

عدد 3



مجلة الندوة للدراسات القانونية

مجلة علمية محكمة تصدر إلكترونياً

تطالعون في هذا العدد :

د. عليان بوزيان- تأصيل العملية القضائية الدولية لحقوق المستضعفين في الأرض في ضوء مبادئ القانون الدولي و مقاصد التشريع الإسلامي

د. عبد المجيد أحمد سعيد- الاختصاصات القضائية لقاضي التنفيذ (منزعات التنفيذ)

د. عبدالسلام أحمد بنى حمد - دور الاتفاقيات الدولية والإقليمية في تنظيم الجنسية

أ. بن حمزة حورية- الثقافة في الجزائر من منظور تشريعي-النشأة والتطور-

رئيس التحرير- د. بن يوسف نبيلة

- أ. مناسي محمد فيصل - أ. ريمة مقران - أ. مريم بن زعيم

- أ. نضيرة شيباني - أ. نوال بلحروش - أ. كآزة سلوح

3

عدد فيفري = 2015



مجلة الندوة للدراسات القانونية

3

دعوة للمساهمة في العدد 4



العدد الثالث - العام الثاني - 2015

مجلة الندوة للدراسات القانونية

Revuenadwa.jimdo.com



التعريف بالمجلة

هي مجلة علمية مستقلة محكمة من طرف هيئة علمية رفيعة المستوى حيث تضم أكبر الدكاترة في مجال القانون و العلوم الانسانية ذات الصلة على الصعيدين الوطني و الدولي. تحوز على الترتيم الدولي ، تصدر إلكترونيا كل أربعة أشهر (كما تصدر اعداد تعنى بمعالجة قضايا ذات أهمية). تديرها مجموعة من الاستاذة و الباحثين بعيدا عن وصاية أي مؤسسة عمومية ، تهدف المجلة لنشر البحوث العلمية بغية تدعيم المراجع الالكترونية و مساعدة الباحث في الجزائر و الوطن العربي كمثيلاهما من المجالات الدولية ، كما يربط المجلة بالمؤسسات التي تعنى بالنشر الالكتروني عدة اتفاقيات بغية نشر البحوث المقدمة لها في قواعد بيانات عربية و دولية ، قصد المساهمة الفعالة في نشر البحث العلمي بين أقطار الدول العربية و العالم بأسره في مجال البحث القانوني، إضافة إلى ذلك فالمجلة عضو في الاتحاد العالمي للمؤسسات العلمية .

مدير المجلة – أ. قارة وليد

رئيسة التحرير – د. بن يوسف نبيلة

نائب رئيس التحرير : د. ساسي محمد فيصل

اعضاء هيئة التحرير : الأساتذة التالية أسماؤهم

أ. صديقي سامية – أ. مقراني ريمة – أ. شيباني نصيرة – أ. بن زعيم مريم

أ. بلحشر نوال – أ. سايح كنزة – أ. ثوابتي ايمان ريمة سرور – أ. عماروش سميرة

التدقيق اللغوي : أ. مسعودي صليحة

مجلة الندوة للدراسات القانونية

مجلة علمية محكمة تصدر الكترونيا

الترقيم الدولي : ISSN2392-5175



مجلة الندوة للدراسات القانونية
ISSN 2392-5175

عنوان المجلة : حي الدقسي عبد السلام عمارة 7 رقم 373 قسنطينة . الجزائر

الموقع الرسمي للمجلة : revuenadwa.jimdo.com

البريد الإلكتروني للمجلة revue.nadwa@gmail.com

العدد الثالث – العام الثاني – 2015

الهيئة العلمية للمجلة

- أ.د السيد أبو الخير- استاذ محاضر في القانون الدولي العام بعدد من الجامعات - مصر
- أ.د فوزي أوصديق - عميد سابق لكلية الحقوق - البليدة/الجزائر و استاذ زائر في عدد من جامعات قطر
- أ. د بوضياف عمار - استاذ التعليم العالي - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تبسة - الجزائر
- أ.د بوحنية قوي - عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة ورقلة - الجزائر
- أ.د . بو بكر عبد القادر - استاذ التعليم العالي - كلية الحقوق . بن عكنون - الجزائر
- د . زواقري الطاهر - عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة خنشلة - الجزائر
- د .إرزيل كاهنة - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو - الجزائر
- د . ماهر عبد الله العربي - استاذ القانون الجنائي - كلية حقوق القاهرة - فرع الخرطوم - مصر
- د . بوعزة ديدن - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تلمسان - الجزائر
- د . اسعد حورية - نائب عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو - الجزائر
- د . بموسات عبد الوهاب - كلة الحقوق و العلوم السياسية - جامعة سيدي بلعباس - الجزائر
- د . بلعباد سامي - رئيس قسم القانون الخاص - جامعة قسنطينة 1 - الجزائر
- د . بن حملة سامي - أستاذ محاضر - كلية الحقوق - جامعة قسنطينة 1 - الجزائر
- د . آمنة سلطاني - رئيس قسم الحقوق - جامعة الواد - الجزائر
- د . نهاد أحمد - استاذة بالأكاديمية العربية المفتوحة بالدماراك - مصر
- د . بلقاسم سعودي - استاذ محاضر - كلية العلوم الاقتصادية - جامعة مسيلة - الجزائر
- د . عبد السلام بني حمد - عضو هيئة التدريس بالجامعة الأردنية - الأردن
- د . بوزيان راضية - عميد كلية علم الاجتماع - جامعة الطارف - الجزائر
- د . الشيماء محمد - عضو هيئة التدريس بجامعة تيوك - المملكة السعودية - مصر
- د . زياد علي محمد الكايد - استاذ محاضر - قسم إدارة الأعمال - كلية العلوم و الآداب - جامعة شقراء - المملكة العربية السعودية

- د . الدياب حسن عز الدين - استاذ بكلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة المنار - تونس
- د . لعروسي رابح - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو - الجزائر
- د . مقيمح صبري - استاذ محاضر - كلية العلوم الاقتصادية - جامعة سكيكدة - الجزائر
- د . خلف الله عبد السلام محمد - استاذ محاضر - كلية الاقتصاد و العلوم السياسية - جامعة الزيتونة - طرابلس - ليبيا
- د . خضراوي الهادي - استاذ محاضر أ - عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة الأغواط - الجزائر
- د . رياض التميمي - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة أم البواقي - الجزائر
- د . نبيلة بن يوسف - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو - الجزائر
- د . داودي أونيسة - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو - الجزائر
- د . حسن عالي - استاذ محاضر - كلية العلوم الاجتماعية - جامعة وهران - الجزائر
- د . روان محمد الصالح - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة أم البواقي - الجزائر
- د . بخوية ادريس - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - الجامعة الافريقية . أدرار - الجزائر
- د . منصور لخضاري - عضو هيئة التدريس - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة مسيلة - الجزائر
- د . حساني خالد - أستاذ محاضر ب - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة بجاية - الجزائر
- د . خنفوسي عبد العزيز - استاذ محاضر ب - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة سعيدة - الجزائر
- د . السبتي وسيلة - استاذة محاضرة - كلية العلوم الاقتصادية و التجارية - جامعة بسكرة - الجزائر
- د . نظيرة عتيق - استاذة بكلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة سكيكدة - الجزائر
- أ . دفون محمد - نائب عميد كلية علم الاجتماع - جامعة الطارف - الجزائر
- أ . شوقي نذير - أستاذ بكلية الحقوق و العلوم السياسية - المركز الجامعي تمناغست - الجزائر
- أ . عثمانية كوسر - استاذ مساعد أ - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة خنشلة - الجزائر
- أ . محديد حميد - استاذ مساعد أ - جامعة زيان عاشور - الجلفة - الجزائر
- أ . ليلى زيد الراشد - عضو جمعية المحامين - الكويت

قواعد النشر في

مجلة الندوة للدراسات القانونية :

تنشر المجلة البحوث العلمية في المجال القانوني التي يجب أن :

* تتسم بالأصالة النظرية و الحدائة و الاسهام العلمي الجاد.

* تتوفر على الشروط العلمية و المنهجية.

* يقدم صاحب المقال سيرته الذاتية .

* يرسل المقال إلى هيئة التحرير عبر بريد المجلة .

* تقدم الملخص الزامي باللغة العربية و لغة أجنبية أخرى

* يكتب في أول المقال إلى اليسار اسم ولقب الباحث و اسفله رتبته العلمية و المؤسسة العلمية و الدولة .

* لا يتجاوز عدد الصفحات في المقال (30) خمسة عشر صفحة ، و لا يقل عن (10) عشر صفحات من مقياس 21- 29 ، إلا استثناء .

* يكتب المقال باللغة العربية بحجم 14 و بخط Arabic traditionnel . و باللغة الأجنبية بحجم 13 غليظ و بخط times new romain

* التهميش : يذكر في آخر كل فكرة مقتبسة رقم يدل على المؤلف، الذي يشار اليه في أسفل الصفحة التي وردت بها الفكرة بالطريقة التالية: لقب و اسم المؤلف ،عنوان المؤلف، الجزء، الطبعة، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم أو عدد الصفحات المقتبسة منه.

* يكتب الهامش بنفس الخط و بحجم 11 عربي و حجم 10 غليظ أجنبي .

* تكتب في نهاية المقال قائمة المراجع المستعملة، و ترتب ترتيبا أبجديا، باحترام الترتيب المعتمد ضمن المقال.

* تخضع المقالات المقدمة للتحكيم العلمي، من قبل اللجنة العلمية للمجلة، قبل نشرها، و تحتفظ اللجنة بحقها في ابداء التحفظات.

* على صاحب المقال احترام تحفظات اللجنة العلمية للمجلة.

* يحق للجنة العلمية تأخير نشر المقالات أو رفضها كلية، اذا خالفت قواعد النشر في المجلة.

* المقالات و البحوث المنشورة في المجلة تعبر عن رأي صاحبها .

* لا يكون المقال موضوع طلب النشر، قد نشر سابقا في أي مجلة أخرى .

* المقال المقبول للنشر يصبح ملكا للمجلة .

* لا يجوز إعادة نشر مواد المجلة إلا بعد موافقة كتابية من هيئة التحرير

* ما ينشر في المجلة يعبر عن رأي صاحبه، ولا يعبر بالضرورة على وجهة نظر المجلة



تقديم

تحية وسلام،

تسابت الدول إلى الأخذ بالمبادئ والمعايير وأحدث النظم المتمشية مع تطورات الحياة، فقد ادت الحضارة المدنية الى انتشار المعرفة و تطوّر وسائل الاتصال بين الدول. فقد شهد القرن الماضي سلسلة من الثورات ، إذ أخذت النظم التقليدية تجتاز تحوّلًا جذرياً تحت ضغط التحدي المستمرّ للظروف والأوضاع الجديدة ، ولعلّ من أبرز هذه التحوّلات ما يشهده النشاط التجاري في مجال العلاقة بين القانون والتجارة الالكترونية كأحد أهم إفرزات البيئة الرقمية .

تمثل التجارة الالكترونية أحد أهم الموضوعات المستجدة في مجال القانون التجاري، فقد ساهمت تقنية المعلومات في عصر الحاسوب والاتصالات مساهمة كبيرة في إرساء الوجود القانوني للتجارة الالكترونية باعتبارها تعتمد على التقنيات المعلوماتية لإدارة وتنفيذ النشاط التجاري.

إن التجارة الالكترونية في صورتها الراهنة قد ظهرت نتيجة التطور والتقدم العلمي والتكنولوجي الذي يسود عصرنا الحاضر حيث أصبح التطور الصناعي والاقتصادي له أبلغ الأثر في ظهور الاختراعات الحديثة من استخدام الآلات والمواد مما كان له أكبر الأثر في الحياة سواء في الجانب السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي.

في هذه البيئة المتسمة بالنشاط الإبداعي القائم على إعطاء أهمية للمعلومات و للعقل المبدع ظهرت أنشطة الاستثمار في المعلوماتية وبرزت مكانة التكنولوجيا في تحريك عجلة الاقتصاد ، إذ تحولت الركائز من القيم المادية إلى القيم المعنوية (المعلومات والملكية الفكرية وامتلاك التكنولوجيا والإبداعات).

في هذه البيئة التقنية كان لا بد أن تتحول أنماط الأعمال التجارية من النمط اليدوي التقليدي إلى النمط التكنولوجي الالكتروني في ميدان معالجة البيانات وحفظها وإدارة النشاط المصرفي والحسابات المالية وعمليات الإنتاج والعلاقة بالزبائن وتقديم الخدمات. ولما كان النظام القانوني يعكس اتجاهات واحتياجات المجتمع للتنظيم عبر قواعد التشريع بفروعه المختلفة، فمن الطبيعي أن تتأثر أحكامه وأسس التشريع فيه بما اوجدته تكنولوجيا

المعلومات وأدوات العصر الرقمي وما أنتجه من أنماط جديدة على العلاقات القانونية، ومن الطبيعي أن تتجه النظم القانونية المختلفة لمعالجة هذه الآثار عبر حركة تشريعية تعكس استجابة القانون للمستجدات والتطورات، وبهذا المنطق احدثت تقنية المعلومات آثارا شاملة على البناء الإداري والاقتصادي والقانوني للدولة .

مما سبق ، تثير أنشطة التجارة الالكترونية والعلاقات القانونية الناشئة في بيئتها العديد من التحديات القانونية للنظم القانونية القائمة، تتمحور في مجموعها حول تغيرات القانون على ضوء التجارة الالكترونية، فالعلاقات التجارية التقليدية قامت منذ بدء النشاط التجاري على أساس الإيجاب والقبول في أي تعاقد وعلى أساس التزام البائع مثلا بتسليم المبيع بشكل مادي وضمن نشاط ايجابي خارجي ملموس، وأن يقوم المشتري بالوفاء بالثمن إما نقدا أو باستخدام أدوات الوفاء منها الأوراق التجارية أو وسائل الوفاء البنكية التقليدية.

لكن الأمر يختلف بالنسبة للتجارة الالكترونية، فالتغير، ليس بمفهوم النشاط التجاري، وإنما بأدوات ممارسته وطبيعة العلاقات الناشئة في ظلّه ويتوسط كل نشاط من أنشطة التجارة الالكترونية الكمبيوتر والانترنت أو شبكة المعلومات، إن أثر وجود التقنية وهيمنتها على آلية إنفاذ النشاط التجاري في ميدان التجارة الالكترونية، بل ضرورتها لوجود التجارة الالكترونية، كان لا بد أن ينشأ تحديا جديدا أمام النظم القانونية القائمة.

فبالرغم من أن موضوع التجارة الالكترونية لم يزل حديثا وغير واضح المعالم بالقدر الكافي إلا أن جهود كبيرة تحققت على المستويات الدولية والإقليمية والوطنية للتعامل مع مسائل هذا الموضوع، فعلى الصعيد الدولي يتعين الوقوف أمام جهود المنظمة العالمية للتجارة وجهود لجنة قانون الأمم المتحدة للتجارة الدولية ، أما على الصعيد الوطني فإن جهودا تشريعية مميزة قد تحققت في العديد من الدول مثل الولايات المتحدة الأمريكية ودول الاتحاد الأوروبي والأردن.

أما المشرع الجزائري فقد وقف بوجه عام وقفة شمولية أمام ما توصل اليه عصر المعلومات وآثاره على النظام القانوني السائد كما أن الجزائر لا تزال تنتهج سياسة التشريعات والحلول الجزئية.

وعليه لا بد أن تدخل التجارة الالكترونية بيئة النشاط التجاري و مواكبة التشريعات الحديثة والمستجدات العصرية ولا بد للمشرع الجزائري ان يصدر قانونا للتجارة الالكترونية كما فعلت التشريعات العربية والغربية وعلى النظام القانوني الجزائري أن يساير التطور الكبير في مجال التكنولوجيا وانعكاساتها على النشاط التجاري.

الدكتورة يسعد حورية

فهرس البحوث و الدراسات المدرجة ضمن هذا العدد

- 1- د. عليان بوزيان-كلية الحقوق - جامعة تيارت - الجزائر
تأصيل الحماية القضائية الدولية لحقوق المستضعفين في الأرض في ضوء مبادئ القانون الدولي و مقاصد التشريع الإسلامي _____ ص 002
- 2 - د. عبد المجيد أحمد سعيد-كلية الحقوق جامعة تعز- اليمن
الاختصاصات القضائية لقاضي التنفيذ (منازعات التنفيذ) _____ ص 044
- 3 - أ. بن حمزة حورية - كلية العلوم الاجتماعية -جامعة الطارف- الجزائر
النقابة في الجزائر من منظور تشريعي-النشأة والتطور- _____ ص 059
- 4 - د. عبدالسلام أحمد بني حمد-قسم العلوم القانونية-أكاديمية الشرطة الملكية - المملكة الأردنية الهاشمية
دور الاتفاقيات الدولية والإقليمية في تنظيم الجنسية _____ ص 080
- 5- أ. مباركة رحومه - باحثة و أستاذة بالجامعة التونسية - تونس
الانضمام لمهنة الباعث العقاري _____ ص 100
- 6 - أ. قارة سليمان محمد خليل - كلية الحقوق - جامعة قسنطينة 1- الجزائر
الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في ظل التعاقد الالكتروني _____ ص 121
- 7 - د. أحمد عبدالصبور الدجاوي قسم المالية العامة والتشريع المالي والقانون الاقتصادي -كلية الحقوق- جامعة اسيوط - جمهورية مصر العربية
صناديق الاستثمار (مزايا ومخاطر) _____ ص 134
- 8 - أ. الحاسي مريم - كلية الحقوق و العلوم السياسية- جامعة وهران - الجزائر
المسؤولية الجزائرية للبنك عن إفشاء السر البنكي _____ ص 157
- 9 - أ. ماز حسن - كلية الحقوق - جامعة وهران - الجزائر
القضاء الدستوري بين إكراهات الديمقراطية و ضرورات حقوق الانسان _____ ص 170
- 10-Lakli Nadia - magistère en droit des affaires comparé -université d'Oran - Algérie**
contrats de distribution L'application du droit des ententes aux exclusive _____p190

ملاحظة : ليست هناك معايير محددة في ترتيب المقالات

تخلي المجلة كامل مسؤوليتها عن أي اخلال بالملكية الفكرية من خلال المقالات المنشورة بها

تأصيل الحماية القضائية الدولية لحقوق المستضعفين في الأرض
في ضوء مبادئ القانون الدولي و مقاصد التشريع الإسلامي

د/ عليان بوزيان

أستاذ محاضر أ كلية الحقوق جامعة تيارت

aliane.bouziane@yahoo.com

ملخص

تعالج المقالة موضوعا شائكا، يتعلق بالحاجة الماسة لتفعيل الحماية القضائية الدولية لحقوق المستضعفين في الأرض من مختلف الأقليات سواء المسلمة في الدول الأوروبية والأمريكية مثل حقوق المعتقلين في غوانتانامو وحقوق المقيمين في بلاد لا تطبق فيها أحكام الشريعة على المسلمين، أم الأقليات والأجانب المقيمين في الدول الإسلامية بحكم حقوق المواطنة الدستورية المتساوية لأهل الكتاب " لهم ما للمسلمين وعليه ما على المسلمين"؛ من خلال بيان موقف القانون الدولي والشريعة والإسلامية من عالمية الحق في التقاضي الدولي لحماية حقوقهم؛ حيث كشفت الدراسة أنه بالرغم من شبه الاتفاق على منع ولاية القضاء غير المسلم وقضاء الدولة غير المسلمة على المسلمين؛ غير أن المسألة لا زالت تحتاج إلى مراجعة في ظل التحولات الدولية في مجال حقوق الإنسان والمستضعفين من المسلمين سواء في البلاد الإسلامية مدى مشروعية الحماية القضائية الدولية في مجال حقوق الإنسان والمستضعفين من المسلمين سواء في البلاد الإسلامية حيث الاعتقال والنفي أو في البلاد غير الإسلامية حيث النظرة العنصرية وافترض التهمة.

وبحكم عالمية الشريعة في مبادئها وأهدافها الإنسانية التي منها اعتبار حقوق الإنسان ومصالحه مقصودة للشارع يجب على السلطة الحاكمة حفظها وجودا وعدما، مما يتطلب معه إيجاد آليات فعالة للدفاع عن حقوق الإنسان، ومن ذلك ما يعرف بالقضاء الدولي لحقوق الإنسان، والذي غالبا ما يسير بالقوانين الوضعية ممثلا في المواثيق العالمية والاتفاقيات الدولية، وهو ما يدفع إلى التساؤل عن تأصيل هذه المسألة في الخبرة الإسلامية وفي ضوء مقاصد التشريع الإسلامي بعد الوقوف على كنهها في القانون الدولي بمختلف فروعيه، ومن أجل ذلك تحاول هذه الدراسة استقراء أفضية ومسائل في التاريخ الإسلامي يمكن استثمارها في التأسيس للحق في التقاضي الدولي لإنصاف المستضعفين من قبيل حلف الفضول في الحكومة النبوية.

مقدمة:

من المتفق عليه في الفقه الدولي أن حقوق الإنسان لم تعد من الاختصاص الداخلي للدول بل أصبحت في مجملها تتمتع بحماية دولية قضائية، وجزءاً لا يتجزأ من القواعد الآمرة في النظام العام الدولي والتي تتمتع بحجية في مواجهة الكافة، وبأولوية مطلقة في المجتمع الدولي بسبب ارتباطها بالأخلاق الدولية العامة وكرامة الإنسان؛ بحيث يمكن المطالبة القضائية أمام القضاء الدولي بما دون إرادة الدولة.¹

وهي الهدف التي يستوجب التأسيس لعالمية آليات الحماية الدولية المعنية بحقوق الإنسان والمستضعفين في العالم؛ نحو جعل الفرد شخصاً من أشخاص القانون الدولي فعلياً؛ يتمتع بمركز قانوني مستقل عن دولته؛ وبالأهلية القانونية الدولية؛ التي تمكنه من مباشرة اقتضاء حقوقه بذاته؛ وهي الحماية التي انتهت بقرار مبدأ عالمية الاختصاص القضائي؛ المبدأ الذي يقضي بأنه من حق أي دولة أن تحيل إلى عدلتها الوطنية مرتكبي جرائم معينة تم المجتمع الدولي بأسره، بغض النظر عن مكان ارتكاب الجريمة، وبغض النظر عن جنسية مرتكبيها أو جنسية ضحاياها؛ امتثالاً لمقاصد الأمم المتحدة في حماية الإنسانية؛ كما أنه من مصلحة كل دولة أن تمكن لمواطنيها من النفاذ إلى قضائها الوطني لاستفاء حقوقهم، والدفاع عن حرياتهم تفادياً لتدويلها وحفاظاً على سيادتها القضائية من ضياع هيبتها أمام الهيئات الدولية؛ وهو المطلب الذي يتماشى مع اعتبار حقوق الإنسان مقاصداً ضرورية في التشريع الإسلامي.

وهو ما يثير إشكالية مشروعية ذلك في مصادر التأصيل الإسلامي في ظل تدويل ضمانات حماية حقوق الإنسان القضائية في إطار القانون الدولي الجنائي الذي اعتبرها، جرائم لا تسقط بالتقادم، ومن حق أي دولة تعقب المتهم دفاعاً عن حقوق الإنسان، وهو ما تقر دولياً بعد نشأة المحكمة الجنائية الدولية "الدائمة"، الاختصاص القضائي العالمي الذي يعطي أي دولة - إن أرادت - في أن تختص بمحاكمة المتهم الدولي بارتكاب إحدى جرائم النظام العام الدولي التي بدأت التشريعات الوطنية تفسح المجال لتقنينها.²

وعليه تدور إشكالية هذا البحث عن مدى مشروعية تمكين الفرد المستضعف في الأرض في ظل التطور الذي عرفه مركزه القانوني في المجتمع الدولي من حقه في اللجوء إلى المحاكم الدولية والأجنبية للمطالبة بالحقوق المكرسة في شرعة حقوق الإنسان العالمية، وبيان موقف الفقه الإسلامي من تدويل الحماية القضائية لحقوق المستضعفين في حالة الانتهاك، وهو ما سيتم معالجته من خلال ثلاثة مباحث يتناول الأول منهما محاولة التأصيل لمشروعية الحق في التقاضي دولياً أمام القضاء الدولي ولو كان غير إسلامي؛ وبين الثاني تبيين وبيان كيفية اقتضاء هذا الحق مع بعض التطبيقات الإسلامية والوضعية المباشرة له، وأخيراً الدراسة بمبحث ثالث حول مدى حجية الأحكام القضائية الصادرة في البلاد غير الإسلامية على المسلمين.

المبحث الأول: التأصيل الشرعي والتأسيس القانوني لحقوق المستضعفين في الحماية القضائية الدولية.

المبحث الثاني: تبيين حق المستضعفين في اقتضاء حقوقهم عن طريق التقاضي الدولي وفقاً لمقاصد الشريعة.

المبحث الثالث: مدى حجية الأحكام القضائية الدولية على المسلمين في البلاد غير الإسلامية.

1- د/مصطفى عبد الغفار؛ ضمانات حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي؛ مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان؛ مصر 2003، ص 49

2- د/رواجي عمر؛ الشكاوي الفردية في نظام الأمم المتحدة لحماية حقوق الإنسان؛ مجلة الفقه والقانون؛ العدد أوت 2012؛ ص 04.

المبحث الأول: التأصيل الشرعي والتأسيس القانوني لحقوق المستضعفين في الحماية القضائية الدولية.

منذ أزيد من أربعة عشر قرنا خلت عرفت جزيرة العرب حلفا دوليا للدفاع عن المستضعفين من المظلومين عرف في التاريخ الإسلامي بـ"حلف الفضول" كان من مهامه رفع الظلم ومنع الاعتداء عن الفرد مهما كانت قوميته وجنسيته، وقد أشاد به النبي عليه الصلاة والسلام إشادة إعجاب وإكبار وتقدير؛ مما يتقرر معه سبق الإسلام الحنيف إلى إيجاب تنظيم الدفاع عن حقوق الإنسان من الحيف والظلم باعتبار هذا الواجب عملا إنسانيا متوجبا على جماعة المسلمين مهما اختلفت أقطارهم وجنسياتهم، ومنذ ذلك العهد توالى الجهود الدولية لحماية حقوق الإنسان بدءا بإقرار ميثاق الأمم المتحدة، ثم صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 ليتزايد الاهتمام الدولي بقضايا حقوق الفرد؛ وتنمو بشكل بارز مجموعات الحقوق بأجيالها الثلاث وآليات الحماية الدولية لها؛ ليخطو بذلك خطوات متسارعة نحو تكريس عالمية حقوق الإنسان.¹

لم تعد تعتبر الانتهاكات الجسيمة التي تحدث لحقوق الإنسان في أي مكان في العالم من الشؤون الداخلية للدول بل أصبحت تدخل في اهتمام المجتمع الدولي ككل، وإن كانت معايير هذا التدخل ما زالت تثير الكثير من الجدل.² نظرا لما أصبح الفرد يتمتع به من شخصية قانونية دولية - رغم محدوديتها - كونه هو المستفيد النهائي من أحكام القانون الدولي.³ وقد تباينت تلك الأنظمة من حيث الارتقاء بالفرد وضمان حقوقه الأساسية، وتطورت من مجرد "إعلان" أو "ميثاق" إلى اتفاقية أو معاهدة ملزمة لأطرافها ثم انتقل الاهتمام الدولي بحقوق الإنسان إلى مستوى آخر، فارتقى من مستوى إقرار الوثائق والاتفاقيات إلى إنشاء منظمات ومؤسسات مختصة بهذا المجال، بل وتطور الأمر إلى تشكيل آليات قانونية ومحاكم قضائية خاصة بحقوق الإنسان.⁴ ويمثل حق اللجوء إلى القضاء المستقل السبيل الوحيد للدفاع عن الحقوق والحريات وإذا كان من السهل إيجاد الأساس القانوني للحق في التقاضي أمام دولة المتقاضي؛ فانه من الصعوبة بمكان تأصيل هذا الحق للأفراد أمام الهيئات القضائية الدولية لتعارضه مع مبدأ السيادة الوطنية؛ ومع ظاهر النصوص الشرعية التي تمنع ولاية غير المسلم على المسلمين، ومع ذلك لا يعدم الباحث بعض النصوص الدولية والأقضية النبوية التي تعترف بحق الشكوى أمام الهيئات القضائية الدولية؛ الأمر الذي يحتاج إلى إعادة تنظيم خصوصا مع ظهور القانون الدولي الجنائي والمحكمة الجنائية الدولية وما ترتبت عنه من إقرار للمسؤولية الجنائية الفردية لرؤساء الدول والشخصيات النافذة في الدولة.

المطلب الأول: نشأة وتطور الحماية القضائية الدولية في القانون الدولي.

من بين أبرز آثار تدويل حقوق الإنسان على وضع الفرد في القانون الدولي قيام عدد من المحاكم الدولية بالفصل في المنازعات ذات العلاقة بحقوق الإنسان ومنح الفرد الحق في أن يمثل طرفاً في هذه النزاعات أو الدعاوى من خلال الاعتراف له بالحق في مقاضاة دولته.⁵

1- ينظر حول عالمية حقوق الإنسان ينظر د/إمام حسانين عطا الله، حقوق الإنسان بين العالمية والخصوصية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2004، ص 18 ود/ خضر خضر؛ مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان؛ المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس - لبنان - ط2؛ سنة 2004؛ ص 133.

2 - د/ بوراس عبد القادر؛ التدخل الدولي الإنساني؛ دار الجامعة الجديدة؛ الإسكندرية؛ 2009؛ ص 160

3- د/ عمر سعد الله؛ حقوق الإنسان وحقوق الشعوب؛ ديوان المطبوعات الجامعية؛ الجزائر؛ ط2؛ سنة 1994؛ ص 192

4- شهاب طالب الزويبي، الحماية الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان في ضوء المتغيرات الدولية، رسالة سابق الإشارة إليها، ص 87 نقلا عن:

Theodor Meron . Norm making and super vision in Int . I H. R. Ajil. Vol . 76. No4 (1982) P. 774.

5- د/مصطفى عبد الغفار؛ ضمانات حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي؛ مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان؛ مصر 2003، ص 34

لقد أصبح من الممكن للفرد أن يتقدم بشكوى ضد دولته عند تعرض حقوقه للانتهاك وذلك وفقاً لعدة اتفاقيات أهمها العهد الخاص بالحقوق المدنية السياسية واتفاقية مكافحة التعذيب واتفاقية التمييز العنصري واتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة بمعنى أنه وفقاً لاشتراطات هذه الاتفاقيات يمكن للفرد اليوم مقاضاة دولته أمام اللجان الدولية المعنية بحقوق الإنسان، وهو ما يعتبر مؤشراً واضحاً للمكانة التي صار الفرد يحتلها في الفقه الدولي متى كانت الدولة المعنية قد وقعت وصادقت وقبلت اختصاصات اللجنة المعنية؛ هذه المكانة تبرز بشكل أكثر وضوحاً على المستوى الإقليمي إذ أن العديد من الاتفاقيات الإقليمية كالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ومنها أيضاً الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان التي أنشأت محكمة للنظر في انتهاكات حقوق الإنسان وكذلك الميثاق الأفريقي والاسيوي لحقوق الإنسان مما أسس عملياً لقيام قضاء دولي في مجال حقوق الإنسان.¹

وهي الضمانة الفعالة المعول عليها في حماية حقوقه من خلال تمكين الفرد أو "المواطن العالمي" من خلال إحالة شكواه إليها لتقوم ببحثها ومحاولة التوصل إلى تسوية النزاع مع دولته ودياً؛ وفي حالة إخفاقها تقوم اللجنة لرفع النزاع إلى المحكمة الإقليمية لحقوق الإنسان المختصة.²

وحتى إن كانت فعالية الأجهزة المنبثقة من هذه المواثيق محل تشكيك؛ فإن ما تحض به كل الوثائق من قبول لدى الرأي العام العالمي والإقليمي ومن تزايد الاهتمام بحقوق الإنسان، لا ينبع من مجرد كثرة الصكوك الدولية المتعلقة بها، بل يظهر من خلال العدد الكبير من المؤسسات المتخصصة في حمايتها وان هناك رغبة نحو إنشاء المزيد من هذه المؤسسات مما سيعزز من دور الفرد ومكانته في العلاقات الدولية؛ كحقه في رفع الدعاوى للدفاع عن حقوقه، وحقه في المطالبة بالتعويض عن ضرر لحق به من طرف آخر؛ وهو ما لم يكن للفرد القيام به سابقاً حيث كان مقصوراً على المستوى الداخلي، ليرز مركز قانوني دولي جديد للفرد.³

الفرع الأول: نشأة الحق في التقاضي الدولي في الفكر القانوني:

إن نشأة الحماية الدولية لحقوق الإنسان هو في حقيقته انعكاس للصراع بين الفرد والدولة؛ إذ انه في ظل احتكار الدولة لوسائل الإكراه والعنف المشروع يكون الفرد الطرف الضعيف في علاقته بالدولة من منظور القانون الدولي؛ ومن الطبيعي ألا يترك الفرد فريسة لظلم الدولة وتعسفها من غير تدخل من الغير؛ فكانت الحماية الدولية لحقوق الإنسان لتحقيق التوازن بين الأطراف الأفراد من جهة وسلطة الدولة من جهة ثانية؛ وهو ما يقود إلى ضرورة الاعتراف للفرد بالشخصية الدولية، باعتباره مخاطباً رسمياً من قبل القانون الدولي؛ حيث يكون بإمكانه اللجوء إلى المحاكم الدولية في بعض الحالات من أجل المطالبة بحقوقه التي تكون قد تعرضت للانتهاك من قبل الدولة؛ وهنا يصبح الفرد في مواجهة مباشرة مع دولة معينة، لتدخل بذلك حقوق الإنسان حيز الإلزام القانوني على الصعيد الدولي وليس للدول التدرج بالضرورة لانتهاك حقوق الإنسان.⁴

لقد تناول ميثاق الأمم المتحدة المركز القانوني للفرد واعتبره جزءاً من معطيات العدالة كما هو وارد في ديباجة الميثاق: "نحن شعوب الأمم المتحدة نقرر... في كل الأحوال على تحقيق العدالة واحترام الحقوق الدولية وصون العدالة

1- ينظر د/ مصطفى عبد الغفار؛ مرجع نفسه؛ ص 276

2- ينظر تفصيل عن هذه الهيئات الإقليمية؛ بوسحابة لطيفة؛ حق الفرد في التقاضي أمام القضاء الدولي؛ مذكرة ماجستير جامعة تيارت؛ سنة 2011؛ ص 84 وما يليها.

3- د/ عزت سعد البرعي، حماية حقوق الإنسان في ظل التنظيم الدولي الإقليمي، القاهرة، طبعة سنة 1985، ص 4.

4- شهاب طالب الزوبعي، الحماية الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان في ضوء المتغيرات الدولية، رسالة سابق الإشارة إليها، ص 95

والالتزامات الناشئة عن المواثيق الدولية" أما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان فقد تناول هذا الموضوع أيضا في المادة 10 "لكل إنسان على قدم المساواة... الحق في أن ينظر قضيته أمام محكمة مستقلة ونزيهة، نظرا منصفًا وعلنيا للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أي تهمة جزائية توجه إليه. أما العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادرة في 1966 فقد أوردت في المادة 14 ما يلي 1- الناس جميعا سواسية أمام القضاء ومن حق كل فرد لدى الفصل في أي دعوى مدنية أن تكون قضيته محل نظر منصف...". وتعود بوادر الحماية القضائية لحقوق الإنسان المدنية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية عن طريق الشكوى إلى مؤتمر فيينا المؤرخ في: 14. 25 يونيو 1993 المعروف بالمؤتمر العالمي الثاني لحقوق الإنسان حيث تقرر سعي الأمم المتحدة لإنشاء وظيفة "مفوض سام" لحقوق الإنسان¹ وقد نص القرار على إنشاء منصب المفوض السامي لحقوق الإنسان، لفترة محددة مدتها أربع سنوات مع إمكانية تجديدها مرة واحدة لنفس المدّة².

كما نص القرار على أن مهام المفوض السامي باعتباره مسؤول الأمم المتحدة الرئيسي فيما يخص حقوق الإنسان؛ وتعزيز احترام الجميع لها. باعتبارها حقوقا عالمية مترابطة ومتداخلة لا تقبل التجزئة، كل ذلك ضمن احترام سيادة الدول وسلامتها الإقليمية وولايتها القضائية الداخلية، و في إطار مقاصد ميثاق الأمم المتحدة ومبادئه. و جدير بالإشارة مناقشة دورة مؤتمر فيينا 1993، العرض الخاص بفكرة إنشاء محكمة دولية لحقوق الإنسان ، ولكن لم يكتب لهذه الفكرة النجاح، بل إنها واجهت بمعارضة شديدة من دول عديدة، كما ورد بذات التقرير الختامي للمؤتمر إقرار بأن: "جميع حقوق الإنسان عالمية وغير قابلة للتجزئة ومترابطة ويجب على المجتمع الدولي أن يتعامل بشأن حقوق الإنسان على أساس شامل وبطريقة منصفة ومتكافئة وعلى قدم المساواة وبنفس الدرجة من التركيز، ولئن توضع في الاعتبار أهمية للخصوصيات الوطنية والإقليمية ومختلف الخلفيات التاريخية والثقافية والدينية؛ فإنه من واجب الدول بصرف النظر عن نظمها السياسية والاقتصادية والثقافية تعزيز وحماية جميع الحقوق³.

ولئن كان مؤتمر فيينا محطة هامة في الحركة العالمية لحقوق الإنسان فإن الجدل في صفوف المجتمع الدولي ظل قائما بشأن تطوير آليات حماية حقوق الإنسان لضمان تفعيلها تباعا وتحقيق أرقى درجات النفاذ حيال تطبيقها درءا لمخاطر طمسها وخرقها بالتمادي في ممارسة الانتهاكات⁴.

وبالفعل فقد تمخض عن هذا المؤتمر التنويه بالحماية القضائية الإقليمية لحقوق الإنسان أمام تمسك الدول بمبدأ السيادة في معارضة تأسيس محكمة دولية لحقوق الإنسان، كما تدعّمت وظيفة هذا المفوض السامي بمجلس حقوق الإنسان في سنة 2006؛ والذي حل محل لجنة حقوق الإنسان؛ وهي الجهاز الفرعي التابع للمجلس الاقتصادي والاجتماعي طبقا للمادة 68 من الميثاق؛ والذي عمل على وضع ميثاق دولي لحقوق الإنسان؛ وقد حلّ محلها مجلس

1- د/ سرور طالبي؛ عالمية حقوق الإنسان والخصوصية العربية والإسلامية؛ بحث منشور بمجلة الجنان لحقوق الإنسان، العدد 03؛ طرابلس لبنان سنة 2012؛ ص14

2- ويشترط في شخص المفوض السامي أن يكون متميزا بمكانة أدبية رفيعة وعلى درجة سامية من النزاهة الشخصية، والموضوعية والحياد؛ ويتمتع بالخبرة الفنية، بما في ذلك الخبرة في ميدان حقوق الإنسان؛ ويتم تعيينه من طرف الأمين العام للأمم المتحدة برتبة وكيل أمين عام وتوافق عليه الجمعية العامة وقد صدر أول قرار بذلك من الجمعية العامة في دورتها رقم 48 المنتهية في 1993/12/20 وقد بدأ هذا المفوض عمله خلال عام 1994. ينظر المادة 4؛ 5؛ 6؛ ينظر د/ محمد سليم العوا؛ تنظيم الدفاع عن حقوق الإنسان-محاولة للتأصيل- ندوة حقوق الإنسان، المهرجان الثقافي الوطني- المملكة العربية السعودية- إبريل 1994، نشرت في كتاب (حقوق الإنسان في الإسلام)، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، لندن. 2004.

3- د/ سرور طالبي؛ عالمية حقوق الإنسان والخصوصية العربية والإسلامية؛ بحث منشور بمجلة الجنان لحقوق الإنسان، العدد 03؛ طرابلس لبنان سنة 2012؛ ص15

4- د/خضر خضر؛ مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان؛ المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس- لبنان- ط2؛ سنة 2004؛ ص136

حقوق الإنسان الذي تم التصويت على قرار إنشائه في الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 15 مارس 2006، صوت لصالح القرار 170 دولة، عارضته 04 دول فيما امتنعت 03 عن التصويت؛ وهو هيئة فرعية تابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة، إذ يتكون من 47 دولة، تنتخبها أغلبية أعضاء الجمعية العامة، ويعقد ثلاث دورات في السنة، و يختص بتعزيز الاحترام العالمي لحقوق الإنسان بالنسبة للجميع دون تمييز؛ ومعالجة حالات انتهاك حقوق الإنسان وتقديم توصيات بشأنها.¹

ومع عجز مختلف الآليات الدولية عن توفير حماية فعالة وشاملة لحقوق الإنسان فقد ظهرت الحاجة الماسة إلى البحث عن وسيلة أكثر فعالية لحمايتها؛ حيث اتجهت جهود منظمات وأجهزة حماية حقوق الإنسان إلى المطالبة بالحماية القضائية من خلال تمكين الفرد من اللجوء إلى المحاكم الإقليمية والدولية للمطالبة والدفاع عن حقوقه التي تمنحها له قواعد الشرعية الدولية لحقوق الإنسان.² ويعتبر أول تكريس لهذا الحق في التقاضي أمام الهيئات القضائية الدولية مع بداية نشأة القضاء الإقليمي حيث تعتبر المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان كأهم هيئة قضائية دولية، أبدت اهتماما بالحماية القضائية لحقوق الإنسان وفقا للشرعية الدولية المقررة في القانون الدولي، وقد تم التوقيع على هذه الاتفاقية في نوفمبر 1956، وبموجب دخول البروتوكول الحادي عشر حيز النفاذ ألغي دور اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، وأصبحت المحكمة مجبرة بتلقي دعاوى الأفراد.³

أن التطور الأهم في مجال تعزيز الحماية الدولية القضائية لحقوق الإنسان تمثل قيام اللجنة والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان حيث أنيط باللجنة الأوروبية، وهي تقوم بفحص شكاوى الأفراد. القيام بالتوفيق بين وجهة نظر الفرد ووجهة نظر الدولة فإذا وجدت الفرد محقا تبنت وجهة نظره، وحملت الدعوى إلى المحكمة الأوروبية لتفصل فيها.⁴

الفرع الثاني: مبررات الاعتراف بعالمية الحق في التقاضي الدولي:

يقضي المنطق القانوني انه إذا لم ينصف الفرد-المواطن- من قاضيه الطبيعي الوطني؛ فعليه أن يبحث عن من ينصفه ولو دوليا بواسطة قاضيه الدولي في ظل اعتباره إنسانا له كامل حقوق المواطنة العالمية؛ وهو المنطق الذي أسفر عن تمتع الفرد بمركز قانوني دولي مستقل عن الدولة؛ يمكنه من الدفاع عن حقوقه بكل الوسائل الوطنية والآليات الدولية؛ وهو ما عرف فقها مبدأ عالمية الاختصاص القضائي كنتيجة للمركز القانوني الدولي للفرد في القانون الدولي، بل أن حق اللجوء إلى القضاء الدولي استنصافا قد يكون بمثابة جهة استئناف دولية عند الشعور بعدم تمتع المتقاضي بحقه في المحاكمة العادلة؛ فيضطر إلى تدويل حق المطالبة القضائية بحقوقه، فإذا كان القاضي الوطني المختص قانوناً بنظر الدعاوى قاضياً استثنائياً أو مؤقتاً أو غير مستقل لدعوى معينة بالذات كأن يعين لنظر تلك الدعوى فقط؛ وينتهي دوره بانتهائها فان حكمه يكون غير عادل ولا يمثل عنوان الحقيقة. مما يعني نسبية حق الفرد في اللجوء إلى القضاء الدولي نظرا لخصوصية هذا الحق وتعارضه مع مبدأ سيادة الشريعة في المدرسة الأصولية التقليدية.

ويترتب على هذا منع قيام قضاء استثنائي موازي للقضاء الوطني؛ حيث عادة ما يلجأ لهذا القضاء لتجنب قيام محاكمة عادلة منصفة حيث لا تراعي سوى القليل من الضمانات الإجرائية للمتهمين بل يتحول القاضي فيها من

1- د/خضر خضر؛ مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان؛ المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس - لبنان-ط2؛ سنة 2004؛ ص 137 وما بعدها.

2- د/مصطفى عبد الغفار؛ ضمانات حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي؛ مرجع سابق؛ ص 205؛ وص 267

3- د/محمد خليل الموسى، الوظيفة القضائية للمنظمات الدولية؛ دار وائل للنشر؛ الطبعة الأولى 2003، ص 155 و 156.

4 - د/أحمد الحسن زرد؛ أنظمة حقوق الإنسان الوطنية والدولية نظرة مقارنة؛ مجلة السياسة الدولية، مركز الأهرام 01 يناير 2009 على الرابط

مجرد موظف إلى تال وقارئ للحكم بالإدانة باسم السلطة أو الملك، لا باسم الإرادة العامة أو باسم الشعب وفي أحسن الأحوال يعمل على إفراغ القرارات السياسية الموصى بها تحت الضغط في قالب حكم قضائي غير قابل للطعن بأي وجه من الوجوه.¹ وهو ما يعد مخالفة صريحة من أخطر المخالفات للمعايير القضائية الدولية؛ حيث يتم النص في الدساتير الديمقراطية على منع قيام محاكم استثنائية على وجه التحديد، ومن ثم يتأسس حق التقاضي دولياً على القانون الطبيعي على أساس أن حق الإنسان في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي من الحقوق الطبيعية للصيقة بالإنسان² الأسبق وجوداً من المواثيق الدولية والإقليمية والدساتير المقررة له، بل أسبق من دولة نفسها؛ مما يجعله يرتقي إلى الحقوق الطبيعية الدولية.³ كما يتأسس هذا الحق باعتباره مرحلة جد متقدمة في تاريخ الحماية الدولية لحقوق الإنسان مرحلة تبلورت فيها المفاهيم الجديدة في حركة عوامة القواعد المتعلقة بحقوق الإنسان وبعوامة آليات الحماية لهذه الحقوق، بحيث لم يعد الفرد موضوع القانون الداخلي ولكن أيضاً موضوع القانون الدولي.⁴ وتعتبر الآلية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان "محكمة ستراسبورغ Strasbourg منذ: 01 - 21 - 1959 الآلية الأساسية لمراقبة تطبيق اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية الموقعة في روما في 4 نوفمبر 1950؛ والتي دخلت حيز التنفيذ في 3 سبتمبر 1953.⁵ فقد أوجدت الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان طريقتين إجرائيتين للدعوى الدولية: دعاوى الطعون التي تقوم بها الدول في مواد حقوق الإنسان والحريات الأساسية نادرة جداً. ودعاوى طعون الأفراد؛ وقد تطورت الإجراءات في ذلك من اختيارية إلى إجبارية؛ ففرنسا على سبيل المثال لم توافق على طعون الأفراد إلا بعد 07 سنوات من تصديقها الاتفاقية المذكورة عام 1981 مما أعطى الاتفاقية بعداً دولياً إلى جانب البعد الداخلي. حيث تقدم الدعوى من الفرد الذي يشتكي من انتهاك حقوقه المعترف بها على إنها من حقوق الإنسان والحريات الأساسية من قبل دولة عضو في الاتفاقية. وبهذا يكون النظام الأوروبي قد ارتقى بحقوق الفرد، بإنشاء محكمة دائمة أجاز لها أن تتلقى طلبات من أي شخص أو منظمة حكومية أو مجموعة من الأفراد تزعم أنها ضحية انتهاك من قبل أحد الأطراف المتعاقدين للحقوق المذكورة في الاتفاقية أو البروتوكولات الخاصة بها ويتعهد الأطراف المتعاقدون الأساسيون بعدم إعاقة الممارسة الفعالة لهذا الحق بأي حال، وبذلك قبلت الدول الأعضاء الاختصاص القضائي الإلزامي لمحكمة حقوق الإنسان وفي تلقي شكاوى الأفراد والمنظمات غير الحكومية ضدها في حالة انتهاك الاتفاقية.⁶ لقد أصبح النظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان بفضل هذه الآلية النظام الأكثر تكاملاً في العالم في مجال حماية حقوق الإنسان؛ من حيث ربطه النظام العام الأوروبي لحقوق الإنسان بقضاء أوروبي له اختصاص إلزامي، بحيث يعد نظاماً مكماً للقضاء الوطني للدول الأطراف وليس بديلاً منه، إذ يشترط استنفاد طرق التقاضي الوطنية أولاً أو

- 1- ينظر حول مناهضة القضاء الاستثنائي؛ تقارير اللجنة الدولية للحقوقيين؛ القضاء العسكري والقانون الدولي رسالة الباحث: شبيخي شفيق؛ انعدام الاستقلال الوظيفي للقضاة في الجزائر؛ مذكرة ماجستير القانون العام - فرع تحولات الدولة - كلية الحقوق جامعة تيزي وزو - الجزائر -؛ السنة 2010/2011؛ ص 44.
- 2- د/عبد الغني بسويبي؛ مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي؛ منشأة المعارف الإسكندرية؛ ص 31. ود/علي عبد الحميد تركي؛ الحق في التقاضي بين الاستعمال المشروع والتعسف، - دراسة تحليلية مقارنة- الناشر: دار النهضة العربية القاهرة؛ ط 01، سنة 2009؛ ص 19
- 3- د/ علي عبد الحميد تركي؛ الحق في التقاضي بين الاستعمال المشروع والتعسف؛ مرجع نفسه؛ ص 11
- 4- د/هايل نصر؛ في الحماية الدولية لحقوق الإنسان؛ بتاريخ: 31- 12 - 2010 على الرابط الإلكتروني:
- 5- د/ مصطفى عبد الغفار؛ ضمانات حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي؛ المرجع السابق؛ ص 24
- 6- شهاب طالب الزويبي، الحماية الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان في ضوء المتغيرات الدولية، رسالة سابق الإشارة إليها، ص 114 وما بعدها.

<http://hailnasser.elaphblog.com/Posts.aspx>

تثبت عدم فعاليتها حتى يتم اللجوء إلى القضاء الأوربي، وبهذا نستطيع القول أن دول أوروبا الغربية أثبتت أن حقوق الإنسان ليست مسألة نصوص مكتوبة فقط وإنما هي واقع عملي يفخر الحكام بانجازه والحفاظ عليه.¹

المطلب الثاني: الحماية القضائية الدولية في مبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها.

لم تعرف العصور القديمة ولا المتوسطة حق الأفراد في اللجوء إلى القضاء الدولي؛ نظراً لحدثة نشأة القانون الدولي، ومن ثم لم يظهر هذا الحق إلا في العصور الحديثة؛ كمرحلة متطورة تتميز بالانتقال من مرحلة المواطنة الدستورية إلى مرحلة المواطنة الكونية في ظل الحكومة العالمية؛ وهو ما يمكن اعتباره امتداداً طبيعياً لإقرار الحق في التقاضي بوجه عام في ظل عولمة حقوق الإنسان الطبيعية، وكان أول استخدام له في القانون الجنائي الدولي في حالات الجرائم المرتكبة ضد حقوق الإنسان، بموجب القانون الدولي، كجرمة التعذيب التي نصت عليها اتفاقية مناهضة التعذيب التي أصدرتها الأمم المتحدة عام 1984 وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة².

غير أن المتأمل في مبادئ الشريعة ومقاصدها يجد هذا المبدأ معترف به ومرغّب فيه يقول الشيخ علال الفاسي: "المقصد العام للشريعة الإسلامية هو عمارة الأرض وحفظ نظام التعايش فيها وصلاحتها بصلاح المستخلفين فيها، وقيامهم بما كلفوا به من عدل واستقامة ومن صلاح في العقل وفي العمل وإصلاح في الأرض واستنباط لخيراتها وتدابير لمنافع الجميع". فصالح الأرض لا يتم إلا بصالح الإنسان واستقرار حياته ومعاشه، بعيداً عن المنازعات والمنغصات. ولذلك جاء حفظ الأنفس وحماية كرامة الفرد من أعظم الضروريات الشرعية بعد حفظ الدين، وحماية المستضعفين والمدنيين حتى من غير المسلمين في الشريعة هو الأصل دون التفرقة بينهم وبين المسلمين.

يقرر الإسلام أن انتماء المسلمين إلى الأمة الإسلامية لا يلغي انتمائهم إلى أممهم، بل أن من فقهاء الإسلام من يعتبرهم من "أهل الدار" كما يقرر القرضاي نقلاً عن جمهور الفقهاء في كتابه الحديث الوطن والمواطنة في الإسلام لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين، فكلمة (أهل الدار) هذه تمثل مفتاحاً للمشكلة، مشكلة المواطنة، لأن معنى أنهم (أهل الدار) أنهم ليسوا غرباء ولا أجناب، بل إنهم أهل الوطن، وإن لم يكونوا من "أهل الملة" وطبقاً لهذا فإن الإسلام يقر بتعدد الانتماء الديني في الأمة الواحدة دون أن يمس هذا التعدد بوحدة الأمة ونظامها، فالإسلام يدعو أهل الكتاب إلى ما هو مشترك في الأديان السماوية لا التخلي عن دينهم ﴿قل يا أهل الكتاب تعالوا إلي كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئاً﴾ (آل عمران: 64) وفي ظل هذه الحياة المشتركة يدعو الإسلام إلى الحوار ﴿ولا تجادلوا أهل الكتاب إلا بالتي هي أحسن﴾ العنكبوت: 46 وعلى المستوى التطبيقي نجد أنه في دولة المدينة

1- د/هايل نصر؛ في الحماية الدولية لحقوق الإنسان؛ مرجع سابق، على الرابط الإلكتروني

<http://hainasser.elaphblog.com/Posts.aspx>

2- وقد بلغ عدد الدول التي صادقت على "اتفاقية مناهضة التعذيب" 118 دولة حتى شهر فبراير/ شباط 2000؛ ولما كان الأمر الوارد في الاتفاقية واضحاً لا لبس فيه ولا غموض، فربما كانت تهمة التعذيب أقرب التهم إلى النجاح في القضايا المرفوعة في تلك الدول بصدد الجرائم المرتكبة خارج إقليم الدول نفسها، وتعرف الاتفاقية التعذيب بأنه "أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد، جسدياً كان أم عقلياً، يلحق عمدًا بشخص ما بقصد الحصول من هذا الشخص، أو من شخص ثالث، على معلومات أو على اعتراف، أو معاقبة على عمل ارتكبه أو يشتبه في أنه ارتكبه، هو أو شخص ثالث أو تخويفه أو إرغامه هو أو أي شخص ثالث. أو عندما يلحق مثل هذا الألم أو العذاب لأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أيًا كان نوعه، أو يحرض عليه أو يوافق عليه أو يسكت عنه موظف رسمي أو أي شخص آخر يتصرف بصفته الرسمية" وعلى سبيل المثال تمت إدانة بينوشيه بجرمة التعذيب وفقاً لقانون العدالة الجنائية في المملكة المتحدة الذي وضع "اتفاقية مناهضة التعذيب" موضع التنفيذ، والذي ينص في تعريفها على ما يلي: "تتوافر أركان جريمة التعذيب إذا تعمد مسؤول حكومي أو أي شخص يمارس عمله باعتباره مسؤولاً حكومياً، أيًا كانت جنسيته، وسواء كان ذلك في المملكة المتحدة أو في أي مكان آخر، إحداث ألم أو معاناة شديدة لغيره، في غضون أدائه لواجباته الرسمية أو بقصد أدائه هذه الواجبات."

<http://www.hrw.org/arabic/hr-global/list/tsxt/pinochet.html>.

تحتها الكثير من البشر.¹ فالنصرة الإسلامية للمستضعفين في الأرض من خلال المواثيق الأئمة والجمعيات الحقوقية، هي من قبيل المدافعة المشروعة وحلف الفضول مثال نوبى للمشروعية. كما بينت الآيات أن التدافع بين أهل الحق والباطل ناموس كوني؛ فلولا هذا الدفع لفسدت الأرض، وهذا المعنى يؤكد أن دفع أهل الإيمان للباطل بمختلف أشكاله وأحواله، ليسا دفعاً بغرض الإهلاك والإفساد و إفناء المقابل أو الهيمنة وإلغاء الخصوصية، بل هو من قبيل الدفع بالتي هي أحسن، كما في قوله تعالى: "ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ السَّيِّئَةِ نَحْنُ أَعْلَمُ بِمَا يَصِفُونَ".²

ومن هنا تبرز الخصوصية في كونه يمثل التكريس العملي لعلمية الحماية القضائية الدولية لحقوق الإنسان؛ وما يترتب عنه من ضرورة استحداث جهات للقضاء الدولي يمكن اللجوء الفردي إليها في حالة عدم إنصاف القاضي الوطني؛ وهي الخصوصية التي تجعل تحقيق هذا الحق صعب المنال لتعارضه مع مبدأ سيادة القضاء الوطني؛ وان ظهرت بعض إرهاساته في مجال القضاء الجنائي الدولي حيث صار تحريك الدعوى العمومية الدولية ممكن وواقع؛ من خلال تقرير مبدأ مسؤولية الفرد الدولية رغم الحصانة التي يمتلكها الرؤساء ومسؤولي الجيش في الدولة المنتهكة لحقوق الإنسان، ومن أجل ذلك الغرض تأسست المحكمة الجنائية الدولية لملاحقة مرتكبي أخطر الجرائم ضد الإنسانية التي يدينها القانون الدولي، لتسد النقص الموجود في الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان ولتوفر الآلية الدولية اللازمة لحماية هذه الحقوق وفرض العقوبات على منتهكي هذه الحقوق.

وقد عرفت المادة الأولى من نظامها الأساسي المحكمة الجنائية الدولية بأنها هيئة قضائية دولية دائمة ومستقلة، ومكملة للولايات القضائية الوطنية، أنشئت بموجب اتفاقية دولية، تمارس سلطاتها القضائية على الأشخاص الطبيعيين المسؤولين عن ارتكاب أشد الجرائم الدولية خطورة والمدرجة ضمن نظامها الأساسي، والتي تمثل الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية، الذي هو جوهر العلاقة بين المحكمة وقواعد القانون الدولي الإنساني، وقد حدد النظام الأساسي الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية في المادة 5، بحيث يقتصر اختصاصها على أشد الجرائم خطورة على الإنسان، وهي تباعاً جريمة الإبادة الجماعية³، والجرائم ضد الإنسانية⁴، وجرائم الحرب، ثم جرائم العدوان، وهي الجرائم الأشد ارتباطاً بعملية حفظ السلم والأمن الدوليين، وعليه يكون الاختصاص الموضوعي للمحكمة قد ورد على سبيل الحصر.

بدأ نفاذ النظام المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية في 1 يوليو/تموز 2002، بعد أن صدقت عليه 60 دولة؛ في الوقت الحالي هناك 121 دولة من شتى بقاع الأرض أطراف في النظام المنشئ للمحكمة؛ رغم أن الكثير من الدول صدقت على نظام المحكمة الجنائية الدولية، فإن جهود إضفاء العالمية على المحكمة تحتاج إلى الدعم والتعزيز، وهو لم يلق استجابة لدى جميع الدول حيث لم تصادق دول مؤثرة مثل الولايات المتحدة الأمريكية وروسيا والصين على نظام

1-التحرير والتنوير لابن عاشور 281/9 يقول ابن عاشور في تفسيره: "واجب بئ التعارف والتواصل بين القبائل والأمم، وأن ذلك مراد الله منهم" التحرير والتنوير 32/14

2-مسفر بن علي القحطاني، حماية المدنيين في النزاعات المسلحة.-دراسة مقارنة ومقاصدية حقوقية-، ص2

3-وتشمل هذه الجريمة التي تهدف إلى التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة قومية أو إثنية أو عنصرية أو دينية خمس صور هي: (أ) قتل أعضاء من الجماعة؛ (ب) إلحاق أذى جسدي أو روحي خطير بأعضاء من الجماعة؛ (ج) إخضاع الجماعة، عمداً، لظروف معيشية يراد بها تدميرها المادي كلياً أو جزئياً؛ (د) فرض تدابير تستهدف الخيلولة دون إنجاب الأطفال داخل الجماعة؛ (هـ) نقل أطفال من الجماعة، عنوة، إلى جماعة أخرى".

4- في المادة السابعة تعريفاً للجرائم المرتكبة ضد الإنسانية قائلًا إنها أفعال معينة، مثل القتل العمد، والإبادة، والتعذيب، والاسترقاق، و"الإخفاء"، والاختصاص، والاستعباد الجنسي، وما إلى ذلك بسبيل، إذا ارتكبت في إطار "هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين، وعن علم بالهجوم". ويقضي القانون الدولي القائم على العرف بعالمية الاختصاص القضائي بالنسبة للجرائم المرتكبة ضد الإنسانية.

المحكمة، بل لم يتم انضمام دول كثيرة للنظام المنشئ للمحكمة كما في بعض المناطق من آسيا. مما يصعب على المحكمة - إن لم يكن يجعله مستحيلاً- أن تمارس اختصاصها القضائي في القضايا التي تدخل في نطاق اختصاص المحكمة، في مناطق مثل سوريا والأراضي الفلسطينية وسريلانكا وروسيا (الشيستان)، ومن ثم فهناك حاجة إلى المزيد من التصديقات على النظام الخاص بالمحكمة، من أجل توسيع نطاق اختصاصها.¹

الفرع الثاني: مدى مساس الحق في اللجوء الفردي إلى القضاء الدولي بمبدأ سيادة الشريعة:

يمثل مبدأ السيادة قيماً تعتمد عليه الدول الإسلامية للاحتجاج ضد مؤسسات المجتمع الدولي في مجال التدخل لمراقبة حقوق الإنسان مما يجعل الحق في التقاضي أمام القضاء الدولي حقاً مقيداً باستنفاد كل الطرق المحلية لاقتضاء الحق المدعى به؛ وبالتالي، ومن ثم فإن حق اللجوء إلى المحاكم الدولية، يستوجب استنفاد كل طرق الطعن الداخلية، المتاحة على مستوى القضاء الوطني، والحصول على حكم نهائي قابل للتنفيذ² وفي هذا المجال يقول القاضي بيار تريفش أحد أكبر رجال القضاء الفرنسيين ورئيس محكمة النقض من 1996 إلى 1999 في استجواب لصحيفة لوفيجارو ليوم السبت 23 يوليو: "إن نشأة القانون الدولي جعلت الأحكام تصدر لا باسم الشعب الفرنسي أو البريطاني أو البلجيكي بل باسم الحريات الأساسية المعترف بها دولياً فالتعذيب الذي كان مباحاً تحت المنظار الملكي أصبح جريمة يعاقب عليها القانون حتى في حرب الجزائر؛ كما أن المواطن الأوروبي أصبح - كفرد - يتمتع بحق مقاضاة دولته أمام المحكمة الأوروبية بمدينة ستراسبورغ في حالة استوفى جميع مراحل التظلم داخل دولته وأمام قضائها الوطني. بالإضافة إلى هذا جاءت محكمة العدل الدولية وابنتها محكمة الجنايات الدولية لتؤكد عالمية القضاء كمنظومة قيم كونية لا مجال للخروج عنها باسم ما كان يعرف بسيادة الدولة أو حرية الدولة."³ ومن هذا القبيل نجد أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية المنعقدة في 04 نوفمبر 1950 قد منحت رعايا الدول الأعضاء حق اللجوء الفردي للقضاء الأوروبي أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بيد أنها علققت ممارسة هذا الحق على شرطين لهما علاقة وطيدة باحترام سيادة الدول:

الشرط الأول: يتعلق بضرورة استنفاد كل الطرق القضائية المقررة في القضاء الوطني إعمالاً لمبدأ السيادة؛⁴ مع الشعور بعدم إنصاف القضاء الوطني وعدم احترامه لقواعد المحاكمة العادلة كما في قضية رفعها محامو عبد الله أوجلان⁵ على

1- المحكمة الجنائية الدولية 2002 - 2012: عشر سنوات وعشر توصيات من أجل محكمة جنائية دولية؛

2- <http://www.fidh.org/>

3- د/قادي عبد العزيز؛ حقوق الإنسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية المحتويات والآليات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 2003؛ ص 182 .

4- د/ أحمد القديدي؛ الاتحاد الأوروبي يشهد حواراً معمقاً حول رسالة القضاء وتحديات العصر؛ على الرابط

<http://www.alwatan.com/graphics/2001>

5- د/ رفعت عيد سيد؛ حرية الملبس في مرفق التعليم في فرنسا ومصر؛ دارا لنهضة العربية؛ القاهرة؛ ص 142

5- عبد الله أوجلان هو قائد حزب العمال الكردستاني الانفصالي الذي نشأ عام 1978، والذي يطالب بشكل علني بدولة كردية مستقلة في الأجزاء الشرقية والجنوبية لتركيا، وقد لجأت هذه الحركة للكفاح المسلح حيث أنشئ قوة مسلحة اعتمدت حرب العصابات لشن هجمات ضد الجيش التركي؛ وسط إنكار تركي لكل المبادرات المطروحة للتوصل لحل سلمي بين الأكراد وتركيا؛ ونتيجة لمضايقه النظام التركي له لم يستطع عبد الله أوجلان أن يستمر بالفضال داخل تركيا فخرج منها عام 1980 إلى سوريا؛ ليتردد منها في 1998 نتيجة للضغط التركي عليها؛ وهو الضغط الذي ظلت تركيا تمارسه على أي دولة تستقبله وتتعبه به في كل مكان باعتباره متمرداً؛ ومتبع قضائياً بتهمته الخيانة العظمى وهو ما ترفضه المعارضة الكردية مطالبة بحق تقرير المصير، فلجأ بعدها إلى إيطاليا؛ ثم اضطر إلى الخروج منها. وفي 2/16/1999 أعلنت الحكومة التركية، أنها نجحت في اعتقال عبد الله أوجلان حينما قامت القوات الخاصة التركية بحطف أوجلان من مقر السفارة اليونانية من العاصمة الكينية نيروبي وهو يحاول الحصول على اللجوء السياسي منها في اليونان؛ ووضع أوجلان في سجن في جزيرة إيمالي الغير مأهولة، وفي 13/5/1999 تمت محاكمته من قبل محكمة أمن الدولة التركية بتهمته قيادة تمرد انفصالي ضد الدولة التركية أسفر عن مصرع ثلاثين ألف شخص طوال أربعة عشر عاماً ماضياً منذ تأسيس حزب العمال الكردستاني؛ وهي التهمة التي أنكرها أنصاره كونه إنساناً وطنياً يدافع عن حق شعبه في تقرير المصير وان ما يطالب به حق مشروع، وانه ليس إرهابياً وليس انفصالياً أو متمرداً كما تصفه تركيا؛ وهو حق مشروع ومنصوص عليه في القانون الدولي العام والاتفاقيات والمعاهدات؛ وأمام

انتهاك تركيا للمادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بخصوص انتهاك قواعد المحاكمة العادلة مما يؤدي إلى مشروعية تحريك القضاء الدولي حيث رفع قضيته للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.¹ وهي الدعوى التي قبلت في 1999/11/30 والتي بموجب قبولها يتوقف تنفيذ الحكم، وقد انتهت بعد فحص الوقائع من طرف المحكمة إلى التوصل إلى أن هناك عدة انتهاكات للاتفاقية الأوروبية خصوصاً انتهاك تركيا للحق في محاكمة عادلة؛ حيث اتفق احد عشر قاضياً من الأعضاء السبعة عشر من قضاة المحكمة - على أن أوجلان لم يحصل على محاكمة عادلة، طبقاً للمادة 6 "الحق في محاكمة عادلة أمام محكمة مستقلة ومحيدة"؛ كونه حوكم أمام محكمة أمن الدولة وهي غير مستقلة وغير محايدة، ونتيجة لذلك أمرت بإعادة المحاكمة وذلك لإصلاح الانتهاك، من خلال إعادة محاكمته بمحاكمة جديدة تخترم فيها موجبات المادة 6 من الإعلان العالمي؛ فقد ركزت المحكمة الأوروبية كل اهتمامها على إجراءات طريقة المحاكمة وأنها لم تكن عادلة؛ دون التطرق لتهمة الإرهاب تفادياً لانتهاك مبدأ السيادة كما أنها لم تلتفت لطلبات الدفاع بالحق في تقرير المصير؛ وهو ما يمكن تفسيره بتهميش المحكمة الأوروبية من المساس بسيادة الدولة التركية على كامل ترابها الإقليمي.

الشرط الثاني: ويتعلق بضرورة مصادقة الدولة المدعى ضدها على الاتفاقية المراد الاحتكام إليها بحيث تصير جزءاً من السيادة التشريعية للدولة² ويترتب على هذا انه يجوز لذوي الشأن متى استنفذوا طرق الطعن المنصوص عليها أن يطرقوا باب المحكمة الأوروبية للطعن في أي قانون يروونه معارضا للحقوق الواردة في الاتفاقية المصادق عليها من طرف الدولة ويمكن التمثيل لذلك بقوانين حظر الشارات الدينية في المدارس العامة في كل من تركيا وفرنسا³ وعلى سبيل المثال تعتبر الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بعد مصادقة الدول عليها أسمى من القوانين الأوروبية مما يعني انتفاء أي مساس لها بحقوق السيادة الوطنية التقليدية،⁴ متى دخلت في المنظومة القانونية للدولة المصادقة؛ فالالتجاه الحديث يرى تقييد

صعوبة تكييف القضية سياسياً وتفادياً للتدخل في شؤون تركيا السيادة ركزت المحكمة على طريقة المحاكمة ولم تهتم لجوهر القضية نفسها ولا للتهمة المنسوبة إليه؛ حيث اعترضت في حكمها النهائي بناء على عيوب إجرائية استدعت مطالبة تركيا بإعادة محاكمته دون تدخل في حدية تهمة الإرهاب والحيانة العظمى؛ ينظر تفاصيل القضية عند د/ دينا احمد صالح؛ الحق في محاكمة عادلة كيند من بنود حقوق الإنسان التي ضمنها القانون الأوروبي - محاكمة الزعيم الكردي عبد الله أوجلان - دراسة حالة - ؛ مجلة الحوار المتمدن - العدد: 2382 - 23 / 8 / 2008 .

1 - وتعود وقائع القضية إلى قيام هيئة الدفاع عن عبد الله أوجلان المعارض التركي وفائد الانفصال الكردستاني وهم أربعة عشر تركيا وهولنديان وبريطانيان بتقديم عريضة التماس للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في 16 شباط 1999 ضد تركيا تحت م/34 من الإعلان العالمي، وهذا الطلب احتوى على انتهاك لمجموعة من مواد الاتفاقية وهي: م/2 الحق في الحياة/ م/3 تحريم إخضاع أي إنسان لمعاملة مهينة. م/5 حق كل إنسان في الحرية والأمن. م/6 الحق في محاكمة عادلة. م/7 لا يجوز إدانة أي شخص بسبب ارتكابه فعلاً أو الامتناع عن فعل لم يكن يعتبر وقت وقع الفعل أو الامتناع جريمة في القانون الوطني أو الدولي. م/8 الحق في احترام حياة الإنسان الخاصة والعائلية. م/9 لكل إنسان الحق في حرية التفكير والضمير والعقيدة. م/10 لكل إنسان الحق في حرية التعبير. م/13 الحق في وسيلة انتصاف فعالة أمام السلطة لكل إنسان انتهكت حقوقه. م/14 هذه الاتفاقية تكفل للناس التمتع بالحقوق المقررة فيها دون التمييز على أساس الجنس وغيره. م/18 لا يجوز تطبيق القيود المسموح بها في هذه المعاهدة على الحقوق والحريات سالفة الذكر لهدف آخر غير ما وضعت له. م/34 حق تقديم الالتماس الفردي. ينظر تفاصيل العريضة عند د/ دينا احمد صالح؛ الحق في محاكمة عادلة كيند من بنود حقوق الإنسان التي ضمنها القانون الأوروبي مرجع سابق. مجلة الحوار المتمدن - العدد: 2382 - 23 / 8 / 2008

2- د/ مجاوي نورة بن علي، حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي والقانون الداخلي، دار هومة للطباعة والنشر، س 2004؛ ص 50
3- فقد انتهت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية منعت فيها المواطنة: ليلي شاهين من الدراسة في الجامعة التركية، وذلك بسبب ارتدادها للحجاب إثر القانون الصادر عام 1981م والذي منع ارتداء الحجاب، وأعلنت الدائرة الدنيا للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان عام 2004م، تأييد الحكومة التركية في اتخاذ قرارات إدارية لمنع المحجبات من الدراسة، وذلك استناداً إلى أن الدستور التركي لا يجتزم في موجه أي إشارة تنص على هذا المطلب وقد تأسست عريضة الطالبة على نص المادة التاسعة من الاتفاقية فمن حق كل شخص حرية الفكر والضمير والدين؛ ينظر تفصيل أكثر: د/ رفعت عيد سيد؛ حرية الملبس في مرفق التعليم في فرنسا ومصر؛ ص 143

4 - د/ مجاوي نورة بن علي، حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي والقانون الداخلي، مرجع سابق؛ ص 50

مفهوم السيادة المطلق بالمركز القانوني الجديد الذي صار الفرد يتمتع به لدرجة الاعتراف له بحق مقاضاة حكومة بلاده عند كل مساس بحقوقه المعترف بها دولياً والمكرسة دستورياً أو تشريعياً بمجرد المصادقة على العهود والاتفاقيات ونشرها ضمن جريدتها الرسمية؛ فالسيادة لا ترادف مطلقاً عدم الالتزام بالقانون الدولي ومبادئه¹، بل أن الفقه يتجه إلى نظرية السيادة المحدودة والمقيدة بالنظام العام الدولي حيث تمثل حماية حقوق الإنسان أهم قيد يرد على سيادة الدول؛ بحيث تكون حقوق الناس بمنأى عن تعسف السلطة الحاكمة.

وهو ما يمكن التأصيل من خلال قراءة السيرة السياسية للنبي صلى الله عليه وسلم فقد روى أصحاب السير بروايات متعددة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال - كما في مسند الحميدي عن سفيان، عن عبد الله، عن محمد، وعبد الرحمن بن أبي بكر - أنه قال: "لقد شهدت في دار عبد الله بن جدعان حلفاً، لو دعيت به في الإسلام لأجبت، تحالفوا أن يردوا الفضول على أهلها وألا يعد ظالم مظلوماً؛ فكان هذا الحلف أكرم حلف وأشرفه سمع به العرب، وفي رواية صحيحة أخرى زكى النبي عليه الصلاة والسلام هذا الحلف فقال: "ما أحب أن لي به حمر النعم ولو دعيت به في الإسلام لأجبت."² لما فيه من نصفة المظلومين ونصرة المضعفين من الأجانب، وقد كان من شأن هذا الحلف³ أن بعض ذوى الغيرة من أهل مكة ساءهم أن بعض كبار القوم فيهم يستبيحون ظلم الغريب ويأبون أن يؤدوا إليه حقه فاجتمع هؤلاء الرجال، وتعاهدوا وتعاهدوا بالله ليكون يدا واحدة على الظالم في نصرة المظلوم، فقد أوجبوا على أنفسهم ألا يجردوا بمكة مظلوماً من أهلها أو غيرهم ممن دخلها من سائر الناس إلا قاموا معه وكانوا معه على من ظلمه حتى تردّ عليه مظلمته وهو بمثابة قبول الاختصاص بعلمية للحق في الشكوى والمقاضاة طلباً للانصاف.

ومن ثم فإن إنشاء محكمة إقليمية أو دولية للدفاع عن حقوق الإنسان من أجل اقتضاء وتنظيم الحق في التقاضي دفاعاً عنها وإغاثة للملهوفين، وكفالة الأيتام، والدفاع عن حقوق الأسرى والسجناء، والمضطهدين ومنافحة الظلم والفساد والدفاع عن الحريات؛ لا شك في مشروعيتها لأن نصرتهم واجبة، ودعمهم والمشاركة معهم أولى، فلا يعقل أن المجتمع الجاهلي يقرر هذه الحماية فيتداعوا إلى حلف لنصرة المظلوم وينفذوه ويتقاعس المجتمع المتحضر عن ذلك. يشهد لهذا التخريج الفقهي الدولي ما أخرجه الإمام مسلم عن موسى بن علفي عن أبيه قال: قَالَ الْمُسْتَوْرِدُ الْفَرَسِيُّ عِنْدَ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- يَقُولُ: "تَقَوْمُ السَّاعَةِ وَالرُّومُ أَكْثَرُ النَّاسِ، فَقَالَ لَهُ عَمْرٍو: أَبْصِرْ مَا تَقُولُ. قَالَ: أَقُولُ مَا سَمِعْتُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- قَالَ: لَنْ تَقُولَ ذَلِكَ إِنَّ فِيهِمْ

1 - د/فوزي أو صديق؛ مبدأ التدخل والسيادة لماذا؟ وكيف؟ دار الكتاب الحديث، طبعة 1999؛ ص 354.

2 - الحديث رغم أنه حديث مرسل إلا أن سنده صحيح فقد أخرجه الإمام أحمد في المسند بسنده عن عبد الرحمن بن عوف عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "شَهِدْتُ حِلْفَ الْمُطَبِّينَ مَعَ عُمُومِي وَأَنَا غُلَامٌ فَمَا أَحِبُّ أَنْ لِي حُمْرُ النَّعَمِ وَأَنْيَ أَنْكُهُ" المسند، ج1، ص190، والبخاري في الأدب المفرد، وأبو يعلى في "مسنده"، وابن حبان في صحيحه؛ والحاكم في المستدرک والبيهقي في السنن وعموماً الحديث صحيحه ابن حبان، والحاكم، وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة تحت رقم (1900). وقال محققو المسند: "إسناده صحيح"، وينظر تفصيل هذا الحلف عند ابن هشام؛ السيرة النبوية، القاهرة 1914؛ ج1؛ ص90، والندوي؛ السيرة النبوية؛ بيروت؛ سنة 1981؛ ص127، واتفق العلماء على أن المقصود بهذا الحلف، الحلف الثاني المسمى بحلف الفضول؛ لأن حلف المطيبين كان قبل عام الفيل وقد جاء في سبب التسمية، اتفاق ثلاثة من جرحهم وهم الفضل بن فضالة والفضل بن وداعة والفضل بن قضاة - ينظر سيرة ابن هشام؛ الجزء 1؛ المصدر نفسه؛ ص91.

3 - وهم جماعة من المطيبين، وقد شارك فيه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهو في سن العشرين، وكان من أمر هذه الهيئة الإصلاحية؛ أن تداعت قبائل من قريش إلى حلف فاجتمعوا له في دار عبد الله بن جدعان، لشرفه وسنه، فكان حلفهم عنده، فتعاهدوا وتعاهدوا على أن لا يجردوا بمكة مظلوماً دخلها من سائر الناس، إلا قاموا معه وكانوا على من ظلمه حتى تردّ عليه مظلمته فسمت قريش ذلك الحلف حلف الفضول. قال ابن كثير: وكان حلف الفضول أكرم حلف سمع به وأشرفه في العرب، وكان أول من تكلم به ودعا إليه الزبير بن عبد المطلب، وكان سببه أن رجلاً غريباً قدم مكة بيضاعة فاشتراها منه العاص بن وائل فحبس عنه حقه، فاستعدى عليه الغريب أهل الفضل في مكة، فحذله فريق، ونصره الآخر، ثم كان من أمرهم ما ذكرناه، وقد تحالفوا في ذي القعدة في شهر حرام، فتعاهدوا وتعاهدوا بالله ليكون يدا واحدة مع المظلوم على الظالم حتى يؤدي إليه حقه ما بل بحر صوفه، وعلى التأسي في المعاش، ثم مشوا إلى العاص بن وائل فانزعوا منه مال الغريب، فدفعوها إليه."

لِحِصَالَا أَرْبَعًا، إِنْهُمْ لِأَحْلَمِ النَّاسِ عِنْدَ فِتْنَةٍ وَأَسْرَعُهُمْ إِفَاقَةً بَعْدَ مُصِيبَةٍ وَأَوْشَكُهُمْ كَرَّةً بَعْدَ فَرَّةٍ وَخَيْرُهُمْ لِمَسْكِينٍ وَيَتِيمٍ وَضَعِيفٍ وَخَامِسَةٌ حَسَنَةٌ جَمِيلَةٌ وَأَمْنَعُهُمْ مِنْ ظَلَمِ الْمُلُوكِ".

ففسّر قوتهم و كثرتهم أنهم أكثر نصرة للمظلومين وحماية لحقوقهم من تعسف الملوك؛ ومن ثم لا يكون مثل هذا الحلف في النظر الشرعي مجافيا لقواعد الشريعة ومبادئها؛ بل يكون متفقا معها مستلهما روحها؛ يشهد لذلك أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ينكروا على من دعا بحلف الفضول في العصر الإسلامي وهو الحسين بن علي - رضي الله عنه-، حين ظلمه بعض القوم حقه،¹ فقال له: "لتنصفي أو لأقومن في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم لأدعون بحلف الفضول، فقال جمع من الصحابة والتابعين لنقومن معه فلتنصفه، أو حتى ينصف. أو نموت جميعا"؛ يقول د/ محمد سليم العوا: "وكأن هؤلاء الصحابة والتابعين أرادوا الاستغاثة بمنظمة -أو مؤسسة للدفاع عن حقوق الإنسان آنذاك-، ولم يجدوا في ذلك حرجا؛ بل وجدوا أهل الغيرة منهم واجبا مما جعل فقهاء الشريعة يقررون أصالة مبدأ منع الظلم ووجوب رفعه وإزالته بمختلف الوسائل بما فيها الوسائل الجماعية."² وكخلاصة لهذا المبحث الأول يمكن التأكيد على مبدأ التكامل والتعاون الدولي بين القضاء الوطني والقضاء الدولي فالقول بمشروعية حق اللجوء الفردي إلى القضاء الدولي لا يمكن التأسيس الدولي له إلا من خلال التأصيل الفقهي والقانوني لحق التقاضي على مستويين المستوى الوطني والمستوى الدولي من خلال ما يعرف بمبدأ التكامل بين المحاكم الدولية والمحاكم الوطنية.

المبحث الثاني: تبيين حق المستضعفين في اقتضاء حقوقهم عن طريق التقاضي الدولي وفقا لمقاصد

الشريعة.

بالرغم ما للإعلان العالمي لحقوق الإنسان من قوة معنوية، وما له من دور في إضفاء الصفة العالمية على حقوق الإنسان إلا أنه مما يؤخذ عليه عدم نصه على أية إجراءات ردية لحماية حقوق الإنسان، بل أحال إجراءات الحماية إلى المحاكم الداخلية للدول، من خلال ممارسة حق التقاضي الوطني؛³ وهذا ما أشارت إليه المادة 08 من الإعلان بنصها: "لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه عن أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون"، مما يعني أن الإعلان لم يحدد أية إجراءات أو محكمة دولية أو سجن دولي ليقوم بمهمة الحماية الدولية من أجل صيانة الحقوق الواردة في الإعلان. ولئن تضمن ميثاق منظمة الأمم المتحدة تعهد الأعضاء بالاحترام الفعلي لحقوق الإنسان والحريات الأساسية- المادة 55 والمادة 56 من نص ميثاق- فإن ذلك لم يكن كافيا لضمان حماية تلك الحقوق والحريات؛ فهي تحتاج إلى حقوق إجرائية تضمن ممارستها؛⁴ كما أن ترسانة الإعلانات والعهود والمواثيق الدولية المتصلة بحقوق الإنسان واللاحقة للميثاق الأممي لم تحقق أهداف الإنسانية في هذا الباب بل ظلت المسافة الفاصلة بين المبادئ والممارسة كبيرة جدا مما أستوجب تفعيل تلك المبادئ بآليات تتميز بالالتزام والإلزام.

1- وكان من قصته ما روى ابن إسحاق: أنه كان بين الحسين بن علي بن أبي طالب وبين الوليد بن عتبة بن أبي سفيان أمير المدينة منازعة في مال كان بينهما بذي المروة فكان الوليد تحامل على الحسين في حقه لسلطانه فقال له الحسين: أحلف بالله لتنصفي من حقي أو لأخذن سيفي ثم لأقومن في مسجد رسول الله ثم لأدعون بحلف الفضول قال: فقال عبد الله بن الزبير - وهو عند الوليد حين قال له الحسين ما قال: وأنا أحلف بالله لئن دعا به لأخذن سيفي ثم لأقومن معه حتى ينصف من حقه أو نموت جميعا قال: وبلغت المسور بن مخرمة بن نوفل الزهري فقال مثل ذلك وبلغت عبد الرحمن بن عثمان بن عبيد الله التيمي فقال مثل ذلك فلما بلغ ذلك الوليد بن عتبة أنصف الحسين من حقه حتى رضي. " ينظر على الرابط <http://www.almenhaj.net/makal.php?linkid=2463>

2- ابن هشام؛ السيرة النبوية، مرجع سابق، ص 93. ود/ محمد سليم العوا؛ تنظيم الدفاع عن حقوق الإنسان؛ محاولة للتأصيل من منظور إسلامي مرجع سابق.

3- د/خضر خضر؛ مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان؛ المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس- لبنان-ط2؛ سنة 2004؛ ص 217 وما بعدها.

4- د/مصطفى عبد الغفار؛ ضمانات حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي؛ ص30

ويبقى تحويل الفرد الحق في اللجوء المباشر إلى القضاء الدولي، على أساس اتفاق دولي ينظم الجهة التي يمكن للفرد اللجوء إليها، الإجراء الذي سار العمل الدولي وفقاً له؛ وبمراجعة ما جرى عليه العمل الدولي في هذا الخصوص، نجد أن هذا الحق في اللجوء له طبيعة قانونية خاصة، إذ لا يمكن مباشرته إلا في ظل شروط وحالات محددة¹.

المطلب الأول: اقتضاء الفرد حقه في التقاضي وفقاً لمبدأ الاختصاص القضائي العالمي.

رغم اختلاف الفقه الدولي حول منح أهلية إجرائية دولية للأفراد تمكنه من حق اللجوء إلى القضاء الدولي، حيث يوجد اتجاهين رئيسيين: أولهما ظل متمسكاً بالمبدأ التقليدي المستند إلى عدم توافر الشخصية القانونية الدولية للفرد. وثانيهما: يعترف للفرد بالحق في اللجوء الدولي لحماية حقوقه، وخروجاً من هذا الخلاف يبقى التكييف السليم لمركز الفرد في القانون الدولي هو الإقرار له بذاتية دولية وليس بشخصية قانونية تجعله ذو قدرة على كسب الحقوق والالتزام بالواجبات الدولية. وهذا ما تم تفعيله في إطار القانون الدولي الإنساني حيث مثلت الحرب أو النزاع المسلح أحد أكثر الحالات مساساً بحقوق الإنسان؛ وعلى هذا جعلت اتفاقيات جنيف الأربع المعقودة عام 1949 والبروتوكول الإضافي الأول الذي ألحق بها عام 1977 مسألة متابعة مجرمي الحرب مسؤولية الجميع؛ بحيث حثت كل الدول الأطراف إلى: "أن يلتزم كل طرف متعاقد بملاحقة المتهمين باقتراح مثل هذه المخالفات الجسيمة أو بالأمر باقتراحها، وبتقديمهم إلى محاكمه، أيأ كانت جنسيتهم."² وعلى هذا لم يعد هناك خلاف على مبدأ عالمية الاختصاص القضائي في القانون الجنائي الدولي خصوصاً بالنسبة للانتهاكات الخطيرة فقد نصت صراحة الاتفاقيات الأربع لجنيف والبروتوكول الأول لها، على تمكين الأفراد من تبليغ شكواهم بتوسيع اختصاص محاكمها إلى سماع أي شكوى مهما كانت جنسية مرتكبها؛ فبموجب المادة 49 جنيف الأولى؛ والمادة 50 جنيف الثانية، والمادة 129 من جنيف الثالثة، والمادة 146 من جنيف الرابعة، والمادة 1/86 من البروتوكول الأول لها يلزم تدخل الأطراف المتعاقدة وأطراف النزاع بملاحقة المتهمين بارتكاب الانتهاكات الجسيمة ومقاضاتهم أمام المحاكم الوطنية.³

وقد تدعم هذا الحق دولياً بإقرار بعض الدول الراعية لحقوق الإنسان حق محاكمة مرتكبي جرائم الإبادة الجماعية خارج إقليمها، مثل بلجيكا وكوستاريكا وألمانيا ونيكاراغوا وإسبانيا، وثمة بلدان قليلة لديها من القوانين ما يسمح بصفة محددة بمحاكمة من يرتكب جريمة ضد الإنسانية في الخارج، ومن بينها بلجيكا وفرنسا وإسرائيل وفنزويلا. كما تمنح بلدان كثيرة محاكمها صلاحية معاقبة من يرتكب جريمة في الخارج ضد أحد مواطنيها، وهو ما يسمى بالاختصاص القائم على أساس "الجنسية السلبية"؛ وعادة ما يشترط في هذه الحالة أن يكون الفعل المرتكب من الأفعال التي تعتبر من الجرائم في البلد الذي تقع فيه أيضاً، وألا يكون مرتكبه قد عُوقب عليه.⁴

الفرع الأول: إمكانية مباشرة الحق في التقاضي دولياً أمام القضاء الوطني:

1- ينظر حول هذه الشروط: د/خليل موسى محمد؛ الوظيفة القضائية للمنظمات الدولية، دار وائل للنشر؛ ط1؛ سنة 2003؛ ص158 وما يليها.
2- وعلى سبيل المثال نصت قوانين الولايات المتحدة بعد إدماج اتفاقية جنيف في قانونها الوطني على أن "كل من يرتكب جريمة حرب، سواء أكان ذلك داخل الولايات المتحدة أم خارجها، وكان الجاني أو الجاني عليه فرداً من أفراد قوات الولايات المتحدة أو مواطناً من مواطنيها. ينظر موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر

<http://www.icrc.org/IHL-NAT.NSF>

3- وعلى سبيل المثال قامت الهيئات القضائية في النرويج حسب تصريح سيري فيرجارد كبيرة المدعين في الهيئة النرويجية الوطنية للدّعاء في الجرائم المنظمة والجرائم الخطيرة الأخرى؛ موافقة الهيئة على قبول الدعوى التي رفعها مامون نرويجيون رسمياً، ضد رئيس الوزراء الصهيوني السابق أيهود أولمرت، وتسعة آخرين من قادة الاحتلال، بتهمة ارتكاب جرائم حرب لدورهم في الحرب على قطاع غزة. ينظر تفاصيل الخبر: على موقع إخوان أون لين بتاريخ: 2009/04/24

4- وهكذا فإن القضايا المرفوعة ضد بينوشيه في بلجيكا وفرنسا وسويسرا كانت تستند إلى الشكاوى التي قدمها أفراد من مواطني هذه الدول، وزعموا فيها أنهم تعرضوا للضرر على يد بينوشيه في شيلي. ينظر تقارير وتحقيقات منظمة هيومان رايتس ووتش على الرابط:

<http://www.hrw.org/arabic/hr-global/list/tsxt/pinochet.html>

تطبيقاً لنص المادة الثامنة الإشارة إليها أعلاه تبنى كل من العهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية وللحقوق الاقتصادية والاجتماعية خيار الحماية القضائية الوطنية فقد نصت المادة (2) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على: "تتعهد كل دولة باحترام الحقوق المعترف بها فيه وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها دون تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس... وتتعهد كل دولة طرف بأن: أ- أن تكفل توفير سبل للتظلم لأي شخص انتهكت حقوقه أو حرياته المعترف بها في العهد حتى لو صدر الانتهاك عن أشخاص يتصرفون بصفتهم الرسمية. ب- بأن تكفل لكل متظلم على هذا النحو أن تبت في الحقوق التي يدعي انتهاكها سلطة قضائية أو إدارية أو تشريعية مختصة أو أية سلطة أخرى مختصة ينص عليها نظام الدولة القانوني وبأن تنمي إمكانات التظلم القضائي. ج- بأن تكفل قيام السلطات المختصة بإنفاذ الأحكام الصادرة لمصلحة المتظلمين"، كما تنص المادة (2) من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على: "تتعهد كل دولة طرف بان تتخذ بمفردها وعن طريق المساعدة والتعاون الدوليين ولا سيما على الصعيد الاقتصادي والتقني، وبأقصى ما تسمح به مواردها المتاحة ما يلزم من خطوات لضمان التمتع الفعلي التدريجي بالحقوق المعترف بها فيه، سالكة في ذلك جميع السبل المناسبة وخصوصاً سبيل اعتماد تدابير تشريعية وتضمن الدول الأطراف ممارسة هذه الحقوق دون تمييز للبلدان النامية أن تقرر مع إيلاء المراعاة الواجبة لحقوق الإنسان ولاتقصادها القومي، إلى أي مدى تضمن الحقوق الاقتصادية المعترف بها في هذا العهد لغير المواطنين".

