

مجلة الندوة للدراسات القانونية

مجلة محكمة متخصصة تعنى بالدراسات القانونية تصدر دوريا

عدد
45

اليوم العالمي لحقوق الانسان
10 ديسمبر

مدير النشر
اقارة وليد
رئيس التحرير
د نبيلة بن يوسف
ن.رئيس التحرير
د محمد فيصل ساسي

ISSN 2392-5175



EL NADWA JOURNAL OF LEGAL STUDIES
REVUE EL NADWA D'ETUDES JURIDIQUES

Site web/ revuenadwa.jimdo.com email/ revue.nadwa@gmail.com

N°
45

Directeur
De La Publication
Kara Oualid
Redacteur En Chef
Nabila Ben Youcef
Vice , Redacteur En Chef
Mohamed Faycal Sassi

ISSN 2392-5175



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 التقييم الدولي ، تصدر إلكترونيا كل ثلاثة أشهر (بالإضافة الى أعداد خاصة) . 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 المجلات الدولية . تنخرط المجلة في الاتحاد العالمي للمؤسسات العلمية ، كما يربط المجلة بالمؤسسات التي تعنى بالنشر الالكتروني عدة اتفاقيات بغية نشر البحوث المقدمة لها في قواعد بيانات عربية و دولية على غرار " المنهل ، المعرفة ، دار المنظومة" ، قصد أقطار الدول العربية و العالم بأسره في مجال .المساهمة الفعالة في نشر البحث العلمي بين الباحث القانوني

مدير المجلة :أ. قارة وليد

رئيسة التحرير : د. بن يوسف نبيلة

نائب رئيس التحرير :د. ساسي محمد فيصل

اعضاء هيئة التحرير

د.مقراني ريمة- د.ثوابتي ايمان ريمة سرور- د.عماروش سميرة- أ.شيباني نصيرة

التدقيق اللغوي :

أ. مسعودي صليحة

مجلة الندوة للدراسات القانونية

مجلة علمية محكمة تصدر الكترونيا

التقييم الدولي : ISSN2392-5175



محلة الندوة للدراسات القانونية
ISSN 2392-5175

لمراسلة المجلة :

الموقع الرسمي للمجلة : revuenadwa.jimdo.com

البريد الإلكتروني للمجلة revue.nadwa@gmail.com

العدد (45) - 10 ديسمبر / 2022

عدد يصدر بمناسبة اليوم العالمي لحقوق الانسان

الهيئة العلمية للمجلة

- أ.د السيد أبو الخير- استاذ محاضر في القانون الدولي بعدد من الجامعات- عضو نقابة المحامين- مصر
- أ.د فوزي أوصديق-رئيس المنتدى الاسلامي للقانون الدولي الانساني- استاذ زائر في عدة جامعات / قطر
- أ.د بوضياف عمار-استاذ التعليم العالي- مدير مخبر دراسات البيئة و التنمية المستدامة-كلية الحقوق و العلوم السياسية -جامعة تبسة - الجزائر
- أ.د بوحنية قوي - استاذ التعليم العالي - عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة ورقلة - الجزائر
- أ.د . بو بكر عبد القادر - استاذ التعليم العالي - كلية الحقوق . بن عكنون - الجزائر
- أ.د . بوعزة ديدن - استاذ التعليم العالي-كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تلمسان - الجزائر أ.د .
- بموسات عبد الوهاب - استاذ التعليم العالي - كلية الحقوق - جامعة سيدي بلعباس - الجزائر
- د . ماهر عبد الله العربي - استاذ القانون الجنائي - كلية حقوق القاهرة - فرع الخرطوم . السودان- مصر
- د . زواقري الطاهر - عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة عباس لغرور- خنشلة - الجزائر
- د . اسعد حورية - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو - الجزائر
- د . إرزيل كاهنة - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو- الجزائر
- د . نهاد أحمد - استاذة بالأكاديمية العربية المفتوحة بالدانمارك و بجامعة الملك سعود(السعودية) - مصر
- د . الدياب حسن عز الدين - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة المنار- تونس
- د . بوزيان راضية - استاذة محاضرة - عميدة سابقة لكلية علم الاجتماع - جامعة الطارف - الجزائر
- د . زياد علي مُحمَّد الكايد - استاذ محاضر- قسم إدارة الأعمال- جامعة شقراء- المملكة السعودية
- د . بن حملة سامي - أستاذ محاضر - كلية الحقوق - جامعة قسنطينة 1. قسنطينة - الجزائر
- د . بلقاسم سعودي - استاذ محاضر - كلية العلوم الاقتصادية - جامعة مسيلة - الجزائر
- د . حسن عالي - استاذ محاضر - كلية العلوم الاجتماعية - جامعة وهران - الجزائر
- د . الشيماء مُحمَّد - عضو هيئة التدريس بجامعة تبوك - المملكة السعودية - مصر
- د . عبد السلام بني حمد - عضو هيئة التدريس بالجامعة الأردنية - الأردن

- د . خلف الله عبد السلام مُحمَّد- استاذ محاضر- كلية الاقتصاد و العلوم السياسية - جامعة الزيتونة - ليبيا
- د . خضراوي الهادي- استاذ محاضر - عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة الأغواط - الجزائر
- د . نبيلة بن يوسف - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو - 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 . خنفوسي عبد العزيز - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة سعيدة - الجزائر
- د . رياض التميمي - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة العربي بن مهيدي- الجزائر
- د . السبي وسيلة - استاذة محاضرة - كلية العلوم الاقتصادية و التجارية - جامعة مُحمَّد خير- الجزائر
- د . عثمانية كوسر - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة عباس لغرور - الجزائر
- د . حساني خالد - أستاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة عبد الرحمان ميرة - الجزائر
- د . نوفل علي عبدالله الصفو - أستاذ مساعد - كلية الحقوق - جامعة الموصل - العراق
- ا . محمّد حميد - عضو هيئة التدريس - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة زيان عاشور - الجزائر
- ا . ليلي زيد الراشد - عضو جمعية المحامين - الكويت
- د . عاسية زروني - أستاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة غرداية - الجزائر

قواعد النشر في

مجلة الندوة للدراسات القانونية :

* أن تتسم المقالات بالأصالة 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 الالكتروني .

* تقديم الملخص إلزامي 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) ثلاثون 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 12 غليظ و بخط times new roman

* التهميش : يذكر في آخر كل فكرة مقتبسة رقم يدل على المؤلف، الذي يشار إليه 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 ترتيباً أبجدياً، 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 سابقاً في أي مجلة أخرى .

* المقال المقبول للنشر يصبح ملكاً 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



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرس البحوث و الدراسات

01- المشاركة المالية للزوجة في بيت الزوجية وما يترتب على ذلك من إشكاليات بعد الفرقة
د. فوزي سالم صالح أوليطي - باحث أكاديمي - دولة ليبيا ص002

02- اجراءات الإخطار بالشبهة لمكافحة تبييض الأموال في التشريع الجزائري
Suspicion notification is complete to combat money laundering
د . بوقطوشة وردة - مخبر دراسات وأبحاث حول المجازر الاستعمارية، جامعة محمد أمين دباغين، سطيف2
أ . د . باطلي غنية - أستاذة - كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد أمين دباغين، جامعة سطيف2
الجزائر ص025

03- الأحكام القانونية لإختيار جنس الجنين بين الموانع الشرعية والتطور العلمي الطبي
Legal provisions for choosing the type of person of the fetus between legal impediments and medical scientific development
د . صحي محمد أمين - أستاذ محاضر قسم "أ"، عضو مخبر قانون المؤسسة- كلية الحقوق والعلوم السياسية 19
مارس 1962 - جامعة جيلالي لباس سيدي بلعباس - الجزائر ص054

04- العلاقة بين الوصاية على المصارف والافلاس
م.د. رجاء حسين عبد الأمير ، أ.د. عقيل مجيد السعدي ، م.م زينب رزاق حسين - قسم القانون- كلية الحلة
الجامعة- بابل - العراق ص089

04- التدخل الدولي الانساني دراسة تطبيقية عن العراق
ط. صالح حسين علي و د . رحمة الله حبوب محمد أحمد - أستاذ القانون العام ، مشارك بالعديد من الجامعات -
دولة السودان ص101

06- التقرير الختامي للمؤتمر الدولي الثاني للجمعية الدولية للدفاع عن حقوق الإنسان والإعلام يوم 10
ديسمبر 2022 بتونس
القاضية . مريم الساسي - دولة تونس ص122

ملاحظة : ليست هناك معايير محددة في ترتيب المقالات

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

المشاركة المالية للزوجة في بيت الزوجية وما يترتب على ذلك من إشكاليات بعد الفرقة

الدكتور / فوزي سالم صالح أوليطي

دكتورة شريعة إسلامية من كلية الحقوق جامعة بنها جمهورية مصر

باحث - دولة ليبيا

fsolety@elmergib.edu.ly

الملخص:

نظراً لما يمثله المسكن من أهمية في حياة الأسرة اللببية، باعتباره أهم بواعث الاستقرار داخل الأسرة، فإنه يعتبر من الأولويات التي يسعى إليها الزوجان، ويبدلان في سبيل ذلك الغالي قبل الرخيص، وفي كثير من الأحيان تكون للزوجة مشاركة كبيرة في ذلك، وخاصة في عصرنا الحاضر الذي أصبحت فيه كثير من النساء عاملات، ويتقضين مرتبات تعادل مرتبات الرجال، وقد تفوقهم أحياناً، وإسهام المرأة بأموالها في شراء البيت أو في بناءه يختلف عن ما قد تنفقه على زوجها أو أولادها في غيره، فهي في الثانية متبرعة بلا شك، ولا ترجو من ذلك إلا الأجر من عند الله سبحانه وتعالى، ثم مساعدة زوجها ورعاية أبنائها، إلا أن مشاركتها في بناء البيت أو شرائه تختلف عن ذلك؛ فهي تسهم فيه مع الزوج باعتباره بيتها المستقبلي وبيت أبنائها، ولو علمت المرأة أنه لن يكون كذلك لما أنفقت فيه شيئاً من أموالها، وهو الذي قد يحدث نتيجة الطلاق أو موت الزوج، وفي كلا الحالتين قد تخسر المرأة كلما أنفقته في بناء هذا المسكن أو شرائه بحجة أن هذا البيت ملك للزوج، وأن ما أنفقته في ذلك هو تبرع منها، ولم يطلب أحد منها ذلك. فالسؤال الذي يطرح هنا: هل من العدل أن يحدث ذلك؟ وإن كانت الإجابة بلا، فكيف يمكن تكيف حق المرأة في المطالبة بنصيبها من هذا البيت وفقاً لما أنفقته، خاصة أن هذه المشاركة تتم عادة دونما اتفاق مسبق، للإجابة عن هذا التساؤل كان موضوع هذا البحث، والذي قسمته إلى مبحثين: الأول: بينت فيه استقلالية الذمة المالية للزوجة، والثاني: وجوب نفقتها على زوجها، وتناولت في المبحث الثاني التكيف الفقهي لحق الزوجة في بيت الزوجية بقدر مشاركتها فيه، حيث بينت أن الأصل في العلاقات المالية بين الزوجين أن

تطبق عليها القواعد العامة في المعاملات، وهذا في المطلب الأول، وفي المطلب تكلمت عن التكييف الفقهي لحق المرأة في بيت الزوجية بقدر مشاركتها، وختمت البحث بجملة من النتائج والتوصيات، لعل من أهمها ضرورة توافق الزوجين على القضايا المالية بينهما قبل الدخول فيها، وضرورة توثيق هذه العلاقات؛ حتى لا يؤدي ذلك إلى النزاع والشقاق وضياع الحقوق في المستقبل.

كلمات مفتاحية : الزوجة - المشاركة المالية - الأسرة الليبية

Summary

Due to the importance of housing in the life of the Libyan family, as the most important source of stability within the family, it is considered one of the priorities sought by the couple, and they are making efforts for that expensive before cheap, and often the wife has a great participation in it, especially in our present era, in which many women have become workers, and they receive salaries equivalent to men's salaries, and may sometimes surpass them, and the woman's contribution of her money in buying a house or in building it differs from what she might spend on her husband or her children elsewhere, she is in the second, undoubtedly a donor, and she does not hope for this except the reward from Allah Almighty, and then to help her husband and take care of her children, except that her participation in building If the woman had known that it would not be so, she would not have spent any of her money in it, which may happen as a result of divorce or the death of her husband.in both cases, the woman may lose whenever she spends it on building this house or buying it on the pretext that this house belongs to the husband, and that what she spent on it is a donation from her, and no one asked her to do so. The question that arises here is: Is it fair that this should happen If the answer is no, how can a woman's right to claim her share of this house be adapted according to what she has spent, especially since this participation is usually done without prior agreement, to answer this question was the subject of this research, which I divided into two researchers: the first: I indicated the wife's financial independence, the second: In the second topic, she discussed the Fiqh adaptation of the

wife's right to the marital home to the extent of her participation in it, where she indicated that the basic principle in financial relations between spouses is that the general rules of transactions should apply to her, and this is in the first requirement, and in the requirement she spoke about the Fiqh adaptation of a woman's right to the marital home to the extent of her participation, and concluded the research with a set of conclusions and recommendations, perhaps the most important of which is the need for the spouses to agree on financial issues between them before entering into them, and the need to document these relations; so that this does not lead to conflict, discord and loss of rights in the future.

Keywords :wife - Financial participation -Libyan family

مقدمة

لقد حدد الشرع الحنيف بشكل تام شكل الحياة الزوجية، والمسئوليات الملقاة على عاتق كل من الزوجين، وأقام بناء الأسرة على مبدأ التعاون والتكافل بين الرجل والمرأة، وبيّن حقوق وواجبات كل منهما، وأقر الشرع للمرأة ذمة مالية مستقلة ومنفصلة تمامًا عن الذمة المالية للزوج، ومنحها السيطرة التامة والمطلقة على أموالها وممتلكاتها، ولم يجعل الزواج سببًا لتداخل الذمة المالية للزوجين، ولم ييح للزوج أن يأخذ من مال الزوجة إلا برضاها، وطيب نفس منها.

كما جعل نفقة الزوجة وأبنائها من مأكل وملبس وسكن وكل ما به مقومات الحياة واجبًا على الزوج، ولم تُلزم الزوجة بشيء من ذلك حتى وإن كانت موسرة والزوج معسرًا أو عاجزًا عن العمل، بل جعلت ذلك تفضلاً منها، وصدقة لها على زوجها وأولادها.

ونظراً لما يمتلئه المسكن من أهمية في حياة الأسرة اللببية، باعتباره أهم بواعث الاستقرار داخل الأسرة؛ فإنه يعتبر من الأولويات التي يسعى الزوجان لتحقيقها، وفي كثير من الأحيان يكون للزوجة مشاركة كبيرة في ذلك، وخاصة النساء العاملات، واللاتي قد يتقاضين مرتبات تعادل مرتبات الرجال، وقد تفوقهم أحياناً، وفي كثير من الأحيان فإن المسكن الناتج من عمل وكد الزوجين معاً يسجل باسم الزوج وحده لاعتبارات اجتماعية وثقافية، وهو ما قد ينتج عنه ضرر بالغ في حق الزوجة في حالة تأزمت الحياة الزوجية، وحصل الطلاق بين الزوجين، أو توفى أحدهما، فيتفرد الزوج أو ورثته بذلك البيت، ويضيع ما أنفقته الزوجة في ذلك، بحجة أن البيت للزوج، وأنها لم يجبرها أحد على ما أنفقت.

وإسهام المرأة بأموالها في شراء البيت، أو في بنائه تختلف عن ما قد تنفقه على زوجها أو أولادها في غيره، فهي في الثانية متبرعة بلا شك، ولا ترجو من ذلك إلا الأجر من عند الله - سبحانه وتعالى -؛ ثم مساعدة زوجها، ورعاية أبنائها، إلا أن مشاركتها في بناء مسكن الزوجية أو شرائه تختلف عن ذلك؛ فهي تسهم في ذلك مع الزوج باعتباره بيتها المستقبلي وبيت أبنائها، ولو علمت المرأة أنه لن يكون كذلك لما أنفقت فيه شيئاً من أموالها، وهو الذي قد يحدث نتيجة الطلاق، أو موت الزوج.

والسؤال الذي يُطرح هنا: هل من العدل أن يحدث ذلك؟ وإن كانت الإجابة بلا، فكيف يمكن تكييف حق المرأة في المطالبة بنصيبها من هذا البيت وفقاً لما أنفقته، خاصة أن هذه المشاركة تتم عادة دونما

اتفاق مسبق.

للإجابة عن هذا التساؤل كان موضوع هذا البحث، والذي سيقسم إلى مبحثين هما:

المبحث الأول: استقلالية الذمة المالية للزوجة ووجوب سكنها على زوجها.

المبحث الثاني: التكيف الفقهي لحق الزوجة في بيت الزوجية بقدر مشاركتها فيه.

المبحث الأول استقلالية الذمة المالية للزوجة ووجوب سكنها على زوجها

من محاسن وكمال هذه الشريعة المباركة عمومها وشمولها لأحوال المكلفين في كل زمان ومكان تنظيمها للعلاقات المالية بين الزوجين، والتي أسستها على قواعد المودة والرحمة والتعاون، وجعلت لكل واحد من الزوجين حقوقاً بإزاء الواجبات التي ناطتها به، ثم أمرت الطرفين بالعتفو والإحسان والتفضل بما لا يجب عليه فعله من المعروف استبقاءً لرابطة الزوجية، وحفاظاً عليها، ومن الأمور التي أولتها الشريعة اهتمامها الأمور المالية للزوجين، حيث جعلت لكل من الزوجين استقلالية مالية عن الطرف الآخر، وجعلت النفقة على الزوجة والأولاد من واجبات الزوج وحده.

وفي هذا المبحث نناقش مسألة استقلال الذمة المالية لكل من الزوجين عن الآخر في مطلب أول، ثم بيان التزام الزوج بالنفقة على الزوجة في مطلب ثان.

المطلب الأول استقلالية الذمة المالية لكل من الزوجين

الذمة في الفقه الإسلامي وصف شرعي يصير به الإنسان أهلاً للإلزام والالتزام⁽¹⁾، أي صالحاً لأن يكون له حقوق، وتجب عليه واجبات، وهذا الوصف يثبت للإنسان بمجرد تخلُّقه جنيناً في بطن أمه، ولا ينتهي إلا بموته⁽²⁾.

ومن المقرر شرعاً أن المرأة في هذا المجال كالرجل تثبت لها الأهلية الكاملة، والذمة المالية المستقلة التامة حالة بلوغها مرحلة اكتمال الأهلية، حيث تكتسب الحق المطلق في التملك، والتصرف فيما تملك، ولا سلطان لأحد عليها في ذلك زوج أو غيره، ولا يؤثر عليها في ذلك إلا طروء عارض من عوارض الأهلية التي تنقص الأهلية أو تعدها⁽³⁾، مثلها مثل الرجل في ذلك⁽¹⁾.

(1) البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البيهقي، ج4 ص288.

(2) الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، ص157.

(3) عوارض الأهلية هي ما يطرأ على الشخص من أحوال تؤثر في عقله وإدراكه وقدرته على اتخاذ القرار الرشيد في تصرفه

فالمرأة البالغة الرشيدة، زوجة كانت أو غير زوجة، لها الحق الكامل في التصرف في مالها، وليس لأحد سلطان عليها، ولا يجوز إجبارها على تصرف لا تريده، ولا يملك أحد بموجب الشرع أن ينزع منها مالها، أو يتسلط عليها فيه، وزواج المرأة، وإن كان يجعل لزوجها عليها القوامة، إلا أن ذلك لا يؤثر على أهليتها، أو تمتعها بذمة مالية مستقلة، وهي بذلك لا تحتاج لإذن الزوج في التملك أو التصرف بمالها، ولا شأن للزوج بثروة زوجته ودخلها، فهما في شؤون الملكية والثروة والدخل منفصلان تمامًا، وبالتالي فللزوجة الأهلية الشرعية في التملك والتعاقد والتمتع بكامل الأهلية في تحمل الالتزامات وإجراء مختلف العقود مستقلة عن زوجها في ذلك⁽²⁾.

وقد استدل العلماء على ذلك بأن النصوص الشرعية الواردة في مجال المعاملات المالية وغير المالية لم تستثن المرأة في شيء من أحكامها، بل جاءت عامة للرجال والنساء، منها قوله تعالى: ﴿وَابْتُلُوا النِّسَاءَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمُ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾⁽³⁾، والمرأة داخلة في هذا العموم على الصحيح من أقوال أهل العلم، ومن قال سوى ذلك فقوله تحكّم لا دليل عليه⁽⁴⁾.

وقد أكد سبحانه وتعالى على أحقية الزوجة في تملك نصف المهر في حالة الطلاق قبل الدخول، مع جواز عفوها عن بعض ما استحققت من نصف المهر دون استئذان من أحد، مما يدعم استقلال ذمتها المالية، فقال تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾⁽⁵⁾.

كما أكدت السنة النبوية هذا المبدأ، وأعطت النساء الحق في التصدق والتبرع من غير إذن من أحد، حيث قال عليه الصلاة والسلام: "يا معشر النساء تصدقن، وأكثرن الاستغفار"⁽⁶⁾، فجاء الأمر بالتصدق من غير توقف على إذن الزوج أو غيره، وهو محض تبرع.

في ماله أو نفسه، كالجنون، والعتة، والإغماء، والسكر، ومرض الموت، ونحو ذلك، وهي عوارض مؤثرة في أهلية الرجل والمرأة على السواء. انظر: الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، ص 159.

(1) قال الشافعي: "إذا جمعوا البلوغ والرشد لم يكن لأحد أن يلي عليهم أموالهم، وكانوا أولى بولاية أموالهم من غيرهم، وجاز لهم في أموالهم ما يجوز لمن خرج من الولاية ممن ولي فخرج منها، أو لم يول، وأن الذكر والأنثى فيهما سواء". انظر: الشافعي، الأم، ج 3 ص 247.

(2) نعيرات، أيمن أحمد، الذمة المالية للمرأة في الفقه الإسلامي، ص 55، وبراح اتقال، وشريفي مثيرة، الذمة المالية للمرأة في الفقه الإسلامي، ص 16.

(3) سورة النساء، الآية: 6.

(4) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ج 5، ص 38-39.

(5) سورة البقرة، الآية: 237.

(6) أخرجه مسلم، كتاب الإيمان، باب: نقصان الإيمان بنقصان الطاعات، حديث رقم (250).

وعن ميمونة بنت الحارث رضي الله عنها أنها أعتقت وليدة، ولم تستأذن النبي ﷺ، فلما كان يومها الذي يدور عليها فيه، قالت: أشعرت يا رسول الله أني أعتقت وليدتي؟ قال: "أوفعلت؟" قالت: نعم، قال: "أما إنك لو أعطيتها أحوالك كان أعظم لأجرك"⁽¹⁾، قال الحافظ ابن حجر: "ميمونة كانت رشيدة، وأعتقت قبل أن تستأمر النبي ﷺ، فلم يستدرك ذلك عليها، بل أرشدها إلى ما هو الأولى، فلو كان لا ينفذ لها تصرف في مالها لأبطله"⁽²⁾.

ومن هنا فإنه لا يجوز للزوج أن يمنع الزوجة في التصرف في مالها، أو يعترض على ذلك، خصوصاً إذا كان تصرفها فيها مصلحة لها، أو كان من أعمال البر الذي قد يكون واجباً عليها أحياناً، كالعطية للأبوين أو الأخوة أو غير ذلك من الأقارب⁽³⁾.

وتصّرف المرأة الرشيدة المتزوجة في مالها لا يخلو من حالتين:

الأولى: أن يكون بعوض؛ كأن تشتري أو تبيع أو تؤجر، وغير ذلك من عقود المعاوضات، فتصرفها بعوض جائز بإجماع أهل العلم، وليس لزوجها الاعتراض عليها، ولا يجب عليها استئذانه أو إخباره بذلك⁽⁴⁾.

الثانية: أن تتصرف بغير عوض، كأن تُهدي، أو تتصدق، أو تعطي أقاربها أو غيرهم، فأصح الأقوال جواز ذلك، ولو لم يرضَ زوجها أو يعلم⁽⁵⁾؛ لدلالة الكتاب والسنة على ذلك؛ ومنها قول ربنا تبارك وتعالى مثبتاً للمرأة حقها في تملك المهر، وفي نفس الوقت حرية التصرف فيه دون الرجوع إلى إذن أحد: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾⁽⁶⁾، فشرط حل الأكل من مال الزوجة طيب نفسها بذلك، وفي هذا دليل على أن المرأة في ظل الشريعة الإسلامية لها حرية التصرف في مالها تملكاً وإنفاقاً وتبرعاً، دون قيد أو شرط ما دامت بالغة رشيدة⁽⁷⁾.

(1) أخرجه البخاري، كتاب الهبة، باب هبة الزوجة لغير زوجها، حديث رقم (2592)، ومسلم، كتاب الزكاة، باب فضل الصدقة والنفقة على الأقربين والزوج والأولاد، حديث رقم (2364).

(2) ابن حجر، فتح الباري، ج5، ص219.

(3) تيراوي، محمد أمين، استقلالية الذمة المالية للمرأة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ص98.

(4) ابن حجر، فتح الباري ج5، ص194.

(5) الشريبي، مغني المحتاج ج2، ص170، والشوكاني، نيل الأوطار، ج6، ص24. وابن حجر، فتح الباري، ج5، ص218.

(6) سورة النساء، الآية: 4.

(7) نعيرات، أيمن أحمد، الذمة المالية للمرأة في الفقه الإسلامي، ص57.

وقد ذهب المالكية إلى تقييد حق المرأة الزوجة في التصرف في مالها على إذن الزوج، وبعضهم قصر ذلك على التبرع فيما إذا زاد عن الثلث⁽¹⁾، واستدلوا في ذلك بما رواه عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا يجوز للمرأة عطية في مالها إذا ملك زوجها عصمتها"⁽²⁾، وكذلك الحديث الذي رواه النسائي أن امرأة كعب بن مالك أتت النبي ﷺ بحلي لها، فقال لها النبي ﷺ: "لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها، فهل استأذنت كعباً؟ فقالت: نعم، فبعث رسول الله ﷺ - إلى كعب، فقال: هل أذنت لها أن تتصدق بحليها، فقال: نعم، فقبله"⁽³⁾، كما استدلوا بالمعقول أيضاً وذلك بأن المرأة مخالفة للرجل لكونها محجوبة لا تعاني الأمور المالية ولا تبرز للرجال⁽⁴⁾، ولأن البكر يجوز للأب تزويجها من غير إذنها فكذلك لا ينفك عنها الحجر على أموالها كالصغيرة⁽⁵⁾، كما أن للزوج حق في مال الزوجة؛ فهو يزيد في مهرها بحسب مالها، لأنه سينتفع بذلك مستقبلاً، فلذلك لا يجوز للمرأة التصرف فيه إلا بإذنه⁽⁶⁾.

وقد نوقشت هذه الأدلة بأن الأحاديث المستدل بها لم تصل من حيث صحتها وثبوتها إلى درجة الاحتجاج بها⁽⁷⁾، ومُعَارَضَةٌ بما هو أصح منها وأثبت، وعلى فرض صحتها فهي محمولة على النذب والاختيار⁽⁸⁾، أما القول بأن المرأة لا ينفك عنها الحجر لأنها لا تعاني الأمور المالية وللأب تزويجها من غير إذنها فهو مردود بأن النصوص الشرعية لم تفرق بين الذكور والإناث فيمن تدفع إليهم أموالهم، بل اشترطت البلوغ والرشد⁽⁹⁾، قال تعالى: ﴿فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾⁽¹⁰⁾.

- (1) ابن رشد، البيان والتحصيل، ج3، ص227.
- (2) سنن ابن ماجه، كتاب الهبات، باب عطية المرأة بدون إذن زوجها، حديث رقم (2388)، والبيهقي، السنن الكبرى، كتاب الحجر، باب، الخبر الذي ورد في عطية المرأة، حديث رقم (11330).
- (3) أخرجه ابن ماجه، كتاب الهبات، باب: عطية المرأة بغير إذن زوجها، حديث رقم (2389). وقال السندي في شرحه على ابن ماجه هذا الحديث اسناده ضعيف.
- (4) الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج2 ص101.
- (5) عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج2 ص131.
- (6) المرجع السابق، الصفحة نفسها.
- (7) قال البيهقي بعد أن أورد الأحاديث المتقدمة مثبتاً ضعفها وعدم الاحتجاج بها: "قال الشافعي - يعني في هذا الحديث -: سمعناه، وليس بثابت، فيلزمنا أن نقول به والقرآن يدل على خلافه، ثم السنة، ثم الأثر، ثم المعقول". البيهقي، السنن الكبرى، ج6 ص61.
- (8) أخرجه البيهقي، السنن الكبرى، ج6 ص61.
- (9) الشافعي، الأم، ج3 ص192.
- (10) سورة النساء، الآية (6).

أما القول بأن للرجل حق في مال زوجته لأنه يزيد في مهرها بحسب مالها وله أن يتبسط فيه وينتفع منه، فرد عليه بأن المرأة هي من تنتفع بمال زوجها وتتبسط فيه، ولها النفقة منه، وانتفاعها بماله أكثر من انتفاعه بمالها، وليس لها الحجر عليه⁽¹⁾.

وقد اغلظ ابن حزم في الرد على المالكية في ذلك ورد على أدلتهم التي استدلووا بها، وانتهى إلى أنه لا يجوز منع المرأة من أي تصرف في مالها لا من جهة زوجها، ولا غير زوجها⁽²⁾.

وخلاصة القول في هذا إن الإسلام جعل لكل إنسان ذمة مالية مستقلة عن غيره، رجلاً كان أو امرأة، وأن كل ما يملكه الإنسان بطرق التملك المعتمدة شرعاً، يكون ملكاً خاصاً به، لا يشاركه فيه غيره إلا برضا نفس منه، ولا يجب عليه في هذا المال حق لأحد إلا ما أوجبه الشرع عليه، من نفقة، أو زكاة، أو غير ذلك من الواجبات الشرعية.

المطلب الثاني توفير المسكن من واجبات الزوج بمقتضى عقد الزواج

من أهم الحقوق المالية الثابتة للزوجة على زوجها قيام الزوج بتوفير كل ما تحتاجه الزوجة من مأكل وملبس ومسكن، ونظراً لأهمية المسكن كجزء من النفقة الواجبة للزوجة على الزوج فقد أولاه الفقهاء عناية خاصة عند الحديث عن مشتملات النفقة الواجبة للزوجة، قال ابن نجيم: "الإسكان للزوجة على زوجها؛ لأنه من كفايتها، فتجب لها كالنفقة"⁽³⁾، وقال ابن قدامة: "ويجب لها مسكن بدليل قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾"⁽⁴⁾⁽⁵⁾.

بل أن الفقهاء قد نصوا على أن من شروط المسكن أن يكون خاصاً بالمرأة لا يساكنها فيه غيرها إلا إذا أرادت هي ذلك، قال الحطاب المالكي: "قال ابن فرحون: إن من حقها أن لا تسكن مع زوجها، ولا مع أهل زوجها، ولا مع أولاده في دار واحدة، فإن أفرد لها بيتاً في الدار ورضيت فذلك جائز؛ وإلا قضي عليه بمسكن يصلح لها"⁽⁶⁾، وقال ابن نجيم الحنفي: "وإذا وجبت (السكنى) حقاً لها (للزوجة) ليس له أن

(1) ابن قدامة، المغني، ج 6 ص 604.

(2) ينظر: ابن حزم، المحلى، ج 8، ص 318.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق، ج 4، ص 201.

(4) سورة الطلاق، الآية 6.

(5) ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 233.

(6) الحطاب، مواهب الجليل، ج 5 ص 259.

يشرك غيرها فيه؛ لأنها تتضرر به فإنها لا تأمن على متاعها، ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع إلا أن تختار⁽¹⁾.

وتوفير هذا المسكن هو من النفقة الواجبة على الزوج وحده، ولا تكلف المرأة في ذلك بشيء، وإن كانت موسرة، أو لديها مسكن، فإن قامت هي بتوفير البيت، أو رضيت بالسكن في بيتها فذلك تفضلاً منها على زوجها وأبنائها، ولها في ذلك الثواب الجزيل والأجر العظيم، باعتبار ذلك منها مساعدة لزوجها في النفقة عليها، وعلى أبنائها أن كان لهما أبناء، وخاصة إذا كان الزوج محتاجاً فقد روى البخاري في صحيحه أن زينب - امرأة عبد الله بن مسعود ؓ ، قالت: "يا نبي الله، إنك أمرت اليوم بالصدقة، وكان عندي حُلِّي لي، فأردت أن أتصدق به، فزعم ابن مسعود أنه هو وولده أحق من تصدقت عليهم، فقال النبي ﷺ : "صدق ابن مسعود، زوجك وولدك أحق من تصدقت عليهم"⁽²⁾.

وفي وقتنا الحاضر ونظراً لما يمثله المسكن من أهمية في حياة الأسرة فأنا نجد أن أغلب قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية قد نصت على ذلك نصاً صريحاً، ومن ذلك قانون الاحوال الشخصية المصري رقم (44) لسنة 1979م، والذي نص على أنه: (تجب النفقة للزوجة على زوجها وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن)، كما نص على ذلك قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم 15 لسنة 2019م في المادة (72)، بالقول: (يهيئ الزوج المسكن المحتوي على اللوازم الشرعية، حسب حاله، وفي محل اقامته)، وقانون الاحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953م في المادة (65)، بقوله: (على الزوج اسكان زوجته في مسكن امثاله).

وهو ما أخذ به قانون الزواج والطلاق الليبي رقم 10 لسنة 1984م حين نص على مشتملات النفقة في المادة (22) فبين أنها: "تشمل النفقة المسكن والطعام والكسوة والعلاج وكل ما به مقومات الحياة". وهذه النصوص واضحة وصريحة في الزام الزوج بتهيئة المسكن للزوجة ولا تحتاج الى أي توضيح.

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج 4 ص 328.

(2) أخرجه البخاري، كتاب الزكاة، باب الزكاة على الأقارب، حديث رقم (1462).

المبحث الثاني التكييف الفقهي لحق الزوجة في بيت الزوجية بقدر مشاركتها فيه

مسألة وضع تكييف فقهي للعلاقات المالية بين الزوجين مسألة تكتنفها كثير من الصعوبات، نظراً لخصوصية العلاقة التي تجمع بينهما، لذلك فإن هذا التكييف ينبغي أن يراعى فيه الأسس والمبادئ التي يقوم عليها عقد الزواج، من مودة ورحمة وتضامن وثقة، مع مراعاة ما جرت به الأعراف والعادات والتقاليد، وكذلك النية والمقصد من مشاركة الزوجة لزوجها في هذا المسكن، والذي غالباً ما يستنبط من قرائن الحال والظروف المحيطة.

وقصد الزوجة من مشاركة زوجها في توفير المسكن لا يخلو من أن يكون بوحدة من ثلاثة:

1. برعاً أو هبة للزوج.

2. مداينة للزوج لأجل.

3. مشاركة باعتباره بيتها وبيت أبنائها.

ولذلك فقد ارتأينا التطرق لهذا الموضوع في المطلبين الآتين:

المطلب الأول الأصل أن العلاقات المالية للزوجين تطبق عليها القواعد العامة في المعاملات

لقد سبق القول إن للزوجة الأهلية الكاملة والذمة المالية المستقلة التامة، وأن لها الحق المطلق فيما تكسبه من عملها أو من غيره من طرق الاكتساب المشروعة، ولها حق التملك، وحق التصرف فيما تملك ولا سلطة للزوج على مالها، ولا تحتاج لإذن الزوج في التملك والتصرف في ذلك.

وبذلك فإن الأصل أن العلاقات المالية بين الزوجين مثلها مثل باقي العلاقات المالية مع الآخرين، تطبق عليها الأحكام الشرعية التي تضبط الأمور المالية بشكل عام، فإذا اشترك الزوجان في مشروع تجاري فضابط ذلك الأحكام الشرعية للشركات في الفقه الإسلامي، وإذا شاركت الزوجة زوجها في شراء أرض، أو بناء مسكن، أو نحوهما، فحقها ثابت بمقدار حصتها فيه، وكذلك الأمر إذا أسهمت في بناء بيت الزوجية وتأسيسه بصفة معينة، واتفقا على ذلك، فحقها فيه ثابت بقدر مشاركتها، أو بقدر ما تم الاتفاق عليها بينهما، وكذلك إذا أعطت الزوجة زوجها المال على سبيل القرض، فهو قرض، ولها أن تسترده متى شاءت، ولها إبراءه من ذلك⁽¹⁾.

(1) عفانة، يسألونك، ج19، ص302.

في جميع الأحوال لا بد للزوجة أن تقدم الإثبات على صحة دعواها، فإن تنازعا، وامتنع الزوج عن أدائها نصيبها لها، أو رفض التقاسم معها لها اللجوء للقضاء لإثبات صحة دعواها، والحصول على حقها، وهكذا في بقية القضايا المالية⁽¹⁾.

كما أنه يجب على الزوج أن يحفظ حقوق زوجته، ويعلم أن مال الزوجة محرم عليه إلا برضاها، لقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾⁽²⁾، فربط سبحانه وتعالى جواز الأكل من الزوجة بأن يكون بطيب نفس منها⁽³⁾.

وقد صح في الحديث أن النبي ρ أنه قال: "إني أحرِّج عليكم حق الضعيفين: اليتيم والمرأة"⁽⁴⁾، فقرن عليه الصلاة والسلام المرأة باليتيم؛ وشدد على ذلك ونهى عن هذا الإثم، وزجر عن ذلك زجراً أكيداً⁽⁵⁾.

كما أن النصوص العامة التي تحرم التعدي على الأموال المعصومة لم تفرق بين مال الزوجة وغيره من الأموال، وبالتالي فهي تحرم على الزوج أو غيره التعدي على حقوق النساء، وغيرهم بدون وجه حق أو دون رضاهم، قال عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع: "إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا، إلى يوم تلقون ربكم"⁽⁶⁾، وقال: "كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه"⁽⁷⁾.

ومن هنا فعلى الأزواج أن يتقوا الله في أموال زوجاتهم، وألا تمتد أيدهم إليها إلا بطيب نفس ورضا، لا خوف من طلاق أو سوء عشرة؛ فهي أموال معصومة، وحقوق محفوظة لا تحل لأحد دون إذن مالكتها، وفي حالة المشاركة بينهما أو المدائنة، فيجب عليه الوفاء بما تم الاتفاق عليه من حقوق، وعليه لا يتخذ من سوء العشرة والتخويف بالطلاق وسيلة للتعدي على أموال زوجته، وإلا كان غاصباً متعدياً على مال غيره، متوعداً بالعذاب والعقاب من الله عز وجل.

(1) المصدر السابق، ج19، ص304.

(2) سورة النساء، الآية: 4.

(3) ابن رشد، البيان والتحصيل، ج5، ص257.

(4) أخرجه ابن ماجه، كتاب الأدب، باب حق اليتيم، حديث رقم (3678)، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب عشرة النساء، باب حق المرأة على زوجها، حديث رقم برقم (9150).

(5) السندي، حاشية السندي على سنن ابن ماجه، ج2، ص393.

