييز حقوق رقم 1990/453 لسنة 1991، منشور على موقع ديوان التشريع والرأي www.lob.gov.jo.

(3) انظر: الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000، ص75، د. أبو زيد عبد الباقي، مدى مسؤولية عديم التمييز في القانون المقارن، مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة السادسة، ديسمبر 1982، ص106.

وللاجابة عن ذلك نقول إنه يمكن أن يتحقق الطابع السلبي للتعدي عندما يتمتع صانع التبغ عن إيراد البيانات والمعلومات التي توضح حقيقة منتجات التبغ وتحذر من خطورتها رغم علمه بهذه البيانات وتلك المعلومات ومدى أهميتها بالنسبة للمستهلك. ويستوي أن يكون الامتناع عن إيراد هذه المعلومات أو كتمانها كتماناً كلياً يشمل جميع البيانات والمعلومات التي توضح حقيقة منتج التبغ والمواد الداخلة في تكوينه، وخواصها السامة ومقاديرها، والتحذير من خطورة التدخين، والاحتياطات التي يجب مراعاتها لتجنب أضراره، أو أن يكون كتمان هذه البيانات كتماناً جزئياً بحيث يقتصر على بعض البيانات المتعلقة بمنتج التبغ أو التحذير من أضراره⁽¹⁾. ولا يبرر ذلك القول بأن ما حصل لم يكن بسوء نية، إذ إنه لا اعتبار هنا لسوء النية أو حسنها وإنما الاعتبار لمجرد الامتناع أو الترك⁽²⁾.

وعلى ذلك فإن إخلال صانع التبغ بالتزامه بالإعلام والتحذير من خطورة التدخين أو عدم مطابقة منتجاته للمواصفات والمعايير المحددة من دائرة المواصفات والمقاييس يعتبر تعدياً سلبياً، كونه يمثل إخلالاً بالواجب الذي فرضه القانون على عاتقه باتباع مواصفات معينة في إنتاج السجائر وإعلام المشتري بحقيقة التبغ الخطرة ومضاره⁽³⁾. فالشركة الصانعة للتبغ بأنواعه والتي تقوم بأعمال الدعاية⁽⁴⁾ وإغراء

(1) انظر: د. حسن عبد المعز، مكافحة التدخين بين النظرية والتطبيق، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2001، ص 60؛ د. عبد الغني عرفه، مرجع سابق، ص 11 وما بعدها؛ Eljen Hey, International Environmental Law, Edward Elgar Publishing Ltd, London, 2015, p.27.

(2) انظر: قرار تمييز حقوق رقم 1993/1198 تاريخ 1994/2/15 & قرار تمييز حقوق رقم 1999/176 تاريخ 1999/8/24، منشورات مركز عدالة.

(3) نصت المادة 56 من قانون الصحة العامة رقم 47 لسنة 2008 على أن: "على كل من ينتج أو يستورد أو يسوق ضمن أراضي المملكة أيًا من منتجات التبغ أن يضع في مكان ظاهر على العلبة أو الأغلفة أو الأوعية التي يسوق فيها منتجات التبغ، الشكل أو العبارة أو كليهما التي تقررها المواصفة القياسية الأردنية أو بموجب قرار يصدره الوزير لهذه الغاية". كما نصت المادة 6 نظام وقاية الصحة العامة من أضرار التدخين رقم 64 لسنة 1997 على أنه: "يترتب على أي شخص طبيعي أو معنوي ينتج في المملكة أو يستورد إليها أي نوع من أنواع التبغ أن يلصق على مكان ظاهر من العلبة أو الأغلفة والأوعية التي يوضع فيها التبغ المعروض للبيع بطاقة تحمل الشكل والعبارة التي يقررها وزير الصحة".

(4) تقول محكمة التمييز الأردنية في أحد أحكامها: "تستقل محكمة الاستئناف كمحكمة موضوع بتفسير العقود

الناس على تدخينه، رغم علمها بمخاطره على الصحة ودون توجيه تحذير من هذه المخاطر، تتحمل المسؤولية المدنية التقصيرية عما يصيب المدخنين من أضرار صحية⁽¹⁾.

فبحسب المواصفة القياسية رقم 2004/446⁽²⁾ المعدلة بالمواصفة رقم 2012/446، والتي وضعتها مؤسسة المواصفات والمقاييس الأردنية، فإنه لا بد من وضع عبارة أو صورة التحذيرية على علبة الدخان بحيث لا تقل مساحة العبارة أو الصورة التحذيرية عن 30٪ من مساحة لوحة العرض الأساسية لعبوة السجائر، على أن يكون موقع التحذير الصحي موازاً للحافة السفلى للعبوة، وأن يتم وضع التحذير الصحي على لوحة العرض الأساسية بطريقة تضمن عدم إخفاء أية معلومات مدونة خاصة بالتحذير الصحي عند فتح عبوة السجائر. ومن هنا فإن عدم وضع عبارة أو صورة تحذيرية حسب هذه المواصفة يعد تعدياً سلبياً من جانب صانع التبغ.

وقد ذهبت بعض المحاكم في فرنسا إلى اعتبار سكوت المحترف عن الإدلاء بالمعلومات المطلوبة لشريكه في العقد، خطأً تقوم به مسؤوليته التقصيرية بحسب المادة 1832 من القانون الفرنسي، الأمر الذي يسمح لها بالقضاء عليه بالتعويض

مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها وما قصده طرفا التعاقد وفق أحكام المادة 239 مدني. وحيث إن المحكمة توصلت من خلال البيئة المقدمة من الميزة ومنها شهادة الشاهدين أنّ محل التعاقد بين طرفي الدعوى عمل ملصقات دعائية لتسويق الدخان وأنّ الميزة كانت تعلم بأنّ الدعاية عن الدخان مخالفة للقانون، وحيث إنّ الشارع في المادة 163 مدني منع التعامل في شيء مخالف للنظام والآداب العامة ورتب على ذلك البطلان وأنّ المادة 168 مدني نصت على أنّ العقد الباطل لا يرتب أثراً ولا ترد عليه الإجازة، وأنّ نص المادة 4 من نظام وقاية الصحة العامة من أضرار التدخين تضمن أنه لا يجوز لأي شخص طبع أو عرض أو نشر أي إعلان لأغراض الدعاية لأي نوع من أنواع التبغ أو توزيع أية نشرة للتعريف به أو أنه معروض للبيع فيكون محل العقد ممنوعاً بنص تشريعي آمر لا يجوز مخالفته وأنّ ما يبنيني على ذلك بطلان العقد". (قرار تمييز حقوق رقم 2006/2691 تاريخ 2007/3/27، منشورات مركز عدالة). انظر كذلك: قرار تمييز حقوق رقم 3266 لسنة

2006 تاريخ 2007/3/19 منشورات القسطاس qistas.com/Jordan.

(1) د. غالب علي الداوودي، موقف الإسلام والقانون والقضاء من أضرار التدخين كنفعل ضار، مرجع سابق، ص 199.

(2) أقرت هذه المواصفة من قبل مجلس إدارة مؤسسة المواصفات والمقاييس بجلسته رقم 2004/7 بتاريخ 2004/12/26 وتم اعتمادها كقاعدة فنية إلزامية التطبيق. انظر: موقع مؤسسة المواصفات والمقاييس الأردنية www.jsmo.gov.jo.

المناسب، بالإضافة لحقه في إبطال العقد لعبي التدليس والغلط بموجب المادة 1116 مدني فرنسي. وقد مد القضاء الفرنسي هذا الالتزام إلى المنتج عندما لا يكون البائع هو من صنع الشيء الذي يبيعه للمستهلك، فعليه إذن أن يلحق البضاعة ببيانات تفصيلية عن تلك المنتجات، وإن لم يف بهذا الالتزام قامت مسؤوليته بشكل مباشر تجاه المشتري النهائي⁽¹⁾. وتطبيقاً لهذا الالتزام حكم القضاء الفرنسي بمسؤولية صانع مبيد للطفيليات النباتية؛ لأنه لم يوضح للمستهلك أن هذا المبيد لا يناسب بعض أنواع النباتات⁽²⁾، وكذلك حكم بمسؤولية شركة أدوية؛ لأنها لم تحذر مستهلكي أحد الأدوية التي تنتجها من إمكانية إصابة من يتعاطاه بالحساسية⁽³⁾.

وكان القضاء الإنجليزي قد سار على هذا النهج منذ فترة طويلة، ولا أدل على ذلك من حكم مجلس اللوردات الذي قرر فيه - ملهماً بمبادئ العدالة والإنصاف - أن الصانع أو المنتج الذي أنتج شراب الزنجبيل في زجاجات مغلقة، لكن في حالة مؤذية ودون مراعاة الاشتراطات البيئية يكون مسؤولاً تجاه المستهلك النهائي الذي عانى من المرض، بغض النظر عن عدم وجود أي رابطة عقدية بينهما⁽⁴⁾.

وبناءً على ذلك يمكن القول إنه يجب على صانع التبغ والبائع المهني أن يبين للمشتري كافة البيانات والمعلومات الدقيقة والواضحة التي تبين خطورة منتجاته وتحذر من أضرارها وإلا ترتبت مسؤوليته، حيث يجب على الصانع أن يقوم بهذا الالتزام لحظة الإنتاج وقبل طرح منتجه في الأسواق ويعتبر الإخلال بهذا الالتزام خطأً تقصيرياً سابقاً على التعاقد مع المستهلك، فإذا نتج عنه ضرر أصاب المستهلك فإن صانع التبغ يلتزم بتعويضه⁽⁵⁾.

(1) نقلاً عن: د. عدنان إبراهيم سرحان، حق المستهلك في الحصول على الحقائق والمعلومات والبيانات الصحيحة عن السلع والخدمات، مجلة الحقوق والعلوم السياسية - جامعة بسكرة، العدد 8، نوفمبر 2012، ص 14 & ص 20.

(2) Cass - civ . 22-11-1979- Dalloz - RI - 1979 - p. 120.

(3) Cass - civ - 5 mai - 1959 - J.C.P.- 1959. (انظر حول ذلك: د. محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن أضرار منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998، ص 20).

(4) Donoghue v. Stevenson (1932) AC, 562.

(5) انظر: د. نزيه المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة، =

والحقيقة أن هذا ما أصبحت تقوم به معظم الشركات المصنعة للتبغ تحاشياً لدفع تعويضات مالية للمتضررين الذين قد يقومون بمقاضاتها، لكننا نرى أنه يشترط في ذلك عدم الغش أو التقليل من أضرار التدخين أو الترويج له كميز للهموم أو مسلياً أو غير ذلك، وإلا فإن هذا الشرط يعد وكأنه لم يتحقق.

وعليه فإن البعض يرى أنه ما دام أن الصانع قد بين كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالتبغ وحذر من خطورته، فإن مسؤوليته تنفتي، إذ إن المدخن عندما يقوم بالتدخين بإرادته ورغم وجود عبارات تحذيرية على علبة السجائر، فإنه يجب حرمانه من أي حق له في الضمان على الشركة المنتجة وعدم تحميل شركة التبغ أية مسؤولية مدنية تجاهه لأنه أوقع الضرر بنفسه، شأنه في ذلك شأن من يحاول الانتحار⁽¹⁾. ونعتقد أنه إذا كانت لوجهة النظر هذه وجاهتها بالنسبة لما يحدثه المدخن من ضرر لنفسه، فإنه لا يمكن تقبلها بالنسبة لما يحدثه من ضرر للغير (المدخن السلبي) نتيجة قيام المدخن الإيجابي بالتدخين في مكان عام أو مكان مغلق، فهنا تقوم مسؤوليته استناداً إلى قواعد المسؤولية التقصيرية وانطلاقاً من مبدأ أن الحرية الشخصية في ممارسة التدخين يجب أن تكون مضبوطة ومقيدة بعدم إيذاء الآخرين وخاصةً إذا كانوا من فئة الأطفال⁽²⁾.

وفي هذا الصدد، ونظراً لخطورة التدخين على المدخن السلبي وخاصة على الأطفال؛ قامت الحكومة الأردنية بإصدار تعليمات المعايير والشروط الواجب توافرها لعرض منتجات التبغ في أماكن البيع، رقم 1 لسنة 2015 التي منعت في

1982، ص 34. هذا وقد قررت محكمة النقض الفرنسية أن "البائع المهني يلتزم بتسليم المنتجات خالية من أي عيب أو آفة أو تقيصة في الصنعة من طبيعة تسبب خطراً للأشخاص أو الأموال وأنه يكون مسؤولاً عنها بالنسبة للغير بقدر مسؤوليته بخصوص المشتري منه".

Cass ler civ, 17 Jan 1995, D.1995, Juris P 350, note P. Jourdain, D 1996, somm P 15.

(1) انظر: الشيخ أحمد بن حمد الخليلي مفتي عام سلطنة عمان، مرجع سابق، ص 15-16.

(2) انظر: حكم المحكمة العامة في جدة المنشور على موقع فضائية العربية يوم الأحد الموافق 2013/3/24

www.alarabiya.net

المادة 3 منها ترخيص بيع التبغ ومنتجاته بالقرب من المؤسسات التعليمية (رياض الأطفال والمدارس)، والمؤسسات الصحية بمسافة تقل عن 250 متر من الجدار الخارجي للمؤسسة.

(ب) - الطابع الإيجابي للتعدي:

بالنسبة لصانع التبغ فإن الطابع الإيجابي لتعديه يتحقق عندما يضع بيانات خاطئة أو محرفة أو غير كافية عن المخاطر المرتبطة باستعمال التبغ، مما قد ينجم عنه الإضرار بالمستهلك، ومثال ذلك أن يقدم معلومات كاذبة ومخالفة لحقيقة منتج التبغ أو أن يغفل ذكر بعض البيانات الإيجابية التي توضح المواد والعناصر الداخلة في إنتاج التبغ؛ كنسبة أو مقدار مادتي النيكوتين والقطران، أو أن يضع بيان التحذير الذي اشترطه القانون - وهو أن التدخين ضار بالصحة - بشكل غامض أو بخط غير مقروء أو بطريقة غير مفهومة، أو أن يقوم بأعمال الإعلان والدعاية لمنتجات التبغ بالمخالفة للحظر الذي فرضته المادة 54 من قانون الصحة العامة رقم 47 لعام 2008، ففي كل هذه الحالات يعتبر صانع التبغ مرتكباً لتعدي إيجابي يترتب مسؤوليته⁽¹⁾.

هذا وقد تم تحديد متطلبات فنية للحد الأعلى لنسبة أول أكسيد الكربون والنيكوتين والقطران بموجب المواصفة القياسية رقم 2004/446 المعدلة بالمواصفة رقم 2012/446 والتي وضعتها مؤسسة المواصفات والمقاييس الأردنية، وهذه المواصفة تعد قاعدة إلزامية يجب التقيد بها.

(1) وفي حكم صادر عن القضاء الفرنسي فقد أيدت محكمة الاستئناف الفرنسية حكم محكمة الدرجة الأولى في قضية تتعلق بإدانة مدير الإعلان بجريدة l'équipe واعتباره مسؤولاً مدنياً عن الإعلان غير المشروع لصالح منتجات التبغ على صفحات الجريدة بالإضافة إلى اعتباره مسؤولاً جزائياً على أساس المادة 60 من القانون الجنائي الفرنسي والمادة 7/121 من قانون الاستهلاك (Cass crim, 14 juin 1995, Gaz. Pal. 1996, p.30). كما قضت محكمة استئناف فرساي ببطالان الاتفاق الموقع بين شركة tabacole والمتعاقد معها لعدم مشروعية السبب المتمثل في الدعاية غير المشروعة للتبغ واعتبار العقد كأن لم يكن مما يمنع شركة tabacole من المطالبة بالتعويض لأن العقد أبطل بخطئها (C.R., obs sous cour d'appel de Versailles, 15 Nov 1999, D 2000, p.30; (Cass crim, 29 juin 1999, D.1.R.P.222).

وبخصوص الاشتراطات القياسية التي يجب توافرها في المنتج النهائي فهي ثمانية عشر اشتراطاً ذكرتها المادة الرابعة من المواصفة أهمها:

1- أن يخلو التبغ المستخدم في تجهيز المنتج النهائي من المواد الغريبة نباتيةً كانت أو غير نباتية.

2- أن يكون نظيفاً وخالياً من العفن والحشرات بأطوارها المختلفة.

3- أن يخلو من أية روائح غريبة غير تلك التي تتميز بها مكونات السجائر.

4- يمنع استخدام بقايا التبغ الناتجة عن التدخين أو التبغ الذي أجريت عليه أية عمليات تؤدي إلى تردي نوعيته أو خصائصه عند تدخينه.

5- تزويده بمرشح ويمكن إضافة أية مواد مسموح بها لزيادة حجم المواد الضارة المنبعثة من احتراق التبغ.

6- أن يخلو من الثقوب ونقاط التنفيس الجانبية عدا المسامية الخاصة بورق اللف والمرشح المعتمدة دولياً.

7- أن يكون احتراق الورق والتبغ في السجائر منتظماً ومتجانساً، وأن لا تنفصل جمرة الاحتراق عن السيجارة خلال احتراقها.

8- أن لا تقل نسبة رطوبة التبغ في المنتج عن 12٪ ولا تزيد على 15٪.

9- أن لا تزيد نسب المواد في السجائر على ما هو مبين تالياً كحد أقصى: أول أكسيد الكربون 15 ملغرام/ للسيجارة، الرماد غير الذائب في الحمض 2٪ على أساس الوزن الجاف، الرماد الكلي 25٪ على أساس الوزن الجاف، القطران 10 ملغرام/ للسيجارة، النيتروجين 3٪ على أساس الوزن الجاف، النيكوتين 1 ملغرام/ للسيجارة.

أما بخصوص التبغ المعسل فقد بينت الفقرة الرابعة من المواصفة القياسية رقم 2014/787، أنه في المعسل المنكّه يجب أن لا تزيد نسب المواد على ما هو مبين تالياً كحد أقصى: الجليسرين النقي 38٪، جلوكوز السكر 45٪، المواد المنكّهة 10٪. أما في المعسل غير المنكّه فإن النسب يجب ألا تزيد على ما هو مبين تالياً كحد أقصى: الجليسرين النقي 4٪، مواد التعسيل 70٪، الرماد غير الذائب 5٪، الرطوبة 25٪.

وبينت المواصفة كذلك أن المعسل يجب أن يخلو من العفن ومن أية مواد أو روائح غريبة.

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن من أهم الحقوق التي يجب ضمانها للمستهلك حقه في الحصول على معلومات حقيقية غير مضللة⁽¹⁾، والحقيقة أن حق المستهلك في الحصول على الحقائق - الذي هو بنفس الوقت التزام يقع على عاتق الصانع بما يتعامل به من سلع ومنتجات - يمكن تأصيله من خلال نص المادة 2/202 من القانون المدني رقم 34 لسنة 1976 الذي أورد أنه: «ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف». وبما أنه لا يوجد قانون بشأن حماية المستهلك في الأردن فإنه يمكن الرجوع لهذا النص الذي قد نجد فيه ما يسعفنا عند الحديث عن التزامات المنتج بتقديم منتج سليم خالٍ من الأضرار، وضرورة إطلاع المستهلك على كافة بياناته⁽²⁾.

ولا يحول دون قيام المسؤولية القول بأن شركة التبغ تقوم بصناعة السجائر بإجازة قانونية من الجهة المختصة في الدولة؛ وذلك لأن الترخيص أمر إداري يمنع من المساءلة الإدارية فقط ولا يمنع من المساءلة المدنية أو الجنائية، وهذا يمكن استنتاجه من نص المادة 2/1027 مدني الذي جاء على النحو التالي: «وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار... ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال

(1) نصت على هذا الحق عدة تشريعات عربية: فالقانون البحريني رقم 35 لسنة 2012 بشأن حماية المستهلك نص على: "حق المستهلك في الحصول على المعلومات والبيانات الصحيحة عن المنتجات التي يشتريها أو يستخدمها أو تقدم إليه" (المادة 2)، واللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم 24 لسنة 2006 في شأن حماية المستهلك في دولة الإمارات العربية المتحدة نصت على: "حق المستهلك في تزويده بالحقائق التي تساعد على الشراء والاستهلاك السليم" (المادة 2/8).

(2) انظر: د. عدنان إبراهيم سرحان، حق المستهلك في الحصول على الحقائق والمعلومات والبيانات الصحيحة عن السلع والخدمات، مجلة الحقوق والعلوم السياسية - جامعة بركه، العدد 8، نوفمبر، 2012، ص 20؛ قرار تمييز حقوق رقم 2691/2006 تاريخ 2007/3/27، منشورات مركز عدالة.

هذا الحق».

وفيما يتعلق بالمدخن الإيجابي فإن تعديده يتحقق عندما يقوم بالتدخين في الأماكن العامة والمغلقة؛ كأماكن العمل ودور العبادة والمستشفيات والمطاعم والسجون ووسائل النقل العام وغيرها، ملحقاً بذلك الضرر بالآخرين ومنتهاً الحظر الذي فرضته المادة 53 من قانون الصحة العامة رقم 47 لعام 2008، والمادة 3 من نظام وقاية الصحة العامة من أضرار التدخين رقم 64 لسنة 1977. ومن ثم تلتزم هيئة تنظيم قطاع النقل العام بوضع إشارات ظاهرة للتنبيه إلى حظر التدخين في الأماكن المغلقة والأماكن العامة كالحافلات ومحطات نقل الركاب، وكذلك تلتزم إدارة جهة العمل بتطبيق حظر التدخين في الأماكن العامة أو المخصصة للاستعمال المشترك وتخصيص أماكن للمدخين، وإلا قامت مسؤوليتها عما يصيب الآخرين من أضرار.

هذا وقد يقوم البعض بتدخين السجائر في المكان العام بحجة ممارسة حريته الشخصية وحقه في القيام بما يرغب، لكن الحقيقة أن الحرية الشخصية يجب أن تكون مضبوطة ومقيدة بعدم إيذاء الآخرين، وعليه وبالرغم من أنه ليس لأحد أن يدعي ملكيته للهواء - شأنه شأن باقي عناصر البيئة - إلا أنه بالمقابل ليس لأحد أن يؤذي الآخرين، وإلا قامت مسؤوليته بموجب نصوص القانون؛ ذلك أن حق الانتفاع مقيد بعدم الإضرار بالآخرين وبعدم مخالفة القوانين والأنظمة، وبعدم التعسف في استعمال الحق⁽¹⁾. فقد جاء في أحد أحكام محكمة التمييز: «جرى الاجتهاد القضائي على أن تصرف المالك بشكل يضر بالغير يعتبر تعدياً وتعسفاً باستعمال الحق وموجباً للتعويض وأن تشغيل شركة مصانع الإسمنت لمصانعها وما

(1) انظر: د. نبيلة إسماعيل رسلان، الجوانب الأساسية للمسؤولية المدنية للشركات عن الأضرار بالبيئة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 95؛ د. أحمد عبد الكريم سلامه، مبادئ حماية البيئة في القوانين الوضعية والشرعية الإسلامية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد 17، أبريل 1995، ص 38؛ د. أيمن إبراهيم عثماني، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 95.

يتطير منها من غبار إسمنتي وسقوطه على العقارات المجاورة يلحق بها ضرراً وينقص من قيمتها وهذا الفعل يوجب الضمان وفقاً للمادة 256 من القانون المدني، ولا يرد القول بأن الشركة المميزة بإقامتها للمصنع تصرفت في ملكها تصرفاً مشروعاً لأن حريتها في التصرف مقيدة بعدم الإضرار بالغير ضرراً فاحشاً أو مخالفاً للقوانين والأنظمة أو إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة»⁽¹⁾.

ولذلك كله فقد قرر الفقه الإسلامي ضوابط شرعية على قدر كبير من الأهمية حتى في الملكيات الخاصة المقررة للأفراد، من قبيل قاعدة أن درء المفاسد أولى من جلب المنافع⁽²⁾. علاوةً على ذلك فإنه يمكن القول إن الهواء وإن كان غير مملوك لأحد بعينه إلا أنه ملك للجميع⁽³⁾، وليس هذا فحسب، بل إن الهواء وسائر عناصر الطبيعة ملك للأجيال الحاضرة والمستقبلية⁽⁴⁾، والدليل على ذلك أن الأنشطة الضارة بالبيئة قد لا تقتصر على سماء وأجواء دولة بعينها بل قد تنتشر إلى بلاد بعيدة أخرى، وقد تؤثر على مناخ الأرض بأكمله. وليس أدل على ذلك من ثقب طبقة الأوزون الذي سببته الأدخنة المتصاعدة من المنشآت الصناعية والأمطار الحامضية التي تشكل من خلال أبخرة المواد الكيميائية المتصاعدة من المصانع، وظاهرة الاحتباس الحراري والتضبخن وغيرها⁽⁵⁾. وهذا يعني أن خلافة الإنسان

(1) قرار تمييز حقوق رقم 2014/2277 (هيئة عادية) تاريخ 2014/8/31، منشورات مركز عدالة.

(2) المادة 30 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية الصادرة في 26 شعبان سنة 1293 هـ، 15 ديسمبر 1876 م.

(3) يطلق البعض على عناصر الطبيعة مصطلح الذمة الجماعية للبشرية.

(Stephen Grove, The Concept of Common Heritage of Mankind: A Political, Moral or Legal Innovation, San Diego Review, Vol.9, 1972, p.390; Rudolph Preston, The Common Heritage of Mankind as a Legal Concept, International Lawyer, Vol.9, 1973, p.153).

(4) نصت المادة 1 من الميثاق العالمي للطبيعة الصادر في 28 تشرين الأول (أكتوبر) لعام 1982 على أن: "على الإنسان واجب مقدس في حماية وتحسين البيئة للأجيال الحاضرة والمستقبلية".

(5) انظر حول ذلك: د. جعفر الكساسبة، ظاهرة الاحتباس الحراري، مجلة راية مؤتمه، جامعة مؤتمه، المجلد السابع، العدد الثاني، 2014، ص 24؛ Jonathan Verschuuren, 2015, Research Handbook on Climate Change, Edward Elgar Publishing Ltd, London, pp.125-130; Elien Hey, Op.Cit, p.16.

في الأرض تقتضي حسن التصرف في موارد الطبيعة وعناصرها وعدم إلحاق الضرر بالبيئة أو بصحة الإنسان⁽¹⁾.

على أن التعدي الإيجابي لا يقتصر على قيام المدخن بتدخين السجائر فقط بل يمتد ليشمل كافة منتجات التبغ كالأرجيلة مثلاً، فقد بينت تقارير منظمة الصحة العالمية أن جلسة تدخين واحدة للأرجيلة تعادل تدخين 20 إلى 30 سيجارة⁽²⁾. كما أظهرت دراسة أجرتها جمعية الرئة الأمريكية أن كمية الدخان التي يتم استنشاقها من خلال الأرجيلة تزيد بنحو 48 ضعفاً مما يتم استنشاقه عند تدخين السجائر العادية⁽³⁾.

وقد بينت الدراسات التي أجرتها وحدة الأبحاث للإدمان التابعة لمعهد لندن للطب النفسي أن غير المدخن (المدخن السليبي) إذا تواجد بين عشرة مدخنين في مكان مغلق، فإن ما يستنشقه من دخان لا يقل عن نصيب أي منهم بل قد يكون أكثر من ذلك⁽⁴⁾. ولا نثور هنا مسألة أن المدخن الإيجابي لا يعلم عن مخاطر التدخين شيئاً أو أنه لا يدرك مضار التدخين على صحته أو صحة الغير، وذلك لأن المسؤولية التقصيرية تقوم على أساس حصول الضرر ولا تهم بالخطأ الذي يقوم على الإدراك والتمييز⁽⁵⁾.

صفوة القول أن ملكية عناصر الطبيعة كالهواء وإن كان لا يمكن لأحد أن يختص بها إلا أنها تسمو على الملكيات الخاصة، إذ إنها ملك للبشرية جمعاء، ومن هنا فإن واجب المحافظة عليها أكبر من واجب المحافظة على الملكيات الخاصة، وفي هذا

(1) أحمد عبد الكريم سلامه، مبادئ حماية البيئة في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 40.

(2) أطلس التبغ، مرجع سابق، ص 7.

(3) American Lung Association, An Emerging Deadly Trend: Water-pipe Tobacco Use, A Special Report, California, February 2007, p. 6.

(4) نقلاً عن الشيخ أحمد بن حمد الخليلي مفتي عام سلطنة عمان، مرجع سابق، ص 17.

(5) قرار تمييز حقوق رقم 1993/1198 تاريخ 1994/2/15 & قرار تمييز حقوق رقم 1999/176 تاريخ 1999/8/24، منشورات مركز عدالة.

يقول الفقيه الشيخ محمود شلتوت: «إذا كان المال مال الله وكان الناس جميعاً عباد الله، وكانت الحياة التي يعملون فيها ويعمرونها بمال الله وهي لله، كان من الضروري أن يكون المال لجميع عباد الله يحافظ عليه الجميع وينتفع به الجميع»⁽¹⁾.

وقد أفتى مجلس الإفتاء والبحوث والدراسات الإسلامية في دائرة الإفتاء العام في المملكة الأردنية الهاشمية بقراره رقم 2014/16/206، بتاريخ 2014/9/25، بحرمة التدخين سواءً أكان الشخص بمفرده أم أنه يدخن بوجود الآخرين، مبيناً أن: «التدخين أضراره كثيرة على الصحة والبيئة والمجتمع والاقتصاد وبأن ضرره يتعدى إلى غير المدخنين المتواجدين في المكان والذين يستنشقون الدخان ويتأذون منه...»⁽²⁾.

الفرع الثاني: الضرر

الضرر هو الركن الأساسي والجوهري في المسؤولية المدنية التي لا يتصور وجودها بدونه حتى وإن كان هناك تعدد أو تقصير، فإذا انتفى الضرر لا تقوم المسؤولية ولا يثبت الحق في التعويض⁽³⁾. ويعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، ويعد الحديث الشريف: «لا ضرر ولا ضرار» بمثابة الركيزة الأساسية التي انطلق منها الفقهاء المسلمون في هذا الصدد وجعلوه مناطاً للضمان بصرف النظر عن الخطأ أو عما إذا كان الشخص مميزاً أم غير مميز⁽⁴⁾.

والضرر بهذا المفهوم يتطلب توافر الشروط الآتية:

(1) - أن يصيب المضرور في حق من حقوقه أو في مصلحة مالية أو أدبية

(1) الشيخ د. محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشرعة، الطبعة الثانية، دار الشروق، بيروت، 1983، ص 257.

(2) هذا القرار منشور على موقع دائرة الإفتاء العام: <http://aliftaa.jo/Decision.aspx?Decision>.

(3) انظر نص المادة 256 من القانون المدني الأردني. للزيد انظر: د. عبد الناصر أبو البصل، دراسات في فقه القانون المدني الأردني، النظرية العامة للعقد، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 334.

(4) د. أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص 283.

مشروعة له: فالضرر قد يصيب المضرور في أمواله وممتلكاته وقد يمس حياته أو جسده أو حريته أو سمعته أو عاطفته⁽¹⁾. وعليه، فإن الأضرار قد تكون جسمية أو مالية أو أدبية. فالأضرار الجسمية أو الجسدية التي يسببها التدخين كثيرة ومتنوعة، حيث أثبتت الدراسات والبحوث المتخصصة وجود صلة وثيقة بين التدخين وبعض الأمراض الفتاكة؛ كسرطان الرئة والكلى وسرطان الخنجر والبلعوم والمريء وأمراض القلب والشرابين وغيرها. وقد بينت الدراسات العلمية أن تراكيز عدد كبير من مكونات دخان السجائر الذي يستنشقه المدخن السلبي أكبر بعدة مرات من تراكيز المواد في الدخان الذي يستنشقه المدخن نفسه⁽²⁾.

أما الأضرار المالية فهي تلك التي تصيب الشخص في ذمته المالية وتشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب. ويدخل في حساب الخسارة التي تلحق المضرور من التدخين ما تكبده من نفقات علاج ومصاريف طبية أخرى؛ كأجور الأطباء ومصاريف التحاليل الطبية وأجور الإقامة في المستشفيات. أما الكسب الفاتئ فيشمل مقابل الدخل الذي يفوت عليه بسبب مرضه وعجزه عن العمل، وذلك بالإضافة إلى فوات الفرص المالية المختلفة عليه بسبب إصابته وعجزه⁽³⁾. أما الأضرار الأدبية التي يعرض عنها ضحية التدخين فتشمل كل ما يصيبه في معنوياته وشعوره وعاطفته، ويدخل في ذلك الآلام الجسدية والنفسية التي عاناها بسبب الإصابة⁽⁴⁾.

(1) د. جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 522؛ د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 328؛ د. حسن علي الذنون & د. محمد سعيد الرحو، مرجع سابق، ص 264.

(2) انظر: د. غالب علي الداوودي، موقف الإسلام والقانون والقضاء من أضرار التدخين كفعل ضار، مرجع سابق، ص 199، والدراسات التي يشير لها.

(3) جاء في أحد قرارات محكمة التمييز أن: "الكسب الفاتئ كعنصر من عناصر التعويض لا يكون إلا في المسؤولية التقصيرية" (قرار تمييز حقوق رقم 2013/857 (هيئة خماسية) تاريخ 2013/10/8، منشورات مركز عدالة).

(4) قرار تمييز حقوق رقم 2013/1865 تاريخ 2013/11/3؛ قرار تمييز حقوق رقم 2010/748 تاريخ 2010/8/18؛ قرار تمييز حقوق رقم 2014/328 تاريخ 2014/6/10؛ قرار تمييز حقوق رقم 2008/810 =

وإذا توفي ضحيةُ التدخين، ثبت لورثته الحق في مطالبة المسؤول بتعويض الأضرار المادية التي حاقّت بمورثهم بما في ذلك نفقات تجهيزه ودفنه وإقامة مأتم عليه، ويدخل مقدار التعويض في هذه الحالة تركة المتوفى ويقسم مع أعيان وأموال التركة بين الورثة بحسب أنصبتهم في الإرث بعد إيفاء الديون⁽¹⁾. كما يستطيع الورثة وغيرهم ممن كان المتوفى يتولى إعالتهم أن يطالبوا بتعويض الأضرار المادية التي أصابتهم من جراء فقدهم العائل، ويقدر التعويض في هذا الفرض بقدر الضرر الذي أصاب كلاً منهم.

(2) - أن يكون الضرر محققاً: ففي جميع الأحوال يجب أن يكون الضرر الذي لحق بالمضروب من التدخين ضرراً محقق الوقوع، وذلك بأن يكون قد وقع فعلاً أو أن وقوعه في المستقبل أمرٌ مؤكدٌ، أما الضرر الاحتمالي غير المحقق الوقوع فإن التعويض عنه لا يستحق، وهذا ما استقرت عليه أحكام محكمة التمييز، ومن ذلك ما جاء في أحد أحكامها: «إن المستقر عليه في قضاء محكمة التمييز (قرار الهيئة العامة رقم 2013/3748 بتاريخ 2014/4/10) أن المطالبة بأضرار خط الغاز المار من قطعة الأرض التي تتمثل في خطورة الوصول إلى أجزاء من القطعة وحرمان المالكين من استغلال الجزء المتضرر على الوجه الأمثل وعدم تمكينهم من بيعها بالسعر الأمثل ومخاطر العبث والتسريب، فإن مثل هذه الأضرار هي مطالبة بأضرار احتمالية وليست مطالبة بالضرر الحال بالأرض المجاورة، وعليه فإن مطالبة المدعين والحالة هذه غير قائمة على أساس قانوني»⁽²⁾.

فإذا كان الضرر مستقبلياً لم تكتمل معالمة بعد بحيث يتعذر على القاضي - وفي ضوء تقارير الخبرة الطبية - أن يحدّد مقداره لكي يحدّد بالتالي مقدار التعويض، فإنه قد ينتظر حتى يصدر تقرير طبي نهائي بحالة المضرور، وقد يقضي بتعويض مقسط أو على شكل إيراد دوري مع الاحتفاظ للمضرور بالحق في طلب إعادة

تاريخ 2008/9/22، منشورات مركز عدالة. انظر: د. حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص 153.

(1) د. علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص 114.

(2) قرار تمييز حقوق رقم 2014/120 (هيئة عادية) تاريخ 2014/10/15، منشورات مركز عدالة.

النظر في هذا التعويض حسب الظروف⁽¹⁾.

(3) - أن يكون الضرر مباشراً: ويقصد بذلك الضرر الذي ينشأ عن الفعل الضار (التعدي)، بحيث إن وقوع هذا الفعل يعد شرطاً لازماً لحدوث الضرر وكافياً لإحداثه⁽²⁾؛ بمعنى أنه ذلك الضرر الذي لا يتوسط بينه وبين الفعل الضار أي أمر آخر بحيث يعتبر نتيجة طبيعية ومؤكدّة للفعل ويرتبط معه بعلاقة سببية⁽³⁾. ومفاد ذلك أنه إذا كان الضرر الذي أصاب المضرور (المدخن السليبي) محققاً، أو كان نتيجة طبيعية مباشرة لاستنشاقه الدخان المنبعث من تدخين المدخن الإيجابي، ولم يكن في استطاعة المدخن السليبي أن يتوقّى هذا الضرر بجهد معقول، فإن هذا الضرر يجب التعويض عنه⁽⁴⁾.

فهذا الضرر المباشر هو الذي تتوفر العلاقة السببية بينه وبين الفعل الضار، وهو الذي يتم التعويض عنه، بغض النظر عن كونه متوقعاً أم غير متوقع⁽⁵⁾. وقد أكّدت ذلك محكمة التمييز في عدة أحكام، منها أن: «التعويض عن الفعل الضار يقدر بقدر الضرر المباشر الذي أحدثه الفعل الضار، والضرر المباشر يشتمل على الخسارة اللاحقة بالمضرور والكسب الفائت بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية

(1) نصت المادة 268 من القانون المدني على أنه: "إذا لم يتيسر للمحكمة أن تعين مدى الضمان تعييناً نهائياً فلها أن تحتفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير"، كما نصت المادة 1/269 من ذات القانون على أنه: "يصح أن يكون الضمان مقسّطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمناً تقدره المحكمة".

(2) د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ والضرر، الطبعة الثانية، دار صادر، بيروت، 1999، ص 297؛ د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 207.

(3) د. علي سيد حسن، فكرة الضرر المباشر بين النظرية والتطبيق: دراسة مقارنة بين القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 1، السنة 52، 1982، ص 482.

(4) انظر: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 296؛ د. أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص 354؛ د. محمد ليبب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، الدار الجامعية، القاهرة، 1997، ص 402.

(5) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 90؛ د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 337.

للفعل الضار عملاً بأحكام المادة 266 من القانون المدني»⁽¹⁾.

الفرع الثالث: علاقة السببية

وهي ركن ثالث في المسؤولية لا بد من تحققه لثبوت الحق في التعويض للمضرور، ويقصد بها أن توجد علاقة مباشرة بين التعدي الذي ارتكبه المسؤول (المدخن الإيجابي) والضرر الذي أصاب المضرور (المدخن السلبي)⁽²⁾؛ بمعنى أنه لا بد من أن يكون التعدي هو السبب الذي أدى إلى وقوع الضرر. ومن ثم فلا يكفي لقيام مسؤولية صانع التبغ أو المدخن الإيجابي وثبوت الحق في التعويض للمضرور من أضرار التدخين، أن يكون صانع التبغ قد ارتكب تعدياً متمثلاً في تقديم بيانات ناقصة أو تحذيرات غامضة أو كتم بعض المعلومات الجوهرية المتعلقة بخطورة التدخين، أو أن يكون المدخن الإيجابي قد مارس التدخين في مكان عام أو مغلق، وأن يكون هناك ضرر أصاب صحة التدخين، بل يجب أن يكون التعدي هو السبب المباشر في حدوث الضرر، بحيث يمكن القول إن هذا الضرر يرجع بصفة أساسية إلى تعدي صانع التبغ أو المدخن الإيجابي. أما إذا لم يكن تعدي الصانع أو المدخن الإيجابي هو السبب في حدوث الضرر الذي لحق بالمضرور، فلا مجال للرجوع على الصانع أو المدخن الإيجابي بالتعويض؛ لانتفاء رابطة السببية بين التعدي والضرر⁽³⁾.

والغالب أن المضرور إن استطاع أن يثبت التعدي وما أصابه من ضرر، فإن إثبات العلاقة بينهما والقول بأن الضرر كان نتيجة للتعدي لا يثير صعوبة، لكن

(1) قرار تمييز حقوق رقم 1986/827 تاريخ 1987/2/9، منشورات مركز عدالة. انظر كذلك: قرار تمييز حقوق رقم 1999/877 تاريخ 2000/2/28 & قرار تمييز حقوق رقم 2004/703 تاريخ 2004/7/13، منشورات مركز عدالة.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 990.

(3) نصت المادة 261 من القانون المدني الأردني على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كلفة سماوية أو حادث بخائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك".

الصعوبة ثور إذا تولّد الضرر عن أكثر من سبب، أي إذا ساهمت مجموعة من الأسباب المتداخلة في إحداث ضرر واحد. إذ يثور التساؤل عن تحديد أي من تلك الأسباب المتعددة يعتبر هو سبب الضرر والمسؤول عن الضمان⁽¹⁾، ومن هنا فقد برزت نظريتان في تحديد معيار السببية المباشرة:

(أ) - نظرية تعادل الأسباب: ومؤدى هذه النظرية أنه إذا تعددت الأسباب التي أحدثت الضرر، فإنها تكون متعادلة ومتكافئة فيما بينها، ويعتبر كل واحد منها سبباً في إحداثه. ويكون للسبب دخل في إحداث الضرر إذا تبين أنه لولاه لما وقع الضرر، ومن ثم يلتزم كل متسبب بالتعويض الكلي قبل المضرور⁽²⁾. ويمكن تصور تعدد الأسباب عندما يكون هناك عدة مدخنين في الأماكن المغلقة، أو عندما يتعرض المدخن السلبي لدخان السجائر في عدة أماكن.

وتتميز هذه النظرية بأنها تسهل مهمة الإثبات بالنسبة للمضرور؛ لأن كل الأسباب التي ساهمت في إحداث الضرر يجب الاعتراف بها. وقد أخذ بهذه النظرية بعض الفقه الفرنسي واعتبر أن إخلال صانع التبغ بالتزامه بالإعلام والتحذير من خطورة التدخين يعتبر أحد الأسباب التي أدت إلى الإضرار بضحية التدخين ومن ثم يلتزم بالتعويض في مواجهة المضرور⁽³⁾.

(ب) - نظرية السبب المنتج: ومؤدى هذه النظرية أنه إذا ساهمت عدة أسباب في إحداث الضرر وفقاً للوضع العادي للأمور وحسب المألوف، يكون الاعتبار للسبب الذي كان أكثر تأثيراً في إحداث الضرر، فيلتزم مرتكبه بالتعويض، ومن ثم يستبعد السبب العارض الذي لا يؤدي تدخله إلى إحداث الضرر وفقاً للمجرى

(1) د. علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، كلية شرطة دبي، دبي، 1994، ص 78؛ د. محمد المرسى زهرة، مرجع سابق، ص 214.

(2) د. عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 11-12؛ د. علي سيد حسن، مرجع سابق، ص 501؛ د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 334.

(3) د. أحمد شوقي عبد الرحمن، الالتزام التضامني للمسؤولية التقصيرية في مواجهة المضرور، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص 18-19.

العادي للأمر⁽¹⁾. وهذه النظرية - حسبما يرى معظم الفقه - هي أقرب إلى تحقيق العدالة عندما نتعدد الأسباب التي أدت إلى الضرر⁽²⁾. هذا وقد أخذ المشرع الأردني بهذه النظرية، ومما يؤيد ذلك أن القانون المدني نص على أنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر (م 258)، كما أنه نص على أنه: «يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار» (م 266)، فعبارة "نتيجة طبيعية للفعل الضار" تدل على أن المشرع أخذ بنظرية السبب المنتج.

وعليه، فإنه يمكن القول إن تقديم صانع التبغ لمنتجات ذات خواص خطيرة وتركيبات سامة دون أن يقدم التحذيرات اللازمة لتجنب خطورتها، أو قيام المدخن الإيجابي بالتدخين في مكان محظور التدخين فيه، ليس فقط أحد الأسباب التي أدت إلى إحداث الضرر بضحية التدخين بل يعتبر السبب المنتج والفعال الذي يؤدي إلى إحداث الضرر وفقاً للوضع العادي للأمر؛ وذلك لأن الأضرار التي تصيب ضحية التدخين إنما تنتج من المواد والعناصر السامة الداخلة في إنتاج السجائر وسائر منتجات التبغ، أو من الدخان المنبعث منها، في حين كان في استطاعة صانع التبغ أن يتوقّى وصول هذه الأضرار إلى الآخرين عن طريق التغيير في تركيبة منتجات التبغ باستبدال العناصر السامة بعناصر أخرى غير سامة، كما كان باستطاعة المدخن الإيجابي ألا يدخن في المكان المحظور التدخين فيه، مما يدل على أن السبب المنتج والفعال في حدوث الضرر هو تركيبة منتج التبغ السامة، وبذلك توجد علاقة سببية مباشرة بين تعدي صانع التبغ أو المدخن الإيجابي والضرر الذي يصيب المضرور.

واستخلاص علاقة السببية بين الخطأ والضرر يعد من مسائل الواقع التي يقدرها قاضي الموضوع، ولا رقابة عليه في ذلك من قبل محكمة التمييز إلا بالقدر الذي يكون فيه استخلاصه غير سائع.

(1) انظر: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مركز التميز، القاهرة، 1998، ص 93.

(2) د. أجد محمد منصور، مرجع سابق، ص 296؛ د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 335؛ د. محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 221.

ونشير إلى أنه حتى تتوافر العلاقة السببية بين التعدي والضرر، لا بد من أن يكون التدخين قد حصل في مكان عام أو مكان مغلق. ويثور التساؤل هنا عن مدى اعتبار سيارة الأجرة والمصعد الكهربائي مكاناً عاماً لهذه الغاية، وهل يعد الشارع مكاناً عاماً؟

للإجابة عن ذلك نقول إن المادة 52 من قانون الصحة العامة لسنة 2008 عرفت المكان العام بأنه: «المستشفيات والمراكز الصحية والمدارس ودور السينما والمسارح والمكتبات العامة والمتاحف والمباني الحكومية وغير الحكومية العامة ووسائل نقل الركاب وصالات القادمين والمغادرين في المطارات والملاعب المغلقة وقاعات المحاضرات وأي مكان آخر يقرر الوزير اعتباره مكاناً عاماً على أن ينشر قراره في الجريدة الرسمية»، وبرأينا فإن هذا التعريف ناقص حيث يجب أن نضيف له: المطاعم والفنادق والمقاهي والصالات على اختلاف أنواعها وأغراضها، والمنشآت الرياضية المغلقة، وأي مكان معد لاستقبال العامة أو فئة من الناس، وأي مكان مغلق له شكل البناء المتكامل الذي لا يدخله الهواء إلا من خلال فتحات معدة لذلك كالخيم وبيوت الشعر وغيرها.

وبالتالي وبما أن سيارة الأجرة والمصعد الكهربائي أماكن مغلقة لا يصلها الهواء إلا من خلال فتحات محددة، وبما أنها مخصصة للاستعمال المشترك ويتناوب على استخدامها العامة؛ فإنها تعد مكاناً عاماً.

وباعتقادنا فإن هذا القول ينسحب على وصف الشارع الذي هو مكان يستخدمه الناس للهروب فيه أو للتسوق أو للنزهة أو غير ذلك، ويمر فيه المدخن وغير المدخن، وعليه فهو يعد مكاناً عاماً، ومن شأن التدخين فيه أن يؤدي المارة خاصة في الشوارع المزدهمة، وليس أدل على ذلك من حظر التدخين في الشوارع في بعض الدول كبريطانيا مثلاً. فقد أصدر عمدة مدينة ستوني ستراتفورد مرسوماً حظر بموجبه التدخين في الشوارع اعتباراً من 2011/07/1، وذلك على اعتبار أن الشارع مكان عام وتم فرض غرامة على المخالفين⁽¹⁾. ونرى أن هذا الوصف يمكن

(1) انظر: بريطانيا تتجه لمنع التدخين في الشوارع، مقال منشور في صحيفة القدس العربي، العدد 6859، السنة =

أن ينسحب على الحداثق والساحات العامة، ولا أدل على ذلك من قيام عمدة مدينة لندن، استجابةً لتوصيات تقرير "صحة أحسن للندن better health for London"، بإعداد مشروع مرسوم لحظر التدخين في معظم ساحات وحدائق لندن التي من أشهرها ساحة الطرف الأغر، وساحة البرلمان، وحديقة هايد بارك، وحديقة ريجنت بارك، والحداثق الملكية؛ لتصبح هذه الساحات والحداثق أماكن خالية من التدخين⁽¹⁾. ومن جانبنا فإننا نؤيد حظر التدخين في الشوارع والساحات والحداثق العامة؛ كونه يؤدي المارة بالدخان الذي ينبعث من السجائر، علاوةً على المظهر غير اللائق، بالإضافة إلى ما قد يسببه من تلوث للمدن والبيئة المحيطة بسبب إلقاء أعقاب السجائر على الأرض في بعض الحالات⁽²⁾.

المطلب الثاني: أثر قيام مسؤولية المدخن الإيجابي

يترتب على قيام المسؤولية الضمان أو التعويض عما أصاب المضرور من التدخين من ضرر ويكون ذلك من خلال دعوى قضائية يرفعها المضرور لدى المحكمة المختصة. وعليه فإن أطراف الدعوى هما المضرور من التدخين بصفته مدعياً، والمسؤول عن الفعل الضار (المدخن الإيجابي أو صانع التبغ) بصفته مدعى عليه. وسنبحث هنا في نطاق الحق في التعويض من حيث الأشخاص وفي إثبات الحق في التعويض ومقداره.

23، الجمعة 2011/7/1، ص6.

- (1) عادل عبد الرحمن، لندن تتجه إلى حظر التدخين في الحداثق والساحات العامة، مقال منشور في جريدة الشرق الأوسط، العدد 13279 الصادر يوم الثلاثاء 2015/4/7، لندن، ص3.
- (2) حث الإسلام على النظافة وعدم تلويث البيئة فقد قال (صلى الله عليه وسلم): "الْإِيمَانُ بِضْعٌ وَسَبْعُونَ - أَوْ بِضْعٌ وَسِتُّونَ - شُعْبَةً، فَأَفْضَلُهَا قَوْلُ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَأَدْنَاهَا إِمَاطَةُ الْأَذَى عَنِ الطَّرِيقِ، وَالْحَيَاءُ شُعْبَةٌ مِنَ الْإِيمَانِ" (مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، مرجع سابق، ص48، حديث رقم 35). فهذا الحديث الشريف ظاهر الدلالة على فضل إزالة الأذى عن الطريق مهما كان نوع هذا الأذى أو حجمه، فكيف بالمسلم إذا كان هو المبادر لإلقاء الأذى في الطريق، فلا شك أن ذنبه عظيم. للزيد انظر: د. سعد الدين دداس، حفظ البيئة في التشريع الإسلامي، مخرجات مؤتمر نحو دور فاعل للقانون في حماية البيئة وتنميتها، المجلد الثاني، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العين، 2-4/5/1999، ص9؛ زياد المغربي، نظافة المدن... مسؤولية من؟، مجلة الريم، العدد 74، الجمعية الملكية لحماية الطبيعة، عمان، السنة 23، ص38.

الفرع الأول: نطاق الحق في التعويض من حيث الأشخاص

يمتد نطاق الحق في التعويض ليشمل جميع الأشخاص الدائنين بالحق في التعويض والمدينين الملتزمين بإعطاء التعويض.

أولاً: الدائن بالحق في التعويض

يعتبر دائناً بالحق في التعويض المضرور من التدخين، ويشمل ذلك المستهلك العادي الذي يشتري منتجات التبغ لإشباع حاجاته الشخصية دون أن تكون لديه الدراية الكافية بخطورة التدخين وآثاره الضارة، والمدخن السليبي الذي يستنشق الدخان المنبعث من سيجائر المدخنين رغماً عنه عندما يكون موجوداً في مكان مغلق أو مكان عام يؤمّه الناس⁽¹⁾، فقد نصت المادة 53 من قانون الصحة العامة رقم 47 لعام 2008 على أنه: «أ- يحظر تدخين أي من منتجات التبغ في الأماكن العامة...». كما يثبت الحق في التعويض لورثة المضرور من التدخين عن الأضرار المادية والآلام التي تلحقهم جراء موته شريطة أن يقتصر ذلك على الأزواج والأقارب حسب ما نصت عليه المادة 2/267 من القانون المدني الأردني.

ثانياً: المدين الملتزم بالتعويض

يقع الالتزام بالتعويض عن أضرار التدخين - بحسب الأصل - على عاتق صانع التبغ باعتباره أدرى الناس بمنتجاته، وأقدرهم بالتالي على التحذير من أخطاره، حيث تتوافر لديه المعلومات الكافية عن حقيقة منتجات التبغ وما تشتمل عليه من مواد سامة تدخل في تركيبها، كما أنه يملك الوسائل التي تمكنه من إعلام المستهلك وتحذيره من خطورة التدخين⁽²⁾. ويقوم الالتزام بالتعويض أيضاً على عاتق كل شخص يقوم بالتدخين في الأماكن العامة أو المغلقة؛ كأماكن العمل، والأماكن

(1) د. شعيب الغباشي، السجارة مقبرة المدخنين، دار الفضيلة، القاهرة، 1999، ص 53 وما بعدها.

(2) انظر: د عبد المنعم شحاته، سيكولوجية التدخين، دار الغريب للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1998، ص 52؛ علي العميرة، التدخين آفة العصر، منشورات دائرة المكتبة الوطنية، عمان، 2004، ص 34.

المخصصة للاستعمال الجماعي كوسائل النقل العام، إذا ترتب على ذلك حدوث ضرر للآخرين؛ لأن القانون يمنع التدخين في وسائل النقل العام والأماكن العامة والمغلقة طبقاً للمادة 53 من قانون الصحة العامة رقم 47 لسنة 2008 والمادتين 36 و39 من قانون السير رقم 49 لسنة 2008⁽¹⁾.

كما يقوم الالتزام بالتعويض على عاتق رب العمل أو المدير المسؤول في كل منشأة أو هيئة أو مصلحة لا تقوم بتطبيق حظر التدخين بين موظفيها، وذلك طبقاً لنص المادة 53/ج من قانون الصحة العامة رقم 47 لسنة 2008 الذي ألزم المسؤول عن المكان العام بوضع لوحة بخط واضح تحمل عبارة "ممنوع التدخين"، والإشارة الدالة على ذلك في أماكن بارزة، واتخاذ الترتيبات والإجراءات اللازمة لمراقبة الالتزام بذلك.

فالموظفون في هذا المكان أو المراجعون الذين تضرروا، يمكنهم مقاضاة إدارة الجهة المسؤولة عن المكان؛ لأنها معنية بسلامة الموظفين والمراجعين ومرتادي المكان ما دام أن وجودهم كان مشروعاً، وعليها أن تفرض تطبيق القانون على الموظفين وعلى المراجعين، ولها أن توفر فريقاً للحماية أو المراقبة أو أن تتركب كاميرات أو غير ذلك، وأعتقد أنه يمكن للمضروب هنا أن يقاضي الفاعل (المدخن الإيجابي) بشكل منفرد أو يقاضيه وجهة الإدارة معاً، مطالباً إياهم بالتعويض. ونستند هنا إلى نص المادة 265 من القانون المدني الذي قرر أنه إذا تعدد المسؤولون عن الفعل ضار، كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه وللمحكمة أن تقضي بالتساوي أو بالتضامن والتكافل فيما بينهم.

فالمسؤولية - كما بينا سابقاً - تقوم على أساس الضرر لا على أساس الخطأ ذلك، إذ إن غايتها التعويض المدني وليس العقوبة، ومن ثم يتعين النظر فيها إلى المضروب وما أصابه من ضرر وليس إلى الفاعل ومسلكه، فتي ثبت أن المضروب قد

(1) انظر كذلك المادة 19 من قانون حماية البيئة رقم 52 لسنة 2006، والمادة 5 من قانون الطيران المدني رقم 41 لسنة 2007، والمادتين 2 و3 من نظام حماية الهواء رقم 28 لسنة 2005.

تم المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، كان يحدث الضرر مسؤولاً عنه بصرف النظر عن مسلكه ما دام أنه ليس في حالة من الحالات التي يخوله القانون فيها المساس بحق غيره⁽¹⁾.

كذلك تقوم مسؤولية المعلن، ويلتزم بالتعويض عن الضرر الذي يحدث بسبب الإعلان المحظور عن التبغ، أو الدعاية غير المشروعة للسجائر، أو الترويج لمنتجات التبغ، لحث المستهلكين على الشراء طبقاً لنص المادة 54 من قانون الصحة العامة رقم 47 لسنة 2008.

وتقوم مسؤولية الدولة⁽²⁾ وتلتزم بالتعويض تجاه ضحايا التدخين عن الضرر الذي يحدث بسبب قيام إحدى الهيئات أو المؤسسات التابعة للدولة بالإعلان المحظور، أو الترويج لبيع السجائر ومنتجات التبغ الأخرى، لحث المستهلكين على الشراء بالمخالفة لنص المادة 54 من قانون الصحة العامة رقم 47 لسنة 2008، الذي أورد أنه لا يجوز لأي شخص أو جهة عامة أو خاصة، بما في ذلك وسائل الإعلام، طبع أو عرض أو نشر أي إعلان لأغراض الدعاية لأي من منتجات التبغ، أو توزيع أي نشرة أو أدوات أو مواد للتعريف به، أو الإعلان عن منتجاته. وعليه فامتناع الدولة عن القيام بعمل يمنع التلوث ويحافظ على صحة رعاياها ويلزم الهيئات الحكومية بتطبيق التشريعات الداخلية، يجعلها مسؤولة عن الأضرار التي

(1) انظر: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني: الفعل الضار والمسؤولية المدنية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1989، ص 119 وما بعدها.

(2) انظر: قرار تمييز حقوق رقم 2014/1924 تاريخ 2014/10/21؛ قرار تمييز حقوق رقم 2013/3355 تاريخ 2014/4/29؛ قرار تمييز حقوق رقم 2013/3695 تاريخ 2014/3/10، منشورات مركز عدالة. وبخصوص مسؤولية الدولة ظهرت عدة نظريات أهمها نظرية المسؤولية البيئية الخطئية ونظرية المسؤولية البيئية المطلقة، للمزيد من التفاصيل انظر: د. محمد حافظ غانم، مبادئ القانون الدولي، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة، 1997، ص 683 وما بعدها؛ د. رمزي طه الشاعر، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية: قضاء التعويض، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 912؛ د. صلاح هاشم، المسؤولية الدولية عن المساس بسلامة البيئة البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 89 وما بعدها؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون حماية البيئة: دراسة تأصيلية في الأنظمة الوطنية والاتفاقية، جامعة الملك سعود، الرياض، 1997، ص 453.

تصيب الأفراد. وأساس مسؤولية الدولة في هذه الحالة هو كونها متبوعاً تسأل عن أعمال تابعها طبقاً لنص المادة 1/288/ب من القانون المدني الأردني⁽¹⁾.

وتأسيساً على ذلك فإنني أعتقد أن يمكن للمتضرر من التدخين (المدخن السلبي) أن يقاضي الجهة الحكومية المعنية ويطلب بالتعويض إذا قصرت في الحفاظ على جو صحي خالٍ من التدخين، ومثال ذلك الشخص الذي يراجع إحدى الدوائر الحكومية لإنجاز معاملة ما ويضطر لاستنشاق دخان السجائر، في حين لم تبدِ الجهة الحكومية اهتماماً بالأمر بل كان جزءاً من الموظفين يدخنون أيضاً، ومثال آخر: النزول في أحد السجون الذي لا يدخن ويتأذى من رائحة دخان السجائر لكن يتم وضعه مع المدخنين، ومع مرور الزمن يصاب بمرض ما من جراء الاستنشاق القسري للدخان، ففي هذين المثالين يمكن للشخص المتضرر أن يقاضي الجهة الحكومية المعنية؛ لأنها مسؤولة عن فرض النظام ومسؤولة عن سلامة مراجعيها، كما أنه يمكن لها عند الحاجة الاستعانة برجال الشرطة لإلزام باقي المراجعين الذين يدخنون على احترام القانون الذي لا يقدم نصائح وإرشادات بل يقدم نصوصاً واجبة الاحترام والالتزام بها، ولكن هذا بالطبع تحكّمه قدرة الشخص على الإثبات، والضرر هنا أو المرض واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات بما في ذلك الخبرة الطبية⁽²⁾.

وفضلاً عن قيام المسؤولية المدنية للمدخن الإيجابي والمتمثلة في تعويض

(1) وما يؤيد وجهة نظرنا أن القضاء الفرنسي نظر دعوى تتعلق بإهمال الحكومة الفرنسية ممثلة بوزارة الصناعة باتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع تلوث الهواء بالغازات السامة والروائح المقرزة على أثر تشييدها لمنشآت صناعية ذات طبيعة خطيرة أضرت بالصحة العامة فحكم بقيام مسؤولية الدولة وإلزامها بالتعويض (V.Cass.Civ:28.10.1903.S.1904.1.93).

(2) جاء في قرار لمحكمة التمييز: "استقر الاجتهاد القضائي على أنه يعتبر الغبار الإسمنتي الناتج عن مصانع الإسمنت ضرراً مستمراً ومتجدداً، وعليه يستحق المتضرر التعويض عما لحقه من ضرر، وأن الخبرة نوع من البيئة وفقاً للمادة 6/2 من قانون البينات، ومحكمة الموضوع سلطة تقديرية في وزن البيئة وترجيح بيئة على أخرى ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها ما دامت النتيجة التي توصلت إليها مستخلصة استخلاصاً سائغاً ومقبولاً ومن بيئة قانونية ثابتة ولها أساس في الدعوى" (قرار تمييز حقوق رقم 3024 لسنة 2013 تاريخ 2013/2/13 منشورات القسطاس (qistas.com/Jordan).

المتضرر (المدخن السلبي)، فإن التدخين قد يؤدي إلى قيام مسؤولية المدخن الجزائية، وهذا ما نص عليه قانون السير رقم 49 لسنة 2008، حيث وضع عقوبات جزائية على من يدخن في المركبة العمومية فنص في المادة 36 على أنه: «يعاقب بغرامة مقدارها ثلاثون ديناراً كل من ارتكب أياً من المخالفات التالية: ... التدخين في المركبات المخصصة لنقل الطلاب ورياض الأطفال أو سماح السائق للغير بذلك». كما أنه قد يؤدي إلى قيام مسؤولية المدخن التأديبية التي توقعها جهة الإدارة أو الجهة التي يعمل فيها، كأن يكون من قام بالتدخين موظفاً وكان ذلك أثناء العمل.

الفرع الثاني: إثبات الحق في التعويض

اقتضاء حق التعويض يتطلب إثبات واقعة الضرر وإثبات تعدي المدين وإثبات علاقة السببية بين التعدي والضرر. ويقع عبء الإثبات على المدعي المضرور المطالب بالتعويض (المدخن السلبي) طبقاً للقواعد العامة في الإثبات الواردة في القانون المدني الأردني وقانون البيئات رقم 30 لسنة 1952. ومن ثم يقع على عاتق المضرور من سموم التدخين عبء إثبات تعدي المدين (صانع التبغ والمدخن الإيجابي) والمتمثل في تقديمه لمنتج التبغ ذي الخواص الخطرة والتركيبات السامة دون أن يقدم التحذيرات اللازمة لتجنب خطورته أو التدخين في مكان محظور التدخين فيه.

ويجب على المضرور أن يثبت أنه كان جاهلاً بحقيقة منتج التبغ وتركيباته السامة، وأن التحذير الذي قدمه صانع التبغ لم يكن واضحاً بما فيه الكفاية؛ لأنه كان مكتوباً بألفاظ غامضة وحروف صغيرة جداً، وأن يثبت المضرور أنه كان يستحيل عليه العلم بحقيقة منتج التبغ السامة، وأنه لم يكن ليقدم على التدخين لو علم المخاطر التي يتعرض لها. وإذا ادعى المضرور أن الضرر الذي أصابه كان بسبب قيام المدعي عليه بالتدخين بجواره في الأماكن العامة والمغلقة أو بسبب قيام إحدى الهيئات التابعة للدولة بالإعلان المحظور أو الترويج لبيع السجائر؛ وجب عليه إثبات ذلك.

كما يجب على المضرور أن يثبت الضرر الذي لحقه، وأن تعدي المدين هو

السبب المباشر الذي أدى إلى إحداث الضرر، وأنه توجد علاقة سببية بين التعدي والضرر، حتى يتمكن من المطالبة بالتعويض الذي يجبر الضرر الذي أصابه، وللمضروور إثبات هذه الوقائع المادية بكافة طرق الإثبات⁽¹⁾. وبالمقابل يستطيع صانع التبغ أن يتخلص من الالتزام بدفع التعويض إذا أثبت أن منتج لا يحتوي على مواد سامة، أو أنه زود المستهلك بكافة البيانات المتعلقة بتركيبية منتج التبغ، وقدم له التحذيرات الكافية عن خطورة التدخين، كما يستطيع المدخن الإيجابي أن يثبت أن تدخينه للسجائر لم يكن هو السبب في إلحاق الضرر بالمضروور.

ولا شك أن إثبات علاقة سببية بين العناصر السامة التي يستخدمها الصانع في إنتاج التبغ أو بين رائحة الدخان الذي يستنشقه المدخن السلبي، والضرر الذي يصيب المضروور قد يشوبه بعض الصعوبة؛ لأن التأثير الضار للدخان قد يظهر على المضروور بعد وقت طويل نسبياً، ولذلك يجب الاستعانة برأي أهل الخبرة من الأطباء المتخصصين⁽²⁾.

