



مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية

مجلة علمية محكمة سداسية

تصدر عن

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة البشير الإبراهيمي - برج بوعريريج -

الجزائر

مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية

مجلة علمية سداسية تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعرييج

مدير النشر الشرفي:

أ.د، بن بوبرة عبد الحق - رئيس جامعة محمد البشير الإبراهيمي برج بوعرييج.

مدير المجلة:

د، فرشة كمال - عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعرييج.

رئيس التحرير:

د، لخضر رفاف - أستاذ كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعرييج.

نائب رئيس التحرير:

أ، رفيق زاوي - أستاذ كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعرييج.

مستشار التحرير:

أ، عياش حمزة - أستاذ كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعرييج.

أمانة التحرير:

أ، عجيري عبد الوهاب - أستاذ كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعرييج.

أ، عاشور ميلود - كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة برج بوعرييج.

اللجنة العلمية للمجلة:

أ.د اقلولي محمد	جامعة تيزي وزو
أ.د زوايمية رشيد	جامعة تيزي وزو
أ.د طالي حليمة	جامعة عنابة
أ.د سرور محمد	جامعة البويرة
أ.د ضيف الله عقيلة	جامعة الجزائر 03
د. بن مرزوق عنتر	جامعة المسيلة
د. الكر محمد	جامعة الجلفة
د.دخان نور الدين	جامعة المسيلة
د. آيت منصور كمال	جامعة بجاية
د. إقروفة زبيدة	جامعة بجاية
د. شرون حسينة	جامعة بسكرة
د. فرشة كمال	جامعة برج بوعريبيج
د. دوار جميلة	جامعة برج بوعريبيج
د. هدفي العيد	جامعة برج بوعريبيج
د. ميهوب يزيد	جامعة برج بوعريبيج
د. حسين بن دأو د	جامعة برج بوعريبيج
د. خضري محمد	جامعة برج بوعريبيج
د. بوزيد بن محمود	جامعة برج بوعريبيج
د. ماني عبد الحق	جامعة برج بوعريبيج
د. البشير بن يحي	جامعة برج بوعريبيج
أ.د محمد نعمان سعيد النحال	الجامعة الإسلامية غزة فلسطين
أ.د جابر عوض	جامعة القاهرة مصر

مقاييس وشروط النشر

- ترسل المقالات المقترحة لهيئة أمانة التحرير لترتيبها وتصنيفها.
- تعرض المقالات على اللجنة العلمية لتحكيمها.
- تحرر المقالات باللغة العربية أو الفرنسية أو الإنجليزية ويتعين على أصحابها مراعاة أجدديات المقال الأكاديمي.
- يذكر صاحب المقال اسمه ولقبه ورتبته العلمية وصفته ومؤهلاته المهنية.
- يجب ألا يكون المقال قد سبق نشره أو قدم إلى مجلة أخرى.
- ترتب المراجع في نهاية المقال حسب الطرق المنهجية المتعارف عليها ووفقا للتسلسل العلمي المنهجي **Not De Fin**.
- ترفق المقالات بملخص لا يتجاوز 15 سطرا بالفرنسية أو بالعربية وفقا للغة المقال مع ذكر الكلمات المفتاحية.
- لا تقل المقالات عن 10 صفحات ولا تتجاوز المقالات 30 صفحة.
- تكتب المقالات على ورقة 21 سم × 29 سم والهوامش 2 يمين ويسار و2.5 أعلى وأسفل الصفحة ومقاس الكتابة بصيغة خط: **traditional arabic** حجم 18 بالنسبة للمتن و14 بالنسبة للهوامش وبصيغة **Times New Roman** بالنسبة للغات الأجنبية حجم 14 بالنسبة للمتن و12 بالنسبة للهوامش
- ترسل أو تودع المقالات بأمانة المجلة بكلية الحقوق والعلوم السياسية برج بوعريريج مطبوعة في نسخة ورقية ومصحوبة بنسختين على قرص لين CD أو على البريد الإلكتروني للمجلة واحدة بصيغة PDF والثانية بصيغة **WORD**:
- المقالات التي لا تنشر لا ترد إلى أصحابها
- تملك المجلة حقوق نشر المقالات المقبولة ولا يجوز نشرها لدى أية جهات أخرى إلا بعد الحصول على ترخيص رسمي منها.
- لا تنشر المقالات التي لا تتوافر على مقاييس البحث العلمي أو مقاييس المجلة المذكورة.

المقالات المنشورة لا تعبر بالضرورة على رأي المجلة

لاتصال : كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة محمد البشير الابراهيمي - برج بوعريريج
الهاتف : 00.213.35.81.68.85
البريد الإلكتروني: revue_droit@univ-bba.dz

الفهرس

الصفحة	عنوان المقال	الرقم
03	اللجنة العلمية للمجلة	01
04	مقاييس وشروط النشر	02
05	فهرس العدد	04
07	تأمين الأملاك العقارية المشتركة د. إيمان بغداددي - كلية الحقوق جامعة قسنطينة - مخبر العقود وقانون الأعمال	05
29	التطور التاريخي المسؤولية الجزائية للفرد في القانون الدولي الجنائي أ.د/ خضري محمد - كلية الحقوق والعلوم السياسية - برج بوعريريج	06
51	تنمية الأملاك الوقفية المبنية المعرضة للاندثار والخراب في التشريع الجزائري د/ دوار جميلة، دكتوراه في القانون العقاري كلية الحقوق و العلوم السياسية - برج بوعريريج -	07
68	خصوصيات التعويض عن حوادث العمل وأحكامه في التشريع الجزائري د. جريفيلي محمد - جامعة أحمد دراية أدرار -	08
82	السوار الإلكتروني كبديل للعقوبة السالبة للحرية وتقنية لتخفيف الازدحام في المؤسسات العقابية أ. فوخال رياض - جامعة الإخوة متنوري قسنطينة	09
102	خصائص الجريمة المعلوماتية وأسباب ارتكابها أ/ بن مالك اسمهان، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة م برج بوعريريج ط.د/ كلية الحقوق والعلوم السياسية حمد لمين دباغين سطيف.	10

125	موانع الرجوع في الهبة ما بين الشريعة الإسلامية والنظم العربية د. أحمد عبدالقادر محمد البهي، دكتوراه في الفقه المقارن - جامعة الأزهر مصر	11
159	محددات حرية التعبير عن الرأي بالوسائل الالكترونية في التشريعات الاردنية - دراسة تحليلية تطبيقية - أ.د. حمدي سليمان القبيلات كلية الشيخ نوح القضاة للشريعة والقانون - جامعة العلوم الاسلامية العالمية - الاردن	12
197	دور جامعة الدول العربية في تحسين العلاقات العربية الإفريقية د. عياد على عمار الأسود - جامعة الزاوية ليبيا	13

تأمين الأملاك العقارية المشتركة

د. إيمان بغداددي - كلية الحقوق جامعة قسنطينة -

منحبر العقود وقانون الأعمال

الملخص

في إطار النشاط الترقوي وفي خضم إعادة تنظيم مهنة المرقى العقاري، استجد المشرع خاصية ضمان وإدارة تسيير الأملاك المشتركة من طرف المرقى العقاري، خلال مدة سنتين تبدأ من تاريخ الاستلام النهائي لآخر عقار لصالح المكتب، وزيادة على تأمين المسؤولية المدنية المهنية المفروضة على المرقى العقاري، وإمكانية مسألته على كل الأضرار التي تلحق بالبناء وحفاظا على ما تم إنجازه، ولحماية أكثر لابد من قيام المرقى العقاري بالتأمين الخاص بمسؤوليته المدنية العشرية الإلزامي وتأمين الأضرار المختلفة الناجمة من الكوارث الطبيعية لدى شركات التأمين المختلفة، ضف له التأمين الإجباري لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية حفاظا على مصالح وحقوق المكتتبين فيما يخص مساكنهم.

الكلمات المفتاحية: المرقى العقاري، التأمين، المسؤولية المدنية، صندوق الضمان والكفالة، تأمين

الأضرار، الأملاك المشتركة.

Abstract:

Within the framework of promotional activity and in the midst of reorganizing the profession of the real estate promoter, the legislator invented the property of guaranteeing and managing the management of joint properties by the real estate promoter, within a period of two years starting from the date of the final receipt of the last property in favor of the subscriber, and in addition to the professional civil liability insurance imposed on the real estate promoter, and The possibility of being held accountable for all damages to construction and in order to preserve what has been accomplished, and to protect more, the real estate promoter must take out insurance for

his mandatory ten-year civil liability and insure the various damages resulting from natural disasters with various insurance companies. Real estate in order to preserve the interests and rights of subscribers with regard to their housing.

Key words: real estate promoter, insurance, civil liability, guarantee and guarantee fund, damage insurance, joint properties.

مقدمة

حفاظا على مآتم إنجازه من مرافق وسكنات في إطار النشاط الترقوي، يلتزم المرقى العقارى بتسيير الأملاك المشتركة لمدة زمنية معينة بعد الاستلام النهائي للمجمع العقارى المنجز، وضرورة المحافظة على المحيط العمراني للمشروع العقارى من طرف ملاك العقارات.

إن ضمان تسيير الأملاك العقارية المشتركة من مستجدات القانون رقم: 11-04 المحدد لقواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية، والذي أقر به لإعادة تنظيم العقارات المنجزة في إطار النشاط الترقوي، وهذا القانون يعتبر المصدر الوحيد تشريعا لهذا النوع من الضمانات، ولم يرد في القواعد العامة ولا في قانون التأمينات، بل ظهر في ظل إعادة تنظيم مهنة المرقى العقارى، لذلك يعتبر نظام الملكية المشتركة من واجبات المرقى العقارى، حيث يتعين عليه إعداد وتوضيح كل البيانات القانونية والتقنية والمالية الخاصة به، وعليه خصوصا توضيح الأعباء والواجبات التي يلتزم بها المقتنيون عند الاكتتاب في بيع العقار وعليه إنجاز المحلات الضرورية لإدارة الأملاك ومسكن البواب بعنوان الأجزاء المشتركة، فإعداد نظام الملكية المشتركة مفروض من طرف المرقى العقارى أثناء تحرير العقد الخاص ب بيع العقار في طور الإنجاز، وإلى جانب الصفة الإلزامية لضمان إدارة الأملاك بأجزائها المشتركة والخاصة، يوجد التزام آخر ليس وارد بالقانون المنظم لنشاط الترقية العقارية ودفتر الشروط النموذجي للمرقى العقارى، وهو تأمين الأملاك لصالح المرقى العقارى أو لصالح ملاك العقارات المنجزة طبقا للأمر رقم: 07/95 المتعلق بالتأمينات، وهذا الإلتزام يصبح ملزما بالنسبة لمالك العقار الذي يرغب في البيع أو الإيجار، حيث تطلب وثيقة التأمين لدى مكتب الموثق طبقا للنصوص المعمول بها في مثل هذه المعاملات.

يعتبر التأمين من التزامات المرقى العقاري المدرجة في دفتر الشروط، حيث يتعين اكتتاب تأمين أو عدة تأمينات على الآثار المالية لمسؤوليته المدنية والمهنية وعلى الأقل، فزيادة للتأمين على المخاطر أثناء فترة إنجاز العقار يمكن تأمين العقارات المنجزة بعد تسليمها للمقتنين من طرف المرقى العقاري، وللتأمينات المشار إليها بقانون 04-11 المتعلقة بتأمينات كل الأضرار والتي تتكفل بها شركات التأمين، وتأمين المسؤولية المدنية العشرية أيضا.

والسؤال الذي يطرح نفسه إلى أي مدى تغطي هذه العقود التأمينية كل الأضرار المتعلقة بالأموال العقارية المشتركة؟

المحور الأول: تأمين المسؤولية أثناء إدارة وتسيير الأملاك المشتركة

إن مبدأ احترام ضمان إدارة وتسيير الأملاك المشتركة من طرف المرقى العقاري، ولمدة سنتين ينتج التزاما ماليا على عاتق المرقى العقاري لتسيير وصيانة كل مكونات الأجزاء المشتركة والخاصة بالمجمع العقاري، إلى جانب تحمل المرقى العقاري للمسؤولية الناتجة عن هذا التسيير، والتي يمكن أن تتخذ شكل المسؤولية المدنية أو حتى الجنائية، مما يعتبر عبئا اضافيا للمرقى العقاري، خاصة إذا علم بإمكانية مساءلته من طرف الجهات القضائية بخصوص الإدارة والتسيير، إذا نتج ضرر للمقتنين أو للغير، وادرج هذا الإلتزام بالمرسوم التنفيذي رقم: 99/14 وكذا في نموذج عقد البيع على التصاميم من خلال المرسوم التنفيذي رقم: 431/13.¹

وأشار المشرع من خلال القانون رقم: 04/11 المحدد لقواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية إلى التأمينات، زيادة على اكتتاب ضمان الترقية العقارية لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، والتأمينات التي يقصدها المشرع هي تلك المتعلقة بالتأمين وعلى مسؤولية المتدخلين في عملية إنجاز العقار كالمرقى العقاري والمقاول والمهندس المعماري ومكاتب الدراسات والتقنيين... إلخ.

خاصة المرقى العقارى الذى له صلة مباشرة بالمكتب والتأمينات المشار إليها بقانون 04/11 بأنها المتعلقة بالتأمين عن الأضرار، والذى تتكفل بها شركات التأمين يعض النظر عن مسؤولية المتسبب فيها، وهو تأمين الذى يقوم به المرقى العقارى لمسؤوليته، مع وجود صيغ أخرى للتأمينات عن الأضرار.

أولاً: تعريف إدارة وتسيير الأملاك المشتركة

بصدور المرسوم التنفيذى رقم: 99/14 المؤرخ فى 4 مارس 2014، والذى يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة المطبق فى مجال الترقية العقارية.²

أكد دور المرقى العقارى فى تنظيم الملكية المشتركة وتسييرها بشكل أدق وشامل لكل الأجزاء المشتركة، فيلتزم بضمان صيانتها خلال مدة سنتين من تاريخ التسليم النهائى للعقار المنجز، على أن يقوم بتحويل هذا الالتزام إلى الأجهزة المنبثقة وعن المقتنين أو ملاك العقارات المبنية حسب المادة 62 من القانون رقم: 04/11، ويتمثل التزام المرقى العقارى فى تسيير كل ما له العلاقة بالأجزاء المشتركة والأجزاء الخاصة المرتبطة قانوناً بالبنية المنجزة حسب البنود المنصوص وعليها فى بيع على التصاميم، ويتحمل مصاريف صيانة العناصر للتجهيزات والمنشآت العقارية المنفصلة عن عقارات المقتنين علماً وأن المادة 745 من القانون المدنى تعرف الأجزاء المشتركة فى إطار الملكية المشتركة بالعقارات المبنية والمادة 744 تعرف الأجزاء الخاصة.

1- تعريف الترقية العقارية

إن القانون رقم: 04/11 المؤرخ فى 17 فيفري 2011 الذى يحدد القواعد التى تنظم نشاط الترقية العقارية،³ قام بإلغاء أحكام المرسوم التشريعى رقم: 03/93 المؤرخ فى 1 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقارى.⁴

هذا الأخير الذى الغى أحكام القانون رقم: 07/86 المتعلق بالترقية العقارية، فقد عرق الترقية العقارية أنها عملية تهيئة أوعية وعقارية ومالية من أجل إدارة مشروع العقارى من طرف المرقى العقارى، وعرف نشاط

الترقية العقارية بالمادة 14 منه وعلى انها وعملية إنجاز مشاريع عقارية مخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة، وتكون هذه المشاريع سواء للاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي، وحسب المادة 15 فإن العملية الخاصة بالترقية العقارية تشمل كل من البناء، التهيئة، الإصلاح، الترميم العقاري، التجديد العمراني، تدعيم البنايات، اعادة التأهيل، الهيكلة، اقتناء الأوعية العقارية وكذا إنجاز البرامج السكنية والمكاتب والتجهيزات.

تعتبر الترقية العقارية عمل تجاري إذا كان هدفها هو إنجاز وتحديد الأملاك العقارية قصد بيعها أو تأجيرها، وتعتبر عمل مدنيا لما تكون مخصصة لتلبية حاجات خاصة أو تلبية حاجات المشاركين فيها.

2 - تعريف المرقى العقاري

يعرف المشرع الجزائري المرقى العقاري بالمادة 3 من القانون رقم: 04/11 بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة أو ترميم أو إعادة تأهيل، تجديد أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات، أو تهيئة وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها، هذا التعريف جاء موسع لمهام المرقى العقاري، ويظهر ذلك مبادرته في جميع العمليات التي تنصب عليها الترقية العقارية، ويعتبر مرقيا في مفهوم المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم: 84/12 المؤرخ في 12 فيفري 2012، الذي يحدد كفاءات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري وكذا كيفية مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين.⁵

أنه كل شخص طبيعي أو معنوي يجوز اعتمادا ويمارس نشاط الترقية العقارية، كما هو محدد في القانون رقم: 04/11، وذلك لأن ممارسة نشاط الترقية العقارية تعد مهنة منظمة، تخضع لضوابط محددة قانونا وهذا طبقا لنص المادة 3 من نفس المرسوم، وحسب المادة 19 من القانون رقم: 04/11، فإن جميع العمليات التي تدخل في صميم العمل للمرقى العقاري تعتبر أعمالا تجارية.

ويختلف وعن المقاول الذي يتولى التنفيذ المادي لمشروع ما، ويختلف وعن المهندس المعماري الذي يضع التصاميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشأة ومن بين الشروط الخاصة لممارسة مهنته أن يكون مسجلاً في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، ليؤمن العجز المادي أو الإفلاس.

والمركبي العقاري العام يكون متمثل في: الجماعات المحلية، ديوان الترقية والتسيير العقاري، الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، مؤسسة ترقية السكن العائلي، والمركبي العقاري الخاص قد يكون شخص طبيعي أو معنوي يأخذ شكل شركة أو مؤسسة تقوم بنشاطات الترقية العقارية، ويخضع للقانون الخاصة أو تعاونيات العقارية الخاصة هدفها تحقيق الربح.

ثانياً: التأمينات الإجبارية للأموال المشتركة

جاء الأمر رقم: 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات⁶، منظماً للتأمينات الإلزامية، حيث تناولها بالكتاب الثاني منه، وخص التأمين في مجال البناء بالقسم الثالث، وعموماً تعتبر تأمينات الأضرار الواردة بهذا الأمر تأمينات اختياري (مثل التأمين ضد خطر الحريق والأخطار اللاحقة، التأمين ضد هلاك الحيوانات والأخطار المناخية، التأمين ضد البضائع المنقولة...)، إلا تأمين ضد الكوارث الطبيعية يعتبر إجبارياً ونظم بموجب أمر خاص، وتأمينات المسؤولية المدنية كلها إجبارية.

1- تأمين المسؤولية المدنية

تلزم المادة 175 من الأمر رقم: 07/95 المتعلق بالتأمينات أنه يجب على المهندس المعماري والمقاول والمراقب التقني وأي متدخل شخصاً طبيعياً كان أو معنوياً، أن يكتتب تأميناً لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية، التي قد يتعرض لها بسبب اشغال البناء، ويبقى عقد التأمين سارياً مادامت المسؤولية قائمة ولا يجوز الإتفاق وعلى خلاف ذلك.

وتطبيقا لذلك عن طريق التنظيم صدر المرسوم التنفيذي رقم: 95-414 المؤرخ في 9 ديسمبر 1995 المتعلق بإلزامية التأمين في البناء من مسؤولية المتدخلين المدنية والمهنية⁷، حيث تنص المادة 02 منه أنه يجب وعلى المتدخلين في البناء سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين أن يكتتبوا تأميننا من مسؤولياتهم المدنية المهنية التي يمكن أن تنجر مما يأتي:

- الدراسات والتصاميم في الهندسة المعمارية

- الدراسات والتصورات الهندسية

- تنفيذ اشغال البناء وعلى اختلاف أنواعها فيما يخص صلابتها ورسوخها أو فيما يخص اي شيء من شأنه أن يعرض أمن المنشآت للخطر

- المراقبة المستمرة لنوعية مواد البناء وتنفيذ الأشغال

- الرقابة التقنية لتصميم المنشآت

- متابعة ورشات البناء وترميم المباني.

كما يمكن أن يشمل تأمين المتدخلين في البناء وعن مسؤولياتهم المدنية المهنية المتدخلين الفرعيين إذا لم يكن لهم تأمين آخر، ويسري مفعول هذا التأمين ابتداء من انطلاق الورشة حتى تاريخ تسلم الاشغال نهائيا، إلا أنه لا يسري مفعول هذا التأمين الذي يغطي مسؤولية المتدخلين في الأشغال الثانوية المدنية المهنية، إلا ابتداء من تاريخ مباشرة الأشغال فعلا.⁸

يمكن للمتصرف في إطار مهامه المتعلقة بتسيير الأجزاء المشتركة، أن يكتتب تامينا مسؤوليته في التسيير لمدة معينة، حسب السلطات المخولة له من طرف جمعية الشركاء في الملك وكذا وعن طريق التنظيم، والمتصرف ليس ملزم بتأمين المسؤولية المدنية إلا إذا فرض ذلك من طرف جمعية الشركاء في الملك.⁹

مع أنه وفي قانون التأمينات بالمادة 185 أنه يعاقب من لم يمتثل لهذا التأمين المشار إليه بالمادة أعلاه بغرامة مالية من 5000 دج إلى 100.000 دج دون الإخلال بالعقوبات الأخرى التي يمكن أن تطبق في شأنه وفقا للتشريع المعمول به.

أ- مضمون تأمين المسؤولية المدنية العشرية

لأنه لم يرد ضمن قانون التأمينات والقانون المدني الزامية تأمين المسؤولية العشرية، فإن هذا لا يعفيه منها، فبالنظر إلى القواعد الخاصة والمتعلقة بتنظيم نشاط الترقية العقارية، أدمج المرفقي العقاري ضمن الملزمين بضمان المسؤولية العشرية، ويتأكد من ذلك من خلال نص المادة 45 من القانون رقم: 04/11 والمادة 26 من نفس القانون، بالقول: "... أن الحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية التي قد يتعرض إليها المرفقي العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز..."¹⁰

وبما أنه لا يمكن حصر كل العيوب في الإنجاز لتشعب ملية البناء وتطور الوسائل، لكن يمكن أن نصنفها أولا إلى العيوب في التصميم المخالف للغرض الذي أنجز من أجله العقار، وثانيا إلى العيوب في التصميم المخالف للبعد الجمالي للعقار المنجز، وثالثا إلى العيوب في التصميم المخالف للراحة والأمان، كما يمكن أن تتمثل هذه العيوب في المواد المستعملة في بناء العقار، والتي يمكن أن تتمثل في نقص كمية المواد المستعملة كالحديد والرمل والاسمنت أو النقص في جودة ونوعية مواد البناء أو معدم صلاحية مواد البناء أو سوء استعمالها، لذلك فإن درجة خطورة الضرر من مستلزمات تأمين الضمان العشري، سواء وفق القواعد العامة أو وفق القواعد الخاصة المتعلقة بنشاط الترقية وبالتامين ويجب ان يبلغ الضرر درجة التهدم الكلي أو الجزئي للعقار المنجز جراء العيوب بالبناء، أو حتى في طبيعة الأرض المشيد عليها العقار.¹¹

أضافت المادة 181 من قانون التأمينات العناصر الأخرى التي تشمل الضمان العشري لم تذكر لافي القانون المدني ولا في قانون الترقية العقارية لنصها: "يغطي الضمان العشري المشار إليه في المادة 178 أعلاه

أيضاً، الأضرار المخلة بصلاية العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما، وعندما تكون هذه العناصر جزء لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس والهيكل والإحاطة والتغطية".

وما موجود بقانون التأمينات، لم يتطرق له المشرع في قانون الترقية العقارية رقم: 04-11 وبذلك هناك توسع بمضمون الضمان العشري، يتيح حماية أكثر للمستفيدين منه.

فلقد اعتمد الفقه والقضاء الفرنسي وعلى الضمان العشري¹²، ولمدة 10 سنوات من تاريخ الاستلام النهائي للعقار المنجز، ويخص الأضرار الناتجة من العيوب الخفية التي كانت أثناء مرحلة الإنجاز وهذه العيوب التي لم يشر إليها القانون رقم: 04-11 المحدد لقواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية بالرغم من النص وعليها في القانون المدني وقانون التأمينات¹³.

ومحتوى تأمين المسؤولية المدنية العشرية مرتبط مباشرة بالمدة المقررة قانوناً بـ 10 سنوات، حيث بانقضائها تنتفي المسؤولية مهما كان حجمها، وكل شخص خاضع لتأمين المسؤولية المدنية العشرية يعاقب في حال وعدم الامتثال حسب المادة 185 من قانون التأمينات¹⁴.

ب- شروط تأمين المسؤولية المدنية العشرية

ويشترط للقيام بتأمين المسؤولية المدنية العشرية وجود:

- عقد مقاول بين المرقى العقاري والمتعامل العقاري كالمقاول والمهندس ومكتب الدراسات... الخ يكون هدفه بناء العقار.

- ضرورة حدوث تهمد كلي أو جزئي في البناء أو في المنشآت الثابتة الأخرى أو يظهر فيها العيب الخفي وقت التسليم يهدد سلامة ومتانة العقار المنجز¹⁵.

- مدة 10 سنوات لتعرض العقار أو المبني للهدم الكلي أو الجزئي بدءا من تاريخ التسليم النهائي من طرف المرقى العقاري.

- تقادم دعوى الضمان بعد انقضاء 3 سنوات من وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب وهي نفس مدة تقادم الدعوى الناشئة من العقد التأميني، من وقت حدوث الواقعة حسب المادة 557 و624 من القانون المدني.

2-تأمين الأضرار ضد الكوارث الطبيعية

تأمينات الأضرار بصفة عامة المنصوصة في قانون التأمينات هي اختيارية، ليس مثل تأمينات المسؤولية المدنية فهي إجبارية، ولكن تأمينات الكوارث الطبيعية هي إجبارية أيضا.

يهدف تأمين الأضرار إلى ضمان دفع نفقات إصلاح الأضرار التي تلحق بالعقار، ومدة التأمين للأضرار هي نفسها مدة تأمين المسؤولية المدنية، وخلافا لتأمين المسؤولية المدنية، فإن تأمين الأضرار يخص كل من له مصلحة في العقار المعني، حيث يشمل المرقى العقاري متماشيا مع مسؤوليته المدنية العشرية، ويشمل المتصرف في إدارة وتسيير الأملاك المشتركة، ومالك العقار أو من يشغله من أجل تغطية مصاريف الإصلاح والترميم، في حالة تحقق الضرر في البناية أو العقار بغض النظر من المتسبب فيها.

ملاك العقارات ليسوا مجبرين أن يؤمنوا هاته العقارات، ضد العوامل التي تسبب أضرار لها، بل ألزمهم بذلك بحالة الإيجار أو البيع، حيث يسأل حول وثيقة التأمين لدى الموثق، ويبقى التأمين على الأضرار في الحالات الأخرى مجرد تصرف إرادي من طرف من يهيمه الأمر، ويستفيد من هذا التأمين المالك الحالي للعقار وقت إثبات تحقق الضرر.

إلا أن وحسب الأمر رقم: 12/03 المتعلق بإلزامية التأمين ضد الكوارث الطبيعية¹⁶، أنه يلزم كل مالك لعقار بالجزائر ماعدا الدولة، اكتتاب وثيقة تأمين ضد أضرار الكوارث الطبيعية، ولا تقل مدة التأمين،

سنة وتغطي إلزامية التأمين، الآثار الناتجة من؛ الزلازل، الفيضانات وسوائل الوحل، العواصف والرياح الشديدة، تحركات قطع الأرض¹⁷.

وهناك بنود نموذجية الواجب إدراجها بوثيقة التأمين ضد الكوارث الطبيعية وهي:¹⁸

* مضمون الضمان: يضمن للمؤمن له التعويض المالي للخسائر المادية المباشرة التي تلحق بمجموع الأملاك موضوع ضمان العقد التأميني، والناتجة من كارثة طبيعية في مفهوم المادة 02 من الامر رقم: 12/03 المتعلق بإلزامية التأمين ضد الكوارث الطبيعية.

* امتداد الضمان: يغطي الضمان تكلفة الخسائر المادية المباشرة التي تلحق بالأملاك المؤمن عليها حسب القيمة المحددة في العقد وفي حدود:

-.....فيما يخص الأملاك العقارية المبنية

-.....فيما يخص المنشآت الصناعية و/أو التجارية.

* سريان مفعول الضمان: لا يسري إلا بعد نشر النص التنظيمي الذي يعلن حالة الكارثة الطبيعية في الجريدة الرسمية.

* الإعفاء: يحتفظ المؤمن له لحسابه جزء من التعويض الواجب دفعه بعد وقوع الحادث ويمتنع إبرام وثيقة تأمين على حصة الخطر الخاضعة للإعفاء.

* التزامات المؤمن له: يجب تبليغ المؤمن بكل حادث بنجر منه الضمان في أجل لا يتعدى 30 يوما بعد نشر النص التنظيمي، الذي يعلن حالة الكارثة الطبيعية إلا في الحالة الطارئة أو القوة القاهرة¹⁹.

*"التزامات المؤمن: يجب عليه تسديد التعويض المستحق بعنوان الضمان في اجل 3 أشهر ابتداء من تاريخ تسليم تقرير الخبرة للأضرار.

* الخبرة المضادة: في حالة الاحتجاج وعلى نتائج الخبرة المنصوص وعليها في البند السادس أعلاه يجوز للمؤمن له أن يطلب بأجل لا يتعدى 15 يوما بخبرة مضادة ويتحمل المؤمن له تكاليفها.

وفي حالة لم يرضى الطرفين بتقرير اعادة الخبرة، فإنه يمكنهما اللجوء إلى تعيين خبير ثالث، سواء بالتراضي أو باللجوء إلى المحكمة المختصة.

ويمكن أن يتفق أطراف العقد حول أي بند تعاقدي آخر يأخذ بعين الاعتبار خصوصية الخطر الواجب تغطيته وشروط اعادة التأمين.

المحور الثاني: التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية

يوجد تأمين اسمه ضمان الترقية العقارية، يكتبه المرقى العقاري مع صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، حيث حدد هذا الإلتزام بموجب المادة 11 من المرسوم التشريعي رقم: 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، وبموجب المادة 54 من قانون رقم: 04/11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، إذ زيادة للتأمينات المطلوبة في التشريع المعمول به، وفي إطار ممارسة نشاط مهنة المرقى العقاري طبقا بالتزاماته، يتعين وعلى المرقى العقاري الذي يشرع في إنجاز المشروع العقاري من أجل بيعه قبل إنجازه اكتتاب ضمان الترقية العقارية، قصد ضمان تسديد الدفعات التي قام بها المكتتبون في شكل تسبيقات وإتمام الاشغال وتغطية أوسع للالتزامات المهنية والتقنية.

ووثيقة التأمين هاته تحتوي؛ الشروط العامة للضمان والتي يضعها صندوق الضمان والكفالة المتبادلة مسبقا، ويلتزم المرقى العقاري، بالخضوع إليها.

المشرع اشترط أن ترفق شهادة الضمان بعقد البيع وبالتالي يطلب الموثق قبل تحرير العقد وشهره بالمحافظة العقارية؛ شهادة التأمين من المرقى العقاري.

وألزم المشرع المرقي العقاري باكتتاب هذا التأمين تحت طائلة العقوبات المنصوصة بقانون رقم: 04-11 والتي حددتها المادة 74 منه في الحبس من شهرين إلى سنتين والغرامة من مائتي ألف دينار جزائري لكل مرقي لم يكتب في التأمينات والضمانات لدى الصندوق.

أولاً: مفهوم صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية

طبقاً للمادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم: 01/93 المتعلق بقانون المالية بمادته 131،²⁰ تم إنشاء الصندوق بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 406/97.²¹

ولم يتم تنصيبه فعلياً حتى إلى سنة 2000، وهو هيئة متخصصة موضوعة تحت وصاية وزارة السكن وال عمران، وهو بمثابة تعاضدية للمرقين العقاريين، يتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ولا يسعى إلى تحقيق الربح، يتم إدارته من طرف مجلس إدارة متكون من 9 مرقيين منتخبون من طرف الجمعية العامة للمرقين، يتكون من لجنة الضمان وهي الهيئة الوحيدة التي لها صلاحية ضمان التسبيقات في إطار العقود للبيع وعلى التصاميم، وهذا الصندوق جاء لتكريس السوق العقارية المتوازنة، وبعث الثقة المتبادلة بين المتعاملين العقاريين والمستفيدين من العقود للترقية العقارية.

وكان يقتصر دوره في إطار المرسوم التنفيذي رقم: 03-93 وعلى العقد للبيع على التصاميم حيث كان يقوم بضمان التسديدات التي يدفعها المشتري بأقساط حسب تقدم مراحل الإنجاز.

وبصدور القانون رقم: 04-11 توسع مجال تدخل الصندوق، وأصبح يشمل العقد الخاص بحفظ الحق ولكن كهيئة ضمان فقط، حيث يودع له مبلغ ضمان من طرف صاحب حفظ الحق، وهذا المبلغ كان يودع بمستوى المؤسسات المالية، ويقوم أيضاً بضمان إتمام الإنجاز وبذلك يكون دوره تعويض المشتريين للتسديدات التي دفعوها للمرقي العقاري، بشكل تسبيقات وعلى الطلب، وفي حالة لم يقدر من باع على تسليم العقار محل

الإيجاز وليس له إمكانية تعويض المشتري للتسديدات لأسباب محددة من طرف من باع ووفق حالات محددة بموجب وثيقة التأمين.

ومنه نستخلص أن دور هذا الصندوق هو:

- يعوض التسديدات وإتمام الاشغال وتغطية أوسع للالتزامات المهنية والتقنية للمرقي العقاري في إطار عقد بيع على التصاميم.

- له مهمة ذات منفعة عامة عن طريق تسيير الحسابات المحمية المفتوحة باسم صاحب حفظ الحق لعقار مبني أو في طور الإنجاز وذلك في إطار عقد حفظ الحق.

- السهر على منح الضمانات التي يلزمها القانون للمرقي العقاري حسب المادة 55 من قانون رقم: 11-04.

- يكلف الصندوق بأنشطة إضافية وعن طريق التنظيم موضوع دفتر الشروط يترتب منه تعويضات مالية.

1- الإطار التنظيمي لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة

الصندوق هذا ذو طابع تعاوني ليس هدفه الربح، يتكون من مجلس الإدارة، يجتمع في دورة العادية أربع مرات بالسنة، ويتمتع بكل السلطات في مجال الإدارة، ومنها تحديد الشروط والكيفيات العامة لاكتتاب تأمين لدى الصندوق وتشكيل لجنة الضمان وقواعد سيرها، ويخضع لموافقة السلطة الوصية المتمثلة في الوزير المكلف بالسكن شروط منح الضمانات المطلوبة من المتعاملين في الترقية العقارية المؤمنين وكيفياتها ومبالغها، والمدير العام للصندوق يعين بقرار من الوزير المكلف بالسكن وينتهي مهامه بقرار وزاري أيضا²².

وفيما يخص لجنة الضمان تكلف بـ:

- تتخذ قرار منح ضمان الصندوق بعد دراسة الوثائق بما يطابق القواعد العامة والشروط التي حددها مجلس الإدارة.

- تحدد شروط الضمانات التي يغطيها الصندوق أو الواجب دفعها له وكيفية تنفيذها وتحقيقها.

وحدد المشرع قائمة الأشخاص الذين لا يمكن ان يكونوا أعضاء في لجنة الضمان والممثلين في المتعاملين في التهيئة العقارية، أولياء واقارب المتعاملين في الترقية العقارية أو أولياء واقارب المنخرطين في الصندوق حتى درجة 4 من القرابة، القائمون بالإدارة وأعضاء هيئة التسيير ومجلس المراقبة أو أزواج القائمين بالإدارة وأعضاء هيئة التسيير او مجلس مراقبة شركات الترقية العقارية وأصولهم وفروعهم، الأشخاص او ازواج الاشخاص الذين يتقاضون من المتعاملين في الترقية العقارية أجرا أو مرتبا مقابل أي نشاط كان.

ويمكن لكل متعامل ليس راض بقرار لجنة الضمان، أن يتقدم بكل العناصر الإضافية التي من شأنها تغيير القرار الذي اتخذته

اللجنة²³.

وبالنسبة للجمعية العامة للصندوق؛ فإنها تتكون من كل المنخرطين في الصندوق ويرأسها أحد أعضاءها وتجتمع مرة واحدة بالسنة في الدورة العادية، ويحدد النظام الداخلي للصندوق القواعد التي تحكم العلاقات بين الجمعية العامة للمنخرطين وأجهزة تسيير الصندوق وإدارته، فمهامها تتمثل خصوصا في تنظيم العمل الداخلي للصندوق²⁴.

وايرادات ونفقات الخاصة به وردت بالمادة 26 و 27 من المرسوم التنفيذي رقم: 97-406

2- حلول الصندوق محل المقتنين واكتساب حق الامتياز

نصت المادة 215 من القانون التجاري انه يتعين لكل تاجر أو شخص معنوي خاضع للقانون الخاص ولو لم يكن تاجرا، إذا توقف وعن الدفع أن يدي بإقرار في مدة 15 يوما قصد افتتاح إجراءات التسوية القضائية أو الإفلاس²⁵.

وبما أن المرقي العقاري يعتبر تاجرا فهو يخضع لأحكام الإفلاس والتسوية القضائية، فكل إفلاس خاص ب المتعامل بالترقية العقارية، يكون قد قام ب البيع بناء وعلى التصاميم، حق إمتياز من الدرجة الأولى لجماعة المالكين²⁶.

وبعد صدور القانون رقم: 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، نص بمادته 58 أنه بحالة الإفلاس والتصفية القانونية للمرقي العقاري قام بالبيع وعلى التصاميم، يستفيد صندوق الضمان والكفالة وعن طريق الحلول محل المقتنين بامتياز الصف الأول في حدود ديون هؤلاء المقتنين والأموال المدفوعة للمرقي العقاري موضوع التصفية العقارية، و/أو المفلس بسحب الاعتماد من المرقي العقاري وشطبه من الصندوق.

نص المادة 58 لم يحدد ما المقصود بحق الامتياز من الدرجة الأولى، لاسيما وأن نص المادة 89 من القانون رقم: 90-11 المتعلق بعلاقات العمل²⁷.

تعطى الاولوية في استفتاء الديون للأجرة قبل الديون الأخرى، وبالتالي الأجرة والرواتب بصفة العامة تحتل الرتبة الأولى، إذ لها امتياز العام وعلى جميع أموال المدين المنقولة والعقارية، ثم تأتي بعد ذلك المصاريف القضائية طبقا للمادة 990 من القانون المدني، ثم المبالغ المستحقة للضريبة وضمان طبقا للمادة 991 من القانون المدني، والمبالغ المستحقة في ذمة المدين ولمن يعوله من مآكل وملبس لمدة ستة أشهر طبقا لنص المادة 993 من القانون المدني، ثم ديون البنك ثم بعد ذلك المبالغ المستحقة للمهندسين والمقاولين ثم أصحاب الامتياز الخاصة وأصحاب الرهون.

وحسب المرسوم التنفيذي رقم: 97-406 أنه يترتب لتنفيذ الصندوق الضمان المذكور بالمادة 4 أعلاه حله محل حقوق المشتري، فيما يخص ديونه وعلى المتعامل في الترقية العقارية في حدود مصاريفه الحقيقية، ويحتفظ المشتري في هذه الحالة بالحقوق التي تخولها له أحكام المادتين 16 و 17 من المرسوم التنفيذي رقم: 93-03 والحلول هنا يختلف وعن الحلول في العقد الخاص بالكفالة الواردة بالقانون المدني، ويبقى للمشتري الحق بالرجوع وعلى من باع، فيما تبقى من مصاريف وتعويضات.

ثانيا: نطاق التأمين الخاص بالصندوق

تضمن المرسوم التنفيذي رقم: 97-406 في مادته الأولى أنه يفهم بالتسيقات بمفهوم وثيقة التأمين جميع المبالغ المالية التي يقوم المشتري بدفعها للمتعامل في إطار وعقد البيع وعلى التصاميم الذي يبرم طبقا للتشريع المعمول به، ماعدا الدفع الأخير، والذي يتم وعند حيازة السكن أو بداية الانتفاع به.

لقد أصبح وبموجب المادة 57 من القانون رقم: 11-04 الصندوق يتولى وعملية إتمام الإنجاز وذلك بتكليف مرقي عقاري آخر من المرقيين العقاريين المنتسبين إليه، بعد ما كان دور الصندوق يقتصر حول ضمان التسديدات بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 93/03، حيث كان المشتري هو الذي يتولى عملية إتمام الإنجاز بجميع الوسائل القانونية وعلى نفقة المرقي العقاري المتخلف.

1 - ضمانات شهادة تأمين الترقية العقارية للصندوق

شهادة التأمين التي يمنحها الصندوق للمرقي العقاري، تشمل كل المشروع العقاري، أي كان المشروع العقاري مضمون، حيث يحتوي وعلى العدد السكنات ومدة الضمان إلا أن المشرع أجاز للمرقي العقاري، أن يضمن جزء من المشروع العقاري.

لضمان مصالح المتعاقدين مع المرقي العقاري، دون أية مخاطر تهدد بضياح حقوقهم، لابد من تقديم ضمان مالي للمشتريين يؤمن لهم استرداد ما دفعوه من تسيقات مالية وعند فشل العملية التعاقدية للتصدي لما

قد يطرأ من ظروف تضطر المرقى العقاري وقف المشروع وعدم إنجازها، لذلك يتدخل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية.

2- استثناءات الضمان لشهادة تأمين الترقية العقارية للصندوق

هناك حالات لا يمكن للصندوق ان يضمنها، وهي:

* ضمان حسن الإنجاز لأن له تأمين خاص مستقل والتأخر في تسليم الأملاك المكتسبة إلى المشتري والمنجزة بناءا وعلى التصميم المتفق وعليه

* لا يضمن الزيادة في الثمن في حالة مراجعته والغرامات المالية بمختلف أنواعها.

* لا يمنح التعويضات الاتفاقية والقضائية والتعويض للكوارث الطبيعية لأن لها تأمين مستقل

* لا يضمن الحرائق والانفجار والأخطار المهنية الناتجة من اشغال البناء والمؤمن وعليها طبقا للمادتين 175 و176 من قانون التأمينات.

* لا يضمن الصندوق القسط الأخير من التسبيقات المالية للمشتري المدفوعة للمتعامل في إطار عقد

بيع على التصاميم، لأن المشتري يدفعه وعند تحرير محضر التسليم وعند الموثق، وبالتالي تخرج من نطاق الضمان لعدم وجود الخطر.

الخاتمة

يتحمل المرقى العقاري مصاريف النفقات الخاصة بصيانة العناصر للتجهيزات والمنشآت العقارية، المنفصلة من العقارات المقتنين لكي تبقى صالحة للاستعمال خلال مدة سنتين، من تاريخ الاستلام النهائي لآخر عقار من طرف المكتب، ويقوم بتحويل سلطة الإدارة وتسيير الأملاك إلى الملاك أو الأجهزة المنبثقة

منهم، فزيادة على المسؤولية المدنية والمهنية المفروضة على المرقي العقاري طوال مدة 10 سنوات، من تاريخ الاستلام النهائي لآخر لعقار من البناية، يلتزم كذلك قانونيا وتنظيميا وبموجب العقد بإدارة وتسيير الأملاك المشتركة للمجمع العقاري، لمدة سنتين من تاريخ التسليم النهائي لآخر عقار منجز، والغرض من ذلك هو إعادة الاعتبار لمفهوم الملكية المشتركة في المجمعات السكنية، والحفاظ وعلى مآتم إنجازها.

نستنتج مما سبق أن الضمانات المتعلقة بعقد بيع العقار في طور الإنجاز أو البيع على التصاميم بعد تسليم العقار تختلف تماما وعلى نظيراتها أثناء فترة الإنجاز وبعد ذلك نتيجة طبيعية بعد اكتمال.

وتتلخص ضمانات المرقي العقاري بعد تسليم العقار منجز فيما يلي:

* ضمان حسن إنجاز العقار

* ضمان تسيير الأملاك المشتركة لمدة سنتين من تاريخ التسليم النهائي لآخر جزء من المجمع العقاري.

* الضمان العشري.

وفي ظل ذلك توجد هيئات خاصة بالتأمين، هذا النوع من الضمان اهمها صندوق الضمان والكفالة المتبادلة إلى جانب شركات التأمين المختلفة التي تزيد من الضمانات، تجاه ملاك العقارات المنجزة أو الشاغلين لها.

وعليه لا بد من:

* إدراج موضوع العيوب الخفية التي تسبب أضرارا بعد فترة من الاستلام النهائي للعقار المنجز بقانون الترقية العقارية، وبهذا يتم تحديد المسؤولية العشرية للمرقي العقاري وكذا المتعاملين او المتدخلين الاخرين.

* إعادة صياغة بعض النصوص القانونية والتنظيمية في مجال الضمان العشري لما يحتويه من مصالح متناقضة بين الأطراف المتدخلة في الترقية العقارية، لتجنب محاولة الهروب من المسؤولية فيما ينجر من أخطار واضرار بعد الاستلام النهائي للعقار المنجز.

* إدراج في عقود بيع العقار بطور الإنجاز بند ضمان تسيير الأجزاء الخاصة للملكية المشتركة، يكون على عاتق المرقى العقاري لمدة سنتين، لأن اغلبية المكتتبين يجهلون هذا الحق في مثل هذا البيع.

* حذف الفقرة الأخيرة من المادة 745 من القانون المدني الجزائري لأنها تحدث إشكالية بخصوص الحقوق التبعية للأجزاء المشتركة، اي إمكانية إنجاز العقارات فوق الأماكن المخصصة كأجزاء مشتركة كالبساتين والافنية، بصدد بيع العقار بطور الإنجاز يمكن حدوث نزاع، لأن المرقى العقاري أثناء فترة سنتين بعد التسليم النهائي يستطيع البناء بهاته المساحات لأنه ملزم بضمان وإدارة هاته المساحات وهكذا يقضي على المساحات الخضراء.

* يجب على الموثقين إدراج مضمون المرسوم التنفيذي رقم: 14-99 بعقود بيع العقار بطور الإنجاز في انتظار نصوص تنظيمية تخص الشكل الجديد لعقد بيع العقار بطور الإنجاز

الهوامش:

1- المرسوم التنفيذي رقم: 13-431 المؤرخ في 18 | 12 | 2013 يحدد نموذج عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية، وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم للأموال العقارية ومبلغ عقوبة التأخير واجالها وكيفيات دفعها، الجريدة الرسمية العدد: 66 المؤرخة في 25 | 12 | 2013.

2- المرسوم التنفيذي رقم: 14-99 المؤرخ في 04 | 03 | 2014 الذي يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية.

3- القانون رقم: 11-04 المؤرخ في 17 | 02 | 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية العدد: 14 المؤرخة في 06 | 03 | 2011.

4- المرسوم التشريعي رقم: 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية العدد: 14 المؤرخة في 03 | 03 | 1993.

5- القانون رقم: 86-07 المؤرخ في 04 | 03 | 1986 المتعلق بالترقية العقارية ، الجريدة الرسمية العدد: 10 المؤرخة 05 | 03 | 1986.

- 6- المرسوم التنفيذي رقم: 12-84 المؤرخ في 12 | 02 | 2012 الذي يحدد كفاءات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كيفية مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين، الجريدة الرسمية العدد: 11 المؤرخة في 26 | 02 | 2012.
- 7- الامر رقم: 95-07 المؤرخ في 25 | 01 | 1995 المتعلق بالتأمينات ، الجريدة الرسمية العدد: 13 المؤرخة في 08 | 03 | 1995.
- 8- المرسوم التنفيذي رقم: 95-414 المؤرخ في 09 | 12 | 1995 المتعلق بإلزامية التأمين في البناء من مسؤولية المتدخلين المدنية والمهنية، الجريدة الرسمية العدد: 76 المؤرخة في 10 | 12 | 1995.
- 9- انظر المادة 594 من المرسوم التنفيذي رقم: 95-414 المرجع السابق.
- 10- انظر نموذج نظام الملكية المشتركة من المرسوم التنفيذي رقم: 14-99، المرجع السابق.
- 11- المشرع في قانون رقم: 11-04 لم ينص على بداية ضمان الاضرار التي تؤدي الى الهدم الكلي او الجزئي للعقار المنجز، فقط ركز على موضوع الضمان العشري، لكن ذكرت تنظيميا العيوب في البناء التي تكون سببا في سقوط البناية كليا او جزئيا بالمادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم: 12-85 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري "... يتحمل المرقي العقاري خلال مدة 10 سنوات مسؤوليته المتضامنة مع مكاتب الدراسات والمقاولين والشركاء والمقاولين الفرعيين واي متدخل اخر، في حالة سقوط البناية كليا او جزئيا بسبب عيوب البناء بما في ذلك رداءة الارض"، لكن المادة 554 من القانون المدني اشارت الى بداية مدة الضمان العشري من وقت تسلم العقار نهائيا وقانون التأمينات ايضا اشار الى ذلك.
- 12- انظر المادة 554 من القانون المدني والتي نصت على درجة خطورة الضرر الذي يسببه العيب الخفي والتي تصل الى اضرار البناية كليا او جزئيا ولو كان السبب كذلك في البناء بما في ذلك النوعية الرديئة لأرضية الأساس.
- 13- rénover , éditi onellipses , september vivienzalewski; droitnotarial, ventedimmeubles a construireoua p,2010:73
- 14- المرسوم التنفيذي رقم: 96-49 المؤرخ في 17 | 01 | 1996 المحدد لقائمة المباني العمومية المعفاة من الزامية التأمين المسؤولية المهنية والمدنية العقارية ، الجريدة الرسمية العدد: 05 المؤرخة في 21 | 01 | 1996.
- 15- انظر المادة 554 من القانون المدني والمادة 178 من قانون التأمينات، والمادة 46 من القانون المحدد لقواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية.
- 16- الامر رقم: 03-12 المؤرخ في 26 | 08 | 2003 المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا، الجريدة الرسمية العدد: 52 المؤرخة في 27 | 08 | 2003.
- 17- انظر المرسوم التنفيذي رقم: 04-268 المؤرخ في 29 | 08 | 2004 المتضمن تشخيص الحوادث الطبيعية المغطاة بإلزامية التأمين على آثار الكوارث الطبيعية ويحدد كفاءات اعلان حالة الكارثة الطبيعية ، الجريدة الرسمية العدد: 55 المؤرخة في 01 | 09 | 2004.
- 18- المرسوم التنفيذي رقم: 04-270 المؤرخ في 29 | 08 | 2004 يحدد البنود النموذجية الواجب ادراجها في عقود التأمين على آثار الكوارث الطبيعية ، الجريدة الرسمية العدد: 55 المؤرخة في 01 | 09 | 2004.