(6) أخرجه البخاري، كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى، حديث رقم (1739)، ومسلم، كتاب القسامة، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض، حديث رقم (4478).

(7) أخرجه مسلم، كتاب البر والصلة، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره، حديث رقم (6706).

المطلب الثاني التكييف الفقهي لحق المرأة في بيت الزوجية بقدر مشاركتها فيه

من المعلوم أنه في حالات كثيرة تُسهم الزوجة الموظفة في بناء بيت الزوجية وتأثيره ونحو ذلك، دون أن توثق الزوجة مساهمتها لإثبات حقها؛ وذلك اعتماداً على عامل المحبة والمودة والثقة بينها وبين زوجها، وأن هذا البيت وما يحويه هو ملك لها ولزوجها ولعائلتها، وبالتالي لا حاجة لتوثيق ذلك.

هذه المشاركة في بناء أو شراء البيت هي محل حوار ونقاش علمي؛ فهناك من يرى أن الزوجة عندما تدفع المال إلى زوجها تكون متبرعة به، وأنها ليس قصدتها الدخول في شراكة في المنزل أو غيره، بل قصدتها مساعدة زوجها المسكين ومساعدته في بناء المنزل؛ ولذلك تسري على مشاركة الزوجة أحكام التبرع؛ وبالتالي فلا وجه لمطالبتها في حالة الفرقة بمقابل ما أنفقت في ذلك، في حين هناك من يرى أن المال المدفوع من الزوجة هو مشاركة وليس مساعدة، فقرائن الحال تدل يقيناً على ذلك، فالزوج هو الملزم بالنفقة على الزوجة والأولاد، ولا تُلزم الزوجة بشيء من ذلك، والمسكن من مشتملات النفقة؛ علاوة على أن قصد الزوجة عند دفعها مالها لزوجها هو بناء منزل لسكنهما وأولادهما، وليس تبرعاً محضاً، أو هبةً بدون مقابل، وبالتالي لا يمكن إنكار حقها في هذا البيت إذا ما انتهت العلاقة الزوجية لأي سبب.

وفي هذا المطلب سأوضح بعض القواعد التي وضعها الفقهاء، والتي يمكن أن تتخذ أساساً لإثبات حق المرأة فيما أنفقت في بيت الزوجية.

أولاً - الهبة بين الزوجين:

الأصل في الهبة أنها لا يجوز الرجوع فيها بعد القبض، لقوله ρ : "العائد في هبته كالعائد في قبئه"⁽¹⁾، وقوله: "ليس لنا مثل السوء، الذي يعود في هبته، كالكلب يرجع في قبئه"⁽²⁾، إلا في هبة الوالد لولده؛ والتي ثبت النص فيها بجواز الرجوع بقوله عليه الصلاة والسلام: "لا يحل لرجل أن يعطي عطية، أو يهب هبة، فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده"⁽³⁾.

أما هبة المرأة لزوجها، فقد اختلف فيها العلماء: فذهب بعضهم إلى تحريم رجوعها فيها، عملاً بالنصوص العامة الدالة على تحريم رجوع الواهب في هبته سالف الذكر، وذهب آخرون إلى جواز رجوعها.

(1) أخرجه البخاري، كتاب الهبة، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته، حديث رقم (2621)، ومسلم، كتاب الهبة، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض، حديث رقم (4259).

(2) أخرجه البخاري، كتاب الهبة، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته، حديث رقم (2622).

(3) أخرجه الترمذي، كتاب الهبة، باب كراهية الرجوع في الهبة حديث رقم (2132)، وقال حسن صحيح.

وهذا القول الثاني هو أحد أقوال الإمام أحمد في هذه المسألة، قال ابن قدامة رحمه الله: "فأما هبة المرأة لزوجها، فعن أحمد فيه روايتان: إحداهما: لا رجوع لها فيها... والثانية: لها الرجوع"⁽¹⁾، كما روي ذلك عن القاضي شريح، - أحد أشهر قضاة الإسلام - أنه كان يقول في المرأة تعطي زوجها، والزوج يعطي امرأته: (أقيلها، ولا أقيله)، أي: أقبل رجوعها، ولا أقبل رجوعه⁽²⁾، وَنَقَلَ ذلك أيضاً الإمام الزهري عن قضاة عصره، حيث قال: "ما رأيت القضاة إلا يقبلون المرأة فيما وهبت لزوجها، ولا يقبلون الزوج فيما وهب لامرأته"⁽³⁾.

ودليلهم في هذا ما روي عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب π أنه قال: "إن النساء يعطين رغبة ورهبة، فأما امرأة أعطت زوجها، فشاءت أن ترجع، رجعت"⁽⁴⁾ ويُرجع كثير من العلماء سبب جواز رجوع المرأة في هبتها لزوجها أن هذه الزوجة - الواهبة - لم تكن تقصد مجرد الهبة، بل قصدت الهبة المشروطة، أو هبة الثواب، وذلك بأن يحسن الزوج عشرتها، أو أن لا يؤذيها، أو لا يطلقها؛ فهي في هذه الحالة هبة مشروطة بشرط، فإذا لم يحصل الشرط، ولم تحصل على مقصودها، فلها الرجوع في ذلك.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: "وقد نص [يعني: الإمام أحمد] على أن المرأة لو وهبت زوجها صداقها، أو مسكنها، فلها أن ترجع، بناءً على أنها لا تهب له إلا إذا خافت أن يطلقها، أو يسيء عشرتها، فجعل خوف الطلاق، أو سوء العشرة إكراها في الهبة، ولفظه في موضع آخر: لأنه أكرهها"⁽⁵⁾، وفي رواية أخرى عن الإمام أحمد أنه علل ذلك: "بأنها لا تهب له إلا مخافة غضبه، أو إضراره بها، بأن يتزوج عليها؛ فإذا فات غرضها من الهبة؛ جاز لها أن ترجع فيها"⁽⁶⁾.

وقال البهوتي الحنبلي رحمه الله: "(ولا) يصح (رجوع واهب) في هبته (بعد قبض)، ولو نقوطاً، أو حمولة في نحو عرس - كما في الإقناع - للزومها به [أي: بالقبض]، (ويحرم) الرجوع بعده؛ لحديث ابن عباس مرفوعاً: "العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه"، وسواء عُوض عنها، أو لم يعوض؛ لأن الهبة المطلقة لا تقتضي ثواباً، (إلا من وهبت زوجها) شيئاً (بمسألته) إياها، (ثم ضرها بطلاق أو غيره)، كتزويج عليها، نقل أبو طالب⁽⁷⁾: إذا وهبت له مهرها، فإن كان سألها ذلك، رده إليها، رضيت أو كرهت؛ لأنها لا

(1) ابن قدامة، المغني، ج6، ص329.

(2) عبد الرزاق، المنصف، ج9، ص114 حديث رقم (16558)، وابن حجر، فتح الباري، ج5، ص217.

(3) عبد الرزاق، المنصف، ج9، ص115 حديث رقم (16562)، وابن حجر، فتح الباري، ج5، ص217.

(4) ابن حجر، فتح الباري، ج5، ص217. وقال عنه: إسناده منقطع.

(5) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج5، ص489.

(6) المرادوي، الإنصاف، ج17، ص84.

(7) أبو طالب، أحمد بن حميد المشكاني، صاحب الإمام أحمد، وروى عنه مسائل كثيرة، وكان رجلاً صالحاً فقيراً صبوراً مات سنة 244 هـ، ينظر: أبو يعلى، طبقات الحنابلة، ج1، ص39.

تعب إلا مخافة غضبه، أو إضرارا بأن يتزوج عليها، وإن لم يكن سألها، وتبرعت به، فهو جائز، وغير الصداق، كالصداق⁽¹⁾.

وهذا ما اختاره الدردير من المالكية فقال في شرحه: "إلا أن تهبه) شيئاً من صداقها، قبل البناء أو بعده، (على) قصد (دوام العشرة) معها، فطلقها، أو فسخ النكاح لفساده، قبل حصول مقصودها، فلا يكون الموهوب كالعدم، بل يردده لها، (كعطيته): مصدر مضاف لمفعوله؛ أي أن الزوجة إذا أعطت زوجها مالا، غير الصداق (لذلك)، أي لدوام العشرة، (ففسخ) النكاح، لفساده، جبراً عليه، فترجع بما أعطته له، وأحرى لو طلق اختيئاً، هذا إذا فارق بالقرب، وأما بالبعد، بحيث يُرى أنه حصل غرضها، فلا ترجع، وفيما بين ذلك ترجع بقدره"⁽²⁾.

وأكد هذا شيخ الإسلام ابن تيمية بقوله: "وهذا المنصوص جارٍ على أصول المذهب الموافقة لأصول الشريعة، وهو أن كل من أهدى، أو وهب له شيء بسبب، يثبت بثبوتها، ويحول بزواله، ويحرم بجرمته ويحل بحله"⁽³⁾.

وعلى هذا التفصيل، يتبين حكم المسألة، فإذا كانت هبة الزوجة لزوجها هبة مطلقة، أو لغرض تحقق لها، فإنه يحرم عليها الرجوع في ذلك، وإن كانت لغرض لم يتحقق، فلها الرجوع، وهبة الزوجة المال لزوجها لبناء البيت، أو شراؤه لا شك أنها ليست هبة مطلقة؛ بل الظاهر أن ذلك لغرض إسكانها وأبنائها فيه، فإذا لم يتحقق لها ذلك كان لها الحق في الرجوع فيما وهبت، سواء كان ذلك مالا أو حلياً أو غير ذلك.

ثانياً- إقراض الزوجة زوجها:

لقد سبق أن بينا أن الأصل في العلاقات المالية بين الزوجين أن تطبق عليها القواعد العامة في فقه المعاملات، وبالتالي فيجب على الزوجين توثيق العلاقات المالية بينهما، وألا يُعتمد على عامل المحبة والمودة بينهما، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾⁽⁴⁾.

ولكن طبيعة الحياة الزوجية والأعراف السائدة تتنكر لذلك، مما قد يؤدي إلى ضياع كثير من الحقوق، ومن هنا فقد تدفع الزوجة مالا لزوجها دون بيان أنه هبة، أو قرض، أو غير ذلك، ثم يختلفان فتقول الزوجة: إنها أعطته على سبيل القرض، ويقول الزوج: إنها متبرعة، أو واهبة، لهذا المال دون مقابل.

(1) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2، ص437.

(2) الدردير، الشرح الكبير، ج2، ص324.

(3) ابن تيمية، الفتاوى، ج5، ص472.

(4) سورة البقرة، الآية: 282.

فإذا حصل نزاع بين الزوجين فيما أعطته الزوجة لزوجها، فادعى الزوج أنه تبرع من الزوجة، وأدعت الزوجة أنها أدته إليه بنية القرض، ولم تقم البينة على ذلك، فالقول قول الزوجة؛ بناء على القاعدة التي وضعها الفقهاء، وهي أن القول قول من خرج المال من يده، حيث جاء في البهجة شرح التحفة، وهو من كتب المالكية: "الإنسان مصدق في الوجه الذي أخرج به ماله عن ملكه"⁽¹⁾، وفي العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، وهو من كتب الأحناف: "سئل فيما إذا دفعت هند لزيد مبلغًا معلومًا من الدراهم، على سبيل القرض، فطالبته بالمبلغ المزبور، فقال: إنك دفعته لي هبة، وقالت: بل قرضًا، فهل يكون القول قولها يمينها في ذلك، وعليه رد مثل القرض المزبور؟ (الجواب): نعم، من دفع لآخر عينًا، ثم اختلفا، فقال الدافع: قرض، وقال الآخر: هدية، فالقول قول الدافع"⁽²⁾.

وقال البهوتي في كشف الفناع: "ولو سأله من ظاهره الفقر، أن يعطيه شيئًا، وأطلق، فدفعت إليه، ثم اختلفا هل هو قرض أو صدقة؟ (قُبل قول الدافع في كونه قرضًا)؛ لأنه أدرى بنيته"⁽³⁾. وهذا القول هو مذهب المالكية، حيث جاء في المدونة: "وأما ما أنفقت على زوجها، فذلك دين عليه موسرًا كان أو معسرًا، إلا أن يرى أنه كان منها لزوجها على وجه الصلة"⁽⁴⁾.

وجاء في التاج والإكليل: "لم يختلف قول مالك أن الرجل إذا أكل مال زوجته، وهي تنظر ولا تغير، أو أنفقت عليه ثم طلبته بذلك، أن ذلك لها، وإن كان عديمًا في حال الإنفاق، ويُقضى لها عليه بعد يمينها أنها لم تنفق ولا تتركه يأكل إلا لترجع عليه بحقها"⁽⁵⁾.

وبهذا يتبين أن الزوجة إذا شاركت في بيت الزوجية بما لها، ونوت بذلك مساعدة الزوج إلى حين أن يتوفر لديه المال، تم تنازعا في ذلك، فادعت الزوجة إنها دفعت المال قرضًا، وأدعى الزوج أنها متبرعة، فالقول قولها يمينها؛ لأنها كما قال الفقهاء هي أدرى بنيتها، وعلى الزوج إقامة البينة على خلاف ذلك.

ثالثًا - المشاركة بين الزوجين:

انفصال الذمة المالية بين الزوجين أمر متفق عليه بين جمهور العلماء، فإذا شاركت المرأة زوجها في تملك مسكن سواء عن طريق الشراء أو البناء، فإن لها الحق في الاشتراك في ملكية ذلك المسكن بنسبة المال الذي أسهمت به، وفقًا لما تم الاتفاق عليه بينهما في حالة وجود اتفاق مسبق، وهذا ما سبق أن قرناه في أن

(1) التسولي، البهجة شرح التحفة، ج2، ص404.

(2) ابن عابدين، العقود الدرية تنقيح الفتاوى الحامدية، ج2، ص84.

(3) البهوتي، كشف الفناع، ج2، ص274.

(4) المدونة، ج2، ص181.

(5) المواق، التاج والإكليل، ج4، ص193.

الأصل في العلاقات المالية بين الزوجين أن تطبق عليها القواعد العامة في المعاملات، وهو ما أقره مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشرة بدبي (دولة الإمارات العربية المتحدة) من 30 صفر إلى 5 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 9 - 14 نيسان (أبريل) 2005م، الفقرة: سادساً حيث جاء فيها: "إذا أسهمت الزوجة فعلياً من مالها أو كسب عملها في تملك مسكن، أو عقار، أو مشروع تجاري، فإن لها الحق في الاشتراك في ملكية ذلك المسكن، أو المشروع بنسبة المال الذي أسهمت به"⁽¹⁾.

أما في حالة عدم وجود اتفاق مسبق بين الزوجين، فهنا قد يقع الأشكال؛ فكثير من الأحيان يكون لكل من الزوجين مال، سواء عن طريق العمل أو الميراث أو غير ذلك، فيخلطان مالهما للإنفاق منه على بناء مسكن، أو شراءه، وهو أمر كثير الوقوع، وجرى به العرف بين الناس، وعادة ما يسجل هذا المنزل باسم الزوج، ولا إشكال في ذلك مادام قطار الحياة الزوجية يسير على نسق من الحب والوثام والمشاركة بين الزوجين.

ولكن في حال تكدر صفو العلاقة بين الزوجين بالشقاق أو الطلاق، فهنا يثار الإشكال، فقد تدعي الزوجة أنها شريكة في هذا المنزل بحكم ما انفقت من مالها في تأسيسه، وينكر الزوج ذلك، أو يدعي أن مساهمتها فيه كانت على سبيل الهبة أو التبرع، وأنه لو علم أن نيتها خلاف ذلك لما قبل منها هذه المشاركة.

والذي يترجح لي في هذه المسألة أن ملكية هذا المسكن تكون حسب مشاركة كل من الزوجين فيه، ولكل منهما إثبات قدر حصته بكافة طرق الإثبات المعتمدة، ويكون لقاضي الموضوع المفاضلة بين ما يقدمه كل منهما من بينات تثبت حقه.

وذلك لأن هذا المسكن الذي أسس حال قيام العلاقة الزوجية لم يكن اجتهاداً منفرداً من الزوج فقط، وإنما كان باشتراك من زوجته التي انفقت ما انفقت في تأسيس هذا البيت باعتباره بيتها وبيت أبنائها من بعدها، ومن ثم فهذا المسكن وإن كان في الظاهر المرئي للزوج إلا أنه في الواقع ونفس الأمر للزوجين معاً، فهناك عقد ضمني وإرادة مفترضة بين الزوجين أن الهدف من هذا المسكن هو مسكن الأسرة، وأن كليهما شريكاً فيه.

(1) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورات من 2 إلى 24، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الإصدار الرابع 1442هـ 2020م، ص472.

ويمكن ترجيح هذا الرأي على ضوء الآتي:

أولاً: أهمية مشاركة الزوجة في دفع ثمن هذا البيت أو جزء منه، والذي ما كان للزوج الحصول على هذا المسكن لولاء هذه المشاركة.

ثانياً: الإرادة الضمنية والعقد المفترض بين الزوجين يحمل معنى هذه الشراكة، فكما اشترك كل منهما في تحمل جزء من ثمن تأسيس هذا المسكن، وأن لكلاهما دور لا يمكن إنكاره أو إغفاله في ذلك فهما شركاء في الملكية كذلك.

ثالثاً: إن هذا النوع من الشراكة يتفق مع بعض أنواع الشركات التي عرفها الفقه الإسلامي، مثل شركة الملك⁽¹⁾، وشركة العقد⁽²⁾، بل أن هذه الشراكة تجمع كل وجوه الاشتراك الإنساني في الملك، أو البدن، أو العقد المفترض بينهما.

رابعاً: استقلال الزوج في هذه الحالة بما اكتسب رغم مشاركة زوجته له في ذلك يعد ظلماً واستغلالاً لحق زوجته التي انفقت ممتلكاتها في سبيل ذلك، وهذا ينافي قيم العدل والإنصاف بين المرء وزوجه، والتي جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيقها.

وقد ذكر الفقهاء قواعد مفيدة في حل مثل هذه النزاعات، فميزوا في متاع البيت بين ما يكون من شأن الرجل، وما يكون من شأن المرأة، وما يكون من شأنهما معاً، فيأخذ كل منهما ما يختص به، وما تنازعا عليه فالبينة على المدعي واليمين على من أنكر، وبيت الزوجية هو مما يكلف به الزوج باعتباره من النفقة الواجبة عليه للزوجة، فإذا ادعت الزوجة مشاركتها في ذلك فتلزم بإقامة البينة على ذلك، فإذا أقامت البينة قضى لها بذلك.

والمشرع الليبي في القانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارهما سكت عن هذه المسألة، واكتفى بالنص في المادة (21) على الأحكام الخاصة باختلاف الزوجين على أثاث البيت بتقرير أنه: "إذا اختلف الزوجان على أثاث البيت وأدواته، ولا بينة لكل واحد منهما، فما كان صالحاً للرجل أخذه الزوج بعد حلفه، وما كان صالحاً للنساء أخذته الزوجة بعد حلفها، وما كان صالحاً لكل من الزوجين اقتسماه عيناً، أو قيمة بعد حلفهما، ما لم يكن هناك شرط أو عرف يقضي بغير ذلك".

(1) شركة الملك: يقصد بها ثبوت الحق في شيء لاثنتين فأكثر على جهة الشيوع. ينظر: شركة الملك في الفقه الإسلامي، عصام خلف العنيزي، ص 623 وما بعدها.

(2) شركة العقد: هي عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في المال أو ربحه. ينظر: الشركات في الفقه الإسلامي، رشاد حسن خليل، ص 44.

وهذا النص وإن لم يذكر فيه ما يتعلق بالمسكن ذاته إلا أنه يمكن الاستعانة به كأساس يمكن بموجبه فك هذه المشاركة في حالة الاختلاف، فكما يحل الخلاف على أثاث البيت وأدواته بإقامة البينة لمن يدعي الملكية من الزوجين، وإلا اقتسماه عيناً أو قيمة بعد حلفهما، كذلك فإن من يدعي ملكية البيت أو جزء منه عليه إقامة البينة على ذلك، فإن عجز كل من الزوجين على إقامة البينة على ذلك فيقسم البيت بينهما عيناً إن أمكن، وإلا قيمة بعد حلفهما على ذلك.

الخاتمة

في خاتمة هذا البحث أحمد الله تعالى أن يسر إتمامه، وأشير هنا إلى أهم النتائج والتوصيات:

أولاً- النتائج:

- 1- لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر، ولا حق للزوج في مال زوجته إلا برضا منها وطيب نفس، وإلا كان من باب أكل أموال الناس بالباطل، وعقد الزواج لا يسوغ للزوج التعدي على مال زوجته، أيًا كان مصدره.
- 2- الزوج هو المكلف شرعًا بالنفقة على الزوجة، ولا يجب على الزوجة شرعًا المشاركة في النفقات الواجبة على الزوج ابتداءً، ولا يجوز إلزامها بذلك، ومن ذلك توفير المسكن المناسب.
- 3- تطوع الزوجة بالمشاركة في نفقات الأسرة أمر مندوب إليه شرعًا، لما يترتب عليه من تحقيق معنى التعاون والتآزر والتآلف بين الزوجين.
- 4- التعاملات المالية بين الزوجين تنطبق عليها الأحكام الشرعية للمعاملات المالية بشكل عام.
- 5- إذا اختلف الزوجان في ملكية شيء فلا بد للمدعي منهما أن يقدم الإثبات على صحة دعواه، ويكون ذلك أمام القضاء، والأولى أن يتم ذلك بالتصالح بينهما، فالصلح خير.

ثانيًا- التوصيات:

- 1- لا بد لكل واحد من الزوجين أن يحفظ حقوق الآخر كاملة، ومنها الحقوق المادية.
- 2- ينبغي أن يتوافق الزوجان على القضايا المالية، حتى لا يؤثر خلافهما فيها على حياتهما الزوجية.
- 3- ينبغي توثيق العلاقات المالية بين الزوجين، ولا يُعتمد على عامل المحبة والمودة بينهما، حتى لا يؤدي ذلك إلى نزاع وشقاق وضياع للحقوق في المستقبل.
- 4- يجب الالتزام في حل قضايا المجتمع المسلم بصفة عامة بتطبيق أحكام الشريعة، وعدم الانخداع بالشعارات التي ترفع بعض الدول الغربية من المساواة، وحقوق المرأة، ونحوها، التي يراد بها في الحقيقة هدم كيان المجتمعات المسلمة، وإيقاع الفرقة بين شقي المجتمع.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المصادر

- ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن مُجَدِّد ابن تيمية الحارثي الحنبلي، الفتاوى الكبرى، تحقيق: مُجَدِّد عبد القادر عطا، ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1408هـ 1987م.
- ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة بيروت، 1379م.
- ابن حزم، علي بن مُجَدِّد بن سعيد بن حزم، المحلى، مطبعة النهضة.
- ابن رشد، أبو الوليد مُجَدِّد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق: مُجَدِّد حجي، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1404هـ 1984م.
- ابن عابدين، مُجَدِّد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 1423هـ 2003م.
- ابن عابدين، مُجَدِّد أمين بن عمر بن عبد العزيز ابن عابدين، العقود الدرية تنقيح الفتاوى الحامدية، دار المعرفة، بيروت، بدون رقم الطبعة وسنة النشر.
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن مُجَدِّد بن قدامة المقدسي الجماعيلي، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح مُجَدِّد الحلو، دار عالم الكتب الرياض، ط1، 1406هـ 1986م.
- ابن ماجة، مُجَدِّد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، مكتبة المعارف، الرياض، ط1.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن مُجَدِّد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت.
- أبو يعلى، أبو الحسين ابن أبي يعلى، مُجَدِّد بن مُجَدِّد، طبقات الحنابلة، تحقيق: مُجَدِّد حامد الفقي، دار المعرفة - بيروت
- الإمام مالك، مالك بن أنس بن عامر الأصبحي، المدونة الكبرى، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت.
- البخاري، عبد العزيز بن أحمد بن مُجَدِّد، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق: عبد الله محمود مُجَدِّد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ 1997م.
- البخاري، مُجَدِّد بن إسماعيل، الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله ﷺ وسننه وأيامه المسمى صحيح البخاري، المطبعة السلفية بالقاهرة، ط1، 1400هـ.

- البغدادي، عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، شركة القدس القاهرة، الطبعة الأولى، 1424هـ، 2003م.
- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط1، 1421هـ 2000م.
- البهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي، دار الفكر، بيروت، 1402هـ.
- الترمذي، مُجَّد بن عيسى السلمى، سنن الترمذي، تحقيق: أحمد شاکر وآخرين، دار إحياء التراث، بيروت.
- التسولي، علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ، 1998م.
- تيراوي، مُجَّد أمين، استقلالية الذمة المالية للمرأة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مجلة الشريعة والاقتصاد، معهد الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، العدد 16 ربيع الثاني 1442هـ، ديسمبر 2019.
- الخطاب، مُجَّد بن مُجَّد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية بيروت.
- خليل، رشاد حسن، الشركات في الفقه الإسلامي، دار الرشيد للنشر، الطبعة الثالثة 1981م.
- الدردير، أحمد بن مُجَّد بن أحمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، القاهرة.
- الزحيلي، وهبة، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، ط1، 1406هـ، 1986م.
- السندي، مُجَّد بن عبد الهادي التتوي، أبو الحسن، نور الدين السندي، حاشية السندي على سنن ابن ماجه، دار الجيل بيروت، بدون طبعة.
- الشافعي، مُجَّد بن إدريس، كتاب الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، ط1، 1422هـ 2001م.
- الشربيني، مُجَّد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج لمعرفة ألقاظ المنهاج، دار الفكر العربي، بدون رقم الطبعة وسنة النشر.

- الشوكاني، مُجَّد بن علي بن مُجَّد، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تحقيق: عصام الدين الصبابي، دار الحديث، مصر، ط1، 1413هـ 1993م.
- الصنعاني، عبد الرزاق، مصنف عبد الرزاق، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، الهند، ط2، 1403هـ.
- الطحاوي، أحمد بن مُجَّد بن سلامة الأزدي، مختصر اختلاف العلماء للطحاوي، تحقيق: عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط2، 1417هـ.
- عفانة، حسام الدين بن موسى، فتاوى يسألونك، مكتبة دنديس والمكتبة العلمية ودار الطيب فلسطين، ط1، 1427 - 1430 هـ.
- العنيزي، عصام خلف، شركة الملك في الفقه الإسلامي، مجلة كلية دار العلوم بجامعة القاهرة، العدد 75 السنة 2014م.
- القرطبي، مُجَّد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ 2003م.
- مالك، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، 1415هـ، 1994م.
- ● الماوردي، أبو الحسن علي بن مُجَّد بن مُجَّد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، بدون رقم الطبعة وسنة النشر.
- المرداوي؛ علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، تحقيق: مُجَّد حامد الفقهي، دار إحياء التراث، بيروت، بدون رقم الطبعة وسنة النشر.
- مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، المسمى المسند الصحيح المختصر من السنن، دار طيبة، ط1، 1427هـ 2006م.
- المواق، مُجَّد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1398هـ.
- النسائي، عبد الرحمن أحمد بن شعيب، السنن الكبرى، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1421هـ 2001م.
- نعييرات، أيمن أحمد، الذمة المالية للمرأة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2009م. (غير منشورة).

اجراءات الإخطار بالشبهة لمكافحة تبييض الأموال في التشريع الجزائري
*Suspicion notification is complete to combat money
 laundering*

الدكتورة /بوقطوشة وردة*

المخبر: دراسات وأبحاث حول المجازر الاستعمارية، جامعة محمد أمين دباغين، سطيف 2

الأستاذة الدكتورة / باطلي غنية

أستاذة - كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد أمين دباغين، جامعة سطيف 2

الجزائر

ملخص:

يعتبر واجب الإخطار بالشبهة التزاما بنكيا مفروضا على كل بنك داخلي أو دولي، وذلك للحد أو للقضاء على جريمة تبييض الأموال التي تشكل خطرا كبيرا على كل المجالات الاقتصادية والسياسية وحتى الاجتماعية. حيث تعمل كل الدول على تحفيز سياسة الإخطار عن أي اشتباه بتبييض الأموال من خلال تبليغ خلية معالجة الاستعلام المالي بكل عملية مشبوهة، لأن الإخطار ينصب على العمليات المشبوهة وليس على كل العمليات مهما كانت طبيعتها، والتي تثير شكوكا حول مصدرها غير المشروع أي متحصل عليها من جريمة أو موجهة من أجل تمويل الإرهاب، ويكون الإخطار بحسب الشكل المقرر قانونا تحت طائلة العقوبة.

الكلمات المفتاحية: بنوك، تبييض الأموال، إخطار بالشبهة

Abstract:

The suspicious transaction report is a bank commitment to which all local or foreign banks are subject; that's why all countries try to motivate of policy of suspicious transaction report to uncover any

suspicious transaction whatever its nature that can be indented to be used in supporting terrorism or financing crimes.

Keywords: banks, money laundering, suspicious transaction report.

مقدمة:

تعتبر البنوك القناة الأساسية لتبييض الأموال وذلك بسبب تنوع الخدمات التي تقدمها، والذي يرافقه تنوع في وسائل الدفع الموضوعة تحت تصرف الزبائن سواء أكانت تقليدية أو إلكترونية، كالشيكات وبطاقات الدفع والتحويل المصرفي من وإلى الخارج وغيرها من العمليات المصرفية. والتي تجعل من البنوك أكثر المؤسسات التي تستهدف فيها جريمة تبييض الأموال، ولم يتوصل فقهاء القانون الجنائي إلى تعريف جامع مانع لهذه الجريمة نظراً لسرعة تطورها الذي يساير تطور التكنولوجيا الحديثة¹.

فمن وجهة نظر ضيقة تعرف على أنها: " الأموال غير المشروعة الناتجة عن تجارة المخدرات والمؤثرات العقلية. أو عن جريمة تمويل الإرهاب فقط دون الجرائم الأخرى"

ومن بين الجهات التي أخذت بهذا التعريف نجد: اتفاقية فيينا لسنة 1988 الخاصة بمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية، الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب المعتمدة من قبل الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة يوم 1990/12/09².

أما من وجهة نظر موسعة فتبييض الأموال " يشمل جميع الأموال القذرة الناتجة عن جميع الجرائم والأعمال وليس فقط تلك الناتجة عن تجارة المخدرات والمؤثرات العقلية، أو عن تمويل الإرهاب"³.

وهناك جانب من الفقه يعرف تبييض الأموال بأنه " عملية يلجأ إليها من يعمل بتجارة المخدرات والجريمة المنظمة أو غير المنظمة لإخفاء المصدر الحقيقي للدخل غير المشروع والقيام بأعمال أخرى للنمو به، كي يتم إضفاء الشرعية على الدخل غير المشروع"⁴، كما يؤكد البعض في مقارنته للجريمة

¹ M. Koutouzis, J-F. Thony, Le blanchiment, Que sais-je, Paris , 2005, pp. 23-24. Voir aussi: E. Vernier, Techniques de blanchiment et moyens de lutte, 2^{ème} éd, Dunod., Paris, 2008, p 126-127.

² عياد عبد العزيز، تبييض الأموال والقوانين والإجراءات المتعلقة بالوقاية منها ومكافحتها في الجزائر، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص17، 18.

³ B. Perrin , La lutte contre le blanchiment d'argent : pistes d'actions entre prévention et répression, éd l'Harmattan, paris, 2009, p 25. Voir aussi: C. Foudjem, Blanchiment de capitaux et fraude fiscale, Paris : l'Harmattan, 2011, pp. 26-27.

⁴ "Le blanchiment de capitaux peut affecter la solidité du secteur financier d'un pays, ainsi que la stabilité de ses institutions financières", in: J. Mc Dowell, G. Novis, Les conséquences du blanchiment des capitaux et de la délinquance financière / Trad. de l'américain par service

تبييض الأموال وفقا للقانون الأمريكي أن جريمة تبييض الأموال ما هي إلا عملية من شأنها إخفاء المصدر غير المشروع الذي جاءت منه الأموال¹.

ونظرا لخطورتها على جميع الأصعدة نجد أن كل التشريعات الوطنية أو الدولية تعمل على وضع آليات وسبل للقضاء على هذه الجريمة أو على الأقل التقليل من آثارها باعتبارها جريمة ذات طابع دولي يصعب التحكم بها، وهذا من خلال إبرام اتفاقيات دولية وإنشاء أجهزة ولجان تعاون دولي تعمل على الرقابة الدائمة للأموال العابرة للحدود والمشتبه في مصدرها.

والجزائر كغيرها من الدول تعمل على مواجهة ومكافحة هذه الجريمة، من خلال تكثيف علاقاتها الدولية والعمل على سن تشريعات للحد منها، وكذلك العمل على خلق آليات وأجهزة مختصة في الرقابة على سير حركة رؤوس الأموال في الجزائر والخارج، كما ركز المشرع على تفعيل دور البنوك والمؤسسات المالية باعتبارها القناة الأكثر استهدافا من خلال إجراءات الرقابة القبيلية والبعدية.

وتعالج هذه الورقة البحثية أحد الإجراءات القانونية المهمة جدا في مكافحة هذه الجريمة والحد منها والمتثلة في واجب الإخطار بالشبهة كآلية لمكافحة تبييض الأموال، لذلك فالهدف الذي نصبو إلى تحقيقه يرتبط أساسا بجريمة تبييض الأموال وطرق مجازمتها من خلال عنصر الالتزام بالإخطار للشبهة، والإشكالية التي يمكننا طرحها هي: ما مدى كفاية وفعالية واجب الإخطار بالشبهة للحد على جريمة تبييض الاموال؟

للإجابة على الإشكالية أعلاه استوجب اعتماد المنهج التحليلي خاصة عند تحليل النصوص القانونية بالإضافة إلى المنهج المقارن في بعض المواضيع ذات الصلة بالدراسات المقارنة لاسيما التشريعات المقارنة التي عاجلت آلية الإخطار بالشبهة في جرائم تبييض الأموال، لذلك قسمنا هذه الورقة البحثية إلى مبحثين

المبحث الأول: نطاق التزام الإخطار بالشبهة.

المبحث الثاني: إجراءات الإخطار بالشبهة.

linguistique IIP/ G/ AF, Perspectives économiques-La lutte contre le blanchiment des capitaux, vol. 6, n° 2, mai 2001, p. 6.

¹ عياد عبد العزيز، المرجع السابق، ص18.

المبحث الأول: نطاق التزام الإخطار بالشبهة

لقد أوجبت الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ضرورة العمل على مكافحة تبييض الأموال بكل الطرق والوسائل بما فيها واجب الإخطار بالشبهة عملا منها على محاولة الحد من هذه الظاهرة الإجرامية¹ "على أنه يتعين على كل دولة طرف إنشاء وحدة استخبارات مالية تعمل كمركز وطني لجمع وتحليل وتعميم المعلومات تجنباً لوقوع تبييض الأموال...".

التي أصبحت تقلق المجتمع الدولي، وفي هذا الصدد عمدت الجزائر الى تأكيد رغبتها في وقاية النظام البنكي الجزائري بما يضمن سير العمل من خلال وضع إجراءات وقائية، و إنشاء هيئة وطنية مكلفة بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الارهاب ومكافحاتهما تتمثل في خلية معالجة الاستعلام المالي، مع إلزام البنوك والمؤسسات المالية على ضرورة الالتزام بواجب الإخطار بالشبهة أو ما يصطلح عليه بالتصريح أو الابلاغ عن الشبهة وهذا بموجب القانون 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الارهاب ومكافحتهما المعدل والمتمم².

وعليه سنحدد

- **المطلب الاول: مفهوم التزام الاخطار بالشبهة.**

- **المطلب الثاني: تحديد شروط الإخطار بالشبهة**

¹ نصت المادة 7 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية تم المصادقة عليها في الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-55 المؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1422 الموافق ل5 فبراير 2002، يتضمن التصديق بتحفظ على اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية المعتمدة من طرف الجمعية العامة لمنظمة الامم المتحدة يوم 15/نوفمبر 2000، ج ر ع 9 ، المؤرخ في 10/02/2000.

² القانون رقم 05-01 المؤرخ في 6 فبراير سنة 2005 والمتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، ج ر عدد 11 لسنة 2005. المعدل والمتمم بالأمر 12-02 المؤرخ في 13 فبراير 2012، الجريدة الرسمية عدد 8. لسنة 2012 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 15-06 مؤرخ في 15 فبراير سنة 2015، ج ر عدد 08، لسنة 2015.

المطلب الأول: مفهوم التزام الإخطار بالشبهة

تعد البنوك والمؤسسات المالية من أهم قنوات تبييض الأموال ، مما يجعل دورها هام في الوقاية منه ومكافحته، وازداد اهتمام الدول بضرورة العمل على وقاية النظام البنكي من النشاطات الإجرامية¹، وذلك بتسخير إجراءات الرقابة الداخلية والخارجية وفرض مجموعة من الالتزامات الوقائية والكشفية لمواجهة الجريمة على البنوك، والإخطار بالشبهة يعد من أهم الإجراءات الكشفية لعمليات تبييض الأموال، حيث تنص المادة 19 من القانون 05-01 المعدل والمتمم على إلزام المؤسسات المالية والمؤسسات والمهنة غير المالية على ضرورة الإخطار عن العمليات المالية المشبوهة بتبييض الأموال²، وهذا ما أكدته النظام 12-03³، هذا الإجراء له أهمية كبيرة في مجال الكشف عن تبييض الأموال. وعليه سنحدد مفهوم الإخطار بالشبهة (الفرع الأول) وتحديد الأشخاص الخاضعين لواجب الإخطار بالشبهة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التزام الإخطار بالشبهة

نتطرق الى تعريف هذا التزام إخطار الشبهة من منظور فقهي، ثم في إطار الاتفاقيات والمواثيق الدولية.

أولاً: تعريف الفقهي:

الإخطار أو الإبلاغ أو الإفصاح هو إفصاح البنوك وغيرها من المؤسسات المالية التي حددها القانون. عما يكون لديها من معلومات متعلقة بعمليّة مالية يبدو من قيمتها أو الظروف التي تمت فيها بأنها متعلقة بتبييض الأموال غير مشروعة⁴، للجهة المختصة بتلقي البلاغات ويعتبر التصريح بالاشتباه آلية استباقية للكشف عن الأموال ذات المصدر غير المشروع والتي يتم تداولها عبر القنوات البنكية.

¹ فضيلة ملهاق، وقاية النظام البنكي الجزائري من تبييض الأموال، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 169.

² المعدلة والمتممة بنص المادة 10 من الأمر 12-02 المعدل والمتمم للقانون رقم 05-02 المتعلق بتبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، المؤرخ في 13 فبراير 2012، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 08، الصادرة بتاريخ 15 فبراير 2015.

³ المادة 12 من النظام 12-03. المؤرخ في 28 نوفمبر 2012، المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب، جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية عدد 12، الصادر بتاريخ 27 فبراير 2013.

⁴ ادريس باخوية، "جريمة تبييض الأموال، المكافحة والعواقب"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 1، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، جانفي 2012، ص 168 .