هذا ويمكن الاستعانة بكاميرات المراقبة في الإثبات، وقد يرى القاضي نسبة مساهمة المدخن السلبي في الضرر، بمعنى لو أنه تعمد الجلوس بجانب المدخن الإيجابي المخالف أصلاً للقانون، أو أنه تعمد شم الرائحة واستنشاقها، أو أنه جلس بجانب المدخن بالرغم من مرضه وحالته الصحية السيئة وما يعانيه من أمراض، في حين كان في القاعة العديد من المقاعد البعيدة والتي يمكنه إذا جلس فيها ألا يشم الرائحة أو على الأقل أن تصله بنسبة أقل؛ ففي هذه الحالة وإعمالاً لنص المادة 264 من القانون المدني فإنه يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار الضمان أو أن لا تحكم بضمنان ما إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في إحداث الضرر أو زاد فيه، وهذا أمر موضوعي يقدره قاضي الموضوع بعد الاستعانة بالخبرة الطبية المتخصصة، ولا

(1) د. مفلح عواد القضاة، بينات في المواد المدنية والتجارية: دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 129.

(2) انظر: قرار تمييز حقوق رقم 2005/4291 لسنة 2005، منشور على موقع ديوان التشريع والرأي www.lob.gov.jo & قرار تمييز حقوق رقم 2013/33 تاريخ 2013/4/25، منشورات مركز عدالة.

معقب على القاضي هنا ما دام أنه بنى حكمه على أسباب سائغة معقولة، لها أصلها من الأوراق، وتؤدي بصورة صحيحة إلى النتيجة التي خلص إليها⁽¹⁾. وقد أكدت ذلك محكمة التمييز بقولها: «من المقرر قانوناً واجتهاداً جواز انقاص مقدار الضمان أو عدم الحكم فيه إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في إحداث الضرر أو زاد فيه»⁽²⁾.

الفرع الثالث: مقدار التعويض

الأصل في التعويض أن يكون عيناً، وفيه يجبر محدث الضرر على إعادة الحال إلى ما كانت عليه، أما إذا تعذر ذلك أو أن المضرور لم يطلبه، فتلجأ المحكمة هنا إلى التعويض النقدي الذي يهدف إلى جبر الضرر الحاصل، على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن تحكم بأداء أمر معين متصل بالفعل الضار وذلك على سبيل التضمن⁽³⁾. والحقيقة أن التعويض العيني يبدو أمراً عسيراً في مجال المسؤولية عن أضرار التدخين، لذلك فإن الغالب هو اللجوء إلى التعويض النقدي للمضرور (المدخن السليبي)، علماً أن التعويض هنا يشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع⁽⁴⁾.

أما فيما يتعلق بمقدار التعويض عن الأضرار الناتجة عن التدخين السليبي فقد بينت المادة 266 مدني على أنه: «يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار»، وهنا تبين لنا سلطة القاضي التقديرية في تقدير التعويض للمضرور والذي يجب أن يكون كاملاً وجابراً لكافة الأضرار المحققة⁽⁵⁾، وكما بينا سابقاً، قد يلجأ

(1) انظر: قرار تمييز حقوق رقم 2013/3198 تاريخ 2014/3/13، قرار تمييز حقوق رقم 2014/802 تاريخ

2014/7/10، قرار تمييز حقوق رقم 2013/33 تاريخ 2013/4/25، منشورات مركز عدالة.

(2) قرار تمييز حقوق رقم 2008/230 تاريخ 2008/4/6، منشورات مركز عدالة.

(3) المادة 2/269 من القانون المدني الأردني.

(4) د. حسن عبدالباسط جميعي، شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 193، د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني: مصادر الالتزام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1973، ص 379.

(5) د. حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص 180-181.

القاضي إلى الخبرة الطبية لمعرفة حجم الضرر الذي أصاب المضرور⁽¹⁾. وبخصوص الكسب الفائت فإنه يتمثل فيما نقص من دخل المضرور بسبب نقص قدرته على أداء العمل أو تغييه عن عمله بسبب ما أصابه من مرض أو من عجز كلي أو جزئي ويشمل ذلك الأرباح والعوائد المالية المؤكد الحصول عليها⁽²⁾. وتطبيقاً لذلك فقد قررت محكمة التمييز أنه: «يجب أن يكون التعويض عن الكسب الفائت متناسباً مع طبيعة الفعل الضار وذلك وفقاً لأحكام المادة 266 من القانون المدني الأردني»⁽³⁾.

وأخيراً يجب أن نشير إلى أن التدخين يؤثر على بعض مكونات البيئة الطبيعية، كإلحاق الأثرية والمسكوكات القديمة والمخطوطات والصور؛ فقد ثبت أن التدخين يؤثر سلباً على هذه المكونات، وهذا من شأنه أن يؤثر على التراث العمراني والحضاري للأمم؛ لذلك فإن بعض الدول تتمتع التدخين في المتاحف والمعارض والمسارح؛ كونه يضر بغير المدخنين من ناحية ويضر بمحتويات هذه المتاحف والمعارض من ناحية أخرى، وهذا ما يطلق عليه مصطلح الضرر البيئي المحض⁽⁴⁾.

المبحث الثاني: التطبيقات القضائية في مجال مقاضاة شركات التبغ وفي مجال التعويض عن الأضرار التي تصيب المدخن السلبي

توجد تطبيقات كثيرة على مستوى القضاء، بخصوص الدعاوى المرفوعة على شركات التبغ، أو الرامية إلى الحصول على تعويض الأضرار الناتجة عن التدخين

(1) جاء في أحد قرارات محكمة التمييز أن: "لمحكمة الموضوع إجراء الخبرة متى وجدت لزوماً لذلك للفصل في الدعوى، وهي من المسائل التي تستقل بها دون معتق عليها في ذلك" (قرار تمييز حقوق رقم 4291/2005 لسنة 2005، منشور على موقع ديوان التشريع والرأي www.lob.gov.jo).

(2) انظر: د. محمد صبري الجندي، في المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص 718؛ د. غازي أبو عراي، ضرر الموت وقابلية الحق في الضمان عنه للانتقال في القانون المدني الأردني والفقهاء الإسلاميين، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 79، 2008، ص 589.

(3) قرار تمييز حقوق رقم 1866/2012 تاريخ 2012/8/12 منشورات القسطاس qistas.com/Jordan.

(4) انظر: د. محمد عبد القادر الفقي، مرجع سابق، ص 37؛ Should Smoking be banned in Public

Places?, published on the Site: www.debate.org.

السلي، سوف نعالجها في هذا المبحث ضمن مطلبين مستقلين على النحو التالي:

المطلب الأول: التطبيقات القضائية في دول العالم

بدايةً لا بد من القول إن جهود كثير من الدول وخاصة المتقدمة منها اتجهت إلى مكافحة التدخين في الميدان التشريعي بعد أن أعياها الميدان القضائي؛ وذلك لأن القضايا المرفوعة ضد شركات التبغ وبصرف النظر عن مآلها لم تسفر عن انخفاض ملموس في أعداد المدخنين، فضلاً عن أن هذه القضايا غالباً ما تفشل لأسباب قانونية مختلفة⁽¹⁾.

والحقيقة أن النجاحات التشريعية في مجال مكافحة التدخين عوضت الكثير من الإخفاقات أمام المحاكم، ومن تلك النجاحات المجربة في دول أخرى: رفع الضرائب على مبيعات السجائر، ومنع الإعلانات التجارية عن التدخين، ومنع التدخين في الأماكن العامة، وإلزام الشركات بوضع صور منفرة على علب السجائر، والسماح لشركات التأمين برفع سعر بوليصة التأمين الصحي على المدخن، وغيرها⁽²⁾.

ومع ذلك كله فإن الواقع العملي أثبت أن المحاكم قد حكمت بالتعويض عن الضرر الذي حدث للمدخنين وعلى الأخص المدخنين السليبين؛ ففي اليابان رفع رجل ياباني دعوى أمام محكمة طوكيو الجزائية على زملاء له يدخنون في مكان العمل المغلق؛ وذلك لأنه تضرر من جراء التدخين السليبي مما سبب له مشاكل في التنفس، وقد حكمت المحكمة بإلزام مجلس مدينة إدوجاوا بدفع 50 ألف ين كتعويض له⁽³⁾.

(1) انظر: الجمعية الوطنية الأردنية لمكافحة التدخين، مرجع سابق، ص4.

(2) بتاريخ 7 تموز (جولية) 2015 دعت منظمة الصحة العالمية حكومات العالم إلى زيادة الضرائب على السجائر وغيرها من منتجات التبغ وذلك من أجل إنقاذ الأرواح، وفي تقريرها الذي جاء بعنوان "وباء التبغ العالمي 2015" أوصت المنظمة بآلا تقل الضريبة عن 75% من سعر علبة السجائر (نقلاً عن مقال بعنوان: منظمة الصحة العالمية تحث الحكومات على زيادة ضرائب التبغ للتغلب على التدخين، منشور على موقع وكالة الأنباء البريطانية - رويترز، الثلاثاء 2015/7/7، www.ara.reuters.com).

انظر: إدارة حماية المستهلك، مرجع سابق، ص5.

(3) موقع المستقبل، دعوى حكم تعويض عن أضرار التدخين السليبي في اليابان، تاريخ الزيارة: 2012/10/16.

وفي أستراليا قضت المحكمة العليا بمقاطعة جنوب أستراليا بإلزام صاحب حانة بدفع 274500 يورو كتعويض لامرأة لا تدخن وتم تشغيلها لمدة 11 عاماً في محيط مغلق يكثر فيه المدخنون؛ مما أدى التي إصابتها بسرطان في الحلق عند بلوغها 62 عاماً⁽¹⁾. وفي حكم آخر تم الحكم لصالح شخص يعمل سائقاً لسيارة أجرة، حيث كان يتعرض لتدخين الآخرين طيلة اليوم، فأقام دعوى تعويض على شركة التأمين التي كان مؤمناً عليه لديها، فألزمت المحكمة الشركة بدفع تعويض مقداره 60 ألف دولار⁽²⁾.

وفي الولايات المتحدة تم رفع عدة قضايا ضد شركات التبغ من قبل مجموعة كبيرة من مضيفي الطيران في ولاية فلوريدا بسبب ما أصابهم من أضرار بسبب تدخين المسافرين عندما كان التدخين مسموحاً به في الطائرات، وقد تم التوصل إلى تسوية مالية دفعت بموجبه شركات التبغ مبلغ 350 مليون دولار كتعويض، بالإضافة إلى الاتفاق على إنشاء معهد بحوث طبية لمضيفي الطيران لإجراء دراسات تتعلق بالأمراض الناتجة عن تدخين التبغ⁽³⁾. وفي عام 2014 أصدرت محكمة في ولاية فلوريدا حكماً على شركة التبغ العملاقة "آر جي رينولدز" ألزمتها بموجبه بدفع مبلغ 23,6 مليار دولار كتعويض لأرملة مدخن توفي بسرطان الرئة وهو أكبر مبلغ تحكم به محكمة لمدع واحد في تاريخ الولايات المتحدة⁽⁴⁾.

أما في فرنسا فقد شهدت المحاكم الفرنسية العديد من القضايا التي طالب المتضررون من خلالها بتعويضات نتيجة عدم تطبيق قوانين حظر التدخين، فقد رفعت إحدى العاملات بالمدرسة الوطنية العليا بمدينة تولوز دعوى على إدارة المدرسة، ذلك أن عملها لمدة ثلاثين عاماً في ظروف كثر فيها المدخنون أدى إلى

(1) انظر: مقال بعنوان "Passive smoking test case wins in Australia"، منشور على موقع مجلة The

Lancet المتخصصة في الشؤون الصحية www.The.lancet.com.

(2) انظر: د. غالب علي الداوودي، مرجع سابق، ص 236.

(3) منشور على موقع أخبار فوربس الشرق الأوسط، العدد الصادر بتاريخ 2010/8/23:

www.forbesmiddleeast.com/news

(4) منشور على موقع صحيفة Deutsche Welle الألمانية، العدد الصادر بتاريخ 2014/7/21: www.dw.de

إصابتها في رثتها بمرض أدى إلى استئصال جزء منها، وأن إدارة المدرسة لم تكن تطبق نصوص قانون الصحة العامة التي تحظر التدخين في الأماكن المغلقة، وبعد إجراءات مطولة استمرت سبع سنوات تم الحكم لصالح المتضررة بالتعويض. وقد استندت المحكمة زيادة على كون المؤسسة لم تطبق القانون المتعلق بحظر التدخين، على كون المتضررة لم تكن قط من المدخنين مما أثبت العلاقة السببية بين التدخين والمرض الذي أصاب الموظفة⁽¹⁾.

وفي قضية أخرى، قام عامل بمقهى وحانة بباريسية بوقف عقد العمل كونه كان يشتغل في مكان يكثر فيه المدخنون، ورفع دعوى قضائية مطالباً رب العمل بالتعويض؛ لأن عمله في هذه الأماكن يعرضه للإصابة بالأمراض الناتجة عن الاستهلاك السلبي للدخان، وبعد إجراءات طويلة قضت محكمة النقض بأن وقف عقد العمل يعد مشروعاً وذلك لعدم توفير الظروف الملائمة، وألزمت المشغل بتعويضه⁽²⁾.

وفي كوريا الجنوبية تمكنت الحكومة من كسب قضية ضد ثلاث شركات تبغ للتعويض عما تقدمه الحكومة لمرضى التدخين الإيجابي والسلبي من رعاية صحية، حيث حصلت على مبلغ 52 مليون دولار⁽³⁾. وفي بريطانيا رفع أحد السجناء في مقاطعة لانكشاير دعوى طالب فيها إدارة السجون بمنع التدخين داخل السجن وبتعويضه عما أصابه من ضرر بسبب التدخين السلبي، وبعد الاستعانة بالخبرة الطبية قضت المحكمة العليا في بريطانيا بتعويض له وأكدت أن حظر التدخين في الأماكن العامة يشمل جميع المباني التابعة للسجون⁽⁴⁾.

وليس الأمر بعيداً عن ذلك في الدول العربية، ففي السعودية أجاز القضاء فصل الزوجة عن زوجها المدخن وتعويضها، وبينت محكمة الاستئناف في الرياض

(1) المزيد حول هذه القضية انظر الموقع: www.who.int/entity/FCTC/TRANCE.PDE.

(2) انظر: قرار محكمة النقض على الموقع: www.legifrance.gouv.fr.

(3) أطلس التبغ، مرجع سابق، ص 30.

(4) منشور على موقع جريدة الدستور المصرية، العدد الصادر يوم الجمعة الموافق 2015/3/6، ص 12:

www.dostor.org

أنه متى ما أقامت الزوجة دعوى على زوجها بعد أن اكتشفت أنه مدخن وأثبتت الحساسية الشديدة من تدخينه فإنها تفصل عنه وجوباً⁽¹⁾. وفي قضية أخرى تسبب إفراط زوجة في تدخين المعسل في طلاقها من زوجها بسبب الضرر الذي وقع عليه جراء ذلك⁽²⁾.

إلا أنه وبالمقابل فقد رفضت المحكمة العامة في جدة دعوى قضائية مرفوعة ضد شركات توزيع التبغ في المملكة، ورفضت تعويض المدعي نتيجة الأضرار التي لحقت به جراء التدخين، وأكدت في حكمها أن المدعي باشر بنفسه تناول الدخان والمعسل، معتبرة أن المباشرة تقطع السببية، وأضافت المحكمة أن المدعي إنسان بالغ وعاقل وأن لديه العلم أن ممارسة الدخان والشيشة من الأشياء الضارة على صحة وجسم الإنسان⁽³⁾.

أما في لبنان فقد حكمت المحكمة الابتدائية على بعض المؤسسات السياحية التي كانت تقدم الأرجيلة إلى زبائنها رغم سريان حظر التدخين في الأماكن العامة منذ 3 أيلول (سبتمبر) 2012 بغرامة مقدارها مئة ألف ليرة. أما محكمتا كسروان والمثن فقد أصدرتا أحكاماً بغرامة وصلت إلى مليون ونصف مليون ليرة، وفي بعض القضايا كانت الغرامة ثلاثة ملايين ليرة⁽⁴⁾. وفي المغرب اعتبرت محكمة النقض أن التدخين داخل مقر العمل يعد خطأً جسيماً يمكن أن يترتب عنه الفصل، ما دام هذا الفعل يشكل إخلالاً بقواعد حفظ صحة الأجراء وسلامتهم⁽⁵⁾.

صفوة القول أن أضرار التدخين أضحت محل اهتمام القانون والقضاء وذلك بسبب زيادة أعداد المتضررين من التدخين بعد إصابتهم بأمراض مميتة كالسرطان،

(1) موقع مجلة الوطن، قاضي استئناف يجبر فصل الزوجة عن زوجها المدخن، تاريخ الزيارة: 2012/10/16.

(2) أخبار الساعة - العربية نت، سعودي يطلق زوجته أمام المحكمة بسبب شراحتها في تدخين الشيشة: تاريخ الزيارة: 2012/12/2.

(3) منشور على موقع فضائية العربية، يوم الأحد الموافق 2014/3/24.

(4) بسام القنطار، القضاء يعدم قانون الحد من التدخين، مقالة منشورة في صحيفة الأخبار اللبنانية، العدد 2064، الجزء الثاني: مجتمع واقتصاد، تاريخ 26 تموز (جويلية) 2013، ص 3.

(5) صحيفة الجديد بريس، تاريخ 2015/1/28: www.jadidpresse.com.

وخاصة المدخنين السلبيين. فالمدخن الإيجابي لا يسأل مدنيًا ولا جزائيًا عما يحدثه من ضرر لنفسه، لكنه يجب أن يسأل مدنيًا وجزائيًا عما يحدثه من ضرر للمدخن السلبي الذي يتأثر بتدخينه ويصاب بالأمراض نتيجة ذلك؛ لأنه يعد عندها مسببًا للضرر الجسدي.

المطلب الثاني: التطبيقات القضائية في الأردن

بدايةً لا بد من القول إنه بالرغم من البحث والتحري لم نجد أي حكم للقضاء الأردني بهذا الخصوص، مما يدل على أن هذه المسألة لم تطرح بعد أمام المحاكم الأردنية، إلا أننا عثرنا على عدة قضايا حكم بها القضاء الأردني بالتعويض عن أضرار التلوث البيئي، ومنها على سبيل المثال ما قرره محكمة التمييز في أحد أحكامها: «إن شركة الإسمنت قد باشرت في صنع الإسمنت وتشغيل مصانعها بحيث تطاير منها غبار ودخان أضر بأشجار المدعين، وعليه فإن الضرر الناشئ عن هذا الفعل الضار يوجب الضمان على الشركة، وبهذه الحالة تكون ملزمة بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب»⁽¹⁾. وما قرره في حكم آخر: «إن شركة مصانع الإسمنت مسؤولة عن الضرر اللاحق بالأراضي والعقارات نتيجة تساقط الغبار والأتربة المنبعثة عن مصانع الإسمنت ومحاجره وضامنة لتلك الأضرار»⁽²⁾. وما قرره في حكم آخر: «إذا كان الضرر الذي يستند إليه المؤجر في طلب التخلية هو تسرب الدخان من مدخنة العقار المأجور إلى صيدليته المجاورة، فإن هذا الضرر إنما هو إضرار بالجار وليس إضراراً بالمأجور ذاته»⁽³⁾. ومفاد هذا الحكم أن تسرب الدخان هذا لا يعد سبباً للتخلية بل يمكن مساءلة المتسبب به على أساس المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار.

(1) قرار تمييز حقوق رقم 833/1987 لسنة 1989 (هيئة عامة)، منشور على موقع ديوان التشريع والرأي www.lob.gov.jo. انظر كذلك: قرار تمييز حقوق رقم 1250/2002 لسنة 2004، منشور على موقع ديوان التشريع والرأي www.lob.gov.jo.

(2) قرار تمييز حقوق رقم 501/2010 (هيئة عامة) تاريخ 2010/6/15، منشورات مركز عدالة.

(3) قرار تمييز حقوق رقم 386/1979 لسنة 1980، منشور على موقع ديوان التشريع والرأي www.lob.gov.jo.

وجاء في أحد أحكامها: «جرى الاجتهاد القضائي على أن تصرف المالك بشكل يضر بالغير يعتبر تعدياً وتعسفاً باستعمال الحق وموجباً للتعويض وأن تشغيل شركة مصانع الإسمنت لمصانعها وما يتطاير منها من غبار إسمنتي وسقوطه على العقارات المجاورة يلحق بها ضرراً وينقص من قيمتها وهذا الفعل يوجب الضمان ووفقاً للمادة 256 من القانون المدني ولا يرد القول بأن الشركة المميزة بإقامتها للمصنع تصرفت في ملكها تصرفاً مشروعاً لأن حريتها في التصرف مقيدة بعدم الإضرار بالغير ضرراً فاحشاً أو مخالفاً للقوانين والأنظمة أو إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة عملاً بالمادتين 66 و 1021 من القانون المدني»⁽¹⁾.

وجاء في حكم آخر: «إن مشروعية تصرف الشركة المدعى عليها بإنشاء مصنع الإسمنت لا يسبغ المشروعية على تشغيله بشكل ضار ومضر بالغير لأن القاعدة في تصرف المالك أنه يتصرف في ملكه كيف يشاء ما لم يكن تصرفه ضاراً بالغير ضرراً فاحشاً أو مخالفاً للقوانين المتعلقة بالمصلحة العامة والمصلحة الخاصة مما ينبني عليه أن تصرف المالك في ملكه بشكل ضار بالغير يعتبر تعدياً موجباً للضمان»⁽²⁾.

وجاء في حكم آخر: «أباح قانون امتياز شركة كهرباء محافظة إربد المساهمة العامة المحدودة للشركة دخول الأملاك العامة والخاصة وإحداث المنشآت اللازمة بموافقة الوزير إلا أن ذلك لا يعفيها من دفع التعويض عن الضرر الذي تحدثه بهذه الأملاك. إن الضرر ثابت نتيجة زرع الأرض بالأعمدة الإسمنتيّة وتمديد أسلاك كهرباء ذات ضغط عالي وإن هذه المنشآت بحد ذاتها مؤذية وضارة بما لها من خطورة على الحياة»⁽³⁾.

وجاء في حكم آخر: «إن الضرر الذي يلحق بالأرض الزراعية والأشجار المزروعة فيها هو ضرر ثابت لاختلاط الغبار بالتراب نفسه ولا يمكن فصل أحدهما

(1) قرار تمييز حقوق رقم 2014/2277 (هيئة عادية) تاريخ 2014/8/31، منشورات مركز عدالة.

(2) قرار تمييز حقوق رقم 2008/2203 لسنة 2009، منشور على موقع ديوان التشريع والرأي www.lob.gov.jo

(3) قرار تمييز حقوق رقم 1997/1664 لسنة 1999، منشور على موقع ديوان التشريع والرأي www.lob.gov.jo

عن الآخر، وقد استقر اجتهاد محكمة التمييز بهيئتها العامة على أن التعويض عن الضرر الواقع على الأرض بسبب تطاير الغبار وترسبه عليها يقدر على أساس الفرق بين قيمة الأرض قبل وقوع الضرر وقيمتها بعد وقوعه وبتاريخ إقامة الدعوى⁽¹⁾.

وعليه فإنه يمكننا القول إن هذه الأحكام تؤسس لفكرة مسؤولية الملوّث تجاه المتضرّر، وبالتالي لمسؤولية المدخن الإيجابي تجاه المدخن السليبي، ومن ثم التعويض عما أصابه من أضرار. ونحث القضاء الأردني على قبول مثل هذه الدعاوى إن رفعت إليه والحكم بها في ضوء ما أسسناه في هذا البحث، فالقضاء عماد الدولة وصمام الأمان للحقوق، فهو يحميها ويلعب دوراً كبيراً في مجابهة صور التعدي عليها سواء على الصعيد المدني من خلال تقرير التعويض على من ينتهكها أو على الصعيد الجنائي من خلال الردع العقابي لمرتكب جرائم التعدي عليها⁽²⁾.

ولا يفوتنا هنا أن نشير إلى أن اتفاقية منظمة الصحة العالمية الإطارية لمكافحة التبغ لعام 2003 أقرت مبدأ المسؤولية المدنية والجزائية عن أضرار التبغ، وخاصة للمدخنين السليبيين، فنصت المادة 19 من هذه الاتفاقية على أنه: «بغرض مكافحة التبغ تنظر الأطراف في اتخاذ إجراءات تشريعية أو تعزيز قوانينها القائمة عند اللزوم لمعالجة مسألة المسؤولية الجنائية والمدنية بما فيها التعويض حسب الاقتضاء».

وبالنسبة للأماكن التي تقدم الأرجيلة وسط الأسواق أو في محلات غير مرخصة وتضر بالمارة أو بالسكان، فإنه بالإضافة إلى ما قرره القانون للمتضررين في الحق بالمطالبة بالتعويض استناداً إلى ما توصلنا إليه سابقاً، فإنه يمكن للسلطات والحاكميات الإدارية أن تمارس دورها في الضبط الإداري الذي يهدف إلى ضمان أمن وسلامة الأفراد في المجتمع والحفاظة على صحتهم، والذي يتمثل في حماية الأمن

(1) قرار تمييز حقوق رقم 1994/899 لسنة 1999، منشور على موقع ديوان التشريع والرأي www.lob.gov.jo.

(2) كفل الدستور الأردني لعام 1952 وتعديلاته الحق في اللجوء إلى القضاء وأحاط القضاء بعدد من الضمانات التي تكفل تحقيق العدالة ونهي الحقوق، فقد نص في المادة 1/101 على أن: "الحاكم مفتوحة للجميع ومصونة من التدخل في شؤونها".

البيئي الذي يعد أحد عناصر الأمن العام في المجتمع⁽¹⁾. ويمكن أن يكون ذلك من خلال اتخاذ التدابير التي منحتها إياها التشريعات بما في ذلك إلزام الملوّثين بإزالة الملوّثات وإيقاف نشاط المنشآت التي تلوث الهواء وتضر بالبيئة المحيطة وبالسكان، وترشيد الاستهلاك، وإغلاق المنشآت أو المحال الخطرة على عناصر البيئة⁽²⁾، خاصةً أنه قد سبق وأغلقت وزارة الصحة ثلاثة مقاهي في الربع الأول من العام الحالي لمخالفتها نصوص قانون الصحة العامة المتعلقة بحظر التدخين في الأماكن العامة⁽³⁾.

جدير بالإشارة إلى أنه يمكن للجيران الاستناد إلى أحكام مضار الجوار للمطالبة بالتعويض عن ما يلحقهم من ضرر، وهذا يجد أساسه في نص المادة 1027 من القانون المدني الذي أورد أن: «على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار التي لا يمكن تجنبها إنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف». هذا ولم يحدد المشرع الأردني معنى "الحد المألوف" وحسن فعل، كون ذلك يتكيف مع الظروف ويواجه الحاجات المتغيرة ويستجيب لمقتضيات كل منها، وهذا يعني أن تقدير ما يعد ضرراً مألوفاً أو غير مألوف يعد من مسائل الواقع التي يترك أمر تقديرها للقاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة التمييز. وتأكيداً لمرونة معيار الضرر غير المألوف أوجب المشرع على القاضي مراعاة الظروف التي تحيط باستعمال الجار لحقه عند تقديره للضرر غير المألوف وهي: العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منهما بالنسبة إلى الآخر والغرض الذي خصصت له.

(1) للزيد انظر: عادل السعيد أبو الخير، القانون الإداري: القرارات الإدارية - الضبط الإداري - العقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2009، ص 37 وما بعدها؛ د. محمد السيد أرناؤوط، مرجع سابق، ص 13 وما بعدها؛ د. صالح الشراري، مرجع سابق، ص 11؛ د. خالد بن عبد العزيز الحرفش، مرجع سابق، ص 51.

(2) انظر: المادة 1/43 من قانون تنظيم المدن والقرى والابنية رقم 79 لعام 1966؛ المادة 7 من قانون حماية البيئة رقم 52 لسنة 2006؛ المادة 7 من نظام حماية الهواء رقم 28 لسنة 2005. انظر كذلك: قرار عدل عليا رقم 1994/56 لسنة 1995 & قرار تمييز حقوق رقم 1981/41 لسنة 1983، منشوران على موقع ديوان التشريع والرأي www.lob.gov.jo.

(3) نقلاً عن وكالة جراسا الإخبارية، الثلاثاء 14/4/2015 www.gerasanews.com

ويمكن للدولة أن تحذو حذو الدول المتقدمة من خلال فرض ما يعرف بالضريبة البيئية أو الضريبة الخضراء التي تفرض لحساب الخزينة العامة على الشركات وخاصة شركات التبغ، تبعاً لقدرتها على الدفع من أجل المساهمة في أعباء الخدمات العامة وتحقيق أهداف اجتماعية واقتصادية رامية إلى حماية البيئة وتحقيق الصالح العام⁽¹⁾، وتعد الدول الإسكندنافية والولايات المتحدة الأمريكية من أوائل الدول التي فرضت هذا النوع من الضرائب، ففي الدانمارك تشكل نسبة حصيلة هذه الضرائب 9% من إجمالي إيرادات الضرائب، في حين تشكل في الولايات المتحدة نسبة 3%⁽²⁾.

وتجد هذه الضريبة أساسها في المبدأ السادس عشر من وثيقة إعلان ريو دي جانيرو التي أسفر عنها مؤتمر البيئة والتنمية المستدامة 1992 (قمة الأرض)، والذي نص على أنه: «ينبغي أن تسعى السلطات الوطنية إلى تشجيع استيعاب التكاليف البيئية داخلياً واستخدام الأدوات الاقتصادية آخذة في الحسبان النهج القاضي بأن يكون المسؤول عن التلوث هو الذي يتحمل من حيث المبدأ تكلفة التلوث مع إيلاء المراعاة الواجبة للصالح العام»⁽³⁾. وعلى ضوء ذلك يمكن القول إن فرض الضريبة الخضراء يعزز الترسانة التشريعية الخاصة بحماية البيئة في الأردن ويمكن المشرع من إيجاد وسيلة قانونية حديثة للتعويض عن أضرار التلوث البيئي بما يتفق وطبيعة هذه الأضرار.

كما أنه يمكن للجامعات والمعاهد والهيئات والمراكز العلمية والشركات والبنوك

(1) د. السيد عطيه عبد الواحد، الضريبة البيئية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة 48، يناير 2001، ص48؛ د. علي لطفي، اقتصاديات المالية العامة، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1999، ص19.

(2) Bernard Salanie: The Economics of Taxation, The MIT Press, Cambridge, 2003, p.193.

(3) Principle 16: National authorities should endeavour to promote the internalization of environmental costs and the use of economic instruments, taking into account the approach that the polluter should, in principle, bear the cost of pollution, with due regard to the public interest.

والمستشفيات وغيرها، أن تثبت سياسة عدم التدخين وتعلن حظر التدخين داخل مبانيها، وهذا ما فعلته العديد من الجامعات والمراكز العلمية والشركات والبنوك في أوروبا، إذ تثبت هذه المؤسسات سياسة حظر التدخين داخل مبانيها وتعلن ذلك قبل أن توظف أي شخص فيها كما تعلن ذلك للمراجعين والزوار، وهذه السياسة تثبتها عدة جامعات مرموقة في العالم؛ فمثلاً تثبت جامعة لندن ساوث بانك سياسة حظر التدخين داخل أي بناية تعد جزءاً من حرمها الجامعي وتعلن ذلك للطلبة ولكل طالب يتقدم للقبول وكل موظف يتقدم للعمل بها بحيث أضحي هذا شرطاً من شروط القبول للدراسة أو التوظيف⁽¹⁾، وتنفي بدورنا أن تحذو جامعاتنا خاصة ومؤسساتنا عامة حذو هذه الجامعات والمؤسسات الرائدة حيث يحزننا أن نشاهد دخان السجائر يغطي شاشة التلفزيون في الاجتماعات العامة للهيئات والمؤسسات الرسمية التي تعد مسؤولة بالدرجة الأولى عن سن القانون أو عن تنفيذه⁽²⁾.

الخاتمة (النتائج والتوصيات)

تبين لنا من مناقشة موضوع هذا البحث ضمن الجزء الثاني أن المشرع الأردني أقام المسؤولية التقصيرية على أساس موضوعي، فبمجرد التعدي على الغير وإصابته بضرر دون حق تقوم مسؤولية الفاعل ويترتب عليه ضمان الإضرار، بصرف النظر عن كونه مميزاً أم غير مميز، وبصرف النظر عن وجود إرادة متجهة إلى إحداث النتيجة أم لا، شريطة توافر رابطة سببية بين التعدي والضرر الناشئ عنه.

ونخلص من ذلك إلى نتيجة مفادها أنه يمكن للمدخن السلبي مقاضاة المدخن الإيجابي مطالباً إياه بالتعويض عما يلحق به من أضرار ناجمة عن استنشاقه لدخان التبغ ومشتقاته؛ ذلك أن المدخن الإيجابي تعدى على حق المدخن السلبي في التمتع

(1) نصت سياسة حظر التدخين التي تنتهجها الجامعة على: "This smoking policy seeks to guarantee all employees the right to work in environments free of tobacco smoke. All University premises are designated smoke-free with adequate signage to inform staff, students, contractors and visitors of the smoke free status of the buildings" (www.lsbu.ac.uk).

(2) انظر: الأميرة دينا مرعد مدير عام مؤسسة الحسين للسرطان، مرجع سابق، ص 5.

في بيئة صحية وآمنة ونجم عن ذلك ضرر به. وكذلك يثبت الحق في التعويض لورثة المضرور من التدخين عن الأضرار المادية والآلام التي تلحقهم جراء موته.

وفي ضوء الموضوعات التي تمت مناقشتها نوصي بما يلي:

(أ) - إعادة تعريف المكان العام الوارد في المادة 52 من قانون الصحة العامة لسنة 2008 ليشمل: المطاعم والفنادق والمقاهي والصالات على اختلاف أنواعها وأغراضها، والمنشآت الرياضية المغلقة، وأي مكان معد لاستقبال العامة أو فئة من الناس، وأي مكان مغلق له شكل البناء المتكامل الذي لا يدخله الهواء إلا من خلال فتحات معدة لذلك كالحليم وبيوت الشعر والأكشاك المبنية من ألواح الزينكو أو الأخشاب وغيرها.

(ب) - سن قانون خاص بحماية المستهلك في الأردن من شأنه أن يتضمن كافة النصوص اللازمة لحماية المستهلك، وضرورة تزويده بالمعلومات والبيانات وكافة التفاصيل بشأن السلع والخدمات والمنتجات المقدمة.

(ت) - تفعيل التشريعات المتعلقة بحظر التدخين في الأماكن العامة والأماكن المغلقة ووسائل النقل العام والخاص خاصة في حالة وجود الأطفال، بحيث يشمل ذلك الجامعات والمؤسسات العامة وتحديدًا تلك التي يثبت جزء من نشاطاتها واجتماعاتها على شاشة التلفزيون كي تكون قدوة لغيرها في احترام القانون.

(ث) - فرض ضرائب إضافية على السجائر، فهذه الضرائب مفيدة في التقليل من عدد المدخنين الصغار في السن وفي تعديل السلوك الاستهلاكي عند المدخن.

(ج) - فرض ضريبة خضراء أو بيئية على شركات التبغ، على أن تتم تهيئة الظروف الثقافية والاجتماعية والاقتصادية قبل فرض هذه الضريبة لضمان نجاحها في تحقيق أهدافها في مكافحة التلوث وخدمة البيئة.

(ح) - استحداث محكمة خاصة بقضايا البيئة وتأهيل قضاة متخصصين للنظر في منازعات التلوث البيئي؛ وذلك لما لهذا النوع من المنازعات من طبيعة خاصة سواء بالنسبة للخبرات المطلوبة أو بالنسبة للإثبات.

(خ) - تشكيل هيئة وطنية لمكافحة آفة التدخين تضم ممثلين عن وزارات: البيئة والصحة، التربية والتعليم، التعليم العالي، الأوقاف، والبلديات والمؤسسات الإعلامية لتتولى رسم استراتيجية وطنية لمكافحة آفة التدخين.

(د) - بناءً على ما أثبتته العلم من أضرار التدخين التي تلحق بالمدخن الإيجابي وبغيره من أبناء المجتمع (المدخنين السلبيين) وبالدولة وبالأمة جمعاء، فإنني أوصي الحكومة بحظر إنتاجه أو تصنيعه أو استيراده أو تصديره أو التعامل به، وقد يسعفنا في ذلك نص المادة 6/أ من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم 11 لسنة 1988 وتعديلاته، الذي جاء على النحو التالي: «يحظر استيراد أو تصدير النباتات أو بذور النباتات التي ينتج عنها أي مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية، كما يحظر التعامل أو التداول بها بأي صورة من الصور بما في ذلك تملكها وحيازتها وشراؤها وبيعها ونقلها وتسليمها وتسليمها والتنازل عنها وإجراء التبادل بها أو التوسط في أي عملية من هذه العمليات وذلك مهما كانت الغاية من ذلك التعامل أو التداول، ب- تشمل عبارة (النباتات وبذور النباتات) النباتات المدرجة في أي من الجداول الملحققة بهذا القانون وأي نباتات أو بذور نباتات أخرى يقرر مجلس الوزراء بناءً على تنسيب وزير الصحة إضافتها إليها». وعليه، فإنه يمكن إضافة التبغ ومشتقاته إلى قائمة النباتات والمواد الممنوعة لا سيما وأنه قد حصلت عدة سوابق، أحدثها أن الحكومة قررت بتاريخ 2015/5/13 اعتبار مادة الجوكرا التي تحتوي على خليط من نبات القنب والحشيش الطبيعي من المواد الممنوع التعامل بها علماً بأن التبغ ومشتقاته قد لا يقل خطورة عن هذه المادة⁽¹⁾.

وفي الخاتمة نقتبس ما قاله الدكتور جورج الصايغ: «إن سلامة البشرية هي من الأهداف العليا التي نزلت بها شرائع الله تعالى وإن سعادة البشرية واستمرار وجودها تكمن في سلامة البيئة ورعايتها والحفاظة على صفاء أجوائها وعدم تلويث هوائها وعدم الإضرار بإنسانها»⁽²⁾.

(1) قرار مجلس الوزراء بتاريخ 2015/4/29، منشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 5341 تاريخ 2015/5/17، ص 5402.

(2) د. جورج لطفي الصايغ، الصلة الروحية بين الإنسان والطبيعة، مجلة الريم، العدد 65، الجمعية الملكية لحماية الطبيعة، عمان، 1999، ص 1.

الأساس القانوني في المواجهة الدولية للمنازعات المسلحة الداخلية - الحالة السورية نموذجاً -

بقلم: د/المختار أعمر*

ملخص:

يعيش الشعب السوري منذ ما يزيد عن أربع سنوات تحت وطأة مجازر دموية بين فصيلين، لا شئ سوى حلمهم بالحياة الكريمة والعدالة الاجتماعية، والتي استكثروا عليهم البعض من رموز النظام الحاكم.

فكان أن رفع سلاح غير الوطنيين من عناصر جيشه في وجه شعب أعزل، لتنتقل شرارة مواجهة مسلحة غير متكافئة بين جيش نظامي مدعوم بمرتقة من قوى خارجية لها نفس العقيدة الإيديولوجية والسياسية، وأخرى تصارع من أجل فرض سيادتها العالمية في صراع دفين حول إعادة رسم خريطة القوى داخل الأمم المتحدة، مكون من فصيلين روسيا من جهة، والغرب بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية من جهة أخرى.

حيث يذهب المعسكر الروسي نحو الدفع بكون الحرب السورية السورية، هي نزاع داخلي بين دولة نظامية شرعية وبين جماعات إرهابية تسعى لفرض أجندات خارجية لخدمة تيارات إسلامية وسياسية إقليمية.

ومن ثم أصبحت المجازر التي يتعرض لها الشعب السوري مسرحية تُتابع فصولها أمام مجتمع دولي، مكون من مواطني شعوب تندد بها وتعتبرها اعتداءً على الإنسانية جمعاء، وتطالب بضرورة وقف هذا النزيف بالقوة مادامت جميع المساعي الدبلوماسية قد فشلت في ظل فيتو روسي جائر، تقابلها أنظمة حاكمة تتمتع بحق الفيتو تعتبر هذه المجازر إرهاباً داخلياً ممولاً دولياً ضد نظام دولة منتخب.

يبقى السؤال العالق إلى الآن، هو كيف يمكننا تأكيد الطبيعة الدولية للجرائم

* أستاذ مشارك بقسم القانون الخاص، بكلية الحقوق سلا/ جامعة محمد الخامس بالرباط، المغرب.

المرتكبة في الشقيقة سوريا ضد المدنيين، حتى يتسنى لنا القول باختصاص المحكمة الجنائية الدولية بمتابعة ومحاكمة رموز النظام السوري وغيرهم ممن يرتكبون هذه المجازر؟

وما هي البدائل المتاحة لإضفاء الشرعية على أي تدخل دولي عسكري في حالة عجز تدخل الجنائية الدولية دون المساس بمبدأ السيادة للدولة؟
هذا ما سنحاول البحث فيه من خلال هذه الدراسة.

Abstract:

The legal Basis in the International confrontation internal armed conflicts

Syrian situation model

Syrian people have been suffering from bloodhseds perpetrated by the Syrian bloody and inherited regime for more than four years day and might against its citizens for nothing but their dream of a decent life and social justice that are considered extravagant and a kind of loftiness and prosperity which people have no right to dream of as long as the ruling Baati party and whoever endorses its ideology cherish them

The weapons of non-nationalists from military members were lifted against defenseless people in a booldy manner unprecedented in the history of the Arabo-Islamic regimes. The flames of the unbalancedly armed conflict started between State army buttressed by "Chabiha" paid fighters and also from external powers that share the same political and ideological doctrines such as other which struggles for imposing its world sovereignty in a latent conflict to redraw the map of power dynamics inside the United Nations composed of two sects Russia one hand and the West led by the USA on the other hand.

The Russian clan believes that the Syrian war is an internal conflict between legitimate State and terrorist groups seeking to wield

external agendas to serve locally political Islmaist groups. The bloodsheds that Syrian are prone to have become a play whose acts are displayed in front of the whole world which in itself is composed of citizens who denounce these bloodsheds and deem them a violation against humanity as a whole. These people ask for urgent cease of this bleeding by force as long as all diplomatic attempts failed with an unjust Russian Veto which is pit against reuling regimes that cherish the Veto right considering the bloodsheds an internal terrorism internationally subsidized against an elected State regime. The acts of this killing, genocide, and oppression play continue using chemical weapons when this regime's advocates are not convinced that they are scribbling black pages in the modern history of humanity.

The pertinent questions are how can we justify the international aspect of these Syrian regime's crimes against its people so that we can assume the specialization of the International Court and bring to justice the symbols of the Syrian 'Baati' regime and whomever perpetrates these crimes? What are the available alternative solutions to legitimize any international military intervention in case that the International Penal Court fails without breaching the principle of State sovereignty? This is what we will investigate in this study starting with the necessity of proving the international involvement in the 'Baati' Syrian regime's crimes as a basis for the specialization of the International Penal Court to pursue it as follows:

Can 1: The international involvement as a basis for the specialization of the International Penal Court in the Syrian crimes

Can 2: The legal backgrounds that justify the right to resistance and the international intervention against the Syrian situation.

مقدمة:

على مر العصور، لم تخلُ الإنسانية من حالات بشرية خطت سيرتها بدماء مواطنيها، عن طريق إثارتهم للحروب لنشر قناعاتهم الفكرية أو الإيديولوجية أو الدينية أو العرقية.

غير أن فرض مثل هؤلاء القادة أو الحكام لسياسة الأمر الواقع على مواطنيهم، لم تكن أبدا مقبولة من قبل الشعوب المتحضرة.

وظل المؤكد، أن هذه التهديدات التي تحملها تلك الانتهاكات الخطيرة، المعروفة باسم الجرائم الدولية، لا تقتصر على مواطني مثل هؤلاء الحكام، بل تنصرف إلى الإنسانية جمعاء؛ لأن الضرر العضوي قد ينتهي بموت الضحية أو بعيشه مع عاهته أو بتعويضه.

لكن الضرر المعنوي هو الأشد خطورة وألماً؛ لأنه يمس، ليس الضحايا من مواطني الدولة التي يقتلها حاكمها فقط، ولكن يمتد لكل إنسان ذي ضمير حي، من خلال معاناته النفسية أمام الصور البشعة التي يتداولها الإعلام الدولي، أيا كانت جنسيته أو دينه أو معتقده أو عرقه.

غير أن ما نشهده منذ ما يزيد عن خمس سنوات في سوريا الشقيقة، من مجازر يرتكبها نظام فقد شرعيته، ليل نهار ضد مواطنيه، لا شيء سوى حلهم بالحياة الكريمة والعدالة الاجتماعية، والتي استكثروا عليهم، واعتبرها نوعاً من البذخ والرفاه، لا يحق لهم حتى الحلم به مادام السيد بشار الابن ومن يدور في فلكه يعيشه.

فكان أن رفع سلاح المرتزقة من بعض عناصر جيشه في وجه شعب أعزل، بدموية لم يشهد لها التاريخ في الأنظمة العربية والإسلامية الحديثة أي مثيل، لتتطلق شرارة مواجهة مسلحة غير متكافئة بين جيش نظامي مدعوم بمرتزقة "الشبيحة" ومن قوى خارجية لها نفس العقيدة الإيديولوجية والسياسية، وأخرى تصارع من أجل فرض سيادتها العالمية في صراع دفين حول إعادة رسم خريطة

القوى داخل الأمم المتحدة، مكون من فصيلين روسيا والصين من جهة، والغرب بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية من جهة أخرى.

حيث يذهب المعسكر الروسي نحو الدفع بكون الحرب السورية السورية، هي نزاع داخلي بين دولة نظامية شرعية، وبين جماعات إرهابية تسعى لفرض أجندات خارجية لخدمة تيارات إسلامية وسياسية إقليمية.

ومن ثم أصبحت المجازر التي يتعرض لها الشعب السوري مسرحية نتابع فصولها أمام مجتمع دولي، مكون من مواطني شعوب تندد بها وتعتبرها اعتداءً على الإنسانية جمعاء، وتطالب بضرورة وقف هذا التزييف بالقوة مادامت جميع المساعي الدبلوماسية قد فشلت في ظل فيتو روسي جاهز، تقابلها أنظمة حاكمة تتمتع بحق الفيتو تعتبر هذه المجازر إرهاباً داخلياً ممول دولياً ضد نظام دولة منتخب. لتكتمل بذلك فصول مسرحية التقتيل والإبادة والقهر، باستعمال الأسلحة الكيماوية، دون أن يقتنع مناصرو هذا النظام بأنهم يخطون صفحات سوداء من التاريخ البشري الحديث⁽¹⁾.

ليبقى السؤال كيف يمكننا تأكيد الطبيعة الدولية لجرائم النظام السوري ضد شعبه، حتى يتسنى لنا القول باختصاص المحكمة الجنائية الدولية بمتابعة ومحاكمة رموز النظام السوري وغيرهم ممن يرتكبون هذه المجازر؟

وما هي البدائل المتاحة لإضفاء الشرعية على أي تدخل دولي عسكري في حالة عجز تدخل الجنائية الدولية دون المساس بمبدأ السيادة للدولة؟

هذا ما سنحاول البحث فيه من خلال هذه الدراسة، بدءاً بضرورة إثبات الركن الدولي في جرائم النظام السوري كأساس لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية في ملاحقته، وذلك وفق التالي:

المبحث الأول: الركن الدولي كأساس لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية

(1) - للتوسع حول الوصف الأمثل لجرائم النظام السوري، انظر: سامي جاد عبد الرحمن واصل: "إرهاب الدولة في إطار القانون الدولي العام"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.

بالجرائم في سوريا

المبحث الثاني: الأسانيد القانونية المبررة لحق المقاومة والتدخل الدولي في الحالة السورية

المبحث الأول: الركن الدولي كأساس لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية بالجرائم في سوريا

إذا كان وصف الفعل الجرمي -ومن ثم الجريمة في عمومها- بالدولية يقوم على شروط معينة لا يستقيم هذا الوصف بدونها، فإن توضيح مفهوم الجريمة الدولية وركنها القانوني تحديداً يبقى في غاية الأهمية حتى يتسنى لنا تأسيس اختصاص المحكمة الجنائية الدولية في هذا المقام، دون الخوض في باقي الأركان التقليدية للجريمة في إطارها العام.

المطلب الأول: ماهية الجريمة الدولية وركنها الدولي

الفرع الأول: ماهية الجريمة الدولية - من زاوية نظام المحكمة الجنائية الدولية -

إذا كانت الجريمة تعرف بشكل عام بأنها: «فعل أو امتناع، ينهى القانون عن إتيانه أو يأمر بالقيام به، ويرتب على مخالفة ذلك، عقوبة أو تدبيراً احترازياً»⁽¹⁾.

فإن الجريمة الدولية التي تختص المحكمة الجنائية الدولية بنظرها، تختلف في تعريفها عن الجريمة التي يطبق عليها القانون الوطني وتنظرها المحاكم الجنائية الوطنية⁽²⁾.

(1) - راجع: راجع: المختار أعمرة: "الوجيز في القانون الجنائي العام - الجريمة"، مطبعة السلام، سلا، المغرب، 2014، ص 19-22، أحمد عبد العزيز الألفي: "قانون العقوبات القسم العام"، مصر، كلية الحقوق جامعة الزقازيق، مكتبة النصر، 1978، ص 49 وما بعدها.

(2) - القانون الجنائي الدولي هو القانون الذي يبين الأفعال التي تعد جرائم دولية وبين الإجراءات التي تتبع عند ارتكابه، فهو قانون له صفة دولية يجب أن تحدد وفقاً للمفهوم الحديث للقانون الدولي. إلا أنه ومع بداية القرن العشرين بدأ الفرد يكتسب وضعاً كأحد الموضوعات التي يتناولها القانون الدولي، وقوي هذا المفهوم الجديد بعد نشأة منظمة الأمم المتحدة، وأصبح الفرد اليوم يتمتع بشخصية قانونية دولية محدودة، فهو - على المستوى الدولي - يتمتع بحقوق ويلتزم بواجبات لأن الفرد هو الذي يرتكب الجريمة وهو الذي يحاكم جنائياً، =

حيث تعرف الجريمة الدولية، بأنها: «فعل غير مشروع في القانون الدولي، صادر من شخص ذي إرادة معتبرة قانوناً، ومتصل على نحو معين بالعلاقة بين دولتين أو أكثر، وله عقوبة توقع من أجله»⁽¹⁾.

كما عرفت بأنها: «أفعال ذات جسامه خاصة، يكون من شأنها إحداث الاضطراب في الأمن والنظام العام للجماعة الدولية»⁽²⁾.

أما الفقه الفرنسي فقد عرفها بأنها: «تلك الجريمة التي يترتب على وقوعها إلحاق الضرر بأكثر من دولة»⁽³⁾، أو أنها: «تصرفات مضادة لقواعد القانون الدولي العام، لانتهاكها المصالح التي تهم الجماعة الدولية، والتي قررت حمايتها بقواعد هذا القانون»⁽⁴⁾.

أما الفقه المصري فيعرف الجريمة الدولية، بأنها: «سلوك بشري عمدي يراه المجتمع الدولي ممثلاً في أغلبية أعضائه، مُخْلاً بركيزة أساسية لكان هذا المجتمع - أي لقيام التعايش السلمي بين شعوب البشرية - أو بدعامة معززة لهذه الركيزة، ويكون منافياً للضمير البشري العالمي لذلك المجتمع، وقابلاً لإفلات صاحبه من المساءلة الجنائية، إما لاتخاذها في مكان غير خاضع لسلطان أية دولة كالبحر العام والجو العام، وإما لصدوره من قوة تتسلط على

أي أننا أمام ازدواج للمسؤولية، ولكن ذلك لا يعني انتفاء مسؤولية الدولة.

(1) - بحسب هذا التعريف يكون للجريمة الدولية أربعة أركان، هي:

الركن الشرعي/ القانوني، والمادي، والمعنوي، وينضاف إليها الركن الدولي، والذي يعني أن الجريمة الدولية تكون من فعل يتصل على نحو معين بالعلاقة بين دولتين أو أكثر، انطلاقاً من كون القانون الدولي ينظم العلاقات بين الدول، والجريمة الدولية تفترض أن انتهاكاً للحقوق التي يحميها هذا القانون، قد وقع بالفعل.

للتوسع راجع: محمود نجيب حسني: "دروس في القانون الجنائي الدولي"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1960، ص 59 وما بعدها.

(2) - محيي الدين عوض: "دراسات في القانون الدولي الجنائي"، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، (بدون تاريخ نشر)، 295 ص.

(3) - ومن ذلك جرائم ترتيب العملة فهي قد يعد ويدبر لها في دولة، وتنفذ في دولة أخرى، وتوزع العملة المزيفة في دولة ثالثة.

Qr. Salanda: la justice Pénal international, R.C.A.D.I, Vol.10,1925, p:319.

(4) C. Lomlois : Droit Pénal international; Dalloz, Paris, 1971, p:46.

أشخاص لا يملكون لها دفاعاً، وإما لعدم إحكام العقاب عليه في مكان اتخاذها، أو في مكان احتواء لصاحبه، أو لاجتيازها حدود الدولة بطريقة غادرة أو لوروده على محل قابل لأن ينبثق منه الأذى، إضراراً بعدد مطلق من أشخاص عاجزين عن تفادي هذا الأذى»⁽¹⁾.

غير أن هذه التعريفات، وإن تنوعت من حيث نظرتها لزوايا الجريمة الدولية، إلا أن توافر الركن الدولي أو الاختصاصي فيها، يمكننا من حصرها في نطاق الجرائم التي تختص بها المحكمة الجنائية الدولية، والتي أوردتها في المواد: 5، 6، 7، 8 من نظامها الأساسي على سبيل الحصر، والمحددة في جرائم الإبادة الجماعية، وجرائم الحرب، والجرائم ضد الإنسانية⁽²⁾.

وعليه يمكننا تعريف الجريمة الدولية⁽³⁾، بأنها: «كل عمل أو امتناع، يتصف بوصف الجرائم الواردة ضمن المواد 6 - 7 - 8 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، شريطة أن يكون صادراً عن إرادة معتبرة قانوناً، بصرف النظر عن صفة الفاعل أو الممتنع القانونية أو السياسية، أو الاجتماعية، سواء كانت هذه الأفعال في صورة إبادة جماعية أو أفعال ضد الإنسانية، أو تمثل جرائم حرب، على أن تكون في إطار دولي يتبنى الفعل ضمن سياسة دولة أو سياسة من قبل منظمة غير حكومية»⁽⁴⁾.

(1) - رمسيس بهنام: "الجرائم الدولية"، بحث مقدم للمؤتمر الأول للجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة، مصر، 1987، ص 10.

غير أنه يؤخذ على هذا التعريف أنه تجاوز مفهوم التعريف ليمتد إلى شرح الأحكام العامة للجريمة الجنائية الدولية، مما يجعله شرح لأركان الجريمة الدولية وليس تعريفاً دقيقاً لها.

(2) - تم إقرار النظام الأساسي للمحكمة بروما يوم السابع عشر من تموز (جويلية) 1998، ودخل حيز التنفيذ بالفعل في (جويلية) 2002.

(3) - انظر في هذا الخصوص كذلك التعريف الذي يقدمه لنا: عبد الفتاح بيومي حجازي: "المحكمة الجنائية الدولية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 18.

(4) - نستخلص أن الجريمة الدولية التي تدخل ضمن نطاق اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، لا تكون كذلك إلا إذا توافرت لها أركان أربعة هي: الركن القانوني أو ركن انتفاء الصفة المشروعة أو عدم المشروعية، تم الركن المادي، فالركن المعنوي، وأخيراً الركن الدولي لهذه الجريمة؛ وللتوسع في هذا الخصوص، راجع: محمد شريف بسيوني: "المحكمة الجنائية الدولية - نشأتها - نظامها الأساسي - تطورها التاريخي"، طبعة نادي القضاة، القاهرة، مصر، 2001، ص 153 وما بعدها.

الفرع الثاني: الركن الدولي في الجريمة الدولية⁽¹⁾

- من زاوية نظام المحكمة الجنائية الدولية -

إذا كان الأصل في تجريم الأفعال جنائياً، هو ضرورة توافرها على أركانها: المادي والقانوني والمعنوي، فإن الطبيعة الدولية لجرائم النظام السوري، تقتضى قيام ركن رابع تختص به الجرائم ضد الإنسانية عن نظيرتها الفردية، ويتمثل هذا الركن في الركن الدولي.

حيث يجمع الفقه الجنائي الدولي على أن هذا الركن هو الوحيد والمميز للجريمة الدولية عن الجرائم العادية المجرمة وطنياً.

غير أن الخلاف بقي حول المعيار الأفضل لتحديده، وهو ما دفع الدكتور محمود شريف بسبوني في تحليله لنص 322 وثيقة قانونية دولية تتضمن تجريماً لـ 25 جريمة دولية، أن كلا من هذه الجرائم تعكس وجود واحد أو أكثر من العناصر الثلاثة التالية⁽²⁾:

1- العنصر الدولي، ويشترط فيه أن:

أ- يشكل الفعل تهديداً لسلام وأمن المجتمع الدوليين، سواء كان ذلك بشكل مباشر أو غير مباشر؛

ب - يهز الرأي العام للمجتمع الدولي من خلال مساهمته بالقيم المشتركة لهذا المجتمع.

2- العنصر عبر الدولي، ويشترط فيه أن:

أ- يؤثر السلوك على الأمن العام أو المصالح الاقتصادية لأكثر من دولة،

(1) - للتوسع، راجع: سوسن تمرخان بكمة: "الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية"، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي العام، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 241 - 298.

(2) Bassiouni, M. Cherif: Crimes Against Humanity, In International Criminal Law VOL.1, New York, 1999, p: 255.

فيتجاوز ارتكابه الحدود الوطنية؛

ب - يتورط في ارتكاب السلوك الجرمي مواطنو أكثر من دولة واحدة.

3 - عمل أو سياسة الدولة:

الواقع أننا إن تأملنا في جرائم النظام السوري، نجد أن هذه العناصر الثلاثة مجتمعة تتوفر فيه، بل تتعداها إلى أفظع من ذلك، نتيجة ارتكابها بشكل واسع ومنهجي ضد السكان المدنيين العزل، في صراع غير متكافئ أبداً.

إذ اتسع نطاق آلة القتل عنده ليغطي كافة الأراضي السورية، بل تعداها إلى الأراضي التركية والأردنية في محاولة صارخة لاستفزازهما، بغرض تدويل الصراع لتبرير التواجد الشاذ لعناصر حزب الله وإيران واستعانتهم بهم في قتل أبناء وطنه⁽¹⁾.

مما يدفعنا إلى القول بأن المحكمة الجنائية الدولية أصبحت بقوة القانون صاحبة الاختصاص في أي مسطرة قضائية يمكن تحريكها في هذه الجرائم، حيث اتخذ هجوم النظام السوري شكلاً منهجياً وأكثر اتساعاً (أولاً)، ووجه إلى مجموع السكان المدنيين باستثناء أبناء الطائفة العلوية التي ينتمي لها بشار الأسد (ثانياً).

□ أولاً: الهجوم الواسع النطاق أو المنهجي

عرفت الفقرة (1/2) من المادة السابعة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الهجوم الموجه ضد السكان المدنيين، بأنه يعني:

"نهجاً سلوكياً يتضمن الارتكاب المتكرر للأفعال المشار إليها في الفقرة (1) ضد أي مجموعة من السكان المدنيين، عملاً بسياسة دولة أو منظمة، تقضي بارتكاب هذا الهجوم أو تعزيز هذه السياسة".

وعرفته الفقرة (3) من المقدمة المتعلقة بأركان الجرائم ضد الإنسانية، بأنه يعني:

(1) - والمؤسف في اعتقادنا أن سكوت المجتمع الدولي واكتفاءه بالتنديد والاستهجان، كان أحد أهم الأسباب التي أفرزت لنا ظهور مسخ فكري إرهابي همجي "تنظيم داعش"، نشط في نطاق جغرافي واسع بين سوريا والعراق، بل أعطاه ذلك الإشعاع دفعا لإيقاظ خلايا كانت نائمة في العديد من الدول مثل ليبيا ومصر وتونس والجزائر والسعودية، وهو أمر أصبح يهدد جدياً مواطني دول المنطقة دون استثناء.

"سلوكا يتضمن ارتكابا متعددًا للأفعال المشار إليها في الفقرة (1) من المادة السابعة من النظام الأساسي، ضد أي سكان مدنيين تأييدا لسياسة دولة أو منظمة بارتكاب هذا الهجوم، ولا توجد ضرورة لأن تشكل الأفعال عملا عسكريا، ومن أن السياسة الرامية إلى القيام بهذا الهجوم تستدعي أن تقوم الدولة أو المنظمة بفاعلية بتعزيز أو تشجيع القيام بهذا الهجوم ضد السكان المدنيين".

وعليه يمكننا القول، إن كلا الحالتين الجرميتين أعلاه تنطبق واقعا وقانونا على جرائم رئيس النظام السوري ومن معه، بحيث يكون من غير المقبول استبعادها من اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، باستخدام الفيتو الروسي الحليف القوي له، بدعوى كونها مستبعدة من صنف الجرائم ضد الإنسانية، وأنها لا تعدو أن تكون نزاعا مسلحا داخليا بين نظام يمثل الشرعية الدولية من جهة، وتنظيمات متطرفة إرهابية (الجيش السوري الحر) تمثل امتدادا للهد الإسلامى بقيادة المملكة العربية السعودية وتركيا وبعض دول الخليج.

ثانيا: الهجوم الموجه ضد مجموعة من السكان المدنيين⁽¹⁾

أكدت المحكمة الجنائية الدولية في ملف يوغوسلافيا عند مناقشتها الدائرة في قضية "تاديك"⁽²⁾، تداخل جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية.

مما يمكن معه اعتبار الجرائم المرتكبة ضد المواطنين السوريين، هي جرائم ضد الإنسانية، حتى ولو اعتبر النزاع المسلح الدائر فيها داخليا؛ لأن العدد الكبير من الضحايا (ما يزيد عن 500000 ألف قتيل) المدنيين، بل والطريقة الممجيبة التي ارتكبت وترتكب بها هذه الفظائع بشكل منهجي ومخطط له، يؤكد بما لا يدع مجالا للشك تطابق حالة "تاديك" مع نظيره بشار الأسد، عندما قالت في تكييفها للأولى: «إن اشتراط المادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة أن تكون الأفعال المحظورة

(1) - حول حقوق ضحايا جرائم النظام السوري، راجع: نصر الدين بو سماحة: "حقوق ضحايا الجرائم الدولية - على ضوء أحكام القانون الدولي"، مصر، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.

(2) Goldman, Olivia Swaak, Crimes Against Humanity, In Substantive and Procedural Aspect OFICEL, Kluwer Law International, 2000, P:153.

موجهة ضد أي مجموعة من السكان المدنيين، لا يعنى أن السكان كلهم في دولة أو إقليم،... بل يقصد بالسكان الإشارة إلى الطبيعة الجماعية،... وهكذا فإن التأكيد ليس على الضحية الواحدة، فالفرد لا يستهدف لكونه فرداً، بل بسبب عضويته في مجموعة من السكان المدنيين»⁽¹⁾.

وإن كان النظام السوري يدفع في جرائمه بكون حربه هي ضد جماعات مسلحة وليس ضد المدنيين، تمشياً مع ما جاء به البرتوكول الأول الملحق باتفاقية جنيف⁽²⁾، الذي حدد في مادته الخامسة مصطلح "المدني" بأنه باختصار:

«ذلك الشخص الذي لا ينتمى إلى القوات المسلحة أو الميليشيات أو الوحدات المتطوعة، بمن فيهم حركات المقاومة المنظمة، سواء أكانت هذه الحركات معترفاً بها في الطرف المعادي أم لا».

هذه المادة وإن كانت تخدم التفسير الضيق لجرائم النظام، باعتباره يبرر القتل بحقه في الدفاع الشرعي، ومقاومة تنظيم دولي من مقاتلين أجانب تحت عباءة الجيش السوري الحر.

إلا أن ذلك مردود عليه، بموجب الفقرة الثالثة من نفس المادة، والتي تقضى: «بعدم جواز تجريد السكان المدنيين من صفتهم المدنية، لوجود أفراد بينهم لا يسري عليهم تعريف المدنيين»، خصوصاً وأن القصف اليومي لطيران النظام ومدفعيته (بمواد محظورة دولياً مثل الكلور والبراميل المتفجرة)، يستهدف أحياء سكنية ومدارس ومخابز، لإسقاط أكبر عدد من الضحايا من الأطفال والنساء والعجزة، حتى يكون ذلك مؤلماً لعناصر المقاومة، من أجل دفعهم للاستسلام حفاظاً على أرواح ذويهم.

(1) Prosecutor, V. Tadic (Case N°. IT - 94 - 1- T) Opinion and Judement, P: 644.

(2) - وتضمن هذه الاتفاقية ثلاث اتفاقيات: جنيف 1 لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان، وجنيف 2 لتحسين حال الجرحى والمرضى والغرقى في القوات المسلحة في البحار، وجنيف 3 بشأن معاملة أسرى الحرب.

بل أضافت المادة الثالثة المشتركة في اتفاقيات جنيف شرطا آخرًا يؤكد جرمية انتهاكات النظام الأسدي ضد المدنيين السوريين، عندما عززت مبدأ التفرقة بين المقاتلين وغير المقاتلين بطريقة غير مباشرة، حيث جاء في فقرتها الأولى:

«الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية، بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا عنهم أسلحتهم، والأشخاص العاجزون عن القتال...، يعاملون معاملة إنسانية دون تمييز ضار يقوم على العنصر أو اللون أو الدين أو المعتقد أو الجنس...».

وعلى هذا فقد توسعت هذه المادة في تحديد فئة المدنيين المحمية، لتضم أولئك الذين يساهمون في العمليات العسكرية بصورة غير مباشرة (توفير التطبيب والإسعاف والتغذية...مثلا)، تغليبا لمقتضيات الإنسانية على مقتضيات الضرورة العسكرية، ومراعاة للطبيعة الخاصة للنزاعات المسلحة غير الدولية التي قد تضطر المدنيين للاشتراك غير المباشر في الأعمال العدائية⁽¹⁾.

والواقع أن النظام السوري، قد خرق جميع المقتضيات السابقة، كما هو موثق صراحة في المواقع الإعلامية الدولية بالصور الحية، حيث الإعدامات الجماعية لكل من شك في رغبته الانشقاق من جيش النظام، واغتصاب النساء، وقتل الأطفال، ليتوج هجميته باستعماله لأسلحة كيميائية وقتل 1429 شهيد في 21 أغسطس 2013، أغلبهم من الأطفال والنساء بمنطقة الغوطة بريف دمشق.