- 19- انظر المادة 33 من القانون رقم: 06-04 المؤرخ في 20|02|2006 المعدل والمتمم لقانون التأمينات، الجريدة الرسمية العدد:15 المؤرخة في 12|03|2006.
- 20- المرسوم التنفيذي رقم: 93-01 المؤرخ في 19|01|1993 المتعلق بقانون المالية، الجريدة الرسمية العدد: 01 المؤرخة في 25|01|1993.
- 21- المرسوم التنفيذي رقم: 97-406 المؤرخ في 17|02|1997 المتضمن انشاء صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية عدد: 73 المؤرخة في 05|11|1997.
- 22- انظر المواد من 10 الى 18 من المرسوم التنفيذي رقم: 97-406 المرجع السابق.
- 23- انظر المواد من 19 الى 22 من المرسوم التنفيذي رقم: 97-406، المرجع السابق.
- 24- انظر المواد من 23 الى 24 من المرسوم التنفيذي رقم: 97-406، المرجع السابق.
- 25- الامر رقم: 75-59 المؤرخ في 26|09|1995، المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية العدد: 101، المؤرخة في 10|12|1975.
- 26- انظر المادة 16 من المرسوم التشريعي رقم: 93-03، مرجع السابق.
- 27- القانون رقم: 90-11 المؤرخ في 21|04|1990، الجريدة الرسمية عدد: 17 لسنة 1990.

التطور التاريخي للمسؤولية الجزائية للفرد في القانون الدولي الجنائي

أ.د/ خضري محمد - كلية الحقوق والعلوم السياسية - برج بوعريبرج

الملخص

إن المسؤولية الجزائية للفرد في القانون الدولي الجنائي عرفت مناقشات عقب انتهاء الحرب العالمية الأولى من طرف لجنة تحديد مسؤوليات مبتدئي الحرب؛ كما عرفت تطبيقات قضائية أمام المحكمة العليا الألمانية في ليبزغ وكذا من خلال الاجتهادات الكبرى التي صدرت عن محاكم نورمبرغ وطوكيو والتي أسست فيما بعد لقضاء تم تقنينه فيما بعد.

Sommaire:

La responsabilité pénale de l'individu en droit pénal international a connu Des discussions après la fin de la Première Guerre mondiale par un comité chargé de déterminer les responsabilités des initiateurs de la guerre. Les demandes judiciaires étaient porté devant la Cour suprême allemande à Leipzig, ainsi que par la grande jurisprudence qu'elle a émise et qui a établi plus tard par le tribunal de Nuremberg et Tokyo.

مقدمة:

إن المسؤولية الجزائية للفرد في القانون الدولي الجنائي عرفت مناقشات عقب انتهاء الحرب العالمية الأولى من طرف لجنة تحديد مسؤوليات مبتدئي الحرب؛ كما عرفت تطبيقات قضائية أمام المحكمة العليا الألمانية في ليبزغ وقد أثبت تاريخ ودراسة التطور التاريخي لهذه المسؤولية بأنها ارتبطت بوجود الحروب فكلما اندلعت حرب جديدة نجم عنها مساس بالحياة الجسدية للملايين من الأشخاص ومن ثمة يتم انشاء أجهزة قضائية جديدة؛ وهذا ما يطرح الاشكالية التالية: ما هو دور الأجهزة القضائية التي تم إنشائها في وضع مفاهيم جديدة وتطويرها أو الاستناد عليها لتشكيل فيما بعد سوابق يتم الاعتماد عليها؟
وسنسعى للإجابة على هذا التساؤل وفق العناصر التالية:

المطلب الأول: دور لجنة تحديد مسؤوليات مبتدئي الحرب.

بعد نهاية الحرب العالمية الأولى اجتمع الحلفاء في مؤتمر السلام التمهيدي في باريس في جانفي 1919 وفي مؤتمر تفاوض الحلفاء حول استسلام ألمانيا ومعاهدة السلام. كما تم إنشاء لجنة متكونة من 15 عضواً تم تسميتها ب: لجنة تحديد مسؤوليات مبتدئي الحرب وتنفيذ العقوبات وقد كان هدفها تحقيق وإعلان مسؤولية مبتدئي الحرب وكل من خالف قوانينها وأعرافها من أجل محاكمتهم¹. ولقد أوصت اللجنة:

" بأن جميع الأشخاص من بين الدول الأعداء وبغض النظر عن مركزهم القيادي وبدون تمييز بين درجاتهم وبما في ذلك رؤساء الدول الذين ثبت قيامهم بانتهاكات لقواعد وأعراف الحرب أو قوانين الإنسانية فهم يتحملون المسؤولية ويمكن متابعتهم جزائياً"

و يرى L. Sunga بأن هذه التوصية أنهت فكرة اختفاء رؤساء الدول وراء الحصانة؛ كما أنها أنهت فكرة اختفاء القادة الأقل مرتبة وراء الدفع بطاعة الأوامر العليا². وعندما انتهت اللجنة من عملها في 1920 قدّمت قائمة تحتوي على 895 مجرم حرب بما في ذلك عسكريين وسياسيين³.

كما أوصت اللجنة بتأسيس محكمة دولية محاكمة هؤلاء المجرمين؛ وقد تضمنت هذه القائمة أسماء الأشخاص بأعلى سلم القيادة فقط بما ذلك القيصر.

وبعد الإمضاء على اتفاقية فرساي في 28 جوان 1919 والتي تضمنت المواد من 227 حتى 230 فقد إتضح المسار العام للحلفاء استبيان توجههم ولقد نصت المادة 227 على أن:

" الحلفاء والقوى المتحالفة يستدعون غليوم الثاني إمبراطور ألمانيا السابق رسمياً لإرتكابه جريمة عظمى لمبادئ الأخلاق العالمية و قدسية المعاهدات، وسوف تشكل محكمة خاصة لمحاكمة المتهم وبذلك تكفل له الضمانة اللازمة لحقه في الدفاع على أن تتبع المحكمة حكمها أسمى بواعث السياسة الدولية مع مراعاة إثبات قدسية الإلتزام بالتعهدات الدولية ولسوف يوجه الحلفاء والقوى المتحالفة طلباً رسمياً لحكومة هولندا طالبين تسليم الإمبراطور السابق لهم لاحتقال تقديمه للمحاكمة"

و قد نصت الفقرة الثانية من المادة 228 على ما يلي:

" سوف تقوم الحكومة الألمانية بتسليم جميع الأشخاص المتهمين بانتهاك قوانين وأعراف الحرب ممن تمّ تحديدهم بالاسم أو الدرجة الوظيفية أو الإدارة أو العمل الذي حوّل إليهم بمعرفة السلطات الألمانية إلى الدول المتحالفة... "4

ولقد تمت صياغة أحكام المادتين 227 و 228 بناء على اتفاق خاص بين قياديين الدول الحلفاء؛ ولقد أظهرت الاتفاقية سعياً حثيثاً من طرف دول الحلفاء نحو تحميل المسؤولية الخاصة للأشخاص المسؤولين عن ارتكابهم لجرائم حرب بصفتهم الشخصية بما في ذلك قيصر ألمانيا ؛ ولقد كانت هذه الخطوة حسب البعض بمثابة المقدمة نحو عدم الاعتراف أو نحو إلغاء " فكرة أعمال الدولة the act of state doctrine " كما أنها كانت بمثابة المقدمة نحو فكرة متابعة القادة الحكوميين وتحميلهم المسؤولية عن جرائم الحرب⁵. ويرى L.Green بأن التقرير المحرر من طرف اللجنة لم يرد به أي اقتراح بأن غليوم الثاني قد قام بصفة شخصية بإدارة أو إصدار أوامر تجاه أحد الأفراد التي كانت - أي الإدارة أو الأمر - مخالفة لقواعد وأعراف الحرب.

ولقد اعترضت الولايات المتحدة واليابان على فكرة متابعة رئيس الدولة قضائياً ؛ كما أن اتفاقية فرساي في الأخير لم تتحدث عن: " جرائم ضد القانون الدولي " ولكن عن: " جريمة عظمى ضد مبادئ الأخلاق العالمية و قدسية المعاهدات ".

كما أن المحاكمة لم يشترط فيها أن تكون وفقاً للقانون؛ وقد أوردت اللجنة في تقريرها أن:

«..The Public Arraignment Under Article 227 Framed Against The German Ex-Emperor Has Not A Juridical Character As Regards Its Substance, But Only In Its Form.The Ex- Emperor Is Arraigned As A Matter Of High International Policy, As The Minimum Of What Is Demanded For A Supreme Offence.

The Allied And Associated Powers Have Decided That Judicial Form, A Judicial Procedure And A Regular Constituted Tribunal Should Be Set Up In Order To Assure The Accused Full Rights And Liberties In Regard To His Defence And In Orders That The Jugement Should Be Of The Utmost Solemn Character "6

ولقد حاولت كل من فرنسا وبريطانيا وروسيا القيام بالمثل مع القادة السياسيين في الدولة العثمانية عن إبادة الأرمن ولكنها أيضا باءت بالفشل رغم تضمين نفس المقترحات الواردة في اتفاقية فرساي حول المتابعات والمسؤولية في اتفاقية سيفر غير أن تركيا رفضت الإمضاء على الاتفاقية⁷.

و حسب الأستاذ بسيوني فإن محتوى المواد من 227 إلى 230 من اتفاقية فرساي توجه نحو إقامة المسؤولية الشخصية للقائد الأعلى⁸؛ وحسبه فإن فشل محاكمة القيصر يرجع إلى الفراغ المحدث بين مرحلة التحقيق والمحاكمة⁹؛ كما أن الحلفاء لم يكونوا مستعدين لإرساء سابقة بمحاكمة رئيس دولة بسبب جريمة دولية جديدة؛ ومن ثمة طلب الحلفاء من ألمانيا محاكمة عدد محدود من مجرمي الحرب أمام المحكمة الألمانية العليا في ليينغ¹⁰.

المطلب الثاني: محاكمات ليينغ

في 13 فيفري 1920 قرر الحلفاء منح ألمانيا قائمة ل: 896 إسما لأجل محاكمتهم؛ غير أن ألمانيا رفضت ذلك وفي الأخير تم التوصل إلى توافق Compromis تقوم بمقتضاه ألمانيا بمحاكمة 45 متهما أمام المحكمة العليا للرايخ في ليينغ وتطبق عليهم القانون الدولي قبل القانون الوطني¹¹.

ولقد ارتبطت القضية الوحيدة حسب w.Parks والتي تمت مناقشة نظرية الرئيس السلمي فيها بمحاكمة الماجور Benno Crusius؛ والذي وجد مذنبا من طرف المحكمة عن إصداره أوامر بقتل أسرى فرنسيين جرحى وتم الحكم عليه بعامين حبسا¹².

وفي هذه القضية تمت متابعة كل من الجنرال Stenger والماجور Crusius بتهمة إطلاق النار على سجناء الحرب؛ وإعدامهم في السجون؛ أما الجنرال فلأنه أصدر الأوامر بذلك: ولقد دفع الجنرال بأن أوامره كانت بإتخاذ الحيطة اللازمة ضد السجناء الفرنسيين من حصولهم على السلاح من جديد ورجوعهم ضد الألمان وأنكر أنه أصدر أمرا لقتل أي جندي سجين مما أدى إلى إصدار حكم بالبراءة في حقه.

أما الماجور Crusius فقد كان وضعه مختلفا ومعقدا لأنه من جهة كانت لديه أوامر وأنه شارك بصفة شخصية في قتل الأسرى ولقد أقرت المحكمة بأن الحالة الذهنية للمتهم (State Of Mind) أثناء

وزمن الفعل لم تكن تسمح له بتقدير النتائج؛ لذلك لم يكن لديه عنصر العمد وتوابع بجرمة القتل والإهمال
Negligent Homicide¹³.

و يرى D.Mundis بأن القضية الأخرى التي تطرقت فيها المحكمة لمبدأ الرئيس السلمي عن إطلاق
النار على الناجين من سفينة Llandvery Castle.

وتعود وقائع القضية إلى سنة 1921 حين قام L.Ludwig و Jobn Boldt على قتل جزء من ربان
سفينة المستشفى البريطانية التي تم إغراقها من طرف غواصة ألمانية والتي من مجمل طاقاتها 258 لم ينج
سوى 24 منهم؛ وهذا بعد أن تلقيا أوامر من طرف قائد السفينة بذلك.

و لقد أثارت هذه القضية إشكالات قانونية تتمثل في كون السفينة البريطانية كانت خارج حدود
المعارك الحربية لأنه تم إغراقها على حدود الإيرلندية بالإضافة إلى أن قائد السفينة الألمانية Hulmut Ptryk
قد أصدر أمرا بقتل جميع الناجين من الغرق والذين كانوا على متن قوارب النجاة؛ وبسبب فقدان القائد فإنه
لم تتم محاكمته وإستتبع الأمر محاكمة الضابطين Lindwig و Boldt.

ولقد قضت المحكمة بأن إطلاق النار على العدو وهو مجرد من السلاح وكذا الأفراد وهم في حالة
فرار من الموت يعد مخالفا للقانون من جهة ومن جهة ثانية فإن الضابطين كانا تحت سلطة القائد ولم تكن
لديهما نية خاصة بالقتل ولذلك تمت إدانتهمما بجرم أقل وبعقوبة أقل (أربع سنوات).

ويرى Hendin بأن هذا الحكم لديه قيمة خاصة لمرحلة ما بين الحربين؛ لأن المحكمة أقرت بأن "
قائد السفينة أصدر أمرا في ظاهره انتهاك للقانون الدولي؛ ولذلك فالقائد وحده مسؤول بشكل خاص عن
ذلك"¹⁴.

كما اتسمت هذه المرحلة بإبرام معاهدة دولية تتضمن الإشارة إلى مسؤولية القادة ويتعلق الأمر
باتفاقية جنيف لسنة 1929 لتحسين حالة المرضى والجرحى أثناء النزاعات المسلحة بحيث عاجلت واجبات
القادة لجيوش القوات العسكرية المتحاربة وذلك في المادة 26 منها¹⁵؛ والتي أصبحت فيما بعد (أي المادة)
محل اجتهادات دولية قضائية وسيتم الرجوع إليها عند التطرق للاجتهادات التي اعتمدها.

المطلب الثالث: المحاكمات بواسطة لجان الحرب

لم يقتصر تطوير النظرية على المحاكمات ذات الطابع الدولي وإنما تمت أيضا بواسطة لجان ومحاكم عسكرية وطنية؛ تمت الأولى أمام اللجنة العسكرية الأمريكية في مانيلا (الفرع الأول) والثانية من طرف محكمة عسكرية كندية (الفرع الثاني) وقد إنطلق عمل اللجان العسكرية من الناحية الزمنية قبيل المحاكمات الدولية ولذلك يتم البدء بها.

الفرع الأول: قضية الجنرال تومويوكي ياماشيتا

شغل الجنرال ياماشيتا منصبه كقائد للقوات الإمبراطورية اليابانية في الفلبين وكذا كحاكم عسكري عام للفلبين في 09 أكتوبر 1944 وهذا إلى غاية استسلامه في 03 سبتمبر 1945 ولقد تمت متابعة الجنرال أمام لجنة عسكرية أمريكية كان مقرها في الفلبين برئاسة الجنرال Douglas Mac Atrture على أساس أنه انتهك قانون الحرب؛ ولقد صرحت اللجنة بما يلي:

"إن الجنرال تومويوكي ياماشيتا قائد القوات الإمبراطورية اليابانية، في مانيلا وفي أماكن أخرى في جزر الفلبين على اعتبار أنه قائد الجيوش اليابانية في الحرب مع الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها؛ امتنع وبشكل غير قانوني عن التخلص من التزاماته بصفته كقائد وذلك بمراقبة سير العمليات العسكرية لقواته بما سمح لهم بارتكاب أبشع الجرائم وجرائم جسيمة أخرى ضد أفراد من الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها وأفراد تابعين لها وبصفة

خاصة الفلبينيين، وبذلك فإن الجنرال قد انتهك قانون الحرب..."

ولقد ذكرت اللجنة بأن الجنرال قد انتهك قانون الحرب لكون اليابان قد انظم إلى عدد من المعاهدات التي تشكل قواعد وأعراف للحرب البرية فقد كان اليابان من المنظمين لاتفاقية لاهاي الرابعة لسنة 1907 وكذا إتفاقية سنة 1929 المتعلقة بتحسين وتطوير حالة الجرحى والمرضى في المعركة¹⁶.

ويرى L. Green بأن التهم الموجهة ضد الجنرال ليست على أنه ارتكب بصفة شخصية انتهاكات لقواعد وأعراف الحرب ولكن لأنه امتنع بصفته قائد للقوات العسكرية عن التخلص من الإلتزامات التي يفرضها قانون الحرب بأن يضمن تنفيذ هذه الإلتزامات من طرف القوات التابعة له¹⁷.

و لقد تمّ إحصاء ثلاثة أنواع من الانتهاكات ضد السكان المدنيين:

- 1- تجويع وقتل وإبادة بدون أية محاكمة للمدنيين ولسجناء الحرب.
- 2- التعذيب والإغتصاب والقتل بشكل مكثف لعدد كبير من المقيمين في الفلبين بما في ذلك الأطفال والنساء والرجال الذين باستعمال المتفجرات ودفنهم وهم أحياء.
- 3- التحطيم والإزالة بدون أية ضرورة عسكرية وبشكل مكثف للمساكن؛ أماكن اقتصادية وعمل؛ مستشفيات؛ مدارس وأماكن عامة¹⁸.

و لقد تمّ إحصاء قتل أكثر من 8000 مدني وتمّ ارتكاب أكثر من 500 حالة اغتصاب في مدينة مانيلا وحدها؛ وتمّ قتل خلال فترة حكم الجنرال أكثر من 32 ألف مدني بما في ذلك المئات من الجنود الأمريكيين¹⁹.

و لقد عاصرت هذه المحاكمة الوطنية إنشاء المحكمة الخاصة بنورمبرغ والمصادقة على ميثاقها²⁰؛ ذلك أن اتهام الجنرال تمّ يومين فقط قبل الإمضاء على ميثاق لندن في 08 أكتوبر 1945؛ ولذلك فالكثير من المحاكمات التي تمّت في أوروبا كانت تشير إلى هذه القضية على أنها قضية مرجعية وتعتبر قضية الجنرال ياماشيتا أهم قضية - حسب الكثير من الفقهاء الأمريكيين - لأن الاتهامات الموجهة ضد الجنرال ارتبطت بمسؤوليته القيادية بالذات²¹.

و لقد صرّح الجنرال أمام اللجنة بأنه لم يعط أية أوامر مثل تلك التي أسندت له (أقتلوا جميع الفيليبين)؛ كما أنكر بأن لديه أي علم بارتكاب هذه الجرائم أو أنه رأى مثلها وبأنه هو الآخر لم يتلق من القيادة في اليابان أية أوامر بقتل المدنيين.

كما أنه تم تعيينه حديثا في منصبه بما لم يسمح له بمعرفة ضباطه جيدا؛ وبأن الجيش الأمريكي في هجومه قطع جميع وسائل الاتصال بين وحدات الجيش وأخيرا فإن الجيش كان مقسما إلى وحدات لا مركزية لدى قياداتها سلطة تقديرية في اتخاذ ما تراه مناسبا من قرارات²².

ومن خلال سماعها للشهود - حوالي 286 - واطلاعها على الوثائق - 432 مستند - توصلت اللجنة إلى أن دفاع الجنرال مدحوض بناء على خمسة أدلة (1) بعدد الجرائم المرتكبة (2) بعدد الضحايا (3)

رقعة اتساع الانتهاكات (4) التشابه في منهجية التنفيذ (5) اتساع عدد الانتهاكات المرتكبة من طرف سلطة ضابط واحد.

ولقد صرحت اللجنة التي لم يتلق أي من قضائها تدريسا قانونيا ما يلي:

" لقد قدمت هيئة المتابعة أدلة تثبت بأن الجرائم كانت بشكل موسع ومكثف من الناحية الزمنية والمكانية مما يؤكد بأنه سمح بارتكابها عمدا وعن قصد وإدارة من طرف المتهم أو على أنه أمر بها سرية... والمتهم ضابط له سنوات كبيرة من الخبرة والحنكة وشغل منصبه في آسيا ومالايا وأوربا وحتى في بلاده اليابان.

إنه من غير المعقول اعتبار القائد قاتلا أو مغتصبا لأن واحد من الجنود التابعين له ارتكب جريمة قتل أو اغتصاب؛ غير أنه إذا كان القتل أو الاغتصاب والسلوكات المجرمة مرتكبة بشكل مكثف وشمولي ولم تكن هناك محاولات فعالة من طرف القائد لكشف هذه الجرائم ورقابتها؛ فإن مثل هذا القائد يمكن أن يكون مسؤولا وحتى مسؤول جزائيا...²³.

كما صرحت اللجنة بشكل أكثر توضيحا بأن:

" الجرائم تمت بصفة شاملة من الشمال حتى الجنوب جزر الفلبين وأنها ارتكبت بشكل مكرر إبان قيادة الجنرال ياماشيتا كما أنها كانت جسيمة وظاهرة ومتكررة من حيث اتساعها ولا إنسانيتها بأنه كان يجب أن يعلم بها المتهم.

وتشير مسألة العلم التي أثارها اللجنة بأن المتابعة لم تتمكن من إثبات عنصر العلم الحالي لدى المتهم فأشارت إلى أن المتهم لا بد عليه أن يعلم²⁴ أو كان يجب عليه أن يعلم بارتكاب هذه الجرائم وهو ما سمي بمعيار Must Have Known وسيتم الرجوع إلى هذا المعيار عند التطرق لأركان مسؤولية الرئيس السلمي بشكل مبسط.

ومن بين النتائج التي توصلت إليها اللجنة بالإجماع في هذه القضية هو أن القائد العسكري تقع عليه التزامات إيجابية بمراقبة الأفراد الخاضعين لسلطته بأن يضمن توافقتهم وتماشيهم مع متطلبات قانون

الحرب²⁵ وبذلك يتضح بأن مسؤولية القائد هنا قامت على أساس عدم قيامه بهذا الإلتزام الإيجابي
« breach of duty

كما أنه من جهة أخرى فإن اللجنة لم تقبل بالدفع بعدم العلم أو بجهل الوقائع « Claim Of
« Ignorance »

ذلك أن دفاع المتهم صرح بأن الجنرال لم يرتكب أي خطأ شخصي وعلى المتابعة أن تثبت عنصر الخطأ
حتى تقييم مسؤوليته الجزائية؛ ولكن المتابعة صرحت بأن الجرائم كانت شمولية وموسعة بحيث كان يجب على
المتهم أن يعلم بها Must Have Known ولذلك كما ذهبت إليه اللجنة فالمتهم: " أخفق في القيام بواجبه
برقابة قواته"²⁶.

ولقد تم استئناف هذا الحكم أمام المحكمة العليا الأمريكية فيما أصبح يعرف بقضية Re-
Yamachita وللعلم فإن المحكمة العليا لا تناقش الوقائع للقول ببراءة أو إدانة المستأنف ولكنها تنظر فقط
إن كانت اللجنة التي قامت بالمحاكمة لديها القدرة والصلاحيية والاختصاص لمحاكمة المتهم أولاً²⁷.
ولقد أكدت المحكمة العليا حكم اللجنة في 7 جانفي 1945 وبعد مناقشتها لمسألة الاختصاص
صرحت بأن:

"...المسألة تتمثل في: إن كان قانون الحرب يفرض على القائد العسكري إلتزاما باتخاذ الوسائل
الملائمة والمتوفرة لديه لمراقبة القوات الموضوعية تحت سلطته وقيادته لأجل المنع والحماية من انتهاكات قانون
الحرب... وإن كان يمكن إسناد أي تهم له لقيام مسؤوليته الشخصية عند امتناعه عن القيام بهذا الإلتزام إذا
ثبت أن قانون الحرب قد انتهك".

وبعد عودة المحكمة إلى سرد الاتفاقيات الدولية السارية المفعول - آنذاك - بما في ذلك المادتين 1 و43
الملحقة بالاتفاقية الرابعة لمعاهدة لاهاي لسنة 1907 والمادة 19 للاتفاقية العاشرة و26 لاتفاقية جنيف
لسنة 1929 صرحت المحكمة بأن:

"...محتوى هذه المواد يفرض على المستأنف التزاما إيجابيا باتخاذ جميع الوسائل التي في حوزته لأجل
حماية أسرى الحرب ولأجل حماية المدنيين"²⁸.

وعلى ما يبدو فإن قرار المحكمة العليا بإجماع قضاة لم يثر ما أثاره الرأي الانفرادي للقضاة
Murphy And Rutledge من ردود فعل.

ولقد أكد الرأي الإنفرادي على تعارض وتنافي Incompatibility حكم المحكمة العليا حول
المسؤولية القيادية ليماشيتا مع مبدأ المسؤولية الشخصية²⁹؛ وذكر بأن:
"المتهم لم تتم متابعته على أنه ساهم شخصيا في ارتكاب هاته الجرائم أو على أنه أمر بارتكابها؛
كما أنه لا يوجد ما يثبت على أنه كان على علم بها ؛ ولكنه بكل بساطة توبع على أنه أخفق بشكل غير
قانوني عن التخلص من التزامه كقائد لأجل مراقبة العمليات العسكرية التي يقوم بها مرؤوسيه بما سمح لهم
ارتكاب الجرائم...".

كما أورد الرأي الإنفرادي أن الجنرال يماشيتا قد يكون على حق عندما أعلن أنه لم يكن على علم
بارتكاب قواته لهذه الجرائم؛ لأن القوات الأمريكية عندما دخلت الفلبين سعت بكل الطرق لضرب
الإتصالات وهو ما أفلح في القيام به وضرب القيادات والقواعد ثم تتم متابعته على أنه لم يتم بمراقبة
جنوده³⁰.

أما بخصوص معيار العلم Mens Rea المعتمد من طرف اللجنة فالثابت أنه لم يمين واضحا بشكل
كلي³¹؛ والثابت أنه اعتمد على معيار المسؤولية الجزائية بدون خطأ Strict Liability حسب الأستاذ
بسيوني³²؛ وأعتقد أن الطرح الذي أورده دفاع المتهم أمام اللجنة صحيح إلى حد كبير من أن:
"المتهم ليس محل متابعة على أنه ارتكب أي شيء لأي شخص أو لأنه امتنع عن القيام بأي شيء؛ ولكن
وبشكل صريح لأنه فقط قائد للقوات الإمبراطورية اليابانية وأنه ولهذا السبب وحده أصبح مذنبا عن كل
جريمة ارتكبها كل جندي تحت إمرته"

وكخلاصة لهذه القضية فإنه يظهر بأن قضية الجنرال يماشيتا حسب جل الفقهاء واحدة من أهم
القضايا التي عاجلت نظرية الرئيس السلمي وأنها الأكثر إثارة للجدل Most Controversial³³؛ أو الأكثر
إثارة للاختلاف³⁴ Disapproval.

و تظهر أهميتها في أنها ساهمت في تطوير النظرية واعترفت بوجود التزام إيجابي في حق القائد بإتخاذ جميع الوسائل الملائمة لأجل فرض احترام قانون الحرب على مرؤوسيه³⁵.

وأن اللجنة قد طبقت فكرة المسؤولية الجزائية بدون خطأ Strict Liability Approach³⁶ عندما اعتمدت في عنصر العلم على المعيار " يجب عليه أن يعلم Must Known وبأن هذه المسؤولية تقوم بناء على علاقة القيادة (قائد-خاضع) وبأن الرئيس من جهة أخرى يوجد تحت واجب أو الالتزام بالعلم Duty To know³⁷.

وهذا على الرغم من أن هذا المعيار سوف يتم التراجع عنه فيما بعد؛ لأن المعيار المعتمد بحسب ما تم وصفه « High Point For Command Responsibility » أعلى معيار معتمد لإقامة مسؤولية الرئيس السلمي³⁸ ولذلك فإن الاجتهادات التي أتت بعده اعتمدت معياراً أقل من حيث الدرجة أو أقل من حيث المحدودية.

الفرع الثاني: قضية كورت ماير

وتعتبر هذه القضية أيضاً من أهم القضايا التي عاجلت مسؤولية القائد في مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية وهذا بواسطة محكمة كندية لجرائم الحرب؛ وتمت المحاكمة في نفس الفترة الزمنية مع قضية ياماشيتا³⁹.

ولقد تمت متابعة Brigadefuhrer Kurt Meyer بناء على تنظيم جرائم الحرب الكندي وهذا بناء على المادة العاشرة منه الفقرتين الرابعة والخامسة التي تحمل المسؤولية للقائد عندما يرتكب أحد القوات التابعة له أو مجموعة منهم جريمة من جرائم الحرب وأن هذا الدليل يسند بصفة Prima Facie إلى القائد⁴⁰.

و لقد تمت متابعة K Meyer على أنه ارتكب جرائم الحرب بناء على تحريض منه وكذا قتل أسرى الحرب كنديين انتهكا لقواعد وأعراف الحرب وأنه أيضاً أصدر أمر بقتل هؤلاء الأسرى أو بواسطة قوات تابعة له، ولقد قدمت هيئة المتابعة إثباتاً على أن Meyer قد أصدر أمراً بأنه لا بد من إطلاق النار على الأسرى وبأن واقعة القتل كانت بالقرب من مركز تواجدته إلى درجة أنه كان يجب أن يكون على علم بها⁴¹.

و لقد وجهت ل Meyer تهم الأولى:على أنه حرّض ودعم القوات التابعة له برفض منح قوات التحالف أية رحمة وذلك انتهاكا لقواعد وأعراف الحرب والثانية على أنه مسؤول عن مقتل أسرى الحرب وذلك عندما قامت قوات تابعة له بقتل 23 سجين حرب كندي بالقرب من قريتي Authie و Buron والثالثة على أنه أصدر أمرا مباشرا بقتل 07 أسرى حرب كنديين وهو في مقر القيادة في منطقة Abbaye Ardenne⁴².

ولقد تم استدعاء تسعة وعشرون شاهدا؛ ولقد بينت لجنة المحاكمة بأن:

"...إنه لمن دواعي الرأي الشائع بأنه ليس فقط الأشخاص الذين قاموا بقتل السجناء من يمكن متابعتهم كمجرمي حرب؛ لكن أيضا كل قائد عسكري دفع إلى ارتكاب هذه السلوكات... وأن السؤال العام الذي مفاده: متى يكون القائد مسؤولا عن جرائم الحرب المرتكبة من طرف رجاله ومن طرف قوات خاضعة لسلطته وبذلك يتابع ويعاقب كمجرم حرب؟ وهذا الجواب ليس سهلا إذ ينبغي على هيئة المتابعة إثبات هذه المسؤولية..."

إن القائد العسكري لا يمكن أن يكون محل متابعة كمجرم حرب في جميع الحالات التي يرتكب فيها جنود خاضعون لسلطته؛ ولكن لا بد من إثبات بعض الوقائع... بما في ذلك: رتبة المتهم، حقوق وواجبات القائد التي بمقتضاها احتل هذا المركز، ودرجة تدريبه التي تحصل عليها جنوده، سنه وتجاربه، وعلى العموم كل ما قد يثبت أن القائد قد أمر أو شجع سواء شفاهة أو ضمنا على قتل السجناء، أو أخفق بشكل أداري في القيام بواجباته كقائد عسكري عن منع أو القيام بفعل إيجابي لمنع قتل السجناء.

"...وأنه ليس من الضروري أن تجد المحكمة أو تثبت بشكل مباشر وجود أمر من طرف القائد بقتل السجناء ولكنها قد تستشف ذلك من خلال ظروف لا لبس فيها (Clear Indication) بأن القائد قد جعل السجناء يمرون إلى حالة الموت..."⁴³.

"...كما أن المحكمة ومن خلال التجارب التي تعرفها عن المواد العسكرية وعن سعت معرفتها بالأعراف أثناء المعركة وكذا على ضوء القوانين يمكنها تحديد مسؤولية المتهم على أية حال..."⁴⁴.

ويرى الأستاذ Green بأن قضيتا Yamashina و Meyer تعتبران أهم قضيتان أشير فيهما إلى مسؤولية القائد؛ وبأن العبارات التي أوردتها المحكمة في البحث عن مسؤولية القائد تكون متشابهة مع ما تضمنه التقنين البريطاني والأمريكي لقواعد الحرب البرية وذلك بعبارات ولغة متشابهة وينطبق نفس الوضع على التنظيم الكندي « Canadian Régulation »⁴⁵.

المطلب الرابع: محاكمات نورمبرغ وطوكيو

تعتبر المحاكم الدولية الخاصة بنورمبرغ وطوكيو أهم وسائل تطوير القانون الدولي الجنائي لسيما بالنسبة لقانون المسؤولية الجزائية الفردية ويعتبر القضاء الصادر عنها ذو آثار جوهرية في تطوير هذا القانون لا تزال سوابقه تستخدم حتى الوقت الحالي لكون المحاكمات مست أهم القيادات وأدت إلى مراجعة المفاهيم التقليدية للقانون الدولي حول الحصانة المطلقة والسيادة والتدرع بمسؤولية الدولة بدل الشخص القائم بالأعمال وغيرها؛ فكيف ساهمت موثيق هذه المحاكم في ذلك وما هو اجتهادها فيه.

الفرع الأول: مناقشة ميثاق المحكمتين الخاصة بنورمبرغ وطوكيو.

ذكر Slidrgt بأن ميثاق المحكمة الدولية الخاصة بنورمبرغ لم يتضمن موادا خاصة بمسؤولية القادة ولا حتى الأحكام الصادرة عنها تضمنت إشارات خاصة بهذه المسؤولية وذلك لكون المحكمة كانت تتطرق إلى نظرية المساهمة Participation عندما تجد المتهم مذنبا وليس إلى فكرة مسؤولية القادة؛ ويبرر فكرته هذه برأي الأستاذ Lippmann من أن المحكمة نورمبرغ عاجلت مسؤولية القائد بشكل "ضمني Implicitly"؛ لأن أي نوع من أنواع المساهمة الجنائية قد يرتب المسؤولية الجزائية للقائد عندما ترتكب أي جريمة تحت سلطته⁴⁶؛ وتأكيدا لنفس الفكرة فإن الأستاذ L.Green يذكر على أنه يخالف فكرة إطاعة الأوامر العليا التي تطرق إليها الميثاق في المادة الثامنة منه؛ فإن الميثاق لم يتضمن أي مرجعية صريحة لمسؤولية الرئيس السلمي ورغم ذلك فقد نصت المادة 7 على أن الصفة الرسمية للمتهم سواء بصفته كرئيس دولة أو كموظف سامي فيها لا يمكن أن تعتبر عذرا مانعا من المتابعة أو ظرفا مخففا للعقوبة.

كما نصت المادة 8 على أن فعل تصرف المتهم بناء على أمر حكومته أو رئيس سُلمّي لا يعفيه من المسؤولية ؛ ولكن قد يمكن اعتباره كظرف مخفف للعقوبة إذا رأت المحكمة أن مقتضيات العدالة تستدعي ذلك.

و يرى Langston أن عدم تضمن نص الميثاق أي مرجعية صريحة لمسؤولية القادة لا يعني أبدا أن المحكمة الدولية الخاصة بنورمبرغ لن تقوم بمتابعة القادة ومساءلتهم جزائيا ؛ ولقد أثبتت التطبيقات المختلفة لقضاء المحكمة عكس ذلك تماما فكانت كل المتابعات ضد الأشخاص الذين يشغلون أعلى المناصب في الدولة والحزب النازي.

وعلى العموم فإن ميثاق المحكمة تمت صياغته في مؤتمر لندن وهذا بدون مشاركة أي رجل قانون ألماني أو محايد، وبالرجوع إلى المواد سابقة الذكر - (6 و 7 من الميثاق)- فإنها تضمنت صياغة لمسؤولية القائد بشكل مباشر وهذا بالنسبة للقائد الذي يساهم في تشكيل أو تنفيذ خطة مشتركة أو مؤامرة لارتكاب جريمة وتنفيذ من طرف مرؤوسيه (المادة 6 (ب) من الميثاق).

و على هذا الرغم من أن المقترح الأمريكي تضمن جعل مسؤولية القائد تقوم بشكل غير مباشر (المسؤولية بالامتناع) وهذا في كلا من الميثاقين سواء الخاص بمحكمة نورمبرغ أو بمحكمة طوكيو ؛ إلا أن ذلك لم يحدث أبدا عند إصدار النص.

و تجدر الإشارة بأن ميثاق المحكمة الخاصة بنورمبرغ قد تحدد الاختصاص الشخصي فيه لمحكمة الجرمين الكبار لدول المحور الأوربي فقط على خلاف ميثاق المحكمة الخاصة بطوكيو التي يتعدى فيها الاختصاص الشخصي إلى أي مجرم حرب كبير وليس فقط المجرمين اليابانيين إلا أن الثابت هو أن المتابعة لم تمس سوى المجرمين اليابانيين الكبار بما في ذلك ثمانية عشرة مجرم حرب ؛ وكذلك الحال بالنسبة للجرائم فالجرائم التي كانت محل متابعة هي تلك التي كان لها امتداد دولي أو بمفهوم المخالفة لم يكن متعلقة بدولة واحدة لأن قانون مجلس الرقابة نظم المسألة بأن محاكم الدول الحلفاء تتولى محاكمة باقي المجرمين الآخرين الذين ارتكبوا جرائم على أراضيها.

الفرع الثاني: الاجتهادات الكبرى في قضاء محاكمات نورمبرغ وطوكيو

لقد صدر عن المحاكم العسكرية الخاصة بنورمبرغ وطوكيو قضاء غزير اتجه نحو تأكيد الطابع القانوني للمحاكمات من أجل تجنب أي نقد يتعلق بكون المحاكمات تهدف إلى "الانتقام" وإنما إلى تحقيق "العدالة والقانون"؛ وقد منحت الأولوية " للمجرمين الكبار " وهم أولئك الأشخاص التي لم تكن لجرائمهم حدود دولية واحدة أي الأشخاص التي " تجاوزت جرائمهم حدود الدولة الواحدة " ولا يمكن لهذا المعيار إلا أن يمس المسؤولين والقياديين الأكثر والأعلى مكانة على سلم القيادة.

ولأجل ذلك فقد مست المحاكمات المسؤولين السياسيين والعسكريين الأكثر والأعلى مكانة على مستوى الحزب النازي والدولة ؛ وتعتبر محاكمة الجنرال Wilhelm Von Leeb ومن معه واحدة من المحاكمات التي مست ثلاثة عشرة⁴⁷ قائدا ألمانيا فيما يعرف " بقضية القادة السامين High Command Case »

لقد تمت متابعة جميع المتهمين بما في ذلك فون ليب بإرتكاب جرائم ضد السلام وجرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية والتآمر على ارتكاب الجرائم المذكورة وكان من بين أهم المسائل التي واجهت المحكمة هي مسألة المسؤولية أو معايير المسؤولية الشخصية والفردية لكل متهم فذكرت المحكمة ما يلي:

" حتى يكون أي شخص مسؤول جزائياً لا بد من أن يكون هناك انتهاك لإحدى الالتزامات المعنوية المثبتة بموجب القانون الدولي أي تصرف شخصي صادر عن إرادة حرة بناءً على علم بكونه سلوك مجرم بموجب القانون الدولي"⁴⁸.

ولقد رفضت المحكمة الاعتماد على تحميل المتهمين للمسؤولية الجزائية بدون خطأ Strict Liability

وإنما اعتمدت على معيار الامتناع المعتمد Negligent Omission بقولها:

"...إن السلوكات الإجرامية المرتكبة من طرف هذه القوات لا يمكن أن تحملهم المسؤولية بناءً على عنصر أو علاقة التراتبية"⁴⁹ ... وبأن القول عن أي شخص بأنه مجرم لا يتم بالنظر لعلاقته في سلم القيادة؛ إذ لا بد

من وجود خطأ شخصي أو فعل يمكن أن يتجه ويقود إلى الفعل مباشرة أو أن الانتهاك تم من طرف أحد الخاضعين وشكل من طرف القائد امتناعا إجراميا".

ولقد اعتبر الحكم بأن القائد لا بد عليه بأن يعلم بسلوكات الأفراد التابعين له⁵⁰ وهذا على الرغم من أن المحكمة برأت المتهم الرئيسي فون ليب عن الجرائم المرتكبة من طرف قوات تابعة له لأنه لم تكن لديه عليهم سلطة الرقابة لكونهم قاموا بقتل عدد كبير من الأسرى الروسين وبأن هذه الجرائم لم تكن تحت سلطته المباشرة⁵¹.

ومن جهة أخرى فقد برأت المحكمة المتهم "فون ليب" من المسؤولية القيادية لكونه حسبها كان في وقت سابق قد نازع في شرعية الأمر الذي سُمي بـ: "the commissar Decree"⁵²؛ كما أنه وجه تعليمات إلى الخاضعين الذين هم تحت سلطته بعدم إتباع محتوى الأمر والتقيد بمقتضيات القانون الدولي وقانون الحرب وبأن أي مخالفة لذلك - قانون الحرب - تعرض صاحبها إلى العقوبات التأديبية⁵³.

و لأجل ذلك فقد قضت محكمة نورمبرغ ببراءته من هذه التهمة لأن القائد العسكري فون ليب قد أثبت تخلصه من الالتزام الذي يفرضه عليه القانون تجاه الخاضعين لسلطته ومن واجب الرقابة وضرورة التقيد بمقتضيات القانون الإنساني لمنع ارتكاب الجرائم لكنه أخفق في التهمة الأخرى الموجهة إليه لعدم قيامه بنفس المنحى الإيجابي تجاه ما عُرف بـ: "The Barbarossa Jurisdiction" فلم يقيم بإعطاء توجيهات بعدم تنفيذ هذا الأمر⁵⁴؛ والمعلوم من دراسة مسؤولية القائد أن "الالتزام بالرقابة" المفروض عليه بموجب القانون الدولي يحتم عليه ضرورة منع الخاضعين من عدم التقيد لأحكام القانون الدولي الإنساني بارتكابهم لجرائم حرب وليس العكس أي إصدار أوامر كما في the commissar Decree تقضي بعدم الإلتزام والتحلل من أحكام القانون وهذا ما يجعلها مخالفة للشرعية وبالتالي عدم واجبة التنفيذ.

كما عرفت النظرية تطبيقات مماثلة فيما عُرف بقضية Hostage Case ويتعلق الأمر بمجموعة من المسؤولين رفيعي المستوى في النظام العسكري الألماني تمت متابعتهم كفاعلين ومساهمين في ارتكاب جرائم القتل والتحويل لآلاف من الأشخاص؛ ولقد رفضت المحكمة فكرة كون المركز الذي يحتله المتهم بصفته قائدا أو ذو رتبة عليا في الدولة كفيل بتحميله المسؤولية الجزائية؛ لكن اتجهت أنه لتحميل المتهم المسؤولية لا بد من إثبات العلاقة السببية، الفعل الذي قام به المتهم أو الامتناع عن الفعل ذو الطبيعة الجرمية

وبالإضافة إلى ذلك لا بد من الإثبات أن الفعل قد ارتكب بطريقة غير شرعية وبناء على إرادة وعلم من طرف الفاعل⁵⁵.

ولقد أكدت المحكمة في هذه القضية بأن عنصر العلم يعتبر ركن في الجريمة والمقصود به: أنه يمكن تحميل القائد بالمسؤولية الجزائية بالامتناع عندما " يجب على القائد أن يعلم بارتكاب الخاضع لسلطته للجريمة".

وحدث ذلك تجاه المتهم وليست عندما طبقت عليه المحكمة معيار " Shold Have Known " وهذا بناء على تقارير وصلت إلى المتهم تفيد بوقوع جرائم وبأن المتهم كان يجب عليه أن يعلم بالجرائم المرتكبة في الثكنة التابعة له بالنظر إلى جسامة الجرائم وبأنه كان لديه الوسائل للعلم وامتنع عن إحاطة نفسه بها⁵⁶. وبذلك تكون المحكمة في هذه القضية قد اعتمدت نفس المعيار الذي جاءت به اللجنة في قضية ياماشيتا ولكن هذه المرة بشكل أكثر وضوحا وتفصيلا⁵⁷.

ولقد أقرت المحكمة بمسؤولية " ويلهيلم ليست " نظرا لارتكاب جرائم قتل لمجموعة من الرهائن داخل حدود الإقليم المحتل الذي عُيّن فيه وبأن المركز القيادي الذي يشغله يحتم عليه واجب رقابة الأشخاص التابعين له وصرحت المحكمة بما يلي:

"إن المتهم بقوله لم يكن لديه أدنى علم عن قتل جماعي للسكان لكونه كان غائبا عن مركزه وكذا عند ورود التقارير.

إن القائد العام لمناطق مستعمرة ملزم بالمحافظة على النظام العام والأمن والمعاقبة على ارتكاب الجرائم وحماية الأرواح والملكيات داخل المركز فإذا امتنع عن الحصول على المعلومات بما تفرضه عليه الوظيفة القيادية فإن هذا الامتناع يشكل انتهاكا صارخا لهذا الواجب مما يحمله المسؤولية الجزائية..."⁵⁸.

ولقد اعتبرت المحكمة بأن المتهم وردته تقارير تفيد بوقوع جرائم قتل غير مبررة للآلاف من الأشخاص على يد فاعلين مجهولين ورغم ذلك لم يحرك ساكنا؛ وبأن المتهم maréchal von List لم يطلب من المسؤولين إجراء متابعة للقضية والبحث في شرعية هذا القتل ؛ ولأجل ذلك فإن عدم قيام المتهم بوضع حد لهذه الجرائم الغير شرعية وكذا عدم اتخاذه للإجراءات الضرورية لضمان عدم تكرار ارتكابها

والعود فيها وهذا ما يشكل إخلالا جسيما بواجبه القيادي ويرتب مسؤوليته الجزائية ؛ ولقد اعتبرت المحكمة الخاصة بنورمبرغ بأن من الواجبات الملقاة على عاتق القائد بالإضافة إلى حماية النظام العام والأمن وحماية الأشخاص والممتلكات منع ارتكاب الجرائم والمعاقبة عنها⁵⁹.

وحسب Slidregt فإن المحكمة في هذه القضية قد طبقت معيار "يجب عليه أن يعلم" ولكن بناء على وجود تقارير واردة إلى "ليست" عن ارتكاب الجرائم وليس بناء على كون الجرائم كانت ذات طابع واسع وشمولي⁶⁰.

و لقد قامت المحكمة الدولية العسكرية الخاصة بالشرق الأقصى " بطوكيو" بتطبيق نفس القواعد على وزير الخارجية السابق Hirota لكونه لم يتخذ الإجراءات الضرورية لدى ديوانه لوضع حد للجرائم التي ترتكب وهذا على الرغم من المعلومات التي كانت ترد إليه بأن المئات من الأشخاص يتم قتلهم بطريقة غير شرعية ومخالفة للقانون ؛ وكذا الاغتصاب الجماعي للنساء فيما عُرف بـ: " Rape of Nanking " وجرائم الاعتداء وهذا ما يجعل امتناعه يرقى إلى حد اعتباره امتناعا جرميا criminal negligence " وبأنه امتنع عن وعي منه عن اتخاذ الإجراءات الممكنة تحت تصرفه لمنع وقوع هذه الجرائم⁶¹.

وبالنظر إلى طبيعة المركز الذي يشغله المتهم على اعتبار أنه " مدني " أو سياسي وليس عسكريا فقد أخذت هذه السابقة بعدا عميقا من التحليل ؛ لسيما وأن القاضي Röling قد أصدر رأيا انفراديا يبين فيه وجهة نظره المختلفة عن اجتهاد المحكمة نوعا ما والذي تم استرجاعه من جديد في قضاء المحكمة الخاصة برواندا في عدة قضايا منها - في أكايوسو وألفريد سوموزا - بقوله:

"Generally speaking, a Tribunal should be very careful in holding civil government officials responsible for the behavior of the army in the field. Moreover, the Tribunal is here to apply the general principles of law as they exist with relation to the responsibility for omissions'. Considerations of both law and policy, of both justice and expediency, indicate that this responsibility should only be recognized in a very restricted sense"⁶².

ولعل هذا الرأي الانفرادي قد أثر على المحكمة الخاصة برواندا إلى درجة أنها اعتبرت مسألة تجريم مسؤولية القادة المدنيين " مختلف فيها contentious"⁶³؛ لأن الأصول التاريخية للنظرية عموما قد بينت بأن النظرية من إنشاء القانون العسكري أو التقاليد العسكرية وهذا ما جعل القاضي رولينج يلتمس من

المحكمة توحي الحذر بخصوص تعدية النظرية إلى القادة المدنيين ؛ وأعتقد بأن هذا المفهوم بالذات هو ما سيؤدي فيما بعد بالولايات المتحدة إلى تقديم اقتراح إلى لجنة صياغة مشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بخصوص وضع معيار تمييز في الركن المعنوي بين القادة المدنيين والقادة العسكريين وهو ذات النص المصادق عليه والساري حالياً.

¹ أنظر: أد محمود شريف بسيوني، القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، 2007، ص ص: 183-187.

² See: Lyal S.Sunga, individual Responsibility In International Law For Serious Human Rights Violations, Martinus Nijhoff Publishers, 1992,p:22.

³ وهذه الفكرة حدّ جوهرية في الدراسة لاسيما بالنظر لثقلها في التطور التاريخي لنظرية القائد وقد عبر عنها L.Sunga على النحو: "If Sovereign Immunity Were An Admissible Grounds For Exempting Officials Of High Rank, Offenders Of Lesser Rank Could Mere Persuavely Argur The Defence Of Superior Orders, If The Real Decision Makers Were Immune From Legal Responsibility Altogether, Then Officials Of Lesser Rank Should Be Excused Also"
See: Lyal S.Sunga, individual Responsibility... ,*op.cit*, Pp:22.

⁴ أنظر بسيوني، المرجع السابق، ص: 186 و 193

⁵See Matthew Lippman: « The Other Nuremberg: American Prosecutions of Nazi War Criminals in Occupied Germany », Ind. Int'l & Comp. L. Rev. 1 (1992-1993), vol: 3 , Pp: 1- 100, at: 3-4.

⁶ See: **Leslie C.Green**: "Fifteenth Waldemar A.Solf Lecture In International Law: Superior Orders:And Command Responsibility ", Military Law Review ,Vol:175, March 2003, Pp:309-384 , At:348-349

⁷ Ibid.

⁸ See: **Bassiouni**, Crime Against... ,*op.cit*,p:426

⁹ أنظر: بسيوني المرجع السابق، ص: 192.

¹⁰ المرجع السابق

¹¹ See:**Daryl A Mundis**: « Crimes Of The Commanders:Superior Responsibility Under Article 7(3) Of The Icty Statute » ,In International Criminal Law Development In The Case Law Of The Icty, Boas And Schabas Eds, Martinus Nijhoff Publishers ,Pp:239-275, At:242.

¹² See:**W.parks** ,*op.cit* Pp:13.

¹³ See: Stuart E Hendin: « Command Responsibility And Superior Orders In The Twentieth Century:A Century Of Evolution », Murdoch University Electronic Jornal Of Law ,At Para:32.

¹⁴ See:Stuart E Hendin,*op.cit*,Para:29

¹⁵ See:D.Burnett (Weston):"Command Responsibility And A Case Study Of The Criminal Responsibility Of Israeli Military Commanders For The Pogrom At Chatila And Sabra",Military law Review, Vol:107,1987,Pp:71-189,At:84.