1-تعريف إخطار شبهة عن جريمة تبييض الأموال حسب توصيات بازل¹

تتضمن توصيات بازل العديد من المبادئ التي يتعين على المصرفيين إتباعها للسيطرة على غسل الأموال، ومن بين هذه المبادئ هي كشف سرية العمليات المصرفية للسلطات المختصة عند التأكد أن بعض العملاء يعمدون إلى غسل أموالهم² ومن أهم المبادئ الأساسية لها لسنة 1998، ضرورة التأكد من توافر سياسات وإجراءات بشأن حفظ السجلات والإخطار عن المخالفات والتقيد بالتشريعات والضوابط في هذا الشأن³.

2-تعريف إخطار شبهة عن جريمة تبييض الأموال حسب مجموعة العمل المالي (GAFI)

جاء ذكر مصطلح إخطار شبهة ضمن التوصية الثالثة عشر، حيث أوصت على ضرورة إخطار الجهات المعنية عن المعاملات المالية المشتبه فيها والتي تثير أي شكوك حول تبييض الأموال⁴. حيث لم تقتصر هذه التوصيات ضرورة التبليغ على البنوك فقد وإتفا امتدت لتشمل المؤسسات المالية غير البنكية، كما أكدت ضرورة اتخاذ السلطات الوطنية المختصة الإجراءات اللازمة لتطبيق هذا الالتزام على أوسع نطاق. إضافة الى وجوب قيام مجموعة عمل بتحديد إمكانية وضع قائمة عامة للحد الأدنى من المؤسسات المالية غير البنكية، والهيئات الأخرى التي تتعامل في المسائل المالية الواردة في هذه التوصيات (التوصيات رقم 10،11،09)⁵.

3-تعريف إخطار بالشبهة اتفافية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية:

ورد ضمن المادة السابعة من الاتفاقية، دعوة لكل دولة لتنفيذ تدابير مجدية من أجل الكشف ورصد حركة النقل والصكوك القابلة للتداول ذات الصلة عبر حدودها⁶.

¹ توصيات بازل صدرت هذه التوصيات عن المجموعة العشرة وهي عبارة عن عدد من البنوك المركزية وبعض المؤسسات المالية ذات الطابع الاشتراكي، اجتمعت في بازل بسويسرا عام 1988.

² لعشب علي، الإطار القانوني لمكافحة غسل الأموال، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، 2007، ص 44.

³ مصطفى كمال السيد طایل، غسل الأموال وعلاقته بالاقتصاد الخفي، ط1، المكتبة الأكاديمية، مصر، 2016، ص 144.

⁴ لجنة عمل مالية تهدف الى اتخاذ خطوات فعالة لمكافحة غسل الأموال، ولقد اتخذت 40 توصية تحمل استراتيجيات شاملة من أجل منع تبييض الأموال والتأكيد على التعاون الدولي.

⁵ فاطمة الزهرة ليراتي، "الالتزامات الملقاة على عاتق المؤسسات المالية للوقاية من جريمة تبييض الأموال"، مجلة العلوم الانسانية، العدد السادس، جامعة ام البواقي، ديسمبر 2016، ص 56.

⁶ لعشب علي، المرجع السابق، ص 50.

حيث ألزمت كافة المؤسسات المالية المصرفية وغير المصرفية وكذا كل الهيئات المعرضة بشكل خاص لجرمة تبييض الأموال بالإبلاغ عن كل عملية مشبوهة تثير الشك في أنها تتعلق بتبييض الأموال. وهذا حسب النصوص القانونية التالية:

أوردت في المادة السادسة من الاتفاقية دعوة الدول الأطراف الى اتخاذ ما يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى في مجال تجريم العائدات الاجرامية. وشددت هذه الاتفاقية على إجراء مزيد من الجهد لمكافحة تبييض الأموال عبر تنظيم مؤسساتها المالية المصرفية أو غير المصرفية من خلال وضع نظام داخلي شامل للرقابة والإشراف عليها¹.

كما تناولت الاتفاقية بالتفصيل شؤون المساعدة القانونية من خلال طرح مجموعة كبيرة من الأساليب العملية التي تمكن الدول بواسطتها التعاون فيما بينها². فيما يخص التحقيقات والملاحقات والإجراءات القضائية حول الجرائم المنصوص عليها ضمن الاتفاقية³. وقد ركزت الاتفاقية بشكل كبير على أهمية التعاون الدولي وهذا من أجل تعزيز فعالية التدابير المنصوص عليها من أجل مكافحة الجرائم المحددة ضمنها. على أن تمد كل منها الاخرى المساعدة المماثلة عندما تكون لدى الدولة الطالبة دواعي معقولة للاشتباه في أن الجرائم المرتكبة عابرة للحدود الوطنية وقد تضمنت الاتفاقية قائمة تشمل طلبات المساعدة القانونية المتبادلة وذلك بتقديم السجلات المصرفية أو المالية أو التجارية أو بالتحفظ عليها⁴. ولضمان سرعة وسلامة تنفيذ هذه المساعدة نصت الاتفاقية على وجوب ضرورة تعيين سلطة مركزية لدى كل دولة طرف⁵.

¹ المادة 7 من اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة، المعتمدة من طرف الجمعية العامة لمنظمة الامم المتحدة يوم 15/نوفمبر 2000، ج ر ع 9، المؤرخ في 2000/02/10.

تم المصادقة عليها في الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-55 المؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1422 الموافق ل 5 فيفراير 2002، يتضمن التصديق بتحفظ على اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

² موفق نور الدين، مبدأ السرية المصرفية ودوره في مكافحة تبييض الأموال، ط1، دار النفائس، الاردن، 2018، ص76.

³ المادة 18 من الاتفاقية " تقدم الدول الأطراف لبعضها البعض، أكبر قدر ممكن من المساعدة القانونية المتبادلة في التحقيقات والملاحقات والإجراءات القضائية حسب ما تنص عليه المادة 3، وتمد كل منها الاخرى تبادلها بمساعدة مماثلة عندما تكون لدى الدولة الطرف الطالبة دواعي معقولة للاشتباه في أن الجرم المشار اليه في الفقرة 1 (أ) أو (ب) من المادة 3 ذو طابع وطني".

⁴ موفق نور الدين، المرجع السابق، ص76.

⁵ المادة 18 (13) من اتفاقية باليرمو " تعين كل دولة طرف سلطة مركزية تكون مسؤولة ومخولة بتلقي الطلبات المساعدة القانونية المتبادلة وتقوم بتنفيذ تلك الطلبات وإحالتها الى السلطات المختصة لتنفيذها".

ولقد أخذت المواثيق الدولية ضمن توصياتها والتي لم يتم التطرق لها جملة واحدة واجب الاخطار بالشبهة في إطار التعاون الدولي لكن دون تحديد مفهوم واضح للإخطار أو تحديد معاييره التي يتم الاستناد إليها.

الفرع الثاني: تعريف التزام الإخطار بالشبهة حسب التشريع الجزائري

يعد الاخطار بالشبهة إجراء قانوني يتم الاعتماد عليه لكشف جريمة تبييض الأموال يستمد أساسه في التشريع الجزائري ضمن المواد:

* المادة 20 فقرة 1 من القانون 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الارهاب ومكافحته المعدل والمتمم المعدلة بموجب المادة 10 من الأمر 02-12 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الارهاب¹ "دون الإخلال بأحكام المادة 32 من قانون الإجراءات الجزائية يتعين على الخاضعين إبلاغ الهيئة المختصة بكل عملية تتعلق بأموال يشتبه أنها متحصل عليها من جريمة أو يبدو أنها موجهة لتبييض الأموال و/ أو تمويل الارهاب "

-*المادة 9 من القانون 15-06 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب والمتممة للمادة 20 من القانون 05-02 "دون الإخلال بأحكام المادة 32 من قانون الاجراءات الجزائية يتعين على الخاضعين ابلاغ الهيئة المتخصصة بكل عملية تتعلق بأموال يشتبه انها متحصل عليها من جريمة أو يبدو أنها موجهة لتبييض الأموال و/ أو تمويل الارهاب ويتعين القيام بهذا الإخطار بمجرد وجود الشبهة حتى ولو تعذر تأجيل تنفيذ تلك العمليات أو بعد انجازها ويجب على الخاضعين ابلاغ الهيئة المتخصصة عن محاولات إجراء العمليات المشبوهة"²

* وجاء أيضا في نص المادة 12 من النظام رقم 12-03 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الارهاب ومكافحتهم³ " تخضع المصارف والمؤسسات المالية والمصالح المالية لبريد الجزائر قانونا الى واجب الإخطار بالشبهة في الشكل التنظيمي ويجب عليها أن تطالب وصل استلام."

¹ الأمر 02-12 المؤرخ في 20 ربيع الأول عام 1433 الموافق ل 13 فبراير 2012 يعدل وينتم القانون 05-01 والمتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الارهاب، ج ر ج ع 08 المعدل والمتمم.

² المادة 9 من القانون 06/15 تتم المادة 20 من القانون رقم 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض وتمويل الارهاب.

³ النظام 12-03، المؤرخ في 28 نوفمبر 2012، المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب، ج ر عدد 12، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2013.

يفهم من سياق هذه المواد أن المشرع الجزائري لم يضع تعريف واضح للإخطار بالشبهة وإنما حدد نطاق الأشخاص الخاضعين لهذا الواجب مع تحديد شروط تنفيذه وفق التنظيم الخاص. ومن خلال هذه النصوص يمكن تعريف التزام الإخطار بالشبهة على أنه: التزام الأشخاص الخاضعين لواجب الإخطار بالشبهة، تبليغ خلية معالجة الاستعلام المالي بكل عملية مالية مهما كانت طبيعتها، تثير شكوكا حول مصدرها غير المشروع، أي المتحصل عليها من جريمة أو موجهة من أجل تمويل الإرهاب وتكون الإخطار بحسب الشكل المقرر قانوناً¹، تحت طائلة المسؤولية القانونية في حالة الإخلال به.

المطلب الثاني: شروط الإخطار بالشبهة عن العمليات المشبوهة بتبييض الأموال

بما أن الإخطار بالشبهة هو إجراء قانوني يهدف من خلاله المشرع الى مواجهة والحد من ظاهرة تبييض الأموال، وذلك عن طريق تبليغ الهيئات المعنية بالإخطار أو التصريح للجهة المخولة بكل عملية تتعلق بمال متحصل من جريمة أو يشتبه فيه أو موجه لتمويل الإرهاب²، وهذا الاجراء يكون وفق نموذج وشكل محدد قانوناً كما يتضمن شروط معينة وعليه سنحدد شكل ونموذج الإخطار بالشبهة (الفرع الأول)، وتحديد ميعاد الإخطار بالشبهة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الالتزام بشكل ومحتوى الإخطار بالشبهة

حدد المشرع الجزائري نموذج الإخطار بالشبهة ومحتواه بحسب المرسوم التنفيذي رقم 06-05 المؤرخ في 9 يناير 2006³ الذي يتضمن شكل الإخطار بالشبهة ونموذجه ومحتواه ووصل استلامه. بحيث يجب على كل الخاضعين لواجب الإخطار الالتزام به والالتزام بتدوين كل المعلومات المتعلقة به.

أولاً: شكل الإخطار بالشبهة:

جاء تحديد شكل الإخطار بالشبهة في نص المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 06-05 المؤرخ في 9 يناير 2006 الذي يتضمن شكل الإخطار بالشبهة ونموذجه ومحتواه ووصل استلامه". يجرى الإخطار

¹ حسب المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 06-05 المؤرخ في 9 يناير 2006 الذي يتضمن شكل الإخطار بالشبهة ونموذجه ومحتواه ووصل استلامه، الجريدة الرسمية العدد 2، 15 يناير 2006.

² الإخطار بالشبهة في القانون الجزائري، مقال منشور على الموقع // <https://eliteandtruth.blogspot.com/1/12/2021.21h>

³ المرسوم التنفيذي رقم 06-05 المؤرخ في 9 جانفي 2006، المتضمن شكل الإخطار بالشبهة ونموذجه ومحتواه ووصل واستلامه ج ر ج ع 02، الصادر بتاريخ 15 جانفي 2006.

بالشبهة ووصل الاستلام وفق نموذج موحد¹. وعليه نجد أن المشرع الجزائري وحد نموذج الإخطار بالشبهة وجعه ملزما لكل الأشخاص الخاضعين له. ونصت المادة 03 من نفس المرسوم "يجر الإخطار بالشبهة ووصل الاستلام المذكور في نص المادة 02 على المطبوعين المطابقين للنموذج المحفوظ لدى الهيئة المتخصصة وفق الملحق الأول والثاني".

أما بالنسبة لاقتراح شكل وصل الاستلام فتركه المشرع للخلية، وألزمت الجميع بكتابة المعلومات بشكل واضح عن طريق الرقن أو اليا بدون حشو أو شطب (المادة 05 من نفس المرسوم). مع ذكر المعلومات المتعلقة بالأشخاص الطبيعيين أو المعنوية والعمليات المالية الجزأة بدقة فائقة، مع ضرورة ذكر هذا النموذج ثم إرفاقه بالمرسوم السالف الذكر². وأخذ المشرع الجزائري بوجود الإخطار كتابة كما هو معمول به في العديد من الدول، على العكس من بعض الدول التي تسمح بالإخطار الشفوي خاصة في حالة الاستعجال وبالإخطار الإلكتروني وهو ما يسهل كشف العمليات المشبوهة³.

ثانيا: تحديد الشروط المتعلقة بمضمون الإخطار بالشبهة

يحتوي الإخطار بالشبهة على ستة بيانات الزامية تم النص عليها وفق المادة 5 من المرسوم التنفيذي

05-06 المتضمن شكل الإخطار بالشبهة:

- معلومات حول المخاطر (مؤسسة بنكيه - العنوان - الهاتف - الفاكس)
- معلومات حول الهوية (يجب تحديد الهوية الكاملة وكذا تاريخ ومكان الازدياد بالنسبة للشخص الطبيعي) بالنسبة للشخص المعنوي (تحدد عنوان الشركة، الطبيعة القانونية، النشاط، التعريف الجبائي أو رقم المؤشر الاحصائي).
- معلومات حول العمليات محل الشبهة (نوعها وتاريخها وعددها ومبلغها الاجمالي ومصدر الأموال)
- دواعي الشبهة، وذلك بوضع علامات أمام احدى الاقتراحات المدونة على وثيقة الإخطار بالشبهة

¹ المادة 2 من المرسوم التنفيذي 05-06 الذي يتضمن شكل الإخطار بالشبهة ونموذجه ووصل استلامه. "ينشأ نموذج وحيد للإخطار بالشبهة ووصل استلام الأخطار"

² ملهاق فضيلة، المرجع السابق، ص145.

³ بن سماعيل سلسبيل، "المسؤولية الجزائية للمؤسسات المالية عن الاخلال بواجب الإخطار بالشبهة"، مجلة افاق علمية، المجلد 13، العدد 02، المركز الجامعي تمنراست، 2021، ص614.

- الخلاصة والآراء.

- توقيع الجهة المخطرة.

الفرع الثاني: الالتزام بميعاد وسرية إجراءات الاخطار بالشبهة

حدد المشرع الجزائري ميعاد خاص بالإخطار بالشبهة وألزم الخاضعين بالإخطار بضرورة السرية التامة في إجراء الإخطار وعليه سنحدد ميعاد الإخطار بالشبهة (أولاً) والالتزام بالسرية في إجراء الإخطار بالشبهة (ثانياً).

أولاً: ميعاد الإخطار بالشبهة

أما بالنسبة الى ميعاد الإخطار بالشبهة ألزمت المادة 20 فقرة 02 من القانون 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب والمتمة بموجب نص المادة 10 من القانون 15-06 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الارهاب ومكافحتهما المعدل والمتمم.

" يتعين القيام بهذا الإخطار بمجرد وجود الشبهة حتى ولو تعذر تأجيل تنفيذ تلك العملية أو بعد إنجازها " ولم يحدد المشرع الجزائري ميعادا مضبوطا للإخطار بالشبهة وإنما ترك للجهة المخطرة ميعاد الاخطار¹. وعليه يكون موعد الاخطار بالشبهة كأصل قبل تنفيذ العملية محل الشبهة الا إذا تعذر الأمر يمكن أن يتم بعد تنفيذ العملية محل الشبهة².

ثانياً: الالتزام بالسرية في إجراء الاخطار بالشبهة

أكد المشرع الجزائري على جانب السرية في إجراء الإخطار بما يضمن نجاح عمليات التحقيق وحتى في مواجهة صاحب العملية تحت طائلة العقوبات الجزائية والتأديبية المقررة في نص المادة 33 من القانون 05-01 المعدل والمتمم والمعدلة بموجب نص المادة 10 من الأمر 12-02 "يعاقب مسيرو وأعوان المؤسسات المالية والخاضعون الذين أبلغوا عما صاحب الأموال أو العمليات موضوع الاخطار بالشبهة بوجود هذا الإخطار أو اطلعوه على المعلومات حول النتائج التي تخصه بغرامة مالية 2.000.000 دج الى 20.000.000 دج دون الإخلال بعقوبات أشد وبأية عقوبة تأديبية أخرى". وعليه يتم معاقبة كل عون على مستوى البنوك والمؤسسات المالية والمؤسسات والمهين غير المالية

¹ دحمانى فريدة، "الالتزام بالإخطار بالشبهة دور مهم في مكافحة تبييض الاموال في الجزائر"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 02، تيزي وزو، ص274.

² المرجع نفسه، ص274.

حسب ما ورد في مفهوم نص المادة 02 من الأمر 12-02 عن أي إفشاء عمدي لصاحب الأموال أو العمليات محل الشبهة حول أي نتائج خاصة به وهو ما يعرقل سير إجراءات التحقيق وذلك بتقرير عقوبات جزائية وإدارية.

المبحث الثاني: اجراءات الإخطار بالشبهة

أكدت المواثيق والاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة تبييض الأموال على ضرورة إتباع الإجراءات القانونية اللازمة لكشف هذه الجريمة وضرورة الإخطار عن العمليات والأموال غير المشروعة ويقع هذا الالتزام على كل الخاضعون بنص القانون وهذا ما كرسه المشرع الجزائري (المادة 19 من القانون 05-02). لذا سنحدد الأشخاص الخاضعين لواجب الإخطار بالشبهة عن العمليات المشبوهة (المطلب الأول). والتعريف بمهيئة معالجة الاستعلام المالي كجهاز يتلقى الإخطار بالشبهة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحديد الجهات الملتزمة والمتابعة لواجب الإخطار بالشبهة

سنحدد من خلال هذا المطلب الجهات الملتزمة بواجب الإخطار بالشبهة من أجل مكافحة تبييض الأموال وهذا بتحديد الأشخاص الخاضعون لواجب الإخطار بالشبهة (الفرع الأول)، وتحديد الجهاز المختص بتلقي الإخطارات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد الأشخاص الخاضعون لواجب الإخطار بالشبهة

عرف المشرع الجزائري مصطلح الخاضع حسب المادة 04 من القانون 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب المعدل والمتمم "ان الخاضع هم الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الذين يجب عليهم القيام بالإخطار بالشبهة" والتي تم تعديلها بموجب المادة 02 من الأمر 12-02. والتي عرفت الخاضعون "المؤسسات المالية والمؤسسات والمهنة غير المالية الملزمة بالقيام بالأخطار بالشبهة. وعليه نجد ان المشرع وسع من دائرة الأشخاص الخاضعون لهذا الواجب لتشمل المؤسسات المالية والمؤسسات والمهنة غير المالية. كما لزم المشرع بموجب نص المادة 21 من القانون 05-01 مصالح الضرائب والجمارك. وأضاف المشرع المفتشية العامة للمالية وأملاك الدولة والخزينة العمومية وبنك الجزائر بموجب المادة 10 من

الامر 02-12 المعدلة للمادة 21 من القانون 05-01 بإرسال تقارير سرية بصفة عاجلة الى الهيئة المختصة فور اكتشافها لأموال مشبوهة اثناء إجراءات التحقيق والمتابعة. وعليه سنحدد:

اولا: الخاضعون لواجب الاخطار بالشبهة

يتمثل الخاضعون لواجب الإخطار بالشبهة حسب نص المادة 02 من الأمر 02-12 والمعدلة لنص المادة 04 من القانون 05-01:

1. المؤسسات المالية والتي تتمثل في:

البنوك والمؤسسات المالية والمصالح المالية لبريد الجزائر والمؤسسات المتشابهة الاخرى وشركات التأمين ومكاتب الصرف والتعاضديات والرهنانات والألعاب والكاзиноهات. والتي أصبحت ملزمة بموجب نص المادة 10 من الأمر 02-12 المعدلة للمادة 20 من القانون 05-01، بإبلاغ الهيئة المختصة بكل عملية تتعلق بأموال يشتبه أنها متحصل عليها من جريمة أو يبدو أنها موجهة لتبييض الأموال.

2. المؤسسات والمهنة غير المالية

كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطات غير تلك التي تمارسها المؤسسات المالية لاسيما على مستوى المهنة الحرة المنظمة خصوصا مهنة المحامين والموثقين ومحافظي الحسابات والسماصرة والوكلاء الجمركيين وأعوان الصرف والوسطاء في عمليات البورصة والأعوان العقاريين، وكذا تجار الأحجار الكريمة والمعادن الثمينة والأشياء الأثرية والتحف الفنية¹.

ثانيا: الملتمزمون بإرسال تقارير سرية للهيئة المختصة حول اكتشاف أموال مشبوهة مرتبطة بتبييض الأموال

أقر المشرع الجزائري من خلال نص المادة 10 من الأمر 02-12 المعدلة للمادة 21 من القانون 05-01 أنه يستوجب على كل من:

* مصالح الضرائب والجمارك وأملاك الدولة والخزينة العمومية وبنك الجزائر ملزمة وبصفة مستعجلة إرسال تقريراً سرى إلى الهيئة المختصة، بمجرد اكتشافها لوجود أموال أو عمليات مشبوهة متحصل عليها من جريمة أو موجهة لتبييض الأموال أو تمويل الإرهاب².

¹ المادة 4 فقرة 5 من الأمر 02-12، المرجع السابق.

² وسع المشرع الجزائري من دائرة الملتمزمين بإرسال التقارير السرية من خلال اضافة كل من المفتشية العامة للمالية، واملاك الدولة والخزينة العمومية وبنك الجزائر.

الفرع الثاني: خلية معالجة الاستعلام المالي

تتمثل أليات المراقبة والمكافحة على مستوى التشريعات المحلية في إحداث أجهزة تعرف عموما بوحداث الاستعلام المالي تكتسي أحيانا طبيعة بوليسية مثل: مصلحة استعلامات الإجرام الوطني البريطاني **N.C.I.S.B.** أو طبيعة إدارية مثل خلية الإجرام الأمريكية **FRACFI**¹، أما المشرع الجزائري أقر إنشاء جهاز خاص بتلقي الإخطار بالشبهة بموجب المرسوم التنفيذي رقم **127/02 المؤرخ في 07 أفريل 2002**² يتضمن إنشاء خلية معالجة الاستعلام المالي وتنظيمها وعملها، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم **157/13 المؤرخ في 15 أبريل 2013**، والمتضمن إنشاء خلية معالجة الاستعلام المالي وتنظيمها وعملها. وعليه سنحدد تشكيلة هذه الخلية وتحديد الصلاحيات التي تقوم بها:

أولا: التعريف بخلية معالجة الاستعلام المالي:

اعتبر المشرع الجزائري خلية الاستعلام المالي الجهة الوحيدة التي تتلقى الإخطارات بالشبهة عن العمليات التي تضمن تبييض الأموال، تم إنشاءها وفق المرسوم التنفيذي **127/02** والذي حدد التشكيلة الخاصة بالخلية³، وكذا طبيعتها القانونية، حيث تعد خلية معالجة الاستعلام المالي مركزا للمعلومات حول الدائرة المالية غير الرسمية أو غير الشرعية، فهي عبارة عن مصلحة للخبرة تكشف عن تبييض الأموال وتمويل الإرهاب.

وقد تم تطبيق المرسوم سنة **2004** وبالتالي نصبت الخلية في **2014** وتعد أول آلية لمكافحة الفساد في الجزائر⁴.

¹ لعشب علي، المرجع السابق، ص.128.

² المرسوم التنفيذي رقم **127-02** المؤرخ في 24 محرم 1423، الموافق ل 7 ابريل سنة 2002 والمتضمن إنشاء خلية معالجة الاستعلام المالي وتنظيمها وعملها.

³ المادة 10 من المرسوم التنفيذي **127/02** تتشكل الخلية من 7 أعضاء، رئيس وأربعة أعضاء يتم اختيارهم لكفاءتهم في المجالات البنكية والمالية والأمنية، وقاضيين يتم تعيينهم من وزير العدل بعد استطلاع رأي المجلس الأعلى للقضاء، ويتم تعيينهم بموجب مرسوم رئاسي لمدة اربعة سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة.

⁴ هاشمي وهيبية، "خلية معالجة الاستعلام المالي"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية، المركز الجامعي تمنغاست، الجزائر، العدد 4، جوان 2013، ص162.

ثانيا: تنظيم خلية معالجة الاستعلام المالي:

سيتم تحديد الطبيعة القانونية لخلية الاستعلام المالي وتحديد تشكيلتها الأساسية من أجل ممارسة مختلف المهام الموكلة اليها.

1- الطبيعة القانونية لخلية معالجة الاستعلام المالي

تتمتع الخلية بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي حسب ما جاء في نص المادة 2، 1 من المرسوم التنفيذي 02-127، على إنشاء لدى الوزير المكلف بالمالية "خلية مستقلة لمعالجة الاستعلام المالي" وتحديد طبيعتها القانونية كمؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي مع تحديد مقرها بمدينة الجزائر.

2- تشكيلة خلية معالجة الاستعلام المالي

يدير الخلية مجلس ويسيرها أمين عام ويتشكل مجلس الخلية من ستة أعضاء منهم الرئيس يختارون لأجل كفاءتهم في المجالين القانوني والمالي بموجب مرسوم رئاسي لمدة 4 سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة (المادة 9 و 10 من المرسوم التنفيذي 02-127 السالف الذكر).

تتخذ قرارات مجلس الخلية بالإجماع ويمارس أعضائه مهامهم بصفة دائمة ويكونون مستقلين خلال عهدتهم عن الهياكل والمؤسسات التابعين (المادة 10 و 11 من المرسوم التنفيذي رقم 02-127).

يلتزم أعضاء الخلية والأشخاص الذين تستعين بهم بالسرية المهني، حتى اتجاه ارادتهم الأصلية، وباحترام واجب التحفظ طبقا للتشريع المعمول به (المادة 12 من المرسوم 02-127 السالف الذكر).

تضع الدولة تحت تصرف الخلية الوسائل المادية والبشرية الضرورية لتسييرها، ويعتبر رئيس الخلية الامر بالصرف طبقا للمواد 18، 19، 20 من المرسوم 02-127.

- يجوز للخلية الاستعانة بأي شخص ذوي خبرة معينة وإمكانية تبادل المعلومات مع الهيئات المختصة الاجنبية حسب مبدأ المعاملة بالمثل (المادة 08 من المرسوم التنفيذي 02-127).

ثالثا: صلاحيات خلية معالجة الاستعلام المالي

تتمثل صلاحيات الخلية في مجموعة من المهام المحددة في نص القانون والتي تتمثل في الصلاحيات على المستوى الدولي والوطني:

أ. صلاحيات خلية معالجة الاستعلام المالي على المستوى الدولي

- من أجل مواجهة ومحاربة جريمة تبييض الأموال حول المشروع الجزائري للخلية العديد من المهام ذات البعد الدولي، لتحقيق ذلك حول لها سلطة تبادل المعلومات مع الهيئات الأجنبية وفق مبدأ المعاملة بالمثل ومبدأ الالتزام بالسر المصرفي¹.
- التعاون الدولي: تشارك الخلية في النشاطات الدولية والتحقيقات المشتركة وتعمل على جمع كل البيانات الخاصة بوحدة الاستخبارات المالية في العالم والقوانين المتعلقة بالتعاون الدولي²، وهذا ما ورد في نص المادة 25 من القانون 05-01 المتعلق بمكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها المعدل والمتمم وأكدت على ضرورة ان يكون التعاون الدولي بتبادل المعلومات في إطار احترام الاتفاقيات الدولية والأحكام القانونية الداخلية المطبقة في مجال حماية الحياة الخاصة وتبليغ المعطيات الشخصية مع مراعاة ان تكون الهيئات الأجنبية المختصة خاضعة لنفس واجبات السر المهني مثل الهيئة المتخصصة³
- كذلك توقيع بروتوكولات اتفاق وتبادل المعلومات مع السلطات المختصة. حيث اجازت المادة 8 من المرسوم التنفيذي 02-127 للهيئة المختصة الانضمام الى منظمات جهوية ودولية تضم خلايا للإستعلام المالي ومجلس الهيئة المتخصصة.
- أن يتداول في موضوع تطوير علاقات التبادل والتعاون مع كل هيئة أو مؤسسة وطنية أو أجنبية أخرى تعمل في نفس ميدان الخلية.
- وبشكل عام، في إطار التعاون الدولي يتجلى الدور الوقائي الذي تلعبه خلية الاستعلام المالي في مجال التحري عن جرائم تبييض الأموال وعن كل النشاطات المتعلقة بها.
- كما وسع المشروع الجزائري من صلاحيات الخلية كهيئة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي في إطار مكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومراقبة حركة رؤوس الأموال المشتبه فيها.

¹ المادة 25 من القانون 05-01 المعدلة والمتممة بموجب المادة 10 من الأمر 12-02 يمكن للهيئة المتخصصة ان تطلع هيئات دول الأخرى التي تمارس مهام مماثلة على المعلومات التي تتوفر لديها حول عمليات تبييض الأموال وتمويل الإرهاب مع مراعاة المعاملة بالمثل وعدم استعمال هذه المعلومات لأغراض غير تلك المنصوص عليها في القانون"

² ملهاق فضيلة، وقاية النظام البنكي الجزائري من تبييض الأموال، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص136.

³ المرجع نفسه، ص140.

2. صلاحيات الخلية على المستوى الوطني

خول المشرع الجزائري لخلية معالجة الاستعلام المالي ببعض الصلاحيات من أجل مواجهة جريمة تبييض الأموال، ونخص بالذكر ما يلي:

* تقوم الخلية مباشرة بعد تلقي الإخطار بجمع كافة المعلومات وفحصها وتحليلها لتحديد مصدر الأموال والطبيعة الحقيقية للعمليات المشتبه بهما، فبمجرد تلقي الخلية الإخطار بالشبهة عن العمليات المشبوهة بتبييض الأموال أو التقارير السرية حول العمليات محل الشبهة تعمل الخلية على جمع المعلومات والبيانات المتعلقة بالعملية وهذا من أجل الكشف عن مصدر هذه الأموال كالإطلاع على الوثائق والمستندات التي يمكن ان تساعد الخلية من جمع الحقائق. وهذا ما ورد في نص المادة 5 من المرسوم التنفيذي 02-127 المتعلق بإنشاء خلية معالجة الاستعلام المالي وتنظيمها وعملها.

* تحليل ومعالجة المعلومات والوثائق المتعلقة بالعمليات المشبوهة بتبييض الأموال والتي تم الإخطار عنها وذلك من خلال دراسة كل المستندات والمعلومات والوثائق التي تم الحصول عليها من مختلف الجهات المختصة أو المتحصل عليها من طرف الجهات الأجنبية عن طريق التحليل والمعالجة وذلك بالاستعانة بالمختصين بذلك. (المادة 2 من المرسوم التنفيذي 02-127 السالف الذكر).

- اتخاذ القرارات حول حفظ ملف الإخطار بالشبهة عن العمليات المشبوهة بتبييض الأموال المخاطر عنها وذلك عند التأكد من عدم وجود شبهة تبييض الأموال والمؤشرات التي تدل عليها.

- ارسال ملف الإخطار بالشبهة الى وكيل الجمهورية المختص طبق القانون في كل مرة يحتمل أن تكون الوقائع المصرح بها مرتبطة بجريمة تبييض فالأموال (المادة 16فقرة 02 من القانون 05-01 المتضمن الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الارهاب ومكافحتها المعدل والمتمم)

* اقتراح النصوص القانونية، من خلال نص المادة 04 فقرة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 02-127 المتعلق بإنشاء خلية معالجة الاستعلام المالي وتنظيمها وعملها، يتضح أن المشرع الجزائري اعترف صراحة بذلك، حيث منح امتياز للخلية يتمثل في اقتراح مشاريع القوانين التي ترتبط بجرائم تبييض الأموال " تقترح كل نص تشريعي او تنظيمي يكون موضوعه مكافحة تمويل الارهاب وتبييض الأموال " .

- التعاون وتبادل الوثائق والمعلومات مع الجهات على المستوى الوطني من خلال التعاون مع البنوك والمؤسسات المالية واللجنة المصرفية من اجل مواجهة جريمة تبييض الأموال.

المطلب الثاني: اجراءات تنفيذ التزام الإخطار بالشبهة

تتم عملية الإخطار بالشبهة من خلال اتباع مجموعة من الاجراءات القانونية تلتزم البنوك والمؤسسات المالية بموجب المادة 10 فقرة 2 من القانون 05-01 بإعداد تقارير سرية في حالة ما اذا تمت عملية ما في ظروف تثير الشك والغموض وفقا لما جاء في نصها على انه: "اذا تمت عملية ما في ظروف من التعقيد غير عادية أو غير مبررة أو تبدو أنها لا تستند الى مبرر اقتصادي أو الى محل مشروع أو في الحالات التي يفوق مبلغ العملية حدا يتم تحديده عن طريق التنظيم يتعين على الخاضعين أن يولوها عناية خاصة والاستعلام عن مصدر الأموال ووجهتها وكذا محل العملية وهوية المتعاملين الاقتصاديين.

يحرر تقرير سري ويحفظ دون الاخلال بتطبيق المادة من 15 الى 22 من هذا القانون".

وعليه متى كانت العمليات التي تم اجراءها مع البنوك او المؤسسات المالية تتوافر على الشروط التي نصت عليها المادة 10 من القانون 05-01، بحيث إذا اشتبه في المستخدم عند اجراء العناية اللازمة بالعملاء في أن العملية ما تتضمن تبييضا للأموال فإنه يقوم بإخطار الخلية، لتتولى فحص المستندات والظروف المتعلقة بالعملية ليقرر في مصيرها إما بالحفظ، أو إرسال اخطار بالشبهة الى الجهة المختصة¹.

وعليه تحدد اجراءات قبل الإخطار بالشبهة والتي تعتمد على مجموعة من المؤشرات لكشف عمليات تبييض الأموال (الفرع الأول) وإجراء التبليغ لخلية الاستعلام المالي في حالة وجود شبهة في صفة العميل أو في مصدر ووجهة المال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد الاجراءات السابقة للإخطار بالشبهة

تلتزم البنوك والمؤسسات المالية بإتباع مجموعة من الإجراءات القانونية في إطار المعالجة الإدارية للملف، لتفادي التورط في العمليات المشبوهة ومنها جريمة تبييض الأموال وذلك بالاعتماد على مجموعة من المؤشرات سواء تتعلق بالشخص العميل أو الاموال محل العمليات المالية والتي تبني على أساسها الشبهة وبناءا عليه يتم إبلاغ خلية معالجة الاستعلام المالي والمتمثلة في:

اولا: التأكد من هوية العملاء وتطبيق قاعدة "اعرف عميلك"

¹ بوسالم عبلية، السر المصرفي في ظل الالتزامات الجديدة للبنك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2013-2014، ص 76، 75.

تقوم عملية التأكد من هوية العملاء على "مبدأ اعرف عميلك" وهي من المبادئ المعمول بها منذ القدم في البنوك، ولقد أقرته مختلف الوثائق الدولية والتشريعات الوطنية. وهو التزام يقع على البنوك والمؤسسات المالية¹ من خلال التأكد من هوية العملاء وعناوينهم قبل إقامة أي علاقة مالية معهم². والتي أكدت على عدم الاحتفاظ على بحسابات مجهولة GAFI عملا بتوصيات مجموعة العمل الاسم أو تحت اسماء مستعارة ولقد ألزمت المؤسسات ان تحدد هوية الزبائن عن طريق طلب وثائق رسمية وسارية الصلاحية³، مع ضرورة حفظ السجلات والمستندات الخاصة والتي تشمل جميع البيانات المتعلقة بالتعاملات مع العميل حتي يسهل الرجوع اليها.

وفي اطار التعاملات الالكترونية الحديثة لم يغفل المشرع عنها، وإنما الزم البنوك والمؤسسات المالية ومصالح بريد الجزائر ان تتأكد من هوية وعنوان الامر بالعملية الالكترونية مهما كانت الوسيلة المستعملة وتتأكد منه بدقة سواء الامر او المستفيد وهذا ما جاء حسب نص المادة 17 من النظام 12-03⁴ الارهاب.

1. الاشتباه في هوية العميل

يجب على البنوك والمؤسسات المالية ضرورة التأكد من هوية العملاء سواء كان شخص طبيعي أو معنوي وذلك بتدريب العاملين بها من خلال تنمية الحس المصرفي لديهم وتدريبهم على طرق التعرف على العملاء وعلى مصدر الأموال⁵. حيث يمثل التحقق من هوية العملاء مع البنوك، أحد أبرز الجوانب القانونية التي من شأنها الحد من نطاق عمليات تبييض الأموال⁶، حيث نص المشرع الجزائري في المادة 04 من الامر 12-02 المعدلة للمادة 07 من القانون 05-01 "يجب على الخاضعين أن يتأكدوا من موضوع وطبيعة

¹ قيشاح نبيلة، "اليات مكافحة تبييض الأموال في التشريع الجزائري"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد الرابع، خشنلة، جوان 2015، ص 246.

² المرجع نفسه، ص 246.

³ التوصية 13 من توصيات مجموعة العمل المالي (انظر فيشاح نبيلة، المرجع السابق، ص 246).

⁴ يتعين على المصارف والمؤسسات المالية والمصالح المالية لبريد الجزائر في اطار التحويلات الالكترونية مهما كانت الوسيلة المستعملة (swift, ARTS, atc) و/ او وضع الأموال تحت التصرف ان تسهر على التحقق بدقة من هوية الامر بالعملية والمستفيد بالإضافة الى عناوينهما.

⁵ توهامي محمد رضا، سعدي يحي، " دور البنوك في عمليات غسل الأموال - بين مبدأ السرية ومبدأ اعرف عميلك -، مجلة الباحث الاقتصادي، العدد الخامس، جامعة البشير الإبراهيمي، برج بوعرييج. 2018، ص 309.

⁶ تدريس كريمة، المرجع السابق، ص 150.

النشاط وهوية زبائنهم وعناوينهم في كل ما يخصه قبل فتح حساب أو دفتر، أو حفظ سندات أو قيم أو ايصالات، تأجير صندوق أو القيام بأي عملية او ربط اي علاقة اعمال اخرى"

أ. التأكد من هوية العميل كشخص الطبيعي

يتأتى ذلك من خلال التحقق من هوية الاشخاص وممثلهم. حيث أكد المشرع الجزائري على ضرورة التحقق من هوية العميل الشخص الطبيعي في حالة كونه متصرفا باسمه وأصاله عن نفسه، وفي حالة كون التصرف يتم نيابة عنه، أن يلزم المشرع البنك بالاستعلام عن هوية الأمر الحقيقي بالعملية أو الذي يتم التصرف لحسابه¹.