وزيادة على ذلك يمكن إن يختص القضاء الوطني بالفصل في جرائم دولية متعلقة بانتهاك لحقوق الإنسان؛ وتحصل هذه الإمكانية المتاحة من خلال إثارة المسألة الجنائية الفردية؛ بموجب الآليات القضائية الوطنية باستخدام الولاية العالمية؛ وكقاعدة استثنائية مستقرة تقوم الأنظمة الوطنية على اختصاص شخصي واختصاص إقليمي؛ واختصاص موضوعي واختصاص عالمي، وبموجب الاختصاص العالمي يحق للدول التي تتبنى العمل بمقتضياته أن تثير المسألة الجنائية الفردية بحق المتهمين باقتراح الجرائم الدولية ولو ارتكبت تلك الجرائم خارج أراضيها، وكان الضحايا من غير رعاياها. وعلى هذا يمكن للدول العربية وجامعة الدول العربية ومنظمة المؤتمر الإسلامي، تكليف أي دولة عربية أو إسلامية بإنشاء محكمة جنائية دولية خاصة لمحاكمة قادة حرب العدوان على غزة على الجرائم التي ارتكبت في هذه الحرب، والقانون الدولي يعطيهم هذا الحق، بموجب الاختصاص العالمي والمستمد من فكرة التضامن الدولي في مكافحة الجريمة الدولية والذي يخول جميع الدول مباشرة الاختصاص العالمي، عن الجرائم التي تعتبرها الجماعة الدولية مخللة بمصالحها، وتمثل خرقاً للنظام الدولي بصرف النظر عن تجريمها في القانون الداخلي للدولة التي تمارس واجب المحاكمة، أو أن الجريمة تمسها بصورة مباشرة؛ وليس بلازم أن توجد صلة بين من يعاقب والدولة التي تتولى المعاقبة، ولا أن يوجد تلازم بين ولاية القضاء والقانون الواجب التطبيق طبقاً للقاعدة السائدة في التشريعات الوطنية في أن من له الاختصاص يطبق قانونه، فالقاضي وفقاً لمبدأ العالمية المقرر في القانون الدولي الجنائي يقوم بتنفيذ القانون الدولي، ويؤدي مهمة المحكمة الجنائية الدولية في تنفيذ القواعد الدولية، ويستمد اختصاصه في ذلك من القانون الدولي.

ومن ثم فهو لا يتقيد بقانون دولته، كما هو الحال في مبدأ الإقليمية المستقر في مفهوم التشريعات الجنائية الوطنية، إنما يمارس اختصاصاً دولياً بمعاقبة مرتكبي الجريمة الدولية أيا كانت جنسية مرتكبها وأينما وقعت الجريمة ودون النظر إلى مخالفتها للقانون الجنائي لدولة المتهم أو قانون القاضي، إنما ينظر إلى الفعل المرتكب على أنه سلوك تجرمه القواعد الدولية كجريمة القرصنة التي تجيز لكل دولة القبض على المجرم أن تقدمه للمحاكمة وتوقع عليه الجزاء الذي

يستحقه ولو لم يحمل جنسيتها لمحاكمة مجرمي الحرب، الذين يرتكبون إحدى الجرائم الدولية الواردة على سبيل الحصر في المادة (5) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.¹

كما يمكن للدول العربية والإسلامية طبقاً للمادة 146 المشتركة من اتفاقيات جنيف الأربع، التي تشكل السند القانوني لقيام العديد من الدول بتبني الاختصاص العالمي كما في إسبانيا وبلجيكا وبريطانيا وغيرها من الدول التي قامت في مراحل معينة بتفعيل هذا الاختصاص العالمي كما حصل في ملاحقة وزير خارجية الكونغو وملاحقة شارون من قبل القضاء البلجيكي وملاحقة بينوشيه من قبل محاكم إسبانية.² ومن ثم لا يوجد أي موانع قانونية أن تصدر الدول العربية مجتمعة عن طريق جامعة الدول العربية قانوناً بشأن تشكيل محكمة جنائية لمحاكمة قادة وأفراد قوات الاحتلال الإسرائيلية على جرائمها في حق سكان القطاع طبقاً لمبدأ الاختصاص القضائي العالمي.³

كما يمكن لمنظمة المؤتمر الإسلامي أن تفعل ذلك، ويمكن للدول العربية والإسلامية فرادى أو جماعات أن تصدر قوانيناً وطنية تحاكم بموجبها قادة وأفراد قوات الاحتلال الإسرائيلي عما ارتكبه ويرتكبه من جرائم دولية في حقهم، ولا يمكن أن يتم ذلك إلا إذا توافرت الإرادة الحقيقية والرغبة الصادقة لعمل ذلك.⁴ ولا شك أن وجود ضحايا من أبناء الدولة نفسها يزيد من المصلحة السياسية للدولة في إقامة الدعوى، يقول د/عبد الله الأشعل في هذا الصدد: "وإني أدعو بهذه المقالة إلى حرب قضائية وقانونية شاملة ضد المجرمين الإسرائيليين الذين ظنوا أنهم أفلتوا من العقاب، وكما أن جميع دول العالم تتفهم مطالبات إسرائيل بتسليمها مجرمي محرقة اليهود كما يحدث الآن بالنسبة لأحد المتهمين الذي جاوز التسعين من عمره حيث تدور المفاوضات لتسليمه ومحاكمته".⁵ كما تعتبر المادة (88) من أحكام بروتوكول جنيف الأول، سندا ثانياً لممارسة حق استعمال القضاء الوطني لمحاكمة مجرمي الحرب فقد نصت على: "حق الأطراف التي تضررت من اقتراف الغير لجرائم دولية بحقها، في ملاحقة الأمرين بارتكاب هذه الجرائم ومساءلتهم كمجرمي حرب أمام محاكمها الوطنية." وهو حق يقتضي النص في القوانين الوطنية على امتداد الاختصاص الوطني إلى الجرائم الدولية بحكم مصادقة الدولة على الاتفاقيات الخاصة بالإبادة الجماعية ومنع التعذيب ومنع التمييز

1- د/السيد مصطفى أحمد أبو الخير ، حرب غزة (2008/2009م) على الموقع [HTTP://WWW.ICCARABIC.ORG/](http://www.iccarabic.org)

2- عبد العزيز محمد طارقجي؛ الآليات القضائية المتاحة لمعاقبة قادة الاحتلال الصهيوني عن جرائمهم في قطاع غزة

[HTTP://WEB.SAIDANET.COM](http://web.saidanet.com)

3- ولقد كان من بين توصيات الملتقى الدولي الثالث حول جرائم الكيان الصهيوني والعدالة الدولية بكلية الحقوق جامعة حلب السورية دعوة الدول العربية إلى إقرار الولاية القضائية الجنائية العالمية في تشريعاتها الوطنية الجزائية لتمكين من مقاضاة المجرمين الصهاينة حتى ولو غابوا وإصدار الأحكام القضائية ومذكرات دولية للقبض عليهم. وينظر أيضا حول هذه الآلية د/ عبد الله الأشعل؛ إسرائيل ومبدأ الاختصاص العالمي للقضاء الوطني؛ مجلة دراسات فكرية على الموقع:

<http://www.alfikralarabi.org/>

4- وفي هذا الصدد توجد سوايق إيجابية حيث سبق أن طالب مجلس الجامعة العربية على مستوى وزراء الخارجية بذلك، في ختام أعمال دورته العادية رقم (116) سبتمبر 2001م، بتشكيل محكمة جنائية دولية لمحاكمة مجرمي الحرب الإسرائيليين، ودعم المبادرات الهادفة إلى ذلك، وقد أكد المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب عزمه على ملاحقة المسؤولين بحق الاعتداءات والجرائم التي ترتكبها قوات الاحتلال الإسرائيلية ضد سكان الأراضي العربية المحتلة في دورته السابعة والثلاثين بالقاهرة وطالب بإيجاد الآليات والوسائل القانونية لحماية الشعب الفلسطيني. ينظر د/ عادل عزام سقف الحيط؛ حصار غزة والاعتداء على سفن أسطول الحرية في فقه القانون الدولي؛ مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات على الموقع

<http://www.alzaytouna.net/arabic>

5- د/عبدالله الأشعل؛ إسرائيل ومبدأ الاختصاص العالمي للقضاء الوطني؛ مقالة منشورة على مجلة دراسات فكرية على الموقع:

<http://www.alfikralarabi.org>

واتفاقية حماية النساء والأطفال وهي اتفاقيات صادقت عليها معظم الدول العربية والإسلامية ومن المفروض أنها دخلت حيز التطبيق وصارت جزءاً من القانون الداخلي.¹

وبناء على الإمكانيات التي يتبعها القضاء الوطني لقبول الدعاوى القضائية ومميزاته المذكورة في تفعيل المساءلة الجنائية الفردية، يمكن التحاء وكلاء الضحايا الفلسطينيين وكل من تتوفر لديه الصفة والمصلحة إلى أنظمة القضاء الوطني، لتحريك الدعاوى ضد المتورطين الإسرائيليين بارتكاب انتهاكات جسيمة في قطاع غزة، وهو ما يستوجب بدوره إعداد الملفات القضائية المدعمة بالشهود والشهادات والتوكيلات القانونية الموثقة، لإمكان قبولها شكلاً حتى يتاح النظر فيها قبل بسط موضوع الدعوى أمام المحاكم الوطنية المختصة إعمالاً لمبدأ التكاملية ومبدأ الاختصاص العالمي على حد سواء.² وتجدر الإشارة في الأخير أن استعمال هذه الآلية متوقف على توافر الإرادة الحقيقية والرغبة الصادقة لدى من يملكون هذا الحق لاستخدامه، خاصة في ظل التخاذل العالمي والإقليمي والمحلي على عدم استعمال هذا الحق من الدول والمنظمات الدولية، وعلى رأسها الأمم المتحدة، من خلال الضغوط الدولية على من يملكون هذا الحق بحكم النفوذ الصهيوني الهائل على المستوى الدولي، وخاصة في وسائل الإعلام العالمية التي تظهر جرائم إسرائيل بأنها دفاع شرعي ضد الإرهاب الفلسطيني، في المؤسسات الدولية وخاصة الأمم المتحدة ومجلس الأمن بالفيتو الأمريكي الذي يقف في وجه تطبيق ذلك بحق الكيان الصهيوني بل أنه يمنع صدور أي قرار من مجلس الأمن ولو بالإدانة للكيان الصهيوني.

الفرع الثاني: مدى الاعتراف بحق الفرد في اللجوء إلى القضاء الدولي الجنائي:

من الحسنات الدولية إقرار سيادة القانون الدولي الجنائي على الجرائم الدولية الماسة بالإنسانية حيث توصلت اتفاقية روما 1998 إلى إنشاء المحكمة الجنائية الدولية لمحاكمة الأفراد المسؤولين عن ارتكاب جرائم ضد الإنسانية مهما كان مركزهم القانوني في الدولة، حيث تبني "نظام روما الأساسي" في الـ 17 من شهر تموز/يوليو 1998، ودخل حيز التنفيذ اعتباراً من الأول من تموز/يوليو 2002³ ومنذ الـ 15 من حزيران/يونيو 2010 كانت هناك 111 دولة طرف في "إعلان روما الأساسي"⁴، من بين هذه الدول الـ 111 هناك 30 دولة إفريقية، و 15 دولة آسيوية، و 17 دولة من

1- وفي حين يرى البعض أن القرار الذي صدر عن محكمة العدل الدولية يشكل ضربة قوية لجهود القضاء الوطني في الحد من الجرائم الدولية، بمناسبة شكوى حكومة الكونغو من ملاحقة وزير خارجيتها من قبل القضاء البلجيكي، على أن هذه الدعوى غير مقبولة لأنها تتعارض مع مبدأ الحصانة وضرورات حماية الأشخاص الذين يتمتعون بها. وعليه فإن قرار محكمة العدل الدولية كما يرى البعض الآخر، وإن كان يقيد ملاحقة ومعاينة الأشخاص المشمولين بالحصانة غير أنه لا يمنع اللجوء للقضاء الوطني بمجرد سقوط الحصانة، عن الشخص الذي تثار بحقه المساءلة الجنائية، فعلى سبيل المثال يمكن ملاحقة أولمرت عن الجرائم التي تسبب بها بعد استقالته من رئاسة الحكومة الإسرائيلية، وهذا ما ينطبق على غيره، مما يشكل رادعاً لمن هم في الحكم كي يفكروا ملياً بعواقب أعمالهم، كما ينظر مؤيدو الاتجاه إلى المحاكم الوطنية بأن أهمية الأحكام الصادرة عن هذه المحاكم، أنها تبقى سيفاً مهدداً على مرتكبي الجرائم الدولية، لأنه بموجب التعاون القضاء الدولي، واتفاقية الانتربول الدولي، لن تبقى هذه الأحكام محصورة بمفعولها في نطاق الدولة التي أصدرتها، وإنما سيحد المجرم المدان أنه ملاحق قضائياً من دول عدة، وهو ما سيحد من نزوع الآخرين لاعتراض الجرائم المعاقب عليها في القوانين الدولية والوطنية، كما تفيد الإشارة أن المحاكم الوطنية لا تقتصر في أحكامها على فئة من الأشخاص المدانين وإنما تستطيع النظر استناداً إلى مبدأ الاشتراك في الجريمة الدولية كما نصت عليه المادة السادسة من نظام محكمة نورمبرغ إلى كل من ساهم في ارتكاب الجرائم الدولية؛ عبد العزيز محمد طارقجي؛ الآليات القضائية المتاحة لمعاقبة قادة الاحتلال الصهيوني عن جرائمهم في قطاع غزة

[HTTP://WEB.SAIDANET.COM](http://web.saidanet.com)

2- عبد العزيز محمد طارقجي؛ الآليات القضائية المتاحة لمعاقبة قادة الاحتلال الصهيوني عن جرائمهم في قطاع غزة

[HTTP://WEB.SAIDANET.COM](http://web.saidanet.com)

3- السجلات الرسمية لمؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين حول تأسيس محكمة جنائية دولية، روما، 15 حزيران/يونيو - 17 تموز/يوليو 1998، الجزء الأول: الوثائق النهائية - منشورات الأمم المتحدة.

4 - <http://www.icc-cpi.int/asp/stateparties.html>

5 - المعلومات مأخوذة من الموقع الإلكتروني للمحكمة الجنائية الدولية ICC اعتباراً من 15 حزيران/يونيو 2010.

أوروبا الشرقية، و24 دولة من أمريكا اللاتينية ومنطقة الكاريبي، و25 دولة من أوروبا الغربية، إضافة إلى دول أخرى. إن المحكمة الجنائية الدولية هي مؤسسة دائمة ومستقلة وليست جزءاً من منظمة الأمم المتحدة¹.

إن إنشاء مؤسسة قضائية دولية تتعهد بالبت في جرائم حقوق الإنسان وملاحقة مرتكبيها يعد آلية أساسية أفرزتها جهود المجتمع الدولي؛ ولا جدال في كون إنشاء هذه المحكمة يعد آلية حاسمة أفرزتها جهود نشطاء حقوق الإنسان في العالم على مدى عقود من الزمن من أجل ملاحقة مرتكبي أخطر الجرائم ضد الإنسانية ومساءلتهم قضائياً بهدف غلق مسالك التحصن والإفلات من العقاب².

ذلك أن الأصل في الجرائم التي يشملها النظام الأساسي والتي تقع في إقليم دولة ما أنها تخضع للولاية القضائية للمحاكم الوطنية في تلك الدولة، ولا يبدأ اختصاص المحكمة إلا بعد إخفاق أو عدم قدرة الدولة أو تقاعسها عن مقاضاة المسؤولين عن الجرائم إلى ذلك أشار النظام الأساسي للمحكمة في ديباجته بأن "من واجب كل دولة أن تمارس ولايتها القضائية الجنائية على أولئك المسؤولين عن ارتكاب جرائم دولية".

كما أن "المحكمة الجنائية الدولية المنشأة بموجب هذا النظام الأساسي ستكون مكتملة للولايات القضائية الجنائية الدولية"، ولكن الإشكالية هنا في تحديد الجهة التي تقرر عدم نجاح المحاكم الوطنية في مساءلة المجرمين، فبالرغم من صعوبة تحريك المحكمة الجنائية إلى أنها مثلت نقطة انعطاف في قضية حقوق الإنسان خاصة الحقوق المنتهكة زمن النزاعات المسلحة كجرائم الإبادة والتعذيب والعدوان؛ وهي الجرائم غير المعاقب عليها في القانون الجنائي الوطني وتتعدد خيارات اللجوء إلى المحكمة الجنائية الدولية ورفع الدعاوى المتعلقة بالمتهمين الإسرائيليين أمامها³. فقد نصت المادة 13/1 فقره ج من نظامها الأساسي: "تحدد ثلاثة خيارات لولوج باب المحكمة:

أولها: عن طريق دولة طرف في نظامها الأساسي سواء وقعت الجريمة على إقليمها أو نسبة إلى انتماء الضحايا إليها، ويشترط لقبول تحريك الدعوى وفقاً لهذا الخيار الأول أن يتم رفعها من قبل دولة طرف، وهو ما لا يتوفر في الوضعية الفلسطينية، لسببين الأول: أن السلطة الفلسطينية لا تكسب الشخصية القانونية الدولية الكاملة، والثاني أنها ليست طرفاً في نظام المحكمة⁴.

1 - http://www.icc-cpi.int/library/about/atagance/ICC-Atagance_en.pdf

2 - خياطي مختار؛ اختصاص القضاء الدولي في حماية حقوق الإنسان؛ مذكرة ماجستير؛ كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، الجزائر؛ سنة 2011، ص135
3- واستعمالاً لهذا الحق قدمت منظمة التحالف الدولي لمكافحة الإفلات من العقاب "حقوق" المسجلة دولياً والعضو في المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، بالتعاون مع حقوقيين ومحامين من دول عدّة، شكوى لدى مكتب المدعي العام بالمحكمة الجنائية الدولية في لاهاي ضد الحكومة الإسرائيلية وخمسة من قادتها لانتهاكهم الصارخ للقانون الدولي ونظام روما الأساسي من خلال الحصار الإسرائيلي الإرهابي المفروض على قطاع غزة. وتمثل هذه الدعوى أول ملاحقة قانونية لدى المحكمة الجنائية الدولية لكبار القادة الصهاينة، حيث سجلت وسلمت رئيسة منظمة "حقوق" الحمامية مي الخنساء الشكوى إلى رئيس مكتب التحقيقات والتحريات في مكتب المدعي العام مرفقة بما العشرات من المستندات المثبتة لارتكاب إسرائيل جرائم عنصرية وجرائم ضد الإنسانية وجرائم إبادة عرقية ضد الشعب الفلسطيني بأكمله؛ كما طلبت "حقوق" من المحكمة وحسب الصلاحيات المعطاة لها الانتقال فوراً إلى غزة لإجراء التحقيق وتوثيق الجرائم الوحشية. ينظر جريدة المستقبل العربي الالكترونية على الموقع <http://www.almustaqbal-a.com/> ولكن بعد أخذ ورد، وبعد الكثير من الجدل القانوني، صدر عن مكتب مدعي العام المحكمة الجنائية الدولية في لاهاي تصريحاً أنه غير مختص قضائياً بالتحقيق في احتمال أن تكون جرائم حرب قد ارتكبت في قطاع غزة أخيراً.. وأضاف المدعي العام أن اختصاص المحكمة يقتصر على جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية التي ترتكب على أرض دولة أو على مواطن تابع لدولة عضو بالمحكمة. وأن المحكمة الجنائية الدولية تفتقر إلى هذا الاختصاص وهو نوع من تسييس لدور المحكمة.

4- وهذا ما وقع أخيراً حيث رفض مدعي عام المحكمة الجنائية الدولية الثلاثاء، 3 ابريل/ نيسان، 2012، الشكوى المقامة من قبل السلطة الفلسطينية ضد إسرائيل، والتي تتهمها فيها بارتكاب جرائم حرب خلال عملية "الرصاصة المسكوب". وعلل المدعي قراره بقوله "إن الدول فقط هي التي تستطيع تقديم شكوى إلى المحكمة الجنائية الدولية، وأن مكانة فلسطين في الأمم المتحدة هو دولة مراقبة فقط، وليست دولة عضواً". وجاء في بيان صادر عن مكتب مدعي عام المحكمة، أنه من أجل البدء بالتحقيق في الشكوى يجب أن تكون مقدمة إلى المحكمة من قبل دولة موقعة على "ميثاق روما"، والذي أقيمت في إطاره المحكمة الجنائية الدولية، أو من قبل مجلس الأمن الدولي التابع لهيئة الأمم المتحدة. وجاء في البيان: "إن مكتب المدعي العام قد أجرى تقييمًا للقضية، وقرر أن الهيئات المعنية في الأمم المتحدة،

ثانيها: عن طريق مجلس الأمن الذي يحق له طلب تحريك الادعاء العام بمواجهة دولة غير طرف في نظامها الأساسي، غير ان هذا الخيار غير عملي ومتحيز، وحتى ولو فرضنا بإمكانية قبول الادعاء من قبل السلطة الفلسطينية، فإن مجلس الأمن وتحت سيف إشهار الفيتو الأمريكي لن يقبل طلب السلطة الفلسطينية.

ثالثها: عن طريق المدعي العام للمحكمة الذي يستطيع من تلقاء نفسه تحريك الادعاء العام بحق أي دولة غير طرف في المحكمة كما ورد في المادة (15) من النظام الأساسي " للمدعي العام أن يباشر التحقيقات من تلقاء نفسه على أساس المعلومات المتعلقة بجرائم تدخل في اختصاص المحكمة/ وهو الخيار الأكثر عملي مما سيفتح إمكانية قبول الدعوى بما يمتلكه المدعي العام بموجب نظام المحكمة من حق تحريك الادعاء العام تلقائياً فهو خيار مشروط طبقاً للمادة (12) من النظام الأساسي بطلب الإذن من الدائرة التمهيدية لإجراء تحقيق، مشفوعاً بأية مواد مؤيدة يجمعها، ويجوز للمدعي عليهم إجراء مرافعات لدى الدائرة التمهيدية وفقاً للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات؛ فإذا رأت الدائرة التمهيدية، بعد دراستها للطلب وللمواد المؤيدة، أن هناك أساساً معقولاً للشروع في إجراء تحقيق وأن الدعوى تقع على ما يبدو في إطار اختصاص المحكمة، كان عليها أن تأذن بالبدء في إجراء التحقيق، أما إذا رفضت الإذن بإجراء التحقيق؛ فعلى المدعي العام أن يتقدم بطلب لاحق يستند إلى وقائع أو أدلة جديدة تتعلق بالحالة ذاتها في ضوء وقائع أو أدلة جديدة.¹

مما سبق فإن اختصاصات المحكمة الدولية تقتصر على محاكمة الأفراد الذين ارتكبوا جرائم منصوص عليها في نظامها الأساسي، ومن ثم يمكن ولوج أحد الخيارات السابقة لمحاكمة قادة إسرائيل السياسيين والعسكريين أمامها عن الجرائم التي ارتكبوها بعد عام 2002 تاريخ دخولها حيز النفاذ؛ ومما يدعم هذه الوسيلة ضرورة انضمام الدول العربية لميثاق المحكمة، مما يخولها حق تحريك الدعوى الجنائية ضد القادة السياسيين والعسكريين وأفراد قواتها المسلحة، وحدير بالذكر أن اليمن وجيبوتي والأردن من الدول العربية المصدقة على اتفاقية المحكمة، مما يحق لها اللجوء إليها وطلب تحريك الدعوى ضدهم.²

المطلب الثاني: الدعوى القضائية الدولية لاقتضاء المستضعفين لحقوقهم وفقاً لمقاصد الشريعة .

إن الحق في العدالة حق طبيعي من حقوق الإنسان، أكدته الشرائع السماوية والاتفاقيات الدولية وسارت عليه النظم الوضعية، والمشكلة لا تكمن في تقرير الحق في العدالة فقط، وضمان جدية وموضوعية وحيادية الأنظمة الداخلية ودور القضاء فيها؛ بل بتقرير آليات تكفل احترامه وفعالته، إذ لا يمكن أن تكون في مجتمع ديمقراطي أو دولة قانون ما دام الأفراد لا يملكون حق اللجوء إلى عدالة قادرة على تصحيح خرق القواعد المتعلقة بهذا الحق، وقد سبق بيان أن إنشاء آليات لحماية حقوق الإنسان يعد نقلة نوعية هامة شهدتها المجتمع الدولي بمختلف مكوناته، ذلك أن

أو مجموعة الدول التي تتكون منها المحكمة، هي المخولة بأن تقرر من الناحية القانونية ما إذا كانت فلسطين تُعتبر دولة يحق لها الانضمام إلى ميثاق روما أم لا. كما جاء في البيان أيضاً أن "ميثاق روما" لا يمنح المدعي العام للمحكمة صلاحية تحديد المقصود بمصطلح "دولة". نقلاً عن جريدة الشرق الأوسط

<http://www.bbc.co.uk/arabic/middleeast>

1- د/مصطفى أبو الخير؛ النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات وأركان الجرائم الدولية، دار ايتراك، القاهرة، 2005م، ص6.

2- واستعمالاً لهذا الحق كلفت نقابة المحامين اليمنيين فريقاً قانونياً مكون من عشرة محامين بقيادة المحامي: عبدالله محمد راجح بموجب قرار رقم 01 سنة 2009 لإعداد ملف متكامل لملاحقة قادة الكيان الصهيوني قضائياً في جرائم الحرب والإبادة التي يرتكبوها في حق أبناء الشعب الفلسطيني في قطاع غزة. على أن يتولى في ضوء ذلك تقديم الملف المعد عن تلك الجرائم إلى المدعي العام في المحكمة الجنائية الدولية للمطالبة بالتحقيق فيها ومتابعة إجراءات تحريك الدعوى. ينظر تفصيلاً الخبر على الموقع مارب برس؛ الأحد 11 يناير - كانون الثاني 2009

<http://marebpress.net/new>

الاعتماد على مضامين الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 وسائر العهود والمواثيق الدولية اللاحقة المتصلة بحقوق الإنسان لا يكفي لتأمين الحماية الفعلية لتلك الحقوق وصيانتها من كل أشكال الخرق والانتهاك، ومن ثم وجدت عدة آليات تضمن فعالية الحماية لسائر الحقوق والحريات خدمة لإنسانية الإنسان وللارتقاء بتلك الحقوق والحريات إلى حيز الإلزام القانوني لتتحول حقوق الإنسان من مجرد كلمات إلى أفعال.¹

ويعتبر القضاء الإقليمي سواء الأوروبي أو الأمريكي أو الإفريقي الخيار الأمثل للدعوى الدولية ففي سنة 1950 ظهرت في القانون الأوروبي الاتفاقية الأوروبية لصيانة حقوق الإنسان والحريات الأساسية في إطار المجلس الأوروبي؛ عندما قررت لأول مرة في إمكانية لجوء الفرد إلى الطعن أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بشروط أن يكون الفرد يحمل جنسية دولة موقعة على الاتفاقية وان يستنفذ طرق الطعن الداخلية وألا يكون قد تجاوز اجل ستة أشهر بعد صدور القرار النهائي الداخلي. وهذا ما يعرف بالحق في الشكوى أو الدعوى القضائية الدولية - إن صح التعبير فقهيًا-، أو ما يسمى بحق الفرد في اللجوء إلى القضاء الدولي في حال ما إذا كان هناك خرق لأحكام اتفاقية ما أو أن قضاءه الوطني لم ينصفه، هي الأخرى يجب أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط شأنها في ذلك شأن الدعوى التي ترفع أمام القضاء الوطني.² وبالتالي فإن كل دولة عضو ملزمة بتطبيق بنود الاتفاقية التي صادقت عليها وفي حالة خرقها تكون النتيجة المنطقية للجوء إلى المحكمة الأوروبية الحارسة للاتفاقية، وذلك عن طريق لجوء الفرد المتضرر عن طريق الدعوى القضائية الدولية لتتدخل هذه الأخيرة لتفرض على الدول الموقعة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية أن تلتزم بتلك المعاهدات وتنفذ بنودها.³

الفرع الأول: نظام الشكاوى المرفوعة أمام لجنة حقوق الإنسان كنوع من الحماية الشبه قضائية:

سبقت الإشارة إلى تطور المركز القانوني للفرد في القانون الدولي، وما انتهى إليه هذا التطور من تقرير لعالميتها بموجب مواثيق واتفاقيات دولية اتخذت شكلًا إلزاميًا؛ فضلا عن تدويل الدفاع عن حقوق الإنسان؛ وما ترتب عنه من تخصيص هيئات قضائية دولية تمكنه من ممارسة حقه في التقاضي للدفاع عن حقوقه وحرياته الأساسية المحمية دوليا أمام ذات السلطة.⁴ وبموجب البروتوكول الاختياري الأول⁵ الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بشأن تقديم شكاوى من قبل الأفراد؛ فإن الدول الأطراف في هذا البروتوكول "إذ ترى من المناسب، تعزيزا لإدراك مقاصد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية ولتنفيذ أحكامه، تمكين اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، المنشأة بموجب أحكام الجزء الرابع من العهد، من القيام وفقا لأحكام هذا البروتوكول، باستلام ونظر الرسائل المقدمة من الأفراد الذين يدعون أنهم ضحايا أي انتهاك لأي حق من الحقوق المقررة في العهد"، حيث حولت المادة الأولى منه: "اعتراف كل دولة طرف في العهد، تصبح طرفا في هذا البروتوكول، باختصاص اللجنة في استلام ونظر الرسائل المقدمة من الأفراد

1 - د/مصطفى عبد الغفار؛ ضمانات حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي؛ المرجع السابق، ص 389

2 - د/خليل موسى محمد؛ الوظيفة القضائية للمنظمات الدولية، دار وائل للنشر؛ ط1؛ سنة 2003، ص 297

3- وتجدر الإشارة إلى قضية حظر بناء المآذن في سويسرا حيث صرح الأمين العام لمجلس أوروبا السيد ثوربيرون ياجلاندا أن الاستفتاء السويسري أثار مخاوف حول ما إذا كان ينبغي أن تطرح حقوق أساسية للأفراد تحميها المعاهدات والمواثيق الدولية لاستفتاء شعبي. مما يعني إمكانية تحريك المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بعد استنفاد القضاء الوطني والذي لا شك أنه لا يستطيع الوقوف أمام الاستفتاء الشعبي المقر لقانون حظر المآذن؛ وعليه يعول أصحاب الدعوى على "إن حظر بناء المآذن في سويسرا ينتهك المواد 9 و13 و14 من الميثاق الأوروبي لحقوق الإنسان." ينظر جريمة الأيام ليوم: الخميس 17 كانون الأول 2009 .

4- سكاكني باية؛ العدالة الجنائية الدولية ودورها في حماية حقوق الإنسان، دار هومة للطباعة والنشر 2004؛ ص 74 .

5- اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966

تاريخ بدء النفاذ: 2 آذار/ مارس 1976 وفقا لأحكام المادة 9.

الداخليين في ولاية تلك الدولة الطرف والذين يدعون أنهم ضحايا أي انتهاك من جانبها لأي حق من الحقوق المقررة في العهد، ولا يجوز للجنة استلام أية رسالة تتعلق بأية دولة طرف في العهد لا تكون طرفاً في هذا البروتوكول. " وامتثالا لمضمون هذه المادة نص المادة الثانية صراحة على حق الأفراد الذين يدعون أن أي حق من حقوقهم المذكورة في العهد قد انتهك، والذين يكونون قد استنفدوا جميع طرق التظلم المحلية المتاحة، تقدم رسالة كتابية إلى اللجنة لتنظر فيها. " وهو ما يمثل اعتراف دوليا بحق الفرد في مقاضاة دولته عند عدم إنصافها، وفي المقابل تلتزم اللجنة بموجب المادة الرابعة منه بتبليغ الدولة الطرف في هذا البروتوكول والمتهمة بانتهاك أي حكم من أحكام العهد، على أن تقوم الدولة المذكورة في غضون ستة أشهر بموافاة اللجنة بالإيضاحات أو البيانات الكتابية اللازمة لجلاء المسألة، مع الإشارة عند الاقتضاء إلى أية تدابير لرفع الظلامة قد تكون اتخذتها.¹

وعليه فإن هذا البروتوكول يمثل إقراراً من الأمم المتحدة لنظام الشكاوى، والعرائض كوسيلة لحماية الأفراد المنتهكة حقوقهم، على أساس الاعتراف للأفراد والجماعات والمنظمات غير الحكومية بحق تقديم الشكاوى المتعلقة بانتهاك حقوق الإنسان ضد أي دولة من الدول الأعضاء في المنظمة؛ وقد حددت هذه اللجنة إجراءات قبول الشكاوى بموجب نص المادة 5 من البروتوكول على النحو الآتي:

- أن يتقدم بالشكاوى شخصاً معلوماً أو مجموعة من الأشخاص يفترض فيهم أنهم ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان، فلا تقبل الشكاوى مجهولة المصدر؛ وإنما يجب تعيين هوية مقدم الشكاوى؛ على أن لا يتم الكشف عنها أو إعلانها إلا بموافقة.²

- يشترط أن تتضمن الشكاوى وصفاً للوقائع أو الانتهاكات، وأن لا يكون لها أهداف ودوافع سياسية وأن لا تركز على تقارير سبق نشرها بمعرفة وسائل الإعلام؛ وان لا تتعارض مع مبادئ ميثاق الأمم المتحدة.

- يجب استنفاد كافة وسائل الحماية الوطنية، وان لا تكون تكراراً لشكاوى سبق تسويتها في الأمم المتحدة. فضلاً عن التزام الدولة المدعى ضدها بالمصادقة على الاتفاقيات والعهود الدولية في مجال حقوق الإنسان؛ بحيث يعد كما يفترض أن تكون المتقاضى صاحب حق فعلي، ومعناه انه يجب ألا يتعرض هذا الحق لأي عرقلة، تمنع المتقاضى من ممارسته.³

وزيادة على ذلك هناك شروط شكلية في المشتكى بان يكون داخلاً في ولاية الدولة المشتكى بها والتي يجب أن تكون طرفاً في العهد وأن تكون الدولة المشتكى بها طرفاً في البروتوكول الاختياري، وأن تكون الشكاوية موقعة ولا تنطوي، في رأي اللجنة على إساءة استعمال الحق لتقديم الرسائل أو منافية لأحكام العهد. وهو ما يحمل هذه الدول التزامات قانونية لضمان حقوق الإنسان؛ حتى تصبح هذه الحقوق واجباً وطنياً على الدولة ولذلك يجب أن تعبر عنه التشريعات الوطنية. ووفقاً لذلك فالدولة التي تصادق على أحد صكوك حقوق الإنسان فإنها ملزمة بتنفيذ تعهدها بأن تدرج أحكامه مباشرة في تشريعاتها الوطنية أو تتعهد بالتزامها بالصك بطريقة ما.⁴

وكتقييم لهذه الآلية التي جاء بها هذا البروتوكول والتي يسمح بموجبها للفرد الضحية بتقديم شكاوية ضد دولته المعتدية على حقوقه المنصوص عليها في العهد، إلا أن النظر في هذه الشكاوية متوقف على توفر عدة شروط من جهة،

1 - د/خليل موسى محمد؛ الوظيفة القضائية للمنظمات الدولية، دار وائل للنشر؛ ط1؛ سنة 2003، ص156.

2 - د/خيري أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، منشأة المعارف لإسكندرية 2008 ص-776-777-778

3 - د/قادر عبد العزيز؛ حقوق الإنسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية المحتويات والآليات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 2003؛ ص155.

4- د/ محمد سعيد الشعبي؛ انعكاسات تدويل حقوق الإنسان على وضع الفرد في إطار القانون والعلاقات الدولية على الرابط

كما أن البث فيها بعد ثبوت صحتها، لا يتضمن أي جزاءات مدنية أو جنائية توقع على الدولة المشتكى بها إذ أنه بعد انتهاء بحثها يتم اتخاذ إجراءين: ¹

الأول: إرسال الرأي الذي انتهت إليه إلى الدولة الطرف المعنية وإلى الفرد.

الثاني: إدراج الرأي المذكور في تقرير اللجنة السنوي الذي ترفعه إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة عن طريق المجلس الاقتصادي والاجتماعي.

ويستنتج من ذلك كله بأن الحماية التي يتضمنها البروتوكول الاختياري في مواجهة الخروقات المرتكبة ضد الحقوق الواردة في العهد، وإن كانت مهمة من الناحية المعنوية، فهي ليست بحماية قانونية لأنها لا تتضمن جزاءات يمكن توقيعها على المخارقين.

وأمام فشل الجهود الدولية من خلال مؤتمر فيينا في إنشاء محكمة دولية لحقوق الإنسان المدنية والسياسة والاجتماعية والاقتصادية والثقافية؛ نجحت الجهود الإقليمية في توفير الحماية القضائية الدولية ضد كل انتهاك واقع على حقوق الإنسان المكرسة في العهود والاتفاقيات الإقليمية.²

وهو النجاح المعلق في تفعيله على ضرورة مصادقة الدولة المدعى ضدها على الاتفاقية المقررة لحقوق الإنسان؛ فحق اللجوء الفردي إلى القضاء الإقليمي أو الدولي حق مقيد بضرورة أن تكون الدولة مصادقة على الاتفاقية مما يجعل نصها أعلى درجة من مرتبة التشريع الداخلي، وهو ما تقضي به المادة 55 من دستور فرنسا لسنة 1958 الذي يجعل من نص الاتفاقية المصادق عليها في مرتبة أعلى من مرتبة القوانين العادية حيث تعد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان مدججة في القانون الداخلي وتسمو على القوانين المصادق عليها من طرف البرلمان.³

لقد كانت المادة 25 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية تنص على اختصاص اللجنة الأوروبية بتلقي الشكاوى المقدمة من الأشخاص الطبيعيين والهيئات الغير الحكومية. ولكن وبموجب التعديل الجديد الذي أجرته الدول الأطراف في الاتفاقية بتاريخ 1994م والذي تمخض عنه البروتوكول الحادي عشر والذي بدخوله حيز النفاذ تم إلغاء اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان والاكتفاء بجهاز رقابة قضائي واحد، فأصبح الفرد يتمتع بحق اللجوء مباشرة إلى المحكمة، بحيث يستطيع كل شخص طبيعي يحمل جنسية دولة من الدول الأطراف في الاتفاقية، وكل شخص مقيم على أراضيها، بغض النظر عن جنسيته، سواء قدمت الدعوى ضد دولته أم ضد أي دولة أخرى من الدول الأطراف، كما يمكن للاجئ وعدم الجنسية أيضاً الانتفاع من هذا الحق، كما تستطيع مجموعات الأفراد الذين تجمعهم مصلحة مشتركة وإن كانت مؤقتة، ويرون أن الحقوق التي تكفلها اتفاقية روما وملاحقتها قد انتهكت مباشرة الدعوى فضلا عن حق المنظمات غير الحكومية الدولية وغير الدولية، كالتقابات، والمنظمات الدينية، والقانونية، والجمعيات والأحزاب السياسية اللجوء إلى المحكمة.⁴

وتشترط المادة 35 من الاتفاقية استنفاد طرق الطعن الداخلي لقبول الدعوى؛ وذلك احتراماً لسيادة الدولة لتقوم بوسائلها القضائية بمعالجة القضايا الداخلية، فإذا نتج عن هذه المعالجة الداخلية انتهاك لحقوق الإنسان؛ فإن

1- عبد الرحمن بن عمرو؛ مداخل الآليات الدولية لحماية حقوق الإنسان - محكمة الجنابات الدولية نموذجاً - على مجلة الحوار المتمدد-العدد: 1276.

2- د/ مصطفى عبد الغفار؛ ضمانات حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي؛ المرجع السابق، ص 24

3- تقضي المادة 55 من دستور فرنسا لسنة 1958 يجعل نص الاتفاقية المصادق عليها في مرتبة أعلى من القوانين العادية بشكل يجعل القوانين الداخلية المتعارضة معها نصوصاً باطلة مع مراعاة المعاملة بالمثل ينظر د/ بجاوي نورة بن علي؛ المرجع السابق ص 51 .

4- د/هايل نصر؛ في الحماية الدولية لحقوق الإنسان؛ بتاريخ 12/31/2010 على الرابط الإلكتروني:

للضحية عندها الحق في تدويل قضيته بموجب دعوى دولية أمام المحكمة الأوروبية بشأن أي إخلال بالالتزامات المنصوص عليها في الاتفاقية من قبل دول أخرى أعضاء فيها طبقاً لنص المادة 33.

وتنظر لجنة مكونة من ثلاثة قضاة، في العريضة المقدمة، لتبت في قبول الدعوى شكلاً. وفي حال عدم قبول الدعوى لا بد من أن يكون الأمر بالإجماع (المواد 29 إلى 35 من البروتوكول رقم 11)، أما في حال قبول الدعوى شكلاً تُعهد مهمة التحقيق لإحدى الغرف "غرفة مكونة من سبعة قضاة"؛ فيتم تثبيت الوقائع واقتراح الحل الودي في محاولة لتسويتها عن طريق التراضي طبقاً للمادة 39؛ وفي حال نجاح هذا المسعى تشطب الدعوى من سجل الدعاوى؛ وفي حالة الفشل تصدر قراراً بإحالة الدعوى للنظر فيها طبقاً للقانون.¹

وتتملك الغرفة المجال إليها الدعوى سلطات واسعة في التحقيق؛ بهدف بناء الوقائع المثارة؛ ويمكنها أن تطلب أدلة مكتوبة؛ أو سماع شهود؛ وتطلب تقديم خبرة وذلك في جلسات مغلقة من حيث المبدأ، كما يمكنها تعيين قاض أو أكثر من قضاة المحكمة لزيارة أماكن الحدث للاستطلاع وجمع المعلومات، فإذا لم يتم التوصل إلى هذا الحل تصدر المحكمة حكماً يصبح قطعياً ما لم يستأنف خلال ثلاثة أشهر، وعندها تنظر الغرفة الكبرى المكونة من سبعة عشر قاضياً في الدعوى بعد أن تقرر لجنة مكونة من خمسة قضاة إمكان النظر في الاستئناف، وتصدر الغرفة الكبرى قراراً قطعياً ملزماً للأطراف المعنية بالدعوى، وتراقب لجنة الوزراء تنفيذ القرار.²

ومن تطبيقات الدعوى القضائية الدولية أمام القضاء الإقليمي الدعوى المرفوعة على الرئيس التشادي السابق حسين حبري الملقب بـ "بينوشيه الإفريقي" الذي حكم تشاد منذ عام 1982 حتى عام 1990 ليضطر بعد سقوط نظام حكمه إلى الفرار إلى السنغال خوفاً من المتابعة القضائية بسبب جرائم القمع والتعذيب في حق المعارضين السياسيين له؛ حيث تضافرت جهود ضحاياه لإعداد ملف إحالته إلى العدالة، فقامت "الرابطة التشادية لضحايا القمع السياسي والجريمة" بتجميع المعلومات الخاصة بكل فرد من الضحايا البالغ عددهم 792، من أجل رفع الدعوى القضائية. وفي عام 1992 أصدرت لجنة تقصي الحقيقة تقريراً يتضمن اتهام نظام حبري بارتكاب 40 ألف جريمة من جرائم القتل السياسي، و200 ألف حالة من حالات التعذيب، وفي عام 1999 تقدمت "الرابطة التشادية لنصرة حقوق الإنسان والدفاع عنها بطلب إلى منظمة "مراقبة حقوق الإنسان"³ ترجو فيه مساعدتها في إحالة حبري إلى العدالة في السنغال، وتقدم الشاكون وهم سبعة أفراد تشاديين، وأرملة فرنسية راح زوجها ضحية نظام حبري بالدعوى الجنائية التي رفعوها إلى محكمة داكار الإقليمية، والتي يتهمون فيها حبري رسمياً بارتكاب التعذيب وجرائم ضد الإنسانية، مستندين إلى القانون السنغالي الخاص بالتعذيب، وكذلك إلى "اتفاقية مناهضة التعذيب" التي اعتمدها الأمم المتحدة عام 1984، والتي صادقت عليها السنغال في عام 1987، كما أشارت هذه الجماعات أيضاً إلى التزامات السنغال بموجب القانون الدولي القائم على العرف، والتي تقضي برفع الدعوى على المتهمين بارتكاب جرائم ضد الإنسانية، وفي

1- د/ مصطفى عبد الغفار؛ ضمانات حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي؛ المرجع السابق، ص 288.

2- د/ مصطفى عبد الغفار؛ ضمانات حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي؛ المرجع نفسه، ص 276.

3- تعتبر منظمة "مراقبة حقوق الإنسان" من المنظمات المتخصصة بمساعدة الضحايا في رفع الدعوى على كل متهم بانتهاك حقوق الإنسان في الخارج، والدعوة إلى وضع تشريعات وطنية تمنح المحاكم المحلية الاختصاص القضائي بنظر جرائم حقوق الإنسان المرتكبة في الخارج.

فبراير 2000 وجهت إليه المحكمة السنغالية تهمة ارتكاب جريمة التعذيب، ووضعت تحت الإقامة الجبرية في منزله، وكانت تلك أول مرة تتهم فيها إحدى المحاكم في دولة إفريقية شخصاً من دولة إفريقية أخرى بارتكاب جريمة دولية.¹ وعليه وبغض النظر عن الحكم الصادر ضد الرئيس جبري فان قضية انتهاك حقوق الإنسان صارت محل اهتمام دولي وتشجيع واسع من طرف المنظمات غير الحكومية لتحريك الدعاوى القضائية ضد مرتكبيها، خصوصاً في مجال الضغط على الدول التي وقع في إقليمها مسرح الجريمة من أجل السماح للمنظمات بإجراء تحقيقات دولية على أرضها والقيام بالتفتيش الدولي من أجل البحث عن أدلة حية على ارتكاب الجرائم؛ والاتصال بالضحايا لإقناعهم بممارسة حقوقهم الدولية؛ خصوصاً مسألة الشهود.

الفرع الثاني: ضمانات حماية حقوق المستضعفين دولياً في حالة النزاعات المسلحة

انطلاقاً من أن آفة الحرب شر لا بد منه للضرورة الدفاعية؛ فإن السعي الحثيث إلى تخفيف وقصر أضرارها على أطرافها المشاركين بقدر الإمكان؛ حتى لا يمتد لظاها إلى أطراف بريئة أخرى هو مقصد مشترك يجب أن تتبناه كل من الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني؛ فكلاهما يهدف إلى تقليل أضرار الحرب وحصرها على الأطراف المتنازعة؛ فمقصد الشريعة جلب المصالح ودرء المفاسد فإن لم نستطع فبتقليل المفاسد وجلب أغلب المصالح، ولا شك أن المجتمع الدولي متفق على ضرورة أنسنة الحرب بإخضاعها إلى قواعد ملزمة تملئها الاعتبارات الإنسانية؛ ولقد كان للأديان السماوية عموماً والشريعة الإسلامية خصوصاً دور بارز في إظهار هذه الاعتبارات الإنسانية.

فقد أقرت الشريعة الإسلامية عدة مبادئ مؤسسة لقانون دولي إنساني عالمي لم تصل إليه المواثيق الدولية إلا في العصر الحديث كمبدأ الكرامة الإنسانية؛ وما يقتضيه من ضرورة أنسنة وسائل القتال، ومبدأ التمييز بين المقاتلين والمدنيين وما بين الأهداف العسكرية والأعيان المدنية.

غير أن أهم مبدأ تميزت به قواعد الشريعة ومقاصدها مبدأ التناسب في تحقيق الأهداف العسكرية بين مقتضيات الضرورات العسكرية وبين مبدأ اعتبار متطلبات المعاملة الإنسانية؛ فبمقتضى الضرورة العسكرية يتوجب على أطراف النزاع استخدام القوة الضرورية لإحراز هدف القتال؛ وهو الانتصار على الخصم وشل قواه دون اعتداء؛ فإذا ما تم ذلك؛ تصبح الأعمال الأخرى دون اعتبار بل تشكل اعتداء صارخاً يربط المسؤولية الدولية كما هو مقرر في مصادر التأصيل الإسلامي والخبرة الإسلامية الراشدة.

ومن ثم يحظر القانون الإنساني الإسلامي استخدام الأسلحة -الفتاكة والمدمرة- غير المتناسبة مع الأهداف العسكرية وكذا القذائف العشوائية والمواد ووسائل القتال والأسلحة الكيماوية أو البيولوجية السامة إلا معاملة بالمثل وعند الضرورة العسكرية ذلك أن من قواعد الفقه الإسلامي أن الاضطرار لا يسقط حق الغير، فالحرب في الإسلام مضبوطة، بما يحدُّ أولها وآخرها، ويخفف من شرورها، ويكبح النفوس على الاندفاع فيها إلى الخروج عن الاعتدال وتعدي الحدود؛ فأحكام القتال فيها إصلاح وتهذيب لمسألة طبيعية فيهم وهي نزعة الحرب.²

ويترتب على هذا ضرورة وجود تناسب بين الأعمال الحربية والأهداف العسكرية بدون اعتداء من جهة؛ وضرورة وجود تناسب بين الضرورة العسكرية ووسائل القتال المستخدمة من جهة ثانية؛ كون أن عدم التناسب يتنافى مع مقصود الشارع من الإذن بالحرب. وهو المبدأ الذي يتماشى مع مقاصد الشارع الحكيم من تشريع القتال أو الجهاد

1- ويعتبر إقدام السنغال على السماح بالسير في إجراءات القضية عملاً فريداً في الاعتراف بحق الأفراد في اللجوء إلى قضاء أجنبي مما جعلها تصنف من الدول الأكثر ديمقراطية في إفريقيا وربما هذا ما يعكس بأنها كانت أول دولة في العالم تصادق على معاهدة إنشاء المحكمة الجنائية الدولية.

2- الإبراهيمي؛ آثار الإمام محمد البشير، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1997م ج، ص92.

في سبيل الله حيث يلاحظ أن الشريعة الغراء لم تتخذ من الحرب وسيلة للقهر والإبادة، وإنما أباحتها - عند الضرورة دفاعاً؛ وتأميناً لنشر الدعوة ممن يقف في طريق الدعاة لنشر الدين؛ وحماية للمستضعفين المستكرهين ونصرة لحقوقهم أو ما يعرف بـ "التدخل الإنساني الإسلامي"؛ فليست الحرب وفق مقاصد الشريعة حرب تخریب وتدمير وإتلاف وتحریق؛ وإنما مقصدها مجرد كسر شوكة العدو فلا يتجوّز فيها إلى الاعتداء؛ ومن ثم فقد حرم القرآن الكريم الحرب العدوانية بوضوح: "وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ."¹

وهذا خلافاً لما تبته مختلف وسائل الإعلام من المخالفات الدولية الفاضحة لأنظمة الحرب كما هي مسطرة في القانون الدولي الإنساني مما خلق شعوراً بالتشاؤم حول فعالية قواعد هذا القانون في الحد والتخفيف من ويلات الحرب؛ وهذا ما جعل أحد شُرّاح القانون الدولي يقول: "لا الوازع الخُلقي والأدبي؛ ولا القانون القضائي؛ ولا الاتفاقات أو المعاهدات لها القوة والحجّة والقدرة على الإقناع."²

فالنظرية العامة لمقاصد الشريعة الضرورية قابلة للتعميم لتطبق على النزاعات المسلحة فليس مقصود الحرب في الإسلام الإتلاف ولا الإفساد ولا الانتقام ولا التطهير العرقي؛ وإنما تأمين نشر دعوة الإسلام وتبليغها؛ وحماية المستضعفين في الأرض؛ والدفاع عن الدين والوطن بالقدر الذي يتحقق به الغرض العسكري؛ إن تقدم الحضارة الإنسانية سيصل إلى اتفاق الجميع على وجوب العمل على التخفيف قدر الإمكان من ويلات الحرب لمساسها بضروريات الحياة" و بأن يكون الهدف الوحيد المشروع الذي على الدول أن تنشده أثناء الحرب هو إضعاف القوات العسكرية للعدو فقط؛ وهذا لا يتحقق إلا بتفعيل مبدأ التناسب بين وسائل الاقتتال والأهداف العسكرية المرادة. "

إن استثمار مقاصد الشريعة من الحرب في إثراء القانون الدولي الإنساني سيثمر ثقافة حضارية دولية بوضع ضوابط إنسانية للحد والتخفيف من ويلات الحرب؛ بحيث تصبح لا تمس بضروريات الحياة وبأن يكون الهدف الوحيد المشروع الذي على الدول أن تنشده أثناء الحرب هو إضعاف القوات العسكرية للعدو فقط بلا اعتداء ولا تخریب ولا تدمير.

بل أن الشريعة تقيّد نظام الحرب بالقواعد الأخلاقية زيادة على الضوابط الشرعية و القواعد المقاصدية؛ فلا محلّ للظلم ولو مع العدو: "ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو اقرب للتقوى"، فمن مقاصد الشريعة وأسرارها تهذيب السلوك الإنساني وتقويمه ليصل به إلى مراتب الرقي الاجتماعي؛ وهو ما فعلته الشريعة الإسلامية من خلال تهذيب الغرائز الإنسانية؛ لتستقيم في مسار معلوم ومحكوم؛ ولما كانت الحرب في حقيقتها القتل والتقتيل؛ جاءت الشريعة سبّاقة في تنظيمها لجعلها تنفس في القناة المخصصة لها بلا اعتداء فنقلتها من غريزة غاشمة مدمرة إلى سلوك غائي منظم بضوابط الشريعة ومقاصدها العليا.³ يفهم من هذه الوصايا أن الإسلام دين التسامح والسلام ودين العدل ولو مع الأعداء كما تبين قيمة الأخلاق في ميزان الحرب منذ بدايتها إلى نهايتها مما يجعل نظام الحرب مقيّد بالقواعد الأخلاقية فضلاً عن القواعد الشرعية.

وفي الفقه الدولي المعاصر لا يمكن الحديث عن قانون "إنساني" دون الرجوع إلى الأصل أي "الإنسانية" التي لا يمكن إلغاء من أي تنظيم قانوني داخلي أو دولي، فهي مصدر لكثير من قواعد القانون الدولي الإنساني؛ ومن هذا القبيل معاملة الضحايا بإنسانية فلا يفرق بين أم وولدها؛ ولا يداس الشرف والعرض؛ حتى في أشد الظروف قسوة؛

1 - سورة البقرة الآية 190

2- جبر هارد فان غلان، القانون بين الأمم؛ مدخل إلى القانون الدولي العام، تعريب: إليي ويل دار الجليل بيروت؛ دار الآفاق الجديدة؛ بيروت؛ ج3؛ ص233.

3- د/ محمد سعيد الدقاق؛ القانون الدولي الإنساني بين المفهوم الإسلامي؛ والقوانين الوضعية؛ مرجع سابق ص 96

وألا تستهدف العمليات الحربية من لا يشاركون في القتال؛ وأن تراعى في الحرب القيم الإنسانية العالمية كحماية الأطفال والشيوخ والعجزة والمرضى والقيام على خدمته بما يحفظ أنفسهم وصحتهم وصيانة عرضهم؛ فكلها قواعد تجده مصدرها في حصانة الذات البشرية وكرامتها ومن هذا القبيل ما رواه الإمام الطبري عن النبي عليه الصلاة والسلام: "استوصوا بالأسارى خيرا"¹.

كما الإسلام يرفض كذلك الحروب التي تنشب للتعصب للأديان والملل كالحروب الطائفية والدينية؛ فما كان اختلاف الدين يوماً بمجرد سبباً للحرب، ولا كان الكفر بذاته علة للقتال، وقد نصّ الفقهاء على ذلك حيث قالوا: "الكفر من حيث هو كفر ليس علة لقتالهم" وفي القرآن تأكيد ذلك عند قوله تعالى: "لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبرّوهم وتقسطوا إليهم إن الله يحبّ المقسطين"². وفي ظل ضعف الوازع الديني والأخلاقي تكون الحربُ عرضةً، للتعسف والاعتداء ومجاوزة الحدود فتُقطَعُ الأوصالُ والأعضاء، وربما تُمزَقُ الجثث إلى أشلاء، وتُنْتَهك أعراض النساء، ولا يُرحم الأطفال والصبيان، وبهأنّ العجائز والشيب، وتهدم المساجد والمعابد والكنائس على رؤوس العباد والزهاد والزُهّبان، فأين حقوق هؤلاء؟ وأين من يدافع عنهم؟ ويردّ إليهم حقوقهم؟ ويوقف الطغاة البغاة عند حدّهم؟³

وفي التاريخ الإسلامي وقائع وأفضيه كثيرة تدخل فيها القضاء الإسلامي لإنصاف المظلومين والتحقيق مع المتهمين ولو كانوا من غير المسلمين ولو برتبة قائد الجيوش كما في قضية قتل مالك بن نويرة⁴ التي تعود أحداثها إلى حروب الردة التي خاضها القائد خالد بن الوليد - ض - ضد قبائل المرتدين والمنتبئين؛ فلما توجه إليهم دعاهم بداعية الإسلام؛ وان امتنع فاقتلوه؛ وكانت تلك وصية خليفة المسلمين في أن يؤذّنوا إذا نزلوا منزلاً؛ فان أذن القوم فكفوا عنهم؛ وان لو يؤذّنوا فاقتلوا وانهبوا؛ وان أجابوكم إلى داعية الإسلام فسائلهم عن الزكاة؛ فان أقرّوا فاقبلوا منهم؛ وان أبوا فقاتلوهم. وما هي إلا ساعات حتى جاءته الخيل بمالك بن نويرة في نفر معه من بني ثعلبة بن يربوع؛ فاختلقت السرية فيهم؛ فشهد أبو قتادة الأنصاري أنهم قد أذّنوا وأقاموا وصلوا؛ ونفي غيره ذلك عنهم؛ وأمام هذا الاختلاف تدخل الأمير خالد وأمر بحبسهم في ليلة باردة لا يقوم لها شيء؛ وفي الليل أمر خالد منادياً فنادى "دافئوا أسراكم"؛ وهي عبارة تحمل معنيين مختلفين ففي لغة كنانة تعني القتل وعند غيرهم تعني الدفاء ضد البرد أي أدفئوهم من البرد؛ فظن القوم أنه أراد القتل؛ فقتلوه. فقتل ضرار بن الأزور مالكا؛ وسمع خالد الداعية والصراخ؛ فخرج وقد فرغوا منهم. فقال "إذا أراد الله أمراً أصابه"⁵، وتزوج خالد أم تميم امرأة مالك بن نويرة؛ فقال عمر لأبي بكر: "إن سيف خالد فيه رهقا؛ وحق عليك أن تقيدته"؛ وأكثر عليه في ذلك فقال الخليفة: "هيه يا عمر تأول فأخطأ فارفع لسانك عن خالد فاني لا أشيم سيفاً سله الله على الكافرين"؛ وودّي مالك. فلما قدم خالد دخل المسجد فقام إليه عمر فنزعها وحطمها؛ وقال له: "أرثاء قتلت امراً مسلماً؛ ثم نزوت على امرأته؛ والله لأرجمنك بأحجارك"⁶. فاعتذر للخليفة؛ فعذره وتجاوز عنه؛

1- الطبراني في الصغير والكبير؛ وقال الهيثمي إنسانه حسن ينظر د/ زيد بن عبد الكريم الزيد؛ مقدمة في القانون الدولي الإنساني؛ ص 33 هامش 5

2- سورة المتحنة: 8

3 - <http://almenhaj.net/makal.php?linkid=9188>

4- ينظر في تحليل أبعاد هذه القضية من وجهة نظر قانونية إلى: د/ كامل عبد السميع محمود؛ مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة - دراسة مقارنة - في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية؛ دار النهضة العربية؛ طبعة 2002؛ ص 83 وما يليها. ود/مقل أحمد العمري؛ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية في النظام الإسلامي - دراسة مقارنة مع القانون اليمني؛ دار النهضة العربية، طبعة 2003؛ ص 335 وما يليها.

5 - ابن الأثير؛ الكامل في التاريخ؛ ج 2؛ ص 217

6 - الطبري؛ تاريخ الملوك والرسول؛ ج 3؛ ص 280

وعنفه في التزويج الذي كانت عليه العرب من كراهيته أيام الحرب؛¹ ثم قدم متمم بن نويرة على أبي بكر يطلب بدم أخيه؛ ويسأله أن يرد عليه سبيهم؛ فأمر الخليفة برد السبي؛ وودى مالكا من بيت المال...²

وقد انقسم الرأي العام الإسلامي في هذه القضية إلى فريقين: فريق مدافع عن مالك بن نويرة ومن ثم المطالبة القضائية بإدانة خالد بن الوليد بجرمة القتل العمدي الموجب للقصاص؛ وعدم التماس العذر له بسبب الظروف الاستثنائية؛³ ومن أشهر الصحابة أبو قتادة وعمر الفاروق⁴ -قاضي الخليفة آنذاك- وممثل الحق العام "النيابة العامة"؛ الذي طالب بالقتل قودا لقتله لمالك؛ أو حدا رجما بالحجارة لزواجه بامرأة القتييل وهو زواج باطل يعتبر في حكم الزنا في نظره.⁵ وفريق يرى براءة خالد من التهم المنسوبة إليه؛ وكان أول من عذر خالد هو الخليفة أبو بكر؛ رغم تعنيفه له عند قدومه عليه في المدينة بسبب زواجه من امرأة مالك في عدتها؛ وكان رأيه واضحا عندما رد على مقالة عمر في طلبه بعزل خالد والاقتصاص منه حيث مما جاء فيها "هبه يا عمر قد تأول؛ فأخطأ؛ فارفع لسانك عن خالد"⁶؛ ولما أصر عليه عمر بعزله لما في سيفه من شدة ورهق؛ أعلن الخليفة مصرحا تمسكه بقائده؛ فقال: "لا يا عمر؛ فاني لم أكن لأشيم سيفا؛ سله الله على الكافرين."⁷ واستند البعض في تبرئته إلى رواية بعض الشهود ممن قال بخطأ في تأول معنى "دافنوا أسراكم"⁸ حيث قصد القائد حماية الأسرى من البرد الشديد بتدفقتهم؛ غير أن من صدرت إليهم الأوامر حملوا معناها فاقتلوه؛ فقتلوههم .

وفي كلا الحالتين كان مصرع مالك بن نويرة نتيجة نشاط الدولة الحربي المشروع؛ وبالتالي فلا تسأل الدولة على أساس الخطأ؛ وإنما على أساس الضرر أي دون خطأ؛ بحيث تلتزم الدولة بالتعويض؛ وهذا ما قرره الخليفة أبو بكر لما أمر برد السبي والأموال بإعادة الحال على ما كانت عليها قبل الضرر؛ ودفع دية مالك إلى أهله من بيت مال المسلمين؛ لقيام مسؤولية الدولة عن أعمال سلطتها التنفيذية ممثلة في وزارة الدفاع بقيادة سيف الله المسلول خالد بن الوليد؛ على أساس مخاطر الناجمة عن مشروعية محاربة المرتدين والمتنبئين ممن شكلوا حركات سياسية متمردة على سلطة الدولة،

وفي صحيح السنة في مقتلة خالد بن الوليد وتبرأ النبي عليه الصلاة والسلام منها ثلاثا بقوله: "اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد"⁹ لمخالفة قواعد الشريعة ومقاصدها؛ في عدم الاعتداء وضرورة الاكتفاء بالقدر الذي يحقق الهدف من

1- وقيل في رواية أن المسلمين لما غشوا مالكا وأصحابه ليلا أخذوا السلاح؛ فقالوا نحن المسلمون، فقال أصحاب مالك ونحن المسلمون؛ قالوا لهم: ضعوا السلاح فوضوه ثم صلوا؛ وكان يعتذر في قتله أنه قال "ما أحال صاحبكم إلا قال: كذا وكذا. فقال له: أو ما تعده صاحبا لك؛ ثم ضرب عنقه؛ ينظر الطبري؛ تاريخ الملوك والرسول؛ ج3؛ ص280؛ ابن الأثير؛ الكامل في التاريخ؛ ج2؛ ص218

2- ابن كثير؛ البداية والنهاية؛ ج6؛ ص315

3- د/ مقبل احمد العمري؛ المرجع السابق؛ ص338

4- ولقد كانت هذه القضية أحد الأسباب المباشرة في عزل قائد الجيوش خالد من طرف الخليفة عمر بعد وفاة الخليفة أبو بكر حيث ذكرت كتب السير أن هذا أول عمل قام به عمر عقب توليه الخلافة؛ ينظر د/ داود الباز؛ أصول القضاء الإداري في النظام الإسلامي؛ ص42

5- ينظر تحليلا قانونيا لهذه الواقعة عند د/ كامل عبد السميع محمود؛ مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة- دراسة مقارنة- ص86

6- الإمام ابن جرير الطبري؛ تاريخ الرسل والملوك؛ ج3؛ ص278

7- الطبري؛ المرجع السابق؛ ج3؛ ص279؛ وأبو الفرج الأصفهاني؛ الأغاني؛ ج3؛ ص302

8- رغم ثبوت هذه الرواية في المصادر التاريخية إلا أن بعض الباحثين يشككون في صحتها لتناقض أولها مع نهايتها؛ فمن جهة تذكر هذه الرواية بان خالد أمر مناديا فنادى: "دافنوا أسراكم"؛ ومن جهة أخرى يذكر الرواية أن أبا قتادة قال لخالد "هذا عملك" فزهر خالد فغضب.. إلى آخر الرواية؛ ومن ثم فلا تستقيم الرواية بين أولها القاضي بأن هناك خطأ في تأويل كلمة "دافنوا" وبين آخرها حيث يتهم خالد بأنه كان متمعدا؛ ينظر الى د/ كامل عبد السميع محمود؛ المرجع السابق؛ ص87

9- أخرجه البخاري؛ الجامع الصحيح؛ كتاب الأحكام؛ ويتعرف في كتب السير والتاريخ بقصة الغميضاء التي وقعت سنة 8 هجرية ينظر ابن الأثير؛ الكامل في التاريخ؛ ج2؛ ص128؛ الطبري؛ تاريخ الرسل والملوك؛ ج3؛ ص66؛ ابن سعد؛ الطبقات الكبرى؛ ج2؛ ص147

المعركة؛ قامت المسؤولية الدولية للدولة و للفرد؛ فقد أرسل عليه الصلاة والسلام الإمام علي ليدفع ديات القتلى وأثمان ما أتلغه لهم من أموال ومتاع أثناء أداء مهمته؛ من جراء تجاوز خالد وإسرافه في مهامه؛ مقرا بمسؤولية الدولة عن أعمال قوادها عند تجاوز حدود سلطتهم وإلحاق الضرر بالغير. فقد قال له: " أخرج إلى هؤلاء القوم فانظر في أمرهم؛ واجعل أمر الجاهلية تحت قدميك"؛ وقد أجمعت مصادر الفقه الدولي الإسلامي على أن هذا التعويض كان شاملا وجابرا لكل الأضرار البشرية والمادية التي تكبدها قوم بني جذيمة¹ فخرج إليهم: فودى الدماء؛ وما أصيب من أموال؛ حتى أنه عوض عن ميلعة - إناء - الكلب". وفي رواية الطبري² أنه أفاض إليهم ما بقي معه من المال احتياطا لرسول الله مما لا يعلم ولا تعلمون" أي عوّضهم عن الضرر الأدبي أو المعنوي؛ ولما سمع الرسول بالخبر قال لعلي - ض -: " أصبت وأحسننت"؛ ثم رفع يديه إلى السماء؛ وقال مقولته السابقة ثلاث مرات - بل إن مسؤولية قائد الجيش لم تنته عند هذا الحد؛ حيث نجد انه في خلافة عمر - رضي الله عنه - قام الخليفة عمر بعزل خالد بن الوليد رضي الله عنه؛ قائد الجيوش وسيف الله في الأرض نظرا لقتله لمالك بن نويرة في حروب الردة؛ وكان أبو بكر قد دفع الدية من بيت المال؛ ولكن الخليفة عمر لما ولي الخلافة؛ رأى أن ذلك غير كاف فعزل خالدا؛ ولما سئل عن ذلك قال "إن في سيف خالد لهقا"³.

وقريبا من هذه القضية واقعة الصحابي أسامة بن زيد رضي الله عنهما في الصحيحين⁴ الذي كان يطارد أحد المشركين؛ فلما رأى الموت على يد أسامة؛ قال: أشهد أن لا إله إلا الله؛ ومع ذلك قتله أسامة ظنا منه أنه قالها تخلصا ونفاقا؛ فقال له الرسول عليه الصلاة والسلام: " أقتلته"؛ فقال أسامة "يا رسول الله استغفر لي"؛ فقال الرسول: " فكيف بلا إله إلا الله"؛ فما زال يكررها حتى تمنى أسامة أنه لم يسلم قبل ذلك اليوم.

ومن هذا القبيل يمكن ملاحظة مدى احترام الخلفاء الراشدين لهذه القواعد أثناء تلك النزعات كقضية قتال المرتدين في زمن الخليفة أبي بكر الصديق؛ وقضية فتح العراق في زمن الخليفة عمر وقضية البغاة في زمن الخليفة عثمان؛ وقضية الحرابة في زمن الخليفة علي كرم الله وجهه فإذا كان المرتدون جماعات لهم قدرة ومنعة؛ تحجزهم عن سلطة الخليفة؛ بحيث كانت لهم دولة تحميهم وهو ما عبر عنه الإمام الماوردي بدار الردة؛⁵ وفي هذه الحال يجب على السلطة كشف سبب ردتهم ومحاورتهم بالحجج والبراهين؛ عن طريق التفاوض بعد إمهالهم؛ مهلة لمراجعة أفكارهم استجابة⁶؛ يمكن أن تمتد إلى أربع مرات على ما أجازته الإمام السرخسي.⁷ وبالتالي لا يمكن مهاجمة الأموال المدنية لكن الخسائر العرضية بين المدنيين أو أموالهم لا تعتبر حرقا لقانون الحرب؛⁸ ويجب مراعاة النية في جميع الحالات. حيث تعطى الأولوية لقرينة الصفة المدنية للأشخاص والممتلكات اذا ثار الشك حولها وهو ما نص عليه المادة 48: " تعمل أطراف

1 - وهذا ما يستفاد من رواية الإمام ابن الأثير؛ الكامل في التاريخ؛ ج2؛ ص68.

2 - الإمام الطبري؛ تاريخ الأمم والملوك؛ ج2؛ ص67.

3 - داود الباز؛ أصول القضاء الإداري في الإسلام؛ ص42؛ ود/ حمدي عبد المنعم؛ ديوان المظالم؛ ص55

4 - البخاري؛ الجامع الصحيح؛ كتاب الديات؛ ص36.

5 - الماوردي؛ الأحكام السلطانية؛ ص55

6 - ابن قدامة؛ مرجع سابق؛ ج10؛ ص77؛

7 - السرخسي؛ المبسوط؛ ج10؛ ص98

8 - د/ زيد بن عبد الكريم الزيد؛ مقدمة في القانون الدولي الإنساني؛ ص34

النزاع على التمييز بين السكان المدنيين والمقاتلين وبين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية ومن ثم توجه عملياتها ضد الأهداف العسكرية دون غيرها" فعبارة "غير المقاتلين" تتسع لتشمل غير المدنيين؛ من الممتلكات والأعيان المدنية.¹ ومن القضايا التي تمتاز بالطابع الدولي وبرزت النواة الأولى للقضاء الدولي الجنائي قضية فتح مدينة سمرقند من مناطق أوزبكستان في آسيا الوسطى، وتقرير الرقابة القضائية على العمليات الحربية؛ وقد أشار المؤرخون والباحثون إليها في أسطر قليلة، بالرغم من دلالتها القانونية البعيدة المدى.² وترجع أحداث القصة كما أوردها الطبري في تاريخه في معرض حديثه عن سيرة الخليفة عمر بن عبد العزيز: "قال أهل سمرقند لسليمان بن السري والي عمر بن عبد العزيز عليها؛ "إن قتيبة بن مسلم - قائد الأركان - غدر بنا، وظلمنا وأخذ بلادنا، وقد أظهر الله العدل والإنصاف؛ فأذن لنا، فليغد منا وفد إلى أمير المؤمنين يشكو ظلامتنا، فإن كان لنا حق أعطيتنا، فإن بنا إلى ذلك حاجة؛" فأذن لهم، فوجهوا منهم قوما، فقدموا على عمر بن عبد العزيز، فكتب لهم عمر إلى والي سليمان بن أبي السري: "إن أهل سمرقند قد شكوا إليّ ظلما أصابهم، وتحاملا من قتيبة بن مسلم عليهم حتى أخرجهم من أرضهم، فإذا أتاك كتابي هذا فاجلس لهم القاضي، فلينظر في أمرهم؛ فإن قضى لهم فأخرجهم أي جيش المسلمين إلى معسكرهم كما كانوا وكنتم قبل أن يظهر عليهم قتيبة، فما كان من والي إلا أن أحلهم سليمان القاضي جميع من حاضر فقضى أن يخرج عرب سمرقند إلى معسكرهم، وينابذوهم على سواء؛ أي يوجهوا إليه الإنذار فيكون صلحا جديدا أو ظفرا عنوة، فقال أهل البلد، بل نرضى بما كان ولا نجد حربا وتراضوا بذلك."³ فهذا الفتح الذي حصل قبل انقضاء ثلاثة أيام على إنذار الأهالي؛ جاء مخالفا لقواعد الشرعية كما توجهها الشريعة فكان بذلك من حيث التكييف القانوني، ولذلك قضى القاضي المسلم بإلغاء قرار الفتح لعدم مشروعيته؛ وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل الفتح، وذلك بإصدار الحكم بخروج جيش المسلمين إلى مواقعه خارج المدينة على أن يتقيد بمهلة الإنذار إذا ما قرر الفتح مجددا.⁴

ومثل هذه القضية أيضا ما ذكره د/ مصطفى كمال وصفي⁵ من أن قاضي الكوفة شريح في زمن علي بن أبي طالب قضى ضد جيش المسلمين بالانسحاب من مدينة احتلها بسبب أنه كان قد صالح أهلها على عدم دخولها، فلما اقتضت الضرورات الحربية أن يقوم القائد الإسلامي باحتلال المدينة رفع أهل المدينة أمرهم إلى قاضي الإسلام، الذي حكم على جيش المسلمين بالانسحاب لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" وقوله عليه الصلاة والسلام "المؤمنون عند شروطهم ما وافق الحق".⁶

وربما يكون من السابق لأوانه الحديث عن ضمانات كفالة الحق في التقاضي دوليا عند انتهاك حقوق الإنسان في حالة الحرب؛ خصوصا وإن ممارسة هذا الحق لازالت في مرحلة التأسيس على المستوى الإقليمي ولم تصل إلى مرحلة العالمية على المستوى الدولي؛ ولكن مع ذلك تبقى وظيفة الفقه استكمال ما نقص واقتراح ما أهمل؛ واستدراك ما أغفل ومن هنا يرى بعض الفقه الدولي أن تمكين الأفراد بمقاضاة الدول مباشرة أمام العدالة الجنائية الدولية في حالة الجرائم ضد الإنسانية هو خطوة مهمة نحو التعميم على كل الأفراد للدفاع عن باقي حقوقهم السياسية والمدنية والاجتماعية

1 - د/ عامر الزمالي؛ مرجع سابق، ص 3 من 7 صفحات.

2 - ولقد لفت النظر إلى هذه القصة ودلالاتها المتعددة وضرورة إعطائها حقها الدستوري والقانوني، الأستاذ ظافر القاسمي في كتابه: "نظام الحكم في الإسلام" الحياة الدستورية" وكذا د/ صبحي المحمصاني في مؤلفاته العديدة. ينظر د/ ظافر القاسمي؛ نظام الحكم في الإسلام؛ الحياة الدستورية؛ ج 1؛ ص 403.

3 - الطبري؛ تاريخ الأمم والملوك؛ ج 3؛ ص 6 و 5.

4 د/ سمير عالية؛ نظرية الدولة وآدابها في الإسلام؛ ص 106.

5 د/ محمد كمال وصفي؛ لمحات في القضاء في الإسلام؛ مقال منشور بمجلة المنار الإسلام؛ العدد الثامن؛ السنة الثالثة؛ ص 07.

6 - أخرجه الحاكم النيسابوري في المستدرک على الصحيحين؛ ج 2؛ كتاب البيوع؛ رقم 2310؛ دار الكتب العلمية؛ بيروت؛ ص 57

والاقتصادية والثقافية على المستوى الدولي¹. فزيادة على الضمانات الواقعية التي تكفل حق اللجوء إلى القضاء الدولي كوجود المترجم في حالة العجز عن التعبير والاستعانة بالمحامي؛ يسعى الفقه الدولي جاهدا لنقل ضمانات حق التقاضي على المستوى الوطني إلى المستوى الدولي كحق الدفاع وحق الاستئناف وحق المحاكمة العادلة وهي الضمانات التي تأخذ بها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.² غير أن تفعيل هذا الحق وتعميمه مسألة مرتبطة بشرط مصادقة الدول على المعاهدات والاتفاقيات الدولية، ورفع الدول الإسلامية لتحتفظاتها في حالة الإيمان بخصوصية حقوق الإنسان الثقافية التي تقضي بأحقية الفرد في اللجوء إلى المحاكم الدولية في حال خرق إحدى الدول لأحكام اتفاقية أو معاهدة صادقت عليها كونها أصبحت جزءا من التشريع الداخلي لتلك الدولة، وهو ما يجعل القضاء الإقليمي أكثر ديناميكية في حماية حقوق الإنسان نظرا لكونه أيسر على الأفراد وأكثر فعالية.

المبحث الثالث: مدى حجية الأحكام القضائية الدولية على المسلمين في البلاد غير الإسلامية

باعتبار أن أكبر جالية مسلمة تعيش في أوروبا فإن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان هي حامي حقوقهم كأقلية مستضعفة ومن ثم وجب التعرف على النظام القانوني لتحريك الدعوة أمامها، حيث تنقيد المحكمة في استعمال هذا الحق بمجموعة من الضوابط القانونية والإجرائية وبمجموعة أخرى من الضمانات لإقامة محاكمة عادلة، حيث يجب على المتقاضين استنفاد طرق الطعن المتاحة على الصعيد الوطني؛ بحيث لا يبقى أمامه أي سبيل آخر للطعن أمام القضاء، كما يجب تقديم الالتماس في غضون ستة أشهر من تاريخ صدور القرار النهائي عن طريق الطعن الداخلي. على أن يكون الشاكي معلوما، وذلك للحيلولة دون إساءة استعمال الحق في التقاضي كما يجب أن تكون شكواه مسببة ومتفقة مع أحكام الاتفاقية وبروتوكولاتها الملحق بها، ولا يجب أن يكون الشاكي محبوسا أو موقوفا.

هذا ويمكن للقاضي أن يستند في قبول الشكاوى على الاتفاقات الدولية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان الأساسية المضمنة في الميثاق العالمي لحقوق الإنسان وفي الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان.³ فإذا ما صدر قرار المحكمة بان هناك انتهاك لإحكام الاتفاقية؛ عندها تعطي الطرف المتضرر حقه طبقا للمادة 41 ويكون هذا بإقرار مرفق بتعويض بمبلغ مالي للتعويض عن الضرر المادي والمعنوي، وتُلزم الدولة المدعى عليها بالمصاريف القضائية لمسؤوليتها عن إخلالها بالتزاماتها، على أن القرارات التي تصدر بعدم القبول من حيث الشكل أو بأن لا خرق لأحكام الاتفاقية تكون نهائية وملزمة؛ مع التحفظ بعد الاستئناف أمام الغرفة الكبرى.⁴ وعلى نفس المنهج سارت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان حيث نصت المادة 44 منها على: "أنه يمكن لأي شخص أو جماعة أو هيئة غير حكومية معترف بها في دولة أو أكثر من الدول الأعضاء في المنظمة أن ترفع إلى اللجنة عرائض تتضمن شجبا أو شكاوي ضد أي انتهاك لهذه الاتفاقية من قبل دولة طرف، متى استنفذت طرق الطعن الداخلية، وكذا في حالة ما إذا لم يكن مسموحا باللجوء إلى القضاء الداخلي أصليا، على أن لا تقدم الشكاوى خلال 06 أشهر من تاريخ استنفاد طرق الطعن.⁵ أما بالنسبة للمحكمة

1 - د/سكاكي باية؛ المرجع السابق؛ ص 74-75.

2 - د/مصطفى عبد الغفار؛ ضمانات حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي؛ المرجع السابق، ص 304.

3 - د/محمد السعيد الدقاق، التشريع الدولي في مجال حقوق الإنسان، حقوق الإنسان - المجلد الثاني -، ص 75، و ص 91.

4 - د/هايل نصر؛ في الحماية الدولية لحقوق الإنسان؛ حلقة 04 بتاريخ 12/31/2010: على الرابط الإلكتروني

<http://hailnasser.elaphblog.com>

5- نص المادة 44 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان.

الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب فقد اشترطت زيادة على الشروط السابقة أن يكون مقدم الشكوى معروفاً، ولا يشترط أن تقدم الشكوى من طرف الشخص الذي انتهكت حقوقه¹.

ورغم هذه الحماية المميزة إلا أنها من الناحية الدينية تعتبر من النوازل القاصمة التي حلت بالأمة الإسلامية منذ نحية الشريعة الإسلامية في واقعنا مشكلة التحاكم والتفاضي إلى غير المسلمين في بلاد الأجنبية، إما بحكم الاستيطان بها والدخول في منازعات مع أهلها أو إدارتها، وإما بحكم هدم إنصاف القضاء الوطني في ظل عدم استقلالية القضاء؛ وعدم وجود ضمانات المحاكمة العادلة، فالأصل حرمة التحاكم إلى غير القرآن قال تعالى في محكم التنزيل: "ألم تر إلى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل إليك وما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالاً بعيداً"² ورغم أن الآية الكريمة قد علققت تحريم التحاكم إلى غير شريعة القرآن إذا كان برغبة وإرادة في قوله تعالى "يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت" مما يخرج معه حالة الاضطرار والإكراه الملجئ للعدالة الدولية غير الإسلامية، يقول د/عبد الكريم زيدان "إذا اختار الحاكم الكافر المتغلب على ديار المسلمين قاضياً غير مسلم للنظر في قضية المسلمين (ففي هذه الأحوال يجب على المسلمين عدم رفع دعاوهم إلى هذا القاضي وإنما عليهم الالتجاء إلى التحكيم فيحكمون مسلماً عدلاً عالماً بالشرع ليحكم في قضاياهم"³. وإذا كان هذا مسلماً به في كل ما يجوز فيه التحكيم كالطلاق والبيع إلا أن هناك انتهاكات تتعلق بحقوق الإنسان تتطلب الإكراه القانوني لرفع الظلم الواقع، مما يضطر معه الطرف المستضعف إلى الالتجاء إلى القضاء غير الإسلامي للانتصاف، وهو الإشكال الذي يطرحه تفسير قوله تعالى: "وقد أمروا أن يكفروا به" فهل المسلمون المسجونون مثلاً في غوانتانامو - باعتبارها قضية العصر - وغيرها من سجون العالم وهم المظلومون المهجورون يخضعون لمقتضى هذه الآية وماذا عساهم أن يفعلوا؟ في ظل إقصاء الشريعة الإسلامية التي يريدون ويجبون أن يتحاكموا بموجبها وفي كنفها وتحت ظلها غائبة عن العالم! وهل إذا رضوا بالتحاكم إلى القوانين الوضعية يكونوا قد خرجوا عن ربة الإسلام يقول الله تعالى: "وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا" الأحزاب آية 36. وقوله تعالى: "فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا" النساء آية 65، أم يظنون هكذا دون تظلم ودون حل لدفع الظلم عنهم وطلب براءتهم وإزاء ذلك وإعمالاً لقاعدة الضرورة يجوز للمسلم أن يلجأ مضطراً إلى هذه المحاكم الوضعية، إن لم يجد محاكم أو هيئات تحكم بالشريعة الإسلامية ليدفع عن نفسه الظلم والأذى والضرر وليسترد حقه..، ومن الفتاوى الهامة في هذا المجال فتوى الشيخ عبد العزيز بن باز: حول سؤال: حكم المضطر للتحاكم إلى القوانين الوضعية بأنه إذا اضطر إلى ذلك لا يكون كافراً، ولكن ليس له أن يتحاكم إليهم إلا عند الضرورة، إذا لم يتيسر له الحصول على حقه إلا بذلك، وليس له أن يأخذ خلاف ما يحله الشرع المطهر" وهو ما يتفق مع حالة الشباب والشيوخ المعتقلين في سجن جوانتانامو وغيرها.⁴

المطلب الأول: تأصيل حق المستضعفين من المسلمين في الغرب للتحاكم أمام محاكمهم:

1- د/قادري عبد العزيز؛ حقوق الإنسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية المحتويات والآليات، دار هومة، للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 2003؛ ص 182

2- النساء آية 60. قال العلامة الطاهر بن عاشور: "وقوله (يريدون) أي يحبون محبة تبعث على فعل المحبوب". ابن عاشور. دار سحنون للنشر. تونس. ج 3 ص 105.

3- زيدان، نظام القضاء في الإسلام: ص 28.

4- د/هاثي السباعي، حكم التحاكم إلى محاكم تطبق القوانين الوضعية، مركز المقرري للدراسات التاريخية بلندن على الرابط

نبادر إلى التساؤل هل الأحكام القضائية الصادرة على المسلمين في الدول غير الإسلامية تعتبر حجة ويجوز اعتمادها وتنفيذها وتترتب عليها أحكامها كما الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية في الدول الإسلامية؟ وإن كانت غير ذلك فما البديل الذي يمكن أن يلجأ إليه المسلمون للوصول إلى أحكام تحفظ حقوقهم وتكون معتمدة شرعا وقانونا، وهنا يجب النظر فيما يتعلق بالقانون المطبق للوصول إلى الحكم، فان القاضي قد يطبق قانون الدولة نفسها - وهذا ما يحدث في الغالب - إلا أن هذا القانون قد يتفق مع الشريعة الإسلامية وقد يختلف معها. وهل ما يطبق على المسلمين من أحكام في الدول الإسلامية هو خاص بمن هم يعيشون داخل الدولة الإسلامية مواطنون فيها أو مقيمون؟ هل نطبق ذات الأحكام على المسلمين المقيمين داخل الدول غير الإسلامية وعلى المسلمين من رعايا تلك الدول؟ أم أن هناك فروقا بحكم الاختلاف الواقعي بين الحالين؟

ومن الدراسات التطبيقية لهذه التساؤلات دراسة الشيخ المولوي بعنوان تطبيق القاضي غير المسلم وهو موجه إلى الجالية الإسلامية وضع فيه احتمالات عدة وأجاب عليها معتمدا مبدأ الجنسية ومكان إجراء العقد وتفويض الزوج وأن الشرط المعروف كالمنصوص وقواعد رفع الضرر وقد خلص في نهايته إلى أن الزواج الذي يتم في بلد غير إسلامي يحتمل ضمنا اتفاق الزوجين على إعطاء القاضي هناك الحق الذي يعطيه الشرع للزوج في إيقاع الطلاق، وذلك من قبيل تفويض الرجل حق الطلاق إلى القاضي، وليس للرجل بعد ذلك رفض هذا الحكم بحجة أنه لم يطلق طلاقا شرعيا، وهي نتيجة تختلف عن فتوى سابقة له مضمونها: "إن الطلاق الذي تحكم به المحكمة السويدية بين زوجين مسلمين مقيمين في السويد، وقد يكون أحدهما أو كلاهما سويدي الجنسية، هذا الطلاق ليس له مفعول شرعي.."¹ والذي عليه العمل وفقا لفتوى المجلس الأوروبي للإفتاء المتخصص في قضايا الجاليات المسلمة هو فتوى المجلس رقم (60) التي تنص على أمرين الأول اعتماد تلك الأحكام والثاني تعليل هذا الاعتماد بالتفويض الضمني من الزوج المحمول محلل الشرط في انطباق أحكام التفريق حسب القانون الأجنبي عليه و نص الفتوى: "الأصل أن المسلم لا يرجع في قضائه إلا إلى قاض مسلم أو من يقوم مقامه، غير أنه بسبب غياب قضاء إسلامي حتى الآن يتحاكم إليه المسلمون في غير البلاد الإسلامية، فإنه يتعين على المسلم الذي أجرى عقد زواجه وفق قوانين هذه البلاد، تنفيذ قرار القاضي غير المسلم بالطلاق؛ لأن هذا المسلم لما عقد زواجه وفق هذا القانون غير الإسلامي، فقد رضي ضمناً بنتائجه، ومنها أن هذا العقد لا يحل عروته إلا القاضي. وهو ما يمكن اعتباره تفويضاً من الزوج جائزاً له شرعاً عند الجمهور، ولو لم يصرح بذلك. لأن القاعدة الفقهية تقول (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) وتنفيذ أحكام القضاء ولو كان غير إسلامي جائز من باب جلب المصالح ودفع المفاسد وحسماً للفوضى، كما أفاده كلام غير واحد من حدّاق العلماء كالعز بن عبد السلام وابن تيمية والشاطبي"².

الفرع الأول: مشروعية حق الشكوى إلى الحاكم غير المسلم:

يتفق العلماء والفقهاء على اشتراط شرط الإسلام في تولي القاضي القضاء في الدولة المسلمة، حتى ولو كان المتقاضيان غير مسلمين لأن القانون العام الواجب التطبيق في الدولة الإسلامية هو القانون النافذ والسيد إلا في أحوالهم الشخصية، لأن القاضي المسلم إنما يحكم بشريعة الله، ولا يصدر ذلك إلا عمن يؤمن بها، ولقوله تعالى: "ولن يجعل الله

1- الشيخ مولوي، حكم تطبيق القاضي غير المسلم، بحث منشور في العدد الأول من المجلة العلمية للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث عام 2002م ص 75-88.

ومنشور على الموقع الإلكتروني للمجلس وهو:

<http://www.e-cfr.org/index.shtml/article.php?sid=114>

2- نص الفتوى منشور على موقع المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث على شبكة الإنترنت.

للكافرين على المؤمنين سبيلاً". ولم يتعرض الفقهاء في بحثهم لشروط القاضي إلى وجود أقليات مسلمة تعيش في دول ذات نظام غير إسلامي تختلف عن واقعهم، لذا فلا نكاد نجد من الفقهاء من رتب للأقليات المسلمة أحكاماً سوى ما ذكر من أحكام تغلب الكفار على المسلمين في ديارهم وتعيين ولاية أو قضاة عليهم من المسلمين أو من غير المسلمين. كما في حالة الاستعمار للبلاد المسلمة، وهذا ما حاولت الكتابات المعاصرة في القضاء في الإسلام، مناقشته تأصيلاً أو تفرعاً، خصوصاً مسألة شرط الإسلام في القاضي ومدى حجية حكمه خصوصاً فيما تعلق بالتفريق بين الزوجين وهي المسألة الأكثر استشهاداً تداولاً لدى الفقه المعاصر.