فما هو دور المحكمة الجنائية الدولية في مواجهة مجازر النظام السوري؟ (المطلب الثاني)، في ظل العقم الدولي لمجلس الأمن أمام الفيتو الروسي ضد أي تدخل عسكري دولي إنساني.

(1) - رقية عواشيرة: "حماية المدنيين والأعيان المدنية في النزاعات المسلحة غير الدولية"، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2001، ص 121 وما بعدها.

المطلب الثاني: دور المحكمة الجنائية الدولية في مواجهة المجازر البشرية

بسوريا⁽¹⁾

يرى "فيري دافيد كاي"⁽²⁾، أن تدخل القوى الغربية في سوريا سيعد إخلالاً بميثاق الأمم المتحدة، الذي ينص على عدم جواز استخدام القوة المسلحة إلا في حالة الدفاع الفردي أو الجماعي عن النفس، بناءً على موافقة أو تفويض من مجلس الأمن.

وعلى الرغم من أن الدول الغربية - وعلى رأسها الولايات المتحدة - دائماً ما سعت إلى التوسع في مفهوم الدفاع الشرعي عن النفس، بحيث يسمح لها ذلك التدخل في دول عدة، إلا أن الحالة السورية لا يمكن اعتبارها دفاعاً شرعياً عن النفس بالأساس.

فعلى الرغم من خطورة لجوء بشار الأسد إلى الأسلحة الكيماوية ضد شعبه، إلا أن ذلك لا يمثل هجوماً أو تهديداً بالهجوم على الولايات المتحدة حتى يخولها ذلك حق الدفاع الشرعي عن النفس، بالتدخل سواء بمفردها أو بالاشتراك مع حلفائها الأوروبيين أو العرب، فبدون التفويض من مجلس الأمن، لن يكون أي هجوم أمريكي على سوريا قانونياً، وهو ما دفع المملكة العربية السعودية للامتناع، لأول مرة في تاريخها عن إلقاء كلمتها بمناسبة انعقاد دورة الأمم المتحدة لسنة 2013 احتجاجاً على دورها السلي والهجين أمام المجازر في سوريا.

وعلى الرغم من أن بعض الدول والمنظمات غير الحكومية سعت إلى وضع بعض الاستثناءات على قاعدة استخدام القوة في حالات التدخل الدولي الإنساني،

(1) - حول دور هذه المحكمة في متابعة مرتكبي جرائم ضد الإنسانية من رؤساء الدول وزعمائها على وجه التحديد، راجع: المختار أعمرة: "المحكمة الجنائية الدولية بين ضرورة حماية الإنسانية والتجاذبات الدولية"، دراسة مقدمة ضمن أعمال المؤتمر الدولي الثاني "الثورة والقانون"، بكلية الحقوق لجامعة الإسكندرية، مصر، 21-22 ديسمبر 2011.

(2) David Kaye. (August 29, 2013). The Legal Consequences of Illegal Wars. Foreign Affairs.

<http://www.foreignaffairs.com/articles/139886/david-kaye/the-legal-consequences-of-illegal-wars>.

أو ما يعرف "بمسؤولية الحماية"، إلا أن الأمم المتحدة اشترطت أن يتم ذلك أيضاً من خلال مجلس الأمن.

وحتى وإن لجأت الإدارة الأمريكية إلى بروتوكول جنيف 1952 الذي يحظر استخدام أسلحة الدمار الشامل لإضفاء المشروعية القانونية على التدخل، فلن يكون ذلك ممكناً؛ لأن الاتفاقية لم تحدد آلية لمعاقبة الدول حال عدم احترامها للبند، ولم تسمح باستخدام القوة.

ويرى "كاي" أن الإدارة الأمريكية قد تقوم بالقياس على حالة التدخل في كوسوفو عام 1999 لتبرير التدخل⁽¹⁾، وفقاً للشروط التي حددها المحامون التابعون للإدارة الأمريكية في تلك الفترة، والتي تتمثل بالأساس في تعذر أخذ القرار من قبل مجلس الأمن، وأن تكون الأزمة مؤثرة على الأمن الإقليمي والعالمي، وأن تمثل كارثة إنسانية؛ ولكن في رأي الكاتب، لن يضمن ذلك مشروعية على التدخل، حتى وإن أصبح تدخلا شرعياً.

وبعيداً عن مسألة المشروعية من عدمها، فإن مجلس الأمن الدولي الذي أصبح مسرحاً لتبادل رفع الحق في الفيتو بين الولايات المتحدة الأمريكية وغريمتيها الروسية والصينية، سيجعل انتظار إدانة لإضفاء الشرعية على أي تدخل دولي ضد نظام التقتيل السوري ضرباً من الخيال، بل ربما سيكون الشعب السوري المناهض لنظام القمع قد أيد عن آخره!⁽²⁾

لذا ارتفعت الأصوات بضرورة إحالة الملف السوري على المحكمة الجنائية الدولية، حتى يمكن وضع حد لهذه المأساة (الفرع الأول)، في ظل مواقف عربية متباينة من هاته الآلية (الفرع الثاني).

(1) - الموقع الإلكتروني للمركز الإقليمي للدراسات الاستراتيجية، صفحة التقارير "انقسام غربي" بتاريخ 08 سبتمبر 2013 على الساعة: 07:12 د www.rcssmideast.org

(2) - يمكننا القول هنا أن خير تحليل لهذه المواقف المتخالفة للأمم المتحدة في ظل بشاعة جرائم النظام السوري، هو تحليل البروفيسور: هانس كوكز: "العدالة الجنائية الدولية في مفترق الطرق - عدالة عالمية أم انتقام شامل؟"، ترجمة محمد جليل، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2011، ص 270 وما بعدها.

لكن تبقى مسألة الإحالة هذه عُرضة لمجموعة من الإشكاليات التي لا يمكن الانتظار إلى حين حلها بين القوى الدولية المتصارعة في المشهد السوري، مما يدفعنا إلى البحث عن أسانيد قانونية لتبرير أي تدخل عسكري دولي حماية لحقوق الإنسان السوري أولاً والعالمي ثانياً (كما سنرى لاحقاً في المبحث الثاني).

الفرع الأول: حدود الاختصاص القضائي للمحكمة الجنائية الدولية في الحالة السورية

تنص المادة 27 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة أن:

«1 - نظام المحكمة يطبق على جميع المشتبه بهم، والمتهمين من دون أي تفرقة ومن دون أن تؤخذ في الاعتبار أي صفة رسمية يتمتع بها الشخص الملاحق، كصفة رئيس دولة أو رئيس حكومة أو وزير أو موظف عال، أو ضابط رفيع المستوى، على أن هذه الصفات لا تعفي في أي حال الشخص المتهم من الملاحقة أو المسؤولية الجنائية،

2 - لا تحول الحصانات أو القواعد الإجرائية الخاصة التي قد ترتبط بالصفة الرسمية للشخص، سواء كانت في إطار القانون الوطني أو الدولي، دون ممارسة المحكمة اختصاصها على هذا الشخص».

ومن هنا، حثت منظمتا: العفو الدولية وهيومن رايتس ووتش، الأمم المتحدة على إحالة ملف انتهاكات حقوق الإنسان في سورية إلى المحكمة الجنائية الدولية، وذلك في بيانين نُشرا الثلاثاء غداة صدور تقرير مفتشي الأمم المتحدة الذين أكدوا استخدام أسلحة كيميائية في الهجوم قرب دمشق في 21 آب/أغسطس والذي خلف 1426 قتيل بينهم أطفال كما بينته التسجيلات المرئية.

وبموجب اتفاق أميركي روسي، وافقت دمشق على تفكيك ترسانتها الكيميائية، لكن المنظمتين الدوليتين المدافعتين عن حقوق الإنسان شددتا على وجوب عدم بقاء جرائم الحرب من دون عقاب، وقالت منظمة العفو: إن جرائم ترتكب يومياً في سورية، مؤكدة أن كشف هوية المسؤولين عن هذه الجرائم هو أمر «منتظر منذ وقت طويل».

ورأى ريتشارد ديكر مدير دائرة القضاء الدولي في "هيومن رايتس ووتش" أن إحالة الملف السوري إلى المحكمة الجنائية الدولية هو أمر "أساسي لإحقاق العدالة". وقال إن: «وضع الأسلحة الكيميائية تحت الرقابة وعدم ملاحقة من استخدموها هو إهانة للدميين الذين قتلوا»⁽¹⁾.

فما هو موقف الدول العربية على وجه الخصوص من هذه المحكمة خدمة لإحقاق العدالة (الفرع الثاني)؟

الفرع الثاني: موقف الدول العربية من المحكمة الجنائية الدولية

إن طبيعة هذه المحكمة كجهاز قضائي دولي مستقل⁽²⁾، عن المنظمات الدولية القائمة، ترك حرية التوقيع والمصادقة على نظامها للإرادة المنفردة للدول، مما جعل أغلب الدول العربية لم تصادق عليه، باستثناء الأردن وجيبوتي وجزر القمر، كما يوضحه لنا الجدول التالي:

موقف الدول العربية من المحكمة الجنائية الدولية⁽³⁾

الدولة	توقيع على نظام روما	تصديق على نظام روما	توقيع الاتفاق بشأن امتيازات وحصانات
الأردن	7 أكتوبر 1998	11 أبريل 2002	28 جوان 2004
سوريا	29 نوفمبر 2000	لم تصادق	لم توقع

(1) <http://riy.cc/868949>; le 14/10/2013 à 17:56

(2) - بل إن العدالة التي تسعى إلى تحقيقها هذه المحكمة حتى في أحسن الأحوال، تكاد تكون عدالة جزئية؛ لأنها عدالة انتقاء في الزمان وفي المكان، بينما مفهوم العدالة هو مفهوم عام، وليس جزئياً، ومفهوم شامل ودائم بغض النظر عن المكان والزمان، فهي لا تنظر في الجرائم التي سبقت تشكيلها، وإنما فقط لما سيقع في المستقبل، أي في الفترة التي تلي تأسيسها، كما أن هنالك تناقضا بين أمرين: من جهة وحسب ما جاء بقانون المحكمة - الجرائم ضد الإنسانية هي جرائم غير قابلة للتقادم، ومن جهة أخرى المحكمة لا تنظر إلا في الجرائم التي وقعت بعد تاريخ تشكيلها. كما لو أن الجرائم التي تحصل في الوقت الحاضر والتي وقعت قبل سنوات قليلة لم يكن ضحاياها بشر يشملهم مفهوم العدالة رغم كون الذين ارتكبوا هذه الجرائم والمسؤولون عنها أحياء يرزقون.

(3) - موقع المحكمة الجنائية الدولية بتاريخ 2011/09/18 على الساعة 20 ليلا بتوقيت غرينتش.

لبنان	لم توقع	لم تصادق	لم توقع
فلسطين	ديسمبر 2014	يناير 2015	لم توقع
العراق	انضم العراق إلى نظام روما الأساسي في 15 فبراير 2005، لكنه سحب انضمامه بعد أسبوعين من دون أي تفسير	لم تصادق	لم توقع
مصر	26 ديسمبر 2000	لم تصادق	لم توقع
السودان	8 سبتمبر 2000	لم تصادق	لم توقع
الكويت	8 سبتمبر 2000	لم تصادق	لم توقع
قطر	لم توقع	لم تصادق	لم توقع
البحرين	11 ديسمبر 2000	لم تصادق	لم توقع
السعودية	لم توقع	لم تصادق	لم توقع
الإمارات	27 نوفمبر 2000	لم تصادق	لم توقع
عُمان	20 ديسمبر 2000	لم تصادق	لم توقع
اليمن	28 ديسمبر 2000	صوت مجلس النواب اليمنى النواب لصالح المصادقة على نظام روما الأساسي في 24 مارس 2007. بعد ذلك بوقت قصير، ألغى التصويت. وكانت هناك تكهنات عدة حول الأسباب التي أدت لقرار عكسي، واحدة	لم توقع

	منها مخاوف الحرب الأهلية في صعدده، شمال اليمن.		
ليبيا	لم توقع	لم تصادق	لم توقع
تونس	لم توقع	لم تصادق	لم توقع
المغرب	لم توقع	لم تصادق	8 سبتمبر 2000
الجزائر	لم توقع	لم تصادق	28 ديسمبر 2000
موريتانيا	لم توقع	لم تصادق	موريتانيا لم توقع على نظام روما الأساسي. يبدو أن هناك المزيد من الانفتاح تجاه الصكوك الدولية لحقوق الإنسان بما يؤدي إلى النظر في التصديق من قبل الحكومة الحالية.
الصومال	لم توقع	لم تصادق	لم توقع
جيبوتي	لم توقع	5 نوفمبر 2002	7 أكتوبر 1998
جزر القمر	لم توقع	18 أوت 2006	22 سبتمبر 2000

وقد لوحظ أثناء المؤتمر الاستعراضي عام 2010، تقدم 37 دولة والاتحاد الأوروبي بـ 112 تعهدا تتضمن التزامات بشأن المصادقة على اتفاقية امتيازات وحصانات المحكمة، ومواءمة التشريعات، والتعاون مع المحكمة الجنائية الدولية، والمساهمات في الصندوق الائتماني للضحايا، وبناء القدرات حول الملاحقات والتحقيقات الداخلية، وغيرها من الأمور، ولم تتقدم أي دولة عربية بأية تعهدات. ولعل هذا العزوف، لا يخص فقط الدول العربية المتهمه دائما بافتقارها لأدنى شروط الديمقراطية، بل يمتد حتى إلى دول تتغنى بأنظمتها بديمقراطيتها المثالية، مثل

الولايات المتحدة الأمريكية، وإسرائيل، والصين، والحقيقة أن هذه الدول إنما تحول استباقيا دون رؤية البعض من مسؤوليها السياسيين والعسكريين مهددين بالمساءلة والمقاضاة أمام هذه المحكمة الدولية لما قاموا به من جرائم قتل جماعي، وجرائم ضد الإنسانية، وجرائم حرب، مثل ما حدث في غزة من قبل الجيش الإسرائيلي، وما قامت به والولايات المتحدة الأمريكية في العراق وأفغانستان، وما قامت به روسيا ولازالت في الشيشان، وسوريا حاليا من عمليات قتل يومية للمدنيين من مواطنيها العزل.

غير أن ما يمكن أن نعيه بشدة على هذه المحكمة، أن تحريك أوامر الاعتقال في مواجهة رؤساء أنظمة الدول غير العضو بها، يتوقف على إذن من الأمم المتحدة في إطار المادة السابعة، مما يجعل هذه المسطرة انتقائية في ظل الفيتو الأمريكي - أكثر دولة عضو استعملت الفيتو بحوالي 90 في المائة - والروسي والصيني⁽¹⁾، الحليفين الرئيسيين للنظام الدموي السوري.

المبحث الثاني: الأسانيد القانونية المبررة لحق المقاومة والتدخل الدولي في الحالة السورية

من الطبيعي أن يكون حق الأفراد في الحياة عرضة للخطر في الحروب والنزاعات المسلحة الدولية والداخلية.

وإذا كانت آليات حماية هذا الحق في النزاعات الدولية المسلحة قد حددها القانون الدولي الإنساني عبر موثيق واتفاقيات دولية، ركزت بشكل كبير على حماية المدنيين وغير المتحاربين والمصابين من أفراد القوات المسلحة والأسرى⁽²⁾، إلا أن

(1) - لا يخفى على أحد السبب الذي يدفع بعض الدول إلى عدم قبول مبدأ شمولية عمل محكمة الجزاء الدولية كي تنظر في الجرائم التي وقعت قبل تشكيلها وهو عدم رغبة تلك الدول في متابعة مسؤوليها السياسيين والعسكريين. ففي التاريخ الحديث يجب أن لا ننسى التمييز العنصري في جنوب إفريقيا، ولا ننسى ضحايا الثورة الثقافية في الصين، وضحايا الكمبودج على يد الجيش الأحمر، واختفاء المعارضين السياسيين في تشيلي بين عام 1970-1980، ولا ننسى جرائم صبرا وشاتيلا والجرائم التي ترتكب كل يوم في فلسطين المحتلة، ولا ننسى جرائم النظام البائد في العراق.

(2) - المختار أعمرة: "واقع أحكام القانون الدولي الإنساني بمشروع القانون الجنائي المغربي الجديد 2015"، دراسة =

الوضع في حالة الحروب الداخلية لم يحسم فيه بشكل واضح، بل بقي محل تجاذبات سياسية، لا يمكن السكوت عنها في ظل الانتهاكات الخطيرة والفظيعة التي تقوم بها بعض الأنظمة الديكتاتورية ضد مواطنيها وعلى رأسها النظام السوري - ما يزيد عن 450 ألف قتيل دون أي تدخل رغم تنديد الأغلبية الساحقة من مواطني دول العالم لذلك -، الذي لم يتوانَ عن استخدام السلاح الكيماوي لإسكات معارضيه من السوريين.

مما أصبح معه الحق في مقاومة هذا الطغيان أمراً منطقياً (المطلب الأول)، رغم عدم تكافؤ ميزان القوى بين نظام فاشي مدعوم من قوى أجنبية ماديًا ومعنويًا، وبين شعب سلاحه عقيدة الحرية والتحرر، في ظل اشتداد بطش النظام القائم على جميع الأعراف والخطوط الحمراء التي خطها المنتظم الدولي في مثل هذه النزاعات، آخرها إبادة 1426 مواطن أعزل بأسلحة كيماوية، مما يمكن القول معه إن حالة الضرورة كأساس للرد قد توافرت بجميع أركانها (المطلب الثاني)، ما دام حق الدفاع الشرعي بمفهومه الضيق لم يكتمل، وإن كنا نؤمن بتوفره بمفهومه العالمي وفق عقيدتنا كمسلمين.

المطلب الأول: حق مقاومة الطغيان كأساس لنسف توصيف المقاومة السورية بالإرهاب

مسألة مقاومة طغيان الأنظمة هي في الأصل⁽¹⁾، ذات أساس ديني طرحت في البداية في إطار العلاقات بين السلطة الزمنية والسلطة الدينية، قبل أن تتغير في ظل وعي الشعوب وتطور مفهوم الحق في الحياة عندهم.

مقدمة ضمن فعاليات ندوة دولية حول رهانات إصلاح القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية، المنعقدة يومي 18/17 يونيو 2015 بالرباط، المجلس الوطني لحقوق الإنسان.

(1) - الطغيان Tyrannie تعبير يدل عند المفكرين القدماء، على نظام موقراطي ولكن شرعي، ينشأ عن انقلاب، ويتمتع بالتأييد الشعبي، وفي تصنيفات مونتسكيو للأنظمة السياسية، يظهر الطغيان كأنه نظام يتولى فيه واحد بدون قانون وبدون قاعدة، قيادة كل شيء حسب مشيئته وزواته.

ويميز جان جاك روسو بين الطاغية والمستبد، قائلاً: "إنني أسمي طاغية معتصب السلطة السيادية، فالطاغية هو من

فكان إعلان استقلال الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1776م أول نص يكرس رسمياً حق مقاومة الظلم والطغيان، لتليه في ذلك فرنسا منذ 1789م عند صياغتها لإعلانها لحقوق الإنسان والمواطن، لتؤكد ذلك المادة 35 من إعلان 1793م بقولها:

«عندما تنتهك الحكومة حقوق الشعب، تصبح الثورة، بالنسبة للشعب ولكل جزء من هذا الشعب، أكثر الحقوق قداسة وأكثر الواجبات ضرورة».

والواقع أن عدم ذكر الحق في الثورة ضد الأنظمة الفاشية من عدمه في الدساتير والقوانين الوطنية، سواء عربياً أو دولياً، لا يغير من الأمر في شيء، باعتبار أن نظرة عامة للواقع، وأثبتها التاريخ، تدل على أن الثورة هي واقعة وليست ظاهرة قانونية؛ فهي لا تقوم لأن للشعوب الحق فيها أو لا، ولكن لأنها تشعر بالحاجة إليها والتقرير في القيام بها، إذا انتهك حقها في الحرية والحياة الكريمة، فلن نجد أبداً سلطة حاكمة تعترف بنفسها أنها طاغية، أو نكرانها بذاتها لشرعيتها، لأنها بذلك تنتحر سياسياً، وينطبق الأمر نفسه على التشكيك في شرعية جهاز الدولة نفسه المعترف بأنه ظالم ولا يلي طموحات وأمانى الضمير الجماعي⁽¹⁾.

ولذا فإن التكريس الدستوري لحق مقاومة الطغيان يبقى مخيباً للآمال من حيث نتائجه القانونية؛ لأن نظرية مقاومة الطغيان هي في الأساس نظرية سياسية، وليست قانونية، وبالتالي من غير الممكن أبداً تنظيم الاعتراف القانوني في أنظمتنا الحديثة بحالة الطغيان ولا إعطاء الأفراد والجماعات الوسائل لمقاومته بالقوة في

يتدخل ضد القوانين ليحكم وفقاً للقوانين، والمستبد هو من يضع نفسه فوق القانون نفسه، وهكذا يمكن للطاغية أن لا يكون مستبداً، لكن المستبد يكون دائماً طاغية».

وبالتوسع في عصرنا الحديث، أصبح الطغيان مخطط حكم سلطوي يتميز بتركيز وسوء استعمال السلطة، وسيطرة الرب.

للتوسع، راجع: جون جاك روسو: "العقد الاجتماعي"، مترجم، دار القلم، بيروت، (بدون تاريخ)، ص 143-144.

(1) - أحمد سليم سعيغان: "الحريات العامة وحقوق الإنسان - دراسة تاريخية وفلسفية وسياسية وقانونية مقارنة"، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 282 - 287.

قوانينها، ومع ذلك فإن الاعتراف بحق مقاومة الطغيان في ظل الثورات العربية في بلدان الربيع العربي، يكسبه رمزية كبيرة، ويمكن تحليله في النهاية كأنه دعوة إلى وعي المواطنين وبقظة الرأي العام محليا وعالميا.

وهو ما يجب تفعيله في حالة المقاومة السورية ضد طغيان نظام الحزب الوحيد البعثي الحاكم، ما دام قد رفض منح أبسط حقوق الحياة الكريمة للسوريين، وإيثار آلة التقتيل لوأد هذه المطالب، في ظل منظمات دولية تحكمها المصالح الجيوسياسية الضيقة، بدل مبادئ الإنسانية، متى تعلق الأمر بمواطني دول عربية أو إسلامية، خصوصا المجاورة للكيان الصهيوني الإسرائيلي.

مما تصبح معه الضرورة قصوى، للبحث عن طريق بديل لوضع حد لهذا النزيف في إهدار حياة الأطفال والنساء والمدنيين يوميا دون أي أمل في تراجع آلة البطش السورية عن غيها (المطلب الثاني).

المطلب الثاني: حالة الضرورة الإنسانية كأساس قانوني لمشروعية التدخل الدولي ضد الجرائم السورية

حدّدت المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة المقومات والشروط الواجب توفرها في فعل الدفاع الشرعي، كما قيدت مجالات استخدامه، وهي عموما:

1 - أن تتعرض الدولة لهجوم مسلح، أي عمل حربي تقوم به قوة مسلحة من جانب دولة أخرى، فلا يكفي مجرد التهديد باستخدام القوة أو الأعمال التحضيرية لها أو الإجراءات الدبلوماسية التي تمس مصالح الدولة... أو أي شكل آخر من أشكال العدوان لا تستخدم فيه القوة المسلحة.

2 - يجب أن يكون الهجوم المسلح على درجة من الخطورة تؤدّي إلى انتهاك حرمة وسيادة الدولة الذي تتعرض له،

3 - أن يكون استخدام القوة ضروريا ولازما لدفع العدوان، بحيث لا يمكن دفعه بوسيلة أخرى...

والواقع أن هذا العدوان المشار إليه في المادة 51 أعلاه، وإن كان قد توفر

بجميع أركانه في القصف الذي تعرضت له بعض بلدات الجنوب التركي، وأدى إلى سقوط العديد من القتلى من المدنيين الأتراك دون أي سبب مشروع لهذا القصف، وما سبقه من إسقاط طائرة حربية تركية في الأجواء الدولية من قبل سلاح الجو السوري دون أي مبرر كذلك، يمكن معه القول إن الحق التركي وفق المواثيق الدولية في الرد العسكري قد أصبح مشروعاً دون أدنى شك، لولا العقيدة التركية التي لا تؤمن بالحرب كحل للمنازعات الدولية، وعدم إتاحة الفرصة للنظام السوري لتدويل صراعه ضد شعبه الأعزل.

بخلاف الحرب الدائرة على الأراضي بين النظام السوري ومن معه من جهة، وبين الشعب السوري وجيشه الحر من جهة ثانية، حيث العدوان بقي داخلياً محضاً، مما يصعب معه القول بمشروعية أي تدخل عسكري أجنبي، في ظل التفسيرات المغلوطة لجرائم النظام، بين جناح يعتبر مقاومة الشعب المشروعة إرهاباً يتعين قمعها والقضاء عليه، وبين جناح يعتبر القتل اليومي لجيش النظام جرائم ضد الإنسان السوري خصوصاً والدولي عموماً.

غير أن تمادي هذا النظام الدموي في ارتكاب المجازر يومياً، لا بد أن نجد تبريراً قانونياً لوضع حدّ له ولو بالقوة، ما دامت حقوق الإنسان التي تنتهك صباح مساء في مفهومها الكوني لم تعد كافية للقيام بهذا التحرك، في انتظار تحرك الضمير المعارض وتجميد الفيتو المشين الذي يلوح به أمام طوابير الأرواح التي تزهق كل يوم.

ولعلنا نجد في حالة الضرورة ذلك المخرج من هذه المأساة، لأنها وكما يقول أحد الباحثين:

«هي الفرصة الوحيدة الممكنة بعد استنفاد الوسائل السلمية لرد الاعتداء أو وقفه أو الحد منه، وهو ما يفترض أنه عمل مباشر لوقوع الاعتداء...»⁽¹⁾.

لذا تعتبر حالة الضرورة من أكثر المبررات شيوعاً لدى الدول لتبرير لجوئها

(1) - للتوسع، راجع: أحمد حسين سويدان: "الإرهاب الدولي في ظل المتغيرات الدولية"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 139 وما بعدها.

لاستخدام القوة المسلحة في العلاقات الدولية، سواء في حالات العدوان البيئية أو في حالات التدخلات العسكرية، كما هو الشأن بالنسبة لحماية الرعايا بالخارج، وهي من أقدم المفاهيم في القانون الدولي التقليدي⁽¹⁾، حيث تعطى للدولة الحق في اللجوء إلى القوة لحماية مصالحها، وليس فقط لحماية وحدتها الترابية واستقلالها السياسي، تطبيقاً لحق الدفاع عن النفس عندما تكون هذه الدولة عرضة لخطر جسيم وشيك الوقوع⁽²⁾.

وهو ما استندت عليه الولايات المتحدة الأمريكية في حربها الثانية على العراق، عندما اعتبرت أن لجوءها لحق الدفاع الوقائي يدخل في إطار حالة الضرورة المنصوص عليها في المادة 33 من قانون المسؤولية الدولية.

ونحن في حالة المذابح السورية السورية، وما تعرفه من انتهاكات صارخة للقانون الدولي لحقوق الإنسان، وما أسفرت عنه من ظهور تنظيم داعش الإرهابي الهمجي⁽³⁾، كنتاجل تهاطل المجتمع الدولي الإنساني المتحضر في إنهاء المأساة السورية، نعتقد بحجية حالة الضرورة كأساس لأي تدخل عسكري آتئ، سندنا القانوني في ذلك ما ذهب إليه أنصار المذهبين القانوني والواقعي معاً، نظراً لتداخل الأسانيد القانونية في الحالة السورية بينهما.

فن الناحية القانونية، نجد أن التدخل العسكري يجد سنده في فكرة الحق، باعتباره سلطة خولها القانون الدولي للدول في كل زمان وكل مكان، تلتزم به

(1) - تناولها "غرو سيوس وبافندروف ودوفائيل" بما يعرف باسم "الضرورة الحربية"، شريطة ألا تتجاوز الحاجة العسكرية الفعلية.

Rodick: The doctrine of Necessity in International Law, Colombia, University Press, And pp: 3-4.

(2) - سناء الأنباري: "الحرب الوقائية في منظور القانون الدولي/ العراق نموذج"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، وحدة المغرب في النظام الدولي، كلية الحقوق أكّدال - جامعة محمد الخامس، الرباط، 2006، ص76.

(3) - حيث ضربت أياديها المملوطة بدماء الأبرياء كل من سوسة التونسية، وعين الدفلة الجزائرية في عز شهر رمضان الكريم 2015 دون مراعاة لقدسية هذا الشهر الكريم أو براءة ضحاياها.

الدول بحض إرادتها، فإذا تعارضت قواعده مع حياة الدولة في كينونتها، حق لها التنصل منها بما لها من سبق الحق له، والعمل بحقوق أخرى خلال فترة التعارض⁽¹⁾.

وهذا الحق هنا، هو حق الشعوب في الحياة، وهو أمر يعتبر مقدسا لدى الرأي العام لأي دولة ديمقراطية من شأنه أن يؤلّب مواطنيها ضد حكوماتها وإسقاطها.

أما من ناحية أسانيد المذهب الواقعي، فإن الظروف القائمة هي أساس تبرير حالة الضرورة، والإسناد فيها يصنف بحسب إما: ظروف قانونية أو واقعية.

فإذا اعتمدنا على القانوني منها، يكون أساس حالة الضرورة، الظروف التي لها نظام قانوني محدد، هو في حالتنا السورية القوة القاهرة، حيث لم يترك النظام السوري أي خط رجعة لإضفاء الشرعية على استمراريته، لما في ذلك من تهديد خطير لمصالح الشعب السوري من تبرئته من جرائمه.

أما إذا اعتمدنا على الظروف الواقعية، فسواجه بأن الضرورات الحربية لا يمكن أن تبرر كل أنواع التصرفات، ولكن بإخضاعنا لتصرفات بشار الأسد ونظامه لقواعد القانون الدولي الإنساني، والقيود التي يتضمنها في الحكم على فعل التدمير أو الضبط⁽²⁾، فإننا حينها يجب أن ننظر إلى ما كان سيفعله قائد معتدل حذر يتصرف وفقا لقوانين الحرب إذا وجد ظروفًا مماثلة⁽³⁾، ولنا في موقف شارل ديغول سلف، عند رفضه من قبل شعبه، رغم أنه كان بطلا لحرب التحرير ضد النازية بامتياز، وكيف ترك منصب الحكم نزولا عند رغبة الشعب الفرنسي حينها، بخلاف زعيم النظام السوري الذي يرى في نفسه -متوهما- المدافع على القومية

(1) - للتوسع، راجع: مصطفى أحمد فؤاد: "الضرورة في القانون الدولي العام"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، (دون تاريخ نشر)، ص 10.

(2) - للتوسع راجع: المختار أعمرة: "الحماية الجنائية لحقوق الإنسان في الحرب ضد الإرهاب - كظرف استثنائي"، دراسة مقدمة لل مؤتمر الدولي الثاني لجامعة السلطان قابوس كلية الحقوق حول "حقوق الإنسان وحمايتها على المستويين الوطني والدولي"، أيام 16 - 17 ديسمبر 2013.

(3) - صلاح بديع شلي: "حق الاسترداد في القانون الدولي"، دون ذكر الناشر، الطبعة الأولى، 1983، ص 72

العربية والإسلام.

من هذا المنطلق يمكننا القول بأن الوضعية المأساوية التي يعيشها الشعب السوري، تعد سببا كافيا لتبرير اللجوء إلى القوة على أساس حالة الضرورة، دون أن يكون في ذلك أي خرق للشروط التي حدّتها لجنة القانون الدولي في المادة 33 من مشروعها حول المسؤولية الدولية، مادامت هذه الوضعية تشكل في مجموعها درجة عالية من الخطورة، فضلا عن ثبوت استعمال الأسلحة الكيماوية وتورط الدولة في هذا الاستعمال، خصوصا بعد فشل جميع الحلول السلمية التي تمّ عرضها في ظلّ تعنت النظام السوري بإيعاز من الرّوس.

حدود صمود مبدأ السرية في تحكيم الاستثمار أمام مطالب الشفافية

بقلم: د/ محمد عيساوي*

ملخص

تعتبر السرية إحدى الخصائص التقليدية للتحكيم التجاري الدولي، ومن عوامل استقطاب الاستثمار الأجنبي نحو الدول التي تحتاج إلى تدفق الأموال الأجنبية لتدعيم تنميتها الاقتصادية، إلى جانب الفعالية والسرعة واختيار أهل الاختصاص لفض النزاع، لكنها بدأت تواجه بعض الانتقادات أمام المطالبة بالشفافية والعلنية للسماح لمختلف الأطراف، كالمجتمع المدني والمنظمات غير الحكومية، بالمشاركة في إجراءات التحكيم، خاصة عندما يتعلق الأمر بمنازعات تكون الدولة أو إحدى مؤسساتها العمومية طرفاً فيها، وتمس تسيير الأموال العمومية، وتنصب حول قضايا حساسة ومصيرية، تقتضي مبادئ الديمقراطية إعلام الشعب بمضمونها والسماح لممثليها بالمشاركة في إجراءاتها، بحيث تصبح مبررات الشفافية أقوى من حجج السرية المعروفة في الفقه التقليدي، كالتابع الخاصوي والتعاقدي للنزاع التحكيمي.

ويذهب البعض إلى حد اعتبار شفافية تحكيم الاستثمار إحدى أبرز السمات المستقبلية للتحكيم التجاري الدولي، إلى جانب الاعتماد على التطورات التكنولوجية الحديثة. إلا أن المستثمرين لا ينظرون إلى المسألة من هذه الزاوية بل يفضلون السرية حفاظاً على مصالحهم.

فكيف يمكن لتحكيم الاستثمار أن يوفق بين خاصية السرية التي امتاز بها منذ زمن بعيد، والمطالب الملحة بالشفافية في إجراءات وتنفيذ الأحكام التحكيمية؟ وهل يدفع التخلي عن السرية في التحكيم التجاري الدولي بشكل عام وتحكيم الاستثمار بشكل خاص، نحو تطوره أم يفقده إحدى أبرز مزاياه وأقوى دوافع الانجذاب نحوه؟

* أستاذ محاضر قسم "أ" بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محمد أولحاج-البويرة.

Résumé

La confidentialité est l'une des caractéristiques traditionnelles de l'arbitrage commercial international, et l'un des facteurs d'attraction des investissements étrangers vers les pays qui ont besoin d'un afflux de fonds étrangers pour stimuler le développement économique, ainsi que l'efficacité, la vitesse et la sélection des spécialistes pour régler le différend. Mais il a commencé à faire face à certaines critiques devant l'appel à la transparence et à l'ouverture pour permettre aux différentes parties, comme la société civile et les organisations non gouvernementales, à participer à la procédure d'arbitrage. Surtout quand il s'agit des litiges dont fait partie l'Etat ou l'une de ses institutions publiques, et ont une incidence sur la conduite de fonds publics, ou qui se concentrent sur des questions sensibles et funestes, que les principes de la démocratie, obligent l'état à informer les gens de leur contenu et de permettre à ses représentants de participer à la procédure. De sorte que les arguments de la transparence deviennent plus forts que ceux de la confidentialité connus dans la jurisprudence traditionnelle.

On pense déjà que la transparence dans l'arbitrage d'investissement serait l'un des traits les plus saillants de l'avenir de l'arbitrage commercial international. Mais les investisseurs ne regardent pas la question sous cet angle, ils préfèrent la confidentialité afin de préserver leurs intérêts. Comment l'arbitrage d'investissement peut-il concilier entre le principe de confidentialité connu depuis très longtemps, et les exigences de transparence dans la procédure et l'exécution des sentences arbitrales ?

Abstract:

Confidentiality is one of the traditional characteristics of international commercial arbitration, and one of the factors attracting foreign investment to countries in need of an influx of foreign funds to stimulate economic development, as well as efficiency, speed and

selection of experts to resolve the dispute. But he started to face some critical of the call for transparency and openness to allow different parties, such as civil society and non-governmental organizations to participate in the arbitration proceedings. Especially when it comes to disputes which includes the state or one of its public institutions and affect the conduct of public funds, or that focus on sensitive issues and fatal, that the principles of democracy, require the state to inform people of their content and enable its representatives to participate in the procedure. So the arguments of transparency become stronger than those of confidentiality known in traditional jurisprudence.

We already think that transparency in investment arbitration would be one of the most salient features of the future of international commercial arbitration. But investors are not looking at it from that angle, they prefer confidentiality to safeguard their interests. How investment arbitration can he reconcile the principle of confidentiality known for a very long time, and transparency requirements in the procedure and execution of arbitration awards?

مقدمة

يعتبر التحكيم التجاري الدولي من أهم الطرق البديلة عن القضاء الوطني لحل منازعات التجارة الدولية بشكل عام، ومنازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى بشكل خاص.

وقد عرف تطورا كبيرا على المستوى الدولي؛ فبعد أن كانت الأطراف تكلف أشخاصا عاديين لحل نزاعاتها، وتحدد لهم القواعد الإجرائية الموضوعية الواجبة التطبيق، بحيث لا يجوز لهم الحياد عن إطارها، في سياق ما يسمى التحكيم الحر؛ أصبح في الوقت الحالي ما يسمى بالتحكيم المؤسسي هو السائد، حيث تم إنشاء مراكز دولية لحل نزاعات التجارة الدولية، على غرار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى بواشنطن، وغرفة التجارة الدولية بباريس، غرفة التجارة الدولية بستوكهولم، مركز القاهرة الدولي...

وقد اكتسب التحكيم التجاري الدولي من خلال التطبيقات العملية، والقضايا التحكيمية الشهيرة، سمعة دولية جعلته الوسيلة الأكثر استعمالاً في العالم لفض النزاعات، رضيت به الشركات متعددة الجنسيات؛ لأنها قدّرت فيه ضماناً قوياً لمصالحها، ولم ترفضه الدول النامية؛ لأنها بحاجة لتدفق الاستثمارات الأجنبية، والتحكيم كذلك مطلب للمستثمرين الأجانب لا يقبلون التنازل عنه.

يتميز التحكيم التجاري الدولي بمجموعة من الخصائص كالسرعة والائتمان وسيادة مبدأ سلطان الإرادة. ولعل أهم ميزة شدد انتباه المستثمرين والدول المضيفة للاستثمار هي ميزة السرية، حيث لا يرغب المستثمر إفشاء أسرار أعماله، ولا ترغب الدولة إعلام مواطنيها وغيرهم بمسار القضايا التحكيمية التي تكون طرفاً فيها؛ نظراً للخسائر الكبيرة التي تكبدتها العديد من الدول النامية جراء أحكام تحكيمية، لا سيما تلك المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية.

لئن ميّزت خصوصية السرية التحكيم الدولي لمدة طويلة، فإن انتشار مبادئ الديمقراطية في العديد من الدول أدى إلى المطالبة بشفافية النشاطات الاقتصادية للدولة؛ ليكون المواطن الذي يدفع الضرائب لتمويل نشاطات السلطة التنفيذية على دراية بوجهة أمواله.

ولما كانت الأحكام التحكيمية في العديد من القضايا مكلفة جداً بالنسبة للدولة (خاصة الدول النامية)، ارتفعت أصوات تنادي بضرورة التخلي عن مبدأ السرية في تحكيم الاستثمار والسماح للأطراف المعنية، كالجمعية المدني، بالمشاركة في العملية التحكيمية، بينما يتعارض أعمال مبدأ الشفافية مع مصالح المستثمرين. فهل يستطيع تحكيم الاستثمار أن يوفق بين مطلب الشفافية بناء مبادئ الديمقراطية وخصوصية السرية التي سائرت تطوره عبر مختلف محطاته؟

انطلاقاً من الأسس والمبررات التي تأسست عليها خصوصية السرية في تحكيم الاستثمار، وحدود ومدى السرية (أولاً)، والمبررات التي يقدمها المدافعون عن الشفافية ومدى صلاحية حجتها (ثانياً)، يمكننا إيجاد نقاط الترابط والتداخل بينهم، واقتراح مجموعة من الأفكار التي من شأنها العمل على تقريب وجهتي نظر الطرفين

حفاظاً على مصالح جميع الأطراف من جهة، واستمرار تحكيم الاستثمار في لعب دوره الريادي كأهم طريق بديل لحل المنازعات من جهة أخرى.

أولاً: مبدأ السرية في تحكيم الاستثمار أو رفض الشفافية

يستند مبدأ السرية في تحكيم الاستثمار على أسس قانونية واتفاقية وعرفية، ولم تكن هذه الأسس محل جدل ولا خلاف عندما كان التحكيم التجاري يتم بين الأفراد، لكن دخول الدولة ومؤسساتها العامة كطرف من أطراف العملية التحكيمية أدى إلى اختلال توازن العلاقة العقدية في مجال التحكيم، باعتبار أحد الطرفين شخصاً أو رعية لإحدى الدول مقابل دولة أخرى. يبدو من الظاهر أنّ ميزان القوى يميل نحو هذه الأخيرة، لكن الواقع العملي يثبت عكس ذلك؛ فالشخص المتعاقد في عقد الاستثمار عادة ما يكون شركة عالمية ذات نفوذ اقتصادي كبير، والدولة المتعاقدة من الدول النامية تحتاج إلى تدفق رؤوس الأموال لتحقيق تطورها الاقتصادي.

من هنا ثار الجدل حول سرية تحكيم الاستثمار، حيث ترغب الشركات والمستثمرون بشكل عام في الحفاظ على السرية في كل مراحل العملية التحكيمية، بينما تتعرض الدولة المتعاقدة لضغوط داخلية كبيرة من أجل إضفاء الشفافية على معاملاتها التجارية، فبات من المؤكد أن السرية التامة التي اعتاد عليها المحكمون في بدايات التحكيم التجاري، لم تعد ملائمة في الوقت الحالي، وإن كانت الشفافية المطلقة هي أيضاً بعيدة المنال.

من هنا كان لا بد من تحديد المجالات، والمفهوم الذي أعطي لسرية التحكيم في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وأنظمة التحكيم لمختلف المراكز الدولية (أ)، والمدى الذي يمكن أن تصله هذه السرية، أي هل السرية في تحكيم الاستثمار خصوصية مطلقة أم محدودة الأثر؟ (ب).

أ / مفهوم سرية تحكيم الاستثمار:

تقتضي السرية في تحكيم الاستثمار، عدم تسرب كل ما يجري في الخصومة التحكيمية منذ المرحلة الإجرائية إلى غاية صدور القرار التحكيمي وتنفيذه، بل

يجب التكتّم حتى على وجود النزاع في حد ذاته؛ لأن وجود النزاع قد يؤثر على سمعة ونشاط المستثمر الطرف في الخصومة، وهذا يعني من جهة أخرى انعدام الآليات التي تضمن للغير - من باحثين ودارسين، وممثلي المجتمع المدني، ووسائل الإعلام، وممثلي الشعب - حق الاطلاع على تفاصيل النزاع القائم، وموقف كل طرف في النزاع، وإجراءات التحكيم، وما تشمله من مرافعات ومذكرات كتّابية ووثائق وشهادات وخبرات، إلى غاية صدور الحكم التحكيمي وما يرتبه من آثار سلبية على الطرف خاسر الدعوى، خاصة الدولة المضيفة للاستثمار.

تضمنت القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وأنظمة التحكيم بنودا متعلقة بسرية تحكيم الاستثمار، انصبت في معظمها على محورين أساسيين: يتمثل الأول في الطابع الخاص -غير العلني- للجلسات، ويتمثل الثاني في عدم نشر أحكام التحكيم إلا بموافقة طرفي النزاع، وغالبا ما تحذف بعض المعطيات من الحكم عند نشره.

فقد نصت المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري⁽¹⁾ على: «تكون مداوالات المحكمين سرية»، وهو النص الحرفي للمادة 1479 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد (NCPC)⁽²⁾، حيث يقتصر النصان على الإشارة إلى سرية المداوالات دون غيرها، فهل يمكن أن تكون المرافعات علنية مثلاً؟

ما يزال الجدل قائماً حول هذه المسألة، فيما إذا كان عدم النص على السرية يبيح العلنية، أم أن مبدأ السرية عام في التحكيم التجاري الدولي ولا يجوز المساس به.

أما المشرع المصري فقد فصل في عدم جواز نشر حكم التحكيم إلا بموافقة

(1) - قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، صادر بتاريخ 23 أبريل سنة 2008.

(2) - Article 1470 : «Les délibérations des arbitres sont secrètes». Voir le nouveau code de procédure civile français du 21 mai 1981, modifié par le décret N°2001-48, du 13 Janvier 2011. In : [http:// www.journal-officiel.gov.fr](http://www.journal-officiel.gov.fr).

الأطراف، حيث نصت المادة 44 (فقرة 02) من قانون المرافعات: «ولا يجوز نشر حكم التحكيم أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة الطرفين»⁽¹⁾.

ولم نجد في الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار التي أبرمتها الجزائر إلى حد الآن⁽²⁾ ما يشير إلى السرية أو العلنية في تحكيم الاستثمار، بل أحالت معظمها طرفي النزاع - في حالة نشوب نزاع - إلى مراكز التحكيم الدولية، خاصة المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (CIRDI)، باستثناء الاتفاقية الجزائرية الأمريكية لسنة 1990⁽³⁾، التي نصت على التحكيم الحر، أي تشكيل هيئة التحكيم من قبل الأطراف، وجاء في الفقرة الثانية من المادة السادسة إشارة إلى عدم السماح بالمشاركة في التحكيم إلا لحكومي البلدين، وهذا يعني سرية التحكيم في أحد أوجهها.

نصت المادة 48 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965⁽⁴⁾ على : «... ولا ينشر المركز أية أحكام بدون موافقة أطراف النزاع»، إلا أنه بعد تعديل 2006⁽⁵⁾،

(1) - أسامة احمد شتات، قانون المرافعات والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر 2003، ص. 178-197.

(2) - أبرمت الجزائر أكثر من 40 اتفاقية ثنائية لتشجيع وتطوير الاستثمار، يمكن الاطلاع عليها في المواقع: www.ANDI.dz

كما أبرمت على المستوى الدولي أكثر من 5000 اتفاقية ثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار: انظر في هذا الصدد: قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر 2004، ص. 182.

(3) - الاتفاق بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية حول تشجيع الاستثمارات، الموقع في واشنطن بتاريخ 22 جوان 1990، مصادق عليه بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 90-319، المؤرخ في 17 أكتوبر 1990، ج.ر. عدد 45، صادر في 24 أكتوبر سنة 1990.

(4) - اتفاقية تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الموافق عليها بمقتضى الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 21 يناير سنة 1995، ج.ر. عدد 07 صادرة بتاريخ 15 فيفري سنة 1995، المصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 95-346، المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، ج.ر. عدد 66، صادرة بتاريخ 05 نوفمبر سنة 1995.

(5) - تم تعديل الاتفاقية في 15 أبريل سنة 2006، للاطلاع على الاتفاقية المعدلة، يمكن الرجوع إلى موقع

www.worldbank.org/iscid:CIRDI

تضمنت المادة 48 المعدلة إمكانية نشر ملخصات ومقتطفات تتضمن تحليل الوقائع والسند القانوني الذي أسست عليه محكمة التحكيم منطوق حكمها⁽¹⁾. بينما ذهب نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية (CCI)⁽²⁾ في اتجاه التوفيق بين حاجيات البحث العلمي ومصالح الأطراف، حيث جاء في المادة الرابعة من الملحق الثاني المتعلق بالنظام الداخلي للهيئة الدولية للتحكيم: «يجوز لرئيس الهيئة أو لأعضائها أن يأذن للباحثين القائمين بأبحاث علمية في مجال قانون التجارة الدولية، بالاطلاع على أحكام التحكيم وغيرها من الوثائق ذات الفائدة العامة، فيما عدا المذكرات والتقارير والمراسلات والمستندات المقدمة من الأطراف في إطار إجراءات التحكيم».

يتبين من النصوص السابقة أن القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وأنظمة التحكيم، حددت مجال السرية في التحكيم التجاري الدولي، وحاولت أن ترفع بعض القيود عنها من خلال السماح بنشر مقتطفات من الأحكام، أو الترخيص للباحثين بالاطلاع عليها، لكنها ضيّقت مجالات العلنية، فربطتها أحيانا بموافقة جميع أطراف النزاع، ولم تسمح بالاطلاع على المذكرات والتقارير والمراسلات والمستندات أحيانا أخرى، مما يدل على حرصها على مصالح الأطراف. إلا أنه في تحكيم الاستثمار قد تخدم السرية طرفي النزاع، حيث يحافظ المستثمر الأجنبي على كل أسرار نشاطاته، وتتجنب الدولة المضيفة للاستثمار الشفافية في معاملاتها التجارية تجنباً للانتقادات، ولبعض الأسباب السياسية الأخرى، لكنها تواجه ضغوطاً من طرف الشعب أو ممثليه تدفعها إلى البحث عن حلول أخرى غير السرية في التحكيم، لأن الشعب لا يتحمل الخسائر الفادحة التي تتكبدها الدول جراء التحكيم التجاري الدولي. فحدود الشفافية الواردة في القوانين والاتفاقيات وأنظمة التحكيم، لا تلبي المطالب الملحة من جمعيات المجتمع المدني ومثلي الشعب،

(1) - جاء في المادة 48:

«Le centre ne publie pas la sentence sans le consentement des parties, toutefois, le centre inclut dans les meilleurs délais dans ses publications des extraits du raisonnement juridique adopté par le tribunal».

(2) - للاطلاع على نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية (CCI) الساري المفعول ابتداء من 1998/01/01 المعدل سنة 2010، يمكن الرجوع للموقع: <http://www.iccwbo.org>.

ويبقى التساؤل المطروح: هل سرية التحكيم قاعدة راسخة ثابتة أم قابلة للتغيير؟

ب/ مبدأ سرية التحكيم بين الثبات والتغير:

إذا كان الاتجاه التقليدي يقضي بوجود مبدأ عام للسرية في منظومة التحكيم التجاري الدولي دون النص عليه صراحة في شرط أو مشاركة التحكيم بين الطرفين المتعاقدين، أو في نظام مركز التحكيم في حالة التحكيم المؤسساتي، حيث لم يكن يشترط ذكر سرية إجراءات التحكيم أو حكم التحكيم في الاتفاق التحكيمي؛ فإن التطور الذي عرفه التحكيم التجاري الدولي بدخول الدولة بدل الفرد في العلاقة التعاقدية، وقيام مؤسسات التحكيم بتعديل أنظمتها التحكيمية⁽¹⁾، أدى إلى إعادة الجدل إلى الواجهة، فانقسم الفقه إلى فريقين: فريق يؤيد وجود مبدأ السرية وارتباطه بداهة بالتحكيم التجاري الدولي، وفريق ينكر الطابع البديهي ويشترط النص عليه صراحة في اتفاق التحكيم (نقدم نماذج من هذه الآراء لاحقاً).

يفترض الاتجاه الأول السرية حتى في غياب النص عليه صراحة في اتفاقية التحكيم، بناءً على الطابعين الخاص والتعاقدي للتحكيم، واستناداً على قاعدة عرفية كرستها الممارسات التحكيمية، بل يرى أنصار هذا الاتجاه أن السرية من أبرز مبادئ وركائز التحكيم التجاري الدولي وأهم عوامل نجاحه وجاذبيته⁽²⁾. فقد كتب الأساتذة GOLDMAN و FOUCHARD و GAILLARD: «نقبل، بصفة عامة، أن حكم التحكيم مثل وجود إجراءات التحكيم، له طابع السرية...»⁽³⁾.

(1) - عدلت غرفة التجارة الدولية بباريس نظام تحكيمها ابتداء من 2010/01/01، وتم تعديل نظام التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (CIRDI)، ابتداء من 15 أفريل سنة 2006، يمكن الرجوع إلى الموقعين:

www.iccwbo.org

www.worldbank/iscid

(2) - LALIVE pierre, «Dérives arbitrales»; Association suisse d'arbitrage, ASA bulletin No 4/2005, p.488.

(3) - «On admet généralement que la sentence, comme l'existence de la procédure arbitrale, a un =

على النقيض من هذا الاتجاه، هناك تيار لا يعترف بالسرية خارج النص في اتفاقية التحكيم أو في نظام التحكيم المتفق على اللجوء إليه لحل النزاع بين الطرفين، نظرا لانعدام سند للمبدأ في القوانين الوطنية والمعاهدات الدولية⁽¹⁾، إذ لا يوجد - كما رأينا- في القوانين الوطنية نص صريح على مبدأ السرية، بل ذهب بعض القوانين إلى النص على سرية المداولات وأشارت أخرى إلى الحفاظ على السر المهني، وعدم نشر المذكرات والمستندات. كما أشارت بعض الاتفاقيات الدولية ومراكز التحكيم وأنظمة التحكيم إلى عدم إمكانية نشر الأحكام التحكيمية إلا بموافقة الأطراف، وإن فتحت المجال لنشر ملخصات للأحكام دون الرجوع إلى الأطراف⁽²⁾.

أما على مستوى الاجتهاد القضائي، فقد عرف القضاء الفرنسي نوعا من التردد، بحيث أقرّ مبدأ السرية في التحكيم التجاري الدولي مثلما جاء في القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 18 فيفري سنة 1986، الذي أكدت فيه أنه يدخل ضمن طبيعة إجراءات التحكيم في حد ذاتها ضمان نوع من السرية⁽³⁾، ثم عاد فألقى بعبء الإثبات على عاتق الأطراف، حيث أكدت محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر في 22 يناير سنة 2004 أنه لا يوجد

caractère confidentiel. La confidentialité de la procédure et de la sentence elle-même est en effet l'un des avantages que les parties attendront de l'arbitrage».

VOIR: FOUCHARD(Ph), GAILLARD(E), GOLDMAN(B), Traité de l'Arbitrage Commercial International, éditions L.I.T.E.C-DELTA, Paris 1996.P.186.

(1)- DE GASTE' Arnaud et DEPLANU Louis, Confidentialité et arbitrage commercial international ; un principe remis en question, IN : <http://www.village-justice.com/articles/confidentialité-arbitrage.882.html>

(2)- انظر مثلا المادة 48 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المعدلة سنة 2006، مرجع سابق.

(3)- «Qu'il est en effet de la nature même de la procédure d'arbitrage d'assurer la meilleure discrétion pour le règlement des différends d'ordre privé, ainsi que les deux parties en étaient convenues».

Voir : CA , 18 février 1986, in :Revue de l'arbitrage 1986 , page 583, note G.Flecheux.

مبدأ راسخ لسرية إجراءات التحكيم، بل يجب على الأطراف إثبات وجود مثل هذا المبدأ، وأن عدم إثارة المسألة من قبل الأطراف يعني تنازلهم عنه⁽¹⁾. وعلق أحد الأساتذة على هذا الحكم بأن ما كان يبدو بديها ويدخل في إطار مصالح الأطراف ضمن إجراءات خاصة، أعيد فيه النظر في هذا الحكم⁽²⁾. كما أكدت المحكمة العليا للسويد في قرار صادر بتاريخ 27 أكتوبر سنة 2000 أنه لا يمكن اعتبار أي طرف من أطراف الدعوى التحكيمية مرتبطا بالتزام السرية إلا إذا أبرم الطرفان اتفاقا حول هذه النقطة⁽³⁾.

يتبين مما سبق أنه على الرغم من التباين والاضطراب في مواقف الفقه والقضاء والقوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وأنظمة التحكيم، فإن الاتجاه السائد لا يكرس مبدأ السرية ضمنا وبداهة خارج النص عليه صراحة، وعليه يتم الأخذ بنظام مركز التحكيم إذا تضمن ما يشير إلى هذا المبدأ، وإلا فإنه يكون من أنجع الحلول أن تقوم هيئة التحكيم المشكلة للنظر في النزاع التحكيمي، في سياق مبدأ الاختصاص بالاختصاص، الذي اعترفت لها به جميع القوانين المقارنة وأنظمة التحكيم، بدعوة الأطراف إلى إبرام اتفاق، يحددون فيه حدود السرية المطلوبة في التحكيم، وما يجب أن تتضمنه من مذكرات ومستندات ووثائق ومرافعات وإجراءات وحكم التحكيم، قبل بداية الخصومة التحكيمية، إلا أن الشفافية في تحكيم الاستثمار تبقى مطلبا ملحا للعديد من الأطراف ذات الصلة بالعملية التحكيمية.

(1)- CA de Paris, 22 janvier 2004, Revue de l'arbitrage 2004, P.647. Note Éric LOQUIN.

(2)- DELVOLVE' Jean louis, Vraies et fausses confidences ou les petits et les grands secrets de l'arbitrage, Revue de l'arbitrage, 1996, p.373.

(3)- «La Cour Suprême considère qu'une partie à une procédure d'arbitrage ne peut pas être considérée comme liée par une obligation de confidentialité, à moins que les parties n'aient conclu un accord sur ce point».

Voir : Cour suprême de Suède le 27/10/2000, Revue de l'arbitrage 2001, p.821, note Sigvard JARVIN et Gregory REID.

ثانياً: مطلب الشفافية في تحكيم الاستثمار

تم اعتماد الطرق البديلة لحل المنازعات (التوفيق، الوساطة، التحكيم...) بين المتعاملين الاقتصاديين الخواص، بنفس الشكل والطريقة على النزاعات ذات الطابع الدولي المرتبطة بالقانون الدولي العام، دون مراعاة خصوصيات هذه الأخيرة؛ مما أدى إلى نتائج مثيرة للجدل.

لئن أثبتت الطرق البديلة نجاحها في حل المنازعات الخاصة، فإن هناك عنصراً هاماً تم تجاهله عند التصدي للمنازعات ذات الطابع الدولي، ألا وهو المصلحة العامة؛ حيث تعتبر المشاريع التي يترتب عنها إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار، ذات أهمية كبيرة على اقتصاد الدولة، وأحياناً على كل أفراد المجتمع، فكيف ندمج المصلحة العامة في إجراءات وضعت أساساً لفض نزاعات تتعلق بمصالح خاصة؟

لقد ظهر تيار فكري وسياسي وإعلامي وجمعي يدعو إلى ضمان مزيد من الشفافية لتحكيم الاستثمار لعدة أسباب إجرائية وموضوعية (أ)، وحدد مظاهر هذه الشفافية (ب).

أ/ أسباب المطالبة بشفافية تحكيم الاستثمار:

يجب أن يكون تحكيم الاستثمار مفتوحاً للجمهور، الصحافة، المنظمات غير الحكومية (ONG) التي تدافع عن مشروعية بعض القضايا، ويجب إعلام كل هذه الأطراف والسماح لها بالتعبير في إطار التحكيم؛ لأن الآثار المترتبة على الأحكام التحكيمية تمس الجميع بشكل مباشر أو غير مباشر⁽¹⁾، فالدولة تنصرف

(1) - تكبدت الدول النامية خسائر فادحة في قضايا التحكيم التجاري الدولي، لا سيما تحكيم الاستثمار، دفعتها من أموال شعوبها دون استشارتها.

فالجزائر مثلاً اضطرت إلى دفع ملايين الدولارات للشركة الأمريكية ANADARCO مقابل تنازلها عن الدعوى التحكيمية أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى CIRD، وخسرت جمهورية مصر العربية 76 قضية تحكيمية من بين 78 قضية. انظر في هذا الصدد:

- حسينة ل. سوناطراك وأناداركو يتفقان على الرسم على الأرباح الاستثنائية، جريدة المساء اليومية، عدد 4586، =

باسم الشعب ولصالحه حسب دساتير معظم الدول؛ لذلك يجب أن يكون الشعب على علم بكل القرارات المصيرية التي تتخذها دولته بما تقتضيه مبادئ الديمقراطية المعاصرة.

إن إعلام مختلف ممثلي الشعب بكل مراحل العملية التحكيمية (اتفاق التحكيم، خصومة التحكيم، حكم التحكيم وتنفيذه)، يخفف على الدولة (خاصة النامية) المضيفة للاستثمار ضغوطات الشركات العملاقة، ويضمن تسيير المال العام بكل شفافية وكذا الموارد الطبيعية، خاصة مع انضمام المؤسسات العامة إلى التحكيم التجاري الدولي، وتفشي الفساد في معظم هذه المؤسسات.

تتم الدول النامية المستقبلية للاستثمارات الأجنبية بأنها لا تدافع بما فيه الكفاية عن الصالح العام في مواجهة المستثمرين الأجانب، علماً بأن الأمر يتعلق بأموال الشعب، مما يتطلب إطلاع الرأي العام ونواب الشعب عليها، خاصة عندما يتعلق الأمر بأموال طائلة تدفع بموجب أحكام التحكيم، للمستثمرين الأجانب من الخزينة العامة.

كما بدأت تبرز اهتمامات السكان وممثلهم بنشر أحكام التحكيم الصادرة في قضايا الاستثمار؛ لأنها ترتب آثاراً مهمة ومؤكدة على السياسات العامة للدول، وعلى ميزانياتها، وبالتالي على المستوى المعيشي للسكان والمجتمعات⁽¹⁾.

لا شك أن نشر أحكام التحكيم يساهم في تطوير الاجتهاد التحكيمي وتوحيد على مستوى التحكيم التجاري الدولي، ويضع أمام الباحثين وسائل هامة للبحث، من خلال الأسس والقواعد والأسانيد التي تتضمنها الأحكام التحكيمية.

ب/ مظاهر الشفافية في تحكيم الاستثمار:

يمكن اعتماد الشفافية في تحكيم الاستثمار بعدة طرق وعلى أوجه مختلفة،

صادرة بتاريخ 11 مارس 2012.

- أشرف سيف، خسائر التحكيم زيف مستمر، موقع جذور التنمية القانونية وإدارة الأزمات، ص2.

(1)- FAGES Fabrico, La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière, revue de l'arbitrage No 01 du 01/01/2003, pp.5-39.

أهمها:

- 1- الإعلان عن وجود دعوى تحكيمية بكل الوسائل المتاحة، بما فيها المواقع الإلكترونية، وقد عمد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (CIRDI) إلى نشر لائحة المنازعات المعروضة أمامه للتحكيم، وهي خطوة هامة نحو شفافية تحكيم الاستثمار⁽¹⁾.
- 2- السماح للغير بتقديم ملاحظات مكتوبة لهيئة التحكيم، ويمثل هذا الغير في كل من له صلة بالقضية من منظمات المجتمع المدني، نواب الشعب... الخ
- 3- السماح للغير بحضور المرافعات العلنية، خاصة مع وجود الوسائل المتطورة التي لا تلزم الجمهور بالحضور إلى مكان إجراء التحكيم.
- 4- نشر قرارات التحكيم: المعمول به لحد الآن، في مختلف أنظمة التحكيم، أن القرارات التحكيمية تظل سرية، ولا يتم نشرها إلا باتفاق الطرفين المتنازعين، حيث نصت المادة 48 (5) من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 (المعدلة سنة 2006)، على عدم إمكانية نشر أحكام التحكيم كاملة إلا بموافقة الأطراف، ولكنها سمحت بنشر مقتطفات من هذه القرارات مبثورة، أو مع تطهيرها من بعض المعطيات؛ كأسماء الأطراف وبعض المعطيات المتعلقة بهم، وبناء على ذلك ينشر المركز ما يناهز نصف قراراته⁽²⁾.

نظرا للعدد الكبير من الدول التي انضمت إلى اتفاقية واشنطن (حوالي 160 دولة)، والنجاح الباهر الذي حققه تحكيم الاستثمار على مستوى المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (CIRDI)، يستوجب على الدول المتعاقدة أن تعمل على تعديل المادة 48 من الاتفاقية للترخيص بنشر القرارات التحكيمية التي تصدر عن هيئات تحكيم المركز، لتجسيد التزامها بمبادئ الديمقراطية والشفافية أمام شعوبها، فتسمح لها أو لممثليها بالاطلاع

(1) - صادقت على الاتفاقية المنشئة للمركز (CIRDI) حوالي 160 دولة. للاطلاع على قائمة الدول الموقعة على الاتفاقية وقائمة القضايا التحكيمية أمام المركز يمكن الرجوع إلى الموقع: www.Worldbank.org/iscid

(2) - YAMMACA – SMAIL Catherine, Transparence et participation de tierces personnes aux procédures des différends entres investisseurs et états, Document de travail sur l'investissement international, OCDE , No 2005/01, p.06.

على ما رتبته هذه القرارات من أعباء مالية على ميزانيات دولهم وعلى المستوى المعيشي لمواطنيها.

كما تسمح الشفافية بتطوير الاجتهاد التحكيمي، خاصة عبر الأبحاث والتعليقات الفقهية، ومن خلال الاجتهاد يتبين للأطراف الجوانب الهامة التي يجب التركيز عليها في مرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام عقود الاستثمار.

الخاتمة

لقد كانت السرية، لعقود من الزمن، إحدى المزايا الأساسية للتحكيم التجاري الدولي التي تعتبر من عوامل جذب الاستثمار، لكنها بدأت تتراجع في العصر الحالي أمام زحف الشفافية والنشر والعلانية، مدفوعة بالمواقف الفقهية والمطالب السياسية والإعلامية والجمعية، خاصة عندما يتعلق الأمر بمنازعات الاستثمار التي تكون الدولة والمؤسسات العامة طرفاً فيها، وتمس بشكل مباشر تسيير الأموال العمومية وتحقيق المصلحة العامة، بحيث يصعب في هذه الحالة الأخذ بالحجج التقليدية للسرية المتمثلة في الطابع الخاص بالبحث والتعاقدية الصرف للنزاع.

فلم يعد مبدأ السرية مقبولا كمبدأ عام غير قابل للتغيير في تحكيم الاستثمار، بل لا يعتد إلا بما جاء النص عليه في اتفاقية التحكيم أو في أنظمة تحكيم مختلف المراكز الدولية.

تبدو إيجابيات الشفافية في تحكيم الاستثمار أكبر من مزايا السرية، خاصة بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار التي تعمل على تلميع صورتها عبر الانفتاح على المجتمع المدني، فتحقق الاستقرار والسلم الاجتماعي، لكن اعتمادها يجب أن يتميز بالحدز والدقة، فلا يمكن التضحية بمبدأ السرية دفعة واحدة بعد أن تبلور عبر الزمن كميزة من مزايا التحكيم التجاري الدولي، فقد يفقد التحكيم بريقه في ظل شفافية كاملة؛ لأنها في نهاية الأمر مطلب لأطراف خارجة عن العقد وعن النزاع، وليست مطلباً لأطراف النزاع التي فضلت التحكيم على القضاء الوطني لعدة عوامل من بينها سرية العملية التحكيمية، وتبقى أبرز تحديات التحكيم المعاصر، قدرته على

التوفيق بين خاصية السرية ومطلب الشفافية.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

I/ الكتب

- 1- أسامة أحمد شتات، قانون المرافعات والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2003.
- 2- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر 2004.