ويتم التأكد من هوية الشخص الطبيعي من خلال تقديم وثيقة رسمية اصلية سارية الصلاحية سواء كان الشخص مقيما أو غير مقيم من خلال تقديم بطاقة التعريف أو بطاقة السياقة، أو جواز السفر. وهذا الأمر سواء كان العميل اعتياديا أو عرضي (الذي يتعامل مع البنك بصفة مؤقتة فقد ولا تربطه معاملات مستمرة معه²). كما ألزم المشرع الجزائري ضرورة التأكد من عنوان العميل بموجب نص المادة 5 فقرة 3 من النظام 03-12 من خلال تقديم وثيقة رسمية تثبت مكان الإقامة.

ب. الاشتباه في هوية الشخص المعنوي

فرض المشرع الجزائري على البنوك والمؤسسات المالية ضرورة التأكد من هوية الشخص المعنوي بما فيها جميع أنواع الجمعيات ذات النشاط غير الهادف للربح وبسبب طبيعته الخاصة وهذا ما نصت عليه المادة 5 فقرة 02 من النظام 03-12 وذلك من خلال تقديم أصل قانونه الأساسي وتقديم وثيقة تثبت تسجيله . ويتم التأكد من العنوان بتقديم وثيقة رسمية تثبت ذلك.

3- حفظ السجلات لتسهيل الرجوع اليها عند الاشتباه

فرضت اغلب التشريعات والوثائق الدولية على البنوك والمؤسسات المالية والمؤسسات والمهنة غير المالية مبدأ الاحتفاظ بالسجلات والمستندات³، من أجل تسهيل التعاون وتقديم المساعدة القانونية سواء الدولية او الداخلية في مجال مكافحة تبييض الأموال، ومن حيث إمكانية الاحتفاظ بالمعلومات فقد أوصت

¹ عبد الله لعويجي، "ليات مكافحة تبييض الأموال في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 02، جامعة خنشلة، سبتمبر 2019، ص.196.

² بوسالم عبلة، المرجع السابق، ص 52.

³ فيشاح نبيلة، المرجع السابق، ص 247.

اتفاقية فيينا لعام 1988 في المادة 5 على وجوب تقديم السجلات المصرفية أو المالية أو التجارية للجهات المخولة للإطلاع عليها دون التنصل تحت ذريعة الاحتجاج بالسر المصرفي. والمادة 13 من اتفاقية باليرمو تلزم اي دولة طرف أن تأمر بتقديم السجلات المصرفية أو المالية أو التجارية أو بالتحفظ عليها، ولا يجوز للدول الاطراف أن ترفض العمل بأحكام هذه الفقرة بحجة السرية المصرفية"

وفي هذا الصدد فرضت مجموعة العمل المالي حسب التوصية رقم 10 على ضرورة الاحتفاظ بالمستندات المتعلقة بهوية العملاء والعمليات المصرفية لمدة 5 سنوات، حتى يتمكن من تقديمها للسلطات المختصة. وهذا ما أخذ به التشريع الجزائري حسب نص المادة 14 من القانون 05-01 والمعدلة بموجب المادة 8 من القانون 02-12 " يتعين على الخاضعين للاحتفاظ بالوثائق الاتي ذكرها وجعلها في متناول السلطات المختصة: الوثائق المتعلقة بهوية الزبائن وعناوينهم خلال فترة 5 سنوات على الأقل، بعد غلق الحساب، او وقف علاقة التعامل، الوثائق المتعلقة بالعمليات التي أجراها الزبائن خلال 5 سنوات على الأقل بعد تنفيذ العملية" حيث فرض على البنوك والمؤسسات المالية والمؤسسات والمهن غير المالية الملتزمة بالإخطار بالشبهة الاحتفاظ بنوعين من المستندات:المستندات المتعلقة بهوية الزبائن، وعناوينهم خلال 5 سنوات، والمستندات المتعلقة بالعمليات المالية محل المعاملات لمدة 5 سنوات¹.

ثانيا: الاشتباه في مقدار ومصدر الاموال

كما تلتزم البنوك والمؤسسات المالية من التأكد من مصدر ووجهة الأموال قبل قبول أي معاملة مالية وذلك ب:

1-الاشتباه في مقدار المال محل الشبهة

قد يكون الإخطار بالشبهة مبني أساسا على مقدار مالي محدد قانونا بالتالي لا يتم الاخطار عن أي عملية أي الا إذا تجاوزت وتعدت العملية مقدارا ماليا محدد مسبقا².

¹ قيشاح نبيلة ، المرجع السابق، ص 248.

² دموش حكيم، مسؤولية البنوك بين السرية المصرفية وتبييض الأموال اطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2017، ص 232.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد نص في المادة 10 فقرة 1 من الأمر 12-02 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب المعدل والمتمم " إذا تمت عملية ما في ظروف من التعقيد غير عادية.....أو في الحالات التي يفوق مبلغ العملية حدا يتم تحديده عن طريق التنظيم يتعين على الخاضعين أن يولوها عناية خاصة والاستعلام عن مصدر الأموال ووجهتها وكذا محل العملية وهوية المتعاملين الاقتصاديين¹. حيث حددت المادة 02 من المرسوم التنفيذي 10-18² مبلغ العملية المشار اليه في نص المادة 10 من القانون 05-01 بخمسمائة دينار جزائري، وإذا تجاوزت العملية تخضع لرقابة وعناية خاصة من قبل البنك لاسيما اذا صاحبه احد الظروف المشار اليها سابقا³

2- الاشتباه في مصدر ووجهة الأموال:

نص المشرع الجزائري على هذا المؤشر وفق نص المادة 10 فقرة 1 من الأمر 12-02 "إذا تمت عملية ما في ظروف من التعقيد غير عادية وغير مبررة أو تبدو أنها لا تستند الي مبرر اقتصادي أو الى محل مشروع...يتعين على الخاضعين أن يولوها عناية خاصة والاستعلام عن مصدر الأموال ووجهتها...". وعليه كانت المادة صريحة حول الاشتباه في مصدر الاموال محل مختلف المعاملات المالية. والتي لا تستند الي مبرر اقتصادي او ذات مصدر غير مشروع.

الفرع الثاني: تحديد الإجراءات المتبعة بعد الإخطار عن العملية المشبوهة بتبييض الأموال

ويقصد بها مجموعة الإجراءات القانونية التي تقوم بها خلية الاستعلام المالي بعد تلقي الإخطار بالشبهة من قبل الهيئات الخاضعة لهذا الواجب⁴. وعليه سنحدد جمع وتحليل المعلومات (اولا)، اتخاذ التدابير التحفظية (ثانيا).

¹ المرجع نفسه، ص232.

² المرسوم التنفيذي 10-18، المتعلق بالحد المطبق على عمليات الدفع التي يجب أن تتم بوسائل الدفع وعن طريق القنوات البنكية والمالية، المؤرخ في 13 جويلية 2010، ج ر ج ع 47، 2010.

³ بوسالم عبلة، المرجع السابق، ص.68.

⁴ بوزيرة سهيلة، "السياسة التشريعية للتوفيق بين السر المصرفي ومكافحة تبييض الأموال" مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 03، المجلد 08، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2021، ص266.

أولاً: جمع وتحليل المعلومات من قبل خلية معالجة الاستعلام المالي

خلية معالجة الاستعلام المالي هي الجهة الوحيدة والتي تتلقى الإخطار عن العمليات المالية المشبوهة بصفتها هيئة مختصة مكلفة بمكافحة تبييض الأموال من خلال ما تم الإشارة إليه سابقاً، والتي تقوم فور تلقيها الإخطارات بتقييمها في قاعدة البيانات الموجودة لديها ثم تقوم بتجميع المعلومات المتعلقة بالعملية المشبوهة¹.

وهذا ما حدده المشرع الجزائري بناء على نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي 02-127 المتعلق بإنشاء خلية معالجة الاستعلام المالي المعدل والمتمم.

وذلك بالاعتماد على المصالح التقنية والمتمثلة في أربعة مصالح تقنية يستعين بها المجلس²:

- مصلحة التحقيقات والتحريات والتي تكلف بجمع المعلومات والعلاقات مع المراسلين وتحليل تصريحات الشبهة وإدارة التحقيقات وسيرها
- مصلحة الوثائق وقاعدة البيانات والمكلفة بجمع المعلومات وتشكيل بنك المعلومات الضرورية لحسن سير الخلية.

- المصلحة القانونية والتي تقوم بالعلاقات مع النيابة العامة والتحليل القانونية والمتابعة القضائية.

- مصلحة التعاون والتي تكلف بالعلاقات الثنائية والمتعددة الأطراف مع الهيئات والمؤسسات الأجنبية. ولتسهيل عمل الخلية في جمع المعلومات الزم المشرع كل الخاضعين لهذا الواجب تقديم أي معلومات لها علاقة بالعملية ويمكنها الاستعانة بأي شخص تجده مناسباً كمديرية الاستعلام والأمن والدرك الوطني³.

وعليه يلتزم جميع الخاضعون لواجب الإخطار مع ضرورة تقديم كل المعلومات اللازمة والمتعلقة بالعمليات محل الشبهة دون الاحتجاج بالسر المهني⁴.

¹ دحماني فريدة، المرجع السابق، ص. 278.

² هاشمي وهيبية، المرجع السابق، 170، 169.

³ المرجع نفسه، ص. 174.

⁴ المادة 22 من القانون 05-01 المعدل والمتمم "لا يمكن الاعتداد بالسر المهني أو البنكي في مواجهة الهيئة المتخصصة"

ثانيا: إجراء التدابير التحفظية او ارسال الملف الى وكيل الجمهورية

1. إخاذ خلية معالجة الاستعلام التدابير التحفظية

بعد ما تقوم الخلية بجمع المعلومات اللازمة والقيام بالتحقيقات يمكنها الاعتراض بصفة تحفظية ولمدة أقصاها 72 ساعة على المعاملات البنكية لأي شخص سواء كان طبيعي أو معنوي تقع عليه شبهات قوية حول ارتباطها بعملية تبييض الأموال¹.

وفي حالة عدم كفاية المدة يتم تقديم طلب التمديد من طرف رئيس محكمة الجزائر بسيدي أحمد (المادة 18 مكرر من القانون رقم 15-06 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الارهاب) والذي بدوره يقوم بتمديد الأجل، كما يمكنه الأمر بالحراسة القضائية المؤقتة على الحسابات والسندات محل الإخطار².

2. معالجة التقارير واتخاذ إما قرار الحفظ أو إرسال الملف الى وكيل الجمهورية المختص

بعد قيام الخلية بالتحريات اللازمة فإذا تأكد لديها عدم وجود أي شبهة حول العمليات محل الاخطار المرسل من قبل الخاضعين لواجب الإخطار بالشبهة، ولا توجد دلائل حول وجود شبهة في هذه الحالة يتم التحفظ على الملف ورفع إجراء التحفظ³. اما إذا تأكد وجود شبهة حول تبييض الأموال أو تمويل الارهاب فيما يتعين عليها طبقا للمادة 04 من المرسوم 02-127 إرسال الملف لوكيل الجمهورية المختص إقليميا كلما كانت الوقائع المعينة قابلة للمتابعة الجزائية وهذا ما أكدته المادة 15 مكرر من القانون 05-01 والتي تنص على ضرورة إبلاغ السلطات الأمنية والقضائية عندما توجد مبررات للاشتباه⁴.

¹ دحمانى فريدة، المرجع السابق، ص.278.

² هاشمي وهبية، المرجع السابق، 170.

³ مصطفىاوي عمار، " دور خلية معالجة الاستعلام المالي في مكافحة العمليات المالية المشبوهة"، مجلة المفكر، العدد 15، جامعة محمد خيضر بسكرة، جوان 2017، ص681.

⁴ مصطفىاوي عمار، المرجع السابق، ص681.

الخاتمة:

تعتبر ظاهرة تبييض الأموال فعل مجرم قانونا سواء على المستوى الدولي أو المستوى الداخلي نظرا لمخاطرها الماسة بجميع المجالات، حيث تعد هذه الظاهرة العابرة للحدود الوطنية فيروس خفي صعب كشفه في ظل احترافية مبيضي الأموال، ولم تعد هذه الجريمة بسيطة بالقدر المعروف خاصة مع التطور العلمي والتكنولوجي الذي يشهده العالم واستغلال احداث وسائل التكنولوجيا في ارتكاب هذه الجريمة، لهذا تعمل الجهود الدولية والوطنية على محاولة وضع كافة الآليات القانونية والمؤسسية التي تعمل على الأقل للحد من خلال واجب الإخطار بالشبهة الذي يعد وسيلة فعالة كشفية وعقابية لمكافحة تبييض الأموال.

وبناء على تحليلنا للنصوص القانونية الضابطة لجريمة تبييض الأموال والبحث في اختصاصات خلية معالجة الاستعلام المالي استوجب إعادة النظر في العديد من النقاط ذات الصلة بالموضوع، لذلك نقترح على المشرع الجزائري ما يلي:

* العمل على تكثيف الآليات المؤسسية المتعلقة بمكافحة هذه الظاهرة على أساس أن خلية معالجة الاستعلام المالي غير كافية لوحدها لمكافحة هذه الظاهرة.

* زيادة عدد الأعضاء العاملين على مستوى الخلية لان ذلك سيساعد في العمل بجد حول اجراء التحقيقات والتحريات حول العمليات المشبوهة.

* تكثيف التعاون الدولي والعمل على تبادل المعارف والخبرات بين أجهزة الاستعلام الوطنية والدولية.

* العمل على استغلال التكنولوجيا في وضع أجهز كشفية للأموال عبر البنوك والمؤسسات المالية. من خلال وضع برامج الكترونية تسهل عملية التعرف على هوية العملاء ومصدر الأموال مما يساعد في عملية الإخطار عن العمليات المشبوهة خاصة في ظل التبييض الإلكتروني.

* المطالبة بتوحيد القوانين الخاصة بتنظيم مسألة الاخطار بالشبهة لتفادي استغلال الثغرات القانونية.

قائمة المراجع:

أولاً: باللغة العربية

أ/ الكتب

1. عياد عبد العزيز، تبييض الأموال والقوانين والإجراءات المتعلقة بالوقاية منها ومكافحتها في الجزائر، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
2. نبيل صقر، قماروي عز الدين، الجريمة المنظمة، التهريب والمخدرات وتبييض الأموال في التشريع الجزائري دار الهدى، الجزائر، 2008.
5. فضيلة ملهاق، وقاية النظام البنكي الجزائري من تبييض الأموال، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
6. مصطفى كمال السيد طایل، غسيل الأموال وعلاقته بالاقتصاد الخفي، ط1، المكتبة الأكاديمية، مصر، 2016.
7. لعشب علي، الإطار القانوني لمكافحة غسل الأموال، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، 2007.

ب/ الرسائل والذكرات:

* رسائل الدكتوراه:

1. بن قلة ليلي، وحدات المخبرات المالية ودورها في مكافحة تبييض الأموال، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.
2. دموش حكيمة، مسؤولية البنوك بين السرية المصرفية وتبييض الاموال، اطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2017.

* مذكرات الماجستير:

1. بوسالم عبلة، السر المصرفي في ظل الالتزامات الجديدة للبنك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2013-2014.

ج/ المقالات

1. ادريس باخوية، جريمة تبييض الأموال: المكافحة والعوائق، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 1، المركز الجامعي تمارست، الجزائر، جانفي، 2012.
2. هاشمي وهيبية، خلية معالجة الاستعلام المالي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية، المركز الجامعي تمنغاست، الجزائر، العدد 4، جوان، 2013.
3. مُجَّد بن طالب، بحث المفهوم والطبيعة القانونية للتصريح بالاشتباه بحث منشور على الموقع / www.alkanounia.com
4. فاطمة الزهرة ليراتي، الالتزامات الملقاة على عاتق المؤسسات المالية للوقاية من جريمة تبييض الأموال، مجلة العلوم الانسانية، العدد السادس، جامعة ام البواقي، ديسمبر 2016.
5. احمد براني، سعيد فروحات، أحكام الاخطار بالشبهة المالية لمكافحة تبييض الأموال في التشريع الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 14، العدد 1، جامعة غرداية، 2021.
6. بن سماعيل سلسبيل، 'المسؤولية الجزائية للمؤسسات المالية عن الاخلال بواجب الاخطار بالشبهة"، مجلة افاق علمية، المجلد 13، العدد 02، المركز الجامعي تمارست، 2021.
7. مصطفىاوي عمار، " دور خلية معالجة الاستعلام المالي في مكافحة العمليات المالية المشبوهة"، مجلة المفكر، العدد 15، جامعة مُجَّد خيضر بسكرة، جوان 2017، ص. 681.
8. بوزيرة سهيلة، " السياسة التشريعية للتوفيق بين السر المصرفي ومكافحة تبييض الأموال" مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 03، المجلد 08، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2021، ص. 266.
9. توهامي مُجَّد رضا، سعيدي يحي، " دور البنوك في عمليات غسيل الأموال - بين مبدأ السرية ومبدأ اعرف عميلك" -، مجلة الباحث الاقتصادي، العدد الخامس، جامعة البشير الابراهيمية، برج بوعرريج، 2018.
10. عبد الله لعويجي، "اليات مكافحة تبييض الأموال في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 02، جامعة خنشلة، سبتمبر. 2019.
11. قيشاح نبيلة، " اليات مكافحة تبييض الأموال في التشريع الجزائري"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد الرابع، خنشلة، جوان 2015.

12. دحماني فريدة، "الالتزام بالإخطار بالشبهة دور مهم في مكافحة تبييض الأموال في الجزائر"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، تيزي وزو،
13. بن سماعيل سلسبيل، "المسؤولية الجزائية للمؤسسات المالية عن الاخلال بواجب الإخطار بالشبهة"، مجلة أفاق علمية، المجلد 13، العدد 02، المركز الجامعي تلمسان، 2021.

د/ النصوص القانونية

1. النصوص التشريعية

- * الأمر 02-12 المعدل للقانون 05-02 المتعلق بتبييض الأموال وتمويل الإرهاب، المؤرخ في 13 فبراير 2012، الجريدة الرسمية عدد 8 المؤرخة في 15 فبراير 2012.
- * الأمر 02-15 المؤرخ في يوليو 2015 المعدل والمتمم لأمر 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية ج ر عدد 40 لسنة 2015.
- * قانون رقم 06-15 مؤرخ في 15 فبراير سنة 2015، ج ر عدد 08، 2015، يعدل ويتمم القانون رقم 05-01 المؤرخ في 6 فبراير سنة 2005 والمتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، ج ر 11 لسنة 2005.

2. النصوص التنظيمية:

- * المرسوم التنفيذي رقم 06-05 المؤرخ في 9 يناير 2006 الذي يتضمن شكل الاخطار بالشبهة ونموذجه ومحتواه ووصل استلامه، الجريدة الرسمية العدد 2، 15 يناير 2006.
- المرسوم التنفيذي 10-181، المتعلق بالحد المطبق على عمليات الدفع التي يجب أن تتم بوسائل الدفع وعن طريق القنوات البنكية والمالية، المؤرخ في 13 جويلية 2010، ج ر ج ع 47، 2010.
- * النظام 03-12، المؤرخ في 28 نوفمبر 2012، المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب، ج ر عدد 12، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2013.

ثانياً: باللغة الأجنبية

1. Ouvrages:

.

* **Bertrand Perrin , La lutte contre le blanchiment d'argent : pistes d'actions entre prévention et répression, éd l'Harmattan, paris, 2009.**

* **Michel Koutouzis, Jean-François Thony, Le blanchiment, Que sais-je, Paris , 2005.**

.

الأحكام القانونية لإختيار جنس الجنين بين الموانع الشرعية والتطور العلمي الطبي

Legal provisions for choosing the type of person of the fetus between legal impediments and medical scientific development

صحي محمد أمين كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962

جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس

أستاذ محاضر قسم "أ"، عضو مخبر قانون المؤسسة

mohamed.sohbi@univ-sba.dzملخص:

مما هو معلوم أن الإنسان مجبول على حب الولد والرغبة في الإنجاب، فعاطفة الأبوة وكذلك الأمومة ما هي إلا رغبة قوية تنادي الإنسان وتلح في النداء رغبة في إشباع تلك الغريزة وجلب ذلك الشعور، إلا إن إنجاب الذرية وتعيين نوعها هو رزق من الله تعالى قام بتقسيمه بين العباد فمنهم من كتب له أن يرزق البنين، ومنهم من رزق البنات، ومنهم من رزق كلا النوعين ومنهم من كتب له أن يكون عقيماً، فأخذ البعض يبحث عن الوسائل الممكنة للحصول على جنس المولود الذي يرغب به، إذ يتطلع الكثير من الآباء إلى الذكور وآخرون إلى الإناث ويلجئون إلى الطرق المتوارثة وإلى العارفين والدجالين للتدخل في الأقدار والتحكم في جنس الجنين، ويبقى السؤال الأهم هو ما الحكم الشرعي لعملية تحديد جنس الجنين في الشريعة الإسلامية.

الكلمات المفتاحية: الجنين - الجنس - التلقيح الإصطناعي - التشريعات القانونية - الأحكام الشرعية.

Abstract:

From what is known is that man is innate to love a child and desire to have children, so the emotion of fatherhood as well as motherhood is nothing but a strong desire that calls out to man and persists in the call desiring to satisfy that instinct and bring that feeling, except that the birth of offspring and the determination of their type is a provision from God Almighty that He divided it between Servants, some of them

were prescribed to be provided with sons, and some of them were provided with daughters, and some of them have both types of sustenance, and some of them are written for him to be sterile, so some took looking for possible means to obtain the sex of the child he desires, as many parents look to males and others to females and resort to inherited methods and to the gnostics and charlatans to intervene in destinies and control their fate, The sex of the fetus, and the most important question remains, what is the legal ruling on the process of determining the sex of the fetus in Islamic law.

KeyWords: Embryo - type of person - artificial insemination - legal legislation - legal rulings.

مقدمة:

الحمد لله الذي خلق الزوجين الذكر والأنثى، وأنعم على عباده بكل الخيرات والبركات كما خلق كل شيء فقدره تقديرا، قال الله تعالى ﴿إِنَّا كُلَّ شَيْءٍ خَلَقْنَاهُ بِقَدَرٍ﴾ وختم رسالاته بأعظم رسول محمد ﷺ وأنزل عليه أفضل كتاب ومن اتبعه بإحسان إلى يوم الدين وأشهد لا إله إلا الله محمدًا رسول الله. إن من الحكم العظيمة التي قصدها الشريعة الإسلامية من خلال تشريع النكاح، تكاثر الناس وتوالدهم مما يضمن لهم بقاء النسل ودوامه، وذلك من خلال الإنجاب الذي يحدث بعد الزواج كما قيل قديما " الأولاد ثمار القلوب، وعماد الظهور".

لهذا ظلّ وسيبقى أمر جنس المولود المنتظر هو الشغل الشاغل للوالدين لعدة اعتبارات كما أن الله سبحانه وتعالى فطر قلوب الناس على حب الولد، فالأولاد سواء كانوا ذكورا أم إناثا فهم هبة من الله تعالى لبني آدم، قال تعالى ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ ﴿٥٦﴾ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾، كما جعل الله الأولاد من زينة الحياة الدنيا وبهجتها بهم تسر النفوس وتقر العيون، قال الله تعالى: ﴿زِينٌ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ﴾، وقال أيضا ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾.

كما تعتبر مسألة تحديد جنس الجنين، من المسائل التي شغلت العالم قديما وحديثا، واختلفت الآراء حولها، وإذا كان تحديد جنس الجنين يُضرب بجذوره بالسلوكيات الطبيعية في مختلف الثقافات، فإن اليوم

نعيش زمنا تطور فيه العلم واتسع، حتى أصبح بإمكان علماء الطب الإنجابي التحكم بأشياء كثيرة مما سهل على الزوجين من اختيار جنس الولد الذي يرغبان في إنجابيه وفق التقنيات الصناعية، سواء كان ذلك قبل الإخصاب، أو بعده، كما تمكنت التقنيات الحديثة من تحديد جنس الجنين بعد الحمل به.

كما جاءت الأحكام الشرعية خدمة لمصالح العباد، فما من أمر شرعه الإسلام في الكتاب أو السنة إلا وكانت فيه مصلحة حقيقية بحيث تنقسم هذه المصالح إلى خمس كليات هي: حفظ الدين، حفظ النفس، حفظ العقل، حفظ النسل، وحفظ المال، لأن الدنيا التي يعيش فيها الإنسان تقوم على هذه المعاني التي لا تتوافر الحياة الإنسانية إلا بها وأن الله سبحانه و تعالى كرم الإنسان بقوله تعالى:

ومن القضايا التي شددت انتباه علماء المسلمين في مختلف تخصصاتهم ومجالاتهم، والتي تثار من وقت لآخر في المحافل العلمية والمجامع الفقهية، ودارت حولها المناقشات الطويلة على المستوى العام، وتناولها العلماء بالدراسة والتحليل، قضية التحكم في اختيار جنس الجنين، لكن ما يهمننا حقيقة ضمن هذه الدراسة هو التعرف على الحكم الشرعي من خلال الفتاوى والبحوث ومقالات علماء المسلمين وفقهائهم مع الوقوف على الحياد أو الترجيح إذا اقتضت الضرورة ما يرى أنه متماشيا مع الحق وتوجد فيه مصلحة للمجتمع عامة والفرد خاصة، فبالرغم من أن هذه التقنية من القضايا المعاصرة (مستجدة) إلا أن الفقهاء أعطوا لها حكما شرعيا وانقسموا إلى معارض ومجيز، كل على حسب أدلته و حججه التي يستند عليها.

لكن باكتشاف الإنجاب الصناعي بوسائل المختلفة لم يعد الطب يقتصر فقط على علاج الحالات المرضية، وإنما أصبح أيضا يستجيب لرغبات معينة، وهكذا دخلت البشرية عن طرق التلقيح الصناعي "عصر طب الرغبة"، إذ أن إجراء عملية تلقيح صناعي لا يهدف إلى علاج مرض بالمعنى الدقيق، وإنما الاستجابة لرغبة الزوجين في الحصول على ولد وتحقيق أمنية عزيزة عليهما.

ولقد اثبت الواقع بالفعل مثل هذا التخوف وهكذا تطورت رغبة الأفراد من مجرد غريزة الأمومة والأبوة للحصول على ولد جراء ثمره التلقيح الصناعي إلى الرغبة في الحصول على جنس معين، ذكرا أو أنثى حسب الأحوال، وتبدو خطورة الأمر في الاكتشافات الطبية التي قد أثبتت بعض النجاحات في مجال التحكم في جنس الجنين، وللوقوف على واقع هذه المسألة من حيث حقيقتها وطرقها، ثم بيان الحكم الشرعي لها وموقف القانون منها.

ويمكن القول إن دراسة هذا الموضوع الشائك يطرح الكثير من الإشكالات القانونية أهمها: ماذا نقصد بالتحكم في جنس الجنين، وما هي الحدود الشرعية والقانونية والتطورات العلمية الطبية الحاصلة فيه من ذلك.

و للإجابة على هذه الإشكالية يجب أولاً الإجابة على هذه التساؤلات:

- 1) هل من الممكن طبياً تحديد جنس الجنين قبل تخلقه ؟
- 2) هل يعتبر الإختيار لجنس الجنين وتحديد معارض لمشية الله ومنافياً للعقيدة الإسلامية ؟
- 3) ما هو التكييف الفقهي و القانوني لهذه المسألة ؟

للإجابة على الإشكالية المطروحة آثرنا أن تكون هذا البحث تحليلي مقارن ومقارب وفقاً لما تتضمنه أي نقطة من نقاط هذا البحث، فأحياناً يتبع الأسلوب التحليلي لتحليل بعض الآراء الفقهية والتعليق على النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث كما أن دراستنا مقارنة بمجموعة من التشريعات الصادرة في العديد من الدول.

ولمعالجة موضوع بحثنا ارتقمنا أن نقسم دراستنا إلى محورين، سنتناول في المحور الأول التأصيل المفاهيمي للتحكم في جنس الجنين وأسباب إختياره أما المحور الثاني سنتطرق إلى الأحكام القانونية للتحكم في جنس الجنين.

المحور الأول: التأصيل المفاهيمي للتحكم في جنس الجنين وأسباب إختياره

إن مسألة الرغبة في اختيار جنس الجنين ليست جديدة، فهي قديمة قدم الإنسان، وقد أدت إلى حب الوالدين على طلب إنجاب الأولاد، والسعي في تحصيلهم ولاسيما إلى المواليد الذكور على وجه الخصوص، فلا يزال جنس المولود يلعب دوراً مهماً في حياة الأبوين والعائلة فالرغبة جامحة للحصول على المولود الذكر فهو يحفظ اسم العائلة ويجلب لها قوتها، لذلك حاول الناس عبر العصور الوصول إلى الآليات المناسبة التي من شأنها أن تسمح لهم بتحقيق ذلك، وربما كان أحدهم يلجأ إلى طرق غريبة كالتعاويد والخرافات والشعوذة وظهرت في هذا المجال النظريات الكثيرة التي تدعي بان إتباع منهج معين سوف يؤدي إلى إنجاب ذكر أو أنثى، فمثلاً كان البعض ينصح بالقيام بالعملية الجنسية في وقت معين من الدورة الطمثية عند المرأة، أو في ساعة معينة من الليل، وكذلك كان يتكهن آخرون بان حصيلة الجماع سوف تكون الحمل بذكر إذا صادفت الإباضة وقتاً معيناً من مراحل القمر.

وعند العرب فقد كان معلوما انهم يفضلون و يحبون جنس البنين على البنات، ولا يرغبون بإنجابهن وهذه حقيقة أكدها القران الكريم إلى هذه الكراهية حيث قال الله عز وجل : ﴿ وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُمْ بِالْأُنثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ ﴿٥٦﴾ يَتَوَارَىٰ مِنَ الْقَوْمِ مِنْ سُوءِ مَا بُشِّرَ بِهِ أَيُمْسِكُهُ عَلَىٰ هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُ فِي التُّرَابِ أَلَا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ ﴿٥٧﴾¹ ، بل الأمر تعدى مسألة الشعور بالعار إذا بشر أحدهم بالأنثى بل تجاوز ذلك إلى وأدهن بالتراب خوفاً من العار أو الخوف من الفقر، ولم يغفل الفلاسفة والعلماء العرب عن مسألة تحديد جنس الجنين، فقد نقل عنهم الرأي بان السخونة والبرودة تكون سببا في تحديد الجنس، فكل من كان أسخن مزاجاً فهو الذكر، وكل من كان أكثر برودة ورطوبة فهو المرأة، ثم قالوا : المنى إذا انصب إلى الخصية اليمنى من الذكر، ثم انصب منه إلى الجانب الأيمن من الرحم كان الولد ذكراً تاماً في الذكورة، وإن انصب إلى الخصية اليسرى من الرجل، ثم انصب منها إلى الجانب الأيسر من الرحم ، كان الولد أنثى تاماً في الأنوثة.

المطلب الأول: مفهوم تحديد جنس الجنين

الحدث القديم الذي يتجدد أمام أعيننا كل يوم هو الولادة، وهي سنة الحياة أو السنة التي خلق الله فيها البشرية، بحيث يسجل البشر حالة وفاة واحدة أو عدة حالات وفاة في كل لحظة، بما يتوافق مع ولادة واحدة أو عدة ولادة في نفس الوقت، لذلك يستمر وجود البشر.

الولادة أو ما يسمى أيضاً المخاض: هي ذروة الحمل عندما يغادر الجنين الناضج والقادر على الحياة خارج الرحم، نتم في هذه الدراسة بتعريف جنس الجنين والمصطلح الجديد الذي يطلق عليه وما حققه العلم في التدخل في الحقائق المجهولة لتحقيق رغبة الإنسان في إختيار جنس الجنين المرغوب وما حققه العلماء.

¹ سورة النحل الآية 58

الفرع الأول: تعريف جنس الجنين

أولاً- تعريف الجنين لغة و اصطلاحاً

1- تعريف الجنين لغة

وكلمة الجنين في اللغة مأخوذة من مادة (الجن) وتعني الخفي والمخفي، فإذا غطته صار جنوناً، وكل ما يخفيه عنك يجنون عليك، يأتي في كلام الله، عن رسول الله ﷺ : ﴿ فَلَمَّا جَنَّ عَلَيْهِ اللَّيْلُ ﴾ أي تغطيه بظلامه قيل: إن للقبر الجن لستره الميت، وهي السماء التي تحتبئ وتحتفي، يحمي السلاح، وكل ما يحمي هو الجنة، وما ورد في حديث معاذ بن جبل قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الصوم جنة) أي يقي صاحبه من الشهوات ، ويقال للقلب الجنان إما لاستتاره في الصدر أو لوعيه الأشياء وهمه لها، كما أن الجن سموا بهذا الاسم لاستتارهم واختفائهم عن الأبصار، وكل مستور جنين والجنين " الولد ما دام في بطن أمه لاستتاره فيه، والجمع اجنه أو اجنن بإظهار التضعيف " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿ وَإِذْ أَنْتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ ﴾¹.

2- تعريف الجنين اصطلاحاً

نقصد بالتعريف الاصطلاحي للجنين الطور الذي يمكنه في بطن أمه حتى يطلق عليه اسم الجنين، ولذا نجد مذاهب الفقهاء اختلفت في تحديده:

فعره الأحناف: إن الجنين لا يسمى جنيناً إلا إذا استبان خلقه أو بعض من خلقه أي، ما ظهر فيه شيء من أثار كالشعر و الرأس، وإلا يسمى مضغة أو علقة، ولا يستبين خلقه إلا في مائة و عشرين يوماً بنفخ الروح فيه.

وعرفه المالكية: بأنه ما طرحته من مضغة أو علقة فما فوق ولو لم تستبين منه شيء من خلقه فهو جنين، و تترتب عليه أحكام، كانقضاء العدة، وقد سئل مالك عن القته المرأة هل فيه الغرة فأجاب: إذا القته فعلم أنه حمل وإن كان مضغة أو علقة أو دماً ففيه الغرة، وتنقضي به العدة من الطلاق، وتكون به الأمة أو ولد².

لكن المعلوم عندهم في أقل ما يعتبر به الجنين كونه علقة أي دماً متجمداً هو أنه إذا صب عليه الماء الحار لا يدوب أما إم ذاب فليس فيه شيء.

¹ مجلة العلوم القانونية و السياسية، المجلد12، العدد01، ص1090-1105، افريل، 2021.

² زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الاسلامي، ط2

وعرفه الشافعية: بأنه ما كان في البطن و أقل ما يكون به جنينا أن يفارق المضغة والعلقة حتى يتبين منه شيء من خلق آدمي إصبع أو ظفر أو عين أو ما أشبه ذلك¹.

وعرفه الحنابلة: بأنه ما تبين فيه خلق إنسان و لو خفيا، وقال ابن قدامة: أن المرأة إذا أَلقت بعد فرقة زوجها شيئا، لم يخل من خمسة أحوال: أحدهما، أن تضع ما بان فيه خلق آدمي من الرأس و اليد و الرجل، فهذا تنقضي به العدة بلا خلاف بينهم، فالجنين عندهم ما كان بعد ثمانين يوما.

من خلال التعريفات نجد أن الأحناف و الشافعية أخرجوا من التعريف العلقة و المضغة غير مستبانة و اشترطوا استبانة الخلق كله أو بعضه، بالنظر إلى تعرف الحنابلة نجد أنهم أخرجوا النطفة و العلقة عند عدم التصور و بذلك يكون تعريفهم غير جامع، أما المالكية فشمل تعريفهم المضغة و العلقة وما يعلم أنه ولد فتعريفهم جامع مانع لشموله على ما يطلق عليه الجنين و منع دخول غيره فيه.

ثانيا- الجنين في إصطلاح الأطباء (العلمي): البويضة المخصبة بالحيوان المنوي و الآخذة في الانقسام و النمو من بداية تكوينها و حتى الولادة² و من علماء الأجنة من يطلق الجنين على الفترة الواقعة بين انفراد البويضة الملقحة في جدار الرحم و نهاية الأسبوع الثامن ثم يطلقون عليه بعد ذلك اسم حُميل إلى أن يولد³.

الفرع الثاني: مفهوم الجندر أو الذكر و الأنثى

مند القدم يستعمل مصطلح جنس الإنسان (ذكر أو أنثى) حتى جاء مفهوم جديد (الجندر) وهو مفهوم يتعدى الفوارق البيولوجية بين النساء و الرجال⁴.

إن فهم موضوع الجندر أساسي و أمر بالغ الأهمية لفهم مدى تأثير عمليات التنمية على كل من الذكور و الإناث، بينما نحن كبنات وفتيان نولد باختلافات بيولوجية بين الجنسين تظهر في حقيقة أننا نحمل أعضاء جنسية مختلفة، لكل منها وظيفتها كإنجاب وإخصاب، نجد أن الاختلافات الأخرى التي تنشأ في مجتمعنا ليست ذات صلة حول هؤلاء الأعضاء، ولكن حول الأدوار المتوقعة التي يلعبها المجتمع وكيف ينظر إليهم المجتمع⁵.

¹ د. ابراهيم الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية

² د. عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف و الأجنة، ط1، سنة 2001، ص6

³ د. محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس، ط4، سنة 2008، ص52

⁴ ظهر مفهوم الجندر في الثمانينات من القرن العشرين كمصطلح بارز، استخدم في قاموس الحركات النسوية، حيث ظهر في

أمريكا الشمالية و من ثم في أوروبا الغربية سنة 1988 م، أنظر: د. محمد زيدان، مرجع سابق، ص03

⁵ د. محمد زيدان، المرجع نفسه، ص03

أولاً- النوع الاجتماعي أو الجنوسة أو الجندر Gender:

هو مجموعة الصفات المتعلقة و المميزة ما بين الذكورة و الأنوثة، اعتماداً على السياق يمكن أن تشمل هذه الصفات الجنس البيولوجي¹ (أي حلة كون الإنسان ذكر أو أنثى)، بحيث يرمز لكل جنس برمز خاص به.

كما يطلق أيضاً هذا المصطلح (الجندر) على العلاقات و الأدوار الاجتماعية و كذا القيم التي يحددها المجتمع من كلا الجنسين (الرجال و النساء)، و تتغير كل من هذه الأدوار العلاقات و القيم بتغير المكان و الزمان بسبب تداخلها و تشابكها مع العلاقات الاجتماعية الأخرى كالدين، الطبقة الاجتماعية، العرق.....إلخ.

ثانياً-الذكر والأنثى في نظر الإسلام

قال الله تعالى: ﴿ فَلَمَّا وَضَعَتْهَا قَالَتْ رَبِّ إِنِّي وَضَعْتُهَا أُنْثَىٰ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا وَضَعْتَ وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنْثَىٰ وَإِنِّي سَمَّيْتُهَا مَرْيَمَ وَإِنِّي أُعِيدُهَا بِنكِ وَدُرِّيَّتَهَا مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ﴾² فهذه الآية الكريمة تتكلم عن قصة السيدة مريم العذراء عليها السلام ، ويؤكد وجود فروق بين الرجل والمرأة ، واختلافات اجتماعية ومعرفية بين الرجل والمرأة . كما أكد علم النفس، خاصة من قبل علماء نفس الطفولة والمراهقة: أن أجساد النساء والرجال متميزة، لأن محادثة اليوم مبنية على تمييز الله بين صفاتهم النفسية والمعرفية ، ولا تقتصر على الفروق السطحية، بل أكثر من ذلك³.