فبخصوص الشروط التي ذكرها الفقهاء للقاضي يرى البعض أنها شروط اجتهادية تخضع للتغير من زمان لآخر بحسب الأحوال والأزمنة التي جرت بها الفتيا لعدم وجود نصوص قاطعة تفيد اشتراط شرط بعينه لتولية القضاء ولذا فقد اكتفى عدد من الفقهاء بالعلم والعدالة وقال آخر يولي الأمثل فالأمثل وكل ذلك خوفاً من تعطل هذا المرفق الهام في حياة الناس بداعي عدم وجود من يصلح له وحتى لا ينال الناس من مدى ولايته وشرعيتها ونفاذ أحكامه، ولذا فقد قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه: لا أرى حِصَالَ القُضَاةِ تَجَمُّعَ "اليوم!!" في أحدٍ، فإن اجتمع فيه منها خصلتان العلم والورع رأيت أن يؤلَّى، وقال العز بن عبد السلام: ولو استولى الكفار على إقليم عظيم فولوا القضاء لمن يقوم بمصالح المسلمين العامة فالذي يظهر إنفاذ ذلك كله جلباً للمصالح العامة ودفعاً للمفاسد الشاملة إذ يبعد عن رحمة الشرع ورعايته لمصالح عباده تعطيل المصالح العامة وتحمل المفاسد الشاملة لفوات الكمال فيمن يتعاطى توليتها لمن هو أهل لها¹ ومع أن الفقهاء قد اتفقوا على القول باشتراطه في القاضي، إلا أنه لم يخل من الاستثناء، ولو أننا عدنا إلى ما ذكره أهل العلم خصوصاً فقهاء الحنفية من قياس القاضي على الشاهد في الشروط، لتأتى القول: بجواز تولية غير المسلم القضاء في حال الاضطرار، وقد أشار كثيرٌ من الفقهاء - عند ذكر قاضي الضرورة - إلى تصحيح أحكام القضاة غير المسلمين؛ إذا كان لهم دولة على ديار الإسلام؛ كما حصل من التتار في أول أمرهم ومن الصليبيين في القدم والحديث.²

ومذهب الحنفية أنه يجوز تقليد غير المسلم القضاء على غير المسلمين لأن أهلية القضاء بأهلية الشهادة، وغير المسلم أهل للشهادة على مثله وقد أجاز الحنابلة وكثير من فقهاء المسلمين شهادة غير المسلم على المسلم للضرورة، كشهادته عليه في السفر والتباعد والطب، فيجوز أن يكون قاضياً على المسلم في غير أحكام الأسرة والأمور المتعلقة بالعبادات، وقد أغفلت مجلة الأحكام الشرعية ذكر الإسلام في الشروط في تولي القاضي أحكام المعاملات في المادة (1794) من مجلة الأحكام العدلية، ولذا فإن الحديث عن خضوع المسلمين لأحكام القضاة في تلك البلاد أمر يختلف عما ذكره الفقهاء في أزمنتهم عن الدولة الإسلامية، ففي هذا الوقت التي تعقدت فيه أساليب الحياة وكثر التنوع السكاني والمذهبي والديني وكثرت حركة الشعوب فلا تجد بلداً في العالم اليوم إلا وفيه مسلمون.³

فاحتكام المسلمين إلى قضاء غير إسلامي في بلد غير مسلم أمر وارد و طبيعي يحتاج إليه الناس لاسيما في عصرنا هذا الذي صغرت فيه الدنيا وصارت بمثابة مدينة واحدة يمكن للمرء أن يسيح بسهولة في مشارق الأرض ومغاربها بمختلف وسائل النقل الحديثة وأن يبيع ويشترى ما يريد ويتجر كما يريد ويعود إلى بلده في نفس اليوم أو في

1- العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، 66/1.

2- ناصر بن زيد بن داود، شروط القاضي بين الماضي والحاضر، مقالات نشرت في جريدة العرب الاقتصادية الدولية على الموقع الإلكتروني

www.aleqt.com

3- د/أشرف يحيى العمري، حجية الأحكام الصادرة على المسلمين في الدول غير الإسلامية مقال منشور على الرابط الإلكتروني

اليوم الثاني ونتيجة لهذا الاحتكاك والمواصلات والمعاملات كثيراً ما يقع الاختلاف والمشاجرة بين المتعاملين الذين يتجرون في البلاد غير المسلمة وبلاد مسلمة استولى عليها العلمانيون وقوانين وضعية ويضطرون إلى رفع القضية المتنازع فيها إلى قضاء غير إسلامي. وهذا أمر لا مفرّ منه ومن هنا يضطر المسلم الذي يتعامل مع غير المسلمين في بلدهم أن يتحاكم إلى محاكمهم لكي يدافع عن حقوقه وأن لا يكون عرضة للظلم والعدوان وربما يكون هناك حكام لا يألون جهداً في الدفاع عن الحق والعدالة والحفاظ على المساواة والعدل بين الناس سواء كانوا مواطنين أو غير مواطنين لهم. وقد بين لنا التاريخ أن الصحابة الكرام الذين اضطهدوا في مكة المكرمة أيام الدعوة في أيامها الأولى اضطروا إلى الهجرة إلى أرض الحبشة التي كان يحكمها ملك عادل فحماهم وأكرمهم¹. يقول الفقيه الدولي الحنفي محمد بن حسن الشيباني: "إن المسلم لا يمنع من رفع خصومته إلى السلطان الكافر في بلاد الكفر بدليل ما وقع للمسلمين الأوائل عند الهجرة إلى الحبشة وإنه لو تغلب الكفار على المسلمين واضطروا إلى مهادنتهم على شروط فيها حط من شأن المسلمين كحق الفصل في الخصومات بين الكفار والمسلمين فإن ذلك جائز². كما يجوز للدولة التي استولى على أراضيها أو على قطعة منها أن ترفع قضيتها إلى محكمة العدل لتقول قولتها الأخيرة ولتصد العدوان السافر الذي يقع عليها. فكما يجوز للمتخاصمين الذين يعيشان في دولة غير مسلمة ليس فيها محكمة إسلامية أن يرفعا قضيتهما إلى القضاء غير الإسلامي كما قلنا سابقاً فكذلك يجوز رفع القضية المتنازع فيها بين شعبين مسلمين أو شعب مسلم وغير مسلم إلى قضاء غير إسلامي إذا كانت ضرورة إلى ذلك، وإذا لم يمكن لدولة إسلامية أخرى أن تحل هذا النزاع³. كما أن العدل لا يتأتى من المسلم فقط، بل يأتي من غير المسلم ولا شك، فقد أتى الرسول، صلى الله عليه وسلم، على النحاشي - وهو لا يزال على دين النصرانية - "بأنه ملكٌ لا يُظلمُ بأرضه أحدٌ"؛ رواه البيهقي في دلائل النبوة، ولما أُتِر عن غير واحدٍ من السلف قوله: إنَّ الله يُمكنُ للدولة الكافرة العادلة ما لا يُمكنُ للدولة الظالمة؛ وإن كانت مسلمة⁴.

الفرع الثاني: دلالة قصة التجاء يوسف الصديق عليه السلام إلى ملك مصر على جواز الاحتكام للحاكم الكافر:

من أقوى ما يستدل به المجيزون للتحاكم أمام قاضي غير مسلم لرفع الظلم الواقع عند الضرورة، قوله الله تعالى في سورة يوسف: "وَقَالَ لِلَّذِي ظَنَّ أَنَّهُ نَاجٍ مِّنْهُمَا اذْكُرْنِي عِنْدَ رَبِّكَ فَأَنَسَهُ الشَّيْطَانُ ذِكْرَ رَبِّهِ فَلَبِثَ فِي السِّجْنِ بِضْعَ سِنِينَ" يوسف آية 42، فهو من قبيل توكيل المظلوم لآخر برفع دعوى للانتصاف أمام الحاكم رغم كفره، قال الطبري: "اذكريني عند سيدك وأخبره بمظلمتي، وأني محبوس بغير جرم⁵" ومظلوم ومحبوس بلا ذنب⁶ ففسى ذلك الموصى - أو الوكيل - أن يذكر مولاه الملك، وهذا هو الصواب أن الضمير في قوله "فأنساه الشيطان ذكر ربه" عائد على الناجي كما قاله مجاهد ومحمد بن إسحاق وغير واحد، ويقال إن الضمير عائد على يوسف عليه السلام⁷ قال العلامة الشوكاني في فتح القدير: "وذهب كثير من المفسرين إلى أن الذي أنساه الشيطان ذكر ربه هو الذي نجا من

1- جليل عبد الكريم مونتج، القضاء في الإسلام ورفع القضايا إلى القوانين الوضعية؛ الدورة العشرين للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة بمكة 2 سبتمبر 2010، ص 6

2- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع الجزء الرابع، ص 368.

3- جليل عبد الكريم مونتج، القضاء في الإسلام ورفع القضايا إلى القوانين الوضعية؛ أشغال الدورة العشرين للمجمع الفقهي الإسلامي مرجع سابق، ص 10

4- د/أشرف يحيى العمري، حجية الأحكام الصادرة على المسلمين في الدول غير الإسلامية مقال منشور على الرابط الإلكتروني

5- الطبري، جامع البيان عن تأويل القرآن. الطبري. دار الفكر. بيروت. الطبعة الأولى. 2001. ص 257.

6- القرطبي الجامع لأحكام القرآن. دار الحديث. القاهرة. الطبعة الثانية. 1996م. ج 9 ص 200.

7- تفسير القرآن العظيم. ابن كثير. تحقيق د. محمد إبراهيم البنا. الطبعة الأولى. 1998م. ج 4. ص 1843.

الغلامين... فلم يبلغ إليه ما أوصاه به يوسف مع ذكره عند سيده،¹ واستدل العلامة جمال الدين القاسمي بهذه الآية: "على جواز الاستعانة بمن هو مظنة كشف الغمة، ولو كان مشركاً"² فالشاهد بهذا الاستدلال أن نبي الله يوسف عليه السلام طلب ووكل من ساقى الملك الذي أفرج عنه أن يذكر قضيته التي حبس فيها ظلماً للملك للانتصاف ممن ظلمه، ومعلوم أن ملك مصر في ذلك الوقت لم يكن مسلماً مما يدل على أنه يجوز للمسلم أن يرفع مظلمته لكافر إن غلب على ظنه أن هذا الحاكم لا يظلم أحد عنده، وقد أصر نبي الله يوسف ألا يخرج من السجن إلا بعد أن يسمع الملك قضيته ويحكم فيها ببراءته واستجاب الملك وأعاد فتح التحقيق في القضية من جديد وعقد محكمة فاستمع إلى الشهود وإلى زوجة الملك والنسوة من قبيل ما يعرف بحق الاستئناف ثم أصدر حكمه ببراءة يوسف عليه السلام.. ودليل ذلك قوله تعالى: "وَقَالَ الْمَلِكُ أَتُوبِي بِهِ فَلَمَّا جَاءَهُ الرَّسُولُ قَالَ أَرْجِعْ إِلَيَّ رَبِّكَ فَسَأَلَهُ مَا بَأْسُ النَّسْوَةِ الَّتِي قَطَعْنَا أَيَدِيَهُنَّ إِنَّ رَبِّي بِكَيْدِهِنَّ عَلِيمٌ . قَالَ مَا خَطْبُكَ إِنَّ رَاوَدتُّنَّ يُوسُفَ عَن نَّفْسِهِ قُلْنَ حَاشَ لِلَّهِ مَا عَلِمْنَا عَلَيْهِ مِن سُوءٍ قَالَتِ امْرَأَتُ الْعَزِيزِ إِنَّنِي خَصَصْتُ لَكَ خَصْصَ الْحَقِّ أَنَا رَاوَدتُّهُ عَن نَّفْسِهِ وَإِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ذَلِكَ لِيَعْلَمَ أَنِّي لَمْ أَخْنُهِ بِالْغَيْبِ وَأَنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي كَيْدَ الْخَائِنِينَ) يوسف الآيات 50 - 52.

فقد امتنع كما يقول الحافظ ابن كثير من الخروج حتى يتحقق الملك ورعيته من براءة ساحتها ونزاهة عرضه مما نسب إليه من جهة امرأة العزيز وأن هذا السجن لم يكن على أمر يقتضيه بل كان ظلماً وعدواناً.³ يشهد لهذا المعنى حديث أبي هريرة - رضى الله عنه - في كتاب التعبير من صحيح البخاري قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - " لَوْ كُنْتُ فِي السَّجْنِ مَا لَيْتَ يُوسُفُ، ثُمَّ أَتَانِي الدَّاعِي لِأَجْبُتُهُ. " قال ابن عطية: "فهذا من تمام رحمة الرسول صلى الله عليه وسلم وشفقته على أمته فهو خاتم الأنبياء ولا نبي بعده يوضح للأمة مثل هذا الأمر الذي اتخذته نبي الله يوسف عليه السلام، واشترطه ألا يخرج من السجن إلا بعد أن تظهر براءته.. وهي حالة فريدة من الصبر والأناة والجلد قد لا تتوافر في معظم البشر إذا كانوا في مثل حالة يوسف عليه السلام، كما أن الناس يتفاوتون في صبرهم وتحملهم ومقاومتهم للسجن والظلم والقهر، فلذلك ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم تواضعاً منه وشفقة على أمته، بأنه إذا كان في مثل حال يوسف وكان في السجن ودعي للإفراج عنه لأجاب، ثم بعد أن يخرج يشرح للناس مظلمته وما حدث له."⁴ ويعود مقصود فعل يوسف عليه السلام إلى ما ذكره الحافظ ابن عطية انه خاف "أن يخرج وينال من الملك مرتبة ويسكت عن أمر ذنبه صفحا فيراه الناس بتلك العين أبداً ويقولون: هذا الذي راود امرأة مولاه فأراد يوسف عليه السلام أن يبين براءته ويحقق منزلته من العفة والخير... ومقصد يوسف عليه السلام إنما كان: "وقل له يستقصي عن ذنبي وينظر في أمري هل سجنحت بحق أوبظلم..."⁵، وبنفس العلية علل الطاهر بن عاشور موقف يوسف عليه السلام الراض للخروج قبل إظهار تبرئته فقال: " فيبقى حديث قرفه بما قرف به فاشياً في الناس فيتسلق به الحاسدون إلى انتقاص شأنه عند الملك يوماً ما، فإن تبرئة العرض من التهم الباطلة مقصد شرعي، وليكون حضوره لدى الملك مرموقاً بعين لا تنظر إليه بشائبة نقص، وجعل طريق تقرير براءته مفتوحة بالسؤال عن الخبر لإعادة ذكره من أوله "⁶. ومن هنا

1- الشوكاني، فتح القدير . مج 3 . دار الحديث . القاهرة . 2003م مج 3 ص 37.

2- القاسمي . محاسن التأويل دار الكتب العلمية . بيروت . الطبعة الأولى . 1997م . ج 6 ص 179.

3- تفسير القرآن العظيم . ابن كثير . ج 4 . ص 1845.

4- المحرر الوجيز في تفسير القرآن العزيز . ابن عطية . دار ابن حزم . بيروت . الطبعة الأولى . 2002م . ص 1000.

5- المحرر الوجيز في تفسير القرآن العزيز . ابن عطية . دار ابن حزم . بيروت . الطبعة الأولى . 2002م . ص 1000.

6- التحرير والتنوير . ج 6 . ص 288.

استدل بعض الفقهاء بهذه القصة على أنه يجوز للمسلم أن يلجأ إلى التحاكم للمحاكم الوضعية بغية استرداد حقه ودفع الظلم عن نفسه، وإن من يقول بجرمة التحاكم إلى هذه المحاكم الوضعية فإنه يتسبب في شدة الحرج والضييق على المسلمين؛ بل يجعل دماءهم وأعراضهم وأموالهم وكافة حقوقهم مهددة ومستباحة لمن يعتدي عليهم.. وبالطبع هذا ما تأباه الشريعة الإسلامية الغراء ومقاصدها العظيمة بحفظ دينهم وأنفسهم وأموالهم وأعراضهم ورفع الظلم عنهم،¹ يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "إن الشريعة الإسلامية جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها، وإنها ترجح خير الخيرين، وتدفع شر الشرين، وتحصل أعظم المصلحتين بتفويت أدناهما وتدفع أعظم المفستدين باحتمال أدناهما"²

المطلب الثاني: تطبيقات على مشروعية الاحتكام لغير المسلم عند الضرورة الحالة:

سبق بيان جواز ومشروعية رفع الشكوى لمن يقدر على الإنصاف ويرد الحق ولو كان كافرا وربما احتج المنكرون لذلك بأن قصة يوسف عليه السلام بأنها "شرع من قبلنا" وهو ما يحتاج إلى تأكيد وتأييد بقضايا وقعت في التاريخ الإسلامي خصوصا في العهدين النبوي والراشدي، فقد ثبت دخول الرسول صلى الله عليه وسلم في حوار مشترك، وطلب الأمان منه نزولا وتوظيفا للأعراف والقوانين السائدة قبل صدور الإسلام حيث كان من أعراف قريش حق الحوار لمن يطلبه أو ما يسمى في عصرنا بالهجوم السياسي ودليل ذلك ما رواه البخاري في كتاب المغازي بسنده عن الزهري عن محمد بن جبير بن مطعم عن أبيه أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال في أسارى بدر "لَوْ كَانَ الْمُطْعِمُ بِنُ عَدِيِّ حَيًّا ثُمَّ كَلَّمَنِي فِي هَؤُلَاءِ النَّتَى لَتَرَكْتُهُمْ لَهُ"، وسبب ذلك ما ذكره ابن كثير وابن هشام وابن القيم في زاد المعاد بقوله: "ثم انتهى إلى مكة فأرسل رجلا من خزاعة إلى مطعم بن عدي: أدخل في جوارك؟ فقال: نعم، ودعا بنيه وقومه فقال: البسوا السلاح، وكونوا عند أركان البيت فإني قد أجزت محمدا، فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعه زيد بن حارثة حتى انتهى إلى المسجد الحرام، فقام المطعم بن عدي على راحلته فنادى: يا معشر قريش إني قد أجزت محمدا، فلا يهجه أحد منكم، فأنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الركن فاستلمه، وصلى ركعتين، وانصرف إلى بيته، والمطعم بن عدي وولده محدقون به بالسلاح حتى دخل بيته.. فمكث أياما ثم أذن له في الهجرة، فلما هاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المدينة توفي المطعم بن عدي بعده بيسير،³ وقريب منه دخول أبو بكر الصديق في حوار ابن الدغنة وهو من المشركين: فقد روى البخاري في صحيحه في كتاب الكفالة: عن عروة بن الربير أن عائشة - رضي الله عنها قالت: "فلما ابطلت المسلمون خرج أبو بكر مهاجرا قبل الحبشة، حتى إذا بلغ برك الغماد لقيه ابن الدغنة - وهو سيّد القارة - فقال أين تريد يا أبا بكر فقال أبو بكر أخرجني قومي فأنا أريد أن أسبح في الأرض فأعبد ربّي. قال ابن الدغنة إن مثلك لا يخرج ولا يخرج، فإنك تكسب المعدوم، وتصل الرحم، وتحمل الكل، وتكسر الضيف، وتعين على نوائب الحق، وأنا لك جار فارجع فأعبد ربك بإلادك. ..."

فمن خلال هذه الوقائع يلاحظ احتكام النبي الكريم وأبي بكر الصديق إلى مشركين لهم القدرة على النصرة والحماية والدفاع عن حقوقهم إعمالا للأعراف السائدة في ذلك العصر؛ وهو ما يتوافق مع العصر الحاضر حيث توجد

1- د/هاني السباعي، حكم التحاكم إلى محاكم تطبيق القوانين الوضعية، مركز القرظي للدراسات التاريخية بلندن على الرابط

www.almaqreze.net/ar/index.php

2- مجموع الفتاوى لابن تيمية . ج 20 ص 48.

3- زاد المعاد ابن القيم . مكتبة الصفا . القاهرة . الطبعة الأولى . 2002م . مج 1-2 . ج 2 ص 67 . وقريبا من ذلك البداية والنهاية . ابن كثير . تحقيق د. عبد الله بن

عبد المحسن التركي . هجر للطباعة والنشر . الطبعة الأولى . 1997م . ج 4 ص 343

محاكم للقضاء الدولي عرفت بالدفاع عن قضايا حقوق الإنسان بغض النظر عن دينهم وعرقهم ولغتهم في إطار عالمية حقوق الإنسان؛ والشواهد من السيرة النبوية على ذلك كثيرة نذكر منها:¹

الفرع الأول: قصة الأمر النبوي بالهجرة إلى أرض الحبشة لوجود قضاء عادل "ملك لا يظلم أحد عنده":

أخرج البيهقي بسنده عن أم سلمة رضي الله عنها زوج النبي -صلى الله عليه وسلم- أنها قالت: لَمَّا صَافَتْ عَلَيْنَا مَكَّةَ وَأُوذِيَ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- وَفُتِنُوا وَرَأَوْا مَا يُصِيبُهُمْ مِنَ الْبَلَاءِ وَالْفِتْنَةِ فِي دِينِهِمْ وَأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- لَا يَسْتَطِيعُ دَفْعَ ذَلِكَ عَنْهُمْ وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- فِي مَنَعَةٍ مِنْ قَوْمِهِ وَعَمَّهُ لَا يَصِلُ إِلَيْهِ شَيْءٌ بِمَا يَكْرَهُ مِمَّا يَنَالُ أَصْحَابَهُ فَقَالَ هُمْ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم-: «إِنَّ بِأَرْضِ الْحَبَشَةِ مَلِكًا لَا يُظْلَمُ أَحَدٌ عِنْدَهُ فَاحْفُوا بِبِلَادِهِ حَتَّى يَجْعَلَ اللَّهُ لَكُمْ فَرَجًا وَخُرْجًا مِمَّا أَنْتُمْ فِيهِ». فَخَرَجْنَا إِلَيْهَا أَرْسَالًا حَتَّى اجْتَمَعْنَا بِهَا فَتَرَلْنَا خَيْرَ دَارٍ إِلَى خَيْرِ جَارٍ أَمِنَّا عَلَى دِينِنَا وَلَمْ نَحْشَ مِنْهُ ظُلْمًا.² وجدير بالإشارة إلى الشادة بتمكن ملك الحبشة للمسلمين من الدفاع عن حقوقهم في ظل حادثة مطالبة قريش له برّد رعاياها الفارين منها، وتعبير القانون الدولي الاتفاقي تسليم المجرمين الذي غيروا دينهم وسبوا آلهة قريش فقد روى أبو القاسم سليمان بن محمد الطبراني في معجمه الكبير تحت عنوان: "حديث جعفر بن أبي طالب مع عمرو بن العاص وعمارة بن الوليد عند النجاشي" ثم ساق بسنده عن الشعبي عن عبد الله بن أبي طالب، "فلما هاجر رسول الله -صلى الله عليه وسلم- إلى المدينة وظهر بها قلنا له: إن صاحبنا خرج إلى المدينة وهاجر وقتل الذين كنا حدثناك عنهم، وقد أردنا الرحيل فزودنا، قال: نعم، فحملنا وزودنا وأعطانا، ثم قال: أخبر صاحبك بما صنعت إليكم، وهذا رسولي معك، وأنا أشهد أن لا إله إلا الله، وأنه رسول الله، وقل له يستغفر لي، قال: فخرجنا حتى أتينا المدينة فتلقتني رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فاعتقني فقال: "ما أدري أنا بفتح خير أفرح أو بقدم جعفر" فسله ما صنع به صاحبنا، فقلت: نعم، قد فعل بنا قد فعل كذا وكذا، وحملنا، وزودنا، ونصرنا، وشهد أن لا إله إلا الله، وأنتك رسوله، وقال: قل له يستغفر لي، فقام رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فتوضأ ثم دعا ثلاث مرات: "اللهم اغفر للنجاشي" فقال المسلمون: آمين، قال جعفر: فقلت للرسول: انطلق فأخبر صاحبك ما رأيت من النبي صلى الله عليه وسلم" أهد.³ فالشاهد من هذه الرواية أن الصحابي جعفر بن أبي طالب رضي الله عنه ترفع أمام ملك الحبشة النجاشي ولم يكن قد أسلم الملك في ذلك الوقت، ولم يقل أنا لا أترافع أمام ملك كافر! فعمر بن العاص رضي الله عنه كان في ذلك الوقت كافراً وكان مبعوث قريش إلى الحبشة ويريد أن يتسلم هؤلاء الصحابة من ملك الحبشة ليعيدهم إلى مكة حيث الإيذاء والتعذيب وتعريضهم للفتنة في دينهم.⁴

ويمكن التمثيل لحق الدفاع أمام القضاء الدولي وجواز الاستعانة بالمحامي بقصة الهجرة إلى الحبشة من السيرة النبوية حيث طالبت قريش تسليمهم إليها فما كان من النجاشي - رضي الله عنه - إلا أن مكثهم من حق الدفاع عن أنفسهم فقد بعث قريش عمرو بن العاص وعمارة بن الوليد في طلب جعفر بن أبي طالب ومن هاجر معه من الصحابة - رضوان الله عليهم جميعاً - وفيه مثلهم بين يديه في أرض الحبشة، ودفعهم بحجتهم والخبر ثابت مستفيض

1- د/هاني السباعي، حكم التحاكم إلى محاكم تطبيق القوانين الوضعية، مركز المقيزي للدراسات التاريخية بلندن على الرابط

www.almaqreze.net/ar/index.php

2- سنن البيهقي الحديث رقم 18190.

3- المعجم الكبير للطبراني تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي . ج 25 ص 221 ، ص 222.

4- د/هاني السباعي، حكم التحاكم إلى محاكم تطبيق القوانين الوضعية، مركز المقيزي للدراسات التاريخية بلندن على الرابط

www.almaqreze.net/ar/index.php

عند أهل العلم. وخلاصة القول في هذا المبحث أن وجود محاكم دولية لحماية حقوق الإنسان تمكّن الفرد من اللجوء إليها وتوجيه الاتهام إلى دولته في حالة انتهاكها لحقوقه - أيا كانت هذه الحقوق - هو أمر وإن كان بالقطع يصب في خانة تعزيز وحماية حقوق الإنسان والارتقاء بمركز الفرد.

الفرع الثاني: الاستدلال بحلف الفضول على مشروعية حق المستضعفين في التشكي أمام المحاكم الدولية الوضعية

مما سبق يظهر أن أهم شاهد على جواز التحاكم أمام غير المسلم لرفض الظلم عند الضرورة، هي فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء "لا يجوز للمسلم التحاكم إلى المحاكم الوضعية إلا عند الضرورة إذا لم توجد محاكم شرعية، وإذا قضي له بغير حق له فلا يجل له أخذه".

فمما سبق بيانه في المبحث الثاني مما كان معروفا لدى قريش في الجاهلية من حلف لنصرة المظلوم ونجدته وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا الحلف وهو غلام مع أعمامه، وهما: حلف المطيبين وحلف الفضول وهما شبيهان بمثل منظمات حقوق الإنسان في عصرنا.

1 - حلف المطيبين: ذكر ابن إسحاق وأصحاب السير أن خلافاً حدث بين بني عبد مناف وبين بني عبد الدار حول الحجابة واللواء والسقاية والرفادة، فتفرقت قريش عند ذلك فكانت طائفة مع بني عبد مناف وطائفة مع بني عبد الدار فعقد كل قوم على أمرهم حلفاً مؤكداً على ألا يتخاذلوا، ولا يسلم بعضهم بعضاً، وذكر لنا ابن هشام قصة الحلفين وسبب تسميتهما فقال: "فأخرج بنو عبد مناف جفنة مملوءة طيباً، فيزعمون أن بعض نساء بني عبد مناف أخرجتها لهم، فوضعوها لأحلافهم في المسجد عند الكعبة، ثم غمس القوم أيديهم فيها، فتعاقدوا وتعاهدوا هم وحلفاؤهم، ثم مسحوا الكعبة بأيديهم توكيداً على أنفسهم، فسموا المطيبين." أما عن بني عبد الدار فقد عقدوا أيضاً حلفاً أطلق عليه حلف الأحلاف.. قال ابن هشام: "وتعاقد بنو عبد الدار وتعاهدوا هم وحلفاؤهم عند الكعبة حلفاً مؤكداً، على أن لا يتخاذلوا ولا يسلم بعضهم بعضاً، فسموا الأحلاف".¹ ثم مرت أعوام وتحالفت قبائل من قريش فيما بينها وأسسوا حلف الفضول وكان من المشاركين فيه نفس جماعة المطيبين وحلف الأحلاف شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا الحلف ومعه أبو بكر الصديق رضي الله عنه.

2- حلف الفضول: بالإضافة إلى ما سبق ذكره روى ابن هشام عن ابن إسحاق عن قصة نشأته قال: تداعت قبائل من قريش إلى حلف، فاجتمعوا له في دار عبد الله بن جدعان، لشرفه وسنه، فكان حلفهم عنده: بنو هاشم، وبنو المطلب، وأسد بن عبد العزى، وزهرة بن كلاب، وتيم بن مرة فتعاقدوا وتعاهدوا على أن لا يجدوا بمكة مظلوماً من أهلها وغيرهم ممن دخلها من سائر الناس إلا قاموا معه، وكانوا على من ظلمه حتى ترد عليه مظلمته، فسمت قريش ذلك الحلف حلف الفضول. قال ابن إسحاق: فحدثني محمد بن زيد بن المهاجر بن قنفذ التيمي أنه سمع طلحة بن عبد الله بن عوف الزهري يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لقد شهدت في دار عبد الله بن جدعان حلفاً ما أحب أن لي به حمر النعم ولو أدعى به في الإسلام لأجبت".²

1- وذكر ابن هشام أن الناس قد أجمعوا للحرب ثم تداعوا للصلح على أن يعطوا بني عبد مناف السقاية والرفادة، وأن تكون الحجابة واللواء والندوة لبني عبد الدار ففعلوا ورضي كل فريق وثبت كل قوم مع من حالفوا. ابن هشام، السيرة النبوية، دار إحياء التراث العربي. بيروت. ط 1. 1995. م. ج 1 ص 168.
2- السيرة النبوية. ابن هشام ج 1 ص 169، ص 170.

وقد أكد الإمام أحمد في مسنده ثناء النبي على هذا الحلف عن الزُهري عن مُحَمَّدِ بْنِ جُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ عَنِ النَّبِيِّ -صلى الله عليه وسلم- قَالَ " شَهِدْتُ جَلْفَ الْمُطَّيِّبِينَ مَعَ عُمُومَتِي وَأَنَا عَلَامٌ فَمَا أُحِبُّ أَنْ لِي حُمْرُ النَّعَمِ وَأَلِيَّ أَنْكُهُهُ"¹.

وجدير بالإشارة أن من مقاصد تأسيس سادة قريش وكبار مشركيها لحلفي المطيبين والفضول نصره المظلوم وأخذ حقه من الظالم، مما يجعله أقرب منه إلى محكمة دولية حديثاً.. حيث تسمع دعوى الشاكي مهما كان بلده ويتم استدعاء المشكو في حق ثم بعد الاستماع إلى حجة الطرفين يحكمون بنصرة هذا المظلوم وأخذ حقه.. وقد مدح رسول الله صنيع هؤلاء المشركين في حلفهم لأن صنيعهم في تحالفهم ونصرتهم للمظلوم لا يتعارض مع مقاصد الشريعة الإسلامية في إنصاف المظلوم ورفع الضرر عنه؛ وقياساً على ذلك فمن ألبأته الضرورة إلى محكمة وضعية غريبة تحكم بغير الشريعة لاسترداد حقه ورفع الظلم عنه فليس من باب إرادة التحاكم إلى الطاغوت وإن كان في ظاهره صورة من صور التحاكم إلى الطاغوت.

ورغم هذا الشاهد يعترض البعض من الفقهاء على حديث جَلْفَ الْمُطَّيِّبِينَ المتقدم بأنه منسوج بحديث البخاري ومسلم: " لَا جِلْفَ فِي الْإِسْلَامِ ". وفي رواية مسلم في كتاب فضائل الصحابة من حديث جُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- " لَا جِلْفَ فِي الْإِسْلَامِ وَأَيُّمَا جِلْفٍ كَانَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ لَمْ يَزِدْهُ الْإِسْلَامُ إِلَّا شِدَّةً " رواه مسلم، قال النووي: المنفي حلف التوارث وما يمنع منه الشرع، وأما التحالف على طاعة الله ونصر المظلوم والمؤاخاة في الله - تعالى - فهو أمر مرغوب فيه" قال ابن حجر العسقلاني جامعاً بين الحديثين²: "ويمكن الجمع بأن المنفي ما كانوا يعتبرونه في الجاهلية من نصر الحليف ولو كان ظالماً ومن أخذ الثأر من القبيلة بسبب قتل واحد منها ومن التوارث ونحو ذلك ، والمثبت ما عدا ذلك من نصر المظلوم والقيام في أمر الدين ونحو ذلك من المستحبات الشرعية كالمصادقة والمواددة وحفظ العهد،..، ومن المعلوم أصولياً أنه طالما يمكن الجمع بين الحديثين إذا كانا متعارضين في الظاهر فلا وجه للنسخ.^{3 4}

الخاتمة:

نخلص في نهاية هذا البحث إلى أن مسألة الدفاع عن حقوق الإنسان لم تعد حكرًا على الأنظمة القضائية الداخلية، ولكنها أصبحت بفعل تصاعد مركز الفرد القانوني في المجتمع الدولي قضية النظام القضائي العالمي؛ حيث أصبح من حق كل فرد انتهكت حقوقه بمختلف أجيالها اللجوء إلى القضاء الدولي من أجل مقاضاة الدول التي تقوم بخرق بنود إحدى الاتفاقيات الدولية المكونة للشرعية الدولية، ليغدو بذلك حق التقاضي آلية من الآليات الدولية لحماية حقوق الإنسان، وبذلك انتقلت مسيرة حماية عالمية حقوق الإنسان من مرحلة التقنين الداخلي والدولي إلى مرحلة التنفيذ الفعلي والتطبيق الدولي لتلك الحقوق أمام مختلف الهيئات والمؤسسات الأممية المخصصة لذلك.

وبهذا لم يعد للجدل الفقهي القديم حول طبيعة مركز الفرد في القانون الدولي صدى واهتماماً كما كان سابقاً؛ فقد أدى ظهور قواعد دولية تقضي بتوفير حماية دولية للفرد خاصة للأقليات في دولة معينة إلى تطوير المركز القانوني للفرد في القانون الدولي العام ليصبح مستفيداً مباشراً من هذا القانون؛ مما سيفسح المجال لظهور "المواطن

1- رقم الحديث في المسند 1677. ورواه البخاري في الأدب المفرد بسند صحيح.

2- فتح الباري شرح صحيح البخاري. ابن حجر العسقلاني. دار الفكر للطباعة والنشر. بيروت. الطبعة الأولى. 1992. مج 12. ص 128.

3- د/هاني السباعي، حكم التحاكم إلى محاكم تطبق القوانين الوضعية، مركز المرقزي للدراسات التاريخية مرع سابق.

العالمي"، وهو ما بدأ يتكرس عمليا في بعض الاتفاقات والمعاهدات الدولية بإنشاء قضاء دولي لحماية حقوق الإنسان على مستوى القانون الدولي العام ليؤكد على الحماية القضائية الدولية لحقوق الفرد، بل تطورت هذه الحماية في بعض الاتفاقيات الإقليمية كالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام 1950، إلى الاعتراف بحق اللجوء الفردي إلى القضاء غير الوطني عن طريق الشكوى أو الادعاء أمام الهيئات القضائية الدولية، غير أن تفعيل ذلك يبقى متعثرا فلا يمكن للفرد أن يحتج بعالمية حقوقه المنتهكة أمام القضاء الدولي ضد دولته إذا لم تكن طرفا في الاتفاقية موضوع التأسيس القانوني عليها، وهو ما يدعونا فعلا إلى ضرورة تضمين الدول دساتيرها صراحة الالتزام بالعهد والمواثيق الدولية الخاصة بكل حقوق الإنسان بمختلف أجيالها.

لقد كشفت هذه الورقة البحثية مدى توافق الفقه الإسلامي والقانون الدولي لحقوق الإنسان في تقرير حق اللجوء الفردي أمام القضاء الدولي اعتمادا على مبدأ عالمية الاختصاص القضائي في كل ما يتعلق بانتهاكات حقوق الإنسان كأساس قانوني في تقرير مشروعية هذا الحق رغم ما قد يشوبه من مساس بالسيادة الوطنية وبعلوية الشريعة الإسلامية، فالأصل في التحاكم أنه لا يجوز إلا لحكم الله.. ونظراً لعموم البلوى التي حلت بالمسلمين على مستوى العالم بغياب دولة الإسلام التي يلجأون إلى العيش في كنفها والتحاكم إلى قوانينها المستمدة من الشريعة الإسلامية كمصدر وحيد للتشريع؛ ولذلك فمن كان يعيش في دول لا تحكم إلا بالقوانين الوضعية كما في أمريكا وأوروبا وروسيا والصين وغيرها وتعرض لجناية قتل أو سرقة أو سجن أو أي صورة من صور العدوان على النفس والأطراف وتعذر عليه أخذ حقه فإنه من منطلق قول الله تعالى: "فاتقوا الله ما استطعتم" وحالة الضرورة؛ وكما هو معلوم لدى أهل الأصول أن الضروريات من المصالح التي عليها مدار التشريع وهذه الضروريات وبعض القواعد الفقهية مثل قاعدة (الضرر يزال)، وغيرها بغية رفع الحرج والضيق عن المسلمين؛ ومن ثم يجوز للمستضعفين في الأرض أن يرفعوا قضيتهم لمن يرفع عنه الظلم أو يدفع عنه الظلم، فإن الإنسان المظلوم له أن يستعين بمن ينصره من غير أن يعتدي على الظالم، وإذا كان يعلم أن جهة الترافع لحل الخصومة تعتدي على الظالم بزيادة فتغرمه فوق ما يجب عليه فليس للمظلوم أن يأخذ فوق حقه، ولو حكمت له المحكمة بذلك، وليس هذا من التحاكم إلى الطاغوت المنهي عنه كما سبق بيانه للاضطرار والإكراه الملجئ.

كما أظهرت الدراسة مساهمة ظاهرة إقليمية القضاء الدولي بما في ذلك محكمة منظمة المؤتمر الإسلامي بحكم التقارب الثقافي والتجانس العرقي إلى حد كبير في تأسيس مرتكزات أعمق لوافق علمي إسلامي أوسع نطاقا حول الدفاع عن حقوق الإنسان عربيا وإسلاميا، ومع ذلك تبقى ظاهرة تسييس حقوق الإنسان وازدواجية المعايير في التعامل مع الدول المنتهكة لها عقبة خطيرة تهدد عالمية وإقليمية الحماية القضائية الدولية لها.

والملاحظ على التطبيقات المشار إليها أن هناك اختلافا واضحا بين النصوص النظرية للاتفاقية وبين الممارسات الحقيقية، كما في موقف المحكمة الجنائية الدولية من حصار غزة؛ وفي موقف الاتفاقية الأوروبية من القوانين الأوروبية الماسة بجرية المعتقد من خلال قضية الحجاب وتهدم بناء المآذن؛ مما يشكك في حيادها ويرسخ لطابعها السياسي؛ ويعكس الصراع بين السياسة والقانون؛ إذ تتغلب اعتبارات المصالح السياسية للدول على الاعتبارات الإنسانية. وجدير بالإشارة أن أصعب ما يواجه مسألة تحريك الدعوى القضائية الدولية كوسيلة نحو تفعيل عالمية الحق في التقاضي هو ليس ضوابط مباشرتها ولا ضمانات استعمالها؛ ولكن الصعوبة تكمن في كيفية إثبات هذه الانتهاكات نظرا لصعوبة جمع الأدلة؛ خصوصا في حالة انعدام الضحايا الأحياء ذلك أن معظم أدلة الإدانة في دولة الادعاء المتمسكة بسيادتها

الوطنية؛ ومبدأ عدم التدخل في شؤونها، وحتى مع وجود تسهيلات من دولة الادعاء تبقى الصعوبة قائمة من حيث كيفية نقل الضحايا والشهود والوثائق إلى دولة مقر المحكمة الفاصلة في النزاع.

الاختصاصات القضائية لقاضي التنفيذ (منازعات التنفيذ)

د. عبد المجيد أحمد سعيد

الاستاذ المساعد بقسم القانون المدني، كلية الحقوق

جامعة تعز، اليمن

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على محمد المصطفى صاحب النبوة والرسالة ، وعلى آله وأصحابه المهادين من الضلالة .. وبعد ..

استلزم الأمر في العهود الأولى لوجود الإنسان أن يكون المرء قوياً ؛ ليستطيع أن ينتزع حقه ويحميه ، ويعتبر هذا السلوك أثراً من آثار شريعة الغاب التي كانت سائدة في ذلكم الحين ، إلا أنه وبتطور المجتمع ظهرت فكرة الدولة الحديثة والتي في ظلها نشأ نظام قضائي يستطيع الدائن أن يلوذ به ؛ لاستصدار حكم يؤكد ويقرر حقه قبل مدينه ؛ وبموجبه⁽¹⁾ يحق له أن يلجأ إلى سلطة التنفيذ في ذلك النظام القضائي بقصد اقتضاء دينه ، والتي بدورها تقوم بإجراءات حددها القانون بعد التحقق من توافر الشروط التي استلزمها لذلك ؛ لإجبار المدين أو المحكوم عليه بالوفاء بالدين .. ويطلق على هذه العملية التي تقوم بها سلطة التنفيذ بالتنفيذ الجبري (مادة 314) تنفيذ . ولما كان من المتصور ألا تسير إجراءات ذلك التنفيذ بحسب الطرق التي رسمها القانون لذلك ، فقد أدرك المشرع هذا ؛ فقام بوضع تنظيمياً خاصاً لبعض المنازعات تحقيقاً للعدالة ومراعاة للمصلحة ، فيتمكن بذلك صاحب المصلحة - من أطراف خصومة التنفيذ أو الغير - من رفع اعتراضه إلى سلطة التنفيذ على عدم مشروعية إجراءات التنفيذ ، ومن ثم يصدر قاضي التنفيذ حكمه - بعد إجراء ما يلزم - مقررماً فيه مشروعية أو عدم مشروعية تلك الإجراءات المعترض عليها وهذه المنازعات تدعى (منازعات التنفيذ) . وهي موضوع دراستنا لهذا البحث وتنقسم إلى منازعات التنفيذ الموضوعية ، وهي التي يكون المطلوب فيها الحكم بصحة أو بطلان التنفيذ أو أي إجراء من إجراءاته ؛ وإلى منازعات التنفيذ الوقتية ، وهي التي يكون المطلوب فيها الحكم بوقف أو باستمرار التنفيذ مؤقتاً وسيأتي تفصيل ذلك تباعاً في صلب الموضوع .

وتتجلى أهمية هذه الدراسة من الناحية العلمية ، في أنها تمثل إسهاماً علمياً في مجال المعرفة القانونية المتخصصة ، وبالتالي تساعد على نشر ثقافة قانونية بخصوصها فينعكس من ثم أثرها على أبناء المجتمع بصورة إيجابية ؛ لأن كثيراً مما يتصل بموضوعها من جوانب وزوايا هامة لا تزال الكتابة فيه محدودة ، كما أنها تمثل فاتحة لدراسات قادمة ، وخصوصاً في الجانب التطبيقي منها .

كما تتجلى أهميتها من الناحية العملية في أنها تدرس مسائل وثيقة الصلة بالحياة العملية القانونية ، حيث أن غالبية الأحكام في القضايا المدنية والتجارية والشخصية مآلها إلى التنفيذ الجبري ، وإجراءاته لا تخلو - غالباً - من المخالفات ؛ بسبب القصور البشري وهذه المخالفات تسوغ للمتضرر رفع منازعته .

1 - أو بموجب ما يأخذ حكمه ، كأمر الأداء المتعلق بالحقوق الثابتة في الكتابة (مادة 263) مرافعات .

- وتهدف هذه الدراسة إلى محاولة بيان وتفصيل ما أجمله قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (40) لسنة 2002م، بخصوص الموضوع محل الدراسة مستعيناً على ذلك بالمعارف والبيانات - المتعلقة بالموضوع - التي تم جمعها من مظاهرها تارةً ومعتمداً على التحليل الذاتي تارةً أخرى .
- وقد اتبعنا في هذا البحث المنهج النظري التحليلي ، والذي بموجبه رجعنا إلى الكتب والأبحاث والشروحات لجمع المعلومات المتعلقة بموضوع الدراسة محلاً لغامضها ومفصلاً لإجمالها .
- وعلى ذلك فدراستنا هذه تقتضي التعرض للتعريف الشامل بمنازعات التنفيذ وبيان أقسامها ، على أن يسبق ذلك مقدمة ، ويلحقه خاتمة مشتملة على أهم النتائج التي كشفت عنها الدراسة ، وعلى أهم التوصيات التي خرجنا بها ، بالإضافة إلى قائمة بأهم المراجع . وعلى هذا الأساس ؛ فإن هيكل البحث يتكون من الآتي :
- المقدمة .
 - المبحث الاول : التعريف بمنازعات التنفيذ ، وبيان خصائصها العامة ، وما يميزها عن غيرها من النظم الشبيهة بها .
 - المبحث الثاني : شروط منازعات التنفيذ العامة والخاصة .
 - الخاتمة .
 - قائمة بأهم المراجع .

المبحث الاول

سنقسم هذا المبحث الى مطلبين: نتناول في المطلب الأول : التعريف بمنازعات التنفيذ الجبري، وبيان خصائصها العامة ، ونخصص المطلب الثاني : لتمييزها عن غيرها من النظم الشبيهة بها تباعاً وعلى النحو التالي:

المطلب الاول

التعريف بمنازعات التنفيذ وخصائصها

أولاً : التعريف بمنازعات التنفيذ : (1)

لم يتناول القانون اليمني تعريفاً لمنازعة التنفيذ ، شأنه في ذلك شأن بعض التشريعات المقارنة ، مما جعل الفقه يتوسع في تعريفاتها، فعرفها البعض⁽²⁾ بأنها " تلك المنازعة التي تتعلق بإجراءات التنفيذ الجبري وتنصب عليه"، وعرّفها البعض الآخر بأنها: : المنازعات التي تثور بمناسبة التنفيذ الجبري ، وتعلق بتوافر الشروط اللازمة لإجرائه ، ويديها

1 - مما يجدر الإشارة إليه بداية الآتي :

أولاً : إن المقصود بالتنفيذ - المضاف إليه لفظة منازعات أو منازعة أو المستعمل كقيد في سياق الحديث عن أي منازعات في هذه الدراسة - إنما هو التنفيذ الجبري الوارد تعريفه في المادة (314) لأن التنفيذ الاختياري لا يتصور بدهاءة أن يوجد بمناسبة منازعات .

ثانياً : عند الاستدلال بمواد قانونية فإن المرجح في ذلك هو القانون رقم (40) لسنة 2002م بشأن المرافعات والتنفيذ المدني ، ما لم يدل السياق على غير ذلك .

ثالثاً : تعددت وجهات نظر الفقه في إطلاق المصطلحات على ما يشار من خصوصيات مناسبة التنفيذ الجبري منها : (1) بعضهم أطلق عليها منازعات التنفيذ (منازعات التنفيذ الموضوعية ومنازعات التنفيذ الوقتية) وهذا ما أخذ به القانون اليمني ، انظر المادة (318) على سبيل المثال (2)

والبعض أطلق عليها إشكالات التنفيذ (إشكالات التنفيذ الموضوعية وإشكالات التنفيذ الوقتية (3) وفريق ثالث استعمل المصطلحين معاً فيطلق مصطلح الإشكالات على منازعات التنفيذ الوقتية دون منازعات التنفيذ الموضوعية ، ولكن ما يلاحظ من ذلك أن الخلاف لفظي لا يترتب عليه أحكام متغايرة ، ولا مشاحنة في الاصطلاح .

2 - د. فتحي والي: التنفيذ الجبري ، دار النهضة العربية، 1990م، بند 2350.

أطراف التنفيذ أو غيرهم .⁽¹⁾ ومن قائل أنها : منازعات تتضمن ادعاءات لو صحت لأثرت في التنفيذ ؛ إذ يترتب عليها أن يصبح التنفيذ جائزاً أو غير جائز ، صحيحاً أو باطلاً .⁽²⁾ ويذهب البعض الآخر إلى أنها : المنازعات التي تدور حول الشروط الواجب توافرها لاتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري ، فيصدر الحكم فيها بجوازه أو عدم جوازه ، بصحته أو ببطلانه بوقفه أو استمراره ، بعدم الاعتداد به أو الحد من نطاقه ، أو يصدر الحكم فيها بصدد أي عارض يتصل بهذا التنفيذ ، وبعبارة أخرى هي المنازعات التي تنشأ بمناسبة التنفيذ الجبري ، بحيث يكون هو سببها ، وتكون هي عارضاً من عوارضه .⁽³⁾ ويعرفها آخر بأنها (منازعات موضوعية أو وقتية - مستعجلة- وترفع إلى قاضي التنفيذ من الدائن أو المدين أو الغير ، ويطلب فيها الخصم له بموضوع المنازعة أو بإجراء وقتي وقف التنفيذ أو استمراره ويفصل فيها بموجب اختصاصه النوعي)⁽⁴⁾. وفي نظرنا أنها : "عبارة عن ادعاءات أمام قاضي التنفيذ ، يترتب على قبولها أو رفضها آثار معينة بالنسبة لعملية التنفيذ القضائي ، كالادعاء ببطلان التنفيذ أو بصحته ، والادعاء بطلب وقف التنفيذ أو الحد منه أو الاستمرار فيه ، " وتحدد وظيفة منازعات التنفيذ في إتاحة الضمانات القضائية للخصومة للتحقق من قانونية التنفيذ⁽⁵⁾، وتعد بذلك محلاً لحماية مصلحة المدين (الطرف الضعيف في خصومة التنفيذ) إزاء المركز الذي يحوله السند التنفيذي للدائن والموازنة بين مصلحة الدائن في إجراء التنفيذ ومصلحة المدين في معارضته⁽⁶⁾.

ثانياً : الخصائص العامة لمنازعات التنفيذ :

يظهر مما سبق من تعريفات أن هناك خصائص عامة مشتركة تنطبق على منازعات التنفيذ الموضوعية وعلى منازعة التنفيذ الوقتية ، وأوجه بيانها كالاتي :

1. أنها منازعات قانونية تطرح على القضاء بطريق الدعوى ؛ لاستصدار حكم فيها ، وتنشأ عنها خصومات أمام المحكمة .. وتفرغاً على هذا لا تعتبر من إشكالات (منازعات) التنفيذ العقبات القانونية التي تعترض التنفيذ وتعرض على القضاء بطريقة العريضة لاستصدار قرار ولائي (أي لا تنشأ خصومة قانونية ؛ مثل طلب الإذن بتوقيع الحجز على ما يحمله المدين في جيبه ،⁽⁷⁾ أو طلب استصدار يمنع المدين من السفر ، وهذه العقبات يذللها قاضي التنفيذ بما له من سلطة ولائية بشأن التنفيذ دون مواجهة الأطراف ، كما هو الحال في نظام الأوامر على عرائض .⁽⁸⁾

2. إن الطلب في هذه المنازعات يتعلق دائماً بإجراءات التنفيذ ، فإذا لم يطلب المدعي أمراً متعلقاً بالتنفيذ لم تكن بصدد منازعة في التنفيذ ، فمثلاً إذا طلب المدعي الحكم ببراءة ذمته من الدين المطالب به دون أن يطلب

1 - د / أمينة مصطفى النمر ، قوانين المرافعات ، الكتاب الثالث ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، (د .ت) ، ص 269 .

2 - د / نبيل عمر ، د / أحمد هندي ، التنفيذ الجبري قواعده وإجراءاته ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2003م ، ص 688 . نقلاً عن د/رمزي سيف .

3 - د / عاشور مبروك ، الوسيط في التنفيذ وفقاً لمجموعة المرافعات الحالية (دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية) الكتاب الأول ، ط 2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004م ، ص 349 . نقلاً عن د / أحمد أبو الوفاء .

4 - د/نجيب احمد عبدالله : قانون التنفيذ الجبري في المسائل المدنية والتجارية ، مكتبة الصادق صنعاء، 2009م، ص 494.

5 - د/ وجدي راغب : النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الثانية ، دار ص 139.

6 - د . فتحى والي ، مرجع سابق ، ص 534

7 - د / أمينة النمر ، مرجع سابق ، ص 270 .

8 - د / نجيب أحمد عبد الله : قانون التنفيذ الجبري دراسة مقارنة للقانون اليمني ومشروع تعديله ، مركز الشرعي للطباعة والنشر والتوزيع ، 2002 / 2003م ، ص 433.

- بطلان الحجز القضائي أو الإداري لاستيفاء هذا الدين ، فإن طلبه لا يعد منازعة من منازعات التنفيذ .⁽¹⁾
- ومن جهة أخرى فإن المنازعات التي لا تتعلق بالتنفيذ أو بأي إجراء من إجراءاته والتي لا تؤثر على سيره لا تخضع لنظام منازعات التنفيذ ؛ فلا يختص بها قاضي التنفيذ وإنما يرفع النزاع بشأنها إلى المحكمة المختصة طبقاً للقواعد العامة ، مثال ذلك : طلب إثبات حالة عقار أو منقول محجوز عليه قضائياً ، أو طلب طرد مستأجر لتأخره في الوفاء بالأجرة في عقار محجوز عليه قضائياً ... فمثل هذه المنازعات ليست متعلقة بإجراءات التنفيذ المتخذة على العقار أو المنقول ولا تؤثر في سير التنفيذ .⁽²⁾
3. منازعات التنفيذ قد ترفع من المدين أو الدائن أو الغير ، فقد يطلب فيه المدين (المحجوز عليه) منع التنفيذ أو وقفه؛ لانتفاء شروط التنفيذ الجبري ، أو لعدم اتخاذ الإجراءات المقررة قانوناً ، مثل الادعاء بعدم إعلان السند التنفيذي، أو ان الدين معلق على اجل لم يجل أو شرط واقف لم يتحقق .⁽³⁾ وقد تقام المنازعة من جانب الدائن (طالب التنفيذ) بقصد السير في إجراءات التنفيذ إذا امتنع المحضر (القائم بالتنفيذ) عن التنفيذ لأبي أسباب⁽⁴⁾، أو حينما يقدم المنفذ ضده إشكالاً يطلب بمقتضاه وقف التنفيذ ؛ فإن لطالب التنفيذ أن يرد على ذلك الإشكال بإشكال عكسي يطلب بمقتضاه استمرار التنفيذ، كذلك قد يصدر الإشكال من الغير على أن يبيني إشكاله على أسباب جدية ؛ كأن يدعي ملكية العين المحجوز عليها .⁽⁵⁾
4. القاعدة فيما يتعلق بقبول منازعات التنفيذ المرفوعة من أطراف التنفيذ أنها تكون مقبولة ولو لم يكن التنفيذ قد بدأ ، فالإشكال (المنازعة) المرفوعة من المحكوم عليه قد يوقف التنفيذ قبل أن يبدأ (بمعنى أن إشكاله يحول دون أن يبدأ التنفيذ الفعلي) ؛ وفي هذه الحالة يكون موجهاً إلى القوة التنفيذية للسند التي تجعل الحكم قابلاً للتنفيذ الجبري في جميع الأحوال ، فتكون له مصلحة في الإشكال (المنازعة) في التنفيذ ؛ إذ يريد توخي التنفيذ ، وكذلك الإشكال (المنازعة) المرفوعة من المحكوم له بالاستمرار في التنفيذ نتيجة لامتناع معاون قاضي التنفيذ عن إجرائه يقصد به التغلب على هذه العقبة القانونية ، وتكون له مصلحة في الإشكال (المنازعة) إذا طلب الاستمرار في التنفيذ .⁽⁶⁾
- أما الإشكالات (منازعات التنفيذ) المرفوعة من غير أطراف التنفيذ فإنها لا تكون مقبولة إذا كان التنفيذ قد بدأ فعلاً على مال معين ، ففي هذه الحالة يكون مالك المال في حاجة إلى الحصول على الحماية القانونية باستصدار حكم بوقف التنفيذ ومنعه ؛ لأنه يمس حقوقه فعلاً وبعبارة أخرى تكون للغير في هذه الحالة مصلحة قائمة حالاً في الإشكال المرفوع منه ، أما إذا لم يكن التنفيذ قد بدأ في مواجهة الغير فلا يجوز

1 - د / عزمي عبد الفتاح ، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1990/1989م ، ص 690 .

2 - د / نبيل عمر + د / أحمد هندي ، مرجع سابق ، ص 694 .

3 - د / نجيب الجبيلي ، مرجع سابق ، ص 435 .

4 - كرفضة إيقاع الحجز على بعض اموال المدين ظنا منه انما غير قابلة للحجز .

5 - د / أحمد هندي ، د/أحمد خليل ، قانون التنفيذ الجبري ، دار المطبوعات الجامعية ، 1999م ، ص 281 . وفكرة الغير فكرة سلبية فهو في التنفيذ له معنى خاص يختلف عن الغير في الخصومة العادية ، ويقصد بالغير في التنفيذ من يتوفر فيه الشرطان التاليان: 1- ان لا يكون طرفا في الحق في التنفيذ ، أي ان يكون غير طالب التنفيذ والمنفذ ضده وخلفهما العام والخاص. 2- ان يكون ملزماً بالاشتراك في خصومة التنفيذ ، فرغم انه من الغير بالنسبة للحق يصبح طرفا في خصومة التنفيذ باشتراكه فيها .

6 - د / نجيب الجبيلي ، مرجع سابق ، ص 435 وما بعدها .

- الإشكال من هذا الغير . وتفريعاً على هذا لا يجوز الإشكال من الغير إذا كان السند التنفيذي قد أعلن فحسب إلى المدين دون أن يكون قد تم توقيع الحجز فعلاً .⁽¹⁾
5. إن مبنى هذه المنازعات وقائع لاحقة على تكوّن السند الذي يجري التنفيذ بمقتضاه ؛ فإذا كان السند حكماً فإنه ينبغي أن تكون الوقائع التي تقوم عليها المنازعة قد حدثت بعد صدور الحكم الذي يجري التنفيذ بمقتضاه أما إذا بنيت المنازعة على وقائع سابقة فإنها لا تصلح أساساً للمنازعة في تنفيذ الحكم ؛ لأنه يفترض أن الحكم قد حسمها ،⁽²⁾ وتحول حججه دون إعادة طرحها على القضاء إلا بسلوك طريق الطعن الذي نص عليه القانون⁽³⁾؛ فإذا ادعى المدين أنه أوفى الدين قبل صدور الحكم الذي يجري التنفيذ بمقتضاه فإن هذا الادعاء لا يصلح سبباً للمنازعة في التنفيذ ، أما إذا كان الادعاء منصباً على أن الوفاء قد تم بعد صدور الحكم فإنه يصلح سبباً للمنازعة في التنفيذ⁽⁴⁾، فإذا ما كانت الواقعة التي تستند عليها المنازعة لم تطرح على المحكمة أو طرحت ولكن الحكم لم يتعرض لها بصورة صريحة أو ضمنية ؛ فإنه يجوز إثارة منازعة في التنفيذ على هذه الوقائع رغم سبق وجودها على صدور الحكم ؛ لأن المنازعة لا تمس ما قضت به المحكمة بالفعل .⁽⁵⁾
6. لكل منازعة في التنفيذ وجهان ، وجه وقتي ووجه موضوعي ، يرفع المدعي دعواه بأحدهما وإن كان مبناهما واحد ، فالدائن قد يطلب وقف التنفيذ كون الحكم ابتدائياً أو أن الحكم لم يعلن إليه ، وقد يطلب بطلان الإجراءات لذات السبب .⁽⁶⁾
7. إن هذه المنازعة كقاعدة ليست من قبيل التظلم في الحكم المراد التنفيذ بمقتضاه: إذا كان التنفيذ حاصلًا بمقتضى حكم وإنما هي منازعة تتصل بالتنفيذ، ويترتب على هذه القاعدة أن الخصومة في التنفيذ ليس لها في ذاتها أثر موقف للسند التنفيذي، أي للتنفيذ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك⁽⁷⁾ . ومن أمثلة ذلك ما لا يجدي فيه المنازعة الادعاء بان الحكم قد صدر في محكمة غير مختصة، أو الادعاء ان المحكمة التي أصدرت الحكم قد أخطأت في استخلاص الوقائع او في تقديرها او أخطأت في تطبيق القانون على الوقائع المستخلصة، لكن المنازعة تقبل اذا كانت مبنية على انعدام الحكم كالادعاء بتزويره.⁽⁸⁾
- حدود سلطة قاضي التنفيذ في نظر المنازعات:
تختلف حدود سلطة قاضي التنفيذ بنظر منازعاته ما اذا كانت وقتية او موضوعية بما يلي:
حدود سلطة قاضي التنفيذ في المنازعات الوقتية:
- قاضي التنفيذ لا تتعدى سلطته بالفصل بالمنازعات الوقتية الفحص الظاهري للمستندات دون التعمق في موضوعها، فان كان ظاهر المستندات كاشفا عن جدية اعتراض المستشكل اجيب الى طلبه الوقتي، ومتى تحقق قاضي التنفيذ من جدية الاعتراض فانه يقضي بوقف التنفيذ وليس في ذلك مساس بالموضوع، مما يعني

1 - د / أمينة النمر ، مرجع سابق ، ص 273 .

2 - وهذا ما قرره المادة (498) تنفيذ .

3 - د- رمزي سيف : قواعد تنفيذ الاحكام، مكتبة النهضة المصرية-القاهرة ، ط3، 3، 1995/94م، ص149.

4 - د. عزمي عبد الفتاح : قواعد التنفيذ ، مرجع سابق ، ص 691-د- رمزي سيف، مرجع سابق، ص 149.

5 - د / عزمي ، مرجع سابق ، ص 691 وما بعدها .

6 - د / نجيب الجبيلي ، مرجع سابق ، ص 436 وما بعدها .

7 - د/ احمد مليحي : اشكالات التنفيذ، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط4، 2005، ص 16.

8 - د/ احمد ابو الوفا، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، 2007م، ص 353.

معه ان حدود وسلطة قاضي التنفيذ الوقتية هي وقف التنفيذ مؤقتا او الاستمرار فيه ان كان قد توقف دون المساس موضوع المنازعة المؤسس عليها الطلب الوقي، وليس لقاضي التنفيذ في سبيل تكوين عقيدته ان يلجا لوسائل الاثبات كإحالة الدعوى للتحقيق او لندب خبير او استجواب الخصوم او توجيه اليمين الحاسمة، وليس له ان يعرض في اسباب حكمه الى الفصل في موضوع النزاع اوان يؤسس قضاءه في الطلب الوقي على اسباب تمس اصل الحق.

حدود سلطة قاضي التنفيذ في المنازعات الموضوعية:

قاضي التنفيذ وعلى عكس سلطته في المنازعات الوقتية فهو في المنازعات الموضوعية مطلق العنان في نظرها والفصل فيها، فيحق له التعمق في اصل الحق وان يلجا في تكوين عقيدته لكافة طرق الاثبات المعتبرة شرعا

المطلب الثاني

التمييز بين منازعات التنفيذ وبين ما قد يختلط بها من النظم الأخرى

قد تختلط منازعات التنفيذ ببعض النظم الأخرى؛ لما لها من بعض خصائص أو آثار تتشابه مع منازعة التنفيذ، لذلك فإن الأمر يقتضي التمييز بينها وبين تلك النظم. ⁽¹⁾ وذلك على النحو التالي:

أولاً: التمييز بين منازعات التنفيذ وبين العقوبات المادية:

العقوبات المادية: هي الاعتراضات التي قد تعترض القائم بالتنفيذ. ⁽²⁾ فإذا اعترضت التنفيذ عقبة مادية أو اعترض القائم بالتنفيذ تعدياً أو مقاومة من المنفذ ضده ⁽³⁾، فإن السبيل لتذليل العقبة أو وقف التعدي أو المقاومة هو لجوء القائم بالتنفيذ إلى طلب المعونة من السلطة العامة، أو استعمال الشدة كحالة كسر الأبواب للدخول، وذلك تحت الإشراف الإداري لقاضي التنفيذ ⁽⁴⁾ وهذا ما قرره المشرع اليمني في المادة (423) تنفيذ.

أما منازعات التنفيذ فهي عقوبات قانونية، لا يجوز أن يفصل فيها أو يزيلها إلا قاضي التنفيذ. ⁽⁵⁾

ثانياً: التمييز بين منازعات التنفيذ وطرق الطعن في الأحكام:

طرق الطعن: هي الوسائل التي حددها القانون؛ لمراجعة الأحكام القضائية لإزالة ما يشوبها من عيوب، وإصلاح ما يعثرها من أخطاء، أما منازعات التنفيذ فهي اعتراضات على إجراءات التنفيذ للتوصل إلى حكم قضائي بصحتها أو بطلانها، أو السير فيها أو وقفها. وعلى هذا إذا كان التنفيذ يتم بناءً على حكم قضائي فلا تجوز المنازعة في هذا الحكم على أساس ما يشوبه من عيوب؛ لأن معنى ذلك اعتبار المنازعة في هذا الحكم طريقاً للطعن في الحكم، وهو الأمر غير الجائز، إذ حددت الأنظمة طرق الطعن في الأحكام على سبيل الحصر، وليس من بينها المنازعة في التنفيذ. ⁽⁶⁾

1 - د / عزمي، مرجع سابق، ص 692.

2 - د / محمود محمد هاشم، إجراءات التقاضي والتنفيذ، المملكة العربية السعودية عمادة شؤون المكتبات جامعة الملك سعود، 1989م، ص 340.

3 - كالامتناع عن فتح الأبواب أو الصناديق أو الخزائن المقفلة أو مقاومة المدين أو المحكوم عليه أو ما شابههما.

4 - د / محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، ط3، مطبعة جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977م، ص 289 وما بعدها.

5 - د / هاشم، مرجع سابق، ص 340.

6 - د / هاشم، مرجع سابق، ص 340.

ويترتب على هذا خضوع كل منهما لنظام قانوني متميز ، فمنازعات التنفيذ ترفع لقاضي التنفيذ لا لمحكمة الطعن ولا تنقيد بميعاد الطعن ، وقبول الحكم بمنع الطعن فيه ولكن لا يمنع المنازعة في تنفيذه .⁽¹⁾

ثالثاً : التمييز بين منازعات التنفيذ وبين وقف التنفيذ من محكمة الطعن :⁽²⁾

يُدرقُّ التمييز بين منازعات التنفيذ الوقتية التي يكون المطلوب فيها وقف التنفيذ مؤقتاً ، وبين طلبات وقف التنفيذ التي ترفع إلى محكمة الطعن (وهي طلب وقف التنفيذ المعجل من محكمة الاستئناف (337) تنفيذ ، وطلب وقف التنفيذ من محكمة النقض (294/ب) مرافعات ، وطلب وقف التنفيذ من محكمة الالتماس (309) مرافعات) والسبب في دقة التمييز أنها جميعاً تعتبر من صور الحماية الوقتية ، ولكن وجه الشبه يقف عند هذا الحد ، وتوجد بينهما فروق ، أهمها :

1. إن طلب وقف التنفيذ من محكمة الطعن لا يقبل إلا إذا رفع تبعاً للطعن في الحكم ، في حين أن المنازعة في التنفيذ تقبل سواء طعن في الحكم أم لم يطعن فيه بل إنها تقبل ولو كان الحكم نهائياً أو باتاً .
2. يشترط لوقف التنفيذ من محكمة الطعن أن يحتمل وقوع ضرر جسيم من جراء التنفيذ ، بينما لا يشترط ذلك لوقف التنفيذ بناءً على إثارة منازعة في التنفيذ بل يكفي أن يرحح القاضي بطلان هذا التنفيذ دون حاجة لإثبات احتمال ضرر غير عادي منه .

رابعاً : التمييز بين منازعات التنفيذ وبين تصحيح الأحكام وتفسيرها :⁽³⁾

قد تنور عند التنفيذ منازعة ، مبنها تصحيح الحكم الجاري تنفيذه أو تفسيره فإذا رفعت هذه المنازعة أمام قاضي التنفيذ وتبين له أن هناك أخطاء مادية بحتة (كتابية أو حسابية) أو غموض ، فإنه يحكم بعدم اختصاصه بتصحيح الأخطاء أو بتفسير الغموض ؛ لأنها ليست منازعة متعلقة بالتنفيذ ، فضلاً عن أنه يتوجب عليه أن يحكم بوقف التنفيذ مؤقتاً ، ويكلف صاحب الشأن بإحضار التصحيح أو التفسير المطلوب من جهة الاختصاص ، وهي الجهة التي أصدرت الحكم ، ويتم ذلك بالإجراءات القانونية المقررة بالمواد (253 ، 256) مرافعات .

ومن البديهي أنه إذا كان الحكم قد صدر من قاضي التنفيذ ، وثارت تلك المنازعة أمامه بخصوصه ، فإنه هو الذي يختص بتصحيح هذا الحكم أو تفسيره .

خامساً : التمييز بين منازعات التنفيذ وبين خصومة التنفيذ :⁽⁴⁾

خصومة التنفيذ ترمي إلى استيفاء الدائن لحقه جبراً ، أما المنازعة في التنفيذ فهي خصومة عادية ترمي إلى الحصول على حكم بضمون معين ، لذلك لا تعتبر المنازعة في التنفيذ جزءاً من خصومة التنفيذ أو مرحلة منها ، فهي - وإن تعلق بها - تعتبر مستقلة عنها ، ويترتب على اعتبار المنازعة في التنفيذ خصومة عادية مستقلة عن خصومة التنفيذ النتائج التالية :

1. لا تبدأ المنازعة في التنفيذ إلا بطلب مستقل ، ويجب أن تتوفر شروط الدعوى كما هو الحال بالنسبة لأي دعوى .

1 - د / وحدي راغب ، مرجع سابق ، ص 354 وما بعدها .

2 - د / عبد الخالق ، مرجع سابق ، ص 289 ، د / عزمي ، مرجع سابق ، ص 697 ، د / راغب ، مرجع سابق ، ص 357 .

3 - للاستزادة انظر : د / عزمي ، مرجع سابق ، ص 698 وما بعدها .

4 - د / فتحي والي ، التنفيذ الجبري وفقاً لمجموعة المرافعات الجديدة ، ط 2 ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1975 م ، ص 535 "بتصرف" .

2. تخضع المنازعة في التنفيذ - فيما لم يأت بشأنه نص خاص - للإجراءات والقواعد العامة في الخصومة العادية.
 3. يتمتع القاضي بالنسبة لهذه المنازعة بما يتمتع به من سلطات في الخصومة العادية .
 4. بطلان إجراءات التنفيذ لا يؤثر في صحة إجراءات المنازعة ، ولا في استمرارها للحصول على حكم فيها .
 5. انقضاء الخصومة في المنازعة لا يؤدي إلى انقضاء خصومة التنفيذ .
- وبعد هذا العرض في المدخل التمهيدي للتعريف بمنازعات التنفيذ ، وخصائصها العامة وما يميزها عن غيرها من النظم ؛ فإننا سوف نعرض لشروط وأحكام منازعات التنفيذ في مبحثين على التوالي ، مبتدئاً بشروط قبول منازعات التنفيذ في المبحث الأول. وفي المبحث الثاني سنتناول أحكام منازعات التنفيذ وعلى نحو ما سيأتي بيانه .

المبحث الثاني

شروط قبول منازعات التنفيذ

سنقسم هذا المبحث الى مطلبين: نتناول في المطلب الأول الشروط العامة لمنازعات التنفيذ ، ونخصص المطلب الثاني للشروط الخاصة .

المطلب الأول
الشروط العامة

مر معنا أن المنازعات التنفيذية ادعاءات أمام قاضي التنفيذ (أي أن صاحب الشأن ينازع في هذا الخصوص من خلال دعوى يتقدم بها ..)؛ ولذلك فإنه يشترط لقبول منازعات التنفيذ باعتبارها دعاوى للقواعد العامة لقبول الدعوى وستتناول هذه الشروط على النحو التالي:

أولاً: شرط المصلحة : (1)

هذا شرط أساسي لقبول المنازعة وتكفي المصلحة الحالية أو المحتملة .. فإذا انتفت المصلحة فلا تقبل المنازعة . (2) ، فإذا لم يكن للمستشكل مصلحة في الإشكال المرفوع منه ، كما لو رفعه الغير قبل البدء في التنفيذ على أمواله ؛ فلا يكون مقبول . (3) وهذا ما أكدت عليه المادة (75) مرافعات .

ثانياً : شرط الصفة⁴ :

هذا الشرط يثبت لأطراف خصومة التنفيذ ، كما يثبت للغير . (5) ولكن لا يثبت إلا بالتزامن مع توافر الشرط الأول .

1 - وذلك بأن يظهر من الدعوى ومشملاً بما ستؤدي إلى جلب نفع لصاحبها أو دفع ضرر عنه .

2 - د / عزمي ، مرجع سابق ، ص 724 وما بعدها .

3 - المرجع السابق ،

4 - والصفة في الدعوى هي عبارة عن السلطة أو الولاية في مباشرة الدعوى ويستمددها المدعي من كونه صاحب الحق الموضوعي في الدعوى التي رفعت للمطالبة به، وهو الطرف الإيجابي في هذا الحق ، اما الصفة في المدعي عليه فتتمثل في كونه الذي ترفع الدعوى في مواجهته أي انه الطرف السلبي في هذا الحق والمسئول عن تجهيله. انظر د/ سعيد الشرعي : الموجز ، مرجع سابق، ص 150.

5 - د / أحمد هندي ، د / أحمد خليل ، مرجع سابق ، ص 296 .

ويلزم لقبول الإشكال الوقي توافر الصفة في المستشكل ، أي أن يكون هو صاحب الحق في الحماية القانونية المطلوبة أو الممثل القانوني له .⁽¹⁾ إلا أنه يقصد بالصفة في هذا النطاق الصفة بالمنازعة الموضوعية ، بمعنى أن تتوافر لدى رافع الإشكال الوقي صفة في رفع منازعة موضوعية ، وهو ما يؤكد صحة القول بأنه لكل منازعة في التنفيذ وجهان : وجهي وقفي ووجه موضوعي .⁽²⁾

ثالثاً: ألا يمنع أي مانع قانوني من قبول الإشكال : (3)

ومثال المانع القانوني أن يكون قد سبق الفصل في الدعوى (الإشكال) ومع هذا يجوز الإشكال رغم صدور الحكم فيه ، وذلك إذا تغيرت الظروف التي دعت إلى إصدار الحكم المذكور ، باعتبار أنه حكمٌ وقفي له حجية مؤقتة لا تحول دون تعديل القضاء الوارد في الحكم إذا تغيرت الظروف التي دعت إلى إصداره .⁽⁴⁾

رابعاً : شرط الأهلية⁵ :

يرى جمهور الفقهاء أن الأهلية ليست شرطاً من شروط قبول الدعوى (المنازعة) ولكنها شرط لصحة الخصومة ، ومع هذا فإن جانباً من الفقهاء يرى أن الأهلية شرط لقبول الدعوى⁽⁶⁾ ، أي دعوى منازعة التنفيذ الموضوعية . وفضلاً عن هذه الشروط فإنه توجد شروط خاصة ؛ لقبول بعض منازعات التنفيذ الموضوعية .⁷

خامساً : احترام حجية الحكم محل التنفيذ:

المعلوم أن منازعات التنفيذ هي دعاوى تنظر وفقاً للقواعد العامة لرفع الدعوى وبالتالي فإنه ينطبق عليها ما ينطبق على تلك المنازعات من إجراءات، ووفقاً لذلك فإنه يشترط لقبولها إلا يكون قد سبق الفصل فيها- بين نفس الخصوم والموضوع والسبب- بحكم قضائي، فإذا صدر هذا الحكم فلا يقبل منازعة جديدة إلا إذا كانت مبنية على وقائع لاحقة على صدور الحكم في المنازعة ، وإلا كان العمل القضائي الأخير منعزلاً لا تنتفاء ولاية المحكمة بحكمها السابق، وهو ما نصت عليه المادتان (12،15) مرافعات وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا اليمنية⁸ وذلك أمر متعلق بالنظام العام⁹

1 - د / أمينة النمر ، مرجع سابق ، ص 279 .

2 - د / أحمد هندي ، د / أحمد خليل ، مرجع سابق ، ص 299 مع إشارتهما في الهامش للدكتور نبيل عمر .

3 - بعض فقهاء القانون يعبر عن هذا الشرط احترام حجية الشيء المحكوم فيه ، كما سبق بيانه في منازعات التنفيذ الموضوعية .

4 - د / أمينة النمر ، مرجع سابق ، ص 279 .

5 - وهي صلاحية الشخص لاكتساب المركز القانوني بما يتضمنه من حقوق وواجبات اجرائية .

6 - المرجع السابق ، ص 726 .

7 - ومحل دراستها هو عند الدراسة التطبيقية لصور هذه المنازعات ، انظر على سبيل المثال المادة (468) تنفيذ والتي أجازت لكل ذي مصلحة أن يعترض على قائمة شروط البيع قبل ثلاثة أيام من إيقاع البيع وإلا سقط الحق فيه .

8 - وانظر حكم المحكمة العليا الدائرة التجارية في الطعن التجاري رقم (29676) بتاريخ 2007/6/3 مواعينشور في مجلة التحكيم الصادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم في العدد (110) إبريل 2009م ص(71) والذي تضمنت حثياته ما يلي "...وحيث ان النعي شديد وله سند من القانون والواقع ان من آثار حجية الشيء المقضي فيه ان المحكمة بمجرد ان تصدر حكمها تستنفذ ولايتها في المسألة التي فصلت فيها فلا يجوز لها تبعا لذلك ان تعود فتصدر حكمها الاخير الاحق للحكم الاول يكون باطلا بطلانا تطلقا بل منعزلاً بصدوره ممن لا ولاية له تبعا لنص المادة (13) مرافعات اتي تنص على : "لا يجوز للقاضي ان يحكم بعد انتهاء ولايته ايا كان سببها..." والمادة (15) من ذات القانون والتي تنص فيما يتعلق بما رد بالمادة (13) سالف الذكر انه يترتب على مخالفتها انعدام العمل القضائي وكل ما يترتب عليه..."

9 - د / عزمي ، مرجع سابق، ص 725 وما بعدها.

حدود حجية الأمر المقضي به الذي يتوجب على قاضي التنفيذ مراعاتها:

حجية الأمر المقضي به ليست مطلقة وإنما حجية نسبية من حيث الموضوع والأشخاص ويترتب على هذه الحجية جواز المنازعة في تنفيذ الحكم على أساس تجريحه والمساس فيه وذلك في الحالات التي لا تكون لهذا الحكم حجية كالحكم المنعقد الذي تجوز المنازعة في تنفيذه على أساس انعدامه، لان انعدامه يعني عدم وجود سند تنفيذي إطلاقاً، ومثال ذلك الحكم المزور، وبالتالي فحدود تلك الحجية من حيث الموضوع لا تتجاوز ما تم الفصل فيه سواء في أصل الحق المحكوم فيه أو في أصل الحق محل منازعة التنفيذ، ذلك أن الحجية إنما هي اثر قاصر على ما قضت فيه المحكمة من مسائل طرحت عليها، أما حدودها من حيث الأشخاص فلا تتعدى الخصوم الذين صدر الحكم في مواجهتهم، ولهذا فلو جرى التنفيذ في مواجهه شخص لم يكن ممثلاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم - أي يعتبر من الغير بالنسبة للحكم - فان هذا الشخص يكون في حل من حجيته وتجوز له المنازعة في تنفيذه على أساس تجريحه، وذلك لان هذا الحكم لا يصلح سنداً تنفيذياً ضده ويستطع أن يتمسك بانتفاء صفته بالتنفيذ

سادساً: ألا تمس المنازعة أصل المحكوم فيه:

يجب الا تكون المنازعة وسيلة للمساس بالحق المقضي به، لان ذلك يعد إهداراً لما قضى به الحكم محل التنفيذ، وتأسيساً على ذلك، فان المنازعة يجب أن تكون مبنية على سبب لا حق لتكوين السند التنفيذي أو الوفاء به، وزهو ما نصت عليه المادة (499) تنفيذ.

المطلب الثاني

الشروط الخاصة للمنازعة

ما سبق هي الشروط العامة لمنازعات التنفيذ، ولكن ولان منازعات التنفيذ الوقتية لها طابع الاستعجال لأنها تهدف إلى إجراء وقتي وهو رفع الضرر الذي قد يصيب صاحب الشأن إذا انتظر حتى الفصل في المنازعة الموضوعية التي قد يثيرها ، فقد أباح له القانون أن يقدم إشكالا في التنفيذ سواء تعلق الإشكال بالحق الموضوعي او الحق في التنفيذ او محل التنفيذ أو إجراءاته، وسواء كان التنفيذ قد بدأ ام لم يبدأ. فانه لا بد لقبولها ان تتوافر فيها شروط الحماية الوقتية ، وهي : الاستعجال ، رجحان وجود الحق ، وعدم المساس بأصل الحق . ويعبر عن هذا الأخير عند بعض الفقهاء بأن يكون المطلوب إجراءً وقتياً⁽¹⁾، فضلاً عن هذا فإن هناك شروط أخص متعلقة بما سنوردها تباعاً، وذلك على النحو التالي:

1- الاستعجال :

يقصد بالاستعجال في هذا الباب ، الخطر المحدق بالحقوق أو المصالح التي يراد المحافظة عليها ، وهو يتوافر كلما وجدت حالة يترتب على فوات الوقت حصول ضرر منها يتعذر تداركه أو إصلاحه .⁽²⁾

وعليه فالإجراء وقتي - وقف التنفيذ أو الاستمرار فيه حتى يتم الفصل بموضوع النزاع - المطلوب في منازعة التنفيذ الوقتية ، يهدف إلى دفع خطر محقق بطالبه ، وهذا الخطر هو التنفيذ عليه إذا كان طالب هذا الإجراء هو المنفذ

1 - د .هاشم ، مرجع سابق ، ص 351 .

2 - د .عاشور، مرجع سابق ، ص 368 .

ضده ، أما إذا كان طالب الإجراء الوقي هو طالب التنفيذ فإن الخطر هو تعطيل مصلحته في إجراء التنفيذ بموجب السند الذي في يده .⁽¹⁾

وفي هذا الصدد يثور سؤال هو : هل يلزم قاضي التنفيذ التأكد من توافر الاستعجال ليسوغ له نظر المنازعة الوقتية المتعلقة بالتنفيذ ؟

الواقع أن المشرع اليمني لم ينص صراحة على توافر حالة الاستعجال كشرط لقبول منازعة التنفيذ الوقتية ، ولكنه نص في المادة (499) تنفيذ أنه (ترفع منازعة التنفيذ الوقتية وتنظر بإجراءات القضاء المستعجل .. إلخ) . والقضاء المستعجل هو حكم مؤقت بتدبير وقي أو تحفظي ، يصدر في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت ... وهذا ما قرره المادة (238) مرافعات والمسائل المستعجلة وردت في المادة (240) مرافعات،⁽²⁾ ولم يُصرَّح بمنازعة التنفيذ الوقتية من بينها ، ولكننا من جهة أخرى نستطيع أن نخلع وصف الاستعجال على منازعات التنفيذ الوقتية وذلك استناداً لما يأتي :

أورد المشرع في صدر المادة (240) ما يأتي نصه : (يعتبر من المسائل المستعجلة في الحالة التي يخشى عليها من فوات الوقت ...) فقلوه : (... من المسائل المستعجلة ...) يدل على أن المسائل التي وردت في المادة قد وردت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر ؛ كون لفظة (.. من ..) هنا للتبويض ، كما أن قوله : (.. التي يُخشى عليها من فوات الوقت ...) يعتبر صفةً (نعماً) لتلك المسائل ، وبالتالي فهو يصلح لأن يكون علة لاستحقاق تلك المسائل وصف الاستعجال ، وعليه فتقاس المنازعات الوقتية المتعلقة بالتنفيذ على المسائل الواردة في المادة (240) السابقة بجامع الخشية من فوات الوقت ، وبهذا ينطبق عليها وصف الاستعجال ، وتأسيساً على هذا فلا يلزم قاضي التنفيذ التأكد من توافر الاستعجال في المنازعة الوقتية ؛ كونها مستعجلة بطبيعتها كما ظهر ذلك من مفهوم النص .

2- رجحان وجود الحق :

والمقصود بهذا أن يبدو للقاضي من ظاهر المستندات أحقية الطالب فيما يطلبه⁽³⁾ بمعنى أن يستدل قاضي التنفيذ على رجحان وجود الحق من ظاهر المستندات دون التعمق في بحثها ، فله الأمر بوقف التنفيذ مؤقتاً إذا رأى مثلاً أن التنفيذ يتم بدون سند تنفيذي ، أما إذا لم يترجح له وجود الحق فلا يحكم بوقف التنفيذ .⁽⁴⁾

3- أن يكون المطلوب إجراءً وقتياً :

يجب أن يكون المطلوب في الإشكال الوقي مجرد إجراء وقي أو تحفظي ، كأن يطلب المنفذ عليه ، وقف التنفيذ مؤقتاً أو يطلب الدائن الاستمرار في التنفيذ ، وعليه .. فلا يقبل إشكال وقي مضمونه طلب موضوعي كطلب الحكم بعدم جواز التنفيذ أو بطلانه ، ومع هذا فإن قاضي التنفيذ يستطيع أن يحوّر الطلب الوقي - الذي مضمونه طلب

1 - د. فتحي والي ، التنفيذ الجبري وفقاً لمجموعة المرافعات ، ص 601 .

2 - المادة (240) مرافعات : يعتبر من المسائل المستعجلة في الحالة التي يخشى عليها من فوات الوقت ما يأتي :

(1) طلب سماع شاهد ، مع عدم المساس بحق المدعي في استصدار أمر بمنعه من السفر إذا اقتضى الأمر ذلك (2) طلب استرداد الحيازة (3) طلب إثبات الحالة . (4) طلبات بيع الأموال القابلة للتلف أو الإذن به . (5) طلب فرض الحراسة القضائية . (6) طلب الأمر بنفقة مؤقتة (7) طلب منع التعرض المادي وإزالة العدوان .

3 - د. هاشم ، مرجع سابق ، ص 351 .

4 - د. سعيد الشرعي ، مرجع سابق ، ص 92 ، مع الإشارة في الهامش إلى مراجعة د/عمر ؛ د / مليحي ..

موضوعي - إلى منازعة موضوعية في التنفيذ ، ويحدد لها جلسة عادية ينظرها بصفته قاضياً موضوعياً مختصاً نوعياً بمنازعة التنفيذ الموضوعية .⁽¹⁾

4-رفع الإشكال (منازعة التنفيذ الوقتية) قبل تمام التنفيذ :

تنص المادة (499) تنفيذ (... ولا يجوز قبول منازعات التنفيذ الوقتية بعد تمام التنفيذ ...) وكما هو معلوم لنا مما سبق أن الغرض من رفع الإشكال هو طلب الحكم بوقف أو استمرار التنفيذ مؤقتاً ؛ فإذا رفع الإشكال الوقتي بعدم تمام التنفيذ ؛ يحكم قاضي التنفيذ بعدم قبوله ؛ لانتهاء المصلحة من رفعه . ذلك يعني أنه إذا تم التنفيذ ؛ فإنه لا تكون ثمة مصلحة من الحكم بوقف التنفيذ أو الاستمرار فيه ؛ فالتنفيذ الذي تم لا يجدي الحكم بوقفه ، ولا حاجة إلى الحكم في استمراره ، وغاية الإشكال هو دفع خطر التنفيذ أو خطر تعطيله ، ولا محل لهذا بعد تمام التنفيذ .⁽²⁾ وأساس عدم القبول هو عدم توافر شرط الاستعجال (بالإضافة إلى انتهاء المصلحة كما سبق) ، فالقانون لا يعطي للشخص الحق في طلب إجراء وقتي لتفادي حالة تحققت بالفعل .⁽³⁾ ولا يكون للمستشكل - تبعاً لعدم قبول إشكاله - سوى طلب بطلان إجراءات التنفيذ ، وذلك بإثارة منازعة موضوعية فيه، وليس بإثارة منازعة وقتية (إشكال وقتي)⁽⁴⁾ وتفريعاً على هذا الشرط ، يثور تساؤل وهو : ما الحكم إذا تم التنفيذ بعد رفع الإشكال ؟ وقبل الحكم في هذا الإشكال ؟

ثار خلاف فقهي قانوني حول جواز الاستمرار في نظر الإشكال من عدمه ؛ فذهب بعض الفقهاء إلى وجوب رفض الإشكال ؛ لانعدام المصلحة فيه (أي زوالها) ولاستحالة تنفيذ الحكم الصادر فيه ، في حين ذهب محكمة النقض المصرية وجمهور الفقه القانوني في هذا الخصوص إلى رأي عكسي ، حيث يرون أن تمام التنفيذ بعد رفع الإشكال لا يمنع من الاستمرار في نظره ، وإصدار حكم بوقف التنفيذ؛ وحجتهم في ذلك أنه ينبغي الاعتداد بمركز الخصوم وقت رفع الدعوى ؛ حتى لا تتأثر مصالحهم ويضارون من إجراء تأخير الفصل في القضايا ، ولأن القول بغير ذلك يدفع إلى استهتار الدائنين واستمرارهم في الإجراءات رغم تقلص الإشكالات ، وهذا هو الرأي الراجح ، ويترتب على الأخذ به أنه إذا حكم قاضي التنفيذ في الإشكال بوقف التنفيذ فإن الإجراءات التي اتخذت بعد رفعه تعد كأن لم تكن ، ويرد الحال إلى ما كان عليه وقت رفع الإشكال .⁽⁵⁾

أما القانون اليمني فلم يتضمن جواباً صريحاً لمثل هذا السؤال ، ولكن تنص المادة (499) تنفيذ (... ولا

يجوز قبول منازعات التنفيذ الوقتية بعد تمام التنفيذ) فيتبين من هذا النص أن منازعة التنفيذ الوقتية (الإشكال الوقتي) تقبل قبل تمام التنفيذ وفقاً لمفهوم المخالفة ، وسواء بعد ذلك تم التنفيذ قبل الحكم في الإشكال أم لم يتم وعليه فقبول الإشكال ابتداء عند رفعه يقتضي أخذه بعين الاعتبار ، والسير في إجراءاته والفصل فيه ؛ استصحاباً للأصل (قبوله ابتداءً) ولا يحكم برفضه حتى لو تم التنفيذ قبل الحكم فيه ، وليس معنى قبوله ابتداءً إلا هذا ، وإلا فما فائدة أن يقبل ثم يرفض بعد ذلك إلا أن يكون قاضي التنفيذ عابثاً ومخالفاً لمراد مفهوم المخالفة لذلك النص وهذا مما لا يجوز له.

1 - المرجع السابق ، ص 91 وما بعدها "بتصرف" .

2 - د. راغب ، مرجع سابق ، ص 370 وما بعدها .

3 - د . فححي والي ، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي ، ط1 ، 1978م ، ص 326 وما بعدها .

4 - د . عزمي ، مرجع سابق ، ص 729 .

5 - راجع في هذا المعنى د . عزمي ، مرجع سابق ، ص 730 ؛ د. راغب ، مرجع سابق ، ص 371 .

ومن جهة أخرى فقد تضمنت المادة (294) مرافعات أنه (... وعندما تأمر المحكمة بوقف التنفيذ ينسحب أمرها على جميع إجراءاته من تاريخ طلب وقف التنفيذ...) فقياساً على هذا النص الخاص بوقف التنفيذ من قبل المحكمة العليا؛ فلقاضى التنفيذ أن يستمر في نظر ذلك الإشكال والحكم فيه حتى لو تم التنفيذ أثناء نظره؛ فلو حكم بوقف التنفيذ المطلوب في هذا الإشكال، فإن الحكم ينطبق وينسحب بأثر رجعي على ما تم من الإجراءات من وقت رفع الإشكال إلى حين صدور هذا الحكم، ولا ينسحب على ما تم من إجراءات قبل رفع الإشكال. ومن جانب آخر؛ فإن السند التنفيذي إذا اشتمل على أكثر من إلزام، وتم تنفيذ أحدها؛ فإنه يمكن رغم هذا طلب وقف تنفيذ السند بالنسبة للإلزام الذي لم ينفذ بعد بمعنى أنه إذا كان قد تم القيام بعمل فإنه لا يقبل طلب وقفه، وإنما يمكن طلب وقف ما يليه. وتطبيقاً لهذا إذا كان الحجز قد تم، فإنه لا يقبل طلب وقفه، وإنما يمكن طلب وقف الإجراءات التالية له، وإذا أعلن عن البيع، فلا يقبل طلب وقف الإعلان وإنما يمكن طلب وقف البيع نفسه.⁽¹⁾

5- يجب أن يقدم الإشكال الوقي وأن يفصل فيه قبل الفصل في المنازعة الموضوعية :

إن القاعدة العامة تقضي بأن الحكم في الإشكال الوقي هو حكم مستعجل وتنتهي فاعليته القانونية بصدور حكم في الموضوع؛ وبناءً على ذلك لو صدر حكم موضوعي يتعلق بالتنفيذ قبل صدور حكم بالإشكال الوقي المؤسس عليه؛ فإنه يغني عن صدور الحكم الوقي.⁽²⁾

ويشترط في هذه الحالة أن يكون الحكم الموضوعي حائزاً لقوة الأمر المقضي فيه أي ألا يكون قابلاً للطعن بالاستئناف.⁽³⁾

6- إذا كان الإشكال الوقي (منازعة التنفيذ الوقية) مرفوعاً من غير الملتزم في السند التنفيذي؛ فإنه يستوجب لقبول هذا الإشكال اختصاص الطرف الملتزم في السند التنفيذي؛ فإذا لم يقم المستشكل بهذا الاختصاص، تكلفه المحكمة به خلال ميعاد معين فإن لم يفعل؛ يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم قبول الإشكال إذا أصر المستشكل على موقفه.⁽⁴⁾

وهذا ما أقرته المادة (500) تنفيذ، عندما نصت على (إذا رفعت منازعات التنفيذ من الغير؛ فيجب اختصاص جميع الأطراف الملتزمين في الطرف التنفيذي ومن وجهت إليهم إجراءات التنفيذ، وإلا حكمت محكمة التنفيذ برفضها) وفي الحقيقة - كما يظهر من النص - أن هذا الشرط يلزم توافره سواء كانت منازعة التنفيذ المرفوع من الغير وقتية أو موضوعية، ثم أن المادة ذيلت ب (... وإلا حكمت محكمة التنفيذ برفضها) وكان الأحرى أن تذييل ب (... وإلا حكمت محكمة التنفيذ بعدم قبولها) وذلك لأن الحكم بالرفض قضى في الطلب موضوع الدعوى، بعد النظر والسير في الإجراءات بينما الأمر يتعلق بمدى توافر الشروط اللازمة لقبول الدعوى (منازعة التنفيذ المرفوعة من الغير) بصرف النظر عن مدى أحقية المدعى في دعواه.