II/ المقالات:

- 1- أشرف سيف، "خسائر التحكيم نزيه مستمر"، موقع جذور التنمية القانونية وإدارة الأزمات، ص 2-6. الموقع: www.kenanaonline/gezoor
- 2- حسينة ل. "سوناطراك" وأناداركو يتفقان على الرسم على الأرباح الاستثنائية"، جريدة المساء اليومية، عدد 4586، صادرة بتاريخ 11 مارس 2012، ص 3.

III/ النصوص القانونية:

أ/ الاتفاقيات الدولية:

- 1- الاتفاق بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية حول تشجيع الاستثمارات، الموقع في واشنطن بتاريخ 22 جوان 1990، مصادق عليه بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 90-319، المؤرخ في 17 أكتوبر 1990، ج.ر عدد 45، صادر في 24 أكتوبر سنة 1990.
- 2- اتفاقية تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الموافق عليها بمقتضى الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 21 يناير سنة 1995، ج.ر عدد 07، صادرة بتاريخ 15 فيفري سنة 1995، المصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 95-346، المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، ج.ر عدد 66، صادر بتاريخ 05 نوفمبر سنة 1995.

ب/ النصوص التشريعية:

- 1- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري سنة 2008، يتضمن قانون

الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، صادر بتاريخ 23 أبريل سنة 2008.

VI/ المواقع الالكترونية:

- 1- موقع الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار: WWW.ANDI.DZ
- 2- موقع المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى CIRD I www.worldbank.org/iscid

3- موقع غرفة التجارة الدولية بباريس CCI www.iccwbo.org

ثانيا: باللغة الفرنسية

I/OUVRAGES:

1- **FOUCHARD(Ph), GAILLARD (E),GOLDMAN (B)**, Traité de l'Arbitrage Commercial International, éditions L.I.T.E.C-DELTA, Paris, 1996.

II/ ARTICLES:

1- **FAGES Fabrice**, "La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière", revue de l'arbitrage No 01 du 01/01/2003, pp.5-39.

2-**DE GASTE' Arnaud et DEPLANU Louis**, "Confidentialité et arbitrage commercial international ; un principe remis en question", IN : <http://www.village-justice.com/articles/confidentialité-arbitrage.882html>.

DELVOLVE' Jean louis, "Vraies et fausses confidences ou les petits et les grands secrets de l'arbitrage", Revue de l'arbitrage 1996, p.373.

4- **LALIVE pierre**, "Dérives arbitrales " ; Association suisse d'arbitrage, ASA bulletin No 4/2005, p.488 ets.

II/DOCUMENTS:

1- Le nouveau code de procédure civile français du 21 mai 1981, modifié par le décret N°2001-48, du 13 Janvier 2011.

In: [http:// www.journal-officiel.gov.fr](http://www.journal-officiel.gov.fr).

2- **YAMMACA –SMAIL Catherine**, Transparence et participation de tierces personnes aux procédures des différends entres investisseurs et états, Document de travail sur l'investissement international, OCDE, No 2005/01, p.06.

التنزيل في قانون الأسرة الجزائري (مقارنا بالشريعة الإسلامية والقانون المصري)

بقلم: د/بشور فتيحة*

ملخص

تحتل المواضيع المتعلقة بالميراث أهمية بالغة في حياة الناس؛ لما لها من تأثير على الحقوق المالية للأفراد، سيما حق الملكية، ومن أهم المسائل في الميراث، والتي نعتقد أن العمل بها لا يزال غير متطابق تماما مع النصوص القانونية ذات الصلة؛ التنزيل، والذي يسمى أيضا الوصية الواجبة أو وصية القانون. فالتنزيل طريق استثنائي للإرث، حيث لا نلجأ إلى التوريث عن طريقه إلا إذا كان الوارث محجوبا، ولم يحصل على نصيب من ميراث والده أو جده بطريق الهبة أو الوصية أو غيرها، فهو يقي صاحبه من العيلة والحاجة، فإذا ما ناب عنه شيء من ميراث والده أو جده لم يستحق التنزيل. كما أن التنزيل يكون في حدود ثلث التركة لا غير.

Résumé

Les sujets liés à l'héritage sont d'une importance capitale dans la vie des gens, en raison de leurs impacts sur les droits financiers des personnes, en particulier le droit à la propriété.

Parmi les questions de l'héritage que nous croyons que sa mise en pratique n'est pas en conformité avec les textes juridiques en vigueur nous citons l'héritage par substitution appelé aussi le testament obligatoire ou le testament légal.

Le recours à l'héritage par substitution qui est une voie exceptionnelle de l'héritage, n'est pratiquée que dans le cas de l'éviction d'un héritier et que ce dernier n'a pas reçu de parts de l'héritage de son ascendant par le moyen de donation, testament ou autres. L'héritage par substitution permet ainsi d'épargner le bénéficiaire du besoin et de la nécessité mais ce dernier perd l'accès à ce droit dans le cas de son

* أستاذة محاضرة قسم "ب" بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محمد أولحاج-البويرة.

obtention d'une cote part de l'héritage, toutefois l'exercice de ce droit est limité au tiers de l'héritage.

Abstract

Topics related to inheritance of great importance in people's lives occupies, because of their impact on the financial rights of individuals, especially the right to property, and the most important issues of inheritance, and that we believe that working out is still not exactly match with the relevant download legal texts, which also is called binding will or intestate law. Download an exceptional way to the legacy, so do not resort to the inheritance of his way, but if the heir is blocked, and did not get a share of the inheritance of his father's or grandfather's way of donation or wills or others. It protects the owner of Aila and need. If you give a damn about anything from the legacy of his father or grandfather was not worth the download. Download and be in the range of one-third of the estate is not.

Topics related to inheritance are of utmost importance in people's lives, because of their impact on the financial rights of persons, in particular the right to property.

Among the issues of the legacy we believe that its implementation is not in accordance with the legal provisions in force we quote inheritance by substitution also called the mandatory legal will or testament.

The use of inheritance by substitution is an exceptional way of inheritance, is practiced in the case of the eviction of an heir and that he received no share of the inheritance of his ascendancy by means of donation, will or other. The inheritance and substitution saves the recipient's need and necessity but it loses access to this right in the case of his obtaining a rating from inheritance, however, the exercise of this right is limited to one third of the inheritance.

مقدمة

تحتل المواضيع المتعلقة بالميراث أهمية بالغة في حياة الناس، لما لها من تأثير على الحقوق المالية للأفراد، سيما حق الملكية. ولعل قواعد الميراث من أكثر القواعد حاجة للتفصيل والتدقيق، حتى نتبسط ويسهل فهمها.

من هنا جاءت فكرة دراسة إحدى أهم المسائل في الميراث، والتي نعتقد أن

العمل بها لا يزال غير متطابق تماما مع النصوص القانونية ذات الصلة، وهو التنزيل والذي يسمى أيضا الوصية الواجبة أو وصية القانون.

فعندما يتوفى الولد في حياة والده تاركا أبناء أو بنات، ثم توفي الوالد، هل يتمكن الأبناء من نصيب والدهم في تركة جدهم دون حاجة إلى وصية؟ وكيف يمكن استخلاصه من التركة؟

هذه هي الإشكالية التي من خلال الإجابة عنها سنحاول أن نزيح الغموض أو سوء الفهم، الذي يكتنف قواعد التنزيل، وسنعمد في ذلك على مقارنة نصوص قانون الأسرة الجزائري بنصوص قانون الأحوال الشخصية المصري، والشرعية الإسلامية.

قسمنا هذا البحث إلى مبحثين: ندرس في الأول مفهوم التنزيل، ونتطرق في الثاني إلى طريقة استخلاص نصيب صاحب التنزيل من التركة، أي حل مسائل التنزيل.

المبحث الأول: مفهوم التنزيل

تقتضي دراسة التنزيل التطرق أولا إلى مفهومه، حيث سنبرز معنى التنزيل من خلال تعريفه لغة واصطلاحا (مطلب أول)، ثم نتصدى لجملة من القواعد، التي تسمح بتحديد تحديدا دقيقا، المتعلقة بشروطه وأصحاب الحق فيه (مطلب ثاني).

المطلب الأول: تعريف التنزيل وحكمه

سنقوم في هذا المطلب بتعريف التنزيل (فرع أول)، وتحديد حكمه شرعا وقانونا (فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف التنزيل

التنزيل لغة من النزول وهو الحلول، والتنزيل كذلك الترتيب⁽¹⁾، أي إعطاء

(1) - محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ط5، المكتبة

منزلة أو رتبة. أمّا اصطلاحاً فهو جعل الأحفاد في منزلة أصلهم في ميراث جدّهم⁽¹⁾.

تكون الحاجة إلى التنزيل إذا توفي شخص قبل والديه أو معهم، بحيث لا يعرف من توفي أولاً - كحال الغرقى والهدمي-، وترك أولاداً، فإذا ما توفي جدّهم أو جدّتهم حجّبا من طرف الأبناء، فلم يكن لهم نصيب من ميراث جدّهم، فينزلون منزلة أبيهم ويأخذوا مقدار ما كان سيأخذه لو كان حياً.

والحكمة من التنزيل تجنيب هؤلاء الأحفاد الوقوع في حال من الفقر والحاجة بسبب حجّبتهم من ميراث جدّهم. وهو وضع ما كان ليكون، لو كانت وفاة أبيهم بعد وفاة جدّهم، حيث ينتقل إليهم ميراث جدّهم عن طريق الوالد، الأمر الذي لم يحدث، لأنّ وفاة الأب قد سبقت؛ لذا نقوم بتنزيلهم منزلة أبيهم لوقايتهم من العوز والفاقة.

الفرع الثاني: حكم التنزيل

يسمى التنزيل بالوصية في بعض القوانين العربية، منها القانون المصري، والذي لم يكن ينص عليها قبل قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946⁽²⁾.

تستند هذه التسمية إلى اعتبار أنّ الإرث بطريق التنزيل لم يرد بشأنه نصّ صريح في الكتاب والسنة، إنّما هو راجع إلى اجتهاد الفقهاء والمفسرين، بحيث اعتبروا هذا الطريق من طرق انتقال أموال التركة بمثابة وصية إلزامية تخرج من التركة قبل قسمتها⁽³⁾، وهذا ما سيظهر حين التطرق لخطوات حل مسائل التنزيل،

العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، 1999، ص 308.

(1) - محمد بن عبد الله بن أحمد باسودان، تقرير المباحث في أحكام إرث الوارث، مطبعة الفيضية، حيدر أباد الدكن الحمية، الهند، 1328هـ، ص ص 204-205.

(2) - د/ دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2010، ص ص 81-104؛ د/ بدران أبو العينين بدران، الموارث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية، 1995، ص 167.

(3) - د/ محمد محدة، التركات والموارث، ط1، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004، ص 294.

وقال بذلك ابن حزم والطبري⁽¹⁾.

أولاً: حكم التنزيل في نظر فقهاء الشريعة الإسلامية

يرى جمهور الفقهاء أنّ الوصية لا تكون سوى اختيارية، وليس منها ما هو واجب قضاءً، وهي لا تجب إلّا لقضاء دين غير ثابت كالزكاة والكفارة⁽²⁾.

غير أنّ ابن حزم يرى أنّ الوصية واجبة للأقربين غير الوارثين ديانة وقضاء⁽³⁾، مستنداً إلى الآية الكريمة: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَلَدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽⁴⁾.

وقد وقع خلاف بين العلماء حول معنى هذه الآية، إذ يرى البعض أنّها منسوخة بآية الموارث بالنسبة للوارثين وغيرهم، بينما يرى البعض الآخر أنّها منسوخة بآية الموارث بالنسبة للوارثين فقط⁽⁵⁾. فلا وصية لمن يرث من التركة، أمّا المحجوب عنها فتجوز له الوصية. وقد انقسم هؤلاء إلى فريقين:

- فريق يرى أنّه إذا توفي الإنسان دون أن يوصي لقربائه فلا يأخذون من التركة شيئاً، ويكون آثماً⁽⁶⁾.

(1) - علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، الجزء التاسع، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1348هـ، ص 314؛ محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تفسير آي القرآن، المجلد الأول، تحقيق: د/بشار عواد معروف وعصام فارس الحرشاني، مؤسسة الرسالة، 2015، ص ص 484-485.

(2) - محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي القاهرة، د.س.ن، ص 229؛ د/ بدران أبو العنين بدران، مرجع سابق، ص 229؛ د/محمود عبد الله بنحيت، د/ محمد عقله العلي، الوسيط في فقه الموارث، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 179.

(3) - ابن حزم، مرجع سابق، ص ص 314-315.

(4) - الآية 180 من سورة البقرة.

(5) - الطبري، مرجع سابق، ص ص 484-486؛ إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، لبنان، 2004، ص ص 204-205. انظر كذلك: د/ رمضان علي السيد الشرنباصي، د/محمد محمد عبد اللطيف جمال الدين، الوجيز في أحكام الميراث والوصية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ب.س.ن، ص ص 194-195؛ د/ دغيش أحمد، مرجع سابق، ص ص 105-112.

(6) - د/ رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص 195.

- فريق آخر يرى أنّ الأقارب المحجوبين يأخذون مقداراً معيناً من التركة ولو لم يوص لهم المتوفى بشيء.
- وقال ابن حزم الرأي الأخير واعتبره واجبا قضائياً⁽¹⁾، حيث إذا لم يوص الجد لحفدته بشيء من التركة، وجب على الورثة أو الوصي أن يخرج من التركة مقداراً غير محدد لهؤلاء⁽²⁾.

ويدخل التنزيل في باب الإيصاء؛ ذلك أنّ الآية صريحة: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ...﴾. كما أنّ التشريعات حددت مقداره بمقدار الوصية الاختيارية، أي الثلث، وهي مقررة للحفدة المحجوبين⁽³⁾.

ثانياً: حكم التنزيل في نظر القانون

اختلفت التشريعات في كيفية تنظيم أحكام التنزيل، حيث ذهب المشرع المصري في قانون الأحوال الشخصية إلى وجوبها لصنف معين من الورثة، هم فرع من يموت في حياة أحد أبويه. فإذا أبرمها الشخص كانت نافذة، وإلا كانت واجبة بحكم القانون؛ فينزل الفروع منزلة أصلهم المتوفى من غير حاجة إلى وثيقة منشئة لهذا الحق⁽⁴⁾. وتكون الوصية الواجبة مقدمة على الوصية الاختيارية⁽⁵⁾.

أما التنزيل في التشريع الجزائري فقد كان يعرف حتى قبل صدور قانون الأسرة سنة 1984، تحت مصطلح "الغرس" أو الغراسة، حيث يقوم الجد بغرس أحفاده مكان والدهم، أي تنزيلهم منزلة أبيهم في الميراث، يأخذون مقدار ما كان

(1) - ابن حزم، مرجع سابق، ص ص 314-315؛ انظر كذلك: د/ بلحاج العربي، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 219؛ د/ كمال الدين إمام، د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 458-459.

(2) - د/ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 219؛ د/ رمضان علي السيد الشرنباوي، مرجع سابق، ص 195.

(3) - د/ كمال الدين إمام، د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 460؛ صالح ججيك، الميراث في القانون الجزائري، ط 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002، ص ص 74-75.

(4) - د/ بدران أبو العنين بدران، مرجع سابق، ص 167.

(5) - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 229.

سياخذه والدهم لو كان حياً (أي يوصى لهم بمقدار ما كان سياخذه والدهم). أما إذا لم يتم الجد بهذا الغرس، فإنهم يحجبون بمن هم أقرب درجة⁽¹⁾، وهو اتجاه مخالف لما ذهب إليه ابن حزم القائل بالتنزيل وجوباً.

أما بعد صدور قانون الأسرة الجزائري⁽²⁾، فقد حدد المشرع موقفه من التنزيل حيث نص في المادة 169 منه على ما يلي: «من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة...». حيث ينتج عن هذه المادة ما يلي:

- أن التنزيل يتم بقوة القانون أي لا حاجة لأن يوصي الجد بتنزيل الأحفاد، فإن أوصى لهم، كان ذلك من قبيل الوصية الاختيارية لا تنزيل.
- في حالة عدم قيام الجد بترك وصية ينزل فيها الأحفاد، فإن التنزيل يتم رغم ذلك؛ لأن عبارة «...وجب تنزيلهم...» تفيد الإلزام.

بالتالي نرى أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي ابن حزم، ونرى أنه أحسن عندما استعمل مصطلح "التنزيل" بدلاً من مصطلح "الوصية الواجبة" لسببين، أولهما أن التنزيل كمصطلح يتوافق مع عملية إعطاء الأحفاد منزلة والدهم من الميراث، ثانيهما أن استعمال مصطلح "الوصية الواجبة" يثير جدلاً حول وجوب أو عدم وجوب ترك وصية من الجد تفيد تنزيل الأحفاد، وهذه مسألة لها أهميتها.

فإذا ما كانت للجد حرية الإيصاء بالتنزيل، وجب إعطائه الحرية في وضع شروط لتنزيل أحفاده، وهذا ليس ممكن، فلو اطلعنا على قانون الوصية المصري لسنة 1946 الذي ينص على الأخذ بالوصية الواجبة التي يتركها الجد، فإنه ينص على تعديلها إن كانت مخالفة للقانون، أي حرية الإيصاء مقيدة، فما بالك بقانون الأسرة الجزائري الذي لا ينص على هذه الحرية أصلاً.

ثم بعد ذلك إذا كانت الوصية الاختيارية متاحة، حيث يمكن للجد أن يوصي

(1) - صالح ججيك، مرجع سابق، ص 74.

(2) - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق 9 جوان 1984 م، معدل ومتمم.

لحفته بما شاء وإن تجاوز مقدار ما كان سيرته والدهم، وتكون في هذه الحالة نافذة لا تعيقها قاعدة "لا وصية لوارث" باعتبارهم محجوبين أصلاً، أي لا يرثون، فلماذا توجد ازدواجية في الإيصاء.

بالتالي نلاحظ أنّ كلا من المصطلح الذي استعمله المشرع الجزائري، وقاعدة إلزامية التنزيل، كلاهما في محله.

المطلب الثاني: شروط التنزيل وأصحاب الحق فيه

لتمييز التنزيل عن الوصية الاختيارية، وللتأكيد على كونه مفهوم مختلف، لابد من تحديد شروطه (فرع أول)، وأصحاب الحق فيه (فرع ثاني).

الفرع الأول: شروط التنزيل

إضافة إلى الشروط العامة للميراث، والواجب توافرها في الفروع المستفيدين من التنزيل والمتمثلة في: حياة الوارث، وفاة المورث، عدم وجود مانع من موانع الميراث سواء في جانب الفرع أو أصله الذي مات في حياة جده، فإنه لا بد من توافر مجموعة من الشروط حتى يستفيد الفرع من التنزيل، نذكرها فيما يلي.

أولاً: ألا يكون الفرع مستحقاً للميراث في تركة المتوفى (جداً كان أو جدة)

لا يجب أن يكون الفرع مستحقاً للميراث في تركة المتوفى (جداً كان أو جدة)، فإن استحق ولو قليلاً فلا يتم تنزيله، لأنّ الهدف من التنزيل هو التعويض لمن فاته حق الميراث، فإذا ما استحق الفرع شيء من الميراث فإنه لا يأخذ بالتنزيل⁽¹⁾.

يقصد بعبارة عدم استحقاق الميراث أن يكون الفرع محجوباً بمن هو أعلى درجة، كأن يحجب ابن الابن بالابن، أو أن تستغرق التركة ولا يرث منها شيئاً⁽²⁾. مثال ذلك أن يتوفى شخص عن أب، أم، بنتين، ابن ابن مات أصله في حياة مورثه، فتكون الأنصبة والسهم كالاتي:

(1) - د/ رمضان سيد علي الشرنباصي، مرجع سابق، ص 199؛ د/ كمال الدين إمام، د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 462؛ د/ دغيش أحمد، مرجع سابق، ص ص 164-168.

(2) - د/ رمضان سيد علي الشرنباصي، مرجع سابق، ص 199.

جدول رقم 1

6	الورثة
1	أب $\frac{1}{6}$
1	أم $\frac{1}{6}$
4	بنتين $\frac{2}{3}$
0	ابن ابن (مات أصله) ب ع

فابن الابن ليس محجوباً، لعدم وجود من يحجبه وهو الابن، فهو يرث باقي التركة بعد أصحاب الفروض، لكن بسبب استغراق التركة لم يرث شيئاً. بينما لو كان والده حياً لأصاب شيئاً من الميراث؛ لأنّ الحل في هذه الحالة سيكون كالآتي:

جدول رقم 2

6	الورثة
1	أب $\frac{1}{6}$
1	أم $\frac{1}{6}$
4	بنتين $\frac{2}{3}$ ابن ابن ب ع

ففي هذه المسألة سيكون للابن لو كان حياً سهمان من أصل ستة، فالفارق واضح بين المسألتين؛ لذا نؤيد القائلين بوجوب تنزيل الفرع الذي لم ينبه شيء من التركة بسبب استغراقها من أصحاب الفروض، ولو لم يكون محجوب فعلاً⁽¹⁾، وهذا خلافا لما نصت عليه المادة 171 من قانون الأسرة الجزائري: «لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنازل إن كانوا وارثين للأصل جدّاً كان أو جدّة...».

ثانياً: ألا يكون الجد أو الجدة قد أعطيا للفرع بلا عوض مقدار ما يستحقه بالتنازل

وهذا الشرط نص المشرع الجزائري في المادة 171 من قانون الأسرة

(1) - دغيش أحمد، مرجع سابق، ص ص 165-166.

الجزائري؛ فإن كان قد أعطى أحدهما للفرع بلا عوض مقدار ما يستحقه بالتنزيل، كأن يهب له مالا في حياته. فإن كان مقدار ما أعطاه أقل مما يستحقه بالتنزيل، أو أنه أعطى بعض المستحقين للتنزيل دون غيرهم، تمّ التنزيل لاستكمال النصيب الذي كان سيأخذه لو تم تنزيله⁽¹⁾.

ثالثا: ألا يكون الجد أو الجدة قد أوصيا للفرع مقدار ما يستحقه بالتنزيل

يجب كذلك ألا يكون الجد أو الجدة قد أوصيا للفرع مقدار ما يستحقه بالتنزيل، فإن كان قد أوصى أحدهما له بأقل مما يستحق، أو أنه أوصى لبعض المستحقين للتنزيل دون غيرهم، تمّ التنزيل لاستكمال نصيبه الذي كان سيأخذه بالتنزيل⁽²⁾، وهذا ما ورد كذلك في المادة 171 من قانون الأسرة الجزائري.

رابعا: ألا يكون الفرع قد ورث من أصله

يجب ألا يكون الفرع قد ورث من أصله أباً أو أمّاً، مقدار ما كان سيرثه هذا الأخير - لو كان حياً - من الجد أو الجدة، فإن ورث أقل من هذا النصيب، تمّ تنزيله لاستكمال نصيبه. وهذا الشرط انفرد به المشرع الجزائري، حيث نص في المادة 172 من قانون الأسرة على ما يلي: «ألا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن نصاب مورّثهم من أبيه أو أمّه». وتدّل عبارة "ما لا يقل عن نصاب مورّثهم من أبيه أو أمّه" على ضرورة التنزيل في حال كان ما ورثوه أقلّ مما يستحقونه بالتنزيل، وذلك بمفهوم المخالفة.

نجد أنّ هذا الشرط يتمشى مع منطق التنزيل والحكمة منه، المتمثلة في تجنيب الفقر والعيلة للورثة الذي حجبا من ميراث جدّهم بسبب وفاة أصلهم في حياة جدّه أو جدته، فإن لم يكونوا واقعين في هذا الفقر بأن ورثوا من أصلهم مقدار ما يستحقونه بالتنزيل، فلمّ تنزيلهم؟

إذا توفرت هذه الشروط وجب تنزيل الفرع منزلة أصله على ألا يتجاوز مقدار ما

(1) - انظر الجدول رقم 5.

(2) - انظر الجدول رقم 5.

يأخذه ثلث التركة، فإن تجاوزه لا يأخذ سوى ثلثاً، أمّا إن استحق أقل من الثلث فيأخذه كما هو دون زيادة، وهذا حسب نص المادة 170 من قانون الأسرة الجزائري.

وهو عكس ما ذهب إليه المشرع المصري الذي ينص على أنّ ما جاوز الثلث يخضع لإجازة الورثة⁽¹⁾. كما ينص على تقديم الوصية الواجبة على غيرها من الوصايا الاختيارية، ولو كانت هذه واجبة ديانة وقضاءً، فإن اتسع الثلث للوصيتين نفذتا، أمّا إن استغرقت الوصية الواجبة الثلث، فليس لأصحاب الوصية الاختيارية شيء⁽²⁾.

نلاحظ أنّ المشرع الجزائري لم يورد حكماً صريحاً بهذا الشأن، لكنه نصّ في المادة 180 قانون الأسرة على أن يتم استخراج الوصية قبل قسمة التركة، وبما أنّ المشرع استعمل مصطلح "التنزيل" بدلاً من "الوصية الواجبة" فالمقصود هنا هو الوصية الاختيارية، لذا تتساءل حول الحالة التي يوصي فيها المتوفى بثلث تركته، ثمّ ينزل أحفاده في حدود الثلث الآخر، فهل يقبل أن يتقاسم الورثة ثلث التركة الباقي فقط؟ بينما لهم الأولوية في الميراث؟

لذا نرى أنّه لا بدّ على المشرع الجزائري أن يصحح الوضع بأن يجعل كل من الوصية الاختيارية والتنزيل معاً في حدود الثلث، وينص صراحة على أنّ ما يتجاوز الثلث عند اجتماع كل من التنزيل والوصية الاختيارية خاضع لإجازة الورثة. كما يجب عليه أن يحدد بشكل صريح أيهما ينفذ أولاً التنزيل أو الاختيارية، سيما أنّ الفقه يجعل الوصية الواجبة مقدمة على الوصية الاختيارية، حيث ثبت عن الإمام أحمد بن حنبل تقديم الوصية للأقربين على غيرهم⁽³⁾.

(1) - د/ بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق ص ص 171-173؛ د/ رمضان علي السيد الشرنباوي، مرجع سابق، ص 200؛ د/ كمال الدين إمام، د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص ص 462-463؛ د/ دغيش أحمد، مرجع سابق، ص ص 169-173.

(2) - د/ بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص ص 171-173؛ د/ رمضان علي السيد الشرنباوي، مرجع سابق، ص 200.

(3) - د/ ياسين أحمد إبراهيم درادكة، الوصية الواجبة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 5، جامعة الكويت، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، يوليو 1986، ص 358.

الفرع الثاني: أصحاب الحق في التنزيل

نستعرض أولا آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الشأن، ثم موقف المشرع الجزائري.

أولا: أصحاب الحق في التنزيل حسب فقهاء الشريعة الإسلامية

يتفق الفقهاء على أن أصحاب الحق في التنزيل هم الأقرباء، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَلَدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ (١)، لكنهم اختلفوا حول صنف الأقربين الذين يحق لهم التنزيل وسنحاول تلخيص آرائهم فيما يلي:

- مذهب الإمام الشافعي يرى أن المقصود بالأقرباء هم من كانوا من جهة الأب وحده، أي أبناء الأبناء، ويقدم الابن على الأب (٢).
- مذهب الإمام أحمد يرى أن المقصود بالأقربين هم الأولاد وأولاد الأب، وأولاد الجد، وأولاد جد الأب، ويستوي فيهم الذكر والأنثى، ويقدم الأقرب على الأبعد (٣).
- مذهب ابن حزم وهو لا يحدد صنف الأقربين (٤)، إنما يرى أن الإيضاء لثلاثة من الأقربين يجزئ ويكفي (٥).

ثانيا: أصحاب الحق في التنزيل في قانون الأسرة الجزائري

يظهر من نص المادة 169 من القانون الأسرة الجزائري أن أصحاب الحق في التنزيل هم كما يلي:

- «1- فرع الولد الذي توفي حقيقة في حياة أصله (أبيه أو أمه).
- 2- فرع الولد الذي توفي وفاة حكمية (كالمفقود) في حياة أصله (أبيه أو أمه).

(1) - الآية 180 من سورة البقرة.

(2) - د/ ياسين أحمد إبراهيم درادكة، مرجع سابق، ص 352.

(3) - المرجع نفسه، ص ص 352-353.

(4) - د/ محمود عبد الله بخيت، مرجع سابق ص 179؛ د/ ياسين أحمد إبراهيم درادكة، مرجع سابق، ص 353.

(5) - د/ رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص 195؛ د/ ياسين أحمد إبراهيم درادكة، مرجع سابق، ص 353.

3- فرع الولد الذي توفي مع أبيه أو أمه، ولم يعرف أيهما مات أولاً⁽¹⁾.

نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري لم يحدد لنا بدقة في المادة 169 السالفة الذكر من هم الأحماد الذين يقصد بهم، فهل هم أبناء الأبناء والبنات مهما نزلوا على حد سواء؟ أم أنّه يقصد أبناء الأبناء، أي الأبناء الذكور فقط، كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء مثلما أسلفنا الذكر؟

يرى الأستاذ صالح ججيك⁽²⁾ بأنّ المقصود بالأحماد حسب المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري هم أولاد الذكور فقط دون أولاد البنات، مستنداً في ذلك إلى الترجمة الفرنسية للمادة 169 من قانون الأسرة الجزائري، والتي قابلت عبارة "مورّثهم" بعبارة "Des descendant d'un Fils" والتي تعني تنزيل أولاد الذكور فقط، ونرى أنّ تفسير عبارة مورّثهم بهذا الشكل خاطئة لسببين:

أولهما أنّ العبرة بالنص العربي، فإذا ما وجد تناقض بين النصين العربي والفرنسي أخذنا بالنص العربي⁽³⁾، والذي تفيد فيه عبارة "مورّثهم" الأب والأم على حدّ سواء. وثانيهما أنّ المادة 172 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تنص على اشتراط ألاّ يكون الأحماد قد ورثوا من مورّثهم، تستعمل عبارتي "أبيهم" أو "أمهم" للتعبير عن المورّث، والنص الفرنسي في ذلك يوافق النص العربي⁽⁴⁾.

بالتالي فالخفدة المقصودين هم أولاد البنات والأبناء، وكان على المشرّع الجزائري أن يحذو حذو المشرّع المصري الذي حدد بدقة الأحماد الذين يجب لهم التنزيل، وهم أولاد الأبناء مهما نزلوا، وأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات⁽⁵⁾.

(1) - د/ سعيد بويصري، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ط2، دار الأمل، تيزي وزو، 2007، ص163.

(2) - صالح ججيك، مرجع سابق، ص ص 74-76.

(3) - د/ سعيد بويصري، مرجع سابق، ص163.

(4) - Art 172: "Les petits-fils et petites-filles ne peuvent venir à la succession du cujus en lieu et place de leur auteur s'ils ont déjà hérité de leur père ou mère...".

(5) - د/ بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص169؛ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص230.

المبحث الثاني: حل مسائل التنزيل

باعتبار أنّ التنزيل من باب الوصايا، فإنّه يتم استخراج نصيب المنزّلين قبل تقسيم التركة (و ذلك حتى ينقص من مقادير الورثة كلهم لا الأولاد فقط)⁽¹⁾، ويتم ذلك بافتراض حياة الولد الذي مات في حياة أصله، وتقسم التركة على هذا الأساس، وبعد استخراج نصيبه من التركة، يقسم ما بقي على الورثة الآخرين، كل هذا مع الأخذ بعين الاعتبار وجود وصية أو هبة لأصحاب التنزيل، أو ردّ.

لذا سنبين أولاً الطريقة الحسابية لحل مسألة فيها تنزيل (مطلب أول)، ثمّ نعطي نماذج عن حل مسألة يكون أصحاب التنزيل فيها قد استفادوا من وصية أو هبة، وكذلك حل عند وجود تنزيل ورد (مطلب ثاني).

المطلب الأول: طريقة حل مسائل التنزيل

حل مسائل التنزيل يستوجب إتباع ثلاث خطوات، التأكّد من توافر شروط التنزيل (فرع أول)، تنزيل الفرع منزلة أصله واستخراج نصيبه من التركة (فرع ثاني)، قسمة باقي التركة على باقي الورثة (فرع ثالث). وسنبينها بإتباع المثال الآتي: توفي رجل عن زوجة، أم، ثلاث بنات، أخ لأب، بنت ابن مات أصلها في حياة جدّها، مقدار التركة 7920 هـ.

الفرع الأول: التأكّد من توافر شروط التنزيل

يتم التأكّد من توافر الشروط العامة للميراث وكذا الشروط المتعلقة بعدم حصول صاحب التنزيل على عطية بلا عوض أو هبة، أو عدم حصوله على ميراث من أيّبه المتوفى أو أمه المتوفاة، من خلال معطيات كل مسألة على حدة.

بينما يتم التأكّد من عدم استحقاق الفرع صاحب التنزيل شيئاً من ميراث جدّه عن طريق حل المسألة قبل تنزيله منزلة أصله وذلك كالآتي:
 زوجة $\frac{1}{8}$ لوجود الفرع الوارث (البنات وبنت الابن).

(1) - الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق ص 237.

أم $\frac{1}{6}$ لوجود الفرع الوارث (البنات وبنت الابن).

3 بنات $\frac{2}{3}$ لتعددهن وعدم وجود من يعصهن.

بنت ابن محجوبة حجب حرمان بسبب استغراق الثلثين من طرف البنات.
أخ لأب (ب ع) أي الباقي تعصيباً؛ لأنه عاصب بنفسه ولعدم وجود من يحجبه.
بما أن بنت الابن محجوبة حجب حرمان بالبنات لاستغراق نصيب الـ $\frac{2}{3}$ ، فإنها تستحق التنزيل.

الفرع الثاني: تنزيل الفرع منزلة أصله واستخراج نصيبه من التركة

عند تنزيل بنت الابن منزلة أصلها فإنها تصبح بمثابة "ابن"، فتحل المسألة كالاتي:

جدول رقم 3	220	220	5×24	الورثة
	15	15	5×3	زوجة $\frac{1}{8}$
	20	20	5×4	أم $\frac{1}{6}$
	51	85	5×17	3 بنات
	34			ابن ب ع
	/	/	/	أخ لأب م ح ح بالابن

نلاحظ أن سهام الأولاد (الابن والبنات الثلاث) غير قابلة للقسمة على عدد رؤوسهم، حيث إن 17 لا تقبل القسمة على 5 (لابن رأسان لأنه ذكر ولكل بنت رأس واحد لأنهن إناث)؛ لذا نصصح المسألة وذلك بضرب أصل المسألة وسهام الورثة في 5 الذي هو عدد الرؤوس المنكسر عليها. بعد ذلك نستخرج قيمة السهم بقسمة قيمة التركة على أصل المسألة الجديد، والناجئ نضربه في عدد سهام الابن، أي بنت الابن، لتحصل على حصته من التركة بالتنزيل.

قيمة السهم $\frac{792}{220} = 36$ هـ؛ فيكون نصيب بنت الابن $34 \times 36 = 1224$ هـ.

باعتبار أنّ مقدار التنزيل يكون في حدود ثلث التركة، فإننا نقارن بين ما أخذته بنت الابن و $\frac{1}{3}$ التركة، أي بين 1224 هـ و 2640 هـ وهو ثلث التركة. وبما أنّ نصيب بنت الابن أقل من الثلث فإنّها تأخذه كاملاً، والباقي من التركة يقسم على باقي الورثة.

الفرع الثالث: تقسيم باقي التركة على باقي الورثة

بعد استخراج نصيب صاحب التنزيل من التركة نقسم ما بقي منها على الورثة الآخرين دون الفرع صاحب التنزيل وفق مسألة جديدة كالآتي:

باقي التركة = 7920 هـ - 1224 هـ = 6696 هـ.

جدول رقم 4

72	3×24	الورثة
9	3×3	زوجة $\frac{1}{8}$
12	3×4	أم $\frac{1}{6}$
48	3×16	3 بنات $\frac{2}{3}$
3	3×1	أخ لأب (ب ع)

نصحح الانكسار على مستوى البنات.

تكون قيمة السهم الواحد $\frac{6696}{72} = 93$ هـ

الزوجة: $93 \times 9 = 837$ هـ

الأم: $93 \times 12 = 1116$ هـ

كل بنت: $93 \times 16 = 1488$ هـ

الأخ لأب: $39 \times 3 = 279$ هـ.

المطلب الثاني: صور عن مسائل التنزيل

قد يوصي الجد لحفيده المستحق للتنزيل بشيء من التركة، أو يعطيه في حياته بلا عوض، لكن دون أن يستوفي ذلك مقدار ما كان سيأخذه بالتنزيل، أو أنّ الحفيد يرث من أبيه أو أمّه أقل مما يستحقه بالتنزيل (فرع أول). كما قد يجتمع

التنزيل مع الرد (فرع ثاني)، أو مع وصية اختيارية لغير صاحب التنزيل (فرع ثالث)، فكيف يكون الحل؟

الفرع الأول: استكمال مقدار التنزيل

سواء تعلق الأمر باستفادة الفرع صاحب التنزيل من وصية أو عطية بلا عوض من جدّه، لكنها كانت أقل من مقدار التنزيل، أو أنّه ورث من أبيه أو أمّه، لكن ما ورثه أقل من مقدار التنزيل، فإن طريقة الحل تكون واحدة، طالما أنّ مقدار ما أخذه واضح لا لبس فيه. حيث نقوم بتحديد مقدار التنزيل ثمّ لا نعطيه سوى ما يلزم لاستكمال نصيبه مضافاً إليه الهبة أو الوصية أو الميراث. وسننّخذ الهبة مثلاً.

توفي رجل عن: زوجة، أم، أب، بنت، وبنت بنت مات أصلها في حياة جدّها الذي وهب لها ذهباً بقيمة 200 ألف دج. قيمة التركة: 729 ألف دج.

بنت البنت من ذوي الأرحام، وبما أنّها اجتمعت مع أصحاب الفروض فهي محجوبة بهم حتّى لا نقوم بتنزيلها منزلة أمّها فتصبح "بنتاً".

جدول رقم 5

الورثة	24	عالت إلى 27
زوجة $\frac{1}{8}$	3	3
أم $\frac{1}{6}$	4	4
أب $\frac{1}{6} + (ب ع)$	4	4
بنت بنت $\frac{2}{3}$	16	16

عالت المسألة لأن مجموع السهام (27) أكبر من أصل المسألة (24)، فيكون أصل المسألة الجديد هو مجموع السهام (27)، والذي يسمى العول. ثم نقسم قيمة التركة على العول للحصول على قيمة السهم، ومن ثم نصيب صاحبة التنزيل.

$$\text{قيمة السهم} = \frac{729000 \text{ دج}}{27} = 27.000 \text{ دج}$$

نصيب بنت البنت هو $8 \times 27.000 \text{ دج} = 216.000 \text{ دج}$ وهو أقل من ثلث التركة الذي يقدر بـ 243.000 دج.

نقارن مقدار التنزيل بقيمة الهبة، فإذا كانت الهبة أكبر منه أو تساويه أخذت بنت البنت الهبة ولم يكن لها من التنزيل شيء. أمّا إذا كانت قيمة الهبة أقل من مقدار التنزيل أعطيناها ما يكمل لها حقها من التنزيل.

قيمة الهبة 200.000 دج وهي أقل من مقدار التنزيل (216000 دج) فتأخذ من التركة ما يلي: $216.000 \text{ دج} - 200.000 \text{ دج} = 16.000 \text{ دج}$. فنصيب بنت البنت هو مقدار الهبة + 16.000 دج.

تكلمة لحل المسألة، ننقص ما أخذته بنت البنت من التركة والباقي نقسمه على الورثة الآخرين كما هو وارد في مثال الصفحة الثالثة عشر.

الفرع الثاني: التنزيل والرد

يستفيد صاحب التنزيل من الرد كغيره من الورثة؛ فإذا كانت المسألة ردية صُحِّتْ قبل إخراج الحفيد المنزل منزلة أصله من المسألة، وذلك كما هو مبين في المثال الآتي:

مات رجل عن تركته قدرها 768 هـ تاركا: زوجة، جدة، بنتاً، بنت ابن، بنت بنت مات أصلها في حياة جدها.

في خطوة أولى نحل المسألة كما هي لنعرف أي الحفيدتين، بنت الابن وبنت البنت تستحق التنزيل، فإن كان لهما نصيب من التركة أخذتا نصيبهما كغيرهما من الورثة، وإلا قننا بتنزيل المحبوبة منهما حسب حرمان.

$$\text{زوجة } \frac{1}{8} \text{ لوجود فرع وارث.}$$

$$\text{جدة } \frac{1}{6} \text{ لعدم وجود حاجب.}$$

بنت $\frac{1}{2}$ لانفرادها وعدم وجود عاصب.

بنت ابن $\frac{1}{6}$ تكملة ل $\frac{2}{3}$ لوجود البنت وعدم وجود عاصب أو حاجب.

بنت بنت محجوبة حجب حرمان لأنها من ذوي الأرحام.

بما أن بنت الابن ترث السدس من التركة فلا يتم تنزيهاها، أما بنت البنت وباعتبارها من ذوي الأرحام فهي محجوبة بأصحاب الفروض، فيتم تنزيهاها منزلة أمها لتصبح بنتاً، فتحتوي المسألة عندنا بنتين بدلاً من بنت واحدة، وتحل المسألة حسب ما هو وارد في الجدول أدناه.

جدول رقم 6

الورثة		مسألة جزئية أولى	مسألة جزئية ثانية	المسألة الجامعة
	24	8	ج 5	40
زوجة $\frac{1}{8}$	3	1	/	5
جدة $\frac{1}{6}$	4	7	1	7
بنّتين $\frac{2}{3}$	16		4	28 نصيب كل
			مجموع السهام 5	بنت 14 سهم
بنت ابن محجوبة	/	/	/	/

عندما تكون المسألة ردية نجزئها إلى مسألتين:

- مسألة جزئية أولى تضم كل الورثة، أصلها مقام الزوجة (8)، التي يكون نصيبها سهم واحد، وما بقي (7) من نصيب الجدة والبنتين.
- مسألة جزئية ثانية تضم كل الورثة عدا الزوجة، يكون أصلها هو مجموع سهام الورثة، وهو في هذا المثال 5.

نقارن بين سهام الورثة الذين يرد عليهم في المسألة الجزئية الأولى، ونقصد هنا سهام البنتين والجدة (7) ذلك أن الزوجة لا تستفيد من الرد، ومجموع سهام الورثة

في المسألة الجزئية الثانية (5). نلاحظ أن العلاقة بينهما هي علاقة تباين، بالتالي يكون إعادة دمج المسألتين الجزئيتين في مسألة جامعة كالآتي:

- أصل المسألة الجامعة هو حاصل ضرب أصل المسألة الجزئية الأولى (8) في مجموع سهام الورثة في المسألة الجزئية الثانية (5).
- سهام الزوجة في المسألة الجامعة هي مجموع سهام الورثة في المسألة الجزئية الثانية (5).

• سهام باقي الورثة في المسألة الجامعة هي حاصل ضرب سهامهم في المسألة الجزئية الأولى (7)، في سهامهم في المسألة الجزئية الثانية.

بناء على ذلك تكون سهام بنت البنت صاحبة التنزيل هي 14، وحصتها تحسب بضرب سهامها في قيمة السهم، كما يلي:

$$\text{قيمة السهم} = \frac{768}{40} = 19.2 \text{ هـ}$$

نصيب بنت البنت $14 \times 19.2 = 268.8$ هـ وهو أكبر من ثلث التركة الذي يساوي 256 هـ؛ لذا لن تأخذ سوى الثلث، ويكون باقي التركة 768 هـ - 256 هـ = 512 هـ، نقسمه على باقي الورثة بعد إخراج صاحبة التنزيل منها.

الفرع الثالث: التنزيل والوصية الاختيارية

عندما تجتمع في المسألة الواحدة وصية اختيارية ووصية واجبة، أي تنزيل، وجب تنفيذهما معا في حدود ثلث التركة⁽¹⁾. فباعتبار التنزيل من باب الوصايا، فإنه لا يجب - مجتمعا مع وصية اختيارية - أن يتجاوز ثلث التركة، فكلاهما وصية وما الفرق بينهما سوى مصدرهما، حيث تنشأ الوصية الاختيارية بإرادة الموصي، بينما تنشأ الوصية الواجبة بمقتضى القانون.

لذلك لا بد ألا يتجاوز مقدار التنزيل، مضافا إليه الوصية الاختيارية، ثلث التركة، وما زاد عن الثلث يخضع لإجازة الورثة. كما أنه في هذه الحالة تقدم الوصية

(1) - د/ محمد كمال الدين إمام، د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 473؛ د/ دغيش أحمد، مرجع سابق، ص ص 210-211.

الواجبة على الوصية الاختيارية⁽¹⁾، حيث يأخذ صاحب التنزيل حقه كاملاً، وما بقي من الثلث تنفذ الوصية الاختيارية في حدوده.

غير أن استخراج الوصيتين ليس بهذه البساطة، فلا يمكن حساب مقدار التنزيل إلا بعد خصم مقدار الوصية الاختيارية من التركة؛ لأن صاحب التنزيل إنما هو في مقام أصله، وما كان أصله ليرث إلا بعد استخراج الوصية الاختيارية من التركة، وهذا طبقاً للقاعدة الواردة في المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري، التي تنص على الحقوق الواردة على التركة، والتي يجب إخراجها من التركة قبل قسمتها، من بينها الوصية.

بناءً على ذلك تحل المسائل التي يجتمع فيها التنزيل مع وصية اختيارية باتباع جملة من الخطوات، نبينها بالمثل التالي: أم، ابنان، بنت، بنت بنت أصلها في حياة مورثها، وصية اختيارية لابن أخ لأب قدرها 60 هـ. مقدار التركة 240 هـ.

1. نخصم مقدار الوصية الاختيارية من التركة بشكل أولي، أي لا نعطي صاحب الوصية بل نقص المقدار فقط لنستخرج نصيب صاحب التنزيل: 240 هـ - 60 هـ = 180 هـ.

2. نستخرج نصيب صاحب التنزيل مما بقي من التركة كما هو مبين أدناه.

نزل بنت البنت منزلة أمها فتصبح بمثابة البنت، فيكون لدينا في المسألة:

جدول رقم 7

36	6×6	الورثة
6	6×1	أم $\frac{1}{6}$
30	6×5	ابنان (ب ع) بنتان

(1) - د/ محمد كمال الدين إمام، د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 473، د/ دغيش أحمد، مرجع سابق، ص 211.

نلاحظ وجود انكسار على مستوى الأبناء والبنات، وبما أن العلاقة بين عدد الرؤوس (6) وعدد السهام (5) هي علاقة تباين فنصح بعدد الرؤوس، الذي يحسب وفق قاعدة: للذكر مثل حظ الأنثيين، حيث يحسب لكل ابن رأسان، ولكل بنت رأس واحد.

$$\text{قيمة السهم} = \frac{180}{36} = 5\text{هـ}$$

نصيب بنت البنت من السهام هو 5، بالتالي حصتها من التركة هي: $5 \times 5 = 25\text{هـ}$.

3. نجمع مقدار الوصية الاختيارية مع التنزيل، ونقارن النتيجة بثل التركة الإجمالية، فإذا كانا متساويين، أو كانت النتيجة أقل من الثلث، أخذ كل من صاحب الوصية الاختيارية وصاحبة التنزيل حصته من التركة، والباقي نفسه على باقي الورثة وفق مسألة جديدة ليس فيها صاحبة التنزيل.

أما إذا كانت النتيجة أكبر من الثلث، أخذت صاحبة التنزيل حقها كاملاً، وما بقي من الثلث يأخذه صاحب الوصية الاختيارية، وهو لا يأخذ مقدار الوصية كاملاً إلا إذا أجاز له الورثة ذلك.

$$60\text{هـ} + 25\text{هـ} = 85\text{هـ}$$

الحاصل هنا أكبر من ثلث التركة الذي يساوي 80هـ؛ لذا تأخذ بنت البنت المنزلة حقها كاملاً من التركة، أي 25هـ، أما ابن الأخ لأب فلا يأخذ من الوصية إلا ما بقي من الثلث بعد خصم نصيب بنت البنت، وفقاً لما يلي:

$$80\text{هـ} - 25\text{هـ} = 55\text{هـ}$$

تنقص هاتين القيمتين منها وما بقي نقسمه على باقي الورثة وفقاً للطريقة المبينة في المطلب السابق.

خاتمة

التنزيل طريق استثنائي للإرث، حيث لا نلجأ إلى التوريث عن طريقه إلا إذا

كان الوارث محبوباً، ولم يحصل على نصيب من ميراث والده أو جده بطريق الهبة أو الوصية أو غيرهما. فهو يقي صاحبه من العيلة والحاجة، فإذا ما ناب عنه شيء من ميراث والده أو جده لم يستحق التنزيل.

وما يعاب على المشرع الجزائري هو عدم وضوح موقفه من طبيعة التنزيل، هل يرتبط بإرادة المورث أم يتم بقوة القانون؟ وقد حاولنا أن نثبت صحة هذا الأخير، حيث نرى أن استعمال المشرع لعبارة "وجب تنزيلهم" يعني التنزيل بقوة القانون دون حاجة إلى وصية تنزلهم منزلة أصلهم.

كما لم يحدد المشرع الجزائري بدقة الورثة الذين قرر لهم التنزيل، واكتفى في نص المادة 169 وما يليها من قانون الأسرة بمصطلح الأحماد، والذي يعني الفروع مهما نزلوا، أي أبناء وبنات الأبناء مهما نزلوا، وأبناء وبنات البنات مهما نزلوا. بينما الصحيح ألا يستفيد من التنزيل أبناء وبنات البنات مهما نزلوا، بل فقط أصحاب الطبقة الأولى من أولاد البنات، وهم ابن البنت وبنات البنت مهما كان عددهم.

لم يجتهد المشرع الجزائري في الإشارة ولو عرَضاً إلى قواعد حل مسائل التنزيل، عدا ما تعلق بمقدارها، والتأكيد على قاعدة "للذكر مثل حظ الأنثيين" عند اجتماع الذكور والإناث في التنزيل. بينما هناك بعض المسائل التي كان يجب ذكرها سيما ما تعلق بحل مسألة يجتمع فيها التنزيل والوصية الاختيارية؛ لذا ندعو المشرع الجزائري إلى تدارك هذه الهفوات في التعديل المقبل لقانون الأسرة.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر:

1. القرآن الكريم، برواية حفص عن عاصم.
2. محمد بن عبد الله بن أحمد باسودان، تقرير المباحث في أحكام إرث الوارث، مطبعة الفيضية، حيدر أباد الدكن المحمية، الهند، 1328هـ.
3. إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، لبنان، 2004.

4. علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، الجزء التاسع، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1348هـ.

5. محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تفسير آي القرآن، المجلد الأول، تحقيق د/بشار عواد معروف وعصام فارس الحرشاني، مؤسسة الرسالة، 2015.

ثانيا: المراجع:

1. د/ بدران أبو العينين بدران، الموارث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية، 1995.

2. د/ بلحاج العربي، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

3. د/ دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2010.

4. د/ رمضان علي السيد الشرنباصي: د/محمد محمد عبد اللطيف جمال الدين، الوجيز في أحكام الميراث والوصية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ب س ن.

5. د/ سعيد بوزيري، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ط2، دار الأمل، تيزي وزو، 2007.

6. صالح جبيك، الميراث في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002.

7. د/ كمال الدين إمام، د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

8. محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن.

9. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ط5، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، 1999.

10. د/ محمد محدة، التركات والموارث، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004.
11. د/ محمود عبد الله بنحيت، د/ محمد عقله العلي، الوسيط في فقه الموارث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
12. د/ ياسين أحمد إبراهيم درادكة، الوصية الواجبة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 5، جامعة الكويت، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، يوليو 1986.
13. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق 9 جوان 1984 م معدل ومتمم.

ولاية الدولة من خلال الأنماط التسييرية التي مرت بها الأوقاف

بقلم: د/ بن تونس زكريا*

ملخص

لقد بدأ الوقف شعيرة شرعها الإسلام لتكون قرينة لله تعالى وعمراً ثانياً للإنسان بعد موته وانقطاع عمله كما أكد ذلك النبي صلى الله عليه وسلم من خلال حديثه المشهور: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث... صدقة جارية...»، فصار الوقف من هذا المنطلق استثماراً أخروياً مهماً ساهم الإقبال الكبير عليه من قبل الصحابة ومن جاء بعدهم إلى توسعه وانتشاره إلى أن أصبح ثقافة عبر عنها الصحابي الجليل جابر بن عبد الله بقوله: [لم يكن أحد قادراً على الوقف إلا وقف].

ولما كان الوقف بهذه الأهمية التعبدية والحضور الاجتماعي الفاعل والمتجذر في حياة الأمة، فقد كان ملازماً منذ وجوده والإذن به لوجود الدولة الإسلامية الأولى التي كان قائدها النبي الكريم صلى الله عليه وسلم المشرع الأول لنظام الوقف، ولهذا كان الوقف مؤسسة حاضرة في حياة جميع الأنظمة التي عرفتها المجتمعات الإسلامية على اختلاف صورها، وهو ما يبين قوتها وعدم تأثرها بشكل النظام، ويؤصل لدلول الاستقلالية المعنوية التي كانت تميزه كمؤسسة فاعلة في تحقيق مصالح الناس وتطلعاتهم، هذه المكانة التي عرفتها الأوقاف كمؤسسة اجتماعية راسخة، جعلت من الضروري أن تتحدد علاقتها مع الولاية العامة للدولة، حتى تستطيع أن تعبر عن نفسها بالصورة التي وجدت من أجلها وأن تبرز عطاءها في الإطار الذي لا يجعلها مؤسسة موازية للدولة بل مؤسسة خادمة للمصلحة العامة التي تسعى الولاية العامة للدولة إلى تحقيقها في إطار مسؤوليتها الشرعية الموكلة لها، كما هو الشأن بالنسبة لجميع المؤسسات الاجتماعية الأخرى التي تسعى لنفس الغرض.

سيحاول المقال إسقاط مبدأ الولاية العامة للدولة على الأنماط التسييرية التي

* أستاذ محاضر قسم "ب"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محمد والحاج- البويرة.

عرفها تطور الأداء التسيري والإداري للأوقاف عبر المراحل المتعاقبة التي ميّزت مسيرته التفاعلية مع المجتمع من يوم أن شُرّع إلى أن أصبح مؤسسة تصل إلى مستوى المؤسسات القابضة الكبرى التي تساهم في مشاريع اقتصادية كبيرة، بالإضافة إلى محاولة تحديد نوعية العلاقة التي كانت تميز هذه الولاية على الأوقاف، وهل كان ذلك عبئاً أم دَفْعاً إضافياً لهذه المؤسسة حتى تقوم بالدور الحضاري الذي وجدت من أجله؟

Résumé

L'autorité de l'état à travers les genres de gestion connus par les biens Habous – Wakfs

Le bien Wakf a commencé en islam comme étant un rituel, donnant au croyant une immense source de « hassanet » même après son départ de ce monde vers l'autre vie éternelle, et ceci dans le cadre du rapprochement du croyant envers le bon Dieu Miséricordieux, comme a soulignée dans El hadith le prophète Mohamed (que La paix de Dieu soit sur lui). De ce fait le wakf est devenu un important investissement pour la vie après la mort , ce qui explique la grand orientation des compagnons du prophète (sahaba) vers le wakf exprimée par essahabi Zaid Ibn Thabet " **On n'a pas vu plus bon pour les morts, ni pour les vivants que ce wakf** " ce qui a fait que toute personne ayant la possibilité de réclamer un wakf le faisait .

Cette grande importance réclamée par le prophète (que La paix de Dieu soit sur lui) , et qui donne au wakf un statue stratégique dans la vie sociale, touche toutes les activités et les secteurs organisant la vie des individus et les relations entre eux , par ce fait ; le wakf est devenue une véritable institution social présente par sa contribution dans la stabilité et l'évolution de la société qui va directement dans l'intérêt de l'état qui chapote bien sûr à travers son autorité toute institution exerçant sur le sol y compris le wakf , et dans ce cadre le

wakf a toujours exprimé sa force et sa présence dans la vie des gens comme étant une institution qui sert à maintenir leurs intérêts .

L'article présenté va essayer de projeter le principe de l'autorité de l'état sur les institutions exerçant dans la société y compris le wakf, et la relation avec ce dernier et plus justement ; comment l'autorité de l'état a agi avec le wakf à travers les différentes étapes historiques qu'a connues le développement de la gestion des biens wakf depuis sa législation par le prophète et jusqu'au jour où il est devenue une grande institution de fond qui administre des sociétés économiques, et participe au développement de la société dans les différents secteurs de vie, ceci d'une part, et d'autre part on va essayer de déduire si cette autorité proclamer à travers la souveraineté de l'état, est un élément décourageant ou encourageant à la mission du wakf ainsi proclamé par l'islam?

Summary

State Authority through the management types of religious endowments Habous- Wakf.

The religious endowment Wakf started in Islam as a ritual that gives the believer a great source of good deeds, even after his departure from this world to the eternal life. It grants the believer a closer relationship with God as it is highlighted in the prophet's hadith (God's peace be upon him): Thus, the Wakf has become an important investment for life after death, which explains the large orientation of the Prophet's companions(sahaba) towards the Wakf, as expressed by the companion Zaid Ibn Thabet "We have not seen as good for the dead nor for the living people as the wakf", which pushes anyone who has the possibility to claim a wakf to do so.

This big importance declared by the prophet (God's peace be upon him) that grants the wakf a strategic position within our social life, involves all organizing fields and activities of individuals' life and the relationships between them. The wakf has become by this fact a

real social institution that contributes in the stability and the development of the society which bring benefit to the state that covers through its authority all exercising institutions on the ground including the wakf. In this framework, the wakf has always expressed its power and presence in people's life as an institution that works to maintain their interests.

This article will try from one side to apply the principle of state authority on exercising institutions within the community including the wakf and the relationship between them or more precisely: how the state authority has dealt with the wakf through different historical phases of wakf management development beginning from its legislation by the prophet to the day when it became a big fund institution managing economic societies and participating in community development in every field. We will try from the other side, to deduce if this authority proclaimed through state sovereignty is an encouraging or discouraging factor to wakf's mission as claimed by Islam.

مقدمة:

تعد المرونة التي يتحلى بها الوقف عاملاً ألبسه أشكالاً جديدة، وأورثه خصائص عديدة، جعلته سهل التفاعل مع الكثير من المعطيات الاقتصادية والاجتماعية الجديدة أو المتجددة مستقبلاً، كما ساهمت بشكل واضح في تكيفه مع النماذج المؤسسية الحديثة، وبخاصة ما تعلق بالشخصية الاعتبارية التي هي متجسدة فيه ابتداءً.

لقد مر نظام الوقف من يوم أن شرعه الإسلام إلى يومنا هذا، بأنماط عديدة في إدارته وتسييره، انتقلت به من حسن لأحسن، وذلك بسبب ظروف توسعه وتعدد مجالاته، وكذا التطور الذي عرفته الأنظمة البشرية في مجمل تعاملاتها الحياتية، ويمكننا حصر أهم الأنماط الإدارية التي مرت بها الأوقاف فيما يلي:

- نمط الذاتية والاستقلالية في التسيير.
- نمط الإشراف القضائي.

- نمط إشراف هيئات خاصة على إدارة الوقف.

ويأتي الغرض من بسط هذا البحث؛ إبراز المرونة التي كانت تميّز بها هذه الأوقاف في تاريخ الحضارة الإسلامية بصفة خاصة والحضارة الإنسانية بصفة عامة، من حيث الأنماط الإدارية التي كانت تُسير بها عبر التاريخ والتي سمحت لها بأن تطوّر نفسها وترتقي إلى أن وصلت إلى مستوى الشركات القابضة الكبرى، وكذا إبراز العلاقة التي كانت تربطها (يعني الأوقاف) بالسلطة السياسية الحاكمة عبر تلك الحقب، والمدى التي كانت تؤثر به على وجود تلك الأنماط التي عرفتها الأوقاف من يوم تشريعها إلى اليوم، للوصول في الأخير إلى تحديد الفعالية من عدمها في تدخل الدولة في تسيير الأوقاف، وبالمقابل الوضعية الأصلية التي كانت تميّز الأوقاف منذ تشريعها من حيث الاستقلالية، وإلى أيّ مدى كان تدخل الدولة في تسيير الأوقاف والإشراف عليها مع مرور الوقت عاملا مساهما في تطور أداء الأوقاف من عدمه.

إنّ تحديد هذه العلاقة ومدى تأثيرها سيكون ذا فائدة كبيرة في تحديد الأصلح للأوقاف في المستقبل، وبالتالي الوصول إلى إيجاد الصيغة المناسبة والمواءمة لما يجب أن تكون عليه مؤسسة الوقف في الوقت الحاضر، وما يجب أن تكون عليه في المستقبل بعد ضبط الرؤية الاستراتيجية اللازم اعتمادها لتسيير هذه المؤسسة انطلاقا من الواقع الاجتماعي التي توجد فيه.

المطلب الأول: مفهوم الولاية (النظارة) على الأوقاف

سنحاول الوقوف على مفهوم النظارة كأسلوب تسييري وتنظيمي لشؤون الأوقاف من خلال الفقه الإسلامي الذي ابتكره وكذا وجهة نظر المشرّع الجزائري لهذا المفهوم، فإدراك مفهوم النظارة سيُسمح لنا بتحديد ماهيتها والعناصر المكوّنة لها، فمن المعلوم بأنّ «من الحقوق المقرّرة للوقف؛ الولاية عليه والنظر في شؤونه وتديرها، لأنّ الوقف مالٌ يحتاج إلى من يقوم برعايته وحفظه واستثماره بالطرق المشروعة، وإنفاق غلّته في أوجه الإنفاق المعتبرة، وإهمال الوقف من إضاعة المال

الْمُنْهَى عَنْهُ شَرْعًا. قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: [إِنَّ اللَّهَ كَرِهَ لَكُمْ قِيلَ وَقَالَ، وَكَثْرَةَ السُّؤَالِ، وَإِضَاعَةَ الْمَالِ] (1) «....» (2).

الفرع الأول: النظارة (الولاية) في الفقه الإسلامي

ويُقصدُ بالنظارة أو الولاية هنا؛ هي كل ما فُوضَ به الناظر من أعمال وتصرفات تحفظُ الوقف من حيث عمارته وإصلاحه، وتحصيل غلّته من أجرة وزرعٍ وثمرٍ وإيفاء الموقوف عليهم حقّهم منها، والاجتهاد في تنمية الوقف وتطوره، وقد اختلف الفقهاء في من تكون له الولاية ابتداءً؛ فذهب الحنفية إلى أنها للواقف أولاً؛ قال الإمام المرغيناني: «وإن جعل الواقف غلّة الوقف لنفسه، أو جعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف» (3)، ورأي أبي يوسف هو المعمول به في أغلب البلدان الإسلامية؛ فإدارة الوقف ثابتة ابتداءً للواقف بدون نص (حتى ولو لم يشترط ذلك)، ثم لمن يُولّيه من بعده، فإن لم يُعَيّن أحدًا بعده كانت الولاية للقاضي؛ قال بن نجيم: «فإذا مات ولم يوص إلى أحد فالرأي فيه للقاضي، لأنه نصب ناظرًا لكل من عجز بنفسه عن النظر، والواقف ميتٌ ومصرف الغلّة عاجز عن التصرف في الوقف لنفسه، فالرأي في نصب القمّ إلى القاضي» (4)، وأمّا المالكية فيبطلون

(1) - محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، (256هـ)، صحيح البخاري، ط [2]، الرياض - دمشق، مكتبة دار السلام - دار الفحاء، 1419هـ - 1999م، من حديث المغيرة بن شعبة، كتاب الزكاة، باب قوله تعالى لا يسألون الناس إلحافًا، رقم: 1477، ج 1، ص 457؛ مسلم بن الحجاج بن مسلم أبو الحسين القشيري النيسابوري، (261هـ)، صحيح مسلم، ط [1]، الرياض - دمشق، مكتبة دار السلام - دار الفحاء، 1419هـ - 1998م. من حديث المغيرة بن شعبة، كتاب الأقضية، باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة والنهي عن منج وهات وهو الامتناع من أداء حتى لزمه أو طلب ما لا يستحق، رقم: 593، ص 820.

(2) - أحمد بن صالح بن صواب الرفاعي، ولاية الدولة على الوقف بين الرقابة والاستيلاء، المؤتمر الثالث للأوقاف - اقتصاد، إدارة وبناء حضارة - الجزء 1، المحور الثالث: الإصلاح الإداري المنشود للوقف، المملكة العربية السعودية، 1430هـ/2009م، ص 09.

(3) - المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، تحقيق وتعليق وتخرّج: محمد محمد تامر وحافظ عاشور حافظ، ط [1]، القاهرة - مصر، دار السلام للطباعة والنشر، 1420هـ - 2000، ج 02، ص 929.

(4) - زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، الفوائد الزينية في مذهب الحنفية، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان، ط [1]، المملكة العربية السعودية، دار بن الجوزي، 1414هـ - 1994م، ص 66.