1) ميول الذكور تختلف عن ميول الإناث مند الصغر:

إن المرأة مثل الرجال تماماً من حيث التكليف والتشريف، لكنهن يختلفن عن الرجال في بعض الخصائص الأخرى مثل البنية الجسدية، النفسية والخصائص الاجتماعية والمزايا في القوة وطبيعة إدراكها، كانت للفتاة اهتمامات وميول وتطلعات مختلفة عن شقيقها الأصغر في سن مبكرة للغاية ، على الرغم من أن علامات الذكور والإناث لم تظهر بعد.

1 الجنس البيولوجي هو فروق بيولوجية متعلقة بالجهاز التناسلي لها وظائف فيزيولوجية محددة تختلف عند الذكر مما هي عليه عند الأنثى وهي ثابتة أنظر د.محمد زيدان، مرجع سابق، ص 08

2 سورة آل عمران الآية رقم (36)

3 د محمد راتب النابلسي، موضوعات علمية من خطبة الجمعة، الفرق بين الذكر و الأنثى،الموضوع165، بتاريخ 1990/11/16 منشور على الموقع: <http://www.nabulsi.com> تاريخ التصفح: 2022/02/02 على الساعة: 23 سا 30

(2) خلق الله الأنثى على نحو خاص يؤهلها أن تكون أما:

إن الله سبحانه و تعالى حينما خلق الذكر وخلقته على نحو خاص في تفكيره، علاقاته، نفسيته و اجتماعيته، و في كل شؤون حياته و حينما خلق الأنثى خلقها على نحو خاص، يؤهلها أن تكون أما في أعلى مستوى.

لذلك حينما قالت هذه المرأة يا رسول الله: " إن فلانا تزوجني وأنا شابة ذات أهل ومال وجمال، فلما نثر بطني - أنجبت له أولادا - وذهب مالي، و تفرق أهلي، قال : أنت علي كظهر أمي، ولي منه أولاد، إن تركتهم إليه ضاعوا، وإن ضممتهم إلي جاعوا " بينت هذه المرأة بشكل عفوي للنبي عليه الصلاة والسلام، أنها إذا ضمت أولادها إليها جاعوا، لأنها لا تكسب الرزق، وإذا ضمتهم إلى أبيهم ضاعوا، لأنه لا يحسن تربيته¹.

(3) المرأة و الرجل متساويان في التشريف و التكليف

إن تصميم الله عز وجل للذكر غير تصميمه للأنثى، فالتصميمان مختلفان، لكن التشريف والتكليف واحد، فالمرأة مشرفة كالرجل، قال تعالى: ﴿ إِنَّ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُسْلِمَاتِ وَالْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ وَالْقَانِتِينَ وَالْقَانِتَاتِ وَالصَّادِقِينَ وَالصَّادِقَاتِ وَالصَّابِرِينَ وَالصَّابِرَاتِ وَالْخَاشِعِينَ وَالْخَاشِعَاتِ وَالْمُتَصَدِّقِينَ وَالْمُتَصَدِّقَاتِ وَالصَّائِمِينَ وَالصَّائِمَاتِ وَالْحَافِظِينَ فُرُوجَهُمْ وَالْحَافِظَاتِ وَالذَّاكِرِينَ اللَّهَ كَثِيرًا وَالذَّاكِرَاتِ أَعَدَّ اللَّهُ لَهُمْ مَغْفِرَةً وَأَجْرًا عَظِيمًا ﴾²، وقال تعالى: ﴿ مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أَنْثَى وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّه حَيَاةً طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُمْ بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴾³ ﴿ فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَامِلٍ مِنْكُمْ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أَنْثَى بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ فَالذِّينَ هَاجَرُوا وَأُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأُوذُوا فِي سَبِيلِي وَقَاتَلُوا وَقُتِلُوا لَأُكَفِّرَنَّ عَنْهُمْ سَيِّئَاتِهِمْ وَلَأُدْخِلَنَّهُمْ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ ثَوَابًا مِنْ عِنْدِ اللَّهِ وَاللَّهُ عِنْدَهُ حُسْنُ الثَّوَابِ ﴾⁴

1 د محمد زيدان، مرجع سابق، ص 05

2 سورة الأحزاب الآية رقم 35

3 سورة النحل الآية رقم 97

4 سورة آل عمران الآية رقم 195

فالمرأة مساوية للرجل تماما من حيث التشريف، ومساوية له تماما من حيث التكليف، مكلفة بالإسلام، مكلفة بالإيمان، مكلفة أن تعرف حقوق الزوج، مكلفة أن تعرف رها، أن تعرف أمره، ولكن التصميم مختلف.

فأي عمل أو تغيير يدخل هذا المخلوق الذي صمم على نحو خاص في مجال آخر أو العكس يؤدي إلى الفساد في الأرض، لأن هذا من إعجاز الله عز و جل.

4) علاقة الليل و النهار مع خلق الذكر و الأنثى:

يقول الله تعالى: ﴿ وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰ وَالنَّهَارِ إِذَا تَجَلَّىٰ ۖ وَمَا خَلَقَ الذَّكَرَ وَالْأُنثَىٰ ۗ ۝١ ﴾¹،
فبالرغم من أن الليل و النهار مفترقان إلا أن تعاقبهما ضروري من أجل تحقيق التجانس و التكامل بينهما لضمان استمرارية الكون، فكذلك يتحقق تكامل الذكر و الأنثى من خلال ارتباط و تلاحم الأدوار المختلفة الخاصة بكل واحد منهما، قال تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ۗ ۝٢ ﴾²، فالمرأة سيدة البيت، مخلوقة كي تربي الأولاد، و ليسكن إليها، والرجل مخلوق للعمل و السعي من أجل جلب الرزق.

المطلب الثاني: أسباب إختيار جنس الجنين

إن فكرة تحديد جنس الجنين، والسعي وراء التحكم في نوعه، قد شغلت تفكير المهتمين بهذا المجال كثيرا، وهذا راجع لعدة دوافع تختلف من شخص لأخر³، لذا كان لابد من عرض تلك الأسباب.

الفرع الأول: الأسباب الطبية

تمثل الأسباب الطبية لاختيار جنس الجنين في الوقاية من بعض الأمراض الوراثية، فهناك أمراض تنتقل عن طريق الصبغي الجنسي (X)، فهي تحدث عند جنس دون الأخر و تسمى: " الأمراض

1 سورة الليل الآيات رقم (01-03)

2 سورة الروم الآية رقم (21)

3 فادية محمد توفيق أبو عيشة، موقف الشريعة الإسلامية من تحديد جنس الجنين، دراسة في مقاصد الشريعة الإسلامية في الحفاظ على الأسرة والصحة الإنجابية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2012، ص88

المرتبطة بالجنس"، حيث هناك أكثر من خمسمائة مرض وراثي مرتبط بالجنس، وقد يكون المرض شديد الخطورة مما يؤثر على حياة الجنين¹.

أولاً- حقيقة المرض الوراثي

لقد بات واضحاً في العصر الحديث الكثير من المفاهيم و الحقائق العلمية المتعلقة بالوراثة، وذلك ثمرة لجهد إنساني طويل، فمن المعلوم أن العلماء القدامى قد اهتموا كثيراً بها حتى أصبح لها علم خاص بها وهو علم الوراثة²، و لتصوير هذه القضية لابد من الاشارة إلى بعض المفاهيم العلمية المتعلقة بها وذلك على النحو التالي:

إن أساس مبنى جسم الإنسان على وحدة صغيرة و هي الخلية، و صفات الإنسان تتقرر بفعل عوامل وراثية تسمى جينات مرتبة على جسيمات تعرف بالصبغيات أو الكروموزومات والتي من مادة ال DNA المرتبطة مع البروتينات لتشكل في مجموعها المادة الوراثية.

وقد أخذ اسم (DNA) من الأحرف الأولى للحمض النووي المؤكد باللغة الإنجليزية (Eoxyribo Nucleic Acid) و الأحماض النووية (Nucleic Acud) مركبة من سلسلة مترابطة من الأحماض النووية المسماة النيوكليدات (Nucleotides) وكل نيوكليديت يتركب من ثلاث قطع: فوسفات، وسكر، وقاعدة نيتروجينية³.

وهذه النيوكليدات تصطف جنباً إلى جنب لتكون سلك طويل ومترايط وذلك عن طريق رابطة فوسفاتية تربط السكر الذي قبلها بالسكر الذي بعدها. وهكذا يستمر هذا الخيط الطويل من النيوكليدات، أول (DNA) هو عبارة عن خيطين من تلك النيوكليدات متلاصقين و مجدولين كما تجدل ضفيرة الشعر

1 د.عبدالناصر أبو البصل،الهندسة الوراثية من منظور شرعي وهو ضمن كتاب دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة،ج2،ط1،دار النفائس،الأردن،سنة 2001،ص111.

2 د عبدالناصر أبو البصل، مرجع سابق، ص115.

3 د.إسماعيل أبو عساف، أساسيات بيولوجيا الخلية و الهندسة الوراثية وعلم الجنين، ط1، الأهلية، الأردن،سنة2005م، ص25

وذلك بشكل محكم ودقيق ويحافظ على ذلك النظام الروابط التي بين هذه المركبات خاصة الروابط الفسفورية و الروابط التي بين القواعد النيتروجينية¹.

ولذلك فإنه يطلق على الـ (DNA) سلسلة (DNA CHAIN)، كما هو شائع بين المختصين.

والمادة الوراثية مركزة في نواة كل خلية وعدد القواعد النيتروجينية المكونة لـ (DNA) في الإنسان يبلغ

حوالي ستة ملايين، ولكن عدد الكروموزومات التي تحمل هذا الـ (DNA) ثابت و هو 23 زوج.

وتظهر الصفات الوراثية نتيجة تفاعل الجينات التي قد يكون هناك اختلافات بسيطة في تركيب الجينات الموجودة في نفس الموقع على الكروموزوم وهذه الجينات تعرف بالأليلات التي نصفها من الأب و النصف الآخر من الأم، بحيث ينتج هذا التفاعل في المولود، إحدى الحالات الثلاثة : إما ظهور الصفة التي جاءت من الأب و تنحي الصفة التي جاءت من الأم أو العكس أو ظهور صفة وسط بين صفة الأب و صفة الأم ، و يتحكم في ذلك قوة أو سيطرة الجين عامل تلك الصفة².

وهذه البلايين الثلاثة من الحروف التي يتكون منها الجينوم يمكن كتابتها على خط طوله متران و هو الطول الفعلي لمجموع الصبيغات داخل نواة خلية واحدة، أما لو أردنا حساب مجموع الطول الكلي الموجود داخل خلايا جسم طفل و ليد الذي يتكون من مائة تريليون خلية لوصل طول المادة الوراثية (الجينوم) عند هذا الطفل ما يعادل عشرين مرة ضعف المسافة بين الأرض و الشمس فسبحان الذي خلق فقدر³.

من هنا ندرك أن خلق الإنسان عملية دقيقة ومعقدة، وأي اختلال في الجينات أو الكروموزومات يؤدي إلى خلل في خلق الإنسان، وهو ما يعرف بالمرض الوراثي، و قد عرفه بعض العلماء على أنه : "ما يرجع إلى تفاعل تركيب عاملي نادر (الإبل) ينتج عنه مظاهر سيئة التلاؤم في البيئات التي تعطى فيها التراكيب العاملة الطبيعية أو العادية مظاهر غير مرضية⁴.

1 د.إسماعيل أبو عساف، مرجع سابق، ص27

2 د.إسماعيل أبو عساف، المرجع نفسه، ص30

3 د.إسماعيل أبو عساف، مرجع سابق، ص31

4 د. شيخة العريض، الوراثة ما لها وما عليها، دار الحرف العربي للطباعة و النشر، ب.ب.ن، سنة2004 ص144

إن أي خلل قد يصيب الجينات أو الكروموزومات يؤدي إلى حدوث المرض الوراثي، فقد يكون الخلل في كروموزوم كامل¹، وقد يكون الخلل في الجين نفسه².

ثانياً: أبرز الأمراض الوراثية المتعلقة بالجنس:

1-مرض حثل دوشين: هو عبارة عن اضطراب جيني يقوم بإضعاف عضلات الجسم تدريجياً و سبب حدوثه هو وجود معلومة جينية خاطئة أو مفقودة تمنع الجسم من ضخ البروتينات اللازمة لبناء عضلات سليمة والحفاظ عليها، وهو أكثر أنواع الحثل العضلي شيوعاً، يصاب به ولد من بين 3500 طفل، أما بالنسبة للفتيات فيحملن الجين المسؤول عن المرض ولكن الأعراض لا تظهر عليهن عادة، ويعيش الأطفال المصابون بهذا النوع من المرض لمدة عشرين عام في الغالب، يعاني ثلث منهم من صعوبات في التعلم و يعاني عدد قليل منهم من تأخر فكري³.

2-مرض ليش نيهان: (فرط حمض البول الوراثي): و هو مرض نادر الحدوث ، يعاني بسببه المريض من زيادة كبيرة في حامض البوليك ، بحيث يؤدي ذلك لترسيب هذا الحامض في الدم و البول مسبباً فشلاً كلوياً ، ويؤثر هذا المرض على الجهاز العصبي فينتج عن ذلك حركات لا إرادية تنتهي بالإصابة بالشلل، و من مظاهر إصابة الطفل بنوبات هستيرية و معاناته من التخلف العقلي⁴.

1 الخلل في كروموسوم كامل: إذا اختل كروموسوم كامل فإن المرض المتسبب مثلاً: في حال كروموسوم رقم 21، و يعرف باسم متلازمة داون أو الطفل المنغولي، الذي يعتبر من أكثر الظاهر انتشاراً في العالم، وهي عبارة عن زيادة في عدد المورثات الصبغية عند الشخص المصاب بمتلازمة داون، بحيث يكون إجمالي الصبغيات لدى الشخص 47، بينما يكون العدد الطبيعي للشخص العادي هو 46. أنظر: د. محمد الربيعي، الوراثة و الإنسان أساسيات الوراثة البشرية و الطبية، عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة و الفنون و الآداب، الكويت، 1406هـ، ص126.

2 الخلل في الجين نفسه: ومثال ذلك مرض التلاسيميا، فهو مرض وراثي يؤثر في صنع الدم. فتكون مادة الهيموغلوبين في كريات الدم الحمراء غير قادرة على القيام بوظيفتها، مما يسبب فقر دم وراثياً و مزمناً يصيب الأطفال في مراحل عمرهم المبكر، نتيجة لتلقيهم مورثين معتلين، أحدهما من الأب و الآخر من الأم. ينتشر مرض التلاسيميا في جميع أنحاء العالم، ولكن بنسبة أكبر في بعض البلدان ، مثل بلدان الحوض البحر الأبيض المتوسط. ولهذا يطلق عليه أيضاً (فق دم البحر الأبيض المتوسط)، وهو من الأمراض العروفة منذ القدم في هذه المنطقة. أنظر: د محمد الربيعي، المرجع نفسه، ص127.

3 د. محمد علي النبار، الجنين المشوه، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع4، ص391-392

4 د. سامر العمري، الأحكام الشرعية المتعلقة باختيار جنس الجنين و المولود، دار عماد الدين، الأردن، ص106

3-مرض الناعور أو الهيموفيليا: و هو مرض في مكونات الدم يؤدي إلى نزيف عفوي قد يكون مميت، و تحدث الإصابة في معظم هذه الأمراض المرتبطة بالجنس عند الذكور كما ذكرت و لا تحدث عند الإناث في الغالب و بالتالي فإن إمكانية اختيار جنس جنين معين (أنثى من معظم الحالات) سيؤدي لولادة طفل غير مصاب بالمرض وذلك تفاديا لوقوع الضرر البدني و النفسي و المالي على الطفل و أسرته¹.

الفرع الثاني: الأسباب الغير طبية

الأسباب الغير طبية² و تتمثل في:

أولا-الأسباب السياسية: قد تكون الدوافع السياسية هي الرغبة في الإكثار من جنس الذكور لواع أمنية.

ثانيا-الأسباب العسكرية : ومن أسباب الميل الإنجاب الذكور أهمية وجودهم من الناحية يا-العسكرية، إذ أن وجود الذكر سيساعد في زيادة القوة العسكرية، فالدول تستخدم الذكور في معظم الأعمال العسكرية و هي بهذا تحتاج لعدد منهم لتجهيز جيوشها و لتعويض الخسائر البشرية التي تقع في صفوفها خلال الحروب³.

ثالثا-الأسباب الاقتصادية: لوجود الذكر أهمية من الناحية الاقتصادية، إذا يعتبر وجوده محفز للنشاط الاقتصادي لأن التكوين الجسدي للرجل يؤهله للقيام بالأفعال المختلفة التي لا تستطيع المرأة القيام بها لطبيعة تكوينها و محدودية قدرتها⁴.

رابعا-الأسباب الاجتماعية: يعتبر إنجاب الذكور مصدر العزة والقوة داخل المجتمع لأن الذكور هم الذين يتحملون مسؤولية التصدي للأخطار التي تواجه الأسرة، كما يمكن الاعتماد عليهم في قضاء مصالحهم، وهم الذين يحملون اسم العائلة، و من هذا المنطلق تميل الأسرة بشكل عام لإنجاب الذكور، وفي كثير من

1 د. يوسف عبدالحليم بوبس، معرفة جنس الجنين و التدخل لتحديده، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، ص212

2 د. سامر العمري، مرجع سابق، ص110

3 د ناصر الميمان، تحديد جنس الجنين، بحث ضمن موضوع القضايا الطبية المعاصرة، السجل العالمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، ج2، ص1646

4 د. ناصر الميمان، المرجع نفسه، ص1647

الأحيان تكون الزوجة مضطرة للاستمرار في الإنجاب حتى تنجب الذكر مهما بلغ عدد أفراد الأسرة، ومهما زادت متطلبات الحياة على إمكانية المتوفرة، ورغم أن الطب أكد أن الزوج هو المسؤول عن تحديد نوع المولود، إلا أنه يصر في حالة عدم إنجاب الذكر، على الزواج مرة أخرى، وقد يكرر ذلك أكثر من مرة سعياً لإنجاب الذكر، ويمكن القول بأن إنجاب الذكور يمثل حاجة بشرية ذات أهمية بالغة، ولا شك أن ولادة الذكور داخل الأسرة يحمي الكثير من العائلات من التفكك، إذ تشير الكثير من الدراسات داخل الوطن العربي إلى ارتفاع نسبة الطلاق عند الأسر التي تنجب الذكور¹.

المحور الثاني: الأحكام القانونية لإختيار جنس الجنين

المطلب الأول : الموقف القانوني لبعض التشريعات الأوروبية

اتخذت بعض التشريعات الأوروبية زمام المبادرة لسن قوانين للسيطرة على مسألة التحكم في جنس الجنين التي تتم عن طريق عمليات التلقيح الاصطناعي، من خلال وضع شروط وضوابط لضمان شرعية هذه العمليات حتى لا تنحرف عن إطارها القانوني والشرعي، وهذا ما سوف نتطرق إليه من خلال التشريعين الفرنسي والبريطاني اللذان يعتبران من أكبر المنظومات القانونية التي تناولت المسائل الطبية المستجدة المتعلقة بالجنين².

الفرع الأول: موقف القانون الفرنسي

النتيجة المستخلصة من القانون الفرنسي هي أن المشرع أجاز تقنية التلقيح الاصطناعي بين الأزواج، وبالنسبة للأشخاص غير المتزوجين، يسمح القانون لهم باللجوء إلى المساعدة الطبية من أجل الحمل، ولكن بشرط أن يثبتوا أنهم يقيمون معاً لمدة سنتين كاملتين³ على الأقل، وهذا حسب نص المادة 152، الفقرة 2 من قانون الصحة العامة، متبوعة بالمادة 2141، الفقرة 2⁴ من قانون رقم 2004-800 الخاص

1 د. ناصر الميمان، مرجع سابق، ص 1648

2 بن سليمان ديهبة وبن زنتاتي صونية، إشكالية الإنجاب وفق الطرق العلمية الحديثة (دراسة مقارنة قانونية و شرعية) مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة عبدالرحمن ميرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم القانون الخاص، بجاية، 2016-2017م، ص 15.

³ Marc Dupont-Claudine Esper Christian Paire, droit hospitalier, 4^{ème} édition, Dalloz, paris, 2003, p598

⁴ Code de la santé publique Français, art 152/2, modifié par la loi n°2004-800 du 06 Août 2004.

بالعلوم الإحيائية، ، ويقر شريكان أن هناك حياة مشتركة بينهما لمدة عامين، الذي يتم من خلال عقد ممنوح من قبل قاضي شؤون الأسرة، من خلال هذه المادة نجد أن التلقيح الاصطناعي للزوجة بالحيوانات المنوية للزوج يتطلب أن يكون الزوج على قيد الحياة ، بحيث يتم تلقيح الزوجة صناعيا بمبي زوجها، بعد انتهاء العلاقة الزوجية يعتبر غير مشروعاً حسب الفقرة 4 من نفس المادة، و على عدم جواز الزرع بعد وفاة الزوج رغم حدوث التلقيح في ظل العلاقة الزوجية¹.

تؤكد المادتان 152 الفقرة 2 و 2141 الفقرة 2 من قانون الصحة العامة الفرنسي، على ضرورة اختلاف جنس الزوجين الراغبين في اللجوء لعملية التلقيح الاصطناعي، مما يعني أنه لا يسمح لمتحدي الجنس من إجراء هذه العملية، وكذا الحال بالنسبة للمرأة المنفردة أو الرجل المنفرد².

نص المشرع الفرنسي في نص المواد السابقة على رضا الزوجين، بحيث لا يجبر أي من الطرفين الآخر على الخضوع لعملية التلقيح الاصطناعي، وأن يكون الرضا صحيحاً ومكتوباً وخالياً من العيوب: كالغش، التديس والإكراه، و أن يكون أهلاً لهذا الرضا أي بالغاً و عاقلاً، فالأهلية المطلوبة هنا هي أهلية الزواج، فالزوج 18 سنة و الزوجة 16 سنة، فنص المادة 152 الفقرة 2 من قانون الصحة العامة الفرنسي اشترطت رضا الطرفين في عملية التلقيح الاصطناعي سواء بالنسبة للزوجين أو الصديقين على إجرائها³.

إشترط المشرع الفرنسي أن يصدر الرضا في شكل كتابي و محاط بالسرية، وتعتبر باطلة إذا مات الزوج أو إذا كان الزوج قد مات أو رفع دعوى الطلاق أو الانفصال أو توقف عن العيش معاً، وهذا ما تؤكدته المادة 311 الفقرة 20 من قانون الصحة العامة، أو حالة عدول الزوجين عن رضاهما في شكل كتابي أمام الطبيب المكلف بإجراء العملية قبل إجرائها، هذا ما أكدته المادة 311 الفقرة 20 من قانون الصحة العامة، كما حظر المشرع الفرنسي الحصول على مقابل لهذه العملية سواء للمركز القائم بهذه العملية أو الطبيب أو العامل بهذا المركز أو المتبرع نفسه وجميع أشكال الوساطة إذا كانت بالمقابل طبقاً لنص المادة 152 الفقرة 13 من نفس القانون، مع حفظ سرية المتبرعين من طرف المركز، كما أن تختلف رضا الزوجين

1 بن سليمان ديهبة و بن زناتي صونية، مرجع سابق، ص 16
2 Pier Morat, respect et protection du corps humain,lexis nexissa,paris,2007,p,23.

3 د. محمود أحمد طه، الإنجاب بين التحريم و المشروعية، كلية الحقوق، منشأة توزيع المعارف، مصر، 2003م، ص 108-

كما ورد في نص المادة 9 675 من قانون الصحة العامة الفرنسي المضاف بالقانون رقم 654 سنة 1994م على أن يعاقب بالحبس خمس سنوات مع غرامة مالية كل من يجمع أو يسحب جينات الإنجاب من شخص حي دون الحصول على رضائه كتابة¹.

تضيف المادة 18 من نفس القانون الجديد المادة 152 ، الفقرة 1 ، من قانون الصحة العامة الفرنسي ، والتي تنص على أن أي شخص يحصل على بويضة مخصبة دون التقييد بالشروط المنصوص عليها في الفقرتين 4 و 5 من نفس المادة بالحبس مدة سبعة سنوات و بغرامة مالية.

حالة تخلف رضا الزوجة يسأل الطبيب عن جريمة هتك العرض بالقوة نظرا لمساس الطبيب بعورة الزوجة دون رضاها، أما الزوج فلا يسأل عن جريمة هتك العرض لأنها زوجته، لكن للزوجة حق اللجوء إلى القضاء طالبة تطليقها من زوجها لغشه و خداعه لها² و في حالة تخلف رضا الزوج أي تلقيح الزوجة بمبي زوجها دون علمه و ذلك نتيجة التواطؤ بين الطبيب و الزوجة، فوفقا لقانون العقوبات لا يجرم فعل الطبيب و الزوجة و إنما للزوج حق الرجوع على الطبيب بمطالبة بالتعويض فقط، كما يحق له طلاق زوجته لغشها له.

لقد أقر المشرع الفرنسي في نص المادة 152 فقرة 2 من نفس القانون والذي يتضمن المساعدة الطبية الإنجابية الهادفة إلى علاج العقم والأمراض الوراثية ، حتى أنه شرع عقوبة لمن يتخطى هذه العناية بالجنين بالحبس لمدة خمس سنوات و بغرامة مالية، ووفقا للمادة 152 فقرة 4 من قانون الصحة العامة³ ، لأنها وسيلة استثنائية للإنجاب تستهدف علاج آثار العقم الذي يعاني من الزوجان و في حالة استهداف الزوجان القيام بالتلقيح الصناعي من أجل اختيار جنس الجنين لمجرد الرغبة في الجنس معين، سواء ذكرا كان أم أنثى هنا تعتبر عملية التلقيح الصناعي غير مشروعة و محظورة قانونا.

1 بن سليمان ديهبة و بن زناتي صونية، مرجع سابق، ص 17

2 د. محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 116-117

3 د. حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة) الجنين و حرمة الجسد الإنساني (التلقيح الصناعي الداخلي - التلقيح الصناعي الخارجي) الحمل لحساب الغير، بنوك الأجنة، دار المكتبة القانونية، مصر، 2007م ص 143.

وهذا ما تجرمه المادة 12 فقرة 4 من القانون رقم 653 لسنة 1994م، كما جرمت المادة 511 أي عمل يهدف إلى اختيار جنس المولود الجديد ، وقرر فرض عقوبة بالسجن لمدة 30 عامًا وغرامة قدرها 7 ملايين يورو و 200 ألف يورو¹.

التلقيح الاصطناعي للزوجين لتحديد جنس مجموعة من الأجنة للحفاظ على الجنس المثالي واستبعاد الآخر لمجرد الراحة النفسية محظور بموجب القانون، المشرع الفرنسي من الأعمال الطبية الغير مشروعة. ومع ذلك، فإن المشرع الفرنسي يعتبر عملية اختيار جنس الجنين أمرًا مشروعًا وقانونيًا لأن تقنيات التلقيح الاصطناعي تستخدم لأسباب طبية لتجنب الأمراض الوراثية التي يحملها أحد الجنسين، حيث تستخدم تقنيات التلقيح الصناعي لمعرفة جنس الجنين عندما يتعلق الأمر بتجنب الأمراض الوراثية المنقولة بواسطة الكروموزومات الجينية، و بالتالي تفاديا الخضوع للإجهاض².

إن تقنية تشخيص المرض الوراثي الذي يحمله أحد الجنسين في كروموزوماته، لما يشكله من مخاطر جعل المشرع الفرنسي يسارع إلى تنظيم ممارستها بجدية و اهتمام بالغين، و ذلك من خلال القوانين رقم 654-94، 2004-2011، 800-814 التي يتضح من خلالها أنه سمح بإجراء التشخيص الوراثي المبكر، إلا أنه نظمها بصرامة كبيرة مقارنة مع ممارسة التشخيص السابق للميلاد، وأضفى عليها الطابع الاستثنائي، إضافة إلى تقييدها بجملة من الضوابط بموجب نص المادة 2141-2 من القانون 2004-800³.

وحصر الغرض منها على الجانب العلاجي فقط، وذلك لتجنب انتقال المرض من أحد الزوجين أو كليهما إلى الجنين ، بالإضافة إلى وضع جملة من الشروط اللازمة في المساعدة الطبية على الإنجاب بجنس معين بموجب المادة 2131-4 من قانون 2004-800 التي تحيل إلى المادة 2131-4⁴.

1 د. محمود أحمد طه، المرجع نفسه، ص 112

² Conseil de l'Europe, Traités Européens STE N°164, Convention pour la Protection des Droits de l'Homme et de la Dignité de l'Être Humain à l'égard des application de la biologie et de la médecine Site de référence : <http://www.inserm.fr/Ethique.nfs> ou <http://convention.coe.int> le :03/12/2022 à 15h20.

³ شبوعات خالد، الحماية القانونية للجنين في ظل المستجدات الطبية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، جامعة أبوبكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2015-2016م، ص 76.

⁴ شبوعات خالد، المرجع نفسه، ص 77.

ومن بين الشروط التي نصت على ضرورة توافرها في تقنية تشخيص المرض الوراثي فحص الكروموزومات الجنسية من اجل اختيار جنس الجنين، التي تبين اهتمامه بتوفير حماية فعالة للجنين البشري هي:

➤ وجود احتمال قوي لدى أحد الزوجين أو كلاهما لإنجاب طفل مصاب بمرض وراثي خطير لا علاج له.

➤ التأكد السابق و الدقيق من وجود العيب لدى أحد الزوجين أو كلاهما.

إلا أن هذه الشروط يؤخذ عليها بعض الملاحظات:

➤ عبارة (على قدر من الخطورة) معيار مبهم يترك السلطة التقديرية للفريق الممارس.

➤ عبارة (غير قابل للعلاج)، فإذا كان غير قابل للعلاج فما العبرة من إجراء التشخيص، أليس هذا توجه نحو الانتقائية؟¹.

➤ امتناع المشرع الفرنسي عن وضع قائمة للأمراض التي تخضع للتشخيص، مما يجعل اللجوء إليها لأخف الأمراض بهدف اختيار جنس الجنين.

➤ استحداث نص المادة 1-2131 من قانون 800-2004 التي أجازت التشخيص المزدوج الذي أضفى عليه الطابع الاستثنائي².

أما بالنسبة للأجنة المستبعدة والزائدة عن الحاجة بعد تقنيات التشخيص الجيني، فإن المشرع الفرنسي، بموجب المرسوم رقم 1661-2006، إبداء موافقتهم لتحويل هذه الأجنة إلى الأبحاث بعد التخلي عنها، وهذا مبرر للحصول على أجنة غير مرغوب فيها من قبل أصحابها لتكون محلا للأبحاث³.

لحماية الأجنة قام المشرع الفرنسي بتعديل نص المادة 21-511 من قانون العقوبات بموجب القانون رقم 800-2004، بفرضه عقوبة السجن لمدة عامين وغرامة قدرها 30 ألف يورو لكل من يخالف الأحكام والشروط المذكورة أعلاه⁴.

1 Isabelle FLORENTI, le diagnostique pré-implentatoire et le contrôle de la qualité des enfants à notaire général de droits de Jurisprudence, Paris, 1998, France, p, 116

² شبوعات خالد، مرجع سابق، ص 78

3 Pierre olivier ARDUIN, Recherche sur l'embryon, le choix crucial de la France, liberté politique, n°35, le 06/05/2009, p, 12

⁴ شبوعات خالد، مرجع سابق، ص 78

كان موقف المشرع الفرنسي أنه لم ينص مباشرة على تقنية التعرف على جنس الجنين، بالعودة إلى نص المادة 209 من قانون الصحة العامة و بمقتضى المادة 01 من قانون 1138 الصادر في 20 ديسمبر 1988م الخاص بتنظيم الأبحاث البيوطبية و حماية الأشخاص و المعدل بالقانون 2004-800، نجده يبيح إجراء الأبحاث البيوطبية على المرأة الحامل ويكون الهدف من هذا الإجراء غرض علاجي طالما لم يكن هناك خطر متوقع على الأم و الجنين.

الفرع الثاني: موقف القانون البريطاني

لقد قام المشرع الإنجليزي بإصدار قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة لعام 1990 م، الذي يحدد قواعد والإجراءات تنفيذ عملية الإنجاب بالمساعدة الطبية، و ذلك منذ بداية السحب والفحص و التخزين والزرع، كما اشترط في حالة اللجوء إلى تقنية الإنجاب الصناعي لاختيار جنس الجنين حصول مراكز المساعدة الطبية على الإنجاب والموافقة من قبل الهيئة العليا للخصوبة البشرية و علم الأجنة¹.

تؤكد المواد 27 إلى 30 من قانون الخصوبة لعام 1990 على وجوب الحصول على إذن من السلطات المختصة من أجل استيفاء شروط معينة بإجراء التخصيب، كما نص المشرع البريطاني في المادة 28 من نفس القانون على أنه لا ينبغي أن يُنسب الحمل إلى الأب إذا تم تلقيحه بعد وفاته².

في عام 1999م، حظر قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة تقنيات فرز الأجنة، بحجة أن فرز الحيوانات المنوية كان تمييزاً بين الجنسين، مما أدى إلى ولادة أطفال غير مرغوب فيهم من جنسه وتسبب في استياء الوالدين³.

لقد حظرت تمامًا استخدام أي تقنية طبية للسيطرة على جنس الجنين ما لم يكن هناك سبب شرعي وعائلي، وتقتصر هذه الأسباب على نفسية، كتعدد المواليد من نوع واحد في الأسرة فعن طريق التدخل بهذه التقنيات يمكن تحقيق رغبة الوالدين، او في أسباب طبية كاحتمال انتقال الأمراض الوراثية المرتبطة بجنس معين⁴.

1 د. إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية و أثرها على النسب (دراسة فقهية وقانونية)، دار الأمل، الجزائر، 2012، ص86.

2 د. إقروفة زبيدة، المرجع نفسه، ص 187

3 د. محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 175

4 اخترع الدكتور (ألان هانديسايد)، في مستشفى هامر سميث في لندن، (تشخيص ما قبل الغرس) في نهاية 1980م، فبالنسبة للأباء الذين كانوا معرضين لخطر نقل مرض وراثي مرتبط بنوع الجنس، على الرغم من أنهم لم يكونوا عقيمين، تم إجراء

كما أن قانون البريطاني يجيز بتقنيات التشخيص الجيني المبكرة بغض النظر عن معايير شدة المرض ولا يمكن علاجها في قانون 2001 ، حيث أن هيئة الخصوبة والأجنة البريطانية تسمح باللجوء إلى هذه التقنية للكشف عن حالات أمراض وراثية التي تؤثر على الخلايا الجنسية الذكرية أو الأنثوية¹.

إن عدم اشتراط خطورة المرض وعدم قابلية للعلاج أعطى لهيئة علم الإخصاب و الأجنة دور في منح تراخيص ممارسة تقنية فرز الحيوانات المنوية للتحكم في جنس الجنين و الحصول على النوع المرغوب فيه، و ذلك بعد دراسة الحالات واحدة بعد الأخرى، و لكن تبرير فكرة خطورة المرض فكرة مرنة تختلف من شخص لآخر².

هذا ما جعل البعض يشيد بدراسة الحالات حالة بحالة على أساس أنه إجراء ناجح يمكن للزوجين الوقوف على ظروفهم و رغباتهم في اختيار جنس الجنين³.

ومن هنا نستخلص أن المشرع البريطاني لم ينص صراحة على هذه التقنية، إلا أنه بالرجوع إلى البروتوكول الخاص بالبحث الطبي و البيولوجي في سنة 2005 الملحق للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في المجال الطبي و البيولوجي المصادق عليها، نجد في المادة 2/22 و الغرض منها تحقيق معيار النفع المباشر في التدخل الطبي على الجنين داخل الرحم، وإذا لم يتحقق هذا

المعيار لا بد من توفر شروط ، وهذا ما تم التوصل إليه إلا أن تقنية التعرف على جنس الجنين بما أن لها مخاطر على الأم و الجنين فهي محظورة في نظر المشرع البريطاني⁴.

الإخصاب في المختبر، بالمجهر تم تجريد الاجنة في مرحلة الخلايا الثمانية من واحد أو اثنين من هذه الخلايا، وبعد ذلك تم تحليل جنس الأجنة المنجدة عن طريق التصوير الإشعاعي الذاتي في بداية التقنية ومن ثم بواسطة البيولوجيا الجزيئية ثم وضع الأجنة التي يسمح جنسها لتأكد أنها لم تحمل هذا المرض في رحم المرأة، و تدمير الآخرين.

1 د. العزة مهند صلاح فتحي، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية، الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002م، ص329

2 د. العزة مهند صلاح فتحي، المرجع نفسه، ص 330.

3 د. أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المخبري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2014-2015م، ص 210.

4 د. هادي عطية العلال علي، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية و التقنيات المساعدة في الإنجاب(دراسة في القانون العام المقارن)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص 148-149

المطلب الثاني: نظرة التشريعات العربية

إن التحكم في جنس الجنين قد تسبب استياءً أو السخط في كثير من الدول العربية، لكنها طبيعية في بعض الدول العربية ولا تزال العديد من العائلات تريد أن ترزق بمولود ذكراً.

طالما سعى الإنسان إلى البحث عن طرق والوسائل مختلفة لتحديد جنس المولود، بحيث يستخدم العديد من الأساليب و الطرق غريبة، لكن العلم يظل أسهل وأسلم وأقرب إلى الواقع .

لا يزال الجدل حول اختيار جنس المولود مستمراً في العديد من الدول العربية، على الرغم من أنه أصبح شائعاً ومسموحاً ولا يوجد قانون خاص به، مع العلم أن العلم والطب الوراثي أبن حقق ففزات كبيرة للحد من التشوهات و الأمراض الجينية لأهداف أخرى، قال الدكتور أحمد الفقيه أخصائي أمراض النساء والتوليد: تريدين طفلاً أشقر ، هذا ممكن ، لكن الجراحة ليست فعالة من حيث الكلفة، يجب أن يكون لديك أنت وزوجتك هذه الجينات¹.

ويشدد فقيه على أن اختيار جنس المولود ليس إلا جزءاً بسيطاً من مهمة التشخيص الوراثي للأجنة قبل الزرع، لأن هدفها الأساسي البحث عن الأمراض الوراثية كالتلاسيميا و التلف الكيسي و متلازمة الكروموزوم الجنسي الهش X مرض الهيموفيليا أو متلازمة مارفان، وغيرها من الأمراض التي يمكن أن ينقلها الوالدان لأبنائهم².

وينصح كذلك بإجراء التشخيص الوراثي لـ **PGD** في حالات الإجهاض المتكرر أو فشل التلقيح الاصطناعي السابق أو تقدم عمر الأم في السن .

إلا أن غالبية الحالات التي تقوم بهذا التشخيص حوالي(600) حالة يتم إجراؤها في مركز فقيه للإخصاب كل عام تلجأ إلى اختيار جنس المولود ، ويؤكد فقيه أن الأزواج عادة ما يكون عمرهم حوالي 35 عامًا ولديهم من الأطفال اثنان أو أكثر ، مشيرة إلى أن بلغت تكلفة الإجراء هذه العملية هو 40 ألف درهم ، أي ما يعادل 11 ألف دولار ، بما في ذلك 32 ألف درهم لإجراء التلقيح الاصطناعي، و 8 آلاف درهم للتشخيص الوراثي للأجنة قبل الزرع .