الخاتمة:

في ختام هذا البحث أود الإشارة إلى المواضيع التي تطرقت إليها الدراسة بإيجاز حيث قسمت دراستنا هذه إلى مبحثين سبقهما مقدمة ولحقتهم خاتمة.. وقد خصصنا المبحث الأول للتعريف بمنازعات التنفيذ وخصائصها بشكل عام وما يميزها عن غيرها من النظم الأخرى المشابهة.

1 - د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، مرجع سابق، ص 326 "بتصرف".

2 - د. سعيد الشرعي، مرجع سابق، ص 93 وما بعدها.. مع إشارته في هامشه إلى د. أمينة النمر.

3 - د. أمينة النمر، مرجع سابق، ص 283.

4 - د. نجيب الجبلي، مرجع سابق، ص 443 وما بعدها.

أما المبحث الثاني: فقد خصصناه لدراسة شروط منازعات التنفيذ العامة والخاصة للمنازعة ، ثم أقمنا البحث بخاتمة نحن بصدد عرضها ، وأود أن أبين فيها عدداً من النتائج التي كشفت عنها الدراسة ، وأسرد جملة من التوصيات التي خرجتُ بها ؛ وعلى النحو التالي بيانه :

أولاً : النتائج :

1. إن منازعات التنفيذ نظمها المشرع مراعاةً للمصلحة وتحقيقاً للعدالة ، تنشأ بمناسبة التنفيذ الجبري ، بحيث يكون هو سببها ، وقد تكون هي عارضاً من عوارضه .
 2. إن إجراءات التنفيذ الجبري قد تسير من مبتدأها إلى منتهاها دونما رفع أي منازعة (موضوعية أو وقتية) فيه .
 3. إن منازعات التنفيذ الجبري قُسمت وفقاً لطبيعة الحكم المطلوب صدوره فيها إلى منازعات موضوعية ومنازعات وقتية ، فالموضوعية هي التي يطلب فيها حسم موضوع المنازعة ، كطلب الحكم بصحة التنفيذ أو بطلانه ، أما الوقتية فهي التي يطلب فيها الحكم بإجراء وقتي حتى يفصل في موضوع المنازعة كطلب الحكم بالاستمرار في التنفيذ حتى يحكم بصحته ، أو طلب الحكم بوقفه حتى يحكم بطلانه .
 4. إنه أثناء منازعات التنفيذ الموضوعية يمكن للخصم أن يطلب وقف التنفيذ أو الاستمرار فيه حتى يتم الفصل في هذه المنازعة .
 5. إن منازعة التنفيذ الوقتية تندرج ضمن المسائل المستعجلة في المادة (240) مرافعات .. عن طريق القياس .
- ثانياً : التوصيات :

1. نوصي المشرع اليمني بأن يعدل نص المادة (432) ، بحيث يرتب على رفع دعوى استرداد المنقولات المحجوزة أمام قاضي التنفيذ ، وقف التنفيذ بقوة القانون ولا يجعل ذلك راجعاً لإرادة القاضي .
 2. كما نوصيه أن يرتب على رفع دعوى استحقاق العقار - كله أو بعضه - عند استيفاء شروط قبولها وقف إجراءات بيع هذا العقار بقوة القانون ؛ وليس بحكم المحكمة .
- وعلة الوصيتين السابقتين ؛ هي رعاية مصلحة المدعي ؛ لاحتقال أن يكون هو المالك الحقيقي لما ادعى به ، ما لم فسيفقد عين ماله ، وهذا نوع من الظلم المنهي عنه ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن غالبية قضاة يمن المحكمة ذمهم فاسدة وخاربه ، لا يتورعون معها في أحكامهم ، وأعمالهم ذات الصلة ؛ وبالتالي فليس من المستساغ ولا من المصلحة أن يكون حالهم هذا مسوغاً لأن يُجعل ذلك الأمر لإرادتهم أو تحت تصرفهم .
- ورعايةً لمصلحة الطرف الآخر من امتداد زمن الخصومة ، وتأخر إنجاز التنفيذ ، أو أن المدعي قد يقصد في دعواه تلك المماثلة واستهلاك الوقت واستنزاف الزمن ، بما لا طائل تحته ؛ مما يؤدي إلى الإضرار بالطرف الآخر فيلزم المشرع أن يقرر نظر مثل هذه المنازعات بإجراءات سريعة .
3. ونوصيه أيضاً بأن يعيد صياغة المادة (500) تنفيذ ، بحيث يذيلها بـ (... وإلا حكمت محكمة التنفيذ بعدم قبولها ، ويلغى التذليل السابق (... وإلا حكمت محكمة التنفيذ برفضها ..) ؛ وذلك لأن الحكم بالرفض قضاءً في الطلب - موضوع الدعوى - بعد النظر والسير في الإجراءات ، بينما سياق المادة يتحدث عن توافر الشروط اللازمة لقبول الدعوى (منازعة التنفيذ المرفوعة من الغير) بصرف النظر عن مدى أحقية المدعي في دعواه .

4. نوصي قضاء التنفيذ اليمني عند إرادة إجراء التنفيذ الجبري أن يتأكد من توافر جميع الشروط اللازمة لإجراءاته ، ثم السير في إجراءاته وفقاً للطرق المرسومة شرعاً وقانوناً ؛ لتفادي حصول منازعات فيه ؛ كون هذه المنازعات قد تعيق صاحب الحق من سرعة الوصول إلى حقه ، فالمطل في إيصال الحقوق لأهلها - العدل البطيء - نوع من الظلم ، والمتسبب فيه - وهو سلطة التنفيذ غالباً - أولى بالعقوبة والتسفيه ممن عليه الحق .

قائمة بأهم المراجع

الكتب القانونية:

1. د / أحمد هندي ، د / أحمد خليل : قانون التنفيذ الجبري ، دار المطبوعات الجامعية ، 1999م .
2. د / أمينة مصطفى النمر: قوانين المرافعات ، الكتاب الثالث ، منشأة دار المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1975م .
3. د / سعيد خالد علي جباري الشرعي : الموجز في أصول قانون القضاء المدني (دراسة في أساسيات قانون المرافعات اليمني رقم (40) لسنة 2002م) ، الطبعة الثالثة ، بدون اسم الناشر ، 2003 / 2004م .
4. د / عاشور مبروك: الوسيط في التنفيذ وفقاً لمجموعة المرافعات الحالية (دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية) ، الكتاب الأول ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية القاهرة ، 2004م
5. د / عبد المجيد أحمد سعيد الصلوي : إجراءات التنفيذ الجبري وفقاً للقانون رقم (40) للعام 2002م بشأن المرافعات والتنفيذ المدني ، الطبعة الأولى ، مركز التصوير الحديث للخدمات المعرفية ، 2009م .
6. د / فتحي والي ، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي ، بدون اسم الناشر ، 1978م .
7. د / محمد عبد الخالق عمر : مبادئ التنفيذ الجبري ، الطبعة الثالثة ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1977م .
- 10- د / محمود محمد هاشم : إجراءات التقاضي والتنفيذ ، عمادة شؤون المكتبات ، جامعة الملك سعود ، 1989م .
- 11- د / مطهر عبده محمد الشميري : إجراءات التنفيذ الجبري ، بدون اسم الناشر ، بدون تاريخ النشر
- 12- د / نبيل عمر ، د / أحمد هندي : التنفيذ الجبري قواعده وإجراءاته ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2003م .
- 13- د / نجيب أحمد عبد الله : قانون التنفيذ الجبري دراسة مقارنة للقانون اليمني ومشروع تعديله ، مركز الشرعي للطباعة والنشر والتوزيع ، 2002 / 2003م .
- 14- د / وجدي راغب : النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الثانية ، دار
- 15- الإنترنت : موقع ماكس تكنولوجي .

القوانين:

قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني رقم (40) لسنة 2002م.

النقابة في الجزائر من منظور تشريعي-النشأة والتطور-

بن حمزة حورية

أستاذة مساعدة(أ) -قسم علم الاجتماع

كلية العلوم الاجتماعية -جامعة الطارف- الجزائر

houribenhamza@yahoo.fr

الملخص:

إن التحولات الاقتصادية والسياسية التي تعيشها الجزائر، قد أدت إلى جملة من التغيرات في العلاقات الاجتماعية لمحيط العمل، وخاصة في المستوى البنائي والوظيفي للجهاز النقابي، فهذه المنظمة التي جردت من السلم الاجتماعي وتحولت من هيئة تنفيذية للدولة في عهد الاشتراكية إلى منظمة مطلية لها الاستقلالية التامة في الممارسة وفي الدور النقابي للدفاع عن المصالح العمالية ان الحركات العمالية التي تعيشها الجزائر بسبب ما تواجهه من مشاكل الاستغلال و البطالة والغلاء المعيشي والتهميش المهني والاجتماعي، تتحدى اليوم هذا الواقع السيئ وتعمل على تفعيل الدور النقابي حتى يصبح أكثر نشاطا وأكثر حرية، وحتى تستطيع الطبقة العمالية مواجهة مخلفات كل التحولات السوسيو- مهنية لنظام وآليات العولمة.

Résumé :

les changements économiques et politiques survenus en Algérie, ont donnes, en ensemble des variations sur le système des relations sociales en particuliers au niveau institutionnelles et organisationnels des syndicats des travailleurs, cette organisation se retrouve dépourvue de son statut social et s'est transforme d'un appareil exécutif étatique durant la période de la gestion socialiste a un organisme revendicatif indépendant. Depuis, de très nombreux travailleurs dans diverses industries qui constituent des mouvements de revendication et protestation se retrouvent limogés. De ce constat, l'Algérie, à l'instar d'autres mouvements ouvriers , est confrontée à de lourds problèmes socio-économiques. Le mouvement syndical actif, et plus libre à un rôle indéniable afin de relever les énormes défis générés par la mondialisation.

تمهيد:

يعد العمل النقابي وما تبعه من حركة عمالية من خلال مسارها التاريخي، من المواضيع الحافلة بالأحداث المعقدة وأيضاً المتشابكة في اتجاهاتها و في أهدافها ، فوفقاً للتطورات السياسية التي شهدتها العالم باختلاف أنظمتها تعقدت المهام النقابية وازدادت تعقيداً بعد التحولات الاقتصادية التي وأكبت التحول السياسي في العلاقات الدولية وخاصة الدول الرأسمالية الغربية كفرنسا وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية باعتبارها دولا رائدة في العمل النقابي ، فهذه الأخيرة كانت ميداناً هاماً لحركة عمالية واسعة ناضلت لمحاربة الاستغلال فكانت ممارسة نقابية واعية انعكست على علاقات العمل وضمنت حقوقاً عمالية و كذا غيرت من النظام السياسي ، لتعم بعدها هذه الحركة باقي دول العالم ، ومنها دول العالم الثالث . لكن ما يلاحظ اختلاف ضمني للأوضاع الاقتصادية والسياسية للدول النامية ، مع تباين في الظروف الاجتماعية التي تعيشها هذه الدول قبل وبعد استقلالها. من هنا فإن الحديث عن النقابية كمجال للعمل النقابي في العالم ثم في الجزائر، يفرض علينا في هذا المقال تحليلاً نقدياً شاملاً لمختلف القوانين التشريعية التي منحت الطبقة العمالية الحق النقابي، وكذا عرض عام لأبرز الاتجاهات النقدية و لأهم النظريات السوسيولوجية التي تناولت تطور النقابات وتباين اتجاهاتها، كما يستوجب منا عرض تاريخية الحركة النقابية في العالم ، قصد رسم مقارنة واضحة عن النقابات في العالم والنقابات المحلية من حيث أهدافها، مهامها واتجاهاتها، وهذا ما نخصه في محتويات هذه الورقة .

أولاً) النماذج النقابية في العالم:

تمثل النقابات نماذج متنوعة ومختلفة من حيث نشأتها ومن حيث أهدافها وهي:

يعد النموذج الأول أقدم التنظيمات النقابية وهو نظام الطوائف ، والطائفة هي " تنظيم حرفي يجمع بين أصحاب العمل والعمال في مهنة واحدة كطائفة النجارين والنحاسين والصاغة والحدادة"⁽¹⁾، وعلى إطار نظام الطوائف توجد نقابات لنفس العمال في نفس الحرفة (المهنة) كنقابة الميكانيكيين أو النحاسين وغيرها... وتهدف هذه الطوائف كنقابات إلى حماية المصالح العمال المتشابهة في القطاع الواحد من الجانب التنظيمي والاقتصادي والمهني والاجتماعي للوصول إلى صياغة قانون موحد يحمي هؤلاء العمال المنضمين إلى نفس الطائفة(المهنة أو الحرفة الواحدة)والطائفة الحرفية تضم أصحاب الاعمال والصناع .

النموذج الثاني يمثل النقابات الصناعية فهي تنظيم يجمع كل العمال المشتغلين في أي صناعة يكون نشأتها على خلفية اختيار نظام الطوائف وذلك لأسباب منها: " تراكم الثروات في يد المعلمين التي كونت فئة بورجوازية ناشئة استطاعت توجيه الطوائف الحرفية إلى طوائف تجارية ومنه إلى مصانع يدوية والتي أخذت تتوسع بظهور الثورة الصناعية وتوسع الأسواق التجارية"⁽²⁾.

أما النموذج الأخير أي النقابات العامة فهي مجموع النقابات التي تضم كل العاملين في العديد من الصناعات المختلفة بخلفية إيديولوجية نقابية أو كونها تجمع واسع لنقابات القطاع الصناعي العام ليؤسس اتحاد عمالي.

(1) علي محمود إسلام الفاز: علم اجتماع الصناعي، دار المعارف، ط2، القاهرة 1985، ص 82.
(2) المرجع السابق، ص 105.

وفي مسألة الأداء الوظيفي للنقابات فإن تصنيف النقابات يحدد أنواعا مختلفة في هذا المجال وهي كالاتي⁽¹⁾:

***النقابة المعارضة:** وهي التي تكافح في سبيل حماية نفسها على الصعيدين المهني والاقتصادي وتشكل دفاعا عن الطبقة العاملة الضعيفة والفعل النقابي يكون فعلا طبقيًا وثوريا ومعاديا للتسويات السياسية، وكان الدور الدفاعي للنقابية مزدوجا في المهمة المطلوبة اليومية والمهمة الثورية (أي أن هذا النوع يعد طرفا معارضا للإدارة وللمسير ولرب العمل).

***النقابة المراقبة:** إن المشروع الصناعي من الوسائل التي تحدد كيفية الانتقال من تصميم اقتصادي إلى تنفيذ تقني جعل طبيعة العلاقات توجه مشاركة جميع الأجراء في الإدارة. فنجاح المشروع الاقتصادي يتطلب ضرورة تنسيق جميع الجهود نحو هدف واحد مشترك، دفع في بعض المصانع إلى تحويل النقابة إلى منظمة رقابية. فهذا النموذج يهدف إلى التقليل من وجود المشكلات التنظيمية من خلال مشاركة العمال في التسيير (كما هو في الولايات المتحدة الأمريكية).

***النقابات المشاركة في السلطة:** وهي نوع آخر من النقابات التي لها انتماء إلى حزب حاكم كما هو في البلدان الاشتراكية كالإتحاد السوفييتي سابقا حيث أن النقابة تتحمل التزامات تحقيق أهداف الخطة السياسية أو المشروع الاقتصادي العام ويكون لها دور التثقيف والإعلام العمالي. ولهذا النموذج عدة عيوب أدى إلى فشلها وذلك للتداخل بين دور النقابات في التنظيم الصناعي ومن هذه التصنيفات نرى بأن تواجدها كان لطبيعة " التنظيم الصناعي الحديث الذي اقتضته ظروف التقدم الصناعي فقد أوجد هوة عميقة وواسعة فصلت العمال عن أصحاب الأعمال ... إذ كان إهتمام أصحاب المصانع قاصرا على الحصول على الأيدي العاملة وليس على الإبقاء عليها"⁽²⁾.

- التطور التاريخي للمنظمات النقابية الدولية:

تخطت المنظمة النقابية حدود الإقليم والبلد الواحد لتصبح منظمة عالمية تجمع عديد من الدول ولتوحد فيما بينها مبادئ هذا التنظيم في مساره النضالي ضد الاستغلال الرأسمالي للطبقة العاملة، ونبين في هذا الجزء مراحل التطور التاريخي لمنظمات نقابية دولية على النحو التالي⁽³⁾:

أ) **أول منظمة عمالية دولية سنة 1864-1876:** تتمثل في تجمع منظمات من العمال الأوروبيين من إنجلترا وفرنسا وألمانيا وجاء ذلك نتيجة لجلب إنجلترا عمالة أجنبية للقضاء على الإضرابات سنة 1850 ولقد أوجد هذا الإجراء لدى نقابات العمال البريطانيين شعورا بالحاجة إلى تكوين منظمة دولية لحماية العمال، فعقد أول اجتماع في لندن سنة 1864 حضره ممثلون عن إيطاليا، فرنسا، بولونيا، ألمانيا وسويسرا وفي هذا الاجتماع قدم كارل ماركس خطابا موجها إلى الطبقة الشغيلة في أوروبا.

ب) **المنظمة العمالية الدولية الثانية بين 1868 إلى 1914:** شهدت أوروبا الغربية في سنوات 1880 إلى 1890 إضرابات بسبب سلبات التصنيع الذي أخذ ينتشر على أسع نطاقه فأقرت الفئات العمالية بضرورة

(1) جورج فريدمان وبيار نافيل: **سوسيولوجيا العمل**، الجزء 2، مكتبة العالم بيروت، 1989، صص 330-348.

(2) حسن الساعاتي: **علم الاجتماع الصناعي**، دار النهضة العربية، بيروت، 1980، صص 119-120.

(3) فلورينس بيترسون: **النقابات العمالية، تاريخها، حقيقتها، عملها**، ترجمة إميل خليل بيديس، المؤسسة الأهلية للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 1972، صص 164-170.

وجود تعاون دولي لحماية العمال فكان تكوين المنظمة الدولية الثانية في باريس 1889 وفي هذا التاريخ كان الإقرار على قصر ساعات العمل إلى 8 ساعات وإقرار اليوم الأول من مايو 1890 عيداً للعمال.

ج) المنظمة الدولية الثالثة بين 1914 إلى 1929 : وذلك بعقد مؤتمر في موسكو سنة 1919 حضره وفود 37 دولة من بينهم زعماء العمال الصناعيين الأمريكيين العاملين الذين انحازوا إلى الشيوعية وأيدوا لينين وكان عقد مؤتمر المنظمة الثالثة سنة 1920 ليقوم بإنشاء الأقسام والفروع الشيوعية في كل أنحاء العالم، كما تم عقد مؤتمر " للكونغرس " (2) سنة 1921 اضطر لينين إلى تكوين خلايا نقابية في الدول المنتهجة للنظام الشيوعي وفي دول القطب الرأسمالي لتقوية النفوذ الشيوعي إلا أن اتجاه آخر يضم الاشتراكيين في أوروبا رفض التعاون معه فانشق عن اتحادهم سنة 1922 ما يسمى " بالانترناسيونال العمالي الاشتراكي " الذي كان أقرب إلى المنظمة الدولية الثانية وبعدها كان تأسيس " عصبة تنقيف النقابات ".

د) الاتحاد الدولي لنقابات العمال: أمام قوة ونشاط المنظمات الدولية الموالية للماركسية الشيوعية كان إنشاء نقابات العمال النظامية (3) فعقد مؤتمر له في باريس سنة 1889 لتشمل دول أوروبا الغربية كبريطانيا والولايات المتحدة وأسس بعدها الاتحاد الدولي للنقابات عام 1913 في سان فرانسيسكو ثم في امستردام ليعلن عن إنشاء الاتحاد الدولي للعمال.

هـ) منظمة العمل الدولية (OIT) (4): تختلف هذه المنظمة عن جميع ما سبق ذكره من منظمات دولية فهي فرع من معاهدة الصلح التي عقدت بعد الحرب العالمية الأولى 1919 في باريس وهي الآن من أهم المنظمات العالمية التي تعالج قضايا النقابية في حماية شروط العمل ومقرها جنيف بعد 1945.

وعلى هذا المسار يتضح أنه لا جدوى من النضال النقابي على مستوى الدولة وإنما يجب أن يكون تحالف النقابي على مستوى أوسع إقليمياً ودولياً لحماية المصالح العمالية وللتواصل والتنسيق والإعلامي بين النقابات ولتحديد قوانين عمل موحدة عالمياً لهدف المواجهة محاربة النظام الليبرالي خاصة بعد دخول العالم إلى اقتصاد سوق، وبعد الإعلان عن نظام ما بعد الشيوعية (ما بعد الاقتصاد المخطط).

ولقد اقتصت هذه المنظمات إلى صياغة " قانون العمل " الذي يضم اتفاقية بين رب العمل والنقابة في شكل وثيقة مؤلفة من عدد من الصفحات فكانت تحتوي على النقاط التالية (5):

- 1- نوع الاعتراف بالنقابة
- 2- الأجر الأساسية وساعات العمل بما فيها الساعات الإضافية وكل ما يتعلق بالمواضيع التي تؤثر على كسب العامل.
- 3- أنظمة الأقدمية.
- 4- الإجراءات الصحية والإجراءات المتخذة لتأمين العامل على حياته.
- 5- الإجراءات المتبعة لتسوية الخلافات أثناء العمل وإجراء التفاوض لإبرام عقد عمل جديد.

(2) الكونغرس: هي مجلس النواب في ظل الحكم الشيوعي اللينيني بعد ثورة 1917.
 (3) النقابات النظامية: هي مجموع النقابات التي تناضل في القاعدة (أي على مستوى الوحدات الانتاجية).
 (4) منظمة العمل الدولية، ارجع إلى الموقع الإلكتروني: www.ilo.org OIT:
 (5) فلونس بيترسون: مرجع سابق، ص 140.

وكان يحدد " قانون العمل " دور النقابة في المفاوضات بين أرباب العمل والمستخدمين وخاصة فيما يتعلق بوضع الأسس والشروط التي يعمل المستخدم بموجبها كما استعيض عن القانون ذي الناحية الواحدة بقوانين ونظم أخرى تتعلق بالعامل وبصاحب العمل على حد سواء ويشترك الطرفان في وضعها.

وبهذا تكون المنظمات النقابية الدولية منظمات مرجعية بالنسبة لأي فرع نقابي يتخذ أسلوب الدفاع عن المصالح العمالية . كما كان للحركة النقابية في العالم في بعدها النضالي خارج حدود الإقليم وقع على تنوع وتعدد المنظمات الدولية المدافعة عن حقوق الطبقة العمالية والتي منها⁽¹⁾:

- الاتحاد الدولي للنقابات .
- منظمة العمل الدولية.
- مؤسسة دبلن.
- المركز الدولي لحقوق النقابات .
- الاتحاد الدول للعمل.
- مؤسسة الأمم المتحدة للنساء.
- الاتحاد الأوروبي للنقابات.
- المسيرة العالمية ضد تشغيل الأطفال وغيرها ...

ثانياً) المقاربات النظرية و الاتجاهات السوسولوجية المعالجة لتطور الحركة النقابية:

لقد تنوعت النظريات حول العمل النقابي ومسار الحركة النقابية ، فكانت مختلفة في المناهج ومتباينة في النتائج ، أما عن البحوث والدراسات التي تناولت بالدراسة والتحليل موضوع " النقابة " من المنظور البنائي والوظيفي وهناك العديد من الاتجاهات النظرية التي تناولت نشأة النقابات ومسارها التاريخي ، والتي سعت الى تفسير دور ووظيفة التنظيمات النقابية كحركة اجتماعية هامة في تطور المجتمعات الصناعية وفي هذا المضمار نقوم بعرض البعض منها :

1-الاتجاه الإصلاحية:

أ- نظرية سليج برلمان Selig Perlman⁽²⁾ : لقد حدد هذا العالم مرحلة تشكيل العمال للنقابات ، بكشفه عن القواعد التي تحكم سلوكياتهم في العمل وكانت بحوثه تتناول بالدراسة خلفية المنظمة النقابية لعمال الطباعة في الولايات المتحدة التي تعود نشأتها إلى سنة 1851 واستخلص دور التضامن ونوع العلاقات التي تجمع العمال بانتمائهم إلى عضوية رفاق العمل تجمعهم مصالح موحدة ،ومنه السعي إلى حماية مناصبهم وصيانة أمورهم مثل: التعيين والتقاعد والفصل وساعات العمل وغيرها...

إن ما يقدمه " برلمان "⁽³⁾ من أفكار في شأن القواعد التي تحكم المنظمات النقابية هو الذي أدى إلى تشكيلها بحيث تحركت عن الوعي العمالي ومسألة الندرة ويقصد بذلك أن العامل يدرك تماماً أنه غير قادر على الاستفادة من الفرص الاقتصادية المتاحة

(1) آلان غريبتش وآخرون: **أطلس العولمة**، ترجمة سمير العطية ، مطبعة دار الكتب ، لبنان 2003، ص 211.

(2) السيد حنفي عوض: ، **علم اجتماع العمل الصناعي**، مكتبة وهبة، القاهرة 1992 صص 169- 172.

(3) المرجع السابق، مأخوذ عن :

للعمل أي أنها فرص عمل نادرة وبالتالي كان الدافع الأساسي لتشكيل النقابات هو حماية المنصب ، حيث يرى " بارلمان " ان النشاط النقابي هذا ، قد أخذ أبعاد تعكس وعي العمال سماه " بالوعي بالندرة في سوق العمل " **Conscionness of society**⁽¹⁾ ، وهو وعي لمسه في جانبيين احدهما داخلي ذو طبيعة ذاتية والآخر خارجي ذو طبيعة موضوعية، ويقصد بالأول ما يقدم من فرص عمل بشعور العامل بأنه لا يستطيع أن يستغل فرص اقتصادية أخرى خارج ميدان العمل ، أما الثاني فهو وعي واقعي بحيث يبين الاقتصاد الليبرالي ندرة حقيقية في سوق العمل وتعرض العمال للبطالة بسبب التنافسية في اقتصاد السوق.

ب- نظرية فرانك تاننباوم Frank Tannenbaum: ترى هذه النظرية بأن نشأة النقابة يعود إلى "نفور العمال من مجتمعهم الصناعي والعمل فيه هو الأساس الذي يناضلون من أجله، ليعيدوا الحياة لمجتمعهم القديم الذي كان يشبعهم بالمكانة والأمن الاجتماعي"⁽²⁾.

ويقصد هنا بالتطور الحاصل في العلاقات الصناعية من حيث تقسيم العمل وتعهده في ظل التطور التكنولوجي ، وظهور المصنع الكبير الذي كان سببا في هجرة الفلاحين من مجتمعاتهم المحلية وجعلهم أقل مكانة وأكثر استغلالا من حيث ساعات العمل الطويلة والأجور القليلة وعدم الأمن الاقتصادي...

فحسب رأيه النقابة العمالية تنشأ من خلفية ظرفية تميزها الحاجة الاجتماعية والنفسية للعمال، فالتطور الاقتصادي وما صاحبه من أهداف مادية نفعية للكسب وفي المقابل لاستغلال العامل الذي أصبح مجرد أداة لتحقيق الإنتاج وبذلك أفقده الجانب المعنوي وكذلك الراحة النفسية، فحسب موقف " تاننباوم " أن النقابة تسعى دائما إلى الهدف الاجتماعي وتقوم بذلك على إعادة شعور العامل بانتماؤه وبدوره " كما تجعل للحياة معنى آخر باشتراك العمال في نسق واحد من القيم "⁽³⁾.

إن تفسيراً كهذا هو تصور للحركة النقابية على أنها جاءت للانعكاسات السلبية التي خلفتها الثورة الصناعية وجعلت فيها شعورا بالاغتراب العمالي في الصناعة وهي من المسائل التي تعرض إليها " كارل ماركس " في نقده للنظام الرأسمالي وبذلك فنشأة النقابات هي فعلا لسيرورة العمل الصناعي الذي انتقل من نظام العمل الحرفي والمانيفاكتورية إلى نظام صناعي ضخم.

ج- نظرية سيدني وباتريس ويب Sidney and Beatrice Webb: إن الهدف الأساسي للحركة النقابية حسب آراء هذان العالمان هو أن العمال تضامنوا وشكلوا نقابات تهتم بالظروف الاقتصادية لمخطط العمل ومحاوله " وضع قواعد عامة للتحكم في الأجور وعدد ساعات العمل وتنفيذ الأمن الصناعي والصحة ... وتنسيق لظروف العمالة لصالح العمال، وذلك عن طريق تحديد عددهم في مجالات العمل المختلفة أو تحديد من له حق الاشتراك في نقابة ... "⁽⁴⁾.

ويقصد بالإشراك في النقابة الطريق التنظيمي الذي من خلاله يحصل العامل على تأمين من عدم الحصول على الأجر أثناء الإضراب أو البطالة وعلى ذلك يكون أسلوب المساومة الجماعية وأيضا اللجوء إلى التشريع وهي وسائل ثلاثة تقوم بها النقابة لتحقيق مساواة بين العمال والإدارة كقواعد عامة في العمل.

S.Perlmans, A theory of labor mouvement, Augustus M.Kelly , New York 1970, pp 262 -318

(1) عبد الباسط محمد حسن: علم اجتماع صناعي، مكتبة غريب، القاهرة ، ط3، 1982، ص208.

(2) السيد حنفي عوض، مرجع سبق ذكره ، ص 173.

(3) المرجع السابق مأخوذ عن :

.F.TannenBaum :philosophie du syndicalisme_knopf,newyork,1951, pp 334- 336.

(4) سيد حنفي عوض، مرجع سبق ذكره ، ص 177.

ويؤكد كل من " سيدني وباتريس واب " على أن هناك عامل آخر والمتمثل في ضعف العامل أمام قرارات صاحب العمل وتهميشه له ، الشيء الذي يدعم هذا الضعف هو المنافسة بين الزملاء في العمل فيكون نتيجة ذلك تدهور شروط العمل وعليه فالنقابة تنشأ لمثل هذه الظروف و " لتنظيم قوى العمال المتفرقة وتقويتهم وإعطائهم قوة توازي قوة صاحب العمل واهم الوظائف التي يقوم بها هذا التنظيم حسب كل من " سيدني و باتريس واب " هو الحد من تنافس العمال على مناصب عملهم وعلى قبولهم بأية شروط تعرض عليهم وذلك من خلال توجيه شروط الاستخدام كذلك تنظيم هذه الأخيرة من أجل تحسين الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية للعامل"⁽¹⁾.

2- الاتجاه الثوري: على عكس الاتجاه الإصلاحية فإن هذا الاتجاه الثوري لا يحافظ على الأوضاع السائدة وإنما يدعو إلى التغيير الجذري للمجتمع ككل وعلى النظام نفسه ويدعو إلى تمكين الطبقة العمالية من قيادة السلطة لكونها هي الأوسع حجما ويوجد نص شامل حول النقابات كتبها ماركس وإنجلز والتي تحدد بدقة هذا الاتجاه الثائر على مساوئ النظام الرأسمالي وهناك من أنصار الاتجاه الثوري المتعلق بالحركة النقابية بعد كارل ماركس نحاول تلخيص التنظير الماركسي في مايلي:

أ) - كارل ماركس: يرى ماركس وإنجلز الدور الفعال في العمل النقابي حيث يبين أهمية هذا التنظيم في تحقيق مطالب الطبقة العمالية وتحسين ظروفهم ومن ثم تحدف إلى الدور السياسي والنضال للقضاء على استغلال الرأسمالية في صراع المادية التاريخية ومن خلال الإضرابات والوعي الطبقي يتحقق البناء الاشتراكي، يقول " وإنجلز " : " مع ذلك، لاشك أن للنقابات والإضرابات التي تقوم بها أهمية أساسية لأنها المحاولة الأولى التي قام بها العمال لإزاحة المزاخمة وهي بالواقع تستلزم الوعي بأن سيطرة البورجوازية تتركز بالضرورة على تراحم العمال ... وإذا كانت النقابات تمثل هذا الخطر على النظام الاجتماعي القائم فذاك على وجه الدقة لأنها تحارب ... المزاخمة"⁽²⁾. ويقصد بالمزاخمة بين العمال هو ذلك الصراع القائم فيما بين العمال حول العمل المنخفض الأجر والعمل ذا الأجر الأرفع، وهي سلاح في يد البورجوازية ضد الطبقة العمالية (ما سماه ماركس بالبروليتاريا) ولإزالة هذه المزاخمة قام العمال بتكوين الرابطات وتكوين ما يعرف بالنقابات كما أن للنقابات دور في الجانب الاقتصادي بتثبيت أجور العمال وتخفيض ساعات العمل.

ان التحليل الماركسي للنقابية هو ضمن العرض العام لنظرية القيمة المضاعفة ونظام الاستغلال الطبقي ومنه الصراع بين البورجوازية والبروليتاريا ولا يمكن الفصل بين هذه التحولات التاريخية للرأسمالية، من خلال نظرية ماركس وإنجلز. ويتحدد الفكر الماركسي في " قيمة العمل " التي ركز عليها ماركس وإنجلز، بحيث قدما تعريفا شاملا لقيمة العمل في الاقتصاد السياسي ويعود الفضل لماركس في ذلك عندما كتب في دراسته النقدية للاقتصاد السياسي: أن العمل البسيط هو صنف يبين في علاقاته عن وجود تجانس اجتماعي للفاعلين والتي تنتهي بتحديد مستويات إيديولوجية وفوارق في السلم ومنه صراع الطبقات"⁽³⁾.

ويرى ماركس أن للنقابات بعد سياسي وإيديولوجي بحيث يكون لها الدور القيادي في تحقيق الثورة ضد الرأسمالية و هي التي تعمل على التغيير الجذري للنظام الاجتماعي بتطبيقها نظام الاشتراكية فالنقابات تعمل على " تدعيم الوعي الثوري لدى العمال والوصول بهم إلى الثورة الكبرى ... والعمل الاقتصادي للنقابة لا يعتبر عائقا للثورة ولكنه يأخذ شكلا عاما

(1) عبد الباسط محمد حسن، مرجع سبق ذكره ، ص 213.

(2) ماركس وإنجلز : " الطبقة الكادحة في إنجلترا 1848 " - الحركة النقابية - ، ترجمة : طلال الحسني ، صونيا الخوري طعمة، دار الطليعة للطباعة والنشر ، ط1، بيروت 1975، ص 25.

(3) Michel catier : le travail et ses représentations, ed: des archives contemporaines, Paris 1984, p10(بالتصرف).

ويكافح في سبيله بصورة جماعية وبصفة متواصلة يمكن أن يكون جسرا صلبا للعمل السياسي⁽¹⁾. وهنا يتداخل الاتجاه الثوري للعمل النقابي مع الاتجاه السياسي (يعرض لاحقا).

(ب) - روزا لوكسمبورغ **Rosa Luksonbourg**: في عرضها البحثي حول العمل النقابي لا تفرق بين العمل النقابي وآلياته من إضراب وبين العمل السياسي و ذلك بتحليلها للثورة الروسية⁽²⁾ في تقلد النظام الشيوعي لزاما الحكم ، وهي تعالج دور النقابة كوسيلة ضرورية في يد العمال للوصول إلى تحقيق مطالبهم وبالتالي تكون مجالا فعالا لغايات أكبر تخص العمل السياسي ولا يتوقف عند الجانب المهني والاجتماعي وتنتقد العمل النقابي الذي ينحصر في المجال المطلي المحدود والذي لا يسعى إلى تحقيق الأهداف الكبرى المتمثلة في بناء نظام الاشتراكية وتبين " روزا" في هذا الاتجاه الثوري المتعلق بنشاط ودور النقابة، أن العمل الاقتصادي للنقابة يعد جزءا من الرأسمالية ما لم يعتمد على وعي طبقي يمهد للعمل الثوري تقوده نحو تحقيق العدالة الاجتماعية على مستوى القمة (الحكم) بتطبيقه لما يسمى بديكتاتورية البروليتارية - على تعبير ماركس -

3-الاتجاه السياسي:

(أ) - آلان توران **Alain Touaine** : يرى هذا العالم بأن الحركة العمالية لا تتوقف عند الجانب الاجتماعي بل تصل إلى الغاية السياسية في المجتمعات الصناعية، فالنقابات هي أنساق فرعية - كما يقول - إلى جانب نسق الأحزاب السياسية والسلطة السياسية من النسق الكلي تسعى من خلال مصالح متشابكة الى بناء علاقة فيما بينها بحيث تختلف أشكال هذه العلاقة بالنسبة للنقابات باختلاف الخصوصيات المرتبطة بإيديولوجية النقابة وبمكوناتها البشرية، ويصنف آلان توران⁽³⁾ ثلاثة أنماط من النقابية العمالية حيث تنتقل النقابات من واحدة إلى أخرى وفقا للعوامل السابقة الذكر ويقدم تحليلا للأنماط الثلاثة كالتالي:

1- **نقابية صراعية أو ثورية**: لها إيديولوجية محاربة الرأسمالي واستغلاله للعمال وهدفها تقليص هذا الاستغلال العمالي من خلال صراع دائم تجسده بوسائل الاحتجاج والإضراب.

2- **نقابية الأعمال**: وهي نموذج له إيديولوجية مساواة بين الرأسمالي والعمال وذلك من خلال معاهدة تتم بين المسير والعمال ومن خلال الحوار وتدعيم الأحزاب التي هي في السلطة، آلياتها الإضراب والاحتجاجات على الأجر والأمن وكل ما يخص محيط العمل...

3- **نقابية الواجهة** : وهي ذات إيديولوجية الرأسمالي أولى من العمال، ضد نقابات الصراعية ونقابة الأعمال، وتجسد تعهدات سلمية مع المسير، لضمان السلم الدائم داخل المؤسسة ، وبالتالي لا وجود لأي احتجاج أو مطلية.

وللأنماط السابقة يتم تجسيد ذلك التباين في الأدوار التي تقوم بها النقابات على اختلاف المجتمعات ويوضح " توران" بأن النموذج الأخير من النقابة يفقد الدور والشرعية المبنية على أساس الدفاع عن حقوق العمال المهضومة لصالح التضامن مع السياسي (المسير والرأسمالي) ويبين في أن هذا الإجراء هو مسعى يكون لمصلحة فئوية لقادة النقابية.

(1) جمال النبا : أزمة النقابة، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة 1981، ص 90.

(2) جمال النبا، مرجع سبق ذكره ، صص 105.

(3) **Alain Touraine, Michel. Wicviorka, François. Dubet: le mouvement ouvrier; Paris 1997, p 19** (بتصرف).

(ب) - روبرت ميتشلز **Robert Mitch els**⁽¹⁾: يرى بأن النقابية هي حركة عمالية تسعى في نطاق الديمقراطية إلى أهداف سياسية ولكن بعد أن يقوم العمال بانتخاب قادتهم وممثلهم يصلون إلى مناصب قيادية يتحولون إلى خدمة مصالحهم في البقاء في المنصب حتى أنهم يعمدون على تحقيق نفوذ مادي بتشبيهم بالطبقة البورجوازية، ومن هنا يتعدون عن العمل النقابي وتزيد القطيعة بينهم وبين القاعدة العمالية وفي جانب آخر تسعى الإدارة والدولة على كسب القائد النقابي وتدعيم مركزه حتى يتعد عن خدمة الطلب العمالي ويعود " لميتشلز " هذا التحليل الواقعي من خلال دراسة قام بها على إحدى النقابات في إيطاليا.

(ج) - هارولد لاسكي **Harold Lasky**⁽²⁾: في كتابه حول النقابات العمالية في المجتمع الحديث، يحلل " هارولد لاسكي " النقابة كتنظيم عمالي في المجتمعات الرأسمالية او الاشتراكية، هي تنظيم قائم على خلفية سلطة الدولة بحيث لا تضع قرارات خاصة وإنما بتطبيق ما يضعه المشرع والدولة في عملها داخل المنظمة الاقتصادية بحيث أي تحدي لهذه القرارات أو لهذه المبادئ هو بمثابة تحدي للسلطة ويبين دور النقابة في تحطيم هذه المرحلة بالوصول إلى العمل السياسي حيث يستطيع من خلال ذلك الضغط على السلطة لتحقيق المطالب العمالية ولكسب ثقتهم وللوصول إلى هذه الخطوة يحدد " لاسكي " مسألة الديمقراطية في بناء النقابات وانتخاب أعضائها وتمكين كل الفئات القاعدية من طرح آرائها في المجال الاقتصادي والاجتماعي الذي يخدم كل الأطراف.

ثالثاً) البناء التنظيمي للنقابة و وظائفها:

1) بنية النقابة:

إن العامل الأساسي والمباشر الذي جسد وجود النقابة العمالية هو الثورة الصناعية وما أفرزته من استياء عمالي وشعور بضرورة تجميع قواهم لمواجهة استغلال الرأسمالي، فالنقابات المشكلة من مجموع العمال في القطاع أو في المهنة أو الحرفة الواحدة تقوم بعمل مفيد بتشكيلها مراكز مقاومة لكل تجاوز يقوم به رب العمل وبهدف تغيير الواقع الاجتماعي للعمال.

كما أن للنقابة أهمية ودور في رعاية مصالح العمال وكذا العمل على السواء برفع مستواهم المادي والمهني. كما تعمل على تحسين ظروف وشروط العمل، ولتحديد دور المنظمة النقابية فإننا نبين أولاً أن هذه المنظمة هي تنظيم اختياري لأي فرد من أفراد المجتمع وأنها تختلف بين الدول الرأسمالية والدول الاشتراكية ففي الأولى تكون حقل صراع بين أصحاب العمل والعمالة بشأن مواجهة الاستغلال الطبقي، أما في الثانية فهدفها تدعيم النظام الشيوعي ويكون ذلك عن طريق قيام النقابات بمهام محددة ترسمها السلطة كتعبئة العمال وراء الحزب الشيوعي لتنفيذ خطط الحكومة.

(1) voir: Robert Michels : **political parties, a sociological study of the oligarchic tendencies of modern democracy, New York 1962.**

(2) هارولد لاسكي : **نقابات العمال في المجتمع الحديث**، ترجمة أحمد رضوان عز الدين مطبعة الدار المصرية ، القاهرة 1957، ص 52.

ومنذ الاعتراف الرسمي بالحقوق النقابي في قانون الدول تنشأ بإرادة أفراد المهنة ولا تتدخل الدولة في تعيين ممثلها وتمتع النقابة بالحقوق الشخصية المعنوية كالاسم والمواطن الأهلية والمشرع يعتبر أموالها مالا عاما ولا يجوز للنقابة توظيف أموالها في أعمال مالية أو تجارية أو صناعية⁽¹⁾.

ومن أهم مبادئ العمل النقابي تحقيق الوحدة بين العمال وتضامنهم والاستقلالية بعدم الخضوع لمصالح خارجية من أحزاب وتنظيمات وكذا تطبيق مبدأ الديمقراطية في أنشطتها وعليه فالنقابة تتميز ب:

أ- البناء التنظيمي للنقابة: كأي تنظيم يتكون الجهاز التنظيمي للنقابة حسب كل بلد من هياكل تقسم فيها المهام والأدوار لتحقيق المبادئ الأساسية لها ويكون ذلك من خلال قوانين العمل المشرعة في كل بلد.

وهذا التباين يحدث في عدة مسائل منها طبيعة الانخراط، وظيفة التنظيم، نوع الحقوق، إجراءات التفاوض، الموقف من الإضراب وكذا العلاقة في العضوية النقابية ومع المسير أو مع صاحب العمل في إطار قانون مشترك عام لنفس البلد والتي يعاقب على كل مخالفة بصدد مواد هذا القانون ومهما كانت طبيعة المنظمات النقابية وتنوع تخصصاتها، "فالتجربة قد أثبتت أن أهم هذه التنظيمات هي النقابة العمالية ذاتها، إذ أن النقابة تناقش مع العمال كيفية حل مشاكلهم كما تسمع لشكاوهم وتمنع تعسف الإدارة ضدهم... وهذا كله يزيد من شعور العامل بالأمن ويجعله يشعر بقيمة عمله"⁽²⁾ هذا إذا كان البناء يساهم في إشراك العامل وفي إتاحة الفرصة له ليقول رأيه بكل حرية وبالطريقة التي يرضاها. فإن من الوجهة النفسية تكون فعالية النقابة ونجاحتها في الوسط العمالي وبالتالي يقلل هذا الجانب النفسي من الصراع داخل المصنع أين تكون المنظمة النقابية ملبية لحاجات العامل وذلك يحقق الوصول إلى الرضا العمالي.

يتفق المشرع العام للنقابة على وجود بنية نقابي متكون من اللجان النقابية في القاعدة وأعلى جهاز يكون في القمة في شكل الاتحاد العام وهو بذلك يكون على شكل هرمي متفرع إلى⁽³⁾:

- 1- اللجان النقابية كقاعدة التنظيم النقابي.
 - 2- النقابة العامة من مجموع اللجان النقابية من عمال في مهن مماثلة تضم مندوبي اللجان النقابية المتواجدة في مجموعات المهن.
 - 3- الاتحاد العام للعمال قمة التنظيم النقابي وهو متكون من جميع النقابات العامة ويتكون من ممثلي النقابات المنتجة في مجلس إدارة النقابة.
- يتجسد نشاط هذا البناء في كون هذه اللجان مهامها العمل على تسوية المنازعات الفردية والجماعية للأعضاء والإشراك في أعداد مشروعات عقود العمل، المشاركة في مناقشة المشروعات وخطط الإنتاج وتنفيذ البرامج وغيرها... أما النقابة العامة فتعمل على مراقبة وتوجيه نشاط هذه اللجان النقابية والدفاع عن حقوق العمال والمشاركة في وضع وتنفيذ المخططات وإبرام عقود عمل جماعية، اما الاتحاد فله حق الدفاع عن العمال ومصالحهم ووضع ميثاق للعمل النقابي والمشاركة في المناقشات على مستوى القمة والتنسيق بين النقابات العامة وإنشاء وإدارة المنظمة النقابية وتحديد إيرادات النقابة.

(1) محمد حسين منصور: قانون العمل، دار الجديدة، الإزراطية، مصر 2007، صص 27-31.

(2) طارق كمال، علم النفس المهني والصناعي، مرجع سابق، ص 216.

(3) عبد الباقي صلاح الدين: الجوانب العلمية والتطبيقية في إدارة الموارد البشرية بالمنظمات، مكتبة الوهبة، القاهرة سنة 2001، صص 113-121.

وتمثل فروع النقابية تشكيلة تتعدد بتعدد المهن (المناجم ، التعليم ، الصحة) ويمكن أن تكون أولا تكون متجمعة داخل اتحاد واحد يجمعهم مثلا: اتحاد النقابات العمالية الألمانية، مؤتمر الاتحاد العمالي البريطاني والمركز العمالي القوي في السويد...

ب- الصفة التمثيلية للنقابة: يمكن أن يؤخذ بمعنيين أو مفهومين مختلفين للصفة التمثيلية للنقابة فهناك من يعرفها على أنها النسبة المئوية لعدد المنتسبين للنقابات من المجموع الكلي للأجراء الذين يحق لهم الانتساب لها كما أنها تعني في تعريفات أخرى أنها عدد الأصوات المؤيدة للمرشحين الذين تقدمهم قيادة النقابة للانتخابات المهنية مقارنة مع باقي الأصوات التي حصل عليها المرشحون الآخرون، ومهما كانت طبيعة الصفة التمثيلية " فالممثل النقابي عليه القيام بدور الحضور والمراقبة للسير الحسن للمنظمة⁽¹⁾.

وهناك من المحللين الاجتماعيين من يقيم الدور والنشاط الذي يقوم به الممثل النقابي من خلال تصنيف اتجاهاته إلى النماذج التالية⁽²⁾:

- 1- النموذج الثوري الذي تكون لديه رغبة في تغيير النظام القائم.
 - 2- النقابي الذي يعمل على ممارسة عمله ونشاطه من خلال تركيزه على سلبية العمال.
 - 3- النقابي الإيجابي الذي يقوم في وقت الأزمات، صاحب مواقف وقرارات.
 - 4- النقابي ذو التوجيه المزدوج وهو الأكثر تعاطفا مع الإدارة.
 - 5- النقابي حامل البطاقة أو الغير مبالي لا يلتحق بالنقابة إلا نادرا.
 - 6- النقابي غير المكترث يهدف إلى حماية منصبه أو يسعى إلى الحصول على العمل.
- وبهذا فإن تنوع صفة التمثيل العمالي تعود إلى الدور القائم لدى من يتم انتخابهم على مستوى المنظمة الإنتاجية ليرز هذا الدور بعد أداء وظيفة الممثل النقابي. وأضيف هنا بأن هنالك نموذج النقابي المدعم للمشروع والمخطط الحكومي الذي يسعى إلى تنفيذه في المؤسسة.

2- وظائف النقابة :

تختلف وظائف النقابات حسب اختلاف طبيعة التنظيم الذي ينتمي إليه العمال وكذا حسب نوعية الاتجاه النقابي وإيديولوجيته وأيضا حسب صنف الاتحادات العمالية في الصناعة خاصة وانطلاقا من هذه الأخيرة فإن التصنيف الهرمي يكون متسلسلا للفئات العمالية وتكون وظائف كل جزء على النحو التالي⁽³⁾:

- لجنة المصنع: وهي متصلة اتصالا مباشرا مع العمال حيث ترى عن قرب مشاكلهم ومشاكل الإنتاج والتسيير فتعمل على معالجتها مع المسير.

(1) Pierre Bouvier: **Travail et expression ouvrière**, éd. égalité, Paris 1980, p 79.

(2) باركر وبراون ، مرجع سبق ذكره ، ص 191

(3) نور سليمان جاسر : **دور النقابات في الإنتاج وفي تنفيذ برنامج العمل الوطني**، دراسات عمالية، دار الثقافة الجديدة، دمشق، ط1 1972، صص 26-50.

- **النقابة الفرعية:** والتي كما سبق ذكره في البناء النقابي تضم في داخلها عدد من اللجان النقابية لعمال الصناعة الواحدة في منطقة معينة ويكون الاتصال بين اللجان النقابية والنقابة العامة ليتم التنسيق للنشاط الاجتماعي العام الخاص بعمال الصناعة والمهنة الواحدة.

- **الاتحادات الإقليمية:** ينظم بداخله عدد من النقابات الفرعية لعدد من الصناعات والمهن ولا ينظم هذه النقابات بشكل رأسي بل يضم كل العاملين بغض النظر عن الوحدات الإنتاجية المختلفة.

- **النقابات العامة:** تجمع بداخلها عددا كبيرا من اللجان النقابية في المصنع والنقابات الفرعية على نطاق البلد كله وهي تضم بشكل رأسي إلى عضويتها آلاف العاملين الذين يشتغلون في هذه المهن ولها مهام متعددة.

- **الاتحاد العام للعمال:** هو المركز الذي يجمع بداخله كل التنظيمات النقابية في الصناعة والمهن كلها وهو أعلى مستوى نقابي يهتم في أدواره بقيادة التنظيم النقابي العام للطبقة العمالية ويعالج مشاكل عدة تخص العمال والإنتاج وغيرها ...

وبهذه التشكيلة البنائية للمنظمة النقابية وللأدوار التي يتكفل بها كل جزء في التنظيم يتم تحديد الوظائف النقابية في النقاط التالية:

- ✓ تحسين الأحوال الاجتماعية العامة للعمال ورفع مستوى معيشتهم من خلال الطلب على رفع أجور العاملين خاصة، وغاية النقابة الحول دون انخفاض مستوى الأجور إلى أدنى من مقدار العيش.
- ✓ تقرير حماية مناصب العمل وتأمين ديمومة العمل وخاصة إذا وقعت المنافسة في عرض سوق العمل أو القوى العاملة، فالنقابة " وما تسعى إليه هو تجنب أن يكون العامل تحت الضغط المباشر لبؤس خاص به مضطرا إلى الرضا بأجر أدنى من الأجر الذي كان محمدا سابقا بالعرض والطلب في فرع نشاط محدد"⁽¹⁾، وكمثال على ذلك ما تقوم به بعض الاتحادات النقابية في الولايات المتحدة الأمريكية وخاصة في مجال الطيران والسكك الحديدية بالسعي للحصول على ضمانات تكفل حدا أدنى من حجم فريق العمل وهدفها حماية أعضاء الاتحاد من إمكانية استبدالهم بالمعدات الرأسمالية وأيضا موقفها من سياسة الهجرة وما يتركه من أثر سلبي على الأجور ومنافسة العمال الأمريكيين⁽²⁾.
- ✓ وظيفة النقابة أيضا اللجوء إلى المفاوضات لحل مشاكل العمال وتحقيق مطالبهم وذلك بأسلوب الحوار للضغط على الإدارة وأرباب العمل وفي حالة فشل التفاوض ويلجأ الى استخدام الإضراب، وكبح الإنتاج أو غيرها من الأساليب الأخرى...
- ✓ إدراج العمل النقابي لتنمية الفكر الإيديولوجي والسياسي على مستوى القاعدة وإشراك العمال في التسيير وفي اتخاذ القرار.
- ✓ المساهمة في تحسين الإنتاج ونوعيته كما كان إبان الأزمات الاقتصادية في إنجلترا سنة 1929 وفي فرنسا بعد الحرب العالمية الثانية وأيضا اليابان حاليا.

(1) ماركس انجلز: في الحركة النقابية، ترجمة طلال الحسيني، صونيا الخوري طعمة، مرجع سابق، ص 37.
(2) مدحت القريشي: اقتصاديات العمل، دار وائل للنشر، الأردن 2007، ص 151.

وتصنف مزايا العمل النقابي في كونه يعمل على⁽¹⁾:

- التقليل من السخط العمالي أو عدم رضاهم وبالتالي تقليل معدل ترك العمل الاختياري للعمال.
 - المساهمة في زيادة الإنتاجية مباشرة عن طريق زيادة كسب العمال والعناية بشكاويهم وتحفيزهم بعلاوات ومكافآت ...
 - توفر المنظمة النقابية فرصة للعمال للتعبير عن آرائهم في التغيرات الممكنة لقواعد العمل أو الإنتاج التي تعود بالفائدة على كل من الإدارة والعمال.
- ومن وجهة نظر مختلفة فإن أهم النقاط التي تخلفها النقابة حسب اتجاه المشرع والاقتصادي أثناء الأنشطة النقابية في المؤسسة الصناعية وفي باقي القطاعات وخاصة الاتحادات العمالية، الآثار التالية⁽²⁾:

- التأثير السليبي للعمل خاصة على الإنتاجية وذلك عند استخدامها للضغط والمعارضة والترويج للمواقف العدائية في أماكن العمل.
 - التمييز بين العمال وبالتالي تؤدي إلى الانفصال و ما يسمى بالجهوية بين العمال وبين الجنسين (نساء ورجال) وبين الأقليات (السود)، هذا إذا كانت العضوية تشترط انتماء لفئة معينة أو شريحة محددة.
 - التأثير على الأرباح ، حيث لوحظ بان الشركات الخاضعة لنشاط الاتحادات تحصل على أرباح أدنى من مثيلاتها غير الخاضعة للاتحادات.
- وبذلك تعد هذه النظرة الناقدة للعمل النقابي خاصة للاتحادات العمالية بحكم سعة عضويتها على أنها سلبية وتساهم في تدني الإنتاج وغيرها من السلبيات ،وأما تخلق تمايزا بين العمال و أحيانا صراعات داخل صفوف الطبقة العمالية⁽³⁾.

3- آليات التنظيم النقابي والأسلوب التفاوضي:

إن الأسلوب التفاوضي الذي يقع بين طرفي الإدارة والعمال عن طريق ممثلين في النقابة بعد انتخابهم من طرف العمال هو أسلوب جاء في مرحلة تطور علاقات العمل وخاصة في الصناعة حيث نجد بعض العلماء أمثال كلج H.A. Clegg⁽⁴⁾ ينظر إلى المساومة الجماعية بين طرفي الإنتاج العمال والإدارة، هي أفضل الوسائل لحماية المصالح والحقوق.

أما من الجانب النقابي فإن آليات هذا التنظيم يتحقق بواسطة هذه المساومة فهي أكثر فائدة من المشاركة في اتخاذ القرارات فلن تكون هناك وسيلة لحماية حقوقهم ومصالحهم إلا بواسطة ويرى بعض الآخر من القادة النقابيين أنها ترفض عملية تمثيل العمال في الإدارة وترى بأن نشاط وآليات التنظيم النقابي تكون في شكل معارضة وخارج الإطار الإداري.

هذا من جانب النقابيين أما من الجانب القانوني الذي يعد مرجعا هاما بالنسبة للطرفين الإدارة والعمال ومن خلاله تكون آليات التنظيم النقابي بحكم الرضا للطرفين ويتحقق التوافق في مجال العمل وتكسب النقابة ثقة العمال، ومن جانب آخر لا يحدث التوافق فإن العوامل التنظيمية قد تؤدي إلى صراع بين العمال والإدارة وهذا ما أطلق عليه بمفهوم الصراع الصناعي

(1) رونالد أهرنبرج ورزبيرت سميث: اقتصاديات العمل، ترجمة فريد بشير طاهر ، دار المريخ، الرياض، السعودية 1994، ص 538.

(2) مدحت القرشي ، مرجع سبق ذكره ، صص 159-160.

(3) وهي واقعية بحكم ما حدث في عهد التعددية الحزبية وتعدد المنظمات الجموعية في الجزائر (عمال يتبعون نقابة حزب FIS جبهة

الانقاذ المنحل و حزب FFS جبهة القوى الاشتراكية).

(4) طلعت ابراهيم لطفي : علم الاجتماع الصناعي، مرجع سابق ، ص 167.

لدى المحللين الاجتماعيين فتكون آليات النقابة في استخدام أساليب الضغط بالإضراب ، بكبح الإنتاج وغيرها ... من أجل مواجهة اتحادات أصحاب الأعمال وذلك باللجوء إلى الإضراب كوسيلة من وسائل الصراع الصناعي " بالامتناع العمالي كليا لتنفيذ مطالبهم بشأن شروط العمل"⁽¹⁾، وبالمقابل تقوم الإدارة بتسوية هذا الصراع عن طريق الرضوخ للتفاوض الجماعي وبالتنازل عن بعض قرارات تنفيذ العمل أو أنها تقوم بغلق المنشأة وكثيرا ما تلجأ إلى التهديد بالفصل أو خصم مرتبات المضربين وأحيانا تعتمد على الفصل النهائي مباشرة وتعويضهم بقوى عمالية أخرى.

وعلى ذكر التفاوض الجماعي فإن هذا المجال يحقق العديد من الأهداف والوظائف على مستوى المنشأة أو المصنع من أهمها⁽²⁾:

- ✓ يساهم التفاوض الجماعي في تحقيق التغيير الاجتماعي والسياسي والاقتصادي ذلك لأن قبول الإدارة بالجلوس مع ممثلي العمال والتفاوض معهم يمثل تغييرا في نظرة الإدارة نحو العمال واعترافها بأهميتهم في إنجاح العملية الإنتاجية.
- ✓ يلعب التفاوض الجماعي دورا سلميا كما أنه يمثل منهجا ديمقراطيا لحل المنازعات العمالية فيما بين العمال وأصحاب العمل.
- ✓ يشكل نظام التفاوضي الجماعي نشاطا من التحكم الصناعي وهنا يعني أن الاتفاق الذي يتوصل إليه الطرفان يصبح منهجا مقبولا للطرفين وبذلك تكون المفاوضات كآليات عمل تحقق مصالح العمال أولا وتضمن بقاء العمل والإنتاج للإدارة ورب العمل أو الرأسمالي وفي هذا الشأن يرى ماركس⁽³⁾ بأن العمال يتضامنون بغاية الوقوف بصورة ما على قدم المساواة مع الرأسمالي فيما يخص عقد بيع عملهم هذا هو السبب والركيزة المنطقية في وجود النقابات وتشكل قيمة قوة العمل الركيزة العقلية والصريحة للنقابات التي ينبغي عدم الانتقاص من أهميتها بالنسبة للطبقة العاملة.

وتعد مسألة التفاوض هذه أمر هام لكسب ثقة العمال وتمكن القوة التفاوضية في تحقيق الطموحات العمالية ومطالبهم وذلك من خلال مجموعة من العوامل حددها القانوني " مدحت القرشي " في الآتي⁽⁴⁾:

- 1- اتساع حجم النقابة: فكلما كان حجمها كبيرا وعدد المنتسبين له أكبر وإخلاصهم مضمون كلما كانت القوة التفاوضية للنقابة كبيرة.
- 2- مدى تأييد الحكومة لحرية التفاوض الجماعي (من خلال القوانين).
- 3- مدى تأييد قانون العمل لحق العمال في استخدام الإضراب إذا فشلت جولات التفاوض.
- 4- خبرة النقابيين القياديين في مجال التفاوض وقوة الشخصية والقدرة على الإقناع وإدارة دقة التفاوض.
- 5- الظروف الاقتصادية السائدة في البلد ففي حالة الازدهار الاقتصادي تكون القوة التفاوضية للنقابة العمالية مرتفعة نتيجة لحالة الطلب على العمل والعكس تكون منخفضة حينما يكون الاقتصاد في حالة ركود وانكماش.
- 6- توفر المعلومات لدى النقابة العمالية حول الجانب المالي للشركة ومبيعاتها.

(1) طلعت ابراهيم لطفي ،مرجع سبق ذكره، ص 150.

(2) مدحت القرشي: مرجع سبق ذكره ، صص 154-155.

(3) ماركس وانجلز: في الحركة النقابية ، مرجع سابق ، مأخوذ عن ماركس لمقتطف من:

Archiv Marksa " Kapital erset et buch der productions " Moscou 1933.

(4) مدحت القرشي : مرجع سبق ذكره، ص 156-157.

- 7- وجود اتفاقيات سابقة مماثلة لما يتم التفاوض عليه من نقابات أخرى.
- 8- مدى وجود المنافسة بين النقابات للحصول على عضوية العمال الجدد.
- 9- مدى توفر التشريعات الدولية والإقليمية لمنظمة العمل الدولية ومنظمة العمل العربية والتي تسهل الرجوع إليها والاستناد عليها في فض النزاعات.

وعلى هذا الأساس فمقاييس القوة التفاوضية للنقابات من الجانب التشريعي تعتبر متشابكة ومعقدة ومنها تتحدد مرجعية النضال النقابي الفعلي ويتم تحقيق مطلوبة الطبقة العمالية إلا أنه توجد مقاييس أخرى اجتماعية تخص نوع العلاقات العمل بين الفاعلين الاجتماعيين من عمال وإدارة وكذا في مصداقية التمثيلية النقابية وهذا يؤدي إلى نتائج في العملية التفاوضية منها أن يتم التوصل إلى اتفاق من الطرفين ، أو إلى عدم الوصول إلى اتفاق فيحدث الصراع بين العمال والطرف الإداري والذي غالبا ما يؤدي إلى حدوث الإضراب عن العمل، ويكون دور النقابة حسب هذا الهدف هو " العمل على توحيد العمال تحت لواءها وإقناعهم بالانخراط ضمن أنشطتها من خلال طرح القضايا المتعلقة بوضعهم المهني عبر الاحتجاج والتفاوض"⁽¹⁾.

➤ الوحدة النقابية:

أما عن الوحدة النقابية فإن هذا المبدأ يعني التشبث بوحداية التنظيم النقابي للعمال والأجراء ومناهضة كل الشعارات حول التعددية النقابية باعتبارها تخدم مصالح أعداء الطبقة العاملة.

وإن شعار الوحدة النقابية يجد أساسه النظري في كون الطبقة العاملة (وعموم الأجراء) طبقة موحدة لها نفس المصالح والمطامح العامة وأنها تواجه في صراعها الطبقي قوى اجتماعية موحدة: الرأسمالية والكتلة الطبقيّة السائدة المستفيدة من النظام الرأسمالي.

يمكن أن نفهم إلى حد ما التقسيم النقابي على أساس فقوي مثل التقسيم بين نقابة التعليم العالي والمأجورين الكادحين إلا أنه لا يمكن من وجهة نظر فكرة التماسك الطبقي قبول تقسيم العمال على أساس عمودي: في نفس المعمل أو المؤسسة الإدارية أو التجارية أو الخدمانية أو في نفس القطاع وقد نجد جزءا من الأجراء مع هذه النقابة وجزءا ثانيا مع نقابة أخرى وجزءا ثالثا مع نقابة ثالثة ... مع أن لكل هؤلاء الأجراء وفي الجوهر مصالح واحدة مشتركة ضمينا.

➤ **الحرية النقابية:** وهي من المسائل الضرورية المتعلقة بالعمل الفعلي للنقابات في المؤسسات الاقتصادية في مختلف الدول ومنها الهدف الذي تحقق في الجزائر بموجب التحولات السياسية التي عقيت دستور الجزائر 1989، فقد أقر النظام السياسي بالحرية النقابية، في تأسيسها وتنظيمها والمشاركة في المفاوضات أثناء نزاعات العمل ، وإشراكها في معالجة الأمور المتعلقة بالعمل وبالعامل في إطار قانوني، واللجوء إلى الإضراب في حالة فشل أسلوب المصالحة، مع وضع قانون حماية المضرب الشرعي والتكفل بالحد الأدنى للخدمة داخل المؤسسة المضربة عن العمل للحفاظ على المنشآت والأعمال وتموين المواطنين.⁽²⁾

رابعاً) النقابة في مضمون الإصلاحات التشريعية في الجزائر:

(1) الهمامي عبد الرزاق: أي دور للنقابات في ظل واقع اليوم ضمن اتفاق الشراكة ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في علم الاجتماع، جامعة تونس 1998، غير منشورة ، ص 243.

(2) ارجع المادة 37 من القانون 14/90 المعدل بالقانون 30/91 المتعلق بكيفية ممارسة الحق النقابي.

إن الإصلاحات التي عرفتها الجزائر في النظام السياسي مع مجيء دستور 1989 وبعد الأزمة الاقتصادية والسياسية أحداث أكتوبر 1988 وما جاء بعدها من إصلاحات في المواثيق والنصوص التشريعية خاصة المتعلقة بالتنظيم الاقتصادي وعلاقات العمل بهدف تجسيد الحرية والتعددية السياسية وكذا لتماشيا مع مبادئ المتاجرة الحرة واقتصاد السوق ومنذ 1988 وهو تاريخ التطبيق لاستقلالية المؤسسات قد خلفت العديد من النتائج على الجانبي الاقتصادي والاجتماعي.

وبعد صدور قانون العمل رقم 90-11 والتعددية النقابية والحق في الإضراب فكان الملتقى الوطني الأول بالعاصمة بتاريخ 18 أكتوبر 1989⁽¹⁾ ليناقد مسألة تعديل علاقات العمل منها قوانين الممارسة النقابية والتمثيل النقابي والوضعية العمالية في المؤسسة كأعضاء مشاركين في المراقبة والتسيير وتوزيع الأرباح وحتى المساهمة في رأس المال وحول إشكالية الانتخاب العمالي في النقابة وأيضا دور مفتشية العمل ضمن محيط العمل الجديد. وما جسده هذه المرحلة من الإصلاحات في الميدان الاقتصادي والسياسي كان نتيجة الحركة الاحتجاجية المتواصلة منذ السبعينات من القرن الماضي خاصة في القطاع الخاص و وحتى الوطني والأجنبي التي تحولت إلى فاعل مركزي في الجزائر في النصف الثاني من الثمانينات وحازت على تأييد كثير من الأوساط الشعبية⁽²⁾.

وفي العديد من البحوث والدراسات الميدانية حول النشاط النقابي في الجزائر في المرحلة التي سبقت مرحلة الإصلاحات الاقتصادية لما بعد الثمانينات من القرن الماضي، تؤكد بأن " التنظيم النقابي النشط على الساحة هو تنظيم عمالي بالأساس فإن التفسير الملائم لتباين معدل الانخراط يرتبط بقوة الشعور بالانتماء إلى العمال أو ضعفه ... لعل ذلك يعبر عن تجذر تمثلات معينة عن النقابة باعتبارها تنظيما عماليا بالأساس وإدراك نضالاتها وممارساتها المطالبة كتجسيد لنزعة عمالية Ouvrière sone لا تليق بالإطارات ..."⁽³⁾ وهذا في تحليل خصص الإطارات العاملة في المنشأة العمومية الجزائرية ، والذي يبرز لنا خلقية الممارسة النقابية كونها لها تمثيل عمالي محض.

1- حقوق العمال في قانون العمل الجزائري:

النقابة في الوضع الراهن و في ظل هذه المستجدات الخاصة بالتنظيم والإصلاحات داخل المؤسسات ما بعد التسعينات هي متواجدة كجهاز له وظيفة التسيير للخدمات الاجتماعية من خلال لجان المؤسسة ، مطاعم المؤسسة، النشاطات الثقافية والرياضية والمساعدات الاجتماعية وتضطلع إلى أمور أخرى في عهد الاستقلالية بحيث قدم المشروع الجزائري قانون 90-11 والمتعلق بعلاقات العمل والذي تضمن فصلا هاما حول حقوق العمال وواجباتهم منها:

- ممارسة الحق النقابي
- المشاركة في تسوية الخلافات الجماعية
- المشاركة في أجهزة التوظيف
- المشاركة في الأمن الاجتماعي، التقاعد، الأمن ...

(1) Ministre de l'intérieur, documentations et informations sur les entreprises, **dossiers de base sur les relations du travail** débat: 18 oct. 1989 , Alger (polycopie par E.N.cycma.,Guelma).

(2) زريبي حسين، زيري حسين : النقابات المستقلة في الجزائر كحركات اجتماعية، مقال في موقع " المنير " El Mounir مجلة الكترونية الموقع: www.alvaseer.net ، ص 15.

(3) عنصر العياشي: **الإطارات في المنشأة العمومية الجزائرية، تمثلات الهوية والطموحات**، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي حول " التنمية والثقافات الوطنية"، الجزائر 13-15 ماي 1995، ص 9.

- المشاركة في الوقاية من نزاعات العمل
- اللجوء إلى الإضراب⁽¹⁾.

ولقد تضمنت العديد من الحقوق العمالية ولسرد أهم القرارات والمواد المتعلقة بالحق النقابي ، فهي كالآتي: 1-قانون 28/88 المؤرخ في 19 جويلية 1988 ، المعدل لبعض النصوص السابقة المتعلقة بالحق النقابي (مصدر اولي للحق النقابي المطبق حاليا).

2- القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988، المادة 9 حول الديمقراطية في الإدارة.

3- القانون رقم 28/88 المؤرخ في 19 جويلية 1988 حول التعديل الخاص بالحق النقابي.

4- الحق النقابي في دستور فيفري 1989 المواد 28، 31، 39، 40 و 54.

5- قانون العمل 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990

6- قانون رقم 90-14 المؤرخ في 2 جوان 1990 والمتعلق بتعديلات الممارسة النقابية والحق النقابي .

وبذلك فإنه لا يمكن أن نقول بأن المكتسبات الهامة التي حققها العمل النقابي في الجزائر قد كان وليد صدفة أو انه حديث النشأة، وإنما كان نتاج تعديلات عديدة بين الفترة الثمانينات والتسعينات من القرن الماضي ، و التي جاءت بتطور المطالب العمالية خاصة في القطاع الخاص والعام ، وهي أيضا كنتيجة وخلفية لهذا الحق كان الاهتمام بحماية ظروف العمل وفقا لإجراءات الأمر رقم 75/71 الصادر في 16 نوفمبر 1971 المتضمن مسألة الحقوق العمالية وحقوق التنظيم النقابي (القانون العام للعمال رقم 12/78).

إن البعد الديمقراطي الذي حملته الإصلاحات والتي تضمنها قانون العمل 11/90 يتطلب إعادة النظر في مسائل عديدة منها جانب المستوى التعليمي والتأهيل العمالي ، وأيضاً الفهم الإيديولوجي للعمال المتعلق بالبعد الديمقراطي ، ويستوجب التأهيل والوعي العمالي حتى تتحقق الممارسة الفعلية لهذه الصلاحيات خاصة التي منها تقسيم العائد والشراكة ، بالإضافة الى تحسين ظروف العمل المهنية والاجتماعية كما يتطلب ظروفًا ملائمة من الوعي بالوضعية الراهنة لمجموع الطبقة العمالية فعلاقات العمل الجديدة ضمن اصلاحات الاستقلالية المؤسساتية خاصة مسألة علاقات المتاجرة الحرة والمنافسة الاقتصادية الحرة واقتصاد السوق وغيرها...

إن عالم التخصص الذي خضعت إليه جل المؤسسات العمومية الاقتصادية يسعى إلى المنفعة المادية وإلى تقليص التكاليف من العجز المالي والدخول إلى عالم المنافسة التجارية كل ذلك امام مخلفات عهد سابق كان تقييمه بضعف في تكوين لدى العمال و لدى ممثلهم، والجهل بالمهام النقابية والتبعية النقابية للدولة (السلطة والحزب الحاكم) . والآن ظروف العمل هي مغايرة تجعل النقابة هيئة عمالية مستقلة عن الإدارة لها بعد ديمقراطية الانخراط و التمثيل، وحرية التعبير عن مطالب الطبقة العمالية ، فالمادة رقم 05 من القانون النقابي 14/90 تؤكد على أن المنظمات النقابية مستقلة في تسييرها وتمتاز في هدفها وتسميتها عن أية جمعية ذات طابع سياسي وهكذا خططت النقابة خطوة هامة في مسارها نحو الاستقلالية لتكون عمالية

(1) قانون العمل رقم 11/90 المؤرخ في 21 أفريل 1990، المادة 05، النصوص التشريعية والتنظيمية، المعهد الوطني للعمل، الجزائر، 1990، ص 35.

وكان هذا نتاج " مسيرة طويلة قادتها فئة عمالية واسعة للمطالبة بمسألة التمثيل الديمقراطي للعمال المنتخبين النقابيين وكذلك بخلق نقابات مستقلة"⁽¹⁾.

ثم تبعه تعديل تشريعي هام، من خلال صدور القانون المتعلق بعلاقات العمل في القطاع الاقتصادي سنة 1990 ، فقد تمت إزالة مجلس العمال واستبداله بهيئة تمثيلية للعمل وهي " لجنة المشاركة " والتي تتشكل من مجموع مندوبين المنتخبين من طرف مجموعة العمال بمختلف أماكن العمل سعيا وراء تعميق الطابع الديمقراطي للإدارة والتسيير بالمؤسسة⁽²⁾، وتعددت الصلاحيات العمالية بمنحهم مزايا المشاركة في التسيير في هذه اللجنة وفي توجيههم حسب العهد السابق نحو أهداف الديمقراطية من خلال التكوين والإعلام والتنظيم لجماعة العمل ومن أجل السهر على ان يكون على مستوى منظمات التسيير مناسباً لفكر الميثاق⁽³⁾ وهذا وفقا للتسيير الاشتراكي للمؤسسات فبقي نصا قانونيا فهل التعديل الراهن للمشاركة العالمية يخطو بها إلى الممارسة الفعلية في الواقع؟

و يتجسد التوجه التنظيمي للعمل ولعلاقاته في تخصيص مواد تحلل الحق النقابي وتبين صلاحيات هذه المنظمة من خلال التمثيلية للعمال الأجراء في كل مؤسسة مستخدمة في إطار التشريع المعمول به وبالصلاحيات التالية⁽⁴⁾:

- المشاركة في مفاوضات الاتفاقيات الفردية والاتفاقيات الجماعية داخل المؤسسة المستخدمة.
 - المشاركة في الوقاية من المخالفات في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب.
 - جمع أعضاء " المنظمة النقابية" في الأماكن أو المحلات المتصلة بها خارج أوقات العمل وباستثناء أثناء ساعات العمل إذا حصل اتفاق مع المستخدم.
 - إعلام جماعات العمال المعنيين بواسطة النشرات النقابية
 - جمع الاشتراكات النقابية في أماكن العمل من الأعضاء حسب الإجراءات المتفق عليها مع المستخدم.
 - تشجيع عمليات تكوين النقابي لصالح أعضائها.
- من خلال هذه الصلاحيات تنحصر المهام النقابية في مسائل محددة وتكون في الإطار الاقتصادي الخاص بوضعية النقابة، وفي خضم كل هذا فقد وصفت بأنها ذلك الجهاز البعيد كل البعد عن الطموحات العمالية " بسبب تعارض في المفاهيم والصلاحيات بين ممثليهم في لجنة المشاركة وفي أيضا ممثليهم في المنظمة النقابية ،وبقاء المجموع العمالي متفرقا بين هذا وذاك.
- 2- تحول الاتحاد العام للعمال الجزائريين إلى منظمة عمالية قاعدية تساند الحزب وتناضل لنشر الإيديولوجية الاشتراكية وبناء الدولة ما بعد الاستقلال والدفاع عن المصالح العليا للبلاد
- 3- حمل الاتحاد العام للعمال الجزائريين في ظل الاصلاحات السياسية والاقتصادية وبعد استقلاليته عن الحزب على العديد من المبادئ الجديدة التي ميزته كمنظمة عمالية مستقلة تسعى إلى الدفاع عن مصالح العمال المادية والمعنوية .

(1) Koursl.M . Syndicat autonome ou autonomie syndicale, **journal El Moudjahid** , 5 déc 1989, p2.

(2) محمد الصغير بعلي: **تنظيم القطاع العام في الجزائر**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1992، ص 84.

(3) Necib Redjem : **l'entreprise publique Algérienne**, office des publication universitaire, Alger 1987, p157.

(4) نبيل صقر، فراح محمد الصالح: **تشريعات العمل (نصا وتطبيقا)**، النصوص التشريعية والتنظيمية الخاصة بالعمل- اجتهاد المحكمة العليا- المادة 38 من قانون العمل، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2009، ص 24.

4- تغير العمل النقابي نحو التعددية والاستقلالية بعد أحداث أكتوبر 1988، بتطبيق قانون العمل 11/90 وقانون النقابي 14./90

2- قراءة في قانون العمل الخاص بشروط تأسيس الهيكل النقابي ومهام النقابة:

ان ممارسة الحق النقابي في المؤسسة الانتاجية الخاضعة للتحويل الاقتصادي ضروري وفقا للشروط القانونية وتبين المادة 40 من قانون العمل 14/90 ان انشاء الهيكل النقابي في المؤسسة العمومية أو الخاصة يكون في منظمة نقابية تمثيلية وحتى في أماكن العمل المتميزة ، بغض النظر عن عدد العمال الذين يعملون بها.

ويعين الهيكل النقابي من بين أعضائه مندوبين مكلفين بتمثيلية لدى المستخدم في حدود النسب التالية:

- من 20 الى 50 عامل أجير: مندوب واحد

- من 51 الى 150 عامل أجير: مندوبان .

- من 151 الى 400 عامل أجير: 3 مندوبين .

- من 401 الى 1000 عامل أجير: 5 مندوبين..... الخ

ومن شروط المتعلقة بالمندوب النقابي، بلوغ سن 21 سنة (المادة 44) والأقدمية بمدة سنة على الأقل، والتمتع بالحقوق الوطنية والمدنية.

وفي المقابل فان القانون نفسه يقر الحماية النقابية، بحيث تكون الممارسة النقابية حق دستوري معترف بها ولا يجوز لأحد أن يمارس تمييز ضد أحد العمال بسبب نشاطاته النقابية أثناء العمل. فالمادة 54 من القانون 14/90 أن صاحب العمل لا يستطيع تسليط العقوبة على المندوب النقابي ، المرتكب الخطأ المهني الا بعد موافقة النقابة على ذلك. فالتمثيل العمالي في المنظمات النقابية للعمال الأجراء المستخدمين والتي تضم 20% على الأقل من العدد الكلي للعمال. ويمثل الهيكل النقابي ضمان تمثيل المصالح المادية والمعنوية لأعضاء المنظمة النقابية الذين لهم الصلاحيات التالية:

* حرية الاعلام .

* حرية توزيع المنشير.

* حرية عقد الاجتماعات.

* المشاركة في المفاوضات الجماعية والاتفاقيات داخل المؤسسة.

* المشاركة في الوقاية من الخلافات في العمل وتسويتها.

* جمع الاشتراكات النقابية.

* عملية التكوين النقابي.

ويتم حل المنظمة النقابية اذا كان أعضاء النقابيين يمارسون نشاطا مخالفا للقوانين المعمول بها. وتمثل هذه العملية اجراء ارادي طبقا للقانون والأحكام المنصوص بها. ولقد تم تعديل وإتمام الصلاحيات النقابية في قانون 91 المؤرخ 1991/12/21 منها مجال المصالحة والوساطة والتحكيم وممارسة حق الاضراب. ولقد بين القانون استقلالية النقابة ووضع مسألة اللجوء الى القضاء للمطالبة بتنفيذ التزامات الأطراف الأخرى ، بالتعويض في حالة الامتناع عن التنفيذ، ولها مصلحة التقاضي لحماية مصالحها الخاصة وحماية المصالح الفردية والجماعية المادية والمعنوية والمهنية.

كان لما عرفته الحركة العمالية في العديد من الدول منها فرنسا حيث كرت النقابات الحرفية " وهذا النوع جاء كرد فعل ضد تسييس النقابة ، حيث جرى الحديث عن النقاش حول التعارض بين الحركة العمالية والحركة النقابية ، فأصحاب الحركات العمالية يرون أن الأحزاب العمالية والنقابات يتبعون نفس أهداف للطبقة العمالية من خلال وسائل تكميلية للمسيرين فيها ما نلمسه من خلال تطور النقابية في الجزائر وتنوع النقابات القائمة على الحرفية وتتعدد نوعا ما عن النقابات الكبيرة التي انسقت في نظرهم وراء السياسية متجاهلين واقع العمال اليوم في قطاع نشاطهم"⁽¹⁾، وبذلك كان النضال السياسي الذي قادته الحركات النقابية للإتحاد العام للعمال الجزائريين راسخ في طبيعتها النضالية لما بعد الاستقلال ليحمل أهداف بناء الدولة والمخطط الاقتصادي للتنمية.

خلاصة:

إن النشاط النقابي في الجزائر وفقا لهذا المسار التنظيمي والتشريعي يوجز في النقاط التالية:

- ✓ إن العمل النقابي في مرحلة ما قبل الاستقلال كان له بعدين الاول مطلبي في إطار العمل مع النقابات الفرنسية بتحسين وضعية العامل داخل المنشأة والثاني سياسي بإلحاق النقابة "إ.ع.ع.ج" بالثورة للسيادة الوطنية.
- ✓ تحول الاتحاد العام للعمال الجزائريين إلى منظمة عمالية قاعدية تساند الحزب وتناضل لنشر الإيديولوجية الاشتراكية وبناء الدولة ما بعد الاستقلال والدفاع عن المصالح البلاد.
- ✓ حمل الاتحاد العام للعمال الجزائريين بعد استقلاليته عن الحزب العديد من المبادئ الجديدة التي ميزته كمنظمة عمالية مستقلة تسعى إلى الدفاع عن مصالح العمال المادية والمعنوية
- ✓ تغير العمل النقابي بظهور التعددية السياسية تحول في مسألة النقابات المستقلة وأهدافها.
- ✓ كما أن للتحويل الاقتصادي في العالم وفي الجزائر قد خلق ضغوطات عديدة مست التنظيمات النقابية والتي تجعلها تواجه تحديات كبرى بالرغم من ان الاتحاد العام للعمال الجزائريين يبقى النقابة الأقوى وجودا وتمثيلا للطبقة العمالية في الجزائر. ولصعوبة مهام العمل النقابي وتعقده وفقا للتشريعات وانعدام قوانين تحمي العمال ومصالحهم المهنية خاصة بعد دخول شركاء أجنب وأطراف مختلفة في محيط العمل.

قائمة المراجع:

- 1- علي محمود إسلام الفاز: علم اجتماع الصناعي، دار المعارف، ط2، القاهرة 1985،
- 2- جورج فريدمان وبيار نافيل، سوسيولوجيا العمل الجزء2، مكتبة العالم بيروت، 1989
- 3- حسن السعاطي : علم الاجتماع الصناعي، دار النهضة العربية، بيروت، 1980
- 4- فلورينس بيترسون : النقابات العمالية ، تاريخها ، حقيقتها، عملها، ترجمة إميل خليل بيدس ، المؤسسة الأهلية للطباعة والنشر بيروت، ط1، 1972، 170.
- 5- آلان غريتش وآخرون: أطلس العولمة، ترجمة سمير العطية ، دار الكتب ، لبنان . 2003
- 6- عبد الباسط محمد حسن: علم اجتماع صناعي، مكتبة غريب، القاهرة ، ط3، 1982،

(1) زبييري حسين : النقابات المستقلة في الجزائر كحركات اجتماعية، مقال في موقع " المنير " El Mounir مجلة الكترونية الموقع: www.alvaseer.net مرجع سبق ذكره ص.17

- 7- ماركس وإنجلز : " الطبقة الكادحة في إنجلترا 1848" - الحركة النقابية - ، ترجمة : طلال الحسني ، صونيا الخوري طعمة، دار الطليعة للطباعة والنشر ، ط1، بيروت. 1975.
- 8- جمال النبا : أزمة النقابة، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة 1981.
- 9- هارولد لاسكي : نقابات العمال في المجتمع الحديث، ترجمة أحمد رضوان عز الدين مطبعة الدار المصرية ، القاهرة 1957.
- 10- محمد حسين منصور: قانون العمل، دار الجديدة، الازارطية، مصر 2007.
- 11- طارق كمال ، علم النفس المهني والصناعي، المكتبة العربية الحديثة مصر.
- 12- عبد الباقي صلاح الدين: الجوانب العلمية والتطبيقية في إدارة الموارد البشرية بالمنظمات، مكتبة الوهبة، القاهرة سنة 2001.
- 13- نور سليمان جاسر : دور النقابات في الإنتاج وفي تنفيذ برنامج العمل الوطني، دراسات عمالية، دار الثقافة الجديدة، دمشق، ط1، 1972.
- 14- ماركس إنجلز: في الحركة النقابية، ترجمة طلال الحسني، صونيا الخوري طعمة، بيروت للطباعة 1995
- 15- السيد عوض حنفي: علم اجتماع العمل الصناعي، مكتبة وهبة، القاهرة 1992
- 16- مدحت القريشي : اقتصاديات العمل، دار وائل للنشر، الأردن. 2007.
- 17- رونالد أهرنبرج ورزبيرت سميث: اقتصاديات العمل، ترجمة فريد بشير طاهر ، دار المريخ، الرياض، السعودية 1994.
- 18- زربي حسين، زيري حسين : النقابات المستقلة في الجزائر كحركات اجتماعية، مقال في موقع " المنير " El Mounir مجلة الكترونية - الموقع: www.alyaseer.net ،
- 19- عنصر العياشي: الإطار في المنشأة العمومية الجزائرية، تمثلات الهوية والطموحات، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي حول " التنمية والثقافات الوطنية"، الجزائر 13-15 ماي 1995.
- 20- قانون العمل رقم 11/90 المؤرخ في 21 أبريل 1990، المادة 05، النصوص التشريعية والتنظيمية، المعهد الوطني للعمل، الجريدة الرسمية .
- 21 -Michel catier : le travail et ses représentations, ed: des archives contemporaines, Paris 1984
- 22- Alain Touraine, Michel. Wicviorka, François. Dubet: le mouvement ouvrier, Paris 1997.

دور الاتفاقيات الدولية والإقليمية في تنظيم الجنسية

الدكتور عبدالسلام أحمد بني حمد

salam_78_2008@yahoo.comملخص

لقد أعطى القانون الدولي الحق لكل دولة في تنظيم الجنسية لديها وأعتبرها من الأمور المتروكة لتصرف المشرع فيها وفقاً لمبدأ السيادة بين الدول، وله أن يضع من الأحكام ما يشاء، ولكن هذا الحق مُقيد ببعض القيود التي يجب على الدول أن تلتزم بها وإلا تعرضت للمسؤولية الدولية، فقد تبنت بعض المنظمات والاتفاقيات الدولية والإقليمية تنظيم الجنسية وأخذت على عاتقها توحيد بين الدول الأعضاء والزامها الحد من ظاهرة انعدام وتعدد الجنسية المنتشرة بين الدول، لما في ذلك صوتاً للكرامة الإنسانية، ويعود بالفائدة أيضاً على الدولة التي يصعب عليها أن تتعامل مع أشخاص ليس لهم الصفة القانونية داخل إقليمها لفقدانهم الجنسية أو لأن لديهم جنسية مزدوجة، فالمبدأ الذي ترمي إليه هذه الاتفاقيات يهدف إلى رفع الضرر الذي يحيط بالدولة من وجود أفراد بلا جنسية، وكذلك الضرر الذي يحيط بالأفراد بسبب عدم انتمائهم لجنسية معينة.

Abstract

The international law gave the right of every state to organize nationality, and considered it left to the disposal of the legislator in accordance with the principle of sovereign equality of states legislator can from the laws he wants, but this right is restricted to certain restrictions that countries must observe or they face international responsibility, some organizations and international agreements has undertaken organizing nationality and uniting nationality between countries and forcing countries to reduce the phenomenon of the lack of multi- nationality in the Member States, because this preserve human dignity, and give a benefit to these countries that face a problem in dealing with people who do not have legal property in these countries because they have double nationality, so the principle that agreements aimed to is to remove the damage from these countries that have people with out nationality and also to help those people with out nationality or with out particular nationality.

مقدمة

تعتبر الجنسية من أهم مواضيع القانون الدولي الخاص وتعرف بأنها رابطة قانونية وسياسية بين شخص معين ودولة معينة تترتب عليهما مجموعة من الحقوق والواجبات المتقابلة، وطبقاً للمادة (15) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان فإن الجنسية حق لكل شخص يعيش على إقليم معين.

ومنذ مطلع القرن الماضي ظهر هنالك العديد من الجهود الدولية والإقليمية حول تنظيم قواعد الجنسية للحد من ظاهرة انعدام وتعدد الجنسية¹، لما فيهما من ضرر على مصلحة الدولة والأفراد معاً، وقد أخذت تلك الفكرة تتنامى شيئاً فشيئاً إذ لاقت ترحيباً بين أغلب دول العالم لما يعود بالفائدة على الدولة والأفراد معاً، وتُظمّت هنالك العديد من الاتفاقيات الدولية والإقليمية للحد من هذه الظاهرة، رغم بعض الانتقادات التي وجهت إليها، من أن ذلك يمثل اعتداء على مبدأ سيادة وكيان الدولة، فهي صاحبة الحق في تصريف شؤونها الداخلية والخارجية، ومن ضمنها الحق في تحديد الكيفية التي تراها متفقة مع مصلحة الدولة حول كيفية اكتساب وأسباب فقد الجنسية.

إلا أن دخول الدولة لأية اتفاقية أو معاهدة دولية أو إقليمية لمعالجة تلك المواضيع أو غيرها لا يعتبر تحجيم لسيادة الدولة طالما أنها انضمت إليها برضاها، ولها أن تنظر فيها وتناقشها، ولها أن تصادق عليها أو تمتنع عن التصديق عليها، وبالتالي فإن أي اتفاقية تعقد بين دولة وأخرى أو بين عدة دول تكون ملزمة للدول الأعضاء، وأن المسائل التي تنظم بواسطة تلك الاتفاقية تخرج من الاختصاص الداخلي وتدخل في اختصاص المنظمات الدولية.

وعليه فإن جميع الاتفاقيات التي تدخلها الدولة في مجال معين كالجنسية مثلاً تكون لها قوة القانون، وهذا يقره دستور أو قانون أي بلد عضو، وحول التزامها بالعرف الدولي ومبادئ القانون العام فإن سببه يأتي من انضمام الدولة لمنظمة الأمم المتحدة، وبالتالي وجب عليها الالتزام بما يفرضه عليها المجتمع الدولي من قواعد أعرف عامة.

ولبحث ما تقدم سوف نقوم بتقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين، في المبحث الأول: سنبين فيه المبادئ الأساسية في تنظيم الجنسية، في المطلب الأول: نبين فيه مدى حرية الدولة في تنظيم الجنسية، وفي الثاني: سنبين القيود المفروضة على الدولة، وفي المبحث الثاني: نتناول فيه الاتفاقيات الدولية والإقليمية وتنظيم الجنسية، في المطلب الأول: نعرض فيه أهم الاتفاقيات الدولية والإقليمية المنظمة للجنسية، وفي المطلب الثاني: نبين أهم المبادئ التي جاءت بها الاتفاقيات في تنظيم الجنسية، وستتضمن الخاتمة أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها، ووضع الحل المقترحة لتلافيها.