اشتراط الواقف الولاية لنفسه، لأنّ الوقف خروجُ المال من ذمّة الواقف وانتقال الحياة إلى الموقوف عليهم، فاشتراطه الولاية لنفسه تناف مع ذلك وقد منعه مالك لهذا السبب، فتكون الولاية على هذا للموقوف عليهم «أو لمن يختارونه هم إذا كان الموقوف عليهم معينين وكانوا بالغين مالكين لملكائهم وذلك إذا لم يبين الواقف لمن تكون الولاية»⁽¹⁾، فإذا أشار الواقف إلى من يتولى الوقف اعتمد اختياره، قال ابن الحاجب: «ويتولى الوقف من شرط الواقف لا الواقف»⁽²⁾، «وإذا أغفل الواقف أمر من يتولاه، فإن كان على غير معين أو على معين لا يملك أمر نفسه فالولاية للقاضي يولي من يشاء»⁽³⁾، وعن الشافعية يقول الإمام الغزالي: «وتولية أمر الوقف إلى من شرط له الواقف، فإن سكّت فهو إليه أيضا لأنه لم يصرفه عن نفسه»⁽⁴⁾، وإن وقف ولم يشترط التولية؛ فالراجح أنّ الولاية على الوقف عند عدم اشتراطها لأحد؛ تكون للقاضي وعلى هذا سارت كتب الشافعية⁽⁵⁾. ويلخص الإمام موفق الدين بن قدامي المقدسي مراتب هذه الولاية عند الحنابلة فيقول: «وينظر في الوقف من حيث شرط الواقف، لأنّ عمر رضي الله عنه جعل النظر في وقفه إلى حفصة بنته، ثم إلى ذوي الرأي من أهلها ... وإن لم يشرط الناظر فقيه وجهان، أحدهما: ينظر فيه الموقوف عليه، لأنّه ملكه وغلته له فكان نظره إليه كالمطلق، والثاني: إلى حاكم البلد، لأنّه يتعلّق به حق الموقوف عليه، وحق من ينتقل إليه»⁽⁶⁾.

(1) - عبد الملك السيد، محاضرة: إدارة الوقف في الإسلام، حلقة دراسية حول تنمية ممتلكات الأوقاف أقيمت سنة 1404 هـ - 1984م، ط [2]، جدة - السعودية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، 1415 هـ - 1994م، ص 207.

(2) جمال الدين بن عمر ابن الحاجب، جامع الأمهات، تحقيق وتعليق: أبو عبد الرحمان الأخضر الأخضر، ط [1]، بيروت - لبنان / دمشق - سورية، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، 1419 هـ - 1998م، ص 452.

(3) - محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، ط [2]، مصر، دار الفكر العربي، 1971 م، ص 343.

(4) - عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم أبو القاسم الرافعي القزويني، العزيز شرح الوجيز (الشرح الكبير)، تحقيق: الشيخ علي المعوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط [1]، بيروت - لبنان، منشورات محمد علي بيضون - دار الكتب العلمية، 1417 هـ / 1997م، ص 289.

(5) - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 344.

(6) - موفق الدين عبد الله أبو محمد ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، تحقيق: الشيخ سليم يوسف وسعيد محمد الحام، بيروت - لبنان، دار الفكر، 1414 هـ - 1994م، ج 02، ص 330.

الفرع الثاني: الولاية (النظارة) في التشريع الجزائري

أشار المرسوم التنفيذي 98 - 381⁽¹⁾ في مادته السابعة (07) إلى معنى النظارة، حيث نصت على أنه: «يُقصدُ بنظارة الوقف في صلب هذا النص ما يأتي:» [التسيير المباشر للملك الوقفي، رعايته، عمارته، استغلاله، حفظه، حمايته]، وواضح من نص المادة بأن بعض عناصرها مُكرّر، فالرعاية والحفظ والحماية كُلُّها بمعنى واحد، فكان يمكن أن يقال: «نظارة الوقف هي رعايته وعمارته واستغلاله، وبقي عليه عنصر يدخل في نظارة الوقف ولم يذكره، وهو صرفُ الغلات لمستحقيها»⁽²⁾.

وقد يُجَاب على ذلك بأن صرف الغلات لمُسْتَحِقِّهَا داخل في مهام التسيير المباشر للملك الوقفي وهو منصوص عليه في بداية نص المادة، كما أن المشرع لم يغفلها، وإنما ذكرها ضمن مهام ناظر الملك الوقفي، بقي أن نُشير بأن المشرع الجزائري حدّد النظارة من خلال تحديد جملة من التصرفات (الاستغلال، العمارة، الرعاية، الحفظ، الحماية)، من غير أن يلحق هذه التصرفات بالطرف المعني بها، وترك الأمر على هذه الحال يلحق الولاية والنظارة بجملة من الأطراف تشترك كلها في ذلك؛ ابتداء من وزير الأوقاف والشؤون الدينية ولجنة الأوقاف ومديرية الأوقاف والزكاة والحج والعمرة على مستوى الوزارة إلى مدير الشؤون الدينية والأوقاف ووكيل الأوقاف وكذا ناظر الملك الوقفي حال وجوده على المستوى الولائي، وهذا يعني بأن الولاية والنظارة هي لهؤلاء وبالتالي للصاية ممثلة في الوزارة، وعلى هذا ثبت ولاية الدولة على الأوقاف العامة طبعاً، أمّا الأوقاف الخاصة فقد جاء القانون 10-02⁽³⁾ المعدل والمتّم لقانون الأوقاف 10-91⁽¹⁾ وفي مادته 02 بخضوعها

(1) - مرسوم تنفيذي رقم 98-381، مؤرخ في 01 ديسمبر 1998، يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، ج.ر. عدد 90، مؤرخة في 02 ديسمبر 1998.

(2) - إبراهيم بليلي، قانون الأوقاف الجزائري دراسة تحليلية نقدية مقارنة بالفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية (الخروبة)، جامعة الجزائر، 2003/ 2004، ص 390.

(3) - قانون رقم 10-91، مؤرخ في 27 أبريل 1991، يتعلق بالأوقاف، ج.ر. عدد 21، مؤرخة في 08 مايو 1991.

للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، بمعنى أنّها لا تخضع لقانون الأوقاف وبالتالي ليست تحت وصاية وولاية الدولة بل تحت وصاية أصحابها.

المطلب الثاني: الأنماط الإدارية التي مرت بها إدارة الوقف الإسلامي

إن الوقف على المدى الذي كان يمثل ولاية الدولة على الأوقاف؛ يقتضي الوقف ابتداء على الأنماط الإدارية التي مرت بها الأوقاف الإسلامية وذلك من أجل معرفة جملة التحولات التي طرأت عليها بمرور الزمن، وكذا الدور الذي ساهمت به هذه الأنماط في تطوير هذه الأوقاف وتمييزها وبخاصة جانب الإدارة منها، ومعرفة هل لهذا التطور وهذا الأداء علاقة بإشراف الدولة عليه من عدمه.

الفرع الأول: نمط الذاتية والاستقلالية في التسيير

أولاً - الامتداد الزمني لهذا النمط:

يمتد هذا النمط من التعامل مع الوقف من يوم أن شرع الإسلام إمكانية الوقف كقربة لله تعالى إلى عهد الدولة الأموية، حيث أقبل الصحابة الكرام ابتداء على وقف بعض أموالهم في سبيل الله تعالى، كعمر الفاروق وأبي طلحة والزيبر... الخ، وعملوا بذاتهم على متابعتها والحفاظة عليها، وتوزيع مصاريفها على الموقوف عليهم. قال عبد الله بن عامر بن ربيعة: «شهدت كتاب عمر حين وقف وقفه... ولقد رأيته هو بنفسه يقسم ثمره " ثمغ" ⁽²⁾ في السنة التي توفي فيها، فلم يزل يلي وقفه إلى أن توفي، ثم صار إلى أم المؤمنين حفصة رضي الله عنها» ⁽³⁾، فكان تولى تسيير الوقف وإدارته على عاتق الواقف أولاً، فإذا هلك تولى أحد أبنائه المسؤولية عليه، على أن يواصل هذا الفرع ما كان عليه أصله من غير مخالفة لإرادته.

«وقد كان الوقف لأول عهده في الإسلام متجهاً إلى جهات من وجوه الخير والبر

(1) - ج. ر. عدد 83، مؤرخة في 15 ديسمبر 2002.

(2) - منطقة قريية من المدينة المنورة.

(3) - مصطفى الزرقا، أحكام الأوقاف، ط[2]، دمشق - سوريا، مطبعة الجامعة السورية، 1366 هـ -

1947 م، ص 09.

العام يشترك فيها الواقف وأهله وأقاربه وسائر الناس (وقف عمر، ووقف أبي طلحة)، ثم بدأ الصحابة بعد ذلك يحبسون أموالهم على أولادهم ويرون في ذلك وسيلة لصيانة المال من التبدد، ولدوام انتفاع أعقاب الواقف منه، كما تقدم في وقف الزبير بن العوام رضي الله عنه؛ إذ وقف دوره على سكنى أولاده وأخرج من الاستحقاق من استغنت بزواج⁽¹⁾، وهكذا وقف غيره أيضا على أولادهم، وقد كان هذا نواة لما سمي فيما بعد وقفا ذريا (أهليا)⁽²⁾.

ويظهر أن الوجهة التي أخذها الوقف على الأولاد كانت محدودة، إذ لم تكن في مقابل الوقف على الفقراء والمساكين والمستحقين، وإنما كانت طريقة للمحافظة على الأملاك وضمان انتفاع غير الأقارب من المحتاجين بها، وذلك برعاية هؤلاء الأولاد لهذه الأوقاف وسهرهم على الانتفاع بها ونفع غيرهم بها تحقيقا لإرادة الواقف منها.

وقد بقي هذا النمط سائدا في عهد الخلفاء الراشدين رضوان الله عليهم، فانتشر الوقف وتوسع، وتعددت مصاريفه والمتنفعين منه، فلم يكن أحد قادرا على الوقف إلا ووقف في سبيل الله وابتغاء مرضاته، فكان الوقف فرصة مهمة للتسابق على الخيرات التي تميز بها الصحابة رضوان الله عليهم.

وعليه فإن السائد خلال هذه الفترة القصيرة من التاريخ، في إدارة الوقف؛ هو المتابعة الذاتية لأحواله والوقوف الشخصي على رعايته وحمايته من غير تدخل خارجي، فكانت الاستقلالية تميز الوقف وتميز عمل القائم عليه وهو الواقف أو أحد ذريته.

ثانيا: خصائص هذا النمط من الإدارة

(1) - تبنى هذا الرأي الحنفية وأصوله في فتاويهم، وقد كان المعمول به عند الجزائريين إلى زمن قريب في العديد من أوقافهم خاصة المتعلقة بالأراضي، رغم أن مذهب التدين عندهم كان المذهب المالكي. وهذا الرأي لا يخلو من وجهة، إذ أن الهدف الأساسي الذي كان يبتغيه الواقفون لأراضيهم هو المحافظة عليها من أن تنقسم بين الأبناء أو أن ينتهي فيها الأمر إلى من ليس من العائلة.

(2) - مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص 11.

ما يمكن أن يميز إدارة الوقف من خصائص في هذه المرحلة هو:

أ. الذاتية في التسيير: حيث أن الوقف كان يسير من قبل الواقف نفسه من غير أن يعهد به إلى غيره لمتابعته والمحافظة عليه، باعتبار الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يعتبرون الوقف من أعمال البر التي يكون أفضلها ما قدمه المرء بيده وقام هو عليه بنفسه، كما كان صنيع عمر رضي الله عنه في توزيع ثمر "ثمع"، فإذا توفي الواقف، قام أحد أولاده بمواصلة العمل وبنفس الكيفية.

ب. الاستقلالية في الإدارة: حيث كان لكل واقف طريقته المستقلة عن غيره في إدارة هذا الوقف وتسييره، فلم يكن هناك نمط معين محدد للإدارة يلزم به الواقف.

ج. انحصار مصارفه: فمصارف الوقف في تلك الفترة كانت في غالبيتها موجهة إلى الفقراء والمحتاجين والمساكين أو لأغراض الجهاد، ولم تكن تتعد إلى غيرها إلا ما كان يوقف على الأولاد حماية لهم، ولكن كما ذكرنا سابقاً؛ لتحقيق نفس الغرض وهو استفادة ذوي الحاجة من هذه الأوقاف كذلك.

ويرجع سبب انحصار هذه المصاريف؛ إلى الطابع الاجتماعي الذي كان سائداً في ذلك العصر، حيث انشغل المسلمون بالفتوحات الإسلامية وبمحاكمة بيضة الإسلام من كيد أعدائها فكانت ميزانية الدولة بحاجة إلى مثل هذه الأموال، ولم يكن الصحابة الأطهار ليتخلفوا عن مثل هذا الواجب، أما مساعدة المحتاجين فهي أصل فكرة كل قاصد للوقف (بمعنى أن أي قاصد لوقف ماله، لا بد وأن ينصرف ذهنه في البداية إلى مساعدة المحتاجين وسد بعض حاجاتهم)، ثم عندما توسعت الحاجات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية للمسلمين توسعت مصاريف الوقف وأخذت أشكالا متنوعة⁽¹⁾.

ثالثاً: تقييم هذا النمط

(1) - زكرياء بن تونس، المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص شريعة قانون، كلية العلوم الإسلامية (الخروبة)، جامعة الجزائر، 2007م، ص 74-75.

ويمكن أن نحدد الإيجابيات والسلبيات التي يتميز بها هذا النمط من الإدارة إلى:

أ- الإيجابيات:

- كثرة الواقفين واتساع الأوقاف، وذلك بسبب عفوية هذا النمط.
- تخفيفه لعبء مصاريف بيت المال فيما يخص الجانب الاجتماعي (مساعدة الفقراء والمحتاجين) والجانب العسكري (تمويل جيوش الفتح الإسلامي).

ب- السلبيات:

- انحصار الوقف في ميادين معينة دون التوسع إلى غيرها من المجالات التي كان المسلمون بحاجة إليها.
- ضعف الاهتمام بالأوقاف مع مرور الوقت، خاصة تلك التي أوقفها أصحابها على المحتاجين والفقراء، والتي بعد وفاتهم انعدم القائمون عليها، فتعرض الكثير منها إلى الزوال والاستغلال⁽¹⁾.

رابعا: ولاية الدولة من خلال هذا النمط

مما سبق ذكره من الخصائص والمميزات يمكننا تحديد المدى الذي تمثله ولاية الدولة في هذا النمط، فنقول بأنّ هذا النمط الذي مثّل أول صورة عملية للوقف كمؤسسة اجتماعية واقعية، كانت ولاية الدولة على الأوقاف ولاية عامّة لا تندخل في تسيير الأوقاف ولا تشرف عليها، إنّما كانت ولاية عامّة ممثلة في القضاء الذي كان يلتجئ إليه عند وجود الخصام، كغيره من المسائل التي قد يرد فيها النزاع في واقع الناس، وقد فرض وجود هذا الأمر أنّ الوقف حينها كان بمثابة الشعيرة الدينية التي يلتجئ إليها الناس بشكل منفرد كإقبالهم على جميع الشعائر العبادية الأخرى، ولم تكن حينها الحاجة تستدعي تدخل الدولة في الإشراف عليها، فالوقف كان بمثابة مشروع شخصي للتقرب إلى الله تعالى.

(1) - زكرياء بن تونس، نفس المرجع، ص 75.

والحال أنّ الوقف بهذه الصورة كان يترك أمر تسييره والإشراف عليه إلى الواقف أو من يعينه كما فعل الفاروق في وقفه لأرضه بخير فقد روى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن عمر بن الخطاب أصاب بخير أرضاً، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إني أصبت أرضاً لم أصب مالا قط أنفس منه، فكيف تأمرني به، قال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها. فتصدق عمر؛ أنه لا يباع أصلها، ولا يوهب، ولا يورث، بل في الفقراء والأقربين والرقاب وفي سبيل الله والضيف وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير متمول به⁽¹⁾، ففي مرحلة صدر الإسلام وما بعدها لم تتولد الحاجة إلى إدارة الوقف على نحو كبير، بسبب حصره في أنشطة بسيطة مثل الدور والرباع والحوانيت والخانات وما شابه ذلك، ولربما ظهرت الحاجة على نحو أشد لإدارة الوقف مع اتساع الأنشطة الوقفية في عهد الدولة العثمانية وصدور القوانين المنظمة لذلك⁽²⁾

الفرع الثاني: نمط الإشراف القضائي

أولاً: الإشراف القضائي على الوقف

«وقد كانت الأوقاف إبان نشأتها تدار من خلال أصحابها أو من يولونهم عليها، ولكن تطور الحياة في المجتمعات الإسلامية استدعى قيام أجهزة معينة للإشراف على الأوقاف، وكانت السلطة القضائية هي التي تتولى الإشراف على الأوقاف في عواصم الخلافة وحواضر الدولة، وأنشأت نظماً لمحاسبة ولاية الوقف ونظاره، حماية للوقف من التبديد،

(1) - ورد الحديث بعبارة [إن شئت حبست أصلها و تصدقت بها]، انظر: البخاري، مرجع سابق، رقم 2737، وكتاب الوصايا، رقم 2772؛ مسلم، مرجع سابق، باب الوقف، رقم 1632. وقد ورد عبارات متقاربة من مثل [فاحبس أصلها و سبل الثرة]، و [احبس أصلها و سبل ثرها]، [حبس الأصل و سبل الثرة].

(2) - ياسر عبد الكريم محمد الحوراني، الأداء الإداري الحكومي للوقف - الإشكاليات والحلول، المؤتمر الدولي الرابع للأوقاف الإسلامية - نحو استراتيجية تكاملية للنهوض بالوقف الإسلامي، الجامعة الإسلامية - المدينة المنورة، 1432 هـ - 2011 م، ص 497.

ورعاية لحقوق الموقوف عليهم سواء كانوا جهات معنوية كالمساجد أو أفراداً من الذرية أو من غيرهم»⁽¹⁾.

فنظام الولاية على الوقف من قبل القضاء فرضه الوضع المزري الذي وصلت إليه الأوقاف في المرحلة الماضية، والتهاك التدريجي لها، مما حال دون تحقق المقصد منها، فكان لزاماً أن يعاد تنظيمها وتسييرها بطرق أكثر فعالية، وأن توضع بين أيد أمينة تحافظ عليها وتعمل على تحقيق الغاية منها، ولم يكن في تلك العهود من هو أقدر على مثل هذه المهمات؛ إلا القضاء لرفعة قدرهم في المجتمع واستقلال سلطتهم عن أي ضغط خارجي، حتى ولو كان من طرف الخلفاء والأمراء.

«وقد ظهرت أهمية القاضي وديوان القضاء في الوقف؛ في كون القاضي يملك الحق بأن يشرف على إدارة الوقف وله سلطة في الرقابة عليه، وتعيين أو عزل القائمين على إدارة المؤسسات الوقفية مثل المساجد والجوامع، فهو يستطيع أن يعزل منها أي موظف مهما علا مركزه... فيما إذا وجدهم مهملين في أداء واجباتهم وبدون اعتبار لمركزهم في الوقفية، من كونهم متولين لإدارة الوقف أم لا»⁽²⁾.

وقد تجسد ذلك واقعا من خلال نماذج، أبرز فيها بعض القضاة مدى اهتمامهم بالأوقاف ومدى سعيهم إلى الاعتناء بها ورعايتها، كما كان الأمر مع القاضي «أبي طاهر عبد الملك بن محمد الحزمي الذي ولي قضاء مصر سنة 173 هـ فقد كان يتفقد الأعباس بنفسه ثلاثة أيام في كل شهر وكان يأمر بترميمها وإصلاحها وكنس ترابها، ومعه طائفة من عماله عليها، فإذا رأى خلا في شيء منها ضرب المتولي عليها عشر جلدات»⁽³⁾.

وترجع أول مبادرة في هذا الاتجاه؛ إلى العهد الأموي حيث إن «توبة بن نمير لما ولي قضاء مصر - زمن هشام بن عبد الملك - في عام 115 هـ، اتجه إلى تسجيل

(1) - محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، بيروت - لبنان، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1428 هـ - 1998 م، ص 162.

(2) - عبد الملك السيد، مرجع سابق، ص 216.

(3) - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 13.

الأحباس في ديوان خاص بها، وجعل ذلك تحت إشرافه، بناء على ما رآه من أنها صدقات مرجعها إلى الفقراء والمساكين، فقرر أن يلي الإشراف عليها حفظاً لها من أن تضع ثمرتها أولاً تصل إلى مستحقيها، ولم يكن صنيع توبة في الإشراف على الأوقاف عملاً فردياً، فقد نتاج القضاة على تولي شؤون الأوقاف بالنظر والإشراف ومحاسبة المسؤولين⁽¹⁾.

وبعد انتشار فكرة الولاية على الوقف من قبل القضاة، أصبحت الميزة السائدة في جميع أنحاء العالم الإسلامي فاستحسنها الفقهاء وعمد الحكام إلى تولية القضاة وتكليفهم بهذه المهمة إضافة إلى مهامهم في فض النزاعات بين الناس والإصلاح بينهم. وبذلك أصبحت مسؤولية رعاية الأوقاف والاهتمام بها واقعة على عاتق القضاة.

«وفي نفس عهد توبة أنشئ ديوان للأوقاف في البصرة، ومنذ ذلك الوقت أصبحت الأوقاف تابعة للقضاة، وصار من المتعارف عليه أن يتولى القضاة النظر على الأوقاف بحفظ أصولها، وقبض ريعها، وصرفه في أوجه صرفه، فإن كان عليها مستحق للنظر عليها حسب شروط الواقف راعاه القاضي، وإن لم يكن هناك من ينظر فيها تولى القاضي النظر عليها⁽²⁾، ولم تتوقف عملية إشراف القضاة على الوقف عند صفة محددة بل بدأت تأخذ شكلاً أكثر تنظيماً وتركيزاً، وقد تبين ذلك من خلال إنشاء الدواوين الخاصة بإدارة الأوقاف؛ ومن ذلك ما تم سنة 118 هـ من إنشاء [ديوان الأحباس] للإشراف على الأوقاف العامة تحت سلطة القضاة، أو تلك المبادرة التي أوجدت مؤسسة [بيت مال الأوقاف] زمن المعز لدين الله الفاطمي والتي كانت تحت إشراف قاضي القضاة⁽³⁾.

(1) - محمد أحمد سراج، أحكام الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون، الاسكندرية - مصر، دار المطبوعات الجامعية، 1998م، ص 140.

(2) - كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 162.

(3) - لمزيد من التفصيل انظر: عبد الملك السيد، مرجع سابق، ص 216.

لم يكن حال الإشراف القضائي على الأوقاف منحصرا في بلدان المشرق العربي فحسب، بل إن بلدان المغرب تبنت هذا النظام وعملت به، باعتبار أن الخلافة كانت مظلة الجميع، «فقد ظل النظام العام لشؤون الأقباس بالمغرب خلال العصر التاسع الهجري (9هـ) راجعا إلى القاضي بدرجة رئيسة حتى مع وجود النظار، وقد أمر أبو عنان المريني بإنشاء مستودع وثيق بكل إقليم، تودع فيه أموال الأقباس والودائع وأموال الموارث واليتامى والمحاجير، ويكون الإشراف عليه للقاضي على أن يحتفظ بقفل، ويكون لخطيب الجامع الرئيسي مفتاح ثان»⁽¹⁾، وقد نمت هذا النمط من الإشراف على الأوقاف مع مرور الزمن وتطور، حتى وصل به الأمر إلى مستوى؛ تم فيه تخصيص نظار خاصين على مدارس بعينها لإدارتها وتسيير أمورهما، وذلك بسبب انتشار الأوقاف وتضاعف أعبائها الإدارية.

وقد «أدى اتساع الوقف، وتنوع مجالاته، وكثرة الوقوف إلى تدخل الدولة ليصبح لها من خلال السلطة القضائية حق الإشراف على الأوقاف، وهو تطور هام نشأت من خلاله مؤسسة الوقف وتمايزت عن غيرها من المؤسسات، ولكنه التطور الإداري الذي لا يتدخل في كيان الوقف نشأة ولا يحدد من سلطان الواقف ابتداء وانتهاء»⁽²⁾.

ثانيا: خصائص هذا النمط من الإدارة

وقد امتاز هذا الصنف من إدارة أحوال الوقف بخصائص نذكر منها:

أ - الإشراف القضائي: فالولاية على الأوقاف كانت للقاضي من حيث إدارتها وتسييرها ومتابعة العاملين عليها ومحاسبتهم، سواء أكان الوقف عاما خيريا، للقضاء الإشراف المباشر على متابعته وتحقيق إرادة الواقف منه، أو كان الوقف خاصا

(1) - إبراهيم حركات، النشاط الاقتصادي الإسلامي في العصر الوسيط حتى القرن 9هـ/15م، الدار البيضاء - الجزائر، دار إفريقيا الشرق، 1996م، ص 212.

(2) - كمال الدين إمام، نفس المرجع، ص 163.

لذرية الواقف، فيكون الإشراف غير مباشر وذلك بالتدخل عند وجود التجاوزات والنزاعات.

ب - التسيير المنظم نسبيا: من خلال إنشاء دواوين خاصة وفتح سجلات لرصد مصارف الأوقاف وريوعها ومتابعة القائمين عليها ومحاسبتهم في كل صغيرة وكبيرة، ورغم أن هذا التنظيم لم يكن دقيقا ومحكما، إلا أنه كان مرحلة متقدمة إذا ما قورن بما كان عليه الحال قبل هذه الفترة.

ج- توسع مجالاته: إذ لم يعد الوقف مقتصرا على المساكين والمحتاجين أو على تدعيم الجيوش الإسلامية وإنما بدأ يأخذ أشكالا جديدة، خاصة الوقف على العلم وطلبته، وكذا بناء المساجد والمدارس وحتى المستشفيات، كما توسعت الأوقاف وتنوعت في العصر العباسي وأصبحت⁽¹⁾ «تجري في الأراضي الزراعية بعد أن ظلت منحصرة في الدور»⁽²⁾.

ثالثا: تقييم هذا النمط

وكغيرها من الأنماط الإدارية، فقد كان للإشراف القضائي على الأوقاف بعض الإيجابيات كما أنه لم يسلم من بعض السلبيات.

أ. الإيجابيات:

- كثرة الإقبال على الوقف، وتوسع نطاقها وتنوع مجالاتها مقارنة بالفترة التي سبقت، ويرجع ذلك إلى تطور الحياة الاجتماعية للمسلمين وتعدد حاجاتهم.
- الانتفاع الكبير لطبقة الفقراء والمحتاجين وذوي الحاجات، حيث كان الوقف بالنسبة لهم رافدا من روافد الحصول على الرزق.
- الإشراف القضائي كان دعما في حماية الوقف وعاملا مهما في قيامه بدوره ومقصده، وذلك لما عرف به أغلب القضاة في تلك الفترة من الورع والنزاهة.

(1) - زكرياء بن تونس، مرجع سابق، ص 78.

(2) - محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص 140.

• متابعة القضاة لعمل القائمين على الأوقاف ومحاسبتهم إذا استدعى الأمر ذلك؛ كان سببا فاعلا في حماية الأوقاف من الاستغلال غير المشروع ومن التهاك مع مرور الزمان.

بد السليبيات:

• أدى توسع نطاق الأوقاف إلى عدم إمكانية متابعتها بصفة دائمة، والتحكم فيها بطريقة جيدة. فكان لهذا الضعف في التسيير والإدارة أثره في تسبب الأوقاف وضعف مردودها ومواردها.

• بداية ظاهرتي الاستغلال غير المشروع والاستيلاء على الأوقاف، ومن قبل بعض القضاة أنفسهم، بتواطؤ من بعض الأمراء والحكام، فأدى ذلك إلى تهالك العديد من الأوقاف بسبب غياب أو ضعف العناية بها⁽¹⁾.

رابعا: ولاية الدولة من خلال هذا النمط

لقد ساهمت الممارسة الخاطئة لبعض النظار في إدارة الأوقاف، مثل مصادرة الأوقاف عبر وسائل مختلفة كالتحكير على وحدات وقفية لمدة طويلة، وتغيير معالمها أو دمجها مع وقفيات أخرى وما شابه ذلك؛ إلى بروز دور الدولة⁽²⁾ من خلال جهاز القضاء، فكان تدخله في مسائل الإشراف على الوقف ومراقبته ناتج عن الاعتداء الذي مس الأوقاف والذي ساهم في تدهور وضعها وتراجع أدائها الاجتماعي بالإضافة إلى تهالكها وزوالها في بعض الأحيان.

مثّلت هذه المرحلة بداية مرحلة جديدة لولاية الدولة على الأوقاف، وذلك من خلال تكليف هيئة منضوية تحت لواء الولاية العامة ممثلة في القضاء للإشراف على مراقبة وتسيير الأوقاف، ولكن هذا الوضع الجديد لا يعبر عن احتكار الدولة لإدارة الأوقاف لأنّ السلطة القضائية في تلك الفترة كانت تمثل هيئة مستقلة عن السلطة السياسية ولذلك كانت الولاية على الأوقاف منحصرة في الرقابة والمتابعة

(1) - بن تونس زكريا، مرجع سابق، ص 79.

(2) - ياسر عبد الكريم محمد الحوراني، مرجع سابق، ص 501.

من غير التدخل في شؤون الأوقاف من جهة التسيير والإدارة.

الفرع الثالث: نمط إشراف هيئات خاصة على إدارة الوقف

«تدلنا الدراسات التاريخية أن الوقف اتسع نطاق الممارسة الاجتماعية له، ونمت قاعدته الاقتصادية، وأخذ في التطور من حيث الأداء الوظيفي والتنظيم الإداري، كما تبلور بمرور الزمن وكثرة التجارب واجتهادات الفقهاء؛ نمط أساسي لضبط علاقته بالسلطة الحاكمة، وتحديد مدى تدخل الدولة في شؤونته»⁽¹⁾.

وبالتالي فقد كانت حركية التعامل مع الأوقاف في هذه المرحلة من حيث الإدارة والتسيير والمتابعة متسارعة وكبيرة إذا ما قورنت بالمراحل السابقة، وقد ساهم ذلك التطور إلى حد كبير، في الانتقال النوعي لكيفية إدارة الأوقاف وتنميتها.

أولا: طبيعة هذا الإشراف

«إذا نظرنا إلى الجوانب الإدارية تاريخيا نجد أنها تطورت بمرور الزمن، وباتساع نطاق الأوقاف وكثرة مؤسساتها، فقد أصبح من العسير الحديث عن أسلوب واحد ومحدد لإدارة الأوقاف، بل هناك أنماط متعددة ومتباينة نشأت نتيجة اختلاف طبيعة الأوقاف بعضها عن البعض الآخر، فالأوقاف الصغيرة تختلف طبيعة إدارتها عن الأوقاف الكبيرة، ورغم اشتراك جميعها في ضرورة وجود ناظر عليها لمتابعتها، إلا أن الأوقاف الكبيرة اقتضت وجود جهاز إداري متكامل لتسيير شؤونها وضم هذا الجهاز في معظم الحالات العديد من الوظائف الإشرافية والمالية والقانونية والفنية»⁽²⁾.

ويمكن أن نقسم هذه الفترة التي انتقل فيها نمط الإشراف على الأوقاف من المرحلة السابقة (إشراف مباشر للقضاة) إلى المرحلة الجديدة (إشراف هيئات خاصة) إلى ثلاث مراحل اتسمت بالتحول التدريجي؛ فكانت البداية من مرحلة

(1) - كمال منصوري، استثمار الأوقاف وآثاره الاجتماعية والاقتصادية، مذكرة ماجستير، فرع التسيير، كلية العلوم الاقتصادية (الخروبة)، جامعة الجزائر، 1995، ص 27.

(2) - كمال منصوري، مرجع سابق، ص 30.

التأسيس الإداري؛ والتي وضعت فيه الدولة جهازا إداريا خاصا بالأوقاف تحت إشراف القاضي، ثم جاءت مرحلة التأسيس التشريعي؛ التي بدأت فيها عملية سن التشريعات الخاصة بالوقف بما يتمتعها باستقلالية أكبر، ويسمح لها بالانتقال خطوة إلى الأمام نحو فكرة المؤسسة، وبعد هذا جاءت مرحلة التأصيل المؤسسي، حيث أصبحت الأوقاف مؤسسة قائمة بذاتها تقوم بنفسها وتحدد طريقة عملها وتسن تشريعاتها الخاصة، وارتفعت عنها الوصاية المباشرة حتى وصلت إلى مرحلة إنشاء صناديق للاستثمار وتسيير المشاريع الكبرى.

وللوقوف على التطور التدريجي لعملية إدارة الأوقاف، نورد هذا العرض الموجز لكل مرحلة من هذه المراحل، قصد تحديد خصائصها ومدى مساهمتها في دفع عجلة الأوقاف نحو ازدهار وحركية مستمرة بناءة.

أ- **مرحلة التأسيس الإداري:** وهي المرحلة التي بدأ الإشراف الإداري فيها للأوقاف موكل إلى إدارة خاصة أو ديوان معين، فقد «اتسع الوقف في العهدين الأموي والعباسي، ورغب الناس في الأحباس، ولم يعد الوقف قاصرا على الصرف إلى جهة الفقراء والمساكين، بل تعدى ذلك إلى تأسيس دور العلم، وإنفاقه على طلابها والقائمين عليها، من مدرسين وغيرهم وإنشاء المساجد والملاجئ والمكتبات»⁽¹⁾، هذا التوسع وهذا الامتداد هو الذي كان له أكبر الأثر في بروز الحاجة إلى صياغة جديدة لتنظيم الأوقاف تضمن استمرارها ودوامها وتسمح لها بمواصلة عطائها، كما أنها تجعل منها أكثر فعالية في أداء المهام التي وجدت من أجلها.

ومثل هذه الحاجة هي التي أثبت التسارع الذي عرفه تطور الأوقاف؛ عجز القضاة عن مواكبتها والسير معها إشرافا ومتابعة وتوجيها، «فلم يعد في وسع القضاة الإشراف على الأوقاف لكثرتها بمرور الوقت، فقامت الدولة العباسية بتخصيص جهاز إداري لمتابعة الأوقاف والإشراف عليها، وكان رئيس هذا الجهاز يسمى [صدر الوقوف] وقد قوي هذا الجهاز الإداري في عهد الدولة العثمانية وزادت فروعه وصدرت له

(1) - كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 161 - 162.

القوانين المنظمة لاختصاصاته وأعماله وكيفية ممارسة مسؤولياته والمحاسبة عليها. وقد انتقلت أكثر هذه التنظيمات والتشريعات إلى قوانين الأوقاف الحديثة المعمول بها في البلاد العربية والإسلامية التي كانت تضمها دولة الخلافة العثمانية⁽¹⁾، على أن هذا الانتقال، من مرحلة الإشراف الكلي للقضاة على الأوقاف، إلى مرحلة إشراف هيئة خاصة لم يكن دفعة واحدة، بل جاء تدريجياً، حيث اقتصر تدخل القاضي في بداية الأمر على الحالات التي ثبت فيها التعدي أو انجر عنها نزاعات، «وظل النظر في شؤون الأوقاف من حيث النزاعات المتعلقة بها من اختصاص القاضي، بينما يتكفل الأوصياء والمستفيدون بأمرها دون رقابة أو تنسيق إلى أن أصبح من الضروري تخصيصها بإدارة للمراقبة والمتابعة بإشراف القاضي»⁽²⁾، وهذا يعني بداية الاستقلال الذاتي للأوقاف عن مؤسسة القضاء ولو مع بقاء سلطته للفصل في بعض الحالات المهمة، كضرورة احترام إرادة الواقف عند اختراقها أو الرجوع إلى القاضي في أي عملية تغييرية تقتضيها المصلحة العامة.

«ومن هنا فإن الأوقاف كانت منذ نشأتها تحت الولاية العامة للقضاء، وظلت كذلك إلى بدايات العصر الحديث وبالتحديد إلى نهاية القرن التاسع عشر، حيث بدأ منذ ذلك الوقت إخراجها من دائرة الاختصاص القضائي - تدريجياً - في سياق التحولات التي حدثت في مجالي التشريع والقضاء وتحت تأثير عمليات بناء مؤسسات الدولة الحديثة»⁽³⁾، فلم يكن للوقف إذا من حل وطريق إذا ما أراد أن يحافظ على نفسه، إلا أن يواكب هذه التحولات وأن ينتظم أكثر في شكل إدارة فاعلة تقوم على رعاية شؤونه وتسهر على حمايته وتطويره وتفعيل دوره أكثر في المجتمع.

ب - مرحلة التأسيس التشريعي: لم تكن خطوة الانتقال إلى التأسيس الإداري كافية لتفعيل دور الأوقاف وحسن أدائها لمهمتها، وذلك راجع إلى أنها كانت تخضع في بعض الأحيان إلى قوانين وتشريعات لا تتناسب وطبيعتها، فكان من

(1) - محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص 142.

(2) - إبراهيم حركات، مرجع سابق، ص 211.

(3) - كال منصور، مرجع سابق، ص 67.

الضروري العمل على الاستقلال التشريعي للأوقاف الذي ينطلق من احترام خصوصيتها ويضمن لها مجالا أوسعاً للتحرك والعمل. وقد جاء التطور الذي شهدته المرحلة السابقة «تطوراً متعلقاً بالجهاز الإداري، أما التطور التشريعي الذي نظم الوقف ذاته وأصدر أوامر وتقنيات خاصة بنظامه فهوما شهدته المرحلة التالية»⁽¹⁾، إذ كانت المهمة تستدعي إصدار القوانين والأنظمة المختلفة التي تساعد على تنظيم شؤون الأوقاف وبيان أنواعها وكيفية تسييرها وإدارتها، وقد كان قدم سبق في هذا للدولة العثمانية التي خطت تشريعاتها بالأوقاف خطوات كبيرة نحو تفعيل والتطوير، وهذا النهج العثماني كان له أثره الواضح في تبني العديد من البلدان العربية والإسلامية بعد ذلك لنفس المسلك، من خلال تشريعات خاصة بالأوقاف.

واعتبر أن تولي وزارة الأوقاف مسؤولية النظر في شؤون الأوقاف الخيرية بداية التطور التشريعي لها، والذي كان عامل الاحتكاك الذي وقع بين المجتمعات الإسلامية والحضارة الغربية خلال فترة الاستعمار التي مرت عليها بلدان العالم الإسلامي؛ سببا في وجوده وذلك من خلال الانتفاع بطرق التشريع والتنظيم والإدارة التي كانت تعتمد عليها البلدان الغربية المستعمرة في تسيير شؤون مستعمراتها.

«ونتيجة للتأثر بمفهوم المؤسسة في الغرب وتصحيحا للمسار واستدراكا للنقص الحاصل، أخذت بعض البلدان الإسلامية تستجيب لدعوة إصلاح مرافق الأوقاف ورفع الضير عنها، حيث أصدرت تشريعات وقوانين، وأصبحت الأوقاف بموجبها هيئة مستقلة لها حق التصرف في مواردها المالية، واستبدلت في كثير من البلدان رقابة السلطة السياسية على الأوقاف برقابة السلطة القضائية الشرعية، وأصبحت تابعة هيئة الأوقاف لوزارة معينة كوزارة الرعاية الاجتماعية أو وزارة الشؤون الدينية تابعة اسمية، إذ أنها تخضع إلى إشراف الوزير فقط وليس للجهاز التمثيلي الوزاري، وتولت هذه الهيئات مسؤولية تعمير الأوقاف وتمييزها والإنفاق على أغراض الواقفين»⁽²⁾.

(1) - كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 162.

(2) - كمال منصوري، مرجع سابق، ص 67 - 68.

واعتبرت بذلك مرحلة التأسيس التشريعي دافعا إضافيا إلى تحسين الأداء الإداري في تسيير الأوقاف وحمايتها من الاستغلال غير المشروع، وفتح مجالات التحرك لإنمائها وتطوير عملها، قصد تحقيق المقصد الذي شرعت له.

ج - مرحلة التأسيس المؤسسي: انتقلت في هذه المرحلة الأوقاف إلى عهد الاحترافية إن صح هذا التعبير، حيث تجاوزت مستوى الجهاز والديوان والمهيكل الإداري البسيط، إلى مستوى صناديق الاستثمار، وهذا التفتح راجع؛ إلى توسع الرؤية عند القائمين على هذه الأوقاف والتي تقوم على ضرورة الانتقال بالأوقاف من مرحلة الانكفاء على الذات إلى مرحلة التعبير عن الذات من خلال مشاريع كبرى تنموية في جميع مجالات الحياة الاجتماعية والثقافية والاقتصادية؛ من إنشاء المستشفيات والمراكز الصحية الكبيرة وكذا إنشاء المعاهد والجامعات والدخول كمساهم في شركات مالية كبرى وبنوك... الخ، وكل هذا بفضل هذه الصناديق وما تحتويه من أموال وقفية، مع خضوع جميع هذه التصرفات إلى المنطلق والتأصيل الشرعي الذي تقوم عليه الأوقاف ابتداء، وعدت هذه المرحلة أوج ما وصل إليه الوقف من حيث العطاء والمردودية، إذ أصبح عاملا مهما في نمو البلد وتطوره، وذلك من خلال إسهاماته والدعم الذي يقدمه للدولة في مواجهة الحاجيات الاجتماعية والاقتصادية لأفراد المجتمع.

ومن هنا بدأت تلوح في الأفق بوادر الاستقلال المؤسسي للأوقاف عن الجهاز الحكومي على الأقل من حيث التسيير، واعتمد القائمون على هذه الأوقاف على أنفسهم وطوروا مهارتهم الإدارية والتسييرية، فكانت نتيجة كل تلك الحركية المتواصلة؛ وصول مؤسسة الوقف إلى مستوى الشركات القابضة التي تبتزغ منها مؤسسات فرعية خدمية واستثمارية في شتى مجالات الحياة وبخاصة في مجالي التعليم والصحة.

وعليه فإن الذي ساهم في بلوغ الوقف هذا المستوى من التنظيم وإسداء الخدمات؛ هي ميزة الاستقلالية التي يتميز بها، ذاك أنه: «في ظل هذه الاستقلالية أصبحت هيئات الأوقاف في كثير من الدول قادرة على إنشاء إدارات كاملة مزودة بالكفاءات الفنية لتتولى دراسات الاستثمار والبحث عن الفرص الاستثمارية الجديدة،

ودخل بذلك القرار الاستثماري للوقف مرحلة جديدة، وأتيح له الأخذ بالوسائل والأساليب المعاصرة لتخطيط المشاريع الاستثمارية وإدارتها وتقويم أدائها⁽¹⁾، وقد كان لهذا التوجه الجديد مساهمته للانتقال بالأوقاف إلى درجة أرفع، وذلك بوجود جهاز إداري يمتلك القدرات والمهارات الفنية العالية، في إبداع فرصة للتخصص تبعاً للمجالات والميادين المختلفة لها.

ومن أبرز المؤسسات التي برزت في هذا الميدان:

- هيئة الأوقاف المصرية.
- جمعية المقاصد الخيرية للبنانية.
- المجلس الأعلى للأوقاف السعودي.
- الأمانة العامة للوقف الكويتي.
- ...الخ.
- والملاحظ هو أن إشراف هيئات خاصة على الوقف، اتخذ صبغة تنظيمية وفق أشكال متعددة، كالديوان الملحق أو وزارة مستقلة أو نظارة ضمن وزارة...الخ مع اتحاد هذه الأشكال في الطبيعة الهيكلية لها، وكذا التسيير القائم على قواعد وكيفيات مضبوطة.

ومن الدوافع التي عجلت بضرورة تميز الوقف بالشكل الإداري المؤسسي والحماية القانونية التشريعية، التسبب الذي انتشر فيه وكذا درجة الفساد التي وصل إليها التعامل مع الأوقاف خاصة من حيث الإدارة. فكان لزاما السهر على حماية الأوقاف من أيدي العابثين، بوضع منظومة قانونية وتشريعية محكمة تحرس الأوقاف وتضمن لها الاستقرار والبقاء، فالفساد الإداري لأموال الأوقاف كان عاملاً مباشراً في الهجوم على الأوقاف والعمل على التخلص منها⁽²⁾.

ثانياً: خصائص هذا النمط من الإدارة

(1) - كمال منصوري، مرجع سابق، ص 68.

(2) - زكريا بن تونس، مرجع سابق، ص 83-84.

أ. البناء الهيكلي لإدارة الأوقاف: إذ أنه يتسم بمنظام محدد الفروع وموزع المهام على الأفراد المشكلين له.

ب. تعدد أساليب التسيير وتنوعها: فلاشتراك في النمط الإداري الواحد لا يعني بالضرورة اتحاد أسلوب التسيير والمتابعة لشؤون الوقف، فالأسلوب المعتمد مع الأوقاف الصغيرة خلاف الأسلوب المعتمد مع الأوقاف الكبيرة.

ج. الوصاية الحكومية على هذه الهيئات: إذ رغم الاستقلالية التي تفترضها طبيعة الأوقاف إلا أنه وفي العديد من البلدان الإسلامية ما تزال مسؤولية النظر على الأوقاف، خاصة الخيرية منها على عاتق الحكومة، ولم نصل بعد إلى مستوى الاستقلالية الكاملة لمؤسسة الوقف عن سلطة الدولة.

د. القاعدة التشريعية والقانونية التي تقوم عليها الأوقاف: حيث تعتمد مجموعة من القوانين والتنظيمات التي توضح طرق تسيير الأوقاف وتعمل على حمايتها، ويعد ذلك بمثابة المرجعية التي يسار إليها عند الاختلاف أو التعدي.

هـ. التدرج في إكساب الأوقاف الاستقلالية: بمنحها حرية المبادرة في سن تشريعات خاصة بطبيعتها، وكذا العمل على تمتعها بالذمة المالية المستقلة عن خزانة الدولة وترتيباتها الإدارية التي تحول في الكثير من الأحيان بين الأوقاف وبين دورها.

و. الاستفادة من طرق التسيير والإدارة الحديثة: حيث تعد مرحلة التأصيل المؤسسي التي تحدثنا عنها سابقا بداية هذا العهد من التسيير الإداري الذي يخضع إلى تقنيات جديدة ومتطورة، خاصة تلك المتعلقة بالجانب الإشعاري والإعلامي إلى جانب طرق المتابعة والمراقبة⁽¹⁾.

ثالثا: تقييم هذا النمط

أ. الإيجابيات:

(1) - زكريا بن تونس، نفس المرجع، ص 84.

- اتساع طرق استفادة الناس من الأوقاف وتعدددها، حيث كان عامل تنظيمها وحسن إدارتها، ميسرا في الكثير من الأحيان لقيام هذه الأوقاف بدورها الذي وجدت من أجله.
- المحافظة وإعادة الاعتبار للكثير من الأوقاف التي كانت في طور الاندثار والزوال بسبب الحماية القانونية التي أصبحت تتمتع بها الأوقاف، إلى جانب التطور والنماء الذي عرفته الأوقاف في هذه الفترة.
- التحرر النسبي من التبعية البيروقراطية التي تعرفها العديد من المؤسسات الإدارية التي هي تحت وصاية الحكومة، ويرجع ذلك كما ذكرنا إلى الخصوصية التي تنفرد بها الأوقاف عن غيرها من المؤسسات.
- توسع رقعة الواقفين بعد تعرف العديد من الناس على أهمية الوقف ودوره دينا ودنيا، مما شجع الكثير منهم إلى الإقبال على وقف أموالهم أو جزء منها، وذلك بسبب اعتماد طرق الإعلام والإشهار الحديثة، إلى جانب عامل الاطمئنان الذي يحدّثه التسيير الحسن والإدارة الراشدة للأوقاف في نفوس الواقفين لأموالهم والثقة التي يعطونها للقائمين على إدارة هذه الأوقاف.

ب - السلبيات:

- ضعف الجهاز الرقابي الفعال على حسن إدارة الأوقاف وتسييرها، خاصة فيما يتعلق بالقائمين عليها، بسبب توسع إدارة الأوقاف وتفرع مهامها وهو أمر طبيعي في أي مؤسسة تعرف التوسع الذي عرفته مؤسسة الوقف. وضعف الجهاز الرقابي راجع إلى غياب آليات المتابعة المرنّة والواضحة، التي تشعر المسؤول على إدارة الأوقاف بضرورة الإلتقان والتدقيق في أداء هذه المهمة.
- غياب الكفاءة العلمية اللازمة والمهارات الفنية والعملية الضرورية عند الكثير من القائمين على تسيير وإدارة الأوقاف، والذي أثر بدوره على مردودية الأوقاف وآثارها الواقعية، مما تسبب مثلا في ضياع العديد من فرص استثمار هذه الأوقاف الذي كان سيضاعف من عائدها ومداخيلها.
- عدم وصول مؤسسة الوقف إلى مستوى الاستقلالية الكاملة من حيث الإدارة والتسيير (لا من حيث المتابعة والمحاسبة التي يجب أن تكون من

صلاحيات السلطة القضائية) مما جعل بقاء الوصاية عليها من هذا الجانب عاملاً في بعض الأحيان على تعطيل انطلاقها وتحسين أدائها في واقع الناس وحياتهم. فغياب هذه الاستقلالية تكون مؤسسة الوقف عرضة لنفس المشاكل التي تعاني منها الإدارة الحكومية⁽¹⁾.

رابعاً: ولاية الدولة من خلال هذا النمط

لقد تزامنت هذه المرحلة مع بروز فكرة الدولة الحديثة في المجتمعات الإسلامية وبخاصة بعد تعرض معظمها إلى الاحتلال، فلقت تبنت هذه المجتمعات بعد اندحار المستعمر من أرضها؛ النمط الحديث لتسيير الدولة القائم على توظيف جملة من المؤسسات الرسمية والاجتماعية لتنظيم الشؤون المعاشية للمجتمع بكل مستوياته، وقد كان لهذا الخيار دوره في تأثر المؤسسة الوقفية وهي المؤسسة الاجتماعية الضاربة في أعماق المجتمع؛ في إعادة تموقعها وانسجامها مع الوضع الجديد القائم على احتكار الدولة لتسيير وتنظيم جميع مناحي الحياة اليومية للفرد، فكان التدخل والإشراف المباشر للدولة على الأوقاف طبيعياً ضمن هذه الرؤية.

إنّ الحديث اليوم عن الدولة الحديثة يعني الحديث عن النظام السياسي القائم على وجود حكومة تدير شؤون المجتمع، هذه الحكومة تتشكل من جملة من الوزارات تهتم كل وزارة بقطاع حياتي معين، ولما كانت الأوقاف شعيرة دينية بالأصل فقد كان المناسب لها من حيث الإشراف والوصاية أن تلحق بأقرب الوزارات تجانسا مع هذه الوظيفة، فكانت الوصاية على الأوقاف في أغلب البلدان الإسلامية هي وصاية وزارة الشؤون الدينية أو الإسلامية كما هو معبر عنها في بعض البلدان الإسلامية، هذه الوصاية التي طبقت على الأوقاف في البلدان الإسلامية وبخاصة بعد الاستقلال؛ كانت في عمومها سلبية بشكل كبير، إذ أنّها تعاملت مع الوقف في سياق الحركة البيروقراطية التي تميّز مختلف الإدارات الحكومية، وقد أدّى ذلك إلى تحجيم المستوى الحقيقي المفترض في المؤسسة الوقفية والذي عرفته عبر العصور ومن خلال جميع الأنظمة السياسية التي مرّت بها البلدان الإسلامية،

(1) - زكريا بن تونس، مرجع سابق، ص 85.

فنّ المعلوم بأنّ المرونة التي كانت تمتلكها الأوقاف وهي دليل قوتها؛ جعلتها تتفاعل مع جميع الأنظمة السياسية الحاكمة ومع جميع الوضعيات التي فرضت عليها، وبقيت حاضرة في المشهد الاجتماعي ولو بشعلة خافتة.

لقد شهدت الأوقاف في السنوات الأخيرة حركة متزايدة جعلتها تفرض نفسها في الواقع وتتخلص بشكل تدريجي بحسب التجربة والبلد الموجودة فيه من التبعية الإدارية البيروقراطية، فأصبحت مؤسسة مستقلة بشكل نسبي عن الوصاية الإدارية للوزارة، تدير بنفسها مشاريعها وبرامجها، وهي بهذا القدر من التواجد وإن لم يكن بذلك الانتشار المطلوب في تجارب البلدان الإسلامية (فكل تجربة لها خصوصيتها ومدى الاستقلالية الممنوحة للأوقاف في إدارة شؤونها) قد انتقلت خطوة مهمة نحو ولاية للدولة من نوع خاص يتناسب بشكل أفضل مع حقيقة وجودها ويتوافق بصورة أحسن مع الوظيفة التي شرّعت من أجلها، هذه الولاية التي لا يمكن أن تتجسد إلاّ من خلال تكاملية بين الدولة كأعلى مرجعية سياسية للمجتمع في تحقيق الدعم والحماية للأوقاف، وبين الأوقاف كمؤسسة اجتماعية فاعلة في الواقع من أجل استقرار المجتمع والدولة.

الخاتمة:

لم يكن الغرض من بسط الموضوع عن ولاية الدولة من خلال الأنماط الإدارية التي مرّت بها الأوقاف؛ هو وضع هذه الولاية في الميزان، من حيث ذكر الإيجابيات والسلبيات والوصول إلى تحديد الأنسب للأوقاف فيما يخص ولاية الدولة عليها، وإنما كان الهدف تحديد المدى الذي كانت تبلغه تلك الولاية على المؤسسة الوقفية بقصد الوقوف على أهميته من عدما وذلك يحتاج إلى دراسة أخرى، ومع هذا فإننا من خلال هذا السرد المختصر، يمكننا ذكر جملة من النتائج الملخصة للمقصود وهي:

- ولاية الدولة اليوم على الأوقاف هي بالجملة ولاية تدرج في سياق سيادة الدولة على جميع المؤسسات الفاعلة في المجتمع والتي منها الأوقاف، وبالتالي فهي عامل من عوامل استقرار المجتمع، وعلى هذا لا يمكن تصور أن تكون المؤسسة

الوقفية مؤسسة موازية لكان الدولة بأيّ حال، ولا بد من أن تكون الرؤية من هذه الزاوية وليس من زاوية الاحتكار والتسلط والتحكم في الأوقاف التي هي بأصل النشأة مؤسسة قائمة بذاتها، فتدخل الدولة في شؤون الأوقاف من خلال الولاية عليها لا بد وأن يكون ضمن استراتيجية توازن أنساق المجتمع وتكاملها.

• إنّ الولاية المعترف بها ابتداء لا يمكن أن تفهم على أنّها تحكم في المؤسسة الوقفية وتحجيم من دورها في المجتمع، كما هو حاصل في أغلب البلدان الإسلامية في تعاطيها مع الأوقاف، وإثما هي في الحقيقة ولاية للحماية والعمل على توفير الظروف المناسبة (الإرادة السياسية الداعمة، التشريع القانوني المتناسب مع الخصوصية الوقفية...) الخ لكي تُعبّر المؤسسة الوقفية عن ذاتها في المجتمع.

• الصيغة التكاملية بين الدولة والأوقاف في تدقيق مدلول الولاية؛ هي الكيفية الأنفع والصيغة الأمثل لضمان استقرار المجتمع وبقاء عطاء المؤسسة الوقفية على الوجه الذي وجدت من أجله، فالأوقاف تستمد قوتها وحمايتها من دعم الدولة لها وتوفير الأجواء المناسبة لعملها، والدولة تستمد استقرارها ونمائها وتطورها من وجود دعم المؤسسة الوقفية لها في المجتمع.

• التركيز على دور الدولة في المتابعة والمراقبة كنمط لولاية الدولة على الأوقاف، هو النمط المعتمد والأصلح لتحقيق التكاملية التي تحدثنا عنها سابقاً، فاقْتِصار ولاية الدولة على مدلول الرقابة والمتابعة وإفساح المجال أمام المؤسسة الوقفية لإدارة نفسها ومشاريعها بشكل مستقل يحقق لنا المقصود والمطلوب.

قائمة المصادر والمراجع

المصادر:

- 1- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، (256هـ)، صحيح البخاري، ط [2]، الرياض - دمشق، مكتبة دار السلام - دار الفحاء، 1419هـ - 1999م.
- 2- مسلم بن الحجاج بن مسلم أبو الحسين القشيري النيسابوري، (261هـ)، صحيح مسلم، ط [1]، الرياض - دمشق، مكتبة دار السلام - دار الفحاء، 1419هـ - 1998م.

مراجع فقهية:

- 1- جمال الدين بن عمر ابن الحاجب، جامع الأمهات، تحقيق وتعليق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخصري، ط[1]، بيروت - لبنان / دمشق - سورية، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، 1419هـ - 1998م.
- 2- زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، الفوائد الزينية في مذهب الحنفية، تحقيق: أبو عبدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط[1]، المملكة العربية السعودية، دار بن الجوزي، 1414هـ - 1994م.
- 3- عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم أبو القاسم الرفاعي القزويني، العزيز شرح الوجيز (الشرح الكبير)، تحقيق: الشيخ علي المعوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط[1]، بيروت - لبنان، منشورات محمد علي بيضون - دار الكتب العلمية، 1417هـ / 1997م.
- 4- المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، تحقيق وتعليق وتخریج: محمد محمد تامر وحافظ عاشور حافظ، ط[1]، القاهرة - مصر، دار السلام للطباعة والنشر، 1420هـ - 2000.
- 5- موفق الدين عبد الله أبو محمد ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، تحقيق: الشيخ سليم يوسف وسعيد محمد اللحام، بيروت - لبنان، دار الفكر، 1414هـ - 1994م.

مراجع في الوقف:

- 1- إبراهيم حركات، النشاط الاقتصادي الإسلامي في العصر الوسيط حتى القرن 9هـ/15م، الدار البيضاء - الجزائر، دار افريقيا الشرق، 1996م.
- 2- أحمد بن صالح بن صواب الرفاعي، ولاية الدولة على الوقف بين الرقابة والاستيلاء، المؤتمر الثالث للأوقاف - اقتصاد، إدارة وبناء حضارة - الجزء 1، المحور الثالث: الإصلاح الإداري المنشود للوقف، المملكة العربية السعودية، 1430هـ/2009م.
- 3- عبد الملك السيد، محاضرة: إدارة الوقف في الإسلام، حلقة دراسية حول تنمية ممتلكات الأوقاف أقيمت سنة 1404 هـ - 1984م، ط[2]، جدة -

السعودية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، 1415هـ - 1994م.

4- محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، ط [2]، مصر، دار الفكر العربي، 1971م.

5- محمد أحمد سراج، أحكام الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون، الاسكندرية - مصر، دار المطبوعات الجامعية، 1998م.

6- محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، بيروت - لبنان، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1428هـ - 1998م.

7- مصطفى الزرقا، أحكام الأوقاف، ط [2]، دمشق - سوريا، مطبعة الجامعة السورية، 1366هـ - 1947م.

8- ياسر عبد الكريم محمد الحوراني، الأداء الإداري الحكومي للوقف - الإشكاليات والحلول، المؤتمر الدولي الرابع للأوقاف الإسلامية - نحو استراتيجية تكاملية للنهوض بالوقف الإسلامي، الجامعة الإسلامية - المدينة المنورة، 1432هـ - 2011م.

الرسائل الجامعية:

1- إبراهيم بلباي، قانون الأوقاف الجزائري دراسة تحليلية نقدية مقارنة بالفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية - (الخروبة)، جامعة الجزائر - 2003 / 2004.

2- زكريا بن تونس، المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص شريعة قانون، كلية العلوم الإسلامية (الخروبة)، جامعة الجزائر، 2007م.

3- كمال منصوري، استثمار الأوقاف وآثاره الاجتماعية والاقتصادية، مذكرة ماجستير، فرع التسيير، كلية العلوم الاقتصادية (الخروبة)، جامعة الجزائر، 1995.

النصوص القانونية:

1- مرسوم تنفيذي رقم 98-381، مؤرخ في 01 ديسمبر 1998، يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، ج.ر. عدد 90، مؤرخة في 02 ديسمبر 1998.

قانون رقم 10-91، مؤرخ في 27 أبريل 1991، يتعلق بالأوقاف، ج.ر
عدد 21، مؤرخة في 08 مايو 1991.

انقضاء الالتزام الصرفي بالوفاء الاختياري

بقلم: د/ نخري اعمر*

ملخص:

مما لا شك فيه أن الالتزام يجب أن يتم الوفاء به تحت طائلة جزاءات صارمة غير مألوفة في القواعد العامة؛ لذلك كان الوفاء الاختياري هو السبيل الأمثل للتخلص من الالتزام، الأمر الذي يدعم الثقة والائتمان.

الكلمات المفتاحية: الالتزام - الوفاء - الدائن - المدين - الانقضاء.

Résumé:

«Expiration de l'obligation par le paiement»

Sans doute l'obligation doit être satisfaite par le paiement sous conséquences de peines graves et sévères spéciales c'est pour cela demeure le paiement le meilleur moyen pour se libérer de l'obligation et de même renforcer l'option de confiance et de crédit.

Mots clés : obligation – paiement - le créancier - le débiteur - expiration.

Summary:

«Expiration of the obligation by payment»

probably the obligation must be satisfied by payment in serious penalties and consequences Special severs that's why the payment remains the best way to break free of the obligation and even strengthen the confidence and credit option.

Key words: duty – payment - the creditor - the debtor – expiry.

* أستاذ محاضر قسم "ب" بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محمد أولحاج-البويرة.

مقدمة

يعد موضوع الالتزام الصرفي من أهم مواضيع الدراسة التي لها علاقة بالحياة التجارية والمعاملات اليومية بين التجار، وتتجلى هذه الأهمية أكثر بكون الالتزام الصرفي موضوعه - كما تدل عليه التسمية - التزام بدفع مبلغ معين من النقود، وهو أمر بالغ الأهمية بالنسبة للدائن وذو عواقب وخيمة بالنسبة للمدين؛ فهذا الموضوع مرتبط مباشرة بالمعاملات والتبادلات التجارية التي أحاطها المشرع بأحكام خاصة سيما فيما يتعلق بإنشاء الالتزام الصرفي أو انقضائه.

إن الالتزام الصرفي يعني التزام شخص أو أكثر بالوفاء بمبلغ نقدي معين لصاحب الحق عند حلول أجل الاستحقاق، سواء كان في الميعاد المحدد أو قبله في الحالات التي يسمح بها القانون، وترتيب - عن عدم الالتزام - جزاءات غير تلك المقررة في الإخلال بالالتزام المدني، وهي أشد قسوة؛ نظرا لطبيعة الالتزام، الذي يؤدي الإخلال به إلى إلحاق ضرر معتبر بالحامل للسند التجاري.

قد ينقضي الالتزام الصرفي بناءً على تنفيذ الالتزام والوفاء طواعية، كما قد يتم بإجبار الملتزمين من طرف الحامل باستعمال الدعوى الصرفية وطرق الوفاء الجبري. كما قد ينقضي هذا الالتزام نتيجة إهمال الحامل، ففي هذه الحالة لا يتم الوفاء، ورغم ذلك يتحمل الملتزمون من التزاماتهم نتيجة عدم حرص صاحب الحق، الذي يسمح - بإهماله - للملتزمين بالتمسك في مواجهته بحقوقهم في الدفع بالسقوط.

إن عملية الوفاء في حد ذاتها تشكل المرحلة الأهم في حياة السند التجاري؛ لما ينجر عنها من حقوق بالنسبة للحامل⁽¹⁾، وانقضاء الالتزام بالنسبة للموقعين. وقد تتم إما طواعية وبطريقة اختيارية من طرف الملتزم بالوفاء، أو يتم إجباره على القيام بذلك عن طريق القضاء واتخاذ التدابير التنفيذية الخاصة بالدعوى الصرفية.

(1) - الحامل هو صاحب الحق الذي آلت إليه الورقة التجارية، سواء أكان المستفيد الأول أم المظهر إليه الذي آلت إليه ملكية الورقة بسلسلة غير منقطعة من التظاهرات، ولو كان آخرها على بياض. انظر في هذا الموضوع: د/محمد علي محمد بني مقداد، الأوراق التجارية وتضامن الموقعين عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص180.

والوسيلة المثلى والطبيعية لانقضاء الالتزام المصرفي هي الوفاء بالدين طوعية وبصفة اختيارية من طرف المسحوب عليه أو أحد الملتزمين؛ لهذا فإن المشرع الجزائري قد نظم عملية الوفاء بالالتزام المصرفي الناشئ عن التعامل بالسندات التجارية، وأحاطها بعناية خاصة من الناحية التشريعية، رغم أن العرف التجاري وقواعد المنظومة البنكية لم تسير هذا الاهتمام من الناحية العملية، أين طغت معاملات تفضل أكثر التعامل النقدي المباشر دون الاستفادة من النصوص التشريعية. فما هي الأحكام القانونية التي سنّها المشرع الجزائري بخصوص انقضاء الالتزام المصرفي بالوفاء الاختياري والناشئ عن التعامل بالسندات التجارية؟

للإجابة عن هذه الإشكالية قسمنا الموضوع إلى مبحثين: نتناول في المبحث الأول انقضاء الالتزام المصرفي بالوفاء الاختياري من طرف المسحوب عليه والمبحث الثاني نتطرق فيه لانقضاء الالتزام المصرفي بالوفاء الاختياري من طرف المتدخل.

المبحث الأول: انقضاء الالتزام المصرفي بالوفاء الاختياري من طرف المسحوب عليه

إن عملية الوفاء التي يقوم بها المسحوب عليه تختلف قواعدها باختلاف السند المقدم للوفاء، وقد خص المشرع هذه العملية بقواعد تين كيفية الوفاء حتى تكون صحيحة ومنتجة لآثارها سواء تعلق الأمر بالوفاء بسفتجة صحيحة أو بسند لأمر أو شيك.

المطلب الأول: الوفاء بالسفتجة من طرف المسحوب عليه

إن المسحوب عليه مطالب بالوفاء بالسفتجة عند حلول أجل الاستحقاق، وهو حريص على أن تتم هذه العملية بصفة صحيحة، وفي المكان المبين في السند، وبالكيفية المنصوص عليها قانونا، علما أن هذا الوفاء هو الغاية المرجوة من وجود السند ذاته؛ لأن ما يهم الحامل هو قبض المبلغ الذي التزم الساحب بدفعه وتوفيره عند حلول الأجل المتفق عليه.

الفرع الأول: تحديد زمان ومكان الوفاء

يتم تقديم السفتجة للوفاء من طرف الحامل الشرعي لها، ويكون ذلك أمام المسحوب عليه، وعند ميعاد الاستحقاق، أو في المكان الذي يعينه الساحب، ويكون من طرف المسحوب عليه بصفة أصلية. ويتم ذلك عند حلول أجل الاستحقاق بالكيفية التي حددها المشرع وجرت عليها الأعراف التجارية وبالمكان المبين في السفتجة⁽¹⁾، وهذا ما يجعل الحامل من واجبه الحرص على احترام محتوى بيانات السفتجة الواردة في نص المادة 390 من القانون التجاري، رغم إمكانية الاتفاق على مخالفة البعض منها.

إن القول بإمكانية تمديد أجل الاستحقاق بالاتفاق بين الحامل والمسحوب عليه يثير الكثير من الإشكالات التي تجعل هذا القول في غير محله، إذ إن الساحب هو الطرف الملتزم بتوفير مقابل الوفاء في ميعاد الاستحقاق؛ لذلك لا يجوز للمسحوب عليه أن يمنح مهلة للحامل دون موافقة الساحب ورضاه. أما إذا كان المسحوب عليه ملتزماً صرفياً بالوفاء، بسبب قبوله للسفتجة، فالأمر يختلف ويصبح الساحب مجرد ضامن للوفاء.