1 معرفة نوع الجنين و التحكم في الجنين، مقال منشور بمجلة المجتمع، ع1511، بتاريخ 2007/07/27

2 معرفة نوع الجنين و التحكم في الجنين، المرجع نفسه.

نادراً ما يرفض الأطباء في الدول العربية اختيار الجنين ، ويفضلون تقديم النصح والمشورة ، ويظهرون أن بعض هذه الحالات هم من بين الآباء الذين يواجهون صعوبات في الإنجاب أو لم ينجبوا طفلاً بعد. وقال الدكتور فقيه في اختيار جنس الجنين: "هنا نتدخل لأن أهم شيء هو إنجاب طفل سليم بغض النظر عن جنسه ، خاصة وأن عملية التلقيح الاصطناعي ليست مضمونة بنسبة 100٪. ويعتبر من مسؤوليته توفيره جميع العلاجات المتاحة ، بدلاً من الحكم على مرضاه أو اتخاذ قرار بشأنهم وأضاف: "إذا رفض المريض التشخيص الجيني أو غيره من التقنيات لأسباب أخلاقية، فلا يأتي إلي أصلاً¹.

الفرع الأول: موقف المشرع الأردني

انتشرت ظاهرة تحديد جنس الجنين بين الأردنيين خلال العقد الماضي رغم أنها تتطلب تضحيات من الوالدين. يثير هذا السلوك مخاوف الخبراء من عدم التوازن بين الجنسين، لكن الأطباء يقللون من أهمية هذا الخوف تستقطب مراكز إخصاب الأجنة في الأردن للراغبين في معرفة جنس الجنين مبكراً ، لاسيما من يرغبون في إنجاب الأطفال الذكور ، بدعوى أن ولادة الذكر تضمن نوعاً من الأمن الأسري ، لكن البعض يرى في ذلك تدخلاً بشرياً غير عادل ، وعودة للجاهلية.

يؤكد سالم أحمد أمين الباحث والخبير في مجال التنمية البشرية ، أن نظرة المجتمع للمواليد الإناث تغيرت بشكل ملحوظ خلا العشرين عاما الماضية، إلا أن بعض المعطيات لا تزال قائمة إزاء رغبة الوالدين في مولود ذكر، وهذا راجع إلى أن بعض المعتقدات السائدة في المجتمعات بأن الذكور هم من يحملون اسم العائلة أو الاعتماد عليهم كمعيل عند كبر السن².

يؤكد سالم أحمد أمين الباحث والخبير في مجال التنمية البشرية، أن الطلاق قد يكون موجوداً بين الزوجين بسبب العقم أو عدم وجود الذكور في الأسرة، وفي بعض الحالات يتم الاستعانة بالحلول الطبية لتحديد جنس الجنين لتجنب المشاكل، يعتقد بعض أفراد المجتمع أن المولود الذكر يمكن أن يجلب الراحة

1 معرفة نوع الجنين و التحكم في الجنين، مرجع سابق.

2 محمد رأفت عثمان، مقال منشور على الشبكة الدولية تحت عنوان: ولد أو بنت هل أختار جنس جنيني؟، الموقع الإلكتروني www.islamtoday.net ، تاريخ التصفح: 2022/12/08، على الساعة 16 h 00.

للأسرة ، وهذا ما أكده الخبير الاجتماعي بأن « من إيجابيات تحديد جنس الجنين أن الجنين مفيد في بعض الحالات لاستمرار الحياة الزوجية وهذا من العوامل الاجتماعية ».

ويضيف الباحث والخبير أن الجانب السلبي يرتبط بالإيمان السامي ، والذي يتجلى في العصيان المطلق لإرادة الله ، ومن الناحية الإحصائية و السكانية، فإن "العديد من أفراد المجتمع يجهلون أن المجتمع الأردني ذكوري" ، بحسب آخر إحصائيات سنة 2010 ، والتي تبلغ حوالي 51 % ، إلى أن هذا يتطلب الوعي بأهمية هذه الأرقام وأبعادها الخطيرة في التوازن بين الجنسين في المجتمع الأردني¹.

لكن أخصائي التوليد وأمراض النساء والعمم الدكتور كميل إفرام أكد أن ظاهرة تحديد جنس الجنين لا تسمح بنسبة الذكور بتجاوز نسبة الإناث ، حيث يفصل معظم الناس من أجل الحصول على ذكر، وهذا راجع إلى عدم وجود الذكر في أفراد الأسرة في هذه الحالة، قال إنه أجرى 168 تدخلاً لتحديد جنس الأجنة الذكور و 12 تدخلاً فقط لتحديد جنس الأجنة الإناث، مما يعني أن 95% من الآباء طلبوا أجنة من الذكور، وأظهر ذلك في معظم الحالات اختيار الذكور، الأب والأم لديهما بنتان أو أكثر².

كما أشار الدكتور كميل إفرام إلى أن تحديد جنس الجنين أمر شائع في الأردن ، سواء أكان ذلك علانية أم غير مكشوفة، وأصبح فكرة في تزايد مستمر تغذى اجتماعياً، لأن (الحمل أصبح صعباً هذه الأيام و مشاكله كثيرة)، كما أن عدد أفراد الأسرة قل عما كان عليه في السابق بسبب ، الصعوبات الاجتماعية و المادية والشخصية الجسمانية التي يعاني منها الآباء، فالبعض يطلب من البداية الذكر على أساس أنه لا يرغب في أكثر من ذكر وأنثى في عائلته³.

بالرجوع إلى التشريع الأردني فإنه لم يورد أدنى إشارة لموضوع و مسألة تحديد جنس الجنين⁴.

1 محمد رأفت عثمان، مرجع سابق

2 محمد خير العناسوة، مقال منشور على الشبكة الدولية للمعلومات تحت عنوان: تحديد جنس الجنين في الأردن يخل بتوازن المجتمع، بتاريخ: 2012/02/04، الموقع الإلكتروني: <http://p.dw.com/p/13vcC>، تاريخ التصفح: 2022/12/08، على الساعة 12 h 53.

3 محمد خير العناسوة، مرجع سابق

4 د. زياد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة، الدار العربية للعلوم، الأردن، 1994م، ص 23

الفرع الثاني: موقف المشرع المصري

إن عديد المراكز الطبية في مصر سارعت لاستغلال الوضع لغرض فرض نفسها و تعلن أنها تستطيع أن تتحكم في جنس المولود و تحقق رغبة الأسرة في إنجاب الذكور أو الإناث.

كما قال الدكتور أسامة عزمي، مدير الصحة الإنجابية في المركز القومي للبحوث: التلقيح الاصطناعي مكلف للغاية، حيث يبلغ 10 آلاف جنيه إسترليني، كما هو الحال في تحديد نوع الجنين بحيث أن تحديد نوع كل جنين 2000 جنيه إذا تم فحص 10 أجنة تصبح التكلفة 20 000 ألف جنيه إسترليني بالإضافة إلى تكلفة جراحة أطفال الأنابيب لـ 10 أجنة ، وبذلك تصل التكلفة الإجمالية إلى 30 000 جنيه لتحديد نوع الجنين بدلاً من ضمان الحصول على هذا النوع ، وهذا يدل على أن الأمور ليست بالسهولة التي تقترحها هذه المراكز.

وأضاف: "على الرغم من الاعتراضات القانونية والدينية على الموضوع ، لا يمكننا ضمان الحصول على جنس معين نحن لا نغير نوع الجنين ، بل نقوم بزرع النوع الذي تريده الأسرة في الرحم، في حدوث الحمل من عدمه وفي استمرار الحمل من عدمه.

وأكد أن هذه الممارسة مفيدة فقط للوقاية من حدوث الأمراض الوراثية وعلاج بعض الحالات النفسية والاجتماعية لدى الأسر المحرومة و أن 90٪ من هذه المراكز التجارية خارج اختصاص وزارة الصحة ، مهنة الطب تحولت إلى سلعة وليست خدمة ، إلى جانب غياب قوانين في التشريع المصري التي من شأنها ضبط تقنيات تحكم في جنس الجنين¹.

لكن الدكتور أحمد رشدي مدرس أطفال الأنابيب بكلية الطب بجامعة الأزهر يرى أن تقنية اختيار جنس الجنين تتم بنجاح في مصر من خلال الحقن المجهرى خارج رحم الأم بتلقيح الحيوان المنوي للزوج لبويضة الزوجة و انقسامها عدة مرات ثم الفحص الجيني لها للتعرف هل الجنين ذكر أم أنثى خاصة أننا نعلم أن الحيوان المنوي هو المسؤول عن إنجاب الذكر أو الأنثى فهو يضم كروموزومات Y و X، أما المرأة

1 د.باميلا كسرواني،مقال منشور على الشبكة الدولية للمعلومات تحت عنوان:صبي أو بنت الخيار بين يديك، بتاريخ 2015/12/16،الموقع الإلكتروني:<http://raseet22.com>،تاريخ التصفح: 2022/12/08، على الساعة 30 h 13

فتحمل كروموزومات X فقط، والفحص الجيني للأجنة المتكونة يمكن التعرف على النوع دون التدخل في الصفات الوراثية ووفقا لرغبة الزوجين يتم حقن الزوجة بالمولود و النوع المرغوب فيه.

و اضاف أن نسبة نجاح هذه العمليات 100% ولا يوجد أي خطر طالما يتم احترام المعايير الدينية والأخلاقية، وبالمناسبة وبعد أن أثارت هذه العمليات نوعاً من الجدل، فإن عمل هذه المراكز يقوم على أساس فتوى شرعية. في حالة عدم وجود قواعد قانونية تنظمها

اما الدكتور مصطفى إبراهيم مدرس علم النساء والتوليد بكلية الطب جامعة عين شمس فقال: (إن هذه التقنية مفيدة في حالة الإصابة ببعض الأمراض المرتبطة بالنوع فمثلا نجد أن بعض الذكور مهددون بالإصابة بضمور في العضلات وهنا يكون إنجاب الإناث هو الحل).

قالت الدكتورة سامية خضر، أستاذة علم الاجتماع بجامعة عين شمس في مصر " : كثير من الناس لا يعرفون أننا مجتمع ذكوري ، بحيث فيه 51% من الذكور و 49% من الإناث إضافة إلى ذلك أن وفيات الإناث حديثي الولادة أكثر من وفيات الذكور وفقا لإحصائيات رسمية. وأشارت إلى أن التدخل الطبي الإنساني لتحديد جنس المولود يهدد المنظومة الحياتية الإنسانية¹.

مما سبق يمكن الاستنتاج أنه في ظل عدم وجود نصوص تشريعية في القانون المصري، فإن هناك ضوابط دينية وأخلاقية تحكم هذه العمليات، و تعتمد عليها الهيئات المخولة برقابة أعمال المراكز الطبية².

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من تحديد جنس الجنين

إن المشرع الجزائري يعارض جميع أنواع التمييز العنصري بين الرجل والمرأة، واعتراف بحق كل فرد في الحياة، ويرفض الإجهاض، ويحرم الإجهاض في المواد من 304 إلى 313 من قانون العقوبات، مع المعاقبة من 01 سنة إلى 20 سنة إذا نتج عن الإجهاض الموت³.

1 د. بامبلا كسرواني، مرجع سابق

2 د. حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دار الكتب القانونية و دار الشتات للنشر و البرمجيات، مصر، دون طبعة، 2007، ص 189 - 190.

3 د. فتيحة مصطفى عطوي، الإجهاض بين الشرع و القانون و الطب، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2001م.

أما بخصوص مسألة التحكم في جنس الجنين و مثل هذه المستجدات فلا يوجد أي أثر لها على مستوى المحاكم الجزائرية¹، ولعل السبب أنه راجع في الأساس إلى حداثة الموضوع، و إلى ضعف نسبة اللجوء إلى التلقيح الصناعي و هذا بسبب ارتفاع التكاليف التي هي ليست في متناول الجميع.

و بالرغم من وجود فراغ تشريعي بانعدام القواعد القانونية بخصوص تحديد جنس الجنين رغم أهمية الموضوع وما يترتب عليها من مسائل، بحيث أن التلقيح الاصطناعي لم يعد لغرض علاج العقم فقط بل أصبح له أبعاد علمية أقل ما يقال عنها أنها غريبة مثل إيجاد بنوك لحفظ الأجنة و الاستنساخ البشري و تأجير الأرحام و التحكم في جنس الجنين.

الفرع الأول: بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري

تنص المادة 45 مكرر من ق أ ج على ما يلي: (يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي) ويجب أن تتوفر شروط معينة وهي:

- ✓ أن يكون الزوج شرعياً.
- ✓ أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
- ✓ أن يتم بمبي الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها.
- ✓ لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة².

و بعد استقراء لنص المادة يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفاً للتلقيح الاصطناعي ولم يذكر صوره، بل أكد على ضرورة مراعاة الشروط التي أوردتها والغاية من ذلك هي تجنب المخاطر التي قد تنجم عن استعمال هذه التقنية.

1 إن الأحكام القضائية في مسائل التلقيح الصناعي بكافة صورته المتعددة الشرعية و غير الشرعية، لا أثر لها إطلاقاً في المحاكم الجزائرية عبر كافة التراب الوطني، وهذا الانعدام لمثل هذه الدعاوى راجع في الأساس إلى حداثة الموضوع و إلى عدم انتشار تقنية الإنجاب عن طريق المساعدة الطبية في المستشفيات الجزائرية و في العيادات الخاصة، ما عدا المراكز السبعة الموزعة على القطر الجزائري، حيث منها ثلاثة في الجزائر العاصمة، وواحد بكل من قسنطينة، عنابة، و اثنان بوهران. انظر: أرفوفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية و اثرها على النسب، ط1، دار الأمل للنشر، تيزي وزو، ص 204.

2 القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984م المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير و المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 15، سنة 2005م.

علاوة على ذلك ، فإن العبارة الواردة في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري ("يجوز للزوجين أن يلجأ إلى التلقيح الاصطناعي") جاءت بصيغة الخطاب العام، كون أنها لم تحدد من الزوجين اللذين يحق لهما الاستعانة بعملية التلقيح الاصطناعي أم أن الأمر يقتصر فقط على الأزواج الذين إما تأكد لديهم عدم القدرة على الإنجاب بالطرق الطبيعي بسبب مرض أحد الزوجين أو الذين أثبت الفحوصات الطبية إصابة خلاياهم التناسلية بمرض وراثي، لكن المشرع أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حال غياب النص القانوني، وقرارات الفقهاء قيدت التلقيح الصناعي بشرط الضرورة القصوى، وتجارب تحديد جنس الجنين لا تقتضيه ضرورة قصوى متى لم يثبت وجود خطر على جنين محدد، وعليه لا يجوز تحديد جنس الجنين.

الفرع الثاني: بالنسبة لقانون الصحة الجزائري:

فإن المشرع الجزائري وفي إطار تنظيمه للمساعدة الطبية على الإنجاب في قانون الصحة 18-11 فقد منع كل انتقاء للجنس في نص المادة 375، (يمنع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس)¹.

وفي حالة مخالفة هذه القاعدة، يترتب عليها عقوبات جزائية في نص المادة 436 على أنه يعاقب كل من يخالف منع وانتقاء الجنس المنصوص عليه في المادة 375 من هذا القانون، بالحبس من عشرة (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة و بغرامة مالية من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج².

و عليه فإن المشرع الجزائري منع تحديد جنس الجنين مهما كان نوعه، طبي لتفادي الأمراض التي تنقل مع الجنس محدد، واجتماعي مسايرة لرغبة الآباء في جنس معين، وقد اعتبره جناية بتشديد عقوبة تحديد الجنس³.

1 القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439هـ الموافق 02 يوليو 2018م المتعلق بالصحة، ج ر، عدد 46، بتاريخ 16 ذو القعدة 1439هـ الموافق ل29 يوليو 2018م، ص36، المعدل والمتمم.

2 المادة 436 من قانون الصحة 18-11، السالف الذكر.

3 تحديد جنس الجنين طبيًا في ضوء الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، المجلد 07، العدد 01، بتاريخ: 2022/3/01

وهكذا قد أغلق المشرع الجزائري الباب أمام الأطباء والوالدين من يرغبان في تحديد جنس الجنين رغبة أو اضطرارا لتفادي الامراض الوراثية المتنقلة عبر جنس الجنين.

الخاتمة:

إن مسألة تحديد جنس الجنين ليست قضية حديثة، بل هي مسألة واقعة منذ القدم، والجديد فيها هو ما طرأ عليها من تطور في الوسائل والتقنيات الطبية الحديثة التي أفرزتها الثورة البيولوجية، والمتوصل إليها نتيجة التجارب التي طبقت على بدن الإنسان،، لتمكن من خلالها تحديد جنس الجنين سواء أكان ذكرا أم أنثى، بحيث اختلفت فيها الآراء و تأرجحت بين القبول أو الرفض، كما اعتبرها البعض مسألة وأد للبنات و العودة لعصر الجاهلية فيما أن البعض الآخر اعتبرها طريقة مشروعة مثل الطرق الطبيعية المباحة.

وبعد دراسة هذا الموضوع من النواحي الطبية والقانونية والشرعية سواء كانت طبيعية أم اصطناعية ومن الجوانب الدينية و القانونية، توصلنا إلى النتائج و المقترحات التالية:

النتائج:

- إن الرأي الراجح من أقوال العلماء، ومن بينهم أبي حامد الغزالي، وابن القيم وما أثبتته العلم حديثا أن الجنين يبدأ تكوينه بمجرد تلاقي المائين، وتتقدر الصفات الوراثية.
- إن الرأي الراجح من أقوال العلماء، في حكم تحديد جنس الجنين بالتقنيات الطبية الحديثة محرم إلا للضرورة العلاجية.
- عجز القانون الجزائري في مواكبة التطورات الطبية بالنسبة للفقهاء الإسلامي و التشريعات المقارنة فيما يتعلق بالطب كانهدام الإمكانيات و الافتقار غلى التكنولوجيا.
- الفراغ الذي تعرفه تقنيات التلقيح الاصطناعي في الجزائر لو لم تسده المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية لكان يؤدي إلى كارثة، تحدث التجاوزات ويستند المخالفون إلى قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة في حالة عدم وجود نص يمنع أو يجرم.
- لا يمكن القول بأن هذه العملية تتعارض مع مشيئة الله، بل هي من باب الأخذ بالأسباب و لا حرج فيها بشرط أن تكون الوسيلة المستخدمة مشروعة.

الإقتراحات:

- يجب التنسيق بين علماء الشريعة، وهيئات الإفتاء، وبين أهل الاختصاص من الأطباء، وإبداء الرأي الفقهي فيها حتى لا نبعد الدين عن حياة الناس، أي تأسيس هيئة علمية تعنى بالاجتهاد الشرعي الجماعي للنظر في مستجدات العصر، واختراعات البشر.
- تتمين جهود المجمع الفقهي الإسلامي ودوره البحثي في المستجدات الطبية بصفة عامة والجنين بصفة خاصة و إدراجها في القوانين الداخلية لما لها من دور في ضبط هذه التطورات شرعيا و أخلاقيا.
- تشديد الرقابة على المراكز الإنجاب الصناعي لمنع حدوث تجاوزات تؤدي إلى كوارث اجتماعية أهمها اختلاط الأنساب و ضياعها، وقصر إجراء عمليات التلقيح الاصطناعي إلى على مستوى المراكز الحكومية و إشراف لجان طبية موثوقة.
- إنشاء جهة إدارية مختصة لمراقبة المراكز الصحية التي تباشر تقنية الإخصاب الاصطناعي للنظر في مدى التزامها بالقوانين المتعلقة في شأن تحديد جنس الجنين

قائمة المصادر و المراجع :المصادر الشرعية:

القرآن الكريم

السنة النبوية الشريفة

قائمة المراجع العامة والمتخصصة:المراجع العامة:

- أحكام النوازل في الإنجاب، مستجدات طبية معاصرة من منظور فقهي، 3/1004.
- د. حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية(دراسة مقارنة) الجنين و حرمة الجسد الإنساني (التلقيح الصناعي الداخلي - التلقيح الصناعي الخارجي) الحمل لحساب الغير، بنوك الأجنة، دار المكتبة القانونية، مصر، 2007م ص143.
- د. إسماعيل أبو عساف، أساسيات بيولوجيا الخلية و الهندسة الوراثية وعلم الجنين، ط1، الأهلية، الأردن، سنة2005م، ص25.
- د. إبراهيم بن مُجَّد قاسم بن مُجَّد رحيم، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الإمام مُجَّد بن سعود الإسلامية، سلسلة صادرة عن مجلة الحكمة - بريطانيا، سنة 2002.
- د. إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية و أثرها على النسب، ط1، دار الأمل للنشر، الجزائر، سنة 2012.
- د. عبدالناصر أبو البصل، الهندسة الوراثية من منظور شرعي وهو ضمن كتاب دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، ج2، ط1، دار النفائس، الأردن، سنة 2001.
- د. مازن الزبدة، قضايا طبية معاصرة، ط1، جمعية العلوم الطبية الإسلامية.
- د. مُجَّد بن هائل بن غيلان المدحجي، أحكام النوازل في الإنجاب، ج3.

- د. عبد الرشيد قاسم، اختيار جنس الجنين - دراسة فقهية طبية - دار الكيان، الرياض، 2005م.
- د. كارم السيد غنيم، الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء و تشريع السماء، ط1، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1998م.
- د. فتيحة مصطفى عطوي، الإجهاض بين الشرع والقانون و الطب، ط1، الاسكندرية، 2001م.
- د. مُجَّد الربيعي، الوراثة و الإنسان - أساسيات الوراثة البشرية و الطبية - ، عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1406هـ.
- د. هادي عطية العلامي علي، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية و التقنيات المساعدة في الإنجاب(دراسة في القانون العام المقارن)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2012.

المراجع المتخصصة:

- د. حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دار الكتب القانونية و دار الشتات للنشر و البرمجيات، مصر، دون طبعة، 2007م.
- د. عبد الرشيد قاسم، اختيار جنس الجنين، ط1، مكتبة دار البيان الحديثة، الطائف، 2001م.
- د. عطا السنباطي، بنوك النطف و البويضات، ط1، دار النهضة العربية، 1421هـ.
- د. ناصر الميمان، حكم اختيار جنس الجنين في الشريعة الإسلامية، أبحاث المجتمع الفقهي.
- د. حاتم أمين مُجَّد عبادة، التحكم في جنس الجنين بين النظريات الطبية و الأحكام الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.
- د. خالد الوديناني، تحديد جنس الجنين، منشور ضمن قضايا طبية معاصرة، السجل العالمي لمؤتمر الفقه الإسلامي.
- د. مُجَّد علي البار، اختيار جنس الجنين و وسائل التحكم في جنس الجنين و مدى نجاحها و حكمها الشرعي.

- د. هيلة بنت عبدالرحمن اليابس، بحث بعنوان تحديد جنس الجنين، منشور ضمن موضوع القضايا الطبية المعاصر، السجل العالمي لمؤتمر الفقه الإسلامي، ج2.

المذكرات و الأطروحات الجامعية:

- بن سليمان ديهبة و بن زناقي صونية، إشكالية الإنجاب وفق الطرق العلمية الحديثة (دراسة مقارنة قانونية و شرعية) مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة عبدالرحمن ميرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم القانون الخاص، بجاية، 2016-2017م.
- د. أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المخبري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2014-2015م.
- د. سعد بن عبد العزيز الشويرخ، أحكام الهندسة الوراثية، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في الفقه، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1427هـ.
- فادية محمد توفيق أبو عيشة، موقف الشريعة الإسلامية من تحديد جنس الجنين، دراسة في مقاصد الشريعة الإسلامية في الحفاظ على الأسرة و الصحة الإنجابية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه و التشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2011-2012.
- شبعات خالد، الحماية القانونية للجنين في ظل المستجدات الطبية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، جامعة أبوبكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2015-2016م.

المجلات و المقالات:

- د. الزهرة هراوة ، عيسى معيزة، تحديد جنس الجنين طبييا في ضوء الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائرية، مجلة العلوم القانونية و الإجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 07، العدد 01، مارس 2022، ص 1168.

➤ د. بلعباس أمال، انتقاء جنس الجنين من منظرو شرعي وقانوني، مجلة القانون والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، المجلد 06، العدد 01، جانفي 2020، ص 33.

➤ د. مُجَّد زيدان، مقال منشور، جنس المولود بين المعتقدات و الحقيقة، جامعة البليدة 2، قسم العلوم الاجتماعية، ص 2.

➤ د. مُجَّد خير العناسوة، مقال منشور على الشبكة الدولية للمعلومات تحت عنوان: تحديد جنس الجنين في الأردن يخل بتوازن المجتمع، بتاريخ: 2012/02/04، الموقع الإلكتروني: <http://p.dw.com/p/13vcC>، تاريخ التصفح: 2022/03/08، على الساعة 12h 53.

➤ د. مُجَّد رأفت عثمان، مقال منشور على الشبكة الدولية تحت عنوان: ولد أو بنت هل أختار جنس جنيني؟، الموقع الإلكتروني www.islamtoday.net، تاريخ التصفح: 2022/03/08، على الساعة 16 h 00.

➤ معرفة نوع الجنين و التحكم في الجنين، مقال منشور بمجلة المجتمع، ع 1511، بتاريخ 2007/07/27

➤ د. مُجَّد علي البار، الجنين المشوه، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي.

النصوص القانونية:

➤ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984م المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير و المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 15، سنة 2005م.

➤ القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439 هـ الموافق لـ 02 يوليو 2018م المتعلق بالصحة، ج ر، عدد 46، بتاريخ 16 ذو القعدة 1439 هـ الموافق لـ 29 يوليو 2018م، المعدل و المتمم.

المواقع الإلكترونية:

➤ الموقع : <http://p.dw.com/p/13vcC>

➤ الموقع : www.islamtoday.net

➤ موقع رابطة العالم الإسلامي : www.Themwl.org

المراجع باللغة الأجنبية (اللغة الفرنسية):

➤ Conseil de l'Europe, Traités Européens STE N°164, Convention pour la Protection des Droits de l'Homme et de la Dignité de l'Être Humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine Site de référence :

<http://www.inserm.fr/Ethique.nfs> ou <http://convention.coe.int> le : 03/03/2022 à 15h20.

➤ Pierre olivier ARDUIN, Recherche sur l'embryon, le choix crucial de la France, liberté politique, n°35, le 06/05/2009, p, 12

➤ Code de la santé publique Français, art 152/2, modifié par la loi n°2004-800 du 06 Août 2004.

➤ Isabelle FLORENTI, le diagnostique pré-implentatoire et le contrôle de la qualité des enfants à notaire général de droits de Jurisprudence, Paris, 1998, France, p, 116.

➤ Pier Morat, respect et protection du corps humane, lexis nexissa, Paris, 2007, p, 23.

العلاقة بين الوصاية على المصارف والافلاس

م.د. رجاء حسين عبد الأمير

قسم القانون- كلية الحلة الجامعة- بابل- العراق

أ.د. عقيل مجيد السعدي

قسم القانون- كلية الحلة الجامعة- بابل- العراق

م.م زينب رزاق حسين

قسم القانون- كلية الحلة الجامعة- بابل- العراق

الملخص

نظام الوصايا على المصارف من المستحدثة التي برزت في مجال العمل المصرفي الذي يقوم على أساس حماية المصارف ومعالجة العجز المصرفي للخروج من ازمته المالية، والتي تبرر فرض الوصاية وتجنبها الدخول في مرحلة التصفية الجبرية بسبب المشاكل الإدارية أو مرحلة الإفلاس نتيجة العقوبات المالية وعدم القدرة الوفاء لدائنها، وتجنباً للأثار السلبية المترتبة على المشاكل المالية المصرفية والتي تمس الاقتصاد الوطني، إذ يتدخل المشروع العراقي لإيجاد الحلول المناسبة لمعالجة تلك الاثار من خلال نظام الوصاية للمحافظة على استمرارية المصارف في أداء أنشطتها المالية ودعمها للاقتصاد الوطني.

الكلمات المفتاحية: الوصاية، المشاكل المالية، الافلاس، العمل المصرفي.

Abstract

The bank trusteeship system is one of the new developments that emerged in the field of banking, which is based on the protection of banks and the treatment of the banking deficit to get out of its financial crisis, which justifies the imposition of trusteeship and avoiding it entering into the stage of forced liquidation due to administrative problems or the stage of bankruptcy as a result of financial penalties and the inability to fulfill its creditors. In order to avoid the negative effects of banking financial problems that affect the national economy,

the Iraqi project intervenes to find appropriate solutions to address these effects through the guardianship system to maintain the continuity of banks in the performance of their financial activities and their support for the national economy.

Keywords: guardianship, financial problems, bankruptcy, banking.

المقدمة :

يعد نظام الوصايا على المصارف من المسائل ذات الأهمية والمستحدثة التي برزت في مجال العمل المصرفي الذي يقوم على أساس حماية المصارف ودوره في معالجة العجز المصرفي للخروج من ازمته المالية ، والتي تبرر فرض الوصاية وتجنبها الدخول في مرحلة التصفية الجبرية بسبب المشاكل الإدارية او مرحلة الإفلاس نتيجة العقوبات المالية وعدم القدرة الوفاء لدائنيها، وتجنباً للأثار السلبية المترتبة على المشاكل المالية المصرفية والتي تمس الاقتصاد الوطني ، حيث تدخل المشروع العراقي لإيجاد الحلول المناسبة لمعالجة تلك الاثار ووضع الحد الفاصل لها من خلال نظام الوصاية للمحافظة على استمرارية المصارف في أداء أنشطتها المالية ودعمها للاقتصاد الوطني بعد تجاوز الإشكاليات المالية التي تمر بها .

أسباب اختيار البحث

من اهم الأسباب التي دعتنا الى اختيار موضوع بحثنا ، هو لما تعتبره الوصاية على المصارف أداة بيد البنك المركزي للتدخل في حياة المصرف كلما اقتنع بوجود حالة من الحالات التي تستوجب او يجوز فيها فرض الوصاية . ويعكس هذا التدخل رغبة المشرع في الإبقاء على المصارف والعمل على استمرارها في ممارسة أنشطتها والمحافظة على قدراتها المالية والإدارية وارجاعها الى مسارها الصحيح باعتبارها احدى الخلايا الأساسية في الحياة الاقتصادية يتم ذلك عن طريق معالجة الصعوبات المالية او المشاكل الإدارية التي تعاني منها المصارف والتي استدعت وضعها تحت الوصاية ذلك بهدف تفادي انهيار المصارف والذي قد يؤول الى تصفيتها او اشهار افلاسها في نهاية المطاف.

مشكلة البحث

الوصاية في مجال المصارف من الموضوعات التي ظهرت نتيجة عجز نظام الإفلاس عن حماية حقوق دائمي المصارف واثرة السلبي على الاقتصاد الوطني , كونه يؤدي الى انهاء الوجود القانوني للمصارف في الوقت الذي كان من المفترض الإبقاء عليه نظراً لتشعب العلاقات المرتبطة بالمصارف ودور الأخير في عملية التنمية الاقتصادية داخل الدولة. فتكمن إشكالية بحثنا هنا ادراك المشرع العراقي صعوبة النشاط المصرفي في ظل التطورات الحاصلة مما دفعه الى وضع اليات جديدة تحكم عمل المصارف. وتعالج الإشكاليات المالية التي تمر بها المصارف عند عجزها عن الوفاء او تغطية أنشطتها المصرفية . ومن تلك الأنشطة أورد المشرع نظام الوصاية وعالج من خلاله مسألة اخلاس المصارف وكيفية معالجة تلك الحالة او الحكم على المصرف بالإفلاس ومن ثم تصفية موجوداته وانهاء الشخصية المعنوية له .

منهج البحث

اعتمدنا في بحثنا هذا أسلوب المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية المنظمة لموضوع الدراسة في القانون العراقي وعلى الأخص قانون المصارف العراقية لسنة 2004 وقانون البنك المركزي لسنة (2004) والقانون المدني رقم (40) لسنة 1951 .

خطة البحث

سوف نتناول موضوع بحثنا ضمن مبحثين في المبحث الأول سنتعرف فيه الى ماهية الوصاية على المصارف حيث سنعدد المطلب الأول للمقصود بالوصاية على المصارف في حين سنبحث في المطلب الثاني اطراف عملية الوصاية على المصارف . اما في المبحث الثاني سنخصصه لعلاقة الوصاية على المصارف بالافلاس وبدورها نقوم بتقسيمه الى ثلاث مطالب، الأول منه سنبحث مفهوم الإفلاس في المصارف العراقية بينما الثاني نتعرف على كيفية إجراءات اشهار افلاس المصرف واخيراً سنخصص المطلب الثالث لغرض الوصاية على المصارف .

المبحث الأول ماهية الوصاية على المصارف

لا شك ان للبحث في ماهية الوصاية على المصارف ان نقف عند معرفة المقصود بالوصاية على المصارف ومن ثم بيان أطرافها ذلك ضمن مطلبين وعلى النحو الآتي :-

المطلب الأول مفهوم الوصاية على المصارف

الوصايا هي نظام اقرت به التشريعات باختلافها⁽¹⁾، إلا أنها في مجال المصارف تعني حالة مؤقتة أو اجراء مؤقت يراد به إعادة تنظيم المصارف ومعالجة الخلل الحاصل فيها، أو انها اجراء اداري مؤقت يراد به الوقوف على المشاكل التي يعاني منها المصرف بغية معالجتها وإعادة تنظيم عمل المصرف، إذ من الجدير بالملاحظة، أن المشرع العراقي تناول احكام الوصاية على الأشخاص الطبيعيين فقط، سواء الذين تنعدم اهليتهم أو بحكم كونهم ناقصي الاهلية نظراً لصغر سنهم، أو كاملي الاهلية الذين يقوم بهم مانع كاجتماع عاهتين في الجسم من العاهات الثلاث الصم والبكم والعمى إلى غيره من الحالات الأخرى⁽²⁾.

بيد أن بصدد الوصاية على المصارف باعتبارها أشخاصاً معنويين ، فلم نجد في القانون العراقي تنظيمًا وتطرًا إليها على الأقل بصورتها الحالية⁽³⁾ إلى حين صدور قانون المصارف لسنة (2004) من قبل سلطة الائتلاف المؤقتة في العراق (المنحلة) بموجب امرها المرقم (94) الصادر في (2004/6/7)، فبعد صدور قانون المصارف أصبحت للوصاية على المصارف احكام خاصة بما نظم خلالها المشرع المسائل المتعلقة بالوصاية لتحديد الحالات التي تفرض فيها الوصاية والمدة التي تستغرقها، وتحديد الجهة التي تفرضها وحق المصرف في مواجهة قرار فرض الوصاية قضائياً، وبيان السلطات التي يتمتع بها كل من الوصي والبنك المركزي العراقي في إدارة المصرف وتحديد الحالات التي تنتهي فيها الوصاية وغيرها من المسائل ، إذ يلاحظ مع كل تلك الاحكام التفصيلية بخصوص الوصاية في قانون المصارف ، إلا أنه جاء خالياً من وضع تعريف

¹ - نظم المشرع العراقي احكام الوصاية في تشريعات متعددة، اذ نظمها المشرع في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، وفي قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 ، كذلك قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1980.

² - آيلان بهاء الدين عبدالله، الجوانب القانونية للوصاية على المصارف العراقية الخاصة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه كلية القانون، جامعة صلاح الدين ، أبريل، 2003، ص8

³ - للبنك في حالة نشوء اضطراب مالي او أي طارئ اخر ، اتخاذ الإجراءات اللازمة لمعالجتها لضمان استمرار المصارف بمزاولة اعمالها (لمزيد من التفصيل انظر المادة /51 من قانون البنك المركزي الملغي رقم (64) لسنة (1976) بعد تعديله بالقانون رقم (12) لسنة (1991) .

لها على الرغم من تطرق القانون إلى تعريف الوصاية على الأشخاص الطبيعية، إذ من غير الممكن التسليم بهذا التعريف واعتباره تعريفاً لمفهوم الوصاية في مجال المصارف، نظراً لاختلاف الأخير عن مفهوم الوصاية في المجالات الأخرى⁽¹⁾.

المطلب الثاني اطراف عملية الوصاية على المصارف

أن الوصاية على المصارف تتكون من اطراف ثلاث، وهي البنك المركزي والمصارف الموضوعت تحت الوصاية والوصي، فالطرف الأول وهو البنك المركزي يعتبر الجهة الوحيدة المختصة قانوناً بفرض الوصاية على المصارف وفقاً لقانون المصارف⁽²⁾. إذ يعد أعلى سلطة نقدية ومصرفية في غالبية الدول. وللبنوك المركزية عادة وظائف معينة تحددها القوانين التي تنظمها. وعلى الرغم من اختلاف وظائف البنوك المركزية من دولة لأخرى إلا أنه يلاحظ وجود وظائف مشتركة تقوم بها البنوك المركزية في معظم دول العالم. ومن أبرزها الرقابة على المصارف المرخصة داخل الدولة. فالبنك المركزي له وحده دون غيره سلطة إصدار الأوامر للمصارف وممارسة الرقابة عليها للتأكد من مدى سلامة عملياتها المصرفية من جهة، ومدى التزامها بالقوانين والأنظمة الصادرة عنه من جهة أخرى⁽³⁾ وبخصوص البنك المركزي العراقي، فإنه يتمتع باعتباره مؤسسة عامة مصرفية مملوكة للدولة بالشخصية المعنوية⁽⁴⁾، ويقف على قمة هرم الجهاز المصرفي في العراق، ويهدف إلى تحقيق الاستقرار في سعر الصرف ويعمل على الحفاظ على نظام مالي ثابت يقوم على أساس التنافس في السوق وفي سبيل تحقيق تلك الأهداف، فإنه يمارس وظائف عدة حددتها المادة / 4 من قانون البنك المركزي لسنة (2004)⁽⁵⁾.

¹ - انظر د. ناصر خليل جلال و د. نالان بهاء الدين عبدالله، إعادة تنظيم المصارف الخاضعة للوصاية والمسؤولية المدنية الناشئة عنها دراسة في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت، السنة (1)، المجلد (1)، العدد (2)، الجزء (1)، 2017، ص 558.

لمزيد من التفصيل انظر المادة / 4 من قانون البنك المركزي رقم (56) لسنة (2004).²

³ - د. محمد يوسف ياسين، القانون المصرفي التنفيذي، الطبعة (الأولى)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 57.

⁴ - انظر المادة / 2 كذلك المادة / 5 من قانون البنك المركزي العراقي رقم (56) لسنة (2004).

- لمزيد من التفصيل انظر المادة / 4 من قانون البنك المركزي رقم (56) لسنة (2004).⁵

أما الطرف الثاني فهو المصارف الخاضعة للوصاية، فتعتبر المصارف مؤسسات تجارية تزاوّل الأنشطة المصرفية وفقاً للقوانين التي تنظمها، وهي أحد أهم مكونات النظام الاقتصادي للدول في الوقت الحاضر، نظراً لقدرتها على تحويل الأموال من المدخرين إلى المستثمرين وممارستها الأنشطة قد تؤثر بشكل أو بآخر سلباً أو إيجاباً على اقتصاد الدولة، لذا تدخلت قوانين الدول ومنها العراق في تنظيم عمل المصارف لضمان حسن ادارتها من خلال ممارسة الرقابة على ادارتها⁽¹⁾.