¹⁶ See:W.parks,*op.cit*,Pp:22-23. And See: L.C Green:"Superior Orders And Command..." ,*op.cit*,At: 194.

¹⁷ See: L.Green: « War Crimes... », *op.cit*,p:04.

¹⁸ See: Ch.Garaway: « Command Responsibility: Victor's justice Or Just Desserts ?", International Conflict And Security Law, 2005,Pp:68-83,At:72,And See: Major Michael L.Smidt:"Yamachita, Medina, And Beyond:Command Responsibility In Contemporary Military Operation ",Military Law Review,2000,Vol:164,Pp:155-234,At:178.

¹⁹ See:**Rockwood**,*op.cit*,p:127-128.

²⁰ ذلك أن محاكمة الجنرال لم تكن قضية دولية ؛ لأنها تمت من لجنة عسكرية أمريكية كان مقرها في مانيتا وكان قضاتها الخمسة كلهم عسكريون أمريكيون وتم إستئنافها أمام المحكمة العليا الأمريكية وتنفيذ الحكم بالإعدام ضد الجنرال من طرفهم أيضا في 23 فيفري 1946.

²¹ See: **Rockwood**, *op.cit*, p127

²²See:Andrew D Mitchell: « Failure To Halt Prevent Or Punish:The Doctrine Of Command Responsibility For War Crimes », Sydney Law Review, 2000,Vol:22,Pp:381-410,At:389.

ولقد كان الجيش مقسما إلى ثلاث مجموعات:الأولى بقيادة ياماشينا والمسمى « Shobu »؛ والثانية بقيادة Yokoyama وهو المسمى « Shimbu »؛ والثالثة بقيادة:Tsukada وهو المسمى: « Kemu » .

²³ See: **W.Parks**, *op.cit*,p:30.

²⁴ Ibid.

²⁵ See: **W.Parks**, *op.cit*,p:35

²⁶ See:Major Bruce D.Landrum: “ The Yamachita War Crime Trial:Command Responsibility Then And Now “, Military Law Review, Vol:149,1995,Pp:293-301,At 296.

²⁷ Ibid

ولقد قامت المحكمة العليا الأمريكية بمراقبة ثلاثة نقاط هي:1-أختصاص اللجنة تجاه المتهم.2-أختصاص اللجنة تجاه الجرائم والإنتهاكات.3-مراقبة مدى توفر حقوق المتهم والمحاكمة العادلة والإجراءات ولأجل ذلك راجع

See: **W.parks**,*op.cit*,p:61-62.

²⁸ See: **W.parks**,*op.cit*,p:33-35.

²⁹ See:**Slidregt**, *op.cit* ,p:122.

³⁰ See: Lundrum ,*op.cit*,p:297.

³¹ See: **L.Smidt**,*op.cit*,p:181.

³² See: **Bassiouni**, *op.cit*,p:432.

وللعلم فإن المقال المشهور المخر من طرف **Parks** حول المسألة: اعتبر أن اللجنة لم تعتمد على معيار المسؤولية بدون خطأ.

ولا يفوتنا هنا التذكير بالإختلاف البسيط الموجود في النظامين **Common law** و **Civil Law** حول المسؤولية الجزائية بدون خطأ ؛ بالمقصود بهذه

المسؤولية **Strict Liability** في الكومون لو: « Total Liability For An Offence Wich Has Committed Whether You Are At Fault Or Not ».

See:York Dictionary Of Law , York Press And Librairie Du Liban Publishers, Second Edition,2000,p:231

وبعبارة أخرى فالمسؤولية هنا تقوم بوجود الخطأ أو بدونه ؛ والخطأ مفترض وينبغي إثبات نفي الخطأ.

وفي النظام **Civil Law** فتسمى هذه المسؤولية بحسب الجرائم **Délits Matériels** وفيها:

« L’agent Ets Présumé Fautif s’il A Accompli Le Geste Interdit ».

،، Jean Pradel ,Droit Pénal Général ,Edition Cujas ,16 éme Edition ,2006/2007 , P:489 أنظر

³³ See:**L.Smidt**, *op.cit* ,P:180 And See: **Bassiouni**, *op.cit*,p:426.And See: **W.Parks** ,*op.cit* ,p:22

ويرى **Jenny S.Martinez** بأن سبب إثارتها للجدل ارتبط بالدرجة الأولى بمعيار العلم المعتمد من طرف اللجنة.

See:**Jenny S(Martinez)**: «Understanding Mens Rea In Command Responsibility:From Yamashita To Blaskié And Beyond »,Journal Of International Criminal Justice, July2007,5Pp:638-664,AT:648.

³⁴ See: Slidregt, *op.cit* ,p:123.

³⁵ See:**M.J Delavigne**, *op.cit*,p:59.

³⁶ See: **Bassiouni**, *op.cit* , p: 432.

³⁷ Ibid.

³⁸ See: **Lundrum**, *op.cit*,p:298.

³⁹ See: **Bassiouni**, *op.cit*,p:431.

ولقد بدأت المحاكمة بشكل رسمي في 10 ديسمبر 1945 ؛ وتمت أمام لجنة متكونة من خمسة قضاة ذوو رتب عسكرية.

See:Witney Lacken Bawer And Chris Madsen: “Justifying Atrocity:Lieutenant-Colonel Murice Andrew And The Defence Of Brigadefuhrer Kurt Meyer”, In Canadian Military History Since The 17TH Century, Edited By yyes Tremblay, 2001,Pp: 553-564,At:558.

وكان **Meyer** الضابط الذي يقود وحدة الدبابات الفرعية **SS12** وتم تعيينه في منصبه في 14 جوان 1944 ؛ ونظمت في حقه اللجنة حكما بالإعدام (رميا بالرصاص) وعند الإستئناف صدر حكم بالسجن مدى الحياة وتم إطلاق صراحة في سنة 1954.

See: **Luis-Philippe.F.Rouillard**: “ Canada’s Prevention And Repression Of War Crimes “,Miskol Journal Of International Law,Vol:02,2005,Pp:43-58,At:44-45.

⁴⁰ See:**LC.Green**: “ Superior Orders And Command Responsibility ”,*op.cit*,p:196.

⁴¹ Ibid.

⁴² See: Case N22, The Abbye Ardeene Case Trial If SS Brigadefuhrer Kurt Meyer.

The Totality Of The Judgment <www.Hlss.Uwe.Ac.Uk>

ويمكن الرجوع إلى باقي التهم الموجودة في الحكم ؛ ولقد تم إثبات التهم الثلاثة المذكورة في المتن في حق **Meyer** في حين تمت تبرئته عن التهمتين الرابعة والخامسة.

⁴³ See:**L.Green**: The Fifteenth...,*op.cit*,p:355, And **L.Green**,Superior...*op.cit*,p:196-198.

⁴⁴ See:**L.Green**: The Fifteenth...,*op.cit*,p:352.

⁴⁵ Ibid

⁴⁶ See:E.van Slidrgt ,The Criminal Responsibility Of Individual For Violation Of International Humanitarian Law ,T.M.C Asser Press The Hague,2003,P:124.

⁴⁷ See: **W.Parks**, *op.cit*, P:62.

لقد مست القضية أيضا

Hugo Sperrle – General Of The Army –Geord Karl Friedrich – Wilhelm Von Kuech- General- Johanns Blaskowitz- General-Hermann Hoth- General-Hans Reinhardt –General-Hzns Von Salmuth- General –Karl Hollidt- General –Karl Hollidt-General-Otto Schniewind-Admiral-karl Von Roques –General Of Infantry- Hermann Reinecke – General Of Infantry – Walter Warlimont –General Of Artyllery- Otto Woehler –General Of Infantry –Rudolf Lehmann-General ,Judge Advocate

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ في الأطروحة:علاقة التراتبية أو السلطة التسلسلية مرادفة لمصطلح:Subordination.

⁵⁰ See:N.Laviolette , *op.cit*,p:102-103.

⁵¹ See:Slidregt , *op.cit*,p:126.

⁵² هذا الأمر صدر رفقة أمر آخر يدعى وفيه توجه تعليمات إلى القادة العسكريين الذين يتواجدون في مناطق العمليات بعدم التقيد بمحتويات القانون الدولي سيما قانون الحرب وأن الأولوية لا تعطى للقانون الدولي وإنما للقانون الداخلي ؛ فلا يعامل الأسرى والمدنيين ولا يعطون أية معاملة إنسانية.

⁵³ **O'Brien (JAMES C.)**: « The International tribunal for violation of international humanitarian law in the former Yugoslavia » , American journal of International law , 1993, vol: 87, Pp: 639-659, at: 652.

⁵⁴ بخصوص الأوامر the commissar Decree وكذا the Barbarossa Jurisdiction يمكن الرجوع إلى:

Parks (William) , *op.cit* , At: 45-46.

⁵⁵ See: N.Laviolette, *op.cit*, p:102.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ See:Slidregt , *op.cit*,p:125.

⁵⁹ Voir: le procureur c/ TIHOMIR BLAŠKIĆ, arrêt , *op.cit* , para:82

⁶⁰ Ibid.p126.

⁶¹ Voir: The Prosecutor v. ALFRED MUSEMA , *Case No. ICTR-96-13-A*, JUDGEMENT AND SENTENCE, Trial Chamber I , 27 January 2000, para: 133.

⁶² الرأي الانفرادي للقاضي Röling مستخرج من قرار المحكمة الدولية لرواندا بخصوص قضية:

Voir: The Prosecutor Versus JEAN-PAUL AKAYESU , *Case No. ICTR-96-4-T*, Judgment , Chambre I, Decision of: 2 September 1998 , para: 490.

⁶³ Voir: The Prosecutor Versus JEAN-PAUL AKAYESU , *Case No. ICTR-96-4-T*, *op.cit* , para: 491.

تنمية الأملاك الوقفية المبنية المعرضة للانحدار والخراب في التشريع الجزائري

د/ دوار جميلة، دكتوراه في القانون العقاري

كلية الحقوق و العلوم السياسية - برج بوعريبيج -

مقدمة:

يعتبر الإسلام دين يدعو الى البر والتقوى وعمل الخير بالبدل والإحاء، ومن بين هذه الأفعال التصدق، والوقف نوع من أنواع هذه الصدقات الذي نظمته الشريعة الإسلامية و عاجلته القوانين الوضعية، وهو قرينة إلى الله تعالى، عرفه الفقهاء أنه حبس العيّن على ملك الواقف والتصديق بمنفعتها على جهة من جهات البر، في الحال أو في المآل.

والوقف يدخل ضمن عقود التبرعات، إلا أنه ينفرد بخاصية التأييد (الديمومة)، فهو تبرع دائم وصدقة جارية غير مقطوعة، لذا تقتضي هذه الخصوصية صون هذه الملكية من العبث والضياع والانحدار والخراب، وعليه حفاظا على ديمومة الأملاك الوقفية بما يجعلها تؤدي دائما الغرض الذي وضعت من أجله، وهو التصديق بمنفعتها للفقراء والمحتاجين، وفي إطار سياسة النهوض بقطاع السكن بكل أنواعه وتخفيفا للضغط على الفئة المحرومة منه، أقر المشرع الجزائري إمكانية استغلال وتنمية العقارات الوقفية المبنية المعرضة للانحدار والخراب بالشكل الذي يجعلها صالحة، وذلك بإحدى الطريقتين إما بموجب عقد الترميم أو التعمير طبقا لما أقره المشرع الجزائري في نص المادة 26 مكرر 07 من القانون رقم 07/01 المؤرخ في 22 ماي 2001 التي تضمنت ما يلي: (يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمي العقارات الوقفية المبنية المعرضة للخراب والانحدار بعقد الترميم أو التعمير).

وعليه، سنتناول في هذه المداخلة الإجراءات القانونية الواجب احترامها لتنمية هذه الأملاك من الانحدار والخراب، وذلك في خطة مكومة من مبحثين، سنتناول في عقد الترميم أما المبحث الثاني فسنخصصه لعقد التعمير.

المبحث الأول: عقد الترميم

يقصد به إعادة بناء وتصليح البنايات التي في طريقها للخراب والاندثار، وهذه العملية لا تحتاج إلى رخص صريحة من السلطات المحلية باعتبارها متعلقة ببنائة موجودة من قبل، غير أنه وتطبيقاً لقواعد التهيئة والتعمير، فإن الترميمات الكبرى التي تقع على الواجهات الخاصة بالمحلات والسكنات، فإنها بحاجة إلى رخصة صريحة من طرف السلطات المحلية المختصة بمنحها و المختصة إقليمياً هي موقع تواجد العقار¹.

المطلب الأول: تعريف عقد الترميم

يقصد بعقد الترميم قيام السلطة المكلفة بالأوقاف بإبرام عقد الإيجار مع شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص، يلتزم بموجبه المستأجر بدفع مبلغ مالي يقارب قيمة هذا العقد، فتلتزم السلطة المكلفة بالأوقاف بإيجار العين محل الترميم إلى المستأجر، على أن يخصم مبلغ الإيجار المتفق عليه من المبلغ الذي قدمه المستأجر، وعند استهلاك مبلغ الترميم، يعاد تحرير عقد إيجاري عادي يخضع لأحكام القانون المدني والتجاري، المتعلقة بإيجار المحلات السكنية والتجارية².

بالرجوع إلى نص المادة 22 مكرر 49 يتضح أن نفقات الترميم تكون على المستأجر على أن يعود بها فيما بعد على المؤجر لخصمها من مبلغ الإيجار مستقبلاً.

وتجدر الإشارة إلى أن عقد الترميم هو نوع خاص من أنواع الإيجار يطبق على العقارات المبنية فقط والتي هي عرضة للخراب والاندثار، ولا يلجأ إلى هذا العقد إلا عند الضرورة القصوى، كما لو كان بناء الوقف خيراً ويحتاج إلى عمارة ضرورية و يوجد من يستأجره ويدفع النفقات اللازمة لذلك، ولا يترتب على هذا العقد إلا حق شخصي للمستأجر في ذمة الوقف، ولا تتغير أجرته تبعاً لتغير أجره المثل، وليس للمستأجر أي حق عيني لا على الأرض ولا على ما فوقها من بناء بل كل ذلك ملك للوقف³.

فما قام به صاحب هذا الحق من ترميم لا يترتب له إلا حق الدائنية، فإذا ما تم فسخ العقد وجب على الواقف أن يعرض المستأجر النفقات التي صرفها في إصلاح العين الموقوفة، وبذلك فهو يشبه عقد المرصد من حيث أن الحق المترتب على الملك الوقفي هو دين واجب الوفاء به، ويختلف عنه من حيث أن عقد المرصد يتم بتشديد بنائة لم تكن موجودة من قبل، في حين أن عقد الترميم يقع على صيانة وإصلاح

عقارات وقفية مبنية قد تكون موجودة مقدما، وليس إنشاء بنايات جديدة، كما يختلف عنه بأن صاحب حق الترميم لا يمكنه التنازل عن حقه، وعلى خلاف ذلك نجد صاحب حق المرصد يملك حق توريث حقه والتنازل إذا تم الاتفاق المسبق على ذلك⁴.

المطلب الثاني: شروط إبرام عقد الترميم

لانعقاد إيجار الوقف العام عن طريق التعمير والترميم لا بد من توفر مجموعة من الشروط⁵:

- **أولاً:** يشترط فيه وجود عقار مبني معرض للخراب والاندثار، يجب إصلاحه وترميمه، وبذلك يشكل

محلا لإبرام هذا العقد، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 26 مكرر.

- **ثانياً:** يشترط أيضا انعدام إمكانية إيجاره إيجارا عاديا، يعني عن هذا الإيجار طويل المدة.

- **ثالثاً:** يتم اللجوء إلى هذا النوع من العقود في حالة عدم وجود مال خاص بالوقف يؤمن به عمارة الوقف.

- **رابعاً:** عدم إمكانية إبرام عقد الترميم والتعمير قبل الحصول على محضر معاينة تعده اللجنة الإدارية التابعة لمديرية الشؤون الدينية والأوقاف التي تقع في دائرة اختصاصها الملك الوقفي، وذلك لتحقق من حالة الاندثار والخراب.

- **خامساً:** تكون المعاينة تحت رئاسة وكيل الأوقاف، هذا بالإضافة إلى المصالح المختصة بإدارة أملاك

الدولة ومديرية البناء والتعمير.

- **سادساً:** تكون لمديرية الشؤون الدينية والأوقاف صفة مؤجر، فهي من يقوم بإبرام عقد الإيجار طبقا

لنص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 200-200 المؤرخ في 26/06/2000 المحدد لقواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها.

- **سابعا:** يجب تحديد وبيان النفقات التي تحتاجها عملية الترميم والتعمير لأن مبلغ النفقات هو

مقدار

الأجرة التي كان من الواقف على المستأجر تقديمها مدة الإيجار.

المطلب الثالث: آثار عقد الترميم

يترتب عقد الترميم والتعمير التزامات متعددة على عاتق المستأجر، حيث يلتزم هذا الأخير بدفع قيمة

الترميم والتعمير أولا، ثم التزامه بدفع الأجرة ثانيا.

أولا: الالتزام بدفع قيمة الترميم

يجب على المستأجر أن يدفع مبلغا يقارب قيمة الترميم والتعمير من أجل إصلاح الملك الوقفي المبني المعرض

للخراب والاندثار، وتعيين قيمة ما يقدمه تكون حسب طبيعة العقار الوقفي ودرجة تخربه واندثاره، وتتم

هذه المعاينة بواسطة خبير عقاري، يثبت حالة الأرض، وتحدد هذه القيمة بالتراضي، بعد استطلاع رأي

الخبير العقاري، كما يلتزم المستأجر بدفع ذلك المبلغ إلى الناظر الذي يقوم بإصلاح الوقف العام من ذلك

المبلغ⁶.

ثانيا: التزام المستأجر بدفع قيمة الأجرة

وهو التزام منطقي باعتبار العقد هو عقد إيجار، يلتزم فيه المستأجر بدفع مبلغ الإيجار ويكون إيجارا شهريا

كما في عقد الحكر الذي يعد من عقود الاستغلال المطبقة على الملك الوقفي، على أن يخصم منه قيمة

الترميم الذي قدمه المستأجر⁷، أي أن يقبض قيمة ما قدمه مقدما والمشروع الجزائري لم يحدد في المادة 26

مكرر 7 من القانون رقم 01-07 المعدل لقانون الأوقاف 10/91 ما إذا كان المستأجر يدفع مبلغ الإيجار

سنويا أم شهريا، مع العلم أن قيمة الترميم التي دفعها المستأجر تخصم كمبلغ إيجاري تدريجي باعتباره دينا

على الملك الوقفي المبني، الذي قام بترميمه وإصلاحه وفي مقابل هذا يثبت للمستأجر هذا الاستغلال

وذلك وفقا لطبيعته ونوعه سكني، تجاري.

أما عن الأجرة في هذا النوع من العقود ثابتة لا تتغير عكس الحكر الذي تتغير فيه الأجرة بتغير الزمان

والظروف، ويخضع تسليم الأجرة إلى الأحكام الخاصة بالإيجار العادي للوقف، ويكون للمستأجر حقوق

تتمثل في استغلال العين التي أصلحت، ويترتب بموجبه حق شخصي على عين الوقف وغيرها، ولا يجوز التنازل عنه وتوريثه إلا أنه يكون للورثة المطالبة بتسديد الديون التي على الوقف لمورثهم، ويتحدد العقد لصالحهم وجوبا إلى غاية استكمال استهلاك قيمة الترميم قياسا على الإيجار العادي.⁸ وينتهي عقد الترميم والتعمير بانتهاء مدة استهلاك قيمة ما تم إصلاحه، والذي يكون وفقا للقواعد العامة لانتهاء عقد الإيجار، كإتخاذ الذمة وهلاك العين الموقوفة والفسخ، لأن المشرع الجزائري لم يحدد حالات انتهائه كعقد خاص، كما قد ينتهي بتسديد الدين المترتب على الملك الوقفي من قبل السلطة المكلفة بالأوقاف.⁹

المبحث الثاني: عقد التعمير

يترتب على انعقاد الوقف بشروطه وأركانه صحيحا منع التصرف في أصل الملك الوقفي لأن الوقف من قبيل الصدقة الجارية، وجريان الصدقة يقتضي دوامها، فكان لا بد من منع التعامل في أصلها ابتداء، مع إطلاق الانتفاع بها للموقوف عليه حسب شروط الواقف وطبيعة عقد الوقف، لذا سمح له باستعماله أو استغلاله، وقد أقر المشرع الجزائري ما أوجده الفقهاء من تصرفات ترد على حق الانتفاع بالوقف، وأخرى ترد على أصله تمييزا وحفظا له وتحقيقا لغرض الواقف.

فتغيير وضعية العقار الوقفي المبني أو غير المبني من وضعيته أو حالته الأولى يكون بممارسة حق البناء، وهو الأمر الذي يربط تمييز وحفظ الأملاك الوقفية بضرورة استصدار رخصة بناء كأداة قانونية لمباشرة العملية، باعتبارها ضابطا من الضوابط القانونية والتنظيمية صادرة عن مصالح إدارية مختصة. وللوقوف على رخصة البناء كأداة لتمييز وحفظ الملك الوقفي العقاري بالبناء عليه، يجب علينا تناولها من خلال المطالب الموالية.

المطلب الأول: نطاق تطبيق رخصة البناء على الملك الوقفي العقاري

نصت المادة 50 من القانون 29/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 على أن حق البناء مرتبط بملكية الأرض، ويمارس مع الاحترام الصارم للأحكام القانونية والتنظيمية المتعلقة باستعمال الأرض، ولا يتم استعمال هذا الحق إلا من خلال استصدار رخصة البناء.

غير أن الاستعمال والاستغلال بالبناء لا يقتصر على المالك وحده، بل يمتد إلى غيره ممن لهم السيطرة القانونية على العقار، وهو الأمر الذي يدل بما لا يدع مجالاً للشك أن لرخصة البناء نظاماً قانونياً خاصاً يحكم عملية إنجاز أشغال التهيئة والبناء والتوسيع والترميم والتعمير¹⁰ على الأملاك العقارية المملوكة ملكية خاصة أو المستأجرة أو التي تحاز حيازة قانونية بالشكل أو الوضع المحدد في القانون المدني، والقوانين الأخرى الخاصة ذات العلاقة المباشرة بالبناء، ومن ضمنها قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم بالقانون 07/01 والذي تضمن حق البناء الذي ينشأ لأصحاب العقود التمييزية الخاصة التي تنصب على العقارات الوقفية المبنية والقابلة للبناء، وأيضاً حالات البناء التي قد يباشرها المستأجر في الإيجار العادي، وعموماً كل الأعمال ذات العلاقة المباشرة بالبناء، والتي يكون محلها ملك وقفي عقاري¹¹.

وعليه، نتطرق إلى كل من الأشغال والأشخاص المعنية بضرورة الاستصدار المسبق لرخصة البناء من الإدارة على النحو التالي:

الفرع الأول: نطاق تطبيق رخصة البناء من حيث الأشغال

يعتبر مبنى في نظر الفقه كل مجموعة من المواد مهما كان نوعها خشباً أو جيرا أو جبسا أو حديداً أوكلها معاً شيدتها يد الإنسان، وتتصل بالأرض اتصال قرار¹².

وتطبيقاً لنص المادة 52 من القانون 29/90 المتعلق بالتهيئة و التعمير، تشترط رخصة البناء من أجل تشييد البنايات الجديدة مهما كان استعمالها، ولتمديد البنايات القائمة، ولتغيير البناء الذي يمس الحيطان الضخمة منه أو الواجهات المفضية على الساحات العمومية، ولإنجاز جدار صلب للتدعيم أو التسييح، ويتميز كل مصطلح عن الآخر بما يلي:

- **التشييد:** الإنشاء أو الاستحداث، بمعنى البدء في إقامة المبنى لأول مرة بداية بوضع الأساسات¹³.
- **تمديد البنايات الموجودة:** وذلك بالزيادة في حجمها، وتشمل التمديد الأفقي لتوسيع البناء وزيادته عرضاً، وكذا التمديد العلوي بتعليق البناء والزيادة في ارتفاعه طولاً¹⁴.
- **تعديل البناء الذي يمس الحيطان الضخمة منه:** وذلك بتعديل معالم البناء القائم بشكل مغاير ومخالف لما كان عليه¹⁵.

• تغيير الواجهات المفضية على الساحات العمومية: وهي الواجهات الخارجية المطلة على الطريق العام دون الداخلية¹⁶.

• انجاز جدار صلب للتدعيم أو التسييج: وذلك بتقوية البناء وإزالة ما به من خلل وعيوب، كما يخضع جدار التسييج لنفس الشروط.

الفرع الثاني: نطاق تطبيق رخصة البناء من حيث الأشخاص

ينبغي أن يتقدم بطلب رخصة البناء والتوقيع عليه من المالك أو موكله أو المستأجر لديه المرخص له قانونا أو الهيئة أو المصلحة المخصصة لها قطعة الأرض أو البناية، كما خول قانون التوجيه العقاري 25/90 في مواده 39، 40¹⁷ منه: على إمكانية حصول صاحب شهادة الحيازة على رخصة البناء، وهو الأمر الذي جسده كذلك المرسوم التنفيذي 19/15 في المادة 41، 42 منه.

وخولت أيضا المادة 51 من القانون 02/97 المؤرخ في 1997/12/31 والمتضمن قانون المالية لسنة 1998 الحق لشخص آخر في طلب رخصة البناء وهو صاحب حق الامتياز¹⁸.

إن قرار التخصيص الذي بمقتضاه يضع شخص عام (الدولة، الولاية، البلدية) مالا ينتمي إلى أملاك الدولة الخاصة تحت تصرف شخص عام أو مصلحة عامة، يجعل هذه الهيئات تتمتع بالصفة القانونية لطلب رخصة البناء، ومن ثم يمكننا الاستنتاج والقول، أن السلطة المكلفة بالأوقاف تملك الصفة القانونية التي تؤهلها للطلب كحق مرتبط بحق استعمال واستغلال الملك الوقفي العقاري، وهذا هو المعمول به أيضا في عقود الإيجار التثميرية العادية والعقود التثميرية الخاصة الواردة في قانون الأوقاف¹⁹.

غير أن هذه الصفة القانونية سواء الأصلية التي تحوزها السلطة المكلفة بالأوقاف أو المشتقة التي تؤهل مستأجر للملك الوقفي العقاري للبناء عليه في إطار تثميره له، تتوقف على إرادة الواقف التي عبر عنها في حجة عقد وقفه بأن يسمح بتثمير الوقف بالبناء عليه أم لا²⁰، وهذا الشرط يشكل سند السلطة المكلفة بالأوقاف -مديرية الشؤون الدينية والأوقاف- الذي يمنحها السيطرة القانونية في عملية إدارة الوقف، وعلى وجه الخصوص تثميره بتأجير، وما ينجر عن ذلك من حقوق عينية أخرى، وبالتحديد حق استعمال العقار بالبناء عليه²¹.

ونظر للدور الذي لعبه الوقف ولا يزال، إذ يعتبر المصدر الرئيسي لبناء المسجد في مختلف البقاع الإسلامية صدر المرسوم التنفيذي المتعلق ببنائه وتنظيمه وتسييره وتحديد وظيفته تحت رقم 81/91 المؤرخ في 23 مارس 1991 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي 338/81 المؤرخ في 28 سبتمبر 1991 و بالمرسوم التنفيذي 437/92 المؤرخ في 30 نوفمبر 1992.

وانطلاقاً من هذا المرسوم، تم تحديد أصحاب الحق في بناء المساجد بموجب المادة 5 منه على النحو

التالي:

-الدولة،

-الجمعيات،

-الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون.

تراعي قبل الشروع في بناء المسجد الشروط الآتية:

-أن لا يكون مسجداً ضراراً،

-أن تكون الجمعية معتمدة قانوناً،

- أن يحصل الأشخاص الطبيعيون على الإذن الإداري من الجهة الولائية المكلفة بالشؤون الدينية.

غير أن بناء المسجد من قبل الفئات المحددة في المادة 5 قد يتم على عقار غير وقفي كالعقار المملوك

للخواص أو الأرض المخصصة بموجب قرار التخصيص، كمبنى ليتم إدماج المسجد وما يلحق به من مرافق

بمجرد الانتهاء من بنائه ضمن الأملاك الوقفية العامة، أي يصبح العقار المبني وفقاً عاماً بالمآل²²، كما قد

يكون بناء المساجد أيضاً على أراضٍ وقفية، وبهذا، فالأرض المراد البناء عليها أرض وقفية أولاً و المبني، أي

المسجد وقفٌ ثانٍ وفقاً لنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي 81/91 السالف الذكر.

وبالرجوع إلى المصادر المرجعية العملية في بناء المساجد، نجد أن الجمعيات الدينية هي من تقوم ببناء

المساجد بعد أن يتم تأسيسها بموجب قانون الجمعيات، والتي من أهدافها المسجد و ما يلحق به من

مرافق.

المطلب الثاني: إجراءات استصدار رخصة بناء على الملك الوقفي العقاري

إن تحديد وثائق ملف طلب ملف رخصة البناء مسألة أحالها القانون 29/90 على المرسوم التنفيذي 19/15 بمقتضى المادة 41 منه، وعالجها هذا الأخير في المادتين 42، 43 منه، الهدف من ذلك التحقق من أن مشروع البناء لا يخالف قواعد العمران وقواعد حماية البيئة من خلال وثائق محددة تعد وتؤشر لزوماً من قبل مهندس معماري ومهندس في الهندسة المدنية معتمدين معا في إطار عقد إدارة المشروع²³.

الفرع الأول: محتوى الملف

ويحتوي الملف إذن على ثلاثة أنواع من الوثائق:

1- وثائق إدارية تثبت صفة الطالب.

2- وثائق تقنية تبين مدى انسجام المشروع مع قواعد العمران: كتصميم الموقع المعد على سلم 2000/1 أو 5000/1 يبين اتجاه وشبكات التوزيع، مع بيان طبيعتها وتسميتها ونقاط الاستدلال، ومخطط كتلة البيانات والتهيئة والتعمير على سلم 1/200 أو 1/500 يتضمن جميع البيانات المتعلقة بحدود الأرض والطوابق وارتفاعها والمساحات الإجمالية المبنية ونقاط وصل ورسم شبكة الطرق والقنوات المبرمجة على المساحات الأرضية وجميع الوثائق الفنية التقنية الأخرى، إضافة إلى مستندات رخصة التجزئة للبيانات المبرمجة على قطعة أرضية تدخل ضمن أرض مجزئة لغرض السكن أو لغرض آخر²⁴.

3- وثائق تثبت مدى انسجام المشروع مع قواعد حماية البيئة: مذكرة بالنسبة للمباني الصناعية يبين فيها نوع المواد السائلة، الصلبة والغازية وكمياتها المضرة بالصحة العمومية والمحيط وأساليب المعالجة وتصفيتها ومستوى الضجيج المنبعث منها²⁵.

4- تأشيرة المهندس المعماري والمدني: إن الوثائق المطلوبة في ملف طلب رخصة البناء هي وثائق تقنية تتطلب دقة متناهية، لذا وجب إعدادها وصدورها من ذوي الاختصاص والخبرة، وعليه نصت المادة 55 من القانون 29/90²⁶ على مايلي: " يجب أن يتم إعداد مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء من طرف مهندس معماري و مهندس في الهندسة المدنية معتمدين معا في إطار عقد إدارة المشروع.

يحتوي المشروع المعماري على تصاميم ووثائق تبين موقع المشروع وتنظيمه وحجمه ونوع الواجهات، وكذا مواد البناء والألوان المختارة، والتي تبرز الخصوصيات المحلية والحضارية للمجتمع المدني.

تحتوي الدراسات التقنية خصوصا على الهندسة المدنية للهياكل، وكذا قطع الأشغال الثانوية".

وفي إطار توضيح مختلف المحلات على التصاميم، اشترطت المادة 5 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10 أبريل 1999 المتضمن الخريطة المسجدية أن يخضع الإذن بالشروع في بناء المسجد إلى اشتغال مخطط التصميم على المرافق الآتية (قاعة صلاة، المحراب، المئذنة، مقصورة الإمام، مرافق الطهارة، قسم لتعليم القرآن الكريم، سكنين وظيفيين على الأقل، المخزن) .

هذه المرافق الأساسية التي قد تضاف إليها مرافق أخرى، قد تضيق وتتسع من حيث مساحة قاعاتها الرئيسية المخصصة للصلاة، وقد تزداد طاقة استيعاب المسجد للمصلين، ضف إلى ذلك مميزات المساجد التاريخية والثقافية والحضارية وهندستها المعمارية وحجمها وموقعها، كلّها تجتمع لتساهم في ترتيب المساجد بهدف تأطيرها²⁷.

فنصت المادة 8 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10 أبريل 1999 المتضمن الخريطة المسجدية على أنه: " ترتب المساجد بهدف تأطيرها تبعا لمميزاتها التاريخية والثقافية والحضارية وهندستها المعمارية وحجمها وموقعها كما يأتي: مسجد أثري -مسجد وطني - مسجد محلي".

كما يجب إرفاق الملف بالوثائق التالية:²⁸

- مذكرة تتضمن كشف المقاييس التقديرية للأشغال وآجال إنجاز ذلك.

- مستندات رخصة التجزئة، بالنسبة للبنائات المبرمجة على قطعة أرضية تدخل ضمن أرض مجزأة

لغرض السكن أو لغرض آخر.

- مذكرة ترفق بالرسوم البيانية الترشيدية وتتضمن البيانات التالية:²⁹

● وسائل العمل وطاقة استقبال كل محل: وتجد بيانات طاقة استقبال كل محل

حضورها القوي في ترتيب وتصنيف المساجد- كما أسلفنا الذكر- وذلك بموجب نص المادة 8 من القرار الوزاري المشترك السالف الذكر، وأيضا حجم كل محل من بين مقاييس ترتيب وتصنيف المساجد لعمارها

الوظيفية، والذي نظمته المادة 12 و 13 من نفس القرار بالنظر إلى مساحة قاعة الصلاة الرئيسية وقدرة استيعابها للمصلين.

● **طريقة بناء الهياكل والأسقف ونوع المواد المستعملة:** وهنا أيضا يقع الالتزام الوارد في المادة 7 من المرسوم التنفيذي 81/91 السالف الذكر والمتمثل في ضرورة المحافظة على الطابع المعماري الإسلامي الأصيل في بناء المساجد.

● شرح مختصر لأجهزة التموين بالكهرباء والغاز والتدفئة وجر المياه الصالحة للشرب والتطهير والتهوية³⁰.

● شرح مختصر لأدوات إنتاج المواد الأولية والمنتجات المصنّعة وتحويلها وتخزينها.

● الوسائل الخاصة بالدفاع ومحاربة الحرائق³¹.

وطبقا لنص المادة 45 من المرسوم التنفيذي 19/15 السالف الذكر، فإن طلب رخصة البناء والوثائق المرفقة به يتم إيداعها في 03 نسخ بالنسبة لمشاريع البناء الخاصة بالسكنات الفردية، وفي 08 نسخ بالنسبة لبقية المشاريع التي تحتاج إلى أري المصالح العمومية، على مستوى الشباك الموحد مقابل وصل إيداع مسلم من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي محل وجود قطعة الأرض، ويسجل تاريخ إيداع الطلب بوصول يسلمه رئيس المجلس الشعبي البلدي بعد التحقيق في الوثائق الضرورية المنصوص عليها في المادتين السابقتين من المرسوم التي لا بد أن تكون مطابقة لتشكيل الملف على النحو المنصوص عليه.

الفرع الثاني: البت في طلب رخصة البناء

إن ارتباط رخصة البناء بعدة مجالات جعل تحضيرها يخضع في غالب الأحيان إلى استشارة عدة مصالح من أجل إبداء الرأي³²، وطبقا لأحكام المادة 46 من المرسوم التنفيذي 19/15 السالف الذكر، تبدأ عملية التحقيق في طلب رخصة البناء والنظر في مدى مطابقة مشروع البناء لتوجيهات مخطط شغل الأراضي، وفي حالة عدم وجود المخطط ينظر في مطابقته لتعليمات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير وللتعليمات المنصوص عليها تطبيقا للأحكام المتعلقة بالقواعد العامة للتهيئة والتعمير.

وتجمع المصلحة المختصة المكلفة بتحضير طلب رخصة البناء الموافقات والآراء من الأشخاص أو المصالح العمومية أو من الجمعيات المعنية بالمشروع وهؤلاء لهم مهلة 08 أيام ابتداء من تسليم طلب إبداء الرأي أري، وإذا لم يصدرها أي رد تعد كأنها أصدرت أري بالموافقة، وتضاف مهلة 48 ساعة كتذكير بالنسبة للمشاريع الصناعية المستقبلية للجمهور والمشاريع والتي تراعى فيها ضوابط الأمن عند معالجة هذه الملفات ويستشار بصفة خاصة الشخصيات العمومية والمصالح التالية:

- مصالح الحماية المدنية في حالة تشييد البنايات التي تستعمل لاستقبال الجمهور والبنايات السكنية لاسيما فيما يتعلق بمكافحة الحرائق.
 - المصالح المختصة بالأماكن والآثار التاريخية والسياحية.
 - مديريات الفلاحة على مستوى الولايات.
- وعند الاقتضاء يمكن إضافة آراء الجمعيات المعنية بالمشروع.

وتتم دراسة ملف طلب رخصة البناء في أجل محدد، بحسب الجهة المختصة بمنح هذه الرخصة، فإذا كان تسليم الرخصة من اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي، تتم دراسة الملف من طرف الشباك الوحيد للبلدية، هذا الأخير الذي تم استحداثه بموجب المرسوم التنفيذي 15/19 في المادة 58 منه الذي يتم فتحه على مستوى البلدية بموجب قرار ممضي من طرف رئيس الدائرة المختص إقليميا، ويتكون من الأعضاء الدائمين والأعضاء المدعويين.

أما عندما يكون تسليم رخصة البناء من اختصاص الوالي أو الوزير المكلف بالعمران، يرسل رئيس المجلس الشعبي البلدي ملف الطلب في 07 نسخ مرفقا برأي مصالح التعمير التابعة للبلدية إلى مصلحة الدولة المكلفة بالعمران قصد إبداء أري مطابق وذلك في أجل 08 أيام الموالية لتاريخ إيداع الطلب، ويتم تحضير الملف من طرف الشباك الوحيد للولاية هذا الأخير الذي تم استحداثه بموجب المرسوم التنفيذي 15/19 في المادة 59 منه ويتم إنشاؤه بموجب قرار صادر عن الوالي المختص إقليميا، وعلى الشباك الوحيد أن يفصل في الطلبات في أجل 15 يوما الموالية لتاريخ إيداع الطلب بعد استيفاء الآراء من المصالح المستشارة عن طريق ممثليها في الشباك الوحيد.

وبذلك تنطبق الشروط المتطلبة في ملف طلب رخصة بناء الملك العادي على رخصة بناء الملك الوقفي المبرمج البناء عليه مع بعض الخصوصيات والشروط الخاصة بتنفيذ مضمون رخصة بناء المسجد، منها ما اشترطته المادة 4 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10/04/1990 المتضمن الخريطة المسجدية من ضرورة الحصول على الإذن الإداري من الجهة الولائية المكلفة بالأوقاف للشروع في بناء المسجد، ومنها ما ورد في المرسوم التنفيذي 81/91 السالف الذكر في تحديد شروط جديدة تفرض على الجمعيات المكلفة ببناء المساجد كإلزامية تحري القبلة و مراعاة الخصوصية و الشكل المعماري الأصيل.³³

الفرع الثالث: إصدار رخصة البناء

واستثناء على مبدأ اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي في مادة تسليم رخصة البناء، منحت المادة 66 من قانون 29/90 الاختصاص إلى الوالي فيما يخص بعض المشاريع والبنائات التي رأى فيها المشرع الأولوية ودرجة من الأهمية لا تدخل في اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي، وأضافت المادة 67 من القانون أعلاه الاختصاص للوزير المكلف بالتعمير بالنسبة للمشاريع ذات المصلحة الوطنية أو الجهوية وذلك بعد الإطلاع على رأي الوالي أو الولاية المعنية.

وعلى مستوى أكثر تحديدا، فإن لأهمية مشاريع البناء باعتبارها وطنية أو جهوية أو إستراتيجية أو تراثية أو غيرها أثر في إسناد الاختصاص بمنح رخصة بناء العديد من المساجد إلى الولاية، والذي يمكن إدراجه كاختصاص مستمد من نص المادة 66 من القانون 29/90 السالف الذكر التي تنص على أنه: "تسلم رخصة التجزئة أو البناء من قبل الوالي في حالة: البنائات والمنشآت المنجزة لحساب الدولة والولاية وهيكلها العمومية..."، وذلك باعتبار أن المسجد يتميز كإطار مبني تكون حيازته العقارية وقفية، والتسيير نظام مقنن من طرف هيئة حكومية هي وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف³⁴.

المطلب الثالث: الآثار القانونية المترتبة عن تسليم رخصة البناء على الملك الوقفي العقاري

تقع على المرخص له بالبناء، وبعد الحصول على رخصة البناء عدد من الالتزامات، منها ما هو قبل بدء عملية البناء، ومنها ما هو أثناء عملية البناء، ومنها ما هو بعد الانتهاء من عملية البناء.

الفرع الأول: قبل البدء في عملية البناء

يقع عليه مايلي³⁵:

● واجب إعلام رئيس البلدية المختص إقليميا: وهو رئيس البلدية الواقع في دائرة اختصاصها المكان المراد البناء فيه، وذلك مقابل وصل بتاريخ فتح الورشة، و يتطلب ذلك تحديد تاريخ بدء الأشغال فعلا، والغاية منه هو تمكين الإدارة من فرض رقابتها، والقيام بصلاحياتها لاسيما تلك المتعلقة بالضبط الإداري.

● وضع لافتة مرئية من الخارج طيلة مدة البناء: غايتها توضيح مراجع رخصة البناء.

● واجب التسييج: على الباني المرخص له قبل الشروع في الأشغال، أن يقوم بوضع سياج الذي يمكن أن تكون إقامته موضوع مواصفات خاصة تتعلق بطبيعة البناء وارتفاعه ومظهره الخارجي، تحددها السلطة المؤهلة طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها.

الفرع الثاني: أثناء عملية البناء

تُفرض على المرخص له بالبناء في إطار قواعد التهيئة والتعمير الواجبات التالية³⁶:

● احترام مدة الصلاحية القانونية المحددة بترخيص البناء: فهذه الرخصة لا تُعد سوى قرار إداري له مدة معينة يكون صالحا فيها، ويرتب آثاره القانونية من يوم دخوله حيز التنفيذ. و في هذا الصدد تنص المادة 57 من المرسوم التنفيذي 19/15 المؤرخ في 15 جانفي 2015، على أن رخصة البناء تعد لاغية، إذا لم يستكمل البناء في الآجال القانونية المحددة في الرخصة.

● واجب إظهار رخصة البناء: تعتبر رخصة البناء وثيقة يحتج بها في مواجهة الغير من أفراد وإدارات، فقد يطلب من المرخص له إظهار رخصة البناء إما من جانب الإدارة المانحة أو رجال الضبط الإداري، كشرطة العمران عند كل دورية أو عملية تفتيش أو رقابة عادية أو استثنائية.

● واجب السماح بمراقبة النشاط المرخص به: أي السماح لمن لهم الصفة بمراقبة المرخص له والتحقق مما إذا كان قد احترم أحكام رخصة البناء.

الفرع الثالث: بعد الانتهاء من الأشغال

يمكن حصرها فيما يلي³⁷:

• **واجب التصريح بانتهاء الأشغال:** يجب على المالك أو صاحب المشروع أن يشعر المجلس الشعبي البلدي بانتهاء البناء لتسلم له شهادة المطابقة.

• **واجب استخراج شهادة المطابقة:** في حقيقة الأمر، هذا الواجب يعتبر امتدادا للواجب الذي يسبقه أي، واجب التصريح بانتهاء الأشغال، أو بالأحرى نتيجة حتمية له، وهذا ما يستخلص من نص المادة 56 من القانون 29/90 المتعلق بالتهيئة و التعمير، التي نصت على أنه، يتم عند انتهاء أشغال البناء إثبات مطابقة الأشغال مع رخصة البناء بشهادة مطابقة، تسلم حسب الحالة من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي أو من قبل الوالي طبقا لنص المادة 75 من القانون الوارد أعلاه

وتعتبر شهادة المطابقة أداة قانونية لاستلام المشروع وتأكيدا لمحتوى رخصة البناء، ومدى احترام صاحب الرخصة لقواعد التعمير ولمخططات التهيئة والتعمير و عليه، فإن إنهاء أشغال بناء المسجد يستلزم هذه الشهادة التي ترخص باستقبال الجمهور لأداء العبادة واستعمال ملحقاته المدرجة في تصميم بنائه³⁸.

الخاتمة

والذي نخلص إليه، بعد دراسة رخصة البناء كأداة لمباشرة ترميم و حفظ الملك الوقفي العقاري، والتي تخضع لنفس الشروط المحددة بالنسبة للملك العادي العقاري، وما يلحقه من صفات قانونية تمكن أصحابها من الحصول على هذه الرخصة، مع التركيز على شروط استصدار رخصة بناء المساجد كأعمال ووقفية عامة، والتي تتميز ببعض الشروط الخاصة في استصدار رخصة بنائها أو حتى في عملية البناء في حد ذاتها، هو أن المشرع الجزائري قد خص الملك الوقفي العقاري في إطار عملية ترميمه بشروط تتصل بهذه الأداة القانونية التمييزية اتصالا وثيقا، وأيضا بمستقبل هذا الملك الذي يتميز بنظام قانوني مستقل عن غيره من أصناف الملكية، لكن مع هذا يبقى من الأجدى إيراد الملاحظات التالية:

- بالإسراع في إعداد نمطية المساجد موحدة على كامل التراب الوطني.

- وضع معايير محددة لبناء المساجد تختلف عن الأبنية الأخرى باعتبارها من بيوت الله.

- تعديل أحكام المرسوم التنفيذي 81/91 المؤرخ في 10/04/1991 الخاص ببناء المساجد
حفاظا على حرمة كونه مجالا تعبديا اجتماعيا ذو خصوصية.

الهوامش:

- 1- عبد الرزاق بوضياف: إدارة أموال الوقف و سبل استثمارها، دار الهدى الجزائر طبعة 1، 2010 ص53.
- 2- أحمد فراخ: أحكام الوقف، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية مصر طبعة 2003 ص76.
- 3- فارس مسدور: الأوقاف الجزائرية بين الاندثار والاستثمار، مجلة علوم الاقتصاد عدد 17 جامعة الجزائر 2008 ص 108.
- 4- مصطفى شليبي: أحكام الوقف، الدار الجامعية مصر طبعة 2000 ص44.
- 5- عمر يوحنا: الوقف في القانون الجزائري، مجلة الموثق عدد 09 الجزائر 2000 ص67.
- 6- منذر عبد الكريم: أحكام الوقف، دار الثقافة، عمان الأردن طبعة 2010 ص188.
- 7- محمد كنانة: الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى الجزائر طبعة 2006 ص37.
- 8- أحمد فراخ: المرجع السابق ص66.
- 9- مصطفى شليبي: المرجع السابق ص89.
- 10- أعمار يحيوي: الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دار هومه، الجزائر طبعة 2004 ص 32.
- 11- أحمد فراخ حسين: أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر طبعة 1980 ص122.
- 12- معوض عبد التواب: الوسيط في شرح تشريعات البناء، دار الفكر العربي طبعة ثانية 1994 ص 72.
- 13- عبد الشرف حامد: المشكلات في جريمة البناء دون ترخيص، المكتبة القانونية القاهرة، مصر طبعة 1999 ص29.
- 14- البكري محمد عزمي: شرح قانون المباني الجديد من الناحية المدنية و الجنائية، دار الوفاء مصر طبعة 1988 ص56.
- 15- الشواربي عبد الحميد: شرح قانون المباني، منشأة المعارف الإسكندرية مصر طبعة 1997 ص17.
- 16- معوض عبد التواب: المرجع السابق ص119.
- 17- المعدل و المتمم بموجب الأمر 26/95
- 18- وهم نفس الأشخاص الذين أقرهم التشريع الفرنسي أنظر المرجع: Jacqueline Morand Deviller: Le permis de construire, édition 66. 2004 page Dalloz
- 19- خالد رمول: الإطار القانوني والتنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر، دار هومه، الطبعة الثانية، الجزائر 2006 ص153
- 20- رضا سرياك: دليل القائم على الأملاك الوقفية في الجزائر طبعة 2008 ص44
- 21- خالد رمول: المرجع السابق ص161.
- 22- عبد الرزاق بوضياف: مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر طبعة 2010 ص89.
- 24- Jacqueline Morande Deviller: Opcit page69. et 297 ص 2004 ديسمبر 4 العدد 4 مجلة الحقوق الكويتية العدد 4 ديسمبر 2004 ص 297
- 25- المنصف الحامدي: المنصف الحامدي: حق الإنسان في بيئة سليمة و متوازنة، مجلة القضاء و التشريع تونس، عدد 1 أكتوبر 1997 ص96
- 26- وهو نفس ما أقره المرسوم التنفيذي 19/15 .
- 27- عبد القادر بن عزوز: فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام، دراسة تطبيقية عن الوقف الجزائري، الكويت طبعة 2008 ص102
- 28- محمد كنانة: الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة 2006 ص 163.
- 29- أحمد حططاش: النظام القانوني للوقف، بحث مقدم لنيل شهادة الدراسات العليا المتخصصة، كلية الحقوق جامعة الجزائر السنة الجامعية 2007/2008 ص206.
- 30- مبروك هدى: الرخصة الإدارية في مادة التعمير، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس السنة الجامعية 2006/2007 ص61.

-
- 31 - مبروك هدى: المذكرة السابقة ص 66
- 32 - مبروك هدى: المذكرة السابقة ص 79.
- 33 - محمد كنانة: المرجع السابق ص 94
- 34 - رمول خالد: المرجع السابق ص 183
- 35 - عزاوي عبد الرحمان: الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة الجزائر السنة الجامعية 2007/2008 ص 116.
- 36 - مجاجي منصور: النظام القانوني للتخصيص بأعمال البناء، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البلدة السنة الجامعية 2000/2001 ص 208
- 37 - مجاجي منصور: المذكرة السابقة ص 239
- 38 - جبري محمد: المذكرة السابقة ص 190

خصوصيات التعويض عن حوادث العمل وأحكامه في التشريع الجزائري

د. جريفي محمد - جامعة أحمد دراية أدرار -

الملخص:

يتناول موضوع الدراسة خصوصيات وأحكام التعويض عن إصابات العمل التي تصيب العامل في جسده دون ماله، مما يترتب على ذلك توقف العامل على أداء عمله المعتاد كمصدر لقوته وتوقف الأجر الذي يتقاضاه العامل، وبالتالي فإن أغلب التشريعات نصت على أحكام تنظم آليات التعويض على حوادث العمل على أساس ضمان المخاطر، كما أعفت العامل من إثبات الخطأ للحصول على التعويض، ضف إلى ذلك أقرت تلقائية التعويض وهو ما يقتضي البحث في ماهية حادث العمل الموجب للتعويض وعناصره، ومدى تأثير الخطأ على أحقية العامل في التعويض وآليات تقديره.