مشكلة البحث

ترتكز مشكلة الدراسة حول أثر ودور المنظمات والاتفاقيات الدولية والإقليمية في مكافحة الحد من ظاهرة انعدام وتعدد الجنسية المنتشرة بين الدول الأعضاء، وتحديد مدى توافق حرية الدولة في تنظيم أحكام الجنسية مع التزامها

¹ وقد عرفت المادة (1) من اتفاقية 1954 عدم الجنسية بأنه: "الشخص الذي لا تعتبره أية دولة مواطناً بحكم قانونها"

دولياً بالاتفاقيات الموقعة عليها وبقواعد العرف والمبادئ الدولية، ويمكن إعادة صياغة مشكلة الدراسة في الإجابة عن الأسئلة التالية :

- ما مدى حرية الدولة في تنظيم أحكام الجنسية ؟
- ما هي القيود الواردة على تلك الحرية ؟
- ما مدى إلزامية المنظمات والاتفاقيات الدولية والإقليمية للدول الأعضاء؟
- هل دور المنظمات الدولية أكثر فاعلية من دور المنظمات الإقليمية أم العكس ؟
- وما هي الطرق التي تستخدمها هذه المنظمات لمكافحة هذا الموضوع ؟
- هل هنالك دول تخالف مبدأ تعدد وانعدام الجنسية ؟
- ما هي الحلول العلاجية والوقائية للحد من ظاهرة انعدام وتعدد الجنسيات؟

أهمية وأهداف الدراسة

تعد المسائل المتعلقة بموضوع الجنسية من القضايا المهمة والمطروحة على المستوى الدولي والمحلي، لذا سيعمل الباحث على معالجة هذه المشكلة من خلال الإجابة عن الأسئلة السابقة، وموضحاً الدور التي تلعبه تلك الاتفاقيات للحد من ظاهرة تعدد وانعدام الجنسية لما فيه من فائدة على الدولة واستقراراً للصفة للقانونية للفرد، وستتطرق الدراسة إلى ذكر أهم الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والإقليمية الناظمة لتلك الأحكام، معززة بالأحكام القضائية الدولية ومواقف الفقهاء المتعلقة في هذا المجال في بحث واحد يسهل تناوله.

منهجية الدراسة

سنعتمد في منهجية هذه الدراسة على المنهج الاستقرائي من خلال استقراء جميع نصوص المعاهدات والقواعد العامة المتعلقة بهذا الموضوع، بالإضافة إلى المنهج التحليلي والمقارن، حيث سنقوم بتحليل تلك النصوص وأقوال الفقهاء ومناقشتها، ومن ثم مقارنتها من أجل الوقوف على جوانب القصور في تلك المنظمات والاتفاقيات بهدف تلافيتها، أو لإظهار مبرراتها.

المبحث الأول : المبادئ الأساسية في تنظيم الجنسية

قبل الخوض في الحديث عن دور الاتفاقيات في تنظيم الجنسية لا بد أن نتعرف عن مدى حرية الدولة في تنظيم الجنسية، وهل هذه الحرية مقيدة أم لا (المطلب الأول)، وعلى الرغم من أن موضوع الجنسية يدخل في اختصاص القانون الدولي الخاص إلا أننا سنعرج بإيجاز إلى مصادر القانون الدولي العام للتعرف من خلاله على القيود التي تفرض على حرية الدولة في تنظيم الجنسية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مدى حرية الدولة في تنظيم الجنسية

لقد اقر القانون الدولي أنّ تنظيم الجنسية متروك لتصرف المشرع الداخلي في كل دولة، وله أن يضع لها من النصوص ما يشاء، وذلك كما جاء مثلاً في المادة (5) من الدستور الأردني بأن: (الجنسية الأردنية تحدد بقانون). إلا أن هنالك بعض القيود التي يجب على الدولة الالتزام بها عند وضع أحكام الجنسية وإلا تعرضت للمسائلة الدولية، وهذا ما أكدت عليه المادة الأولى من اتفاقية لاهاي لعام 1930 م، حيث نصت بأنه: (تختص كل دولة بأن تحدد في قوانينها الأشخاص الذين يتمتعون بجنسيتها وتعترف الدول الأخرى بتلك القوانين في حدود عدم تعارضها مع الاتفاقيات الدولية أو العرف الدولي ومبادئ القانون العام المعترف به من الدول على وجه العموم في مسائل الجنسية).

حيث قررت اختصاص كل دولة بتحديد الأفراد الذين يحملون جنسيتها وعلى الدول الأخرى أن تعترف بهذا التحديد في حالة عدم تعارضها مع الاتفاقيات الدولية أو العرف الدولي أو المبادئ الدولية المستقرة في القانون الدولي، وتؤكد هذه المبدأ في الحكم الذي أصدرته محكمة العدل الدولية في قضية نوتيبوم (NOTTEBOHM) (لشهيراً في السادس من نيسان عام 1955¹).

فمحكمة العدل الدولية في حكمها السابق اعتبرت أنّ كل دولة حرة في منح جنسيتها، وقد جاء حكم المحكمة وفقاً للقانون الدولي وقرارات محاكم التحكيم الأخرى، والآراء الفقهية، ولكن هذه الحرية ليست مطلقة للدولة كما تبين ذلك في اتفاقية لاهاي، بل ترد عليها بعض القيود تأتي لصالح الدولة ولصالح الأفراد معاً، وذلك من أجل الحد من ظاهرة الأجنسية أو تعدد الجنسية، ويجب على جميع الدول أن تستمد قوانينها الخاصة بالجنسية من خلال هذه الأسس المثالية، سواء كانت عضو في الاتفاقية أم لا، ففي الحالة الثانية يجب أن تلتزم بما يعرف بالعرف الدولي ومبادئ القانون العام.

كما أن الجنسية نظام لا يخص الدولة فحسب بل هو بالنسبة إليها وسيلة تحديد عنصر السكان فيها وهو بالنسبة للمجموعة البشرية أداة توزيع الأفراد دولياً، وهو بالنسبة للأفراد ينتج عنه حق شخصي لمن يتمتع بها فيتوقف عليها تعيين مقدار الحقوق التي يتمتع بها ويتوقف عليها تعيين القانون الواجب التطبيق، لذا فمن الضروري أن ينسب الفرد لدولة من دول العالم ويرتبط بها برابطة الجنسية ومن مصلحته وحقه أن يدافع عن هذه الصفة ويلزم الدولة بالاعتراف له بها واحترامها، فتظهر بهذا مصلحة الأفراد كفيد على حرية الدولة عند ممارسة سلطتها في تنظيم الجنسية².

وانطلاقاً من هذا المبدأ ولضمان مصلحة الأفراد يتطلب الحد من حرية الدولة وتقييدها ببعض المبادئ الأساسية التي تتفق مع مصلحة الأفراد، وهذا ما أكدت عليه في ديباجتها اتفاقية لاهاي لعام 1930 بأنه: (من المصلحة

¹ الراوي، جابر إبراهيم، شرح أحكام الجنسية في القانون الأردني، ط1، الدار العربية، عمان، 1984، ص17

² الهداوي، حسن، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني، ط1، دار مجدلاوي، عمان، 1994، ص34

العامة للجماعة الدولية أن تعمل على أن يقر سائر أعضائها وجوب أن تثبت لكل فرد جنسية وأن لا تكون له إلا جنسية واحدة).

المطلب الثاني: القيود الدولية المفروضة على حرية الدولة في تنظيم الجنسية

إن وجوب عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدولة لمبدأ أساسي يعطي الدولة حرية الأخذ بأي الاتجاهات التي تراها مناسبة في تحديد من له الحق في أخذ جنسيته، وفي الوقت نفسه لا ينبغي أن يكون موقف المشرع متعارضاً للاتفاقيات والمعاهدات الدولية الخاصة بتنظيم الجنسية، وبأني تنظيم الدولة الجنسية لمصلحتها ومصلحة الأفراد، ويجب عليها بأتباع قواعد القانون الدولي والعرف الدولي أن توازن بين مصلحتها ومصلحة هؤلاء الأفراد.

فكل دولة تصادق على الاتفاقية تقيدها في أمر جنسيته بهذا القيد الوارد فيها، وقد تنقيد حرية الدولة في أمور جنسيته بما يفرضه العرف الدولي، كمبدأ عدم جواز فرض الدولة جنسيته على رعايا دولة أخرى دون وجود رابطة بينها وبينهم¹.

وبالرجوع إلى نص المادة الأولى من اتفاقية لاهاي لعام 1930 نجد أنها نصت على القيود التي يجب على الدولة أن تلتزم بها عند تنظيم الجنسية، وهي ما تسمى بمصادر القانون الدولي العام والمتمثلة بالمعاهدات والاتفاقيات الدولية (الفرع الأول) العرف الدولي (الفرع الثاني) مبادئ القانون العام (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مراعاتها للاتفاقيات الدولية

من غير المشكوك فيه أن المعاهدة أو الاتفاقية تقيدها أطرافها وتلتزم بها سنداً لقاعدة احترام الدول للعهد، وأن الملتزم أسير التزامه²؛ وبالتالي فإن جميع الاتفاقيات والمعاهدات التي تدخلها الدولة في مجال الجنسية تكون لها قوة القانون ونتيجة لعدم وجود قاعدة دولية تحدد قانون الجنسية، فهناك بعض المحاولات لتضييق الهوة بين الدول وبعضها، عن طريق الاتفاقيات لتوحيد بعض المفاهيم، لمحاربة ما يسمى انعدام الجنسية، أو تعدد الجنسية، ولكن القانون الدولي لم يستطع إنقاذها لغاية الآن، ولكن يمكن له التقليل منها بقدر الإمكان عن طريق عقد الاتفاقيات بين الدول المختلفة، وقد قننت اتفاقية فيينا هذا المبدأ في المادة (26) حيث نصت على أن: (كل معاهدة نافذة ملزمة لأطرافها وعليهم تنفيذها بحسن نية)

والتنفيذ بحسن نية حسب منطوق المادة السابقة يعني الامتناع عن كل عمل قد يحول دون تحقيق الغرض من المعاهدة، فيلتزم أطراف المعاهدة باتخاذ الإجراءات الكفيلة بتنفيذ المعاهدة ولا يجوز لأحد أطراف المعاهدة باتخاذ التدرع

¹ الداودي، غالب علي، الجنسية والمركز القانوني للأجانب، ط1، د.ن، بغداد، 1982، ص15

² السيد، رشاد عارف، مبادئ في القانون الدولي العام، ط1، د.ن، عمان، 1985، ص96

بقانونه الداخلي كسبب لعدم الوفاء بالمعاهدة¹ وهذا ما نصت عليه المادة (27) من اتفاقية فينا، فجاء فيها: (لا يجوز لطرف في معاهدة أن يتمسك بقانونه الداخلي كسبب لعدم تنفيذ المعاهدة) .

وهذا ما أكد عليه أيضاً القضاء الدولي، ففي قرار لمحكمة العدل الدولية الدائمة سنة 1932 بخصوص معاملة الرعايا البولنديين في إقليم (دانزنج) من أنه: "ليس للدولة أن تحتج بدستورها الداخلي في مواجهة دولة أخرى لكي تتحلل من الالتزامات التي يفرضها عليها القانون الدولي أو تفرضها المعاهدات النافذة"² وفي قرار آخر لها سنة 1925 في رأيها الاستشاري بشأن النزاع الخاص بتبادل السكان بين تركيا واليونان جاء فيه: "من المبادئ المسلم بها أن الدولة التي تقيدت بالتزام دولي عليها أن تدخل على تشريعها التعديلات التي تكفل تنفيذ هذا الالتزام"²

فانضمام دولة من الدول إلى أي اتفاق دولي بأمر من الأمور المتعلقة بالجنسية وجب عليها مراعاته والتقيده به، فهي إذا لم تلتزم بمحدود هذا الاتفاق فأتمها تكون قد أخلت بواجباتها الدولية وتعرضت للمسؤولية أمام القانون الدولي العام.

الفرع الثاني: العرف الدولي

عرفت المادة (38) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية العرف الدولي بأنه: (العادات الدولية المرعية بمثابة قانون دلّ عليه تواتر الاستعمال)

ولا توجد هناك اعتبارات محددة لهذا العرف حيث وكما هو معروف فإن العرف يختلف من دولة إلى أخرى، ومن أهم الاعتبارات التي يجب على الدولة مراعاتها، ضرورة مراعاة حسن النية في التعامل، واحترام حقوق الدول الأخرى عند تنظيم مسألة الجنسية حيث لا يحق للدولة أن تفرض جنسيتها على رعايا دولة أخرى لم يولدوا على إقليمها، وكذلك التزام الدولة بالأسس العامة المتعارف عليها في بناء جنسيتها الأصلية وذلك وفقاً لمعيارين فقط هما الدم والإقليم.

فقد يفرض العرف الدولي على الدول بعض القيود في تنظيم جنسيتها، فلا يجوز للدولة عندما تشري القواعد الخاصة بجنسيتها أن تفرض هذه الجنسية على رعايا الدول الأخرى دون توافر شروط معينة... وكل تطاول وتماد من أية دولة في هذا الخصوص يؤدي المقابلة بالمثل من الدول الأخرى بإصدار تشريعات تفرض بها جنسيتها على رعايا الدولة الأولى وهذا يثير التنازع ويخلق الفوضى في الجنسيات³.

وقد اختلف الفقه في تعليل صفة الإلزام للعرف الدولي، ففي حين يرى أنصار الرأي الأول أن القاعدة العرفية لا تسري إلا في مواجهة الدول التي اشتركت في تكوينها وإنشائها، على العكس من ذلك يرى أنصار الرأي الغالب أن

¹ المرجع السابق، ص 96

² أحكام محكمة العدل الدولية الدائمة، مجموعة أ/ب، رقم 44، ص 24/و مجموعة أ/ب، رقم 24، ص 12

والمملكة الأردنية الهاشمية من ضمن الدول التي صادقت على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بقانون رقم 12 لسنة 2002 المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 4539 بتاريخ 2002/4/16

³ المرجع السابق، ص 32

العرف الدولي إنما يستند في أساس قوته الملزمة إلى الاقتناع بضرورة احترام القاعدة العرفية الدولية، لأنها حاجة أو مطلباً أساسياً يقتضيه بقاء المجتمع الدولي وضمان تنسيق العلاقات بين أشخاصه، وهذا يعني أن القاعدة العرفية توجد وتكون ملزمة لجميع الدول، طالما تكوّن الاعتقاد بأن لها مرتبة القاعدة القانونية الدولية الملزمة¹.

ومن جانبنا نرى بوجوب التزام الدول بالعرف الدولي طالما تحققت أركانه، ونشأت عن هيئات قانونية دولية متخصصة، وكان مطلباً أساسياً تقتضيه مصلحة المجتمع الدولي وأشخاصه

الفرع الثالث: مبادئ القانون العام

أدى تطور المجتمع الدولي في مختلف المستويات وظهور العديد من المنظمات التي لعبت دوراً مهماً على المستوى الدولي إلى تشعب العلاقات الدولية وتطورها، الأمر الذي كشف بوضوح عن قصور قواعد القانون الدولي المتمثلة بالاتفاقيات والأعراف الدولية، وعدم مقدرتها وحدها لسد هذا القصور، فظهر مصدر ثالث يساعد على سد النقص والقصور الذي يعاني منه القانون الدولي وهو ما يسمى بمبادئ القانون العامة .

وبعيداً عن الجدل الذي ظهر بين فقهاء القانون حول قيمة هذا المصدر وطبيعته، يمكن تعريف مبادئ القانون العامة وفقاً للمادة (38/ح) النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية بأنها: "مجموعة من المبادئ القانونية الأساسية التي تعترف بها النظم الداخلية للدول المختلفة"؛ فقد جاءت لسد النقص المستجد في قواعد القانون الدولي من جهة، ومن جهة أخرى جاءت لتساعد على تطوير قواعد القانون الدولي .

فالنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية قد اعترف بتطبيق مبادئ القانون العام في تسوية المنازعات الدولية وذلك في حالة عدم وجود القاعدة القانونية في المعاهدات الدولية والعرف الدولي .

وهناك مبادئ دولية معترف بها في المجتمع الدولي تنقيد بها الدول، كعدم إخضاع أبناء ممثلي البعثات الدبلوماسية الأجنبية لقاعدة اكتساب الجنسية بحق الإقليم، في حالة كون الدولة تأخذ بحق الإقليم، فلا يكتسب أولادهم جنسية الدولة التي يمارسون فيها أعمالهم الرسمية حتى لو تمت ولادتهم فيها، في حالة كون الدولة تأخذ بحق الإقليم كسبب من أسباب كسب الجنسية²

المبحث الثاني: الاتفاقيات الدولية والإقليمية وتنظيم الجنسية

كما قدمنا فإن للاتفاقيات الدولية والعرف الدولي ومبادئ القانون دور فعال حول سد النقص في التشريعات الداخلية للدول حول تنظيم الجنسية، ولا نقصد هنا سد النقص بالكامل ولكن إذا أمكن من خلالها تقليل الهوة

¹ انظر: السيد، رشاد عارف، مبادئ في القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص114 / أبو هيف، على صادق، القانون الدولي العام، ط6، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992، ص21

² الهداوي، حسن، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني، مرجع سابق، ص33

وتقريب وجهات النظر بين الدول خاصة حول موضوع انعدام وتعدد الجنسية، فإن ذلك يعتبر تقدماً لا بأس فيه، وعليه سنتناول أهم الاتفاقيات الدولية والإقليمية المنظمة للجنسية (المطلب الأول) ومن ثم سنتخلص منها أهم المبادئ الأساسية التي تنادي بها تلك الاتفاقيات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أهم الاتفاقيات الدولية والإقليمية المنظمة للجنسية

رغم وجود مجموعة القانون الدولي التي تتعلق باكتساب المواطنة، أو فقدانها، أو الحرمان منها، فإن ملايين من البشر في جميع أنحاء العالم بلا جنسية، وهؤلاء هم عديمو الجنسية، وقد ينشأ انعدام الجنسية من أسباب مختلفة، منها تعارض القوانين، ونقل تبعية الإقليم، وقوانين الزواج، والممارسات الإدارية، والتمييز، وعدم وجود تسجيل للمواليد، وإسقاط الجنسية (قيام الدولة بسحب جنسية فرد ما)، والتخلي عن الجنسية (رفض الفرد حماية دولة ما)¹.

وقد ظهرت هنالك العديد من الاتفاقيات التي عنيت بتنظيم الجنسية بين الدول فمنها ما كان له دور فعال في ذلك، ومنها من لم يكن لها أي تأثير يذكر سواء على الصعيد الدولي أو الإقليمي، وعليه سنبين أهم تلك الاتفاقيات الدولية (الفرع الأول) ومن ثم نستعرض أهم الاتفاقيات الإقليمية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية المنظمة للجنسية

الحقيقة أن الجنسية تعد شرطاً مسبقاً لنشاط دولي معين إذ أنها ذو صلة في مجال القانون الدولي بقدر تعلق الأمر بالولاية على الأشخاص، وعلى وجه التحديد بموضوع الحماية الدولية التي تؤمنها دولة ما لشخص معين باعتبار الجنسية أحد شروط ممارسة هذه الحماية، وقد تم إقرار عدد من الاتفاقيات الدولية تحت إشراف ورعاية الأمم المتحدة نظمت بعض الجوانب القانونية المتعلقة بالجنسية وحالة اللاجنسية².

وحسب ما يذكره أساتذة القانون فإن الجنسية قد ظهرت في بروسيا عام (1842) وظهرت في قانون الجنسية العثماني عام (1869) وهناك من يذهب إلى أن الجنسية الحديثة في أحسن حالاتها ظهرت عام (1789) بعد الثورة الفرنسية، ويمكن أن نستعرض أهم الاتفاقيات الدولية وفقاً للتسلسل التاريخي لها بالآتي:

أولاً - معاهدة لوزان التي أصبحت نافذة في 30 آب لعام 1923م، حيث عنت هذه المعاهدة بتنظيم جنسية الأقطار التي انفصلت عن الدولة العثمانية، وبموجب هذه الاتفاقية أيضاً أصدرت الدول العربية ومن ضمنها الأردن قوانين الجنسية، حيث صدر قانون جنسية شرق الأردن في 1928/6/1

ثانياً - اتفاقية استوكهولم لعام 1928 م والذي نص فيها على بعض القواعد المنظمة لتشريعات الجنسية.

¹ دليل البرلمانين رقم 11-2005، الجنسية وانعدام الجنسية، الصادر عن المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، ص4

² انظر: السيد، رشاد عارف، مبادئ في القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص303

ثالثاً - اتفاقية لاهاي التي عقدت في 12/4/1930 م، والمبرمة تحت إشراف جمعية عصبة الأمم كمحاولة دولية لضمان حصول جميع الأشخاص على جنسية، والتي أعطت للدول الحق في تنظيم الجنسية والحد من ما يسمى ظاهرة انعدام وتعدد الجنسيات، مع مراعاتها للاتفاقيات والعرف الدولي ومبادئ القانون العام .

رابعاً - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 م، وهو أول إعلان دولي لحقوق الإنسان اتصف بالشمول إلى حدٍ ما، وقد أشارت إليه محكمة العدل الدولية إليه في الكثير من أحكامها، وقد أكد في (م15): (1- لكل فرد المتمتع بجنسية ما 20- لا يجوز تعسفاً حرمان أي شخص من جنسيته ولا من حقه في تغيير جنسيته)⁰

خامساً- اتفاقية عام 1954 المتعلقة بوضع الأشخاص العديمي الجنسية، دعا إلى عقده المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقراره 526 (د-17) المؤرخ في 26 نيسان/1954، وقد أكد في الديباجة على مبدأ وجوب تمتع جميع البشر، دون تمييز، بالحقوق والحريات الأساسية، وإذ يضعون في اعتبارهم أن منظمة الأمم المتحدة قد برهنت في عدة مناسبات على اهتمامها البالغ بالأشخاص عديمي الجنسية وحاولت جهودها أن تضمن لهم أوسع ممارسة ممكنة لهذه الحقوق والحريات الأساسية

سادساً - الاتفاقية الصادرة عن الأمم المتحدة لعام 1957م، والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 11 آب 1958 وتعتبر صدى للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فهي أيضاً تنص على الحق في الحصول على جنسية والحق في الحرمان منها، وتسعى أيضاً إلى إيلاء دور "الاحترام الشامل لحقوق الإنسان والحريات الأساسية ومراعاتها بالنسبة للجميع، ودون تمييز على أساس الجنس" وتتضمن المواد الثلاث الأولى من الاتفاقية أحكام محددة تتعلق بجنسية المرأة المتزوجة.

سابعاً - اتفاقية عام 1961 تطبيقاً لقرار الجمعية العامة 896 (د-9) المؤرخ في 4 كانون الأول/ بشأن خفض حالات انعدام الجنسية، حيث نصت المادة (1): (تمنح كل دولة متعاقدة جنسيته للشخص الذي يولد في إقليمها ويكون لولا ذلك عديم الجنسية).

وقد نصت المادة الثانية على: (أي لقيط يعثر عليه داخل أراضي الدولة يعتبر ما لم يثبت العكس، أنه مولود على أراضي هذه الدولة من أبوين يحملان جنسيته).

ثامناً - البرتوكول الاختياري بشأن اكتساب الجنسية في اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة 1961 الذي منع فرض الجنسية على أفراد البعثة الدبلوماسية وأولادهم وفقاً لقانون الدولة المعتمدة لديها البعثة¹.

تاسعاً - الاتفاقية الدولية لإزالة كافة أشكال التمييز العنصري الصادرة في 20 نوفمبر لعام 1963م، والتي أكدت على حق الجنسية، فقد نصت المادة (3/د/5) على: (الحق بالحصول على الجنسية).

عاشراً - اتفاقية حقوق الطفل 1966 فجاء بما: (الحق في الجنسية لكل طفل وذلك صوتاً للكرامة الإنسانية).

حادي عشر - اتفاقية نيويورك لعام 1980 ونشرت عام 1984 تؤكد مساواة الرجل والمرأة في مادة الجنسية.

ثاني عشر - الاتفاقية الدولية في شأن الحقوق السياسية والمدنية التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1997م حيث نصت في المادة (3/24) بأنه (لكل طفل الحق في أن يكون له جنسية) .

¹ الداودي ، غالب علي ، الجنسية والمركز القانوني للأجانب، مرجع سابق، ص15

الفرع الثاني: الاتفاقيات الإقليمية المنظمة للجنسية

بالإضافة للاتفاقيات الدولية سالفه الذكر، عقدت أيضاً بعض الاتفاقيات الإقليمية التي عنت بموضوع الجنسية، وتحديدًا في مكافحة تعدد الجنسية وانعدامها، فقد أولت الأمم المتحدة أهمية خاصة لعقد اتفاقيات إقليمية لحقوق الإنسان، وأصدرت الجمعية العامة عدة قرارات دعت فيها الدول الأعضاء لعقد اتفاقيات لتعزيز وحماية حقوق الإنسان، ومن تلك القرارات، قرارها رقم 33/167 تاريخ 1978/12/20 م ومن أبرز الاتفاقيات الإقليمية المنظمة التي عنت بموضوع الجنسية هي :

أولاً- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام 1950 م ودخلت حيز التنفيذ في 3 أيلول 1953 م . وقد اشتملت الاتفاقية على أهم الحقوق والحريات التي وردت في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وقد نصت على الحق في اكتساب الجنسية ومحاربة اللاجنسية، وهي لا تقتصر الحقوق المنبثقة في الاتفاقية الأوروبية على الإنسان الأوروبي، وإنما مقررّة لمصلحة كل البشر، وذلك وفقاً للمادة الأولى من الاتفاقية، وتتميز أيضاً هذه الاتفاقية بأمرين: الأول: بتحديدتها للحقوق، وثانياً: بإنشائها جهازين لضمان حماية هذه الحقوق وهما: اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان¹.

ثانياً- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان عام 1969 م ودخلت حيز التنفيذ في 18 تموز 1978 م . وقد صيغت على نمط الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والعهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان لعام 1966² حيث أن الدول الموقعة عليها من الدول الأمريكية وتناولت فيها في المادة (2) على الحق في الجنسية ولمحاربة انعدام الجنسية، وقد نصت في المادة (33) من الاتفاقية على إنشاء جهازين للفصل في المسائل المتعلقة بتنفيذ الدول الأطراف لتعهداتها وهما : اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان، والمحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان.

ثالثاً- اتفاقية جامعة الدول العربية المتعددة عام 1952 لمكافحة انعدام وتعدد الجنسيات وقد صادقت عليها الأردن عام 1953 م حيث نصت المادة (1) من هذه الاتفاقية (كل شخص ينتمي بأصله إلى إحدى دول الجامعة العربية ولم يكتسب جنسية معينة ولم يتقدم لاختيار جنسية بلده الأصلي بموجب المعاهدات والقوانين يعتبر من رعايا بلده الأصلي) .

رابعاً- مشروع الميثاق العربي لحقوق الإنسان لعام 1945 والذي نص في المادة (29) على الحق في الجنسية ومحاربة تعدد الجنسيات .

خامساً- اتفاقية 5 نيسان لعام 1954 م، بشأن بعض أحكام الجنسية بين دول الجامعة العربية، وقد ضمت هذه الاتفاقية: الأردن، سوريا، العراق، السعودية، لبنان، ليبيا، مصر اليمن، ورغبةً منها في التعاون الوثيق في شؤون الجنسية تنفيذاً لما نصت عليه المادة الثانية من ميثاق جامعة الدول العربية، وقد اتفقت هذه الدول على بعض الأحكام الناظمة

¹ انظر: راضي، مازن وآخرون، المدخل لدراسة حقوق الإنسان، ط1، دار قنديل، عمان، 2007، ص316/ الشطناوي، فيصل، حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، دار حامد، عمان، ص144

² انظر: راضي، مازن وآخرون، المدخل لدراسة حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص319 / وللمزيد حول فاعلية وآلية تشكيل الاتفاقيات الدولية والإقليمية، راجع: عرفة، عبدالسلام، المنظمات الدولية والإقليمية، ط1، الدار الجماهيرية، ليبيا، 1993

للجنسية، وقد ركزت على بعض الأحكام التي تتعلق بجنسية المرأة، والأولاد القصر واللقيط، وقد وافق عليها مجلس جامعة الدول العربية بجلسته المنعقدة في 5 آب 1954، ودعا حكومات الدول الأعضاء إلى الارتباط بها.

سادساً- الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والذي أصبح نافذ المفعول عام 1986¹. والذي أشار هذا الميثاق إلى ضرورة تمتع بمجموعة من الحقوق المدنية والسياسية، ومن الحقوق التي تناولتها: الحق في الجنسية ويوجد داخل كل منظمة لجنة لمراقبة تطبيق نصوصها. كما اوجب الميثاق الدول الأطراف بإرسال تقارير دورية كل سنتين إلى اللجنة الإفريقية لإعلامها بما اتخذته من تشريعات وإجراءات لضمان إدماج بنوده في قوانينها الداخلية².

ومن مراجعة جميع الاتفاقيات الإقليمية لحقوق الإنسان الصادرة حتى الآن، نلاحظ أن القاسم المشترك بينهما هو أنها ضمنت للمستفيدين من هذه الاتفاقيات حقوقاً تزيد عن تلك المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية، كما أنها تضمنت أصولاً لحماية حقوق الإنسان وخاصة إجازة التقدم بشكاوي من الأفراد عن انتهاكات هذه الحقوق المرتكبة من الدول المنظمة لهذه الاتفاقيات³. ولا يتمتع بهذا الحق في تقدم الشكاوي شخصياً أمام المنظمات الدولية.

ولكن من الناحية الواقعية والعملية نجد بين الاتفاقيات الإقليمية، أن الاتفاقية الأوروبية والأمريكية أكثر فاعلية في تطبيق أحكام الجنسية، عن بعض الاتفاقيات الأخرى، وذلك لسببين تم ذكرهما وهما: أن هاتين الاتفاقيتين-الأوروبية والأمريكية- قد أنشأت جهازين داخل كل منظمة الأول معني بمراقبة الدول الأعضاء المنظمة لها حول مدى التزامها بنود الاتفاقية بما يتوافق مع تشريعاتها الداخلية، وكذلك في التطبيق العملي على الأشخاص لديها، وأية مخالفة من ذلك فإنها تخضع للمسؤولية الفعلية والمحاسبة القانونية أمام الجهاز الثاني لديها وهو المحكمة، وهذا ما ليس معمول به في الدول العربية والإفريقية المنظمة للاتفاقية العربية والاتفاقية الإفريقية، فليس لديها إلا مراقبة ذاتية وقد تكون أحياناً غير محايدة، فهناك بعض الانتهاكات المتعلقة بموضوع اللاجنسية وتعدد الجنسية، إلا أنه ليس هناك أي محاسبة أو مسؤولية داخلية يردعها لتصويب أوضاعها من تلك المسألة.

المطلب الثاني: أهم المبادئ التي جاءت بها الاتفاقيات في تنظيم الجنسية

بعد أن استعرضنا أهم الاتفاقيات الدولية والإقليمية، تبين لنا أن هناك مبادئ تشترك فيها جميع هذه الاتفاقيات على الرغم من اختلاف آلية التطبيق، ومن أهمها ما نصت عليه (م15) من الإعلام العالمي على: (حق الفرد بالتمتع بجنسية ما، ولا يجوز حرمانه منها أو تغييرها أو تجريدتها منها بطريقة تحكيمية). فإذا نظرنا إلى ما جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان نجد أنه يشير في ديباجيته القوية إلى حقوق الإنسان في الحياة والحرية والكرامة المتأمله في بني

¹ للمزيد حول الميثاق العربي لحقوق الإنسان والميثاق الإفريقي انظر: يوسف، باسيل، في سبيل حقوق الإنسان، دار الشؤون الثقافية، بغداد، 1988، ص131

² الشطناوي، فيصل، حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، مرجع سابق، ص161

³ يوسف، باسيل، في سبيل حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص134

الإنسان وبحقوقهم الثابتة كأساس للحرية والعدالة والسلام¹ وقد تبنت المنظمة العالمية في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مبادئ أساسية في تنظيم الجنسية، سبق وأن نادى بها الشراح ودعا فقهاء الدول إلى الأخذ بها عند ممارسة سلطاتها في وضع القواعد الخاصة بالجنسية، واختلاف الدول في مدى الأخذ بهذه المبادئ المثالية الاختيارية لا ينفي وجود حد أدنى منها تتمسك الدول وتلتزم به عند وضع التشريعات الخاصة بجنسيتها².

ومن أهم المبادئ التي جاءت بها هذه الجهود والمعاهدات الدولية والإقليمية: مبدأ الحق بأن يكون لكل فرد جنسية (الفرع الأول) مبدأ تمتع الفرد بالجنسية منذ ولادته (الفرع الثاني) مبدأ حق الفرد بالاحتفاظ بجنسيته وحقه في تغييرها (الفرع الثالث) مبدأ منع تعدد الجنسيات -التنازع الايجابي- (الفرع الرابع).

الفرع الأول: مبدأ الحق بأن يكون لكل فرد جنسية

إن حق الفرد بالحصول على جنسية لا يعود على صاحبه فقط بل يعود أيضاً لصالح الدولة، فمن جهة يكون للفرد دولة يأوي إليها ويتمتع بحقوق تلك الدولة حتى يستطيع العيش بسلام هو وعائلته، ومن جهة أخرى تعرف الدولة أن هناك من يدافع عنها أيضاً، وهنالك من تفرض عليه واجبات حتى تبقى الدولة قائمة، والفرد والدولة ركنان لا يقوم أحدهما بدون الآخر، وورد في نص المادة (6) من الإعلان العالمي أن: (لكل إنسان في كل مكان الحق بان يعترف له بالشخصية القانونية).

فهذا المبدأ يرمي لتحقيق هدفين، الأول رفع الضرر عن الدولة بوجود أشخاص لا جنسية لهم، والثاني رفع الضرر عن هؤلاء الأشخاص بسبب عدم انتمائهم لجنسية معينة، وقد جاء تأكيد هذا المبدأ في اتفاقية لاهاي لعام 1930م، وفي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948، حيث نصت المادة (1/15) منه بأن: (لكل فرد حق التمتع بجنسية ما) وهذا ما رمت إليه أيضاً جميع الاتفاقيات الدولية والإقليمية، بأن لكل فرد يعيش على بقعة معينة من دولة ما أن يتمتع بالجنسية اللازمة.

فتعتبر الجنسية من الضروريات للفرد بموجبها يستطيع أن يتمتع بالحقوق التي لا غنى عنها لحياة الإنسان، ويلتزم بالواجبات التي لا تستقيم حياة الدولة بدونها، فعن طريق الجنسية يستطيع الفرد أن يستقر في إقليم الدولة التي يحمل جنسيتها، ويستفيد من المنافع التي تقدمها المرافق العامة، والتي يتمتع على الأجانب الاستفادة من منافع البعض منها لأنها مقصورة على المواطنين دون الأجانب³.

"في يوم من الأيام، كنت أقف بين الحدود، ولم أتمكن من دخول أي من البلدين، كانت تلك تجربة لا يمكن أن أنساها أبداً في حياتي! فانا لم أتمكن من دخول الدولة التي كنت أعيش فيها، كما لم أتمكن من دخول الدولة التي ولدت فيها، ونشأت وعشت! إلى من أنتمي؟ لا يمكن أن أنسى حتى الآن ذلك الشعور الشديد بالضياع الذي كان يخالجي وأنا في المطار"

تشن، الذي كان عديم الجنسية/ دليل البرلمانين، الجنسية وانعدام الجنسية

¹ فيصل شطناوي، حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، مرجع سابق، ص 119

² هداوي، حسن، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 35

³ الراوي، جابر إبراهيم، شرح أحكام الجنسية في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 30

وتلافياً لحالات انعدام الجنسية وما يترتب عليها من نتائج ضارة بالفرد ينبغي على كل دولة أن تفرض جنسيتها على الفرد الذي وجد في إقليمها دون أن يتمتع بجنسية، ما دام هذا الفرد ليس له تأثير على أية دولة... كما أن ذلك لا يؤثر على حقوق الفرد نفسه.... فمصلحته تقضي أن يكتسب جنسية الدولة التي يوجد فيها حتى يتمتع بحقوق المواطنين ويلتزم بالالتزامات المفروضة عليهم¹.

كما يثبت الحق لكل شخص في عدم قيام الدولة التي يحمل جنسيتها بتجريدته من هذه الجنسية بصورة تعسفية، ويؤكد القانون الدولي الخاص على وجود ما يعرف بمبدأ استمرار الجنسية، ومضمونه عدم جواز نزع الجنسية عن الفرد قبل دخوله في جنسية دولة أخرى حتى لا يصبح بلا جنسية، والحالة الأخيرة حالة شاذة وغير مرغوب بها² وقد نصت المادة (2) من اتفاقية لاهاي لعام 1930 بأنه: (إذا ثار خلاف في تمتع شخص بجنسية دولة معينة أو عدم تمتعه بها وجب الرجوع إلى قانون تلك الدولة للفصل في هذا الخلاف)

الفرع الثاني: يجب أن يتمتع الفرد بالجنسية منذ ولادته

إن المبدأ الذي يجب مكافحته وهو انعدام الجنسية لا بد أن يكون منذ ولادة الطفل، ويجب على الدولة أن تمنح الجنسية للأفراد منذ ولادتهم وليس بعد ولادتهم بفترة من الزمن، وهذا ما نص عليه جميع الاتفاقيات الدولية والإقليمية، كالاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان بالإضافة للإعلان العالمي، وتحديد الجنسية للطفل منذ ولادته يرجع إلى معيارين أساسيين تأخذ بها جميع الدول وهما: حق الدم وحق الإقليم منفصلين أو مجتمعين، باستثناء دولة الصهاينة والتي تأخذ بحق الديانة وهذا مخالف للقواعد والأعراف الدولية³.

وقد أكدت بعض الاتفاقيات والمعاهدات على هذا الحق، ومن الأمثلة عليها ما نصت عليه المادة (24) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أنه: (لكل طفل الحق في أن تكون له جنسية) وما جاء في اتفاقية عام 1961 بشأن خفض حالات انعدام الجنسية حيث نصت المادة (1) منها بأنه: (تمنح كل دولة متعاقدة جنسيتها للشخص الذي يولد في إقليمها ويكون لولا ذلك عديم الجنسية). ونصت المادة (2) من نفس الاتفاقية على: (أي لقيط يعثر عليه داخل أراضي الدولة يعتبر ما لم يثبت العكس، أنه مولود على أراضي هذه الدولة من أبوين يحملان جنسيتها) وما جاء أيضاً في اتفاقية حقوق الطفل التي أكدت على أن لكل طفل الحق بالجنسية صوناً للكرامة الإنسانية .

فبموجب حق الدم يكتسب المولود جنسية أحد والديه، وبموجب حق الإقليم يأخذ المولود جنسية الدولة التي ولد في إقليمها، إلا أن حظ هذين النظامين من الناحية العملية لم يكن متساوياً، فبعض الدول ترجح حق الدم ولا تعطي لحق الإقليم إلا أهمية محدودة، وهناك دول أخرى تعطي لحق الإقليم نفس الأهمية التي تعطيها لحق الدم، ومرد هذا

¹ المرجع السابق، ص 32

² انظر: راضي، مازن وآخرون، المدخل لدراسة حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 193

³ المبدأ الذي أكدت عليه محكمة العدل العليا عام 1955 وهو عدم الاعتراف في المجال الدولي بالجنسية إلا إذا كانت تستند إلى رابطة فعلية بين الفرد والدولة

الاختلاف في سياسة الدول في هذا الميدان هو حاجة الدول أو عدم حاجتها للسكان، ومدى تعصب الدولة لجنسيتها وقوميتها¹.

بعد أن رفضني البلد الذي أعيش فيه، وبعد أن رفضني البلد الذي ولدت فيه، وبعد أن رفضني البلد الذي ينتمي إليه والديّ، وبعد أن سمعتهم يقولون لي باستمرار "أنت لا تنتمين إلينا"، أشعر أنني شخص لا وجود له، ولا أعرف حتى لماذا أعيش، ولأنك عديم الجنسية، فأنت محاصر دائماً بشعور من انعدام القيمة" لارا، التي كانت عديمة الجنسية/ دليل البرلمانين، الجنسية وانعدام

ومن الوسائل الفعالة في مكافحة انعدام الجنسية هو أن تقوم الدولة بمنح الجنسية لكل من يولد على إقليمها ولم يكن يتمتع بجنسية دولة أخرى لجهل نسبه أو لأسباب أخرى، فهذا الأمر ينعكس إيجابياً على الدولة والشخص معاً، فالدولة تقوى بهم وتُرسّخ عنده مبدأ الولاء لها منذ نشأته، فتجعل منه شخصاً فعالاً وإيجابياً في المجتمع، وعلى العكس من ذلك فأى شخص يولد على إقليم دولة معينة وليست لديه جنسية معينة، يجعله شخصاً غريباً على المجتمع وليس لديه أدنى قواعد الانتماء للدولة، وبالتالي يصبح وجوده في تلك الدولة دون أن يحمل جنسيتها سلبياً عليه وعلى المجتمع، فليس لديه أي صفة قانونية لكي ينخرط في هذا المجتمع، حتى يصبح عنصر فعّالاً في ذلك المجتمع.

الفرع الثالث: مبدأ حق الفرد في الاحتفاظ بجنسيته أو تغييرها

إذا حصل الفرد على جنسية دولة ما فلا يحق لتلك الدولة أن تحرم ذلك الفرد من جنسيته مهما كانت الأسباب، أو أن تجبره على تغييرها، وذلك تلافياً لظاهرة انعدام الجنسية، وهناك أسباب ظهرت بأنه من خلالها يحق للدولة أن تجريد الفرد من جنسيته في سبيل حماية مصالحها العليا، بحجة أن هؤلاء الأشخاص أصبحوا يهددون كيانها ومصالحها العليا فتكون تجريد الجنسية من الفرد على سبيل العقوبة .

وكثير من الأشخاص عديمي الجنسية في العالم هم ضحايا للنزوح القسري فأولئك الذين تم اقتلاعهم من ديارهم يتعرضون بصفة خاصة لخطر انعدام الجنسية؛ خاصة عندما يكون نزوحهم مقروناً أو متبوعاً بإعادة ترسيم حدود الإقليم، وعلى النقيض من ذلك، فإن الأفراد عديمي الجنسية أو المسحوبة جنسيتهم غالباً ما يضطرون إلى الفرار من محل إقامتهم المعتاد، وإن هذه الصلة مع أوضاع اللاجئين هي التي دفعت الجمعية العامة للأمم المتحدة في البداية إلى تعيين مكتب مفوض الأمم المتحدة السامي للاجئين كوكالة مسؤولة عن الإشراف على منع وخفض حالات انعدام الجنسية².

ومن بين الاتفاقيات التي أكدت على هذه المبدأ، ما جاء في المادة (2/15) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بأنه: (لا يجوز حرمان إنسان من جنسيته ولا من حقه في تغييرها دون مساع قانوني)0 وما جاء في اتفاقية عام 1954 المتصلة بوضع الأشخاص عديمي الجنسية حيث نصت أيضاً المادة (9) من الاتفاقية على: (منع الدول من إسقاط الجنسية عن أي شخص من الأشخاص لأسباب عنصرية أو أثنية أو دينية أو سياسية).

¹ حسن هداوي، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني، رجع سابق، ص39

² انظر: دليل البرلمانين رقم 11-2005، الجنسية وانعدام الجنسية، الصادر عن المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، ص4

التجريد من المواطنة هو الحرمان من الاستمتاع بالحياة الدنيا؛ وذلك يشبه العودة إلى البرية مثلما يعيش أهل الكهوف أو المتوحشون، إن الإنسان الذي هو ليس إلا إنساناً قد فقد تلك السمات ذاتها التي تمكن الآخرين من معاملته كإنسان مثلهم، فقد يعيشون ويموتون دون أن يتركوا أي أثر وراءهم، ودون أن يساهموا بأي شيء في الحياة العامة

دليل البرلمانين، الجنسية وانعدام الجنسية

إلا أنه في بعض الحالات يعتبر حرمان الشخص من جنسيته من المبادئ المقبولة لمنع وقوعه في حالة ازدواج الجنسية كحرمان المرأة من جنسيتها الأصلية بعد زواجها من أجنبي واكتسابها جنسية زوجها باختيارها، كما قد يحرم الشخص من جنسيته على سبيل العقوبة في حال ارتكابه جرائم مخلة بأمن الدولة - كما هو الحال في قانون الهجرة والجنسية الأمريكي وقانون الجنسية الأردني - وقد أنتقد الفقه إسقاط الجنسية عن الشخص على سبيل العقوبة لأنه قد يؤدي إلى حالة اللاجنسية¹، فمنهم من أيد ذلك بشرط أن يكون على أضيق نطاق، وأما الجانب الآخر أنكر ذلك واعتبره أن فيه ازدواج للعقوبة.

وعلى النظر من ذلك نجد أن هناك بعض التشريعات تمنع إسقاط الجنسية عن مواطنيها مهما كانت الأسباب، كما جاء في الدستور العراقي لعام 2005 والذي يمنع إسقاط الجنسية العراقية عن العراقي بالولادة لأي سبب كان، إلا أنه سمح بتعدد الجنسية للعراقي دون أية شروط، وذلك استناداً للمادة (18) من الدستور.

ونرى من جانبنا أن تجريد الوطني من جنسيته أمر غير مرغوب ويجب عدم الأخذ به، لأن هؤلاء الأشخاص عندما يرتكبون أعمال تهدد أمن وسلامة الدولة يتم إحالتهم إلى المحاكم لأخذ العقاب الجزائي، وتوجد هناك عقوبات صارمة للحكم عليهم بأقصى العقوبات التي حددتها التشريعات دون اللجوء إلى تجريده من الجنسية، ومما يؤكد ذلك، ما جاء في المادة (2) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بأنه: (لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون أي تمييز كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر..... الخ).

أما مسألة حق الشخص في تغيير جنسيته فإنه نظراً لأن إرادة الفرد تقتضيه فكرة الجنسية، فلهؤلاء الأفراد إرادة يعتد بها كما يجب الاعتراف بهذه الإرادة حيثما كان ذلك ممكناً حسب الظروف، وذلك من منطلق حرية موالية الدولة التي يجب الانتماء إليها دون إكراه، ويجب ألا تتعارض حرية الفرد في تغيير الجنسية مع مصلحة الدولة، وإلا منعت عن ممارسة هذا الحق.

¹ الداودي، غالب علي، الجنسية والمركز القانوني للأجانب، مرجع سابق، ص 18

وفي هذه المسألة قد تنثور عدة إشكالات، منها ما وجّه من استفسار من قبل رئيس الحكومة الأردنية إلى ديوان التفسير في كتابه رقم 5167/3/32 المؤرخ في 1957/7/22، بالسؤال التالي: ماذا لو اكتسب شخص الجنسية الأردنية بالتجنس ثم تخلى عنها لغرض التجنس بجنسية دولة عربية، غير أنه لم يتمكن من إجراء هذه الجنسية، فهل يعتبر في مثل هذا الشخص فاقداً للجنسية الأردنية؟ وإذا اعتبر فاقداً لها هل يمنع على مجلس الوزراء منحه شهادة التجنس مجدداً وفقاً لأحكام قانون الجنسية؟

وكان رد ديوان التفسير على تلك المسألة بقرارها رقم (17) والمؤرخ في 1957/8/5م الجواب التالي: وبعد تدقيق المواد (13،14،16) من قانون الجنسية الأردني لعام 1954، ومن قراءة هذه النصوص على ضوء بعضها البعض نجد أنّ الذي اكتسب الجنسية الأردنية بالتجنس لا يعتبر بمقتضى المادة (26) من هذا القانون فاقداً لهذه الجنسية مجرد تخليه عنها، وإنما يشترط لذلك أن يكون بعد هذا التخلي قد تجنس بجنسية دولة عربية، وإذا لم يتم هذا التجنس فإنه يبقى محتفظاً بجنسيته الأردنية دون ما حاجة لمنحه شهادة تجنس جديدة، وهي لا تنطبق على الشخص الذي فقد جنسيته باختياره وتم تجنسه بجنسية دولة أجنبية ولا تشمل الشخص الذي لم يتم تجنسه فعلاً بهذه الجنسية.

والذي يبدو لنا جلياً أنّ ديوان التفسير قد استند في تلك المسألة على بعض الاتفاقيات الدولية والإقليمية منها اتفاقية 5 نيسان لعام 1954 والموقعة بين بعض دول العربية، وإذا كان توقعنا في غير محله فإنه يمكن أن نبني هذه الرأي استناداً لتلك الاتفاقية، والتي أكدت على حق العربي في الحصول على الجنسية ومحاربة ما يسمى بانعدام الجنسية، حيث نصت المادة (7) من تلك الاتفاقية بأنه: (لكل عربي ولد في غير بلده من بلاد دول الجامعة العربية حق اختيار جنسية البلد الذي ولد فيه خلال السنة الأولى من تاريخ إتمام الثامنة عشرة الميلادية متى وافقت على ذلك حكومتا البلدين وتسقط عنه في حالة اكتسابه هذه الجنسية جنسيته السابقة) فنلاحظ أن الاتفاقية لا تشمل إلا الشخص العربي فقط ولاكتساب جنسية إحدى بلاد الجامعة العربية، وتشترط اكتسابه الجنسية قبل إسقاط الجنسية السابقة عنه، وفي ذلك الحكم تأكيداً على الحد من ظاهرة اللاجنسية بين الدول العربية.

وبالنظر إلى أغلب تشريعات الدول العربية النازمة للجنسية، نجد أنها لا تجيز للفرد في تغيير جنسيته إلا بتحقيق شروط أو قيود غير التي عبّر عنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقيات الأخرى، فهذه التشريعات تخضع حق الإنسان في تغيير جنسيته إلى قيود منها ضرورة موافقة دولته، وتبرير ذلك يعود للحد من ظاهرة هجرة العقول وذوي الاختصاصات إلى الدول الصناعية التي تحاول جذبهم بشتى الوسائل، مما يبرر تشدد هذه الدول منعاً من الهجرة وخروج رعاياها لاكتسابهم جنسية أخرى.

الفرع الرابع: مبدأ منع تعدد الجنسيات (التنازع الايجابي)

من الأمور التي نادى بها الإعلان العالمي والاتفاقيات الدولية والإقليمية الأخرى إثناء حالة تعدد الجنسية، وهو أن يكون للفرد أكثر من جنسية، وفي هذا تداخل في الحقوق والواجبات بين الفرد وتلك الدول، وهو أمر غير مقبول ومرفوض لدى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وجميع الاتفاقيات الدولية والإقليمية .

فالجنسية في مضمونها رابطة ولاء وانتماء بين الشخص والدولة التي ينتمي إليها، فتعدد الجنسيات يتعارض مع المفاهيم المثالية التي ينشدها القانون الدولي، وتعدد الجنسيات يمكن أن يعكس أثره على العلاقات الدولية، كما يثير مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق، وكذلك مشكلة الولاء لكل من الدول التي ينتسبون إليها وأن جميع الاتفاقيات الدولية والإقليمية نصت في موادها على محاربة تعدد الجنسيات وحق الفرد الاحتفاظ بجنسية واحدة فقط، كاتفاقية جامعة الدول العربية لعام 1952 م .

ومن الأمثلة العملية التي قد تُحدث أو تثير عدة إشكاليات بين الدول، أو بين الشخص نفسه وبين الدول، أن يُطلب شخص يحمل جنسية كلتا الدولتين لأداء واجب الخدمة العسكرية الإجبارية إذا كانت القوانين الداخلية لديها تأمر بذلك، فعندئذٍ من المستحيل عليه تلبية نداء الخدمة لكلتا الدولتين في آن واحد، وعندها قد يواجه عقوبات جزائية صارمة لتخلفه عن واجب الخدمة، كونه خالف مبدأ الولاء والانتماء لتلك للدولة .

وحالة ازدواج الجنسية قد تحصل من تطبيق أحكام الجنسية الأصلية بسبب الأصل العائلي أو الأساس الجغرافي، ومن أحكام الجنسية المكتسبة بسبب التبني والزواج المختلط والتجنس ويمكن مكافحتها بتشريعات داخلية واتفاقيات دولية، ولعل أحدى الأساليب في مكافحة ازدواج الجنسية هو أن تجبر الدولة كل ذي جنسيات متعددة على اختيار إحداها خلال مدة معينة، وأن ترتب على اختيار إحداها فقدته للجنسيات الأخرى¹ .

ومن بين الدول العربية التي نظمت بعض الأحكام الخاصة في مكافحة انعدام وتعدد الجنسية اتفاقية الخامس من نيسان لعام 1954 التي جرت بين بعض دول الجامعة العربية - والتي سبق ذكرها آنفاً- فقد نصت المادة (6) بأنه: (لا يقبل تجنس أحد دول الجامعة العربية بجنسية دول أخرى من دول الجامعة العربية إلا بموافقة حكومته وتنزل عنه جنسيته السابقة بعد اكتسابه الجنسية الجديدة)0 ونصت المادة (8) أيضاً بأنه: (لكل من له أكثر من جنسية من جنسيات دول الجامعة العربية الحق في اختيار إحداها خلال سنتين من تاريخ نفاذ هذه الاتفاقية، فإذا انقضت السنتان دون وقوع هذا الاختيار فيعتبر أنه اختار الجنسية الأحدث تاريخاً).

وبالنظر إلى تلك الاتفاقية نجد أن هذه الدول قد بذلت جهوداً إيجابية في تنظيم الجنسية لمحاربة ما يسمى بتعدد وانعدام الجنسية، ولو حظ أن تطبيق تلك الأحكام بين هذه الدول مفعلة من الناحية العملية، وليست أحكام نظرية فقط، بالرغم من أنها لا تخضع لأية مراقبة داخلية أو خارجية أو أية مسؤولية قانونية - كما الحال في الاتفاقية الأوروبية والأمريكية لحقوق الإنسان- في حال تم مخالفة بنود هذه الاتفاقية.

ومن الدولة التي تأخذ بظاهرة تعدد الجنسية خلافاً لما هو متبع بين دول العالم هو الكيان الصهيوني، وذلك من خلال منح الجنسية الإسرائيلية لكل يهودي يريد الهجرة إليها بناء على مبدأ الارتباط الديني (القومية اليهودية) بالإضافة إلى جنسيته الأصلية، وهذا المبدأ لا يعد ارتباطاً فعلياً بين الفرد والدولة كما هو متبع بين قوانين دول العالم حيث تأخذ هذه الدول برباط الدم أو الإقليم فقط، على الرغم من أنها صادقت على الاتفاقية الثانية لعام 1961 .

¹ المرجع السابق، ص 17

✓ النتائج والتوصيات

بعد أن فرغنا من موضوع دراستنا، تبين لنا أن للاتفاقيات الدولية الإقليمية أثر مهم في تنظيم موضوع الجنسية، وبما جاءت به أيضاً المبادئ العامة وقواعد العرف الدولي التي تخص تلك المسألة، حيث تعمل على توحيد القواعد والأسس التي يجب أن تتبعها الدول الأعضاء في تنظيم الجنسية .

فليست للدولة مطلق الحرية في وضع الأحكام المتعلقة بالجنسية بالرغم من أنها جزءاً من أحكام قانونها الداخلي، إذ عليها أن تلتزم بتلك الاتفاقيات والأعراف الدولية المتعلقة بموضوع الجنسية، دون أن يفسر ذلك على أنه اعتداء على سيادة الدولة، بل العكس تماماً يفسر على أنه تعاون وتنسيق أصيل من أجل توحيد الأحكام التي تنظم موضوع الجنسية بما يخدم مصلحة الدول كافة، ومصلحة الأفراد صوناً للكرامة الإنسانية، والدليل على ذلك هو رغبة الدول نفسها في الانضمام إلى تلك الاتفاقيات دون أية ضغوط، وأن إتباعها للقيود التي تقضي بها الأعراف والمبادئ العامة منبثق من مبدأ قبولها في الانضمام إلى منظمة الأمم المتحدة.

وتبين لنا أن للمنظمات الإقليمية دور فعال في موضوع تنظيم الجنسية ومكافحة ظاهرة انعدام وتعدد الجنسية أكثر من المنظمات الدولية، وذلك كما قدمنا أن للمنظمات الإقليمية كالمنظمة الأمريكية والأوروبية لجنيتين داخل كل منظمة، الأولى معنية بمراقبة الدول الأعضاء حول التزامها بضمان الحقوق، والثانية هي عبارة عن محكمة للنظر في كل قضية تعرض عند انتهاك تلك الحقوق، وتكون أحكامها ملزمة للأطراف، وذلك على عكس المنظمات الدولية والتي لا يوجد فيها أية مراقبة عملية وفعّالة حول تطبيق بنود الاتفاقية أو مراعاتها داخل إقليم الدولة، كما أن للأفراد في الاتفاقيات الإقليمية حق التقدم بشكوى ضد أي دولة انتهكت حقوقه المتعلقة بالجنسية، وليس لهم الحق في تقديم مثل هذه الشكوى أمام المنظمات الدولية.

ولكن على الرغم من ذلك فإننا لا ننكر الجهود الدولية التي قامت بها لتنظيم الجنسية لمحاربة ظاهرة انعدام وتعدد الجنسية المنتشرة بين دول العالم، لما له اثر من سلبي على الدولة والفرد معاً، باعتبارها ركنان أساسيين، إلا أنه من وجهة نظر الباحث يرى أن هناك أمور تتدخل وتؤثر سلباً على تنظيم الجنسية داخل الدولة ومنها:

- أن تدخل عوامل كالعامل السياسي أحياناً فيؤثر سلباً على تنظيم هذا الموضوع بين الدول بشكل فعال، ومثال ذلك ما تقوم به إسرائيل من منح الجنسية لكل يهودي يريد الهجرة إلى إسرائيل بالإضافة إلى جنسيته الأصلية، خلافاً للمبدأ الدولي الذي يأخذ برابط الدم أو الإقليم فقط، ولكن لوزن إسرائيل السياسي فإنه ليس هنالك من جهة تردع هذا الكيان المحتل.

- لا تزال هناك بعض الدول تطرح في قوانينها الداخلية حالة فقدان الجنسية، ويكون ذلك من حق الدولة إذا خالف الفرد بعض الشروط، وذكرنا أن مثل هذه الحالة تكون محففة بحق الفرد وغير صائبة إنسانياً، فعلى الدولة أن تكتفي بالعقوبات الجزائية فقط، ولها أن تتشدد فيها بما يخدم مصلحتها العامة بعيداً عن تجريد الجنسية، كما جاء في الدستور العراقي الحالي لسنة 2005، الذي منع الدولة لأي سبب كان تجريد العراقي من جنسيته التي حصل عليه

برابطة الدم، وذلك صوناً للكرامة الإنسانية، وفي نفس الوقت فإنه يصعب على الدولة أن تتعامل مع أشخاص لا جنسية لهم داخل إقليمها لفقدانهم الصفة القانونية عند تجريدهم الجنسية.

● عدم وجود مؤسسات أو جمعيات تقوم بمكافحة هذه الظاهرة في إقليم كل دولة، وذلك بالتنسيق مع الحكومات والمنظمات الدولية ورفع تقارير دورية عن مخالفة أي دولة وحمول نشاطها بمكافحة انعدام وتعدد الجنسية على إقليمها دون أن يؤثر ذلك على سيادة الدولة .

● إنَّ خفض حالات انعدام وتعدد الجنسية أو القضاء عليها تتمثل في إقرار تشريعات وطنية تنسجم مع القانون الدولي، لتكفل منع تعدد الجنسية، وعدم حرمان الأفراد من الجنسية بصورة تعسفية، وتكفل منح الأشخاص الجنسية الذين يبرون بظروف معينة تجعلهم لولا ذلك عديمي الجنسية، وتكفل توفير الحماية الكافية لأولئك الذين يظنون أو يصبحون عديمي الجنسية.

● وفقاً للإحصائيات التي تم الاطلاع عليها فإنه حتى تاريخنا هذا، هناك 65 دولة طرف في اتفاقية عام 1954 و 37 دولة موقعة على اتفاقية عام 1961، ولا تشكل هذه الأرقام سوى دليلاً إضافياً على تعقيد مسألة انعدام الجنسية، وضرورة العمل على استراتيجيات موازية لمكافحة هذه الظاهرة على مستوى العالم عامة وعلى المستوى الإقليمي بشكل خاص.

● وفقاً للتقديرات الأخيرة، يوجد هناك ما يقرب من أحد عشر مليون شخص عديم الجنسية حول العالم، إلا أن هذا الرقم يعتبر "تقديراً على سبيل التخمين"، حيث وجدت المنظمات صعوبة شديدة في تجميع بيانات شاملة عن عدد الأشخاص عديمي الجنسية نظراً لاختلاف البلدان حول مفهوم انعدام الجنسية، وبسبب عزوف الحكومات في أغلب الأحيان عن الإفصاح عن معلومات حول انعدام الجنسية، ونظراً لأن قضية انعدام الجنسية لا تحتل مركزاً متقدماً على جدول أعمال المجتمع الدولي¹

● لا بد من تشجيع البحث عن أنماط وأسباب انعدام الجنسية عن طريق جمع البيانات عن حالة جنسية وتشريعات المواطنة، وأنظمة الحماية، والعوامل التي تساهم في مشكلة انعدام الجنسية.

● حثَّ الدول إن لم تكن قد فعلت ذلك بعد، في الانضمام إلى اتفاقية خفض حالات انعدام الجنسية والاتفاقية الخاصة بوضع الأشخاص عديمي الجنسية، لما للجهود الدولية والإقليمية - كما بينا - من أثر حول تنسيق الجهود لوضع قواعد وأسس عامة للحد من تلك الظاهرة.

المراجع

أولاً: الكتب

- * أبو هيف، على صادق، القانون الدولي العام، ط6، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1992
- * الداودي، غالب علي، الجنسية والمركز القانوني للأجانب، ط1، بغداد: د ن، 1982
- * الراوي، جابر إبراهيم، شرح أحكام الجنسية في القانون الأردني، ط1، عمان: الدار العربية، 1984
- * السيد، رشاد عارف، مبادئ في القانون الدولي العام، ط1، عمان: د.ن، 1985

¹ انظر: دليل البرلمانيين رقم 11-2005، الجنسية وانعدام الجنسية، الصادر عن المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، ص5/ الداودي، غالب علي، الجنسية والمركز القانوني للأجانب، مرجع سابق، ص18

- * الهداوي، حسن، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني، ط1 عمان: دار مجدلاوي، 1994
- * راضي، مازن وآخرون، المدخل لدراسة حقوق الإنسان، ط1 عمان: دار قنديل، 2007
- * شطناوي، فيصل، حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، عمان: دار الحامد، 2001
- * عرفة، عبدالسلام، المنظمات الدولية والإقليمية، ط1، ليبيا: الدار الجماهيرية، 1993
- * يوسف، باسيل، في سبيل حقوق الإنسان، بغداد: دار الشؤون الثقافية، 1988
- * دليل البرلمانين رقم 11-2005، الجنسية وانعدام الجنسية، الصادر عن المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين

ثانياً: التشريعات القانونية

- * الدستور الأردني لسنة 1952م
- * الدستور العراقي لسنة 2005 م
- * قانون الجنسية الأردني رقم (6) لسنة 1954 م وتعديلاته
- * النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية⁰
- * أحكام محكمة العدل الدولية الدائمة، مجموعة أ/ب، رقم 24 لسنة 1925/ورقم 44 لسنة 1932

الانضمام لمهنة الباعث العقاري

مباركة رحومه

باحثة و أستاذة بالجامعة التونسية

تمهيد :

يمثل البناء ركيزة أساسية من ركائز التنمية ، فكلما تطورت طرق البناء وأساليبه كلما دل ذلك على تطور النمو الإقتصادي لأي دولة ما، فالجانب العمراني يكتسي صبغة أساسية وهامة بإعتبار أنه يشكل المظهر الخارجي للبلاد والدليل على مستوى نموها، كل ذلك إستنادا إلى أن العقار يعتبر مقوما من مقومات الثروة¹. لذلك فإن الرغبة في تطوير المنظومة العمرانية أصبحت ، في العصر الراهن ، من بين أولويات الدول بإعتبارها رغبة جماعية لا يقتصر الإهتمام بها على أصحاب الإختصاص فقط .

وأمام الإرتفاع الملحوظ لثمن الأراضي الصالحة للبناء وإرتفاع تكاليف البناء، الأمر الذي يصعب معه على المواطن العادي تغطية كل المصاريف كان من الواجب الإتجاه نحو خلق هياكل تهتم بهذه المسائل في كل جوانبها وتكسب عليها شيئا من المرونة . وفي ظل هذه الظروف الجديدة ، أصبح الحديث عن البعث العقاري وعن شركات البعث العقاري و الأهم من كل ذلك الإهتمام بمهنة الباعث العقاري فمن هو الباعث العقاري ؟

ولتحديد المقصود بالباعث العقاري كان من المفروض الرجوع إلى التعريف اللغوي للفظ "البعث" ، فالبعث من بعث، بعثه، يبعثه، بعثا : أرسله وحده وبعث به : أرسله مع غيره و إبتعثه أيضا أي أرسله فإنبعث والبعث يكون بعثا للقوم يبعثون إلى وجه من الوجوه، مثل السفر والركب² . ويقال بعث الرجل فرسه حل رباطه وأطلقه وأرسله، وبعث الرجل فرسه من مبركه أثاره حتى نهض وكل شيء يثيره الرجل فهو يبعثه³.

فالبعث إذن من الناحية اللغوية يفيد معنى الإرسال والإطلاق قصد القيام بفعل إيجابي وهو ما ذهب إليه القانون التونسي الأول المنظم لمهنة البعث العقاري وهو القانون عدد 59 لسنة 1974 والمؤرخ في 20 جوان 1974 ضمن فصله الأول إذ ورد به: "البعث العقاري هو مهنة تساهم في إتمام التراث القومي العقاري" . وقد نص على هذا التعريف أيضا القانون عدد 47 لسنة 1977 المؤرخ في 2 جويلية 1977 المنقح للقانون الأول.

إلا أنّ ما يلفت للإنتباه خلال هذه التعريفات التشريعية هو إهتمامها بتعريف البعث العقاري ككّل والتغافل عن تحديد مفهوم الشخص القائم بهذا العمل أي الباعث العقاري. إلا أنّ هذا الفراغ وقع تجاوزه من خلال القانون عدد

¹ عبد المجيد عبودة : " تعليق على قرار تعقيبي مدني عدد 3771. مؤرخ في 20 أوت 1992 " RTD 1995 . ص 217.

² ابن منظور : " لسان العرب " المجلد الثاني. دار صادر للطباعة والنشر / دار بيروت للطباعة والنشر . بيروت .

³ معجم اللغة العربية : مجلد الأول. أ - ح المحيط. الطبعة الأولى 1993 . ص 233 .

17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فيفري 1990 والمتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري، فورد به ما يلي : " يعد باعنا عقاريا كل شخص مادي أو معنوي ينجز قصد البيع أو الإيجار بصفة إعتيادية أو من قبيل المهنة طبقا للتشريع الجاري به العمل عمليات :

- تقسيم وتهيئة أراضي مخصصة أساسا للسكنى
 - بناء وتحديد عقارات فردية أو نصف جماعية أو جماعية معدة للسكنى أو التجارة أو المهنة أو الإدارة".
- فالتعريف التشريعي واضح وقد إهتم بكل جوانب مهنة الباعث العقاري إذ آته حدده بإعتباره شخص طبيعى أو معنوي، كما حدد المهام الموكولة لهذا الشخص وطريقة القيام بالمهام إضافة إلى الهدف من ذلك.

في المقابل يلاحظ أن التعريفات الفقهية للباعث العقاري وردت نسبية وغير محيطية بكل تلك الجوانب وإنما إكتفت بتحديد جانب معين دون جانب آخر، إلا أنه يمكن القول بأن هذه التعريفات مكملة لبعضها البعض فقد عرف أحدهم الباعث العقاري بأنه وسيط إقتصادي وقد ذهب إلى إعتبار أن وظيفة هذا الشخص هي التي تخلق الباعث العقاري وليس إسم المهنة¹ ، وأضاف بأن هذا الشخص بعيد عن كل تعريف قانوني وإنما "هو شخص إقتصادي يقوم بإنجاز مبنى أو أكثر وذلك قصد تمكين شخص أو أكثر من ملكية ذلك المبنى"².

أما أحد الفقهاء الفرنسيين فقد إعتبره إما وكيلًا أو أجير صنع أو بائع³. وذهب آخر إلى إعتداد تعريف مؤسس على طبيعة نشاط الباعث العقاري الذي قسمه إلى ثلاث أشكال قانونية أساسية وتتمثل هذه الأشكال في : الباعث العقاري البائع الذي يكسب أهمية لعقد بيع المبنى في حد ذاته والباعث العقاري الذي يقوم بإكتساب ملكية المباني التامة الإنجاز والباعث العقاري المسدي للخدمات⁴.

ورأى شقّ آخر من الفقه أن الباعث العقاري هو الذي يقوم بالمبادرة والإهتمام بعملية البناء⁵. وذهب آخرون إلى الإقرار بأنّ الباعث العقاري هو أساسا وكيل عن صاحب المنشأة وكل سلطاته وواجباته تنتج عن الوكالة⁶. وقد عرفه الأستاذ العجمي بالحاج حمودة بأنه حرفي ومهنته تتمثل بالأساس في البناء قصد البيع لعقار أو مجموعة من العقارات المخصصة للسكنى على أراض مكتسبة ومهيئة⁷.

¹ P. Malinvaud et P. Jestaz : « Le rôle d'intermédiaire économique joué par le promoteur constitue l'aspect fondamental de son activité...D'une façon générale, c'est la fonction qui fait la promoteur et non le titre qui se donne l'intéressé : le terme de promoteur, peu apprécié du grand public ne figure qu'assez rarement dans la domination de la société ou dans les documents professionnels » : " **Le droit de la promotion immobilière** " . 5^{ème} édition Dalloz. Paris 1991. P 1et 2

² P. Malinvaud et P. Jestaz : " même référence P4 .

³ P.capoulade : " **Les professions immobilières** ". Editions de l'actualité juridique paris 1974.P.36

⁴ Yvon Hannequart : " **Le Droit de la construction : Traits caractéristiques et évolution des responsabilités** " édition Brullant Bruxelles 1974 . P 19 et 20.

⁵ G. Liet Vaux et A Thuillier : " **Droit de la construction** " 11^{ème} édition Litec Paris 1994 . P 252.

⁶ F.lememier : " **Tous les problèmes juridiques des sociétés de construction : La promotion immobilière** ". Edition J.Delmas et cie Paris 1973.P.C.5.

⁷ Ajemi Bel Hammouda : " **La promotion immobilière : obligations et responsabilités du promoteur et de l'acquéreur** " . Colloque du 28-29-30 Jauvier 1988. Faculté de droit et des sciences

ومن خلال هذه التعريفات . يتبين أن الفقهاء اعتمدوا طبيعة نشاط الباعث العقاري وعرفوه من خلاله ولم يجتهدوا في إيجاد تعريف قانوني للمصطلح أو لعل النظرة التي وجهوها للباعث العقاري تقتصر على إقصاء الجانب القانوني والتركيز أكثر على الناحية المادية للمهنة.

إلا أنه يمكن إيجاد تعريف يتضمن الجانبين معا ويتمثل في اعتبار الباعث العقاري هو بالضرورة شخص مادي أو معنوي وتعتبر مهمته الأساسية في تقسيم وتهيئة وبناء وتحديد عقارات صالحة للسكنى أو العمل وذلك من اجل القيام بالتفويت فيها بالبيع أو القيام بإيجارها.

و قد إهتم القانون التونسي بمسألة الإنضمام لهذه المهنة فما المقصود بالإنضمام لمهنة ما ؟

قبل الإهتمام بالتعريف القانوني للفظة " الإنضمام " لا بد من الرجوع إلى التعريف اللغوي فمن خلال لسان العرب يتبين أن الإنضمام من ضم : ضم : ضمك الشيء إلى الشيء ، وقيل : قبض الشيء إلى الشيء ، وضمه إليه يضمه ضما فانضم وتضام . تقول : ضمت هذا إلى هذا ، فأنا ضام وهو مضموم¹ . فالإنضمام يفيد معنى الإلتحاق و الإنتساب من الناحية اللغوية إلا أنه بالرجوع إلى القانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فيفري 1990 والمتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري، يلاحظ أن المشرع التونسي لم ينص إطلاقا على معاني الإنضمام و الإلتحاق أو الإنتساب لمهنة الباعث العقاري و إنما إكتفى بالقول بأن الباعث العقاري يعد كل شخص مادي أو معنوي ... كما أضاف بالفصل السادس من هذا القانون أنه على الباعث العقاري الحصول على ترخيص مسبق كي يتمكنوا من ممارسة الأنشطة المحددة بالقانون المنظم للمهنة و هو ما يحيل إلى القول بأن المشرع يتحدث عن إنضمام قانوني لمهنة الباعث العقاري فهذا الأخير عندما يستوفي كل الشروط المنصوص عليها قانونا يعد منضمًا أو ملتحقًا أو منتسبا لمهنة الباعث العقاريين.

و بالرجوع إلى النصوص القانونية السابقة و بالتحديد القانون عدد 59 لسنة 1974 المؤرخ في 20 جوان 1974 و القانون عدد 47 لسنة 1977 المؤرخ في 02 جويلية 1977 المتعلقان بتنظيم مهنة البعث العقاري، يتضح جليا و أن المشرع التونسي لم يستعمل بتاتا لفظة " الإنضمام " أو الإلتحاق " أو حتى لفظة " الإنتساب " . و لعل هذا الأمر لم يكن ذو أهمية تذكر بالنسبة للمشرع التونسي بإعتبار أنه تم إستعمال لفظين آخرين يفيدان معاني مختلفة وهما لفظي " الممارسة " و " التسمية " خاصة . ألا أن النص القانوني عامة يعتبر ذو صبغة دقيقة و لا يمكن بأي حال أن يكون إختيار اللفظ بصفة إعتباطية و غير مدروسة لأنه من الممكن أن يجر إلى الوقوع في لبس معين و هو ما يستوجب المراجعة و التثبت تأسيسا على أن الممارسة لا تفيد التسمية وكذلك الأمر بالنسبة للإنضمام أو الإلتحاق أو غيرها من الألفاظ المشابهة .

و جدير بالذكر في هذا الصدد ، و كما هو معلوم ، أن لفظ " التسمية " يستعمل من الناحية القانونية إذا تعلق الأمر بتعيين في الوظيفة العمومية عل غرار التسميات الخاصة بالولاية و المديرين العاميين ... أما " الممارسة " فتخص المهنة الحرة عمة مثل مهنة الطبيب و التاجر ... و يخص " الترشح " عامة الإنتدابات في الوظيفة العمومية . و

politiques. Tunis 1988.P223.

¹ابن منظور : المرجع السابق

بالإستناد إلى كل ذلك كان من الضروري تحديد اللفظ المناسب المراد إعتماده عند الحديث عن الإنضمام لمهنة الباعث العقاري .

إن تناول موضوع الإنضمام لمهنة الباعث العقاري يقتضي طرح الإشكالية التالية : هل كانت شروط الإنضمام لمهنة الباعث العقاري موضوعية في القانون التونسي ؟

للإجابة على هذه الإشكالية لا بد من دراسة الشروط التي يجب أن تتوفر في شخص المترشح لمهنة الباعث العقاري في القانون التونسي حتى يتمكن من الإلتحاق بالعمل في هذا المجال . ويمكن تقسيم هذه الشروط إلى قسمين : القسم الأول يتعلق بالشروط الجوهرية (الفرع الأول) ويتعلق القسم الثاني بالشروط الشكلية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : الشروط الجوهرية :

تتعلق الشروط الجوهرية الخاصة بالإنضمام لمهنة الباعث العقاري في القانون التونسي بشخص المترشح لممارسة المهنة (المبحث الأول) وبشروط أخرى تتعلق بأسس المهنة (المبحث الثاني) .

المبحث الأول : الشروط الخاصة المتعلقة بشخص المترشح لممارسة المهنة :

نصّ على هذه الشروط الفصل 7 من القانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فيفري 1990 والمتعلق بتحويل التشريع الخاصّ بالبعث العقاري ، الذي ورد به : " على الباعث العقاري المترشح للحصول على الترخيص أن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية ولم يسبق الحكم عليه جزائياً من أجل أفعال مخلة بالشرف والأمانة ولا الحكم بتفليسه وأن يثبت... كفاءة لإنجاز مشاريعه " .

و بالإطلاع على هذا الفصل ، يتبيّن أنّ المشرّع إكتفى بشرطين فقط ، هما : التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وعدم سابقة التعرّض إلى أحكام جزائية تخلّ بالشرف والأمانة أو الحكم بالتفليس كشرط أول وإثبات الكفاءة المهنية كشرط ثان .

فهل أنّ هذان الشرطان قادرين لوحدهما على تمكين المترشح لمهنة الباعث العقاري من القيام بدوره على أكمل وجه ؟ أم أنّه غاب على المشرّع إضافة شروط أخرى يجب أن تتوفر فيه ومن شأنها إكسابه القدرة الحقيقية على ممارسة المهنة؟

للإجابة على هذين السؤالين يجب التعرّض إلى الشروط القانونية المتعلقة بشخص المترشح (فقرة فرعية 1) ثمّ إلى حدود هذه الشروط (الفقرة الفرعية 2) .

الفقرة الأولى : الشروط القانونية الخاصة بشخص المترشح:

كما سبق الإشارة إلى ذلك ، نصّ على هذه الشروط الفصل 7 من القانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فيفري 1990 والمتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري وتمثل في التمتع بجملة من الحقوق (الفقرة الفرعية الأولى) إضافة إلى الكفاءة المهنية (الفقرة الفرعية الثانية) .

الفقرة الفرعية الأولى : التمتع بجملة من الحقوق :

تتمثل هذه الحقوق في الحقوق المدنية والسياسية (1) وفي عدم سابقة الحكم على المترشح للمهنة جزائيا من أجل أفعال مخلة بالشرف بالأمانة ولا الحكم بتفليسه (2) .

1- التمتع بالحقوق المدنية والسياسية :

لم يبيّن الفصل 7 من القانون المذكور ما المقصود بالحقوق المدنية والسياسية ، إلاّ أنّه وبالرجوع إلى قرار وزير التجهيز والإسكان المؤرخ في 27 نوفمبر 1991 المتعلق بضبط مقاييس الترخيص للباعثين العقاريين ، ومن خلال الفصل 2 بالتحديد من هذا القرار، تعرّض المشرّع إلى هذه المسألة إذ نصّ هذا الفصل إلى معيار توقّر هذا الشرط دون الإشارة إلى المقصود بهذه الحقوق.

ويتمثل هذا المعيار في الإدلاء ببطاقة ارشادات طبقا لنموذج معدّ من قبل الإدارة سواء بالنسبة للذوات المادية أو كذلك الذوات المعنوية (الفصل 2 فقرة 1 و 2 من القرار المذكور).

في ظلّ غياب تحديد تشريعي واضح في النصوص الخاصة للمقصود بالحقوق المدنية والسياسية ، وجب الرجوع إلى النصوص الفقهية لتحديد المقصود بهذه الحقوق ، فيشير الفقه إلى أنّ هذه الحقوق تشمل المساواة والحرية الفردية وحرية المراسلة وحرية الرأي والتعليم والجمعيات والإجتماعات¹.

الآن السؤال المطروح لا يتعلق بمضمون هذه الحقوق وإنما بالغاية التي دعت إلى إقرار هذا الشرط ؟

إنّ الهدف من وراء ذلك ، يبدو في نظرنا متعلقا بإكتساب المترشح لكلّ ما من شأنه أن يمكنه من ممارسة مهنته بكل حرية ودون وجود أي مانع مادي أو قانوني يحول بينه وبين قيامه بمهامه بصفة مستقلة ومباشرة.

ويمكن إعتبار هذا الشرط بديهيّا لأنه يعتمد في أغلب القوانين الأخرى المنظمة للمهنة مثل القانون عدد 29 لسنة 1995 المؤرخ في 13 مارس 1995 المتعلق بتنظيم مهنة العدول المنفذين الذي ينصّ على وجوب توقّر هذا الشرط ضمن فصله السادس.

¹ عبد الله الأحمدي : " حقوق الإنسان والحريات العامة في القانون التونسي " شركة أوروبيس للطباعة والنشر . تونس 1993 ص 50.

2 - عدم سابقة الحكم على المترشح جزائيا أو بالتفليس :

نصّ على هذا الشرط كذلك الفصل 7 من القانون عدد 17 لسنة 1990 المتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري، ويعتبر هذا الشرط بديها كذلك نظرا إلى أنّ سابقة التعرّض إلى حكم جزائي من أجل أفعال مخلّة بالشرف والأمانة يدلّ حسب رأينا، على أنّ الشخص المترشح للعمل كباعث عقاري هو شخص غير مؤتمن ولا يمكن بالتالي أن يقوم بمسؤولياته بأمانة وشرف كما يمكن أن ينتج عن قيامه بممارسة هذه المهنة الإضرار بمصالح المجموعة وذلك في حالة سابقة التعرّض الى مثل تلك الأحكام.

كما أنّ سابقة الحكم بالتفليس يدلّ على عدم قدرة هذا المترشح على تحمّل المسؤوليات الماليّة أي التي تتعلق بالحفاظ على الرأس المال الكافي للقيام بالعمليات العقارية المطالب بها الباعث العقاري.

لكن كيف يمكن التحقق من توفّر هذه الشروط في شخص المترشح ؟.

وردت طرق التحقق من هذه الشروط بقرار وزير التجهيز والإسكان المؤرخ في 27 نوفمبر 1991 المتعلق بضبط مقاييس الترخيص للباعثين العقاريين، وقد جاء بالفصل 2 : " لإثبات أنّه لم يتعرّض لأيّ تحجير منصوص عليه بالفصل 7 من القانون عدد 17 لسنة 1990 المتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري، ... يتعيّن على المترشح أن يدلي ... :

- بالنسبة للذوات المادية :

... ببطاقة عدد 3 وبشهادة في عدم الإفلاس لم يمض على تسلمها أكثر من ثلاثة أشهر.

- بالنسبة للذوات المعنوية

- ببطاقة عدد 3 وبشهادة في عدم الإفلاس لم يمض على تسليمها أكثر من 3 أشهر باسم المتصرف أو المتصرفين.

إضافة إلى التمتع بكلّ هذه الحقوق باعتباره شرط أساسي يجب توفّره في المترشح لمهنة الباعث العقاري، أضاف المشرّع شرط ثان هو شرط الكفاءة المهنية.

الفقرة الفرعية الثانية : الكفاءة المهنية :

ورد هذا الشرط كذلك بالفصل 7 من القانون عدد 17 لسنة 1990 المتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري الذي جاء به : " على الباعث العقاري المترشح للحصول على الترخيص ... أن يثبت :

- كفاءة مهنيّة مع الإلتزام بالإستعانة بأهل الخبرة وبإطارات كفأة لإنجاز مشاريعه "

يعتبر هذا الشرط أساسياً لأنه ورد ضمن مطّنة ثانية إثر المطّنة الأولى ، التي نصّت على ضرورة التمتع بالحقوق التي سبق التعرّض إليها .

ويأتي شرط الكفاءة المهنية قصد إستكمال الشروط القانونية التي نصّ عليها المشرّع والتي من الواجب توفّرها في المترشح للمهنة.

إلا أنّ الملفت للنظر أنّ الكفاءة المهنية المطلوبة يجب أن تقتزن بعنصر آخر هو الإلتزام بالإستعانة بأهل الخبرة وإطارات كفاءة لإنجاز المشاريع. فهل أنّ الكفاءة المهنية للمترشح للمهنة لا يمكن أن تفي بالغرض لوحدها لذلك أضاف المشرّع مسألة الإستعانة بإطارات كفاءة وبأهل الخبرة ؟

بالرجوع إلى قرار وزير التجهيز والإسكان لسنة 1991 والمتعلّق بضبط مقاييس الترخيص للباعثين العقاريين وبالتحديد الفصل 3 من هذا القرار ، الذي ورد به : " على المترشح لتعاطي مهنة باعث عقاري أن يثبت كفاءته المهنية مع الإلتزام بالإستعانة بأهل الخبرة وإطارات كفاءة . ولهذا الغرض عليه أن يدلي :

- بتصريح في سابق نشاطه وأقدميته في ميدان البعث العقاري ان كانت له أقدميّة فيها.
- بالإلتزام بالإستعانة بأهل الخبرة في الميدان وإطارات كفاءة وإن اقتضى الحال بقائمة في أسماء اطاراته الفنيّة مع بيان كفاءاتهم المهنية "

إنّ شرط الكفاءة المهنية حسب هذا الفصل لا يمكن أن يثبت بتصريح في سابق النشاط فقط والأقدمية هنا غير ضرورية وهو ما تدلّ عليه عبارة " إن كانت له أقدميّة " يؤدّي ذلك إلى القول بأنّ الكفاءة المهنية للباعث العقاري لا يمكن أن تتحقّق إلاّ بتوفّر عنصر آخر. نظرا لأنّ الأقدميّة غير مفروضة وبالتالي يكون المترشح هنا غير ملّم بكلّ الجوانب التي تقتضيها ممارسة المهنة ، لذلك جاء عنصر الإلتزام بالإستعانة بأهل الخبرة والإطارات الفنيّة الكفاءة لتغطية هذا النقص بالنسبة للكفاءة المهنية لشخص المترشح للمهنة ، إذ أنه من الناحية العمليّة ، من النادر وجود باعث عقاري توفّر فيه عدّة إختصاصات مهنيّة تمكّنه من " التحكم في كلّ جوانب العمليات وخاصّة تلك التي تتعلق بالنواحي الفنيّة "¹ نظرا إلى أنّه يلعب دورا متعدّد الأوجه ويقوم بعدّة عمليات : شراء وتأسيس وبيع ووكالة .. فهو المحرك للعمليّة العقاريّة². لذلك فإنّ موضوع الكفاءة يبقى نسبياً نوعا ما وتصبح الحاجة للإستعانة بالكفاءات الفنيّة وأهل الخبرة أكيدة لإكمال هذا الشرط وتحقّقه.

ويبقى السؤال الذي يطرح نفسه، في هذا الصدد ، هل أنّ شرط الكفاءة المهنية إضافة إلى شرط التمتع بجملة من الحقوق التي نصّ عليها القانون كافيين بالنسبة للمترشح لمهنة البعث العقاري للتمكّن من الإضطلاع بدوره كما ينبغي؟

¹ Moncef Ben younes : " **La promotion immobilière** " Mémoire de DES . Droit privé. Faculté de Droit et des sciences politiques Tunis 1978 P 29 .

² Ajmi Bel hadj Hamouda : " **La promotion immobilière : obligations et responsabilité de promoteur et de l'acquéreur** " . Actes du colloque tenu le 28-29-30 Janvier 1988 Faculté de Droit et des sciences politiques Tunis . P 223 et 224

الفقرة الثانية : حدود الشروط القانونية المتعلقة بشخص المترشح للمهنة :

بعد دراسة الشروط التي نصّ عليها المشرّع والتي يجب أن تتوفر في المترشح لمهنة الباعث العقاري، يمكن الخروج ببعض الملاحظات التي تتعلق بإرساء مبدأ حرية الإنضمام للمهنة ، وذلك من خلال عدم فرض الحصول على شهادة للتمكّن من الإلتحاق بالمهنة (الفقرة الفرعية الأولى) ثمّ عدم فرض الحصول على جنسيّة تونسيّة (الفقرة الفرعية الثانية).

الفقرة الفرعية الأولى : عدم فرض شهادة للتمكّن من الإلتحاق بالمهنة :

بالإطلاع على القانون المتعلّق بتحويل التشريع الخاصّ بالبعث العقاري والمؤرخ في 26 فيفري 1990، نلمس غيابا واضحا لشرط الحصول على شهادة في الإختصاص للتمكّن من الإلتحاق بمهنة الباعث العقاري كما أنّ عبارات الفصل 7 من القانون المذكور، الذي نصّ على جملة الشروط وجاءت واضحة إذ أنّ الكفاءة المهنيّة ، والتي نصّ القرار المتعلّق بضبط مقاييس الترخيص للباعثين العقاريين في فصله الثالث ، تثبت عن طريق تصريح في سابق النشاط والأقدمية في ميدان البعث العقاري .

جاءت عبارات الفصل 7 المذكور واضحة ولا يمكن بالتالي أن تفيد ضرورة الحصول على شهادة لأنّ التصريح في سابق النشاط مغاير لمفهوم الشهادة ، التي تقتضي أن تصدر عن هيكل مختصّ بتقديم تكوين في مجال البعث العقاري في هذه الصورة.

كما أنّه بالرجوع إلى القوانين المنظمة لمهن حرة أخرى مثل مهنة المحامي أو العدل المنفذ أو المهندس المعماري أو غيرها من المهن ، فإنّ إقرار هذا الشرط يتمّ بصفة واضحة ، إذ ينصّ الفصل 1 مثلا من القانون عدد 46 لسنة 1974 المؤرخ في 22 ماي 1974 المتعلق بتنظيم مهنة المهندس المعماري : " لا يمكن لأحد أن يحمل عنوان مهندس معماري أو يباشر مهنة مهندس معماري بالبلاد التونسية إلاّ إذا توفّرت فيه الشروط الآتي بيّناها :

- أن يكون متحصلا على شهادة مهندس معماري من معهد التكنولوجيا للهندسة المعماريّة والفنون وهندسة تخطيط المدن أو على شهادة معترف بها من طرف وزارة التجهيز ...".

كما ينصّ الفصل 6 من القانون عدد 29 لسنة 1995 المؤرخ في 13 مارس 1995 المتعلق بتنظيم مهنة العدول المنفذين على أنّه : " يضبط جدول العدول المنفذين بقرار من وزير العدل . ويجب أن تتوفر في المترشح لمناظرة الترسيم بهذا الجدول ... أن يكون محرزا على الأستاذية في العلوم القانونية من إحدى كليات الحقوق أو شهادة أجنبية معادلة لها".

ويتبيّن بذلك أنّ مهنة الباعث العقاري رغم أنّها مهنة منظمة من طرف القانون ورغم كونها مهنة حرة مثلها مثل باقي المهن التي وقع التعرّض إليها ، إلاّ أنّ موضوع شروط الإنضمام إليها يبقى من المسائل التي تستوجب بعض الإهتمام من طرف المشرّع ، خاصّة وأنّ القوانين المقارنة فرضت الحصول على شهادة بالنسبة لمهن تعتبر أقلّ من حيث

الأهمية بالنسبة لمهنة الباعث العقاري مثل مهنة الوسيط العقاري.¹ كل ذلك من أجل بلوغ هدف أساسي يتمثل في الإرتقاء بمستوى المشاريع التي يقوم بها الباعث العقاري وبالتالي تطوير المنظومة العقارية حماية للنظام العام.

إنّ إرساء مبدأ حرية الإنضمام للمهنة - مهنة الباعث العقاري - لم يبرز من خلال هذا الجانب فقط بل تجاوزه إلى جوانب أخرى.

الفقرة الفرعية الثانية : عدم فرض الحصول على جنسية تونسية :

بالرجوع إلى القانون عدد 17 لسنة 1990 المتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري والمؤرخ في 26 فيفري 1990 ، نلمس غيابا لشرط توفّر الجنسية الذي أقرّه القانون عدد 47 لسنة 1977 المؤرخ في 2 جويلية 1977 المتعلق بتنظيم مهنة البعث العقاري ضمن فصله الخامس والذي نصّ على أنّه : " لكي يحظى المترشح لمهنة باعث عقاري بالمصادقة يجب عليه أن يثبت أنّه : ذو جنسية تونسية " ، وإن كان هذا الشرط قد غاب أيضا في القانون الأول المنظم للمهنة وهو القانون عدد 59 لسنة 1974 المؤرخ في 20 جوان 1974 ضمن فصله الخامس (نفس الفصل) والذي وردت به شروط قبول المترشح لمهنة باعث عقاري.

إنّ المروحة بين فرض شرط الجنسية التونسية وعدم فرضه يمكن أن يعبر عن تردّد المشرع الناتج عن إكساء مبدأ حرية الإنضمام لغير حاملي الجنسية التونسية ، إلّا أنّه يترجم في نفس الوقت عن سياسة عامّة للدولة من خلال تشجيع الإستثمارات الخارجية في مجال البعث العقاري.

إلّا أنّ القانون المنظم للمهنة لسنة 1990 والمؤرخ في 26 فيفري 1990 ، لم يرد به صراحة إمكانيّة القيام مباشرة مهنة الباعث العقاري من طرف أجنبي رغم أنّ الفصل 24 من القانون سابق الذكر نصّ على : " للأجانب المقيمين أو غير المقيمين الحرية في المساهمة بالأقلية في رأس مال شركة تونسية للبعث العقاري مرخص لها وفق الفصلين 6 و 7 من هذا القانون ... " ، وهو ما يفيد أن الأجانب يتمتعون بحرية مباشرة المهنة.