وتعد الوصاية أحد أبرز مظاهر التدخل في كيان المصارف، إذ بينت المادة 1/ من قانون المصارف أن المقصود بالمصرف (لأغراض هذا القانون يقصد بالتعبير التالية المعاني المبينة ادناه : تعني كلمة "مصرف" شخصاً يحمل ترخيصاً أو تصريحاً بمقتضى هذا القانون لمباشرة الاعمال المصرفية⁽²⁾).

بينما يعد الوصي الطرف الثالث: في عملية الوصاية على المصارف، وبالنظر لأهمية الدور الذي يقوم به الوصي في عملية الوصاية لا بد لنا من معرفة من هو الوصي؟ و للإجابة يمكننا القول هو الشخص الذي يعينه البنك المركزي العراقي لإدارة المصرف الموضوع تحت الوصاية والحفاظ على أمواله وإدارة العمليات المتعلقة بالوصاية لفترة معينة وهي فترة الوصاية، إذ من الممكن أن يكون هذا الشخص طبيعياً أو معنوياً كالاستعانة بشركات متخصصة في هذا المجال للعمل كوصي على المصارف نظراً لخبراتها العملية في هذا المجال⁽³⁾.

¹- د. ضياء مجيد الموسوي ، الاقتصاد النقدي ، دار الفكر ، الجزائر ، 1993 ، ص94.

²- انظر المادة 1/ من قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة (2004) .

³- د. آيلان بهاء الدين عبد الله ، المصدر السابق ، ص566.

المبحث الثاني علاقة الوصاية على المصارف بالافلاس

بعد أن تعرضنا للوصاية على المصارف في المبحث الأول يستلزم بنا الأمر للوصول إلى حقيقة هذه العلاقة لا بد لنا من الخوض في البحث بمفهوم الإفلاس وكيفية إجراءات اشهار افلاس المصرف وفرض الوصاية عليه ضمن مطالب ثلاث.

المطلب الأول مفهوم الإفلاس في المصارف العراقية

يعد الإفلاس من ابرز النظم القانونية الخاصة في البيئة التجارية, وهو طريق للتنفيذ على مال المدين التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية بهدف تنشيط الائتمان , ودعم الثقة في المعاملات التجارية وذلك بسلسلة من الإجراءات والقواعد التي تهدف الى حماية مصالح الدائنين وصون حقوقهم بتمكينهم من الحجز على ما تبقى من أموال المدين ووضعها تحت اليد القضاء لكي لا تترك له فرصة تهريب أمواله اضراراً بهم⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمصارف , فان الافلاس إضافة الى كونه جزءاً قاسياً على المصرف الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية، فهو ضماناً لاستيفاء الدائم لحقوقه أو على الأقل مساواته بالدائمين الاخرين وذلك من خلال توزيع ما تبقى من أموال المدين بين الدائنين توزيعاً عادلاً لا افضلية فيه لدائن على آخر ما دام دينهم غير مقترن بسبب قانوني يوجب هذا التفضيل⁽²⁾.

والملاحظ أن المشرع العراقي أبقى على قواعد الإفلاس الواردة في قانون التجارة العراقي الملغي رقم (149) لسنة (1970)، وهذا ما لا يواكب التطور والتقدم الحاصل على المستوى الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للمجتمع المطبقة فيه تلك القواعد وخصوصاً إذا ما طبقت احكامها على شركات مصرفية كبيرة وذات امتداد واسع، حيث اثبتت التجارب ان تطبيقه غالباً ما ينجم أزمات خطيرة تتجاوز نطاق المصارف والشركات المصرفية، لذا دعت الحاجة مشرعنا العراقي الى تنظيم محكمة مختصة في النظر بمسائل افلاس المصارف وتنظر في الدعاوي المتعلقة بالعمل المصرفي وتسمى بمحكمة الخدمات المالية والتي

¹ - د. زكريا يونس احمد , الاحكام الجديدة في افلاس المصارف . بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية, السنة(7), المجلد (1) , العدد (28) , 2015 , ص413.

² - المصدر نفسه , ص414.

تدخل ضمن تشكيلات البنك المركزي العراقي , وكذلك يتولى البنك وضع ما يسمى بنظام الوصاية على المصارف و لأسباب أوردها المشرع العراقي في قانون البنك المركزي رقم (56) لسنة 2004 , وتولى المشرع العراقي في نفس السياق تعديل القواعد العامة في الإفلاس وذلك بموجب امر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (78) لسنة 2004 , وهذا المسلك الجديد الذي جاء به التشريع العراقي يتماشى مع التجدد العالمي بشأن فلسفة نظام الإفلاس وتحقيق غايته⁽¹⁾.

المطلب الثاني إجراءات اشهار افلاس المصرف

لقد نص المشرع العراقي في قانون المصارف على عدم جواز تطبيق احكام قانون الإفلاس على المصارف كذلك منع تطبيق تلك الاحكام أو أي تعديل يرد عليها كلياً أو جزئياً، ولكن بصدد اجراءات اشهار افلاس المصارف في قانون المصارف فقد أشار المشرع إلى أنه بعد تعين الوصي من قبل البنك المركزي العراقي تقوم محكمة الخدمات المالية⁽²⁾ بقبول طلب إقامة دعوى الإفلاس ضد المصرف , إلا أنه يشترط في هذا الطلب ان يقدم من قبل جهة محددة قانوناً أولاً, وان يتضمن واحداً أو أكثر من الأسس التي يجب تحققها لقبول دعوى الإفلاس .

فمن حيث الجهة المختصة بتقديم الطلب فقد منح المشرع هذا الاختصاص حصرياً للبنك المركزي العراقي ومعززا ببيانات مالية تبين انطباق مبرر قانوني واحد أو أكثر بمقتضى المادة (71) من قانون المصارف لإقامة دعوى الإفلاس , أو لثلاثة أو أكثر من دائي المصرف وتبلغ التزاماته المالية تجاههم بنسبة (4) مليار دينار مستحقة وغير مدفوعة ومعزراً بأدلة مستنديه تبين ان المصرف لا يفي بالتزاماته المالية عند استحقاقها ولا يجوز للمحكمة باي حال من الأحوال قبول طلب افلاس المصرف اذا لم يكن مقدما من إحدى الجهتين أعلاه ويقدم طلب الإفلاس خطياً الى محكمة الخدمات المالية حيث أن الأسس التي تقوم عليها دعوى الإفلاس أوردها المشرع العراقي في قانون المصارف على سبيل الحصر وكالتالي :-

¹- د. آيلا ن بهاء الدين عبدالله , الجوانب القانونية للوصايا على المصارف القانونية الخاصة ,المصدر السابق، ص8.

²- اسعد فاضل منديل , دراسة قانونية في محكمة الخدمات المالية , بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية السياسية / كلية القانون جامعة بابل , العدد (1) السنة (3) 2011,ص159.

- (1) عدم وفاء المصرف بالتزاماته المالية بما فيها مطلوبات الودائع عند استحقاقها .
- (2) إذا حدد البنك المركزي أن رأس مال المصرف يقل عن (25%) من رأس المال المطلوب وهذا ما ذكرناه في موضع سابق من البحث .
- (3) إذا قرر البنك المركزي بتوافر الأسس التي وردت في المادة (59) والخاصة بفرض الوصاية⁽¹⁾.

المطلب الثالث فرض الوصاية نتيجة افلاس المصارف

نص المشرع العراقي في قانون المصارف على الحالات الوجوبية لفرض الوصاية بغية المحافظة على سلامة النظام المصرفي , وتعد مسألة اشهار افلاس المصرف ضمن تلك الحالات⁽²⁾.

وبالتالي فان تقديم طلب امام محكمة المالية بإقامة دعوى افلاس المصرف يعد سببا لفرض الوصاية على المصرف , وهذا ما يفسر ارتباط نظام الوصاية بافلاس المصارف , وبعد تعيين الوصي على المصرف يتولى مهمة إدارة أموال المصرف واتخاذ القرارات اللازمة لإعادة تنظيم هذا المصرف ومحاولة معالجة الخلل الحاصل فيه، ومن هنا فان على الوصي أن يقدم تقريراً للبنك المركزي وفي اقرب وقت ممكن, ليكشف عن الوضع المالي والمستقبلي لهذا المصرف ويرفق بهذا التقرير خطة العمل المقترحة والتي يجب على الوصي أن يضع فيها الخيارات التي حددها المشرع , فعلى الوصي ان يوصي أم بعودة المصرف للامثال للقانون بتنفيذ خطة إجراءات صحيحة , أو إعادة تأهيل المصرف لتجاوز الازمات والاشكاليات المالية التي وقع فيها , أو أن يوصي فضلا عن ذلك بإقامة دعوى افلاس المصرف أمام محكمة الخدمات المالية , وهذا يعني أن الوصاية يمكن ان تنتهي بافلاس المصرف استناداً لاسس الإفلاس التي حددها المشرع العراقي في قانون المصارف، وفي نفس السياق فقد أجاز المشرع تقديم طلب الإفلاس أمام محكمة الخدمات المالية ضد أحد الفروع أو مكاتب التمثيل التابعة للمصارف الأجنبية العاملة في العراق وذلك في حالة ما إذا توافرت فيها أسس افلاس المصارف الواردة في المادة (71) من قانون المصارف العراقي⁽³⁾.

¹ - لمزيد من التفصيل انظر المواد /75/74/73/72/71 من قانون المصارف العراقي .

² - لمزيد من التفصيل انظر الفقرة (1) من المادة /59 من قانون المصارف العراقي .

³ - المادة (99) من قانون المصارف العراقي .

الخاتمة:

وخاتمة بحثنا والله الحمد توصلنا فيه لعدة نتائج ومقترحات يمكن ادراجها وكالاتي :-

اولاً النتائج

(1) الوصاية في مجال المصارف هي وضع قانون تصحيحي مؤقت يجد المصرف نفسه بقرار من البنك المركزي في حالات نص عليها القانون ضمن سلسلة إجراءات متداخلة تهدف إلى تحقيق الاستقرار داخل النظام المصرفي .

(2) يختلف مفهوم الوصاية في قانون المصارف عن مفهومها في القوانين الأخرى , كالقانون المدني وقانون الأحوال الشخصية، إذ يتولى عنهم الوصي إدارة شؤونهم وفقاً للقانون في حيث المصارف الموضوعة تحت الوصاية تملك أهلية التصرف القانوني لإدارة شؤونها ولكنها تفعل ذلك تحت إدارة الوصي واشراف البنك المركزي في فترة الوصاية .

(3) تغلب على قانون المصارف الجديد نزعة التطور والارتقاء بقواعد اخلاص المصارف التي حاول المشرع من خلالها إيجاد نوع من المعادلة بين المصرف المفلس ودائنيه .

(4) المحكمة المختصة بالنظر في دعوى افلاس المصارف , محكمة الخدمات المالية , هي محكمة استحدثتها المشرع في العراق .

ثانياً التوصيات

(1) نلاحظ ان المشرع العراقي في قانون التجارة الملغي لسنة 1970 لم يترك جزيئة للافلاس، إلا وتناولها مفصلاً ووضع الحلول القانونية بينما لم نجد هذا التفصيل في قانون المصارف العراقي لذا ندعو المشرع أن يلتفت مستطيلاً لهذه المسألة القانونية في الأهمية واسناد قواعد الإفلاس بالنسبة للمصارف الى القواعد العامة للافلاس الواردة في قانون التجارة الحالي .

(2) بالرجوع الى قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2004 نجد فيه الكثير من المصطلحات الغامضة مما يؤدي ذلك إلى ضياع روح النص ويفسح المجال امام التأويل والتعقيد حسب وجهات النظر فنندعو

مشرعنا بإعادة النظر في جميع بنود هذا القانون وإعادة صياغة النصوص القانونية بما يتلائم والواقع الاقتصادي.

المصادر

أولاً : الكتب

- (1) ضياء مجيد الموسوي , الاقتصاد النقدي , دار الفكر , الجزائر 1993
- (2) مُجد يوسف ياسين , القانون المصرفي النقدي , الصفحة الأولى , منشورات الحقوقية , بيروت , 2007.

ثانياً : الاطاريح والبحوث

- (1) آيلان بهاء الدين عبد الله , الجوانب القانونية للوصاية على المصارف العراقية الخاصة (دراسة مقارنة) , أطروحة دكتوراه . كلية القانون , جامعة صلاح الدين , أربيل, 2003
- (2) اسعد فاضل منديل , دراسة قانونية في محكمة الخدمات المالية , بحث منشور في مجلة المحقق الخلي للعلوم القانونية السياسية , كلية القانون , جامعة بابل, 2011.
- (3) زكريا يونس احمد , الاحكام الجديدة في افلاس المصارف , بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية , 2015 .
- (4) د. ناصر خليل جلال و د. آيلان بهاء الدين عبد الله , إعادة تنظيم المصارف الخاضعة للوصاية والمسؤولية المدنية الناشئة عنها دراسة في القانون العراقي , بحث منشور في جامعة تكريت , 2017.

القوانين

- (1) القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
- (2) قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959
- (3) قانون التجارة العراقي الملغي رقم (149) لسنة 1970 .
- (4) قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1980 .

(5) قانون البنك المركزي العراقي رقم (56) لسنة 2004 .

(6) قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2004

التدخل الدولي الانساني دراسة تطبيقية عن العراق

الطالب / صالح حسين علي

الدكتور / رحمة الله حبوب محمد أحمد

أستاذ مشارك بالعديد من الجامعات

دولة السودان

مستخلص البحث

موضوع التدخل الانساني يهدف الي معرفة التطورات التي مر بها عبر أزمان طويلة ، والتعرف علي اختلافات الفقه الدولي في تحديد فعالية حماية حقوق الانسان وتكمن مشكلة البحث في تحديد الوسائل التي تستخدمها الدول للتدخل الإنساني ومتى يحق لها حق التدخل وما هو الواقع العملي المشاهد في دخول الدول بشأن مصالحها الشخصية ،

والمنهج المتبع في كتابة البحث أتبعنا المنهج التاريخي للتعرف على التطور التاريخي لمفهوم التدخل الانساني والمنهج التحليلي وذلك بتحليل القرارات الدولية والمفاهيم وبيان الموقف الدولي من ممارسة التدخل الانساني في العراق ، والمنهج الوصفي وذلك من أجل الوقوف علي وصف الحالات الانسانية في العراق

مقدمة البحث

تشتمل مقدمة البحث علي الآتي :-

أولاً:- أسباب اختيار الموضوع :-

- 1- التعرف علي مفهوم التدخل الانساني
- 2- بيان وسائل التدخل الانساني
- 3- توضيح موقف الجماعة الدولية من التدخل الانساني

ثانياً :- أهمية البحث :-

تتمثل أهمية التدخل الانساني في الآتي

- 1- أعلاء شأن الانسان وذلك بفرض الحماية الدولية له
- 1- تحقيق حقوق الانسان الاساسية الواردة في المواثيق العالمية
- 2- نيل الانتهاكات الجسيمة التي تقع علي مواطني الدول من قبل سلطاتهم المحلية
- 3- تحقيق السلم والامن الدوليين وبسطهما علي الواقع المعاش

ثالثاً :- أهداف البحث :-

- 1- التعرف علي التطور التاريخي للتدخل الانساني
- 2- بيان موقف الفقه الدولي من الوسائل الفعالة لتحقيق الحماية الانسانية
- 3- تحليل موقف الدولي في مسألة التدخل الانساني
- 4- التعرف علي لحظة التدخل الانساني في المجتمعات الدولية

رابعاً:- مشكلة البحث :-

- 1- هل شكل تطور التدخل الإنساني أدى لضمان حماية حقوق الانسان ؟
- 2- ماهو دور المجتمع في تحقيق حماية حقوق الانسان ؟
- 3- ماهي وسائل استخدام التدخل الانساني ؟
- 4- ماهي لحظة التدخل الانساني ؟
- 5- ما هو الواقع العملي المشاهد في دخول الدول من مسألة التدخل الانساني ؟

خامساً:- منهج البحث:-

أتبعنا المنهج التاريخي للتعرف على التطور التاريخي لمفهوم التدخل الانساني والمنهج التحليلي وذلك بتحليل القرارات الدولية والمفاهيم وبيان الموقف الدولي من ممارسة التدخل الانساني في العراق ، والمنهج الوصفي وذلك من أجل الوقوف علي وصف الحالات الانسانية في العراق

سادساً :- خطة البحث :-

- المبحث الاول :- التطور التاريخي للتدخل الإنساني :-
- المبحث الثاني :- تعريف التدخل الإنساني :-
- المبحث الثالث :- شروط التدخل الانساني المشروع :-

المبحث الاول : التطور التاريخي للتدخل الإنساني :

نجد ان التدخل الإنساني مر بمراحل ثلاثة وهى ما قبل الحرب العالمية الاولى ، ومرحلة عصبة الامم ، و ما بعد أنشاء ميثاق الامم المتحدة والتي سأتناولها في المطالب الاتية

المطلب الاول : التدخل الدولي الإنساني ما قبل الحرب العالمية الاولى

إن التدخل الإنساني ظاهرة قديمة في تاريخ العلاقات الدولية ، فقد عرف القانون الدولي التقليدي الذي كان يميز استخدام القوة واللجوء الي الحرب كأداة لتسوية النزاعات القائمة بين الدول ، إلا انه بتتبع التسلسل التاريخي لحالات التدخل الانساني يكشف بوضوح ، أنها اختلفت تطبيقاتها باختلاف مراحل التطور الدولي السياسي والقانوني¹ ويرجع أغلب الفقه الدولي الي أن الجزور التاريخية للتدخل الانساني ترجع الي نظرية الحرب العادلة² ففكرة التدخل الإنساني تعبير عصري عن فكرة قديمة ذكرها فقهاء القانون الكنسي وهي فكرة الحرب العادلة وطورها في الفكر السياسي لبيبينا أن مشروعية الحرب تهدف الي كونها ترمى الي هدم الباطل والدفاع عن الحق وتغليب الخير علي الشر³ نجد أن معاملة ملك ما لرعاياه بقسوة

¹-التدخل الانساني في ضوء مبادئ وأحكام القانون الدولي العام ، عماد الدين عطا الله المحمد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2007،ص322

²- الحرب العادلة وحرب العدوان والقانون الدولي الانساني ، فرانسوا بونيون ، المجلة الدولية للصليب الاحمر ، العدد 847 ، 2002،ص38

³- استخدام القوة في القانون الدولي المعاصر ، محمد خليل موسى ،ص31

وظلم وجور تسمح للملوك الآخرين استخدام القوة العسكرية ضده باسم الحرب العادلة التي تقع لمصلحة الإنسانية جمعاء¹ وفي الفقه القانوني إن الحرب تكون عادلة متى كانت تهدف إلى الدفاع عن المواطنين في دولة أخرى ، حالة تعرضهم للمعاملة الوحشية من قبل حكومتهم بينما إذا كان الهدف منها السيطرة والفتح أو العدوان كانت الحرب غير العادلة² ادت نظرية الحرب العادلة وغير العادلة للحد من انتشار الحروب وكثرتها ، وكانت الحرب العادلة تقوم على أساس الردع والعقاب ، التي من جانب المجتمع الدولي في ظل غياب التنظيم الدولي ومن ثم فإن كل حاكم سولت له نفسه الإقدام على ارتكاب جرائم لا إنسانية في حق مواطنيه لا بد أن يتعرض لعقاب المجتمع الدولي الذي كان يعطى الدول العظمى سلطة توقيع العقاب آنذاك³ ويكتب لهذه النظرية انه كان لها أكبر الأثر في الحد من الحروب وتنبية الدول وخطورتها في هذا العصر واتجه المجتمع الدولي تدريجاً إلى نبذها بالبحث عن الحلول السلمية لحل المنازعات الدولية .

وقد نشأت الحاجة إلى فكرة التدخل الإنساني لحماية الأقليات الدينية أو العرقية من قبل الدول المرتبطة مع هذه الأقليات برابطة الدين أو القومية⁴ لما شهدت القرون الوسطى أعمالاً حربية وصفت رسمياً بأنها ردود أفعال على عدة اضطهادات مورست في حق الأقليات الدينية ، مع ما وكب انشقاق المذهب البروتستانتي عن الديانة المسيحية في أوروبا خلال القرن السادس عشر ، ومع ازدياد حدة الصراع بين الكاثوليك و البروتستانت ، نتج عنه خلاف وصراع شديدين أصبحت معهما حقوق الأقليات مهددة بالخطر الأمر الذي بعث الدول الأوروبية على التدخل لحمايتها خاصة التي تقيم في بلدان أوروبية⁵ و امتدت هذه التبريرات لتنفيذ التدخل الإنساني من طرف الدول الأوروبية للتدخل في المناطق الجغرافية

¹- لقد استند الفقهاء لتبرير الممارسات التدخلية للدول إلي مفهوم الحد الأدنى لمعاملة الأفراد داخل الدولة والذي بمقتضاه تكون الدولة مسؤولة عن الالتزام بمستوى معين من المعاملة الإنسانية للأفراد ، هذا المستوى يجد مصدره في القانون الطبيعي الذي يخول الأفراد حقوقاً لصيقة بأشخاصهم تعد تعبيراً عن قيم العدالة والإنسانية بمعناها الأخلاقي ، بالتالي يصنف التدخل الإنساني ضمن ما عرف في الحضارة المسيحية بمفهوم الحرب العادلة

² - التدخل الإنساني في ضوء القانون الدولي العام ، محمد غازي الجنابي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط أولى 2010، ص23

³ - التدخل الدولي مفهوم في طور التبدل ، ليلى نقولا الرحبالي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط أولى ، 2011، ص37

⁴ - في القرن السادس عشر بررت التدخلات بالأهداف الدينية التي كانت تسمو على أي اعتبار آخر ،نتجت عنها الحروب الدينية في أوروبا والتي انتهت بتوقيع معاهدة وستاليا 1648 التي أنهت حرب الثلاثين عام ن وكفلت حرية العقيدة الدينية في أوروبا ، واعتبرت البداية الحقيقية لتأسيس الدولة القومية ،

⁵ - النزاعات الجديدة ، الماضي في أطار الحداثة ،أيرين هرمان ،ودانيل بالميري ، المجلة الدولية للصليب الأحمر ، العدد

الخاضعة لسلطان الإمبراطورية العثمانية لحماية الجماعات الكاثوليكية المقيمة في هذه المناطق ، ومثالها الاحتجاجات المقدمة من قبل روسيا للدول العثمانية بدعوى اضطهادها للأقليات المسيحية بالرغم من تعهداتها بكفالة حرية الأقليات ، بموجب المادة السابعة من معاهدة كوتشك كييناجي سنة 1774م¹ ونجد أيضا أن الدول الغربية الكبرى قد استخدمت في بداية الأمر لحماية الرعايا المسيحيين اليونانيين في الإمبراطورية العثمانية تحديدا ، فيما عرف بالمسلة الشرقية عندما طبقته أول مرة في 1827م² ومع أبرام معاهدة باريس عام 1856 أصبحت حماية حرية العقيدة في الدولة العثمانية حماية جماعية من قبل الدول الأوروبية الكبرى حيث تدخلت فرنسا عسكريا في سوريا عام 1860 نيابة عن الدول الأوروبية لحماية المسيحيين من المجازر التي تعرضوا لها على أيدي الدروز³ ، والأمر لم يقف هنا بل تطورت فكرة التدخل الإنساني فيما بعد وأصبح هدف الدول التي تستخدم فكرة التدخل الإنساني لا يقتصر على حماية الرعايا المسيحيين في الإمبراطورية العثمانية فقط ، بل تشمل حماية رعايا هذه الدول في الخارج حالة تعرضهم لأذى أو خطر وبدأت فكرة التدخل الإنساني في التطور شيئا فشيئا إلى إن وصلت لدرجة الاستعمار⁴ ، فالدول الأوروبية تحمي المسيحيين من رعايا الدول العثمانية بهدف مد نفوذها السياسي والاقتصادي فروسيا تطرد النفوذ العثماني من البلقان لتحل محله ومن النماذج الشهيرة على تطور التدخل الإنساني ما حدث عام 1990م حينما تدخلت ألمانيا والإمبراطورية النمساوية والولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا وبريطانيا وإيطاليا واليابان في الصين أبان حكم مانشو حين اندلاع الثورة وكان هذا التدخل الجماعي العسكري بدوافع إنسانية بهدف حماية المسيحيين والأجانب المهددين بالقتل واللاجئين إلى مقار البعثات الدبلوماسية المعتمدة لدى الصين⁵ وفي هذه المرحلة اقتضت حماية الأقليات على طائفة معينة على أساس وجود عدة نصوص دولية تم فرضها على الدول لتشمل حماية طوائف عرقيا ودينيا ولغويا خاصة تلك الدول الجديدة التي تسعى على حصول اعتراف الدول الكبرى .

¹ - مقال بعنوان التدخل الإنساني لحماية الأقليات بين القانون الدولي العام ونظرية الاستنفاد في الإسلام ، ندير بومعالي ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2009، ص47

² - معجم في القانون الدولي المعاصر ، عمر سعد الله ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005، ص111

³ - المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية ، عبد القادر البقيرات ، العدد الأول ، 2008، ص305

⁴ - التدخل الإنساني في العلاقات الدولية ، محمد يعقوب عبد الرحمان ، مركز الإمارات للبحوث والدراسات الاستراتيجية ، الإمارات العربية المتحدة ، ط أولى ، 2004، ص33

⁵ - نظرية التدخل لصالح الإنسانية ، غسان الجندي ، ص162

المطلب الثاني : التدخل الإنساني في فترة عصبة الأمم

بعد أن ذاق المجتمع البشري مرارة الحروب التي كانت سائدة في معظم أرجاء العالم لاسيما بعد الحرب العالمية الأولى ، أصبحت ضرورة لإقامة تنظيم دولي لتحقيق السلام والأمن في عام 1919م وكان من أهدافها استتباب السلام والأمن الدوليين ومنع الحروب وتنشيط التعاون الدولي ، ومن مبادئها عدم اللجوء إلى الحرب ، وقيام العلاقات الدولية واحترام قواعد الدولي كما كانت لها نظرة واقعية في حماية الأقليات بشكل خاص وفي أطار عصبة الأمم عرف ما يسمى نظام الوصاية والى وقت قريب ظل عالم السياسة مشتملا على أقاليم خاضعة لوصاية الأمم المتحدة وبقيت الوصاية فترة طويلة من الزمن إحدى الممارسات والسماح المهمة للمجتمع الدولي ذي المركزية الغربية هذا المجتمع الذي كان منخرط في الشؤون الداخلية لكثير من الأقاليم غير الغربية التي كان سكانها يعتبرون غير مؤهلين للحصول على الاستقلال السياسي وحتى التمتع بحق الحكم الذاتي الداخلي كما شكلت عصبة الأمم في مجال حماية الأقليات نقطة حاسمة في تطور التدخل الإنساني بإضافتها الطابع الدولي عليه ، حيث تم استناد هذه المهمة إلى مجلس العصبة ليقرر ما يراه مناسباً من تدابير فله الحق في تلقي الشكاوى والبلاغات من أفراد الأقليات ليقرر فيما بعد قبوله لها أم لا وتضمن عهد العصبة العديد من النصوص الخاصة بحماية حقوق الإنسان لكنها لم تكن شاملة لكل الحقوق والأفراد من ناحية أخرى فإن هذا النظام دفع الأقليات ذاتها إلى اللجوء إلى الدولة المجاورة التي تشاركها خصائصها الخاصة أكثر من اعتمادها على الدول التي تقيم فيها لهذا لم يكن بالإمكان الإبقاء على هذا النظام واستمراره الأمر الذي ساعد على التقليل من أهمية عمل العصبة وادى إلى ظهور بوادر الحرب العالمية الثانية تلاشى معها هذا النظام وزال نهائياً سنة 1943م إلى أن جاء في بداية القرن العشرين حيث شهد ولادة منظمات دولية عالمية اختفت ظاهرة التدخل الإنساني من سلوكيات الدول نوعاً ما وافقدت سندها القانوني المستمد من العرف الدولي .

المطلب الثالث : التدخل الإنساني في مرحلة ما بعد ميثاق الأمم المتحدة

جاء في ميثاق الأمم المتحدة سنة 1945م ابتداء من الديباجة غايات سامية في سبيل تحقيق تلك الغايات يجب على الدول أن تبادر إلى التسامح وأن نعيش معاً في سلام وحسن جوار أن نكفل بقبولنا مبادئ معينة ورسم الخطط اللازمة لها أن لا نستخدم القوة المسلحة في غير المصلحة المشتركة ، في هذا

المجال عكف فقهاء القانون الدولي على ايجاد تنظيم دولي جديد لحماية الاقليات ويساعد على حفظ السلم والامن الدوليين ، وتوج هذا الاهتمام بميلاد منظمة الامم المتحدة كما ان الاهتمام الدولي بحقوق الانسان ادرج في ميثاق الامم المتحدة ضمن مقاصدها وترتب على ذلك وعى متصاعد بأهمية حقوق الانسان في السياسة الدولية ، متوازنا مع الاهتمام الوطني والإقليمي واضحت المسألة بالحماية الخاصة لحقوق الانسان بصرف النظر عن الانتماءات الوطنية او العرقية او الدينية او السياسية او غيرها تمثل احد المبادي الاساسية للتنظيم الدولي المعاصر لاسيما ان جرائم الحرب كانت قد طالت كل بني البشر دون ان يقتصر الامر على فئة معينة بعينها ، بهذا اقرت المنظمة تأييدا عالميا في مجال التدخل الإنساني الذي اصبح يتميز بالعالمية ويقر الحماية لكافة حقوق الانسان وتكمن اهمية حقوق الانسان امن المنظور القانوني السياسي الدولي في انهاء تصدر بوثائق دولية ويعد الفرد والمجموعات القومية الدينية والشعوب الاطراف المستفيدة من الحماية الدولية لحقوق الانسان في استراتيجيات الدولية ، كما عقدت مؤتمرات عديدة حول حقوق الانسان وصدرت عدة وثائق دولية وتم وضع عدة اتفاقيات مختلفة اهمها اتفاقية منع جريمة الابادة المعاقب عليها 1948م ، والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع اشكال التمييز العنصري والمعاقب عليها 1973م ، واتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم ضد الانسانية 1970م ، واتفاقية مناهضة التعذيب وغيرها من المعاملة القاسية والغير انسانية والمهينة 1984م ، فان مخالفة هذه الالتزامات الدولية تحرك المسؤولية الدولية للدولة امام المجتمع الدولي فيمكنها مساءلتها على اساس ما ارتكبته من مخالفات للالتزامات الدولية كما شهدت الممارسات الدولية للتدخل الإنساني بعد ميلاد الأمم المتحدة حيث لم تول أي اعتبار لمبادئ القانون الدولي المنصوص عليها في الميثاق كتدخل الولايات المتحدة الأمريكية عسكريا لحماية رعاياها في لبنان 1958م ، وتدخل بلجيكا في الكونغو 1960م ، وتدخل الهند في باكستان الشرقية 1971م ، وتدخل تركيا في قبرص 1974م ، والولايات المتحدة في إيران 1980م ، وهكذا تعددت حالات التدخل الإنساني وأخذت أطوارا كثيرا من حالات التدخل ترتكب تحت مسمى الدفاع عن حقوق الإنسان كمبرر عام ظاهري لدوافع الإنسانية علة مشارف القرن الواحد وعشرون تبلورت حقيقة سياسية وقانونية تتمثل في الارتباط بين انتهاك حقوق الإنسان على مستوى الفرد والجماعات بين تهديد السلم والأمن الدوليين كما يحدده ميثاق الأمم المتحدة من الملاحظ في هذه التدخلات الإنسانية أنها لم تمارس بحق شرعي صريح الا بعد انتهاء الحرب الباردة بتراجع الكتلة الشرقية في المسرح العالمي لإفساح المجال للكتلة الغربية وإبرازها تدخل الدول المتحالفة في شمال العراق 1991م ، والصومال 1992م وانغولا وليبريا وصولا إلى لموزنيق

وأذربيجان، وبالتالي أصبحت الدول مسؤولة عن انتهاكات حقوق الإنسان بصفه عامه دون تفرقة بين المواطن والاجنبي ومن ثم فان اى محاولة للتمييز بين نوعى التدخل غير منطقية ولا أساس لها فالتدخل الدولي الانساني بالنسبة إلى أنصاره أصبح تدخلا لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية سواء أكان مواطنا أو أجنبيا فعلمية حقوق الإنسان من هذا المنظور ساوت بين جميع الأفراد في الحقوق والالتزامات إذا كان الهدف الذي يسعى إليه التدخل الإنساني والذي قد يشكل ذريعة للتدخل من اجل الدفاع عن حقوق الإنسان وحماية الأقليات ووقف الجرائم ضد الإنسانية أو تأمين وصول العاملين في المجال الإنساني.

المبحث الثاني : تعريف التدخل الإنساني :

نجد أن علماء القانون الدولي على اختلاف فيما بينهم في تحديد تعريفا للتدخل الإنساني منهم من ضيق عبارة التدخل باعتبار انه لأ يتم ألا من خلال العمل العسكري واستخدام القوة المسلحة ، ومنهم من وسع مصطلح التدخل الإنساني في انه يتم من خلال الضغوط السياسية والاقتصادية والدبلوماسية ، وأتناول ذلك في مطلبين وهما :-

المطلب الأول :- التعريف الضيق للتدخل الإنساني

يعرف التدخل الإنساني هو تجاهل دولة ما للحقوق الأساسية لرعاياها فيمنح الدول الأخرى في أن تتدخل طبقا لمبادئ القانون الدولي باسم الجماعة الدولية بهدف وقف الانتهاكات الصارخة والمستديمة .
أو هو استخدام القوة المسلحة أو التهديد باستخدامها من قبل دولة أو مجموعة من الدول أو هيئة دولية بغرض حماية حقوق الإنسان من الانتهاكات الصارخة التي تقوم بها دولة ما ضد مواطنيها بطريقة فيها إنكار لحقوقهم بشكل يصدم الإنسانية¹ .

¹ - التدخل الإنساني في العلاقات الدولية ، محمد يعقوب عبد الرحمان ، مرجع سابق ، ص21

هو كل استخدام للقوة من جانب إحدى الدول ضد دولة أخرى لحماية رعاياها مما يتعرضون له من موت أو أخطار جسيمة¹،

أو هو كل استخدام للقوة لهدف مبرر يتمثل في حماية رعايا دولة أخرى من المعاملة الاستبدادية والتعسفية المتواصلة والتي تتجاوز حدود السلطة التي يفترض إن تتصرف ضمن حدودها حكومة الدولة المعنية على أساس العدالة والحكمة ويعرف التدخل الإنساني بأنه الحالة التي تستخدم فيها الدولة بطريقة منفردة القوة المسلحة للتدخل في دولة أخرى بغرض حماية جماعات من السكان الأصليين مما يهدد حياتهم ، أو الانتهاكات الأخرى التي تهدد حقوقهم الإنسانية والتي ترتكبها الحكومة المحلية أو تشارك فيها² .

أو استخدام القوة المسلحة من جانب احد أشخاص القانون الدولي ضد إحدى الدول بسبب الانتهاكات الوحشية الواسعة النطاق التي يتم ارتكابها من قبل سلطات تلك الدولة أو بتسهيل منها وبصورة عمدية ومتكررة ضد جماعات من الأفراد سواء من المواطنين أو من الأجانب المقيمين على إقليمها³ .

هو استخدام دولة أو أكثر القوة العسكرية ضد دولة أخرى دون رضاها ، لمنع انتهاكات جسيمة وواسعة لحقوق الإنسان الأساسية أو لوقفها ، وبغض النظر عن جنسية الضحايا ، أو هو تدخل عسكري تعلن الدولة أو الدول المتداخلة أنها أقدمت عليه لأغراض إنسانية محضة⁴

علية نستخلص أن التدخل الإنساني استخدام القوة المسلحة لحماية حقوق الإنسان بغض النظر عن ألوانهم أو جنسياتهم أو انتماءاتهم العرقية أو الدينية من الخطر الجسيم الواقع عليهم من الدولة المنتهكة لحقوقهم

المطلب الثاني :- التعريف الواسع للتدخل الإنساني

¹ - التدخل الدولي الإنساني -دراسة فقهية وتطبيقية في ضوء قواعد القانون الدولي ، حسام احمد محمد نداوى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997م ، ص43

² - التدخل الدولي ومأساة البوسنة والهرسك ، صلاح عبد البديع شلبي

³ - التدخل الدولي بين المنظور الإنساني والبيئي ، سامح عبد القوى السيد ، ص30

⁴ - استخدام القوة في القانون الدولي المعاصر ، محمد خليل موسى ، دار وائل للنشر ، طبعة أولى ، 2004م ، ص25

هو التدخل الذي يتم دون استخدام القوة او التهديد بها وانما عن طريق الوسائل السياسية والاقتصادية والمتمثلة في قطع العلاقات الدبلوماسية ، ووقف المساعدات الاقتصادية علي الدولة المتهمة بانتهاك حقوق الانسان تتوقف عن ممارستها¹

او هو كل ضغط تمارسه حكومة دولة على حكومة دولة ، أخري من أجل أن يكون تصرف الاخيرة مطابقا للقوانين الانسانية ، من خلال احترام الحقوق الاساسية للفرد مهما كانت جنسيته مادام بشرا²

ويعرف بانه التصرف الذي تقوم به الدولة ضد حكومة أجنبية بهدف حملها على وقف المعاملة المتنافية مع القوانين الانسانية لرعاياها³

او هو عمل ارادي ومنظم تقوم به وحدة سياسية دولية ، سواء كانت دولة أو مجموعة من الدول أو منظمة دولية عالمية أو إقليمية ، بوسائل الاكراه والضغط التي تشمل جميع أشكال الضغط السياسي والدبلوماسي والعسكري أو بعضها من أجل وقف الانتهاكات الصارخة المنظمة لحقوق الانسان الأساسية في دولة معينة، في حالة عدم قدرة الاخيرة على حماية مواطنيها أو عدم رغبتها في ذلك ، أو في حالة قيام الدولة نفسها بمعاملتهم بقسوة واضطهاد باعتبارها معاملة تتنافي مع المبادئ والقوانين الانسانية⁴

او هو الذي يتم تنفيذه دون اللجوء الي القوة ، وإنما يمتد الي إمكانية اللجوء الي الوسائل الدبلوماسية بشرط وقف الانتهاكات الخطيرة لحقوق الانسان⁵

نستخلص بان التدخل الانساني بمعناه الواسع هو الذي يتم لحماية حقوق الانسان في إحدى الدول بوسائل وقف المساعدات الانسانية وتوقيع جزاءات تجارية وباستنفاد هذه الوسائل يمكن حماية حقوق الانسان باللجوء الي القوة المسلحة .