الكلمات المفتاحية: التعويض، حوادث العمل، إصابات العمل، العجز المؤقت، العجز الدائم.

Abstract

The subject of the study deals with the peculiarities and provisions of compensation for work injuries that afflict the worker in his body without his money, which results in the worker ceasing to perform his usual work as a source of his strength and the cessation of the wage that the worker receives, and therefore most of the legislation has stipulated provisions regulating compensation mechanisms for work accidents on the basis of Guarantee of risks, as it exempted the worker from proving the error in order to obtain compensation, in addition to that it approved automatic compensation, which requires research into the nature of the work accident that causes compensation and its components, and the extent of the impact of the error on the worker's eligibility for compensation and the mechanisms of his assessment.

Key words: compensation - work accidents - work injuries - temporary disability - permanent disability

مقدمة:

تعد حوادث العمل من الحوادث التي تهدد سلامة العامل، بسبب المخاطر التي يتعرض لها أثناء تأدية عمله وقد تطورت هذه المخاطر مع التطور التكنولوجي للوسائل المستعملة في العمل، مما أدى ذلك إلى ظهور العديد من الأخطار المهنية.

ونظراً للأضرار الكبيرة التي تلحق بالعامل وضرورة التغطية الاجتماعية على أساس ضمان المخاطر، أقرت أغلب التشريعات على غرار التشريع الجزائري على آليات قانونية تهدف إلى الحماية من حوادث العمل والأمراض المهنية لاسيما القانون 13/83 الصادر في 02/07/1983 المعدل والمتمم⁽¹⁾.

وتبدوا أهمية الموضوع في مدى بروز الأخطار المهنية بشدة بسبب التطور العلمي، مما جعل مسألة حماية العامل أمراً حتمياً يتطلب نظام قانوني يهدف إلى توفير حماية فعالة للعامل وحفظ أحييته في الحصول على أداءات تعوضه هو أو ذويه جراء توقفه عن العمل بسبب حادث العمل، على اعتبار أنه العنصر الأساسي الذي يقوم بسببه التعويض، وعلى ذلك سنبحث مضمون حادث العمل الموجب للتعويض، مدى استحقاقه ونطاقه وفق الإشكالية التالية:

إلى أي مدى يمكن لحادث العمل أن يستوجب التعويض، وهل لخطأ العامل دور في مدى استحقاق التعويض من عدمه؟

ووفقاً لما تقدم سنعمد للإجابة على هذه الإشكالية المنهج التحليلي، على أساس أنه المنهج الملائم مع الاستعانة بالمنهج المقارن وفق خطة كالتالي:

المطلب الأول: تحديد مضمون حادث العمل الموجب للتعويض

المطلب الثاني: نطاق التعويض حسب درجة حادث العمل

المطلب الأول: تحديد مضمون حادث العمل الموجب للتعويض

لقد اهتمت أغلب التشريعات في سن قوانين تهدف إلى حماية العامل من المخاطر التي قد يتعرض لها أثناء تأدية عمله والتي تهدد جسمه، وبالتالي تؤدي إلى توقفه عن العمل، مما يترتب على ذلك توقف الأجر الذي يتقاضاه العامل لأجل معيشتة، ضف إلى ذلك الرعاية الطبية التي يحتاجها لجبر الضرر الذي أصابه.

ووفقاً لما تقدم نتطرق في هذا المبحث إلى تسليط الضوء على الأحكام العامة لحوادث العمل من خلال التطرق في أولاً إلى ماهية حوادث العمل، ثم إلى مدى استحقاق التعويض عنها ثانياً.

أولاً: ماهية حوادث العمل

تعددت الحوادث التي تصيب العامل، منها من يخرج عن نطاق العامل ومنها ما هو بخطئه، وبالتالي فإن الحوادث تظل متعددة بالرغم من أن التسمية واحدة وهي الضرر الذي يصيب العامل، وعليه سنتطرق إلى تحديد تعريف حادث العمل، ثم إلى العناصر المكونة له على التوالي.

01. مفهوم حادث العمل.

عرف المشرع الجزائري⁽²⁾ حادث العمل بأنه " يعتبر كحادث عمل كل حادث انجرت عنه إصابة بدنية ناتجة عن سبب مفاجئ وخارجي وطراً في إطار علاقة العمل".

كما عرفه التشريع الفرنسي في نص المادة 514 من القانون المتعلق بالضمان الاجتماعي الصادر بتاريخ 10.09.1956 المعدل بالمرسوم الصادر سنة 1958 على أنه "تعتبر كإصابة عمل أيا كان سبب حدوثها، الإصابة التي تحدث بفعل أو بمناسبة العمل لكل أجير وكل من يعمل بأي صفة أو أي مكان فيه، لدى واحد أو أكثر من أصحاب الأعمال أو المشروعات"⁽³⁾.

ويتضح من خلال هذين التعريفين أن كلا المشرعين سواء الجزائري أو الفرنسي اکتفوا بوضع معايير عامة في تعريف حادث العمل، مما يترتب عنه صعوبات جمة في إعطاء التكييف القانوني لإصابة العمل الواجب إثباتها والتعويض عنها⁽⁴⁾.

وتأسيساً على ما سبق فإن المشرع الجزائري في معرض تعريفه لحادث العمل لم يتطرق إلى الإصابة الذهنية أو العقلية، حيث أن هذا النوع من الإصابات قد تصيب العامل أثناء مزاوله عمله، خاصة في الأعمال التي محلها الفكر والقرينة الذهنية مما نقترح على المشرع توضيح ذلك.

02. العناصر المكونة لحادث العمل.

أجمعت التشريعات بأنه لكي نكون أمام حادث عمل موجب للتعويض، يجب أن تتوفر شروط ضرورية، منها أن يكون الحادث يمس بجسم الإنسان، ضف إلى ذلك توفر عنصر الفجائية، وأخيراً تعلق الحادث بالعمل .

أ. مساس الحادث بجسم الإنسان

ويقصد بذلك أن يؤدي الحادث إلى المساس بجسم العامل المؤمن عليه أو حياته، ومن ثم فإن الفعل الذي يمس فقط بأموال العامل والأشياء المملوكة له، مثل سيارته الشخصية أو ملابسه أو نظارته لا يعد حادثاً⁽⁵⁾.

وقد كرس المشرع الجزائري ذلك من خلال المادة 06 من القانون 13/83 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، بحيث اشترط لاعتبار الحادث عمل أن يترتب عنه الإصابة البدنية.

ولا يشترط المساس بجسم العامل، الاحتكاك المادي بينه وبين الحادث، بل يجب تفسيره بمعنى أوسع حتى يشمل صحته بوجه عام، إلا أن الأضرار النفسية والعصبية فيها مساساً بجسم العامل، ويجب أن تكيف أنها إصابات عمل، ولو لم تكن مصحوبة بإصابات أو جروح.⁽⁶⁾

والحكمة من اقتصار التعويض على الضرر الجسماني الذي يصيب العامل مستمد من خصوصية النظام القانوني المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، والذي يتجاوز فكرة الخطأ كأساس للتعويض، ذلك لكون أن الارتباط المهني بالعمل يكون بالنسبة للضرر الجسماني، طالما أن العامل يستعمل جسده في أداء العمل الموكل إليه، وليس شرفه أو سمعته أو كرامته على أساس المعيار المادي للواقعة⁽⁷⁾، وهذا ما هو مستشف من نص المادة 09 من القانون 13/83 التي تنص "يجب اعتبار الإصابة أو الوفاة اللتين تطرأ في مكان العمل أو في مدته، وإما في وقت بعيد عن ظروف وقوع الحادث، وإما أثناء العلاج الذي عقب الحادث ناتجتين عن العمل ما لم يثبت العكس".

ويدور التساؤل في حالة ما أدت إصابة العامل إلى إحداث تلف في عضو اصطناعي للعامل، فهل تستوجب التعويض؟

ذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أن المساس بالأجهزة التعويضية يعتبر مساساً بجسم الإنسان نفسه، نظراً لأن الجهاز التعويضي يعتبر جزء من جسم الإنسان، لأنه يستعين به لأداء عمله⁽⁸⁾. وقد كرس المشرع الجزائري ذلك في المادة 30 من القانون 13/83 التي نصت على أن "للمصاب الحق في الإمداد بالآلات والأعضاء الاصطناعية التي يحتاج إليها بحكم عاهته وفي إصلاحها وتجديدها له".

ب. فجائية الحادث.

اشترط المشرع لتكليف الحادث على أنه حادث عمل أن يكون سبب هذا الحادث فجائياً، أي غير متوقع الحدوث ولو كان ذلك لأمكن تفاديه باتخاذ الإجراءات الحذر والاحتياط⁽⁹⁾. والفجائية في وقوع الحادث أو المباغتة، تعني انعدام القدرة الإرادية على تجنب وقوعه، أو توخي حدوثه وهذا العنصر يتصل بالظرف الزمني لتحقق الواقعة ذاتها وليس بالظرف الزمني لتجنب آثارها السلبية، ومنه فلا يعتبر الفعل حادث عمل في الأحوال التي لا يمكن تحديد لحظة بدايتها أو نهايتها، ذلك لأن الفعل يعتبر حادث عمل متى وقع فجأة حتى ولو ظهرت آثاره الضارة بالجسم بعد فترة من الوقت⁽¹⁰⁾.

وبالرغم من أن الحوادث التي تقع للعامل أثناء عمله ينتج عادة عنها الكسور والجروح والرضوض أو الوفاة، إلا أنه لا يتطلب أن يكون ظهور الضرر معاصراً للحدث لكن يمكن أن يتراخى ظهوره لوقت آخر ذلك كون الحادث مفاجئاً لا يعني ضرورة كون الضرر الناتج عنه فورياً⁽¹¹⁾.

وأخيراً فإن عنصر المفاجأة يتعلق بالفعل الضار المسبب للحوادث بغض النظر لسرعته أو بطءه في ظهور آثاره، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية حينما اشترطت توافر شرط المفاجأة في الحادث كي يتم اعتباره إصابة عمل ففضت بأن الإصابة بالجلطة في الشريان التاجي لا تعتبر حادث عمل⁽¹²⁾.

ج. العلاقة بين العمل والحوادث

كرس المشرع هذا الشرط في المادة 06 من القانون 13/83 الذي نص على "يعتبر كحوادث عمل كل حادث انجرت عنه إصابة بدنية ناتجة عن سبب مفاجئ وخارجي وطراً في إطار علاقة عمل". فمن خلال هذا النص، فورود عبارة طراً في إطار علاقة عمل فنجد أنها عبارة واسعة في مدلولها وتحمل في طياتها مجموعة من الشروط لتحديد المقصود بعلاقة العمل بالحوادث، وهي أن يحصل أثناء العمل (زمان ومكان العمل) أي يقع بسبب العمل⁽¹³⁾.

هـ . الإصابة أثناء العمل

يعتبر الحادث قد وقع أثناء العمل متى حدث في مكان العمل وزمانه، ويقصد بمكان العمل المكان الذي يباشر فيه العامل عمله، ويأخذ مكان العمل كل مكان يوجد فيه العامل المؤمن عليه بناء على صاحب العمل، أو كان وجوده في هذا المكان تقتضيه مصلحة العمل، وبصفة عامة يمتد مفهوم مكان العمل ليشمل جميع الأماكن التي يكون فيها العامل تحت رقابة صاحب العمل وإشرافه، أما زمان العمل فيبدأ ببداية ساعات العمل، وينتهي بنهاية أوقات العمل، وهناك بعض الأعمال تقتضي بقاء العامل في مكان العمل، والرأي الراجح أن أي إصابة تصيب هذا العامل خلال وجوده بمكان العمل تعتبر اصابه أثناء العمل حتى ولو حدثت أثناء نوم العامل، لأنه يؤدي عمله باستمرار ويكون دائماً على استعداد لليقظة وفقاً لطبيعة عمله⁽¹⁴⁾.

وقد كرس المشرع الجزائري ذلك في المادة 09 من القانون 13/83 المتعلق بحوادث العمل، والتي نصت على أنه "يجب اعتبار الإصابة أو الوفاة اللتين تطران في مكان العمل أو في مدته، وإما في وقت بعيد عن ظروف وقوع الحادث، وإما أثناء العلاج الذي عقب الحادث ناتجتين عن العمل ما لم يتبين العكس".

02. وقوع الإصابة بمناسبة العمل

لا تعد إصابة عمل، الإصابة التي تحدث للعامل أثناء العمل فقط، بل تعد أيضاً إصابة عمل الإصابة التي تقع للعامل خارج مكان العمل وزمانه، متى توافرت علاقة السببية بين الحادث والعمل سواء مباشرة أو غير مباشرة⁽¹⁵⁾.

بالإضافة إلى أنه إذا لم يحدث حادث العمل أثناء العمل لا يسقط عنه الطابع المهني للحادث، بل يكفي أن يقع الحادث بمناسبة العمل، وقد اقتصر القضاء الفرنسي على اعتبار الحادث حاصلًا والعامل تحت إشراف رب العمل⁽¹⁶⁾.

وقضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 14/07/1998 قضية الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية ضد (أ.م) الذي قدم طعن يعيب فيه على القرار المطعون فيه، بأن الحادث وقع خارج مقر العمل وفي مكان لا علاقة له مع عمله المؤمن اجتماعياً من أجله، بالرغم من حصول المطعون ضده على رخصة خروج، في حين أن رخصة الخروج كانت لسبب شخصي، وبالتالي ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما اعتبروا الحادث هو حادث عمل لأنه وقع في فترة الترخيص بالخروج من مكان العمل، على أساس أن الترخيص بالخروج من العمل لا يدخل ضمن حالات تعليق علاقة العمل المنصوص عليها في المادة 64 من القانون رقم 11/90 المؤرخ في 21/04/1990⁽¹⁷⁾، لأن العامل يبقى تحت الإدارة القانونية لصاحب العمل ويتقاضى أجره مقابلها، ومتى كان ذلك فإن القرار أصاب فيما قضى وعليه فإن ما يثيره الطاعن غير مؤسس⁽¹⁸⁾.

وتأسيساً على ذلك فإن حصول العامل على التعويض يظل قائماً حتى إذا وقع الحادث خارج مكان العمل، طالما علاقة العمل قائمة بين العامل ورب العمل والعامل تحت سلطة رب العمل وإشرافه.

المطلب الثاني: نطاق التعويض حسب درجة حادث العمل

نعالج ضمن هذا المطلب نطاق التعويض عن العجز حسب درجة الحادث من خلال التطرق الى التعويض عن العجز المؤقت ثم مدى استحقاق العامل التعويض وفق مايلي.

أولاً: التعويض عن العجز المؤقت

يعرف العجز المؤقت بأنه العجز الذي يضعف إنتاج العامل وينقص من قدرته على الإنتاج والكسب بنسبة معينة تعتبر هي قيمة العجز، بحيث لا يحول دون أداء العامل لأي عمل⁽¹⁹⁾.

ولقد كرس المشرع الجزائري حق العامل المصاب لحصوله على أداءات عن العجز المؤقت المقدمة اثر وقوع حادث عمل من طبيعة ومبلغ مماثلين لطبيعة الأداءات المقدمة من باب التأمينات الاجتماعية، وذلك مع مراعاة الشروط المنصوص عليها في قانون 13/83⁽²⁰⁾.

وللمتضرر من هذا العجز المؤقت الحق في نوعين من التعويضات، تعويضات عينية تشمل في العلاج والعناية الطبية، وتعويضات نقدية متمثلة في مجموعة من الحقوق المالية.

01. التعويضات العينية

نصت المادة 29 من القانون 13/83 على "تستحق الأداءات المتعلقة بالعلاجات التي يستلزمها شفاء المصاب سواء احصل انقطاع عن العمل أم لا وبدون تحديد للمدة".

ويتضح من خلال هذه المادة، أن للعامل المصاب بحادث عمل الحق في الحصول على تعويض الذي قرره القانون 13/83 عن ما أصابه من ضرر جسماني، حتى ولو لم يؤدي هذا العجز التوقف عن العمل، وبدون تحديد للمدة⁽²¹⁾.

وللمصاب بحادث عمل الحق في الاستفادة من العلاج ومصاريف إعادة التأهيل الوظيفي إلى غاية شفاء المصاب، وهو ما كرسه المشرع الجزائري في المادة 31 من القانون 13/83 والتي نصت على "للمصاب الحق في الاستفادة من علاج خاص قصد إعادة تأهيله وظيفيا ويمكن أن يتضمن العلاج إقامة المصاب في مؤسسة عمومية أو مؤسسة خاصة معتمدة

للمستفيد من أحكام هذه المادة الحق في ما يلي:

- مصاريف إعادة التأهيل في حال ما إذا لم تتم داخل مؤسسة.

- مصاريف الإقامة إذا تمت إعادة التأهيل داخل مؤسسته.

- مصاريف التنقل.

- التعويضات اليومية إذا لم يحصل الجبر أو في قسط التعويضة اليومية يفوق المبلغ المناسب للربيع إن

حصل الجبر وكان المصاب حائزا على ريع عن العجز الدائم".

ويجب أن تستهدف العناية الطبية جميع الوسائل الممكنة لحفظ صحة المصاب وشفائه، وإذا لم يكن

ذلك ممكناً فيجب أن تستهدف تحسين حالته الصحية وقدرته على العمل وعلى مواجهة حاجاته الشخصية⁽²²⁾.

وتقدم الأذءاء آآ المنصوء عليها في القانون 13/83 على أساس نسبة 100% من التعويضات النظامية المعمول بها في مجال التأمينات الاجتماعية⁽²³⁾.

02. التعويضات النقدية

تعد الإصابة التي يتعرض لها العامل حائلاً بين العامل ومزاولته لعمله لمدة من الوقت، ويكون بذلك في فترة انقطاع عن العمل وبالتالي لا يستحق أجراً وفقاً لمبدأ لا أجر بدون عمل، والسبب في ذلك عجزه المؤقت الذي نشأ عن إصابته، لذلك فقد نص القانون على التزام هيئة الضمان الاجتماعي بصرف تعويض يسمى بتعويض الأجر للمصاب عن المدة التي يحتاجها علاجه وذلك حتى شفاؤه التام أو إلى أن يثبت عجزه المستديم⁽²⁴⁾.

ولا تستحق التعويضات اليومية ما لم يثبت المصاب عند تاريخ وقوع الحادث أو في تاريخ المعاينة الأولى للمرض المهني ممارسة نشاط مهني يخول له الحق في الأجر⁽²⁵⁾.

والتعويض اليومي، هو مبلغ نقدي يدفع للعامل المضور عن الأيام التي حالت دون مزاولته للعمل، دون أي فرق بين أيام العمل وأيام العطل الأسبوعية أو الأعياد⁽²⁶⁾.

وتدفع للمصاب تعويضة يومية اعتباراً من اليوم الموالي للتوقف عن العمل اثر الحادث وذلك خلال كل فترة العجز عن العمل التي تسبق إما الشفاء التام أو جبر الجروح واما الوفاة⁽²⁷⁾.

تساوي التعويضات اليومية الاجر اليومي للمنصب المتقاضى على ألا يتجاوز القسمة الواحدة من ثلاثين من الأجر الشهري للمنصب المتقاضى، لا يمكن أن يقل معدل التعويضة اليومية عن ثماني مرات قيمة المبلغ الصافي لمعدل ساعات الأجر الوطني الادنى المضمون⁽²⁸⁾.

ثانياً: التعويض عن العجز الدائم أو الوفاة.

يستفيد العامل من تعويض عند تعرضه للعجز عن العمل، لكن هذا العجز يختلف باختلاف نوع العجز، هل هو عجز كلي يفقد من خلاله العامل ممارسته للعمل بصفة كلية دائمة، أو هو عجز جزئي دائم يكون أداء العامل على أثره ناقصاً على المعتاد ويؤثر على مردوديته في العمل.

وقد وضعت أغلب التشريعات معيارين لتحديد نسبة العجز، أحدهما جامد والآخر مرن، فالجامد يكون من خلال وضع جدول يتضمن الحالات التي قد تعترض العامل، بحيث يتضمن حالات للفقد العضوي، يتم اللجوء لهذا الجدول لمطابقة إصابة العامل وتحديد نسبة العجز بطريقة آلية، لكن يعاب عليها أنها قد تكون هناك إصابة لا يحتويها الجدول المحدد آنفاً، لذلك وضعت بعض التشريعات معيار آخر يكمل

المعيار السابق ويتم اللجوء إليه في هذه الحالة من خلال شهادة طبية يقدمها الطبيب المستشار التابع لهيئة الضمان الاجتماعي تحدد العجز والنسبة المحددة لذلك⁽²⁹⁾.

01. التعويض عن العجز الدائم.

تقدر درجة العجز من طرف طبيب مختص، وهو عادة يكون الطبيب المستشار التابع لهيئة الضمان الاجتماعي وفقاً للجدول المحدد عن طريق التنظيم، ويحسب على أساسها مبلغ المعاش وفقاً للقواعد الخاصة المبينة في قوانين التأمينات الاجتماعية⁽³⁰⁾.

أما العجز الدائم فهو ذلك العجز الذي من شأنه أن يحول كلياً وبصفة دائمة العامل المصاب بحادث العمل وفي ممارسته لأية مهنة أو عمل يكسب منه، فالعجز الدائم ينتفى عند التمام الجروح⁽³¹⁾.

وقد نصت المادة 38 من القانون 13/83 على "للمصاب الذي يعتره عجز دائم عن العمل الحق في ريع يحسب مبلغه وفقاً للشروط الواردة في أحكام القانون 13/83.

والريع هو التعويض عن العجز الجزئي الدائم، وقد حدد قانون 13/83 قيمة هذا الريع وطرق حسابه.

حيث نصت المادة 39 من القانون 13/83 بأنه "يحسب الريع على أساس اجر المنصب الذي يتقاضاه المصاب لدى واحد أو عدة أصحاب عمل خلال الإثني عشر شهراً التي سبقت انقطاعه عن العمل عقب تعرضه للحادث".

وإذا لم يعمل المصاب خلال 12 شهراً التي سبقت انقطاعه عن العمل فيتم تحديد الأجرة التي على أساسها يتم حساب الريع⁽³²⁾، عن طريق المرسوم 28/84 الذي يحدد كليات تطبيق الأحكام الخاصة بالتعويض المذكورة في القانون 13/83.

وفي ذات الإطار نصت المادة 13 من المرسوم السالف الذكر على أنه "عملاً بالمادة 40 من القانون رقم 13/83 يحسب الريع على أساس ما يأتي: إذا كان المصاب وقت انقطاعه عن العمل الناجم عن الحادث أو المرض المهني قد عمل مدة تقل عن اثني عشر شهر

-أجر منصب عمل المصاب إذا عمل مدة شهر واحد على الأقل

-أجر منصب عمل مطابق الفئة المهنية التي ينتمي إليها المصاب إذا عمل مدة تقل عن شهر واحد

ويساوي مبلغ الريع الأجرة المشار إليها في المواد 39 إلى 42 أعلاه مضروبة في نسبة العجز⁽³³⁾.

وتحدد نسبة العجز عن العمل على يد الطبيب المستشار لهيئة الضمان الاجتماعي وفقاً لجدول يحدد عن طريق التنظيم⁽³⁴⁾.

02. التعويض في حالة الوفاة

إذا تم وفاة عامل اثر حادث عمل استحق ورثته تعويضات من هيئة التأمينات الاجتماعية، وقد نصت المادة 53 من القانون 13/83 المعدلة بالأمر 19/96 المؤرخ في 1996/07/6 "إذا أسفر حادث عن الوفاة يدفع ربع لكل من ذوي حقوق المصاب كما جاء تحديدهم في المادة 34 من القانون 12/83 المؤرخ في 1983/07/2⁽³⁵⁾ والمتعلق بالتقاعد اعتباراً من تاريخ الوفاة".

وقد نصت المادة 34 من القانون 12/83 المتعلق بالتقاعد على ذوي الحقوق المتوفى وهم الزوج والأولاد المكفولين والأصول المكفولين وتم تحديد حقوقهم في المعاش كالتالي:

_ 75 % من معاش الهالك وذلك عندما لا يوجد له لا ولد ولا أحد من الاصول.

_ 50 % من المعاش المباشر للزوج عندما لا يوجد له ذوي حق (ولد أو أحد الاصول) وعندما يوجد الى جانب الزوج اثنان أو أكثر من ذوي الحقوق (أولاد أو أصول أو الكل معا) يقسم بالتساوي ذوي الحقوق الاخرون 40 % الباقية.

_ في حالة وجود ذوي حقوق ولا يوجد الزوج، يتقاسمون معاشاً لا يتجاوز نسبة 90% كحد أقصى من مبلغ معاش الهالك ويكون لكل ذي حق ما يلي:

45 % اذا كان ذو الحق مع أبنائه.

30% من المعاش إذا كان ذوي الحقوق مع أصوله.

وفي جميع الحالات لا يجوز أن يتعدى المبلغ الإجمالي لمعاشات ذوي الحقوق 90% من مبلغ معاش الهالك.

ثالثاً: مدى استحقاق التعويض عن إصابات العمل.

كانت مسؤولية صاحب العمل عن الضرر الذي يصيب عماله تتحقق وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية، فكان يتعين على العامل الذي يريد أن يحصل على تعويض من صاحب العمل أن يثبت خطأ من جانب الأخير أدى إلى الضرر الذي أصابه، مما أدى بذلك إلى عدم حصول العمال في غالبية الأحوال على التعويض المطلوب نظراً لعجزهم عن إثبات الخطأ، ومن ثم ظهر قصور القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية

عن توفير حماية فعالة للعامل المصاب، مما أدى ذلك إلى التفكير في وسائل أخرى لعلاج هذا القصور وتسهيل حصول العامل على التعويض،⁽³⁶⁾

ونبين في هذه الجزئية أثر خطأ المصاب على استحقاقه للتعويض ثم إلى مسؤولية الغير عن التعويض على النحو التالي:

01. أثر خطأ المصاب على استحقاق التعويض

إن أهم ما يتميز به التعويض في حوادث العمل هو استبعاد خطأ الشخص المسبب في الإصابة عن قيام الحق فيه، بالرغم من أن الخطأ يمثل أحد أركان المسؤولية، إلا أنه لا يأخذ بعين الاعتبار لا من طرف المشرع ولا من طرف الجهة القضائية التي تنظر في النزاع، لأن سلوك الشخص لا يستند لأي دور أو أهمية فلا يعتبر من الأسس المعتمدة لقيام الحق في التعويض أو في تقديره، ويعد التشريع الجزائري من التشريعات التي استبعدت خطأ الضحية في الحصول على التعويض مقارنة مع المشرع الفرنسي والمصري، وبالتالي لا يجوز لهيئة الضمان الاجتماعي رفض تعويض المصاب بسبب خطأ المستخدم أو خطأ غيره.⁽³⁷⁾

وتجدر الإشارة إلى أن القانون رقم 08/08 المؤرخ في 2008/02/23⁽³⁸⁾ المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي قد حدد في المادة 71 الحالات التي يتسبب فيها رب العمل بخطئه في الحادث الذي وقع للعامل والذي وفقه ترجع عليه هيئة الضمان الاجتماعي للمطالبة بالتعويضات المقدمة، حيث تنص المادة 71 على " يمكن لهيئة الضمان الاجتماعي طبقاً لأحكام القانون العام، الرجوع على المستخدم الذي تسبب بخطئه غير المعذور أو العمدي أو خطأ تابعه في الضرر الذي لحق بالمؤمن له اجتماعياً، لتعويض المبالغ التي دفعتها أو التي عليها أن تدفعها لهذا الأخير".

و تأسيساً على ذلك أن هيئة الضمان الاجتماعي هي التي ترجع على المستخدم لتعويضها عن المبالغ التي دفعتها أو التي عليها أن تدفعها للعامل، مما يعني أن العامل لا يتدخل في هذا الشأن، لأنه عليه الحصول على التعويضات المنصوص عليها في القانون 13/83 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، أما المستخدم لا يعفي من المسؤولية في حالة ثبوت الخطأ العمدي أو المعذور حسب ما ورد في النص، والحكمة من ذلك هو دفع أصحاب العمل إلى التقيد بقواعد الرقابة التي يجب أن يقوم بها صاحب العمل لاتقاء حوادث العمل⁽³⁹⁾.

02. مسؤولية الغير عن التعويض

إن سبب الحادث ليس بالضرورة أن يعود إلى صاحب العمل أو إلى الآلات المملوكة لرب العمل، فقد يكون بسبب الغير أو شيء آخر ليس له علاقة بأدوات العمل، والغير هو كل شخص أجنبي عن جهة العمل شارك جزئياً أو كلياً بخطئه في تحقق الخطر، أي هو كل شخص خلاف صاحب العمل أو تابعيه، أو هو الشخص الأجنبي عن العلاقة القانونية التي تربط بين رب العمل والضحية وقام بأفعال غير مسؤولة ناتجة عن إهمال أو طيش أو سوء تقدير يلحق ضرراً بالعامل⁽⁴⁰⁾.

وقد كرس المشرع الجزائري مسؤولية الغير في المادة 70 من القانون 08/08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي التي تنص " يجب على هيئة الضمان الاجتماعي طبقاً لأحكام القانون العام، الرجوع على الغير المتسبب بخطئه في الضرر الذي لحق بالمؤمن له اجتماعياً لتعويض المبالغ التي دفعتها أو التي عليها أن تدفعها لهذا الأخير "

ووفقاً لما تقدم فقد أعطى القانون لهيئة الضمان الاجتماعي الحق في الرجوع على الغير المتسبب في الضرر للمصاب بالرجوع بالتعويض على أساس الخطأ، وبالتالي تكون المسؤولية مقامة على الغير على أساس الخطأ الشخصي، أما العامل فله الحق الكامل للتعويض على أساس المخاطر وبالتالي فهو معفى من إثبات الخطأ لحصوله على التعويض.

خاتمة

كخاتمة لهذا الدراسة توصلنا للنتائج التالية والمتمثلة في:

نرى أن المشرع اكتفى بتحديد المقصود من حادث العمل والعناصر المكونة له أن يقع الحادث أثناء تأدية العمل بغض النظر إلى أن تكون الإصابة بسبب العمل، وهو ما أكدته المشرع في اعتباره أن العامل قد يتعرض لحوادث وهو في فترة الراحة أو أثناء خروجه من العمل برخصة خروج، وهي تعتبر بحد ذاتها ضماناً من الضمانات القانونية التي قررتها التشريعات لحماية العامل وتمكنه من التعويض.

- أعفى المشرع العامل من إثبات الخطأ من طرفه للحصول على التعويض، بحيث قرر المشرع الحق في التعويض، ولا يجوز للقاضي البحث في مدى خطأ العامل بل أقر له التعويض بمجرد الإصابة، أي أنه لا يعتبر الخطأ كأساس لكفالة الحق في التعويض، وللعامل الحق في التعويض متى تحققت الإصابة.

- وبما أن حادث العمل يعتبر اساس في احقية العامل في التعويض، فالمشرع قد وسع في اعتبار الحادث الذي يقع للعامل عند الخروج من العمل بترخيص باعتباره حادث عمل، بالإضافة للحادث الذي يقع في الطريق.

- إقرار القانون حق العامل في التعويض بغض النظر عن المدة التي استغرقها العامل عند المستخدم ووضع آليات التعويض عن ذلك بحيث أنشأ حقه في الحصول على التعويض متى أثبتت الصفة المهنية للحادث .

الهوامش:

- (1) القانون رقم 13/83 المؤرخ في 1983/07/02 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، ج. ر رقم 28 المؤرخة في 1983/07/05 المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-19 المؤرخ في 1996/07/06
- (2) المادة 06 من القانون 13/83
- (3) محمد لبيب شنب، الاتجاهات الحديثة للتفرقة بين حوادث العمل والأمراض المهنية، دار الفكر العربي، ط1، مصر، 1967 ص 12
- (4) سماتي الطيب، حوادث العمل والأمراض المهنية، دار مليلة، الجزائر، 2013، ص 20
- (5) السيد عيد نايل، (الوسيط في شرح نظامي العمل والتأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية)، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 1993، ص 412
- (6) زرارة صالح الواسعة، الحماية القانونية للعامل المصاب في حادث العمل، مقال منشور في مجلة العلوم الإنسانية، العدد 30، جامعة باتنة، 2008، ص 168
- (7) سماتي الطيب، مرجع سابق، ص 20
- (8) فرشان فتيحة، نظام التأمين عن حوادث العمل والأمراض المهنية والوقاية منها في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2012/2013، ص 23
- (9) المادة 06 من القانون 13/83
- (10) سمير الاودن، التعويض عن إصابة العمل في مصر والدول العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 72
- (11) رامي نهيدي صلاح، إصابات العمل والتعويض عنها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 50
- (12) قرار محكمة النقض المصرية رقم 48/1149 ق جلسة 1979/04/22، مقتبس عن رامي نهيدي صلاح، مرجع سابق ص 50
- (13) سماتي الطيب، مرجع سابق، ص 21
- (14) السيد عيد نايل، مرجع سابق، ص 415
- (15) السيد عيد نايل، مرجع سابق، ص 417
- (16) سماتي الطيب، مرجع سابق، ص 25
- (17) القانون رقم 90 / 11 المؤرخ في 1990/04/21 المتعلق بعلاقات العمل، ج ر رقم 17 المؤرخة في 1990/04/25
- (18) المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 2000، ص 101
- (19) سماتي الطيب، مرجع سابق، ص 71
- (20) المادة 28 من القانون 13/83 المعدل والمتمم

- (21) وزارة صالحي الواسعة، ص 173
- (22) السيد عيد نايل، مرجع سابق، ص 434
- (23) المادة 33 من القانون 13/83
- (24) سمير الاودن، التعويض عن إصابة العمل في مصر والدول العربية، ص 270
- (25) المادة 05 من المرسوم رقم 28/84 المؤرخ في 11 فيفري 1984 يحدد كيفيات تطبيق العناوين الثالث والرابع والثامن من القانون 13/83 المؤرخ في 1983/07/02 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية
- (26) مصطفى صخري، حكم حوادث العمل والأمراض المهنية في القطاعين العام والخاص، دار الثقافة، عمان، 1998، ص 71 مشار اليه عند غالية فيروز، الحماية القانونية للعامل من الأخطار المهنية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2011/2012
- (27) المادة 1/36 من القانون 13/83
- (28) المادة 37 من القانون 13/83
- (29) غالية فيروز، مرجع سابق ص 110
- (30) سماتي الطيب، مرجع سابق، ص 82
- (31) السيد عيد نايل، مرجع سابق، ص 437
- (32) المادة 40 من القانون 13/83
- (33) المادة 45 من القانون 13/83
- (34) المادة 1/42 من القانون 13/83
- (35) القانون رقم 12/83 المؤرخ في 1983/07/02 المتعلق بالتقاعد ج. ر رقم 28 المؤرخة في 1983 /07/05 المعدل والمتمم
- (36) سمير عبد السميع الاودن، الحق في التعويض بين تأمين حوادث السيارات والتأمين الاجتماعي والمسؤولية المدنية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 1999، ص 52
- (37) سماتي الطيب، مرجع سابق، ص 126
- (38) القانون رقم 08/08 المؤرخ في 2008/02/23 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، ج ر رقم 11 المؤرخة في 2008/03/02
- (39) سماتي الطيب، مرجع سابق، ص 128
- (40) بسيم خليل سكرانة، فعل الضرور وأثره في المسؤولية التقصيرية، دار وائل للنشر، الأردن، 2014، ص 40

السوار الإلكتروني كبديل للعقوبة السالبة للحرية وتقنية لتخفيف الازدحام في المؤسسات

العقابية

أ. فوحوال رياض - جامعة الإخوة متنوري قسنطينة

ملخص:

إن تكس المؤسسات العقابية، وتراجع دورها في الإصلاح والتأهيل، وتبعاتها السلبية على المجتمع على المستوى الاقتصادي، زيادة النفقات العمومية. هذه الآثار السلبية أدت إلى البحث عن بدائل للعقوبات السالبة للحرية للتخلص من هذه المساوئ أو على الأقل الحد منها، أين طرح التشريع الجزائري نظام المراقبة الإلكترونية كأحد البدائل والحلول، كونه يتسم، بأن المحكوم عليه أو المتهم الخاضع للمراقبة، مقيد الحرية من الناحية القانونية - مواقيت معينة، غير أنه ينفذ كل أو جزءا من مدة العقوبة السالبة للحرية خارج المؤسسة العقابية وبتالي تخفيض المدة التي يقضيها المحكوم عليه داخل المؤسسة العقابية.

الكلمات المفتاحية: المراقبة الإلكترونية، المحكوم عليه، التكاليف المالية، مشكلة الاكتظاظ.

Abstract:

The accumulation of penal institutions, and the decline in its role in reform and rehabilitation, and their negative sales to society at the economic level ,and increase public Expenditure.

These negative effects have led to the search for alternatives to freedom based sanctions toeliminate these ,or at least minimize ,these disadvantages.

Where the algerian legislation introduced the electronic monitoring system as one of the alternatives and solutions ,since it is characterized by the fact that the sentenced is legally restricted, certain times,but it carries out all or part of the term of deprivation of liberty outside the penal institution and thus reduce the sentence spent by the convict inside the brison.

مقدمة:

يرتكز إهتمام الإتهام المعاصر على البحث في سبل الوقاية ووسائل التكافل الإجتماعي، وذلك بإعادة احتواء الجاني، ومنعه من إرتكاب الجريمة مرة أخرى، بإخضاعه للبرامج العلاجية، والتأهيلية، والإصلاحية، وتوفير وسائل الرعاية اللاحقة له بعد الإفراج عنه. وقد تمثل هذا الإتهام بحركة الدفاع الإجتماعي، وغيره من الإتهامات المعاصرة. وبعد ظهور الحركات الفكرية في الدفاع الإجتماعي، ووقاية المجتمع من الجريمة وأخطارها، إستقر في السياسات العقابية المعاصرة على أن هدف الردع الخاص القائم على فكرة إصلاح الجناة وتأهيلهم، ينبغي أن يكون الغاية النهائية لوظيفة العقوبة، ولقد إنعكس ذلك على التشريعات العقابية الحديثة التي أخذت بهذه الفكرة. ومع ظهور العقوبات السالبة للحرية فقد أنشئت السجون كمؤسسات عقابية، وتعددت أنواعها ونظمها، لتتولى إصلاح الجاني وتأهيله، من خلال إخضاعه لبرامج الرعاية الإجتماعية والصحية والتأهيلية، والمهنية أثناء التنفيذ العقابي بهدف إعادة إدماجه في المجتمع عضواً فاعلاً ومنتجاً.

ويمكن القول أن المؤسسات العقابية لم تنجح بعد في إصلاح الجاني وتأهيله، ومن أهم عوامل فشلها في هذا الجانب ضعف برامج الرعاية بصورها المختلفة الناجمة عن إزدحام السجون، والتكلفة الباهظة لتنفيذ هذه البرامج، الأمر الذي أدى إلى إتهام الفقه العقابي المعاصر بالبحث في أوجه النظم الحديثة التي ينبغي تطبيقها في المؤسسات العقابية، لتفعيل دورها الإصلاحية والتأهيلية.

وذلك بإعادة النظر في النظم الإدارية التي تسود في المؤسسة وتطوير برامج الإصلاح والتأهيل، وتبني سياسات الدفاع الإجتماعي، التي من شأنها تجنب العقوبات السالبة للحرية والبحث عن بدائل للسجون والحد من العقاب، مع ظهور العقوبات السالبة للحرية فقد ظهرت إشكاليات عند البدء في تنفيذها تمثلت في مدى ملاءمة تطبيقها ومدى جدواها في إصلاح الجاني وتأهيله، ومع ظهور السجون كمؤسسات عقابية تنفذ بها العقوبات السالبة للحرية فقد مرت وظيفة السجن بمراحل متعددة، تبعاً لتطور وظيفة العقوبة، إلى أن إستقر في الفكر العقابي أن السجون ينبغي أن تكون مؤسسات عقابية تهدف إلى الإصلاح والتأهيل وإعادة إدماج المحكوم عليهم في المجتمع بعد الإفراج عنهم.

الأمر الذي يحتم أن تكون هذه المؤسسات مهينة لإستقبال المحكوم عليهم وتأهيلهم من خلال برامج وسياسات معدة ومجهزة سلفاً، تهدف إلى رعاية النزول وتأهيله وإصلاحه أثناء مرحلة التنفيذ العقابي أي كان نخطها سواء أكانت صحية أم إجتماعية، أم تعليمية أم مهنية أم دينية.

ولقد أثبت الواقع العملي عدم فاعلية البرامج والأنماط التقليدية في الإصلاح والتأهيل الأمر الذي ترتب عليه ظهور مشاكل عديدة واجهتها المؤسسات العقابية والقائمين على إدارتها، كمشكلة إزدحام السجون وإختلاط النزلاء بعضهم ببعض وإنتشار الأمراض وإكتساب المهارات والأنماط الجرمية بين النزلاء،.

أهمية البحث:

نحاول إيجاد الحلول التي يمكن له أن يقدمها السوار الإلكتروني لمشكلات عديدة في الجزائر، ويأتي في مقدمتها إكتظاظ السجون، والعقوبات قصيرة المدة، وإرتفاع النفقات، التي تشكل عبئًا ثقيلًا يعرقل مسيرة الإصلاح والتنمية.

تكمن أهمية موضوع البحث في أن تبني المشرع الجزائري لبعض الآليات الحديثة مثل المراقبة الإلكترونية، يؤكد محاولته اللحاق بركب التطور التشريعي العقابي، ومعلوم أن كل هذه الإجراءات تصب في إطار تبسيط الإجراءات الجزائية وكذا تدعيم مركز حقوق الدفاع، والضمانات المرتبطة بها في مراحل الدعوى العمومية، خاصة مع تعديل قانون الإجراءات الجزائية، وإدماج المراقبة الإلكترونية لتعزيز ترتيبات الرقابة القضائية.

المشرع الجزائري قد خطى خطوة هامة من خلال تكريس الوضع تحت نظام المراقبة الإلكترونية في مرحلة التحقيق القضائي، ثم تطور الإجراء ليشمل مراحل أخرى في الدعوى العمومية، إضافة إلى أن تبني هذه الآلية في التشريع العقابي الجزائري، أخرها قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي قانون رقم 01.18، أثارت عديد التساؤلات من طرف قانونيين ومهتمين بحقوق الإنسان خاصة ما تعلق بالطبيعة القانونية للإجراء وإستخداماته، وكذا موضع حقوق الإنسان والمساواة بين المواطنين أمام القانون فيه.

أهداف البحث:

- . تسليط الضوء على هذه الآلية بمختلف جوانبها النظرية والتطبيقية، وعرض ما تثيره من إشكاليات قانونية، وإستشراف مستقبلها في الجزائر.
- . تتبع كفاءات تطبيق مختلف صور المراقبة الإلكترونية ميدانيا في التشريع العقابي الجزائري.
- . بيان مدى تأثير السوار الإلكتروني على حقوق الإنسان.
- . دور السوار الإلكتروني في التقليل من الإزدحام في المؤسسات العقابية.
- . تسليط الضوء على هذه التقنية الحديثة وأهميتها في التقليل من التكلفة المالية للدولة.

فرضيات الدراسة:

- . لم يثر أي من التدابير البديلة للعقوبات السالبة الحرية من الجدل قدر ما أثاره الوضع تحت المراقبة الإلكترونية. ففي حين رأى بعض الفقه أنه أسلوب مبتكر يحقق للمحكوم عليه والإدارة العقابية مزايا عديدة، رأى جانب آخر من الفقه أنه يهدر أغراض العقوبة، ويهدد الحرية الفردية.
- . حفظ الوضع الإقتصادي والإجتماعي المحكوم عليه وأسرته وصيانة حياتهم من الضياع.
- . إنهاء فكرة إعالة الدولة المحكوم عليه داخل المؤسسة العقابية، وتوفير النفقات العمومية.
- . تخفيض إكتظاظ المؤسسات العقابية ومنع إختلاط المساجين مع محترفي الإجرام.

إشكالية البحث

- ما مدى تأثير المراقبة الإلكترونية على حقوق الإنسان وعلى نفقات المؤسسات العقابية المالية؟
- وإنطلاقاً من موضوع المراقبة الإلكترونية، يقودنا إلى عدة تساؤلات لفهم جوانبه المختلفة النظرية أو التطبيقية، نحملها في التساؤلات التالية:
- ماهية السوار الإلكتروني وشروطه؟
- ما هي مشكلة الإزدحام السجون وعلاقته بالمتهم؟
- وماهية الآثار الإقتصادية على المحكوم عليه وميزانية الدولة؟

منهج البحث

- للإحاطة بموضوع الوضع تحت نظام المراقبة الإلكترونية كتقنية لتخفيف مشكلة الإزدحام، حيث إعتدنا على المنهج الوصفي التحليلي من خلال عرض ما ورد في النصوص القانونية والنصوص التطبيقية التي لها علاقة بهذا الموضوع، وإستنباط بعض الأفكار والمشاكل المرتبطة بها.

خطة البحث:

مقدمة.

- المبحث الأول: ماهية نظام المراقبة الجنائية الإلكترونية.
- المطلب الأول: التعريف بنظام المراقبة الجنائية الإلكترونية.
- المطلب الثاني: أهداف تطبيق الوضع تحت المراقبة الإلكترونية.
- المبحث الثاني: ظاهرة الإزدحام في السجن والحلول المقترحة لذلك.
- المطلب الأول: تفشي ظاهرة الإكتظاظ داخل المؤسسة العقابية.

المطلب الثاني: النظم الإدارية الحديثة في إدارة المؤسسات العقابية.
خاتمة.

المبحث الأول: ماهية نظام المراقبة الجنائية الإلكترونية

يعتبر نظام المراقبة الجنائية الإلكترونية سواء أكان وسيلة بديلة للعقوبات السالبة للحرية من أهم ما أفرزه التقدم التكنولوجي والذي إنعكس بدوره على السياسة العقابية في معظم الأنظمة العقابية المعاصرة التي أخذت به، وللوقوف على ماهية هذا النظام يقتضي ذلك تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص الأول لتعريف نظام المراقبة الجنائية الإلكترونية، ثم نعرض في المطلب الثاني شروط تطبيق هذا النظام.

المطلب الأول: التعريف بنظام المراقبة الإلكترونية

نحاول في هذا المطلب أن نبين ماهية هذا النظام المستجد على المستوى الأنظمة العقابية الحديثة، والسياسة الجنائية بصفة عامة وهذا من خلال الفرعين، حيث نتناول في الفرع الأول مفهوم المراقبة الإلكترونية، وفي الفرع الثاني طرق تنفيذ المراقبة الإلكترونية.

الفرع الأول: مفهوم المراقبة الإلكترونية

نظام المراقبة الإلكترونية أو ما يسمى بالسوار الإلكتروني أو الحبس في البيت، هو إلزام المحكوم عليه أو المحبوس إحتياطياً بالإقامة في منزله أو محل إقامته خلال ساعات محددة بحيث تتم متابعة الشخص الخاضع للمراقبة إلكترونياً.

كما يعرف بأنه أحد الأساليب المبتكرة لتنفيذ العقوبة أو الحبس الإحتياطي خارج أسوار السجن، بحيث يسمح لمن يخضع للمراقبة بالبقاء في محل إقامته مع فرض بعض القيود على تحركاته من خلال جهاز المراقبة الإلكترونية.

ويعرف كذلك بأنه نظام يقوم على ترك المحكوم عليه بعقوبة سالبة قصيرة طليقاً في الوسط الحر مع إخضاعه لعدد من الإلتزامات، ومراقبته في تنفيذها إلكترونياً عن بعد.¹

ويعتبر نظام السوار الإلكتروني، ويقوم هذا النظام على السماح للمحكوم عليه بالبقاء في منزله، غير انه تحركاته محدودة ومراقبته بواسطة يشبه الساعة أو السوار مثبت في معصمه أو أسفل قدمه، ومن هنا جاءت تسمية هذا الأسلوب ب السوار الإلكتروني.

على أية حال تعرف المراقبة الإلكترونية على أنها إستخدام وسائل إلكترونية للتأكد من وجود الخاضع له خلال فترة محدودة في المكان والزمان السابق إتفاق عليهما بين هذا الأخير والسلطة القضائية الآمرة بها.

يتضح أن الوضع تحت المراقبة الإلكترونية يعتبر طريقة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية، خارج أسوار السجن، يقرر أما في إطار تدابير تحديد الإقامة أو في إنتظار المحاكمة أو كبديل للعقوبة، يعتمد على إلتزام الشخص بالبقاء في منزله خلال ساعات محددة من طرف القضاء، على ان يتحمل الشخص المعنى سوارا إلكترونيا في قدمه، وإذا أبعدت عن قدمه يتم إنذار المراقب مباشرة بطريقة إلكترونية، ولقد أقرت العديد من التشريعات المعاصرة نظام المراقبة الإلكترونية ومن ذلك التشريع الفرنسي، والأمريكي، والهولندي، والسويدي، والأسترالي، والكندي، والنيوزلندي، والانجليزي والجزائري.

ولقد صاحب إنتشار نظام المراقبة الإلكترونية في العديد من الدول تنوع في آلية التنفيذ.

الفرع الثاني: طرق المراقبة الإلكترونية.

يمكن القول بوجود ثلاثة طرق لتنفيذ المراقبة الإلكترونية، وهي:

1. المراقبة الإلكترونية عبر الستالايت، وقد أخذت الولايات المتحدة الأمريكية بهذه الطريقة
2. المراقبة الإلكترونية عن طريق النداء، ويتم ذلك من خلال نداء تليفوني الكتروني متكرر يرسل من مكان إقامة الشخص الخاضع للمراقبة، حيث يتم إستقباله بواسطة رمز صوتي.
3. طريقة البث المتواصل وهو ما أخذت به الجزائر حيث تتم هذه الطريقة من خلال جهاز يسمح بمتابعة المحكوم عليه للتأكد من وجوده في المكان المخصص له، وتقوم هذه الطريقة على وضع سوار إلكتروني في معصم الخاضع للمراقبة أو أسفل قدمه يقوم بإرسال إشارات محددة بشكل متقطع إلى جهاز إستقبال موصول بالخط الهاتفي في مكان إقامة الشخص المراقب، ويقوم جهاز الإستقبال بإرسال إشارات محددة إلى الجهة المشرفة على المراقبة، التي تتعرف من خلال هذه الإشارات على وجود الخاضع للمراقبة في النطاق الجغرافي المحدد له.

إن المشرع الجزائري فقد عرف نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية في التعديل الأخير لقانون السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي في نص "المادة 150 مكرر بقولها:²

الوضع تحت المراقبة الإلكترونية إجراء يسمح بقضاء المحكوم عليه كل العقوبة أو جزء منها خارج المؤسسة العقابية. يتمثل الوضع تحت المراقبة الإلكترونية في حمل الشخص المحكوم عليه، طيلة المدة المذكورة

في المادة 150 مكرر 1، لسوار إلكتروني يسمح بمعرفة تواجده في مكان تحديد الإقامة المبين في مقرر الوضع الصادر عن قاضي تطبيق العقوبات.