بعد إستكمال الشروط المتعلقة بشخص المترشح ، لا بدّ لهذا الأخير أن تتوفّر شروط أخرى تتعلق بأسس المهنة.

المبحث الثاني : الشروط المتعلقة بأسس المهنة :

إنّ المقصود بالشروط المتعلقة بأسس المهنة هي الشروط التي تمثل ركيزة أساسية تقوم عليها مهنة الباعث العقاري ، وتمثل هذه الركيزة جوهر المهنة وأساسها وبغيابها تصبح مهنة الباعث العقاري غير ذات جدوى.

وبالرجوع إلى النصّ القانوني المنظم لمهنة الباعث العقاري المؤرخ في 26 فيفري 1990 والمتعلق بتحويل التشريع الخاصّ بالبعث العقاري ، نجد تنصيحا واضحا على إحدى هذه الأسس باعتباره شرطا أساسيا للتمكن من الترشح

¹ F. Seutin : " Le Statut légal d'agent immobilier " édition de Boeck - Waswael Bruxelles 1995 . P 37 et P41 .

لمهنة باعث عقاري وهو إثبات رأس مال كاف (الفقرة الأولى) هذا من ناحية ، أما من ناحية أخرى هناك غياب واضح لشرط يمكن أن يعتبر جوهرياً هو شرط إثبات ملكية الأرض (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : إثبات رأس مال كاف :

نصّ على هذا الشرط الفصل 7 من القانون عدد 17 لسنة 1990 المتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري والمؤرخ في 26 فيفري 1990 ، إلاّ أنّه لم ينصّ على الطريقة التي يتمّ بها إثبات رأس المال من طرف المترشح للمهنة ، لذلك كان من الضروري الرجوع إلى قرار وزير التجهيز والإسكان المؤرخ في 27 نوفمبر 1991 المتعلق بضبط مقاييس الترخيص للباعثين العقاريين ضمن فصله الأول ، الذي وردت به طريقة إثبات رأس المال الكاف (الفقرة الفرعية الأولى) كما حدّد هذا الفصل رأس المال الأدنى (الفقرة الفرعية الثانية) .

الفقرة الفرعية الأولى : الرأس المال الكافي :

حسب منطوق الفصل 1 من قرار وزير التجهيز والإسكان والمؤرخ في 27 نوفمبر 1991 المتعلق بضبط مقاييس الترخيص للباعثين العقاريين الذي ينصّ : " على أنّه كلّ ذات ماديّة أو معنويّة ترغب في الحصول على الترخيص لتعاطي مهنة باعث عقاري أن يثبت أنّ لها رأس مال أدنى يساوي مائة وخمسون ألف دينار (150.000 دينار) مستوفي كلياً ومدفوعاً نقداً " لذلك فإنّ كلّ مبلغ أقلّ من المبلغ الذي نصّ عليه القانون لا يمكن من الترشح للمهنة وذلك إستناداً على عبارات هذا الفصل التي جاءت واضحة : " على كل ذات ماديّة أو معنويّة ... أن ... " .

كما تجدر الإشارة إلى أنّ مبلغ رأس المال الأدنى المقدّر بمائة وخمسون ألف ديناراً يشمل الذوات الطبيعيّة وكذلك المعنويّة على حدّ سواء. وهو يعتبر أمراً غير عادل نوعاً ما باعتبار أنّ الذات المعنويّة تمثل في أغلب الحالات شركات كبرى يمكن أن تحصل على التمويلات الكافية من طرف مصادر مختلفة على خلاف الذوات الطبيعيّة التي تكون تمويلاتهما في معظم الحالات محدودة وغير متعددة المصادر ، وهو أمر يستدعي المراجعة وتحديد مبلغ رأس المال الأدنى مختلف وخاصّ بكلّ ذات من بين تلك الذوات وذلك نظراً إلى أنّ عمليّة البناء مثلاً والتي تمثّل من بين نشاطات الباعث العقاري تستوجب مجهوداً مالياً كبيراً، لذلك يجب الحصول على أصول كافية للتمكن من مباشرة مهنة باعث عقاري¹ كما أنّ التجربة تؤكد أنّ الباعث الصغير الذي يفتقر للتأطير والمراقبة يمكن أن يعرّض حريفه لمخاطر كبيرة أكثر من الباعثين الكبار² ، خاصة إذا تعلق الأمر بالناحية المالية.

الفقرة الفرعية الثانية : طريقة إثبات رأس المال :

نصّ على هذا الأمر قرار وزير التجهيز والإسكان المؤرخ في 27 نوفمبر 1991 المتعلق بضبط مقاييس الترخيص للباعثين العقاريين ضمن الفصل 1 الفقرة الثانية الذي ورد به : " ويتمّ ذلك بالإدلاء بشهادة بنكية تثبت أن رأس المال

¹ Moncef Ben younes : " **La promotion immobilière** " Mémoire de DES . Droit privé. Faculté de Droit et des sciences politiques Tunis 1978. P 29 .

² Moncef Ben younes : même référence . P26

متوفر ويتعهد على الشرف يلتزم فيه بتخصيص ذلك المال لإنجاز مشاريع بعث عقاري لا غير ". فطريقة الاثبات الوحيدة حسب هذا القرار هي الشهادة البنكية التي من المفترض أن تكون صادرة وممضاة من طرف مؤسسة بنكية إضافة إلى التعهد على الشرف الذي يمضيه المترشح.

إنّ طريقة الاثبات هذه تعدّ في نظرنا كافية رغم حصول بعض التجاوزات من طرف المترشحين لمهنة الباعث العقاري وذلك بعد حصولهم على التراخيص ، بأن يعمدوا في عدة حالات الى التنقيص من مبلغ رأس المال المخصص لإنجاز مشاريعهم في إطار البعث العقاري وتحويل إتجاهها إلى أغراض أخرى. إلا أنّ إمتلاك الأرض من طرف هؤلاء يساهم في الحدّ من هذه التجاوزات.

الفقرة الثانية : إثبات ملكية الأرض :

لم يشر القانون عدد 17 لسنة 1990 والمؤرخ في 26 فيفري 1990 المتعلق بتحويل البعث العقاري إلى هذه المسألة رغم أنها تعتبر مسألة هامة ، إذ أنّ ملكية الأرض تكسب صفة الباعث العقاري على الشخص الذي يقوم بإنجاز مشاريع بعث عقاري ، هذا بالنسبة للقانون التونسي.¹ على خلاف القانون الفرنسي الذي ينصّ في الفصل 1-1831 من المجلة المدنية على أنّ الباعث العقاري هو كلّ شخص يلتزم أمام ربّ العمل لتحقيق برنامج بناء بصفة مفردة أو عن طريق أشخاص آخرين وذلك مقابل مقابل مالي معيّن . وهو ما يبين أنّ ملكية الأرض بالنسبة للقانون الفرنسي لا تعتبر هامة حتى يتمتع المترشح لمهنة الباعث العقاري بهذه الصفة.

وتجدر الإشارة في هذا السياق ، أنّ الحديث عن ملكية الأرض سيتمّ التعرض إليه بصفة مطوّلة لاحقا. بقي الحديث عن باقي شروط الإلتحاق بمهنة الباعث العقاري.

الفرع الثاني : الشروط الشكلية :

إنّ توفّر كلّ الشروط الجوهرية التي وقع التعرّض إليها لا يمكن المترشح لمهنة باعث عقاري من ممارستها حسب ما يقتضيه القانون وذلك نظرا لعدم توفّر شروط أخرى نصّ عليها المشرّع وتعتبر أساسية وهي الشروط الشكلية التي تتعلق بالترخيص (المبحث الأول) وكذلك الشروط التي تتعلق بتكوين شركة البعث العقاري (المبحث الثاني).

المبحث الأول : الترخيص :

نصّ على شرط الترخيص الفصل 6 من القانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فيفري 1990 المتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري الذي ورد به هذا الشرط بصفة صريحة وذلك ضمن عنوان ثان بالقانون : " الترخيص " وقد جاء بهذا الفصل : " يجب على الباعثين العقاريين الحصول على ترخيص مسبق لكي يتمكنوا من ممارسة الأنشطة المحددة ... " وهو ما يدلّ على وجوبية الترخيص (الفقرة الأولى) . ويضيف نفس الفصل في فقرته

¹ Moncef Ben younes : " La promotion immobilière " Mémoire de DES . Droit privé. Faculté de Droit et des sciences politiques Tunis 1978 P 46

الثانية : " يقع الترخيص في ممارسة مهنة الباعث العقاري بقرار صادر عن الوزير المكلف بالإسكان بعد الإطلاع على رأي اللجنة الإستشارية للبعث العقاري " ، وهو ما يفيد أنّ صدور الترخيص لا يمكن أن يتمّ إلاّ عن طريق هيكل مختصّ (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى : وجوبية الترخيص :

يبرز الطابع الوجوبي للترخيص بالرجوع إلى الفصل 6 من القانون عدد 17 لسنة 1990 والمتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري ، الذي ورد به : " يجب على الباعثين العقاريين الحصول على ترخيص ... " كما يمكن إضافة بعض الملاحظات التي تتعلق بفرض الترخيص قبل صدور هذا القانون أو عدم فرضه وذلك بالرجوع إلى القانون عدد 59 لسنة 1974 المؤرخ في 20 جوان 1974 المتعلق بتنظيم مهنة الباعث العقاري وكذلك القانون عدد 47 لسنة 1977 المؤرخ في 02 جويلية 1977 المتعلق بتنظيم مهنة الباعث العقاري الذي وقع تحويله بمقتضى القانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فيفري 1990 ، اذ ينص الفصل 4 (وهو نفس الفصل في كلا القانونين) على أنه : " تخضع ممارسة مهنة الباعث العقاري لموافقة مسبقة من وزير التجهيز بعد أخذ رأي لجنة إستشارية للبعث العقاري ... " .

ومقارنة هذا الفصل 4 مع الفصل 6 من القانون عدد 17 لسنة 1990 والمتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري ، يمكن ملاحظة الفرق بصفة واضحة ، ففي حين فرض القانون الجديد لسنة 1990 إجبارية الترخيص ، نصّ القانون القديم على مجرد القبول فما هو الفرق بين الترخيص والقبول؟

* الترخيص والقبول :

لمعرفة ما هو الفرق بين المصطلحين ، يجب البحث في تعريف كلّ منهما .

بالرجوع إلى القاموس ، نجد تعريفا للترخيص وآخر للقبول . فالترخيص حسب القاموس يتمثل في الرخصة والمصادقة الصادرة عن سلطة معينة. أما القبول فهو مجرد الموافقة والرضى الشكلي¹ .

فالترخيص حسب هذا التعريف ، يتمتع بالقوة الملزمة مقارنة مع القبول الذي لا يكتسي صبغة إلزامية .

إن الطابع الوجوبي للترخيص يكمن من خلال توفر خاصيتين تتمثلان في كونه ترخيص مسبق (الفقرة الفرعية الأولى) وكذلك في كونه ترخيص يهّم شخص الباعث العقاري (الفقرة الفرعية الثانية) .

الفقرة الفرعية الأولى : الترخيص يجب أن يكون مسبقا :

نصّ على هذه الخاصية الفصل 6 من القانون عدد 17 لسنة 1990 والمتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري ، إذ ورد به : " يجب على الباعثين العقاريين الحصول على ترخيص مسبق " ، وهو ما يدلّ على أنّ ممارسة مهنة الباعث العقاري مع غياب ترخيص تصبح غير شرعية. لذلك فإنّ كلّ باعث عقاري يرغب في ممارسة نشاطه

¹ Le Petit Robert : Les dictionnaires Robert Canada S.C.C Montréal Canada 1987.

عليه التقدّم بمطلب قصد الحصول على ترخيص يمكنه من القيام بذلك العمل، وذلك قبل البدء في الممارسة الفعلية لنشاطه.

وبذلك يمكن القول أنّ الحصول على ترخيص مسبق يمثل استثناء لمبدأ حرية الإنضمام لمهنة الباعث العقاري الذي سبق الحديث عنه فيمكن الترخيص بذلك من تنظيم الإلتحاق بالمهنة ويقصي كلّ ما من شأنه أن يضرّ بمصلحة المهنة وبالمصلحة العامة ويساهم في تحديد أو تقليص الأضرار التي يمكن أن تنشأ عن ممارسة مهنة الباعث العقاري من طرف بعض الدخلاء، الذين يلمسون في أنفسهم الكفاءة للقيام بالأنشطة المنصوص عليها في القانون أو كذلك وفي أحيان عديدة تجاوزها إلى أنشطة أخرى لا تدخل ضمن مجال إختصاص الباعث العقاري، الأمر الذي يترتب عنه في كثير من الأحيان حصول أضرار جسيمة تلحق بالحريف.

فممارسة مهنة الباعث العقاري تقتضي الحصول على ترخيص مسبق حتى تتمتع المشاريع التي يقوم بها الباعث العقاري بالمصادقة¹، وقد ذهب عبد الوهاب الرباعي إلى إعتبار "الأشخاص الذين لم يتحصّلوا على ترخيص ليسوا بباعثين وبالتالي لا يمكنهم التمتع بإيجابيات قانون 1990"²، لذلك فإنّ الحصول على ترخيص مسبق يجب أن يتمّ عن طريق شخص الباعث العقاري ولفائدته.

الفقرة الفرعية الثانية : الترخيص يهّم شخص الباعث العقاري :

نصّ الفصل 7 من القانون عدد 17 لسنة 1990 والمتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري على جملة من الشروط التي سبق التعرّض إليها وهي تمثل في الحقيقة وسيلة للتمكن من الحصول على ترخيص، وبالتالي الإنضمام لمهنة الباعث العقاري، وذلك إستنادا الى أنّ الترخيص يعتبر في القانون التونسي الباب الوحيد الذي يمكن المرور عن طريقه لمهنة الباعث العقاري، على خلاف بعض القوانين الأخرى³.

الآ أنّه إذا وقع التركيز على هذه الشروط، يمكن إستنتاج أنّها تتعلق بشخص الباعث العقاري الفرد لا المجموعة، كيف ذلك؟

ورد بالفصل 7 من القانون عدد 17 لسنة 1990 المتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري : " على الباعث العقاري " ولم يرد به على "الباعثين العقاريين" ، رغم أنّ الشروط التي وقع التنصيص عليها همّ كلّ باعث عقاري على حدة، فشرط التمتع بالحقوق المدنية والسياسية مثلا يهّم كلّ باعث عقاري وكذلك شرط رأس المال الكافي، لذلك كان من الأخرى التنصيص على : " على كلّ باعث عقاري ... " وليس " على الباعث العقاري... " لأنّ العبارة الأخيرة يمكن أن تؤخذ على إمكانيّة تقديم مطلب جماعي في الترخيص وهو ما لم يذهب إليه

¹ A. Chérif : " L'évolution de la promotion immobilière " Actes du colloque " tenu le 28-29-30 Janvier 1988 Faculté de Droit et des sciences politiques Tunis P33.

² Abdelwaheb Rebai : " La promesse de vente d'immeuble à construire " RTD 1991 . P 361

³ P. Capoulade : " Les professions immobilières " Edition de l'Actualité Juridique Paris 1974 . P 205.

المشرّع في نظرنا لأنّ الترخيص يستوجب قرار يوحي بذاتية الترخيص ونسبته¹ ، بما أنّه يتعلق بشخص الباعث العقاري الفرد لا المجموعة ، لذلك فإنّ المقصود في الفصل 7 من القانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فيفري 1990 والمتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري ، هو أنه على كلّ شخص يرغب في الحصول على الترخيص أن يثبت توفّر كلّ تلك الشروط التي وقع التنصيص عليها وينفي بالتالي المطالب الجماعية للترخيص .

الآ أنّه يجب الإشارة إلى أنّه لا يكفي تقديم مطلب من طرف الباعث العقاري حتى يتحصّل على الترخيص ولكن يجب أن يقوم بذلك أمام هيكل مختصّ .

الفقرة الثانية : صدور الترخيص عن هيكل مختصّ :

نصّ الفصل 6 في فقرته الثانية من القانون عدد 17 لسنة 1990 والمتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري ، على : " يقع الترخيص في ممارسة مهنة الباعث العقاري بقرار صادر عن الوزير المكلف بالإسكان بعد الإطلاع على رأي اللجنة الاستشارية للبعث العقاري."

فالترخيص إذن يأخذ شكل القانون بالإستناد الى كونه يصدر عن طريق قرار من طرف الوزير المكلف بالإسكان .

ولا يمكن لوزير التجهيز والإسكان إصدار قرار في الترخيص الآ بعد الأخذ برأي اللجنة الاستشارية للبعث العقاري ، ففيم تتمثل هذه اللجنة ؟ وما هي إختصاصاتها ؟ وكيف تبدي رأيها في قرار الترخيص؟

ينظّم هذه اللجنة الأمر عدد 2165 لسنة 1990 المؤرخ في 19 ديسمبر 1990 المتعلق بضبط مشمولات اللجنة الاستشارية للبعث العقاري وتركيبها وشروط سيرها. ففيم تتمثل مشمولات هذه اللجنة ؟ وماهي تركيبها ؟

الفقرة الفرعية الأولى : مشمولات اللجنة :

حسب الأمر عدد 2165 لسنة 1990 المتعلق بضبط مشمولات اللجنة الاستشارية للبعث العقاري فإنّ مشمولاتها تقتصر على ابداء الرأي دون أن تكون لها سلطة في اتخاذ القرار ، إذ ينصّ الفصل الأول من الأمر المذكور :

" تتولى اللجنة الاستشارية للبعث العقاري إبداء رأيها في :

- مقاييس الترخيص المتعلقة بممارسة مهنة الباعث العقاري
- مطلب الترخيص للباعثين العقاريين
- مطلب ترتيب الإستثمارات المتعلقة بمشاريع السكن ذات الصبغة الإجتماعية أو الأولوية
- التدابير التي يمكن إتخاذها ضدّ الباعثين العقاريين الذين يخالفون الأحكام التشريعية أو الترتيبية المتعلقة بميدان البعث العقاري.

¹ Moncef Ben Younes : " **La promotion immobilière** ". Mémoire de DES . Droit privé . Faculté de Droit et des sciences politiques Tunis 1978 . P 20.

- وكلّ المسائل الأخرى المتعلقة بميدان البعث العقاري والتي يرى الوزير المكلف بالإسكان فائدة في عرضها على اللجنة".

وبقراءة هذا الفصل يتبيّن أنّ لجنة البعث العقاري لها رأي إستشاري فحسب إلاّ أنّه بالرجوع إلى الفصل 6 من القانون عدد 17 لسنة 1990 المتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري، يمكن إستنتاج أنّ هذا الرأي وجوبي أي أنّ صدور قرار الترخيص لا يمكن أن يتمّ إلاّ بعد الإطلاع على رأي اللجنة الإستشارية للبعث العقاري وهو ما يبين أهمية آراء اللجنة في هذا المجال.

ولا تكتفي اللجنة بإبداء الرأي في مطلب الترخيص للباعث العقاري وإنما كذلك تنظر في المقاييس التي نصّ عليها قرار وزير التجهيز والإسكان لسنة 1991 المتعلق بضبط مقاييس الترخيص للباعثين العقاريين وتبدي رأيها إن كانت شروط الترخيص متوفرة في المترشح للمهنة أم لا. إضافة إلى عدّة مسائل أخرى نصّ عليها الأمر المتعلق بمشمولات اللجنة الإستشارية للبعث العقاري وتركيبها وشروط سيرها.

إلاّ أنّه تجدر الإشارة إلى أنّه رغم أهميّة مشمولات اللجنة الإستشارية للبعث العقاري، فإنّ هذه المشمولات تبقى محدودة وغير شاملة، إذ كان من الأخرى أن تهتمّ اللجنة بكلّ التفاصيل المتعلقة بمهنة الباعث العقاري والتي تمثّل من بين المسائل ذات الأهميّة الكبرى مثل مسألة الاختلاف بين الباعث العقاري وحريفه حول ثمن العقار أو كذلك مسألة الآجال¹.

إنّ غياب مثل هذه المشمولات بالنسبة للجنة الإستشارية للبعث العقاري يدعو إلى التساؤل عن وجود هيكل آخر يقوم بسدّ هذه الثغرة وبالتالي الإهتمام بكلّ المشاكل التي يمكن أن تطرأ بمناسبة قيام الباعث العقاري بمهامه سواء تعلقت هذه المشاكل بطبيعة مهنته أو في علاقاته سواء مع باقي المتدخلين في البناء الذين يعملون لحسابه أو كذلك في علاقاته مع الحريف، وذلك مثلما هو الشأن بالنسبة للهيئات المهنية الأخرى مثل هيئة المهندسين المعماريين أو هيئة المحامين أو كذلك هيئة الصيادلة....؟

إلاّ أنّ المعلوم هو وجود هيكل يسمّى الغرفة النقابية للباعثين العقاريين مهمته إيجاد حلول لمشاكل الباعثين العقاريين، ولا يتسنى من خلال هذا الإطار دراسة هذه الغرفة النقابية بصفة معمّقة.

الفقرة الفرعية الثانية : تركيبة اللجنة :

ينصّ على تركيبة اللجنة الفصل 2 من الأمر عدد 2165 لسنة 1990 المؤرخ في 19 ديسمبر 1999 والمتعلق بضبط مشمولات اللجنة الإستشارية للبعث العقاري وتركيبها وشروط سيرها، وتتضمن التركيبة رئاسة اللجنة التي يقوم بها وزير التجهيز والإسكان أو من يمثله وممثلين عن الوزارات والمؤسسات التي لها علاقة سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة بقطاع البعث العقاري.

¹ Abdel Waheb Rebai : " La promesse de vente de l'immeuble à construire " R.T.D 1991 P 379 .

إنّ تعدّد الهياكل التي تتركّب منها اللجنة الإستشارية للبعث العقاري إضافة إلى المكانة التي تحظى بها هذه الهياكل يبرز أهمية القطاع - قطاع البعث العقاري - بدرجة أولى إضافة إلى الحساسية التي تتسم بها المسائل التي تعود بالنظر الى هذه اللجنة ، لذلك كان إتجاه المشرّع من خلال إقرار هذه التركيبة هو ضمان الجودة المفروض توفّرها عند تنفيذ المشاريع من طرف الباعثين العقاريين وإعطاء كلّ هيكل من بين تلك الهياكل الفرصة قصد ابداء رأيه في المواضيع التي تختصّ بها اللجنة الإستشارية والتي تهتمّ ميدان البحث العقاري.

المبحث الثاني : الشروط المتعلقة بتكوين الشركة :

عملياً ، من النادر وجود باعث عقاري يكتسب عدّة إختصاصات مهنيّة تمكّنه من حسن القيام بكلّ الأدوار التي تفرضها العمليّات وخاصة تلك التي تتعلق بالنواحي الفنيّة¹ وذلك لتشعب أركان المهنة التي من الصعب الإلمام بكلّ نواحيها لذلك كان من النادر وجود باعث عقاري شخص طبيعي نظراً للمخاطر المتعدّدة التي يمكن أن يقع فيها صاحب المهنة² لذلك كان تأسيس شركات للبعث العقاري ضرورة إكتسبتها الطبيعة المهنية التي تتسم بنوع من التعقيد والصعوبة.

إنّ الجدير بالذكر في هذا الصدد ، أنّه بالرجوع إلى جميع النصوص القانونية المنظّمة لمهنة الباعث العقاري ، لم يرد فيها ولو على سبيل الذكر أنّ الباعث العقاري هو صاحب شركة وإتّما ورد في القانون الأول وهو القانون عدد 47 مثلاً لسنة 1977 المؤرخ في 02 جويلية 1977 المتعلق بتنظيم مهنة البعث العقاري ، في الفصل الثاني أنّه " لا يمكن أن يمارس هاته المهنة إلاّ الأشخاص ذوي الجنسية التونسية والذوات المعنوية وبهذا العنوان فالشخص أو الذات المعنوية يطلق عليه إسم الباعث العقاري ، " كما ورد بالقانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فيفري 1990 المتعلّق بتحويل التشريع الخاصّ بالبعث العقاري في فصله 1 أنّه " يعدّ باعثاً عقاريّاً كلّ شخص طبيعي أو معنوي ... " ونفس التنصيص يوجد بقرار التجهيز والإسكان المؤرخ في 27 نوفمبر 1991 المتعلّق بضبط مقاييس الترخيص للباعثين العقاريين في الفصل الأول : " على كلّ ذات مادّيّة أو معنويّة ترغب في الحصول على الترخيص لتعاطي مهنة باعث عقاري ... " .

إنّ الإجماع على كون الباعث العقاري هو بالضرورة إما شخص طبيعي أو معنوي متأكّد سواء من الناحية التشريعيّة أو كذلك الفقهية ، إلاّ أنّ بعض الفقهاء يرون أنّ الباعث العقاري إضافة إلى كونه شخص طبيعي أو معنوي يمكن أن يكون كذلك شخص نصف - معنوي³ وهم بذلك يضيفون صنف ثالث من الباعثين العقاريين.

لكن الإشكاليّة التي تطرح في هذا المجال كيف يمكن للشخص الطبيعي أو كذلك المعنوي العمل كباعث العقاري ؟ أو بعبارة أوضح ما هو التأطير القانوني لعمل الباعث العقاري الشخص المعنوي والشخص الطبيعي ؟

¹ Moncef Ben Younes " **La promotion immobilière** " Mémoire de DES Droit privé Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis 1978 P 29 et P 16 .

² Moncef Ben Younes : même référence . P 16

³ P. Malinvaud et P. Jestaz " **Doit de la promotion immobilière** " 5^{ème} édition précis Dalloz . Paris 1991. P6

درجت ممارسة مهنة الباعث العقاري من الناحية العملية ، في إطار شركات البعث العقاري فما هو شكل هذه الشركات ؟ وما هو وضع الباعث العقاري فيها ؟

يجب الحديث عن شكل شركات البعث العقاري (الفقرة الأولى) للتمكن بعد ذلك من تحديد وضعيّة الباعث في تلك الشركات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : شكل شركة البعث العقاري :

لم يرد أي تنصيص بالقانون المتعلق بالبعث العقاري يخصّ شكل شركة البعث العقاري. وبالرجوع إلى الفقه ، ورد به أنّ شركة البعث العقاري هي عامّة شركة خفيّة الإسم¹ وذهب رأي آخر إلى القول بأنّه إذا تعلّق الأمر بمهن حرّة منظمّة فإنّه يرخّص لها تكوين شركات خفيّة الإسم ، شركات ذات مسؤولية محدودة وشركات المقارضة بالأسهم تحت تسمية شركات الممارسة الحرّة² كلّ ذلك اذا تعلّق الأمر بطبيعة الحال بالشركات الخاضعة للقانون الخاصّ .

أمّا فيما يتعلّق بالقانون العام ، فإنّ شركة البعث العقاري تأخذ شكل المؤسسة العمومية وتطبّق عليها أحكام القانون الإداري³ مثلما هو الشأن للشركة التونسية العقارية أو شركة النهوض بالمساكن الإجتماعية فما هي شروط تكوين هذه الشركات ؟

بالنسبة للشركات الخاضعة للقانون الخاص (الفقرة الفرعية الأولى) يجب الرجوع إلى أحكام مجلة الشركات التجارية الخاصة بكل نوع من الشركات التي سبق التعرّض إليها أي الشركة الخفيّة الاسم والشركة ذات المسؤولية المحدودة ، أمّا بالنسبة للشركات الخاضعة للقانون العام (الفقرة الفرعية الثانية) فتتطبق عليها أحكام أخرى خاصّة بها .

الآ أنّه تجدر الإشارة إلى أنّ قرار وزير التجهيز والإسكان المؤرخ في 27 نوفمبر 1991 المتعلّق بضبط مقاييس الترخيص للباعثين العقاريين نصّ في فصله الثاني على ضرورة الإدلاء بالنسبة للمترشح لمهنة باعث عقاري الشخص المعنوي ، بمشروع القانون الأساسي للشركة، وهو ما يفيد أنّ الباعث العقاري الشخص الطبيعي يمكن أن يمارس مهنته خارج إطار الشركة.

الفقرة الفرعية الأولى : شروط تكوين الشركات الخاضعة للقانون الخاصّ :

هي الشركات التي وقع التعرّض إليها سابقا أي الشركة الخفية الإسم (1) والشركة ذات المسؤولية المحدودة (2) وسيتمّ تناول كلّ شركة على حدة بالإستناد الى مجلّة الشركات التجارية التي تنظّمها.

1 - الشركة الخفية الإسم :

¹ P. Malinvaud et P. Jestaz : même référence P32

² J.J Daigre et D.Le Peltier : " Sociétés d'exercice libéral " GLM Joly Editions Paris 1993. P1

³ تراجع محاضرات الأستاذ البشير التكري " مؤسسات إدارية وقانون إداري " لطلبة السنة الثانية حقوق.

ينصّ الفصل 160 م ش ت على الشرط الأول لتكوين الشركة خفية الإسم : " الشركة خفية الإسم هي شركة أسهم تتكوّن من سبعة مساهمين على الأقلّ يكونون مسؤولين في حدود مساهماتهم وتمتع بالشخصية المعنوية " ، فالشرط الأول لتكوين هذه الشركة هو عدد المساهمين الذي لا يجب أن يقلّ عن سبعة.

أما الشرط الثاني فقد ورد بالفصل 161 م ش ت وهو يتعلّق بالرأسمال الذي يجب أن لا يقلّ عن 50 ألف دينار إذا كانت شركة مساهمة خصوصية أما إذا كانت الشركة ذات مساهمة عامة فإنّ رأسمالها لا يمكن أن يقلّ عن 150 ألف دينار . إلاّ أنّه يجب الإشارة بالنسبة لهذا الشرط أنّ شركة البعث العقاري ، إستنادا إلى هذا الفصل ، لا يمكن أن تكون شركة مساهمة خاصة نظرا إلى أنّ الرأسمال الكافي وقع تحديده من طرف قرار وزير التجهيز والإسكان المتعلّق بضبط مقاييس الترخيص للباعثين العقاريين وهو 150.000 دينار . وبذلك فإنّ شركة البعث العقاري لا تكون سوى شركة ذات مساهمة عامة من هذه الناحية.

2- الشركة ذات المسؤولية المحدودة :

ينصّ على شروط تكوينها الفصل 90 م ش ت الذي نصّ على انه : " تتكوّن الشركة ذات المسؤولية المحدودة بين شخصين فأكثر ... " ، فعدد الأشخاص المطلوب عند تكوين هذه الشركة لا يجب أن يقلّ عن شخصين إثنين ، إلاّ أنّه يمكن أن تتكوّن هذه الشركة من شريك واحد ، إلاّ أنّ تسميتها تصبح شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة.

أما بالنسبة لرأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة فقد حدّده المشرّع ضمن الفصل 92 م ش ت ، و المعلوم أنّ شركة البعث العقاري لا يقلّ رأسمالها عن 150.000 دينار ، فهل يمكن أن تكون شركة البعث العقاري ذات مسؤولية محدودة.

الإجابة تكون بنعم لأنّ الفصل 92 م ش ت أفترّ بأنه يجب أن يكون رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة 10 آلاف دينار على الأقلّ ولا يجوز النزول به إلى ما دون هذا المبلغ ولم ينصّ على المبلغ الأقصى . فشركة البعث العقاري إذ يمكن أن تحمل شكل الشركة المسؤولية المحدودة.

ويجب الإشارة إلى أنّ الشروط المتعلقة بتكوين الشركة في القانون الخاصّ لا تقتصر على عدد المساهمين وعلى مبلغ رأس المال وإمّا تشمل كذلك التسجيل بالسجلّ التجاري والإشهار وغيرها من الشروط الشكلية الأخرى التي ينظّمها القانون التجاري .

الفقرة الفرعية الثانية : شروط تكوين الشركات الخاضعة للقانون العام :

إنّ تسمية شركات ليست متداولة بكثرة بالنسبة للقانون العام وإنما المصطلح الذي درج إعتماده قانونا هو المؤسسة وبالتحديد المؤسسة العمومية . وإنّ كان الأمر على خلاف ذلك من الناحية التطبيقية إذ يتمّ إعتماده مصطلح الشركة مثل الشركة العقارية للبلاد التونسية.

وقد جاء بالدستور التونسي ضمن الفصل 34 : " تتخذ شكل قوانين النصوص المتعلقة بإحداث ... المؤسسات العمومية والشركات والمؤسسات القومية " .

ومن خلال هذا الفصل يتبين أن تكوين المؤسسة العمومية عامة يكون عن طريق إصدار قانون يقرّ بذلك ولا يمكن أن يتمّ بالتالي تكوين مؤسسة خاضعة للقانون العامّ مهما كان موضوعها ، إلاّ عن طريق صدور نصّ قانوني ، ويشمل هذا الحكم بذلك المؤسسة العمومية للبعث العقاري التي لا يمكن أن تصدر إلاّ بمقتضى نصّ قانوني .

الفقرة الثانية : وضعية الباعث العقاري في الشركة :

تختلف وضعية الباعث العقاري حسب طبيعته القانونية أي بحسب إن كان شخص طبيعي أو معنوي وكذلك حسب طبيعة النشاط الذي يقوم به أي بصفة إعتيادية أو من قبيل المهنة (الفصل 1 من القانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فيفري 1990 المتعلق بتحويل التشريع الخاصّ بالبعث العقاري) . وفي حين إهتمّ القانون التونسي بهذه المسألة (تحديد الطبيعة القانونية للباعث العقاري وكذلك بطبيعة نشاطه) نلمح غيابا لمثل هذا الإهتمام في القانون الفرنسي (الفصل 1-1831 من المجلة المدنية) إذ لم يشر هذا الأخير إلى تلك المسألة ، وهو ما يدلّ على أنّ القانون الفرنسي أرسى مبدأ الحرية في هذا الصدد ولم يشدّد على الشخص الممارس للمهنة .

في المقابل ، يوجد إهتمام فقهي بالمسألة¹ ، إلاّ أنّه يمكن تلخيص وضعية الباعث العقاري سواء كان شخصا معنويًا أو طبيعيًا في وضعيتين اثنتين تتمثلان في وضعية الباعث المحترف (الفقرة الفرعية الأولى) ثمّ وضعية الباعث غير المحترف (الفقرة الفرعية الثانية) .

الفقرة الفرعية الأولى : وضعية الباعث العقاري المحترف :

إنّ غياب تنصيب تشريعي في القانون التونسي عن وضعية الباعث العقاري المحترف وكذلك القانون الفرنسي يفرض الرجوع إلى الآراء الفقهية التي قسمت هذه المسألة إلى قسمين : قسم أوّل يتعلّق بالباعث العقاري المحترف والذي يعمل بصفة حصريّة قسم ثان يتعلّق بالباعث العقاري المحترف والذي لا يعمل بصفة حصريّة² .

فالقسم الأوّل يتعلّق بالباعث المختصّ بالقيام بأنشطة البعث العقاري دون غيرها وحسب ما ينصّ عليه القانون وهو قسم يمكن أن يشمل الذوات الطبيعيّة إلى جانب الذوات المعنوية .

أمّا القسم الثاني فيتعلّق بالباعث الذي لا يقتصر نشاطه على الأنشطة التي نصّ عليها القانون بالنسبة لمهنة الباعث العقاري وإتّما تعدّتها لتشمل أنشطة أخرى لا تدخل ضمن إختصاصه وقد أقرّ جانب من الفقه أنّ بروز مثل

¹ P. Malinvaud et P. Jestaz : " Droit de la promotion immobilière " . 5^{ème} édition . Précis Dalloz. Paris 1991 .

P 31 et après.

² P. Malinvaud et P. Jestaz : même référence précité . P 31 jusqu'à 36.

هذا الأمر يعود إلى الأزمة الاقتصادية التي جعلت الباعث العقاري ينوّع في أنشطته ، لتشمل أنشطة لا تدخل ضمن مجال إختصاصه وإّما تدخل ضمن مجال إختصاص مهن عقارية أخرى مثل مهنة الوسيط العقاري¹.

ويمكن الإشارة هنا إلى أنّ تجاوز الباعث العقاري للأنشطة الموكولة إليه ليس مناسباتيا وإّما أصبح يمارس تلك الأنشطة على سبيل الإحتراف وهو ما أدى إلى خلق تداخل المهن وأصبح من الصعب تحديد إختصاص كل مهنة على حدة بالنسبة للإنسان العادي ، الأمر الذي يؤدي في كثير من الأحيان إلى خلق لبس الذي من الممكن أن ينجم عنه أضرار عديدة ، لذلك وجب تشديد العقاب المدني في هذه الحالة ولما لا إقرانه بعقاب جزائي ، للتمكن من السيطرة على تلك التجاوزات وردع أصحابها.

الفقرة الفرعية الثانية : وضعيّة الباعث العقاري غير المحترف :

نفس الأمر بالنسبة للباعث العقاري غير المحترف ليس هناك إهتمام تشريعي بهذه المسألة سوى من خلال الفصل 1 من القانون عدد 17 لسنة 1990 المتعلق بتحويل التشريع الخاصّ بالبعث العقاري، على عبارة " بصفة إعتيادية " فهل تعني هذه العبارة عدم الإحتراف ؟

يمكن الاجابة بنعم إستنادا على عبارات الفصل 1 من القانون المذكور الذي ورد به : " بصفة إعتيادية أو من قبيل المهنة " التي تدلّ على أنّ الباعث يمكن أن يعمل بصفته محترف حسب عبارة من قبيل المهنة " التي تفيد معنى الإحتراف لا غير أو بصفته غير محترف إستنادا إلى عبارة " بصفة إعتيادية " التي لا يمكن أن تفيد غير معنى عدم الإحتراف أو المناسباتيّة (على سبيل العادة) .

وتجدر الإشارة في هذا الصدد ، أنّ وضعيّة الباعث العقاري غير المحترف أو الذي يعمل بصفة مناسباتية تبدو غير مريحة ، من الناحية العملية نظرا لأنّ هذا الشخص أصبح لا يقدم أي فائدة في مادّة ضمان العيوب الخفية².

إنّ تحقق صفة صاحب العمل بالنسبة لشخص الباعث العقاري في هذا المجال ، تدعّمت عن طريق إستعانهه بجملة من المتدخلين في مجال البناء للقيام بالعمليات العقارية التي تدخل ضمن إختصاصه.

قائمة المراجع

1- باللغة العربية :

- البشير التكري : " مؤسسات إدارية وقانون إداري " محاضرات لطلبة السنة الثانية حقوق بكلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس.
- عبد الله الأحمدى : " حقوق الإنسان والحريات العامة في القانون التونسي " شركة أوروبيس للطباعة والنشر . تونس 1993 .

¹ P. Malinvaud et P. Jestaz : même référence précité . P 31 jusqu'à 36.

- عبد المجيد عبودة : " تعليق على قرار تعقيبي مدني عدد 3771. مؤرخ في 20 أوت 1992 RTD " . 1995 .

2/- En langue Française :

- Abdelwaheb Rebai : "**La promesse de vente d'immeuble à construire**" RTD 1991 .
- Ajmi Bel hadj Hamouda : "**La promotion immobilière : Obligations et responsabilité de promoteur et de l'acquéreur**" . Actes du colloque tenu le 28-29-30 Janvier 1988 Faculté de Droit et des sciences politiques Tunis .
- A. Chérif : "**L'évolution de la promotion immobilière**" Actes du colloque tenu le 28-29-30 Janvier 1988 Faculté de Droit et des sciences politiques Tunis.
- F.lememier : "**Tous les problèmes juridiques des sociétés de construction : La promotion immobilière**" . Edition J.Delmas et Cie Paris 1973.
- F. Seutin : "**Le Statut légal d'agent immobilier**" édition de Boeck – Waswael Bruxelles 1995 .
- G. Liet Vaux et A Thuillier : "**Droit de la construction**" 11^{ème} édition Litec Paris 1994 . P 252.
- P. Capoulade : "**les professions immobilières**" Edition de l'Actualité Juridique Paris 1974 .
- P. Malinvaud et P . Jestaz : "**Droit de la promotion immobilière**" . 5^{ème} édition . Précis Dalloz. Paris 1991 .
- J.J Daigre et D.Le Peltier : "**Sociétés d'exercice libéral**" GLM Joly Editions Paris 1993.
- Moncef Ben Younes "**La promotion immobilière**" Mémoire de DES Droit privé Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis 1978.
- Yvon Hannequart : "**Le Droit de la construction : Traits caractéristiques et évolution des responsabilités**" Edition Brullant Bruxelles 1974 .

الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في ظل التعاقد الإلكتروني.

قارة سليمان محمد خليل.

أستاذ مساعد ب - كلية الحقوق - جامعة قسنطينة 1 - الجزائر

khalid_mag@hotmail.fr

المقدمة:

وضعت شبكة الانترنت بصفقتها وسيلة جديدة للإتصال و التواصل، ما يقرب من مائتي دولة في العالم في حالة إتصال دائم، فالبيانات و المعلومات التي يتم إدخالها و تحميلها على الشبكة تنتشر في ثوان معدودة في كل الدول المرتبطة بها، بحيث يتاح لأي مستخدم الدخول إلى هذه المعلومات و البيانات. كما أوجدت الانترنت سوقا واسعة أمام مئات الملايين من التجار و المستهلكين، إذ يمكن لهؤلاء الحصول على السلع و الخدمات التي يرغبونها في أماكنهم، فيتجنبوا مشقة الإنتقال من دولة لأخرى، إذ يكفي أن يكون لأحدهم حاسبا آليا لكي يشتري ما يريد.

يترتب على ما تقدم، أن العقود و المعاملات التي تتم عبر الانترنت هي بالضرورة ذات طابع دولي لأن أطرافها أشخاص متواجدين و منتمون إلى دول مختلفة. إذ أن الطابع الدولي لعقد البيع المبرم عبر الانترنت يثير مشاكل قانونية عديدة، تلتخص في ضرورة إيجاد قواعد صالحة للتطبيق على المنازعات الناشئة عن هذا النوع الجديد من العقود.

يتحدد مجال تنازع القوانين بوجود الصفة الأجنبية في أحد عناصر العلاقة القانونية، يستوي في ذلك أن يكون هذا العنصر هو الأطراف أو السبب أو المحل، و باعتبار عقد البيع الإلكتروني هو عقد دولي فيتأكد بالتالي خضوعه لقاعدة التنازع التقليدية التي تحكم العقود الدولية فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق، و التي تتمثل في حرية إختيار القانون الواجب التطبيق بإتفاق الأطراف المتعاقدة، و لكن في حالة غياب إتفاق بين الأطراف، فما هو القانون الواجب التطبيق؟

للإجابة على هذا التساؤل ارتأينا تقسيم هذه المقالة إلى قسمين تناولنا في القسم الأول مبدأ قانون إرادة الأطراف في إختيار القانون الذي يخضع له عقد بيعهم الإلكتروني و خصصنا القسم الثاني للحلول المقترحة من قبل فقهاء القانون الدولي الخاص في حالة غياب اتفاق بين طرفي العقد عن القانون الذي يحكم علاقتهم القانونية.

I - قانون الإرادة:

يخضع موضوع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمنا. و هذه القاعدة معمول بها في مختلف الأنظمة القانونية، و المعاهدات الدولية، و الأخذ بهذه القاعدة في عقد البيع المبرم عبر الانترنت يرتب عدة نتائج.

أولاً: مضمون قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية:

سوف نحاول تحديد هذا المضمون من خلال بيان المقصود بقانون الإرادة الذي تشير إليه قاعدة التنازع في مجال عقود التجارة الإلكترونية ثم نوضح بعد ذلك النتائج المترتبة على خضوع عقود التجارة الإلكترونية لقانون الإرادة.

1- المقصود بقانون الإرادة:

الأصل أن يكون اختيار القانون الواجب التطبيق و تحديده باتفاق صريح بين الأطراف، بتضمين العقد شرطاً صريحاً ينص على ذلك، أو باتفاق لاحق مستقل، و هذا التحديد يمثل عنصر أمان قانوني للأطراف، فهم يعرفون مقدماً القانون الواجب التطبيق على أي نزاع حول العقد المبرم بينهما.

و الإرادة تكون صريحة بالنص عليها في سند العقد الإلكتروني، و يجب أن تكون هناك إمكانية حفظ مضمونه على جهاز المتعاقد بصورة دائمة، تضمن السلامة حتى يمكن الاعتماد بهذا النص.¹

اختلف الفقه والقضاء و حتى النصوص التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية في تحديد المقصود بقانون الإرادة التي تشير إليه قواعد الإسناد، و يمكن جمع هذا الخلاف في ثلاثة اتجاهات. إذ يضيّق أصحاب الاتجاه الأول من نطاق هذا القانون و يقصره على القوانين الوطنية الصادرة عن دولة معينة تتمتع بهذا الوصف طبقاً لأحكام القانون الدولي العام، و عليه، فإذا احتار أطراف العقد قانوناً لينظم عقدهم، فإنه يتعين أن ينصب هذا الاختيار على القانون الداخلي لدولة معينة.²

و ينادي أنصار الاتجاه الثاني بالحرية الكاملة للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم و التوسع في مفهوم إسناد العلاقة العقدية، بحيث لا تقف عند حدود القانون الداخلي لدولة معينة. فيجوز إسناد العلاقة العقدية لقواعد ذات صبغة عالمية مثل القواعد العرفية التي نشأت واستقرت بين الجماعات العاملة في مجال التجارة الإلكترونية.

أما الاتجاه الثالث فهو اتجاه معتدل لا يصل إلى حد تضيق نطاق قانون الإرادة كما يذهب إليه أنصار الاتجاه الأول، كما لا يذهب إلى حد إطلاق العنان للأطراف في اختيار هذا القانون حسب ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني. فهذا الاتجاه يحول المتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، عملاً بحقهم المقرر بموجب قاعدة الإسناد و احتراماً لتوقعاتهم، ولكنه يحرس في ذات الوقت على ألا تصل حرية المتعاقدين في اختيار قانون على نحو قد يؤدي إلى غش نحو القانون أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين المختارة.

فهذا الحل يقيم نوعاً من التوازن بين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وإسناد هذه الحرية على أسس مشروعة.³

1 يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007، ص. 67.

2 صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص. 269.

3 صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 274.

2- النتائج المترتبة على خضوع عقد البيع الإلكتروني لقانون الإرادة:

يترتب على خضوع عقود التجارة الإلكترونية لقانون الإرادة نتائج جد خطيرة نذكر من بينها:

أ- السماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في عقود التجارة الإلكترونية:

يرى فقه قانون التجارة الإلكترونية الغالب¹ أنه ليس ثمة ما يمنع المتعاقدين من أن يخضعوا كل جانب من جوانب العقد لقانون معين. فيصح أن يتفقا على إخضاع تكوين العقد لقانون محل إبرامه و إخضاع تنفيذه لقانون محل التنفيذ، فهذا الرأي يقضي بتجزئة العقد و تعدد القوانين الواجبة التطبيق على موضوعه سواء فيما يتعلق بتكوينه أو بآثاره.²

ب- عدم لزوم توافر صلة بين القانون المختار و العقد:

اختلف فقه القانون الدولي الخاص حول مدى لزوم توافر صلة بين القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين و عقد البيع الإلكتروني الذي سيخضع لأحكام القانون المختار. كما اختلفوا أيضا حول المقصود بتلك الرابطة التي يتعين أن تتوافر بين قانون الإرادة و عقد البيع الإلكتروني ، و ما إذا كان يتعين أن تكون هذه الرابطة ذات طابع مادي أم شخصي أم أنه يكفي أن تكون هناك مصلحة مشروعة في تطبيق القانون المختار حتى تتوافر تلك الصلة، إذ ظهرت ثلاثة اتجاهات. يميل أنصار الاتجاه الأول³ إلى تقييد سلطان إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد باستلزام وجود صلة حقيقية بين القانون المختار و العقد، بحيث ينصب اختيار المتعاقدين على أحد القوانين التي تتزاحم حكم عقد البيع الإلكتروني. و لا يهم بعد ذلك أن ينصب الإختيار على قانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية على أساس أنه يشكل مركز الثقل في هذه الرابطة. أما أنصار الاتجاه الثاني فتركوا الحرية للأطراف في اختيار قانون العقد، فهو يميز لأطراف العقد اختيار القانون الذي يرتضونه لحكم العقد حتى و إن كان القانون المعين من قبلهم ليست له أدنى صلة بعقد البيع الإلكتروني، و مع ذلك فإن أنصار هذا الرأي اشترطوا في هذا الاختيار ألا يكون مشوبا بالغش نحو القانون.⁴ يشترط أنصار الاتجاه الثالث⁵ وجود صلة بين القانون المختار و العقد و لكنه لا يتطلب أن تتحقق هذه العلاقة عن طريق عناصر شخصية كجنسية المتعاقدين أو مادية كقانون محل إبرام العقد أو تنفيذه، فيكفي وفقا له أن تكون هذه الصلة نابعة من حاجة المعاملات و التجارة الدولية، كأن يبرم عقد البيع الإلكتروني في صورة عقد نموذجي متعارف عليه في

1 راجع في ذلك:

VERBIEST Thibault, Commerce électronique : le nouveau cadre juridique.(publicité, contrats, contentieux) L.G.D.J ,édition lancier, Bruxelles, Belgique,2004 ,p :116.

2 صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 275.

BATTEFFOL(H),La loi appropriée au contrat, in le droit des relations économiques international, édition litéc ,p :60.

3 BATTEFFOL(H),La loi appropriée au contrat, in le droit des relations économiques international, édition litéc ,p :60.

مقتبس عن المرجع : صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 277

4 صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 276-277-278.

5 راجع في ذلك: فؤاد عبد المعيم رياض، د/محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي و آثار الأحكام الأجنبية، بدون ناشر، بند 255، ص.

326. مقتبس عن المرجع: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 278.

مجال سلعة معينة و تقبله أوساط التجارة الدولية، فيخضع الأطراف للقانون الذي يحكم هذا العقد بالرغم من إنتفاء الصلة بين القانون المختار و عناصر العقد.

ج- رفض فكرة الإحالة في مجال عقد البيع الالكتروني :

يرفض الفقه الغالب¹ فكرة الإحالة في مجال الروابط التعاقدية على أساس أن منطق الإحالة يتعارض في حد ذاته مع ضابط قانون الارادة.

و رفض الإحالة يعني التزام القاضي الوطني بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار، دون قواعد التنازع في ذلك القانون و علة ذلك الرفض أن أعمال قواعد التنازع في القانون المختار سيؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف و اضطراب معاملاتهم عبر شبكة الانترنت. فاختيارهم لقانون معين يقوم على اعتبارات قدورها فيه، و قبول فكرة الإحالة يؤدي إلى خضوع عقد البيع الالكتروني لنظام قانوني لم يكن متوقعا لديه.²

ثانيا: كيفية تحديد إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية في مجال عقد البيع الالكتروني

إذا كانت النظم القانونية قد اعترفت للمتعاقدين بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فإن هذا الاعتراف يثير التساؤل حول كيفية التعرف على إرادة المتعاقدين لتحديد قانون الإرادة. و الجواب على ذلك أن إرادة المتعاقدين قد تكون صريحة و ذلك عندما يحدد المتعاقدين بعبارة صريحة في العقد، القانون الذي يحكمه، و قد تكون ضمنية.

و لكن السؤال الذي يطرح هنا هو: هل أخذ المشرع الجزائري بالإرادة الضمنية ؟ أم قصر الأمر فقط على الإرادة الصريحة؟

1-الإختيار الصريح:

يشير استقراء الواقع أنه قد صار من المألوف في التجارة الإلكترونية وجود عقود نموذجية يدرج بند يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم، و هو ما يدرج الفقه على تسميته بشرط الاختصاص التشريعي. و يخضع كل عقد للقانون المنصوص عليه فيه دون اشتراط وجود أية صلة حقيقية أو جادة بين القانون المختار والعقد.³

1 راجع في ذلك: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، البند 388، ص. 535، احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع اصولا و منهجا، الطبعة الاولى، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، 1996، بند 424، ص. 455. مقتبس عن المرجع : صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 278.
2 صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 282.
3 صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 283.

2- الإختيار الضمني:

و معناه أن ينظر القاضي المعروض أمامه النزاع إلى كثير من الدلالات والظروف مثل اختيار المحكمة أو الإحالة إلى نظام قانوني معين، و في جميع الأحوال ستقوم المحكمة بدراسة كافة الظروف ذات الصلة بكل حالة لتحديد القانون المختار.¹

- لكن المشرع الجزائري لا يأخذ بالإرادة الضمنية فإذا قارنا المادة 18 من القانون المدني الجزائري مع نظيراتها في القوانين العربية لوجدنا أنها لا تشمل على الفقرة التي تعتد بالإرادة الضمنية للمتعاقدين في حالة عدم وجود إرادة صريحة لهما، مما يفيد بأن المشرع الجزائري لا يعتد إلا بالإرادة الصريحة للمتعاقدين خلافا لغيره من المشرعين العرب الذين يعتدون أيضا بالإرادة الضمنية.²

ثالثا: موقف الاتفاقيات الدولية و الأنظمة القانونية المقارنة من هذه القاعدة:

أضحى مبدأ الإرادة و ما ينتج عنه من حرية المتعاقدين في إخضاع عقدهم للقانون الذي يختارونه صراحة أو ضمنا، مبدأ ثابتا، حيث تعترف به الاتفاقيات الدولية و كذلك التشريعات الوطنية المقارنة.

1. الاعتراف بالمبدأ في الإتفاقيات الدولية :

لم يقتصر الإعتراض بمبدأ قانون الإرادة على القوانين الوطنية، بل نصت عليه العديد من الإتفاقيات الدولية، نذكر منها :

إتفاقية لاهاي الخاصة بالبيع الدولية للمنقولات المادية³ التي تنص في المادة 1/2 على أن :

"يسري على البيع القانون الداخلي للبلد الذي تحدده إرادة الأطراف".

كما نصت المادة 1/7 من إتفاقية جنيف⁴ على أن :

"الأطراف أحرار في اختيار القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع".

و جاءت في نفس المعنى المادة 1/3 من إتفاقية روما⁵ بخصوص القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، حيث نصت على ما يلي :

"يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف".

كما نصت المادة 7 من إتفاقية لاهاي 1986 في شأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع¹ على أن :

1 إيهاب السباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة- مصر، 2008، ص. 240.

2 أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هوم، الجزائر، 2002، ص. 309.

3 إتفاقية لاهاي الخاصة بالبيع الدولية للمنقولات المادية الموقعة في 15 يونيو 1955 و النافذة في 1 سبتمبر 1964، الموجودة على الموقع:

http://lexinter.net/WEB7/convention_de_la_have_portant_loi_uniforme_sur_la_vente_des_objets_mobiliers_corporels.htm

4 إتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في 21 ابريل 1961 و النافذة ابتداء من تاريخ 7 يونيو 1964. الموجودة على الموقع:

<http://www.cc.lu/docdownload.php?id=317>

5 إتفاقية روما المؤرخة في 19 جوان 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية. ، الموجودة على الموقع:

http://lexinter.net/UE/convention_de_rome.htm

"يحكم البيع القانون المختار بواسطة الأطراف".

2- الاعتراف بالمبدأ في الأنظمة الوطنية:

بالنسبة للنظم القانونية نجد أن التشريعات المعاصرة أصبحت تعترف بقدر واسع بمبدأ قانون الإرادة و من تطبيقات هذا المبدأ نجد المادة 19 من القانون المصري تنص على أن: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطننا فإن اختلفا موطننا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه".

المادة 62 من القانون الدولي الخاص التونسي التي تنص على أن: "العقد يحكمه القانون الذي سماه الأطراف".

فهناك بعض الدول نصت صراحة على هذا المبدأ أي مبدأ الإرادة في قوانينها الخاصة بالقوانين العربية مثلا²، و قوانين بعض الدول الأوروبية³ و منها التي على الرغم من عدم النص على الأخذ به في تشريعاتها قد أخذت به محاكمها⁴ مثل فرنسا.

أما فيما يخص المشرع الجزائري نص في المادة 18 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:
"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد".
بالتالي يتضح أن المشرع الجزائري أخذ بضابط أساسي في الالتزامات التعاقدية الدولية وهو إرادة المتعاقدين⁵.

رابعا: استبعاد قانون الإرادة :

يمكن استبعاد قانون الإرادة لعدة أسباب، أولها إذا كان القانون المختار يتنافى مع النظام العام، وثانيها وهو خاص فقط بالدول الأوروبية وهو استثناء جاءت به اتفاقية روما حيث تستبعد قانون الإرادة و ذلك حماية للمستهلك. وسنبين على التوالي كل نقطة على حدى .

1- استبعاد قانون الإرادة بسبب النظام العام:

إذا كان الأصل أن الفرد حر في أن يتعاقد أو ألا يتعاقد، حر في اختيار القانون الذي يحكم العقد، فان من الثابت أيضا أن هذه الحرية التعاقدية تتقيد ب "النظام العام والآداب العامة "

1اتفاقية لاهاي 1986، المرمة في 22 ديسمبر 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع ، الموجودة على الموقع:

<http://lexinter.net/WEB7/convention de la have sur la loi applicable au contrat de vente internationale de marchandises.htm>

2القانون المصري و القانون التونسي.

3قانون بولونيا، قانون اليونان و قانون إيطاليا.

4جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1910/9/5: "القانون الذي يطبق على العقود سواء فيما يتعلق بانعقادها أو آثارها أو شروطها هو القانون الذي اختاره المتعاقدان"

5أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 302.

فما هو مفهوم النظام العام في الأنظمة الداخلية وفي عقود التجارة الإلكترونية؟ وما مدى اعتبار النظام العام قيدا على مبدأ قانون الإرادة؟

أ-مضمون فكرة النظام العام في الأنظمة الوطنية وفي عقود التجارة الدولية:

سنتطرق إلى مفهوم النظام العام في القانون الداخلي و في مجال عقود التجارة الدولية .

-النظام العام الداخلي :

في مجال العقود التي تبرم في نطاق القوانين الوطنية وتخضع لأحكامها والتي يمكن أن نطلق عليها العقود الداخلية، تحصر القوانين السلطة الواسعة للأطراف في تنظيم عقودهم في دائرة تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام، وهنا يبرز القيد الخاص بالنظام العام .

ويعرف الفقه النظام العام الداخلي بأنه:

"مجموعة القواعد التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الأفراد، سواء كانت هذه المصالح سياسية إقتصادية أو إجتماعية أو أخلاقية"¹.

-النظام العام الدولي:

ينادي الفقه² في مجال عقود التجارة الدولية - بوجود نظام عام آخر هو النظام العام الدولي. ويعرف النظام العام الدولي بأنه مجموعة القواعد اللصيقة بالتجارة الدولية والتي تلي كل متطلباتها و احتياطاتها عن طريق تشجيع وابتداع القواعد الذاتية الخاصة التي تتفق ونمو المبادلات التجارية عبر الدول. أو بمعنى آخر هو عبارة عن مجموعة أسس وقواعد عامة لا تتعلق بالمصالح الأساسية لمجتمع وطني معين، وإنما تتعلق بمصالح أساسية خاصة بالجماعة الدولية، لأنه عبارة عن مجموعة قواعد مشتركة بين مختلف الأنظمة القانونية ومرتبطة بالعلاقات الدولية.

ويفسر الأستاذ "شابول" **chapelle** الخاصية الأساسية التي يتصف بها هذا النظام العام بقوله: "إنه دولي بالمعنى الحقيقي، لأن نشاط المجموعة التي يحكمها (ويقصد مجموعة التجار) يتجاوز حدود الدولة سواء من الناحية الموضوعية أو الإقليمية"³.

يعهد فقهاء التجارة الدولية إلى النظام العام الدولي بدورين، دور إيجابي، ويسمى حينئذ النظام العام ب" النظام العام التوجيهي" وتتبلور هذه الوظيفة عندما يدعو هذا النظام العام المحكمين إلى أن يطبقوا بصفة أولوية القواعد والمبادئ الأساسية للتجارة الدولية، التي تستقل عن كل نظام وطني، فأنصار وجود نظام قانوني خاص بعقود التجارة

¹صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 290 - 291.

ROLIN (H), Vers un ordre public réellement international, in mélanges BASDEVANT, Paris, pédonne, 1960. p. 441.

2 ROLIN (H), Vers un ordre public réellement international, in mélanges BASDEVANT, Paris, pédonne, 1960. p. 441.

³راجع في ذلك: صالح المنزلاوي: المرجع السابق، ص. 296-297.

الدولية يرون أن عادات وأعراف التجارة الدولية، وكذلك المبادئ العامة لقانون، كافية لان تشكل نظاما قانونيا خاصا مستقلا يلتزم المحكمون بتطبيقه بصفة خاصة، عند غياب اتفاق صريح من الأطراف على النظام القانوني المطبق. أما الدور الثاني فهو دور سلمي، في هذه الحالة يسمى النظام العام ب: "النظام العام الحمائي أو الإستيعادي"، ويؤدي النظام العام، وفقا لهذه الوظيفة، إلى استبعاد القانون الوطني الواجب التطبيق وفقا لاختيار الأطراف، ويطبق أحد المبادئ والقواعد العامة للتجارة الدولية إذا قدر القاضي أن نصوص هذا القانون تصطدم بأحد المبادئ الهامة التي يجب إحترامها على المستوى الدولي، بل ذهب البعض إلى أبعد من ذلك عندما رأى أن هناك تدرجا بين الأنظمة العامة، بحيث يغلب أولا النظام العام الدولي ثم يأتي بعده النظام العام الوطني¹.

وفكرة تدرج هذه الأنظمة العامة أشار إليها الأستاذ "قولدمان" GOLDMAN بقوله إنه عندما يتعلق الأمر بأنظمة قانونية عامة، فلا يوجد أي تدرج بين هذه الأنظمة، أما إذا تعلق الأمر بنظام قانوني عام دولي بالمعنى الحقيقي ونظام عام وطني، فإنه يجب تقديم الأول على الثاني².

لقد وجهت لهذه الفكرة عدة انتقادات، فمن الناحية العملية يصعب تحقيق فكرة وجود نظام عام دولي صالح للتطبيق في كل العلاقات الاقتصادية الدولية. وترجع هذه الصعوبة إلى عاملين: يكمن العامل الأول في عدم تحديد المقصود بهذا النظام العام، فالنظام العام يمكن أن يتخذ عدة أشكال ولم يحدد جيدا أنصار هذه الفكرة أي هذه الأشكال يعتبر نظاما عاما دوليا في مفهومهم. أما العامل الثاني فيرجع إلى صعوبة تحديد القواعد التي تدخل في نطاق هذا النظام العام، فأنصار هذه الفكرة لا يدعون أن كل القواعد التي تحتويها عادات وأعراف التجارة الدولية تنتمي إلى النظام العام الدولي، ولكنهم يتمسكون بأن من بين هذه القواعد ما هو أساسي وعالمي، وما يحقق المصالح الأساسية لتجارة الدولية هي التي تدخل في مفهوم هذا النظام العام، ولا تخفى صعوبة تحديد هذه القواعد الأساسية التي ينادي بها هذا الرأي من الفقه. إن تسمية النظام العام الدولي معيبة إذ لا يمكن القول بوجود نظام عام دولي بالمعنى الصحيح، فالنظام العام دائما وطني بمعنى أنه يتحدد وفقا لمعايير مستمدة من المجتمع الداخلي تعكس الأفكار الأساسية لمجتمع الدولة. حسب أنصار هذه النظرية، في حالة وجود تنازع بين قواعد النظام العام الداخلي و قواعد النظام العام الدولي يجب ترجيح النظام العام الدولي، ولكن كيف يمكن أن تقبل المحاكم الوطنية تغليب قواعد نظام عام آخر على قواعد النظام العام في الدولة. أما الإنتقاد الجوهرى يكمن في أن النظام العام سواء كان داخليا أو دوليا، يتحدد وفقا لمعايير مستمدة من مجتمع معين، إذ تعكس الأفكار الأساسية السائدة في المجتمع، سواء كانت سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية أو دينية، هذا بالإضافة إلى أن تطبيقه يحتاج إلى سلطة عليا تفرضه على الأطراف حتى يحقق الهدف منه³.

ب-مدى اعتبار فكرة النظام العام كقيد على قاعدة قانون الإرادة :

في أي نظام قانوني يكون النظام العام هو المبرر الرئيسي للمحكمة لرفض تطبيق قواعد القانون الأجنبي⁴. والحقيقة أن رسم حدود فكرة النظام العام للمجتمع الإلكتروني لن تكون مستقلة تماما عن النظام العام الداخلي، بل

1 صالح المنزلاوي: المرجع السابق، ص. 301-302-303.

2 المرجع السابق، ص. 303.

3 المرجع السابق، ص. 321-326.

4 إيهاب السباطي، المرجع السابق، ص. 296.

إنها تقتبس منه بعض التطبيقات التي يمكن أن تنطبق بشكل أو بآخر على عقود التجارة الإلكترونية، وأفضل دليل على صحة هذا الكلام هو الموقف الذي قرّرتَه القوانين الفرنسية التي أوجبت على المستهلك الفرنسي استخدام اللغة الفرنسية في كافة معاملاته الإلكترونية. والسبب الرئيسي وراء إصدار تلك القوانين هو هيمنة اللغة الإنجليزية على الشبكات الإلكترونية، وبصفة خاصة الانترنت، وقد أثارت هذه المسألة إهتمام الدول غير الناطقة باللغة الإنجليزية، وبصفة خاصة فرنسا لحماية لغتها الوطنية¹.

2-إستبعاد قانون الإرادة بسبب الإستثناء الذي جاءت به اتفاقية روما:

يطبق الاستثناء الذي نصت عليه اتفاقية روما² على عقود الاستهلاك الدولية، إذ يتوجب دراسة مضمون هذا الاستثناء، ثم دراسة إمكانية تطبيقه على عقد البيع الإلكتروني.

أ-تعريف الاستثناء:

عرفت المادة 5 فقرة 1 من اتفاقية روما³ مجال تطبيق هذا الاستثناء . إذ يطبق على العقود التي يكون موضوعها بيع بضائع أو تقديم خدمات إلى المستهلك "شخص طبيعي" من أجل استعمالها خارج نطاق تجارته أو مهنته.

يستبعد قانون الإرادة و يطبق قانون بلد إقامة المستهلك، بشرط توفر أحد الاحتمالات الثلاثة المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 5 من اتفاقية روما، يتمثل مضمون الاحتمال الأول في ضرورة سبق إبرام العقد، في الدولة التي يقيم فيها المستهلك، تقديم عرض خاص أو إعلان من قبل التاجر، و استنفاذ المستهلك في هذه الدولة جميع الإجراءات الضرورية اللازمة لإبرام العقد. أما الاحتمال الثاني فيتمثل في تلقي المتعاقد الآخر أو ممثله، طلب المستهلك في الدولة التي يقيم فيها هذا الأخير. أما الاحتمال الثالث فيتعلق بعقد بيع بضائع، إذ يذهب المستهلك إلى دولة أجنبية ويقوم فيها بتقديم الطلب، حيث أن الرحلة تكون من تنظيم البائع و من أجل إغراء المستهلك بإبرام هذا العقد⁴.

ب-تطبيق الاستثناء على عقد البيع الإلكتروني:

إن الهدف المرجو من هذا الاستثناء الوارد على قانون الإرادة هو حماية المستهلك في عقود الاستهلاك الدولية، ولكن تنور هنا عدة أسئلة من بينها، هل يمكن أن نطبق هذا الاستثناء على عقد البيع الإلكتروني؟ و ما مدى إمكانية تأقلم الاحتمالات الثلاثة التي جاء بها استثناء اتفاقية روما مع البيئة الإلكترونية؟

أ-استبعاد الاحتمال الثالث:

1 صالح المنزلاوي: المرجع السابق، ص. 304 - 305.

2 اتفاقية روما المؤرخة في 19 جوان 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية. ، الموجودة على الموقع:

http://lexinter.net/UE/convention_de_rome.htm

3 المرجع السابق

4 بولين أنطونوس أيوب. تحديات شبكة الأنترنت على صعيد القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2006، ص. 53.

لا يمكن تطبيق الاحتمال الثالث على عقد البيع الالكتروني إذ يشترط هذا الاحتمال تنقل المستهلك إلى دولة أجنبية، و تقديم طلب الشراء في هذه الدولة، وهذا ما يتناقى مع جوهر عقد البيع الالكتروني إذ أن من أهم أهدافه هو تمكين المشتري من شراء البضائع في مدة قصيرة و بدون تنقل¹.

-الصعوبات التي تواجه تطبيق الاحتمالين الأول و الثاني على عقد البيع الالكتروني:

إذا كان الاحتمال الثالث مستبعد من التطبيق على عقد البيع الالكتروني فإنه يبقى أمامنا التطرق إلى مصير الاحتمالين المتبقين، و الصعوبات التي تواجه تطبيقهما على عقد البيع الالكتروني.

-فيما يخص الاحتمال الأول و المتمثل في الإعلان التجاري المسبق و استنفاذ المشتري لإجراءات إبرام عقد البيع الالكتروني، تكمن الصعوبة في تحديد ما إذا سبق إبرام عقد البيع الالكتروني إعلان تجاري عبر الانترنت في دولة المستهلك، إذ يرى جانب من الفقه² أن عرض البائع لسلعة عبر الانترنت لا يكون موجهاً إلى طائفة معينة أو سكان دولة معينة، و عليه لا يمكن للبائع حصر عرضه في دولة معينة، إذ يمكن للمشتري في أي دولة من دول العالم أن يوجه قبولاً إلى البائع وبالتالي ينعقد عقد البيع الالكتروني. ولكن ما تجدر الإشارة إليه هنا هو صعوبة إثبات وجود الإعلان التجاري للبائع في بلد المستهلك، أو بعبارة أخرى يمكن للبائع أن ينفي تقديمه لعرض في دولة المستهلك و حجته في ذلك الطابع العالمي للانترنت إذ يصعب حصر العرض على مجال جغرافي محدد. ومن أجل تجاوز هذا المشكل يذهب الكثير من الفقهاء³ إلى القول بضرورة حصر تطبيق هذا الاحتمال على الإعلانات و العروض التي يقوم بها البائع عن طريق البريد الالكتروني. إذ يمكن وبكل سهولة إثبات وجود إعلان في بلد المستهلك، وذلك بالاستعانة بالرسائل الالكترونية⁴. وفيما يتعلق باستنفاذ المستهلك إجراءات البيع الالكتروني في دولته تظهر صعوبة تطبيق هذه القاعدة في حالة ما إذا تنقل المستهلك إلى دولة غير دولة إقامته، و قام باستنفاذ إجراءات

إبرام عقد البيع الالكتروني، باستعمال جهاز الكمبيوتر المحمول الخاص به. كيف يمكن للبائع إثبات أن المشتري عند استنفاذه لإجراءات التعاقد لم يكن متواجداً في بلد إقامته؟

-أما الصعوبة التي يواجهها تطبيق الاحتمال الثاني و المتمثل في تلقي البائع طلب المستهلك في بلد إقامة هذا الأخير، فتتمثل في مدى إمكانية تطبيق قانون دولة المستهلك إذا ما تلقى البائع قبول المشتري عبر صندوق البريد الالكتروني أو الموقع الخاص به على وحدة خدمة موجود في دولة المستهلك و عدم تواجد البائع في هذه الدولة؟

1 Lama A. KOTEICHE, La loi applicable aux contrats du commerce électronique, BEYROUTH.2005, en ligne : www.lb.refer.org/memoires/347518Lama%20Koteiche.pdf; p. 85.

2 Vincent GAUTRAIS ,Le contrat électronique international- encadrement juridique, Bruylaut, DELTA, 2 ème édition ; p. 160. Cité dans l'ouvrage :

Lama A. KOTEICHE, la loi applicable aux contrats du commerce électronique,

3 Thiblout VERBIEST, droit intranational privé et commerce électronique, état des lieux : <http://www.juriscom.net/>.

4 Lama A. KOTEICHE, la loi applicable aux contrats du commerce électronique, BEYROUTH.2005 en ligne : www.lb.refer.org/memoires/347518Lama%20Koteiche.pdf, p .87.

للإجابة على هذا التساؤل يرى جانب من الفقه¹ أنه لا يمكن تطبيق قانون دولة المستهلك و ذلك لان المادة 2/5 من اتفاقية روما، اشترطت وجود البائع أو ممثل عنه عندما يتلقى طلب المستهلك في دولة إقامة هذا الأخير.²

II- القانون الواجب التطبيق في حالة سكوت المتعاقدين .

تحدد الجهة التي يطرح عليها النزاع القانون الواجب التطبيق، إذ لا يجوز أن يخضعه القاضي مباشرة لقانون وطنه. ذلك بالإستناد إلى ضوابط جامدة معروفة مسبقا وهو ما سندرسه في النقطة الأولى أو بالإستناد إلى عوامل ارتباط ومؤشرات موضوعية تبين ارتباط العقد بالقانون المعين، والتي قد تكون ضوابط مرنة يسميها البعض بمعيار الأداء المميز وهذا ما سندرسه في النقطة الثانية .

أولا:الإسناد الجامد :

في حالة غياب الإرادة الصريحة للطرفين المتعاقدين بخصوص تحديد واختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، يتم الاستناد في تحديد ذلك على ضوابط ذات صلة وثيقة بالعقد، أهمها قانون دولة إبرام العقد أو قانون دولة تنفيذه أو قانون جنسية المتعاقدين، أو قانون موطنهما المشترك، باعتبارها معايير موضوعية معلومة مسبقا من قبل المتعاقدين، مما قد لا يفاجئ توقعاتهم .

1-ضابط قانون مكان إبرام العقد:

بالرغم من أن هذا الضابط يعد من أهم الضوابط الإحتياطية المعمول بها في مناهج تنازع القوانين، فقد لقي رواجاً وتطبيقاً كبيرين مع العقود الدولية التقليدية، باعتبار إختيار المتعاقدين لدولة معينة يرمون فيها عقدهما، فيه دلالة وقربنة على علمهم المسبق بأحكام هذا القانون .

ولكن من الصعب تطبيق هذه النظرية في حالة عقد البيع الإلكتروني، لأنه قد يرم بصفة عارضة لا تكفي لقيام رابطة حقيقية وجادة بين العقد وقانون محل إبرامه، كأن يتم عبر الحاسوب نقال لشخص متجول من دولة لأخرى، أو أن يستغل جهاز غير تابع له، أو أن يرم عقده من خلال مقهى من مقاهي الانترنت، وهي كلها أمور تجعل من³ المسألة عرضية ولا تشكل معيار يعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الإلكتروني.

2 -ضابط قانون محل التنفيذ:

1 Alessandra ZANOBETTI, Le droit des contrats dans le commerce électronique, RDAI 2000,n°5,p. 533. Cité dans l'ouvrage :

Lama A. KOTEICHE, la loi applicable aux contrats du commerce électronique, BEYROUTH.2005 en ligne : www.lb.refer.org/memoires/347518Lama%20Koteiche.pdf, p .92.

2 Lama A. KOTEICHE, la loi applicable aux contrats du commerce électronique, BEYROUTH.2005, en ligne : www.lb.refer.org/memoires/347518Lama%20Koteiche.pdf; p. 92.

3حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2009، ص. 421.

في العقود الدولية التقليدية، كان محل تنفيذ العقد أهمية بالغة في فقه القانون الدولي الخاص، كون أنه المكان الذي تتركز فيه مصالح المتعاقدين، باعتباره المكان الذي سيحنون فيه ثمار تعاقدتهم.

غير أنه في مجال التجارة الإلكترونية يثير إعمال هذا الضابط بدوره بعض الصعوبات سيما بخصوص العقود التي تنفذ على الشبكة، وبخصوص العقود التي تنفذ خارجها أيضاً، كون العقد قد ينفذ في أماكن متعددة، مما يجعله خاضعاً لأكثر من قانون ويصعب بذلك من تحقيق الإنسجام بين هذه القوانين.¹

3-ضابط قانون الجنسية المشتركة :

يعتبر ضابط الجنسية المشتركة من الضوابط الإحتياطية المعتمد عليها لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد، في حال عدم تحديده من قبل الطرفين المتعاقدين، إلا أن إعمال هذا الضابط في مجال عقد البيع الإلكتروني صعب جداً، و ذلك بسبب صعوبة التحقيق من هوية الأطراف وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد، وهو أمر لا تأبه به أصلاً التجارة الإلكترونية.²

4-ضابط قانون الموطن المشترك :

منحت بعض القوانين الأفضلية لهذا المعيار، باعتباره قانوناً يعد قرينة كبرى بعلم المتعاقدين بأحكامه أكثر من غيره من القوانين بإعتبارهم إعتادوا عليه، من جهة، ومن جهة أخرى فهو تطبيق للقاعدة الدستورية المعروفة في غالبية النظم القانونية التي تقضي بألا يعذر بجهل القانون.

غير أنه يصعب تطبيق هذه الفكرة في مجال التجارة الإلكترونية، باعتبار أن العناوين الإلكترونية لا تعطي دلالة واضحة على العنوان الحقيقي للمتعاقدين، إذ أنها لم تصمم بمنظور جغرافي حيث أنها تتسم بعدم التوطن.³

ثانياً: معيار الأداء المميز (الإسناد المرن)

في ظل صعوبة تطبيق عوامل الإسناد الجامدة، نجد البعض ولأجل تفادي كل المعايير التي تعتمد على الطابع الإقليمي كونها معايير يكتنفها الكثير من الغموض في مجال الأنترنت، يفضل اللجوء إلى معيار إسناد مرن وأكثر موضوعية، وهو معيار الأداء المميز.

يقوم هذا الضابط على فكرة مفادها تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقاً للالتزام الأساسي فيه، فعلى الرغم من تعدد الإلتزامات في العقد الواحد، إلا أن أحد هذه الإلتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره، وبالتالي يجب الإعتماد عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد في جملته. تماشياً مع هذا

1-حمودي ناصر، المرجع السابق، ص. 422.

2-المرجع السابق، ص. 422.

3-المرجع السابق، ص. 423.

المفهوم، عرّف الأستاذ "جون باتيست" **Jean-BAPTISTE** الأداء المميز للعقد بأنه: "الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى".

وعليه يعد أداء مميزا لعقد البيع المررم عبر الانترنت التزام البائع بتسليم المبيع أو التزامه بنقل الملكية للمشتري، على إعتباره أن هذه الأداءات تعبر عن مركز الثقل الإقتصادي والإجتماعي في الرابطة العقدية.

على الرغم من تبني معظم تشريعات القانون الدولي الخاص والإتفاقيات الدولية هذه النظرية، وعلى الرغم من أن هذا الإتجاه يمثله الفقه الغالب في مجال التجارة الإلكترونية، إلا أن أعمال هذه النظرية في مجال عقد البيع الإلكتروني لا يخلو من النقد:

- نجد أن أعمال هذه النظرية يؤدي إلى إسناد العقد لقانون الطرف القوي في العقد والتضحية بمصلحة الطرف الضعيف، ففي عقد البيع الإلكتروني القانون الواجب التطبيق حسب هذه النظرية هو قانون دولة البائع، حيث يعد أداء مميزا لإلتزام البائع بتسليم المبيع.¹

- إن الأساس الذي تستند إليه تلك النظرية يقوم على أسس جغرافية لا تتلائم مع طبيعة المعاملات التي تتم عبر الإنترنت والتي تتعدى الحدود الجغرافية.

- هناك بعض العقود ذات الطبيعة المركبة تتساوى فيها الإلتزامات من حيث الأهمية بحيث يمكن اعتبار أي منها أداء مميزا للعقد.²

الخاتمة:

كما يتميز عقد البيع الإلكتروني، في الكثير من الأحيان، بكونه عقدا دوليا، يربط بين متعاقدين لا تجمعهم دولة واحدة، ولا نظاما قانونيا واحدا، و لذلك يثير بعض الصعوبات الخاصة بتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاعات التي يثيرها هذا العقد سواء فيما يتعلق بإبرامه أو تنفيذه.

من هنا فان التنظيم الداخلي أو الوطني لعقد البيع الإلكتروني لا يكون كافيا، بل يجب الاتفاق دوليا على بعض القواعد القانونية التي تنظم هذا العقد، بصفة خاصة فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق و المحكمة المختصة بنظر منازعاته.

1 صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 337.

2 المرجع السابق، ص. 337.

صناديق الاستثمار (مزايا ومخاطر)

الدكتور/ أحمد عبدالصبور الدلجوي

قسم المالية العامة والتشريع المالي والقانون الاقتصادي

كلية الحقوق - جامعة اسيوط - جمهورية مصر العربية

البريد الإلكتروني: dr.abdelsabour@hotmail.com

ملخص البحث

يهدف هذا البحث إلى الكشف عن مزايا ومخاطر الاستثمار في صناديق الاستثمار بإعتبارها أحد الأدوات الادخارية وأحد الأدوات المهمة في تجميع المدخرات من صغار المدخرين، والتي تختلف في طبيعتها عن الأدوات والأوعية الادخارية التقليدية، وخاصة البنوك وشركات التأمين، ويمثل هذا الهدف الإشكالية التي يطرحها هذا البحث، وفي سياق الإجابة على هذه الإشكالية يحاول البحث إجلاء المزايا التي تحققها صناديق الاستثمار للمستثمرين الذين يستثمرون أموالهم من خلالها، وحيث انه لا يوجد مجال استثماري يخلو تماماً من المخاطرة لذا فإن هذا البحث يحاول إلقاء الضوء على هذه المخاطر لتبصير المستثمر الذي يقرر الاستثمار في صناديق الاستثمار بهذه المخاطر قبل المضي قدماً في هذا الاستثمار، وقد توصل البحث إلى نتيجة هامة مؤداها أن صناديق الاستثمار تحقق مزايا عديدة لكل من المدخرين المتعاملين معها وكذلك الجهات المنشئة لها من بنوك وشركات تأمين وشركات المساهمة التي تنشئ خصيصاً لتأسيس صناديق الاستثمار، وهو ما يعود بالنفع والفائدة على الاقتصاد الوطني ككل، وانطلاقاً من النتائج التي تم التوصل إليها أوصى البحث بعدد من التوصيات والتي تدور حول ضرورة تهيئة المناخ الملائم لعمل صناديق الاستثمار وازدهارها من خلال تطوير وتنشيط سوق الاوراق المالية، ومحو الأمية الاستثمارية المتعلقة بهذا الوعاء الادخاري المهم، وتعريف الناس بأهميته ومزاياه ودور الإدارة المتخصصة في تقليص المخاطر الاستثمارية إلى أدنى درجة ممكنة.

abstract

This research aims to reveal the advantages and risks of investing in investment funds as one of the important tools in collecting savings from small savers , which is different in nature from the tools and vessels savings traditional, private banks, insurance companies , and represents the target problem posed by this research, in the context of the answer to this problem tries to show the benefits generated by investment funds for investors who invest their money through them, as there is no area of investment completely devoid of risk therefore, this research tries to shed light on these risks to enlighten the investor who decides to invest in mutual funds in this risks before moving forward valuable this investment has reached the search to an important result to the effect that investment funds achieved many advantages for both savers clientele as well as those establishing her from banks and insurance companies, joint stock companies , which set up specifically for the establishment of investment funds , which will benefit and interest on the economy national as a whole , on the basis of the results that have been reached recommended to search a number of recommendations , which revolves around the need to create an appropriate climate for business investment funds and prosperity

through the development and revitalization of the stock market , and literacy investment related to this receptacle savings is important , and educate people about its importance and advantages and the role of specialized management to reduce the investment risk to the lowest possible score.

مقدمة

التعريف بموضوع البحث:

تقوم صناديق الاستثمار بتجميع أموال الأشخاص سواء كانوا طبيعيين أو اعتباريين بهدف إخضاعها لإدارة متخصصة تتولى تنميتها، وذلك من خلال استثمارها في أدوات استثمارية معينة، ومن ثم فإن أداء الصندوق يعتمد على مدى كفاءة هذه الإدارة، ومدى قدرتها على تنويع استثمارات الصندوق.

وتحقق صناديق الاستثمار مزايا عديدة للمستثمرين والبنوك والشركات المالكة لهذه الصناديق، وللإقتصاد الوطني ككل، أي أن هناك فائدة كبيرة تعود على جميع الأطراف المتعاملة مع صناديق الاستثمار.

وكما هو الحال في جميع الأنشطة الاستثمارية القائمة، فإن الاستثمار في صناديق الاستثمار يتضمن بطبيعته إمكانية التعرض لمخاطر الاستثمار المتعارف عليها، والمتصلة أساساً بأحوال عدم التأكد التي تحيط بالعملية الاستثمارية، فعلى الرغم من المزايا العديدة التي توفرها صناديق الاستثمار، إلا أن هناك العديد من المخاطر الاستثمارية المتوقعة من جراء الاستثمار فيها، فإذا ما بعدت مسببات المخاطر انخفضت درجة المخاطرة التي قد يتعرض لها المستثمر في الصندوق، وإذا ما قربت مسبباتها ارتفعت درجة المخاطرة التي قد يتعرض لها المستثمر.

إشكالية البحث:

إن صناديق الاستثمار ما هي إلا مؤسسات للاستثمار الجماعي ذات طبيعة وأغراض خاصة تقوم بدور الوسيط المالي بين المدخر الفرد ومجالات الاستثمار المختلفة، حيث يتم عن طريقها تجميع مدخرات الأفراد في صندوق تديره شركة ذات خبرة في إدارة وتنظيم محافظ الاستثمار لقاء عمولة معينة، وهي تحقق للمدخر أعلى عائد ممكن بأقل درجة مخاطر ممكنة، كما أنها تساهم في تمويل مشروعات الإقتصاد الوطني.

وبالتالي فإن صناديق الاستثمار تحقق للمستثمرين فيها وللمؤسسات المنشئة لها مزايا عديدة، وهو ما ينعكس بالقائدة على الإقتصاد الوطني ككل، كما أن عملها تكتنفه بعض المخاطر، حيث لا يوجد مجال استثمار يخلو تماماً من المخاطر، لذلك فإن هذا البحث سوف يحاول الكشف عن هذه المزايا وتلك المخاطر، ويمكن بالتالي صياغة إشكالية هذا البحث في السؤال التالي: ما هي مزايا ومخاطر الاستثمار في صناديق الاستثمار؟

وتأسيساً على مشكلة البحث فإنه يسعى إلى إختبار مدى صحة الفرض التالي: أن الاستثمار في صناديق الاستثمار له العديد من المزايا والفوائد التي تعود على كافة الأطراف المتعاملة معها، كما أن هذا الاستثمار تكتنفه بعض المخاطر.

أهداف البحث:

1- التعريف بصناديق الاستثمار.

- 2- بيان مزايا الاستثمار في صناديق الاستثمار.
3- بيان مخاطر الاستثمار في صناديق الاستثمار.

أهمية البحث:

تتبع أهمية هذا البحث من أهمية الوعي الإدخاري الذي يبحث في مزاياه ومخاطره المتوقعة، حيث تعتبر صناديق الاستثمار من أفضل الأدوات الحديثة والمتطورة في الأسواق الدولية في مجال الإدارة الجماعية للمدخرات، إن لم تكن أفضلها على الإطلاق، لذلك فإن من الأهمية بمكان تحديد مزايا هذه الصناديق للإستفادة منها، وكذلك تحديد المخاطر المحتملة نتيجة للاستثمار فيها للعمل على التقليل منها إلى أقصى حد ممكن.

خطة البحث:

يتكون البحث من مقدمة وثلاثة مباحث يتبعها خاتمة: يتناول المبحث الأول الإطار المفاهيمي لصناديق الاستثمار، من حيث مفهومها وأهدافها ونشأتها وتطورها، بينما يتناول المبحث الثاني مزايا صناديق الاستثمار، أما المبحث الثالث فيتناول مخاطر صناديق الاستثمار، وينتهي البحث بالخاتمة التي تتناول أهم ما توصل إليه البحث من نتائج، وأهم توصياته.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لصناديق الاستثمار

أولاً: المقصود بصناديق الاستثمار:

عرف البعض⁽¹⁾ صندوق الاستثمار بأنه عبارة عن "مؤسسة مالية في شكل شركة مساهمة، أو وحدة تنظيمية مستقلة تنظيمياً ومحاسبياً عن المؤسسة التي تنشؤها، تتولى تجميع المدخرات من الجماهير بموجب صكوك أو وثائق استثمارية موحدة القيمة، ثم تعهد بها إلى جهة أخرى تسمى (مدير الاستثمار) لاستثمار هذه المدخرات مع رأس مال الصندوق في الأوراق المالية أساساً ومجالات الاستثمار الأخرى، تبعاً لصالح المدخرين والمستثمرين معاً".

كما عرف البعض⁽²⁾ صناديق الاستثمار بأنها عبارة عن "مؤسسات ذات طبيعة خاصة، تهدف إلى تجميع المدخرات واستثمارها بصفة أساسية في الأوراق المالية نيابة عن أصحابها، وهي بهذا المفهوم تعتبر إحدى مؤسسات السوق الثانوي (سوق التداول) من سوق الأوراق المالية، كما يمكن اعتبارها

- من حيث ما تصدره من أوراق مالية في شكل وثائق استثمارية - إحدى مؤسسات السوق الأولي (سوق الإصدار) من سوق الأوراق المالية".

ويعرفها البعض الآخر⁽¹⁾ بأنها عبارة عن "وسيلة لتجميع الاستثمارات الصغيرة بغرض توظيفها في أدوات استثمارية مختلفة لتعظيم العائد وتوزيع المخاطر مع تحقيق السيولة لحاملي الوثائق وقت الطلب، وهي بذلك يفترض فيها تحقيق مثلث الاستثمار من ربحية وسيولة وأمان".

¹د. محمد عبد الحليم عمر (1997): المعالجة المحاسبية لأرباح صناديق الاستثمار من منظور إسلامي، ندوة صناديق الاستثمار في مصر (الواقع والمستقبل)، مركز الشيخ صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، الجزء الأول، ص33.

²د. عطيه عبد الحليم صقر (1997): صناديق الاستثمار (الإطار القانوني - التكييف الشرعي - المعاملة الضريبية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص7.

ومن خلال استقراء التعريفات السابقة نجد أن فكرة صناديق الاستثمار تقوم على تحويل مشكلة اختيار وإدارة محفظة الأوراق المالية من الفرد العادي إلى شركات متخصصة محترفة ومتفرغة لهذه العملية، بالإضافة إلى التنوع الذي لا يقدر عليه الأفراد من ذوي المدخرات الصغيرة.

ويحدد البعض⁽²⁾ الشروط الواجب توافرها للقول بوجود صندوق استثمار، وذلك على النحو التالي:

- 1- تحديد السبب أو الغرض الذي أنشئ الصندوق من أجله.
- 2- تحقيق التنوع، بمعنى وجود مجموعة متنوعة من الأسهم والسندات أو غيرها من أنواع الأوراق المالية يستثمر الصندوق أمواله فيها.
- 3- توافر الإدارة المحترفة لإدارة محفظة الأوراق المالية للصندوق.
- 4- إمكانية تسهيل وثائق الاستثمار التي يصدرها الصندوق سواء من خلال التداول في البورصة، أو من خلال استرداد قيمتها من نفس الجهة المصدرة لها.
- 5- وجود وسيلة تمكن المستثمر في الصندوق من معرفة قيمة استثماراته.

ويحدد البعض الآخر⁽³⁾ خصائص المستثمر الفرد في صناديق الاستثمار، حيث يرى أن هذا المستثمر قد يقع في إحدى الشرائح التالية:

- الذين ليس لديهم الوقت الكافي لمتابعة أسواق المال، ويبحثون عن جهة متخصصة تنوب عنهم في إدارة استثماراتهم.
- الذين يرغبون في تنوع استثماراتهم ولكنهم لا يستطيعون تحقيق ذلك بمفردهم لصغر حجم مدخراتهم.
- الذين ليس لديهم الخبرة والمعرفة بأساليب التعامل في السوق المالي وتقييم الفرص الاستثمارية.
- الذين لديهم مبالغ صغيرة من المال ولا يقدرون على توظيفها بأنفسهم ويرغبون في الاستفادة منها والمحافظة عليها.

ثانياً: أهداف صناديق الاستثمار:

وتتمثل هذه الأهداف في الوظائف الأساسية التي تؤديها صناديق الاستثمار، وهي تعتبر بمثابة القاسم المشترك بين صناديق الاستثمار في جميع أنحاء العالم، حيث تقوم صناديق الاستثمار بتجميع المدخرات - وخاصة الصغيرة والمتوسطة منها - ثم تقوم بعد ذلك بتوجيه هذه المدخرات نحو الاستثمار في مجال الأوراق المالية.