إن المادة 438 من القانون التجاري أجازت تمديد ميعاد الوفاء بسبب القوة القاهرة، إلا أنها اشترطت اتباع إجراءات معينة تتمثل في:

- على الحامل إخطار المظهر له بالقوة القاهرة دون تأخير.
- تبيان الإخطار السابق على السفتجة أو الورقة المتصلة بها وتحديد تاريخ الإخطار والتوقيع عليه.

- يجب على الحامل أن يقدم السفتجة للوفاء بمجرد زوال القوة القاهرة.
- إذا تأخر الحامل عن تقديم السفتجة للوفاء، منح المشرع مهلة يومين على الأكثر من تاريخ استحقاقها لتقديمها، وبعد فوات هذه المدة يكون لكل مدين الحق

(1)- REVEL, Le contrat de domiciliation des effets de commerce, JCP éd. E 1976, II-12282. La domiciliation peut résulter d'un compte de chèques postaux apposé sur des traites, Com. 29 juin 1965 D. 1965. 823; Banque 1964. 131, obs. Marin.

في إيداع المبلغ على سبيل الوديعة في صندوق الودائع والأمانات بالمحكمة التي يقع في دائرتها نشاط المدين، وتكون مصاريف رسوم الإيداع على نفقة الحامل كونه المتسبب في التأخير عن إتمام الوفاء⁽¹⁾.

بالرجوع إلى المادة 390 من ق.ت نجد بأن المكان الذي يجب فيه الدفع يعد من البيانات التي نص عليها المشرع، وإذا لم يبين على وجه الخصوص أُعْتَبِر المكان المبين بجانب المسحوب عليه هو مكان الدفع وفي الوقت نفسه مكان موطن المسحوب عليه. والغالب أن يكون المكان المختار مصرفا يتعامل فيه المسحوب عليه؛ لذلك يتعين على الحامل في هذه الحالة أن يقدم السفتجة لهذا المصرف لاستيفاء قيمتها⁽²⁾. ويرى البعض أن «موطن المسحوب عليه بيانا اختياريا؛ لذلك يجوز اشتراط الوفاء بالسفتجة في المحل المختار أي غير محل إقامة المسحوب عليه»⁽³⁾، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري.

الفرع الثاني: تحديد العامل الشرعي

الحامل الشرعي هو الشخص الذي يجب الدفع له، فلا يكفي أن يستظهر الحامل للسفتجة لتثبت صفته كحامل شرعي للسند، بل اشترط المشرع في نص المادة 399 أن يثبت حقه بسلسلة غير منقطعة من التظاهرات ولو كان آخرها تظهيرا على بياض؛ لذلك يجب على المسحوب عليه أن يتأكد من صفة الحامل، والتحقق من مدى صحة وشرعية حيازته للسفتجة، وقد منحه المشرع بصدد ذلك إمكانية أخذ مهلة. وإذا وفي بها يحق له أن يطلب من الحامل تسليمه نسخة السفتجة موقعا عليها بالوفاء، وهذا ما قضت به المادة 1/415 من القانون التجاري الجزائري. وبعد تأكد المسحوب عليه من وجود مقابل الوفاء وحلول أجل الاستحقاق

(1) - المادة 418 ق.ت.ج.

(2) - أ/ برهان الدين جمل، السندات التجارية، القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص121.

(3) - د/ علي البارودي، الأوراق التجارية والإفلاس، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 540.

وأحقية الحامل على مقابل الوفاء، ينفذ أمر الساحب بدفع المبلغ، وهذه العملية تدعى بالوفاء بالسفتجة.

الفرع الثالث: كيفية الوفاء

يعتبر الوفاء بمبلغ السفتجة من أهم العمليات التي ترد على السند، بل هي غاية وجودها ودورها الأساسي في المعاملات التجارية، ويمكن أن يكون هذا الوفاء كلياً أو جزئياً.

أ- الوفاء الكلي بالسفتجة:

الوفاء هو وظيفة السفتجة، إذ يصدر الأمر من الساحب بدفع المبلغ الذي «يعد من البيانات الإجبارية التي تشتمل عليها السفتجة... ولذا لا تثار أية صعوبات حول مبلغ الحق، ويمكن للمسحوب عليه عند أدائه مبلغ السفتجة أن يطلب من الحامل تسليمها إليه بعد توقيعها بالمخالصة، وهذه المخالصة تنهي حياة السند الذي يصبح بعدها بلا قيمة»⁽¹⁾. والوفاء الكلي بالسفتجة يبرئ ذمة كل الملتزمين تجاه الحامل، ويبرئ ذمة المسحوب عليه تجاه الساحب - باعتباره مديناً له - في حدود مبلغ السفتجة⁽²⁾، وإذا لم يكن المسحوب عليه مديناً للساحب وقام بالوفاء بمبلغ السفتجة هنا يتعين على المسحوب عليه الرجوع على الساحب وفق القواعد العامة؛ لأن المسحوب عليه لا يربطه بالساحب التزام صرفي، وإن قام به يدخل في إطار إما أحكام الفضالة أو الوكالة.

ب- الوفاء الجزئي بالسفتجة:

أجبر المشرع في نص المادة 2/415 من ق.ت⁽³⁾، الحامل بقبول الوفاء الجزئي ليقوم بعد ذلك بتحرير الاحتجاج وإتباع الإجراءات لإلزام المدين بالوفاء بالجزء

(1) - د/ راشد راشد، الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2002، ص 94.

(2) - طبقاً لنص المادة 3/416 ق.ت.ج.

(3) - تقابلها المادة 427 ق.ت. مصري ف1، التي تنص على أنه: «لا يجوز لحامل الكيالة أن يتمتع عن قبول

المتبقي، وهذه القاعدة تعد خروجاً عن القواعد العامة التي لا يلزم فيها الدائن بقبول الوفاء الجزئي⁽¹⁾. وتفسر هذه القاعدة بكون الأداء يهم كل الملتزمين، ومن ثم فإن الوفاء الجزئي يبرئ ذمتهم جزئياً ويخفف عنهم الالتزام، ومن جهة أخرى فإن تحرير الاحتجاج - فيما يخص الجزء المتبقي بدون وفاء- يوفر أكثر حظاً للوفاء منه كما لو كان الاحتجاج يشمل كل مبلغ السفتجة.

إن الوفاء الجزئي يطرح مشكلة من له حق الاحتفاظ بالسند؛ فمن جهة الساحب برئت ذمته جزئياً تجاه الحامل، كما أن هذا الأخير في حاجة لإثبات الجزء المتبقي ديناً على عاتق الساحب والملتزمين الآخرين؛ فيحق للحامل الإبقاء على السند في حيازته مقابل الإشهاد بالوفاء الجزئي ويكون بالتأشير على الورقة التجارية بما يفيد الوفاء الجزئي، وبيان المبلغ محل الوفاء والمبلغ المتبقي، فعلى الساحب التأشير بهذا الوفاء الجزئي بطلب من الحامل. ويترتب على هذا الوفاء براءة ذمة الساحب والمظهرين وغيرهم من الملتزمين بالسفتجة بقدر المبلغ المدفوع، وعلى الحامل تقديم احتجاجه على القدر غير المدفوع في السفتجة⁽²⁾.

يتم الوفاء بالسفتجة إما مباشرة بالنقود أو عن طريق الشيك أو حوالة. وقد أجاز المشرع ذلك في أحكام المادتين 417 و428 من القانون التجاري الجزائري.

1- الوفاء بالسفتجة نقداً:

قد يتم الوفاء بدفع قيمة السفتجة بالعملة الوطنية، وهذا لا يطرح أي إشكال، أما إذا اشترط وفاء قيمتها بعملة أجنبية فإن المشرع أجاز دفع مبلغها بالنقود الرائجة في البلاد على حسب قيمتها يوم الاستحقاق، مع مراعاة التشريع المتعلق بتنظيم الصرف، وإذا تأخر المدين عن الدفع فللحامل الخيار في طلب دفع قيمة السفتجة من جنس النقود الرائجة في البلاد، إما بحسب قيمتها يوم الاستحقاق وإما بحسب

الوفاء الجزئي».

(1) - أخذ كذلك القانون المدني المصري بهذه القاعدة في نص المادة 2/342.

(2) - د/ مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003،

قيمتها يوم الوفاء، على أنه يمكن للساحب أن يشترط حساب المبلغ الواجب وفاؤه حسب السعر المعين في السفتجة⁽¹⁾.

إن محتوى هذه المادة غامض وغير واقعي قد يثير العديد من المشاكل العملية، فما هي العملة الرائجة في البلاد؟ فقد يمس الرواج أكثر من عملة، بل قد تتغير درجة هذا الرواج من وقت طرح النزاع إلى وقت حله والبت فيه، ثم كيف تحدد قيمة العملة بحسب الأعراف التجارية؟ فكان من الأجدر أن ينص المشرع على أن القيمة هي تلك المتداولة في البنوك والمصارف أي القيمة الرسمية، مادامت النقود تباع وتشتري في البورصة؛ لأن جعل الأعراف التجارية هي المعيار قد لا يحقق الإجماع وي طرح إشكالات لا يحلها سوى الاحتكام لقيمة العملة الحقيقية في السوق النقدية.

بإمكان الساحب أن يشترط بأن يكون الوفاء الفعلي بعملة أجنبية، وفي هذه الحالة لا تطبق الأحكام سالفه الذكر المنصوص عليها في المادة 417 من ق.ت، وقد يحدث أن يقع خلاف حول العملة المقصودة في السفتجة، كما لو كانت عملة بلدين تحمل الاسم نفسه، فتحتوي السفتجة على أمر: «ادفعوا بموجب هذه السفتجة لأمر فلان مبلغ مليون دينار لدى المسحوب عليه الكائن موطنه بتونس». فالسؤال المطروح: هل المقصود مليون دينار جزائري أم تونسي؟

إن المشرع التجاري الجزائري فصل في هذه المسألة بنصه في المادة 04/417: «وإذا تعين مبلغ السفتجة بعملة تتفق بالتسمية ولكنها تختلف من حيث القيمة في بلد الإصدار وبلد الوفاء فيحمل على أن المقصود بذلك إتمام الوفاء بالعملة الناحصة بمكان الوفاء».

(1) - نص المشرع في المادة 417 على أنه: «إذا اشترط وفاء قيمة السفتجة بعملة غير متداولة في مكان الوفاء فيمكن دفع مبلغها بالنقود الرائجة في البلاد على حسب قيمتها يوم الاستحقاق مع مراعاة التشريع المتعلق بتنظيم الصرف، وإذا تأخر المدين عن الدفع، فلحامل الخيار في طلب دفع قيمة السفتجة من جنس النقود الرائجة في البلاد إما بحسب قيمتها يوم الاستحقاق وإما بحسب قيمتها يوم الوفاء. تقدر قيمة العملة الأجنبية على مقتضى الأعراف الجارية في مكان الوفاء على أنه يمكن للساحب أن يشترط حساب المبلغ الواجب وفاؤه حسب السعر المعين في السفتجة...».

لا يمكن إجبار الحامل على قبول محل آخر للوفاء غير النقود، إلا أنه إذا قبل بدلا من ذلك منقولا أو عقارا أو خدمات، فإن هذه القيم تبرئ ذمة الملتزمين.

2- الوفاء بواسطة شيك أو حوالة:

أجاز المشرع الوفاء بواسطة شيك أو حوالة، إلا أنه جعل ذلك مرتبطا بإرادة الحامل وبرضاه، فإذا قبل الشيك أو الحوالة الواجب سحبها على البنك المركزي الجزائري أو الحساب الجاري البريدي، فإنه اشترط أن يذكر في الشيك والحوالة عدد السندات المدفوعة على الشكل المذكور وتاريخ استحقاقها، واستثنى هذا الشرط بالنسبة للشيكات أو أوامر الحوالة المنشأة للتسوية بين المصاريف بواسطة غرفة المقاصة، وهذا ما قضت به المادة 428 من ق.ت، التي اشترطت -في حالة عودة الشيك بدون وفاء- أن يقع الاحتجاج لعدم وفاء الشيك وكذلك التبليغ بموجب إجراء واحد من كتابة الضبط في مهلة لا تتعدى انقضاء مدة تقديم الشيك⁽¹⁾.

ميز المشرع الجزائري بين الشيك العادي والأمر بالحوالة من جهة، وبين الأمر بالحوالة التي رفضها البنك المركزي الجزائري أو الصك البريدي الذي رفضه مركز الصكوك البريدية؛ إذ أخضع الفئة الأولى التي عادت بدون وفاء من البنك المركزي إلى الإجراءات سالفة الذكر الواجب إتمامها في موطن وفاء السفتجة، أما الفئة الثانية فقد نظم أحكامها المشرع الجزائري وجعل اختصاص تبليغ الرفض يتم بناء على إجراء كتابة الضبط لموطن القائم بالإصدار، ضمن أجل لا يتعدى العشرين (20) يوما من تاريخ الإصدار، ويجوز تمديد ذلك لغاية اليوم الأول إذا صادف يوم عطلة تطبيقا لأحكام المادة 464 من القانون التجاري⁽²⁾.

(1) - إن إجراء الاحتجاج لعدم وفاء الشيك وكذلك التبليغ بموجب إجراء واحد من كتابة الضبط ينبغي فيه أخذ بعين الاعتبار مسائل الاختصاص المحلي وتقديم الاحتجاج في الميعاد المحدد في نص المادة 516 من القانون التجاري.

(2) - نظم هذه الأحكام القانون رقم 87-20، المؤرخ في 23 ديسمبر 1987، تضمن قانون المالية لسنة 1988، ج.ر عدد 54، صادر في 1987/12/28.

المطلب الثاني: الوفاء الاختياري للسند لأمر والشيك من طرف المسحوب عليه

إن الالتزام الصرفي الناشئ عن السند لأمر أو الشيك قد يتم الوفاء به اختياريًا من طرف الملتزم وقد أقر المشرع الجزائري أحكامًا خاصة لهما تتماشى مع طبيعة كل سند بما يحقق المرونة في التعامل بهما.

الفرع الأول: الأحكام القانونية الخاصة بالوفاء بالسند لأمر

إن السند لأمر يقترب أكثر من السفتجة من حيث الوظيفة لأنه يلعب دور الوفاء والائتمان عكس الشيك الذي يقتصر دوره فقط على الوفاء دون الائتمان وبالرجوع إلى أحكام المادة 470 ق.ت.ج فإنه يتبين بأن المشرع اعتبر الالتزام في هذا النوع من السندات التجارية خاضعًا لقانون الصرف أي عمل تجاري لأن التزام المسحوب عليه القابل للسفتجة التزام تجاري بشرط أن يكون السند صحيحًا حاملًا لكل البيانات بما فيها التوقيع⁽¹⁾.

إن ما يبين تجارية الالتزام بالوفاء بالسند لأمر هو نص المادة 471 ق.ت.ج، الذي يؤكد إلزامية تحرير الاحتجاج بعد التأشير على السند إذا كان واجب الدفع بعد مدة من الاطلاع.

قد يتم التداول بالسند لأمر إلى أن يحين ميعاد الاستحقاق. وتظهر أهمية التاريخ في تحديد ما إذا كان التظهير قد تم بعد ميعاد الاستحقاق، أما إذا لم يعرف تاريخ تظهيره، فإنه يعدّ حاصلًا قبل انقضاء الميعاد المحدد لتقديم الاحتجاج ما لم يقيم الدليل على العكس، ويجوز إقامة الدليل على عكس هذه القرينة بكافة طرق الإثبات بما فيها البيّنة والقرائن⁽²⁾. وما دام السند لأمر ثنائي الأطراف أي أن الساحب يجمع بين صفتي الساحب والمسحوب عليه، فإن الوفاء إما أن يكون من

(1) - يرى البعض أنه يمكن للساحب أن يتخذ اسمه توقيعًا له. انظر: د/علي العريف، "توقيع الشيك"، مجلة المحاماة المصرية، العدد 5، السنة 48، مصر، مايو 1968، ص31. غير أن مثل هذا الاحتمال غير وارد في القانون الجزائري؛ لأن المشرع اشترط التوقيع في نص المادة 07/465.

(2) - د/ السيد محمد المجاني، القانون التجاري، ج2، د.د.ن، ط8، 2000، ص282.

الساحب أو المتدخل إن وجد، وتطبق عليه الأحكام نفسها المطبقة في السفتجة عملاً بنص المادة 467 من القانون التجاري الجزائري.

الفرع الثاني: الأحكام القانونية الخاصة بالوفاء بالشيك

نصت المادة 483 ق.ت.ج على أن: «كل شيك له مقابل وفاء مطابق وموجود تحت تصرف الساحب يجب على المسحوب عليه المصادقة عليه إذا طلب الساحب أو الحامل ذلك، إلا في حالة رغبة المسحوب عليه أن يعرض الشيك بشيك آخر يتم سحبه حسب الشروط المشار إليها في المادة 3/477»⁽¹⁾، فمقابل الوفاء يفترض وجوده عند توقيع الساحب للشيك؛ لذلك رتب المشرع جزاءات على سحب الشيك بدون رصيد في المادة 374 من ق.ع، فالعبرة بوقت سحب الشيك، إلا أنه عملياً لا يمكن التأكد من الإخلال بالالتزام توفير مقابل الوفاء إلا إذا تم تقديم الشيك للمسحوب عليه وتم إثبات عدم توفير الرصيد. وقد قضت - بهذا الصدد - المادة 02/483 ق.ت.ج على أن مقابل وفاء الشيك المعتمد تحت مسؤولية المسحوب عليه لمصلحة الحامل إلى نهاية أجل التقديم المحدد في نص المادة 509 ق.ت.⁽²⁾

وقد تسحب عدة شيكات على مقابل وفاء واحد لا يكفي لسداد قيمتها كلها فالأفضلية لأسبقها تاريخاً في السحب، فإذا كانت كلها في تاريخ واحد فللشيك الأسبق في رقبه⁽³⁾.

(1) - تنص المادة 477 ق.ت.ج على أنه: «يمكن تحرير الشيك لأمر الساحب نفسه ويجوز سحب الشيك لحساب شخص من الغير. ولا يجوز سحب الشيك على الساحب نفسه إلا في حالة سحبه من مؤسسة على مؤسسة أخرى مملوكة لساحبه نفسه. ويشترط ألا يكون هذا الشيك لحامله».

(2) - في فرنسا يجب تقديم الشيك للوفاء خلال ثمانية أيام إذا كان الشيك صادراً في فرنسا ومستحق الوفاء فيها، وإذا كان الشيك مسحوباً في بلد خارج فرنسا ومستحق الوفاء في فرنسا يقدم في فترة 20 إلى 70 يوماً.
Décret-loi du 30 octobre 1935 unifiant le droit en matière de chèques et relatif aux cartes de paiement, Article 29: «Le chèque émis et payable dans la France métropolitaine doit être présenté au paiement dans le délai de huit jours.

Le chèque émis hors de la France métropolitaine et payable dans la France métropolitaine doit être présenté dans un délai, soit de vingt jours, soit de soixante-dix jours».

(3) - د/ نادية فوضيل، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، =

من خلال الأحكام السابقة يتبين بأن مقابل الوفاء في الشيك يكون دائماً مبلغاً من النقود، يتم التصرف فيه من قبل الساحب بشيك، ويكون دين الساحب محققاً غير معلق على شرط واقف، مستحق الأداء غير مقترن بأجل⁽¹⁾، ويشترط وجوده عند إصدار الشيك، ويكون مساوياً على الأقل لقيمة الشيك، فإذا كان أقل من مبلغ الشيك، جاز للحامل أن يطلب الوفاء بالمبلغ المتوفر لدى المسحوب عليه ولا يجوز له أن يفرض الوفاء الجزئي.

المبحث الثاني: انقضاء الالتزام الصرفي بالوفاء من طرف المتدخل

أجاز المشرع أن يتم الوفاء من طرف شخص آخر غير المسحوب عليه، سماه الموفي عن طريق التدخل، وهذا ضماناً لحقوق الحامل. فإذا تعذر الوفاء من طرف المسحوب عليه لأي سبب كان، جاز للمتدخل الوفاء من أجل حماية الملتزمين من عواقب الرجوع الصرفي، وقد يكون هذا المتدخل هو الضامن الاحتياطي الذي يجب أن تتوفر فيه شروط شكلية وموضوعية⁽²⁾.

لهذا فإن المشرع قد أقر كيفية معينة للتدخل حتى يكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره، وبين كيفية القيام بهذا الوفاء والصيغة التي يجب أن يفرغ فيها، وفصل شروطه الشكلية والموضوعية والآثار المترتبة عنه بالنسبة لجميع الأطراف.

ص124؛ على علي سليمان، دروس في القانون التجاري الجزائري والإفلاس أُلقيت في المدرسة العليا للشرطة، 1970، ص41.

(1) - د/ أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري (السفينة، السند لأمر والشيك)، ج3، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1980، ص262.

(2) - الشروط الشكلية تتمثل في الكتابة التي تعد شرطاً لإثبات الالتزام الصرفي ولوجوده مع إلزامية الحاق هذه الكتابة بالورقة التجارية أو بورقة متصلة بها، ويجب أن يكون توقيع الضامن الاحتياطي ظاهراً ومنجزاً، لأن التوقيع هو العنصر الدال على الالتزام، مع ذكر اسم الشخص المضمون وإلا عد الضامن مقررراً لفائدة الساحب. للزيد في هذا الموضوع انظر: د/ عبد الحميد الشواربي، الأوراق التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص267؛ د/ حسن علي يونس، الأوراق التجارية، دار الفكر العربي للطباعة، الأردن، دتا، ص230؛ د/ الطيب اللومي، الوسيط في الأسناد التجارية في التشريع، مركز الدراسات والبحوث والنشر، تونس، 1993، ص315.

المطلب الأول: مضمون الوفاء عن طريق التدخل

إن التدخل للوفاء نظمته المشرع وجعله، سواء في السفتجة أو السند لأمر، يخضع لنفس الأحكام، وقد أقر ذلك في نص المادة 467 ق.ت. كما أجاز الضمان الاحتياطي في الشيك في نص المادة 497 ق.ت.

الفرع الأول: صيغة الوفاء عن طريق التدخل

يكتب الضمان إما على الشيك ذاته أو على ورقة ملحقة به، ويعبر عنه بجملة «مقبول كضمان احتياطي». ويعتبر حاصلًا بمجرد توقيع الضامن الذي يجب عليه ذكر اسمه واسم الشخص المضمون وإلا اعتبر حاصلًا لفائدة الساحب. وقد نصت المادة 497 ق.ت.ج على إمكانية الضمان الاحتياطي في الشيك الذي لا يجب أن يقع من المسحوب عليه (المادة 02/497)، ويشترط كذلك في الضامن التوقيع؛ لأنه الدليل على الالتزام والإفصاح عن الإرادة.

إن أحكام الضمان الاحتياطي في الشيك هي نفسها المطبقة على الضمان الاحتياطي في السفتجة والسند لأمر، فالسندات التجارية تشترك في العديد من الأحكام من بينها أحكام الضمان الاحتياطي.

الفرع الثاني: كيفية الوفاء عن طريق التدخل

نظم المشرع الجزائري مسألة التدخل لضمان السفتجة أو الوفاء بها في المواد من 448 إلى 454 ق.ت، إذ أجاز لساحب السفتجة أو مظهرها أو ضامنها الاحتياطي أن يعين من يقبلها أو يدفعها عند الاقتضاء، فالوفاء بالسفتجة بطريق التدخل أو بالوساطة يقصد منه أن يقوم شخص غير ملتزم بموجب السفتجة بدفع قيمتها بالوساطة عن أحد الملتزمين فيها⁽¹⁾، وهذا النوع من الوفاء من شأنه أن يفيد الحامل ويجنب الملتزمين الرجوع عليهم ماعدا المتدخل لمصلحته الذي يجوز للشخص المتدخل الرجوع عليه بما وفاه. ويثبت الوفاء بمقتضى عبارة تبرئه تكتب على

(1) - د/ أحمد محرز، المرجع السابق، ص 187.

السفتجة مع الإشارة إلى الشخص الذي حصل الوفاء لمصلحته⁽¹⁾؛ فالغاية من تبني المشرع لهذه القاعدة هو إعطاء أكثر الفرص، وحشد أكبر عدد ممكن من الضمانات لتحقيق الوفاء بالسفتجة خدمة لعنصري الثقة والائتمان، وتشجيع التعامل بالسندات التجارية⁽²⁾.

إن التزام الضامن الاحتياطي يرتب نوعين من الآثار: صرفية ومدنية. وبما أنه التزم بالوفاء بمبلغ السند التجاري بدلا عن الشخص المضمون؛ فإنه يلتزم تجاه الحامل. وبما أن الضامن الاحتياطي بوصفه كفيلا متضامنا؛ ليس له أن يدفع لمطالبة الحامل بوجوب البدء بالرجوع على المضمون والتنفيذ على أمواله وهو الدفع بالتجريد، كما يحرم من الدفع بالتقسيم في حالة تعدد الضامين الاحتياطيين⁽³⁾.

إن شرعية حق الحامل تمكنه من مطالبة الملتزمين، ومن بينهم الضامن الاحتياطي الذي لا يمكنه التنصل من التزامه بالوفاء، مادام اسمه وارداً على الورقة التجارية. فإذا كان التزام الكفيل والتزام المكفول متلازمين، فإن المشرع التجاري الجزائي قد خرج عن هذه القاعدة بجعل التزام الكفيل صحيحا حتى وإن كان التزام المكفول باطلا، مادام البطلان لا يرجع إلى خرق قاعدة جوهرية في الشكل والإجراءات، كإغفال بيان إلزامي في الورقة التجارية، هذا النقص الذي يؤدي إلى انتفاء الصفة التجارية في السند ذاته، وهذا ما نصت عليه المادة 8/409 من القانون التجاري⁽⁴⁾.

(1) - د/ راشد راشد، المرجع السابق، ص 91.

(2) - إذا كان الضامن الاحتياطي عنصرا يدعم إمكانية الوفاء عند حلول أجل الاستحقاق إلا أنه في نفس الوقت يمكن اعتباره بمثابة تشكيك في ضمانات الوفاء الأصلية، لأنه إذا كانت هذه الأخيرة كفيلة بالوفاء فلا داعي للبحث عن ضمانات إضافية؛ لأن مجرد توقع إدراجها في السند قد يزرع الشك في عدم كفاية الضمانات الأصلية المتمثلة في مقابل الوفاء الذي يوفره الساحب لدى المسحوب عليه، والذي يكون حقا للحامل عند حلول ميعاد الوفاء، وكذلك القبول الذي يحق للحامل طلبه من المسحوب عليه، والذي يمكن صاحب الحق من الرجوع على الملتزمين والمطالبة بالوفاء قبل حلول أجل الاستحقاق إذا لم يتحصل عليه.

(3) - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 273.

(4) - تنص المادة 8/409 ق.ت.ج على أنه: «ويكون التزام ضامن الوفاء صحيحا ولو كان الالتزام الذي ضمنه

نظم المشرع الوفاء بطريق التدخل بدءاً من المادة 450 من ق.ت.ج وما بعدها، ومنها يمكن استخلاص آثاره القانونية.

يعد الضامن الاحتياطي أحد الملتزمين الذين يحق للحامل الرجوع عليهم؛ كونه متضامناً مع بقية الملتزمين، وبمقتضى هذا التضامن يكون للحامل حق الرجوع على أي ملتزم، دون التقيد بترتيب معين، وإذا فشل في ذلك ولم يتمكن من الرجوع على أحدهم، كان له حق الرجوع على الآخر، غير أن للموفاً بدوره حق الرجوع على كافة الملتزمين السابقين عليه ليطالبهم بكل مبلغ السند التجاري، ولا يجوز لأي منهم الدفع بالتقسيم⁽¹⁾.

إن الضامن الاحتياطي يمكن أن يكون أي شخص حتى وإن كان من الملتزمين، وهنا يظهر الشبه بين الضامن الاحتياطي والقبول عن طريق التدخل الذي يجوز أن يكون أي شخص ولو كان من الملتزمين بموجب السند، باستثناء المسحوب عليه القابل⁽²⁾.

الفرع الثالث: شروط الوفاء بطريق التدخل

لا يكون الوفاء بطريق التدخل صحيحاً ومنتجاً لآثاره إلا إذا توفرت فيه شروط معينة حددها المشرع وهي⁽³⁾:

باطلاً لأي سبب آخر غير عيب في الشكل».

(1) - للتوسع في هذا الموضوع انظر: محمد علي محمد بنى مقداد، المرجع السابق، ص 77.

(2) - انظر صلاح الدين الناهي، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي، أحكام الأوراق التجارية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1962، ص 339.

(3) - جاءت م 448 ميسرة الوفاء بالسفينة وذلك بإعطاء فرص أكثر لوقوع هذا الوفاء من شخص يدعى الموفاً الاحتياطي أو المتدخل للوفاء، سواء تم تعيينه من طرف الساحب أو المظهر أو الضامن أو تدخل بإرادته المنفردة. ويجب هنا أن يخطر الشخص المتدخل لأجله في ظرف يومي العمل التاليين لتدخله وإلا كان عرضه لإلزامه بالتعويض وجبر الضرر إذا حدث جراء إهماله. ويشترط أن يتم التدخل في اليوم التالي لآخر يوم يجوز فيه الاحتجاج لعدم الوفاء، كما اشترط أن يتم الوفاء كلياً بالمبلغ الواجب دفعه على الشخص الذي يقع الوفاء لمصلحته، كما سمح المشرع كذلك في نص المادة 451 ق.ت.ج على قبول السفينة من أكثر من متدخل.

- أن يتم الوفاء بطريق التدخل في الحالات إلى يجوز فيها للحامل القيام بدعوى الرجوع، سواء كان في الاستحقاق أو قبله، أي يجب أن يحصل امتناع عن الوفاء من طرف الملتزمين الأصليين؛ لأن مهمة الوفاء يختص بها المسحوب عليه أو الساحب والضامنين للوفاء، ولا يمكن التدخل للوفاء من طرف الغير قبل أن يحجم عن القيام بهذه الوظيفة من هو ملتزم بها.

- يجب أن يكون وفاءً كلياً، إذ لا يصح في الوفاء عن طريق التدخل الوفاء الجزئي؛ لذلك وجب أن يغطي الالتزام بالوفاء كل المبلغ، عكس ما هو عليه بالنسبة للمسحوب عليه الذي بإمكانه القيام بالوفاء الجزئي.

- لا يجب أن يتجاوز هذا الوفاء اليوم التالي لآخر يوم يجوز فيه الاحتجاج بعدم الوفاء، فإذا باشر الحامل إجراءات الاحتجاج، فإن ذلك يثقل كاهله ويسبب له مصاريف إضافية نتيجة المقاومة التعسفية، الأمر الذي يجعل التدخل للوفاء متأخراً وغير مجد، إلا أنه إذا قبل الحامل بذلك كان الوفاء سبباً في تبرئة الملتزمين، شرط أن يقدم السند للوفاء في المكان المحدد فيه بالضبط⁽¹⁾، وإذا تم الوفاء بالوساطة وكان وفق الشروط المبينة سابقاً، فإن هذا التصرف يرتب آثاراً قانونية حددها المشرع خدمة للحامل وصيانة للتعامل التجاري.

المطلب الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن الوفاء بالتدخل

يرتب الوفاء بالتدخل آثاراً بالنسبة للسند التجاري وللأطراف، ويمكن استنتاجها من أحكام المادتين 453 و454 من ق.ت، إذ تنقل السفينة والاحتجاج إذا كان قد سبق تحريره من الحامل إلى الموفي بطريق التدخل، وسبب ذلك هو حاجته لاستعماله في الرجوع على مدينه الموفي لصالحه⁽²⁾.

(1) - ينظر المادة 45 فقرة 4/أ من قانون الكمبيالات الإنجليزي.

Bills of exchange, Act 1882, 1882 CHAPTER 61 45 and 46 Vict, 18th August 1882, 45 Rules as to presentment for payment.

(2) - ينتقل السند دائماً إلى الشخص الذي يوفي به والذي يتبوأ موقع المسحوب عليه، فمن حقه استلام السند مع التأثير عليه بما يثبت وقوع الوفاء.

الفرع الأول: آثار الوفاء بالتدخل بالنسبة للسند التجاري

إن الوفاء عن طريق التدخل ينهي التعامل بالورقة التجارية، إذ يمنع تظهيرها من جديد، فالوفاء بالتدخل يضع حداً لانتقالها من شخص لآخر عن طريق التظهير، إلا أنه يجوز للموفاي لصالحه، إذا سوى وضعيته مع الموفاي بطريق التدخل، أن يسحب منه السند وإبقائه في حيازته؛ لأنه بعد تبرئة ذمته تجاه الموفاي لا يبقى أي مبرر لحيازة السند من طرف الموفاي الاحتياطي الذي قبض ما وفاه عن الشخص المضمون وتحول السند من أداة وفاء إلى أداة وفاء وإثبات، إذ نصت المادة 453 من ق.ت على أن الوفاء بطريق التدخل يجب إثباته بإجراء يدرج على السفتجة؛ لذلك رغم أن الوفاء ينهي الالتزام القانوني بالسند إلا أنها تبقى أداة للإثبات في مواجهة الموفاي لصالحه من طرف الموفاي.

الفرع الثاني: آثار الوفاء بطريق التدخل بالنسبة للملتزمين

ينتج الوفاء عن طريق التدخل آثاراً بالنسبة للمظهرين وللموفاي لصالحه وكل الموقعين على السند بعد المدين الذي تم الوفاء بالوساطة لصالحه.

أ- آثار الوفاء بطريق التدخل بالنسبة للمظهرين:

يستفيد المظهرون اللاحقون لمن تم الوفاء لصالحه بتبرئة ذمهم، وهذا ما قضت به المادة 02/454 من ق.ت؛ لأن الموفاي عن طريق التدخل يضمن من تدخل لمصلحته والمظهرون اللاحقون لتدخله، وهذا راجع إلى كون التزامه مرتبطاً بالتزام الشخص الذي تدخل لمصلحته⁽¹⁾.

ب- آثار الوفاء بطريق التدخل بالنسبة للموفاي:

يكتسب الموفاي بطريق التدخل الحقوق الناتجة عن السند التجاري على من قام بالوفاء عنه وعلى الملتزمين له بمقتضى السند؛ لذلك يحق له الرجوع على الشخص الذي وفى عنه بما وفاه، ويجوز له كذلك الرجوع على الملتزمين بمقتضى السند للموفاي

(1) - بالقدر الذي يستفيد المظهرون بالوفاء عن طريق التدخل بالقدر الذي يجوز الرجوع على أي منهم؛ فكل واحد منهم ضامن للوفاء، وأي إخلال بهذا الالتزام يوقعهم تحت طائلة المطالبة طبقاً لقواعد الصرف.

عنه، واستثنى المشرع من هذه الحقوق حق تظهير السند للغير، والحكمة من ذلك أن الوفاء بالسند عن طريق التدخل ينهي الالتزامات الصرفية المترتبة عن السند بالنسبة إلى كل الموقعين عليه بعد المدين الذي تم الوفاء بالوساطة لصالحه⁽¹⁾، وفي حالة تعدد المتدخلين للوفاء أعطى المشرع الأفضلية لمن يترتب على إيفائه إبراء أكثر عدد من الملتزمين.

ج- آثار الوفاء بطريق التدخل بالنسبة للموفي لصالحه:

الوفاء بطريق التدخل يحول الموفي لصالحه من مدين للحامل إلى مدين للموفي، الذي بإمكانه الرجوع عليه بما وفاه عنه بدعوى صرفية أو دعوى شخصية بناءً على الفضالة أو الوكالة «إذا سبق التدخل اتفاق بين الطرفين»⁽²⁾.

يفقد الموفي لصالحه كل الحقوق الناشئة عن السند، ولا يمكن له الرجوع على الملتزمين له بمقتضى الورقة التجارية؛ لأن هذه الحقوق انتقلت إلى الموفي الاحتياطي الذي بإمكانه القيام بذلك⁽³⁾، وفي حالة قيام الضامن الاحتياطي بسداد قيمة السند، فله أن يعود على المدين المضمون بمطالبته بدفع ما تم سداده كاملاً، مضافاً إليه الفوائد من تاريخ الدفع وليس من تاريخ المطالبة القضائية⁽⁴⁾.

ويكون المتدخل ملزماً بإخطار الشخص الذي تدخل لصالحه في ظرف يومي العمل التاليين لتدخله، تحت طائلة تحمل مسؤولية الضرر الذي قد يصيب المتدخل لصالحه، الذي بإمكانه طلب التعويض دون أن تتجاوز قيمته قيمة الورقة التجارية، وهذا ما أقره المشرع الجزائري في نص المادة 4/448 ق.ت.⁽⁵⁾

(1) - د/ نادية فضيل، المرجع السابق، ص 98.

(2) - إذا كان الموفي مدينا للموفي لصالحه بمبلغ يساوي مبلغ السند، يجوز لهذا الأخير عند مطالبته التمسك بالمقاصة حتى وإن كان الدين مدنياً؛ لأن العبرة في المقاصة بمبلغ الدين وليس بطبيعته.

(3) - عادة لا يرجع الموفي الاحتياطي على الملتزمين الآخرين؛ نظراً للعلاقة التي تربطه بالموفي لصالحه التي تتعدى في الغالب العلاقات المالية وجعلته يتدخل للوفاء بدلاً من الموفي لصالحه.

(4) - انظر في هذا الموضوع: د/ عبد الرافع موسى، الأوراق التجارية وفقاً لأحكام القانون رقم 17/1999، دار النهضة العربية، 2008، ص 335.

(5) - تنص المادة 4/448 ق.ت على أنه: «ويجب على المتدخل إخطار الشخص الذي تدخل لأجله في ظرف

خاتمة

يتضح من البحث أن عملية الوفاء تعد مرحلة حاسمة في التعامل بالسند التجاري، وهي الغاية من وجوده أساساً، فالثقة والائتمان الممنوحين للمدين تركزهما عملية الوفاء؛ لذلك وسع المشرع من إمكانية تحقيقها، فأسندها بصفة أصلية للمسحوب عليه، والذي قد يكون هو الساحب نفسه إذا تعلق الأمر بالسند لأمر، ويكون دائماً أحد الأشخاص المبينين في نص المادة 474 ق.ت إذا تعلق الأمر بالوفاء بالشيك، وقد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً إذا كنا بصدد سفتجة.

بالإضافة إلى المسحوب عليه الذي يقوم بعملية الوفاء، أجاز المشرع أن تتم هذه العملية من طرف المتدخل ضمناً لحقوق الدائن، رغم أن مجرد وجود هذه الإمكانية والسماح بها وإقرارها قد يزرع الشك في عملية الوفاء بذاتها؛ لأن الأصل أن الوفاء قد يتم من طرف المسحوب عليه ولا حاجة لضمان احتياطي أو طرف آخر ليحل محله.

إن الوفاء الاختياري يعد الوسيلة المثلى للتخلص من الالتزام المصرفي لجميع الملتزمين، فيكفي أن يقوم به أحدهم لتبرأ ذمم كل الملتزمين الآخرين تطبيقاً لمبدأ التضامن المصرفي المنوه عنه في نص المادة 432 ق.ت بالنسبة للسفتجة، والمادة 519 ق.ت بالنسبة للشيك.

وتؤدي عملية الوفاء الاختياري إلى انقضاء الالتزام المصرفي الناشئ عن التعامل بالسندات التجارية، دون استعمال إجراءات الدعوى المصرفية التي تسم بالقساوة في مواجهة المدين المتقاعس عن تنفيذ التزامه المصرفي.

إن عملية الوفاء الاختياري بالغة الأهمية، فكما توفرت فرص تحقيقها زادت إمكانية التعامل بالسندات التجارية، وكما اصطدم الحامل بواقعة رفض الوفاء كلما زاد النفور من استخدام هذه السندات التي يترك عدم استخدامها المجال للتعامل

يومي العمل التاليين وإذا أهمل مراعاة هذا الأجل يكون مسؤولاً عند الانقضاء بالضرر الناشئ عن إهماله دون أن يتجاوز تعويض هذا الضرر مبلغ السفتجة».

بالنقود مباشرة وهذا ما يتسبب في إحداث أضرار معتبرة، سواء للمتعاملين أنفسهم أو المؤسسات المصرفية التي لا تستفيد من تنقل رؤوس الأموال وتداولها.

إن الملاحظ من خلال دراسة الأحكام القانونية التي سنّها المشرع الجزائري بخصوص الوفاء الاختياري بالسندات التجارية، أنه لم يحمل المسحوب عليه - خاصة إذا تجسد في البنوك والمصارف - المسؤولية التامة عن الوفاء، هذا الأخير يقتصر أدائه على الساحب وباقي الملزمين الآخرين دون المسحوب عليه إلا إذا كان قابلاً للسند، وهذا ما يقلص من فرص الوفاء وما يدفع التجار إلى تحاشي استخدام هذه السندات في المعاملات التجارية، مادام احتمال عدم الوفاء قائماً وغير مضمون من طرف المسحوب عليه.

قائمة المراجع

- 1- د/ أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري (السفينة، السند لأمر والشيك)، ج3، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1980.
- 2- أ/ برهان الدين جمل، السندات التجارية، القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
- 3- د/ حسن علي يونس، الأوراق التجارية، دار الفكر العربي للطباعة، الأردن د.ت.
- 4- د/ راشد راشد، الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 2002.
- 5- د/ السيد محمد اليماني، القانون التجاري، ج2، د.دن، ط8، 2000.
- 6- د/ عبد الحميد الشواربي، الأوراق التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
- 7- د/ عبد الرافع موسى، الأوراق التجارية وفقاً لأحكام القانون رقم 17/1999، دار النهضة العربية، 2008.
- 8- د/ علي البارودي، الأوراق التجارية والإفلاس، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

- 9- د/ علي العريف، "توقيع الشيك"، مجلة المحاماة المصرية، العدد 5، السنة 48، مصر، يونيو 1968، ص ص 29-39.
- 10- د/ علي علي سليمان، دروس في القانون التجاري الجزائري والإفلاس، ألفت في المدرسة العليا للشرطة، 1970.
- 11- د/ مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
- 12- د/ نادية فوضيل، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- 13- د/ الطيب اللومي، الوسيط في الأسناد التجارية في التشريع، مركز الدراسات والبحوث والنشر، تونس، 1993.
- 14- د/ محمد علي محمد بني مقداد، الأوراق التجارية وتضامن الموقعين عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 15- REVEL, Le contrat de domiciliation des effets de commerce, JCP éd. E 1976, II-12282, Com. 29 juin 1965 D. 1965. 823; Banque 1964. 131, obs. Marin.

أطر رقمنة الإدارة العمومية في "مشروع الجزائر الإلكترونية 2013"

بقلم: أ. يتوجي سامية*

الملخص:

إن تشعب الخدمات والأنشطة والفعاليات التي تقدمها الإدارات الحكومية وأهميتها للمواطنين والمؤسسات معا، حتمت ضرورة تحولها نحو أسلوب الإدارة الإلكترونية، من خلال استخدام وسائل وتقنيات إلكترونية حديثة توفر المرونة اللازمة للعمل الإداري، لكن الواقع أثبت أن فكرة الإدارة الإلكترونية تتعدى بكثير مفهوم الميكنة إلى تكامل البيانات والمعلومات بين الإدارات المختلفة، واستخدامها في توجيه سياسات وإجراءات عمل الدولة نحو تحقيق أهدافها، استجابة للمتغيرات المتلاحقة داخليا وخارجيا، الأمر الذي حاولت الجزائر تحقيقه منذ بدء عملية تحولها نحو الإدارة الإلكترونية من خلال "مشروع الجزائر الإلكترونية 2013"، فكان أن شهدت في ظل هذه التجربة جملة من التغيرات الملحوظة على الخدمة العامة الموجهة للمواطنين، من حيث إنها تؤسس لنهاية الإدارة العامة التقليدية بما يوفر الكثير من فرص الرشادة الإدارية، المركزية والمحلية على السواء.

الكلمات الدالة: الرقمنة، الإدارة الإلكترونية، العمل الإداري، الخدمة العامة.

Résumé:

La complexité des services, des activités et des événements fournie par les ministères du gouvernement et leur importance pour les citoyens et les institutions ensemble, a nécessité la nécessité de passer à une méthode de gestion électronique grâce à l'utilisation d'outils et de techniques de électronique moderne offre la flexibilité nécessaire pour le travail administratif, mais la réalité a prouvé que l'idée de l'e-gouvernance va bien au-delà du concept de la mécanisation de l'intégration de données et d'informations entre les différents

* أستاذة مساعدة قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محمد اوحاج- البويرة.

ministères et utilisé pour guider les politiques et procédures de l'État en vue d'atteindre ses objectifs en réponse aux variables successives interne et externe, qui a tenté en Algérie atteint depuis le début du processus de transformation vers e-gouvernance par "Projet E-Algérie 2013», a été vu à la lumière de cette expérience un certain nombre de modifications des citoyens orientées services publics notables, dans qu'il jette les bases pour la fin de l'administration publique traditionnelle afin de fournir un grand nombre de possibilités de rationalisation des niveaux administratifs centraux et locaux.

Mots-Clés: Numérisation, Gestion électronique, Le travail administratif, Service Public.

Abstract:

The complexity of services ,activities and events provided by government departments and their importance to the citizens and institutions together, necessitated the need to transition to a method of electronic management through the use of tools and techniques of modern electronic provides the flexibility needed for administrative work, but the reality has proved that the idea of e-governance goes far beyond the concept of mechanization to the integration of data and information between various departments and used to guide the policies and procedures of the state towards achieving its objectives in response to variables successive internally and externally, which tried to Algeria achieved since the start of the process of transformation towards e-governance through "Project E-Algeria 2013", was seen in the light of this experience a number of changes notable public service-oriented citizens, in that it lays the foundation for the end of the traditional public administration in order to provide a lot of opportunities for rationalization of administrative central and local levels.

Key Words: Digitization, Electronic Management, Administrative Work, Public Service.

مقدمة:

إن الثورة الحقيقية لتطوير الإدارة ارتبطت ببداية ظهور الحاسوب الذي يعد نقلة كبرى في مجال الاعتماد على الآلة؛ فقد أنتجت تقنية المعلومات والاتصالات وتطبيقاتهما المتطورة والمتجددة خلال السنوات القليلة الماضية واقعا إداريا جديدا، تجلت مظاهره في سقوط كثير من المفاهيم الفكرية والمنظومات القديمة، وتحققت معه نقلة فكرية نوعية جعلت الأساليب الإدارية الحديثة تكاد لا تمت بصلة لما كان عليه واقع الفكر الإداري وتطبيقاته، وبفعل ذلك تغيرت الهياكل والمعاملات الإدارية في الدول ومعايير أدائها، فامتد نطاق خدماتها إلى خارج مواقيت العمل الرسمية، سعيا لإنجاز مهامها، متعددة بذلك حدود الزمان والمكان للوصول إلى مستوى خدمي يتسم بالسرعة والشفافية والنزاهة.

لذلك يكتسي موضوع الإدارة الإلكترونية وتطبيقاتها أهمية بالغة، انطلاقا من كون تحول الدول نحوه هو رغبته في ترشيد الخدمة العامة وتحسينها والنهوض بجهودها، بما يؤسس بشكل أو بآخر لتطوير نظام إدارة الحكم والشؤون العامة في الدولة، خاصة وأنه أصبح من الممكن واقعا أن يستبدل العنصر البشري بالحاسوب، بل ويمكن - في بعض الأحيان - أن يحل محل المدراء في إصدار التوجيهات والتعليمات الآلية بناءً على برامج يتم تصميمها وتحميلها على الشبكة.

وقد كان لاتجاه الجزائر نحو إدخال مفهوم الإدارة الإلكترونية كآلية لإضفاء تحسينات جوهرية على طرق أداء الخدمة العامة للمواطنين، وما نتج عنها من تطوير لمهام وأنشطة المنظمات الخدمية الإدارية؛ دور في إحداث سلسلة من التغيرات على وظائف الإدارة التقليدية، بما يطرح الإشكالية التالية:

كيف تُساهم محاولة الجزائر رقنة الخدمة العامة الموجهة للمواطن، عن طريق تطبيق نموذج الإدارة الإلكترونية على مستوى الهيئات الإدارية المحلية والمركزية في رفع كفاءة أدائها؟

من أجل التصدي لما تطرحه هذه الدراسة من نقاط بحثية، تم معالجته من خلال التطرق مبدئيا إلى ملامح التحول إلى الإدارة الإلكترونية (المطلب الأول)،

ومن ثم نستعرض أهم إسهامات الرقمنة في رفع كفاءة الأداء الإداري في الجزائر (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ملامح التحول إلى الإدارة الإلكترونية

لقد أدى التطور السريع للتقنية إلى بروز نموذج إداري جديد، فرضه التنافس والتحدي المتزايد أمام النظم الإدارية البيروقراطية، لتحسين مستوى أعمالها وجودة خدماتها؛ فكان لبدء توجه اهتمام الحكومات نحو تحقيق شفافية التعامل الإداري، وكذا تعميق استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات لخدمة أهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، دور في محاولة تطبيق ما اصطلح على تسميته بالإدارة الرقمية، أو إدارة الحكومة الإلكترونية، أو الإدارة الإلكترونية⁽¹⁾.

فالإدارة الإلكترونية تقدم وجها مغايرا للإدارة التقليدية؛ نظرا لسلسلة أدائها وإيقاعها السريع، فكان أن أصبحت أداة فاعلة في أيدي الدول التي بادرت إلى تطبيقها في دوائرها الإدارية، ومشروعاً تنطلق إليه الدول التي لم تحظ بالانتقال إليها، أو تلك التي طبقتها جزئيا في بعض أنشطتها الإدارية دون أن تبلغ الدرجة الكافية لوصف معاملاتها بالإلكترونية⁽²⁾.

الفرع الأول: تعريف الإدارة الإلكترونية

يرتبط تحديد مفهوم الإدارة الإلكترونية بالدور المهم والمتنامي لاستخدام التقنية المعلوماتية في المعاملات الداخلية والخارجية للدولة، من أجل تفعيل العمل الإداري وتمكين المواطنين من تلقي الخدمة الحكومية العامة في أسرع وقت ممكن، وبكل سلسلة ويسر⁽³⁾، بدل تكس المواطنين في خطوط أو طوابير انتظار طويلة

(1) - عبد الكريم عشور، "دور الإدارة الإلكترونية في ترشيد الخدمة العمومية في الولايات المتحدة الأمريكية والجزائر"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2009-2010، ص 11 و12.

(2) - حسين بن محمد، "الإدارة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق"، بحث مقدم لدى المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية حول "نحو أداء متميز في القطاع الحكومي"، معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، 01/04/2009، ص 01.

(3) - حماد مختار، "تأثير الإدارة الإلكترونية على إدارة المرفق العام وتطبيقاتها في الدول العربية"، مذكرة ماجستير،

ترقبا لوصول الموظف المكلف بتقديمها⁽¹⁾.

وعلى الرغم من حداثة مصطلح الإدارة الإلكترونية؛ إلا أن جهودا بحثية معتبرة بذلت لوضع إطاره المفاهيمي؛ لأنه يعد بشكل أو بآخر المدخل الأساسي لمصطلحات مترادفة مثل: الحكومة الرقمية والتسويق الرقمي والأعمال الإلكترونية وغيرها⁽²⁾؛ لذلك اختلفت الآراء حول تعريف الإدارة الإلكترونية بقدر تنوع مذاهب المفكرين والمهتمين بها، وعلى هذا الأساس يمكن تصنيفهم بحسب معايير محددة منها:

أولاً: معيار قيمة رأس المال المعرفي/ الفكري

هذا المعيار يقوم على ربط العناصر الثلاثة للإدارة الإلكترونية (التقنية، تحقيق الأهداف، واستغلال الموارد)⁽³⁾، فتعرف بأنها: «عملية ميكنة (مكننة) لجميع مهام وأنشطة المؤسسة الإدارية، بالاعتماد على جميع تقنيات المعلومات الضرورية، للوصول إلى تحقيق أهداف الإدارة الجديدة في تقليل استخدام الورق وتبسيط الإجراءات والقضاء على الروتين والإنجاز السريع والدقيق للمهام والمعاملات لتكون كل إدارة جاهزة لربطها بالحكومة الإلكترونية لاحقاً»⁽⁴⁾، أو هي: «اكتشاف طرق ووسائل جديدة من خلال استخدام تكنولوجيات المعلومات والاتصالات، التي لديها القدرة على تغيير وتحويل العلاقات مع المواطنين، من أجل زيادة كفاءة وفعالية وشفافية ومساءلة الحكومة فيما تقدمه من خدمات للمواطن»⁽⁵⁾، أو هي:

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007، ص 01؛ مريم خالص حسين، "الحكومة الإلكترونية"، مجلة كلية بغداد الاقتصادية الجامعة، العدد الخاص بمؤتمر الكلية، 2013، ص 443.

(1) - سحر قدوري الرفاعي، "الحكومة الإلكترونية وسبل تطبيقها: مدخل استراتيجي"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 07، ص 307.

(2) - حماد مختار، المرجع السابق، ص 05؛ عشور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 13.

(3) - حسين بن محمد، المرجع السابق، ص 04.

(4) - عبد الله بن سعيد آل دحوان، "دور إدارة التطوير الإداري في تطبيق الإدارة الإلكترونية"، رسالة ماجستير، كلية إدارة الأعمال، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 2008، ص 20.

(5) - التعريف للبنك الدولي في تقريره لسنة 2005.

=

«مفهوم تكامل البيانات والمعلومات بين الإدارات المختلفة والمتعددة واستخدامها في توجيه سياسة وإجراءات عمل المؤسسة نحو تحقيق أهدافها وتوفير المرونة اللازمة للاستجابة للمتغيرات المتلاحقة، وتشمل الإدارة الإلكترونية جميع مكونات الإدارة من تخطيط وتنفيذ ومتابعة وتقييم وتحفيز؛ لأنها تتميز بقدرتها على تخليق المعرفة بصورة مستمرة وتوظيفها من أجل تحقيق الأهداف»⁽¹⁾.

ثانيا: معيار ربط الإدارة الإلكترونية بالخدمة العامة المعقنة

حيث يتعدى فيها هدف الإدارة الإلكترونية التميز في تقديم الخدمة العامة إلى التواصل مع الجمهور بالمعلومات، وتعزيز دوره في المشاركة والرقابة من خلال تطوير علاقة أفضل بين الدولة والمواطن، فتعرف بأنها: «تمثل تحولا أساسيا في مفهوم الوظيفة العامة، بحيث ترسخ قيم الخدمة العامة، ويصبح جمهور المستفيدين من الخدمة محور اهتمام مؤسسات الدولة»⁽²⁾، أو هي: «قدرة الأجهزة الإلكترونية على تبادل المعلومات فيما بينها من جهة، وتقديم الخدمات للمواطنين وقطاع الأعمال من جهة أخرى، وذلك بسرعة وتكلفة منخفضة عبر شبكة الإنترنت، مع ضمان سرية المعلومات المتناقلة في أي وقت وأي مكان»⁽³⁾، أو هي: «نشاط اقتصادي يتولى مهام توصيل الخدمات العامة بطريقة إلكترونية ومتكاملة على الخط المباشر إلى المواطنين ومؤسسات الأعمال، بحيث تضيف قيمة حقيقية مضافة يشعر بها المتفعون منها، كما تسهم في تكوين علاقات تفاعلية مع المواطنين أفرادا ومؤسسات، من خلال تزويدهم بخدمات غير نمطية تناسب مع خصوصياتهم وحاجاتهم ورغباتهم وتطلعاتهم»⁽⁴⁾.

أمينة بن حامد، "الحكومة الإلكترونية - تجربة الجزائر للتحويل نحو حكومة إلكترونية -"، مذكرة ماستر، تخصص: تنظيمات سياسية وإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2013، ص 09.

مريم خالص حسين، المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(1) - رأفت رضوان، "الإدارة الإلكترونية"، مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار، القاهرة، دون سنة نشر، ص 03.

(2) - عشور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 13.

(3) - أمينة بن حامد، المرجع السابق، ص 10.

(4) - سحر قدوري الرفاعي، المرجع السابق، ص 309.

ثالثاً: معيار تمييز الإدارة الإلكترونية عن غيرها من المصطلحات المرادفة

على اعتبار أن الإدارة الإلكترونية منظومة متكاملة، وبنية وظيفية وتقنية مفتوحة⁽¹⁾، فتعرف بأنها: «أي شكل من أشكال المعاملات التي يمكن أن تتم إلكترونياً بين أي جهتين حكوميتين مع بعضهما البعض أو بين المواطن وأي جهة حكومية على أي مستوى كمصلحة الحالة المدنية، أو وحدات الإدارة المحلية والحكم المحلي أو مصلحة الضرائب، أو الجماعات المحلية أو غيرها، ليدفع فاتورة الكهرباء أو الماء، أو إنهاء إجراءات التقاعد، أو استخراج شهادة الميلاد، أو حتى ليدي بصوته في الانتخابات وغير ذلك من أشكال التعامل الأخرى»⁽²⁾، أو هي: «إطار مفتوح يشمل كل الأعمال الإلكترونية للدلالة على الإدارة الإلكترونية للأعمال، والحكومة الإلكترونية للدلالة على الإدارة الإلكترونية العامة أو الإدارة الإلكترونية لأعمال الحكومة الموجهة للمواطنين، أو الموجهة لمؤسسات ودوائر الحكومة المختلفة»⁽³⁾.

بتمحيص ما سبق، نخلص إلى أن الإدارة الإلكترونية تتضمن ثلاثة محتويات أساسية هي:

01- محتوى معلوماتي: يغطي الجُمْل الاستعلامات تجاه الجمهور وفيما بين مؤسسات الدولة أو فيما بينها وبين مؤسسات الأعمال.

02- محتوى خدماتي: يتيح تقديم كافة الخدمات النفعية الحكومية للمواطنين، مثل: سحب الرواتب وتقديم الشكاوى والمعلومات والإعداد للانتخابات، أو خدمات الأعمال على الخط الإلكتروني، سواء داخل المؤسسات مثل: خدمات البحث والتخطيط وإدارة الموارد البشرية والتمويل، أو بين المؤسسات مثل: متابعة المشاريع والموازنة، وملفات المجهزين وإدارة التخزين والحسابات.

(1) - عشور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 13.

(2) - حماد مختار، المرجع السابق، ص 09.

(3) - عشور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 13.

03- مَحْتَوَى اتصالي: يسمح بربط المواطنين وأجهزة الدولة معا في كل وقت وبوسيلة تفاعل سهلة⁽¹⁾.

عموما، ومهما كانت الصياغة الحرفية لتعريف الإدارة الإلكترونية فإن جوهرها وفلسفتها يكمنان في تغيير نمط وأسلوب تعامل وتفاعل المواطنين ومؤسسات الأعمال على اختلاف توجهاتها وأنواعها معها، من حيث إن هذا المفهوم الجديد يُحتم ضرورة تنظيم المعاملات والخدمات الحكومية، وإعادة هيكلتها إلكترونيا للتخلص من الروتين والبيروقراطية الشائعة في الأعمال والمهام العامة لترتبط باحتياجات المواطنين ومؤسسات المجتمع من خلال المعلومات والاتصالات المتقدمة⁽²⁾.

على أساس من ذلك، يمكن تعريف الإدارة الإلكترونية بأنها: «جهاز أو مجموعة أجهزة تتولى تنفيذ كافة المعاملات والخدمات الحكومية المقدمة للمواطن أو قطاعات الأعمال من خلال شبكات المعلومات وقواعد البيانات باستخدام وسائل الاتصال الحديثة بما يدعم كفاءة وفعالية الأداء الحكومي في إطار من التفاعل بين طالب الخدمة ومقدمها»⁽³⁾.

الفرع الثاني: دوافع التحول إلى الإدارة الإلكترونية

إن الإدارة الإلكترونية هي - بشكل أو بآخر - عملية مُعقدة يتم فيها تحويل الأعمال الإدارية التقليدية العاجزة عن إرضاء المواطن إلى أعمال إدارية إلكترونية تنفذ بشكل سريع ودقيق⁽⁴⁾، في ظل حتمية خوض تجربة التقنية تلبيةً لتطلعات المجتمعات الحديثة، وسعيها لتحقيق مستوى أحسن في تقديم وتلقي الخدمة الإدارية العامة⁽⁵⁾. هذه في مجملها أسباب حفزت ضرورة رقمنة الإدارة، يضاف إليها أيضا ما يلي:

(1) - حماد مختار، المرجع السابق، ص 10.

(2) - سحر قدوري الرفاعي، المرجع السابق، ص 309.

(3) - حماد مختار، المرجع السابق، ص 09.

(4) - عبد الله بن سعيد آل دحوان، المرجع السابق، ص 20.

(5) - حسين بن محمد الحسن، المرجع السابق، ص 22 و 23.

أولاً: تسارع التقدم التكنولوجي والثروة المعرفية المرتبطة به⁽¹⁾، خاصة من حيث:

01- تطور الحاسوب وتطبيقاته: لفتت التجربة الناجحة لتطبيقات الحاسوب الانتباه إلى إمكانية الاستفادة منها في مجال الإدارة، باعتبار أن الأمر لا يكلف سوى تحميل بعض القرارات والقوانين والملفات والمعاملات على الشبكة المعلوماتية، ثم وضع برنامج معين يسمح بتداولها إلكترونياً والتعاطي معها من قبل الأفراد والمؤسسات، هذا الكشف التقني في مجال الحاسوب انعكس إيجابياً على النظريات والمفاهيم الإدارية، بإخراجها من وضعها الجامد القديم وبذل المزيد من الجهد باتجاه هذه التقنية⁽²⁾.

02- تطور الاتصالات: مرت الاتصالات الإلكترونية بطفرة هائلة، جعلت كل ما تحتاج إليه الإدارة الحكومية في متناول اليد بتكلفة زهيدة وجهد أقل، بعد أن كان يحتاج في الماضي إلى إنفاق الكثير من المال والوقت والجهد لإرسال المعلومات أو تنفيذها، الأمر الذي يؤثر إيجاباً على أداء الإدارات وحكوماتها؛ لأن السيطرة التي تمنحها التقنية للإدارة تجعل وظيفتها الرقابية على منتسبها وإنجازاتها فعّالاً؛ فيُحسن مستوى خدماتها، وينبه بسرعة إلى المواقع التي تعاني خللاً أو نقصاً في وصول الخدمة إليها، بالإضافة إلى تمكين الإدارة من الاتصال المباشر مع مراجعيها، بما يخلق حالة من الثقة بين المواطن والإدارة⁽³⁾.

ثانياً: تزايد تطلعات وضغط المواطنين على الإدارة للحصول على خدمات أفضل وأسرع، خاصة في ظل انتشار وعي كل مواطن بحقه في الوصول إلى المعلومة، ومعرفة آليات اتخاذ القرار السياسي والإداري على السواء⁽⁴⁾، والواقع أن على الإدارة أن تسعى إلى كسب سباق السرعة، والاستفادة من تطبيقات التقنية من

(1) - حماد مختار، المرجع السابق، ص 11.

(2) - حسين بن محمد الحسن، المرجع السابق، ص 23.

(3) - حسين بن محمد الحسن، المرجع السابق، ص 23 - 25.

(4) - حماد مختار، المرجع السابق، ص 12.

أجل إلغاء أسباب بطء العملية الإدارية وتحريرها من الروتين والمعاملات اليدوية، لإيجاد حلول مبتكرة تختصر الوقت، وتيسر اتخاذ القرارات وإنجاز المعاملات الإدارية⁽¹⁾.

ثالثا: المطالبة بالكفاءة في تقديم خدمات عامة جديدة ومتطورة، بالتركيز على تحسين خبرات الأفراد في التعامل مع الإدارة لدى تقديمهم لطلبات الحصول على خدمة عامة، ويتم ذلك بتشديد الرقابة ورفع الكفاءة من خلال آليات تخفيض الأخطاء، وتحسين الدخل، والتقليل من البيروقراطية، بما يؤدي فعليا إلى الحد من إهدار الوقت اللازم لتمكين الموظفين من الحصول على مهارات إدارية جديدة تحسن من نوعية ومستوى الأداء الإداري⁽²⁾.

رابعا: الدوافع السياسية والتحول الديمقراطي، وما رافقها من متغيرات اجتماعية وتطلعات شعبية أدت إلى فرض جُملة من الإصلاحات الإدارية؛ على أن يكون في مقدمتها تعميم التطبيقات التقنية على الدوائر الإدارية المركزية واللامركزية، خاصة في ظل كون الرقمنة الإدارية مطلب لا رجعة فيه للدول التي ترغب في الانضمام لمنظمات اقتصادية دولية معينة مثل منظمة التجارة الدولية؛ أو تلبية معايير حقوقية متعارف عليها دوليا، كتحسين مستوى المشاركة السياسية في القرار الحكومي، وترسيخ مبدأ الشفافية من أجل تفعيل الرقابة والمساءلة والمحاسبة الإدارية والحكومية⁽³⁾.

خامسا: دفع عجلة التنمية الاقتصادية، فالدول التي نتطلع إلى التطوير الاقتصادي يجب أن يكون لديها بأي حال من الأحوال دافع قوي لتجسيد مشروع الإدارة الإلكترونية، خاصة إذا كانت ترغب في جذب رؤوس أموال أجنبية للاستثمار، أو تحسين صورتها الاقتصادية والسياسية الدولية أمام مستثمرين مُحتملين، فهذا النوع من الإدارة يحسن واقعا البنية التحتية لتقديم الخدمات العامة،

(1) - حسين بن محمد الحسن، المرجع السابق، ص 22.

(2) - حماد مختار، المرجع السابق، ص 12.

(3) - المرجع نفسه، ص 11 و 12. حسين بن محمد الحسن، المرجع السابق، ص 29.

بما يسهل عليها لاحقا الالتزام بإجراء التغييرات الضرورية للدخول إلى اقتصاد المعرفة⁽¹⁾.