أما بالنسبة للموضوع الإكتظاظ أو الإزدحام داخل المؤسسة العقابية، سوف نحاول التطرق إليه من خلال مفهومه الذي يهدف إلى إقتراح سبل وتدابير من شأنها التقليل من الإكتظاظ في السجون في العالم . حيث يُعد الإكتظاظ overcrowding أو الإختناق congestion كما يُسمّى في بعض البلدان، أكبر مشكلة تواجه نظم

السجون، وهي المشكلة التي لها عواقب تهدد الحياة في أسوأ الحالات، وتحول دون سير الأمور على النحو المناسب في السجون في أفضل الحالات.

عالمياً ليس هناك تعريف موحد متفق عليه لما يعتبر إكتظاظاً، لكن تُظهر البيانات أنه في نحو 117 دولة يفوق عدد السجناء الطاقة الإستيعابية لأماكن الإحتجاز . حيث يحتجز 16 نظاماً للسجون أكثر من ضعف طاقته الإستيعابية، وتفوق معدلات النزلاء في السجون ب 32 دولة أخرى ما بين 150 و 200 % من الطاقة الإستيعابية بحسب هذا المؤشر، فإن أعلى نسب الإكتظاظ في الأمريكيتين تبلغ/335 % في هايتي)، وفي أفريقيا تبلغ (% 307 في المائة، وفي آسيا تصل إلى (% 259 في إيران)، وفي أوشينيا تصل إلى (% 215 في بولينيزيا الفرنسية)، وفي أوروبا بلغت النسبة % 158 في صربيا.

إلا أن الإكتظاظ بالسجون لا يقتصر على الدول التي يتعدى إجمالي تعداد السجناء فيها الطاقة الإستيعابية لسجونها؛ حيث أن هناك سجون بعينها أو أقسام في سجون يمكن أن تكون مكتظة وإن كان نظام السجن بأكمله لا يعاني من الإكتظاظ، فضلاً عن أنه وفي غياب معايير دولية دقيقة، يعود لكل دولة على حدا أن تقرر وتراجع في بعض الأحيان، الطاقة الإستيعابية لسجون بعينها من ثم يُرحح أن البيانات لا تعكس حجم المشكلة .

الوضع تحت الرقابة الإلكترونية، هو أحد الأساليب الحديثة والمبتكرة، كبديل للعقوبة السالبة للحرية مؤقتة المدة ويقال له السجن في البيت، ويقوم هذا الأسلوب على السماح للمحكوم عليه البقاء في منزله ولكن بشرط أن تكون تحركاته محدودة، والمراقبة تتم بواسطة جهاز شبيه بالساعة أو السوار يثبت في معصم اليد أو في ساقه، لذلك أطلق على هذا النظام (السوار الإلكتروني) كما يسميه عدد لا بأسس به من العاملين في المجال العقابي.

ولقد إنقسم الرأي بخصوص المراقبة الإلكترونية إلى فريقين إذ يرى الفريق الأول، أن هذا النظام هو عقوبة بكل ما تحملها الكلمة من معنى، وهي شكل جديد من العقوبة والرد على الجريمة وقالوا أنه نظام يجمع بين الردع والتأهيل، ويقوم بالدرجة الأولى على الثقة بالمحكوم عليه وأبعاد المحكوم عليه عن الوحدة وعزله في السجن وإبقائه في المجتمع، أما الرأي الثاني فيرى أن هذا التدبير من شأنه أن يؤدي إلى تآكل العقوبة ويفقدتها مضمونها وأهدافها³.

تثير المراقبة الإلكترونية الكثير من المشكلات القانونية، إلى الحد الذي دفع البعض في التشكيك بجداها، على الرغم من ثبوت فاعليتها في الدول التي تأخذ دور النظم العقابية الحديثة... بها كالولايات المتحدة، وكندا، والسويد، وفرنسا التي طبقتها. أواخر عام 1997 ولعل من أهم المشكلات التي تثور في هذا الصدد، أن من شأن هذا النظام تقويض الحرية الفردية وبصفة خاصة حرمة الحياة الخاصة للمحكوم عليه.

ويقصد بالمراقبة الإلكترونية: إلزام المحكوم عليه بالإقامة في مكان سكنه، أو محل إقامته، خلال أوقات محددة، ويتم التأكد من ذلك من خلال متابعته، عن طريق وضع جهاز إرسال على يده تسمح لمركز المراقبة من معرفة ما إذا كان المحكوم عليه موجوداً في المكان والزمان المحددين من قبل الجهة القائمة على التنفيذ أم لا، حيث يعطي الكمبيوتر تقارير عن نتائج هذه الاتصالات وقد لا يتوقف الأمر عند هذا الحد بل قد يمتد ليشمل تركيب كاميرات تلتقط حركات المجرم في بيته، بحيث تخزن هذه الصور في ملف إلكتروني، ويستمر الاتصال والتصوير للمجرم بصورة عشوائية، وقد لجأت بعض الدول إلى هذا النظام بالنظر إلى النتائج الإيجابية التي يحققها، ومن أهمها تخفيف النفقات التي تتحملها الدولة مقارنة بنفقات السجن.

كما أنه يعمل على وقاية المجتمع من الجريمة، وذلك بإبعاد الشخص عن الأماكن المشبوهة، والبؤر الإجرامية، وأخيراً فإن هذا النظام يلزم الشخص بأن يبقى على إتصال دائم مع أسرته، مما يساعد في إصلاحه وتأهيله، و على أن من أهم بدائل الحبس الإحتياطي، أن لا يبارح المتهم مسكنه أو موطنه، وأن يقدم نفسه إلى مقر الشرطة في أوقات محددة، وألا يرتاد أماكن معينة، ونرى في هذا الصدد تعذر الأخذ بهذا النظام في الأردن، لإفتقاره إلى المرجعية التشريعية، ولتعارضه مع النصوص الدستورية، ومن أهمها حرية التنقل، فضلاً عن أن تطبيقه يتطلب إمكانيات تكنولوجية وبشرية كبيرة، وقد لا تتحقق الفائدة المرجوة منه كما ينبغي لها أن تكون.

عرفت الشريعة الإسلامية الحبس المنزلي حيث يجلس الجاني في بيت خاص بعيدا عن السجون ويمكننا الإستدلال على مشروعية الحبس المنزلي من القرآن الكريم ومن السنة النبوية الشريفة.

المطلب الثاني: أهداف تطبيق الوضع تحت المراقبة الإلكترونية.

سوف نتكلم عن تقييم السوار الإلكتروني سواء عن الإيجابيات أو عن السلبيات كل ذلك نتطرق إليه في فرعين.

الفرع الأول: تقييم نظام السوار الإلكتروني

لقد أصبح الفقهاء في مسألة السوار الإلكتروني بين مؤيد ورافض للفكرة، فالأول يؤيدون فكرة السوار على أساس إيجابيات وتقبل المجتمع للمتهم، أما الثاني تجاهلوا العمل به على أساس فيه مساس بالحريات الفردية ويتم عرض ما يلي من إيجابيات وسلبيات على التوالي:

الفقرة الأولى: إيجابيات السوار الإلكتروني.

تسمح المراقبة الإلكترونية للمحكوم عليه بتكملة عقوبته في بيته بعد إلزامه بعدم خلع السوار الإلكتروني والتحرك داخل منطقة محددة، وتعمل المراقبة الإلكترونية على تفادي أيضا الوصمة الإجتماعية التي تلحق بالجاني جراء إيداعه في المؤسسات العقابية أو على الأقل التخفيف منها، ومثل هذا النظام فعال لمراقبة المحكوم عليه وإحباط محاولة لهروبه ومن أهم مميزات المراقبة الإلكترونية.⁴

تعتبر المراقبة الإلكترونية أقل تكلفة عند إستخدامها بتقليل نفقات الإجراءات العقابية وتعمل على تقليل كثافة العمل داخل السجن.

تمكين المحكوم عليه من التكيف مع عقوبته بشكل أفضل وذلك يقلل معدل العودة إلى الجريمة أو ما يطلق عليه النزعة الإنتكاسية داخل السجن .

إن نظام المراقبة الإلكترونية يحقق قد را كبيرا من حماية حق الفرد في تقبل المجتمع له وهو ما لا يتحقق في الحبس الإحتياطي .

تقليل عدد الموقوفون قضائيا في مراكز الإصلاح والتأهيل وأن المراقبة الإلكترونية ستؤدي نفس الغرض في ظل العقوبة البديلة بكملة أقل وتحقق أهداف إجتماعية ونفسية .

توفير على الخزينة العمومية مبالغ معتبرة إضافة إلى عدم تكلفة تجسيدها على منهاا لمعامل الهاتف النقال، وشريحة لتحميل Sim أرض الواقع، إذ تتطلب شريحة بيانات شخصية للمحكوم عليه مما يسهل بشكل كبير متابعة الأشخاص .

الفقرة الثانية: سلبيات السوار الإلكتروني.

ذهب بعض الفقه إلى إعتبار أن المراقبة الإلكترونية وسيلة هدم لمبدأ المساواة أمام العقوبة وذلك من خلال تطلبها شروط خاصة-مثل محل إقامة به هاتف ثابت-.. قد تتوفر هذه الشروط لدى فئة وقد لا تتوفر لفئة أخرى، وبالتالي لا يستفيد منها إلا من إستطاع توفير هذه الشروط.

نقد: إن المراقبة الإلكترونية يتطلب تناسب العقوبة مع ظروف المتهم ويمكن لقاضي تطبيق العقوبة، قاضي التحقيق إستبعادها بالنسبة للذين تتوافر لديهم هذه الشروط، فالأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي، ومن هنا فإن مبدأ المساواة لا يتعارض مع المراقبة الإلكترونية طالما إقتضت غايتها تأهيل المحكوم عليه إجتماعيا وأخلاقيا بعيدا عن أسوار السجن.

برنامج الإصلاح وعصرنة قطاع العدالة حفاظا على مقتضيات الرقابة القضائية وتدعيما لقرينة البراءة والطابع الإستثنائي للحبس المؤقت. وهي من الدول الإفريقية السبابة إلى إستحداث هذا النظام قصد منع الإجرام المتنامي في المجتمع. وبالتالي فالسؤال المطروح: هل وازن المشرع الجزائري بإدخاله نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية بإستعمال السوار الإلكتروني إلى منظومته.

إن الوضع تحت المراقبة الإلكترونية بإستعمال السوار الإلكتروني كنظام عقابي حديث وبديل لتنفيذ العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة في الوسط المفتوح لو مبررات ودواعي تستدعي تطبيقه لكن كنظام حديث النشأة في القانون الجزائري قد تعترضه صعوبات من شأنها المساس ببعض حقوق المحكوم عليه فتضعف من الضمانات المقدمة إليه من خلال تطبيق هذه الآلية.⁵

الفرع الثاني: مبررات تطبيق الوضع تحت المراقبة الإلكترونية بإستعمال السوار الإلكتروني.

يعتبر إستعمال التكنولوجيا الحديثة في مكافحة الجريمة من أهم ما توصلت إليه السياسة العقابية الحديثة في سعيها نحو إنسانية العقاب، ويعتبر نظام السوار الإلكتروني من أبرز مظاهر التطور العلمي العقابي الذي أظهر ضرورة إيجاد أساليب حديثة بديلة لتنفيذ⁶ العقوبة السالبة للحرية خارج السجن أو بما يعبر عنه "بالحبس المنزلي"، يقوم هذا النظام عمى سماح المحكوم عليه بالبقاء في منزله، غير أن تحركاته محدودة ومراقبة بواسطة جهاز يشبه الساعة أو السوار مثبت في معصمه أو في أسفل قدمه، وتظهر أهمية هذا النظام فيما يحققه من مزايا تعود على المحكوم عليه والمجتمع والنظام العقابي، ومن أهمها تخفيض النفقات والحد من العودة إلى الجريمة وإعادة تأهيل المحكوم عليه إجتماعيا.

الفقرة الأولى: تخفيض النفقات.

يلعب نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية بإستعمال السوار الإلكتروني دورا هاما من الناحية الإقتصادية، يعمل على تخفيض تكاليف مكافحة الإجرام بالمقارنة مع تكاليف الإيداع في المؤسسات العقابية. فتنفيذ عقوبة الحبس السالبة للحرية ترهق ميزانية الدولة نتيجة ما تنفقه من مبالغ مالية طائلة لتشييد السجون وفق المعايير الدولية ونظم السياسة العقابية الحديثة، وتوفير الوسائل المادية والبشرية لحسن تسييرها وتوفير الخدمات اللازمة للمحكوم عليه من إطعام المجرمين وإيواء وعلاج وحراسة.

بالإضافة إلى المصاريف التي تنفقه الدولة في تصنيف المجرمين داخل المؤسسات العقابية مراعاة لاعتبارات التأهيل. فالإفراط المستمر في اللجوء إلى العقوبات قصيرة المدة يرهق ميزانية الدولة في تطبيق برامج الإصلاح والتأهيل بسبب التزايد المرتفع لعدد السجناء وإكتظاظ السجون بيه دون أخذ بعين الإعتبار قصر مدة العقوبة وضعف أثارها في الإصلاح والتأهيل.

أما نظام السوار الإلكتروني فإنه يقتصد النفقات ويحقق مكاسب مالية للدولة في ظل سياسية ترشيد السجون كما يساعد في ظل السياسة العقابية الحديثة التي تهتم بالضحية في ترضيته، تسهيل طرق الحصول على التعويض وإصلاح الضرر الناتج عن الجريمة، بإعتبار أن خطر هذا النظام يحول للمحكوم عليه فرصة البقاء في منصب عمله وبالتالي حصوله⁷ على هذا التعويض وإصلاح الضرر، يعمل نظام السوار الإلكتروني على إفادة المجتمع بقدرات المحكوم عليه لاسيما إذا كان يتوفر على مؤهلات وخبرات، مقارنة بوضعه في المؤسسة العقابية دون فائدة.

بل أن السجن يكسبه عادات إجرامية تؤثر سلبا على المجتمع عند العودة إليه مرة ثانية، كما يلعب أيضا دورا فعالا في إستقرار ميزانية أسرة المحكوم عليه من حيث تفادي الإنفاق عليه في فترة تواجده في المؤسسة العقابية، بتكرار الزيارات لو وكثرة تكاليفها المالية من جهة، ومن جهة ثانية يتيح لو فرصة البقاء بصفة دائمة مع أسرته، فلا تنقطع روابطه الإجتماعية، مما يجعله يقوم بدوره الإجتماعي والوظيفي والحفاظ على مصدر رزقه لإعالة نفسه وعائلته، وكل ذلك يشكل سندا لإعادة إصلاحه وتأهيله.

الفقرة الثانية: الحد من العودة إلى الجريمة وإعادة تأهيل المحكوم عليه إجتماعيا.

يعتبر العود إلى الجريمة أحد أبرز المشاكل التي تعاني منها السياسات العقابية التي حاولت إيجاد حلول لها ومن بين هذه الحلول إقتراح الوضع تحت المراقبة الإلكترونية بإستعمال السوار الإلكتروني وهي عقوبة تنفذ خارج جغرافية السجون، فيمنع إختلاط المحكوم عليه ونقل خطورة مع متوعدي الإجرام.

أثبتت الدراسات في الميدان الجزائي العقابي أنه نتج عن وضع المجرمين في المؤسسات العقابية عدة مساوئ، بحيث فشلت برامج الإصلاح وأنتشر العود الإجرامي عقب خروجهم نتيجة الظروف القاسية التي يتعرضون لها خلال فترة قضاء العقوبة، حيث أدى إختلاط المحكوم عليه بعقوبة الحبس قصيرة المدة بغيره من المجرمين إلى عواقب وخيمة منها تعرفه على المجرمين المحترفين فيكتسب خبراتهم وثقافتهم الإجرامية ويقتسم الإحساس بكرهية المجتمع والرغبة في الإنتقام منه .

فبدلاً من أن يصبح السجن دار تهذيب وإصلاح وتقوم، يتحول إلى مدرسة لإحتراف الإجرام وتقويته، لذلك فإن إستبدال العقوبة قصيرة المدة بالنظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية بإستعمال السوار الإلكتروني يقلل من حقيقة كون السجن مدرسة للإجرام، إذ يسمح بالوقاية من العدوى الإجرامية، كما يجنب المحكوم عليه العزلة الإجتماعية والحرمان العاطفي .

بالإضافة إلى أن هذا النظام يفيد المحكوم عليه أنول مرة من العودة إلى الإجرام مقارنة بما إذا وضع في المؤسسة العقابية بسبب خطأ بسيط أو جريمة عرضية أي صدفة، وبالتالي فإن نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية من النظم غير العقابية التي تحول دون العود إلى الجريمة، ساهم في إصلاح غالبية المجرمين. لقد أثبت هذا النظام نجاحاً في العديد من الدول المتقدمة من خلال علاج مشكلة السلبات الناجمة عن تنفيذ العقوبات السالبة للحرية في المؤسسات العقابية أو البيئة الفاسدة التي لا تساعد عمى إصلاح الجاني وإنما الإضرار جسيماً على المستوى الإجتماعي والنفسي .

وما يؤكد ذلك الدراسة التي أجريت في الأرجنتين على مجموعة من السجناء الذين أفرج عنهم من السجون عقب قضاء مدة العقوبة، ومجموعة أخرى من السجناء الذين تم إخضاعهم لعمليات المراقبة الإلكترونية قبل الإفراج عنهم، وذلك لبيان نسبة العود للجريمة في كل مجموعة من الإثنين، فتوصلت تلك الدراسة أن (255) مفرجاً عنه من⁸ السجن من إجمالي (1140) مفرج عنهم من السجن قد عاد إلى الجريمة مرة أخرى، وذلك بنسبة 22 بالمئة بينما بلغت نسبة العود للجريمة بين المفرج عنهم الذين تم إخضاعهم لعمليات المراقبة الإلكترونية إلى 13 بالمئة بفارق 9 بالمئة لصالح نظام المراقبة الإلكترونية.

المبحث الثاني: ظاهرة الإزدحام في السجن والحلول المقترحة لذلك.

إن الإكتظاظ داخل السجن من بين أخطر الظواهر التي تؤثر على حياة المحكوم عليه من جميع الجوانب، ومن خلال هذا سوف نتطرق في هذا المبحث إلى مشكل الإزدحام في المؤسسات العقابية في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني الحلول المقترحة لذلك.

المطلب الأول: تفشي ظاهرة الإكتظاظ داخل المؤسسة العقابية.

سوف نتناول في هذا المطلب إكتظاظ السجون وعلاقته بتنامي الجريمة حيث نتحدث في الفرع الأول عن سلبيات إكتظاظ المؤسسات العقابية، وفي الفرع الثاني الواقع العملي لمواجهة الإكتظاظ داخل السجون.

الفرع الأول: سلبيات إكتظاظ المؤسسات العقابية.

تعتبر ظاهرة الإكتظاظ أولى الإشكاليات التي تعاني منها المؤسسات العقابية ومن خلالها يمكن الإعتماد عليها كمؤشر لملامسة تأزم المحيط السجن، إذا كان مشكل الإكتظاظ يعود إلى تنامي ظاهرة الإجرام أم إلى عجز الوزارة عن بناء سجون كافية لإيواء المعتقلين، أم إلى عدم ترشيد الاعتقال وإصدار أحكام قضائية تتناسب وخطورة الفعل الإجرامي وشخصية الجاني.⁹

فالإكتظاظ يعد من أكبر مشاكل مؤسسة العقابية بالجزائر وهو المسؤول إلى حد كبير عن تنامي العديد من الظواهر والسلوكات الإنحرافية داخل هذه المؤسسات الإصلاحية، ومن بين الأسباب الكامنة وراء إنتشار هذه الظاهرة هو قلة المؤسسات العقابية بشكل عام، والملاحظ أن عدد نزلاء هذه المؤسسة يتجاوز بعدد كبير الطاقة الإستيعابية المقررة لها وهو ما جعل المسؤولين يخفضون حسب الإحصائيات الصادرة من مديرية السجون من هذا العدد سعيا وراء تقليص حجم الظاهرة.

ومن الآثار السلبية الناجمة عن التكدس في المؤسسات العقابية فشل عملية التصنيف حيث تتطلب هذه الأخيرة توفير إمكانيات منها مكان فسيح لإقامة النزلاء في مجموعات متجانسة إجتماعيا وإقتصاديا وتعليميا ومنفصلة عن المجموعات الأخرى، وتحدد لكل مجموعة برامج تأهيلية تناسب ظروفها، إن إكتظاظ السجون يؤدي إلى زيادة معاناة النزير نتيجة إقامته في غرفة أو زنزانة بها أعداد أكثر من طاقتها الإستيعابية، وتزداد المعاناة أكثر لدى من يعاني من مشاكل نفسية نتيجة لدخوله السجن مثل الإكتئاب النفسي والإنطواء الإجتماعي والعزلة، ومن الممكن أن ينجم عن هذا الوضع بصفة عامة أو داخل العنابر بشكل

خاص إشكاليات كثيرة، مثل الشغب والعنف تزيد من تأجيج وتفاقم المشاكل الأمنية والصحية، أمام إنتشار الأمراض لصعوبة عزل النزلاء المصابين عن الأصحاء لضيق المكان من جانب، ومن جانب آخر للقصور في الخدمات الصحية، لأن الضغط عليها لا يساعد على إكتشاف النزلاء المصابين في الوقت المناسب.

إذن في ظل هذه الأوضاع الموسومة بالإكتظاظ والعنف وسوء التغذية وضعف الرعاية الصحية لا بد أن تتنامى العديد من الظواهر والسلوكيات الإنحرافية، من أبرزها ظاهرة الشذوذ الجنسي التي تعد من أكثر الظواهر إنتشارا وشيوعا في المحيط السجن، إذ نلامس فرقا كبيرا بين ما هو كائن وما ينبغي أن يكون¹⁰.

الفرع الثاني: الواقع العملي لظاهرة الإكتظاظ داخل السجون..

إن الواقع العملي يشير إلى خلاف ذلك فالشخص بمجرد دخوله إلى السجن يفقد معه مباشرة كرامته كإنسان وتنحط بالتالي كل القيم الإعتبارية لديه، إذ يتساوى السجين المغلوب على أمره ببضاعة معروضة للبيع أو الكراء فتصبح المعايير الدولية المفروض تطبيقها بالمؤسسات العقابية مجرد شعارات فارغة، ما دام أنه لا حقوق، وفي هذا السياق نشير إلى أفضع حالات الإستغلال التي كان محلها سجن، حيث ولولا الدور الإيجابي الذي لعبه المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون تنظيم السجون.

وبالرغم مما لظاهرة الإكتظاظ من سلبيات تنعكس على تحسين ظروف الحبس وعلى تنفيذ البرامج الإصلاحية والتأهيلية، فإنه ما يزيد من إستفحالتها هو غياب مؤسسات خاصة بالأحداث الذين ينتظرون المحاكمة كجزء لا يتجزأ من النظام الإصلاحي، إذ لا يمكن لهذه الفئة الإستفادة من تلك البرامج بسبب وضعيتهم بحيث لا يعامل كمعتقل إلا إذا ثبتت إدانته فعلا، حيث يودعون بالمؤسسة العقابية ويحتكون مع المجرمين البالغين والمحكومين بعقوبة سالبة للحرية بصفة نهائية، وهو ما يرفع عدد نزلاء المؤسسات العقابية، وحتى في حالة إدانتهم فإنهم يكونون قد قضوا مدة كبيرة من العقوبة أثناء الحبس الإحتياطي والمدة الباقية غير كافية للبدء في تنفيذ البرامج التأهيلية، ليتحول بذلك الحبس إلى أداة لتلقين السوابق الإجرامية.

إن السجن لا يحرم المجرمين من البيئة الإجتماعية، ومن أية قيم إجتماعية مستحبة كانت باقية لديهم عند إيداعهم بالمؤسسة فحسب، بل قد يزيد من جعلهم مجرمين ودور السجن في جعل الجانحين أكثر إجراما، مما كانوا عليه يبرر إذا نظرنا إلى الإحتمال القوي جدا في أن يؤدي تجمع المجرمين المبتدئين مع معتادي الإجرام، وصغار الجانحين مع محترفي الإجرام ليس فقط إلى نقل قيم البيئة الإجرامية إلى الجدد بل أيضا إلى ترويح أساليب إرتكاب الجريمة.

وقد كشفت العديد من التقارير الصادرة عن بعض الهيئات غير الحكومية¹¹ المعنية بنزلاء المؤسسات العقابية الوضع الكارثي الذي تعرفه هذه المؤسسات، إذ ترزخ تحت ظاهرة الرشوة، حتى غدت إحدى الثوابت فيها، وبالتالي أصبحت تقوض أسس كل مشروع لإصلاح هذه المؤسسات، بالإضافة إلى الإبتزاز والمحسوبية التي تفرز مظاهر التفاوت بين النزلاء، وهي ظواهر طبيعية أمام الإكتظاظ الذي تعرفه.

إن الوضع الذي تعيشه المؤسسة العقابية من أوضاع مادية وبشرية بالإضافة إلى العبء الذي تتحمله نتيجة الإختلالات التي يعرفها جهاز العدالة كانت له آثار سلبية يعتبر إعادة إنتاج الجنوح وإرتفاع معدل الإجرام أبرز تجلياتها.

المطلب الثاني: النظم الإدارية الحديثة في إدارة المؤسسات العقابية.

منذ ما يزيد على ربع قرن، بدأت الدول تبحث في إيجاد حلول إدارية لمعالجة الأزمات والمشكلات التي تواجهها المؤسسات العقابية، سواء تعلق الأمر بالنظم المتبعة فيها، أو تلك المتعلقة ببرامج الرعاية المطبقة لديها وسنستعرض أهم هذه الحلول، من خلال العناصر، والتي نتناولها في فرعين المواليين.

الفرع الأول: تدني مستوى الكفاءة الإدارية والمهنية للمؤسسات العقابية، ومشكلة إكتظاظها.

لقد أثبتت الدراسات المتخصصة أن المؤسسات العقابية، لم تنجح في القيام بمهمتها في تأهيل المحكومين، والحد من العودة إلى الجريمة، والإدماج الإجتماعي، والسبب في ذلك أن هذه المؤسسات قد إعتمدت على نظم يسودها الروتين، والتكرار، وعدم التطوير، وغياب الحوافز والدوافع للقائمين على التنفيذ، أما خلال القطاع الخاص لإدارة هذه المؤسسات فمن شأنه رفع كفاءتها وتحفزها على تحقيق أهدافها.

مشكلة إزدحام السجون، هذه المشكلة هي ظاهرة عالمية، تعاني منها معظم السجون في العالم، بسبب زيادة عدد المجرمين، ونقص سبل الوقاية من الجريمة وتكرارها، وتشير الدراسات إلى أن ارتفاع النسبة في أعداد النزلاء لم يرافقه زيادة في عدد المؤسسات العقابية، الأمر الذي حال دون تمكن هذه المؤسسات من إستيعاب النزلاء وتأهيلهم، ويتمثل حل هذه المشكلة في بناء سجون جديدة، تستوعب الأعداد المتزايدة من النزلاء، ولما كان القطاع الحكومي في كثير من الدول عاجزاً بإمكانياته المحدودة عن بناء هذه السجون وإنشائها، فقد ظهرت الحاجة إلى حلول القطاع الخاص محله لهذه الغاية بعد أن أثبتت التجربة قدرته على القيام بهذه المشاريع.¹²

الفرع الثاني: التكلفة المالية الباهظة لإصلاح النزلاء وتأهيلهم

لقد أثبتت الدراسات أن تشغيل المؤسسات العقابية بواسطة القطاع الخاص، أكثر كفاءة وفاعلية من إدارتها وتشغيلها بواسطة القطاع العام، فالقطاع الخاص قادر على إدارتها بأساليب ذات معايير تجارية وإقتصادية، غالباً ما تؤدي إلى رفع كفاءتها الإنتاجية، وتعظيم مخرجاتها الإقتصادية، وتسييرها وإدارتها بكفاءة عالية تنعكس على نزلائها، وعلى برامجها المهنية، والتأهيلية، والإصلاحية بصورة عامة، ويرى روبرت بریتون رئيس الإصلاحات السابق في الولايات المتحدة، أن السجون الخاصة لا توفر خدماتها بطريقة أسرع من القطاع العام فحسب، بل بتكلفة أقل، ويؤكد باترك وهو مدير سابق للسجون في الولايات المتحدة أيضاً، أن النزول في السجون الخاصة يكلف الدولة أقل بكثير من النزول في السجون الحكومية ويبدو أن الحجج التي إستند إليها أنصار الخصخصة لم تسلم من النقد، فيرى معارضوها أن سيطرة فكرة الربح والإستثمار على القطاع الخاص، سوف تؤدي إلى إغفال الدور الإنساني والإجتماعي الذي يهدف إليه التنفيذ العقابي.

كما أن إحلال القطاع الخاص محل القطاع العام في إدارة هذه المؤسسات قد يؤدي إلى المساس بحقوق النزلاء وتعذيبهم وأخيراً، فإن إدارة المؤسسات العقابية هي من الأمور التي تدخل في صميم وظيفة الدولة، وأن إحلال القطاع الخاص محلها، يعني تخلي الحكومة عن واجباتها الأساسية في إحلال العدالة وحماية المجتمع من الجريمة، وأهدافها ينبغي أن تبقى بيد الحكومة، لتحقيق سيادة الدولة وفرض هيبتها، ولعدم وجود سند قانوني أو دستوري يمنحها للقطاع الخاص، وحتى لو وجد مثل هذا السند، فإن السياسة الجنائية العقابية، ينبغي أن تبنى على أطر محددة تتبناها الحكومة وحدها دون سواها.¹³

لا بد من جمع وإستخدام البيانات لأجل إستعمال السجن بشكل رشيد وإنساني وفعال، التكلفة يتطلب تخفيف الإكتظاظ فهماً لحجم المشكلة وأسباب حدوثها في كل نظام من نظم السجون على حدى.، إن إجراء تعداد دقيق ومحدد لنزلاء السجون يوضح من هم المسجونون وأسباب سجنهم، قد يساهم في تحديد أولويات تخفيف الإكتظاظ، فالمعلومات الدقيقة والمحدثة تساهم أيضاً في مناقشة أكثر عقلانية لكيفية إستخدام السجون، والمساهمة في الترويج للسياسات التي تراعي المعايير الدولية، فيجب أن يكون جمع المعلومات وتحليلها عملية منتظمة ودورية، كما يجب إطلاع الجمهور على التدابير الأكثر كفاءة في التقليل من الجريمة.¹⁴

إن مراجعة وإصلاح نظام العدالة الجنائية بأكمله بدءاً من التوقيف وحتى الإفراج، والإستثمار في الوقاية والتقليل من الجرائم، يأتي إستخدام عقوبة الحبس يعكس مجموعة من العوامل من ضمنها مستويات إنعدام المساواة والإستثمار في سياسة إجتماعية، بالإضافة إلى معدلات الجريمة.، وتقليل أعداد السجناء لا يقتصر على مسألة وضع تدابير تكون بدائل مباشرة للإحتجاز على ذمة المحاكمة أو إصدار أحكام بالحبس، على الرغم من أهميتها.

لابد من تحويل القضايا الصغرى عن نظام العدالة الجنائية توصي المعايير والأعراف الدولية بالألا يتم اللجوء إلى الملاحقة القضائية والحبس، إلا عندما تكون تلك الإجراءات متناسبة مع الجرم المرتكب، وعندما لا تتوفر بدائل أخرى مناسبة لضمان أداء السجون لدورها المنوط بها، بما في ذلك إعادة الإصلاح والتأهيل؛ فمن الضروري التعامل مع الجرائم الصغرى بأساليب مختلفة.

الخاتمة:

وفي خاتمة هذا الموضوع توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات أهمها.

أمام ضعف فاعلية المؤسسات العقابية في الإصلاح والتأهيل، فقد ترتب على ذلك أن السياسة العقابية المعاصرة قد تبنت إتجاهاً إصلاحياً يقوم على إتخاذ تدابير بديلة لعقوبة السجن وهذه البدائل كالسوار الإلكتروني.

يمكن القول إن الوضع تحت نظام المراقبة الإلكترونية بالسوار الإلكتروني هو أحد أوجه المراقبة الإلكترونية بصفة عامة والتي أخذت مكانها بجدارة في التشريعات العقابية المقارنة وبخاصة في التشريع الفرنسي، حيث يقوم على إلزام المتهم أو المحكوم عليه بوضع وسيط إلكتروني مرسل على جسمه يسمح بتحديد موقعه سواء بصفة مستمرة - عن طريق تقسيم المناطق - أو متقطعة - تحديد المكان والأوقات - إضافة إلى إلزامات أخرى تختلف باختلاف الإطار القضائي الذي إستخدمت فيه.

وتتمتع هذه الآلية بمرونة تجعلها تتكيف مع مراحل الدعوى العمومية أستخدمت كأحد تدابير الرقابة القضائية كبديل للحبس المؤقت ARSE ، كبديل للعقوبة السالبة للحرية أو وسيلة مستحدثة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية PSE ، وكذا كمرحلة وسطى بين سلب الحرية والإفراج النهائي SEFIP وكتدبير أمني في إطار المراقبة الإلكترونية المتحركة PSEM ، ويتمتع الوضع تحت نظام المراقبة الإلكترونية بخصوصيات، وبنية مستقلة ينفرد بها وبإعتباره آلية يمكن توظيفها داخل وخارج المجال العقابي، فهو يزاوم الرقابة القضائية

والحبس المؤقت ويهدد بدائل العقوبات السالبة للحرية والتدابير الأمنية، المبادئ الدستورية التي تحكم القانون الجنائي شأنه في ذلك شأن الآليات التي ينافسها، كمبدأ الشرعية وقرينة البراءة.

أولاً: النتائج

• إن تطوير المؤسسات العقابية يتطلب في كثير من الأحيان مواكبة التطورات التي تطرأ في المجتمع سواء كانت تطوير في التشريعات أو تطوير في الأساليب والوسائل الإدارية التي تحكم عمل هذه المؤسسات بما يحقق وظيفة العقوبة والمتمثلة في إصلاح النزلاء وتأهيلهم.

• لقد إضح من خلال هذه الدراسة أن هنالك بعض النظم الإدارية الحديثة في الإصلاح والتأهيل قد حققت نتائج جيدة في الإصلاح والتأهيل، ومن أهم هذه النظم خصصة المؤسسات العقابية وتخصيصها وتفعيل العمل العقابي والتدريب المهني داخل هذه المؤسسات.

• أن من شأن تطبيق النظم الإدارية الحديثة في الإصلاح والتأهيل داخل المؤسسات العقابية، إيجاد

بيئة ملائمة

للنزلاء، ويترتب على ذلك وضع حلول لكثير من المشاكل داخل هذه المؤسسات ولا سيما مشاكل إزدحام وتكدس السجون وتجنب الآثار السلبية التي تنعكس على النزلاء.

• أن تطبيق النظم الإدارية الحديثة داخل المؤسسات العقابية لا بد أن يرافقه تطبيق بعض النظم القضائية والتي تفتقر إليها المؤسسات العقابية.

• حتى تتمكن المؤسسات العقابية من تطبيق النظم الإدارية الحديثة والنظم القضائية في الإصلاح والتأهيل، فيتعين أن تكون الطاقة الإستيعابية لهذه المؤسسات قادرة على تنفيذ البرامج والسياسات التأهيلية والإصلاحية، وهذا يتطلب ضرورة تجنب مشكلة إزدحام السجون، وذلك من خلال اللجوء إلى بدائل العقوبات السالبة للحرية سواء أن كانت بدائل مقيدة للحرية كالإختبار القضائي والمراقبة الإلكترونية أو بدائل عينية كالغرامة والمصادرة وإصلاح أضرار الجريمة.

الإقتراحات والتوصيات.

• إعادة النظر في السياسات والنظم العقابية وبرامج الإصلاح والتأهيل، وذلك من خلال إستحداث قانون إصلاح وتأهيل عصري، يلبي متطلبات مراكز الإصلاح والتأهيل، ويتلاءم مع القوانين والمواثيق الدولية.

• تفعيل دور مؤسسة التدريب المهني في الإصلاح والتأهيل، من خلال وضع خطط شاملة وبرامج هادفة للتدريب والتأهيل المهني، على ضوء إحتياجات سوق العمل، وهذا ما يستدعي تعدد المهن والحرف وتنوعها، وبما يتلاءم مع قدرات النزير، ومواهبه، ومؤهلاته.

• حل مشكلة إزدحام السجون، وذلك ببناء مراكز جديدة ذات مواصفات عالمية، بحيث لا يزيد عدد النزلاء في الغرفة الواحدة عن أربعة نزلاء، وفقاً لسياسات العزل والتصنيف، وألا تزيد الطاقة الإستيعابية للمركز عن (800) نزير.

• ضرورة متابعة ما يستجد من نظم إدارية حديثة في الإصلاح والتأهيل، وتطبيقها في جميع المؤسسات العقابية، مع التركيز بشكل أساسي على التدريب المهني والعمل العقابي والتعليم الأكاديمي داخل مؤسسات التربية وإعادة التربية.

. الوضع تحت المراقبة الإلكترونية يعد أحد أهم وأبرز التطور العلمي العقابي على الرغم من الإنتقادات الكبيرة التي قدمها الفقه الجنائي، إلا أنها في المقابل تساهم في إصلاح الجاني عن طريق إبعاده من الوسط الإجرامي السجن عن طريق إندماجه الإجتماعي في الحياة الحرة، كما أنه يشكل ضمانة من ضمانات حقوق الإنسان ويعزز مبدأ دستوري ألا وهو قرينة البراءة.

الهوامش

- ¹ . فهد يوسف الكساسبة، العقوبة ودورها في العلاج والتأهيل، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الأردن، 2005، ص291.
- ² المادة: 150 مكرر من قانون رقم 01.18 مؤرخ في 12 جمادى الأولى عام 1439 الموافق 30 يناير سنة 2018.
- ³ . أوتاني صفاء، (الوضع تحت المراقبة الإلكترونية " السوار الإلكتروني " في السياسة العقابية الفرنسية)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، الجمد 25، العدد الأول، 2009، ص 131 .
- ⁴ . بوسري عبد اللطيف، النظم المستحدثة لمواجهة أزمة الحبس قصيرة المدة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء. القانونية، الإسكندرية، 2016، ص 246 .
- ⁵ . رحامي منصور، علم الإجرام والسياسة الجنائية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 163.
- ⁶ . سعداوي محمد صغير، عقوبة العمل للمنفعة العامة، شرح القانون. العقوبات الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر 2013، ص 49 .
- ⁷ . على عز الدين الباز على، نحو مؤسسات عقابية حديثة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية. الإسكندرية، 2016، ص 83.
- ⁸ . عمر سالم، المراقبة الإلكترونية طريقة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية، خارج السجن، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 29 .
- ⁹ مصطفى مداح، الوضع العقابي القائم وسياسة الإصلاح وإعادة الإدماج، الأعمال التحضيرية للمناظرة الوطنية حول: السياسة الجنائية بالمغرب واقع وآفاق، ص:63.
- ¹⁰ -الحسن زين الإسم، إشكالية العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة والبدائل المقترحة، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة عبد الملك السعدي، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية -طنجة، المغرب، 2014، ص-34 .
- ¹¹ - ساهر إبراهيم الوليد، مراقبة المتهم إلكترونياً كوسيلة للحد من مساوئ الحبس الاحتياطي، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، كلية الحقوق جامعة الأزهر، المجلد 11 ، عدد 01 ، 2013، ص664 وما بعدها.

-
- ¹². عبد الله بن عبد العزيز يوسف، التداير المجتمعية كبديل للعقوبة السالبة للحرية، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، ط 1، الرياض، 2003، ص 137 .
- ¹³. غضبان زهرة، تعدد أتماط العقوبة وأثره في تحقيق الردع الخاص للمحكوم عليهم، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، كلية الحقوق، 2013، ص 61.
- ¹⁴. عبد الله بن عبد العزيز يوسف، نفس المرجع السابق، ص 139 .

خصائص الجريمة المعلوماتية وأسباب ارتكابها

أ/ بن مالك اسمهان، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة م برج بوغريج
ط.د/ كلية الحقوق والعلوم السياسية حمد لمين دباغين سطيّف.

الملخص:

تعد الجريمة المعلوماتية من الجرائم المستحدثة في عصرنا الراهن، ترتكب باستخدام تقنية عالية لا حدود لها، وقد تزايدت معدلات هذه الجريمة في العقدين الأخيرين على وجه الخصوص، الأمر الذي أدى إلى بروز ظاهرة إجرامية تعرف بالإجرام المعلوماتي أو الإجرام الإلكتروني، ويستخدم مصطلح المعلوماتية لوصف فكرة أو جزء من الحاسب أو عصر المعلومات، أما الجريمة فهي السلوكيات والأفعال الخارجة على القانون، والجرائم المعلوماتية هي الانتهاكات التي ترتكب ضد الأفراد أو مجموعة من الأفراد بدافع الجريمة وبقصد إيذاء سمعة الضحية أو إلى إحداث أذى مادي أو معنوي للضحية مباشر أو غير مباشر باستخدام شبكات الاتصالات التي تمثل جوهر الجريمة المعلوماتية، وتعتبر الجريمة المعلوماتية ظاهرة اجتماعية حولت المجتمعات إلى مجتمع رقمي، حيث انتقل نشاط الناس من الواقع الفعلي إلى الواقع الافتراضي، وهي جريمة عابرة للحدود الوطنية سهل انتشارها سهولة الوصول إلى المستهدفين وانخفاض التكلفة وضعف الرقابة والسرعة في تنفيذها وتوظيف الاتصالات والتفاعلات في ارتكابها وهذا ما دفعنا لتناول هذا الموضوع وبيان أسباب ارتكاب هذه الجريمة وخصائصها في إطار القانون رقم 18-07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي تحت عنوان خصائص الجريمة المعلوماتية وأسباب ارتكابها.

الكلمات المفتاحية: الجريمة المعلوماتية- الإجرام الإلكتروني- المجتمع الرقمي- الكسب غير

مشروع- الواقع الافتراضي.

Abstract

Cybercrime is considered a new crime nowadays; it is committed by a highly developed technics that has no limits. The rate of this crime has increased in the last two decades. This has led to the appearance of cybercrime as a criminal phenomenon. We use the term "informatics" to describe a special idea about the computer or information age while cybercrime is the acts and attitudes that violate the law. In other words, cybercrime is the crime that is done to individuals or group of people directly or indirectly in order to hurt them mentally or physically by using the

internet which is the core of this crime. Cybercrime is a social phenomenon that has turned societies into a single digital community where people activity transferred from actual world to virtual world. Moreover, this crime can be committed beyond national borders because of the lack of control and the use of telecommunication and reactions in its commission in addition to the speed in doing such crimes. All of these reasons and features of cybercrime are discussed in the first chapter of this conference entitled Law No. 18-07 on the the Protection of Natural Persons in the Field of Personalized Data Processing “The features of Informatics Crime and its Causes “

KEY WORDS: Informatics Crime -Cybercrime -digital community -illegal gains- virtual world

مقدمة:

يعد استخدام التكنولوجيا في تخزين المعلومات وتصنيفها واسترجاعها ونقلها، من الركائز الرئيسية التي تعتمد عليها غالبية المجتمعات في العصر الحديث نظرا للفوائد الكبيرة لتلك التكنولوجيا أبرزها ضمان سرعة نقل وتبادل المعلومات من مختلف أنحاء العالم والحصول عليها بسهولة وبأقل جهد ووقت وتكلفة، ونظرا لتلك المزايا فإنه يوما بعد يوم يتنامى الاعتماد على تكنولوجيا المعلومات في مختلف المجالات العلمية والعملية، ونتيجة لذلك أصبحت النظم المعلوماتية والحاسبات الآلية مستودعا لكم هائل وضخم من البيانات والمعلومات الشخصية، الاقتصادية، المالية والعسكرية، حيث أصبحت الشبكات الإلكترونية ممر لنقل كم هائل من تلك المعلومات من مركزها إلى مختلف أنحاء العالم، وعلى الرغم من الإيجابيات التي تقدمها تكنولوجيا المعلومة، إلا أن التهديدات والجرائم المرتكبة عن طريق هذا الفضاء أكبر وفي تطور وتزايد مستمر، لذلك لا بد من دراسة هذا الموضوع من جانب خصائص وأسباب ارتكاب الجريمة المعلوماتية وهو ما يدفعنا إلى طرح الإشكالية التالية:

ما هي خصائص الجريمة المعلوماتية؟ وما أسباب ارتكابها؟

وهذا من خلال مبحثين رئيسيين:

المبحث الأول: ماهية الجريمة المعلوماتية وصورها.

المبحث الثاني: خصائص وأسباب ارتكاب الجريمة المعلوماتية.

المبحث الأول: ماهية الجريمة المعلوماتية وصورها:

المطلب الأول: مفهوم الجريمة المعلوماتية:

اختلف الفقهاء والشراح حول مفهوم الجريمة المعلوماتية، والسبب في ذلك إلى الطريقة التي تناول بها كل فقيه الجريمة المعلوماتية والمعياري الذي إعتمده في تعريفها، حيث ذهب البعض إلى تعريف الجريمة المعلوماتية بأنها نشاط غير مشروع موجه لنسخ أو تغيير أو حذف أو الوصول إلى المعلومات المخزنة داخل الحاسب أو التي تحول عن طريقه⁽¹⁾، يستند هذا التعريف إلى موضوع الجريمة وصور السلوك المادي المجرم، ويؤخذ عليه أنه يضيق من مفهوم الجريمة المعلوماتية حيث يخرج طائفة من الأفعال غير المشروعة يستخدم فيها الحاسوب كأداة لارتكابها كالاختيال المعلوماتي، فضلا على أن تعريف الجريمة المعلوماتية اقتصر على عدة صور للسلوك المادي للجريمة الذي قد يؤدي إلى خروج بعض الأفعال الأخرى التي لم يشملها التعريف من نطاق التجريم مثل الأفعال التي تستهدف الشبكات والمواقع الإلكترونية بقصد إعاقة الاتصال وانتقال المعلومات ومنع الوصول للمعلومات، والحرمان من الحزمة الإلكترونية بشكل عام.

فيما يستند البعض الآخر إلى الوسيلة حيث يعرف هذا الاتجاه الجريمة المعلوماتية استنادا إلى وسيلة ارتكابها وهو الحاسوب، بأنها فعل إجرامي يستخدم الكمبيوتر في ارتكابه كأداة رئيسية⁽²⁾.

وعرفتها منظمة التعاون الإقتصادي والتنمية OECD

(Organisation for Economic Co-operation and Development)

أن الجريمة المعلوماتية هي كل فعل أو امتناع من شأنه الاعتداء على الأموال المادية أو المعنوية يكون ناتجا بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن تدخل التقنية المعلوماتية⁽³⁾، كما تبنى مؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة ومعاقة المجرمين، والذي عقد في فينا سنة 2006 تعريفا للجريمة المعلوماتية أنها: «أية جريمة يمكن إرتكابها بواسطة نظام حاسوبي أو شبكة حاسوبية أو داخل نظام حاسوب، وتشمل تلك الجريمة من الناحية المبدئية جميع الجرائم التي يمكن ارتكابها في بيئة إلكترونية»⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: صور الجرائم المعلوماتية الماسة بالمعلومة الإلكترونية:

تعتبر حماية البيانات الشخصية والحق في الخصوصية من أكثر الأمور المتعلقة بحقوق الإنسان التي يسعى جاهدا لحمايتها من خلال سن نصوص قانونية تكفل تحقيق هذه الحماية، حيث سبق وأن نظم

المشروع الجزائري حماية البيانات والمعالجة الآلية لها في ثلاثة أنواع من الجنح في المواد 394 مكرر إلى 394 مكرر 7 من قانون العقوبات هي:

- جنحة الدخول أو البقاء عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة المعالجة الآلية للمعطيات.
- جنحة إدخال المعطيات عن غش في نظام المعالجة أو إزالة أو تعديل عن غش للمعطيات.
- جنحة القيام عمداً أو عن طريق الغش.

إلا أن هذه النصوص القانونية لم تحقق المواكبة اللازمة لحماية البيئة الشخصية في ظل التطور التكنولوجي فكان لزاماً عليه أن يتدارك ذلك بوضع قانون يساير هذا التطور التكنولوجي من خلال القانون 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعية في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، فنظم المشروع الجزائري الحماية الجزائية لهذه المعطيات في ظل القانون 07-18⁽⁵⁾ في الفصل الثالث منه من المادة 54 إلى غاية 69، حيث تضمن هذا القانون عدة جرائم ماسة بالمعطيات الشخصية ترتكب إما أثناء عملية جمعها أو أثناء معالجتها أو أثناء استعمالها أو التصرف فيها وهي كالآتي:

- جريمة استعمال الأساليب غير المشروعة في جمع المعطيات الشخصية.

- جريمة جمع المعطيات الشخصية المتعلقة بالوضعية الجزائية للشخص المعني.

- جريمة عدم استفاء الشروط المسبقة للمعالجة.

- جريمة خرق الالتزامات الواقعة على المسؤول عن المعالجة.

- جريمة استعمال المعالجة لأغراض غير تلك المصرح أو المرخص بها.

- جريمة الاحتفاظ بالمعطيات خارج المدة المحددة.

- جريمة السماح لغير المؤهلين بالولوج إلى المعطيات الشخصية.

- جريمة إيصال المعطيات المعالجة أو المستلمة إلى غير المؤهلين بذلك.

وسيتم دراسة ثلاث جرائم في هذا التعديل وهي:

الفرع الأول: جريمة استعمال الأساليب غير المشروعة في جمع المعطيات الشخصية:

نصت على هذه الجريمة المادة 59 من القانون 07-18 على أنه:

«يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 100000 دج إلى 300000 دج، كل من قام بجمع معطيات ذات طابع شخصي بطريقة تدليسية أو غير نزيهة أو غير مشروعة»⁽⁶⁾.

لهذه الجريمة ركنين أساسيين هما:

أولاً: الركن المادي.

ثانياً: الركن المعنوي.

ثالثاً: العقوبة المقررة.

أولاً: الركن المادي:

يقصد بعملية الجمع أن يقوم الجاني بالحصول على معطيات لشخص واحد أو عدة أشخاص وهي شكل من أشكال الاعتداء على المعطيات الشخصية، وتقوم الجريمة سواء تم الجمع يدوياً أي جمعها في ملفات أو سجلات ورقية مثلاً أو تم عن طريق ألي أي باستعمال الأجهزة المعلوماتية حسب المادة الرابعة من القانون 07-18 التي نصت على أن القانون يطبق على نوعي المعالجة آلية كانت أو غير آلية، لذلك يمكن أن يكون الجمع في جهاز معلومات أو عن طريق انتقاء المعطيات وإدراجها في سجلات أو ملفات رقمية، كما قد يتم جمعها من وثائق ورقية موجودة مسبقاً أو عن طريق مسألة في شكل استطلاع للشخص المعني مباشرة أو إعطاءه وثيقة أسئلة يجيب عنها كتابة.

من أجل أن تقوم هذه الجريمة يجب أن تكون المعطيات موضوع الجمع هي معطيات شخصية والتي جاء تعريفها في المادة (3) الثالثة من هذا القانون⁽⁷⁾، حيث تناول في هذه المادة بالتفصيل كل ما يتعلق

بالمفاهيم المستعملة في هذا القانون وذلك من أجل إزالة اللبس عن هذه المصطلحات المعلوماتية التي تعتبر حديثة الاستعمال في المجال القانوني، وقصد المشرع من المعطيات الشخصية:

«كل معلومة بغض النظر عن دعائها متعلقة بشخص معرف أو قابل للتعرف عليه، "الشخص المعني" بصفة مباشرة أو غير مباشرة، لا سيما بالرجوع إلى رقم التعريف أو عنصر أو عدة عناصر خاصة بهويته البدنية أو الفيزيولوجية أو الجينية أو البيومترية أو النفسية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية»⁽⁸⁾.