¹ - الامم المتحدة والتدخل الدولي الانساني ، معمر فيصل خولي ، دار العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ط أولي 2011 ، ص16

² - التدخل الإنساني في العلاقات الدولية ، محمد يعقوب عبدالرحمن ، ص21

³ - مبدأ عدم التدخل في القانون الدولي المعاصر ، بوكرا الدريس ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1990م ، ص75-76

⁴ - مبدأ التدخل والسيادة لماذا ؟ وكيف ؟ أو صديق فوزي ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر ، ط أولي ، 1999م ، ص237

⁵ - التدخل الإنساني في العلاقات الدولية ، محمد يعقوب عبدالرحمن ، ص22

المبحث الثالث : شروط التدخل الانساني المشروع :

هناك شروط يجب توفرها حتى يكون التدخل الإنساني من قبل الدولة مشروعاً لتقديم المساعدة الإنسانية أو رفع المعاناة الإنسانية من الانتهاك وابتاؤها في المطالب الآتية :-

المطلب الاول :- ان يكون التدخل الانساني لحماية المصلحة الانسانية

أي لأبدأ من ان تسعى الدولة المتدخلة من وراء تحقيق أهداف سياسية أو اقتصادية دافعها الرئيسي هو المصلحة الإنسانية فقط من قبل الدول الحامية ، فيجب ان يكون تدخل الدول نتيجة أزمة إنسانية خطيرة فالهدف من التدخل الانساني هو قيد الإنسانية لأغير ، ولا يمكن للتدخل الإنساني ان يحظى بالقبول اذا كانت للدولة المتدخلة مصلحة في تجاوز الحدود التي رسمتها لنشاطها فيضع مبدأ الإنسانية علي عاتق المجموعة الدولية واجب التدخل في أي مكان يلاحظ فيه انتهاك خطير لحقوق الانسان ويرتب آثاراً مساوية¹ أي ان يكون الهدف من التدخل الانساني هو أنساني فقط ، أي وقف الانتهاكات الجسيمة لحقوق الانسان دون غيره من الاهداف التي يكون للدول المتدخلة مصلحة في تحقيقها ودون أحداث تغيير في نظام الحكم في الدول المستهدفة² غير ان واقع الممارسة الدولية للتدخل الانساني يثبت عكس ذلك ، اذ لا يمكن الفصل بين الباعث السياسي والباعث الانساني لأي تدخل³ ، فالدولة المتدخلة بمجرد إقرار التدخل الانساني تضع في الحسبان مصالحها الخاصة ، إذ طالما كان الباعث الحقيقي لمختلف التدخلات المسلحة تحت ستار حماية الإنسانية هو السعي الي تحقيق المصالح السياسية والاقتصادية والاستراتيجية في الدول المستهدفة من التدخل

المطلب الثاني :- وجود انتهاكات جسيمة لحقوق الانسان

حتى يتحقق التدخل الانساني المشروع لأبدأ من وجود أعمال عنف من دولة ضد مواطنيها أو جماعات داخل الدولة تهدد بقاء جماعات أخرى في ظل عجز الدولة عن ضبط الاوضاع ، كل هذا

¹ - دراسات في التدخل الانساني ، أحمد سي علي ، دار الاكاديمية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ط أولي ، 2010م ، ص 108

² مبدأ التدخل والسيادة لماذا ؟ وكيف ؟ أوصديق فوزي ، ص 422

³ - مجلس الامن وحق التدخل لغرض احترام حقوق الانسان ، عمران عبدالسلام الصفراني ، منشورات قار يونس ، ليبيا ، ط أولي ، 2008م ، ص 114

يستدعي تحرك مناسب من الجماعة الدولية لوقف انتهاكات حقوق الانسان ، فإثبات هذه الانتهاكات يبرر أي تدخل من جانب دولة أو منظمة دولية لحماية هذه الجماعات أو الاقليات¹ من الحالة التي يكون فيها خروقات وشيكة او المعاناة الخطيرة الجارية او خسائر في الارواح ، و هذا العنف يودي الي تهديد خطير لأمن وسلامة الشعوب بالتالي تهديد للسلم والامن الدوليين ، الامر الذي يبرر التدخل الانساني من أجل فرض احترام الاطراف المعنية لقواعد القانون خاصة قواعد القانون الدولي الانساني ، فعندما تبلغ التصرفات اللاإنسانية في شكل انتهاكات لحقوق الانسان الخطيرة والمستفحلة وتمارس بطريقة منهجية كما في جرائم الابادة أو أعمال التطهير العرقي أو أن تشكل جرائم ضد الانسانية وهى محمية بوثائق دولية فالاعتداء عليها يعتبر اعتداء على المواثيق الدولية الملزمة في نصوصها ، والمحافظة على حقوق الانسان أصبحت تشكل تراث مشترك للبشرية جمعاء ، مما يستوجب الاسراع في وضع حد للانتهاكات الخطيرة لحقوق الذي يجب ان يتم في الوقت المناسب ولفترة محددة²

المطلب الثالث :- أن يكون التدخل الانساني بأرادته دولية جماعية

نجد أن الطرف الذي له حق التدخل من أجل حماية حقوق الانسان وانتقاد انتهاكات حقوق الانسان هي منظمة الأمم المتحدة والهيئات الدولية القائمة وفقاً لاتفاقيات دولية للدفاع عن حقوق الانسان³ فشرعية التدخل لا تستطيع أن تكتسب حقيقة الا في إطار نظام دولي مؤهل أو ترخيص جماعي أو قوة دولية تملك إمكانية التدخل باسم المبادئ الشاملة للمجتمع الدولي ، فنص ميثاق الامم المتحدة في ان مجلس الامن الدولي هو الذي يملك ويقرر الشروع بتطبيق المعايير الضرورية لإحلال السلم والامن الدوليين أي ترخيص مجلس الامن ضروري لتشريع التدخلات الانسانية، فأن مجلس الامن الدولي وفقاً للفصل السابع قد لا يتوجه الي دولة عضو في الامم المتحدة بل الي جماعات من الدول أو أحلاف غير ملزمة قانوناً باحترام القواعد القانونية التي يثيرها مجلس الامن في مواجهتها⁴

¹ - التدخل الانساني في ضوء مبادئ وأحكام القانون الدولي العام ، ، عماد الدين العطا المحمد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2007م ص475 ومابعدها

² - التدخل الانساني في ضوء مبادئ وأحكام القانون الدولي العام ، عماد الدين العطا الله المحمد ، ص597 ومابعدها

³ - التدخل في شؤون الدول بذريعة حماية حقوق الانسان ، عمر حسين حنفي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط أولي ، 2004-2005، ص333،

⁴ - مجلس الامن وحق التدخل لغرض احترام حقوق الانسان ، عمران عبدالسلام الصفراني ، ص101

بهذا نقول أن شروط التدخل الانساني المشروع منع الانتهاكات الواقعة على حقوق الانسان وفقاً لنصوص دولية قائمة على الارادة الجماعية .

المبحث الرابع : التدخل الأمريكي في العراق:

لقد أصبح من المعلوم للمجتمع الدولي انه ليس في الميثاق ما يمنع الأمم المتحدة السلطة للتدخل في الشؤون التي تقع ضمن الاختصاص الداخلي لأي دولة وهذا ما نصت عليه المادة (2/7) من الميثاق كان واضحاً وجلياً كل الوضوح حيث كانت مجموعة من الدول تساند الحق المناهض لهذا الرأي فبرأيهم أن المادة (2/7) من الميثاق تمنح السلطة لمجلس الأمن أن يقوم بأي إجراء او عمل يراه مناسباً في الحالات التي تهدد الأمن والسلم الدوليين وقد يتضمن عملية عسكرية إذا تطلب الأمر .وعندما بدأت معركة الخليج باحتلال دولة الكويت عام 1990م ولكن لم تتوقف بخروج العراق من الكويت ولكن أخذت السياسة العالمية عدة اتجاهات حولها واختلفت الرؤى أمام المجلس وأصبحت المطالبة بالحق الإنساني يرتفع ونزع أسلحة الدمار الشامل ترتفع مرة أخرى . وبعد تحرير الكويت دعا مجلس الأمن العراق بأن يمتنع عن أساليب العنف ضد شعبه وخاصة الأكراد في شمال العراق وكان للإعلام الدور الفاعل في كسب الرأي العالمي مما أدى الى استعداد القرار (688) من مجلس الأمن لدعم هذا الموقف¹

وعليه لا بد أن نبين أن النظام العراقي كان يرصد التحركات العسكرية للأكراد بقسوة مخالفة لحقوق الإنسان حيث تم نزوح أعداد كثيرة من الأكراد اللاجئين الى الحدود التركية والتي وجهت بعدم دخولهم البلاد مما أدى ذلك الى لجوئهم الى الجبال وعندما صدر قرار الأمم المتحدة بالالتزام العراق بالامتناع عن أي اعتداء على المناطق المأهولة بالأكراد حيث كان لقرار (688) تطوراً كبيراً فتح آفاق مجلس الامن حتى يقوم باتخاذ خطوات أكثر شدة من ذي قبل ضد الدول التي تسيء معاملة شعبها وهذا القرار غير ملزم للعراق او لأي دولة عضو ولكن ظهرت المفاجأة أن الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة نشرت قواتها العسكرية أرضاً وجواً في شمال العراق وجنوبه لكي تؤمن سماء آمنة للاجئين الأكراد كما طلب المجلس

-الحدود القانونية لشرعية التدخل الدولي الانساني ، مذكرة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية ، قذران مصطفى ،

جامعة الجزائر ،كلية الحقوق ،2008م ،ص21

¹ - انظر المادة (2/7) من ميثاق الأمم المتحدة.

- عبدالله الاشعل ، الأمم المتحدة والعالم العربي في ظل تحول النظام الدولي ط3 ، 1997م ص 125

في العراق أن يسحب قواته أرضاً وجواً. حيث أن السند القانوني لهذا التدخل وأن الوسائل التي استخدمت وفقاً لقرار التدخل (688)¹ هي الاعتراف الدولي كان لحماية السلم والأمن الدوليين فيها يعني انه ليس هناك أي تدخل في الشأن الداخلي للدولة.

حيث أن الأهداف الإنسانية في التدخل كانت وفقاً لما جاء في قرار بإنهاء احتلال دولة الكويت بكل الوسائل وهذا ما حصل بإجماع دولي ولكن كان العراق معارضاً له. وعليه من الناحية العملية تكون في العراق ما يعرف بالمناطق الآمنة في جنوب العراق وشماله وعلينا أن نبين الدليل القاطع على عمليات لتدخل في الشؤون الداخلية بحجة التدخل الإنساني في كلا الحالتين في المطلبين الآتيين :

المطلب الاول :- التدخل الانساني في شمال العراق وقضية الأكراد:

كان للولايات المتحدة الأمريكية الهدف الأول والأساسي لتدمير القدرات العراقية التي تطورت إثناء الحرب العراقية الإيرانية خلال الثماني أعوام لإعادة التوازن العسكري في منطقة الشرق الأوسط لصالح إسرائيل والذي يهمننا في فحوى الأمر هو كيف تمكنت القوى المعادية للعراق تكيف قرارات مجلس المن لتتسجم مع مصالحها الذاتية وكيف وجهت القرار (678)²

¹ - انظر القرار (688) عام 1991م.

² - القرار 678 - 29 تشرين الأول عام 1990م أن مجلس الأمن، او يشير الى ، ويعيد التأكيد على قراراته 660 ، 664 ، 665 ، 666 ، 667 ، 669 ، 674 ، 677 ستة 1990م ورغم كل ما تبذله الأمم المتحدة من جهود ، أن العراق يرفض الوفاء بالتزامه بتنفيذ القرار 660 ، والقرارات اللاحقة ذات الصلة المشار إليها أعلاه مستخفاً بمبادئ الأمن ، استخفاً صارخاً وإذ يضع في اعتبار واجباته ومسؤولياته المقررة بموجب ميثاق الأمم المتحدة ، اتجاه حفظ السلم والأمن الدوليين ومعظمها وأكد المجلس تأمين الامتثال التام لقراراته ، وحيث يتصرف بموجب الفصل السابع مل الميثاق

أ- يطالب أن يمثل العراق امتثالاً تاماً للقرار 660 عام 1990م وجميع القرارات اللاحقة فان العلة ويقرر في الوقت الذي يلتزم بقراراته أن يمنع العراق كلفته أخيره تتم عن حسن النية للقيام بذلك.

ب- بأذن للدول لإعفاء المتعاونة مع حكومة الكويت ما لم ينفذ العراق في 15 كانون الثاني 1991م ، او قبله القرارات السابقة الذكر ، تنفيذاً كاملاً كما هو منصوص عليه في الفقرة أعلاه وتنفيذ القرار 660 (1991م) جمع القرارات اللاحقة ذات الصلة ، وإعادة السلم والأمن الدوليين في المنطقة .

ج - يطلب من جميع الدول إن تقدم الدعم المناسب للإجراءات التي تتخذ عملاً بالفقرة (2) من هذا القرار .

د- يطلب من الدول المعنية أن توالي إبلاغ جملة الأمن تبعاً بالتقدم المحرز فيما يتخذ من إجراءات عملاً بالفقرتين (2،3) من هذا القرار .

هـ - يقرران تبقي المسألة قيد النظر .

وأكدت على الفترة الأولى حيث فيها الخيار الأخير للعراق والتي نصت على التعبير عن حسن النية (يتأكد على العراق أن يمثل امتثالاً تاماً للقرار 660، عام 1990م وجميع القرارات اللاحقة ذات الصلة ويقرر في الوقت الذي يلتزم بقراراته ، أن يمنح العراق كلفته أخيرة ، كفرصه تتم عن حسن النية للقيام بذلك) وقرار (688) يكون هو الأساس القانوني لتدخلها في العراق وتكوين مناطق امنه في جنوب العراق وشماله ، كما كان للطلب التركي المقدم لمجلس الأمن في ابريل عام 1991م بخصوص تهجير أكثر من ثلاثة الألف لاجئ عراقي كردي على الحدود التركية خلال يومين مما أثار مجلس الأمن ، بين من أقره شأنه داخلياً لا يجوز التدخل فيه ومنهم أكد على انه مسألة تمه السلم والأمن الدوليين وأن التدخل فيه لا يعتبر تدخلاً في الشأن الداخلي للعراق "1" حيث إن الولايات المتحدة الأمريكية كانت تقف موقفاً حازماً من التدخل وكان يعارض الاتحاد السوفيتي في عدم التدخل في شأن العراق الداخلي وأن الإدارة الأمريكية أكدت على تمسكها بسياسة عدم التدخل في الصراعات الداخلية في العراق في 2 أبريل عام 1992م، وكررت المتحدثة باسم وزارة الخارجية الأمريكية في نفس اليوم عن التمرد في العراق ، وكان هذا موقف الولايات المتحدة الأمريكية حيث وجه الأكراد انتقاداتهم للولايات المتحدة بخيانة قضيتهم ولم يجدد موقفاً لمساندتهم وأتهم مسعود البرزاني زعيم الأكراد صدام حسين الرئيس العراقي السابق بارتكاب جرائم إبادة ضد المدنيين من الأكراد. "2" وبالرغم من الموقف السلبي في التدخل الإنساني في العراق من وجهة نظر الولايات المتحدة الأمريكية ولكن تركيا وفرنسا يؤكدان ويطالبان بالضغط على مجلس الأمن لإصدار قرار يدين العراق ويلزمه بالمنع عن ضرب الأكراد في شمال العراق، الأمر الذي أدى الى تهجير أكثر من مليون كردي عراقي الى إيران وتركيا. وفي أثناء هذه الظروف صدر قرار (688) الذي يدين قمع العراق لشعبه ويلزمه بالكف عن ضرب المنشقين والمشردين وأن يتخذ نهج سليم يؤكد احترامه لحقوق الإنسان السياسية لكل المواطنين العراقيين "3" تضمن القرار مطالبة المنظمات الدولية والوكالات ان تدعم المشردين واللاجئين بسبب الصراعات الداخلية في العراق، كما طالب الحكومة العراقية أن تعمل على مساعدة هذه المنظمات والوكالات لكي تؤدي عملاً بصورة كاملة. صدر القرار (688) بأغلبية عشرة أصوات مقابل ثلاث أصوات

1- الأمم المتحدة والعالم العربي في ظل النظام الدولي ، عبدالله الاشعل ، مصدر سابق ص 128.

2 - الأمم المتحدة والعالم العربي في ظل النظام الدولي عبدالله الاشعل ، مصدر سابق ص 129..

3- النظرية العامة للجزاءات القانونية الدولية ، عبدالله الاشعل ، القاهرة ، 1997م ، ص 130.

هي كوريا واليمن وزيمبابوي، وكما بينا من قبل إن هذا القرار يعتبر نقطة تحول كبرى في مسار عمل الأمم المتحدة ومجلس الأمن بعد أن دار جدل واسع بين مؤيد ورافض فالمؤيدون يرون أن الهجرة الكبيرة للعراقيين لم تعد مسألة داخلية بل تهدد السلم والأمن الدوليين ويلزم اتخاذ إجراء يمنع هذا العمل وأما المعارضون في اعتبره نزاعاً داخلياً ومعالجة تكون ضمن اختصاصي محلي وتجاوزه يعد انتهاك للسيادة. لذا لم يجد القرار الأغلبية اللازمة لصدوره إلا بعد أن ضمن التأكيد على السيادة الوطنية للعراق ولا يتصف الشأن الداخلي له¹ "ولكن يبدو أن القرار (688) الصادر في ابريل 1991م بعد انتهاء عملية تحرير الكويت فقد نص القرار على حماية المواطنين العراقيين وحماية الأكراد واستمرار العقوبات الملاحظ والمتابع للخلاصة التي توصل إليها الواقع العراقي من حرب شاملة على العراق وحل كافة الأجهزة الحكومية وخلع الرئيس صدام حسين ومحاکمته وتعريضه للإعدام كما تم إعدام قادة النظام الحاكم في العراق يدرك منذ البدء إن الحسابات الأمريكية كانت قد اتجهت منذ البدء الى ضرورة تطويع العراق فالهدف الأول هو ليس تحرير الكويت وإنما كانت الكويت هي المعبر لتحجيم القدرة العسكرية العراقية بكل صنوفها المتنامية في المنطقة إثناء الحرب العراقية الإيرانية خلال ثمانية أعوام. ولهذا لم تقف عند تحرير الكويت وإنما سعت الى استعداد عدة قرارات ليبقى العراق في حالة حصار جائر حيث أنها استفاد من القرار (688) وتجاوزت حدود نص القرار نفسه بعد تدخلها في شمال العراق بحجة هذا القرار"² وبعد تقديم التقرير الإيجابي من قبل لجنة "رالف يليكوس" والتي ذكر فيها إن العراق فعل كل ما هو مطلوب منه لكن الإدارة الأمريكية كان لها أجندة لا تتفق ومواثيق الأمم المتحدة حيث وضعت الولايات المتحدة الأمريكية شروطاً خاصة للموافقة عن وضع الحظر المفروض على العراق وهي شروط تعد تدخلاً غير مبرر في الشؤون الداخلية للدولة عضو في الأمم المتحدة وفي صميم سيادتها وهذا بدأ واضحاً وهذا ما عبرت عنه وزير الخارجية الأمريكية "مادلين اولبرايت" عام 1997م أن من متطلبات رفع الحظر يقومها "أن تغييراً في الحكومة العراقية يمكنه من يؤدب الى تغيير في سياسة الأمريكية تجاه العراق ما بعد حكومة صدام حسين أن تقييم حوار مع النظام الأحق بضمان تحقيق هدفين"³

¹ - النظرية العامة، للجزاءات القانونية الدولية، عبد الله الأشعل، مصدر سابق، ص 131.

² - بعد انتهاء حرب الخليج الثانية عام 1991م فرضت الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وفرنسا حظراً جويّاً داخل العراق وهو ما عرف في مناطق الحظر الجوي جنوب العراق وشماله بحجة حماية الشيعة والأكراد.

³ - مصير ومبدأ السيادة على ظل العولمة، د. مراد جابر مبارك السعداوي رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2003م

1. الهدف الأول: أن يكون العراق ما بعد صدام عراق جديد متحرراً ومستقل من أي تدخل خارجي ويتمتع بحريته السياسية وكافة الجوانب الأخرى.
2. الهدف الثاني: أن يكون النظام الجديد حسن التصرف في مجال التعاون مع لجنة الأمم المتحدة ليتسنى للعراق الالتزام بالقرارات الصادرة عن مجلس الأمن فيما يتعلق بحقوق الإنسان وأن تكون القدرة العسكرية بمحدود احتياجاته وهذا هو هدف الإدارة الأمريكية المعلن الذي لم ينطبق مع الهدف المبطن الذي أبرزته الأحداث المتتالية بعد ذلك. وبالرغم من أدانه مندوب العراق لدى الأمم المتحدة للقرار (688) والذي اعتبره تدخلاً في الشأن الداخلي العراقي فقد عملت القوات البريطانية والفرنسية بالتحرك في تركيا الى شمال العراق وتم بناء عدة معسكرات لحوالي (850) ألف مهجر عراقي وقد اشتركت القوات الأمريكية الخاصة مع القوات البريطانية والفرنسية في تحديد المنطقة الآمنة وتأمينها وحراستها من قبل تلك القوات من يوم 23 أبريل عام 1991م مجهزة بالمعدات العسكرية وإسناد جوي بالطيران في القواعد التركية¹

المطلب الثاني :- التدخل الانساني في جنوب العراق وقضية الشيعة:

لقد وجهت اتهامات عديدة ضد الحكومة العراقية في عام 1992م بهجمات اتجاه الشيعة جنوب العراق مما أدى الى أن مجلس الأمن الدولي فرض منطقة حظر جوي جنوب الخط 32 بدون إعطاء منطقة آمنة للشيعة في جنوب العراق ، حيث لم تسهل الحكومة العراقية الطائرات الحربية ضد ثورة الشيعة وأخبارها في الجنوب العراق لكن ما نشر من تقارير للصحاف تذكر انه استخدم المدافع البعيدة المدى والدبابات وصواريخ ارض - ارض لضرب أهالي الاهوار جنوب العراق بدلاً من الطائرات الحربية² وتم تهجير وقتل أكثر من نص مليون شيعي عراقي في منطقة الاهدار بعد إيقاف حرب الخليج الثانية في 1/3/1991م حيث استخدمت الحكومة العراقية كافة صنوف القوة العسكرية لإيقاف التمرد الشيعي في جنوب العراق الذي سيطر على 14 محافظة من أصل 18 محافظة عراقية وفي 18 أغسطس 1991م وافقت بريطانيا

¹ - النظرية العامة للجزاءات في القانون الدولي ، عبد الله الاشعل ، مصدر سابق ، ص131.

² - مقال بعنوان حقوق الإنسان في ظل النظام الدولي الجديد ، د. وليد الحلبي في 4/12/2004م ص 7

وفرنسا على خطة أمريكية لدعم وحماية الشيعة في جنوب العراق من تلك الهجمات، حيث تم أثناء منطقة حظر جوي ضد نظام العراق وهذا دليل قاطع على تدخل الولايات المتحدة الأمريكية في الشأن الداخلي العراقي وإضعاف النظام¹ حيث صرح رئيس الوزراء البريطاني في 18/ أغسطس 1991م أن النظام العراقي يقوم بقتل شعبة من الشيعة بطريقة منهجه وأبده وزير الخارجية الفرنسي بإثناء منطقة حظر جوي ثم هدت الولايات المتحدة المنطقة جنوب خط 32 وبمساحة 140 كلم² وتقرر إسقاط طائرات العراق إذا دخلت منطقة الحظر² وهذا ما سعت إليه الولايات المتحدة الأمريكية ليكون العراق مقطوع الأرواح ويعيش واقعاً متقارباً عريقاً وثقافياً يعيشه العراق ببقية وجوده و هذا يؤكد تعدد الولايات المتحدة الأمريكية لنطاق حملتها ضد العراق من التدخل لتحرير الكويت الى التدخل في شمال العراق وجنوبه كان عمل من أعمال التدخل الخارجي في الشؤون الداخلية لدولة مستقلة عضو في الأمم المتحدة وهذا يعد تحد صريح لميثاق الأمم المتحدة ودون تفويض صريح من مجلس الأمن الدولي³

المطلب الثالث :- موقف الأمم المتحدة بعد عام 1991 من التدخل الانساني في العراق

رفضت الحكومة العراقية هذا التدخل مهما كانت دوافعه التي جاء من أجلها لكن موظفي الأمم المتحدة لم يشاهدوا أي تعارض بين ما وصلوا إليه من اتفاق مع الحكومة العراقية وبين تدخل دول الحلفاء غير المشروع قانوناً حيث سلم وزير الخارجية العراقي في 23/ ابريل عام 1991م خطابة الاحتجاجي على وجود دول الحلفاء في مقال العراق واعتبره انتهاك خارج على سيادة العراق وتدخلاً في الشأن الداخلي العراقي، حيث أعلنت الحكومة العراقية مقاومة العدوان الأجنبي بكافة الوسائل لكونه اعتداء على سيادتها وسلامتها أراضيها. لكن الولايات المتحدة بررت ذلك الوجود لا يتعارض مع الشرعية الدولية وهذا ما جاء في القرار (688).⁴ هكذا رأينا من التدخل في شمال العراق كان خارج الشرعية الدولية برغم سكوت مجلس الأمن عن ذلك وعدم إصدار أي إدانة اتجاه

¹ - النظرية العام للجزاءات ، د. عبد الله الأشعل ، مصدر سابق 139.

² - مدى التزام مجلس الأمن بقواعد الشرعية الدولية ، نظره واقعية مجلس السياسية الدولية ، د. حسام أحمد محمد هندواي، العدد 17/ يوليو 1994م ص 102

³ - مراد جابر مبارك السعداوي: مبدأ السيادة في ظل العولمة ، مصدر سابق ، ص 410

⁴ / د. عبد الله الأشعل : الأمم المتحدة والعالم العربي في ظل تحول النظام الدولي، القاهرة / ط2، 1997م ، ص 131.

الختام

وتشمل النتائج والتوصيات

اولا :- نتائج البحث

- 1- أن التدخل الإنساني بمعناه الضيق هو استخدام القوة المسلحة لحماية حقوق الإنسان بغض النظر عن ألوأنهم أو جنسياتهم أو انتماءاتهم العرقية أو الدينية من الخطر الجسيم الواقع عليهم من الدولة المنتهكة لحقوقهم
- 2- التدخل الانساني بمعناه الواسع هو الذي يتم لحماية حقوق الانسان في إحدى الدول بوسائل وقف المساعدات الانسانية وتوقيع جزاءات تجارية وباستنفاد هذه الوسائل يمكن حماية حقوق الانسان باللجوء الي القوة المسلحة .
- 3- ان التدخل الانساني غير متفق الفقه الدولي في تعريفه فمنهم من ضيق في مفهومه بوسائل القوة المسلحة ومنهم من وسع بالوسائل السياسية والاقتصادية
- 4- التدخل في العراق كان خارج الشرعية الدولية برغم سكوت مجلس الأمن عن ذلك وعدم إصدار أي إدانة اتجاه
- 5- ان التدخل الانساني ليس لديه نص قانوني خاص به
- 6- شروط التدخل الانساني المشروع منع الانتهاكات الواقعة على حقوق الانسان وفقاً لنصوص دولية قائمة علي الارادة الجماعية
- 7- ان التدخل الانساني يكون مشروعاً ان كان غرضه حماية حقوق الانسان ووفقاً لتنفيذ الارادة الدولية الجماعية
- 8- ان الواقع العملي للتدخل الانساني للدول ليس لتحقيق حماية حقوق الانسان وانما لتحقيق مصالح الدول الاقتصادية والسياسية

توصيات البحث :-

- توصي الدراسة لتحقيق حماية حقوق الانسان علي الامم المتحدة ان تكون جيشا خاصا بتحقيق السلم والامن الدوليين تحت تصرف مجل الامن الدولي
- توصي الدراسة بان تراعي الامم المتحدة في أي تدخل عسكري لغرض حماية حقوق انسان ان يكون خاضعا لمبدأ التناسب لضمان تحقيق هدف حماية حقوق الانسان المنتهكة
- علي الدول ان تمنح شعوبها الحقوق الاساسية وعدم انتهاكها من قبل سلطاتها حتى لا تتدخل الدول الأخرى بذريعة حماية حقوق مواطنيها
- علي الدول ان تدرك التطورات الدولية المتعلقة بحماية حقوق الانسان الدولية وتحافظ عليها حتى لا تمس بسيادتها والحفاظ علي سلامة اراضيها من التدخل الدولي

فهرس المصادر والمراجع

- مقال بعنوان التدخل الإنساني لحماية الأقليات بين القانون الدولي العام ونظرية الاستنفاد في الإسلام ، ندير بومعالي ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2009
- معجم في القانون الدولي المعاصر ، عمر سعد الله ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005
- مصير ومبدأ السيادة على ظل العولمة ، د. مراد جابر مبارك السعداوي رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، 2003م
- مدى التزام مجلس الأمن بقواعد الشرعية الدولية ، نظره واقعية مجلس السياسية الدولية ، د. حسام أحمد مُجَّد هنداوي، العدد 17/ يوليو 1994م
- مجلس الامن وحق التدخل لغرض احترام حقوق الانسان ، عمران عبدالسلام الصفراني ، منشورات قار يونس ، ليبيا ، ط أولي ، 2008م

- مبدأ عدم التدخل في القانون الدولي المعاصر ، بوكرا ادريس ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1990م ، -
- مبدأ التدخل والسيادة لماذا ؟ وكيف ؟ أو صديق فوزي ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر ، ط أولي ، 1999م ،
- دراسات في التدخل الانساني ، أحمد سي علي ، دار الاكاديمية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ط أولي ، 2010م ،
- النظرية العامة للجزاء القانونية الدولية ، عبدالله الاشعل ، القاهرة ، 1997م
- النزاعات الجديدة ، الماضي في إطار الحداثة ، أيرين هرمان ، ودانيل بالميري ، المجلة الدولية للصليب الأحمر ، العدد 849 لسنة 2003
- التدخل في شؤون الدول بذريعة حماية حقوق الانسان ، عمر حسين حنفي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط أولي ، 2004
- التدخل الدولي مفهوم في طور التبدل ، ليلي نقولا الرحبالي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط أولي ، 2011
- التدخل الدولي الإنساني - دراسة فقهية وتطبيقية في ضوء قواعد القانون الدولي ، حسام احمد محمد نداوى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997م
- التدخل الانساني في ضوء مبادئ وأحكام القانون الدولي العام ، عماد الدين العطا محمد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2007م
- التدخل الإنساني في ضوء القانون الدولي العام ، محمد غازي الجنابي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط أولي 2010
- التدخل الإنساني في العلاقات الدولية ، محمد يعقوب عبد الرحمان ، مركز الإمارات للبحوث والدراسات الاستراتيجية ، الإمارات العربية المتحدة ، ط أولي ، 2004م
- استخدام القوة في القانون الدولي المعاصر ، محمد خليل موسى ، دار وائل للنشر ، طبعة أولى ، 2004م ،
- مقال بعنوان حقوق الإنسان في ظل النظام الدولي الجديد ، د. وليد الحلبي في 2004/12/4م
- الأمم المتحدة والعالم العربي في ظل النظام الدولي عبدالله الاشعل

- الحرب العادلة وحرب العدوان والقانون الدولي الانساني ، فرانسوا بونيون ، المجلة الدولية للصليب الاحمر ، العدد 847 ، 2002،
- الامم المتحدة والتدخل الدولي الانساني ، معمر فيصل خولي ، دار العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ط أولي 2011

التقرير الختامي للمؤتمر الدولي الثاني للجمعية الدولية للدفاع عن حقوق الإنسان

والإعلام يوم 10 ديسمبر 2022 بتونس

القاضية / مريم الساسي

دولة تونس

اليوم العاشر من ديسمبر لسنة ألفين واثنين وعشرون، هو الموافق للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، انعقدت بمدينة الحمامات من الجمهورية التونسية أشغال المؤتمر الدولي الثاني للجمعية الدولية للدفاع عن حقوق الإنسان والإعلام، وفي هذا الإطار انطلقت الأشغال بكلمة افتتاحية للسيد رئيس الجمعية رضا كرويدة، ترحيبية لضيوف تونس من الدول العربية والأجنبية، مؤكدا على أهمية الدفاع عن حقوق الإنسان وما توليه الجمعية من أهمية في هذا الخصوص ، من ضرورة تعزيز ثقافة حقوق الانسان

والتوعية بها ونشرها، وهو الهدف الأساسي للجمعية الذي تعمل ولطالما عملت عليه ، خاصة وأنّ التوعية بهذه الثقافة والمساهمة في نشرها بين مختلف فئات المجتمع يعزّز التطور المجتمعي والتقدم الوطني.

وهو ما أكّده العميد "حافظ بن صالح" مشيراً إلى أهمية هذه الحقوق وتعزيز ثقافة نشرها، مشيراً إلى دور الجمعية في هذا الخصوص مثنياً دورها الناجع في هذا الصدد ، مع صدور الكتاب الأوّل للجمعية بالاشتراك مع الجمعية التونسية للبحوث والدراسات الادارية برئاسة القاضي فراس الوكيل الذي أشار إلى أهمية هذه الشراكة مقدّماً المولود الجديد لهذه الجمعية وهو الكتاب الصادر متضمناً لمجموعة ثرية من المقالات المتعلقة بحقوق الانسان سعياً لتوثيق هذه الحقوق وبسط كيفية التعامل معها.

من جهته أكّد السيّد وزير التربية فتحي السلاوتي بمناسبة القائه كلمة ترحيبية خلال هذا المؤتمر مؤكّداً على ضرورة تعزيز ثقافة حقوق الانسان لدى الأطفال ومنذ النشأة، داعياً الى تطوير السياسة التربوية المعتمدة في تونس على اعتبار أن الثروة في تونس ترتكز أساساً على الموارد البشرية، وعليه يجب الاستثمار في الذات البشرية منذ النشأة لتكوين وتقويم الذوات البشرية، داعياً إلى معاضدة الجهودات بين كافة الفاعلين من مؤسسات الدولة والمجتمع المدني للرقى بالمجتمع من خلال الاهتمام بالأطفال لكونهم جيل المستقبل والفئة التي بها تتطور المجتمعات وتتقدّم، وعليه من الضروري التوعية بحقوق الانسان لدى هذه الفئة.

أمّا من جهته فلقد أكّد السيّد القاضي عبد الباسط الخالدي على أهمية حقوق الانسان وما تلعبه محكمة التعقيب من دور حمائي فعال لهذه الحقوق مشيراً إلى عدّة قرارات في هذا الصدد أهمها القرار التعقيبي عدد 297 الصادر بتاريخ 29 ديسمبر 2011، مؤكّداً أنّ التكريس التشريعي لمختلف الحقوق يستوجب في المقابل رقابة حمائية لها وهو ما أكّده في نفس الاتجاه الأستاذ المحامي الطيب بالصادق.

من جهة أخرى تم خلال المؤتمر التطرق إلى تجارب مقارنة سواء كانت عربية أو أجنبية وكيفية تعامل الدول وتفاعلها مع حقوق الانسان وسعيها لتكريس وحماية هذه الحقوق، مع الدعوة لمزيد تعزيز هذه الثقافة ودعوة الاعلام للعب دوره في هذا الخصوص وهو ما أكدته الأستاذة رنا أبو ظهر من لبنان التي أكدت أن السبيل الأنجع والأكثر فاعلية لتعزيز وتكريس ثقافة حقوق الانسان هي التنسيق مع وسائل الاعلام لدورها الريادي في استنهاض المجتمع المدني للمشاركة في هذا الدور تفعيلا للمواطنة.

وفي ذات السياق أكد السيد القاضي جمال بن نصر على دور المجتمع المدني في ذات السياق لتعزيز ثقافة حقوق الانسان وفاعلية المجتمع المدني في هذا السياق.

أما القاضي حمزة لخضر من دولة ليبيا أبرز المرحلة التاريخية لنشأة حقوق الانسان في ليبيا مؤكدا على وجود ترسانة تشريعية هامة تركز مختلف حقوق الانسان في جميع الميادين إلا أن الممارسة وتفعيل هذه الحقوق على أرض الواقع تستوجب إيجاد حلول عملية ليكون التكريس فعليا على أرض الواقع.

وهو ما أكده في ذات السياق الأستاذ وليد كارا من الجزائر الذي ثمن التكريس الدستوري لحقوق الانسان في الجزائر والآليات الرقابية حماية لهذه الحقوق.

أما في خصوص التجربة الفلسطينية أكد الأستاذ بلال محمد المصري أن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للمواطن الفلسطيني تعاني من قيود في ظل الوضع السياسي الذي تعيشه البلاد والأزمات المالية والنزاعات والحروب التي يعاني منها الشعب الفلسطيني وهو ما أدى إلى الحرمان من عدة حقوق.

أما الأستاذة نجا شكر من لبنان فلقد أكدت على التكريس التشريعي والدستوري لحقوق الانسان في لبنان، مقابل فرض عقوبات على مخالفيها، مبينة بمجموعة من الأمثلة الواقعية هذا التكريس والدور الحمائي لبعض الحقوق.

تواصلت أشغال الملتقى بتدخل مختلف الحاضرين والضيوف ولقد أكد أيضا كل من الأستاذ سيلفانو دي روي من ايطاليا في اطار مداخلته على كيفية تعامل الحكومة الايطالية مع ملف التشغيل والهجرة السرية وهو ما أشار اليه أيضا الأستاذ باولو مارزيكو من خلال مداخلته حول الهجرة غير النظامية في ايطاليا ومدى مساسها بمختلف حقوق الانسان سواء حقوق المهاجرين أو حقوق المواطنين، وفي ذات السياق أشار الأستاذ مُحمَّد بن حسين إلى حرية الجولان في المعاهدات الدولية وكيفية الحصول على بطاقات الإقامة في فرنسا وما يجابهه المواطن التونسي في ظل تغييرات الوضع العالمي.

أمّا من جهتها بيّنت الأستاذة لورينا باربا خلال مداخلتها حول حقوق المرأة وما تعانیه في دولة الصومال مشيرة الى الانتهاكات التي تتعرض لها النساء ودعوتهما لمزيد دعم حقوقهن في هذا الخصوص.

وكان للوضع البيئي أيضا حظّ في هذا المؤتمر وذلك من خلال مداخلة الأستاذة حنان بوراوي التي بينت علاقة حقوق الانسان بالوضع البيئي والحق في محيط سليم وأوضاع بيئة سليمة كحق أساسي وجوهري للانسان.

تواصلت أشغال المؤتمر بمختلف التفاعلات والنقاشات لتنتهي برفع مختلف التوصيات الهامة والتي أشار اليها العميد حافظ بن صالح مبيّنا:

- ضرورة العمل على التربية والتثقيف على المواطنة وحقوق الانسان.
- التكريس الفعال لحقوق الانسان من خلال تحقيق الموازنة بين تمكين المواطن من حقوقه وحرّياته من جهة ومن جهة أخرى سلطة الادارة ومتطلبات النظام العام والمصلحة العامة.

كما اتفق جميع المحاضرين على ضرورة:

- تعزيز ثقافة حقوق الانسان والتوعية بأهميتها منذ النشأة،

- دعوة المؤسسات الوطنية إلى جانب المجتمع المدني والاعلام إلى لعب دور فعال في نشر هذه الثقافة، ومراقبة مدى احترام ممارسة حقوق الانسان للنهوض بالمجتمعات والدول.