¹ محمد ماهر محمد على (1997): تقييم تجربة صناديق الاستثمار في مصر، ندوة صناديق الاستثمار في مصر (الواقع والمستقبل)، مركز الشيخ صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، الجزء الأول، ص 163 - 164.

² أشرف محمد محمد دوابه (1999): صناديق الاستثمار في البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق (عرض منهجي - نموذج مقترح)، رسالة مقدمة إلى قسم الاقتصاد بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية للحصول على درجة الماجستير في الاقتصاد، ص 49.

³ المستشار الدكتور / محمد حلمي عبد التواب (2004): البورصة المصرية والبورصات العالمية (آلية عملها - الرقابة عليها - الربط بين البورصات)، مؤسسة الطوبجي، القاهرة، ص 153 - 154.

(2) تجميع المدخرات من صغار المدخرين:

تعتبر صناديق الاستثمار أحد الأوعية الادخارية وأحد الأدوات المهمة في تجميع المدخرات من صغار المدخرين، والتي تختلف في طبيعتها عن الأدوات والأوعية الادخارية التقليدية، وخاصة البنوك وشركات التأمين، ويتجلى هذا الاختلاف في أن صناديق الاستثمار لا تتلقى ودائع أو أقساط تأمين، وإنما تتلقى أموالاً تمثل حصص شركاء في شركة مساهمة ذات وضع خاص، تصدر في مقابلها أوراقاً مالية يشارك حاملوها في الأرباح والخسائر الناتجة عن استثمارات الصندوق، كل بنسبة ما يملكه، وفقاً للشروط والأوضاع التي تحددها نشرة الاكتتاب.

وعلى ذلك فإن هذه الصناديق تهدف إلى جذب فئة من صغار المدخرين الذين يبحثون عن استثمار آمن في الأوراق المالية متغير العائد وفي الوقت نفسه لا يلزمهم بدراسة السوق أو باتخاذ قرارات مفاضلة بين الأوراق المالية المطروحة في السوق، حيث إن المدخر من خلال نشرة الاكتتاب سيعرف مسبقاً نشاط الصندوق، ومن خلال النشر الأسبوعي سيتمكن من الوقوف على حركة أمواله بشكل تفصيلي بحيث يبيّن قرار استمراره في الصندوق من عدمه بناء على معلومات لا يبحث عنها بنفسه والقانون يُلزم إدارة الصندوق بالإعلان عن حركة نشاطها بشكل دوري⁽¹⁾.

ومراعاة لصغر حجم هذه المدخرات يحرص المشرع في كثير من الدول على تحديد قيمة الحد الأقصى للورقة المالية التي يصدرها الصندوق (وثيقة الاستثمار) بما يتلاءم مع قدرات المدخر الصغير، ومراعاة من المشرع المصري للمدخرين أصحاب المدخرات الصغيرة أقر في الفقرة الثالثة من المادة (152) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم 95 لسنة 1992 ألا تقل قيمة وثيقة الاستثمار عن عشرة جنيهاً وألا تزيد على ألف جنيه.

وهذا يوضح تماماً الشريحة الأساسية التي حرص المشرع المصري على أن تكون القاعدة الأساسية من جمهور صناديق الاستثمار، وهي شريحة صغار المدخرين، وبالطبع فإن تحديد قيمة الحد الأدنى والأقصى لوثيقة الاستثمار من خلال السياسة الاستثمارية التي يضعها مدير الاستثمار - مع مراعاة أن تكون وفقاً لما قننه المشرع لصالح صغار المدخرين - من شأنه أن يحقق مصلحة المدخرين والصندوق في آن واحد، فالحد الأقصى فيه مراعاة لظروف صغار المدخرين أصحاب المدخرات الصغيرة، أما الحد الأدنى ففيه مراعاة لمصلحة الصندوق وحسن سير العمل فيه.

(2) استثمار الصندوق المدخرات المجمعة في مجال الأوراق المالية:

بعد أن تقوم صناديق الاستثمار بتجميع المدخرات تتولى استثمارها في سوق الأوراق المالية، حيث تلعب هذه الصناديق دور الوسيط بين المدخرين والشركات الصناعية والتجارية والعقارية التي تطرح أسهمها وسنداتاً في سوق الأوراق المالية.

حيث تعتبر صناديق الاستثمار أسلوباً لتجميع وإدارة مدخرات صغار المدخرين الذين لا يستطيعون متابعة سوق الأوراق المالية، إما لضيق وقتهم، أو لعدم خبرتهم فيها أو لقلّة مدخراتهم، حيث يقوم الصندوق بتجميع مدخراتهم وتوجيهها للاستثمار في سوق الأوراق المالية بمعرفته الخاصة، وذلك من خلال إدارته المتخصصة واستشاريته

¹د. رايح رتيب: صناديق الاستثمار في ظل سياسة الخصخصة، بدون ناشر، بدون تاريخ نشر، ص 63.

الذين يتولون مهام تكوين وإدارة محفظة أوراق مالية وفقاً لمعيارى العائد ودرجة المخاطرة، وبهذا يوفر الصندوق للمدخر الصغير الخبرة وتقليل المخاطر والفرص الاستثمارية في مجال الأوراق المالية وتعظيم العائد⁽¹⁾.

وعلى ذلك فإن الوظيفة الأساسية لصناديق الاستثمار - التي تستثمر أموالها في مجال الأوراق المالية - هي استثمار ما يتجمع لديها من مدخرات في شراء وبيع الأوراق المالية ذات الفرص الاستثمارية المناسبة لمشروعات قائمة بالفعل دون أن يكون لها الحق في اقتحام مجالات الاستثمار المباشر كإنشاء المشروعات أو تملكها، كما لا يجوز لها مزاوله أية أعمال مصرفية كإقراض الغير أو ضمانه أو المضاربة في المعادن النفيسة أو نحو ذلك⁽²⁾، ومع ذلك فإن هناك صناديق استثمارية متخصصة في مجالات أخرى عديدة منها الاستثمار المادي في الأنشطة العقارية والصناعية والتجارية، وبعض الصناديق تستثمر أموالها في التعامل في الذهب والفضة.

ونظراً للارتباط الوثيق بين صناديق الاستثمار وسوق الأوراق المالية، فإن نجاح هذه الصناديق يعتمد - جزئياً - على مدى قوة وفاعلية سوق الأوراق المالية، حيث ترتبط صناديق الاستثمار بسوق الأوراق المالية وما تتشكل منه هذه السوق من أسهم وسندات بأنواعها المختلفة، وكذا شهادات الادخار والإيداع وأذون الخزانة وغيرها مما قد يستجد من أدوات التمويل، كما أن صناديق الاستثمار - من خلال ما تضخه من مدخرات في سوق الأوراق المالية - تعمل على تنشيط وتطوير هذه السوق.

ثالثاً: نشأة وتطور صناديق الاستثمار:

اختلف الكتاب في تحديد مكان وزمان نشأة صناديق الاستثمار، فيرى البعض⁽³⁾ أن الملك وليم الأول Guillaume 1 ملك هولندا هو أول من نسبت إليه فكرة صناديق الاستثمار الجماعي، حيث يرجع إليه الفضل في إنشاء أول صندوق استثمار مغلق⁽⁴⁾ عام 1822، والذي كان يسمى باسم الشركة الهولندية لتشجيع الصناعة القومية *La société générale des Pays-Bas pour favoriser l'industrie nationale*، والتي تغير

¹ د. عطيه عبد الحليم صقر (1997): صناديق الاستثمار (الإطار القانوني - التكييف الشرعي - المعاملة الضريبية)، مرجع سابق، ص 12.

² د. عصام عبد الهادي أبو النصر (1997): نموذج محاسبي مقترح لقياس وتوزيع أرباح صناديق الاستثمار في ضوء الفكر الإسلامي، ندوة صناديق الاستثمار في مصر (الواقع والمستقبل)، مركز الشيخ صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، الجزء الأول، ص 75.

³ انظر:

21 Grayson T-J. (1923), *Investment trusts, their origin, development and operation*, J. Wiley, New York, p.11.

-Vujovich D. (1991), *Straight talk about mutual funds*, McGraw-Hill Education, New York, p.13.

⁴الصناديق المغلقة هي تلك الصناديق التي تقوم بإصدار وثائق استثمار مقابل رأس مالها كله مرة واحدة للاكتتاب العام عند تأسيسها، ومن ثم يكون العدد الكلي للوثائق غير قابل للزيادة، أما الصناديق المفتوحة فهي تلك الصناديق التي يمكنها إصدار وثائق استثمار بدلاً من الوثائق التي قام أصحابها باسترداد قيمتها من الصندوق خلال فترة حياته، أي أن رأس مال الصندوق قد يتغير من فترة لأخرى تبعاً لحركة الوثائق بيعاً وشراءً، فهو يقبل الزيادة والنقصان بما يستتبع ذلك من دخول شركاء جدد لا يحلون محل شركاء قدامى أو خروج شركاء قدامى لا يحل محلهم شركاء جدد.

اسمها في عام 1832 إلى الشركة العامة البلجيكية La société générale de Belgique وذلك بعد انفصال هولندا عن بلجيكا في ذلك التاريخ.

ويضيف البعض الآخر⁽¹⁾ - تأكيدا للرأي السابق - أن صناديق الاستثمار نشأت نتيجة لظهور ما يعرف بشركات الاستثمار التي بدأت في هولندا أوائل القرن التاسع عشر ومنها انتقلت إلى الدول الصناعية الكبرى مثل فرنسا وإنجلترا، أما في أمريكا فكانت بداية هذه الشركات بعد الحرب العالمية الأولى، إلا أنها لم تكتسب انتشارا إلا في حوالي الأربعينات من القرن الماضي.

وحسب ما تراه الغالبية العظمى من الكتاب⁽²⁾، فإن بريطانيا هي المعبر الرئيسي لظهور صناديق الاستثمار، حيث يرجع الفضل إلى الاسكتلنديين في ابتكار الصناديق المغلقة أو شركات الاستثمار ذات رأس المال الثابت Les sociétés d'investissement à capital fixe في عام 1870، فاجلثرا هي أقدم دولة عرفت الإدارة الجماعية للمدخرات، وقد اعتمدت في هذا المجال على نظام الترسر Trust، ويعني هذا النظام التزام

¹راجع:

- 22 Rouwenhorst K-G. (2003), The origins of mutual funds, Yale School of Management, Yale University, p.8.

²انظر:

- Gallais-Hamonn G. (1992), SICAV et fonds communs de placement, les OPCVM en France, 2e édition, PUF, Paris, p.6-7.
- Servien L-M. (1962), Les sociétés d'investissement ou fonds de placement: Nouvelle formule d'épargne, N.B.D.J., Lausanne, p.13.
- Ravel R-R. (1959), Les sociétés d'investissement, étude juridique, économique et financière, Sirey, Paris, p.25.
- Cohen A-G. (1958), Les sociétés et les fonds de placement en Grande Bretagne: Investment trusts et Unit trust, Thèse en sciences économiques, Paris, p.3.
- Senn J-P. (1957), Les sociétés d'investissement en droit français et composé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, p.228-229.
- د. حسني المصري (1985): فكرة الترسر وعقد الاستثمار المشترك في القيم المنقولة، مطبعة حسان، ص72.
- د. محمد سويلم: إدارة البنوك وصناديق الاستثمار، كلية التجارة - جامعة المنصورة، بدون تاريخ نشر، ص227.
- د. عطيه عبد الحلیم صقر (1997): صناديق الاستثمار (الإطار القانوني - التكييف الشرعي - المعاملة الضريبية)، مرجع سابق، ص15.
- د. نشأت عبد العزيز معوض (1994): بورصات الأوراق المالية وصناديق الاستثمار، الجزء الثاني (صناديق الاستثمار)، كتاب الأهرام الاقتصادي، القاهرة، العدد 76، ص3 - 4.
- د. عنايات حامد محمد عطية (1995): تقييم أداء صناديق الاستثمار من الوجهة المحاسبية والضريبية، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، كلية التجارة - جامعة عين شمس، العدد الأول، ص258.
- د. نهال فريد مصطفى (1998): تقييم أداء صناديق الاستثمار في الأسواق الناشئة (التجربة المصرية) المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، كلية التجارة - جامعة عين شمس، العدد الثالث، ص270.

شخص معين يسمى Trustee⁽¹⁾ يتلقى بعض الأموال من الغير بغرض إدارتها لحسابهم، ويسمى هؤلاء بالمنتهجين Cestuique trust⁽²⁾.

ثم انتقلت صناديق الاستثمار إلى الولايات المتحدة الأمريكية وأخذت سبيلها إلى التجديد والتطوير، حيث قام الأمريكيون بابتكار شكل جديد لصناديق الاستثمار وهو الهيكل المفتوح لرأس المال، والذي يعتمد على إصدار أسهم جديدة بطريقة متواصلة، وإعادة شراء الأسهم القديمة دون المرور ببورصة الأوراق المالية، مما يعد بداية حقيقية لصناديق الاستثمار بمفهومها الحالي، ففي عام 1924 تم إنشاء أول صندوق استثمار في بوسطن وهو Massachusetts investors trust وعمل كأداة استثمار لأساتذة جامعة هارفارد بأصول لم تتجاوز 392 ألف دولار يملكها 200 مستثمر في ذلك الوقت⁽³⁾.

وخلال الأزمة الاقتصادية العالمية عام 1929 استطاعت الصناديق المفتوحة الصمود حتى تخطت هذه الأزمة، بينما لم تصمد الصناديق المغلقة بسبب اتجاهها إلى عمليات المضاربة رغم ضعف خبرتها وسوء إدارتها، في الوقت الذي كانت أسواق الأسهم الأمريكية تعاني فيه من مشاكل متعددة⁽⁴⁾.

وبداية من عام 1933 تم تقنين عمل صناديق الاستثمار في الولايات المتحدة الأمريكية من خلال صدور العديد من التشريعات، مثل قانون الأوراق المالية عام 1933، وقانون شركات الاستثمار The investment company act عام 1940 والمعدل في عام 1970، والذي فرض على كل صناديق الاستثمار التزامات قانونية صارمة خاصة فيما يتعلق بالحد الأدنى لرأس المال والمعلومات الواجب نشرها، وضرورة تسجيل الصناديق لدى هيئة البورصات الأمريكية، وكذلك قانون حماية المستثمر من استغلال الآخرين للمعلومات الداخلية والصادر عام 1988 وهو الذي نظم سرية التعاملات في الأوراق المالية⁽⁵⁾، وقد استهدفت هذه التشريعات في المقام الأول حماية المستثمرين من خلال عدم تركيز الإدارة في يد فئة معينة، وضرورة استخدام أساليب محاسبية سليمة، وضرورة الالتزام بأهداف الصندوق وعدم تغييرها إلا بموافقة حملة الحصص.

وبالإضافة إلى كل ذلك فقد تم إنشاء معهد متخصص في الولايات المتحدة الأمريكية يسمى "معهد شركات الاستثمار" يتولى مهمة البحث والدراسة في صناديق الاستثمار ونشر كافة الحقائق والاتجاهات والإحصاءات عنها، مع إصدار كتيبات ونشرات تعرف المستثمرين بخصائص صناديق الاستثمار، وكيفية التعامل معها.

¹ لفظ Trust معناه الاستثمار، ولفظ Trustee معناه المؤتمن أو أمين الاستثمار، انظر المعجم (المغني الأكبر)

² لمزيد من التفاصيل عن نظام الترسن راجع:

Manolescu C. (1997), Le trust en droit anglais, Thèse, Paris II, P. 38 et ss.

³ انظر:

Gallais-Hamonno G. (1992), op. cit., p.6.

⁴ انظر:

Gallais-Hamonno G. (1992), op. cit., p.7.

⁵ انظر:

Vujovich D. (1991), op. cit., p.14.

وبعد انتهاء الحرب العالمية الثانية بدأت صناديق الاستثمار الانتشار على المستوى الدولي، حيث سارعت دول كثيرة بإدخال صناديق الاستثمار في أنظمتها التشريعية لما لها من أثر واضح في تمويل الاقتصاديات الوطنية من خلال ربط المدخرات بمجالات الاستثمار المختلفة⁽¹⁾.

هذا ولم تقبل الدول اللاتينية بسهولة فلسفة الترس **trust** المفتوح القائمة في الدول الأنجلوسكسونية والتي كانت دخيلة على مفهوم الملكية في دول القانون المدني مثل فرنسا، حيث إن فكرة الترسات المفتوحة تعتمد على حرية دخول وخروج الشركاء من الترس وبالتالي تعرض رأس مال الترس المفتوح للزيادة عند دخول شريك جديد، والنقصان عند خروج شريك قديم.

فعلى الرغم من ظهور ترسات الاستثمار في بريطانيا في أواسط القرن التاسع عشر وفي أمريكا في أوائل القرن العشرين، إلا أنها لم تظهر في فرنسا إلا في أواسط القرن العشرين⁽²⁾.

وقد استفادت دول العالم الثالث من تجارب الدول المتقدمة في مجال صناديق الاستثمار، إذ اتجهت بعض الدول مثل الهند وتايلاند وماليزيا والفلبين وهونج كونج والبرازيل والأرجنتين وغيرها من دول النور الآسيوية واللاتينية إلى تطوير أسواق الأوراق المالية بما عن طريق إنشاء صناديق الاستثمار مما أدى إلى تنشيط أسواق المال في هذه الدول، حيث أثبتت التجربة الأوربية والأمريكية أن إنشاء صناديق الاستثمار كان له أثر فعال في توجيه المدخرات نحو الاستثمارات المنتجة⁽³⁾.

على الرغم من ذلك التاريخ الطويل لصناديق الاستثمار والمكاسب الهائلة التي جنتها الدول المتقدمة من ورائها، إلا أن ميلاد أول صندوق استثمار عربي قد تأخر كثيرا، حيث ظلت المنطقة العربية خالية تماما من مؤسسات الاستثمار الجماعي إلى أن أخذت المملكة العربية السعودية بزمام المبادرة وأنشأت أول صندوق استثمار في المنطقة العربية في عام 1979 والذي قام بإنشائه البنك الأهلي التجاري السعودي، وسمي بصندوق الدولار قصير الأجل، وفي عام 1985 أنشأ البنك المذكور صندوقا آخر للودائع والسندات الدولية، وفي عام 1986 أنشئت أربعة صناديق أخرى تنوعت بين المراجعة في الأسهم الدولية والودائع البنكية والسندات، وفي السنوات التالية دخلت بنوك سعودية أخرى هذا المجال حتى فاق عدد صناديق الاستثمار في المملكة العربية السعودية قرابة 186 صندوقا استثماريا في عام 2004 بإجمالي أصول تصل إلى 571 مليار ريال سعودي بنسبة 58% من الناتج المحلي الإجمالي، وعلى المستوى التنظيمي والإشرافي على نشاط صناديق الاستثمار في المملكة العربية السعودية صدرت قواعد تنظيم عمل صناديق الاستثمار السعودية بعد تاريخ تأسيس أول صندوق بنحو 14 عاما أي في بداية عام 1993.

وأما باقي الدول العربية فقد تم خوض التجربة نفسها بنسب متفاوتة من الإقبال والنجاح، واتسمت معظم التجارب بإنشاء صناديق الاستثمار قبل صدور التشريعات المنظمة لها، وجاءت الكويت في المرتبة الثانية بعد المملكة

¹ انظر:

Gallais-Hamonno G. (1992), op. cit., p.7.

² انظر:

Senn J-P. (1957), op. cit., p.9.

³ هالة فتحي عبد السميع (2000): دور صناديق الاستثمار في دعم برنامج الإصلاح الاقتصادي، رسالة مقدمة إلى قسم الاقتصاد بكلية التجارة - جامعة عين شمس للحصول على درجة الماجستير في الاقتصاد، ص 42.

العربية السعودية في حوض تجرية الصناديق الاستثمارية، حيث بدأت تجربتها في عام 1985، ثم تبعتها بعض الدول العربية بعد نحو عقد من الزمن مثل البحرين وسلطنة عمان عام 1994، ثم المغرب في عام 1995، ثم لبنان في عام 1996، ثم الأردن في عام 1997، ومن المتوقع أن تخوض بقية الدول العربية التجربة نفسها بعد النجاح الذي حققته صناديق الاستثمار في كل البلدان العربية التي خاضت هذه التجربة.

وفي مصر لم يكن لصناديق الاستثمار - حتى تاريخ صدور قانون سوق رأس المال رقم 95 لسنة 1992 - وجود على خريطة الاستثمار أو الأوعية الادخارية، سواء من الناحية التشريعية أو من الناحية الفعلية، وحتى تاريخ 1 سبتمبر 1994، وهو تاريخ بدء نشاط أول صندوق استثمار في مصر (صندوق البنك المصري الأول ذو العائد التراكمي)، لم يكن لصناديق الاستثمار أي تواجد فعلي في سوق الأوراق المالية في مصر.

فعلى الرغم من أن مصر شهدت أقدم سوق للأوراق المالية في المنطقة العربية، بل وفي الشرق الأوسط أجمع، وذلك بقيام بورصة الإسكندرية عام 1883 ثم تلتها بورصة القاهرة عام 1909، إلا أن دخول صناديق الاستثمار إلى سوق الأوراق المالية المصرية قد تأخر كثيراً.

وجاء استحداث صناديق الاستثمار في مصر خلال مناخ إصلاحى شامل للاقتصاد المصري، حيث تحرير السياسة النقدية والائتمانية، وتطبيق برنامج زمني لخصخصة شركات القطاع العام وطرح وحداته للبيع، وتوسيع قاعدة الملكية من خلال طرح جزء من أسهم الشركات والبنوك للبيع، وبالتالي فإن المناخ كان مهيأً لأن تأخذ بورصة الأوراق المالية دورها، وفي ظل هذا المناخ جاءت فكرة صناديق الاستثمار مع إيجاد دور قوى للبنوك في تأسيسها وإنشائها⁽¹⁾.

هذا وقد نظم المشرع المصري أحكام إنشاء وإدارة صناديق الاستثمار في الفصل الثاني من الباب الثالث من قانون سوق رأس المال رقم 95 لسنة 1992 في المواد من (35) إلى (41)، وكذلك في اللائحة التنفيذية لهذا القانون في المواد من (140) إلى (183).

ومنذ حصول صندوق استثمار البنك الأهلي المصري الأول على ترخيص الهيئة العامة لسوق المال في 26 أبريل 1994 صدرت التراخيص لصناديق الاستثمار تباعاً حيث بلغ عددها حتى عام 2013 (101) صندوقاً.

المبحث الثاني: مزايا الاستثمار في صناديق الاستثمار

تحقق صناديق الاستثمار مزايا عديدة لجميع الأطراف المتعاملة معها من المستثمرين والبنوك والشركات المالكة لهذه الصناديق وكذلك للدولة والاقتصاد الوطني ككل، وفي هذا المبحث سنتعرض لهذه المزايا وذلك على النحو التالي:

أولاً: مزايا صناديق الاستثمار الخاصة بالمستثمرين:

وتتمثل أهم مزايا صناديق الاستثمار التي تحققها للمستثمرين الأفراد فيما يلي:

(1) الاستفادة بخبرات الإدارة المحترفة:

¹د. منى قاسم (1995): صناديق الاستثمار للبنوك والمستثمرين، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، ص 47.

تحقق صناديق الاستثمار مزايا عديدة للمستثمر الذي يوجه أمواله إليها، وتأتي الاستفادة بخبرات الإدارة المحترفة للصندوق على قمة هذه المزايا (1).

ففي حالة الاستثمار المباشر - أي في حالة قيام المستثمر بشراء أسهم المنشآت من أسواق الأوراق المالية - يصبح لزاما عليه الاضطلاع بنفسه بكافة متطلبات العملية الاستثمارية، فهو يتخذ القرار الاستثماري بنفسه بما يتضمنه ذلك من بناء التشكيلة الملائمة، ويحتفظ بسجلات كافة المعاملات للأغراض الضريبية، ليس هذا فقط بل عليه كذلك أن يراقب حركة الأسعار في السوق لعله يكتشف أسهما تباع بأقل من قيمتها الحقيقية فيضمها إلى محفظة استثمارته، أو يكتشف أسهما ضمن محفظته تباع بسعر أقل من قيمتها الحقيقية فيتخلص منها، بل وعليه أن يختار التوقيت المناسب لمثل هذه القرارات، إضافة إلى ضرورة متابعته المستمرة لمستوى مخاطر المحفظة، للتأكد من أنها ما زالت في حدود المستوى المقبول من وجهة نظره، كل هذه المهام تلقى تبعه مسؤوليتها على الإدارة المحترفة التي تتولى إدارة صندوق الاستثمار، وذلك إذا ما فضل المستثمر توجيه موارده المتاحة إلى شراء أسهم إحدى شركات الاستثمار (2).

وهناك اعتقاد سائد بأن اضطلاع إدارة محترفة بالمهام المشار إليها من شأنه أن يسفر عن تحقيق معدل عائد مرتفع عما يمكن أن يحققه المستثمر العادي الذي يستثمر أمواله بنفسه (3)، لأن تكوين محفظة أوراق مالية يحتاج إلى خبرة مهنية لا تتوفر في الشخص العادي، وعندما يلجأ الشخص إلى الصناديق لاستثمار أمواله فإنها تحقق له مزايا الخبرة الفنية مقابل أعباء بسيطة.

فالإدارة المتخصصة في صناديق الاستثمار تعفي المستثمر من مسؤولية اتخاذ القرار الاستثماري، ومن المخاطر المترتبة على اتخاذ القرار غير السليم، وتضيف هذه الإدارة المتخصصة قيمة مرتفعة للاستثمار في الأوراق المالية، حيث تستخدم مستشارين استثماريين محترفين وباحثين مميزين بما يمكنها من إدارة استثمارات الصندوق بمستوى عال من الكفاءة، وهو ما يترتب عليه تحقيق معدل عائد مرتفع عما كان يمكن أن يحققه المستثمر العادي الذي يستثمر أمواله بنفسه.

وفي فرنسا يعهد بإدارة صندوق الاستثمار إلى شركة من شركات الإدارة المتخصصة في إدارة صناديق الاستثمار، وتحتل فرنسا المرتبة الأولى على مستوى العالم في مجال الإدارة الجماعية للأصول، ولكنها تحتل المرتبة الثانية على مستوى العالم في حجم الأصول المستثمرة في صناديق الاستثمار بعد الولايات المتحدة الأمريكية (4).

أما المشرع المصري فقد اشترط صراحة في الفقرة الأخيرة من المادة (35) من قانون سوق رأس المال رقم 95 لسنة 1992، أن يعهد بإدارة الصندوق إلى جهة متخصصة في إدارة صناديق الاستثمار وفقا لما تحدده اللائحة

¹راجع:

Khoury S-J. (1983), Investment Management: Theory and application, Macmillan Publishing Co., New York, p.228 : 230.

²د. منير إبراهيم هندي(1994): صناديق الاستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 41 - 42.

³د. صفوت عبد السلام عوض الله(2005): صناديق الاستثمار (دراسة وتحليل من منظور الاقتصاد الإسلامي)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 55 - 56.

⁴انظر:

Grimaud J-P. (1996), SICAV et FCP, Verneuil, Paris, p.5.

التنفيذية، ثم جاءت اللائحة التنفيذية للقانون المذكور ونصت في الفقرة الأولى من المادة (166) منها على أنه "يجب على الصندوق أن يعهد بإدارة نشاطه إلى جهة ذات خبرة في إدارة صناديق الاستثمار، ويطلق على هذه الجهة اسم (مدير الاستثمار)"، كما تكفلت المادة السابقة ببيان الشروط الواجب توافرها في مدير الاستثمار، أما المادة (167) من ذات اللائحة فقد نصت على شروط وإجراءات الترخيص بمزاولة نشاط مدير الاستثمار.

(2) التنوع الكفاء وانخفاض مستوى المخاطرة:

من أهم المزايا التي توفرها صناديق الاستثمار، هي قدرتها على تنوع التشكيلة التي تتكون منها محفظة الأوراق المالية للصندوق بطريقة تضمن تقليل المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها حملة الوثائق إذا ما تم استثمار الأموال جميعها في ورقة مالية معينة، حيث يقوم مديرو الاستثمار - في صناديق الاستثمار باختلاف أحجامها - بتنوع الاستثمارات في المحفظة من أجل تقليل درجة المخاطرة، فصندوق الاستثمار يتضمن أوراقا مالية لعشرات بل ربما لمئات المنشآت فإذا ما خسرت واحدة ربح الباقي، وهو ما لا يقدر أن يحققه المستثمر الفرد غالبا (1).

فالتنوع يؤدي إلى حصول المستثمر على عائد أعلى لذات مستوى المخاطر، أو خطر أقل لذات مستوى العائد، وهذه ميزه مهمة جدا للمستثمر الصغير تحديدا، فهو يحصل على تنوع مناسب بدون إنفاق مبالغ كبيرة، وهي تكلفه العمليات، وبالتالي الحصول على عائد يفوق عائد أي وعاء ادخاري آخر (2).

ومعنى ذلك أن الإدارة المتخصصة في صندوق الاستثمار تعمل على تخفيض درجة المخاطرة من خلال تنوع الأدوات المالية التي تحويها محفظة الصندوق، ومع ذلك لا تستطيع هذه الإدارة المحترفة القضاء نهائيا على المخاطر التي تكثف العملية الاستثمارية في الأوراق المالية، لأن التنوع في الاستثمارات - مهما بلغت درجة كفاءته - يؤدي إلى تخفيض درجة المخاطرة وليس إلى إزالتها أو القضاء عليها نهائيا.

ومن ثم فإن تنوع الاستثمارات - في مجال صناديق الاستثمار - وإن كان لا يكفل منعها تماما لما يتهددها من المخاطر المرتبطة بالعملية الاستثمارية - إلا أنه يشكل ضمانا هاما وفاعلا للحد منها، وتخفيف آثارها على رأس المال المستثمر ومعدل الربح المتحقق (3).

وتتمثل مجالات تنوع الاستثمار في الأوراق المالية فيما يلي:

- (أ) أنواع الأوراق المالية التي تتكون منها المحفظة الاستثمارية للصندوق، وقيمة الاستثمار في كل نوع منها.
- (ب) مستوى جودة الأوراق المالية، حيث يرتبط مباشرة مع النسبة المقبولة من المخاطر، فعند الرغبة في قبول مخاطر عالية فإنه يتحتم شراء أوراق مالية جيدة.
- (ج) تواريخ الاستحقاق، إذ يجب أن تتماشى تواريخ استحقاق السندات مع متطلبات السيولة في الصندوق.

¹ د. عطيه فياض (1997): التكييف الشرعي لصناديق الاستثمار ومشروعيتها، ندوة صناديق الاستثمار في مصر (الواقع والمستقبل)، مركز الشيخ صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، الجزء الثاني، ص 56.

² على عبد الله عبده (2006): إدارة صناديق الاستثمار في الأوراق المالية من وجهة النظر القانونية، رسالة مقدمة إلى قسم القانون التجاري، كلية الحقوق - جامعة القاهرة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، ص 64.

³ انظر:

ونظرا للأهمية البالغة لميزة التنوع في صناديق الاستثمار، فإن التشريعات المنظمة لصناديق الاستثمار غالبا ما تفرض على القائمين على إدارة هذه الصناديق حدودا قصوى للاستثمار في النوع الواحد من الأوراق المالية. ففي فرنسا استوحى المشرع النصوص المنظمة لاستثمارات تنظيمات الاستثمار المشترك في القيم المنقولة (OPCVM) من المبادئ التقليدية التي تفرض حدودا قصوى للاستثمار في الأوراق المالية الصادرة من نفس المصدر، وذلك بهدف تحديد المخاطر من خلال تنوع الاستثمارات في حافظة الصندوق⁽¹⁾.

ووفقا لنص المادة ل 4/214 من التقنين النقدي والمالي يجب ألا تزيد نسبة ما يستثمره تنظيم الاستثمار المشترك في القيم المنقولة في شراء ورقة مالية واحدة على 10% من إجمالي أصوله.

وإذا ما بحثنا عن موقف المشرع المصري من هذه الميزة للاستثمار في الصناديق (ميزة التنوع)، فإننا نجد أنه قد أخذ في الاعتبار أهمية هذه الميزة، حيث ألزم المشرع في المادة (149) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم 95 لسنة 1992 صندوق الاستثمار بألا تزيد نسبة ما يستثمره في شراء أوراق مالية لشركة واحدة على 10% من أموال الصندوق وبما لا يتجاوز 15% من أموال تلك الشركة، وألا تزيد نسبة ما يستثمره الصندوق في وثائق الاستثمار التي تصدرها صناديق الاستثمار الأخرى على 20% من إجمالي صافي قيمة أصوله وبما لا يتجاوز 5% من قيمة الصندوق المستثمر فيه، كما لا يجوز أن تزيد نسبة ما يستثمره الصندوق في الأسهم والسندات الصادرة عن مجموعة مرتبطة⁽²⁾ على 20% من أموال الصندوق، وأخيرا لا يجوز أن تزيد نسبة ما يستثمره الصندوق في أدوات الدين أو الأوراق التجارية أو غيرها من القيم المنقولة الأخرى لشركة واحدة على 20% من أموال الصندوق.

(3) المرونة والملاءمة:

يستطيع المستثمر في صناديق الاستثمار ذات رأس المال المتغير (الصناديق المفتوحة) أن يحول استثماراته من صندوق لآخر، وذلك مقابل رسوم ضئيلة، كما أن هذا النوع من الصناديق يكون مستعدا دائما لاسترداد أسهمه إذا ما رغب المستثمر التخلص منها كليا أو جزئيا، ويتم ذلك بسعر عادل يتمثل في قيمة الأصل الصافية للسهم وهذه المرونة من شأنها أن تقدم خدمة جلييلة لأولئك المستثمرين الذين قد تتغير أهدافهم الاستثمارية عبر الزمن⁽³⁾.

كما تلاءم صناديق الاستثمار الأهداف والرغبات المتعددة للمستثمرين، حيث زاد عدد صناديق الاستثمار وتعددت أنواعها وأهدافها، مما يتيح فرصة كبرى للمستثمر في عملية الاختيار.

¹ انظر:

Roblot R. (2003), Les organismes de placement collectif à valeurs mobilières: OPCVM, ANSA, Paris, p.34.

² طبقا لنص المادة (140) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم 95 لسنة 1992 فإن الأشخاص المرتبطة هي "الأشخاص الطبيعيون وأي من أقاربهم حتى الدرجة الثانية، والأشخاص الاعتبارية والكيانات والاتحادات والروابط والتجمعات المالية المكونة من شخص أو أكثر التي تكون غالبية أسهمهم أو حصص رأس مال أحدهما مملوكة مباشرة أو بطريق غير مباشر للطرف الآخر أو أن يكون مالكها شخصا واحدا. كما يعد من الأشخاص المرتبطة الأشخاص الخاضعون للسيطرة الفعلية لشخص آخر".

³ د. منير إبراهيم هندي (2003): أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال (الأوراق المالية وصناديق الاستثمار)، المكتب الحديث، الإسكندرية، ص 136.

(4) العمولة المنخفضة:

لا ريب أن حجم صناديق الاستثمار يكون أكبر بكثير من حجم استثمارات المستثمر الفرد، وعلى هذا فإن متوسط تكلفة الشراء - خصوصاً عند التنوع - تكون أقل.

وفي المقابل ترتفع هذه التكلفة بالنسبة للمستثمر الفرد لانخفاض حجم الكمية المشتراة، فعندما يقوم الصندوق بشراء ورقة مالية معينة فإنه يشتري كمية كبيرة يدفع عليها عمولة شراء إذا قُسمت على عدد الأوراق المالية المشتراة يكون نصيب كل ورقة متدنياً مقارنة بالمستثمر الفرد الذي عندما يشتري فإنه يشتري كميات قليلة تظهر فيها العمولة بشكل ظاهر، وعلى ذلك فإن كبر حجم الصندوق يقلل متوسط تكلفة الصفقات، وهذا لا يتهيأ للمستثمرين الأفراد.

(5) السيولة النقدية:

تدل دراسات كثيرة على أن السيولة هي أكثر العناصر أهمية عند المدخرين، والسيولة في معناها المطلق تعني النقدية، وفي معناها الفني تعني قابلية الأصل للتحويل إلى نقدية بسرعة وبدون خسائر.

ومما لا شك فيه أن الاستثمارات المباشرة، وكذلك الفرص الاستثمارية التي توفرها البنوك التجارية في الحسابات الآجلة هي أقل سيولة من الصناديق الاستثمارية التي توفر لعملائها ميزة السيولة النقدية خاصة في الصناديق المفتوحة، حيث يكون بإمكان المستثمر في صناديق الاستثمار تسييل استثماراته بسهولة أكبر من المستثمر المباشر، إذ يمكن لحملة وثائق الاستثمار استرداد قيمتها بالكامل بسهولة ويسر وفقاً لما ورد بنشرة الاكتتاب.

ولا تقتصر السيولة الحقيقية التي توفرها صناديق الاستثمار لحملة وثائقها على مجرد تحويل الأصل المالي إلى نقدية، بل تعداها إلى إجراء هذا التحويل بأقل خسارة ممكنة، وذلك على خلاف الاستثمار في بعض أسهم الشركات قليلة السيولة أو صعبة التداول، حيث يجد المستثمر صعوبة كبيرة في تسييل هذا الاستثمار، إذ عليه الانتظار عند البيع حتى يجد مشترياً بالكمية والسعر المعروضين.

(6) الالتزام بمبدأ الإفصاح والشفافية:

يمثل مبدأ الإفصاح والشفافية أحد المؤشرات المهمة في أسواق المال للحكم على مدى كفاءتها، لذا فقد حرصت التشريعات المختلفة على تقرير هذا المبدأ في القوانين المنظمة لعمل المؤسسات المالية بها⁽¹⁾.

ومن هذا المنطلق، وأيضاً من منطلق المحافظة على أموال المدخرين، ألزم المشرع المصري صندوق الاستثمار بأن يُصنّفُ نشرة الاكتتاب فيه كافة البيانات التي تتعلق بالصندوق، وهو ما يمثل الإفصاح، وهو متاح للمستثمر قبل أن يقدم على الاستثمار في الصندوق، فإذا ما أخذ المستثمر قراراً بالاستثمار في الصندوق، فإن المشرع أيضاً ألزم إدارة الصندوق بتوفير الشفافية للمستثمر بصفة مستمرة أثناء سير عملية الاستثمار، فيتم تقييم الوثائق أسبوعياً، أو يومياً، والإعلان عن سعر الوثيقة من خلال التقييم لصافي أصول الصندوق، وهو ما يجعل المستثمر على معرفة دائمة بعائد

¹ عبد الله الشامل شمس الدين (1999): تقييم أداء صناديق الاستثمار في مصر (في الفترة من 1 / 1 / 1997 حتى 30 / 6 / 1999)، رسالة مقدمة إلى معهد الإدارة المتقدمة - الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري لنيل درجة الماجستير في إدارة الأعمال، ص 48.

استثماره، ومن ثم يستطيع اتخاذ قراره المناسب بخصوص الاستمرار أو التسييل أو زيادة حجم أمواله المستثمرة في الصندوق.

ويضاف إلى ذلك أن صناديق الاستثمار تلتزم بالقوانين التي تقضي بإرسال كشف حساب لحملة وثائقها المصدرة يتضمن كافة العمليات التي تمت على وثائقهم طرف الصندوق، كما يتم إرسال التقرير السنوي والنصف سنوي الخاص بالصندوق، والذي يوضح ما حدث للمحافظة خلال السنة أو الستة أشهر المنقضية حسب الأحوال⁽¹⁾.

وفي مصر تلتزم شركات خدمات الإدارة⁽²⁾ - طبقاً لنص المادة (157) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال - بأن تقدم لحملة الوثائق كل ثلاثة أشهر تقريراً يتضمن البيانات التالية:

- 1- صافي قيمة أصول الصندوق.
 - 2- عدد الوثائق وصافي قيمتها بالنسبة لكل واحد من حملة وثائق الصندوق.
 - 3- بيانا بأي توزيعات أرباح تمت في تاريخ لاحق على التقرير السابق إرساله لحملة الوثائق.
- كما يلتزم مدير الاستثمار - طبقاً لنص المادة السابقة - بالإفصاح الفوري عن الأحداث الجوهرية التي تطرأ أثناء مباشرة الصندوق لنشاطه لكل من الهيئة العامة لسوق المال وحملة الوثائق في الصندوق.

وتوجب هذه المادة أيضاً على مجلس إدارة الصندوق أن يقدم إلى الهيئة تقارير نصف سنوية عن أدائه ونتائج أعماله، على أن تتضمن هذه التقارير البيانات التي تفصح عن المركز المالي للصندوق بصورة كاملة وصحيحة والإجراءات التي يتخذها مدير الاستثمار لإدارة المخاطر المرتبطة بالصندوق، وذلك كله وفقاً للضوابط التي تضعها الهيئة.

ونظراً لكثرة المزايا التي تحققها صناديق الاستثمار لجمهور المتعاملين معها، فإننا نرى أنه من الصعوبة بمكان سرد هذه المزايا على سبيل الحصر، لأن صناديق الاستثمار تحقق المزيد والمزيد من المزايا للمستثمرين، ونظراً للبحث الدائم من جانب القائمين على إدارة صناديق الاستثمار بهدف تطوير أدائها وزيادة أرباحها لجذب أكبر عدد ممكن من المدخرين، وكذلك التنافس الشديد فيما بين الصناديق وبعضها البعض، فإن مزايا صناديق الاستثمار في تزايد مستمر لتلائم أهداف ورغبات عملائها التي بدورها في تغير وتطلع دائمين.

ثانياً: مزايا صناديق الاستثمار الخاصة بالبنوك:

تحقق صناديق الاستثمار مزايا عديدة للبنوك باعتبارها نشاطاً جديداً يساعد على ترسيخ مفهوم البنوك الشاملة، ومن أهم المزايا ما يلي⁽³⁾:

¹ مصطفى على احمد (1997): صناديق الاستثمار (مزاياها - أنواعها - التكيف الشرعي)، مرجع سابق، ص 113
² شركة خدمات الإدارة هي إحدى الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية وتتولى الإشراف على تسجيل إصدار واسترداد ووثائق استثمار الصناديق المفتوحة وحساب القيمة الصافية للوثيقة يومياً، وذلك لجعل مدير الاستثمار منقرغاً للإدارة الفنية للصندوق. وتعرف المادة (140) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم 95 لسنة 1992، شركة خدمات الإدارة بأنها "شركة تتولى عملية تسجيل إصدار واسترداد ووثائق استثمار الصناديق المفتوحة، وكذلك حفظ المستندات ووثائق أصول الصناديق العقارية بالإضافة إلى الأغراض الأخرى المنصوص عليها في هذه اللائحة".

³ راجع:

حيث تتيح صناديق الاستثمار للبنوك الفرصة لزيادة نشاطها والخروج من إطار الأعمال المصرفية التقليدية المتمثلة في أعمال الوساطة المالية، وقد أجاز المشرع المصري في قانون سوق رأس المال رقم 95 لسنة 1992 ولائحته التنفيذية للبنوك حق مباشرة نشاط صناديق الاستثمار المفتوحة، وكذلك نشاط صناديق أسواق النقد، وهو ما يؤدي إلى اضطلاع البنوك بدور أكبر وأكثر شمولاً، وذلك لمواكبة التغيرات الدولية في الأداء المصرفي والتي من أهمها زيادة الاستثمارات في الأوراق المالية.

وتستطيع البنوك الوصول إلى المدخر الصغير في أي مكان يوجد به من خلال فروع البنك والتي تكون في الغالب واسعة الانتشار، وهو ما يعطي البنوك ميزة لا تتوافر لبقية المؤسسات المالية الأخرى.

(2) استثمار فائض السيولة لدى البنوك:

يهدف إنشاء صناديق الاستثمار - كما سنرى فيما بعد - إلى إيجاد أوعية استثمارية لتوظيف فائض السيولة لدى البنوك الناتج عن الارتفاع الكبير في حجم الودائع المصرفية وتحويلات العاملين بالخارج، حيث يتم من خلال صناديق الاستثمار توجيه هذه الموارد النقدية إلى الاستثمار المباشر في المشروعات الإنتاجية.

(3) تدوير محافظ الأوراق المالية للبنوك:

ويتم تدوير محافظ الأوراق المالية للبنوك بالشكل الذي يحقق ربحاً عالياً للبنك الذي ينشئها، وكذلك زيادة فاعلية هذه المحافظ من خلال تنشيط عملية بيع وشراء الأوراق المالية.

(4) تحقيق موارد إضافية للبنك خارج الميزانية:

حيث تحصل البنوك على أتعاب وعمولات من خلال إدارتها لصناديق الاستثمار، مثل عمولات الاكتتاب والاسترداد ورسوم حفظ الأوراق المالية وتحصيل الكوبونات... الخ، كذلك تحصل البنوك على إيرادات إدارية وعوائد رأس مال التأسيس، كما تحقق البنوك أرباحاً من خلال شركات الإدارة التي تنشئها بغرض إدارة صناديق الاستثمار.

ثالثاً: مزايا صناديق الاستثمار الخاصة بالاقتصاد الوطني:

وعلى المستوى الوطني تحقق صناديق الاستثمار العديد من المزايا التي يصعب حصرها، حيث تعتبر صناديق الاستثمار إحدى أدوات التمويل الداخلي للاقتصاد الوطني، ولذلك فإن الدول المختلفة تسعى إلى تدعيم وتنشيط هذه الصناديق بغرض المحافظة على المدخرات الوطنية من خلال توفير قنوات استثمارية تتميز بالكفاءة العالية، وتكون قادرة

-د. عبد المنعم عبد الغني على (2002): محاضرات في النقود والبنوك، بدون دار نشر، أسيوط، ص238.

-د. سهير الطنملي (2004): المنظور المحاسبي لنشاط صناديق الاستثمار مع عرض لأهم مشاكل مراجعتها، مجلة المحاسبة والإدارة والتأمين، كلية التجارة - جامعة القاهرة، العدد الثالث والستون، السنة الثالثة والأربعون، ص433.

-هاله فتحي عبد السميع (2000): دور صناديق الاستثمار في دعم برنامج الإصلاح الاقتصادي، مرجع سابق، ص92.

على جذب المدخرات المكتنزة وتحويلها إلى مجالات الاستثمار المختلفة، والتي تساهم في زيادة معدلات النمو الاقتصادي.

كما تلعب صناديق الاستثمار دورا مهما في تحقيق أهداف برامج الإصلاح الاقتصادي، خاصة فيما يتعلق بتوسيع قاعدة الملكية عن طريق تحويل ملكية القطاع العام إلى القطاع الخاص.

كما تساهم صناديق الاستثمار في توطین المدخرات وتعمل على عدم تسربها إلى الخارج، ولا تكتفي صناديق الاستثمار بالعمل على توطین المدخرات فحسب، بل تعمل أيضا على جذب رؤوس الأموال الأجنبية، وهو ما يساهم في تنشيط أسواق الأوراق المالية، الأمر الذي يؤدي إلى تحقيق التنمية الاقتصادية الشاملة.

المبحث الثالث: مخاطر الاستثمار في صناديق الاستثمار

تناولنا في المبحث السابق مزايا صناديق الاستثمار الخاصة بالمستثمرين، والبنوك، والاقتصاد الوطني، وحيث إنه لا يوجد مجال استثماري يخلو تماما من المخاطر، فإن المستثمر في صناديق الاستثمار يكون عرضة لعدد من المخاطر المتوقعة.

وترتبط المخاطر - عموما - بعدم التيقن المحيط بنتائج الأحداث المستقبلية للعملية الاستثمارية، ومن هذه المخاطر ما هو متعلق بإدارة الصندوق، ومنها ما هو متعلق بالاستثمار في الأوراق المالية بصفة عامة، ومنها ما هو متعلق باختيار المراكز الاستثمارية.

أولاً: المخاطر المتعلقة بإدارة الصندوق:

لا يملك المستثمر في صناديق الاستثمار أي سلطة للتحكم فيما يتم شراؤه أو بيعه من أوراق مالية في محفظة الصندوق الذي يستثمر فيه أمواله، فالمستثمر يضع أمواله في الصندوق لتتولى إدارة الصندوق إدارتها مع بقية الأموال الأخرى، وتستند هذه الإدارة إلى خبرات هذه الإدارة ومدى التزامها بالسياسة الاستثمارية المعلنة في نشرة اكتتاب الصندوق.

لذلك فالمستثمر الذي لديه قدر من الوعي الاستثماري يقوم بدراسة مسبقة لأعمال شركة الإدارة قبل أن يُقَدِّمَ على الاستثمار في الصندوق، حيث يُفترض في المستثمر الواعي أنه لا يعطي ماله إلا لمن هو قادر على تحقيق أفضل استثمار بأقل درجة مخاطرة ممكنة⁽¹⁾.

هذا بالنسبة للمستثمر الواعي الذي لديه قدر من الوعي الاستثماري، أما المستثمر الذي ليس لديه أي خبرة أو إدراك بأدوات الاستثمار في سوق الأوراق المالية، وهو المستثمر الأكثر شيوعا في مصر والدول النامية، فإنه عندما يستثمر أمواله في صندوق استثمار فإنه لا يكون لديه أية معلومات عن إدارة الصندوق، وإن توافرت لديه هذه المعلومات فهو لا يستطيع إدراكها أو فهم أبعادها، وبالتالي فهو يستثمر في الصندوق ويعطي مدخراته لشركة تكون

¹ جوليت فيرلي (2001): استثمار أموالك في صناديق الاستثمار، الطبعة العربية الأولى، ترجمة د. خالد العامري، دار الفاروق للنشر والتوزيع، ص 32.

هي المتحكم الأول والأخير فيها دون أن يكون هناك أي دور يذكر لمثل هذا المستثمر، وهو ما يشكل خطورة حقيقية على أمواله⁽¹⁾.

لذلك فإن عدم التزام إدارة الصندوق بالسياسة الاستثمارية للصندوق والتي تم الإعلان عنها في نشرة الاكتتاب يمثل خطراً يهدد أموال المستثمرين في الصندوق، فقد يتم الإعلان في نشرة الاكتتاب عن أن الصندوق يستثمر أصوله في أوراق مالية تتميز بقلّة التقلبات، وتأتي الإدارة بعد ذلك وتقوم بالاستثمار في أسهم شركات غير مستقرة، فيكون هناك اختلاف بين ما تم الإعلان عنه في نشرة الاكتتاب وبين ما تتبعه إدارة الصندوق.

كذلك فإنه يتوقع من إدارة الصندوق مستوى من الأمانة يفوق تلك العلاقة التي تنشأ بين الأجير والمستأجر، فإذا خانت هذه الإدارة الأمانة، كأن اعتمدت على غيرها في إدارة الصندوق دون الحصول على إذن بذلك من المستثمرين، أو إذا أثرت على حسابهم أو نافتهم، فإن كل ذلك يعتبر من قبيل المخاطر التي قد يواجهها المستثمرون في الصندوق⁽²⁾.

يضاف إلى ذلك أخطاء إدارة الصندوق وسوء تصرفها، وأخطاء موظفيها وإهمالهم وسوء تصرفهم، وكلها مخاطر لا يمكن تجاهلها، حيث تؤثر على أداء الصندوق وتكون حائلاً دون تحقيق الصندوق للأهداف التي يسعى إليها. ومع ذلك يمكن الاحتياط من المخاطر المتعلقة بالإدارة في صناديق الاستثمار وذلك من خلال دراسة سابقة أعمال شركة الإدارة التي تتولى إدارة الصندوق لمعرفة خبراته السابقة، وكذلك معرفة الفترة التي قضتها في إدارة الصندوق، ومدى النمو الذي حققه الصندوق تحت إدارتها مقارنة بالصناديق الأخرى، وهو ما يتطلب توافر قدر معين من الوعي الاستثماري.

ثانياً: المخاطر العامة للاستثمار في الأوراق المالية:

قلنا سابقاً إن في مقدمة المخاطر التي قد يتعرض لها المستثمر في صناديق الاستثمار المخاطر المتعلقة بالإدارة، وإنه لكي يتجنب المستثمر مثل هذا النوع من المخاطر يجب عليه أن يتحرى الدقة عند اختيار الصندوق الذي سيستثمر فيه أمواله، وأن يدرس جيداً سابقة أعمال شركة الإدارة التي تتولى إدارة الصندوق وحجم النمو الذي حققه الصندوق تحت إدارتها مقارنة بالصناديق الأخرى، حتى يكون قرار اختياره للصندوق قراراً صحيحاً لا يشوبه تسرع ولا سوء اختيار، حيث يختار شركة الإدارة ذات الخبرة الأمانة على أموال المستثمرين والناجحة في إدارة للصندوق.

وقد يعتقد البعض أنه مع توافر هذه الإدارة الحبيرة الأمانة سوف تختفي جميع المخاطر المتعلقة بالاستثمار في الصناديق، ونسارع بالقول إن هذا الاعتقاد خاطئ، حيث يظل المستثمر في صناديق الاستثمار عرضة لمجموعة من المخاطر التي لا ترجع إلى نشاط الصندوق بقدر ما تكون راجعة لطبيعة الاستثمار في الأوراق المالية بصفة عامة، ولا

¹ على عبد الله عبده (2006): إدارة صناديق الاستثمار في الأوراق المالية من الوجهة القانونية، رسالة مقدمة إلى قسم القانون التجاري، كلية الحقوق - جامعة القاهرة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، ص 67 - 68.

² د. محمد على القوي (1420هـ): إدارة المخاطر في صناديق الاستثمار الإسلامية، بحث مقدم إلى الندوة السادسة عشر لدلة البركة، بيروت، ص 8.

عجب في ذلك لأن المستثمر في الصناديق الاستثمارية عرضة لهذه المخاطر مثله في ذلك مثل أي مستثمر في أي وعاء استثماري آخر في الأوراق المالية.

ويقصد بمخاطر الاستثمار في الأوراق المالية تذبذب العائد المتولد عنها، فالمخاطر هنا تتمثل في عدم التأكد من حتمية الحصول على العائد أو حجمه أو زمنه أو انتظامه أو من جميع هذه الأمور مجتمعة.

ومن أهم المخاطر التي قد يتعرض لها الاستثمار في الأوراق المالية ما يلي⁽¹⁾:

(1) مخاطر سعر الفائدة:

فارتفاع أو انخفاض سعر الفائدة له تأثير عكسي على أسعار الأوراق المالية، حيث إن ارتفاع سعر الفائدة يؤدي إلى انخفاض أسعار الأوراق المالية، لأن المستثمر في هذه الحالة سوف يفضل بيع الأوراق المالية التي في حوزته وإيداع قيمتها كوديعة بنكية والتي تدر عليه عائداً أكبر، ويزداد هذا الأثر في حالة الأوراق المالية طويلة الأجل، لأن الاستثمار في الأوراق المالية طويلة الأجل لا تؤمن عواقبه حيث قد يتعرض لخسارة كبيرة إذا ما تصادف ارتفاع سعر الفائدة وقت الحاجة إلى بيع هذه الأوراق.

(2) مخاطر السيولة:

تحدد مخاطر السيولة في مدى دقة الإدارة في تقدير احتياجات السيولة بحيث لا تضطر إدارة الصندوق إلى البيع السريع للأوراق المالية وما يترتب على ذلك من مخاطر وخسائر.

(3) مخاطر الائتمان:

وهي المخاطر التي قد تنتج عن عدم قدرة الجهة التي أصدرت السندات على سداد قيمتها في المواعيد المقررة، خاصة إذا كانت السندات المصدرة غير مضمونة من الحكومة.

(4) مخاطر رأس المال:

وهي المخاطر التي تنتج عن عدم كفاية رأس المال لاستيعاب الخسائر التي يمكن أن تحدث وبالتالي وصول هذه الخسائر إلى أموال الدائنين، فعند شراء سندات من إحدى الشركات التي كان رأس مالها أقل من الحد الكافي والمطلوب لعملياتها وتوظيفها وحدث أن تعرضت هذه الشركة لخسائر جسيمة فإن الخسائر قد تصل إلى أموال هؤلاء الدائنين (حملة السندات).

(5) مخاطر السوق:

تتأثر أسعار الأوراق المالية بالظروف السياسية والاقتصادية العامة، وكذلك انتشار الإشاعات والمعلومات غير المؤكدة، فقد تتعرض سوق الأوراق المالية للتقلبات، حيث قد تهبط الأسعار لدرجة يعجز معها كبار المستثمرين عن الصمود في مواجهتها، كما قد ينخفض السوق فجأة دون سابق إنذار.

ثالثاً: مخاطر اختيار المراكز الاستثمارية:

¹ د. محمد محمود عبد ربه محمد (2000): طريقك إلى البورصة (مخاطر الاعتماد على البيانات المحاسبية عند تقييمك للاستثمارات في الأوراق المالية)، الدار الجامعية، الإسكندرية، ص 29 : 31.

تقتصر بعض صناديق الاستثمار على بلدها فحسب وهي الصناديق المحلية، وأكثرها يستثمر خارج الحدود وهي الصناديق الدولية، والمستثمر في هذا النوع الأخير يكون عرضة لنوع من المخاطر يسمى مخاطر اختيار المراكز الاستثمارية، أي اختيار الدولة أو المنطقة الاقتصادية التي سوف يباشر فيها نشاطه، ويتضمن هذا النوع من المخاطر، مخاطر تغير أسعار الصرف، إذ ربما حقق الصندوق أرباحاً بالعملة الخاصة بالدولة التي يباشر فيها نشاطه ولكن ذلك قد لا يتضمن ربحاً للمستثمر بعملته المحلية بسبب أسعار الصرف، وكذلك المخاطر السياسية كتغير الحكومات، ومخاطر عدم القدرة على نقل الأموال خارج البلد الأجنبي، كما حدث في ماليزيا عندما جمدت أموال المستثمرين الأجانب، وفي باكستان بعد تفجيرها القنبلة الذرية.

خاتمة

لقد تعرض هذا البحث لمزايا ومخاطر الاستثمار في صناديق الاستثمار، وطرح إشكالية تتمثل في تحديد مزايا ومخاطر الاستثمار في هذا الوعاء الادخاري المهم، وللإجابة على هذه الإشكالية تم تقسيم البحث إلى مقدمة وثلاثة مباحث، تناول الأول منها الإطار المفاهيمي لصناديق الاستثمار، وتناول الثاني منه مزايا صناديق الاستثمار، أما المبحث الثالث فقد تناول مخاطر صناديق الاستثمار.

النتائج:

وقد توصل البحث إلى عدد من النتائج منها:

- 1- إن صناديق الاستثمار تحقق مزايا عديدة لكل من المستثمرين والبنوك والاقتصاد الوطني ككل، ومن أهم مزايا صناديق الاستثمار للمستثمرين الأفراد تحقيق عوائد مرتفعة تفوق في أغلب الأحوال معدل الفائدة على الودائع البنكية، وكذلك الاستفادة بخبرات الإدارة المتخصصة، وتنوع الاستثمارات التي تتكون منها المحفظة المالية الخاصة بالصندوق مما يقلل من المخاطر التي قد يتعرض لها المستثمر الفرد الذي يستثمر أمواله بنفسه في مجال الأوراق المالية.
- 2- أن صناديق الاستثمار تحقق للبنوك مزايا عديدة منها خروج البنوك عن دورها التقليدي المتمثل في القيام بعمليات الوساطة المالية إلى دور أوسع وأشمل بما يمكنها من الوصول إلى فكرة البنوك الشاملة، وكذلك استثمار فائض السيولة لدى البنوك، وتدوير محافظ الأوراق المالية الخاصة بها، وتحقيق موارد إضافية للبنك خارج الميزانية.
- 3- أن صناديق الاستثمار تحقق للاقتصاد الوطني مزايا عديدة منها تمويل مشروعات الاقتصاد الوطني، وتحقيق أهداف برامج الإصلاح الاقتصادي والمساهمة في إنجاح برامج الخصخصة من خلال توسيع قاعدة الملكية، وخلق البديل العملي لشركات توظيف الأموال، وحماية المدخرات الوطنية ومنع تسربها للاستثمار في الخارج، وجذب رؤوس الأموال الأجنبية وتنشيط سوق الأوراق المالية.
- 4- وكما هو الحال في جميع الأنشطة الاستثمارية القائمة، فإن الاستثمار في صناديق الاستثمار يتضمن بطبيعته إمكانية التعرض لمخاطر الاستثمار المتعارف عليها، والمتصلة أساساً بأحوال عدم التأكد التي تحيط بالعملية الاستثمارية، فعلى الرغم من المزايا العديدة التي توفرها صناديق الاستثمار، إلا أن هناك العديد من المخاطر الاستثمارية المتوقعة من جراء الاستثمار فيها، فإذا ما بعدت مسببات المخاطر انخفضت درجة المخاطرة التي قد يتعرض لها المستثمر في الصندوق، وإذا ما قربت مسبباتها ارتفعت درجة المخاطرة التي قد يتعرض لها المستثمر.

التوصيات:

في ضوء النتائج السابقة تقدم الدراسة مجموعة من التوصيات

- 1- العمل على تنشيط سوق الأوراق المالية عن طريق توفير الإمكانيات المادية والبشرية اللازمة.
- 2- العمل على زيادة أعداد صناديق الاستثمار، وبخاصة الصناديق التي تنشؤها الشركات المساهمة.
- 3- استقدام الخبرات الأجنبية المتخصصة في مجال إدارة صناديق الاستثمار، وإرسال البعثات للخارج للبحث والدراسة في هذا المجال، للتعرف على أحدث المعايير الدولية في هذا المجال والأساليب الحديثة في مجال إدارة المحافظ الاستثمارية.
- 4- تدريس التربية الادخارية والتربية الاستثمارية في مختلف المراحل التعليمية بداية من التعليم الابتدائي وحتى التعليم الجامعي، ولمختلف التخصصات، وذلك حتى تتكون لدى الأجيال القادمة ثقافة ادخارية واستثمارية تستند إلى العلم والمعرفة.
- 5- تنظيم حملة قومية في كافة وسائل الإعلام (المريئة- المسموعة- المقروءة)، وذلك لتوعية الناس بحقيقة وأهمية الاستثمار في الأوراق المالية طويلة ومتوسطة الأجل، وبالزايما التي تحققها المؤسسات المالية الوسيطة في هذا المجال، وبصفة خاصة صناديق الاستثمار، شريطة أن تكون هذه الحملة طويلة الأجل وأن تتم وفقا لبرنامج متدرج المستويات، وأن تبدأ بالمدخر الذي لا يعلم شيئا عن الاستثمار في هذا المجال.

قائمة المراجع**أ - المراجع باللغة العربية**

- 1) د. محمد عبد الحليم عمر (1997): المعالجة المحاسبية لأرباح صناديق الاستثمار من منظور إسلامي، ندوة صناديق الاستثمار في مصر (الواقع والمستقبل)، مركز الشيخ صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، الجزء الأول.
- 2) د. عطيه عبد الحليم صقر (1997): صناديق الاستثمار (الإطار القانوني - التكييف الشرعي - المعاملة الضريبية)، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 3) محمد ماهر محمد على (1997): تقييم تجربة صناديق الاستثمار في مصر، ندوة صناديق الاستثمار في مصر (الواقع والمستقبل)، مركز الشيخ صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، الجزء الأول.
- 4) أشرف محمد محمد دوابه (1999): صناديق الاستثمار في البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق (عرض منهجي - نموذج مقترح)، رسالة مقدمة إلى قسم الاقتصاد بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية للحصول على درجة الماجستير في الاقتصاد.
- 5) المستشار الدكتور / محمد حلمي عبد التواب (2004): البورصة المصرية والبورصات العالمية (آلية عملها - الرقابة عليها - الربط بين البورصات)، مؤسسة الطوبجي، القاهرة.
- 6) د. رايح رتيب: صناديق الاستثمار في ظل سياسة الخصخصة، بدون ناشر، بدون تاريخ نشر.
- 7) د. عصام عبد الهادي أبو النصر (1997): نموذج محاسبي مقترح لقياس وتوزيع أرباح صناديق الاستثمار في ضوء الفكر الإسلامي، ندوة صناديق الاستثمار في مصر (الواقع والمستقبل)، مركز الشيخ صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، الجزء الأول.

- (8) د. حسني المصري (1985): فكرة الترسر وعقد الاستثمار المشترك في القيم المنقولة، مطبعة حسان.
- (9) د. محمد سويلم: إدارة البنوك وصناديق الاستثمار، كلية التجارة - جامعة المنصورة، بدون تاريخ نشر، ص227.
- (10) د. نشأت عبد العزيز معوض(1994): بورصات الأوراق المالية وصناديق الاستثمار، الجزء الثاني (صناديق الاستثمار)، كتاب الأهرام الاقتصادي، القاهرة، العدد 76.
- (11) د. عنايات حامد محمد عطية(1995): تقييم أداء صناديق الاستثمار من الوجهة المحاسبية والضريبية، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، كلية التجارة - جامعة عين شمس، العدد الأول.
- (12) د. نهال فريد مصطفى(1998): تقييم أداء صناديق الاستثمار في الأسواق الناشئة (التجربة المصرية) المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، كلية التجارة - جامعة عين شمس، العدد الثالث.
- (13) هالة فتحي عبد السميع(2000): دور صناديق الاستثمار في دعم برنامج الإصلاح الاقتصادي، رسالة مقدمة إلى قسم الاقتصاد بكلية التجارة - جامعة عين شمس للحصول على درجة الماجستير في الاقتصاد.
- (14) د. منى قاسم(1995): صناديق الاستثمار للبنوك والمستثمرين، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة.
- (15) د. منير إبراهيم هندي(1994): صناديق الاستثمار في خدمة صغار وكبار المدخرين، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- (16) د. صفوت عبد السلام عوض الله(2005): صناديق الاستثمار (دراسة وتحليل من منظور الاقتصاد الإسلامي)، دار النهضة العربية، القاهرة.
- (17) د. عطية فياض(1997): التكيف الشرعي لصناديق الاستثمار ومشروعيتها، ندوة صناديق الاستثمار في مصر (الواقع والمستقبل)، مركز الشيخ صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، الجزء الثاني.
- (18) على عبد الله عبده(2006): إدارة صناديق الاستثمار في الأوراق المالية من الوجهة القانونية، رسالة مقدمة إلى قسم القانون التجاري، كلية الحقوق - جامعة القاهرة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق.
- (19) د. منير إبراهيم هندي(2003): أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال (الأوراق المالية وصناديق الاستثمار)، المكتب الحديث، الإسكندرية.
- (20) عبد الله الشامي شمس الدين(1999): تقييم أداء صناديق الاستثمار في مصر (في الفترة من 1 / 1 / 1997 حتى 30 / 6 / 1999)، رسالة مقدمة إلى معهد الإدارة المتقدمة - الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري لنيل درجة الماجستير في إدارة الأعمال.
- (21) د. عبد المنعم عبد الغني على(2002): محاضرات في النقود والبنوك، بدون دار نشر، أسبوط، ص238.
- (22) د. سهير الطنملي(2004): المنظور المحاسبي لنشاط صناديق الاستثمار مع عرض لأهم مشاكل مراجعتها، مجلة المحاسبة والإدارة والتأمين، كلية التجارة - جامعة القاهرة، العدد الثالث والستون، السنة الثالثة والأربعون.
- (23) جوليت فيرلي(2001): استثمار أموالك في صناديق الاستثمار، الطبعة العربية الأولى، ترجمة د. خالد العامري، دار الفاروق للنشر والتوزيع.
- (24) د. محمد على القرني(1420هـ): إدارة المخاطر في صناديق الاستثمار الإسلامية، بحث مقدم إلى الندوة السادسة عشر لدلة البركة، بيروت.
- (25) د. محمد محمود عبد ربه محمد(2000): طريقك إلى البورصة (مخاطر الاعتماد على البيانات المحاسبية عند تقييمك للاستثمارات في الأوراق المالية)، الدار الجامعية، الإسكندرية.

ب - المراجع باللغة الأجنبية :

- 21 Grayson T-J. (1923), Investment trusts, their origin, development and operation, J. Wiley, New York.
- 22 Vujovich D. (1991), Straight talk about mutual funds, McGraw-Hill Education, New York.
- 23 Rouwenhorst K-G. (2003), The origins of mutual funds, Yale School of Management, Yale University.
- 24 Gallais-Hamonno G. (1992), SICAV et fonds communs de placement, les OPCVM en France, 2e édition, PUF, Paris.
- 30 Servien L-M. (1962), Les sociétés d'investissement ou fonds de placement: Nouvelle formule d'épargne, N.B.D.J., Lausanne.
- 31 Ravel R-R. (1959), Les sociétés d'investissement, étude juridique, économique et financière, Sirey, Paris.
- 32 Cohen A-G. (1958), Les sociétés et les fonds de placement en Grande Bretagne: Investment trusts et Unit trust, Thèse en sciences économiques, Paris.
- 33 Senn J-P. (1957), Les sociétés d'investissement en droit français et composé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris.
- 34 Manolescu C. (1997), Le trust en droit anglais, Thèse, Paris II.
- 35 Khoury S-J. (1983), **Investment Management: Theory and application**, Macmillan Publishing Co., New York.
- 36 Grimaud J-P. (1996), SICAV et FCP, Verneuil, Paris.
- 37 Ravel R-R. (1959), *op. cit.*
- 38 Roblot R. (2003), Les organismes de placement collectif à valeurs mobilières: OPCVM, ANSA, Paris, p.34.

المسؤولية الجزائية للبنك عن إفشاء السر البنكي

الأستاذة : الحاسي مريم

أستاذة مساعدة بكلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة وهران - الجزائر

ملخص:

إن التزام البنوك بكتمان السر البنكي لعملائها واجب ذو أصول نفسية و اجتماعية أملت في البداية قواعد الأخلاق و كرسته القواعد القانونية فيما بعد، فاحتراما للحياة الخاصة للعميل تلتزم البنوك بعدم إفشاء المعلومات التي وصلت إلى علمها بمناسبة ممارسة المهنة المصرفية لأن فعل الإفشاء يعد من جرائم الاعتداء على الأشخاص في شرفهم و اعتبارهم.

و إذا كان هذا الالتزام قد تقرر تحقيقا للمصلحة الخاصة للعميل إلا أنه يحمل في طياته أيضا تحقيق مصلحة اقتصادية عامة للدولة، و على ذلك للبنك أن يتمسك به اتجاه الغير إلا إذا اقتضى القانون خلاف ذلك تحقيقا لمصلحة أسمى و أجدر بالحماية.

Résumé :

Le devoir du secret professionnel du banquier a des origines morales et sociales avant d'être une obligation juridique.

Par respect de la vie privé du client les banques sont interdites de divulguer les informations qu'ils connaissent à l'occasion de la profession bancaire, car la violation de cette obligation constitue une atteinte contre l'honneur des personnes.

Cette obligation a pour but de protéger l'intérêt prive du client aussi que l'intérêt économique de l'Etat, et au banquier à se cramponner à ce secret envers les tiers sauf si la loi autorise le contraire dans le but de protéger un intérêt suprême.

مقدمة :

لقد حرم المشرع الجزائري إفشاء السر المهني بصفة عامة و السر البنكي بصفة خاصة على غرار ما فعلته معظم التشريعات المقارنة، لما ينطوي عليه هذا الفعل من إضرار بمصالح العميل المادية و المعنوية و مساس بحياته الخاصة و تفاصيل ذمته المالية، كما أن المشرع أراد أيضا أن يكفل بهذا التحريم نزاهة المهنة المصرفية و المباشرة السليمة لها لأن السرية المصرفية تدعم ثقة الأفراد بهذه المؤسسات.

و على ذلك فقد تناولنا الموضوع من خلال طرح الإشكالية التالية: متى تتحقق مسؤولية البنك عن جريمة إفشاء السر البنكي؟ و هل هناك حالات يعتبر فيها الإفشاء مشروعاً؟

أولا : أركان جريمة إفشاء السر البنكي

تستلزم جريمة إفشاء السر البنكي لقيامها إلى جانب الركن الشرعي و المعنوي توافر صفة خاصة في الجاني يكتمل بها الركن المادي، و هي أن يكون الجاني أمينا ضروريا على السر.

أ- الركن الشرعي :

لقد جرم المشرع الجزائري إفشاء السر البنكي على غرار ما فعلته التشريعات المقارنة، لما ينطوي ذلك من إضرار بمصالح العميل المادية و المعنوية و إخلالا بالثقة العامة الواجب توافرها في المهنة المصرفية.

و في هذا الشأن قد نصت المادة 301 من قانون العقوبات على ما يلي: " يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر و بغرامة من 20000 إلى 100000 دج الأطباء و الجراحون و الصيادلة و القابلات، و جميع الأشخاص المؤمنين بحكم الواقع أو المهنة، أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم و أفشوا بها في غير الحالات التي يوجب عليهم القانون إفشاءها أو يصرح لهم بذلك".

كما أضافت المادة 117 من الأمر 11/03¹ المتعلق بالنقد و القرض ما يلي: " يخضع للسر المهني تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات:

- كل عضو في مجلس إدارة و كل محافظ حسابات، و كل شخص يشارك أو شارك بأي طريقة كانت في تسيير بنك أو مؤسسة مالية، أو كان أحد مستخدميها.

- كل شخص يشارك أو شارك في رقابة البنوك و المؤسسات المالية.

تلتزم بالسر مع مراعاة الأحكام الصريحة للقوانين لجميع السلطات ما عدا:

- السلطة العمومية المخولة بتعيين القائمين بإدارة البنوك و المؤسسات المالية.

- السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي.

- السلطة العمومية الملزمة بتبليغ المعلومات إلى المؤسسات الدولية المؤهلة لا سيما في إطار محاربة الرشوة و تبييض الأموال و تمويل الإرهاب.

اللجنة المصرفية أو بنك الجزائر الذي يعمل لحساب هذه الأخيرة...".

يظهر لنا أن المشرع الجزائري لم يخصص حماية جنائية للسر البنكي بقانون خاص كما اتجهت إليه بعض التشريعات المقارنة كالتشريع السويسري، و اللبناني و المصري بل أحال في ذلك إلى نصوص قانون العقوبات التي تجرم إفشاء السر المهني بصفة عامة.

¹ المؤرخ في 26/08/2003 المتعلق بالنقد و القرض، ج ر عدد 52 لسنة 2003.

ب- الركن المادي:

من خلال الاطلاع على النصين السابقين يتضح لنا أنه يشترط لتحقيق الركن المادي لهذه الجريمة أن يقع فعل الإفشاء لسر من الأسرار الخاصة بالعميل، و أن يصدر ذلك من البنك بصفته أميناً على هذا السر.

1- وقوع الإفشاء لسر من الأسرار البنكية:

سنحاول تحديد ماهية السر البنكي قبل التطرق لفعل الإفشاء المكون للركن المادي لهذه الجريمة.

1.1 ماهية السر البنكي:

في إطار تحديدنا ماهية السر البنكي سنتطرق لتعريف السر البنكي من خلال تحديد المعايير التي اعتمدها الفقه في ذلك و كرسها القضاء في أحكامه، ثم سنحاول التعرف على مضمون هذا السر بتبيان المعلومات التي تشملها الحماية القانونية لهذا السر.

* تعريف السر البنكي :

لقد أحجم المشرع عن تعريف للسر المهني بصفة عامة، و السر البنكي بصفة خاصة جريا على العرف التشريعي بعدم وضع تعريفات، و ترك ذلك للفقه و القضاء و قد يرجع السبب في ذلك إلى صعوبة تحديد مسألة السر لاختلافها باختلاف الظروف و الأزمنة¹ لهذا فقد اختلفت آراء الفقه و القضاء في ذلك.

فقد عرفه الفقه السويسري الرائد في مجال السرية المصرفية بأنه ذلك السياج المشيد من طرف القانون حول العلاقة بين البنك و عميله لحمايته من فضول الغير²، كما عرفه بعض الفقه العربي بأنه أمر غير معروف يؤثر اطلاق الغير عليه تأثيرا يضر بمصلحة العميل، و وضعه المالي كإفشاء رصيد حسابه أو الضمانات التي قدمها للبنك³، و جاء في قول الدكتور نعيم مغنغب بأن السر البنكي هو الموجب الملقى على المصارف بحفظ القضايا المالية، و الشخصية للزبائن التي آلت إليهم أثناء ممارستهم لمهنتهم⁴. و يعتبر السر البنكي سرا ماليا بالرغم مما قد يترتب عن إفشائه من مشاكل غير مالية⁵.

لقد أدى هذا الاختلاف الفقهي حول تحديد المقصود بالسر البنكي إلى اختلاف المعايير المعتمدة في تحديد الواقعة السرية من تلك التي لا تعتبر كذلك، فبينما اعتمد جانب من الفقه على معيار الضرر و اعتبر بأن فعل الإفشاء لا

¹ محمد رابح: السر الطبي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 25، العدد الأول، 2009، ص250.

² Sylvain Besson : Le secret bancaire, collection le savoir suisse, presse polytechniques et universitaire ramandes, 1^{er} édition, 2004, p.15.

³ محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر : المسؤولية الجزائية عن إفشاء السر المصرفي، دار وائل للطباعة و النشر، عمان، الطبعة الأولى، 1999، ص22.

⁴ نعيم مغنغب: السرية المصرفية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة الكاثوليكية، بلجيكا، 1996، ص11.

⁵ غسان رياح: الوجيز في المخالفات المصرفية، مكتبة زين الحقوقية و الأدبية، بيروت، الطبعة الأولى، 2005، ص24.

يشكل جريمة إلا إذا كانت الواقعة المشناة ذات طبيعة ضارة للغير¹، اعتمد جانب آخر من الفقه على إرادة المودع في إبقاء الأمر سرا و اعتبر بأن الواقعة تعتبر سرية إذا عهد بها صاحبها إلى البنك على أنها كذلك فيكفي إيداع الثقة أو الطلب الصريح للمودع².

كما اتجه فقه آخر إلى الاستناد على معيار التفرقة بين الوقائع السرية و الوقائع المعروفة ، و من الوقائع المعروفة ما يكون عاما بطبيعته يسمح العلم بها³، في حين رجح البعض معيار مصلحة العميل في ذلك و اعتبر بأن الواقعة لا تكون سرية إلا إذا كانت للعميل مصلحة مشروعة في ذلك⁴.

و بخصوص موقف المشرع الجزائري فهو لم يحدد مفهوم السر البنكي لا بمقتضى نصوص قانون العقوبات و لا نصوص قانون النقد و القرض، بل اكتفى بفرض هذا الالتزام على البنوك لذلك يترك الأمر لتحديد القضاء بالرجوع إلى العرف و الظروف.

و مهما كان المعيار المعتمد عليه في تحديد الواقعة السرية فلا بد أن ترتبط هذه الأخيرة بالمهنة أو الوظيفة، و هذا ما يستلزم توافر صلة بين العلم بالواقعة و ممارسة المهنة المصرفية، فلكي يلتزم البنك بواجب السرية يجب أن يكون قد اطلع على المعلومات الخاصة بالعميل بمناسبة ممارسته لمهنته⁵.

*مضمون السر البنكي:

بصفة عامة يشمل التزام البنك بكتمان السر البنكي المعلومات المتعلقة بالحياة الخاصة للعميل، و ذمته المالية كاسمه، وجود حساب، نوعه و مقداره، و كذا العمليات الواردة عليه من إيداع أو سحب أو تحويل و الاقتراض و الضمانات التي يقدمها العميل، كما تشمل السرية أيضا الأمانات و الخزائن⁶ على أن القضاء الفرنسي أجاز للبنوك أن تعلم الغير فيها إذا كان الحساب كافيا أم لا دون تحديد مقداره⁷.

2.1 فعل الإفشاء:

¹ محمود صالح العادلي: الحماية الجنائية لالتزام المحامي بالمحافظة على أسرار موكله، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2003، ص27.

² أحمد كامل سلامة: الحماية الجنائية لأسرار المهنة، مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي، مصر، بدون طبعة، 1988، ص48.

³ محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 1988، ص754.

⁴ سعيد عبد اللطيف حسن: الحماية الجنائية للسرية المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 2004، ص215.

⁵ عادل جبري محمد حبيب: مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المهني أو الوظيفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2003، ص18.

⁶ Patrice Bouteiller et autre : L'exploitation de la banque et le droit, revue banque, 4^{em} édition, 2008, p.330.

⁷ Paris 23/04/1976, R.T.D.com.1997.346.

الإفشاء في جوهره نقل معلومات أي أنه نوع من الإخبار و يشترط في ذلك تحديد الشخص صاحب المصلحة في الكتمان أو الكشف عن بعض ملامح شخصيته التي يمكن من خلالها التعرف عليه في غير الأحوال المصرح بها قانونا و يغير رضاه¹، و لا فرق على اقتصار المعرفة بعدد صغير و محدد من الأشخاص و لا يشترط أن يكون الإفشاء بالسر كاملا بل يكفي إفشاء جزء منه².

و يرى بعض الفقه أنه لاعتبار الإفشاء ركنا في الجريمة يجب أن ينتج عنه إعطاء حد أدنى من الدقة و الوضوح حول المعلومات الخاصة بالعميل، فلا يكفي لذلك إعطاء البنك بعض الأجوبة العامة إذ يشترط أن يمس الإفشاء مباشرة بالمعلومات محل السرية³. على أن جريمة إفشاء السر تقع و لو انصب الإفشاء على واقعة معروفة من قبل لم تكن ذات شهرة عامة لأن هذا الأخير يضمني عليها تأكيدا لم يكن لها من قبل، و يفترض الإفشاء أن يتم إلى الغير و يراد بالغير هنا أي شخص لا ينتمي إلى هذه الفئة من الناس الذين ينحصر فيهم نطاق العلم بالواقعة السرية، و مهما زاد عدد الأفراد الذين يحيطون علما بالسر فإن ذلك لا يزيل عنه صفة السرية شريطة أن يكونوا جميعا ممن لهم الشأن في حفظه⁴.

و لا تشترط وسيلة معينة لتحقيق فعل الإفشاء إذ يتحقق هذا الأخير إذا أعلن البنك بالسر بأية طريقة كانت سواء بصفة مباشرة، أو غير مباشرة شفويا أو كتابيا أو عن طريق إعلام الغير بموقف حسابات العميل أو بيان، و قد يكون ذلك بالنشر في الصحف أو بواسطة إرسال مكتوب خاص إلى شخص غير الزبون، و قد يكون ذلك بالبوح شفاهة أثناء الحديث داخل البنك أو غير الهاتف و لا يهم في ذلك إذا كان الكلام موجها للجمهور أو لشخص معين⁵، كما يعد إفشاء للسر إذاعته في محطات إذاعة و قد يتخذ هذا الأخير صورة الامتناع كأن يشاهد الملتزم بالكتمان شخصا يحاول الاطلاع على الأوراق الخاصة بالعملاء، و لا يحاول منعه أو أن يسمح له بالاطلاع على المعلومات التي يحتويها الحاسوب الآلي⁶.

2- الصفة الخاصة للفاعل:

لا تطبق المادة 301 من قانون العقوبات إلا على طائفة معينة من الأمانة على الأسرار و هن الأمانة بحكم الضرورة أو بحكم ممارسة المهنة أي ممن تقتضي وظيفتهم أو مهنتهم تلقي الأسرار، و لم يشأ المشرع الجزائري حصرهم بل اكتفى بذكر بعضهم على سبيل المثال كالأطباء و الجراحون و القابلات، ثم أردف بالقول و جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم، و على الرغم من أن البنك لم يذكر ضمن هذه الطائفة

¹ أحمد محمد بدوي: جريمة إفشاء الأسرار و الحماية الجنائية للكتمان المصرفي، منشورات سعد سمك، القاهرة، بدون طبعة، بدون سنة، ص5.

² أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص و الجرائم ضد الأموال، ج1، دار هومه للطباعة و النشر، الجزائر، بدون طبعة، 2002، ص244.

³ Anne Teissier : Le secret professionnel du banquier, L.R.D.D, Marseille, 1999, p.15.

⁴ أحمد فتحي سرور : الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1985، ص882.

⁵ Anne Teissier : op.cit, p.155.

⁶ Raymond Farhat : Le secret bancaire, centre français de droit comparé, Paris, 1970, p.132.

إلا أنه مما لا شك فيه أن البنوك أصبحت مؤتمن ضروري على الأسرار المالية للأفراد خاصة و أن اللجوء إليها أصبح أمرا ضروريا لا غنى عنه، و بهذا يظهر لنا أن المشرع الجزائري أخذ بالمعنى الواسع للأمين على السر.

و على ذلك تعد جريمة إفشاء السر البنكي من الجرائم ذوي الصفة الخاصة التي لا يرتكبها إلا شخص ذوي صفة مستمدة من نوع المهنة التي يمارسها، و هذه الصفة متطلبة في مرتكب الجريمة وقت إيداع السر دون وقت إفشائه، و لا شك في أن مهنة البنوك تعد من المهن التي تفترض الثقة العامة و التي يضطر الأشخاص إلى اللجوء إليها، فضلا عن أن هذه المهنة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة¹.

و لما كان البنك شخص معنوي لا يستطيع أن يباشر نشاطه إلا بواسطة ممثليه و عماله فإن هذا الالتزام يقع عليهم، حيث يلتزمون بكتمان المعلومات التي وصلت إلى علمهم بمناسبة قيامهم بعملهم سواء كان هذا العمل رئيسيا أو ثانويا²، و بالرجوع لنص المادة 117 من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد و القرض نجد أن المشرع الجزائري قد حدد الأشخاص الملتزمون بكتمان السر البنكي كالتالي:

- كل عضو في مجلس إدارة أو كل محافظ حسابات و كل شخص يشارك أو شارك بأية طريقة كانت في تسيير بنك أو مؤسسة مالية أو كان أحد مستخدميها.

- كل شخص شارك أو يشارك في رقابة البنوك و المؤسسات المالية.

فالنص بهذا التحديد جاء عاما و شاملا لكل عمال البنك الذين يطلعون على أسرار الزبائن بداية من مدير البنك، و أعضاء مجلس الإدارة و رؤساء الأقسام، المستخدمين مهما كانت رتبهم أو اختصاصهم. و على ذلك فإن الالتزام بحفظ السر البنكي هو ليس التزام شخصي يقع على عاتق البنك بل هو التزام جماعي يقع على عاتق العمال الذين يمكنهم إبرام عمليات مع الزبون كالمستشارين الماليين و القانونيين، المحامين و الخبراء... الخ ذلك أن طبيعة العمل المصرفي عمل مركب يقوم به أكثر من موظف³.

ج- الركن المعنوي:

تعتبر جريمة إفشاء السر البنكي من الجرائم العمدية إذ لا يكفي لقيامها الإفشاء بالسر بل يجب أن يكون ذلك عمديا⁴، و قد استقر الفقه على أن القصد الجنائي المتطلب في هذه الجريمة هو القصد العام لذلك هجر الرأي الذي

¹ محمود كبيش: الحماية الجنائية لسرية الحسابات البنكية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، بدون سنة، ص13.

² عبد القادر العطير: سر المهنة المصرفي في التشريع الأردني، دار الثقافة و النشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 1996، ص96.

³ Raymond Farhat : op.cit, p.72.

⁴ محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص121.

كان يتطلب في هذه الجريمة قصدا خاصا قوامه نية الإضرار بالعميل لأن علة التحريم ليست الحماية من الضرر بقدر ما هي ضمان السير السليم و المنتظم لبعض المهن¹.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بأن القصد الجنائي في ذلك هو اتجاه إرادة المهني إلى إفشاء السر مع علمه بذلك مهما كانت الوسيلة في ذلك²، و يقتضي هذا العنصر ضرورة علم الموظف بأن لتلك الوقائع صفة السرية و أن لهذا السر طابعا مهنيا، و بالإضافة لذلك يجب أن تتجه إرادته إلى إفشائه و ما يترتب على ذلك من مساس بالحقوق التي حضر القانون الاعتراف عليها.

و على هذا الأساس فإذا أخطأ موظف البنك أثناء اطلاع العميل على حسابه بطريقة مكنت الغير من معرفة الرصيد أو كتبه على ورقة، و اطلع الغير عليها دون قصد منه تمكن من الاطلاع عليها فلا يساءل جنائيا لانتفاء الركن المعنوي إلا أن المسؤولية المدنية و التأديبية تبقى قائمة، كما أنه لا أثر للباعث على توافر قصد الإفشاء فيستوي أن يكون الباعث من الإفشاء نبیلا أو شریرا، و على ذلك فإن موظف البنك يساءل جنائيا و لو قصد من وراء إفشائه للسر تحقيق مصلحة للعميل³.

لما كانت جريمة إفشاء السر البنكي جنحة فان العقوبات الأصلية في مواد الجرح هي العقوبة السالبة للحرية و الغرامة، إلا أن الجزاء الذي يقرره المشرع على مرتكب الجريمة قد يوقع على الموظف أو على البنك بوصفه الشخص المعنوي، و بتوافر الأركان السابقة تتحقق الجريمة و هذا ما يقتضي بالضرورة تطبيق العقوبة الواردة ضمن المادة 301 من قانون العقوبات و التي تعاقب على إفشاء السر المهني و التي أحالت إليها المادة 117 من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد و القرض.

أ- العقوبة المقررة للموظف:

لقد حددت المادة 301 من قانون العقوبات عقوبة الجريمة بالحبس من شهر إلى ستة أشهر و الغرامة من 20000 إلى 100000 دج⁴، بهذا يظهر لنا أن المشرع الجزائري لم ينص على عقوبة خاصة بجريمة إفشاء السر البنكي كما فعلت بعض التشريعات المقارنة، و إن كان الأمر يبدو سهلا لما يقع الإفشاء من موظف فإن الأمر يطرح إشكالا لما تقع الجريمة و لا يمكن تحديد المسؤول بصفة شخصية.

ب- العقوبة المقررة للبنك كشخص معنوي:

¹ محمد صبحي نجم: شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2003، ص 112.

² Crim 17/06/1991, DP, 1991, n°316.

³ Pierre Lambert : Le secret professionnel, bruyant, Bruxelles, 2005, p.154.

⁴ تقابلها المادة 226-13 من قانون العقوبات الفرنسي و التي عاقبت على هذه الجريمة بالحبس مدة سنة و غرامة قدرها 15000 أورو.

مسايرة لتطور فكر الفقه الجنائي أقر القانون رقم 15/04 المؤرخ في 10/11/2004 المعدل لقانون العقوبات المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي بموجب المادة 51 مكرر منه، و التي اشترطت لمساءلة الشخص المعنوي جزائيا أن ترتكب الجريمة من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين لحسابه. غير أن البنك لم يكن يسأل عن هذه الجريمة إلى غاية صدور القانون 23/06 المؤرخ في 20/12/2006 المعدل لقانون العقوبات بموجب المادة 303 مكرر3.

و بهذا يتعرض البنك لعقوبة الغرامة حسب الكيفيات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر و المادة 18 مكرر2 بالإضافة إلى تعرضه لأحد العقوبات التكميلية، و هذا ما يدفع إلى فرض المزيد من الرقابة و التوجيه على تصرفات مستخدميه، غير أن المسؤولية الجزائية للبنك كشخص معنوي لا تمتنع من مساءلة الشخص الطبيعي إذا ثبت وجود اشتراك بينهما في الجريمة.

ثانيا : حالات إباحة إفشاء السر البنكي

على الرغم من أن السر البنكي تقرر أصلا لحماية مصلحة العميل من جهة و المصلحة العامة من جهة أخرى إلا أن الالتزام به ليس التزاما مطلقا لذلك يجوز إفشاءه كلما أجاز القانون ذلك تحقيقا لمصلحة أسمى و أجدر بالحماية من تلك التي تقرر الكتمان مئة أجلها.

أ- حالات إباحة إفشاء السر البنكي المقررة للمصلحة الخاصة :

1- الإفشاء بناء على رضا العميل :

إن تقرير قاعدة السرية المصرفية يدور و مصلحة العميل وجودا أو عدما و على هذا الأساس يعتبر العميل سيد سره و له أن يفشيه بإرادته و لذلك فمن باب أولى له أن يرخص للبنك بذلك¹، و في هذا الشأن فقد لنقسم الفقه إلى اتجاهين، حيث يرى الفقيه **Boudouin** بأن جريمة إفشاء السر البنكي لا تتحقق إلا إذا وقع الإفشاء بغير رضا صاحب السر لأن هذا الالتزام يجد مصدره في العقد الذي يربط البنك بعميله، فإن رخص هذا الأخير للبنك بالإفشاء فلا يرتكب البنك جريمة طالما أنه التزم بالحدود التي يسمح فيها لصاحب الشأن بالإفشاء و هذا ما أخذ به القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه²، وهو ما كرسته أيضا بعض التشريعات المقارنة في قوانينها الداخلية المنظمة لسرية حسابات بنوكها³.

¹ محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص75.

² CE 11/02/1972, J.C.P.1973,17363.