وبذلك فالمعطيات الشخصية هي تلك المعلومات المحصل عليها والتي تؤدي إلى التعرف إلى شخص ما بشكل مباشر أو غير مباشر كاللجوء إلى رقم التسجيل كرقم الهاتف أو رقم تسجيل السيارة أو رقم تسجيل الضمان الاجتماعي أو الضريبي، وهو دليل على إرادة المشرع في التوسع في مفهوم المعطيات الشخصية لإزالة الإشكال الذي يطرح حول التمييز بين المعطيات الشخصية والمعطيات الاسمية.

استوجب القانون لقيام جريمة الجمع غير المشروع للمعطيات أن تستعمل في ذلك طرق تدليسية أو غير نزيهة وهو السلوك الإجرامي الواجب توافره، إذ وردت هذه العبارات بنفس الشكل عند المشرع الفرنسي وهو ما سيأتي بيانه لاحقاً، إذ أن مصطلح "الطريقة غير مشروعة" يكفي وحده لضمان الوسائل التدليسية وغير النزيهة لجمع المعلومة، يضاف إليها كل أشكال الاختلاس من الوثائق أو السجلات الرقمية أو الحصول عليها عن طريق الدخول غير المشروع للأنظمة المعلوماتية أما الطريقة التدليسية فهي استعمال كل وسائل الخداع والاحتيال، كالكذب على الشخص المعني بالتأثير على إرادته إلى درجة أن يقتنع بصحة ما يدعيه الجاني، فيقدم معلومات ذات طابع شخصي يستغلها الجاني في جمعها.

أما الطريقة غير النزيهة تعني مخالفة الجاني لواجباته الأخلاقية سواء أثناء ممارسة مهنته أو وظيفته أو في تعامله مع الجمهور أثناء جمع المعطيات ذات الطابع الشخصي كاستغلال النفوذ أو تقديم الرشاوى من أجل الحصول على تلك المعطيات⁽⁹⁾.

ثانياً: الركن المعنوي:

من خلال العبارات المستعملة في هذه الجريمة يتضح أنها جريمة عمدية إذ استعمل المشرع عبارات: تدليسية أو غير نزيهة أو غير مشروعة من أجل الحصول على المعطيات الشخصية مع إرادة القيام بذلك.

ثالثا: العقوبة المقررة:

اعتبر المشرع هذه الجريمة جنحة عقوبتها الحبس من سنة إلى (3) ثلاث سنوات وغرامة من 100000 دج إلى 300000 دج⁽¹⁰⁾.

الفرع الثاني: جريمة جمع المعطيات الشخصية المتعلقة بالوضعية الجزائية للشخص المعني:

نصت على هذه الجريمة المادة 68 من القانون 07-18 على أنه:

«يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 60000 دج إلى 300000 دج، كل من قام، في غير الحالات المنصوص عليها قانونا، بوضع أو حفظ في الذاكرة الآلية، المعطيات ذات الطابع الشخصي بخصوص جرائم أو إدانات أو تدابير أمن»⁽¹¹⁾.

وعليه سيتم دراسة هذه الجريمة من خلال أركانها كالآتي:

أولا: الركن المادي.

ثانيا: الركن المعنوي.

ثالثا: العقوبة المقررة.

أولا: الركن المادي:

يقوم السلوك الإجرامي لهذه الجريمة بمجرد تحقق مرحلة الوضع أو الحفظ في الذاكرة الآلية حتى وإن كان الجاني لا يريد معالجتها، كما لا يكفي مجرد جمع المعطيات لقيامها أيضا إذا لم يتم بوضعها أو الاحتفاظ بها في تلك الذاكرة.

يقصد بالوضع هو إدراج المعطيات ذات الطابع الشخصي والمتعلقة بالماضي الجزائي للشخص المعني في سجلات معلوماتية مهما كانت طبيعتها بحيث لا يشترط القانون أن تكون معدة خصيصا لذلك بل قد يكون له رض آخر تم إدراج تلك السوابق فيه كما لو كان هذا السجل متعلقا بتيسير هيئة المستخدمين⁽¹²⁾.

أما الحفظ هو البقاء على هذا النوع من المعطيات داخل الذاكرة الآلية عن طريق تسجيلها، بحيث يمكن العودة إليها في أي وقت، لذلك يعد هذا النوع من الجرائم المستمرة لاستمرار عملية الحفظ لتلك المعطيات، حيث حصر المشرع الجزائري فعل الوضع أو الحفظ الذي يتم في الذاكرة الآلية فقط وبالتالي استبعاد الحفظ اليدوي من ذلك⁽¹³⁾.

يقصد بالمعطيات ذات الطابع الشخصي التي تكشف الماضي الجزائي للشخص المعني وفقا للمادة 68 السابقة الذكر من القانون 07-18 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية، هي التي تختص جرائم أو إدانات أو تدابير أمن والواضح أن المشرع يقصد بها حصريا ذات الأصل الجزائي، فيقصد بعبارة الجرائم كل السلوكات المعاقب عليها جزائيا سواء في قانون العقوبات أو في القوانين المكملة مهما كانت درجتها مخالفة أو جنحة أو جناية⁽¹⁴⁾.

يقصد بالإدانات مجموعة الأحكام الجزائية الصادرة بالإدانة في حق الشخص المعني، والعقوبات التكميلية الملحقة بالعقوبات المحكوم بها وكذا العقوبات البديلة كالعقوبات للنفع العام، أما تدابير الأمن فهي تلك التي يتخذها القضاء الجزائري⁽¹⁵⁾ كتدابير تعليق رخصة السياقة الذي يمكن أن تتخذه لجنة التعليق المنصوص عليها في قواني المرور.

ثانيا: الركن المعنوي:

اعتبر المشرع الجزائري هذه الجريمة ضمن الجرائم العمدية التي يتوافر فيها القصد الجنائي العام العلم والإرادة أي أن يعلم الجاني بأن عملية الوضع أو الحفظ في الذاكرة الآلية للمعطيات ذات الطابع الشخصي بخصوص جرائم أو إدانات أو تدابير أمن وأن تتجه إرادته رغم ذلك إلى القيام بهذه الأفعال المجرمة قانونا.

ثالثا: العقوبة المقررة:

بالرجوع إلى المادة 68 السابقة الذكر فقد اعتبرها المشرع جنحة عقوبتها الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات بالإضافة إلى عقوبة مالية تتمثل في الغرامة من 60000 دج إلى 300000 دج.

الفرع الثالث: جريمة عدم استفاء الشروط المسبقة للمعالجة:

اشترط المشرع في القانون 07-18 للقيام بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي ضرورة استيفاء بعض الشروط المسبقة والمتمثلة في الحصول على الموافقة الصريحة من الشخص المعني أو عدم صدور اعتراض منه، بالإضافة إلى القيام ببعض الإجراءات الشكلية أمام اللجنة الوطنية لحماية المعطيات والمتمثلة في التصريح والترخيص، ومخالفة هذه الشروط من شأنه أن يؤدي إلى قيام نوعين من الجرائم حسب المادة 55 و56 من ذات القانون.

أولاً: جريمة خرق أحكام المادة 7 من القانون 07-18:

نصت على هذه الجريمة المادة 55 من القانون 07-18 على أنه:

«يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 100000 دج إلى 300000 دج كل من قام بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي خرقاً لأحكام المادة 7 من هذا القانون. و يعاقب بنفس العقوبة كل من يقوم بمعالجة معطيات ذات طابع شخصي رغم اعتراض الشخص المعني، عندما تستهدف هذه المعالجة، لاسيما الإشهار التجاري أو عندما يكون الاعتراض مبني على أسباب شرعية»⁽¹⁶⁾.

الركن المادي:

يتمثل السلوك الاجرامي لهذه الجريمة في اختراق أحكام المادة 7 من هذا القانون والتي ألزمت الحصول على الموافقة الصريحة من طرف الشخص المعني للقيام بمعالجة المعطيات الشخصية⁽¹⁷⁾.

يقصد بحق الاعتراض أن يطلب الشخص المعني وقف أو رفض جمع او معالجة المعطيات التي تخصه ولم يقيد المشرع الجزائري حق الاعتراض بنوع معين من المعالجة بل أجازته سواء في إطار المعالجة الآلية أو غير الآلية سواء كانت المعالجة من طرف هيئة عمومية أو خاصة.

كما يشمل حق الاعتراض ما نصت عليه المادة 36 من هذا القانون فيما يخص المعطيات المحصل عليها لدى الشخص المعني أو تلك المحصل عليها لدى الغير⁽¹⁸⁾.

كل المعطيات ذات الطابع الشخصي يجوز للشخص المعني بها الاعتراض على معالجتها بما في ذلك التي لا يلزم القانون في المادة 7 الحصول على موافقته باستثناء إذا كانت المعالجة تستجيب إلى التزام قانوني بحت لا يجوز الاعتراض فيها بصريح العبارة⁽¹⁹⁾.

كما يجب أن يؤسس حق الاعتراض على أسباب مشروعة وإن كان الغرض منه الإشهار التجاري، وقد استند البعض إلى حصر الأسباب المشروعة في حالة إثارة حماية الحق في الخصوصية، إلا أنه بالرجوع إلى أحكام القانون 07-18 يمكن الاستناد إلى المادة 2 من التي وضعت الإطار العام لحدود المعالجة ذات الطابع الشخصي، التي يجب أن تتم في ظل احترام الكرامة الإنسانية والحياة الخاصة والحريات العامة وألا يمس بحقوق الأشخاص وشرفهم وسمعتهم وهي ضوابط مشروعة يمكن الاحتجاج بها لممارسة حق الاعتراض.

الركن المعنوي:

تعتبر هذه الجريمة جريمة عمدية تقتضي لقيامها القصد الجنائي العام أي علم الجاني ان المعطيات التي أراد معالجتها تخضع للموافقة المسبقة للشخص المعني وكذا علمه بأن هذا الخير قد أصدر اعتراضا على ذلك مع توافر إرادة القيام بسلوك المعالجة بالمنخلفة لأحكام القانون.

العقوبة المقررة:

اعتبر المشرع هذه الجريمة جنحة عقوبتها الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات، بالإضافة إلى غرامة مالية مقدرة بـ 100000 دج إلى 300000 دج، سواء ما تعلق باختراق أحكام المادة 7 من ذات القانون أو كل من يقوم بمعالجة معطيات ذات طابع شخصي رغم اعتراض الشخص المعني.

ثانيا: جريمة انجاز معالجة للمعطيات الشخصي غير مصرح بها أو غير المرخص بها (جريمة مخالفة المادة 12 من ذات القانون):

نصت على هذه الجريمة المادة 56 من القانون 07-18 على أنه:

«يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 200000 دج إلى 500000

دج كل من ينجز أو يأمر بإنجاز معالجة معطيات ذات طابع شخصي دون احترام الشروط المنصوص عليها في المادة 12 من هذا القانون.

و يعاقب بنفس العقوبات كل من قام بتصريحات كاذبة أو واصل نشاط معالجة المعطيات رغم سحب وصل التصريح أو الترخيص الممنوح له»⁽²⁰⁾.

سيتم دراسة هذه الجريمة من خلال الركن المادي والمعنوي والعقوبة المقررة لها.

الركن المادي:

تقع هذه الجريمة بالمخالفة لأحكام المادة 12 من القانون 07-18 التي أوجبت أن تخضع كل عملية معالجة للمعطيات ذات الطابع الشخصي لإجرائي التصريح أو الترخيص من طرف السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية ما لم يوجد نص قانوني آخر يستثني عملية معالجة معينة من ذلك⁽²¹⁾.

يقصد بالتصريح تقديم طلب يتضمن إخطار السلطة الوطنية بالالتزام بإنجاز عملية المعالجة للمعطيات الشخصية في إطار أحكام القانون السابق الذكر⁽²²⁾ ويسلم للمسؤول عن هذه المعالجة بموجب هذا التصريح وصل ايداع إما مباشرة أو يرسل إليه بالطريق الإلكتروني في أجل لا يتعدى 48 ساعة⁽²³⁾.

وقد ميز في القانون 07-18 بين ثلاث حالات للتصريح وهي:

التصريح العادي: الذي يشترط فيه أن تتوفر كل البيانات المذكورة في المادة 14 من نفس القانون وهي تسعة (9) بيانات تتضمن اسم وعنوان المسؤول عن المعالجة أو ممثله، طبيعة المعالجة والغرض منها، صفة فئة أو فئات الأشخاص المعنيين والمعطيات وفئات المعطيات المتعلقة بهم، المرسل إليهم الذين قد تصلهم تلك المعطيات، طبيعة المعطيات المراد إرسالها إلى دولة أجنبية، مدة الحفظ، إبراز الجهة أو المصلحة التي يمكن للشخص المعني أن يمارس أمامها الحقوق المحولة له لحق التصحيح والإعلام والولوج والاعتراض، وصف عام يمكن من تقييم أولي متعلق بتدابير السرية وأمن المعالجة، الربط البيئي أو التقريب بين المعطيات وكذا التنازل عنها للغير أو معالجتها من الباطن.

التصريح البسيط: أجازته المشرع في أحكام المادة 15 من هذا القانون، عندما يظهر أن المعالجة لا تشكل أي خطر للإضرار بحقوق وحرية الأشخاص المعنيين وخصوصياتهم، واشترط المشرع ضرورة توفر البيانات الستة (6) الأولى من المادة 14 من القانون 07-18 السابق ذكرها على أن تحدد السلطة الوطنية قائمة بأصناف المعالجات الآلية وغير الآلية الخاضعة للتصريح المبسط.

أما التغيير: هو إدراج معلومات جديدة غير تلك التي كانت موجودة، أي أنه يعتبر عملية أخرى لانجاز المعالجة وهذا ما قد يؤدي بعد الإخطار بها إلى قيام السلوك المعاقب عليه في المادة 56، وفي حالة التغيير لبعض المعلومات التي اشترطتها المادة 14 من القانون 07-18 في التصريح قد تقع تحت طائلة تجريم خاص.

أما الترخيص: فهو يختلف عن التصريح فهو قرار يصدر عن السلطة الوطنية المختصة بحماية المعطيات الشخصية يتضمن الموافقة على انجاز المعالجة للمعطيات ذات الطابع الشخصي، إلا أن المشرع في المادة 17 من القانون 07-18 استثنى بعض الحالات التي لا يكفي فيها تقديم تصريح لانجازها، وإنما يتوجب فضلا عن ذلك الحصول على ترخيص مسبق من طرف السلطة الوطنية⁽²⁴⁾.

الركن المعنوي:

اعتبر المشرع هذه الجريمة من الجرائم العمدية لا بد لقيامها توفر القصد الجنائي العام العلم والإرادة أي أن تتجه إرادة الجاني إلى انجاز المعطيات غير المصرح بها أو غير المرخص بها وأن يكون على علم بأن المشرع قد رتب على ذلك جزاء قانونيا.

العقوبة المقررة:

قرر المشرع لهذه الجريمة أو الجنحة عقوبة في المادة 56 مقدارها الحبس من سنتين(2) إلى خمس(5) سنوات وغرامة من 20000 دج إلى 500000 دج أما إذا تعلق الأمر بنقل معطيات ذات طابع شخصي نحو دولة أجنبية بدون ترخيص وفق ما نصت عليه المادة 44 بأن العقوبة المقررة هي الحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 500000 دج إلى 1000000 دج.

المبحث الثاني: خصائص وأسباب ارتكاب الجريمة المعلوماتية:

المطلب الأول: خصائص الجريمة المعلوماتية:

تتميز الجريمة المعلوماتية بخصائص كثيرة أهمها أنها جريمة مستحدثة ومختلفة من حيث محلها ومخاطرها، ووسائل ارتكابها، والمشكلات الناتجة عنها، فهي تتميز بطبيعة خاصة، وتتمتع بعدة خصائص تميزها عن الجريمة التقليدية أهمها:

الفرع الأول: إستهداف المعلومة:

الجريمة المعلوماتية تستهدف المعنويات لا الماديات، فهي تستهدف المعلومات وهي أشياء معنوية غير محسوسة لأنها تقع في العالم الافتراضي⁽²⁵⁾.

الفرع الثاني: صعوبة الإثبات:

أهم الخصائص المميزة لهذه الجرائم أنها صعوبة الإثبات والاكتشاف مقارنة بالجرائم التقليدية، حيث يصفها البعض بأنها إجرام خفي يأتي الجاني جريمته في الخفاء، وبالتالي يصعب ضبطه، وإنما جريمة معقدة يتسم مرتكبها بالذكاء والاحتراف، لذا فالجريمة تكون أكثر تعقيدا الأمر الذي قد يصعب معرفة أو إكتشاف مرتكبها وهذا بسبب مجموعة من العناصر أهمها:

أولاً: إن جزءا كبيرا من الأدلة غير ملموس ويزول بسرعة، ويرجع ذلك إلى أن أنواع العناوين الإلكترونية والبيانات تخزن في ذاكرة النظام الحاسوبي لمدة قصيرة ولا تخزن بشكل دائم⁽²⁶⁾.

ثانياً: أنه إذا تم العثور على تلك الأدلة فإنه من السهولة إتلافها من قبل الجناة، فضلا عن أن غياب الاعتراف القانوني بطبيعة تلك الأدلة يعد من أهم عوائق الإثبات.

ثالثاً: لجوء مرتكبي الجرائم المعلوماتية إلى استخدام وسائل وأساليب متجددة تتميز بالطابع التقني والفني المعقد، والتي يصعب على أفراد الأجهزة الأمنية التعامل معها مثل جرائم الاعتداء بواسطة مجموعة حواسيب يزرع فيها برنامج يخضع لتحكم خارجي، ويطلق عليها جرائم الاعتداء بواسطة شبكة البوت نت، حيث يمكن لأحد القرصنة التحكم في مجموعة من الحواسيب المخترقة الموجودة على إحدى شبكات البوت نت قد تصل إلى آلاف أو ملايين الأجهزة⁽²⁷⁾.

رابعاً: صعوبة الوصول للدليل بفحص كميات هائلة من المعلومات.

خامساً: إحجام المحني عليه في بعض الحالات عن الإبلاغ عن وقوع تلك الجرائم خشية من زعزعة ثقة عملائهم (مثل الجرائم التي تستهدف البنوك أو الشركات)، إذ قد تكون الخسائر الكاملة أكبر من الخسائر الناجمة عن الهجوم الإلكتروني الذي تعرض له.

سادسا: التحديات والصعوبات القانونية التي تعرقل عملية متابعة الجناة التي تنجم عن مشاكل الحدود الأولويات القضائية وذلك نظرا لكون الجرائم المعلوماتية من طائفة الجرائم عابرة الحدود الوطنية.

الفرع الثالث: حجم الخسائر:

تتماز الجرائم المعلوماتية بخاصية حجم الخسائر الناجمة عنها والتي تفوق في معظم الأحيان تلك التي تترتب على الجرائم التقليدية، كمثال على ذلك ما قام به أحد مجرمي المعلومات وهو فلبي الجنسية بصنع فيروس يسمى "أحبك - I LOVE YOU" وقد انتشر الفيروس في مختلف دول العالم عن طريق البريد الإلكتروني، وقدرت كلفة الإجرام المعلوماتي في العالم خلال عامي 2007 و2008 بنحو ثمانية "8" مليارات دولار، وفيما يخص التجسس المعلوماتي على الشركات فقد بلغت قيمة ما استول عليه مرتكبي هذه الجرائم من ملكية فكرية لشركات تجارية "1 تريليون" دولار⁽²⁸⁾.

وحسب إحصاء قامت به شركة سيمانتك "Symantec" الأمريكية لحماية الشبكة الإلكترونية فإن المعدل السنوي لكلفة الجرائم الإلكترونية حول العالم يبلغ 114 مليار دولار، فقد أصدرت تقرير بعنوان "نورتون ساير كرم 2011" وهو أكبر تقرير من نوعه حول كلفة الجرائم الإلكترونية، خلصت فيه إلى أن 431 مليون بالغ حول العالم كانوا ضحية للتهديدات الإلكترونية عام 2010 أي ما معدله مليون ضحية يوميا و145 في الثانية.

وقالت الشركة أن كلفة الجرائم الإلكترونية عام 2010 بلغت 388 مليار دولار وهي قيمة الخسائر المالية وخسارة الوقت، أي أنهما تجاوزت قيمة السوق السوداء للماريجون والكوكايين والهروين التي تبلغ 288 مليار دولار⁽²⁹⁾، وتجدر الإشارة إلى أن هذه التقديرات قد لا تعكس حجم الخسائر الفعلي بسبب إحجام المجني عليهم في بعض الحالات عن الإبلاغ عن الجرائم التي يتعرضون لها خاصة الشركات والبنوك والمؤسسات المالية.

وبحسب تقرير صادر عن القمة العالمية للحكومات بعنوان «أسلوب عملي لتحديد الهجمات الإلكترونية»، بالتعاون مع شركة «بي دبليو سي»، تنبأت شركة الأبحاث الأمريكية «سايرسيكيوريتي فينتشرز» في عام 2016، بأن الجرائم الإلكترونية ستكلف العالم 6 تريليونات دولار أميركي سنوياً بحلول عام 2021، أي بزيادة الضعف عن كلفتها التي بلغت 3 تريليونات دولار أميركي عام 2015⁽³⁰⁾.

الفرع الرابع: جريمة عابرة للحدود:

تتماز الجريمة المعلوماتية أنها جريمة عابرة للحدود، فليس لها حدود، فهي متمردة على عنصر المكان والنطاق الجغرافي، حيث تدخل في طائفة الجرائم غير الوطنية، ويرجع ذلك إلى البيئة الإلكترونية التي تقع فيها تلك الجرائم والتي تقوم على الربط الإلكتروني بين الحواسيب، سواء داخل الدولة الواحدة أو بين عدة دول بواسطة شبكات إلكترونية مثل الانترنت والتي صممت في الأصل لتسهيل عملية نقل المعلومات والاتصالات فأصبحت تستخدم كوسيلة لارتكاب الجرائم، فقد ترتكب جريمة بواسطة الحاسب الآلي عن طريق الشبكات الدولية وتتحقق نتيجهتها الإجرامية في دولة أخرى من العالم مروراً بمزود خدمة أو قنوات اتصال في إقليم دولة ثالثة، ويترتب على البعد الوطني للجريمة المعلوماتية عدة إشكاليات مشابهة لتلك المرتبطة بالجرائم ذات الطابع عبر الوطنية أهمها، إصدار إجراءات التحقيق وضبط المتهمين وملاحقتهم بمبدأ السيادة الوطنية للدولة وخاصة في الجرائم التي تتطلب إتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق في إقليم دولة أجنبية، وكذلك إشكالية الاختصاص القضائي وإشكالية تحديد القانون واجب التطبيق، كما أنه من جهة أخرى تشكل الإجراءات الرسمية المعقدة والتي تستغرق وقتاً وليس بالقصير في حالات المساعدة القانونية أو القضائية بين الدول، والتي تتعارض مع طبيعة الجرائم المعلوماتية التي تتطلب سرعة في التحقيقات⁽³¹⁾.

حيث أن جزءاً كبيراً من الأدلة في الجرائم المعلوماتية كما سبق الإشارة غير ملموس ويزول بسرعة، وهو ما يتطلب أن تكون إجراءات التحقيق وجمع الأدلة بصورة سريعة وآنية.

المطلب الثاني: أسباب وطرق ارتكاب الجريمة المعلوماتية:

سنتناول في هذا المطلب أسباب ارتكاب الجريمة المعلوماتية وطرقها

الفرع الأول: أسباب ارتكاب الجريمة المعلوماتية:

أولاً: الدوافع أو الأسباب الذاتية:

أ: الرغبة الأكيدة في الانتقام:

الانتقام موجود داخل النفس البشرية، فكثيراً من الأفراد يفضلون تعسفياً أو بغير وجه حق من شركة أو منظمة حكومية، أو حتى مصرف، وهم يملكون المعلومات والتدريب اللازمين والمعرفة الكافية بخفايا هذه

الجهة، لذلك يرتكب الجاني الجريمة رغبة منه في الإنتقام ليجعل الشركة او المؤسسة تتكبد الخسائر المالية الكبيرة.

ب: الطمع وحب الثراء السريع:

المال هو عصب الحياة، وهو ما يدفع الفرد للقرصنة أو السرقة أو الإختلاس عن طريق الحاسب للحصول على المال لتلبية حاجاته الأساسية والرغبة في الثراء السريع الغير المكلف.

ثانيا: الدوافع النفسية:

تتمثل في الرغبة في إثبات الذات والتفوق على تعقيد وسائل التقنية، فالصورة الذهنية لمرتكبي الجرائم الإلكترونية غالبا هي صورة البطل الذكي، الذي يستحق الإعجاب لا صورة المجرم الذي يستوجب محاكمته، فمرتكبوا هذه الجرائم يسعون إلى إظهار تفوقهم ومستوى ارتقاء براعتهم لدرجة أنه إزاء ظهور أية تقنية مستحدثة فإن مرتكبي هذه الجرائم لديهم شغف الآلة فيحاولوا إيجاد الوسيلة إلى تحطيمها أو التفوق عليها.

ثالثا: دوافع عقائدية:

إن العقيدة من أقوى الدوافع والقوى المحركة للأشخاص، والتي يكون لدى الإنسان الاستعداد للتخلي عن الحياة بأسرها، فما هو الظن بما هو أيسر من ذلك، إذ أن كثيرا من الأشخاص يبررون محاولات اختراقهم لأجهزة الغير بتأويلات غريبة وأفكار سيئة، فمنهم من يحاول اختراق جهاز أو موقع بحجة أنه غير المذهب أو الطائفة الدينية أو بحجة تكفيره أو الإطلاع على أسراره لفضحه والتشهير به.

رابعا: دوافع عنصرية:

من الدوافع أيضا الدوافع العنصرية والتي تميز بين عنصر وآخر أو قبيلة أو عرق وبين آخرين، فبعض القبائل أو الأعراق لا يحبون القبيلة الأخرى أو العرق الآخر فتجد بعضهم يحاول عمل أعمال تخريبية من شأنها جر مشاكل على القبيلة أو العرق الآخر سواء باستخدام التدمير أو الإتلاف أو نشر الشائعات والأكاذيب أو غيره من طرق وأنواع الجرائم المعلوماتية.

خامسا: دوافع سياسية وإيديولوجية:

كثيرة هي المنظمات في عصرنا الحالي والتي تتبنى بعض الآراء والأفكار السياسية، الدينية أو الإيديولوجية، ومن أجل الدفاع عن هذه الآراء تقوم بأفعال إجرامية ضد معارضيها، ويتم ذلك بالتشهير بهم عن طريق شبكة المعلومات⁽³²⁾.

إذ أن هذا العصر الجديد للإرهاب تميز بالدور المركزي الذي تلعبه شبكة الأنترنت في تشكيلها ونقل الأفكار والخبرات عبرها، بين الجامعات والأفراد الذين يشكلونها، حيث أصبح الإرهاب وثيق الصلة بالتكنولوجيا لدرجة أنه يمكن معه القول أن بث الإرهاب عبر الأنترنت أصبح من سمات الألفية الثالثة، حيث يتميز الإرهاب الإلكتروني عن الإرهاب التقليدي بالطريقة العصرية المتمثلة في استخدام المواد المعلوماتية والوسائل الإلكترونية التي جلبتها تقنية عصر المعلومات، ولذلك نجد أن الأنظمة الإلكترونية والبنية التحتية المعلوماتية هي هدف الإرهابيين.

فخطورة الإرهاب الإلكتروني تزداد في الدول المتقدمة التي تضار بنيتها التحتية بالحواسيب الآلية والشبكات المعلوماتية مما يجعلها هدفا سهلا المنال.

فبدلا من استخدام المتفجرات تستطيع الجماعات الإرهابية من خلال الضغط على لوحة المفاتيح تدمير البنية المعلوماتية وإغلاق المواقع الحيوية، ومثل أنظمة القيادة والاتصالات، أو قطع شبكات الاتصال بين الوحدات والقيادات المركزية، أو تعطيل أنظمة الدفاع الجوي، أو إخراج الصواريخ عن مسارها، أو التحكم في خطوط الملاحة الجوية والبرية والبحرية أو شل محطات إمداد الطاقة والماء، أو إختراق النظام المصرفي مما يضر بأعمال البنوك والأوراق المالية العالمية.

سادسا: دوافع إجتماعية:

يعد التحضر أحد أسباب الجريمة الإلكترونية عامة، حيث الهجرة الكبيرة من الريف إلى المدينة وإلى المناطق الحضرية والمدن الكبيرة، فعادة ما يهاجر الشباب غير المتمكنين من مواجهة متطلبات الحياة الحضرية، باهظة التكاليف والتي تتطلب مهارات عالية أحيانا، مما يجعلهم يعيشون في مدن الصفيح والأحياء الطرفية والهامشية (أو البيوت القصدية)، وكتيجة يجد الناس أنفسهم في تنافس غير قادرين على مجاراته،

مما يجعلهم بعضهم يلتفتون إلى الاستثمار في الجريمة الإلكترونية، حيث تتطلب رأس مال كبير والتحضر سبب رئيسي للجرائم الإلكترونية في بعض الدول كما يرى البعض.

وكذلك من الدوافع الاجتماعية البطالة: حيث الجريمة الإلكترونية شأنها شأن الجريمة التقليدية كالبطالة والظروف الاقتصادية الصعبة وتتركز البطالة بين قطاعات كبيرة من الشباب، ولذا فإن الشباب الذين يملكون المعرفة ويعانون من البطالة يستثمرون ذلك في النشاط الإجرامي الإلكتروني.

أيضا من الدوافع الاجتماعية الضغوط العامة: إذ تعد الضغوط التي يتعرض لها المجتمع من فقر وبطالة وأمية وظروف اقتصادية صعبة عوامل ضاغطة على المجتمع عامة وخاصة قطاع الشباب مما يولد مشاعر سلبية عند شرائح كبيرة من الناس ضد الظروف وضد المجتمع مما يدفعهم إلى أساليب تأقلم سلبية مع هذه الظروف منها الاتجار الإلكتروني بالبشر والجنس والجريمة الإلكترونية.

سابعا: دوافع تتعلق بخصائص الجريمة المعلوماتية:

أ: الإزالة (Removable) الجريمة المعلوماتية لا تتطلب الإزالة فيمكن نسخها فقط.

ب: التوافر (Available) المعلومات في كل مكان جاهزة لتستهدف من الجريمة.

ج: القيمة (Value) معلومات بطاقات الائتمان والحسابات المصرفية والتصاميم... قيمة.

د: المتعة (Enjoyable) كثير من الجرائم الإلكترونية ممتعة من مثل سرقة الموسيقى والمال.

هـ: الديمومة (Durable) المعدات والبرامج المسروقة يمكن أن تستخدم لفترة طويلة.

و: سرعة التنفيذ: لا يتطلب تنفيذ الجريمة المعلوماتية الوقت الكبير وبضغطة واحدة على لوحة المفاتيح يمكن أن تنقل ملايين الدولارات من مكان إلى آخر، هذا لا يعني أنها لا تتطلب الإعداد قبل التنفيذ أو استخدام معدات وبرامج معينة.

ي: التنفيذ عن بعد: لا تتطلب الجريمة المعلوماتية في أغلبها (معدا جرائم سرقة معدات الحاسب) وجود الفاعل في مكان الجريمة بل يمكن للفاعل تنفيذ جريمته وهو في دولة بعيدة كل البعد عن مكان الجريمة

سواء كان من خلال الدخول للشبكة المعنية أو اعتراض عملية تحويل مالية أو سرقة معلومات هامة أو تخريب.

ع: الجاذبية: خطر تمثله سوق المعلومات والحاسب والانترنت من ثروة كبيرة للمجرمين أو للإجرام المنظم، فقد غدت أكثر جذبا لاستثمار الأموال وغسليها وتوظيف الكثير منها في تطوير تقنيات وأساليب تمكن الدخول إلى الشبكات وسرقة المعلومات وبيعها أو سرقة البنوك أو اعتراض العمليات المالية وتحويل مسارها أو استخدام أرقام البطاقات.

ي: عابرة للحدود الدولية: إن ربط العالم بشبكة من الاتصالات من خلال الأقمار الصناعية والفضائية والانترنت جعل الانتشار الثقافي وعمولة الثقافة والجريمة أمرا ممكنا وشائعا لا يعترف بالحدود الإقليمية للدول، ولا بالمكان، ولا بالزمان أصبحت ساحتها العالم اجمع.

الفرع الثاني: طرق الجريمة المعلوماتية:

وهي على سبيل المثال لا الحضر.

أولا: تخريب المعلومات وإساءة إستخدامها: يشمل ذلك قواعد المعلومات، المكتبات، تمزيق الكتب، تحريف المعلومات، تحريف السجلات الرسمية...

ثانيا: سرقة المعلومات: يشمل بيع المعلومات كالبحوث أو الدراسات الهامة او ذات العلاقة بالتطوير التقني، الصناعي، العسكري أو تخريبها أو تدميرها...

ثالثا: تزوير المعلومات: يشمل الدخول لقواعد في النظام التعليمي وتغيير المعلومات وتحويلها، مثل تغيير علامات الطلاب.

رابعا: تزيف المعلومات: تشمل تغيير في المعلومات على وضع غير حقيقي مثل وضع سجلات شهادات لم تصدر عن النظام التعليمي وإصدارها.

خامسا: انتهاك الخصوصية: يشمل نشر معلومات ذات طبيعة خاصة عن الأفراد، أو الدخول لحسابات الأفراد الالكترونية ونشر معلومات عنهم، أو وضع معلومات تخص تاريخ الأفراد ونشرها.

سادسا: التصنت: تشمل الدخول لقواعد المعلومات وسرقة المحادثات عبر الهاتف.

سابعا: التجسس: يشمل اعتراض المعلومات ومحاولة معرفة ما يقوم به الأفراد.

ثامنا: التشهير: يشمل استخدام المعلومات الخاصة أو ذات الصلة بالإنحراف أو الجريمة ونشرها بشكل القصد منه إغتيال شخصية الأفراد أو الإساءة.

تاسعا: السرقة العلمية: الكتب والبحوث العلمية الأكاديمية وخاصة ذات الطبيعة التجريبية والتطبيقية.

عاشرا: سرقة الاختراعات: خاصة في المجالات العلمية لاستخدامها أو بيعها.

إحدى عشر: الدخول غير القانوني: للشبكات بقصد إساءة الاستخدام أو الحصول على منافع من خلال تخريب المعلومات أو التجسس أو سرقة المعلومات.

إثنى عشر: قرصنة البرمجيات: يشمل النسخ غير القانوني للبرمجيات واستخدامها أو بيعها مرة أخرى.

ثلاثة عشر: قرصنة البيانات: والمعلومات ويشمل اعتراض البيانات وخطفها بقصد الاستفادة منها وبخاصة أرقام البطاقة الائتمانية وأرقام الحاسبات وكلمات الدخول وكلمات السر.

أربعة عشر: خلاعة الأطفال: تشمل نشر صور خاصة للأطفال "الجنس السياحي" للأطفال خاصة، والإناث بشكل عام، ونشر الجنس التحيلي على الشبكات.

خمسة عشر: القنابل البريدية: تشمل إرسال فيروسات لتدمير البيانات من خلال رسائل ملفوفة إلكترونية.

ستة عشر: إفشاء الأسرار: تشمل الحصول على معلومات خاصة جدا ونشرها.

سبعة عشر: الاحتيال المالي: بالبطاقات وهذا ناتج عن استخدام غير شرعي لبطاقات التسويق أو المالية أو الهاتف.

ثمانية عشر: الإرهاب الإلكتروني: يشمل جميع المكونات السالفة الذكر في بيئة تقنية متغيرة والتي تؤثر على فرص الارهاب ومصادره، هذه التغيرات تؤثر على تكتيكات الإرهاب وأسلحته وأهدافه ومن التكتيكات الإرهابية ما يعرف بالإرهاب الإلكتروني.

خاتمة:

نخلص مما تقدم أن الجريمة المعلوماتية أو الإلكترونية ليست جريمة تقليدية في ثوب جديد، وإنما هي بحق نوع مستحدث من الجرائم الذي يتطلب مكافحتها جهدا وتشريعا وتعاوننا دوليا وبذلك نخرج ببعض المقترحات أو التوصيات وهي:

أ: ضرورة تبني فكرة العقوبات البديلة لبعض الفئات مبرمجوا المعلوماتية خاصة من الشباب والصغار الذين يكون لديهم دافع إجرامي أو نية الإضرار بالغير، أي تقل لديهم الخطورة الإجرامية، وإنما يقومون بذلك بدافع التسلية والمغامرة.

ب: نشر ثقافة التعامل الآمن والسليم مع تكنولوجيات المعلومات بين أفراد المجتمع من خلال التوعية بمخاطر استخدام وسائل تكنولوجيا المعلومات وشبكات الاتصال، وأساليب الإختراق وكيفية قيام قراصنة الانترنت مثلا باستهداف ضحاياهم لسرقة البيانات أو المعلومات الخاصة بهم واستخدامها لأغراض تخدم أهدافهم الإجرامية.

ج: التوعية بضرورة التبليغ السريع والفوري لحوادث الاعتداء التي يتعرضون لها من عمليات اختراق أو إلتقاط المعلومات أو غيرها من الاعتداءات حتى تتمكن الجهات المختصة بمكافحة الجرائم.

د: ضرورة إحاطة المشتغلين بالقضاء بالحد الأدنى من المعرفة الفنية والتقنية التي تساعدهم على فهم الجريمة بشكل أعمق وأوضح.

ه: حصر المواقع الإلكترونية المشبوهة المنتشرة على شبكة الأنترنت مثل المواقع التي قد تشكل في حد ذاتها جريمة كالمواقع التي قد تكون محرضة على ارتكاب الجرائم، أو قد تقدم المساعدة الفنية لمرتكبي هذه الجرائم من خلال الترويج لأفكار الإختراق أو تتيح لروادها استخدام برامج الإختراق.

و: التنسيق مع الجهات الدولية والإقليمية والدول الأخرى في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية وتبادل المساعدة الفورية من أجل إجراء التحقيقات المتعلقة بالجرائم المعلوماتية.

الهوامش:

- 1- تعريف الأستاذ "Rosenblatt" مشار إليه لدى: د/يونس عرب، موسوعة القانون وتقنية المعلومات، دليل أمن المعلومات والخصوصية، جرائم الكمبيوتر والانترنت، الجزء الأول، منشورات اتحاد المصارف العربية، الطبعة الأولى، ص.213
- 2- تعريف الأستاذ "E.Slie.D-Ball" مشار إليه لدى: يونس عرب، صور الجرائم الالكترونية واتجاهات ثبوتها، هيئة تنظيم الاتصالات مسقط، سلطنة عمان، ورشة عمل تطوير التشريعات في مجال مكافحة الجرائم الإلكترونية، 2-4 نيسان 2006، ص3 المتاح على الموقع الإلكتروني: [www. Itvarabic.org/coe/2006/E](http://www.Itvarabic.org/coe/2006/E)
- 3- هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الكاتبة، مصر 1990، ص34.
- 4- محمد أمين أحمد الشوابكة، جرائم الحاسوب والإنترنت (الجريمة المعلوماتية)، دار الثقافة، عمان، الرdn، 2004، ص10.
- 5- القانون رقم 07-18 المؤرخ في 10 يونيو 2018، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية العدد.34
- 6- المادة 59 من القانون 07-18 السابق الذكر.
- 7- المادة 3 من القانون 07-18 السابق الذكر.
- 8- المادة 3 من القانون 07-18 السابق الذكر.
- 9- القانون رقم 07-18 السابق الذكر.
- 10- المادة 59 من القانون 07-18 السابق الذكر.
- 11- المادة 68 من القانون 07-18 السابق الذكر.
- 12- الغرض من استحداث هذه الجريمة من أجل منع الخواص من إنشاء صحيفة السوابق العدلية خاصة، إذ أنها تقع بالمخالفة لأحكام المادة 10 من القانون 07-18 التي ذكرت على سبيل الحصر من هم المسؤولون عن المعالجة الذين يحق لهم معالجة أو جمع المعطيات الشخصية المتعلقة بالماضي الجزائي للشخص المعني.
- 13- المادة 68 من القانون 07-18 السابقة الذكر.
- 14- يستبعد من نطاق تطبيق المادة 68 الجرائم المدنية والتأديبية.
- 15- المادة 19 من قانون العقوبات الجزائري.
- 16- المادة 55 من القانون 07-18 السابق الذكر.
- 17- المادة 7 من القانون 07-18 على أنه: «لا يمكن القيام بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي إلا بالموافقة الصريحة للشخص المعني...».
- 18- المادة 36 من القانون 07-18 أنه: «يجوز للشخص المعني أن يعترض، لأسباب مشروعة على معالجة معطياته ذات الطابع الشخصي. وله الحق في الاعتراض على استعمال المعطيات المتعلقة به لأغراض دعائية، ولاسيما التجارية منها، من طرف المسؤول الحالي عن المعالجة أو مسؤول عن معالجة لاحقة...».
- 19- الفقرة 2 من المادة 36 من القانون 07-18 السابق الذكر.
- 20- المادة 56 من القانون 07-18 السابق الذكر.
- 21- المادة 12 من القانون 07-18 أنه: «ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك، تخضع كل عملية معالجة معطيات ذات طابع شخصي لتصريح مسبق لدى السلطة الوطنية أو لترخيص منها طبقاً للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون.
- 22- القانون 07-18 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية.
- 23- المادة 13 من ذات القانون.
- 24- المادة 17 و20 من القانون 07-18 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية.

المادة 17: « تقرر السلطة الوطنية إخضاع المعالجة المعنية لنظام الترخيص المسبق عندما يتبين لها، عند دراسة التصريح المقدم لها، أن المعالجة المعترزم القيام بها تتضمن أخطاراً ظاهرة على احترام وحماية الحياة الخاصة والحريات والحقوق الأساسية للأشخاص...».

المادة 20: « يجب أن يتضمن طلب الترخيص المعلومات المذكورة في المادة 14 من هذا القانون. تتخذ السلطة الوطنية قرارها في أجل شهرين (2) من تاريخ إخطارها،... ».

25- يونس عرب، صور الجرائم الإلكترونية واتجاهات ثبوتها، منشأة المعارف الإسكندرية، 2008، ص4.

26- نسرین عبد الحمید نبیه، الجريمة المعلوماتية والجرائم المعلوماتية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص4.

27- شبكة البوت نت، تنشأ هذه الشبكة بزرع برنامج خبيث في الحاسوب المخترق والذي يسمى "بوت" ويتم توصيله أو إدراجه فيما بعد ضمن شبكة من الحواسيب المخترقة، ويقدر عدد الأجهزة الموجودة بكل شبكة متفرقة لأغراض مختلفة مثل قطع الخدمة وسرقة معلومات مهمة ونشر برامج خبيثة، حيث يمكن للمخترق التحكم في مجموعة كبيرة من الحواسيب المخترقة الموجودة على إحدى شبكات البوت نت.

28- محمد علي العرين، الجرائم المعلوماتية، كلية الحقوق، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2011، ص18.

29- نائلة عادل محمد فريد قورة، جرائم الحاسب الاقتصادية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004، ص45.

30- وائل نعيم، دبي، مقال منشور بتاريخ 2018/03/02 في الموقع:

<https://www.albayan.ae/across-the-uae/accidents/2018-03-02-1.3200109>

31- أيمن عبد الله فكري، جرائم نظم المعلومات، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007، ص96.

32- أحمد خليفة الملط، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص126.

موانع الرجوع في الهبة ما بين الشريعة الإسلامية والنظم العربية

د. أحمد عبدالقادر محمد البهي، دكتوراه في الفقه المقارن - جامعة الأزهر مصر

ملخص

يعد رجوع الواهب عن هبته بعد قبض الموهوب له، من التصرفات التي نعت عنها الشريعة، بالتنفير منها، والتشنيع على فاعلها، حيث شبه الراجع فيها بالكلب، والمرجوع فيه بالقيء إظهاراً لحسة المشبه؛ كما في قوله «العائِدُ فِي هَبِّهِ كَالْكَلْبِ يَقِيءُ، ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ».

ومع اتفاق أهل العلم على كراهية الرجوع في الهبة، إلا أنهم اختلفوا في تحريم الرجوع فذهب الجمهور من العلماء إلى تحريم الرجوع في الهبة ما عدا ما استثناه الشارع كرجوع الوالد فيما يعطي لولده، أو الهبة التي ردت بالميراث، أو الهبة التي لم يثب عليها، بينما ذهب أبو حنيفة إلى حل الرجوع في الهبة دون الصدقة إلا إذا حصل مانع من الرجوع.

ومع تنظيم القوانين العربية لأحكام الهبة على وفق ما جاء في الفقه الإسلامي نجد أنها سلكت في ذلك إلى ثلاثة اتجاهات: فمنها من تبني موقف المذهب الحنفي، ومنها من تبني موقف المذهب المالكي، ومنها من أخذ بالتلفيق بين المذهبين والعمل بهما.

فضلاً عن ذلك فإن تلك القوانين التي تبنت العمل بالمذهب الحنفي قد وضعت على حرية الواهب في الرجوع عن الهبة قيوداً تتمثل بالأعذار القانونية مما لم ترد بمدونات الفقه الإسلامي.

وحيث إن القضاء لا يخرج عن الإطار القانوني المنظم لأحكام الهبة، وجب علينا - بعد بيان الأحكام الشرعية - الرجوع إلى المواد القانونية التي تتناول هذا الموضوع لبيان ما عليه العمل في القضاء.

الكلمات المفتاحية: الهبة، موانع الرجوع، مانع الزوجية، العدول عن الخطبة، الهبة على العوض، موت أحد طرفي عقد الهبة، الزيادة في العين الموهوبة، هلاك العين الموهوبة، التصرف في العين الموهوبة، الهبة التي يراد بها الصدقة، الأعذار القانونية في رجوع الواهب.

Abstract:

Returning in the gift and its contraindications Between Islamic legislation and Arabic regulations

It's retuning of the granter of his gift, after receiving the granted, the legislation are forbidden and described it as heinous and repulsive works.

So the returning of his gift as the dog, gift in this case as a vomit and the turner as a villainous work.

Our prophet(peace and blessing be upon him) mentioned all above in the honorable Hadeeth, ** the returner in his gift as the dog that is vomiting and then eat it again**

Islamic legislation scholars consensus said the returning in the gift is disliked, some of Islamic legislation people said that returning of his gift is forbidden, exception father's gift to his son or gift that is prevented the heritage, while Abohanifah said the returning of the gift is allowed without charity.

Regulations of the Arabic laws according to gift provisions that comply with Islamic Fiqh divided into three sections;

One of them followed Abohanifah's doctrine, the second followed Malik's doctrine and the other followed both of Abohanifah and Malik doctrines.

As well as that laws which are doing according to Abohanifah's doctrine had set a restrictions on granter freedom which is legal excuses, if he want to return in the gift.

Since the judiciary is not departing from the legal framework that governs provisions of the gift, so we have to follow,

After the legal provisions statement, referring to the legal articles which is dealing with this subject to indicate the work in the judiciary.

مقدمة

يتناول هذا البحث مسألة رجوع الواهب عن هبته بعد قبض الموهوب له، وهو من التصرفات التي نعت عنها الشريعة، بالتنفير منها، والتشجيع على فاعلها، حيث شبه الراجع فيها بالكلب، والمرجوع فيه بالقيء إظهارًا لخسة المشبه؛ كما في قوله صلى الله عليه وسلم «العائدُ في هبته كالكلبِ يقِيءُ، ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ». «

ومع اتفاق أهل العلم على كراهية الرجوع في الهبة، إلا أنهم اختلفوا في تحريم الرجوع فذهب الجمهور من العلماء إلى تحريم الرجوع في الهبة ما عدا ما استثناه الشارع كرجوع الوالد فيما يعطي لولده، أو الهبة التي ردت بالميراث، أو الهبة التي لم يثب عليها، بينما ذهب أبو حنيفة إلى حل الرجوع في الهبة دون الصدقة إلا إذا حصل مانع من الرجوع.

ومع تنظيم القوانين العربية⁽¹⁾ لأحكام الهبة على وفق ما جاء في الفقه الإسلامي، نجد أنها سلكت في ذلك إلى ثلاثة اتجاهات: فمنها من تبني موقف المذهب الحنفي، ومنها من تبني موقف المذهب المالكي، ومنها من أخذ بالتلفيق بين المذهبين والعمل بهما.

فضلاً عن ذلك نجد أن القوانين التي تبنت العمل بالمذهب الحنفي قد وضعت على حرية الواهب في الرجوع قيوداً تتمثل بالأعدار القانونية - مما لم ترد بمدونات الفقه الإسلامي - كافتقار الواهب وإعساره وعجزه عن توفير معاشه بما يتفق مع مكانته الاجتماعية، أو عدم قدرته بالإئفاق على من هم تحت كفالته، أو إخلال الموهوب له بالتزامه المشروط في العقد أو بواجبه نحو الواهب أو أقاربه بما يمثل جحوداً، أو أن يرزق الواهب بولد بعد الهبة ويظل حيّاً إلى وقت الرجوع.

ومن هنا تأتي أهمية هذه الدراسة حيث قد يخفى على بعض المختصين في الفقه الإسلامي، باشتراط القانون لعدة أعدار قانونية من خلالها يستطيع الواهب الرجوع في هبته مع انتفاء الموانع الشرعية، وإن لم يتوافر له أحد هذه الأعدار مع انتفاء الموانع الشرعية سقط حقه بالمطالبة القضائية بها. وغير خافٍ أن هذه الأعدار تختلف من بلد إلى آخر، حيث إن بعض تطبيقاتها القضائية تتفاوت أحكامها فيما بينها في بعض الجزئيات.

ولهذا اعتمدت في بيان ذلك أسلوب المقارنة بين مذاهب الفقه الإسلامي سواء أكانت سنية أم غير سنية، مع الموازنة بينها وبين القوانين العربية المقارنة، مع تعزيز البحث ببعض التطبيقات القضائية. ولقد انتظم هذا البحث على مقدمة، وتمهيد، وفصلين، وخاتمة، وذلك على النحو التالي:

المقدمة: وتشتمل على:

أهمية البحث. خطة البحث.