الفرع الثالث: المتطلبات الأساسية للتحويل إلى الإدارة الإلكترونية

إن التحول من التنظيم الإداري التقليدي إلى تنظيم الاتصالات الإلكترونية، شأنه شأن أي مشروع آخر، يحتاج إلى تهيئة البيئة المواتية لطبيعة عمله، من حيث هو عملية متعددة الجوانب والمفاهيم والممارسات، والتي تستلزم إجراء تغييرات كثيرة وواسعة تشمل نوعية العاملين والأجهزة المستخدمة وطرق الأداء، وتتيح للمواطن أن يتعامل مع ما يمكن اعتباره - إن صح التعبير - "موظف عام إلكتروني".

إن إدارة الخدمات التي تقدمها الإدارة الإلكترونية من خلال شبكة الإنترنت لها خصوصيتها ومقوماتها المميزة؛ لذلك فإن إنشاءها وبناءها يستلزم وجود متطلبات تتباين طبيعتها بين التقني والإداري والقانوني والبشري والسياسي... وغيرها، حتى تكون إدارة فعالة لخدمة المواطن والمجتمع والدولة على السواء.

أولاً: المتطلبات التقنية

هي مجموع الوسائل الإلكترونية التي تمكن موظفي الإدارة الإلكترونية من ممارسة المهام المنوطة بهم وتقديم الخدمة العامة⁽²⁾، بما يشكل بنية تحتية أساسية للإدارة الإلكترونية عموماً، والتي تشمل في مجملها تطوير وتحسين شبكة الاتصالات لتكون مستعدة لاستيعاب واستخدام الكم الهائل من المعلومات والاتصالات في آن واحد، بالإضافة إلى التجهيزات الرقمية للاستخدام الفردي والمؤسسي معاً⁽³⁾، والتي يمكن تفصيل عناصرها في التالي:

(1) - حماد مختار، المرجع السابق، ص 14.

(2) - مريم خالص حسين، المرجع السابق، ص 449.

(3) - موسى عبد الناصر ومحمد قرشي، "مساهمة الإدارة الإلكترونية في تطوير العمل الإداري بمؤسسات التعليم العالي"، مجلة الباحث، جامعة محمد خيضر - بسكرة، عدد 09، 2011، ص 91.

01- توفير العتاد التكنولوجي الملائم ومواكبة مستجداته⁽¹⁾، ترتبط بتأسيس بنية الاتصالات التي تعمل على زيادة الترابط بين مختلف الأجهزة الإدارية داخل الدولة⁽²⁾، والتي تختلف بين التوصيلات الأرضية والخلوية عن بعد، وأجهزة الحاسوب والشبكات وتكنولوجيا المعلومات المادية الضرورية لممارسة الأعمال الإلكترونية وتبادل البيانات إلكترونياً، بالإضافة إلى مجموع الخدمات والمعلومات والخبرات، وبرمجيات النظم التشغيلية للشبكات، وبرمجيات التطبيقات الإلكترونية⁽³⁾.

02- تطوير شبكة الاتصال، بالنظر إلى أن نجاح عملية التحول إلى الإدارة الإلكترونية يحتاج لشبكة اتصالات مركزة داخل الجهاز الإداري الحكومي والمحلي على السواء، عن طريق وضع خطط اتصالات واضحة ومستمرة وفعالة على جميع مستويات التنظيم الإداري الداخلي والخارجي، مع تحديد الأهداف والنشاطات والموارد وأساليب الاتصال معها وفيما بينها⁽⁴⁾، يضاف إلى ذلك أن البناء الشبكي الإلكتروني يقدم أشكالاً ومستويات مختلفة للشبكة الإلكترونية بما يتناسب مع طبيعة الإدارة المستخدمة ومستوى جاهزيتها، من أهمها الإنترنت (Internet) والإنترانت (Intranet) والإكسترانت (Extranet)⁽⁵⁾.

03- تمكين المواطن من التعامل واستخدام التقنية: بأن يكون لدى كل مواطن داخل الدولة وخارجها فرصة التعامل مع الإدارة الإلكترونية لتلقي الخدمة العامة، من خلال امتلاكه أو حيازته لجهاز حاسب آلي، وإمكانية الدخول إلى شبكات الاتصال الإلكترونية الإدارية والحكومية، وأن يكون على دراية وعلم سابقين بتقنيات الإعلام والاتصال وطرق التعامل مع الإدارة الإلكترونية

(1) - حماد مختار، المرجع السابق، ص 23.

(2) - عبد الكريم عشور، المرجع السابق، ص 25.

(3) - موسى عبد الناصر ومحمد قرشي، المرجع السابق، ص 91.

(4) - حماد مختار، المرجع السابق، ص 19.

(5) - موسى عبد الناصر ومحمد قرشي، المرجع السابق، ص 91.

لتفصيل مفهوم أنواع الشبكات الإلكترونية المختلفة أنظر: عبد الكريم عشور، المرجع السابق، ص 26- 28.

وكيفيات تلقي الخدمة العامة الإلكترونية⁽¹⁾.

ثانياً: المتطلبات البشرية

إن الإدارة الإلكترونية لا تدير نفسها بل تحتاج إلى قدرات خاصة في كل مراحلها⁽²⁾؛ لذلك هناك ضرورة لوجود يد عاملة مؤهلة تمتلك خلفية معرفية وتدريباً على مبادئ التقدم التقني، حتى يتم التأكد من حسن استخدام تقنيات المعلومات في الوسط الإداري⁽³⁾، على أن عملية انتقاء الكادر البشري الذي يقود الإدارة التقليدية نحو الإلكترونية تخضع لضوابط منها⁽⁴⁾:

- تحديد المهارات والقدرات الواجب توفرها في الموظفين للتحويل إلى الإدارة الإلكترونية

- إعادة وصف الوظائف حسب الاحتياجات الجديدة للإدارة الإلكترونية.
- تحليل مهارات وقدرات الموظفين في ظل الإدارة التقليدية لمعرفة المهارات والقدرات التي يحتاجونها ليكونوا قادرين على العمل في البيئة الإلكترونية.
- وضع خطط للتدريب الدوري وتطوير المهارات وقدرات الموظفين على روح الفريق وتطوير الجودة وإعادة هندسة العمليات الإدارية إلكترونياً.

ثالثاً: المتطلبات السياسية

عن طريق التأسيس لإرادة سياسية داعمة لاستراتيجيات رقمنة الهياكل الإدارية في الدولة وإدخال التغييرات الضرورية على أساليب العمل الإداري⁽⁵⁾، خاصة من حيث: اعتماد قناة موحدة لخدمة العملاء من أجل تعزيز مستويات الكفاءة والفعالية الإدارية إلكترونياً، وتبسيط عمليات الحصول على الخدمات

(1)- مريم خالص حسين، المرجع السابق، ص 449 و 450.

(2)- حماد مختار، المرجع السابق، ص 20.

(3)- عبد الكريم عشور، المرجع السابق، ص 24.

(4)- حماد مختار، المرجع السابق، ص 20 و 21.

(5)- المرجع نفسه، ص 18.

الحكومية اعتمادا على أحدث التقنيات، وتوعية المواطنين بجدوى سياسات التحول الإلكتروني تطبيقا لمشروع إدارة بلا أوراق ودون طابور⁽¹⁾.

رابعا: المتطلبات القانونية

من خلال وضع ما يمكن أن يعتبر بمثابة بنية تحتية قانونية، تتضمن إصدار القوانين والأنظمة والإجراءات التي تسهل التحول الإلكتروني لنظام الإدارة التقليدية؛ الذي يستلزم واقعا استنباط قواعد قانونية جديدة واستخدام مفاهيم مستحدثة إلكترونيا لإضفاء المشروعية والمصادقية على العمل الإداري⁽²⁾، على أن المتطلبات القانونية الأساسية لرقمنة الإدارة تتباين في جملة من التشريعات تتولى تنظيم مواضيع منها: نشر المعلومات والسر المهني، رسوم استخدام الموقع الإلكتروني، ضمان حقوق الأطراف المعنية بالعمل الإلكتروني، تجريم انتهاك التوقيع الإلكتروني⁽³⁾.

ويمكن أن تتضمن تشريعات رقمنة الإدارة إجراءات قانونية من بينها: منح المواطنين الحق في الحصول على المعاملات الإدارية والخدمات العامة بوسائل إلكترونية باستثناء ما يشترط قانونا حضور المعني بالخدمة شخصا إلى الإدارة المختصة لتلقيها، النشر الإلكتروني للقوانين والقرارات والمعلومات والبيانات والإعلانات الإدارية، وتحميل نماذج المعاملات الإدارية الأكثر استخداما على شبكة الانترنت، يضاف إلى ذلك تمكين المواطنين من تقديم التصاريح المالية والتجارية إلكترونيا وفق شروط تحدد تعاقديا⁽⁴⁾.

خامسا: المتطلبات الإدارية والأمنية

يتطلب نجاح تطبيق استراتيجية الإدارة الإلكترونية عموما إجراء تغييرات تنظيمية جوهرية على الهياكل الإدارية داخل المؤسسات الحكومية، باعتبار أن أساليب الإدارة التقليدية لا تتناسب مع التطبيقات الإلكترونية التي تستلزم - في

(1) - عبد الكريم عشور، المرجع السابق، ص 25.

(2) - أمينة بن حامد، المرجع السابق، ص 22، موسى عبد الناصر ومحمد قرشي، المرجع السابق، ص 91.

(3) - حماد مختار، المرجع السابق، ص 22 و 23.

(4) - عبد الكريم عشور، المرجع السابق، ص 24.

كل الأحوال- المرونة وسرعة اتخاذ القرار، الأمر الذي يفرضه واقع التحول نحو إدارة شبكية تستغني تماما عن الوظائف الإدارية الروتينية، بما يعني الحد من توجه نحو التخصص الدقيق وتقسيم العمل والتركيز على دمج الوظائف وتقليل المستويات الإدارية والرقابية⁽¹⁾.

وتتمثل المتطلبات الإدارية والأمنية الواجب مراعاتها لدى رقنة الإدارة في التالي:

01- وضع الاستراتيجيات وخطط التأسيس: التي تشمل في إطارها العام إدارة أو هيئة على المستوى الوطني تتولى وظائف التخطيط، والمتابعة، والتنفيذ ووضع الخطط لتجسيد رقنة الإدارة والإدارة خاصة، بما فيها الاستعانة بجهات استشارية وبحثية لدراسة واستنباط الموصفات العامة لهذا المشروع، والعمل على التكامل والتوافق بين المعلومات المرتبطة بأكثر من جهة، بما يعني لزوم توفير الدعم المالي والاستراتيجي من الحكومة المركزية لإجراء التحول الإلكتروني المطلوب بسلاسة ويسر⁽²⁾.

02- تطوير هيكل التنظيم الإداري والخدمات والمعاملات الإلكترونية وفق تحول تدريجي: بإعادة تنظيم الجوانب والمحددات الهيكلية للإدارة ومختلف وظائفها بما ينسجم ومتطلبات الإدارة الإلكترونية⁽³⁾، من حيث إن الهياكل التنظيمية الملائمة للأعمال الإلكترونية هي المصفوفات والشبكات وتنظيمات الخلايا الحية المرتبطة بنسيج الاتصالات، كما أن الأمر يتطلب استحداث إدارات جديدة وإلغاء أو دمج بعض الإدارات مع بعضها البعض، وكذا إعادة تشكيل الإجراءات والعمليات الداخلية لضمان توفير الظروف الملائمة لرقنة الإدارة بشكل أسرع وأكثر كفاءة وفعالية مع مراعاة الانضباط في إطار زمني متدرج ومحدد⁽⁴⁾.

(1)- مريم خاص حسين، المرجع السابق، ص 449؛ حماد مختار، المرجع السابق، ص 23.

(2)- عبد الكريم عشور، المرجع السابق ص 23؛ موسى عبد الناصر ومحمد قريشي، المرجع السابق، ص 90.

(3)- عبد الكريم عشور، المرجع نفسه.

(4)- موسى عبد الناصر ومحمد قريشي، المرجع السابق، ص 90.

03- الإصلاح الإداري: إن التوصل إلى تحقيق تحول إلكتروني ناجح في تطبيق الإدارة يشمل: التخصص الوظيفي في تشغيل البرامج الإلكترونية وخبراء لتأمين المعلومات وحماية البرامج والتعاملات والوثائق، إحداث تغييرات جذرية وجوهرية في المفاهيم الإدارية والفنية، والحاجة إلى قيادات واعية متحمسة لها القدرة الإدارية وترشيدها، وكذا تبسيط قواعد إثبات التصرفات الإلكترونية خاصة منها ما يتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني والتصديق الإلكتروني⁽¹⁾.

04- تأسيس نظام كفيل بحماية الإدارة الإلكترونية من مخاطر البيئة الرقمية: تعد مسائل الأمن الإلكتروني والسرية الإلكترونية وحماية المعلومات الوطنية والشخصية وصون الأرشيف الإلكتروني من أهم معضلات العمل الإلكتروني؛ باعتبار أن عملية الرقمنة تستلزم مبدئياً تطبيق إجراءات نقل وحفظ ومعالجة كافة المعلومات والوثائق إلكترونياً لتنفيذ متطلبات الإدارة⁽²⁾.

ومن أجل تحقيق أمن المعلومات بتقليل التأثيرات السلبية على استخدام الانترنت، وإزالة تخوف المتعاملين من مخاطر العمل الإلكتروني، وما يمكن أن يلحقه من أضرار على مصالحهم أثناء المعاملات الإدارية، وجب اتخاذ جملة من الإجراءات هي: وضع السياسات الأمنية لتقنيات المعلومات بما فيها خدمة الانترنت، وضع القوانين واللوائح التنظيمية التي تحد من السطو الإلكتروني وانتهاك الخصوصية المعلوماتية، تحديد أطر الحماية اللازمة لنظم التشغيل والتطبيقات المختلفة مع ضبط آليات المراقبة والتفتيش لنظم المعلومات والشبكات الحاسوبية، الاحتفاظ بنسخ احتياطية لنظم المعلومات بشكل آمن بالإضافة إلى تشفير البيانات المحفوظة وتخزينها ونقلها على مختلف الوسائط⁽³⁾.

(1)- علي السيد الباز، "الحكومة الإلكترونية والإدارة المحلية: الإدارة المحلية الإلكترونية العربية"، المؤتمر العلمي الأول حول "الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية"، أكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات، الإمارات العربية المتحدة، 2003/04/28-26.

(2)- عبد الكريم عشور، المرجع السابق، ص 23. موسى عبد الناصر ومحمد قريشي، المرجع السابق، ص 91.

(3)- موسى عبد الناصر ومحمد قريشي، المرجع السابق، ص 92.

سادسا: المتطلبات الاقتصادية والاجتماعية

يساهم الجانبان الاجتماعي والاقتصادي بشكل فعال ومؤثر في إنجاح عملية رقنة الإدارة، خاصة من حيث: العمل على خلق تعبئة اجتماعية مساعدة ومستوعبة لضرورة التحول الإلكتروني وعلى دراية كافية بفوائد تطبيق التقنية في الأجهزة الإدارية خاصة حال الاستعانة بوسائل الإعلام وجمعيات المجتمع المدني، توفير المخصصات المالية الكافية لتغطية تكاليف الإنفاق على مشاريع الإدارة الإلكترونية بما فيها عمليات التغيير والتأهيل والتدريب الرقمي، الاستثمار في ميدان تكنولوجيا المعلومات والاتصال وإيجاد مصادر تمويل جديدة على المستويين المركزي والمحلي تمتاز بالديمومة والثبات⁽¹⁾.

المطلب الثاني: إسهامات الرقمنة في رفع كفاءة الأداء الإداري في الجزائر

إن تطبيق الإدارة الإلكترونية على المستوى المحلي يعد بحق نمطا جديدا من الإدارة الحديثة، أثبت تركه لآثار واسعة وإيجابية على مجالات عمل الجماعات المحلية والهيئات الإدارية واستراتيجياتها ووظائفها، فالواقع أن هذه التأثيرات لا تعود في جانبها الأكبر للبعد التكنولوجي فحسب، بل ترجع أيضا إلى تطور المفاهيم الإدارية المتراكمة لعقود عديدة، والتي أصبحت تركز على تحقيق المزيد من المرونة الإدارية في التفويض والتمكين الإداري⁽²⁾.

وقد كان لتوجه الجزائر كغيرها من الدول، نحو الالتحاق بعصر الرقمنة ومجتمع المعرفة، دور في محاولتها ترقية وظائف المؤسسات الحكومية ومنظمات الخدمة العامة، عن طريق تبني جملة من التعديلات الضرورية على وظائفها الإدارية التقليدية⁽³⁾، نحو نموذج يقوم على رقنة الإدارة هياكلًا وخدمات، بهدف تفعيل مخرجات الثورة الإلكترونية وتجسيد التغييرات العميقة التي تترتب عليها في البيئة

(1) - عبد الكريم عشور، المرجع السابق، ص 25؛ حماد مختار، المرجع السابق، ص 23 و 24.

(2) - موسى عبد الناصر وموسى قريشي، المرجع السابق، ص 93.

(3) - عبد الكريم عشور، المرجع السابق، ص 117.

الإدارية وأساليبها، خاصة أن هذه الأخيرة تمس في صميمها العمل على ضمان الانتقال السليم للإدارة الجزائرية:

من إدارة النشاط المادي إلى إدارة النشاط الافتراضي، ومن الإدارة المباشرة وجها لوجه إلى الإدارة عن بعد، ومن التنظيم الهرمي إلى التنظيم الشبكي، ومن القيادة المركزة على المهام والموظفين إلى القيادة المركزة على ثنائية التقنية والمتعامل، ومن رقابة تقوم على مقارنة الأداء الفعلي للموظف بالخطط العام للإدارة إلى الرقابة المباشرة الآنية⁽¹⁾.

الفرع الأول: خصوصية الإدارة العمومية في الجزائر

يرتبط أي تحول نحو مشروع الإدارة الإلكترونية وتحقيق إنجازات ذات قيمة في ميدان الخدمة العامة بضرورة النظر في الخصوصية التي تمتاز بها الإدارة العمومية؛ فالجزائر كغيرها من الدول تتأثر بيئتها الإدارية بمجموع البرامج والإصلاحات التي يكون حيزها الإدارة العامة والتنظيمات الحكومية، بما يعني وجوب التركيز على واقع هذه الإدارة وتحديد أهم العراقيل التي تعترض وصولها بهدف تمكين المواطن من خدمة عامة إلكترونية رشيدة⁽²⁾.

في هذا السياق، يبدو أن تحليل بيئة الإدارة العامة الجزائرية يُفضي إلى تسجيل جُملة من المشاكل الجوهرية التي يمكن حصرها في مستويين:

- الأول: يتعلق بمشكلة التخلف السياسي والإداري وببطء عملية المشاركة الديمقراطية، بما أدى إلى وضع حدود للقوة والنفوذ النسبي للهيئات الديمقراطية كالمجالس المنتخبة ومؤسسات المجتمع المدني من جهة، وحدوث خلل بنيوي ووظيفي في توازن السلطات وضعف النمو السياسي من جهة أخرى؛ نتج عنهما استئثار بعض عوارض الأمراض المكتنية وعلى رأسها الفساد الإداري⁽³⁾.

(1) - موسى عبد الناصر وموسى قريشي، المرجع السابق، ص 93.

(2) - عشور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 164 و 165.

(3) - بومدين طاشمة، "الحكم الراشد ومشكلة بناء قدرات الإدارة المحلية في الجزائر"، مجلة التواصل، عدد 26، =

- الثاني: يتعلق بقناعة المواطن نفسه بأن الفساد مستشر في الأجهزة الإدارية المحلية والمركزية على السواء، بل وأنها مهيأة لانتشار أوسع في ظل التغيب المستمر للشفافية والمساءلة والرقابة وحكم القانون. ومما يعمق من إدراك المواطن كون الخطاب الرسمي للدولة لا ينفك يعترف بوجود الفساد الإداري، بل ويعد مرارا وتكرارا بالسعي نحو القضاء عليه لكن دون جدوى، وذلك رغم أن الإدارة كانت ولا تزال هدفا لعمليات إصلاح إداري؛ بسن ترسانة من القوانين والتشريعات الجديدة خصصت لحماية المال العام والصالح العام من النهب والفساد⁽¹⁾.

وانطلاقا من أن الإدارة تصنف ضمن العلوم الاجتماعية التي تربط الإنسان الفرد بمجتمعه، بالتالي فإن سلوكها ما هو إلا انعكاس لمجتمع محدد ولزمن معين، لا يمكن الحكم على مقدار فسادها أو صلاحها بقوانين ثابتة⁽²⁾، فإنه يبدو أن الإدارة في الجزائر ما زالت تعتمد في تعاملها مع البيئات الأخرى الاجتماعية والاقتصادية على إرث إداري وتنظيمي قديم، ولا يزال سلوك القيادة البيروقراطية يعتمد على الأسلوب التقليدي القائم على سد الثغرات واتخاذ سياسة رد الفعل في التعامل مع الأوضاع الطارئة بدل الاعتماد على إدارة التغيير⁽³⁾، وهي كلها معوقات سياسية وإدارية واقتصادية تؤثر في تنظيمها على سهولة التحول نحو الإدارة الإلكترونية والتمكين الفعلي من الخدمة العامة الإلكترونية⁽⁴⁾.

على أن تأثيرات طبيعة التنظيم الإداري البيروقراطي في الجزائر على تحولها نحو الرقمنة؛ يكشف عن مدى ارتباطه الفعلي بوجود انحرافات وفساد إداري يعد في كل الأحوال السبب الرئيسي وراء الفشل في إيجاد إطار مؤسسي وقانوني يحمي

جوان 2010، ص 36.

(1) - المرجع نفسه، ص 37 و 38.

(2) - عبد الكريم عشور، المرجع السابق، ص 166.

(3) - بومدين طاشمة، المرجع السابق، ص 39.

(4) - عبد الكريم عشور، المرجع السابق، ص 166.

ويرتقي بمستوى هذا التحول⁽¹⁾، خاصة من حيث:

✓ غياب مخطط إداري هيكلي في الدولة، وعدم وضوح السياسات العامة للإدارة المحلية، بما ينتج معه ازدواجية وتضارب في المسؤوليات تؤدي إلى تكبيل أو تقييد الجهاز الإداري.

✓ تضخم حجم العمالة في الهيئات الإدارية المحلية والمركزية وانخفاض مستواها بسبب ضعف التدريب الإداري وعدم انتظامه، بما من شأنه أن يُعقد الإجراءات الإدارية ويضعف التواصل مع المواطنين، عدا عن كونه إهدار لموارد الدولة.

✓ بطء حركة القوانين والتشريعات، وغياب المعايير العلمية التي تسير التغيرات والتطورات المجتمعية والإدارية محليا ووطنيا ودوليا، بسبب الاعتماد على الحلول الجاهزة للمشاكل وتقبل المستورد منها دون مراجعة أو تجديد، ودون اعتبار للاختلاف في ظروف البيئة الثقافية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية لكل دولة.

✓ غياب الرقابة الإدارية الفعالة على المستويين المحلي والمركزي أدى إلى تفشي ظواهر سلبية للبيروقراطية، مثل: الفساد الإداري، والرشوة، والمحسوبية والوصولية، والتحايل على القوانين، والغيابات غير الشرعية عن العمل، والتهرب من المسؤولية، وانتشار أساليب الاتكال ... وغيرها⁽²⁾.

على العموم، إن نجاح الإدارة الجزائرية في محاصرة الفساد الإداري والقضاء على جذوره، من أجل تمكين الدولة ومؤسساتها المحلية من بناء قدرات الإدارة لمواجهة تحدي الرقمنة؛ يتوقف على دعم التخطيط وإشراك الهيئات المحلية والمجتمع المدني في صياغة المشاريع الخاصة بالتحول للخدمة العامة الإلكترونية، من أجل الاستفادة من الخبرات التي تولّدها المناظرات حول الموضوع على مستوى أعم وأشمل، بما من شأنه أن يكون سببا وراء تعجيل نجاح "مشروع الجزائر

(1)- المرجع نفسه، ص 165.

(2)- عبد الكريم عشور، المرجع السابق، ص 165 و 166؛ بومدين طاشمة، المرجع السابق، ص 39-41.

الإلكترونية"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مخططات التحول الإلكتروني للإدارة في الجزائر

يتطلب تحسين وترشيد الخدمات الإدارية العامة العمل بجهد وجدية للرفع من مستوى كفاءة الإدارة وترقية التعاملات اليومية والدورية بينها وبين المواطنين؛ لذلك لم يكن اتجاه الجزائر نحو تبني مشروع رقنة الإدارة والحكومة تحت مسمى "مشروع الجزائر الإلكترونية 2013" غريبا، باعتبار سعيها مبدئيا نحو ربط المؤسسات الإدارية في الدولة بشبكات اتصال تكون في مجموعها بمثابة بوابة رقمية حكومية تسمح بالتواصل فيما بينها ومع الهيئات العمومية؛ باستعمال الوسائل التكنولوجية المتطورة من أجل دفع مخططات التحول الإلكتروني للخدمة العامة كأحد أشكال الحكم الإلكتروني⁽²⁾.

أولا: البنية التحتية الإلكترونية في الجزائر

يرتبط الارتقاء بمستوى تطوير المعلومات والاتصال، كمطلب أساسي لكل استراتيجية إلكترونية لدى أي دولة في العالم بضرورة وجود سياسة وطنية تهتم بالتكنولوجيا وأطر إدارتها⁽³⁾؛ لذلك مثل توجه الجزائر نحو مواكبة تكنولوجيا المعلومات والاتصال مدخلا أساسيا يعبر عن الرغبة في التأسيس لثقافة وممارسة الأعمال الحكومية كوسيلة لتمكين الحكومة من تأمين إدارة أكثر كفاءة لمواردها وتنفيذ سياساتها وخططها بفعالية عالية⁽⁴⁾.

انطلقت بوادر إرساء البنية التحتية الإلكترونية في مؤسسات الدولة، ببدء تنفيذ السياسة الوطنية لتكنولوجيا الإعلام والاتصال التي تقوم على تطوير البنية القاعدية للاتصالات وتأسيس مجتمع المعلومات، بناءً على النقاط الأساسية التالية:

(1) - عبد الكريم عشور، المرجع نفسه، ص 166.

(2) - المرجع نفسه، ص 131.

(3) - عبد الكريم عشور، المرجع السابق، ص 120.

(4) - المرجع نفسه، ص 117.

إيجاد بنية قاعدية قوية وواسعة ومتكاملة، اعتماد المعرفة كسبيل لبلوغ التنمية ودعمها، الانفتاح على الاقتصاد الجديد مع ضرورة الاستثمار في العنصر البشري عن طريق استغلال رأسمال الفكري، وتجاوز التحدي المفروض في ظل المتغيرات المتعلقة بمجتمع المعلومات والاقتصاد المعرفي، إضافة إلى توفير آليات جديدة للتنمية، قائمة على إيجاد بنية قاعدية قوية ضامنة لحسن استغلال الإنترنت⁽¹⁾.

تحقيقا لهذا التوجه، اعتمدت الجزائر في سياستها الوطنية الرامية لتأسيس بنية تحتية إلكترونية وتأهيل الشبكة الوطنية على محورين:

✓ محور عصنة الشبكة الوطنية للاتصالات؛ بالإدخال المكثف للتكنولوجيات الجديدة وبالرقنة الكاملة للشبكات وتشغيل خدمات جديدة⁽²⁾، حيث عملت الجزائر على الاستفادة من خدمات الإنترنت ومختلف التقنيات المرتبطة بها من خلال ارتباطها بالشبكة ابتداءً من مارس 1994؛ عن طريق مركز البحث العلمي والتقني، والذي من مهامه الأساسية إقامة شبكة وطنية وربطها بالشبكات الإقليمية والدولية، ومنذ ذلك الحين قُدر عدد الهيئات المشتركة في الإنترنت بحوالي 800 هيئة منها 100 هيئة في القطاع الجامعي، و50 هيئة في القطاع الطبي، و500 في القطاع الاقتصادي، و150 في قطاعات أخرى، بما يثبت أن الدولة عرفت نمواً ضعيفاً في نسبة استعمال واشتراك الأفراد والمؤسسات في الإنترنت بسبب ضعف الدخل الفردي وصعوبة الربط الشبكي⁽³⁾.

✓ محور رفع طاقة الشبكة الوطنية للاتصالات، لا سيما بإنجاز البرامج التالية:

- إنجاز شبكة اتصال وطنية ذات ألياف بصرية يقدر طولها بـ 15.000 كم.
- الاعتماد أساساً على كابل بحري بألياف بصرية تقدر سرعتها بـ 10.5 جيجابايت، إضافة إلى تشغيل أرضية إنترنت بـ 100.000 مشترك، مع إمكانية توسيعها نحو 1.5 مليون مشترك.

(1)- المرجع نفسه، ص121.

(2)- المرجع نفسه، ص122.

(3)- عبد الكريم عشور، المرجع السابق، ص 117- 119.

- إضافة 5 مليون خط جديد في شبكة الهاتف النقال التابعة لاتصالات الجزائر، ثم مليون خط إضافي جديد مع توسيع شبكة نقل المعطيات للتكفل باحتياجات الهيئات الاقتصادية والمالية.

- التعجيل في استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال في الإدارة العامة، بإنفاق ميزانيات ضخمة على تطوير الإدارة الإلكترونية في الجزائر، فقدرت نسبة الإنفاق لدى وزارة البريد وتكنولوجيا المعلومات والاتصال بأكثر من 18 مليار د.ج، مع وجود مخططات لاستخدام المدفوعات الإلكترونية وإدخال التجارة الإلكترونية لتعزيز الشفافية في المعاملات التجارية.

- نشر استخدام تكنولوجيا المعلومات والإنترنت، استجابة لفتح السوق على المنافسة الحرة ودعم نشر المعارف التقنية من خلال برامج مخصصة لذلك؛ مثل برنامج أسرتك الأول والثاني وذلك في إطار دعم مجتمع المعلومات⁽¹⁾.

ثانيا: لمحة عن مشروع الجزائر الإلكترونية 2013

بدأت مشاريع إنشاء الإدارة الإلكترونية في العديد من الدول الغربية المتقدمة منذ النصف الثاني من تسعينيات القرن العشرين، والتحق بها عدد من الدول العربية بمخططات الرقنة الإدارية ابتداءً من بدايات القرن الواحد والعشرين، في كل من إمارة دبي ومصر وسوريا والأردن؛ بما حفز دولا عربية أخرى على تبني هذا المشروع وإعماله واقعا، مثل الجزائر التي حاولت الاستفادة مما توفره الرقنة من إيجابيات للحكومة والإدارة والمتعامل.

ويعد مشروع الجزائر الإلكترونية أحد الملفات الكبرى التي أطلقتها وعملت عليها وزارة البريد وتكنولوجيات الإعلام والاتصال، في إطار زمني حدد بـ 06 أشهر، على أن يتم تنفيذها ميدانيا بين سنتي 2008 و2013، وقد تم التشاور من أجل إعداد تفاصيله الأساسية مع مجموعة من المؤسسات والإدارات العمومية والمتعاملين الاقتصاديين والخواص، وكذا عدد من الجامعات ومراكز البحث

(1)- المرجع نفسه، ص122.

والجامعات المهنية التي تنشط في مجال العلوم وتكنولوجيات الإعلام والاتصال، بالإضافة إلى مشاركة أكثر من 300 شخص في طرح الأفكار ومناقشتها⁽¹⁾.

جُملة هذه النقاشات والأفكار؛ خلصت إلى صياغة مخطط عام وتفصيلي لتنفيذ مشروع الجزائر الإلكترونية المزمع تنفيذه في غضون سنة 2013، والتي يمكن تلخيصها في المحاور الثلاثة عشر الرئيسية التالية:

تسريع استعمال تكنولوجيا الإعلام والاتصال في الإدارة العمومية، تسريع استعمال تكنولوجيا الإعلام والاتصال على مستوى المؤسسات، تطوير الآليات والإجراءات التحفيزية الكفيلة بتمكين المواطنين من الاستفادة من تجهيزات وشبكات تكنولوجيات الإعلام والاتصال، دفع تطور الاقتصاد المعتمد على المعرفة، تعزيز البنية الأساسية للاتصالات ذات التدفق السريع وفائق السرعة، تطوير القدرات البشرية، تدعيم البحث في مجال التطوير والإبداع، تأهيل الإطار القانوني التشريعي والتنظيمي، المعلومة والاتصال، تثمين التعاون الدولي، آليات التقييم والمتابعة، الإجراءات التنظيمية، الموارد المالية⁽²⁾.

في ذات السياق، تم تحديد عدد من الأهداف العامة والفرعية التي يسعى مشروع الجزائر الإلكترونية إلى تحقيقها، من بينها: تسهيل وتبسيط تقديم الخدمة العامة للمواطن وإتاحتها للجميع، التنسيق بين مختلف الوزارات والهيئات الرسمية، مكافحة البيروقراطية والفساد والأمراض المكتبية، تحسين نوعية الخدمة المقدمة للمواطن، تحقيق السياسة الوطنية الجوارية عن طريق تقريب الإدارة من المواطن بناءً على مبادئ العدالة الاجتماعية والمساواة⁽³⁾.

ويجمع محتوى محاور وأهداف مشروع الجزائر الإلكترونية؛ تم صياغة برنامج عمل

(1) - أمينة بن حامد، المرجع السابق، ص 29.

(2) - عبد القادر بلعربي ولعرج مجاهد نسيم ومغرب فاطمة، "تحديات التحول إلى الحكومة الإلكترونية في الجزائر"، بحث مقدم للملتقى العلمي الدولي الخامس حول "الاقتصاد الافتراضي وانعكاساته على الاقتصاديات الدولية"، 13 و14 مارس 2012، المركز الجامعي خنيس مليانة، ص 07 و08.

(3) - عبد القادر بلعربي ولعرج مجاهد نسيم ومغرب فاطمة، المرجع السابق، ص 08؛ أمينة بن حامد، المرجع السابق، ص 29 و30.

لتنفيذ تفاصيله، يتأتى برنامج الإدارة الإلكترونية في الجزائر ضمن المبادرات والمشاريع التنموية الهادفة لتحقيق تنمية مستدامة في مختلف جوانب الحياة، وتمثل أرضية عمل مشروع الجزائر الإلكترونية في العناصر التالية:

أ- تطوير النصوص التشريعية بإعداد قانون ينظم المعاملات الحكومية الإلكترونية.

ب- تطوير البنية المؤسسية المالية لتصبح أكثر مرونة مع التغيير.

ج- تطوير الإدارة والتنفيذ الإداري؛ بما فيها تحديث أساليب العمل في الجهات المقرر استخدامها للمعاملات الإلكترونية.

د- تطوير البنية التقنية والفنية عن طريق التدريب على استخدام التكنولوجيا الرقمية في الجهات الحكومية لتطوير الطاقات والقدرات اللازمة لإنجاح مشروع الرقمنة الإدارية، بالإضافة إلى تحسين الكفاءة التشغيلية بما فيها استخدام أحدث الأجهزة والمعدات وأنظمة قواعد البيانات وتحديث الاتصالات والمعلومات.

هـ- تنمية الكوادر البشرية من خلال العمل على تطوير فكر القيادات الحكومية بما يتلاءم مع مفهوم الإدارة الإلكترونية.

و- إعداد برنامج الإعلام والتوعية من خلال خطط تعرف المجتمع بمزايا التحول إلى المجتمع الرقمي وكيفية الاستفادة من مشروع رقمنة الإدارة⁽¹⁾.

الفرع الثالث: نماذج رقمنة الخدمات الإدارية العامة في الجزائر

اهتمت المحاور الرئيسية لتنفيذ استراتيجية مشروع الجزائر الإلكترونية 2013 بما سيحدثه إدخال وتعزيز استخدام تكنولوجيا الإعلام والاتصال في الإدارة العمومية الجزائرية، من تحول في الأساليب التنظيمية والأعمال الحكومية بشكل يعيد النظر كلية في كيفية تسيير وتكليف الخدمة العامة⁽²⁾، من أجل ضمان فعالية وإتاحة تقديم الخدمات العامة الحكومية والإدارية لجميع المواطنين، من هذا المنطلق أخذت

(1) - عبد القادر بلعربي ولعرج مجاهد نسيمة ومغرب فاطمة، المرجع السابق، ص 08 و 09.

(2) - عبد الكريم عشور، المرجع السابق، ص 131.

الدولة على عاتقها مهمة تقنين الخدمات الإلكترونية فيما يشبه إطلاق "ورشة كبرى" لرقمنة الإدارة المركزية والجماعات المحلية⁽¹⁾.

إعمالا لذلك، تم التركيز على وضع أهداف خاصة وأحيانا مشتركة لكل دائرة وزارية؛ تتعلق عموما بـ: استكمال البنى الأساسية للمعلومات ووضع نظم إعلام مندمجة وتنمية الكفاءات الوظيفية البشرية، نشر التطبيقات الإدارية القطاعية إلكترونيا، تطوير الخدمات الإلكترونية لفائدة المواطنين والشركات والعمال والهيئات الإدارية الأخرى⁽²⁾، وهو ما تبدى تطبيقاته فعليا على أرض الواقع في المستويات الإدارية التالية:

عنوان الجدول: أهم أمثلة رقمنة الخدمات الإدارية العامة في الإدارات العمومية الجزائرية⁽³⁾

القطاع	الأمثلة
	* التحول نحو أتمتة أنشطة الإدارة العمومية عن طريق تغيير مفاهيم الخدمة العامة من خلال إدراج تكنولوجيا المعلومات والاتصال في: - تنصيب شبكة حكومية داخلية (RIG)، وهي نظام شامل يتضمن مجموع الوسائل الحديثة للاتصال. - وضع برنامج (IDARA) في مصلحة الموارد البشرية على مستوى الوظيف العمومي، وتنصيب شبكة معلومات تربط الإدارات مع الهياكل المركزية والمحلية المكلفة بالتسيير التنبئي للموظفين العموميين.

(1) - وسيلة واعر، "دور الحكومة الإلكترونية في تحسين جودة الخدمات الحكومية - حالة وزارة الداخلية والجماعات المحلية - الجزائر"، الملتقى الدولي حول إدارة الجودة الشاملة بقطاع الخدمات، جامعة منتوري - قسنطينة، ص 14.

(2) - عبد الكريم عشور، المرجع السابق، ص 131.

(3) - تم إعداد الجدول من طرف الباحث بناءً على المعطيات والمعلومات الموجودة في المراجع التالية تفصيلا: عبد القادر بلعربي ولعرج مجاهد نسيم ومغرب فاطمة، المرجع السابق، ص 11 و 12؛ أمينة بن حامد، المرجع السابق، ص ص 33-35؛ عبد الكريم عشور، المرجع السابق، ص ص 137-156.

- إطلاق بطاقة التعريف الوطنية وجواز السفر في صيغتهما البيومترية والإلكترونية. - إصدار وصحبة شهادة ميلاد مرقنة ومؤمنة (شهادة ميلاد رقم 13، رقم 12، رقم 12 S). - رقنة وثائق البطاقة الرمادية، عن طريق ملقم يحتوي على قواعد البيانات الخاصة بالبطاقة الرمادية، تتصل به حاسبات موجودة على مستوى كل من الدوائر والدرك الوطني الذي يستعملها في حالة التأكد والمراقبة. - تطوير عملية الاتصالات ونقل المعلومات والإحصائيات أثناء الانتخابات، بين البلديات ومن الدوائر إلى الولايات، أين تُجمع النتائج على المستوى المركزي بالجزائر العاصمة، بما يؤدي إلى توفير الكثير من الجهد والوقت. - تنصيب ملقم خاص بالبريد الإلكتروني يعمل على تزويد الدوائر بهذه الخدمة، حيث يتم إرسال الرسائل الإلكترونية مباشرة إلى الهيئة الإدارية المختصة (الدوائر، ديوان الوالي). - إتاحة خدمات على الخط في بعض مؤسسات الخدمة العمومية؛ من شأنه تدعيم شفافية الخدمة، وتوفير المعطيات والدلالات الرقمية لجمهور المواطنين.	الإدارة العمومية
- توفير خدمات السحب والاطلاع على الرصيد وطلب الصكوك البريدية، عن طريق استخدام بطاقة السحب الإلكتروني والشباك الإلكتروني. - توفير خدمات الاطلاع على الرصيد وطلب الصكوك البريدية والحصول على كشف العمليات الحسابية عن طريق شبكة الإنترنت.	البريد والمواصلات
- العمل على الارتقاء بالخدمات المقدمة للطلبة والأساتذة، من خلال الربط بين العديد من الجامعات، وتوفير الشبكة لأساليب جديدة للتكوين مثل: التعليم الإلكتروني، والجامعة الافتراضية، والتعليم عن بعد. - توفير التغطية الكاملة للجامعات والمخابر ومراكز البحث بشبكة الإنترنت، تمشيا مع	التعليم العالي

والبحث
العلمي

حاجة القطاع الملحة إلى مواكبة التطور التقني والتكنولوجي.

- رقنة التسجيلات الجامعية لفائدة الطلبة حاملي شهادة البكالوريا الجدد، وفق المراحل التالية: ملء وإرسال البطاقة الإلكترونية، الاطلاع على نتائج التوجيه، تأكيد التسجيل، الطعون، التسجيلات النهائية.

- إعلام الطلبة بإجراءات الاستفادة من الخدمات الجامعية عن طريق البوابات الإلكترونية للجامعات والمراكز الجامعية.

العدالة

- تطبيق تكنولوجيا المعلومات والاتصال في الهياكل الإدارية و التنظيمية في قطاع العدل بهدف التحول نحو تقديم خدمات عمومية إلكترونية على مستويين:

1- مجموع الخدمات الإلكترونية الموجهة للمتقاضين التي يمكن تصنيفها ضمن الأنظمة المعلوماتية التالية:

• النظام الآلي لتسيير الملف القضائي، من خلال: تسجيل الدعاوى القضائية ومتابعتها إلى غاية صدور الحكم أو التنفيذ العقوبة، المتابعة الدورية والاطلاع على القضايا.

• النظام الآلي لتسيير مؤسسات إعادة التربية والتأهيل، من خلال: متابعة المسجون طوال فترة تنفيذه للعقوبة عن طريق بطاقة إلكترونية خاصة، والمعالجة السريعة لإجراءات العفو.

• نظام صحيفة السوابق العدلية، من خلال إمكانية تسليم الصحيفة العدلية رقم 03 للمواطن ورقم 02 للإدارات العمومية في وقت قصير، ومن أي جهة قضائية على مستوى التراب الوطني، كما تتم عملية رد الاعتبار بقوة القانون وبصفة آلية.

• نظام تسيير الأوامر بالقبض، من خلال توفير قاعدة معطيات وطنية متاحة بأيدي الضبطية القضائية تسمح بالتعرف على كل المبحوث عنهم في إطار القانون.

2- استحداث خدمة الشباك الإلكتروني لتطوير قطاع العدل وتقريبه من المواطن، تتجسد في شكل بوابة لتوجيه الرسائل الإلكترونية تمكن المواطن من الحصول على

إجابة مباشرة عن طريق بريده الإلكتروني، وذلك بعد التشخيص القانوني للقضية، أو الاستفسار من قبل خلية مشكلة من قضاة ورجال قانون وإطارات من وزارة العدل.	
- مبادرات التحول نحو الصيرفة الإلكترونية التي تقوم على تقديم البنوك للخدمات البنكية التقليدية في صيغة إلكترونية من خلال نظام شبكي يجعل الوصول إليها يقتصر على المنتسبين للبنك فقط. - استحداث وسائل إلكترونية لتلقي الخدمات البنكية من بينها: بطاقة الخصم، بطاقة الائتمان، البطاقة الذكية. - تدعيم التحول الرقمي الآمن في القطاع البنكي من خلال مشروع (RIS)، الذي يتمثل في إقامة وتأسيس شبكة متخصصة تربط بين مختلف البنوك عبر الوطن، هدفها تبادل الخدمات المصرفية الإلكترونية وفق شكل مؤمن ومقنن بين مختلف المؤسسات البنكية في الدولة. - امتلاك معظم البنوك الجزائرية مواقع إلكترونية عبر شبكة الإنترنت، تمثل فضاءً يتضمن مجموعة من المعطيات المصرفية والبيانات حول السياسة المالية والنقدية وإحصائيات مختلفة.	البنوك
التربية الوطنية: - استحداث مبادرات الخدمة العامة الإلكترونية كمدخل لترقية ما يقدم للتلاميذ خاصة من حيث: • مستوى التعليم النظامي، من خلال خدمات ظرفية تتعلق بالإعلان عن نتائج شهادتي التعليم الأساسي والبالوريا على شبكة الهاتف النقال أو على شبكة الإنترنت. • مستوى التعليم عن بعد، من خلال تلقي الطلبة المسجلين خدمات إلكترونية عبر الديوان الوطني للتعليم عن بعد، متعدد بين إمكانية التسجيل وسحب الاستمارة	

الإلكترونية، وتوفير الدروس المقررة وفق المنهج التربوي، وفتح فضاء إلكتروني للاتصال والاستعلام، بالإضافة إلى تقديم خدمات تعلم الإعلام الآلي واللغات الأجنبية ومجموعة من الفروض والامتحانات للتحميل إلكترونياً. التكوين المهني: - استفادة مؤسسات التكوين المهني من شبكة الإنترنت. ويهدف الربط الشبكي بين مؤسسات القطاع في برنامج واحد إلى بناء قاعدة معطيات بها شقان: • المعلومات الإدارية والتجهيزات والموارد المالية والبشرية. • المعلومات البيداغوجية المتعلقة بتسيير وهندسة التكوين، وكذا رزنامة التكوين والمتربين وقاعات الدراسة والمحاضرات. - مشروع نظام المعلومات يقدم مؤسسات التكوين المهني في خريطة جغرافية رقمية، ويدعمها بدليل حول مختلف التجهيزات بالقطاع وخصائصها التقنية، وبجزء من التحاليل للإحصائيات وفقاً لمعطيات الرقمية.	التربية الوطنية والتكوين المهني
- عملية إعادة التقييم المشتركين، في إطار بناء قاعدة معطيات وطنية للضمان الاجتماعي. - استحداث بطاقة الشفاء الإلكترونية للتأمينات الاجتماعية، التي تسمح بالتعرف على هوية المؤمن اجتماعياً وذوي الحقوق وتسهيل دفع مستحقاتهم وتعويضاتهم.	الضمان الاجتماعي

خاتمة:

إن الإدارة الإلكترونية باعتبارها أحدث مدرسة في علم الإدارة؛ أفرزت تأثيرات عديدة على نموذج الإدارة التقليدية، وبالتالي على شكلها ووظائفها، حيث تقلصت بفضلها المسافات، واختزل عن طريقها الزمن، وتطور مستوى الخدمة العامة. فتطبيق مقتضياتها يُمكن الدول من معالجة العديد من المشاكل التي تعاني منها المؤسسات الحكومية البيروقراطية، التي أصبحت أرضاً خصبة للفساد الإداري والمالي ونقص الرقابة الحكومية والمراجعة الدورية؛ بما يسمح للموظفين باستغلال

سلطتهم في تقديم المعاملة التفضيلية وقبول الرشاوى أو تأخير الخدمات، ويجبر المواطن على المشاركة في الفساد والتحايل على القوانين.

وانطلاقاً من قطاعات الحكومة، والتعليم العالي والتربية والصحة العمومية، والعدالة، والمصارف والمؤسسات المالية؛ حاولت الجزائر بجهد تحديث الممارسة الإدارية عن طريق تطبيق نماذج تكنولوجيا المعلومات والاتصال على الهياكل الإدارية، وربطها فيما بينها ومع المواطن ضمن نظام شبكي، إلا أن ضمان نجاحها التام في مشروع رقنة الإدارة والخدمة العامة يستوجب ما يلي:

1- ضرورة تهيئة وتطوير البنية الأساسية لنجاح الإدارة الإلكترونية في أداء أعمالها، من خلال التحديث المستمر والدائم لنظم اتصالات فعالة لنقل البيانات والمعلومات وتدفعها من وإلى المؤسسات الإدارية والمواطنين ومنظمات الأعمال والمجتمع المدني.

2- ترشيد وتعديل القوانين والتشريعات لإضافة الشرعية اللازمة والقبول، للوثائق والمعاملات الإدارية الإلكترونية بما يتلاءم مع بيئة العمل الإداري الإلكتروني.

3- تشجيع استيعاب المعرفة الإلكترونية لدى جمهور المتعاملين، وتحقيق العدل والمساواة للجميع في الوصول إلى خدماتها العامة، من خلال إعادة النظر في برامج التعليم العالي والتكوين المهني في مجال تكنولوجيا الإعلام والاتصال ومتابعة عملية تلقينها لجميع الفئات الاجتماعية.

4- ضرورة رفع كفاءة القوى العاملة التقنية والفنية، والتي تطرح كضرورة ومطلب أساسي في التحول الناجح نحو الإدارة الإلكترونية.

5- يجب على الدولة المحافظة على خصوصية وسرية المعلومات والمعاملات الشخصية التي تجمعها الحكومة حول الأفراد والمؤسسات.

6- ضرورة عمل الدولة على حماية أمن المعلومات من حيث أن ثقة المواطن بالإدارة الإلكترونية يعتبر عنصراً مهماً لقيامها، خاصة في حالة الخدمات التي يتطلب الحصول عليها قيام المواطنين تزويد الإدارة بمعلومات شخصية.

استجلاء الملامح الطائفية في بنايات دول المشرق العربي: مشهد التفكك

بقلم: د/ محمد شاعة*

ملخص

أثبتت العقود الأخيرة بشكل واضح أن المجتمعات المشرق العربي قد غدت أكثر طائفية، ونُسبت العديد من الصراعات الحالية في المنطقة إلى الطائفية، وتسييس الهوية الإثنية والدينية.

وتوفر الخطابات الطائفية نقطة تجمع عاطفية بهدف التعبئة الشعبية، كما تلجأ إليها وبسهولة الفواعل المنخرطة في النزاع لتحقيق أهدافها. في حين إن تصاعد العنف الطائفي الذي ترعاه جهات خارجية يشكل بالفعل تهديدا وجوديا للدول الهشة.

تميل الدولة التسلطية إلى تشجيع الاحتماء بالهويات التي لا تتماشى مع الدولة القومية، مثل الطائفة أو العرق أو القبيلة، لضمان استقرار النظام السياسي. وإن نوعية الصراع الطائفي الذي نشهده حاليا هو بالتالي أحد أعراض الصراع السياسي وليس سببا له. لذا تحتاج المجتمعات العربية إلى تفعيل قيم التعددية وحماية الحقوق المدنية، مما يسمح بإنشاء فضاء للحرية العامة للتعبير عن الرأي والهوية، وتحتاج الدولة الأمة إلى اكتساب الشرعية لتجنيبها التفكك.

Abstract

The recent decades has demonstrated clearly that Arabic Mashrek societies are more sectarian, Many of the current conflicts in region have been attributed to sectarianism, a politicization of ethnic and religious identity.

Sectarian discoures provide an emotional rallying point for

* أستاذ محاضر بقسم العلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف/ المسيلة، الجزائر.

popular mobilization, and are easily leveraged by actors involved in the conflict to achieve their goals. The rise in sectarian violence sponsored by external actors poses an existential threat to these already-fragile states.

Authoritarian State tends to encourage recourse to identities that do not align with the nation-state, such as sect, ethnicity, or tribe, to ensure the stability of the political system. Sectarian conflict of the kind now witnessed is thus a symptom of political conflict rather than a cause. So, Arab societies need to activate the values of pluralism and protect civil rights, which allows the establishment of a free public space for expression of opinion and identity, and the nation state needs to be re-legitimised to prevent it from disintegrating.

مقدمة

يستوطن المشرق العربي مناطق تتسم بوهن أساسات الدولة ومحدودية تحكمها في إدارة العنف، وفي بعض الأحيان تبلغ فيها النزاعات الاجتماعية الذروة القصوى، في حين تنعدم الثقافة السياسية التعددية، بحيث أصبح بمقدور قوى الإرهاب والتطرف أن تفرض نظامها الداخلي. وساهمت أزمة الدولة الأمة في دفع الجماعات إلى إعادة تأسيس هوياتها المختلفة وإبداع سماتها المميزة، وتبعاً لذلك غدت بلدان المشرق العربي مهددة بالتفكك الطائفي.

وأصبح "الحس الطائفي" قيمة راهنة وجيلية، بالنظر إلى هشاشة الرموز السياسية الوطنية ذات القدرة التعبوية، في مواجهة بعض الأنظمة التسلطية التي تسعى إلى إعادة بعث وإحياء النزعات العصبية، وتطويع المجتمع وفق نمط عدائي مفرط.

ومن آثار هذه المشكلة عجز بعض الدول الوطنية المتزايد عن التعبير عن هوية قومية وثقافية جامعة، مما يفسر ظواهر انفجار الخصوصيات والتمييزات، والالتزام بالولاءات والانتماءات الضيقة، وانعكس هذا الأمر في تنامي ظاهرة التيارات القومية المتطرفة والطوائف الدينية المنغلقة، وتعاضم خطر التمايز بين الدعوة إلى القيم الجمهورية أو الوطنية (التعلق بالأمة في حدودها السياسية والقومية) وتبني النظرة

الطائفية ومنطق الأقليات (تعويض القيم القومية بقيم الطوائف والأقليات). وتشهد الساحة العربية حدة مضاعفة لهذه المشكلة المطبوعة بتزايد القلق من تأثيرات عملية التطييف على واقع الكيانات القطرية الهشة، خاصة في ظل غياب نظام إقليمي عربي فعال.

وإذا استمر مسار مذهب الصراعات الإقليمية، فإن المنطقة العربية قد تعرف المزيد من تشويه الدولة، على نحو يفضي إلى صعوبة التمييز بين الدولة ومكوناتها، وهذه صورة لأزمة بناء الدولة بكاملها؛ ففي المجتمعات الطائفية تطرح فكرة المواطنة بقوة، أي طبيعة انتماء الفرد إلى الدولة، وعادة ما تلعب الطائفة دورا وسيطا بين الدولة والفرد، وهذا ما يعيق تطور دولة المواطنين، كما أن سياسات التطييف تُخرب مفهوم التعددية وتمنع تشكل نسيج الدولة الطبيعي وتطوير التلاحم المجتمعي. ويغدو الفرد مرتبطا بطائفة ما قبل قومية غير منسجمة اجتماعيا، وبالتالي نجد الطائفة تتأسس كجماعة بين الفرد والدولة، ويتأسس على إثر ذلك توازن طائفي كبديل للتعددية ومفهوم الجماعة القومية، وهذا ما يحيطنا دوما بمخاطر الحروب الأهلية.

الإشكالية البحثية: تؤسس سياسات التطييف لقوة الدولة المادية وتشل قوة دولة المؤسسات، وعليه تتأسس الدولة على حدود قوة الجهاز القمعي، لصيانة وحدة الدولة من دون تطوير التماسك الداخلي، وهذا التوجه يقود إلى زيادة تسييس التعددية الطائفية والاحتماء بها عوضا عن الالتجاء إلى صفة المواطنة. وتدقيقا لهذه الفكرة يمكن طرح السؤال الآتي:

• هل ستدفع سياسات تطييف المجتمع إلى تفكيك وتجزئة البناءات الراهنة لدول المشرق العربي؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من الأسئلة الفرعية أهمها:

- فيم تتمثل الدعائم النظرية المعينة في فهم طبيعة العلاقة بين النزاع الطائفي وخصائص التركيبة المجتمعية العربية؟
- ماهي المتغيرات والمحددات المفسرة لمنشأ ظاهرة الطائفية السياسية في بلدان المشرق العربي؟

- هل أصبحت سمات الزمن العربي هي التفكك والتجزؤ الدولاتي (ضياع الهوية الوطنية) والتفكك الطائفي (ضياع الموجهات)؟

- هل يحتاج بناء الدولة الراهنة إلى إعادة التفكير في نماذج حكم مستجدة بغية تفعيل سياسة التكامل والتوافق داخل المجتمع العربي؟

الفرضية المركزية: إذا تحولت الطائفية إلى مبدأ سياسي، فهذا يعني اندماج الخيارات السياسية بالمصالح الطائفية على نحو يندر بزعة بناء الدولة.

إن هذه الفرضية تشير صراحة إلى الصلة الوثيقة بين الطائفية والدولة القومية، ووفقا لهذه النظرة فإن الإيديولوجيات الطائفية تعلن أن جماعتهم ينبغي أن تهيمن على الدولة، رغم أن هذه الأخيرة قد تضم جماعات أخرى ترفض هذا النمط من الهيمنة، وتقاومه بأساليب شتى تهدد حتى بتفتيت الدولة ذاتها.

الإطار النظري: نحتاج إلى عدد من الوسائط النظرية بهدف تطوير مستويات فهمنا وتفسيراتنا للظاهرة محل الدراسة، وقد وقع اختيارنا على مقاربات نرى فيها ارتباطا وثيقا بموضوع الطائفية والأقليات، وهي:

المقاربات البنائية: تتمتع هذه المقاربات بجاذبية كبيرة بين دارسي العلوم السياسية، إذ تهتم بدراسة عنصر الهوية الذي احتل مرتبة متقدمة في سلم انشغالات الأكاديميين وصناع القرار معا، في الفترة التي أعقبت الحرب الباردة، كما أن المفاهيم الجوهرية للبنائية، مثل التداول والخطابات والمعايير والمعتقدات والهوية المجتمعية؛ أصبح يستشهد بها كثيرا في النقاشات حول العولمة وحقوق الإنسان والسياسة الأمنية. وتفحص البنائية طرق الاستجابة التي نتعامل بها الفواعل السياسية (الدول) مع المطالب والمؤسسات الهوياتية، بعدما تزايدت حدة قضايا الأقليات والانفجارات الطائفية الداخلية التي شهدتها الدول في السنوات الأخيرة.

نظرية المجتمعات التعددية: تقترن بفكرة أن المجتمعات التعددية التي تتميز اجتماعيا وثقافيا، كانت موحدة من خلال التعايش الاقتصادي (الاعتماد المتبادل) والهيمنة السياسية لجماعة واحدة، ولكنها فيما عدا ذلك كانت منعزلة

اجتماعيا ومميزة قيميا، وأنها تفتقد الإرادة الاجتماعية المشتركة. ومنه ترتبط الجماعات ببعضها بعضا بواسطة نظام سياسي يستخدم القوة القسرية للدولة والشرطة والجيش، وأن مثل هذه المجتمعات هي حقيقة منقسمة على نحو عميق. أما المجتمع التعددي النموذجي فيتشكل من جماعات ستوحد بفضل منظومة واسعة وفعالة لميادين متميزة عرقيا وطائفيا.

وستتم الإجابة عن مشكلة البحث واختبار الفرضية وفق خطوات منهجية تسمح لنا بتسليط الضوء على مضمون النزاع الطائفي وعلاقته بالتركيبة المجتمعية في المشرق العربي، ثم نُعرِّج على الأسباب الداخلية والخارجية المُشكِّلة لأرضية الطائفية السياسية، لنصل في الأخير إلى الوقوف على مشهد التفكك المرتقب لدول المشرق العربي، الذي من المحتمل تجنبه باستحداث نماذج حكم مناسبة للواقع العربي.

أولا/ تشخيص الطائفية: الوسائط النظرية والتركيبية المجتمعية العربية

توفر الأطر النظرية للباحث صندوق أدوات مفاهيمي غني ومفيد لفهم مختلف أبعاد النزاع الطائفي، وتعزيز قدرة التوقع بمآلاته المستقبلية، ولكن الأهم يكمن في دراسة مدى انطباق تلك التحليلات على حالة الطائفية في النسيج الاجتماعي للدول العربية.

1- النزاع الطائفي: طروحات نظرية

تعد الطائفية مفهوما متعدد المعاني يفتقر إلى الدقة، ويراد من هذا المفهوم اليوم أن ينسب إلى مجموعة اجتماعية معينة واقعا يتجاوز أي هيكلية سياسية. ويستنبط هذا الواقع طبقا لمعينة خصائص مشتركة بين كل أعضاء المجموعة التي تُمنح اسما معيناً (اسم الطائفة). وعلى عكس العرق، لا توصف الطائفة استنادا إلى معايير بيولوجية، إذ تُفضل عليها عموما المعايير الثقافية كاللغة والتاريخ والعقائد والعادات، وخصوصا حس الانتماء المشترك.

برز هذا المفهوم على يد الأنثروبولوجيا لتحليل المجتمعات البدائية، وامتد إلى علم السياسة امتدادا تصعب السيطرة عليه، ويجري اليوم استعماله إما ضمن منظور تنموي وما بعد تنموي لوصف سيرويات بناء الدولة والوطن وحركات المقاومة

المرافقة لهما، وإما ضمن حقل السياسة المقارنة للإحاطة بأنماط اندماج الأقليات في المنظومة السياسية. وفي كلتا الحالتين، قد يفترض هذا المفهوم مسبقاً أنه يجب أن تقوم التجمعات السياسية على أساس إثني أو طائفي، مما يجعل من الطائفية إحدى مكونات التعبئة السياسية وكذا بناء المنظومات السياسية، ويفضي بذلك في الحالات القصوى إلى التصنيفية الطائفية، بمعنى تعديل تشكيل التجمعات السياسية قسراً؛ لإعطائها هوية طائفية متجانسة وفريدة. بينما ومن زاوية أقل راديكالية، تهدف الطائفية إلى ترميم شعور الفخر لدى مجموعات تشعر بالمهانة والتمييز، وتلبسها أيضاً ثوب الشرعية على مطالبتها⁽¹⁾.

ويُشكّل إثبات الهوية واقعا يسبق أي اندماج في اللعبة السياسية، وهو ما يستجيب لضرورة معرفة الدور الذي يؤديه الفرد في أي عملية تفاعلية، غير أن الأطراف الفاعلة قد تعيش تناقضات في الهوية بسبب تعددية الانتماء والمرجعيات. في حين أن الهويات السياسية الأقوى هي التي بمقدورها مقاومة كل أنماط الاندماج، وتدفع الفرد إلى التمسك بمنظومة قيمية ترسخ التميز والاعتداد بالنفس، ويتجلى ذلك في احتمالية التمثل بقضية كبرى وبقيادة يتمتعون بالكارزمية، ومن خلال الولاء لحزب أو عائلة سياسية مع إمكانية توظيف المشاعر الطائفية في الولاء للطائفة. وبالمقابل، يغدو إثبات الهوية السياسية الوطنية (الولاء الوطني) أسهل عندما لا تتناقض مع أشكال أخرى من الولاء⁽²⁾، أي عندما يجري تقارب حقيقي بين الهويتين السياسيتين: الطائفية والوطنية، فيما يتصل بروابط الثقافة واللغة والمذهب والدين، فضلا عن التوزيع العادل للثروة بين مختلف المكونات المجتمعية.

ونأتي فيما يلي إلى عرض التحليلات التي يقدمها المتخصصون في العلوم السياسية بغية فهم وتفسير أسباب النزاع الطائفي، ويتم هذا بالاعتماد على ثلاثة نماذج نظرية كبرى:

(1) - غي هرميه وآخرون، معجم علم السياسة والمؤسسات السياسية، هيثم البع (مترجم)، ط1، (بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2005)، ص10-11.

(2) - هرمية، ص409.

أ- المقاربة الإثنوواقعية:

تعتبر الواقعية الدول هي الفاعل الرئيسي في الساحة الدولية، وهي رؤية تجعل من بقية الفواعل الأخرى مجرد أدوات في يد الدول، غير أن بعض الدارسين طالب بتغيير سلم الواقعية، حيث اقترح بأن تتعدى الواقعية إطار الدولة لتدرس ما يحدث داخلها؛ لذا برزت فئة من الواقعيين الذين يدرسون التفاعلات الإثنية المنشغلين بتطوير وتوسيع الإطار التحليلي لديهم، ومن هنا نشأ الإثنواقعيون الذين اعتمدوا في تحليلهم لظاهرة التفاعلات الإثنية على مداخل الدولة باعتبار الجماعة الإثنية هي وحدة التحليل، واعتمدوا في تفسيرهم لأسباب التفاعل الإثني على ظاهرة الخوف أو القلق وعلاقته بحدوث التفاعل.

وحسب دافيد لاك David Lake هناك نوعان من القلق يمكن تحديدهما:

-الخوف من التعرض للهيمنة الثقافية.

-القلق على حياة الفرد وسلامته الجسدية، حيث إن هذا القلق له ما يبرره إذا كانت هناك أقلية تمثل هدفا للتمييز وانتهاك الحقوق من قبل الجماعات الأخرى، خاصة إذا ما كانت الخلافات كبيرة جدا، هذا الخوف يمكن أن يتفاقم بحالة الفوضى، فعندما لا تريد الدولة التدخل لفرض النظام سواء بسبب انهيارها أو فشلها، أو بهدف خلق جو من الاستقرار يُفيد النخبة الحاكمة في تحقيق مصالحها الشخصية ما بين الإثنية، وهنا بالطبع تحدث الفوضى.

ويصرح لاك دائما بأن الفوضى ليست ناجمة فقط عن غياب الوسائل وانهايار البنى، بل من الممكن أن تكون نتيجة لغياب إرادة الدولة في فرض احترام النظام، فالتوترات الإثنية تولّد قلقا يتفاقم بحالة الفوضى، وحينها نكون أمام مفهوم المأزق الأمني⁽¹⁾.

(1) - سمية بلعيد، النزاعات الإثنية في إفريقيا وتأثيرها على مسار الديمقراطية فيها: جمهورية الكونغو الديمقراطية نموذجا، مذكرة ماجستير غير منشورة، (جامعة منتوري، كلية الحقوق، قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية، قسنطينة، الجزائر) 2010، ص 34.

قبل دراسة المعضلة الأمنية في التراعات الإثنية⁽¹⁾، تجدر الإشارة إلى أن الفرق بين الواقعية والإثناوقعية يؤسس للانتقال الأتولوجي الذي جعل من الجماعة الإثنية قاعدة للتحليل، ويعني هذا أنه من الآن فصاعدا صارت "الجماعات الإثنية" هي القواعد الأساسية للتحليل، وهذا التكيف ضروري؛ لأن الدول لا يمكن أن تعتبر كوحدة تحليل في التراعات الإثنية؛ لأن الجماعات الإثنية هي التي تراقب وتحدد الجو السياسي. وحسب الواقعيين، يتميز النظام الدولي بالفوضوية؛ لأنه يفتقر إلى سلطة عليا تنظم سلوك الفواعل وتفرض الاتفاقات والالتزامات، فالفوضى في الواقع الإثني ليست بسبب غياب سلطة رسمية وحسب وإنما لغياب سلطة شرعية، ووجود توتر بين الجماعات الإثنية يؤدي إلى خلق جو من القلق والخوف، وهي وضعية تؤدي إلى تعزيز وتغذية الفوضى السائدة داخل الدولة نتيجة لانعدام التنظيم وغياب سلطة الدولة، وفي نهاية المطاف تتجلى المعضلة الأمنية⁽²⁾.