Nancy 14/02/1952, J.C.P.1952, n°7030

³ أنظر في هذا الصدد المادة الأولى من قانون سرية الحسابات المصري لسنة 1990، و المادة الأولى من قانون سرية المصارف اللبناني لسنة 1956.

في حين اعتبر الفقيه **Charles Muteau** أن تجريم الإفشاء يعد من المسائل المتعلقة بالنظام العام لأن الجريمة تقع على المجتمع لا على صاحب السر وحده، و من ثم لا يملك هذا الأخير أن يأذن للبنك بإفشائه كما أن أساس الالتزام بهذا السر هو نص القانون لا العقد الذي يربط البنك بالعميل¹.

2- الأشخاص الذين لا يحتج اتجاههم بالسر البنكي:

إلى جانب العميل هناك بعض الأشخاص الذين قد يشاركونه المصلحة في الإفشاء أو قد يتواجدون في مركز قانوني خاص لذلك منع القانون البنك أن يحتج اتجاههم بالسر البنكي.

و من هذا القبيل الورثة الذين يستفيدون من الالتزام بالسر بعد وفاة مورثهم، و يتمتعون بكل حقوقه لذلك لهم أن يأذنوا للبنك بالإفشاء و على ذلك يتوجب على البنك أن يعلمهم فور وفاة مورثهم بمركزه المالي لأنهم أصحاب المصلحة المباشرة في ذلك، أما بخصوص الموصى له فلا يحق له الاطلاع على الأسرار الخاصة بالعميل نظرا لعدم امتلاكه لحق مباشر في مواجهته².

كما لا يحتج بالسر البنكي على النائب القانوني الذي عهد القانون له أو العميل إدارة أمواله لأن له سلطة تمثيلية في ذلك، أما الوكيل المفوض و هو الشخص الذي فوضه صاحب الحساب للاطلاع على حساباته فلا يجوز أيضا للبنك أن يحتج اتجاهه بالسر البنكي . غير أن حق الاطلاع المخول له يقتصر فقط على تلك المعلومات اللازمة لتنفيذ الوكالة، كذلك لا يحتج بالسر البنكي اتجاه الشركاء في شركات الأشخاص الذين يتحملون مسؤولية غير محدودة عن ديون الشركة³.

3- الإفشاء لمصلحة البنك:

إضافة للحالات السابقة يحق للبنك إفشاء السر البنكي للدفاع عن مصالحه في حالة قيام نزاع بينه و بين العميل بناءً على طلب الجهة القضائية الناطقة في الدعوى بشرط أن تتعلق هذه الأخيرة بمعاملة مصرفية تمت بينهما كعدم تسديد العميل للمستحقات المفروضة عليه على اعتبار أن القانون يضمن للمتقاضين حقوق الدفاع⁴.

و هذا ما نصت عليه بعض التشريعات المقارنة كالتشريع السويسري و المصري و اللبناني و السوري، و يشترط لصحة هذا الإفشاء أن يكون النزاع مطروحا أمام القضاء فلا يكفي مجرد الخلاف لذلك، و يجب أن تكون للبيانات التي تم إفشاءها صلة بالنزاع و بالقدر اللازم للدفاع عن مصالح البنك⁵.

ب- حالات إباحة إفشاء السر البنكي المقررة للمصلحة العامة:

¹ أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص، 564.

² Anne Teissier : op.cit, p.172.

³ Monique Contamine-Raynaud : Le secret bancaire et le contrôle de l'Etat sur les opérations de change et sur leur effets délictuels, revue internationale de droit comparé, n°2, avril-juin 1994, p.432

⁴ سمير فرنال بالي: السرية المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2002، ص36.

⁵ Jean-Paul Céré : Le secret professionnel, L' harmattan ; Paris, 2005, p.118.

من المعروف أن المصلحة العامة تسمو على المصلحة الخاصة و إذا حدث تنازع بينهما وجب التضحية بالثانية، و على ذلك تلزم جل التشريعات التي تبنت مبدأ السرية المصرفية ضرورة الإفشاء أمام بعض السلطات و الهيئات تحقيقا للمصلحة العامة و حفاظا على النظام العام و هذا ما نصت عليه صراحة المادة 301 من قانون العقوبات و المادة 117 من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد و القرض.

1- السر البنكي أمام السلطات القضائية:

تحقيقا للعدالة القضائية يمنع على البنك التمسك بالسر البنكي اتجاه السلطات القضائية خاصة الجزائية منها سواء تعلق الأمر بقضاء الحكم أو قضاء التحقيق، فيما يتعلق بإجراء الاستجواب و التفتيش أو واجب أداء الشهادة وصولا للحقيقة التي تقتضي عدم إخفاء أية معلومة عن القضاء¹.

كذلك يمنع على البنك أن يتستر على الجرائم التي يكتشفها أثناء ممارسته لمهنته بحجة السر البنكي لأن الإبلاغ عن الجرائم واجب قانوني فرض بهدف الحفاظ على كيان المجتمع من أخطار بعض الجرائم، و مما لا شك فيه أن السرية المصرفية تدعم الثقة بالاقتصاد الوطني و تساهم في جذب رؤوس الأموال المحلية و الأجنبية، فتعد البنوك بذلك المكان الملائم لها و هذا ما قد يشكل عقبة محاربة بعض الجرائم التي تهدد أمن المجتمع كجرائم تبييض الأموال².

فالسرية المصرفية تحمي الأموال المشروعة دون سواها لذلك يجب تشديد الرقابة على البنوك على المستوى الوطني و الدولي حتى لا يصبح هذا السر غطاءً للمدخرات المشبوهة و ذريعة لتشجيع الجرائم.

2- السر البنكي اتجاه السلطات المالية:

تحقيقا للمصلحة المالية العامة للدولة و بهدف معارضة الجرائم الجمركية و تمويل وعاء الضريبة حول المشرع الجزائري لإدارتي الضرائب و الجمارك سلطات واسعة للاطلاع على المعلومات المصرفية دون الاحتجاج اتجاهها بالسر البنكي. و في هذا الصدد تمنع المادة 46 من قانون الإجراءات الجبائية³ البنوك من التمسك بالسر البنكي اتجاه إدارة الضرائب لمنع حالات التهرب من دفع الضريبة المفروضة، و ينبغي عليها التصريح عن مداخلها هذه الإدارة لضمان التطبيق السليم للقانون الضريبي و يسري حق الاطلاع المخول لها على كل الوثائق الضرورية لإجراء الرقابة.

¹ عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص، 178.

أنظر في هذا الصدد نص المادة 32 من قانون الإجراءات الجزائية التي نصت على واجب التبليغ عن الجرائم. القانون رقم 21/01 المؤرخ في 2001/12/22، المتضمن قانون الإجراءات الجبائية، ج ر عدد 79 لسنة 2001. القانون رقم 07/79 المؤرخ في 1979/07/21 المتضمن قانون الجمارك، ج ر عدد 30 لسنة 1979.

² أنظر في هذا الصدد نص المادة 32 من قانون الإجراءات الجزائية التي نصت على واجب التبليغ عن الجرائم. القانون رقم 21/01 المؤرخ في 2001/12/22، المتضمن قانون الإجراءات الجبائية، ج ر عدد 79 لسنة 2001.

كما تخول أيضا المادة 48 قانون الجمارك¹ لأعوان إدارة الجمارك نفس السلطات المخولة قانونا لأعوان إدارة الضرائب، إذا يمكنهم الاطلاع على جميع الوثائق و المستندات البنكية، و ذلك بهدف ضمان أمن عمليات الاستيراد و التصدير و حسن تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بالتجارة الخارجية.

3- السر البنكي و الهيئات الرقابية:

حماية للنظام المصرفي و السهر على حسن تطبيق أحكامه أخضع المشرع الجزائري البنوك للرقابة التي تتولاها هيئات متخصصة أنشأها المشرع و منع البنوك من الاحتجاج أمامه بالسر البنكي.

و في هذا الخصوص تقوم اللجنة المصرفية بمراقبة مدى احترام البنوك للنصوص القانونية و تسهر على احترام قواعد سير المهنة، و على ذلك لها أن تطلع على جميع الوثائق و المستندات الضرورية².

إلى جانب هذه الهيئة يعتبر بنك الجزائر الهيئة العليا للمصارف في الجزائر و يتمتع بصلاحيات واسعة في ميادين النقد و القرض، فهو مكلف بتنظيم الحركة النقدية و مراقبة القروض و السهر على حسن سير التعهدات المالية مع الخارج، و لتحقيق ذلك له أن يطلب من البنوك بتزويده بكل الإحصائيات و المعلومات اللازمة لذلك دون أن يحتج عليه بالسر البنكي³.

و لما كانت البنوك تؤسس في شكل شركة مساهمة فلا بد عليها من تعيين محافظ أو محافظين للحسابات للتحقيق في الدفاتر التجارية، و مراقبة مدى انتظام حساباتها لذا يجوز له إجراء الرقابة التي يراها ضرورية طيلة السنة و الاطلاع على كل المستندات اللازمة⁴.

خاتمة :

نتهي من خلال هذا البحث المتواضع إلى القول بأن السر البنكي يدعم الحياة الخاصة للفرد و يحمي جانبا منها يتعلق بدمته المالية، و على ذلك يعد إفشاؤه فعل ممقوت يعاقب عليه القانون سواء صدر من الموظف أو من البنك، و قد خطى المشرع الجزائري خطوة ايجابية بإقراره هذه المسؤولية للبنك كشخص معنوي، كما تبين لنا بأن التزام البنك بكتمان هذا السر لا يعد التزاما مطلقا لا يمكن الخروج عنه، بل يجوز التحلل منه كلما توافر سبب قانوني يبيح ذلك تحقيقا لمصالح عامة أو خاصة أسمى بالحماية من تلك التي تقرر الكتمان من أجلها.

المراجع:

1- باللغة العربية

¹ القانون رقم 07/79 المؤرخ في 21/07/1979 المتضمن قانون الجمارك، ج ر عدد 30 لسنة 1979.

² أنظر المادة 105 من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد و القرض.

³ أنظر المادة 109 من نفس الأمر.

⁴ أنظر المادتين 101، 102 من نفس الأمر.

أ - الكتب

- 1- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص و الجرائم ضد الأموال، ج1، دار هومه للطباعة و النشر، الجزائر، بدون طبعة، 2002.
- 2- أحمد محمد بدوي: جريمة إفشاء الأسرار و الحماية الجنائية للكتمان المصرفي، منشورات سعد سمك، القاهرة، بدون طبعة، بدون سنة.
- 3- أحمد كامل سلامة: الحماية الجنائية لأسرار المهنة، مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي، مصر، بدون طبعة، 1988.
- 4- أحمد فتحي سرور: الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1985.
- 5- محمد رايس: السر الطبي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 25، العدد الأول، 2009.
- 6- محمد صبحي نجم: شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2003.
- 7- محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المسؤولية الجزائية عن إفشاء السر المصرفي، دار وائل للطباعة و النشر، عمان، الطبعة الأولى، 1999.
- 8- محمود صالح العادلي: الحماية الجنائية للالتزام المحامي بالمحافظة على أسرار موكله، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2003.
- 9- محمود كبش: الحماية الجنائية لسرية الحسابات البنكية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، بدون سنة.
- 10- محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 1988.
- 11- سعيد عبد اللطيف حسن: الحماية الجنائية للسرية المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 2004.
- 12- سمير فرنال بالي: السرية المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2002.
- 13- عادل جبيري محمد حبيب: مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المهني أو الوظيفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2003.
- 14- عبد القادر العطير: سر المهنة المصرفي في التشريع الأردني، دار الثقافة و النشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 1996.
- 15- غسان رياح: الوجيز في المخالفات المصرفية، مكتبة زين الحقوقية و الأدبية، بيروت، الطبعة الأولى، 2005.
- 16- نعيم مغبغب: السرية المصرفية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة الكاثوليكية، بلجيكا، 1996.

النصوص القانونية

- 1- الأمر 11/03 المؤرخ في 2003/08/26 المتعلق بالنقد و القرض، ج ر عدد 52 لسنة 2003.
- 2- القانون رقم 21/01 المؤرخ في 2001/12/22، المتضمن قانون الإجراءات الجبائية، ج ر عدد 79 لسنة 2001.
- 3- القانون رقم 07/79 المؤرخ في 1979/07/21 المتضمن قانون الجمارك، ج ر عدد 30 لسنة 1979.

باللغة الأجنبية

- 1- Anne Teissier : Le secret professionnel du banquier, L.R.D.D, Marseille, 1999, p.15.
- 2 -Crim 17/06/1991,DP,1991, n°316.
- 3-CE 11/02/1972,J.C.P.1973,17363.
Nancy 14/02/1952,J.C.P.1952,n°7030.
- 4- Jean-Paul Céré : Le secret professionnel, L' harmattan ; Paris, 2005.
- 5- Monique Contamine-Raynaud : Le secret bancaire et le contrôle de l'Etat sur les opérations de change et sur leur effets délictuels, revue internationale de droit comparé, n°2, avril-juin1994.
- 6- Patrice Bouteiller et autre : L'exploitation de la banque et le droit, revue banque, 4^{em} édition,2008.
- 7- Paris 23/04/1976, R.T.D.com.1997.346.
- 8- Pierre Lambert : Le secret professionnel, Bruylant, Bruxelles, 2005.
- 9- Raymond Farhat : Le secret bancaire, centre français de droit comparé, Paris, 1970.
- 10- Sylvain Besson : Le secret bancaire, collection le savoir suisse, presse polytechniques et universitaire ramandes, 1^{er} édition, 2004.

القضاء الدستوري بين إكراهات الديمقراطية

و ضرورات حقوق الإنسان

الأستاذ : ماز حسن

كلية الحقوق - جامعة وهران - الجزائر

مقدمة :

العدالة أساس الحضارات والعدل أساس الملك، وغيرها من الأقوال المأثورة والمبادئ المشهورة باتت تعيش تحديات جسيمة ونكسات أليمة في كثير من بقاع العالم التي تعرف تقهقرا رهيبا على مستوى الحريات وواقعا متعبا في مجال الديمقراطية والعدالة الإجتماعية.

والعالم العربي فضاء جغرافي واسع ومناخ سياسي وقانوني حافل بالرهانات الكبرى والإكراهات العظمى والتي تتطلب كثيرا من تضافر الجهود وتكثيف الدراسات وتجميع الإمكانيات من أجل تشخيص علمي وموضوعي للواقع كتمهيد للإنتلاق في عملية إعادة النظر في كثير من المفاهيم والرؤى، وكذا السلوكيات والممارسات التي تجذرت بشكل رهيب وشكلت مع مرور الزمن أعرافا وتقاليدا تكاد تفوق القوانين نفاذا ونفوذاً ، بل ومنها ما بات يحمل تسمية القانون وتسميات أخرى ما أنزل الله بها من سلطان.

لا يختلف إثنان من أنصار المنظومة القانونية الوضعية في كون الدستور بمفهومه الوضعي هو القانون الأسمى في الدولة، فهو المعبر عن وجدان الأمة وثوابتها من دين ولغة وثقافة ومبادئ حكم وحقوق الإنسان، مما يجعله لا ينسجم مع المساس به أو التعديل فيه أو التطاول عليه، لأجل هذه المكانة تأسست نظم الرقابة على دستورية القوانين من أجل ضمان الشرعية الدستورية لها وحتى لا يتحول الدستور إلى مجرد وثيقة صماء أو لغو إنشائي .

والرقابة تختلف باختلاف النظم السياسية والقانونية وكذلك المسوغات التاريخية والإيديولوجية، هذا ما يتردد في كتابات ومؤلفات القانون الدستوري، ولكن نضيف أنها تختلف باختلاف درجات الإيمان بالديمقراطية السياسية وصدق الإعتقاد بمفهوم دولة القانون ولوازمها الرقابية والمؤسسية .

وهذه الرقابة هي المعيار الحقيقي في تقدير مدى النضج القانوني والسياسي لأي نظام سياسي مهما كان شكله وشعاره، بل أنها المرآة العاكسة لحقيقة ومكانة القضاء بوجه خاص، إذ أن القاضي بما له من معرفة بالقانون وما يمتاز به من مقومات الإستقلالية والحيادية يكون هو صاحب الأهلية والأرجحية في القيام بهذه الرقابة ومن خلالها تأمين حقوق الإنسان والحريات الأساسية من الخرق السافر الذي لطالما تكرر في بعض أو كثير من النظم والممارسات التي تغلب عليها المراهقة السياسية والقصور القانوني والحقوقى، وكذلك التصور المتنبس لمفهوم الدولة، فالدولة ليست مجرد إقليم وشعب وسلطة، كما أن الوطن ليس مجرد قضية جلد منفوخ تتقاذفه الأقدام ذات اليمين وذات الشمال، إنما الدولة كذلك عاملون ومثقفون وقضاة عادلون ومفكرون صادقون يحملون رسالة البناء والتشييد في ضمائرهم ووجدانهم .

والقارئ لتاريخ النظم المقارنة يستجلي بوضوح وجلاء مساهمة مفكري وفلاسفة الغرب في بنائها وترشيدها وتكييفها مع معطيات البيئة وتحديات العصر ورهانات المستقبل.

ومن هذا المنطلق نحاول في مقالتنا هذه الوقوف عند موضوع ، من الأهمية بما كان كشف معلمه، أملا في ترسيخ القاعدة الأساسية للولوج إلى ديمقراطية وازنة وفاعلة ، وهي قاعدة القضاء الدستوري.

والتساؤلات التي تثار في هذا السياق تتنوع وتتعدد بتنوع وتعدد الإستفهامات التي تفرزها غرابة بعض النصوص والممارسات في نظم دستورية نراها محسوبة على الديمقراطية ما لم تتصحح فيها المسارات والسلوكات، ومنها نكتفي :

1- ما هو مفهوم القاضي الدستوري؟

2- كيف يكون القضاء الدستوري درعا واقيا للديمقراطية والشرعية الدستورية؟

خطة المعالجة:

المحور الأول: قراءة في مفهومي الديمقراطية وحقوق الإنسان

المحور الثاني: قراءة في تعاريف ومرتكبات القضاء

المحور الثالث: قراءة في دواعي الحاجة إلى القضاء الدستوري

المحور الأول: قراءة في مفهومي الديمقراطية وحقوق الإنسان

أولا: قراءة في مفهوم الديمقراطية¹

وقد شاع استخدام كلمة الديمقراطية في مختلف أنظمة الحكم سواء كانت ملكية أو جمهورية أو حتى شيوعية، رغم اختلاف المحتوى الديمقراطي لتلك الأنظمة بعضها عن البعض الآخر، كما غطت الديمقراطية في العصر الحديث مجالات كثيرة من النشاط البشري بين اجتماعية وسياسية واقتصادية... الخ²، أن البعض يعتبر أن الديمقراطية مزاجا معينا ومشاعر خاصة تصاحبها ويطلق عليها "المزاج الديمقراطي" وهو مزاج خاص بكل فرد ويعني احترام الانسان لنفسه في حزم³.

هنالك كثرة كثرة من التعريفات العلمية والاكاديمية والوصفية والاستقراطية للديمقراطية تختلف في الصيغ ولكنها تجمع على حد يشمل حدوده في اطار التعريف الجامع المانع، كما يقولون في وصف اي تعريف ووفقا لـ)

¹ - إمام حسنين عطا الله ، الإرهاب والبنيان القانوني للجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 284

² - عبد الفتاح حسين العدوى، الديمقراطية وفكرة الدولة، مؤسسة سجل العرب، سلسلة الآلاف كتاب رقم 522 القاهرة 1964 ص 17-18.

³ - انظر في ذلك إمام حسنين عطا الله، مرجع سابق، ص 284 وكذلك أدمونكان، الانسان والديمقراطية، ترجمة مصطفى حبيب، مؤسسة سجل العرب القاهرة 1961 ص 25-26.

ويكيبيديا)، إذا ما أردنا تعريفاً عالمياً للديمقراطية فإن الديمقراطية تعني في الأصل حكم الشعب لنفسه لكن كثيراً ما يطلق اللفظ على الديمقراطية الليبرالية لأنها النظام السائد للديمقراطية في دول الغرب، وكذلك في العالم في القرن الحادي والعشرين، وبهذا يكون استخدام لفظ الديمقراطية لوصف الديمقراطية الليبرالية خلطاً شائعاً في استخدام المصطلح سواء في الغرب أو الشرق، فالديمقراطية هي شكل من أشكال الحكم السياسي قائم بالإجمال على التداول السلمي للسلطة وحكم الأكثرية، بينما الليبرالية تؤكد على ضرورة حماية الأقليات والأفراد¹.

ويطلق مصطلح الديمقراطية أحياناً على معنى ضيق لوصف نظام الحكم في دولة ديمقراطية أو بمعنى أوسع لوصف ثقافة مجتمع، والديمقراطية بهذا المعنى الأوسع هي نظام اجتماعي مميز يؤمن به ويسير عليه المجتمع ويشير إلى ثقافة سياسية وأخلاقية معينة تتجلى فيها مفاهيم تتعلق بضرورة تداول السلطة سلمياً وبصورة دورية².

ولقد أكد الاعلان العالمي للديمقراطية الصادر عن المؤتمر البرلماني الدولي الثامن والتسعين بالقاهرة في سبتمبر 1997 على هذا المعنى المثالي للديمقراطية باعتبارها مبدأ عالمياً معترفاً به يقوم على القيم المشتركة للشعوب، الأمر الذي يتعين معه مراعاته وتطبيقه كشكل من أشكال الحكم حيث تهدف إلى الحفاظ على كرامة الفرد وحقوقه الأساسية والعدالة الاجتماعية وتعزيز التنمية الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع والحرص على تماسكه ودعم الاستقرار الوطني³ ولكن الديمقراطية ليست مبدأ دستورياً وأساساً أخلاقياً لصيانة النظام الداخلي في كل دولة فقط، ولكنها تشكل قاعدة راسخة لاستقرار النظم الإقليمية والدولية وشرطاً أساسياً لتوفير الرضا الشعبي والقبول العام لهذه النظم والسياسات.

فضلاً عن أنها السبيل الوحيد لحماية الحرية والابداع والطريق المضمون للحفاظ على التوازن المطلوب بين الحقوق والواجبات⁴.

فالديمقراطية المثالية لا تقتصر على المؤسسات و اجراء الانتخابات الدورية او التعبير عن ارادة الشعب فقط، لكنها عملية متواصلة وثقافة ومنهج تفكير وسلوك اجتماعياً واقتصادياً إلى جانب كونها سلوكاً سياسياً.

كما أنها التزام بسيادة القانون¹ فهي مجموعة قيم ترتكز على مفهوم الكرامة الانسانية² وليست سلاحاً يستخدمه البعض بالحق والباطل أو ذريعة تبرر التجاوزات والخروج عن الأصول العامة لصون أي نظام اجتماعي أو سياسي أو اقتصادي.

¹ - ويكيبيديا الموسوعة الحرة على الإنترنت، مادة (الديمقراطية)، نقلا عن الموقع الإلكتروني:

www.baghdadtimes.net/arabic/?sid تاريخ آخر تصفح : الأحد 29 دجنبر 2013، الساعة 21:34

² - راجع تعريف الديمقراطية لسعيد الصديقي: السياسة الخارجية و الديمقراطية ، المجلة العربية للعلوم السياسية، العدد 15، 2007، ص 45 وما بعدها.

³ - وثائق وأعمال المؤتمر البرلماني الدولي الثامن والتسعين، نشرة مجلس الشعب المصري، عدد خاص عن المؤتمر، سبتمبر - 1997، ص 65.

⁴ - مداخلة الرئيس المصري، محمد حسني مبارك في افتتاح المؤتمر البرلماني الدولي الثامن والتسعين، القاهرة في 11 سبتمبر 1997، الهامشان 3 و 4 مشار إليهما في: إمام حسانين عطا الله، مرجع سابق، ص 285

وإذا أردنا أن نحدد معنى الديمقراطية، فلغة هي كلمة يونانية الأصل انتقلت إلى اللغات الأخرى ومنها اللغة العربية، وهي تتكون من مقطعين أو كلمتين "ديمو" وتعني الشعب "كراتوس" وتعني السيادة أو الحكومة أو السلطة، وبذلك فمعناها في اللغة العربية هو حكم الشعب أو سلطة الشعب.

أما اصطلاحاً تختلف كبار المفكرين والساسة في هذا العصر حول تعريف الديمقراطية فيعرفها "جان كاستيلان" بأنها تتوافر عندما يكون الحكم من أجل الشعب أكثر مما يكون بواسطة الشعب، على أن تتولى شؤون الحكم شخصيات ممتازة تجمع بين موهبة القيادة وقدر كاف من الكفاءة³.

فالديمقراطية بهذا المعنى تعني حكم الشعب نفسه بنفسه ولنفسه، فتفترض الديمقراطية تحقيق السيادة للشعب كوسيلة لتحقيق الحرية والمساواة والعدالة وهي ليست المساواة الفعلية المادية التي تطمح إليها المذاهب الاشتراكية ولكنها المساواة أمام القانون⁴.

ثانياً: قراءة في مفهوم حقوق الإنسان

لاشك أن قضية حقوق الإنسان تأخذ في الزمن الحاضر أبعاداً مختلفة لكن هذه الأبعاد تكاد تجمع على أهمية هذه الحقوق كأساس لبناء الديمقراطية في المجتمع، إذ أن هذه الحقوق تُصَادَر أو تُنتهك في الدول التي يغيب عنها الأساس الشرعي للحكم، وتعتمد فيه السلطة على الاستبداد والغلبة والقهر. ويمكن القول أن ما يثير الجمهور الواسع بشكل أكبر في مفهوم الديمقراطية اليوم هو بالذات ما تسعى قضية حقوق الإنسان إلى نشره، أي تنمية المواطنة والاعتراف بما كمنع لحقوق الأفراد الثابتة، والتي حصل التراجع عنها بسبب ظروف الاستبداد التي مرّت بها المجتمعات النامية، وبينما تحقق قضية حقوق الإنسان الكثير من المكاسب على المستوى العالمي، فإنها تتخلف كثيراً على المستوى الوطني.

ومع أن الغالبية العظمى من الدول تعترف اليوم بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية وتنص عليها بدساتيرها وقوانينها، فإن مشكلة احترام هذه الحقوق تبقى قائمة من حيث التطبيق وتتطلب العديد من الضمانات التي تكفل هذا الاحترام، والواقع أن اعتراف الدول بحقوق الإنسان لم يأت بسهولة ويسر، إنما جاء نتيجة كفاح طويل لبني البشر أدى في النهاية إلى تضييق سلطة الدولة.

¹ - كلمة الدكتور أحمد فتحي سرور، رئيس الاتحاد البرلماني الدولي في الجلسة الافتتاحية للمؤتمر البرلماني الدولي الثامن والتسعين 11 سبتمبر 1997، الهامشان 5 وم6 نقلا عن إمام حسانين عطا الله، مرجع سابق، ص 285

² - راجع ذلك اما حسانين عطا الله مرجع سابق في 286 وكذلك عبد الحميد متولي، نظرات في انظمة الحكم في الدول النامية وبوجه خاص في مصر مع المقارنة بأنظمة الديمقراطية الأدبية، منشأة دار المعارف، الاسكندرية 1985 ص 441.

³ - عبد الغني بسيوني عبد الله النظم السياسية "أسس النظام السياسي"، دراسة مقارنة لنظرية الدولة والحكومة والحقوق والدراسات العامة في الفكر الاسلامي والفكر المعاصر، منشأة دار المعارف، الاسكندرية، 1991، ص 196.

⁴ - انظر في ذلك عباس محمود العقاد، الديمقراطية في الإسلام الطبعة الثالثة، دار المعارف بمصر، بدون تاريخ طبع ص 16 وأيضا امام حسانين عطا الله مرجع سابق، ص 286.

إن مشكلة التعريف بالمفاهيم وتحديدتها تعد من المشكلات الأساسية في التحليل الاجتماعي، إذ أن تعدد وتداخل التعريفات للمفهوم الواحد، يخلق قدراً من الاضطراب واللبس عند استعمال مثل هذه المفاهيم¹ فالحقائق الاجتماعية مع أنها تخضع للملاحظة العلمية، ويستعان بالحواس في تشخيصها وتحديدتها، إلا أن الباحث الذي يسعى إلى وصفها أو تحليلها أو وضع المبادئ النظرية عنها، يجد نفسه مضطراً إلى صبّها في عبارات مجردة ترتقي إلى مستوى الفكر الفلسفي والاجتماعي الرمزي².

إن مفهوم (حقوق الإنسان) أصبح شائع الاستخدام في الأدبيات السياسية الحديثة وفي الخطاب السياسي المعاصر بشكل عام، وإن كانت العديد من الكتابات التي استخدمت هذا المفهوم لم تهتم بتأصيله، بل أصبح لشدة شيوعه يستعمل بدون تمحيص وكأنه لا مجال لمراجعته³.

والمتفق عليه أن حقوق الإنسان هي "الحقوق المتأصلة في طبيعتنا والتي لا يتسنى غيرها أن تعيش عيشة البشر"⁴.

نظمت المواثيق الدولية والإقليمية مجموعة من حقوق الإنسان التي يمكن أن تشكل مدونة لما يتمتع به الإنسان من حقوق وحرّيات، فقد نصت على مجموعة من الحقوق تتعلق بحق الإنسان في الحياة والحرية الشخصية، وحرية التفكير والتعبير والرأي، والعقيدة وتغيير الديانة، وقد أصبحت هذه المواثيق بمثابة "الترمومتر" الذي يقاس به مدى احترام الدول لحقوق الإنسان⁵ بل ومدى المدنية والتحضر الذي بلغته هذه الدول.

ولقد شكلت هذه المواثيق ما اصطلح على تسميته بالقانون الدولي لحقوق الإنسان أو "قانون حقوق الإنسان الدولي" والذي يتضمن مجموع الحقوق الأساسية التي وردت فيما يسمى بالشرعية الدولية لحقوق الإنسان.

وما يميز هذه الشريعة أنها لم تقتصر على مراعاة حقوق الإنسان وقت السلم فقط بل امتدت المواثيق الدولية لتشمل حماية حقوق الإنسان في وقت النزاعات المسلحة والحرب حتى نشأ فرع قانوني جديد في القانون الدولي يسمى "القانون الدولي الإنساني" ولقد ظهر هذا القانون من خلال اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949، حيث نظمت الأولى حالة المرضى و الجرحى من القوات المسلحة في الميدان والثانية تناولت حالة المرضى والجرحى والغرقى في البحر، والثالثة حددت قواعد معاملة أسرى الحرب، والرابعة تضمنت أحكام حماية المدنيين وقت الحرب، ثم البروتوكولات المضافان إلى الاتفاقيات السابقة عام 1977 .

¹ - نقلا عن بحث حول حقوق الإنسان، منتدى طلبة جامعة بسكرة، الجزائر على الموقع الإلكتروني : forum.univbiskra.ne تاريخ آخر تصفح الأحد 29 دجنبر 2013، الساعة 20:56، انظر:

David Nachmias and Chava Nachmias, *Research Methods in the Social Sciences*(New York: St. Martin 's Press, 1981), pp. 32-3

² - بحث حول حقوق الإنسان، مرجع سابق

³ - بحث حول حقوق الإنسان ، مرجع سابق

⁴ - عبد الرزاق زوبينة، تدريس حقوق الإنسان في معاهد الحقوق والعلوم الإدارية والاجتماعية بين الواقع و الآفاق، مجلة حقوق الإنسان، المرصد الوطني لحقوق الإنسان ، رقم 03، جوان 1993، الجزائر، ص 71

⁵ - امام حسانين عطا الله، مرجع سابق، ص 316.

واللذان يتعلق الأول منها بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية والثاني بضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية، فضلا عن اتفاقيات لاهاي في عام 1899-1907 واتفاقيات وقرارات الأمم المتحدة ذات الصلة، ويدخل في مجال انتهاكات القانون الدولي الإنساني عمليات التطهير العرقي، والقتل الجماعي، والأعمال القسرية والوحشية، وتدمير الممتلكات والمنازل والعنف الجنسي المنظم والموجه ضد النساء والأطفال، ومع ذلك فلم يأخذ هذا القانون الطابع العالمي بعد، حيث لم تنظم ثلث دول العالم إلى البروتوكولين والاتفاقيات المضافين إلى اتفاقيات جنيف عام 1977، كما أن هناك 32 دولة فقط منظمة إلى الاتفاقيات الخاصة بحظر استخدام بعض الأسلحة التقليدية أو الحد منها والموقعة عام 1981¹

وحقوق الإنسان ضمن المواثيق الدولية تتنوع مضامينها بتنوع الالتزامات التي تفرضها الدولة و محلها.

أ- من حيث الالتزامات التي تفرضها الدولة:

يمكن تقسيمها إلى حقوق سلبية وحقوق ايجابية وحقوق مختلطة، فالأولى تقضي بالامتناع عن بعض الأعمال من جانب الدولة أو الأفراد لتمكين التمتع بها والحفاظة عليها فهي حرية تعمل الدولة على تعطيلها دون أن تحول للفرد حق مطالبة الدولة بأن تضع تحت تصرفه الوسائل الضرورية لممارسة هذه الحرية، ويبرر ذلك بأن الإنسان ولد حرا وليس على الدولة أن تحرره² ومن أمثلتها الحقوق الواردة في إعلان حقوق الثورة الفرنسية والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، بينما الحقوق ايجابية تقتضي القيام ببعض الأعمال ومن أمثلتها الحقوق الاقتصادية والاجتماعية فلا يكفي مجرد النص عليها في الوثائق مثل الحق في العمل، الحق في الضمان الاجتماعي... الخ.

أما الحقوق المختلطة فهي خليط من الامتناع عن العمل والقيام بعمل في نفس الوقت حيث أن احترام الحق الايجابي يقتضي الامتناع عن أعمال معينة³ فحق الانسان في الحرية يؤدي الامتناع عن اعتقال الأفراد تعسفا أو حرمانهم من حريتهم خارج الحالات التي يقررها القانون.

ب- من حيث محلها:

تنقسم إلى حقوق الإنسان بصفة عامة وحقوق تتعلق ببعض الفئات المستضعفة مثل حقوق النساء والأطفال والأقليات، والحكومات ملتزمة بالحفاظ والنهوض بحقوق الإنسان وحمايتها بالنسبة للجميع دون تمييز يقوم على العنصر أو الطبقة أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي، وهناك مواثيق دولية خاصة بحماية الأقليات والعرقيات في الدول.

¹ - انظر قرار مؤتمر الاتحاد البرلماني الدولي التسعين في سبتمبر 1992 حول احترام القانون الدولي الانساني أثناء الصراعات المسلحة، مشار اليه في امام حسانيين عطا الله مرجع سابق ص 317.

² - انظر في ذلك: احمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 947.

³ - انظر في ذلك كل من: امام حسايين عطا الله مرجع سابق 318 وأمير سالم حقوق الانسان وتأخر مصر - مركز الدراسات والمعلومات القانونية لحقوق الانسان، 1992 ص 109.

فقد أكد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على حق الأقليات والعرقيات المدنية واللغوية في أن يكون لها ثقافة خاصة بما وأن يكون لها حرية اعتناق وممارسة عقيدتها واستخدام لغتها¹ لأن النهوض بمؤلاء الأشخاص وحمايتهم يسهم في تحقيق الاستقرار السياسي والاقتصادي والاجتماعي.

ج- من حيث ما تمنحه من سلطات:

تنقسم إلى حقوق تخول صاحبها نهج سلوك معين في مواجهة الدولة ويدخل معظمها في الحقوق الدينية والسياسية للفرد والتي إذا كفلها القانون الوضعي في مفهومه اعتبرت من الحريات العامة، وحقوق أخرى تخول صاحبها الحق في اقتضاء خدمة أساسية في الدولة، ويدخل معظمها في الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وهناك نوع ثالث من الحقوق يسمى "حقوق التضامن" وتشمل أربعة أنواع من الحقوق هي: الحق في السلام حق في التنمية، الحق في البيئة، والحق في مطالبة غيرهم من الأفراد باحترام قيم عالمية معينة بوضوح في الوثائق الدولية أو الدستورية الملزمة².

د- من حيث تمتعها بالحماية:

تنقسم إلى حقوق تقليدية ويقصد بها الحقوق المدنية والسياسية وهي حقوق تتمتع بحماية القضاء، ولا تتطلب تدخل الدولة لتحقيقها ولكنها تتحقق بمجرد كف الدولة عن التدخل في مجالات النشاط الفردي، أما الحقوق الأخرى فهي حقوق اقتصادية وثقافية، اذا إنما لا تتجاوز كونها مجرد وعود من الدولة لا تتمتع بأي حماية وليس لها إلا قيمة أدبية وسياسية، ويجب تدخل الدولة لتحقيقها كتقديم المعونات وتوفير فرص العمل³.

المحور الثاني: قراءة في تعاريف ومرتكزات القضاء

لا يستقيم شأن القضاء من دون تحديد ماهيته التعريفية وأساسه البنوية والوظيفية، وكذلك الحسم الجاد والبريء في طبيعته ومكانته داخل النسيج السياسي والاجتماعي، و التوسط بالقضاء في عمومياته أمر يجد مروره في كون فهم الكل يساعد على فهم الجزء، والقضاء الدستوري جزء أصيل في المنظومات القضائية التي اعتمده.

أولاً: تعريف القضاء

أ- تعريف القضاء لغة

أصل كلمة القضاء قضاي، لأنها من قضيت، فأبدلت الياء همزة لتطرفها إثر ألف زائدة .
وجمعها أقضية، ومثل كلمة قضاء قضية إلا أنها تجمع قضايا على وزن هدايا⁴ .
وقد جاء لفظ القضاء في اللغة لمعاني متعددة :

¹ - المادة 27، من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادرة عام 1966.

² - عبد الفتاح حسين العدوي، مرجع سابق ص 244.

³ - أنظر في ذلك أنور أحمد رسلان، مرجع سابق، ص 108، 20 و 21 نقلا عن إمام حسنين عطا الله، مرجع سابق، ص 319

⁴ - الجوهري، اسماعيل بن حماد، معجم مختار الصحاح، الطبعة الأولى، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، 2005، ص 27،

- 1 - الحتم والأمر ، ومنه قوله تعالى : "وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه " ¹ أي أمر ربك حتم ، وقوله تعالى : " فلما قضينا عليه الموت " ² أي ألزمناه وحنمنا به عليه ³
- 2 - الفصل في الحكم ، ومنه قوله تعالى : " ولولا كلمة سبقت من ربك لقضي بينهم " ⁴ أي لفصل الحكم بينهم ، ومنه يقال : " قد قضى القاضي بين الخصوم " أي قطع بينهم في الحكم ⁵.
- 3 - الإيجاد والصنع: ومنه قوله تعالى: " فقضاهن سبع سموات في يومين " ومنه قول الشاعر :
- وعليهما مسرودتان قضاهما داود أو صنع السوابع تبع ⁶

ب-تعريف القضاء في اصطلاحا

تعددت تعريفات الفقهاء للقضاء، واختلفت تعريفاتهم في بيان حقيقة القضاء الشرعية على النحو الآت:

ب-1 تعريف القضاء عند المالكية

ذكر فقهاء المالكية للقضاء عدد من التعريفات نذكر منها :

أ - القضاء هو الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام، وهذا التعريف لابن رشد ⁷، وقد نقل عنه في مواهب الجليل ⁸، وتبصرة الحكام .

ويخرج بقوله: على - سبيل الإلزام - الإفتاء لأنه إخبار عن حكم شرعي ولكن ليس على جهة الإلزام .

ونقد الخطاب هذا التعريف من وجهين:

- الوجه الأول : أن لفظ (الإخبار) يتبادر عن ما يحتمل الصدق والكذب المقابل للإنشاء، وليس هذا مراداً هنا، وإنما المراد أمر القاضي بحكم شرعي على طريق الإلزام.

¹ - سورة الإسراء، الآية 23

² - سورة سبأ، الآية 14

³ - الفيروز أبادي، أبو طاهر مجد الدين محمد بن يعقوب الشيرازي، القاموس المحيط، بيت الأفكار الدولية، الأردن، 2004، ص 112

⁴ - سورة يونس، الآية 19

⁵ - ابن كثير، الحافظ عماد الدين أبي الفداء اسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت 2001 ، ص 301

⁶ - الرازي، محمد بن أبي بكر عبد القادر، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2006

⁷ - هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، من أهل قرطبة، فقيه مالكي طبيب، أصولي متكلم، توفي يماركش، سنة 595 هـ

⁸ - المغربي، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن، المعروف بالخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الطبعة الثالثة، الجزء السادس ، دار الفكر، 1412 هـ، ص 86

• الوجه الثاني: أن هذا التعريف غير مانع، فإنه يشمل حكم حكمي جزاء الصيد وتنازع الزوجين وحكم المحكم، وغيرهم ممن ليست لهم ولاية قضائية.

ب - القضاء هو إنشاء إطلاق أو إلزام في مسائل الإجتهد المتقارب فيما يقع النزاع فيه لمصالح الدنيا وهذا تعريف (القراي) في كتابه الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام. ويعاب عنه انه تعريف غير مانع أيضا.

ب-2 تعريف القضاء عند الحنفية

عرف فقهاء الحنفية القضاء بعدة تعريفات، وهي كما يلي :

أ - القضاء هو الحكم بين الناس بالحق، والحكم بما أنزل الله عز وجل، وذكر هذا التعريف في بدائع الصنائع¹. ويؤخذ على هذا التعريف انه لم يبين العناصر الأساسية التي تميز القضاء عن غيره، فهو غير مانع، إذ يدخل فيه حكم من ليست له ولاية قضائية كالمحكم وغيره. ومن شروط التعريف أن يكون مانعا لا يدخل فيه فرد من أفراد غير المعرف.

ب - القضاء هو فصل الخصومات وفض المنازعات

وقد ذكر هذا التعريف في الدار المختار ولسان في الحكم، وقال في الدر المختار: " وشرعا قطع الخصومة " .

وقد اعترض ابن العابدین² على هذا التعريف، لأنه يدخل فيه الصلح بين الخصمين، ولهذا رأى أن يزداد فيه عبارة " على وجه الخاص " ³.

2- قراءة في مرتكزات القضاء

يمثل القضاء الحصن الأخير لحماية الأمة وأفرادها في مواجهة بعضهم البعض وفي مواجهة السلطة، ويقدر ما يكون القضاء قويا، مستقلا، راسخا، نزيها تكون حريات الناس، وأمواهم، وأرواحهم، وأعراضهم مصونة كريمة.

فما المقصود باستقلال القضاء؟ ، وما هي ركائز هذا الإستقلال؟ .

1-2 بيان المقصود من إستقلال القضاء

¹ - الكاساني ، علاء الدين أبو بكر ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مرجع سابق ، ص 407

² - هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الشهير بابن عابدين الدمشقي الحنفي ، فقيه أصولي ، له رسائل ومصنفات كثيرة في الفقه واللغة

وغيرها .

³ - ابن عابدين، محمد أمين عابدين بن السيد الدمشقي، الرد المحتار على الدر المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 352 .

إن المقصود من استقلال القضاء هو ألا يقع القضاء تحت تأثير سلطة أو شخص أو هوى من شأنه أن ينحرف به عن هدفه ، وهو إقامة العدل بين الناس وإيصال الحقوق إلى أهلها¹.

وقد حذر القائم بالعدل من أن يتهاون في إقامته تحذيرا شديدا في الإسلام.

وقال الله تعالى في ذلك " إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله "2، وقوله أيضا " وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم "3.

فهاتان الآيتان وغيرهما تشير إلى أن ميزان العدل والحق أنزله الله إلينا، وما علينا نحن - المسلمون - كأفراد أو قضاة سوى تطبيقه كما هو، دون أن نتأثر بأي عامل خارجي مهما كان.

2-2 ركائز استقلال القضاء⁴

إن الإستقلال القضائي ليس مجرد لغو سياسي للإستهلاك الإعلامي - المحلي أو الدولي - كما أن الوطنية ليست مجرد شعارات ترددها الحناجر بمناسبة مباراة في الكرة أو حملة ضد دولة أو فصيل نختلف معه، إنما الإستقلال القضائي هو مجموعة الشروط والضوابط النفسية والقانونية والسياسية التي تؤسس لوطنية خلابة وولادة للقيم والمبادئ العليا من حرية وعدالة، لأن الوطن بحاجة إلى العاملين والمتقنين والقضاة النزهاء، وليس إلى الهتافات والتحزبات والخصومات في الداخل والخارج.

وأقوى ضمانات الإستقلال القضائي:

أ- الحياد

إن حياد القاضي هو من أهم عناصر استقلاله، والحياد يعني النأي عن القضاء عن التحيز لفريق أو لخصم دون آخر، وبعيدا عن الأهواء والميول فأنحياز القاضي يفقد القضاء استقلاله وعلى القاضي أن يكون بعيدا عن التحيز والمحاباة، فمهمته أن يكون محايدا في تطبيق القوانين.

وقد بينت الشريعة الإسلامية هذا الواجب قبل ميلاد التشريعات الوضعية بقرون خلت إذ يقول الله تعالى " يادادو إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله "5 وقوله أيضا: " يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن غنيا أو فقيرا فالله أولى بما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا وإن تلووا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعملون خبيرا "6.

1 - محمد أبي فارس، القضاء في الإسلام، طبعة 1404هـ - 1984، دار الفرقان، الأردن، ص 189

2 - سورة المائدة، الآية 49

3 - محمد الطاهر ابن عاشور، النظام الإجتماعي، دار النفائس، الأردن، ص 293

4 - سورة ص، الآية 26

5 - سورة النساء، الآية 135

6 - رواية متفق عليها.

ومن السنة النبوية الشريفة، عن عائشة رضي الله عنها أن قريشا أهتمهم المرأة المخزومية التي سرقت فقالوا: من يكلم رسول الله (ص)، ومن يجترئ عليه إلا أسامة حب رسول الله (ص)، فكلم رسول الله (ص)، فقال أتشفع في حد من حدود الله؟ ثم قام فخطب فقال: (يا أيها الناس: إنما ضل من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه، وإذا سرق الضعيف فيهم أقاموا عليه الحد ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها)¹، وعن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله (ص) قال: (أتدرون من السابقون إلى ظل الله جل وعلا يوم القيامة؟ قالوا : الله ورسوله أعلم، قال: إذا أعطوا الحق قبلوه، إذا سئلوا بذلوه، وحكموا للناس كحكمهم على أنفسهم)².

وحيدة القضاء تظهر على ثلاث صور رئيسية.

أولها: الحيادة على مستوى المنازعات الفردية، حينما ينظر القاضي في منازعات الخصوم، إذ عليه أن يتنحى عن نظر القضية إذا استشعر بالحرَج، أو إذا توافرت فيه حالة من حالات الرد، أو حالات عدم الصلاحية، أو حالات المخاصمة.

وثانيها: الحيادة على مستوى القضاء، بمعنى ألا يكون القضاء مصطبغاً بصبغة سياسية أو عقائدية حزبية أو قبلية أو مذهبية دينية أو غيرها، فيتحول القضاء بذلك إلى منبر لأفكار السلطة الحاكمة أو الحزب المسيّر لدفة الحكم.

ثالثها: الحيادة على مستوى التخصص، بمعنى أن يُسند وظيفة القضاء إلى القضاة وحدهم، فلا يقحم في محرابه أحد غير سدنته الذين عاشوا في رحابه وتطبعوا بقيمه وتقاليده، ولا أن يتناول أحد على اختصاصه أو يقتطع قدراً من ولايته. وبغير هذه الحيادة، لا يكون القضاء مستقلاً.

ب- التخصص³

يقصد بالتخصص قصر العمل القضائي على فئات مؤهلة تأهيلاً علمياً، قانونياً خاصاً ولديها من التجربة والخبرة، والمزايا الشخصية، ما يمكنها من أداء مهمة القضاء بكفاءة ونزاهة، ذلك لأن فروع القضاء والقانون متعددة، والإحاطة بما تحتاج دراسة متخصصة ومتعمقة، فالتخصص والخبرة هما اللذان يكونان القاضي ويكسبانه الذهنية أو العقلية القضائية.

فدون تخصص كما هو واقع قضائنا تظل العدالة تسير بخطوات متناقلة لا تصب في صالح إرساء دعائم دولة القانون والحكم الراشد.

ت- إعمال حرية الرأي والاجتهاد¹

¹ - مسند الإمام أحمد، الجزء السادس، ص 67، حديث رقم 24424

² - سنن الإمام أحمد، الجزء الأول، ص 143، حديث رقم 1210، سنن الترمذي، باب رقم (5) ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع من الآخر، من كتاب الأحكام، الجزء الثالث، ص 619، حديث رقم 1331، وقال هذا حديث حسن

³ قسم القضاء الشرعي، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية، غزة، 1426هـ-2005م، ص73

إن استقلال القضاء لا يمكن أن يقوم من دون تمتع العمل القضائي بحرية الرأي والإجتهد، فحرية الإجتهد تشكل ركيزة من الركائز التي يقوم عليها استقلال القضاء وهي تعني قدرة القاضي أثناء عمله القضائي على استنباط الأحكام وتحصيلها ومحاولة الوصول إلى الحق والعدل، وهو ما يتطلب استبعاد أي ضغط مادي أو معنوي، مباشر أو غير مباشر، مقصود أو غير مقصود، معلن أو مبطن على القاضي في عملية الفصل في المنازعات أو التعبير عن الآراء بما فيها الآراء السياسية، لأن يجب التفرقة بين الإشتغال أو الإمتهان في السياسة والتعبير عن الآراء السياسية ذات الصلة بالشأن العام فالقاضي مواطن وليس ملكا لحزب أو جماعة ما.

وهذه الحرية تقتضي أيضا فسخ المجال للقضاة في المشاركة في العملية التشريعية بصورة مباشرة أو غير مباشرة من أجل التوصل إلى منظومة قانونية متوازنة وعلمية قابلة للتطبيق والحيلولة دون تحول القاضي إلى آلة تطبق القانون بصورة مجردة وساكنة، يصبح القاضي مجرد بوق يردد صوت السلطتين التشريعية والتنفيذية، وما يزيد المسألة تعقيدا وتسييسا هو واقع السلط التشريعية في عالمنا العربي عموما والجزائري خصوصا، من حيث ضعفها التمثيلي والوظيفي والإستقلالي.

المحور الثالث: دواعي ومسوغات الحاجة إلى القضاء الدستوري

إن القضاء ليس مجرد مكنات أوتوماتيكية مرصودة للفصل في المنازعات، كما أن القضاة ليسوا مجرد موظفين أو عمال أو منتدبين في ورشة من ورشات وزارة العدل، إنما البناء الديمقراطي يتطلب إشراك الأطر القضائية في الرقابة على أعمال السلطات العامة، ولاسيما الرقابة على دستورية القوانين، والحيلولة دون الإنحراف التشريعي أو الدستوري.

واختيارنا لهذا الموضوع وفي هذه الظرفية بالذات، إنما مرده ضرورة رد الإعتبار للقضاء في مجال الرقابة الدستورية، ولا يتأتى ذلك إلى من خلال الإعتراف بضرورة إنشاء ما يصطلح عليه بـ " القضاء الدستوري " والتخلص من أية عقدة برلمانية أو حكومية من هذا الإعتراف، ولاسيما في ظل تواضعية الأداء التشريعي و تطاولية اليد التنفيذية، الأمر الذي يبعث على القلق في كثير من البلاد العربية، ويزيد في النهاية من القضاء تحجيذا وانحسارا.

أولاً: مفهوم القضاء الدستوري

1- تعريف الدستور:

أ- الدستور لغةً: " كلمة غير عربية في أصلها اللغوي، وهي تعني القانون والإجازة والقاعدة التي يجري العمل بموجبها"².

وهو " الذي تجمع فيه قواعد الملوك وقوانينه"³، كذلك هو " الوزير الكبير الذي يرجع في أحوال الناس إلى ما يرسمه"¹ كما وردت في كثير من المؤلفات العربية القديمة بمعانٍ مشابهة لما ذُكر، مثل: وصف القرآن بأنه: الدستور الكامل الخالد

¹ - أحمد صيام سليمان أبو حمد، مرجع سابق، ص 75

² - بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان، مطابع مؤسسة حوار، 1977م، ص 379.

³ - حمد عميم الإحسان المجددي البركتي، قواعد الفقه، دار نشر الصدف، كراتشي، 1407 هـ. 1986م، ط1، 291/1.

للبرشيرة²، وكذلك يوصف به العلماء المتضلعون في مجالٍ معين³ وهذا يدل على أن علماء المسلمين قد استخدموا هذه العبارة في لغتهم.

ب- اصطلاحاً: " مجموعة القواعد القانونية التي تُبيّن شكل الحكم في الدولة ونظامه، وتحديد السلطات الأساسية المختلفة فيها، وتنظّم العلاقة القائمة فيما بين بعضها البعض، أو فيما بينها والمواطنين من خلال ما يتم الاعتراف به من حقوق وحرّيات لهم في مواجهة الدولة"⁴.

فالدستور إنما هو " تعبيرٌ عن الإجماع الموثق كتاباً و عرفاً، الناتج عن شورى كل المجتمع أو ممثليه لبناء سلطانه - حدود حريات وحرّمات وحقوق في الحياة العامة، وبنيات أجهزة الحكم ومدى سلطاتها، وآجال ولائها تشريعاً وتنفيذاً وقضاء"⁵.

2- تعريف القضاء الدستوري :

القضاء الدستوري هو " مجموعة القواعد القانونية المستنبطة من أحكام المحاكم في المجال الدستوري"⁶.

أطلق بعض المختصين في القانون الدستوري على القضاء الدستوري اسم القضاء السياسي، وذلك للطابع السياسي للمنازعات التي يفصل فيها⁷.

ثانياً: أهمية القضاء الدستوري وتطبيقاته

1- أهمية القضاء الدستوري

إن الاعتراف بالقضاء الدستوري وجوداً وأهمية شكل ولايزال مدار خلاف أو قلق في علاقته بالبرلمان وحامت الإشكالية في كيف يمكن هيئة دستورية أعضاؤها منتخبون من قبل البرلمان وليس من قبل الشعب أو معينون من قبل سلطات دستورية، وغير مسؤولين أمام أي سلطة وأمام الشعب، كيف لهذه الهيئة أن تمارس رقابة على عمل تشريعي من اختصاص ممثلي الأمة ذات السيادة، المنتخبين بالإقتراع العام، والمسؤولين أمام الشعب؟، كيف لهيئة معينة أن تراقب من

¹ - محمد عبد الرؤوف المناوي، على مهمات التعاريف، دار الفكر المعاصر ودار الفكر، بيروت، دمشق، 1410هـ، ط1، ص327، وكذلك علي بن محمد بن علي الجرجاني، وكذلك علي بن محمد بن علي الجرجاني: التعريفات، دار الكتاب العربي، بيروت، 1405هـ، ط1، ص139

² - محمد بن إسماعيل الصنعاني، إرشاد النقاد إلى تسيير الاجتهاد، الدار السلفية، الكويت، 1405هـ، ط1، ص4/1.

³ - مصطفى بن عبد الله القسطنطيني الرومي الحنفي، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، دار الكتب العلميّة، بيروت، 1413هـ. 1992م، 870/1

⁴ - مصطفى محمود عفيفي، الوجيز في مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسيّة المعاصرة، الكتاب الأول، ط2، دت، ص30.

⁵ - حسن عبد الله الترابي، المصطلحات السياسية في الإسلام، دار الساقى، بيروت، 2000م، ص54.

⁶ - ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، 1997م، ص11.

⁷ - الهوامش من 23 إلى 30 مقتبسة من: باعزیز علي بن علي الفكي، مرجع سابق، ص 266

عينها أو من انتخابها؟، وهذا ما دفع به بعض البرلمانيين في صراعهم مع القضاء الدستوري، إلى القول نحن نمثل الشعب بينما هم أي أعضاء المحاكم والمجالس الدستورية، يمثلون رجال سياسة أو أكثرية برلمانية أوصلتهم إلى مواقعهم¹.

وتمخض عن هذه الإشكالية تساؤلات لا تزال عالقة حول شرعية القضاء الدستوري وحدود صلاحياته ونفاذ قراراته، ودوره في صون البرلمان ورفع مستوى أدائه.

مثل هذه الإشكالية تثار في دول قائمة على الشرعيات الدستورية والقانونية والسياسية، ويمكن الوثوق بصدقية أو جدية المخاض الدستوري والفكري، بل وتفهمه نظريا وعمليا، ولكن الإشكالية تتعمق إلى حد التأزم في دول تفتقر لمثل هذه الشرعيات، وفي دول برلماناتها لا تزال أبواقا تردد الصوت الطالع من كل حنجرة تنفيذية، وفي دول لا تزال عقدها قائمة مع القضاء، فلا حسمت في طبيعته، ولا أقرت بمكانته ولا ارتضت بامتداد سلطانه.

وبعيدا عن التجاذبات السياسية أو الفلسفية التي تحتاج إلى عمل فكري يتجاوز حدود هذه الدراسة وتتطلب من المهارات التحليلية والمعرفة الدستورية ما يتجاوز حجم إدراكنا وملكات فهمنا، نكتفي بعرض أهم مضامير أهمية القضاء الدستوري.

أ- تصحيح مكانم الخلل أو الهوة البرلمانية

داخل أي برلمان أغلبية برلمانية تنبثق منها الحكومة، وفي المقابل أقلية برلمانية قد لا تقدر على وقف عدد من القوانين التي ربما ترى فيها مساسا بالقواعد الدستورية أو الحقوق الأساسية للمواطنين، فيأتي تدخل القضاء الدستوري من أجل تدارك هذا العجز، والحيلولة دون نفاذ قوانين تتعارض مع أحكام الدستور سواء بصفة جزئية أو كلية، وفي هذا انتصار للديمقراطية وحماية لحقوق الأفراد وحررياتهم، وفي النهاية حماية وكفالة وصيانة لمبدأ سمو الدستور.

ب- حماية البرلمان سلطة ووظيفة من تغول الأجهزة التنفيذية

قد يصدر البرلمان قوانين ناقصة أو قاصرة في مجال إختصاصه فتأتي السلطة التنفيذية لتكمل هذا النقص، ومن ثمة الإعتداء على مجال تشريعي دستوري، فيكون تدخل القضاء الدستوري في إبطال مثل هذه القوانين ووقف مثل هذه الممارسات حماية للبرلمان ذاته، وهو ما يعبر عنه من طرف المجلس الدستوري الفرنسي بمصطلح:

2. INCOMPETENCE NEGATIVES

ت- تحسين ورفع مستوى أداء البرلمان

¹ - عصام سليمان (رئيس المجلس الدستوري) ، العلاقة بين القضاء الدستوري والبرلمان، ص 379 ، نقلا عن الموقع

<http://www.conseilconstitutionnelliban.com/sub-fr.aspx?ID=52>

² Yann AGUILA- LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LA PHILOSOPHIE DU

DROIT- LGDJ- PARIS – 1993- P 75

مشار إليه : عصام سليمان ، العلاقة بين القضاء الدستوري والبرلمان، مرجع سابق، ص 399

لقد لعب القضاء الدستوري دوراً أساسياً في رفع مستوى النقاش في البرلمان، فالقواعد والمبادئ التي تمخضت عنها إجهاداته ألزمت البرلمانين بالالتقييد بما إلى جانب التزامهم بإرضاء ناخبيهم والرأي العام وهذا ما شكل عنصراً إيجابياً في مجال تطوير الأداء البرلماني¹.

2- قراءة في التجارب القضائية المقارنة²

1-2 التجربة الأمريكية

تعتبر المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية قمة السلطة القضائية، وهي محكمة أخيرة مختصة في جميع الحالات الخاصة بمراقبة مدى دستورية القوانين ومطابقة قوانين الولايات المتحدة الأمريكية مع الدستور الأمريكي الفيدرالي، إلى جانب ذلك مهام أخرى:

أ- تهتم المحكمة العليا بالقضايا المتعلقة بمدى دستورية قوانين الولايات ومدى مطابقتها للدستور الفيدرالي، كما تختص بتفسير هذا الأخير.

ب- تسهر على حماية الحقوق الأساسية للمواطنين.

ت- تستلهم قوتها من حيث أنها تباشر رقابتها قبل أن يصدر القانون، وبالتالي تعتبر الرقابة التي تمارسها رقابة قبلية.

ث- يمكن أن تتدخل المحكمة العليا إما بصفة جزئية أو كلية في نص القانون الذي يمكن أن يطبق ويختص بالشؤون الداخلية للولايات أو المسائل الخارجية، وعادة ما تتدخل المحكمة العليا في مسائل حماية الحقوق الأساسية للمواطنين التي توليها اهتماماً خاصاً، وتسري قراراتها على جميع المحاكم الأخرى.

ج- كما يمكن أن تعهد للمحاكم الأخرى النظر في دستورية القوانين إذا تعلق الأمر خاصة بالشؤون الداخلية للولايات، مع إمكانية اللجوء إلى المحكمة العليا إذا لم يتم التوصل إلى اتفاق في المجال³.

وتتعرز فعالية المحكمة العليا بحكم مؤطريها الذين ينتمون إلى إطارات قانونية عليها لها خبرة قانونية وفنية في مجالات القضاء، زيادة على يحكم القضاء من مبادئ تكفل جدية الرقابة، وهي: الإستقلالية والحيادية والنأي عن المصالح السياسية والحزبية الضيقة أو المحدودة.

2-2 التجربة الإيطالية⁴

إن المحكمة الدستورية في إيطاليا هي المؤهلة للبت في مدى دستورية القوانين سواء فيما تعلق الأمر في مدى قانونيتها أو في محتواها.

¹ - عصام سليمان، مرجع سابق، نفس الصفحة

² - محمد لمين لعجال أعجال، حدود الرقابة الدستورية: مقارنة في النظم المقارنة، مقال منشور في مجلة الإجهاد القضائي، العدد الرابع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 145 و146.

³ - محمد لمين لعجال أعجال، مرجع سابق، ص 145

⁴ - محمد لمين لعجال أعجال، مرجع سابق، ص 146

تمارس المحكمة الدستورية رقابة واسعة جداً بالنظر إلى محتوى القوانين الدستورية، حيث يمكنها أن تتدخل في الفصل بين الخلاف المحتمل بين الدولة الإيطالية ومناطقها الترابية، أو في الفصل بين خلاف يحدث بين الدستور الوطني والقوانين الجهوية للمناطق والتي لها قوة القوانين الدستورية.

تسهر المحكمة الدستورية على اعتبار أن الدستور الوطني أعلى من القوانين الجهوية، ويختص بالمحكمة الدستورية الإيطالية مجموعة من القضاة في حدود 7 يعينهم رئيس الجمهورية من بين الكفاءات القانونية لمدة غير محدودة.¹

3-2 التجربة العراقية²

أفرد الدستور العراقي نصاً صريحاً يحدد بموجبه اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا وهي ما يلي:

- الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة .
- تغيير نصوص الدستور.
- الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم، حق الطعن المباشر لدى المحكمة.
- الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية.
- الفصل في المنازعات التي تحصل فيما بين حكومات الأقاليم والمحافظات .
- الفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء وينظم ذلك بقانون.
- المصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب . الفصل بين تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم وكذلك الفصل في تنازع الاختصاص الذي يحصل بين الهيئات القضائية للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم.
- ولعل من ابرز ما يهمننا في هذا الصدد الاختصاص الرقابي للمحكمة إذ ينعقد لها الاختصاص بمراقبة مدى توافق القوانين أو الأنظمة مع الدستور وذلك إذا ما تم الطعن أمامها بدعوى مباشرة ترفع من قبل مجلس الوزراء أو الأفراد وغيرهم ويعد هذا تطوراً كبيراً في مسار القضاء الدستوري العراقي عندما يسمح للأفراد بتقديم الطعون بأي قانون من شأنه أن يمس بحقوقهم وحررياتهم المنصوص عليها في الدستور.

¹ - للتوسع حول القضاء الدستوري الإيطالي يمكن مطالعة :

Massino Luciani – La Revisione Costituzionale in Italia- in la Revision de la Constitution- Paris – Economica – 1993- pp 30-35

² - ياسر عطوي عبود، الرقابة القضائية على دستورية القوانين كضمان للحقوق والحرريات العامة في ظل دستور العراق الدائم لعام 2005، أستاذ في كلية القانون - جامعة كربلاء، الموقع الإلكتروني:

<http://www.fcdrs.com/mag/issue-5-6.html>

هذا وتعد القرارات الصادرة من المحكمة نهائية وملزمة لجميع السلطات في الدولة فلا يجوز الطعن بها مجدداً، وهذا يعني أن المحكمة إذا ألغت قانون من شأنه أن يقوض الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور، فإن البرلمان يكون ملزماً عندئذ باتخاذ الإجراءات اللازمة لإلغاء القانون¹.

4-2 التجربة المصرية²

نصت المادة 25 من الدستور المصري عام 1971 على أن (تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين في القانون ويبين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها) ولقد جاء قانون المحكمة الدستورية العليا عام 1979م محدد اختصاصها في الآتي :

- الرقابة دون غيرها على دستورية القوانين واللوائح .
- الفصل في تنازع الاختصاص لتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي وذلك إذا رفعت الدعوى في موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتخلى أحدهما عن نظرها أو إذا تخلت الجهتين عنها .
- الفصل دون غيرها في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها .
- تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور وذلك إذا ما أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي تفسيرها.³

وهناك رأي في الفقه كان يفضل بأن يشمل إلى جانب تلك الاختصاصات اختصاص بمحاكمة رئيس الجمهورية والوزراء ونواب الوزراء والفصل في صحة عضوية أعضاء مجلس الشعب والشورى، حيث أصحاب هذا الرأي (من بينهم الأستاذ الدكتور رمزي الشاعر) يهدفون إلى حماية الدستور ومبادئه.

⁴ والاختصاص الذي يعيننا من اختصاصات المحكمة الدستورية العليا هو اختصاصات المحكمة الدستورية العليا هو اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين حيث أنه هو موضوع البحث، وقد أوضح قانون المحكمة الدستورية العليا أن هذه المحكمة هي المختصة وحدها بهذه الرقابة، حيث أنها تتصدى من تلقاء نفسها للقانون بمناسبة ممارسة اختصاصاتها، أو إذا تبين لإحدى المحاكم عند نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص قانوني حيث أنها إذا ما

¹ - ياسر عطوي عبود، مرجع سابق

² - www.startimes.com ، تم التصفح بتاريخ: 2013/12/08 ، الساعة 17:45

³ - إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة ،

2000م، ص92، نقلا عن www.startimes.com ، تم التصفح بتاريخ: 2013/12/08 ، الساعة 17:45

⁴ - رمزي الشاعر، القضاء الدستوري المصري في مملكة البحرين، دراسة مقارنة، 2003م، ص330، و رقابة دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر، 2004م، دار التيسير - القاهرة،

مشاراليه: www.startimes.com ، تم التصفح بتاريخ: 2013/12/08 ، الساعة 17

تبينت جدية ذلك فإنها لا تفصل في دستورية ذلك القانون وإنما تحيل الأوراق إلى المحكمة الدستورية وتحدد ميعاد لمن أثار ذلك الدفع ليرفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا .
ولذلك فإن المحاكم أو الهيئات القضائية أرجأت البت في دستورية قانون إذا ما أثير ذلك أمامها، بل أن المحكمة الدستورية وحدها تنفرد بذلك وهذه المركزية في الرقابة لاشك بأنها تكفل الاستقرار في المعاملات القانونية، ويحقق الوحدة فرع تفسير وتطبيق القواعد الدستورية ويساعد على بث الانسجام في الصرح التشريعي.
ولكن قصر الاختصاص على جهة قضائية واحدة وهي المحكمة الدستورية العليا، لا يعني أن جهات القضاء الأخرى قد فقدت كل سلطة لها في هذا المجال، إذ يملك قاضي محكمة الموضوع تقدير مدى جدية الدفع بعدم الدستورية .

حيث انه إذا ما دفع أحد الخصوم أمام قاضي الموضوع بعدم دستورية قانون فان هذا الأخير لا يجيل أمر البت في دستورية القانون المطعون فيه إلى المحكمة الدستورية العليا تلقائياً، وان تطبيق القانون المطعون في دستوريته أمر لازماً في الدعوى القائمة.

أما إذا ثبت للقاضي على وجه اليقين انه لاشبهة في دستورية القانون أو أن الدفع غير مؤثر في الفصل في الدعوى، أو انه ليس للقانون محل الدفع صلة بالمنازعة موضوع الدعوى ، فانه من حقه أن يرفض الدفع وان يفصل في الموضوع .

ولا يكون لمن دفع بعدم الدستورية حق الالتجاء إلى المحكمة الدستورية العليا في هذه الحالة ، وان كان له أن يقوم بالطعن بالطرق المقررة أي الاستئناف أو النقض.¹

خاتمة:

قراءات أولية للتجارب القضائية المقارنة، نستشف بكثير من الوضوح والجلء أن القضاء ليس مجرد مكينات مرصودة للفصل في المنازعات، ولا القضاة مجرد عمال أو موظفين أو منتدبين للعمل في ورشة من ورشات وزارة العدل، إنما القضاء هو ركن متين من أركان النظام الديمقراطي القائم على الأسس الحضارية والثقافية والإنسانية، وحامي عرين الحريات الأساسية على تنوع مفاهيمها ومضامينها وأبعادها.

ولا أكون مبالغاً أو متحيزاً، حين أقول: أنه من العبث السياسي الحديث عن ديمقراطية أي نظام سياسي كان في غياب قضاء دستوري متكامل البنيان والوجدان.

وإن صدقية المواطنة وروح الإلتزام السياسي والدستوري تجعل مني متحمساً وشغوفاً لرؤية عالمنا العربي يتوجه نحو إصلاحات صادقة وهادفة تنتهي ب:

- 1- رفع الغبار عن نظمنا وتشريعاتنا التي غالباً ما يسودها الإلتباس وتنتهي بطموحاتنا وآمالنا إلى الإنتكاس.
- 2- تحرير قضائنا في عدد من الدول العربية من شتى أشكال التسخير السياسي، أو التقييد الدستوري والقانوني، أو التجريد - الكلي أو الجزئي - في السلطات والصلاحيات.

¹ - رمزي الشاعر، النظام الدستوري المصري ، القاهرة 2000 ، ص514 وما بعدها، مشار إليه: www.startimes.com ، تم التصفح بتاريخ: 2013/12/08 ، الساعة 17.

فالحديث عن حقوق الإنسان والديمقراطية لا يصدق إلا في ظلّ قضاء قوي فاعل ، يتساوى أمامه الأفراد والهيئات، وتمتد ولايته إلى الولايات الخاصة والعامة على حد سواء.

قائمة المراجع :

- 1- محمد أبي فارس، القضاء في الإسلام، طبعة 1404هـ -1984، دار الفرقان، الأردن
- 2- عبد الغني بسيوني عبد الله النظم السياسية "أسس النظام السياسي" ، دراسة مقارنة لنظرية الدولة والحكومة والحقوق والدراسات العامة في الفكر الاسلامي والفكر المعاصر، منشأة دار المعارف، الاسكندرية ، 1991
- 3- ابن كثير، الحافظ عماد الدين أبي الفداء اسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت 2001
- 4- ابن عابدين، محمد أمين عابدين بن السيد الدمشقي، الرد المختار على الدر المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003
- 5- الفيروز آبادي، أبو طاهر مجد الدين محمد بن يقوب الشيرازي، القاموس المحيط، بيت الأفكار الدولية، الأردن، 2004
- 6- أمام حسانين عطا الله ، الإرهاب والبيان القانوني للجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004
- 7- الجوهري، اسماعيل بن حماد، معجم مختار الصحاح، الطبعة الأولى، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، 2005
- 8- الرازي، محمد بن أبي بكر عبد القادر، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2006
- 9- الرازي، محمد بن أبي بكر عبد القادر، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2006
- 10- محمد الطاهر ابن عاشور، النظام الإجتماعي، دار النفائس، الأردن
- 11- عباس محمود العقاد، الديمقراطية في الإسلام الطبعة الثالثة، دار المعارف بمصر، بدون تاريخ طبع
- 12- أحمد صيام سليمان أبو حمد، مبدأ إستقلالية القضاء في الدولة الإسلامية، رسالة مقدمة لإستكمال متطلبات الحصول على درجة ماجستير، قسم القضاء الشرعي، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية، غزة، 1426هـ-2005م
- 13- محمد لمين لعجال أعجال، حدود الرقابة الدستورية: مقارنة في النظم المقارنة، مقال منشور في مجلة الإجتهد القضائي، العدد الرابع، جامعة محمد خيضر، بسكرة
- 14- عبد الرزاق زوينة، تدريس حقوق الإنسان في معاهد الحقوق والعلوم الإدارية والإجتماعية بين الواقع و الآفاق، مجلة حقوق الإنسان، المرصد الوطني لحقوق الإنسان ، رقم 03، جوان 1993، الجزائر
- 15- سعيد الصديقي: السياسة الخارجية و الديمقراطية ، المجلة العربية للعلوم السياسية، العدد 15، 2007
- 16- عصام سليمان (رئيس المجلس الدستوري) ، العلاقة بين القضاء الدستوري والبرلمان، ص 379 ، نقلا

عن الموقع <http://www.conseilconstitutionnelliban.com/sub-fr.aspx?ID=52>

- 17- ياسر عطوي عبود، الرقابة القضائية على دستورية القوانين كضمان للحقوق والحريات العامة في ظل دستور العراق الدائم لعام 2005، أستاذ في كلية القانون - جامعة كربلاء، الموقع الإلكتروني: <http://www.fcds.com/mag/issue-5-6.html>
- 18- ويكيبيديا الموسوعة الحرة على الإنترنت، مادة (الديمقراطية)، نقلا عن الموقع الإلكتروني: www.baghdadtimes.net/arabic/?sid تاريخ آخر تصفح : الأحد 29 دجنبر 2013، الساعة 21:34
- 19- بحث حول حقوق الإنسان، منتدى طلبة جامعة بسكرة، الجزائر على الموقع الإلكتروني : forum.univbiskra.ne تاريخ آخر تصفح الأحد 29 دجنبر 2013، الساعة 20:56

**L'application du droit des ententes aux
contrats de distribution exclusive**
Lakli Nadia
magistère en droit des affaires comparé
lakli.nadia@gmail.com

Introduction :

L'étude de relation entre concurrence et contrat ne nécessite pas de tenir compte seulement de la dimension juridique, qui considère le contrat comme étant un acte conclu entre deux parties qui s'obligent l'une envers l'autre. Mais il faut prendre en considération aussi la dimension économique qui prohibe le contrat lorsque ce dernier porte atteinte à la concurrence.

En tant qu'acte juridique pouvant engendrer des effets néfastes sur le marché, le contrat est soumis aux règles de concurrence.

Les règles de concurrence prohibent les accords qui restreignent le jeu de la libre concurrence, sans distinction entre les accords exprès ou tacites, écrits ou verbaux. Ces accords peuvent prendre la forme d'une entente.

Cette entente peut prendre diverses formes dont laquelle l'entente « verticale » qui intervient entre des opérateurs situés à différentes étapes du circuit économique, et correspond notamment aux contrats de distribution qui sont des accords passés entre un fournisseur et un distributeur, pour assurer aux utilisateurs la mise à la disposition des produits ou de services¹

Il existe, en pratique, deux catégories de contrat de distribution : ceux comportant une clause d'exclusivité et ceux qui ne la possèdent pas.

Mais notre étude se base sur la distribution exclusive, en raison de sa structure commerciale et les stratégies mises en place qui lui sont associées qui sont étroitement assimilées à des ententes anticoncurrentielles.

1 B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL, *Droit commercial européen, 5^{ème} éd.*, Dalloz 1994, p.436 .

Les ententes ne sont prohibées que « *lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la libre concurrence...* »¹. Et étant donné que les contrats de distribution exclusive ne sont qu'une forme d'entente verticale, l'application de la prohibition résulte seulement de l'effet néfaste de ces contrats.

Alors pour apprécier le caractère restrictif des contrats de distribution exclusive, il faut tout d'abord citer les conditions de prohibition des ententes en droit de la concurrence.

I – Les conditions de prohibition des ententes :

Pour qu'il y ait entente illicite, il faut que les entreprises aient « *exprimé une volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée, afin de porter atteinte à la concurrence* »².

La qualification d'entente suppose l'existence d'un concours de volontés émanant d'entreprises qui disposent d'une autonomie de décision relativement à leur comportement sur le marché, dans le but de restreindre ou de fausser le jeu de la libre concurrence. Les formes empruntées par ce concours de volontés sont indifférentes.

1 – La pluralité d'entreprises :

La première condition d'interdiction des ententes consiste dans la pluralité des parties, ce qui écarte les actes unilatéraux du champ de la prohibition. Car pour être prohibée, l'entente doit être conclue entre deux ou plusieurs entreprises. Cette condition nous emmène à s'interroger sur la notion d'entreprise d'une part, et sa nature d'autre part.

A – Notion d'entreprise :

En tant qu'élément fondamental, l'entreprise représente l'un des sujets les plus importants en droit de la concurrence. Elle permet de définir le champ d'application de ce dernier.

¹ V. art. 6 de l'ordonnance 03-03 du 19 juill. 2003 relative à la concurrence, J. O. du 20 juill. 2003, n° 43.

² M.C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, L.G.D.J. 2008, p. 60.

Pendant un certain temps, la notion d'entreprise a reposé sur un critère purement juridique dont l'entreprise devait être une personne physique ou morale. Mais assez rapidement, et grâce à son rôle essentiel dans l'économie, l'entreprise est considérée comme étant « ... toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »¹.

Et la doctrine française donne une définition plus large, car elle considère l'entreprise comme « *une entité exerçant une activité économique, dotée d'une autonomie suffisante de décision pour déterminer elle-même son comportement sur le marché et qui en assume le risque commercial, que cette entité soit une personne physique, une personne morale ou un ensemble de moyens humains et matériels sans personnalité juridique* »².

B – Nature de l'entreprise :

La qualification d'entreprise est subordonnée à la condition que l'entité exerce une activité économique d'une part, et qu'elle dispose d'une autonomie de décision suffisante dans la détermination de son comportement sur le marché.

On le constate, l'élément déterminant de la qualification d'entreprise est avant tout l'exercice d'une activité économique, c'est la nature économique de l'activité et non la qualité de l'opérateur ou la forme sous laquelle il intervient qui détermine l'applicabilité des règles de concurrence³. Et aucun secteur ne semble exclu du champ d'application du droit de la concurrence, qu'il s'agisse des activités commerciales⁴ ou bien des activités civiles⁵.

1 C. J. C. E. du 23 avr. 1991, aff. C-41/90, *Klaus Hofner et Fritz Elser c/ Gmb H*; Rec. C. J. C. E. 1997, p. 1739.

2 M. C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, *op. cit.*, p. 22.

3 M. C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, *op. cit.*, p. 22.

4 Comme les activités bancaires ou celles relevant du secteur des assurances ou celles présentant un caractère culturel.

5 Comme les activités agricoles ou celles exercées par les professions libérales.

La nature économique de l'activité ne pose pas un problème, car on entend par « activité économique » toute activité de production, de distribution et de service¹. Par contre le problème se pose sur l'autonomie de l'entreprise, notamment lorsqu'il s'agit d'une société mère et ses filiales.

La liberté commerciale des opérateurs économiques paraît comme un principe fondamental en droit de la concurrence, et la doctrine affirme que « *...ne peut être qualifiée d'entreprise contrevenante que celle disposant d'une liberté commerciale, appréciée en termes d'autonomie économique* »². Par exemple un accord conclu entre une filiale et sa société mère ne pourra relever du droit de la concurrence que si la filiale dispose d'une autonomie économique.

Mais comment prouver l'autonomie économique de la filiale ?

Il existe plusieurs présomptions par lesquelles l'autorité de la concurrence constate l'autonomie économique de l'entité. L'existence d'une communauté de dirigeants entre la société mère et sa filiale est un élément caractérisant l'absence d'autonomie de la première vis-à-vis de la seconde³. Ainsi la détention totale ou quasi-totale du capital social de la filiale par la société mère représente une forte présomption d'absence d'autonomie économique de la filiale⁴.

2 – L'atteinte à la concurrence :

Les accords entre entreprises ne sont pas prohibés, il faut établir une restriction à la concurrence qui sera démontrée à partir de certains critères économiques. Mais avant d'entamer ces critères, il est nécessaire tout d'abord de définir la concurrence.

On entend par « concurrence » la rivalité exercée entre les opérateurs économiques dans un marché déterminé. Elle suppose « *la présence de plusieurs opérateurs*

1 V. art. 2 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence complété par l'art. 2 de la loi 10-05 du 15 août 2010 modifiant et complétant l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence, J.O. du 18 août 2010, n° 46.

2 L. ARCELIN, *Droit de la concurrence : les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, P.U.R. 2009, p. 44.

3 V. en droit français : décision du cons. conc. n° 89-D-37, du 14 nov. 1989, *Sarl Publi-Cazal*, B.O.C.C.R.F. 1989, p. 317.

4 L. ARCELIN, *op. cit.*, p. 45.

offrant des produits ou des services, disposant d'une totale indépendance de décision et suffisamment informés pour réagir immédiatement à leurs comportements respectifs »¹.

Quant aux critères de l'atteinte à la concurrence, il s'agit de l'alternative objet et/ ou effet anticoncurrentiel. L'interprétation de l'article 6 de l'ordonnance 03-03 conduit à englober dans le champ de la prohibition les ententes qui ont un effet anticoncurrentiel, celles qui recèlent une potentialité d'effet anticoncurrentiel, ainsi que celles qui ont un objet anticoncurrentiel indépendamment de leur effet.

A – Objet anticoncurrentiel :

L'objet signifie l'objectif ou le « but poursuivi »². L'existence d'objet anticoncurrentiel suffit à l'application de droit des ententes, car « *il n'est pas nécessaire que l'entente ait eu pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, il suffit simplement qu'elle ait eu pour objet d'aboutir à tel résultat* »³.

Certaines ententes sont considérées comme ayant, par nature, un objet anticoncurrentiel⁴, notamment les accords de boycott, de répartition de marché et ceux concernant la détermination des prix⁵.

B – Effet anticoncurrentiel :

En l'absence d'objet anticoncurrentiel, il convient de vérifier les effets néfastes de l'entente en tenant compte des effets actuels et potentiels. Cette démarche consiste à démontrer que la pratique affecte la concurrence ou est susceptible de l'affecter. La prise en considération d' l'effet « potentiel » permet aux autorités de la concurrence

1 J-B. BLAISE, *Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution*, 2^{ème} éd., L.G.D.J. 2000, p. 404.

2 M.C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, *op. cit.*, p. 95.

3 L. ARCELIN, *op. cit.*, p. 86.

4 V. sur ce point : Rapport d'activité du conseil de la concurrence français pour 2003, *Etude thématique portant sur « objet, effet et intention anticoncurrentiels »*, p. 60.

5 M.C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, *op. cit.*, p.96.

d'intervenir à titre préventif, avant toute constatation d'un dysfonctionnement du marché. Il faut signaler à la fin que la prohibition des ententes anticoncurrentielles n'est pas absolue, il existe en effet en droit de la concurrence des causes justificatives. Ces causes sont mentionnées à l'article 9 de l'ordonnance 03-03¹, qui ne réserve la justification qu'aux ententes exemptées par un texte législatif ou réglementaire d'une part, et celles qui contribuent au progrès économique d'autre part.

II – L'application de la prohibition aux contrats de distribution exclusive :

Dans les contrats de distribution exclusive, « *le producteur s'engage à ne pas approvisionner dans une zone géographique donnée, d'autres distributeurs que celui avec lequel il conclut le contrat. Le distributeur s'engage, de son côté, à promouvoir la vente du produit contractuel dans sa zone* »². Le distributeur est tributaire d'un arrangement commercial qui conduit à une éviction des éventuels concurrents sur le marché, dans ce cas, on peut se demandé si l'on ne se trouve pas en face d'un accord restrictif de la concurrence.

1 – Les aspects présumés anticoncurrentiels de la distribution exclusive :

La distribution exclusive est parfois perçue comme une forme commerciale qui entrave la liberté de chacune des parties de contracter avec des personnes autres que leurs partenaires exclusifs. Elle permet d'établir des barrières à l'entrée, et exclure les producteurs concurrents du marché.

Cette restriction est le corolaire de certaines dispositions contractuelles qui obligent les parties à les respecter. Soit par l'obligation faite au producteur de ne fournir ses

1 Lequel énonce : « *Ne sont pas soumis aux dispositions des articles 6 et 7, les accords et pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application.*

Sont autorisés, les accords et pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'ils ont pour effet d'assurer un progrès économique ou technique, ou qu'ils contribuent à améliorer l'emploi, ou qui permettent aux petites et moyennes entreprises de consolider leur position concurrentielle sur le marché. Ne pourront bénéficier de cette disposition que les accords et pratiques qui ont fait l'objet d'une autorisation du Conseil de la concurrence ».

2 L. RIEBEN, *La validité des contrats de distribution sélective et exclusive en droit communautaire, américain et suisse de la concurrence*, L.D.G. 2000, p. 18.

produits qu'aux distributeurs de son réseau, soit par l'obligation faite au distributeur de ne s'approvisionner qu'auprès le producteur partie à l'accord.

On peut ajouter, à propos de cette relation d'exclusivité entre producteur et distributeur, que « *les clauses d'exclusivité peuvent être dans la pratique réciproques, ce qui signifie que le producteur n'approvisionnera que son contractant, ce dernier s'engageant à ne se fournir qu'auprès de lui* »¹.

Mais il faut signaler, que le législateur algérien énonce que « *Est considéré comme pratique ayant pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le libre jeu de la concurrence et interdit, tout acte et/ou contrat, quels que soient leur nature et leur objet, conférant à une entreprise une exclusivité dans l'exercice d'une activité qui entre dans le champ d'application de la présente ordonnance* »². Le législateur dans cet article essaye d'élargir le champ d'application de l'interdiction afin d'écarter toute possibilité d'atteinte à la concurrence, car il prohibait seulement le contrat d'achat exclusif conférant à son titulaire un monopole sur le marché³.

A – L'exclusivité et la limitation de la concurrence intermarque :

La distribution exclusive peut produire une atteinte à la concurrence intermarque en conduisant à l'exclusion des autres producteurs du marché par la mise en place des barrières à l'entrée.

En liant par des contrats de distribution exclusive un grand nombre de distributeurs déjà établis sur le marché, les producteurs concurrents actuels ou potentiels ne peuvent pas mettre en place un réseau de distribution efficace leur permettant de vendre leur produit surtout lorsqu'il s'agit d'entreprises de petite taille⁴.

Cette barrière à l'entrée du marché se manifeste clairement à travers la clause d'approvisionnement exclusif. Les nouveaux producteurs qui voudraient accéder au marché, rencontrent une difficulté de trouver des distributeurs puisque les

1 L. RIEBEN, *op. cit.*, p. 18.

2 V. art. 6 de la loi 08-12 du 25 juin 2008 modifiant et complétant l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence, J. O. du 2 juill. 2008, n° 36.

3 V. art. 10 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence.

4 L. RIEBEN, *op. cit.*, p. 23.

distributeurs existants sur le marché sont tous liés à leurs producteurs par des contrats à long terme¹.

B – L'exclusivité et la limitation de la concurrence intramarque :

L'un des principaux effets de la distribution exclusive est la réduction de la concurrence entre les distributeurs de la même marque, appelée concurrence intramarque. Et cela se fait par la clause d'approvisionnement exclusif par laquelle le producteur oblige les distributeurs de ne s'approvisionner qu'auprès de lui, ce qui restreint la concurrence entre eux².

Ainsi, le producteur accorde à son distributeur l'exclusivité de la commercialisation de ses produits sur un certain espace géographique ou sur un segment de clientèle. Le producteur s'engage donc à ne pas signer de contrat avec un autre distributeur à l'intérieur d'un même territoire.

Cette pratique est courante dans l'industrie automobile, un constructeur de véhicules accorde une concession à un distributeur en lui garantissant un territoire de vente, à l'intérieur duquel il n'y aura pas de concurrents intramarque car l'octroi de l'exclusivité contraint aussi les distributeurs des produits d'une même marque à respecter leur marché. Cette limitation réduit ainsi la concurrence que les distributeurs pourraient se faire entre eux.

Il faut rappeler, concernant la distribution exclusive restrictive de concurrence, qu'il doit y avoir une appréciation de l'incidence de l'ensemble du réseau sur la concurrence, et non pas l'incidence de chaque contrat pris séparément. Car il est rare qu'un seul contrat de distribution exclusive engendre des effets néfastes sur le marché, en revanche l'ensemble de ces contrats peut avoir un effet anticoncurrentiel, en réduisant la concurrence entre les distributeurs à l'intérieur de la zone d'exclusivité³.

2 – Les effets proconcurrentiels de la distribution exclusive :

1 J-B. BLAISE, *op. cit.*, p. 548.

2 Car un distributeur ne peut pas s'approvisionner auprès un autre distributeur.

3 J-B. BLAISE, *op. cit.*, p. 548.

La distribution exclusive, comme toute stratégie commerciale, est adoptée par des acteurs commerciaux en vue d'être plus compétitif sur le marché. Pour cette raison, ses aspects anticoncurrentiels ne doivent pas occulter ses aspects pro concurrentiels.

Malgré les restrictions de la concurrence engendrées par les contrats de distribution exclusive, ces derniers peuvent contribuer au progrès économique grâce à leurs effets positifs sur le marché.

Cette exclusivité permet une simplification de la distribution d'une part, et une meilleure prévision de la production et des ventes d'autre part. Elle peut également conduire à une réduction des coûts de fabrication et de commercialisation¹.

Ainsi, la distribution exclusive peut produire des gains d'efficacité, en particulier lorsque les distributeurs doivent effectuer des investissements pour protéger l'image de la marque². Car dans un réseau de distribution exclusive les distributeurs sont en concurrence avec d'autres distributeurs, cette concurrence s'exerce sur les services de distribution que les distributeurs offrent au producteur, afin de continuer à faire partie du réseau, et aussi sur le nombre de consommateurs.

On constate à la fin, que dans le but d'assurer le bon écoulement de la production sur le marché, et corrélativement la satisfaction constante des besoins des consommateurs, les opérations de distribution, d'une façon générale, tendent toujours à la régulation de l'offre et de la demande.

Conclusion :

Dans un premier temps, on est toujours tenté de croire que les contrats de distribution exclusive constituent une entente anticoncurrentielle en raison des restrictions qu'ils comportent. Car il est clair que dans les accords de distribution exclusive la liberté des parties se trouve limitée, le distributeur ne peut pas s'approvisionner auprès d'un fournisseur concurrent de son contractant pour obtenir le même produit, et le producteur de son côté est tenu de respecter ses engagements

1 B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL, *op. cit.*, p. 438.

2 M.C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, *op. cit.*, p. 168.

contractuels et de ne pas utiliser, en conséquence, un distributeur autre que son distributeur exclusif à l'intérieur du territoire circonscrit.

Mais le caractère souple des règles de concurrence suppose l'existence de certaines exceptions juridiques et économiques. Et l'examen approfondi de la distribution exclusive fait voir qu'elle présente des aspects positifs.

Ainsi, L'impact de la distribution exclusive sur la concurrence doit être apprécié conjointement au regard de la concurrence intramarque et intermarque. La restriction retrouvée dans la distribution exclusive n'a pas la même incidence selon l'intensité de la concurrence entre produits de marques différentes et entre les distributeurs d'un même réseau.

Donc, le réseau de distribution exclusive a un double effet : certes, il peut limiter la concurrence entre les distributeurs des produits de la même marque ou des produits similaires, mais il peut aussi renforcer la concurrence entre les producteurs¹.

Une petite critique, à la fin de cette étude, qui concerne le principe d'interdiction des ententes et son exception cité par le législateur algérien. On constate que ce dernier n'applique la justification visé par l'article 9 de l'ordonnance 03-03 que sur les pratiques anticoncurrentielles autorisées par un texte législatif ou réglementaire pris pour son application, ou celles qui contribuent au progrès économique d'une part, et prohibe, d'autre part, tout accord quelque soit sa nature, conférant à une entreprise l'exclusivité dans l'exercice une activité économique, sans prendre en considération que cette exclusivité peut trouver sa source dans un contrat de distribution, qui n'est qu'une forme d'entente verticale.

Ouvrages utilisés :

1 – B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL, Droit commercial européen, 5^{ème} éd., Dalloz 1994.

2 – J-B. BLAISE, Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution, 2^{ème} éd., L.G.D.J. 2000.

1 J-B. BLAISE, *op. cit.*, p. 548.

3 – L. ARCELIN, Droit de la concurrence : les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire, P.U.R. 2009.

4 – L. RIEBEN, La validité des contrats de distribution sélective et exclusive en droit communautaire, américain et suisse de la concurrence, L.D.G. 2000.

5 – M. C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL. V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, L.G.D.J. 2008.