التمهيد، ويشتمل على ثلاثة مطالب، هي:

المطلب الأول: تعريف المانع في اللغة والاصطلاح

المطلب الثاني: تعريف الرجوع في اللغة والاصطلاح

المطلب الثالث: تعريف الهبة في اللغة والاصطلاح

الفصل الأول: موانع الرجوع

المبحث الأول: موانع الرجوع في المذهب المالكي

المبحث الثاني: موانع الرجوع في المذهب الحنفي

المطلب الأول: مانع الزوجية

الفرع الأول: الرجوع بالهدايا بعد العدول عن الخطبة

الفرع الثاني: الرجوع في هبة أحد الزوجين بعد الفُرقة

المطلب الثاني: مانع القرابة المحرمة

الفرع الأول: رجوع الأب فيما وهبه لولده

الفرع الثاني: رجوع الأم فيما وهبت له ولدها

الفرع الثالث: رجوع الجد فيما وهبه لحفيده

المطلب الثالث: الهبة على العوض

المطلب الرابع: موت أحد طرفي عقد الهبة

المطلب الخامس: الزيادة في العين الموهوبة

المطلب السادس: هلاك العين الموهوبة

المطلب السابع: التصرف في العين الموهوبة

المطلب الثامن: الهبة التي يراد بها الصدقة

المطلب التاسع: هبة الدين للمدين

الفصل الثاني: الأعذار القانونية في رجوع الواهب

خاتمة: وتشتمل على ما توصلت إليه من نتائج في هذا البحث.

التمهيد: بيان مفردات عنوان البحث

ويشتمل على ثلاثة مطالب، هي:

المطلب الأول: تعريف المانع في اللغة والاصطلاح:

المانع في اللغة:

من المنع، وهو: أن تحول بين الرجل والشيء الذي يريد. يقال: منعه الأمر، فهو ممنوع منه أي

محروم، وهو خلاف الإعطاء.⁽²⁾

المانع في الاصطلاح:

قال ابن قدامة: هو ما يلزم من وجوده عدم الحكم.⁽³⁾ وقيل، هو: وصف إرادي أو لا إرادي إذا اجتمع مع سبب الحكم أبطل مفعوله وجعله صورياً أو منع الحكم على سببه رغم بقاءه سبباً حقيقياً.⁽⁴⁾

المطلب الثاني: تعريف الرجوع في اللغة والاصطلاح:

الرجوع في اللغة:

يطلق على عدة معان، فيأتي بمعنى الرد والعود والنقض والانصراف والتترك. قال ابن فارس: مادة (رجع) أصل كبير مطرد، يدل على رد وتكرار، تقول: رجع يرجع رجوعاً: إذا عاد، ف(الرجوع) العود إلى ما كان منه البدء.⁽⁵⁾ وفي الكلبيات: الرجوع: العود إلى ما كان عليه، مكاناً، أو صفةً، أو حالاً. يقال: رجع إلى مكانه، وإلى حالة الفقر أو الغنى، ورجع إلى الصحة أو المرض، أو غيره من الصفات.⁽⁶⁾

الرجوع في الاصطلاح:

المعنى الاصطلاحي لا يخرج عن المعنى اللغوي، حيث إن الرجوع عن العقد يستعمل بمعنى العودة إلى حال ما قبل العقد، وهو هنا بمعنى الفسخ، قال الكاساني: الرجوع عن الهبة: فسخ العقد بعد تمامه.⁽⁷⁾ والرجوع في الهبة يُعرف عند المالكية "بالاعتصار في الهبة"⁽⁸⁾ ويراد به: ارتجاع المعطي عطيته دون عوض لا بطوع المعطي.⁽⁹⁾ أي: أن الواهب يسترد الهبة من الموهوب له قهراً عنه بلا عوض.

وفي حين أن الرجوع عند شرح القانون يراد به: رد العقد القابل لذلك والعودة إلى حال ما قبل العقد وفق شروط مخصوصة.⁽¹⁰⁾

المطلب الثالث: تعريف الهبة في اللغة والاصطلاح:

الهبة في اللغة:

تطلق على التبرع والتفضل على الغير ولو بغير مال، أي بما ينتفع به الموهوب له مطلقاً، ومنه قوله تعالى ﴿فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا﴾ [مریم: 5] وفي لسان العرب، الهبة: العطية الخالية عن الأعراض والأعراض.⁽¹¹⁾ وهي مأخوذة من هبوب الريح؛ أي: مروره من جهة إلى أخرى، يقال: هب الريح؛ إذا مر من جانب إلى جانب، ووجه الأخذ من ذلك: أنَّها تمر من يد الواهب إلى يد الموهوب له. أو مأخوذة من هب من نومه؛ إذا استيقظ منه، فكأن فاعلها استيقظ للإحسان.⁽¹²⁾

الهبة في الاصطلاح، تطلق على معنيين:

المعنى العام للهبة ويراد به: تبرع بمال لمصلحة الغير، حال الحياة بدون عوض، وبذلك يدخل فيها، الصدقة، والهبة ذات الأركان؛ لأنها تمليك عين بلا عوض حال الحياة،⁽¹³⁾ قال ابن الصباغ:⁽¹⁴⁾ الهبة والهبة والصدقة بمعنى واحد، كل واحد من ألفاظها يقوم مقام الآخر،⁽¹⁵⁾ إلا أنه إذا دفع شيئاً ينوي به التقرب إلى الله تعالى إلى المحتاجين فهو صدقة، وإن دفع ذلك إلى غير محتاج للتقرب إليه والمحابة فهي هبة وهدية. وأكثر تعريفات الفقهاء للهبة يأتي على هذا المعنى، ومما ورد في ذلك:

عرفها الحنفية: تمليك العين في الحال من غير عوض، أو هي: تمليك عين بلا عوض.⁽¹⁶⁾

وعند المالكية: تمليك من له التبرع ذاتاً تُنقلُ شرعاً بلا عوض لأهل.⁽¹⁷⁾

وعند الشافعية: تمليك تطوع في حياة.⁽¹⁸⁾

وعند الحنابلة: تمليك في الحياة بغير عوض.⁽¹⁹⁾

وكلها تعريفات يصدق عليها عند الاطلاق معنى الهبة والهبة والصدقة.

المعنى الخاص للهبة⁽²⁰⁾ يراد به: تمليك تطوع في حياة لا لإكرام ولا لأجل ثواب أو احتياج إيجاب

وقبول، وهي ما يطلق عليها بالهبة ذات الأركان، فكل صدقة وهدية هبة وليس العكس وذلك لانفرادها في ذات الأركان.⁽²¹⁾ ومما ورد من تعريفات على هذا المعنى:

الهبة هي: تمليك ذي منفعة لوجه المعطي بغير عوض.⁽²²⁾

فقوله: "الوجه المعطى" أخرج به الصدقة فإنها لوجه الله فقط، وقوله: "بغير عوض" أخرج هبة الثواب.

وقيل هي: تمليك صادر من أهله في الحياة، غير واجب على شيء مخصوص بلا عوض.⁽²³⁾

الهبة في الاصطلاح القانوني:

تعددت التعاريف المتعلقة بمعنى الهبة في قوانين الدول العربية - التي أشارت إلى تعريف الهبة في ثنايا موادها القانونية - حيث تفاوتت العبارات فيما بينها، ومن ذلك ما جاء في القانون المدني المصري في المادة (486)،⁽²⁴⁾ الهبة: "عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض". وبمثل هذا ذهب القانون السوري في تعريف الهبة في الفقرة الأولى من المادة (454).⁽²⁵⁾ بينما عرف قانون المعاملات المدنية السوداني في المادة (229)، الهبة: "تمليك مال أو حق مالى لآخر حال حياة المالك دون عوض". وإلى هذا المعنى ذهب القانون الإماراتي في تعريف الهبة في الفقرة الأولى من المادة (614). وجاء في قانون الأسرة الجزائري المادة (202)، الهبة: تمليك بلا عوض.

في حين أن مدونة الحقوق العينية المغربية قصرت تعريف الهبة على هبة العقار، والحقوق العينية العقارية الأصلية والتبعية فقط دون هبة المنقول، حيث نصت المدونة في المادة (273) على أن الهبة، هي: تمليك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض. أما الهبة التي يراد بها الصدقة فهي تشمل هبة العقار، والحقوق العينية العقارية الأصلية والتبعية، والمنقول، كما يفهم من المادة (290) من المدونة بأنها: "تمليك بغير عوض لملك، ويقصد بها وجه الله تعالى".

وبعد أن اتضحت مصطلحات عنوان البحث والمراد به، يأتي الكلام على موانع الرجوع في الهبة.

الفصل الأول: موانع الرجوع:

وضع الفقه الإسلامي عدة موانع في استرداد الهبة من الموهوب له بعد التقابض، حماية لحقوق الموهوب له المكتسبة من الهبة، وصيانة لحقوق الغير حسن النية؛ إلى جانب ضمان استقرار المعاملات في المجتمع، وعدم اضطراب المراكز القانونية، ونظرًا إلى أن القانون قام بتنظيم أحكام الهبة على وفق ما جاء في الفقه الإسلامي، على المذهبين الحنفي والمالكي، سيقنصر هذا الفصل على بيان هذه الموانع حسب ما جاء في هذين المذهبين.

المبحث الأول: موانع الرجوع في المذهب المالكي:

يعد عقد الهبة على المذهب المالكي من العقود اللازمة، التي لا يجل للواهب استرداد الهبة من الموهوب له بعد التقابض غير أنه يستثنى من ذلك الوالدين فيحق لهما الرجوع فيما وهبا ولولدهما، بشرط انتفاء الموانع الشرعية، فإن تحقق مانع من هذه الموانع سقطت حقهما في المطالبة بها، وهذه الموانع منها يشترك فيها الوالدين، ومنها ما تختص بها الأم دون الأب،⁽²⁶⁾ أما الموانع التي يشترك فيها الوالدين، فهي:

- 1- أن لا يتزوج الولد بعد الهبة.
- 2- أن لا يحدث دينا لأجلها.
- 3- أن لا تتغير الهبة عن حالها.
- 4- أن لا يحدث الموهوب به فيها حدثًا.
- 5- أن لا يمرض الواهب أو الموهوب له.

أما الموانع التي تختص بها الأم دون الأب، فهي:

- 1- أن لا يكون الولد صغيرًا.
- 2- أن لا يكون الولد يتيماً.

وبهذا التفريق ما بين الأب والأم في الموانع أخذ القانون المدني الكويتي حيث نصت الفقرة (أ) في المادة (539) " يمتنع الرجوع في الهبة... ذكر منها: إذا كانت الهبة من الأم، وكان ولدها يتيمًا وقت الرجوع". ويمثله سار قانون المعاملات المدنية الإماراتي.⁽²⁷⁾

على النقيض من ذلك ذهب قانون الأسرة الجزائري، وقانون الأحوال الشخصية اليمني،⁽²⁸⁾ ومدونة الحقوق العينية المغربية.⁽²⁹⁾ إلى المساواة ما بين الأب والأم في موانع الرجوع، دون أن تأخذ بالمانعين الخاصين بالأم، ومن ذلك ما جاء في المادة (211) من قانون الأسرة الجزائري أن "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات الآتية:

- 1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.
- 2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.
- 3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب، بالبيع أو تبرع أو ضياع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته".

بينما ذهب قانون الأحوال الشخصية اليمني في الفقرتين (3، 4) من المادة (197) إلى أن للوالدين الحق في الرجوع إن كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين بشرط أن يجيز صاحب الدين أو يوفى الدين، كما يجزى لهما الرجوع في المال الموهوب إن زاد زيادة متصلة بشرط تعويض الموهوب له بقيمة ما زاد في الموهوب.

المبحث الثاني: موانع الرجوع في المذهب الحنفي:

يعد عقد الهبة على المذهب الحنفي من العقود غير اللازمة بمعنى أن للواهب الحق في فسخ عقد الهبة بعد التقابض والرجوع فيها، وإن لم يرض الموهوب له، غير أن هناك عدة حالات تصبح الهبة عقدًا لازمًا يمتنع على الواهب الرجوع فيها إن لم يرض الموهوب له، أو المطالبة بها قضائيًا، وهي:⁽³⁰⁾

- 1- الزوجية.
- 2- القرابة المحرمة.
- 3- الهبة على العوض.
- 4- موت الواهب أو الموهوب له.
- 5- هلاك الموهوب.
- 6- الزيادة المتصلة بالموهوب.
- 7- خروج الموهوب من ملك الموهوب له.

وبهذه الموانع أخذت القوانين التي تبنت موقف المذهب الحنفي في تنظيم أحكام الهبة، ومن ذلك على سبيل المثال ما نصت عليه المادة (502) من القانون المدني المصري "يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية:

- (أ) - إذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة لزيادة قيمته فإذا زال المانع عاد حق الرجوع.
 - (ب) - إذا مات أحد طرفي عقد الهبة.
 - (ج) - إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب، جاز للواهب أن يرجع في الباقي.
 - (د) - إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر، ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية.
 - (هـ) - إذا كانت الهبة لذي رحم محرم.
 - (و) - إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له، سواء كان الهلاك بفعله أو بحادث أجني لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء، جاز الرجوع في الباقي.
 - (ز) - إذا قدم الموهوب له عوضاً عن الهبة.
 - (ح) - إذا كانت الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البر.
- أضف إلى ذلك أن العديد من القوانين قد ألحقت بعض التصرفات التبرعية المانعة من رجوع المتبرع، كالهبة التي يراد بها الصدقة، وهبة الدين للمدين.
- وفيما يلي تفصيل وبيان لكل مانع من هذه الموانع في مطلب مستقل.

المطلب الأول: مانع الزوجية

اتفق أهل العلم على أن الزوج يمنع من الرجوع عن هبته لزوجته بعد العقد عليها سواء أكان قبل الدخول أم بعده،⁽³¹⁾ واختلفوا في رجوع الزوجة عن هبتها لزوجها، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يمنع على الزوجة الرجوع عن هبتها لزوجها، وبه قال أبوحنيفة،⁽³²⁾ ومالك،⁽³³⁾ والشافعي،⁽³⁴⁾ وأحمد في رواية،⁽³⁵⁾ والظاهرية،⁽³⁶⁾ ورواية عند الزيدية من الشيعة.⁽³⁷⁾

القول الثاني: يحل للزوجة الرجوع في هبتها لزوجها، وبه قال أحمد في رواية عنه،⁽³⁸⁾ ورواية عند الزيدية من الشيعة.⁽³⁹⁾

القول الثالث: يحل للزوجة الرجوع إن كان سألها؛ لأنها لا تهب إلا مخافة غضبه أو إضرار بأن يتزوج عليها، وإن لم يكن سألها وتبرعت به، فلا رجوع لها، وبه قال أحمد في رواية عنه،⁽⁴⁰⁾ والإباضية.⁽⁴¹⁾

الأدلة:

أدلة القول الأول: القائل بمنع الزوجة الرجوع عن هبتها لزوجها:

استدلوا لما ذهبوا إليه بالسنة، والمعقول:

الدليل الأول: ما جاء من السنة:

ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الْعَائِدُ فِي هَبَّتِهِ كَالْكَلْبِ يَقِيءُ، ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ».⁽⁴²⁾

وجه الدلالة: يدل على تحريم الرجوع في الهبة وهو عام في كل واهب فيدخل فيه الزوجة؛ لأنه لم يرد فيه تخصيص إلا في ثلاث صور، هي: رجوع الوالد، أو الهبة للثواب، أو الهبة التي ردت بالميراث.

الدليل الثاني: ما جاء من جهة المعقول: من وجهين:

الأول: قد صح عن النبي صل الله عليه وسلم أن الرجل مأجور في النفقة على أهله، «إِذَا أَنْفَقَ الرَّجُلُ عَلَى أَهْلِهِ نَفَقَةً يَحْتَسِبُهَا فَهِيَ لَهُ صَدَقَةٌ».⁽⁴³⁾ وهذا يدل على أن من وهب لامرأته هبة لم يجز له الرجوع فيها؛ لأنها بمنزلة الصدقة؛ فلما لم يصح الرجوع في الصدقة، لم يصح في الهبة الرجوع؛ لأنه قد استوجب بها الثواب من الله تعالى.⁽⁴⁴⁾

الثاني: أنه إذا لم يصح رجوع الزوج فيما وهبه لامرأته بدلالة السنة، لم يصح في الهبة رجوعها أيضًا فيما تمهبه له، لأن أحداً لم يفرق بينهما.⁽⁴⁵⁾

أدلة القولين الثاني والثالث: القائلون بجواز رجوع الزوجة في هبتها لزوجها مطلقاً، أو لمخافة

الضرر:

استدلوا لما ذهبوا إليه بالآثار المروية عن السلف:

1- ما روي عن عمر قال: "إن النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة فأیما امرأة أعطت زوجها شيئاً ثم أرادت أن تعتصره فهي أحق به".⁽⁴⁶⁾

2- ما روي عن علي بن أبي طالب أنه قال في المرأة تمه لزوجها هبة، فإن شاءت رجعت فيها إذا هي ادعت أنه استكرهها، وإن وهب هو لها شيئاً فليس له أن يرجع في الهبة.⁽⁴⁷⁾

3- قال الزهري: فيمن قال لامرأته: هي لي بعض صداقك أو كله. ثم لم يمكث إلا يسيراً حتى طلقها فرجعت فيه، قال يرد إليها إن كان خلبها، - أي خدعها - وإن كانت أعطته عن طيب نفس ليس في

شيء من أمره خديعة جاز،⁽⁴⁸⁾ قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ [النساء: 4].

الراجع والله تعالى أعلم:

بالنظر إلى الأقوال السابقة وأدلة كل قول يتبين أنّ الراجع هو القول بعدم جواز رجوع الزوجة في هبتها لزوجها؛ وذلك لدخولها في عموم قول النبيّ صل الله عليه وسلم «العائد في هبته» فتحرّم الرجوع في الهبة عام في كل واهب، فيدخل فيه الزوجان.

وهذا ما عليه العمل في القانون حيث نص على هذا المانع الفقرة (د) من المادة (502) في القانون المدني المصري، برفض طلب الرجوع في الهبة "إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر، ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية" ووفقاً لهذه المادة فإن الهبة تكون لازمة ابتداءً، لا يجوز لأحد الزوجين الرجوع فيها إذا تمت أثناء قيام الحياة الزوجية سواء قبل الدخول أو بعده، والعلة في هذا المانع سببين:

الأول: أن صلة الزوجية تجري مجرى صلة القرابة الكاملة بدليل أنه يتعلق بها التوارث في جميع الأحوال، فلا يدخلها حجب حرمان، والقرابة الكاملة مانعة من الرجوع فكذا ما يجري مجراها.

الثاني: أن المقصود من هبة كل منهما للآخر الصلة والتواد دون العوض كما في القرابة المحرّمية، وقد تحقق غرض الواهب، فلا يرجع فيها بعد حصول المقصود.⁽⁴⁹⁾

وعلى النقيض من ذلك يجيز قانون الأحوال الشخصية اليمني في الفقرة الخامسة من المادة (197) رجوع أحد الزوجين فيما وهبه للآخر إن كانت الهبة لغرض (مصلحة) ظاهر أو مضمّر تدل عليه قرائن الحال وتعدّر تحقيق الغرض، أو وقعت بينهما بسبب الحيلة. بينما قانون الأحوال الشخصية القطري في المادة (204) يجيز للمحكمة فسخ الهبة إن فاضل الزوج بين زوجاته، وكانت المفاضلة بدون سبب مقبول.

ومن ضمن المسائل المتعلقة بهذا المطلب حكم الهدايا المتبادلة ما بين الخاطبين عند العدول عن الخطبة وكذلك حكم استرداد الهبة بعد انتهاء العلاقة الزوجية، وهذا ما سنوضحه. إن شاء الله تعالى. في فرعين.

الفرع الأول: الرجوع بالهدايا بعد العدول عن الخطبة:

إذا قام الخاطب بتقديم الهدايا إلى المخطوبة، ثم انتهت الخطبة بالوفاة أو بسبب لا يد لأحد الخاطبين فيه أو بعراض حال دون الزواج فلا يسترد شيء من الهدايا.⁽⁵⁰⁾

أما إذا انتهت بسبب العدول⁽⁵¹⁾ من أحد الخاطبين فقد وقع الخلاف في استرداد الهدايا المتبادلة بين الخاطبين، على اتجاهين:

الاتجاه الأول: يحق لأحد الخاطبين المطالبة باسترداد الهدايا مادامت باقية بعينها مع انتفاء الموانع، سواء أكان العدول من قبل الخاطب أو من قبل المخطوبة؛ لأن الهدايا تعتبر من قبيل الهبات يسري عليها ما يسرى على الهبة من أحكام في القانون المدني، بشرط أن يستند المهدي عند المطالبة القضائية إلى عذر يبرر له طلب استرداد الهدايا إن لم يرض المهدي له بالرجوع، وهؤلاء اختلفوا في فسخ الخطبة هل يعد الفسخ بذاته عذرًا يسوغ للخاطب الرجوع في الهدايا:

والذي عليه العمل في القضاء المصري⁽⁵²⁾ أن فسخ الخطبة لا يعد بذاته عذرًا يسوغ للخاطب الرجوع في الهبة إلا إذا كان هذا الفسخ قائمًا على أسباب تبرره.⁽⁵³⁾ في حين أن محكمة التمييز الأردنية ذهبت إلى أن انفساخ الخطبة يعتبر سببًا مقبولًا لاسترداد الهدايا التي لها حكم الهبة، ما لم يثبت وجود مانع من الرجوع حسب أحكام المادة (579) من القانون المدني.⁽⁵⁴⁾ وهذا ما أقرته المادة (612) من القانون المدني العراقي حيث نصت على أن " الهبات والهدايا التي تقدم في الخطبة من أحد الخطيبين للآخر أو من أجنبي عنهما لأحدهما أو لهما معًا، يجب أن يردها الموهوب له للواهب إذا فسخت الخطبة وطلب الواهب الرد ما دام الموهوب قائمًا وممكنًا رده بالذات".⁽⁵⁵⁾

الاتجاه الثاني: يحق لأحد الخاطبين المطالبة باسترداد الهدايا إن لم يكن سببًا في العدول عن الخطبة أو متسببًا فيه، وتفصيل ذلك فيما يلي:⁽⁵⁶⁾

1- إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة وليس ثمة شرط أو عرف، فإن كان بغير مقتض فلا حق له في استرداد شيء مما أهده للآخر، وللآخر استرداد ما أهده.

2- إن كان العدول بمقتض فله أن يسترد ما أهده إن كان قائمًا أو قيمته يوم القبض إن كان هالكًا أو مستهلكًا وليس للآخر أن يسترد.

3- إذا انتهت الخطبة بعدول الطرفين استرد كل منهما ما أهده للآخر إن كان قائمًا.

الفرع الثاني: الرجوع في هبة أحد الزوجين بعد الفُرقة:

ذهب الحنفية إلى المنع من رجوع أحد الزوجين فيما وهبه للآخر، ولو بعد انقضاء الحياة الزوجية بينهما.⁽⁵⁷⁾

وهذا ما عليه العمل في القانون، حيث نص على هذا المانع الفقرة (د) من المادة (502) القانون المدني المصري "برفض طلب الرجوع في الهبة: "إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر، ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية".

غير أن بعض القوانين كالقانون المدني الكويتي،⁽⁵⁸⁾ والمغربي، ذهبت إلى أن المانع من الرجوع قاصر على العلاقة الزوجية مادامت قائمة بينهما، أما مع انتهائها بالفرقة فلا مانع من الرجوع ما لم يتحقق أحد موانع الرجوع، وهذا ما يستشف من نص المادة (285) من مدونة الحقوق العينية على أنه: "لا يقبل الاعتصار في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية:،... ذكر منها: "إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر مادامت رابطة الزوجية قائمة". حيث يفهم من النص أن المانع من الرجوع هو بقاء العلاقة الزوجية قائمة بينهما.

بينما ذهب المالكية إلى أن للزوجة حق الرجوع فيما وهبته لزوجها بعد الطلاق، إن كانت قبل تمام السنتين، أما لو كانت بعد سنتين من الهبة فأكثر فلا رجوع.⁽⁵⁹⁾

المطلب الثاني: مانع القرابة المحرمة:

اتفق أهل العلم على عدم جواز الرجوع في هبة القرابة المحرمة،⁽⁶⁰⁾ ثم اختلفوا في استثناء ثلاثة من القرابة المحرمة، هم: الأب، الأم، الجد، من عدم جواز الرجوع في هبة، وهذا ما سنوضحه. إن شاء الله تعالى. في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: رجوع الأب فيما وهبه لولده:

اختلف أهل العلم في رجوع الأب فيما وهبه لولده، على قولين:

القول الأول: عدم جواز رجوع الأب فيما وهبه لولده، وبه قال أبو حنيفة،⁽⁶¹⁾ وأحمد في رواية عنه.⁽⁶²⁾

القول الثاني: جواز رجوع الأب فيما وهبه لولده، ما لم يوجد مانع في استرداد الموهوب، وبه قال مالك،⁽⁶³⁾ والشافعي،⁽⁶⁴⁾ وأحمد،⁽⁶⁵⁾ والظاهرية،⁽⁶⁶⁾ والزيدية من الشيعة،⁽⁶⁷⁾ والإباضية.⁽⁶⁸⁾

سبب الخلاف:

يرجع الخلاف إلى تعارض عموم الأحاديث مع ما ورد فيها من الاستثناء، فمن لم ير الاعتصار عن الهبة أصلاً احتج بعموم الحديث الثابت وهو قول □ «الْعَائِدُ فِي هَبْتِهِ كَالْعَائِدِ فِي قَيْئِهِ». ومن استثنى الأب من العموم احتج بحديث «لَا يَرْجَعُ الْوَاهِبُ فِي هَبْتِهِ، إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا يَهَبُ لِوَلَدِهِ».⁽⁶⁹⁾

الأدلة:

أدلة القول الأول: القائل بعدم جواز رجوع الأب فيما وهبه لولده:

استدلوا لما ذهبوا إليه بالسنة، وأقوال السلف، والمعقول:

الدليل الأول: ما جاء من السنة:

الحديث الأول: ما روي عن ابن عباس ؓ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «الْعَائِدُ فِي هَبْتِهِ كَالْعَائِدِ فِي

قَيْئِهِ»⁽⁷⁰⁾.

وجه الدلالة: ظاهر الحديث يدل على تحريم الرجوع في الهبة مطلقاً.⁽⁷¹⁾

مناقشة الدليل:

قال النووي: الحديث محمول على هبة الأجنبي، أما إذا وهب لولده وإن سفله فله الرجوع

فيه، كما صرح به في حديث النعمان بن بشير.⁽⁷²⁾

الحديث الثاني: ما روي عن سمرة ؓ، عن النبي ﷺ قال: «إِذَا كَانَتْ الْهَبَةُ لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ أَمْ يَرْجِعُ

فِيهَا»⁽⁷³⁾.

وجه الدلالة: يدل الحديث على أن الوالد إذا وهب لولده هبة ليس له أن يرجع فيها كالولد إذا وهب

لوالده.⁽⁷⁴⁾

مناقشة الدليل:

هذا الحديث لا تقوم به حجة؛ لأن عبد الله بن جعفر تفرد به، قال عنه ابن الجوزي في

"التحقيق": "وعبد الله بن جعفر هذا ضعيف. وفي الخلافات للبيهقي: لا يقوم بإسناده حجة. وقال

صاحب تنقيح التحقيق: الحديث منكر جداً، وهو أنكر ما روي عن الحسن عن سمرة.⁽⁷⁵⁾

الجواب على المناقشة:

قد تعقب صاحب "تنقيح التحقيق" على من ضعف عبد الله بن جعفر، وخطأهم، ثم قال: واعلم

أن حديث سمرة هذا رواه كلهم ثقات: فإن عبد الله بن جعفر هو الرقي، وهو ثقة، من رجال الصحيحين،

ومن ضعفه أخطأ بينه وبين المدني، والد علي، وهو متقدم عليه، ثم قال: لكن الحديث منكر جداً، وهو

أنكر ما روي عن الحسن عن سمرة. قال الحاكم: فحديث صحيح على شرط البخاري، ولم يخرجاه.⁽⁷⁶⁾

الدليل الثاني: ما جاء من أقوال السلف:

الأول: ما روي أن عمر τ قال: "مَنْ وَهَبَ هِبَةً لصلّةِ رَحْمٍ، أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا". (77)

مناقشة الدليل:

روي عن عمر τ أيضًا أنه قال: "يعتصر الرجل من ولده ما أعطاه من ماله ما لم يمت أو يستهلكه أو يقع فيه دين". (78)

الدليل الثالث: ما جاء من جهة المعقول:

أن الأب بهذه الهبة حصل له العوض، وهو الثواب بصلّة الرّحم، فأشبهه إذا تصدق به عليه، أو وهب الأجنبي من الأجنبي بعوض. (79)

مناقشة الدليل: يناقش من وجهين:

الأول: أن هذا منقوض بحجة ابن العم وكل ذي رحم غير محرم، فإنه حصل به الثواب والصلّة، وفي

الناس

عمومًا حيث أمر النبي بالهدية صلة بين الناس.

الثاني: ولو سلم عدم رجوع الأب عليه بالصدقة؛ فالصدقة تفارق الهبة؛ لأن قصد الأب من الصدقة التقرب إلى الله تعالى طلبًا لثوابه فلم يحتمل الرجوع، أما القصد في الهبة إصلاح أمر الولد فاحتمل الرجوع إذ قد يظهر له الصلاح في الرجوع. (80)

أدلة القول الثاني: القائل بجواز رجوع الأب فيما وهبه لولده، ما لم يوجد مانع:

استدلوا لما ذهبوا إليه بالسنة، وأقوال السلف:

الدليل الأول: ما جاء من السنة:

الحديث الأول: ما روي عن عامر قال سمعتُ التُّعْمَانَ بْنَ بَشِيرٍ - رضى الله عنهما - وَهُوَ عَلَى الْمِنْبَرِ يَقُولُ أَعْطَانِي أَبِي عَطِيَّةً، فَقَالَتْ عَمْرَةُ بِنْتُ رَوَاحَةَ لَا أَرْضَى حَتَّى تُشْهَدَ رَسُولَ اللَّهِ. فَأَتَى رَسُولَ اللَّهِ فَقَالَ إِنِّي أَعْطَيْتُ ابْنِي مِنْ عَمْرَةَ بِنْتِ رَوَاحَةَ عَطِيَّةً، فَأَمَرْتَنِي أَنْ أُشْهَدَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ. قَالَ «أَعْطَيْتَ سَائِرَ وَلَدِكَ مِثْلَ هَذَا». قَالَ لَا. قَالَ «فَاتَّقُوا اللَّهَ، وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ». قَالَ فَرَجَعَ فَرَدَّ عَطِيَّتَهُ. (81)

وجه الدلالة: يدل الحديث على أن للأب أن يرجع فيما وهب لابنه. (82)

مناقشة الدليل:

الحديث لا يدل على جواز رجوع الأب عن هبته لابنه؛ لأن الهبة لم تنعقد أصلاً، فقد ورد في بعض الأخبار أن بشيراً لم يكن أوقع الهبة، وإنما أراد إيقاعها، فقص عليه فمنعه من ابتدائها، وذلك ما رواه الطحاوي في شرح الآثار عن أبي الزبير عن جابر قال: قالت امرأة بشير لبشير: انحل ابني غلامك هذا، وأشهد لي رسول الله فأتى النبي وحكى قول زوجته، فقال "أله أخوة"، قال نعم، قال: "أفكلهم أعطيته" قال: لا، قال: "فإن هذا لا يصلح وإني لا أشهد إلا على حق"، فدل ذلك على أن الهبة لم تكن وقعت بعد. (83)

الجواب على المناقشة:

أن هذا الحمل يخالف ظاهر الحديث؛ لأن قوله "ارتجعه"، يدل على أنه قد قبضه، وفي رواية "أردده" أمره بالرجوع فيها، ولا يصح الرجوع فيها، إلا وهي ثابتة مستقرة. وأما قوله "أشهد على هذا غيري"، فيدل على إجازة المفاضلة بين الأولاد في الهبة؛ لأنه لم يقل هذه الهبة باطل، وإنما قال: أشهد على هذه الهبة غيري، فقد كان يأمر غيره بالصلاة على من عليه دين، ولا يصلي هو بنفسه تعظيماً لأمر الدين، كذلك هذه المسألة، وفي بعض الأخبار أنه قال: "أيسرك أن يكونوا لك في البر سواء؟" قال: نعم قال: فأشهد على هذا غيري"، فبين أن الغرض بما قال أن يتساوا في البر، إذا ساوى بينهم في العطاء فيكون ذلك ندباً وارشاداً إلى الأجل. وما روي "لا أشهد على جور" ليس بالكثير في الروايات، فإذا ثبت فيكون أراد العادل عن الطريقة، كما يقال: جار السهم. (84)

الحديث الثاني: ما روي عن ابن عمر وابن عباس - رضي الله عنهم - عن النبي أنه قال: «لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً أَوْ يَهَبَ هِبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا، إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ، وَمَثَلُ الَّذِي يُعْطِي الْعَطِيَّةَ ثُمَّ يَرْجِعُ فِيهَا، كَمَثَلِ الْكَلْبِ يَأْكُلُ، فَإِذَا شَبِعَ قَاءً، ثُمَّ عَادَ فِي قَيْئِهِ». وفي لفظ: «لَا يَرْجِعُ الْوَاهِبُ فِي هِبَتِهِ، إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا يَهَبُ لِوَلَدِهِ». (85)

وجه الدلالة: الحديث ينص صراحة على تحريم الرجوع في الهبة، إلا فيما يهب الوالد لولده.

مناقشة الدليل: يناقش من وجهين:

الوجه الأول: من جهة السند:

أن هذا الخبر تكلم عليه أصحاب الحديث، لأن طاووس رواه عن النبي ﷺ مرسلاً، ولهذا قال الشافعي: لو اتصل حديث طاووس لقلت به. (86)

الجواب على المناقشة:

قال الترمذي: عن حديث ابن عباس "حسن صحيح". والعمل على هذا الحديث عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي وغيرهم. قال الحاكم: حديث صحيح الإسناد، ولا أعلم خلافاً في عدالة عمرو بن شعيب، إنما اختلفوا في سماع أبيه من جده. (87)

الوجه الثاني: من جهة المعنى له تأويلان:

أحدهما: أنه محمول على أن الواهب لا يستبد بالرجوع من غير تراض ولا حكم حاكم إلا الوالد، فإن له أن يأخذ من ابنه عند الحاجة من غير رضا ولا قضاء كسائر أموال ابنه. (88)

الثاني: أنه محمول على نفي الحل من حيث المروءة والخلف لا من حيث الحكم؛ لأن نفي الحل يحتمل ذلك قال الله تعالى عز وجل في رسولنا عليه الصلاة والسلام ﴿لَا يَجِلُّ لَكَ النَّسَاءُ مِنْ بَعْدِ﴾ قيل في بعض التأويلات: لا يجل لك من حيث المروءة والخلف أن تتزوج عليهن بعد ما اخترن إياك والدار الآخرة على الدنيا وما فيها من الزينة لا من حيث الحكم إذا كان يجل له التزوج بغيرهن، وهذا تأويل الحديث. (89)

الجواب على المناقشة:

الأول: أن رجوع الوالد عن الهبة إن كان للحاجة، فلا يختص ذلك بالهبة، فللوالد الأخذ من مال الولد عند الحاجة مطلقاً سواء كان هذا المال مما وهبه إياه أبوه أو لم يكن؛ لأن ذلك من حق الوالد على ولده. (90)

الثاني: الأصل حمل اللفظ على الحقيقة والظاهر، وصرف اللفظ عن ظاهره لا بد له من قرينة تؤيده، ثم إن هذا التأويل ينفيه ما ورد في حديث النعمان حيث إن رسول الله أمره بإرجاع الهبة وردها.

الراجح والله تعالى أعلم:

بالنظر إلى القولين السابقين وأدلة كل قول يتبين أنّ الراجح هو القول بجواز رجوع الأب ما وهبه لولده، ما لم يوجد مانع.

أما موقف القانون من رجوع الأب فيما وهبه لولده فقد اتجه في ذلك إلى ثلاثة اتجاهات، هي:

الاتجاه الأول: رفض الرجوع فيما وهبه الأب لولده مطلقاً، وهذا ما نصت عليه الفقرة (هـ) في المادة (502) من القانون المدني المصري، برفض طلب الرجوع في الهبة: "إذا كانت الهبة لذي رحم محرم".

الاتجاه الثاني: جواز رجوع الأب فيما وهبه لولده إن ترتب على ذلك مفاضلة بلا مبرر، مع انتفاء الموانع الشرعية، وهذا ما نصت عليه الفقرة (أ) في المادة (243) من قانون المعاملات المدنية السوداني، برفض طلب الرجوع في الهبة: "إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر أو لذي رحم محرم ما لم يترتب عليه مفاضلة بين هؤلاء بلا مبرر". وكذلك قانون الأحوال الشخصية القطري في المادة (203).

الاتجاه الثالث: جواز رجوع الأب فيما وهبه لولده مع انتفاء الموانع الشرعية، بدون قيد أو شرط قانوني لذلك، وهذا ما عليه القانون الجزائري والمغربي والموريتاني، واليميني والكويتي، ومما ورد من نصوص في ذلك ما نصت عليه المادة (196) في الفقرة الثانية من قانون الأحوال الشخصية اليمني: لا يجوز الرجوع في الهبة التبرعية إلا في الأحوال الآتية: ذكر منها: "أن يكون الواهب أباً أو أمّاً للموهوب له".

الفرع الثاني: رجوع الأم فيما وهبته لولدها:

اختلف أهل العلم في رجوع الأم فيما وهبته لولدها، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: جواز رجوع الأم فيما وهبته لولدها، ما لم يوجد مانع، وبه قال الشافعي،⁽⁹¹⁾ وأحمد في رواية،⁽⁹²⁾ والظاهرية.⁽⁹³⁾

القول الثاني: عدم جواز رجوع الأم فيما وهبته لولدها، وبه قال أحمد،⁽⁹⁴⁾ ومالك في رواية.⁽⁹⁵⁾

القول الثالث: عدم جواز رجوع الأم فيما وهبته لولدها الصغير اليتيم، دون الكبير، وبه قال مالك.⁽⁹⁶⁾

الأدلة:

أدلة القول الأول: القائل بجواز رجوع الأم فيما وهبته لولدها:

استدلوا لما ذهبوا إليه بالمعقول: من وجهين:

الوجه الأول: أن لفظ الوالد يشمل كل الأصول إن حمل اللفظ على حقيقته ومجازته، بجامع أن لكل

ولادة كما في النفقة وحصول العتق وسقوط القود.

الوجه الثاني: أن الأم أحد الأبوين وداخلة في قوله صل الله عليه وسلم «فَاتَّقُوا اللَّهَ، وَأَعِدُّوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ» حيث يجب عليها التسوية بين ولدها في العطية فأشبهت الأب.⁽⁹⁷⁾

أدلة القول الثاني: القائل بعدم جواز رجوع الأم في هبتها لولدها:

استدلوا لما ذهبوا إليه بالمعقول:

أن لفظ الوالد عند الاطلاق إنما يتناول الأب دون الأم والفرق بينهما أن للأب ولاية على ولده، ويجوز جميع المال في الميراث، والأم بخلافه.

مناقشة الدليل:

أن لفظ الوالد يشمل الأم لغة وشرعاً؛ لأنه خاص وحديث المنع عام فيبني العام على الخاص، قال في المصباح الوالد الأب وجمعه بالواو والنون، والوالدة الأم وجمعها بالألف والتاء والوالدان الأب والأم للتغليب؛ ولأن الأم والدة تقع على الجنس، وهي فيه اسم الوالد.⁽⁹⁸⁾

أدلة القول الثالث: القائل بعدم جواز رجوع الأم فيما هبته لولدها الصغير اليتيم، دون الكبير:

استدلوا لما ذهبوا إليه بالمعقول:

أن هبة الأم للطفل الصغير في معنى الصدقة، والصدقة لا يحل الرجوع فيها، بخلاف الهبة للولد الكبير.

الراجح والله تعالى أعلم:

بالنظر إلى الأقوال السابقة، وأدلة كل قول يتبين أنّ الراجح هو القول بجواز رجوع الأم فيما وهبته لولدها كالأب.

أما موقف القانون من رجوع الأم فيما وهبته لولدها فقد اتجه إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: رفض الرجوع فيما وهبته الأم لولدها مطلقاً، وهذا ما نصت عليه الفقرة (هـ) في المادة

(502) من القانون المدني المصري، برفض طلب الرجوع في الهبة: "إذا كانت الهبة لذي رحم محرم".

الاتجاه الثاني: جواز رجوع الأم فيما وهبته لولدها، غير أنهم اختلفوا في السبب الذي يجيز للأم

الرجوع فيما وهبته لولدها، على ثلاثة مسالك:

الأول: للأم الرجوع فيما وهبته لولدها مع انتفاء الموانع الشرعية، إن ترتب على ذلك مفاضلة بلا

مبرر، وهذا ما نصت عليه الفقرة (أ) في المادة (243) من قانون المعاملات المدنية السوداني، برفض طلب

الرجوع في الهبة: "إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر أو لذي رحم محرم ما لم يترتب عليه مفاضلة بين هؤلاء بلا مبرر". وعلى منوال هذه المادة سار القانون المدني الأردني. (99)

الثاني: للأم الرجوع فيما وهبته لولدها مع انتفاء الموانع، ولم يكون الموهوب له صغيراً يتيماً، وهذا ما نصت عليه الفقرة (أ) في المادة (539) من القانون المدني الكويتي "يتمتع الرجوع في الهبة... ذكر منها: إذا كانت الهبة من الأم، وكان ولدها يتيماً وقت الرجوع". وعلى منواله سار قانون المعاملات المدنية الإماراتي،⁽¹⁰⁰⁾

الثالث: للأم الرجوع فيما وهبته لولدها مع انتفاء الموانع الشرعية مطلقاً بدون قيد أو شرط قانوني، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (283) في مدونة الحقوق العينية المغربية، "يراد بالاعتصار رجوع الواهب في هبته، ويجوز في الحالتين التاليتين:
أولاً: فيما وهبه الأب والأم لولدهما قاصراً كان أو راشداً.
ثانياً: إذا أصبح الواهب عاجزاً عن الانفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته". وعلى منواله سار قانون الأسرة الجزائري،⁽¹⁰¹⁾ وقانون الأحوال الشخصية اليمني.⁽¹⁰²⁾

الفرع الثالث: رجوع الجد فيما وهبه لحفيده:

اختلف أهل العلم في رجوع الجد فيما وهبه لحفيده، على قولين:

القول الأول: جواز رجوع الجد فيما وهبه لحفيده، ما لم يوجد مانع، وبه قال الظاهرية،⁽¹⁰³⁾ ووجه عند الشافعية،⁽¹⁰⁴⁾ وقول عند الحنابلة.⁽¹⁰⁵⁾

القول الثاني: عدم جواز رجوع الجد فيما وهبه لحفيده، وبه قال مالك،⁽¹⁰⁶⁾ ووجه عند الشافعية،⁽¹⁰⁷⁾ وقول عند الحنابلة.⁽¹⁰⁸⁾

الأدلة:

أدلة القول الأول: القائل بجواز رجوع الجد فيما وهبه لحفيده:

استدلوا لما ذهبوا إليه بالكتاب، والمعقول:

الدليل الأول: ما جاء في القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾ [الأعراف: 31] وقوله تعالى ﴿كَمَا أَخْرَجَ أَبَوَيْكُم مِّنَ الْجَنَّةِ﴾

[الأعراف: 27]

وجه الدلالة: أن القرآن الكريم في أكثر من موضع سمي الجد أبًا، فيكون له حكم الأب، ويؤيده قول رسول الله «ارْمُوا بَنِي إِسْمَاعِيلَ فَإِنَّ آبَاكُمْ كَانَ رَامِيًا».⁽¹⁰⁹⁾

مناقشة الدليل:

أن إطلاق لفظ الأب على الجد من باب المجاز، فليس كالأب المباشر؛ لأن حقيقة الجد تصدق على أبي الأب أو أبي الأم، وليس الوارث منهما إلا أبا الأب، ولو قلنا بأن لفظ الأب يصدق على الجد حقيقةً لكان تناقضًا، لعلمنا أن الأب غير أبي الأب. ومما يدل على أنه إطلاق مجازي: أن القرآن الكريم سمي الأم أبًا، قال تعالى: ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: 11] بل سمي زوجة الأب أبًا، قال تعالى: ﴿وَرَفَعَ أَبَوَيْهِ عَلَى الْعَرْشِ﴾ [يوسف: 100] باعتبار أن المقصود: أبوه سيدنا يعقوب عليه السلام وزوجته الثانية على رأي الجمهور، ومنه قول الرسول «عم الرجل صنو أبيه»،⁽¹¹⁰⁾ والصنُّ: المثل، ولم يقل أحد بأن العم يقوم مقام الأب في الميراث، ولكن يشتركون مع الأب في حق التوقير، فكذلك الجد.

الدليل الثاني: من جهة المعقول:

أن لفظ الوالد يشمل كل الأصول إن حمل اللفظ على حقيقته ومجازه، بجامع أن لكل ولادة كما في النفقة، وحصول العتق، وسقوط القود.⁽¹¹¹⁾

أدلة القول الثاني: القائل بعدم جواز رجوع الجد في هبته لحفيده:

استدلوا لما ذهبوا إليه من بالمعقول:

ليس للجد الرجوع عن هبته لحفيده؛ لأن الخبر يتناول الوالد حقيقة، وليس الجد في معناه؛ لأنه يدلي بواسطة ويسقط بالأب ولا تسقط الأخوة به.⁽¹¹²⁾

الراجح والله تعالى اعلم:

بالنظر إلى القولين السابقين وأدلة كل قول يتبين أن الراجح هو القول بعدم جواز رجوع الجد فيما وهبه لحفيده، لأن رجوع الأب ثبت على خلاف الأصل، فينبغي أن يقتصر فيه على أقل ما يقتضيه اللفظ.

أما موقف القانون من رجوع الجد فيما وهبه لحفيده فقد اتجه إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: رفض رجوع الجد فيما وهبه لحفيده، وهذا ما نصت عليه الفقرة (هـ) في المادة

(502) من القانون المدني المصري، برفض طلب الرجوع في الهبة: "إذا كانت الهبة لذي رحم محرم".⁽¹¹³⁾

الاتجاه الثاني: يجيز رجوع الجد فيما وهبه لحفيده، بشرطين: أحدهما: انتفاء الموانع الشرعية، والثاني: أن يستند إلى عذر قانوني يبرر له طلب الرجوع المتمثل في العجز عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته، وهذا يستشف من عموم النص الوارد في مدونة الحقوق العينية المغربية في الفقرة الثانية من المادة (283)، "يراد بالاعتصار رجوع الواهب في هبته، ويجوز في الحالتين التاليتين:

أولاً: فيما وهبه الأب والأم لولدهما قاصراً كان أو راشداً.

ثانياً: إذا أصبح الواهب عاجزاً عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته".

فالعموم في كلمة "الواهب" تشمل الجد وغيره إن عجز عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته. ويمثله سار قانون الأحوال الشخصية اليمني،⁽¹¹⁴⁾ غير أن القانون المدني الكويتي توسع في الأعدار التي يستند إليها الجد عند المطالبة القضائية بالرجوع في الهبة.⁽¹¹⁵⁾

المطلب الثالث: الهبة على العوض:

يعد أخذ مقابل من الموهوب له عوضاً عن الهبة مانعاً من موانع الرجوع في الهبة؛⁽¹¹⁶⁾ لأن التعويض دليل على أن مقصود الواهب هو الوصول إلى العوض، فإذا وصل فقد حصل مقصوده، فيمتنع الرجوع سواء قل العوض أو كثر؛ ولحديث أبي هريرة τ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ \square « الرَّجُلُ أَحَقُّ بِهَيْبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبِّ مِنْهَا ». وفي لفظ «الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهَيْبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبِّ مِنْهَا». ⁽¹¹⁷⁾ ولكي يتحقق هذا المانع لا بد من توافر عدة شروط، هي:

1- أن يقبل الواهب العوض.

2- أن يقبض الواهب العوض.

3- أن يكون العوض مفرزاً إذا كان معيناً بنوعه. 4- ألا يكون العوض بعض الشيء الموهوب.

والذي عليه العمل في القانون، أن وفاء الموهوب له بالعوض يعد مانعاً من موانع الرجوع، ومن ذلك على سبيل المثال ما نصت عليه المادة (502) في الفقرة (ز) من القانون المدني المصري: برفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية،... ذكر منها: "إذا قدم الموهوب له عوضاً عن الهبة".

المطلب الرابع: موت أحد طرفي عقد الهبة:

يعد موت الواهب أو الموهوب له بعد التقابض مانعاً من موانع الرجوع عن الهبة، تُسقط حق المطالبة بها قضائياً؛ لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته بالوفاة، وبموت الواهب يسقط حق الرجوع في الهبة؛ لأن حق الرجوع في الهبة حق شخصي للواهب لا يورث، إلا إذا رفع الواهب دعوى الرجوع ثم مات فإن الحق ينتقل إلى ورثته.⁽¹¹⁸⁾

وهذا ما عليه العمل في القانون، حيث نصت على هذا المانع الفقرة (ب) من المادة (502) في القانون المدني المصري، برفض طلب الرجوع في الهبة: "إذا مات أحد طرفي عقد الهبة".⁽¹¹⁹⁾

المطلب الخامس: الزيادة في العين الموهوبة:

تعد الزيادة المتصلة بالعين الموهوبة مانعًا من موانع الرجوع في الهبة، تُسقط حق المطالبة بها قضائيًا؛ ولكي يتحقق هذا المانع لا بد من توافر شرطين، هما:⁽¹²⁰⁾

الشرط الأول: أن تكون الزيادة متصلة بالشيء الموهوب؛ لأن الرجوع لا يصح إلا في الشيء الموهوب والزيادة ليست بموهوبة فلا رجوع فيها، كما أن الفصل بينهما متعذر حتى يرجع في الأصل فامتنع الرجوع أصلاً.

أما الزيادة المنفصلة فلا تعد مانعًا من موانع الرجوع، إذ يستطيع الواهب الرجوع في أصل الشيء الموهوب دون ضرار يلحق الموهوب له، لأنه يمكنه استيفاء الزيادة ورد الموهوب.

الشرط الثاني: أن تكون الزيادة المتصلة سببًا في رفع قيمة العين الموهوبة:

أما إن زادت قيمة الشيء دون حدوث زيادة مادية متصلة به نظرًا لإقبال الناس عليه في السوق، فلا يعد ذلك مانعًا من الرجوع.

أما الزيادة المتصلة التي لا تزيد من القيمة، فلا تعد مانعًا من رجوع الواهب عن هبته؛ لأن الزيادة هنا كالعدم، كذلك الزيادة المنفصلة لا تمنع من الرجوع، غير أن الرجوع يكون في الأصل بينما يبقى النماء للموهوب له؛ لأن الزيادة حادثة في ملكه.

والذي عليه العمل في القانون، أن الزيادة المتصلة بالعين الموهوبة تعد مانعًا من موانع الرجوع في الهبة، تُسقط حق المطالبة بها قضائيًا؛ حيث نصت على هذا المانع الفقرة (أ) من المادة (502) في القانون المدني المصري: برفض طلب الرجوع في الهبة "إذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة لزيادته قيمته فإذا زال المانع عاد حق الرجوع".⁽¹²¹⁾

المطلب السادس: هلاك العين الموهوبة:

يعد هلاك الشيء الموهوب مانعًا من موانع الرجوع في الهبة سواء كان الهلاك لسبب أجنبي أو بفعل الموهوب له، أما إذا كان الهلاك جزئيًا جاز الرجوع فيما بقي من الشيء الموهوب، وليس للواهب أن يطالب الموهوب له بقيمة العين الموهوبة الهالكة أو المستهلكة حتى وإن أتلّفها الموهوب بنفسه.⁽¹²²⁾

وهذا ما عليه العمل في القانون، حيث نصت على هذا المانع الفقرة (و) من المادة (502) في القانون المدني المصري برفض طلب الرجوع في الهبة "إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له، سواء كان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء، جاز الرجوع في الباقي".