بد المقاربة الليبرالية:

تساهم الليبرالية في فهم النشاط السياسي من خلال تسليطها الضوء على كيفية اعتناق الأفراد للأفكار والمثل (مثل حقوق الإنسان، الحرية، الديمقراطية)، وكيف يمكن للقوى الاجتماعية (الرأسمالية، الأسواق)، والمؤسسات السياسية (الديمقراطية، التمثيل)؛ من أن تؤثر مباشرة على قرارات صناع السياسة، فالليبرالية تطمح إلى فتح العلبة السوداء الخاصة بنشاط الدولة، وتركز على تأثيرات التنوع الفكري والمصالح والمؤسسات⁽³⁾.

في الواقع، شهد المجال السياسي المحلي في كثير من الدول الليبرالية درجة كبيرة

(1) - لمزيد من الشرح حول العلاقة بين القومية والنزاع الإثني، يمكن الرجوع إلى: ستيفن ريان، "القومية والنزاع الإثني"، برايان وايت وريتشارد ليتل ومايكل سميث (محررون)، قضايا في السياسة العالمية، مركز الخليج للأبحاث (مترجم)، ط 1، (دبي: مركز الخليج للأبحاث، 2001)، ص 178.

(2) - بلعيد، ص 35.

(3) - محمد شاعة، مستقبل السياسة الخارجية: دراسة تحليلية لتأثير ظاهرة العولمة على حقل السياسة الخارجية، أطروحة دكتوراه غير منشورة، (جامعة الجزائر 3، كلية العلوم السياسية والإعلام، قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية، الجزائر، 2013)، ص 63-64.

من التقدم، حيث تهتم المؤسسات بالنظام والعدالة، وارتبط نجاح الليبرالية بزيادة عدد الأنظمة الليبرالية، من ثلاثة أنظمة وجدت مع بداية القرن التاسع عشر (بريطانيا، فرنسا، الولايات المتحدة الأمريكية)، إلى أكثر من مئة نظام موجود حالياً. رغم ذلك لازالت الشؤون الداخلية بحاجة ماسة إلى معالجة مشاكل عملية هامة، كتشجيع المواطن على المشاركة في الحياة السياسية، وتوزيع المنافع الامتيازية (الوظائف الهامة مثلاً)، ومراقبة البيروقراطية، وتخفيض حجم البطالة، والاستجابة للطلب المتزايد المتعلق بالخدمات الاجتماعية، وتخفيض معدل التضخم، وبناء قاعدة متينة تستجيب للمنافسة الخارجية المتعاظمة⁽¹⁾.

ويعتقد أنصار المذهب الليبرالي-إيمانويل كانط وجيرمي بنتام- أن النظام الطبيعي قد أفسده قادة الدول والسياسات التي عفا عليها الزمن، ومن منطلق توجيهي يعتقد هذا المذهب أن تحقيق السلام يحتاج إلى إقامة عقد فيدرالي بين الأشخاص؛ لأن الدول الفيدرالية تمكنت من تحويل هويتها، من هوية مستندة على المصالح المتصارعة إلى فيدرالية أكثر سلمية. ويلاحظ أن هذه الخطط الرامية إلى تحقيق سلام دائم، تعني ضمناً حماية العقد الاجتماعي بين أفراد المجتمع داخل الدولة، وبعبارة أخرى إخضاع الأفراد إلى نظام من الحقوق والواجبات القانونية⁽²⁾.

ويعود حدوث التراعات الإثنية حسب الليبراليين إلى العوامل الآتية:

- غياب منطق حقوق الإنسان عن طريق إلغاء حق الآخر في الحياة والأمن والكرامة ومحاصرة كل أفكار التنوع الإثني.

- غياب العملية الديمقراطية التي تمنح الجماهير من تجسيد مشاركتهم السياسية ومعرفة حقوقهم وواجباتهم تجاه أوطانهم.

(1)- Michael W. Doyle , "Liberalism And Foreign Policy", Steve Smith and Amelia Hudfield and Tim Dunne (Eds), **Foreign Policy: Theories, Actors, Cases**, (New York: Oxford University Press , 2008) P51-52.

(2)- تيموثي دن، "الليبرالية"، جون بيليس وستيف سميث (محرران)، عولمة السياسة العالمية، مركز الخليج للأبحاث (مترجم)، (دبي: مركز الخليج للأبحاث، 2004)، ص 318-321.

-عدم وجود تقسيم متكافئ للثروة (العائدات الوطنية)، وتركزها في يد قلة تسمى النخبة، التي من شأن سياساتها أن تخلق طبقة فقيرة كادحة ناقمة على الأوضاع تسعى إلى تغييرها حتى بالعنف.

-انغلاق الدول التي تشهد نزاعات على نفسها، وعدم السماح للمؤسسات الدولية بالمساعدة عن طريق مهمات حفظ وتوطيد السلام، مما يدفع نحو تغذية النزاعات وتأجيجها واستمرارها⁽¹⁾.

ج- المقاربات البنائية:

تؤكد المقاربات البنائية أهمية تأثيرات الأفكار، وتعتبر أن مصالح وهويات الجماعات نتاج طبع لعمليات تاريخية معينة. وقد أولى البنائيون عناية خاصة بالسياق السائد في المجتمع؛ لأن السياق يعكس ويشكل المعتقدات والمصالح ويرسخ معايير السلوك المقبولة. وبالنظر إلى أننا نعيش في عصر نتعرض فيه المعايير القديمة للتحدي، وأخذت الحدود -التي كانت يوما واضحة- في التلاشي، وأصبحت قضايا الهوية الأكثر بروزاً؛ فليس من المستغرب أن ينجر الأكاديميون إلى مقاربات تضع هذه القضايا في قلب اهتماماتها. والواقع أن القضية المحورية في عالم ما بعد الحرب الباردة من المنظور البنائي هي كيف يمكن للجماعات المختلفة أن تحقق هويتها ومصالحها؟ ومع أن القوة ليست مستبعدة هنا، إلا أن البنائيين يؤكدون على كيفية خلق الأفكار والهوية، وكيف تتطور⁽²⁾.

وفي سياق تركيزها على عنصر الهوية، تحرص البنائية على كيفية تعامل الهويات مع الطريقة التي تستوعبها الوحدات السياسية (الدول) وتستجيب لمطالبها، وأصبح ذلك أكثر وضوحاً مع بروز قضايا الأقليات، بعدما تحول الصراع من صراع بين الدول إبان الحرب الباردة إلى صراع داخل الدول في مرحلة ما بعد الحرب الباردة، بالإضافة إلى اللعب على أوتار النزعات الذاتية والانتماءات العرقية والثقافية

(1)- بلعيد، ص36.

(2)- ستيفن والت، "العلاقات الدولية: عالم واحد...نظريات عدة"، منير كمال (مترجم)، الثقافة العالمية، العدد86، (1998/7)، ص16-17.

والطائفية من طرف صناع القرارات في تلك الوحدات السياسية⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه على المستوى المنهجي، استخدمت البنائية المنهج العلمي السلوكي في معالجة بعض المسائل مثل: حركية وسيرورة الأحداث الدولية، ومعتقدات وإدراكات الفاعلين ومواقفهم، ومسألة الهوية. وإلى جانب هذا المنهج، لجأت البنائية إلى الاستعانة بتقنية تحليل المضمون في تحليل الخطاب، لا سيما في قضايا الهوية، سواء ذلك الخطاب الرسمي الصادر عن صناع القرار، أو ذلك الخطاب السائد داخل المجتمع الذي يعبر عن مجموع القيم والمعتقدات المكونة لهوية مجموعة معينة من الأفراد⁽²⁾.

2- النسيج المجتمعي العربي: أزمة عدم الاندماج

لا تُنتج الميزات التعددية في التكوين المجتمعي بشكل حتمي حالة التجزؤ والنزاع الأهلي، بل إن الاستثمار السياسي للعصبيات هو السبب الرئيس في توليد تلك الحالة وثبتت ركائز المجتمع العصبي⁽³⁾.

تعاين بعض المجتمعات في المشرق العربي من عسر الاندماج وتقلص درجة التجانس الاجتماعي، بحيث تقوم الزعامة والسلطة على العصبية، وتأسس العلاقات الاجتماعية وتنظم مؤسسات التواصل والتبادل المجتمعي على القاعدة ذاتها⁽⁴⁾. والعصبية أو العصبية التي يقصدها ابن خلدون لا تعني مطلق الجماعة، وإنما الأفراد الذين تجمع بينهم رابطة الدم أو رابطة الحلف أو الولاء، بالإضافة إلى شرط الملازمة بينهم من أجل أن يتم التفاعل الاجتماعي، وتبقى مستمرة ومتفرعة بوجود هؤلاء الأفراد واستمرار تناسلهم، فينشأ بين أفرادها شعور يؤدي إلى المحاماة والمدافعة، وهم يتعصبون لبعضهم حينما يكون هناك داع للتعصب، ويشعر الفرد

(1) - عبد الناصر جندلي، التنظير في العلاقات الدولية بين الاتجاهات التفسيرية والنظريات التكوينية، (الجزائر: دار الخلدونية، 2007)، ص 324.

(2) - جندلي، ص 328.

(3) - محمد جابر الأنصاري وآخرون، النزاعات الأهلية العربية: العوامل الداخلية والخارجية، ط2، (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 2001)، ص 51.

(4) - عبد المنعم حنفي، موسوعة الفلسفة والفلاسفة، ج1، ط2، (القاهرة: مكتبة مدبولي، 1999)، ص 46.

بأنه جزء لا يتجزأ من أهل عصبته. وقد لا تكون العصبية بالضرورة مبعث مشاكل اجتماعية طالما بقيت في حدود تفاعلاتها الطبيعية، غير أن المجتمع الذي يحصل فيه توظيف العصبية سياسياً سيعرف لا محالة تراجعاً وتأكلاً في ولاء الناس للكيان الوطني، وهذا ما يفسر ميل بعض الفئات العربية إلى تعظيم ولائهم لعصبيتهم، وتفضيلهم لسوك الانغلاق والانكفاء على الذات؛ ولهذا فإن هيكل المجتمع المتطيف سياسياً يمثل بنية تحتية مثالية لإنتاج الفتنة والحرب الأهلية.

إن اليقظة القائمة على الهوية عنصر واضح في عملية التعبئة السياسية، وتظهر فعاليتها حتى في تركيبة النظام السياسي من خلال التشكيك في القدرة على بناء أمة؛ فهذه الأخيرة مفككة البنية كنموذج سياسي نتيجة عملية الانحراف نحو الميكرو خصوصيات، ونحو إعادة أبنية إمبراطورية، فضعف مصطلح المواطنة وأزمة الدولة في المشرق العربي وتراجع أشكال التعاضد الأفقية القادرة على بناء جماعة سياسية وطنية، هي أدلة على فشل يطال تشكل سجال سياسي كان بمقدوره أن يرسي الإطار الدولي والوطني في المنطقة العربية⁽¹⁾.

ومن الواضح أن المجتمع المعرض لظاهرة التطيف هو مجتمع قابل لتصنيع الأقليات، ينهض كل منها على قوام ديني أو طائفي أو مذهبي أو قبلي...، مما يجبر كل جماعة اجتماعية إلى التصرف بمنطق الهوية الفرعية والعلاقات التقليدية، وبذلك يتأسس المجتمع فاقدًا للإجماع والتوافق السياسي حول الهوية الوطنية. وبالعودة إلى المجتمع العربي نجد أنه يتخبط في نفس الظاهرة على نحو زاد من حالة الانسداد الذي يرجع إلى غياب صور أساسية تميز المجتمعات الحديثة، وهي:

أ- المواطنة: وهي علاقة سياسية مركزية في المجتمع الحديث، وقد عاد تعظيم شأن المواطنة إلى الظهور في القرن الثامن عشر مع الثورتين الأمريكية والفرنسية؛ فقد أصبحت تدرج في منظور مزدوج: معارضة الولاء على أساس أسروي (ملكي)، الذي يفترض تبعية على أساس مُشخص، وثبिता لاستقلال المجال السياسي، خاصة بالنسبة إلى المسألة الدينية. وترتبط الحقوق المواطنة بثلاث فئات

(1) - برتران بادى، الدولة المستوردة: غربة النصاب السياسي، شوقي الدويهي (مترجم)، (بيروت-الجزائر: دار الفارابي-منشورات آتيب، 2006)، ص 335.

كبيرة من الثقافة الديمقراطية، وهي تشمل انخراطا فعالا في السياسة (الاهتمام بالشؤون العامة، وممارسة حق التصويت، ومشاركة طوعية في فعاليات الصالح العام)، وحب الوطن واحترام القانون، وتضامنا مع أعضاء المجتمع الوطني. بالإضافة إلى ذلك، تنزع المفاهيم الرمزية القومية وفكرة المواطنة إلى أن تجعل من الهوية الوطنية صفة مجردة تُلقَى إلى الظلِّ المظالم الواقعة في الوضع الاجتماعي والحقل السياسي⁽¹⁾. وبالتالي لا شيء يحمل المواطنين على عدم الطمأنينة إلى الدولة، أو تفويت الولاء لغيرها من المؤسسات العصبوية، وتعتبر هذه العلاقة السياسية القائمة بين المواطن والدولة ثمرة عقد سياسي، علما أن هذا العقد هو سمة النظام السياسي الديمقراطي⁽²⁾.

ولا تزال هذه العلاقة السياسية تشهد المزيد من الضعف والهشاشة في النظام السياسي العربي، وبدل تقسيم المجتمع إلى مواطنين، تجري إعادة تقسيمهم وفق منحى عمودي عصبوي كأفراد ينتمون إلى أقاليم، ونظرا إلى أن بنية الدولة في غالبية الأقطار العربية قائمة على حكم قبلي أو طائفي أو عشائري؛ فإن النخبة الحاكمة (مدنية أو عسكرية)، تنصرف على أساس عصبوي، الأمر الذي يدفع المجتمع العربي إلى الاحتماء بعصبياته، وتنشأ عقب ذلك مسألة الأقليات⁽³⁾.

ب - المشروع الوطني: تفتقد المجتمعات العربية إلى وجود مشروع وطني يحصل حوله الإجماع السياسي، ويحقق مرتبة من الاتفاق العام على توليفة من المبادئ المرجعية والأهداف المشتركة، ويرسخ منظومة قيمية تحترم المنافسة الديمقراطية وتضمن استمرارها. ونظرا لغياب المشروع والثوابت الوطنية؛ تصبح كل المؤسسات القائمة فاقدة للشرعية الدستورية ولشرعية التوافق الوطني، وعليه ليس مستغربا أن تعرف الساحة السياسية العربية ظاهرة التراشق والاتهامات المتبادلة بالخيانة والتكفير ما بين من يفترض أنهم قادة المشروع الوطني. وقد ينجم عن هذا الوضع تنام في توليد مشاريع جزئية على مقاس العصبيات، وتضطر القيادات السياسية إلى تطيف

(1) - هرميه، ص 380.

(2) - لمزيد من الشرح، أنظر: علي خليفة، "المواطنة ومسارات الدولة: دراسة تحليلية نقدية للعلاقة بين المواطنة والدولة"، المجلة العربية للعلوم السياسية، العدد 40، (1/ 2014)، ص 9.

(3) - الأنصاري، 53-54.

المجالس والمؤسسات المنتخبة، ومراعاة الاعتبارات الطائفية في تحديد مشاريع التنمية، بل ترسم عملية التوزيع السلطوي للقيم انطلاقاً من حسابات التوازن الطائفي العصبوي الذي يتعارض مع مبدأ توزيع السلطة في النظم السياسية الديمقراطية.

لا يتأسس المجتمع في دول المشرق العربي على قواعد اللعبة الديمقراطية المفوضية إلى التنافس السلمي على اكتساب السلطة، وإنما يقوم على فكرة التداخل المشوه بين الميدانين السياسي والاجتماعي، ومنه تتحول القبائل والعشائر والطوائف إلى قوى سياسية عصبوية، وينفعل الصراع السياسي من كل الضوابط الوطنية، فاتحاً المجال أمام خطر الانزلاق إلى التعبير عن نفسه في شكل نزاعات أهلية مسلحة⁽¹⁾.

ج - حقوق الإنسان: هي مجموعة حقوق وواجبات أساسية، منبثقة في الأصل عن فلسفة الأنوار، ومنسوبة إلى المجموعة الإنسانية من دون أي تمييز في الجنس أو العرق أو الدين أو المكانة أو المعتقد، وتتميز هذه الحقوق بأفق واسع من حقوق المواطنة والحقوق السياسية.

ويسير الأمن والسلام في المجتمع بشكل متداخل مع توفر الديمقراطية وحقوق الإنسان، وتعتبر ممارسة الديمقراطية وحقوق الإنسان عملية بحد ذاتها تحوي آليات لتسوية الصراعات الطائفية بشكل سلمي من جهة، وخلق البيئة الوقائية للصراعات من جهة أخرى، وأدوات فعالة للإنذار المبكر قبل تفشي أساليب العنف والقمع. فهي توجد المؤسسات اللازمة لمحاربة الفساد، وتعزيز قيم المراقبة والمساءلة والمشاركة في عملية صنع القرار، والتمثيل السياسي لجميع الأطراف، وحق تقرير المصير، والتداول السلمي للسلطة، والإصلاح السياسي، وغيرها من المكونات والوسائل التي تكفل المنع الوقائي للصراعات داخل مجتمعات المشرق العربي⁽²⁾.

إن تحليل العلاقة الاضطرابية الناجمة عن التعددية الطائفية في مجتمعات

(1) - الأنصاري، ص 54-55.

(2) - سامي إبراهيم الخزندار، "المنع الوقائي للصراعات الأهلية والدولية: إطار نظري"، المجلة العربية للعلوم السياسية، العدد 32، (خريف 2011)، ص 33.

المشرق العربي، تدفعنا إلى الإسهاب قليلا في أسباب عدم الاندماج أو التكامل الوطني بين الجماعات العربية، ومن الممكن حصرها فيما يلي:

-التباعد القيمي والثقافي بين الأقليات والنظام السياسي: لذلك نلاحظ أن معظم الجماعات اللبنانية لا تقر بالشرعية السياسية للنظام، وقد عبر منذ زمن طويل الرئيس الأسبق أمين الجميل عن هذه الحالة، حينما أشار في أكتوبر 1983 إلى أنه لا يتحكم في أكثر من عشرة كيلومترات مربعة من الأراضي اللبنانية، ورغم انتهاء مرحلة الحرب الأهلية، فإن حالة التباعد القيمي والثقافي مازالت قائمة وتعكس ذهنية الميليشيات التي تسيطر على الدولة ونظامها السياسي⁽¹⁾.

-البعد السياسي: لا تتعامل الأنظمة العربية ذات التوجه الفردي-الانعزالي- مع المواطن بلغة الحقوق، وإنما لديه امتيازات بدل الحقوق، والوطنية في الدولة التسلطية ذات الاقتصاد الريعي هي وطنية الحفاظ على الامتيازات، والمجتمع الذي يملك بعض الحصانة في العلاقة مع الدولة ليس مجتمعا مدنيا؛ لأن حصانته تقوم على الامتيازات لا الحقوق، وعلى الانتماءات الطائفية والعشائرية ما قبل القومية، ولأن العلاقة بين المجتمع والدولة تأسست على رابطة أهلية⁽²⁾.

-البعد السوسيو اقتصادي: تعاني بعض الجماعات العربية من انعدام العدالة التوزيعية للمنافع والثروات والخدمات والقيم؛ ففي البحرين مثلا، يعيش الشيعة تحت وطأة تدني فرص المساواة في الحقوق والامتيازات، فهم يسكنون قرى ومُدُنًا خاصة بهم، وعادة ما تنسم بالفقر وانخفاض مستوى الخدمات العامة⁽³⁾.

ثانيا: بناء الدولة ومعضلة التطييف السياسي

تأثرت عملية بناء الدولة الوطنية عند العرب بشكل بالغ في المقام الأول

(1) - دهام محمد دهام الغزاوي، الأقليات والأمن القومي العربي: دراسة في البعد الداخلي والإقليمي والدولي، (عمان- الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع، 2003)، ص73.

(2) - عزمي بشارة، المجتمع المدني: دراسة نقدية، مع الإشارة إلى المجتمع المدني العربي، ط3، (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 2008)، ص292.

(3) - الغزاوي، ص75.

بالسياسات الاستعمارية، التي إلى جانب تحالفها مع القوى التقليدية ضد المدنية طورت أيضا تحالفا مع الأقليات ضد الأكثرية. وزاد وهن الدولة نتيجة لتفشي السياسات التسلطية التي عقدت مسألة إقامة التوازن المطلوب في العلاقة بين الأكثرية والأقلية داخل المجتمع؛ مما سمح بتحديث الانشقاقات الطائفية والإثنية والإقليمية.

1- المدخلات الخارجية للتطيف: الإرث الاستعماري

معظم الدول التي قامت في المشرق العربي عقب انهيار الإمبراطورية العثمانية ثم بعد الانسحاب الفرنسي- البريطاني، نشأت على قاعدة تمكين عصبية محلية طائفية أو قبلية أو عشائرية، ومن كان سياسي تتوسع به حدود سيطرتها الاجتماعية والسياسية إلى نطاق جغرافي يفرض عن حدودها البشرية، أي على نحو تتجاوز فيه الجغرافيا السياسية حيز الجغرافيا البشرية. وفي حين جزأت فيه هذه العملية الاستعمارية أوطانا تاريخية كانت قائمة مثل سوريا، أو ألغت أخرى مثل فلسطين؛ وسّعت من حجم القبيلة أو التجمع القبلي إلى حيث صار دويلة، وإثر ذلك، جاءت ظاهرة الدويلات كعملية تعكس تسوية بين بنية الدولة- الأمة وبنية القبيلة⁽¹⁾.

يشير برهان غليون إلى أنه في النظام العثماني والإسلامي عموما، كان المفهوم الذي تدخل ضمنه مسألة الجماعات غير الإسلامية هو مفهوم أهل الذمة أو فيما بعد الملل. ولم تكن الملل في العصر العثماني تشكل محور عصبية مناقضة للدولة القائمة، أو مناهضة في تحقيقها للنظام الداخلي لصيرورة إعادة إنتاج الولاء للسلطة العثمانية، بل إن العكس هو الصحيح، إذ إن شرعية هذه السلطة وقوة الولاء الذي كانت تتمتع به من قبل رعاياها على اختلاف مذاهبهم، كان يقوم بشكل أساسي على احترام هذا النظام المللي الذي يعطي لكل طائفة نوعا من الاستقلالية والحرية في إدارة شؤونها...، فهنا لم تكن العصبية الجزئية مناهضة للعصبية المجتمعية العامة،

(1) - الأنصاري، ص 56-57.

وإنما مستمدة من روح التعايش الإمبراطوري...، أو تعدد الانتماءات داخل إطار الواحد، اللذين تقوم عليهما الدولة ذاتها⁽¹⁾.

إن التوظيف الإثني والديني من الأسس التي قام عليها الاستعمار الفرنسي-البريطاني، وقد أكد في هذا الصدد قادة فرنسيون أن سياسة فرنسا كانت تتمثل في تدعيم تجمعات الشرق الإنسانية التي أظهرت صداقتها لنا، وإضعاف التجمعات التي كانت مناوئة لنا⁽²⁾. وعزا فكتور سحاب اضطهاد الأقليات الدينية والعرقية في المنطقة العربية - خاصة المسيحية - إلى سلوكات الدول الكبرى التي انتهجت سياسة إشغال فتيل التقاتل الطائفي في لبنان خلال القرن التاسع عشر، ليتسنى لها التدخل والمطالبة بالامتيازات⁽³⁾. وتسبب ضعف الدولة العثمانية وتدخل القوى الأجنبية لمنح الأقليات امتيازات اقتصادية وسياسية في إفراز وضع طائفي معتقد، وفكر بات يدعو إلى الحماية الأجنبية. وعوض أن يقود مسار التدخل إلى حل مشاكل الطوائف، أدى في رأي البعض إلى إضعاف مسيحي الشرق وتقليص وجودهم وتهديد مصيرهم⁽⁴⁾.

ومن الأمثلة البارزة التي تتضمن دلائل ثابتة عن تورط الاستعمار في تجذير السلوكات العصبية، ما نستكشفه عند دراسة الحالة اللبنانية، حيث حلم الموارنة بلبنان الكبير طالما ضُمنت امتيازاتهم فيه، ولكن عندما هُددت تلك الامتيازات سنة 1975 مع اندلاع الحرب الأهلية، طرحت بعض نُخبهم الطائفية فكرة تقسيم لبنان من جديد بحسب حدود طائفية، وعندئذ لم يعد لبنان المعاصر مقدسا كما كان في تصورات الذين حلوا بلبنان الكبير، في حين أن اللبنانيين الجدد الذين حصلوا

(1) - برهان غليون، نظام الطائفية: من الدولة إلى القبيلة، (بيروت - الدار البيضاء: المركز الثقافي العربي، 1990)، ص 20.

(2) - عبد العزيز جراد، العالم العربي بين ثقل الخطاب وصدمة الواقع، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1988)، ص 31.

(3) - الطاهر المناعي، الخطاب العربي المعاصر من خلال أبحاث مركز دراسات الوحدة العربية 1975-1990، (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 2008)، ص 358.

(4) - المناعي، ص 366.

على هذه الهوية بقرار فرنسي، غالبا ما طالبوا بالوحدة مع سوريا وحتى بالوحدة مع سوريا/مصر⁽¹⁾.

إن الأمر يزداد وضوحا بالعودة إلى مخططات التجزئة القديمة التي انتهجتها السياسة الاستعمارية البريطانية تجاه العراق، فقد وضعت نصب عينها إمكانية تقسيم البلد سياسيا واجتماعيا، وتحويله إلى أجزاء متناثرة وفق المشاريع التي أعدت يوم وطئت أقدام الجنود البريطانيين شبه جزيرة الفاو عام 1914⁽²⁾. وإثر ذلك، انزلق العراق نحو خيار التفتيت إلى دويلات صغيرة تحكمها الآليات الطائفية، عن طريق التنظيم المنفصل للجماعات، وتشجيع الطائفية والعنصرية وضرب المجموعات الإثنية بعضها البعض. وبعد استكمال مشروع الاحتلال، دشنت بريطانيا خطوة سياسية خطيرة في تاريخ العراق، تجسدت في مواصلة المنهج التفتيتي باستعمال الورقة الكردية، بإيجاد وضع خاص للأكراد يتيح لهم التطلع إلى إقامة إقليم حكم ذاتي.

2- المنشأ الداخلي للتطيف: إفرازات النظام التسلسلي

إن الحديث عن الدولة القطرية العربية يُفصح عن طريقة تشكيلها بغض النظر عن صيرورة تشكيلها في سياق توسع النظام الدولي الذي يقوم على الدولة-الأمة. واللافت أن شكل وبناء هذه الدولة كان محاكاة، لكن ساخرة، لنموذج الدولة-الأمة الأوربي المنبثق عن نظام وستفاليا. وإذا أخذت منذ تشكيلها حتى نهاية الحقبة الناصرية صورة "الدولة ما بعد الاستعمارية"، التي تعكس حقيقة دولية أكثر منها حقيقة قومية؛ فإنها آلت فعليا إلى ما يمكننا تسميته بالدولة القطرية المقومنة، سواء اعتبرت كيانها نهائيا أم مرحليا، ومنطق الدولة لا يمكن أن يكون إلا قوميا في نظام

(1) - شكل لبنان بين عامي 1842 و 1852 وحدتان إداريتان، واحدة درزية في الجنوب والأخرى مارونية في الشمال، وانتهى هذا التقسيم بحرب طائفية وبدخل غربي، الذي منحه استقلالاً إدارياً كسنتج في عام 1861، وقد ألغى هذا الترتيب في العام 1915 باحتلال عثماني مباشر، وبعد هزيمة الجيش الفيصلي في عام 1920، قرر الفرنسيون إضافة أراضٍ سورية أخرى إلى لبنان المعروف حالياً. انظر: بشارة، ص 312.

(2) - ناظم عبد الواحد الجاسور، الأمة العربية ومشاريع التفتيت، سلسلة آفاق، العدد 5، (بغداد: دار الشؤون الثقافية العامة، 1993)، ص 5-6.

دولي وحدته الأساسية هي الدولة-الأمة ذات السيادة، ويفرض بالتالي على جميع الدول أن تقوم، سواء كان تقومها أصيلاً أم مصطنعاً. وتنتج الدولة القطرية بذلك إيديولوجيتها القطرية المقومنة التي تستبطن الاندماج اللغوي والثقافي والاجتماعي للعناصر التعددية في المجتمع، وصياغة مواطنة جديدة وولاء مستحدث على أنقاض الولاءات والهويات المتعددة. ومع ذلك، يزعم علي الدين هلال أن تلك الدولة لم تستطع أن تعوض البنيات التي كسرتها بهياكل حديثة، يشعر فيها الأفراد باتمائمهم إلى مجتمع حديث نطلق عليه توصيف الدولة القومية⁽¹⁾.

وغني عن البيان أن نمط الحداثة المسيطر في الدول العربية بعد الاستعمارية كان اندماجياً، وقد أكد المفكرون القوميون الأوائل حقوق الفرد في العلاقة مع الدولة، ولم يولوا الانتماءات الأخرى أهمية خاصة من الناحية النظرية، واستمر عدم إيلاء الجماعة غير القومية أية أهمية من قبل الحركة القومية العربية، حتى بعد أن تبين انعدام حقوق الفرد كمواطن. ويبدو أن التشديد على الاندماج كان بمثابة رد فعل قومي على السياسة غير الاندماجية بل التفتيتية التي انتهجها الاستعماران البريطاني-الفرنسي⁽²⁾.

ومن الجدير أن ننوه مرة أخرى في هذا السياق، أن الاستعمار قد أقام تحالفات مع قيادات تقليدية أقلية ضد الأكثرية، وراح يعتمد على أبناء الأقليات بشكل خاص في بناء أجهزة الأمن المحلية. ورغم مساعي ومحاولات تجاوز الواقع الذي أقرته السلطات الاستعمارية في الفترة التي شهدت سيطرة الخطاب السياسي الواحدوي، إلا أن انهيار ذلك الخطاب فيما بعد قد أثبت أن الدولة التسلطية بدورها تعتمد استراتيجية مشابهة في تلك البلدان، بحيث تعتمد أساساً على ولاء

(1) - محمد جمال بارروت، الدولة والنهضة والحداثة، ط2، (اللاذقية: دار الحوار للنشر والتوزيع، 2004)، ص67.

(2) - في كتابه "الفكر العربي في العصر الليبرالي" يشرح ألبرت حوراني النزعة الاندماجية العربية إلى دمج الأقليات، من خلال الرغبة القائمة منذ عهد الاستعمار في انتزاع أهم سلاح له يعتمد عليه بقصد تبرير التدخل المتمثل في حماية الأقليات. انظر: بشارة، ص315.

الضباط وقيادات الأحزاب من أبناء الأقليات⁽¹⁾. ولا شك أن هذا الواقع المُشكّل قد ساهم بدرجة عالية في تعقيد عملية ترسيخ الديمقراطية في المجتمعات العربية.

والواقع، أنه في فترة النهوض السياسي القومي بعد الحرب العالمية الثانية والطموح إلى بناء سلطة شعبية ووطنية، كان الميل شديدا لدى مختلف الأقليات نحو الانصهار، وحدث الأمر ذاته في فترة النهوض الوطني ضد الاستعمار، إذ كان هذا الصراع يخلق نوعا من الإجماع القومي يدعم الانتماء إلى جماعة واحدة ضد الانتماءات الجزئية المتعددة. وهكذا، كان الأمل الجماعي الطاغى بعد الاستقلال السياسي هو بناء الدولة الوطنية بالتركيز على تنمية وتعميق الوعي المشترك بالذاتية الوطنية، بواسطة القضاء على النظرات الضيقة والولاءات التحتية للمجتمع التقليدي، وتوحيد الجماعات المتميزة ثقافيا واجتماعيا في إطار وطني واحد، وتشديد هوية جامعة مرضية يتحدد على ضوءها طبيعة الانتماء بتكوين المجتمع السياسي الوطني، وتكون فيه قيم المواطنة قائمة على المشاركة السياسية⁽²⁾.

ولم تعد الانتماءات الفرعية إلى السطح بشكل عنيف إلا مع وصول هذا المشروع إلى الإخفاق، وعاد كل إلى قواعده التقليدية قليل الإيمان بالمستقبل وغير واثق به، وقد عمّق إخفاق المشروع الوطني الاستقلالي هذا الشعور، ففقدت الأقلية أي مثال أعلى جديد، ولم تجد مناصا من العودة إلى التثبيت بالقيم الجزئية المترسبة من الماضي، والتي بإمكانها أن تضمن نوعا من المناعة ضد تهديدات الاضمحلال والتمهيش، وشيئا من السلطة ضد كيان الدولة التي لم تعبر عن مطالبها وانشغالاتها⁽³⁾.

ويتضح أن بروز ظاهرة التسلط في بناءات الدول العربية كان عاملا مركزيا في زعزعة إمكانية تأسيس مجتمع وطني متماسك، وجعل من احتمالات نشوب الصراعات وحروب الأقليات جد واردة، وما لبثت بعدئذ أن برزت للعيان أزمة

(1) - بشارة، ص 316.

(2) - العزاوي، ص 69.

(3) - برهان غليون، المسألة الطائفية ومشكلة الأقليات، (بيروت: دار الطليعة، 1979)، ص 76-77.

بناء الدولة القطرية المدنية بأجهزتها الحديثة⁽¹⁾. وبالاتتماد على شواهد تاريخية، يمكن أن نلاحظ أنه من بين أهم مرتكزات مرحلة الحداثة التي عرفتها -خصوصا المجتمعات الغربية- هو إقامة الدولة المدنية الحديثة بنظمها ومؤسساتها وعقلايتها البيروقراطية، وشرعيتها المجتمعية، في مقابل الدولة الاستبدادية الفردية، والواقع أن هذه الظاهرة تلتخص فلسفيا في منطلق أساسي هو مفهوم الذاتية، الذي اعتبره هيغل مفتاح فهم العصور الحديثة من خلال تكريس حرية الإنسان في تجسيد إرادته المطلقة في بناء وعيه واختيار مؤسساته وإدارة حرياته الشخصية.

وبالتالي، أصبحت الدولة مجرد أداة في يد نخب محدودة الأفق، وتعتمد في شرعيتها على الهويات الفرعية والولاءات التقليدية التي تنتمي إليها، مما دفع حتما إلى استبدال الولاء للدولة بولاء للجماعة الفرعية (العشيرة، القبيلة، الطائفة، الأقلية). وعندئذ نتفاهم أزمة الهوية حينما يعجز النظام السياسي ذو النزعة العصبوية عن أداء وظائفه، ويصبح غير قادر على إنماء الحس المشترك المتبادل بالهوية الجامعة وتعميق الوعي الوطني والثقافة السياسية المشتركة، وإبراز الأطر الرضائية ومكونات الشخصية القومية. وتفرز هذه الوضعية تراجعا ملحوظا في شرعية النظام السياسي-التسلطي-، ويغدو المشهد مفرعا عندما تبأشر الهويات الفرعية المضطهدة بتهديد البنیان الاجتماعي، عبر إثارة الاضطرابات وممارسة العنف ضد النظام، وهو ما يفضي إلى اندلاع حرب أهلية تقود البلاد إلى التمزق والتجزؤ⁽²⁾.

إن شرعية الدولة القطرية وسيادتها موضع تأكل مستمر، يرمي بها إلى ما دون الدولة، فقد اهتزت وتلاشت مصادر شرعيتها التقليدية والشعبوية والكارزمية والإنجازية، ولم تستطع لاسيما في المجتمعات المركبة أن تجد حلا مرضيا لمشكلة الهوية وإيجاد الأطر السياسية الاندماجية⁽³⁾. وعليه، انصرفت معظم النظم العربية

(1) - Fatma Zohra Filali, Les Conflits Ethno-Culturels De L'ère Post-Guerre Froide, Abdelaziz Djerad (Ed), **Une Décennie De Relations Internationales 1990-2000**, (Alger: Ecole Nationale D'administration, 2001), P61.

(2) - العزاوي، ص 70.

(3) - باروت، ص 69.

إلى تثبيت دعائم حكمها على أساس الأبعاد الإثنية أو الطائفية، وحصرت المشاركة السياسية في إطار الحسابات الشخصية والعلاقات الفرعية، وعجزت بنية الدولة التسلطية عن معالجة المشكلات التي ولدتها عملية التعبئة الاجتماعية، ولم تكثر فعلياً بضرورة تنمية شعور وطني موحد بين الجماعات والمناطق المختلفة، وآلت أجهزة الدولة فيها إلى نخبة تحتكر السلطة والثروة، واتجه عمل الوحدات القرارية إلى صالح دوائر ضيقة ومنغلقة لتجسد حقيقة مفهوم العلبة السوداء، ولا جدال في أن مؤسسات الدولة في معظم البلدان العربية قد سقطت تحت سيطرة منطق القبيلة أو العشيرة أو المذهب أو الطائفة أو العرق، ومنه ستتظافر هذه العوامل لتجعل من التعددية الثقافية الطبيعية خطراً يندُر بانقسامات دموية، وهو ما يفسر لجوء الأنظمة التسلطية إلى الأساليب القمعية ضد الأقليات، واستبعادها لمنهج التوافق والحلول الوسطى، ومن جهتها لا تتوانى الأقليات عن استخدام العنف والتمرد ومنهج التصادم في مواجهة الخيارات غير الديمقراطية للأنظمة السياسية العربية.

وفي هذا السياق، يُقر عزمي بشارة بتعذر الترسخ الديمقراطي في البلدان العربية دون إجراء مصالحة بين الدولة والأغلبية في المجتمع، مع العلم أن الأغلبية المقصودة هنا ليست الأغلبية الطائفية أو الجهوية أو الإثنية؛ وإنما أغلبية المواطنين المعبر عنها بحق الاقتراع العام والرأي العام وغير ذلك. ويضيف بشارة بأن المأساة تكمن في الحكم الديكتاتوري المعتمد بكثافة على انتماءات جهوية أو طائفية ولو بخطاب قومي، مما يشوه مفاهيم الأكثرية والأقلية في المجتمع، لتتحول إلى مفاهيم الأكثرية والأقلية الطائفية، أي إلى مفاهيم تُحدث وظيفة البنى التقليدية، التي يعمل بها النظام السياسي عند حساب الولاءات والتعيينات والامتيازات، بينما ينتظم المواطنون الأفراد في الدولة الديمقراطية في أحزاب واتحادات ونقابات ولجان ومجموعات ضغط وغيرها، أما المنظمات ذات الطابع الإثني الطائفي التي تسعى إلى تحقيق مطالب ومصالح فرعية، فإنها ستظل قائمة ولكن هامشية، ويمكن التسامح معها في حالة الأقليات؛ وتبعاً لذلك، فإن الدول التي يتراكم فيها الشعور بالحرمان السياسي للأغلبية الطائفية، تتواجه فيها النزعة نحو الديمقراطية بنزعة إلى حكم الأغلبية الطائفية أو الإثنية، والحقيقة أن الأغلبية لن تحكم في مثل هذه الحالة، بل ستحكم

نخبها فقط مستترة وراء خطاب بلاغي يتملق المشاعر الطائفية للمحكومين⁽¹⁾.

ثالثاً: هاجس التفكك في مواجهة خيار المجتمعات التعددية

تظافرت تشكيلة من العوامل التي سرّعت بطرح مسألة التفكك والتجزؤ على جدول انشغالات المجتمع العربي، ويأتي في مقدمتها تراكمات الاستثمار السياسي للطائفية. ويأمل البعض في تشجيع خيار المجتمعات التعددية المفضي إلى الاعتراف بالهويات الثقافية الموجودة في داخل المجتمع الواحد، ورفض عمليات تدمير التنوع الثقافي.

1- ثمن الاستثمار السياسي للطائفية: سيناريو التفكك

احتاجت دول المشرق العربي إلى إجراء تسويات قبلية وطائفية عديدة حتى تستقر على كيان سياسي متوافق عليه من قبل مجموع العصبية، مثلما صمّم النظام السياسي فيها ليتجاوب مع هذه التركيبة، وليعبر عن مستوى التوازن القبلي والطائفي، فنشأ ذلك النظام واستقر مجسداً مصالح المشايخ والزعماء والإكليروس الطائفي، ومجنداً جمهور عصبية للدفاع المقدس عن تلك المصالح، وأن استقرار اشتغال الدولة بنفس الآليات في التكوين والممارسة، يهدد بإعادة إنتاج أسباب الإخفاق السياسي وتجديد شروط النزاع الأهلي. ومن المسلم به أن الدولة العصبوية معرضة للانهار والانشقاق غداة كل امتحان أهلي دموي، فالدولة المتطفية سياسياً ليست دولة الأمة حتى ولو كانت سلطتها وقوانينها سارية على مجموع الإقليم الوطني، وهي التي يدعوها المتخصصون في اللغة النظرية للفكر السياسي الحديث بـ"ما قبل الدولة"⁽²⁾.

وثبتت أساليب تعامل الأنظمة العربية مع قضية الأقليات مزيداً من تدعيم مشهد التفكك في بناءات المجتمع العربي، فهي بغية ضمان استمرارها في الحكم تلجأ إلى وسائل الإبعاد والتهميش للأقليات، ومنعها من المشاركة في الحياة السياسية والاقتصادية والثقافية. ولبلوغ نفس الغاية، اتبعت أساليب تسلطية متنوعة تباين بين

(1) - بشارة، ص 316.

(2) - الأنصاري، ص 57-58.

الشدة واللّين، ولكنها في العموم أساليب قسرية، مثل: الاستيعاب والدمج الإكراهي عن طريق استخدام العنف المادي للقضاء على حركات التمرد، والقيام بملاحقة واغتيال الشخصيات القيادية المعارضة، وتهجير أبناء الأقليات وتوطينهم في مناطق أخرى منعا للتركيز السكاني. والأسوأ أنها تعمل على خلق الصراع والتناحر بين أبناء الأقليات بهدف شق الصفوف وتفتيت الجبهة الداخلية لحركة الأقليات، وإضعاف قدرتها على مجابهة النظام بواسطة تقريب بعض الشخصيات والأحزاب المؤيدة للنظام، وخصّها بالامتيازات، والظهور بها كممثل شرعي ووحيد للأقلية، مقابل ضرب وقع العناصر الأخرى المناوئة للنظام⁽¹⁾.

وعلى صعيد آخر، كانت القوى الخارجية تهيأ لاستغلال أعمال العنف، بل إن لها في غالب الأحيان يداً في تحريكها؛ فهي كثيراً ما وظفت مشاكل الأقليات في تفجير صراعات جانبية تضعف استجابة المجتمع للتحديات التي تفرزها التناقضات القومية والطبقية. ويعتقد بعض القوميين أن الاضطرابات الطائفية في الوطن العربي ليست مقطوعة الصلة بدوائر صهيونية واستعمارية غايتها التحريض على الفتن والانقسامات الطائفية، إلى حد لم تعد فيه المعضلة الطائفية في الداخل مجرد ظاهرة دينية، وإنما تحولت إلى مشكلة اجتماعية وقومية، وفي الخارج ارتقى طموح التحالف الامبريالي-الصهيوني، من مسعى استغلال قضية الأقليات في زعزعة النسيج المجتمعي العربي، إلى محاولة توظيف المعضلة، إلى استراتيجية تفتيت وتجزئة المجتمعات العربية⁽²⁾.

كما تتضمن البيئة الدولية عمليات سياسية واقتصادية يمكنها أن تكشف عن هشاشة القاعدة المجتمعية الثقافية لبعض المجتمعات؛ فالعولمة مثلاً بمقدورها إثارة الخصوصيات والولاءات الضيقة في المجتمعات غير مكتملة الهوية. وتفيد نظرية الفيلسوف الألماني يورغان هابرماس بأن المجتمعات الأوروبية عرفت منذ العصر

(1) - العزاوي، ص 76.

(2) - عبارة الأقليات عند الجاري لن يكون له معنى إلا إذا نشأت دولة عربية واحدة عن مجموع الوطن العربي، ويضع ظاهرة (لا مشكلة) الأقليات في إطار التعددية الإثنية والدينية واللغوية، ويربطها بقضية الديمقراطية لا بقضية عروبة/إسلام. انظر: المناعي، ص 349-350-353.

الوسيط مسارات اندماج وظيفي عن طريق آلية السوق، ومسارات اندماج اجتماعية مؤسسة على الهويات الجماعية المشتركة، وقد مكنت الدولة القومية من التأليف بين هذين الصنفين من المسارات. ويقول هابرماس إن كل مجموعة سياسية تسير وفق زمن ثلاثي: تنفتح للتغيير، وتنظم في مواجهة التحول، قبل أن تنغلق على نفسها في النهاية للتعبير عن خصوصيتها ولأجل التمسك بها⁽¹⁾.

وكان الكاتب الأمريكي ألفين توفلر قد نبّه في كتابه "السلطة الجديدة" إلى أن ديناميكية العولمة بقدر ما تُقرب أرجاء المعمورة بعضها من بعض، وتفسح المجال أمام هوية كونية غير مسبوقة، فإنها ستهدد في الآن نفسه وحدة الكيانات الوطنية، أي نموذج الدولة الأمة. وقد استند توفلر في أطروحته على تأثير وانعكاسات التحولات التقنية الاقتصادية على البنية السياسية للدول، مبينا أن هذه التحولات التي تتحدد في سياق ما سمّاه بـ"الموجة الثالثة" (الثورة الصناعية الثانية القائمة على المعلومة)، قوّضت الطبيعة المكثفة التجميعية للإنتاج الصناعي، وبالتالي ولدت اتجاهها إلى الانكفاء على الخصوصيات الضيقة، لما تفرزه التقنيات الجديدة من أسباب تميّز واستقلالية بفضل أدوات ووحدات الإنتاج المحدودة، التي تكفل الاندماج التام في حركة العولمة من موقع التفرد والتميّز⁽²⁾.

وانطلاقاً مما سبق، نجد أن مناطق عديدة من العالم لا تخلو من شبح التفكك والتجزؤ، ومن بينها الدول العربية، حيث كانت مصر في السبعينيات مسرحاً لمحاولات إثارة الفتنة الطائفية بتشجيع الجماعات الإسلامية على التطرف والتعصب، ومن الجانب المسيحي كان بعض الأقباط المهاجرون إلى الولايات المتحدة الأمريكية وكندا يُصدرون مجلّات تخصصت في تأليب الرأي العام القبطي على مواطنهم المسلمين، وقد وقعت أحداث مؤسفة في عدة مدن مصرية، دون أن نغفل عما كان يجري في لبنان والسودان من حروب أهلية. وتبيّن لنا الإشارات المنبعثة اليوم من العراق وسوريا ولبنان والبحرين واليمن عن بؤر التوتر الخطيرة التي

(1) - السيد ولد أباه، اتجاهات العولمة: إشكالات الألفية الجديدة، (الدار البيضاء، بيروت: المركز الثقافي العربي،

(2001)، ص 47.

(2) - ولد أباه، ص 58.

توشك أن تعصف بالسلم الهش الذي تعرفه تلك البلدان، نتيجة تعاضم تهديدات الصراعات القابلة للاشتعال بين الجماعات المتطيفة، وزيادة خطوط التصدع والانشقاق التي تمس وحدة الكيانات الوطنية، لا سيما في البلدان التي لم تنجح في توطيد استراتيجيات الاندماج بين مكوناتها الإثنية والدينية.

إن ما نشهده بوضوح في الحالات السابقة والمتفاقمة حالياً في المشرق العربي، هو ربما بداية اندثار المشروع الجماعي الذي يشد لحمة السكان على تناقضاتهم واختلافاتهم في الثقافة والعرق، فيتحول المعترك السياسي إلى ساحة وغى تحكمها هواجس الهوية بمعناها الضيق والإقصائي. وهكذا، تنعدم الرغبة في العيش المشترك، ويظهر ميل محمود إلى ملاءمة الانتماء السياسي مع الانتساب الفرعي الضيق، كما يبدو جلياً من احتمالات تفكك الدولة الوطنية في العراق وسوريا التي فقدت شرعيتها جراء عجزها عن تحقيق غاياتها التنموية وطموحها التآلفي الاندماجي⁽¹⁾.

علاوة على ما سبق، إن سيناريو التفكك ليس مستبعداً بسبب تعاضم حدة التدخلات الأجنبية، ومن الممكن أن تتحقق أركان التجزؤ في المرحلة القادمة، خاصة مع مشاريع إعادة صياغة الخريطة السياسية العربية التي تقف وراءها الأهداف الغربية والصهيونية، الرامية إلى تكريس الانقسامات وإلهاب العصبية الطائفية القائمة في واقعنا العربي، فالعراق بعد الحرب الأمريكية عليه مهدد بالانقسام إلى ثلاث دويلات استناداً إلى اعتبارات طائفية وعرقية، والمصير نفسه ينتظر لبنان في حالة اشتعال النزاع مجدداً بين طوائفه المسيحية، وملاح الانقسام أيضاً بادية بجلاء إثر بعث النزاعات الطائفية في الأزمات الراهنة التي تعرفها دول مثل سوريا واليمن.

2- خيار المجتمعات التعددية:

تركز نظرية المجتمعات التعددية على مسألة توحيد المجتمعات، وهي مرتبطة تاريخياً بالتقليد القادم من دوركايم وراديلوف براون في الأنثروبولوجيا الاجتماعية، بمعنى الوظيفية-البنائية. وقد ظهر هذا الاتجاه كاستجابة لحاجة عدد من الباحثين في

(1) - ولد أباه، ص 62.

تطوير أدوات وأساليب نظرية ومنهجية تناسب دراسة الصور المختلفة للترابطات الاجتماعية، والتفاعل بين السمات والجماعات والنظم داخل النسق الاجتماعي الكبير الذي يكتنف الأنساق الفرعية. وتمثل الثقافة جانبا من العناصر الاجتماعية؛ فتشمل اللغة والعادات والتقاليد والعقائد الدينية والقيم الثقافية، وكل هذه العناصر تمثل مؤسسات اجتماعية لها وظيفتها، ولا يمكن الاستغناء عنها؛ لأهميتها في مجرى الحياة الاجتماعية، ولكونها تشكل العناصر البنوية في المجتمع. ومن ملامح الوظيفية-البنائية النظرية أنها تنظر إلى المجتمع كنسق اجتماعي، أي وحدات اجتماعية مختلفة نسبيا، تساهم في وظائف مختلفة لدفع المجتمع وتقدمه. وحسب دوركايم، فإن الانسجام من ملامح الرؤية الوظيفية، بل إنه ينظر إلى المجتمع على أساس أنه مستقر وليس هناك ما يعكس صفوه من صراعات وزاعات بما أن أجزائه تتكامل في القصد والهدف⁽¹⁾.

ويتجه أنصار التعددية القرييون من التيار الليبرالي بأنظارهم صوب العالم الأنجلوساكسوني، وخاصة الولايات المتحدة الأمريكية، فهناك تبلور أول دفاع عن التعددية في شكل الفيدرالية (1787)، التي جسدت في الواقع عرضا متماسكا عن مواصفات تعددية الفئات؛ لأنه كما يرى ماديسون، عند توسيع دائرة الجمهورية ستتضمن تنوعا أكبر من الأحزاب والمصالح، وستتلاشى أسباب الخوف من أن تملك أقلية معينة دافعا مشتركا لانتهاك حقوق المواطنين الآخرين، وبعبارة مماثلة، كلما امتد المجتمع وتنوع يُصبح قادرا على حكم نفسه بنفسه. واكتشف توكفيل أثناء سفره إلى الولايات المتحدة الأمريكية هذا الدفاع عن التعددية، وجعل منه محرك آرائه عن الديمقراطية، وحسب اعتقاده، الأمريكيون عرفوا كيف يتجنبون وفي وقت واحد الطغيان والثورة بفضل التعددية، التي تتجلى عبر الميزة غير المحدودة تقريبا للحياة الجمعية التي يُقرر فيها المواطنون الراغبون في مصلحة معينة أن يجتمعوا للعمل معا. وأشار توكفيل كذلك إلى أي مدى تسمح التعددية بتفادي المبالغيات في الفردانية والسلطة المطلقة. وقد اهتم علم السياسة الأمريكي بهذه الظاهرة، من ديفيد ترومان حتى روبرت دال؛ حيث أشار الكثيرون إلى الدور المتميز للجمعيات

(1) - توماس هايلاند إريكسن، العرقية والقومية: وجهات نظر أنثروبولوجية، لاهاي عبد الحسين (مترجم)، سلسلة عالم المعرفة، العدد 393، (الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، أكتوبر 2012)، ص 77.

وجماعات المصالح وجماعات الضغط في ترجمة صناعة القرار الديمقراطي عملياً⁽¹⁾.

ومن جهتها، اختارت كندا سبيل تحمل تنوعها، وتعتبره عاملاً أساسياً في تحديد هويتها؛ فقد رفض الكنديون إقامة دولة-أمة تقليدية، وابتكر هذا البلد الذي تأسس تدريجياً نموذجاً غير معهود، فأُسفر عن الفسيفساء الكندية الشهيرة: ليست هناك لغة واحدة تزج بالقوة اللغات الأخرى، ولا ثقافة تُفرض بلا روية على جميع الناس، ولا ديانة تستبعد ديانات أخرى، ولا نظام قانوني يفرض هيمنته؛ لهذا، تعتمد كندا بالأساس على التعددية. ورغم وجود بعض الملامح التي تهدد المسار التعددي، كالنزعة الانفصالية لدى بعض أهالي كيبيك، إلا أنهم يتصدرون طليعة ما بعد الحداثة، بعدما اختاروا منذ القرن التاسع عشر تقاسم سيادتهم مع جيرانهم، ورفضهم الانطواء في حدود الهوية الضيقة، ويفضلون الساحات السياسية ذات الأبعاد الهندسية القابلة للتغير، وهم متمسكون في غالبيتهم بمواطنة ليست عرقية أو لغوية بل سياسية وتعددية⁽²⁾.

ضمن هذا الإطار، يبدو أن خيار المجتمعات التعددية يستند على عدد من الطروحات النظرية والتجارب الممارساتية، وتبعاً لذلك، يدعونا هذا الخيار إلى ضرورة التفكير بجدية في حال بعض مجتمعات المشرق العربي المطالبة باستبدال التعددية الطائفية بتعددية التوجهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والفكرية، في أجواء من الحرية السليمة والديمقراطية الشاملة. كما أن دعاة التوحيد القومي مطالبون بتجديد فكرهم ومنهجهم بشأن تشخيص التعدديات الإقليمية والقطرية وما دون القطرية⁽³⁾، وكيفية التعامل معها، وإيجاد الصيغ العملية للتكيف والتوافق بين نزعة التوحيد ونزعات التعدد السليبي. ويحدث هذا الأمر بتحويل الجدلية السابقة من مستواها التضادي والتنازعي إلى مستوى التوافق والتراضي، وبتحويل التعدديات

(1) - هرميه، ص 145-146.

(2) - بيير بيتجرو، "مستقبل السياسة: الأصول الأوربية والحداثة كشرط عالمي"، حليم طوسون (مترجم)، الثقافة

العالمية، العدد 106، (مايو-يونيو 2001)، ص 53-52.

(3) - الأنصاري، ص 20.

الوطنية العربية إلى بنى إيجابية متلائمة ومتجانسة في حيز قومي قادر على الحركة والفعل، مع حتمية تذويب البنى العصبوية وما دون الوطنية في بوتقة مجتمع مدني، يُؤسس بداية إلى ترقية الإطار الوطني الواحد، ثم يسهم في تقارب تلك الوحدات الوطنية المتجانسة عن طريق اتباع استراتيجيات جماعية تحقق المنفعة المشتركة التي يتعذر بلوغها في حال اتباع الاستراتيجيات الفردية.

ولكن قبل ذلك، تحتاج الدول الراهنة في المشرق العربي التي تعاني من مشاكل عدة في شرعيتها إلى تجاوز عجزها عن تشييد نظام مؤسسي مركب الهوية⁽¹⁾، مع العلم أن جذور هذا العجز تكمن في آلياتها الشمولية المنتشرة في كل جوانب الدولة، مما يعني ضمناً إيجاد مكان لكل الهويات، وتحرير الدولة من آلياتها الشمولية، عن طريق اعتراف الدولة باستقلال المجتمع المدني نسبياً عنها، وحق أطرافه في التداول السلمي على السلطة مهما كانت إيديولوجيات هذه الأطراف أو مفاهيمها للهوية، وتسيير المجتمع لنفسه ذاتياً في كثير من الشؤون التي تعتبرها الدولة وظيفة مركزية لها، وعلى رأسها شؤون الإعلام والتربية والثقافة والتعليم، وثيقة الصلة بمسألة الهوية.

ومن هذا المنطلق شرعت أصوات في المشرق العربي تنادي باعتماد النموذج الفيدرالي، وإمكانية تطبيقه كنظام سياسي؛ لأن نجاح النظام الفيدرالي وانتشاره بصورة واسعة في القرنين التاسع عشر والعشرين، أدى إلى المناداة به كأسلوب نموذجي لحل مشكلات الدول ذات القوميات والانتماءات والطوائف المتعددة؛ نظراً لأنه يسمح بتأسيس دولة قوية من جهة، وينطوي على تمتع الولايات أو الدويلات بجانب جوهري من الاستقلال الذاتي من جهة أخرى، إلا أن دراسة الفيدرالية على مر القرون تكشف أن عوامل نجاح النظام الفيدرالي مرهونة بتوفر مجموعة من العوامل المُشجعة، أهمها الرغبة الحقيقية في إقامة النظام الفيدرالي وبانتهاج الديمقراطية كآلية للحكم⁽²⁾.

(1) - باروت، ص 44.

(2) - محمد عمر مولود، الفيدرالية وإمكانية تطبيقها كنظام سياسي: العراق نموذجاً، (بيروت: المؤسسة الجامعية

ومن وجهة نظر عزمي بشارة، إن مثل هذه الأوضاع التي تعيشها الأقليات في الدول التسلطية تستدعي اعتماد الديمقراطية التدريجية كحل وضمان وحيد أمام تعرض الأقلية فيما بعد إلى الاضطهاد والملاحقة، بعد أن خُلق الانطباع أنها كانت هي الحاكمة في بعض البلدان، وأنها المسؤولة عن القمع والعنف السائدين في زمن الدولة التسلطية، رغم أن الواقع يُظهر أن الأقلية ليست هي من تتولى الحكم بل نُخبها. وعليه، إذا لم تحصل الديمقراطية التدريجية من أعلى، يرافقتها اتفاق بين النخب السياسية والاقتصادية والعسكرية على احترام قواعد اللعبة الديمقراطية، فإن أي انفجار من القاعدة سيفضي إلى تصفية حسابات دموية⁽¹⁾.

الخاتمة

من ملاحظة ظاهرة انتشار التطييف السياسي في مجتمعات المنطقة العربية، وبمقارنتها بالاستقرار السياسي الذي تتمتع به المجتمعات التعددية في العالم المتقدم، يتضح أن ظاهرة التعددية المجتمعية حالة طبيعية في تاريخ وتطور البشرية، وهي ليست السبب الدائم في إثارة مشكلة النزاعات والحروب الأهلية، وإنما مرّد هذه المشكلة إلى التوظيف السياسي للخصوصيات والولاءات الضيقة، والإثارة الإيديولوجية للمشاعر الطائفية، وطبيعة الآليات السياسية المطروحة للتعامل مع التفاعلات التي تفرزها التعددية.

وقد ساهمت قيم التسلط التي تميز النظم العربية عموماً في تهديم محاولات تشييد مجتمع وطني وهوية جامعة متماسكة؛ مما فتح المجال أمام إخفاق جديد في كيفية معالجة المدخلات والمطالب التي ترسلها البيئة الداخلية، واعتمدت النخب الحاكمة على الهويات الفرعية، والعلاقات التقليدية؛ لإشباع رغبة الاستمرار الجاحمة في الحكم وثبيت شرعيتها، بل لجأت أحياناً إلى استخدام الأدوات القسرية ضد الجماعات التي تطالب بتطوير منظومة حقوقها ومأسستها؛ وبالتالي، تأثرت سلباً الحقوق

للدراستات والنشر والتوزيع، (2009)، ص 178-189-200.

(1) - بشارة، ص 316.

المواطنة، ولاحت للعيان أزمة حقيقية في بناء الدولة الوطنية التي أصبحت نتيجة لذلك معرضة للتفكك والتجزؤ.

وبهدف تجنب مشهد التفكك المقلق، تحتاج دول المشرق العربي إلى إعادة صياغة عقد اجتماعي، بحيث يكون قائماً على تعاقد بين مختلف الجماعات الاجتماعية والسياسية، ومحترماً لصفة التمثيلية للاجتماع السياسي المدني، ومعبراً عن توافق عام على قواعد النظام السياسي. ومن العبث الاعتقاد أن يقوم التعاقد بين قوى المجتمع التقليدي؛ لأن مضمون هذا التعاقد لا يبني دولة حديثة، ويؤسس لمجال سياسي مشوّه مليء بالاضطرابات؛ لذا فإن القوى الفعلية للعقد الاجتماعي هم المواطنون.

قائمة المراجع

- 1- برتران بادبي، الدولة المستوردة: غربنة النصاب السياسي، شوقي الدويهي (مترجم)، (بيروت-الجزائر: دار الفارابي-منشورات آنيب، 2006).
- 2- برهان غليون، المسألة الطائفية ومشكلة الأقليات، (بيروت: دار الطليعة، 1979).
- 3- برهان غليون، نظام الطائفية: من الدولة إلى القبيلة، (بيروت-الدار البيضاء: المركز الثقافي العربي، 1990).
- 4- بيير بيتجرو، "مستقبل السياسة: الأصول الأوربية والحادثة كشرط عالمي"، حليم طوسون (مترجم)، الثقافة العالمية، العدد 106، (مايو-يونيو 2001).
- 5- توماس هايلاند إريكسن، العرقية والقومية: وجهات نظر أنثروبولوجية، لاهاي عبد الحسين (مترجم)، سلسلة عالم المعرفة، العدد 393، (الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، أكتوبر 2012).
- 6- تيموثي دن، "الليبرالية"، جون بيليس وستيف سميث (محرران)، عولمة السياسة العالمية، مركز الخليج للأبحاث (مترجم)، (دبي: مركز الخليج للأبحاث، 2004).
- 7- دهام محمد دهام العزاوي، الأقليات والأمن القومي العربي: دراسة في البعد الداخلي والإقليمي والدولي، (عمان-الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع، 2003).
- 8- سامي إبراهيم الخزندار، "المنع الوقائي للصراعات الأهلية والدولية: إطار نظري"، المجلة العربية للعلوم السياسية، العدد 32، (خريف 2011).

- 9- ستيفن ريان، "القومية والنزاع الإثني"، برايان وايت وريتشارد ليتل ومايكل سميث (محررون)، قضايا في السياسة العالمية، مركز الخليج والأبحاث (مترجم)، ط1، (دبي: مركز الخليج للأبحاث، 2001).
- 10- ستيفن والت، "العلاقات الدولية: عالم واحد... نظريات عدة"، منير كمال (مترجم)، الثقافة العالمية، العدد 86، (1998/7).
- 11- سمية بلعيد، النزاعات الإثنية في إفريقيا وتأثيرها على مسار الديمقراطية فيها: جمهورية الكونغو الديمقراطية نموذجا، مذكرة ماجستير غير منشورة، (جامعة منتوري، كلية الحقوق، قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية، قسنطينة، الجزائر) 2010.
- 12- السيد ولد أباه، اتجاهات العولمة: إشكالات الألفية الجديدة، (الدار البيضاء، بيروت: المركز الثقافي العربي، 2001).
- 13- الطاهر المناعي، الخطاب العربي المعاصر من خلال أبحاث مركز دراسات الوحدة العربية 1975-1990، (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 2008).
- 14- عبد العزيز جراد، العالم العربي بين ثقل الخطاب وصدمة الواقع، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1988).
- 15- عبد المنعم حنفي، موسوعة الفلسفة والفلاسفة، ج1، ط2، (القاهرة: مكتبة مديبولي، 1999)، ص46.
- 16- عبد الناصر جندلي، التنظير في العلاقات الدولية بين الاتجاهات التفسيرية والنظريات التكوينية، (الجزائر: دار الخلدونية، 2007).
- 17- عزمي بشارة، المجتمع المدني: دراسة نقدية، مع الإشارة إلى المجتمع المدني العربي، ط3، (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 2008).
- 18- علي خليفة، "المواطنة ومسارات الدولة: دراسة تحليلية نقدية للعلاقة بين المواطنة والدولة"، المجلة العربية للعلوم السياسية، العدد 40، (1/ 2014).
- 19- غي هرميه وآخرون، معجم علم السياسة والمؤسسات السياسية، هيثم البع (مترجم)، ط1، (بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2005).
- 20- محمد جابر الأنصاري وآخرون، النزاعات الأهلية العربية: العوامل الداخلية والخارجية، ط2، (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 2001).
- 21- محمد جمال بارروت، الدولة والنهضة والحداثة، ط2، (اللاذقية: دار الحوار للنشر والتوزيع، 2004).
- 22- محمد شاعة، مستقبل السياسة الخارجية: دراسة تحليلية لتأثير ظاهرة العولمة على حقل السياسة الخارجية، أطروحة دكتوراه غير منشورة، (جامعة الجزائر3،

كلية العلوم السياسية والإعلام، قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية، الجزائر، (2013).

23- محمد عمر مولود، الفيدرالية وإمكانية تطبيقها كنظام سياسي: العراق نموذجا، (بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2009).

24- ناظم عبد الواحد الجاسور، الأمة العربية ومشاريع التفتيت، سلسلة آفاق، العدد 5، (بغداد: دار الشؤون الثقافية العامة، 1993).

25- Fatma Zohra Filali, Les Conflits Ethno-Culturels De L'ère Post-Guerre Froide, Abdelaziz Djerad (Ed), **Une Décennie De Relations Internationales 1990-2000**, (Alger: Ecole Nationale D'administration, 2001).

26- Michael W. Doyle , "Liberalism And Foreign Policy", Steve Smith and Amelia Hudfield and Tim Dunne (Eds), **Foreign Policy: Theories, Actors, Cases**, (New York: Oxford University Press , 2008).