ويلحق بهلاك الموهوب، أن تتغير الهبة إلى حالة يسقط عنها الاسم، وتكون لها صورة أخرى واسم جديد، كالقماش يخاط ثوبًا، فلا يجوز للواهب الرجوع؛ لأن الذي وهبه زال وحل غيره محله والشيء يهلك بزوال صورته، فالرجوع في الأصل متعذر والموجود غير ما وهبه.⁽¹²³⁾

المطلب السابع: التصرف في العين الموهوبة:

يعد تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفًا نهائيًا مانعًا من موانع الرجوع في الهبة؛ لأن تبدل الملك كتبدل العين فصار الموهوب كعين أخرى، سواء خرجت الهبة عن ملكه بأن باعها أو وهبها لغيره أو نحو ذلك من التصرفات الناقلة للملك من يد إلى يد فإنه يتمتع على الواهب الرجوع، متى كان التصرف ينصب على كل الملك الموهوب، أما إذا اقتصر التصرف على جزء منه جاز للواهب الرجوع في الجزء الباقي.⁽¹²⁴⁾

وهذا ما عليه العمل في القانون، حيث نص على هذا المانع الفقرة (ج) من المادة (502) في القانون المدني المصري: برفض طلب الرجوع في الهبة "إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفًا نهائيًا، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب، جاز للواهب أن يرجع في الباقي".⁽¹²⁵⁾

المطلب الثامن: الهبة التي يراد بها الصدقة:

اتفق أهل العلم على أن الهبة التي يراد بها وجه الله، لا يحل للمتصدق الرجوع فيها؛⁽¹²⁶⁾ لما روي عن عمر τ قال: «مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِصِلَّةٍ رَحِمٍ أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا». ⁽¹²⁷⁾ حتى لو أراد استردادها عن طريق شرائها من الموهوب له؛ لما روي عن عمر τ قال: حَمَلْتُ عَلَى فَرَسٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَأَضَاعَهُ الَّذِي كَانَ عِنْدَهُ فَأَرَدْتُ أَنْ أَشْتَرِيَهُ وَظَنَنْتُ أَنَّهُ يَبِيعُهُ بِرُخْصٍ فَسَأَلْتُ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ: «لَا تَشْتَرِي وَلَا تَعُدُّ فِي صَدَقَتِكَ وَإِنْ أَعْطَاكَهُ بِدَرَاهِمٍ فَإِنَّ الْعَائِدَ فِي صَدَقَتِهِ كَالْعَائِدِ فِي قَيْئِهِ». ⁽¹²⁸⁾ قال الصنعاني:

"وظاهر النهي التحريم، وإليه ذهب قوم، وقال الجمهور إنه للتنزيه، وتقدم أن الرجوع في الهبة محرم"⁽¹²⁹⁾

أما إن رجعت إليه عن طريق الميراث فلا مانع من استردادها؛⁽¹³⁰⁾ لما روي عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: كُنْتُ جَالِسًا عِنْدَ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِذْ أَتَتْهُ امْرَأَةٌ فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي كُنْتُ تَصَدَّقْتُ عَلَى أُمِّي بِجَارِيَةٍ وَإِنَّهَا مَاتَتْ قَالَ: «وَجِبَ أَجْرُكَ وَرَدَّهَا عَلَيْكَ الْمِيرَاثُ». (131)

والذي عليه العمل في القانون أن الهبة التي يراد بها وجه الله أو عملاً من أعمال البر، تعد مانعاً من موانع الرجوع، حيث نص على هذا المانع الفقرة (ح) في المادة (502) من القانون المدني المصري: برفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية،... ذكر منها: "إذا كانت الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البر".

المطلب التاسع: هبة الدين للمدين:

يعد الإبراء من الدين هبة من الدائن لمدينه، به ينقضي الالتزام عن المدين، ويسقط الدين.⁽¹³²⁾ غير أنهم اختلفوا في رجوع المبرئ عن الإبراء على قولين: الأول، ليس له الرجوع؛ لأن ما كان له سقط بالإبراء، والساقط لا يعود. وبهذا قال الحنفية والحنابلة وقول للشافعية.⁽¹³³⁾

الفصل الثاني: الأعذار القانونية في رجوع الواهب:

ذهب القانون إلى ضرورة أن يستند الواهب إلى عدة أعذار⁽¹³⁴⁾ قانونية حتى يستطيع المطالبة القضائية بالرجوع عن هبته فإن لم يتوافر له أحد هذه الأعذار مع انتفاء الموانع الشرعية سقط حقه بالمطالبة بها، وغير خافٍ أن هذه الأعذار تختلف من بلد إلى آخر، حيث إن بعض تطبيقاتها القضائية تتفاوت أحكامها فيما بينها في بعض الجزئيات. لذا نجد أن القانون قد سلك فيها مسلكين، هما:

المسلك الأول: لم يشترط أية قيد أو شرط قانوني غير انتفاء الموانع الشرعية، وذلك في رجوع الوالدين فيما وهباه لولدهما، وهذا ما عليه العمل في قانون الأسرة الجزائري،⁽¹³⁵⁾ وقانون الالتزامات والعقود الموريتاني⁽¹³⁶⁾ وقانون الأحوال الشخصية اليمني،⁽¹³⁷⁾ ومدونة الحقوق العينية المغربية،⁽¹³⁸⁾ والمدني الكويتي،⁽¹³⁹⁾ والمعاملات المدنية الإماراتي.⁽¹⁴⁰⁾

وعلى الجانب الآخر نجد أن مجلة الأحوال الشخصية التونسي في الفصل (210) عندما اشترطت على الواهب أن يكون له عذراً يبرر له طلب الرجوع لم تفرق ما بين الوالدين وغيرهم، مما يستشف منه أن على أحد الوالدين أن يستند إلى عذر قانوني يبرر لهما طلب الرجوع فيما وهبه لولده كغيرهم.

المسلك الثاني: يشترط مع انتفاء الموانع الشرعية، ضرورة أن يستند الواهب إلى عذر مقبول يبرر له طلب الرجوع، وعلى سبيل المثال فقد نصت المادة (501) من القانون المدني المصري أنه: "يعتبر بنوع خاص عذرًا مقبولاً للرجوع في الهبة:

(أ) - أن يخل الموهوب له بما يجب نحو الواهب، أو نحو أحد من أقاربه، بحيث يكون هذا الإخلال جحودًا كبيرًا من جانبه.

(ب) - أن يصبح الواهب عاجزًا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير.

(ج) - أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدًا يظل حيًا إلى وقت الرجوع، أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتًا وقت الهبة فإذا به حي".

وغير خافٍ أن هذه الأعذار تختلف من بلد إلى آخر، حيث إن بعض تطبيقاتها القضائية تتفاوت أحكامها فيما بينها في العديد من الجزئيات، لخضوعها إلى سلطة القاضي التقديرية ليقرر على ضوء الظروف والملابسات ما إذا كان الواهب محققًا في طلب الرجوع أم لا.

ومما تجب الإشارة إليه أن هذه الأعذار إنما ذكرت على سبيل المثال لا الحصر، حيث يمكن أن تكون هناك أعذار أخرى تبرر الرجوع كعدم أداء العوض من طرف الموهوب له في حالة اقتران الهبة بعوض. (141)

وقد تبنت العديد من القوانين هذه القول كقانون المعاملات المدنية الإماراتي في الفقرة (ج) من المادة (649)، والقانون المدني الأردني في الفقرة (8) من المادة (579) والقانون العراقي في الفقرة (ح) من المادة (623) من ذلك ما نصت عليه الفقرة الفقرة (ح) في المادة (243) من قانون المعاملات المدنية السوداني: إلى أنه يعتبر مانعاً من الرجوع في الهبة ما يلي: ... ذكر منها: "إذا وهب الدائن الدين للمدين". في حين أن عدة قوانين لم تشر إلى هذا المانع، كالقانون المدني المصري، والسوري، والكويتي.

خاتمة

في ختام هذا البحث يمكن أن أخلص أهم ما توصلت إليه من نتائج فما يأتي:

1- رجوع الواهب عن هبته بعد قبض الموهوب له، يعد من التصرفات التي نعت عنها الشريعة، بالتنفير منها، والتشجيع على فاعلها، حيث شبه الراجع فيها بالكلب، والمرجوع فيه بالقيئ إظهارًا لخسة المشبه.

2- وقع الخلاف في حكم استرداد الهبة بعد قبض الموهوب له والراجح القول بعدم جواز رجوع الوهاب في هبته بعد قبض الموهوب له، ويستثنى من عدم جواز الرجوع الوالد فيما يعطي ولده، في حين أن القانون اتجه في ذلك إلى ثلاثة اتجاهات:

الأول: للواهب الأجنبي الحق في الرجوع في هبته بعد قبض الموهوب له، مع انتفاء الموانع الشرعية، بشرط أن يكون له عذر يبرر له طلب الرجوع.

الثاني: للوالدين - فقط - الحق في الرجوع فيما وهباه لولدهما، مع انتفاء الموانع الشرعية، من دون أية عذر أو شرط قانوني يبرر لهما طلب الرجوع.

الثالث: تبني العمل بالتلفيق ما بين المذهبين الحنفي والمالكي وما بين التشريعات العربية حيث يقرر للوالدين حق الرجوع فيما وهباه لولدهما، من دون أية عذر أو شرط قانوني، بينما يحق لغيرهما الرجوع بشرط أن يكون له عذر يبرر له طلب الرجوع، مع انتفاء الموانع الشرعية.

3- وقع الاتفاق على أن الزوج يمنع من الرجوع في هبته لزوجته بعد العقد عليها سواء أكان قبل الدخول أم بعده في حين أن القانون التونسي يميز الرجوع إن كانت الهبة بعد العقد وقبل الدخول.

4- وقع الخلاف في رجوع الزوجة عن هبتها لزوجها، والراجح القول بعدم جواز رجوع الزوجة في هبتها لزوجها، وهذا ما عليه العمل في القانون، غير القانون اليمني فهو يميز رجوع أحد الزوجين فيما وهبه للآخر إن كانت الهبة لغرض (مصلحة) ظاهر أو مضمّر تدل عليه قرائن الحال وتعذر تحقيق الغرض، أو وقعت بينهما بسبب الحيلة. وكذلك القانون القطري يميز إن فاضل الزوج بين زوجاته، وكانت المفاضلة بدون سبب مقبول.

5- وقع الاتفاق على منع رجوع أحد الزوجين فيما وهبه للآخر بعد انتهاء العلاقة الزوجية، وهذا ما عليه العمل في القانون غير القانون الكويتي والمغربي فهما يميزان رجوع أحد الزوجين فيما وهبه للآخر بعد انتهاء العلاقة الزوجية.

6- وقع الخلاف في رجوع الأب فيما وهبه لولده، على قولين، والراجح القول بجواز رجوع الأب ما وهبه لولده، ما لم يوجد مانع، في حين أن القانون اتجه في ذلك إلى ثلاثة اتجاهات، هي:

الأول: رفض الرجوع فيما وهبه الأب لولده مطلقاً.

الثاني: جواز رجوع الأب فيما وهبه لولده مع انتفاء الموانع الشرعية، بدون أية قيد أو شرط قانوني.

لذلك.

الثالث: جواز رجوع الأب فيما وهبه لولده إن ترتب على ذلك مفاضلة بلا مبرر، مع انتفاء الموانع الشرعية.

7- وقع الخلاف في رجوع الأم فيما وهبته لولدها، على ثلاثة أقوال، والراجح منها القول بجواز رجوع الأم فيما وهبته لولدها كالأب، في حين أن القانون اتجه في ذلك إلى اتجاهين:

الأول: رفض الرجوع فيما وهبته الأم لولدها مطلقاً.

الثاني: جواز رجوع الأم فيما وهبته لولدها، غير أنهم اختلفوا في السبب الذي يجيز للأم الرجوع فيما وهبته لولدها، على ثلاثة مسالك:

الأول: للأم الرجوع فيما وهبته لولدها مع انتفاء الموانع الشرعية، إن ترتب على ذلك مفاضلة بلا مبرر.

الثاني: للأم الرجوع فيما وهبته لولدها مع انتفاء الموانع، ولم يكون الموهوب له صغيراً يتيماً.

الثالث: للأم الرجوع فيما وهبته لولدها مع انتفاء الموانع الشرعية مطلقاً بدون أية قيد أو شرط قانوني.

8- وقع الخلاف في رجوع الجد فيما وهبه لحفيده، على قولين، والراجح منهما القول بعدم جواز رجوع الجد فيما وهبه لحفيده، في حين أن القانون اتجه في ذلك إلى اتجاهين:

الأول: رفض رجوع الجد فيما وهبه لحفيده مطلقاً.

الثاني: يجيز رجوع الجد فيما وهبه لحفيده، بشرطين: أحدهما: انتفاء الموانع الشرعية، والثاني: أن يستند إلى عذر قانوني يبرر له طلب الرجوع المتمثل في العجز عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته.

9- أن أخذ مقابل من الموهوب له عوضاً عن الهبة يعد مانعاً من موانع الرجوع.

10- أن موت الواهب أو الموهوب له بعد التقابض يعد مانعاً من موانع الرجوع.

11- أن الزيادة المتصلة بالعين الموهوبة يعد مانعاً من موانع الرجوع في الهبة.

12- أن هلاك الشيء الموهوب يعد مانعاً من موانع الرجوع في الهبة سواء كان الهلاك لسبب أجنبي أو بفعل الموهوب له.

13- أن تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً يعد مانعاً من موانع الرجوع.

14- أن الهبة التي يراد بها وجه الله أو عملاً من أعمال البر تعد مانعاً من موانع الرجوع.

15- أن الإبراء من الدين يعد مانعاً من موانع الرجوع.

وهذا آخر ما قصدنا، والله أسأل أن ينفع به، وهو حسبي ونعم الوكيل، والحمد لله رب العالمين.

الهوامش

- (1) مما تجدر الإشارة إليه أن مسائل الهبة في بعض القوانين العربية أدرجت في قانون الأحوال الشخصية ك (القانون التونسي، والجزائري، والقطري، واليمن) على أساس أنها من عقود التبرع القائمة على مبدأ التصديق المنسوب إليه ديانة، شأنها شأن الوصية والوقف، بينما في البلاد الأخرى عدت الهبة من العقود العينية التي ينظمها القانون المدني.
- (2) ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور المصري، لسان العرب، الجزء الثامن، دار صادر، بيروت، ط الأولى، الصفحة 343، مادة (منع).
- (3) ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الجزء الأول، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط: الثانية، سنة 2002م، الصفحة 181.
- (4) د. مصطفى الزلي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، دار احسان للنشر والتوزيع، ط الأولى، 2014م، الصفحة 300.
- (5) ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، الجزء الثاني، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، سنة 1979م، الصفحة 407، مادة (رجع).
- (6) أبو البقاء الحنفي، أيوب بن موسى الحسيني القريني الكفوي، الكلبيات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، الصفحة 757.
- (7) الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، دار الكتب العلمية، ط الثانية 1986، الصفحة 128. شيعي زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان يعرف ب(داماد) أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ. الصفحة 128.
- (8) معنى الاعتصار لغة: الحبس، والمنع. وقيل: الارتجاع. قاله ابن الأعرابي. وهما في اعتصار الهبة صحيحان؛ لأنه ارتجاع وحبس لما أعطاه ومنع له. والاعتصار مختص بالهبة وحدها، وما في معناها من العطية، والنحل، والمنحة، وشبهها، دون الصدقة. ينظر: التنبهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة، أبو الفضل، عياض بن موسى بن عياض بن عمرو اليحصبي السبتي، الجزء الثالث، الصفحة 2000.
- (9) ابن عرفة، محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي المالكي، أبو عبد الله، المختصر الفقهي، الجزء التاسع، المحقق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، ط الأولى، مؤسسة خلف الخبوتور للأعمال الخيرية، سنة 2014م، الصفحة 24.
- (10) د. فتح الله أكنم تفاع، نظرية الرجوع في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، دار الجنادرية للنشر والتوزيع، ط الأولى، سنة 2011م، الصفحة 84.
- (11) ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور المصري، لسان العرب، الجزء الأول، الصفحة 803، مادة (وهب).
- (12) محمد الأمين بن عبد الله بن يوسف بن حسن الأرمي العلوي الأثيوبي، شرح سنن ابن ماجة المسمى «مرشد ذوي الحجا والحاجة إلى سنن ابن ماجة والقول المكتفى على سنن المصطفى»، الجزء الرابع عشر، دار المنهاج، المملكة العربية السعودية، جدة، ط الأولى، سنة 2018م، الصفحة 11.
- (13) ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، الجزء السادس، بدون طبع، تاريخ النشر 1968، مكتبة القاهرة الصفحة 41. محمد الأثيوبي، شرح سنن ابن ماجة المسمى «مرشد ذوي الحجا والحاجة إلى سنن ابن ماجة والقول المكتفى على سنن المصطفى»، الجزء الرابع عشر، الصفحة 11.
- (14) أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تهذيب الأسماء واللغات، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، الصفحة 197.
- (15) أما في حق النجى □ فالهدية والصدقة متغايران، لأن النجى □ كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة، فعندما قدم عليه وفد ثقيف ومعهم هدية، قال النجى □: أهديت أم صدقة؟ فإن كانت هدية فإنما يتغى بها وجه رسول الله □ وقضاء الحاجة، وإن كانت صدقة فإنما يتغى بها وجه الله عز وجل قالوا: لا، بل هدية، فقبلها منهم. ينظر: ابن قدامة، المغني، الجزء السادس، الصفحة 41.
- (16) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، الصفحة 352.

- (17) أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»، الجزء الثالث، دار الفكر، بيروت، ط الثانية، الصفحة 87.
- (18) أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، الجزء الثالث، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط الأولى، 1997م، الصفحة 168.
- (19) ابن قدامة، أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير (المطبوع مع المقنع والإنصاف) الجزء السابع عشر، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، د. عبد الفتاح محمد الحلوي، ط الأولى، الناشر: هجر للطباعة والنشر، القاهرة، السنة 1995م، الصفحة 5.
- (20) يقصد بالمعنى الخاص: إخراج ما يندرج تحت الهبة من مسميات متقاربة في معانيها.
- (21) البكري، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، الجزء الثالث، الصفحة 168.
- (22) ابن عرفة المختصر الفقهي، الجزء الثامن، الصفحة 515.
- (23) سراج الدين أبي حفص عمر بن رسلان البلقيني الشافعي، تدريب المبتدي وتهذيب المنتهي، الجزء الثاني، تحقيق: أبو يعقوب نشأت بن كمال المصري، دار القبليتين، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط الأولى، 2012 م، الصفحة 267.
- (24) ينظر: القانون المدني المصري، قانون رقم 131 لسنة 1948.
- (25) ينظر: القانون المدني السوري، رقم 84 لعام 1949.
- (26) ابن جزى، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبية على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب، الصفحة 315.
- (27) ينظر: المادة (652) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.
- (28) ينظر: المادة (196) من قانون الأحوال الشخصية اليمني.
- (29) ينظر: الفقرة الأولى في المادة (283) من ذات القانون "يراد بالاعتصار رجوع الواهب في هبته، ويجوز في الحالتين التاليتين: أولاً: فيما وهبه الأب والأم لولدهما قاصرًا كان أو راشدًا..."
- (30) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، الصفحة 128.
- (31) في حين أن القانون التونسي انفرد عن سائر القوانين العربية في جواز رجوع الزوج في هبته لزوجه بعد العقد عليها إذا كان قبل الدخول ويمنع بعده، وهذا ما أقرته مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل (28) حيث نصت على أن "الهدايا التي يعطيها كل واحد من الزوجين للآخر بعد العقد يتم استرداد ما بقي منها قائمًا ولو تغير، إذا وقع الفسخ قبل البناء بسبب من الطرف الآخر. ولا يتم استرجاع شيء منها بعد الدخول".
- (32) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، الصفحة 133.
- (33) ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير (بابن رشد الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الرابع، الصفحة 117.
- (34) الجويني، لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، الجزء الثامن، تحقيق: أ.د. عبدالعظيم الديب، ط الأولى، دار المنهاج جدة، السنة 2007 م، الصفحة 424
- (35) ابن قدامة، الشرح الكبير، الجزء السابع عشر، الصفحة 101.
- (36) ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار على المحلى باختصار، الجزء التاسع، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر، الصفحة 127، مسألة (1629).
- (37) الهاروني، أحمد بن الحسين الهاروني، شرح التجريد في فقه الزيدية، الجزء الرابع، تحقيق محمد يحيى عزان، وحמיד جابر عبيد، ط الأولى، مركز التراث والبحوث اليمني، السنة 2006م، الصفحة 358.
- (38) ابن قدامة، الشرح الكبير، الجزء السابع عشر، الصفحة 101.
- (39) الهاروني، شرح التجريد في فقه الزيدية، الجزء الرابع، الصفحة 358.

- (40) ابن قدامة، **الشرح الكبير**، الجزء السابع عشر، الصفحة 101.
- (41) محمد بن يوسف أطفيش، **شرح كتاب النيل وشفاء العليل**، الجزء الثاني عشرة، مكتبة الرشاد، جدة، ط الثالثة، السنة 1985م، الصفحة 85. اشترط الإباضية إن ادعت المرأة أنه خدعها أو ضربها، البيهنة أو الشهادة أنه ضربها أو خدعها.
- (42) صحيح البخاري، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب لا يجز لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، حديث رقم (2499)، صحيح مسلم، كتاب الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه، حديث رقم (3135)، سنن أبي داود، كتاب: البيوع، باب الرجوع في الهبة، حديث رقم (3089)، سنن الترمذي، باب: ما جاء في الرجوع في الهبة، حديث رقم (1257)، السنن الكبرى للنسائي، كتاب الهبة، باب رجوع الوالد فيما يعطى ولده وذكر اختلاف الناقلين للخبر في ذلك، حديث رقم (6324)، سنن ابن ماجه، كتاب الهبات، باب من أعطى ولده ثم رجع فيه، حديث (2374).
- (43) صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب فضل النفقة على الأهل، رقم الحديث (5036)، صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين والزوج والأولاد والوالدين ولو كانوا مشركين، رقم الحديث (1002).
- (44) أبو بكر، الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، **شرح مختصر الطحاوي**، الجزء الرابع، المحقق: د. عصمت الله عنايت الله محمد، أ. د. سائد بكداش، الناشر: دار البشائر الإسلامية، ط الأولى السنة 2010 الصفحة 33. ابن حزم، **المحلى بالآثار على المجلى بالاختصار**، الجزء التاسع، الصفحة 127، مسألة (1629).
- (45) شرح مختصر الطحاوي، الجصاص، الجزء الرابع، الصفحة 33. المحلى بالآثار على المجلى بالاختصار، لابن حزم، الجزء التاسع، الصفحة 127، مسألة (1629).
- (46) مصنف ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية، في المرأة تعطي زوجها، رقم (21122).
- (47) أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيبان، **الأصل**، الجزء الثالث، تحقيق د. محمد بونوكال، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط الأولى، سنة 2012م، الصفحة 363.
- (48) ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد، **التوضيح لشرح الجامع الصحيح**، الجزء السادس عشر، تحقيق: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، دار النوادر، دمشق - سوريا، ط الأولى 2008م، الصفحة 330.
- (49) محمد عزمي البكري، **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد**، الجزء السادس، دار محمود للنشر والتوزيع، الصفحة 175.
- (50) وهذا ما ورد في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الفقرة الثامنة من المادة (18)، القطري المادة (8)، الكويتي الفقرة (ب) من المادة (6)، الأردني الفقرة (هـ) من المادة (4)، السوري الفقرة الرابعة من المادة (4).
- (51) العدول المقصود هنا هو العدول الاختياري، وليس المضطر إليه بسبب تصرف مستفز أو شروط تعجيزية يقدمها الطرف الآخر، مثل أن تطلب الخطيئة سكتى أو مبلغ صدق مبالغ فيه يفوق إمكانيات الخطيب. ينظر: دليل عملي لمدونة الأسرة، الناشر جمعية المعلومة القانونية والقضائية، العدد (1)، دار القلم، الرباط، السنة 2004م، الصفحة 20.
- (52) ينظر: الطعن رقم 51 لسنة 2003 ق جلسة 25/12/1985 س 36 ع 2 ص 1200.
- (53) محمد عزمي البكري، **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد**، الجزء السادس، الصفحة 169.
- (54) ينظر: تمييز حقوق 83/604 ص 922 سنة 1984م، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية ج 5، المنشور في مجلة نقابة المحامين منذ بداية 1981، حتى نهاية 1984.
- (55) د. فاروق عبدالله كريم، **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي**، طبع جامعة السليمانية، العراق، سنة 2004، الصفحة 29.
- (56) وهذا ما نصت عليه المادة (18) في الفقرات (5)، (6)، (7) قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، والمادتان (5)، (6) قانون الأحوال الشخصية الكويتي، وعلى منواله سار القانون السوداني في المادة (10)، السوري في الفقرة (3) من المادة (3)، والأردني في الفقرة (د) من المادة (4) ومدونة الأسرة المغربية في المادة (8).
- (57) السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، **المبسوط**، الجزء الثاني عشرة، دراسة وتحقيق: خليل محيي الدين الميس، بدون طبعة، دار المعرفة، بيروت، تاريخ النشر 1993م، الصفحة 61.
- (58) ينظر: المادة (539) من القانون المدني الكويتي.

- (59) الصاوي المالكي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، **بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير**، الجزء الثاني، دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ، الصفحة 462.
- (60) القزابة المحرمية: يقصد بها كل قريب من النسب لا يحل له نكاحه.
- (61) السرخسي، **المبسوط**، الجزء الثاني عشرة، الصفحة 48، الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الجزء السادس، الصفحة 132.
- (62) ابن قدامة، **المغني**، الجزء السادس، الصفحة 55.
- (63) أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، **المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»**، الجزء الأول، المحقق: حميش عبد الحق، الجزء الأول، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، الطبعة بدون، الصفحة 1615.
- (64) الجويني، **نهاية المطلب في دراية المذهب**، الجزء الثامن، الصفحة 424.
- (65) ابن قدامة **المغني**، الجزء السادس، الصفحة 55.
- (66) ابن حزم، **المحلى بالآثار على المجلى باختصار**، الجزء التاسع، الصفحة 127، مسألة (1629).
- (67) الهاروني، **شرح التجريد في فقه الزيدية**، الجزء الرابع، الصفحة 356.
- (68) أطفيش، **شرح كتاب شفاء النبل وشفاء العليل**، الجزء الثاني عشرة، الصفحة 14.
- (69) ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، الجزء الرابع، الصفحة 117.
- (70) تقدم تحريجه انظر الصفحة (13).
- (71) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، **شرح النووي على صحيح مسلم**، الجزء الحادي عشر، الصفحة 64.
- (72) المصدر السابق والإشارة نفسها.
- (73) مستدرک الحاكم، كتاب البيوع، حديث رقم (2265)، سنن الدارقطني، كتاب البيوع، حديث رقم (2607)، السنن الكبير للبيهقي، كتاب الهبات، باب المكافأة في الهبة، حديث رقم (11238).
- (74) السرخسي، **المبسوط**، الجزء الثاني عشرة، الصفحة 49.
- (75) الجوزي، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، **التحقيق في أحاديث الخلاف**، الجزء الثاني، مسعد عبد الحميد محمد السعدي، دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى، 1415، الصفحة 267، شمس الدين محمد بن أحمد بن عبد الهادي الخليلي، **تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق**، الجزء الرابع، الصفحة 229، صدر الدين علي بن علي ابن أبي العز الحنفي، **التنبيه على مشكلات الهداية**، الجزء الخامس، تحقيق ودراسة: عبد الحكيم بن محمد شاكر، أنور صالح أبو زيد، ط الأولى، الناشر: مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية السنة 2003م، الصفحة 594.
- (76) ابن عبد الهادي، **تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق**، الجزء الرابع، الصفحة 229.
- (77) الموطأ للإمام مالك، كتاب الأفضية، باب القضاء في الهبة، رقم (1434).
- (78) مصنف عبدالرزاق، كتاب الصدقة، باب ما ينال الرجل من مال ابنه وما يجبر عليه من النفقة، رقم (16622).
- (79) أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، **النكت في المسائل المختلف فيها بين الشافعي وأبي حنيفة**، دار الكتب العلمية، سنة 2011م الصفحة 1323.
- (80) المصدر السابق والإشارة نفسها.
- (81) صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب الهبة للولد، رقم الحديث (2587)، مسلم، كتاب الهبة، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، رقم الحديث (1623)، سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في النحل والتسوية بين الولد، رقم الحديث (1367)، أبو داود، كتاب البيوع، باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل، رقم الحديث (3542)، ابن ماجه، كتاب الهبة، باب الرجل ينحل ولده، رقم الحديث (2376).
- (82) عبد الوهاب البغدادي، **المعونة على مذهب عالم المدينة**، الجزء الأول، الصفحة 1615.
- (83) الهاروني، **شرح التجريد في فقه الزيدية**، الجزء الرابع، الصفحة 353.
- (84) المصدر السابق والإشارة نفسها.

- (85) سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب الرجوع في الهبة، حديث رقم (3089) سنن الترمذى، باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة، حديث رقم (1257)، سنن النسائي الكبرى، كتاب الهبة، باب رجوع الوالد فيما يعطى ولده وذكر اختلاف الناقلين للخير في ذلك، حديث رقم (6324)، سنن ابن ماجه، كتاب الهبات، باب من أعطى ولده ثم رجع فيه، حديث (2374).
- (86) الروياني، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل، بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي، الجزء السابع، المحقق: طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية، ط الأولى، 2009م، الصفحة 244.
- (87) المستدرک على الصحيحين، كتاب البيوع، رقم الحديث (2298). البدر المنير في تخریج الأحادیث والأثار الواقعة في الشرح الكبير، ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، الجزء السابع، الصفحة 135.
- (88) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، الصفحة 128، الزيلعلي، عثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين الزيلعلي الحنفي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء الخامس، الصفحة 98.
- (89) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، الجزء السادس، الصفحة 128.
- (90) أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، النكت في المسائل المختلف فيها بين الشافعي وأبي حنيفة، الصفحة 1318، ابن أبي العز الحنفي، التنبيه على مشكلات الهداية، الجزء الخامس، الصفحة 595.
- (91) الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، الجزء الثامن، الصفحة 424.
- (92) ابن قدامة، الشرح الكبير، الجزء السابع عشر، الصفحة 84.
- (93) ابن حزم، المحلى بالآثار على المجلى باختصار، الجزء التاسع، الصفحة 127، مسألة (1629).
- (94) ابن قدامة، الشرح الكبير، الجزء السابع عشر، الصفحة 84.
- (95) عبدالوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، الجزء الأول، الصفحة 1615، ابن بزيرة، أبو محمد، عبد العزيز بن إبراهيم بن أحمد القرشي التميمي التونسي، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، الجزء الثاني، تحقيق: عبد اللطيف زكاغ، دار ابن حزم، ط الأولى، 2010 م، الصفحة 1413.
- (96) المصدر السابق والإشارة نفسها.
- (97) ابن قدامة، المغني، الجزء السادس، الصفحة 54.
- (98) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، الجزء السادس، تحقيق: عصام الدين الصباطي، دار الحديث، مصر، ط الأولى 1993م، الصفحة 16.
- (99) ينظر: المادة (579) من القانون المدني الأردني، رقم (43) لسنة 1976م.
- (100) ينظر: المادة (652) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.
- (101) ينظر: المادة (211) من قانون الأسرة الجزائري، حيث نص على "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كان سنه إلا في الحالات التالية...".
- (102) ينظر: المادة (196) من قانون الأحوال الشخصية اليمني.
- (103) ابن حزم، المحلى بالآثار على المجلى باختصار، الجزء التاسع، الصفحة 127، مسألة (1629).
- (104) الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، الجزء الثامن، الصفحة 424.
- (105) ابن قدامة، الشرح الكبير، الجزء السابع عشر، الصفحة 84.
- (106) عبدالوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، الجزء الأول، الصفحة 1615.
- (107) الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، الجزء الثامن، الصفحة 424.
- (108) ابن قدامة، الشرح الكبير، الجزء السابع عشر، الصفحة 84.
- (109) صحيح البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب التحريض على الرمي، رقم الحديث (2743).
- (110) صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب في تقديم الزكاة ومنعها، رقم الحديث (983).

- (111) الخطيب الشربيني، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، **معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، ط الأولى، 1994م، الصفحة 568.
- (112) ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي، **الكافي في فقه الإمام أحمد**، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، ط الأولى، 1994م، الصفحة 262.
- (113) وهو ما أكدته المحكمة العليا في الجزائرية في غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2010/7/15 م فصلاً في الطعن رقم (554347). "المبدأ المقصود حسب الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بكلمة الأبوين الواردة في المادة (211) من قانون الأسرة الأب والأم فقط ولا تشمل الجد والجددة، ولا يحق للجددة الواهبة التراجع عن هبتها لحفيدها". المجلة القضائية العدد 2010/2، الصفحة 255.
- (114) ينظر: المادة (196) من قانون الأحوال الشخصية اليمني.
- (115) ينظر: المادة (538) من القانون المدني الكويتي.
- (116) الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الجزء السادس، الصفحة 130.
- (117) سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من وهب هبة رجاء ثوابها، رقم (2477)، السنن الكبير للبيهقي، كتاب الهبات، باب المكافأة في الهبة، حديث رقم (11236)، سنن الدارقطني، كتاب البيوع، حديث رقم (2605).
- (118) الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الجزء السادس، الصفحة 129.
- (119) محمد عزمي البكري، **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد**، الجزء السادس، الصفحة 173.
- (120) الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الجزء السادس، الصفحة 129.
- (121) محمد عزمي البكري، **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد**، الجزء السادس، الصفحة 171.
- (122) الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الجزء السادس، الصفحة 128.
- (123) محمد عزمي البكري، **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد**، الجزء السادس، الصفحة 179.
- (124) الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الجزء السادس، الصفحة 129.
- (125) محمد عزمي البكري، **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد**، الجزء السادس، الصفحة 173.
- (126) السرخسي، **المبسوط**، الجزء الثاني عشرة، الصفحة 58، ابن جزري، **القوانين الفقهية**، الصفحة 315، ابن قدامة، **الشرح الكبير**، الجزء السابع عشر، الصفحة 81، ابن حزم، **المحلى بالآثار على المجلى بالاختصار**، الجزء التاسع، الصفحة 127، مسألة (1629)، **الهاروني**، شرح **التجريد في فقه الزيدية**، الجزء الرابع، الصفحة 354.
- (127) **الموطأ للإمام مالك**، كتاب الأقضية، باب القضاء في الهبة، رقم (1434).
- (128) صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب هل يشتري الرجل صدقته، رقم الحديث (1419)، صحيح مسلم في كتاب الهبات، باب: تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض، رقم الحديث (1622).
- (129) الصنعاني، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، **سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام**، الجزء الثاني، دار الحديث، بدون طبعة وبدون تاريخ، الصفحة 134.
- (130) الكشناوي، **أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»**، الجزء الثالث، الصفحة 93. وهذا ما نصت عليه مدونة الحقوق العينية المغربية في المادة (291) "تسري على الصدقة أحكام الهبة مع مراعاة ما يلي:
- "لا يجوز الاعتصار في الصدقة مطلقاً،
- لا يجوز ارتجاع الملك المتصدق به إلا بالإرث".
- (131) سنن الترمذي، كتاب الزكاة عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في المتصدق يرث صدقته، رقم الحديث (667).

- (132) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**، الجزء السابع، المحقق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط الأولى، 1999م، الصفحة 552، ابن قدامة، **الشرح الكبير**، الجزء السابع عشر، الصفحة 27. ابن حزم، **المحلى بالآثار على المحلى بالاختصار**، الجزء التاسع، الصفحة 116، مسألة (1626).
- (133) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، الجزء الأول، ط الثانية، دار السلاسل، الصفحة 168.
- (134) **الغُدْرُ: الحِجَّةُ التي يُعْتَدَرُ بها ويُتَأَسَّفُ لرفع اللُّوم وعدم المؤاخِذَة**. [معجم اللغة العربية المعاصرة 2/ 1475 مادة (ع ذ ر)].
- (135) ينظر: المادة (211) من قانون الأسرة الجزائري، رقم 84-11 المؤرخ 9 رمضان عام 1404هـ.
- (136) ينظر: المادة (815) من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني، المعدل بالقانون 31-2001 بتاريخ 2001/2/7.
- (137) ينظر: المادة (196) من قانون الأحوال الشخصية اليمني، رقم (20) لسنة 1992.
- (138) ينظر: مدونة الحقوق العينية، الفقرة الثانية من المادة (283).
- (139) ينظر: المادتان (537، 538) من القانون المدني الكويتي.
- (140) ينظر: المادة (647) من المعاملات المدنية الإماراتي.
- (141) عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، الجزء الخامس، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 182.

محددات حرية التعبير عن الرأي بالوسائل الالكترونية في التشريعات الاردنية

- دراسة تحليلية تطبيقية -

أ.د. حمدي سليمان القبيلات

كلية الشيخ نوح القضاة للشريعة والقانون - جامعة العلوم الاسلامية العالمية - الاردن

الملخص

تعد حرية التعبير عن الرأي من أهم الحقوق والحريات التي تسعى الدساتير والتشريعات لإقرارها، وتسعى الهيئات والافراد للتمسك بها، في ظل صراع مستمر بين السلطة والافراد عند ممارسة هذه الحرية، مما يستدعي ضمان المشرع لها بتشريعات وطنية تلتزم بالمعايير الدولية، الا ان هذا الالتزام يتفاوت من دولة لأخرى، وفي نفس الدولة من وقت لآخر، فتعمد سلطات الدولة الى تقييد هذه الحرية وتكبييلها بجملة من النصوص التشريعية تكاد تفرغها من مضمونها، وقد خلصت هذه الدراسة الى تعدد التشريعات الاردنية التي تفرض قيودا على ممارسة حرية التعبير من خلال الوسائل الالكترونية، الامر الذي يصل حد انتهاك هذه الحرية في الغالب.

الكلمات الدالة: نشر الكتروني، مطبوعات ونشر، اعلام الكتروني، التعبير عن الرأي.

Abstract

Determinants of freedom of expression of opinion by electronic means in Jordanian legislation - an applied analytical study

Freedom of expression is one of the most important rights and freedoms that constitutions and legislations seek to endorse, and bodies and individuals seek to adhere to them, in light of an ongoing struggle between the authority and individuals when exercising this freedom, which requires the legislator to guarantee them with national legislation that adheres to international standards, but this commitment varies from State to another, and in the same country from time to time, the state's authorities restrict this freedom and shackle it with a set of legislative texts that almost empty it of its content. This study concluded that the Jordanian legislation that

imposes restrictions on the exercise of freedom of expression through electronic means, which reaches The limit of violating this freedom is mostly.

مقدمة

إنّ للحرية أهمية كبيرة في حياة الفرد والمجتمع، وتمثّل أن الحرية هي وسيلة لإشباع الرغبات الإنسانية والحاجات الفطرية في التعبير عن الرأي، ومشاركة الناس مشاكلهم وهمومهم وما يجول في خواطرهم، فعندما يكون هناك هامش حرية للأفراد تراهم يشعرون بالسعادة، لأنهم قادرون على التعبير عن آرائهم بكلّ حرية والتنفيس عن مشاكلهم وهمومهم بدون أن يتعرضوا للضغط والاكراه من أحد. فالحرية هي السبيل لرفعة المجتمعات وتقدمها، فأينما وجهت وجهك في هذا العالم الفسيح ترى الدول التي تتمتع بالحرية هي الدول الأكثر تقدماً ورقياً وحضارة، ذلك بأنّ الحرية تخرج كلّ ما لدى الناس من مهارات وقدرات يسخرونها في خدمة وطنهم وتقدمه، بينما ترى المجتمعات التي تفتقد إلى الحرية بمجتمعات متخلفة عن ركب الحضارة والتقدم. وأيضاً فإنّ الحرية وسيلة للإبداع، فالإبداع لا يكون ولا يزدهر إلا بوجود هامش الحرية التي تمكن الإنسان من التفكير بدون حدود أو عوائق، كما أنّها وسيلة لابتكار الحلول والأفكار الخلاقة. إذا كانت حرية التعبير من الحريات والحقوق المعترف بها دولياً وداخلياً، وسواء أكان ذلك في الإعلام التقليدي أم الإعلام الإلكتروني، فإن ممارستها أو إساءة استعمالها وإطلاق العنان لها من شأنه أن يؤدي إلى المساس بحقوق آخرين وحرّياتهم، أو أن يلحق الأذى المعنوي أو المادي بهم، وقد يهدد الأمن الوطني خاصة في ظل الانتشار الكبير لمواقع التواصل الاجتماعي، والمواقع الإخبارية والمحطات الإذاعية والتلفزيونية التي تبث مادتها من خلال شبكة الإنترنت، والتي أصبحت مطية لبعض ضعاف النفوس للتشهير بالناس ومس أعراضهم وشرفهم وكشف عوراتهم والتدخل في خصوصياتهم، أو للإشادة بالعنف أو التحريض على الكراهية أو العنصرية والإرهاب، أو المساس بالنظام العام أو الأمن والدفاع الوطنيين في الدولة، من خلال إنشاء مواقع الكترونية تحض على ارتكاب جرائم ضد أمنها وسلامتها الإقليمية واستقرارها، وضد نظام الحكم في الدولة. لذلك وجب بيان حدود حرية التعبير.

أهمية الدراسة:

تبرز أهمية هذه الدراسة من خلال طرحها لقضية أصبحت تؤرق الكثير من الدول من جهة، والمنظمات المعنية بحقوق الإنسان من جهة أخرى، فسقف حرية التعبير بدأ بالنزول والانخفاض في كثير من الدول مع انتشار الوسائل الإلكترونية للتعبير تحت ذرائع وحجج عديدة، يرتبط جلها بأمن الدولة والمجتمع،

حتى بات الامن احد اهم محددات حرية التعبير وباسمه تم تكميم الافواه ومصادرة الحريات، ولم يكن الاردن بمعزل عن ذلك، فالصراع بين حرية التعبير ومتطلبات الامن لا يزال على أشده، وانتقلت ساحته من الممارسات الى التشريعات، فالسلطة تسعى الى تقنين ممارستها التي تحد من حرية التعبير، في حين تسعى المنظمات والهيئات المعنية بحقوق الانسان ومنها حرية التعبير والناشطين في هذا المجال الى مواجهة ذلك اعلاء لحرية التعبير عن الرأي، وتجسيدا لمبدأ " إيثار الحرية " .

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة هذه الدراسة في تحقيق التوازن بين حقين من حقوق الانسان تكفلهما دساتير الدول، قد يبدو للوهلة الاولى تناقضهما، الا وهما: الحق في حرية التعبير وتحديدًا من خلال الوسائل الالكترونية، واحترام خصوصية الاشخاص، فإطلاق حرية التعبير عبر الوسائل الالكترونية قد يؤدي الى إهدار الحق في الخصوصية والمساس بالنظام العام، وبالمقابل قد يؤدي التشدد في حفظ الحق بالخصوصية والنظام العام الى إهدار حرية التعبير بعدما حلقت في الفضاء الالكتروني المفتوح، وتبدو المسألة وكأنه لا بد من التضحية بأحدهما لحساب الاخر، إلا أن ذلك غير ممكن فلا بد من جمعهما معا، اي حرية تعبير دون اخلال بالحق بالحياة الخاصة والنظام العام. ولكن هذا التوازن الدقيق بين الحقين يحتاج الى دقة في الصياغة التشريعية، وحذر في الممارسة العملية، تحت رقابة محكمة من السلطة القضائية، وهذا ما تسعى هذه الدراسة الى الاجابة عليه وبيان كلفيته.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة الى ما يلي:

1. التعرف على محددات وضوابط حرية التعبير عن الرأي عبر الوسائل الالكترونية في التشريعات الاردنية.
2. التعرف على مدى انسجام التشريعات الاردنية مع النصوص الدستورية التي تكفل حرية التعبير عن الرأي بما في ذلك من خلال الوسائل الالكترونية.
3. معرفة مدى استجابة التشريعات الاردنية للمعايير الدولية في مجال احترام وضمنان حرية التعبير عن الرأي من خلال الوسائل الالكترونية.

4. تحديد اتجاهات القضاء الإداري والدستوري بخصوص حرية التعبير في ضوء النصوص التشريعية.

منهج الدراسة:

تعتمد هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي القائم على حصر النصوص التشريعية ذات الصلة بحرية التعبير عبر الوسائل الإلكترونية ومن ثم تحليلها في ضوء الممارسات العملية، وذلك كله في ضوء المعايير الدولية كلما اقتضى الأمر ذلك.

حدود الدراسة:

تتناول الدراسة القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية ممثلة بمجلس الأمة، ولذلك لا تمتد للدستور أو للأنظمة الصادرة عن السلطة التنفيذية.

خطة الدراسة:

قُسمت الدراسة الى ثلاثة مباحث وعلى النحو الآتي:

المبحث الاول: موقف التشريعات المتعلقة بالمؤسسات والهيئات الاعلامية من حرية التعبير عبر الوسائل الإلكترونية.

المبحث الثاني: موقف التشريعات العقابية من حرية التعبير عبر الوسائل الإلكترونية.

المبحث الثالث: موقف التشريعات الوقائية من حرية التعبير عبر الوسائل الإلكترونية.

المبحث الاول: موقف التشريعات المتعلقة بالمؤسسات والهيئات الاعلامية من حرية التعبير عبر الوسائل الإلكترونية.

ينظر لحرية التعبير بأنها إخراج الرأي إلى الناس عبر وسائل التعبير المختلفة، فهي تكون إما كتابةً أو فناً أو عبر لغة الجسد أو أي وسيلة أخرى يبتكرها صاحب الرأي وتعبر عن مضمونه¹. فهي " مكنة أو قدرة الشخص في الافصاح عن آرائه وان يترك له اختيار الوسيلة أو الطريقة التي يرغب من خلالها بهذا الافصاح، سواء كان ذلك بالقول ام بالفعل ام التصوير ام الاشارة وغيرها، ولا يحدها قيد إلا بموجب قانون على ان تشمل هذه الحرية حق البحث عن المعلومات وتلقيها ونشرها"². ومن جهتها عرفت المحكمة

الدستورية العليا المصرية بأنها " تمكين عرض الآراء على اختلافها وتلقيها ونشرها بكل الوسائل " ³. ويرى اتجاه أن حرية الرأي مطلقة، فلإنسان أن يعتنق من الآراء والافكار ما اقتنع به شخصيا، اما حرية التعبير فهي تستخدم للتعبير عن هذه الآراء، وهي تخضع للقيود القانونية نظرا لأنه قد يقع التعسف في استخدامها ⁴.

وقد كفلت المواثيق الدولية حرية الرأي والتعبير، إذ نصت المادة (19) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان على انه " لكل شخص حق التمتع بحرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حريته في اعتناق الآراء دون مضايقة، وفي التماس الأنباء والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين، بأية وسيلة ودونما اعتبار للحدود". وبمقتضى المواثيق الدولية فإن نطاق حرية التعبير يشمل كل خبر أو معلومة أو اي شكل من الآراء والافكار الشخصية يمكن نقله الى الغير أو ايصاله له بشكل من اشكال حرية التعبير مهما كان موضوعه أو غرضه، فالحماية هنا ليست مجرد حماية لجوهر المعلومة أو الرأي، وانما حماية اسلوب وشكل تداولها وانتشارها وحق العموم في التماسها واستقبالها بصرف النظر عن وسيلة نقلها، سواء كانت مكتوبة أو مسموعة أو مرئية أو الكترونية دون تدخل مسبق من جانب الدولة أو ايلاء اعتبار للحدود. ⁵

وقد تعالت الأصوات مؤخرا التي تدق ناقوس الخطر مما بات يعرف بمواقع النشر الالكتروني التي تتمسك بممارسة حرية الإعلام وحق التعبير عن الرأي الذي كفلته الدساتير، إلا أن هذه المواقع بما تنشره من مواد قد تدخل ساحة المحظور قانونا وتعتدي على حريات وخصوصيات الآخرين، لا بل قد ترتكب إحدى الجرائم التي تتطلب العلانية ⁶. وفي هذا المبحث سنتناول موقف كل من قانون المطبوعات والنشر، وقانون الاعلام المرئي والمسموع، وقانون الاتصالات من حرية التعبير عن الرأي عبر الوسائل الالكترونية، في المطالب الثلاثة الآتية.

المطلب الاول: موقف قانون المطبوعات والنشر.

تعتبر المطبوعات والنشر من اهم الوسائل في العصر الحديث التي يعبر الانسان من خلالها عن رأيه، وايصال هذا الرأي للآخرين، وعلى الرغم من وسائل الاعلام الاخرى، إلا انه يظل للكلمة المكتوبة سحرها ووقعها على النفس، وقدرتها على تشكيل الرأي العام وتوجيهه داخل الدولة، ⁷ ومن هنا فقد حرص الدستور الاردني لعام 1952 على اباحة ممارسة حرية الرأي والتعبير بطريقة تتميز عن سائر الحريات الاخرى، عندما

نصت المادة (15) من الدستور على أنه "1. تكفل الدولة حرية الرأي، ولكل أردني ان يعبر بحرية عن رأيه بالقول والكتابة والتصوير وسائر وسائل التعبير، بشرط ان لا يتجاوز حدود القانون.

3. تكفل الدولة حرية الصحافة والطباعة والنشر ووسائل الإعلام ضمن حدود القانون.

4. لا يجوز تعطيل الصحف ووسائل الإعلام ولا إلغاء ترخيصها إلا بأمر قضائي وفق أحكام القانون.⁸

وتجدر الإشارة الى ان اي قانون تصدره الدولة في مجال حرية الرأي وحرية الوسيلة التي تنشر هذا الرأي، المقرتين في الدستور، ويكون من شأنه مصادرة هذه الحرية أو افراغها من محتواها، هو قانون مخالف للدستور، ومن ثم فإن وظيفة القانون الذي تصدره الدولة في هذا المجال هي تنظيم ممارسة هذه الحرية ليس إلا.⁹

عرّف قانون المطبوعات والنشر المطبوعة بأنها " كل وسيلة نشر دونت فيها المعاني أو الكلمات أو الافكار بأي طريقة من الطرق بما فيها الوسائل الالكترونية أو الرقمية أو التقنية"¹⁰. وعاد ونص في ذات المادة أن المطبوعة الالكترونية هي " موقع الكتروني له عنوان الكتروني محدد على الشبكة المعلوماتية يقدم خدمات النشر، بما في ذلك الاخبار والتقارير والتحقيقات والمقالات والتعليقات، ويختار التسجيل في سجل خاص ينشأ في الهيئة بموجب تعليمات يصدرها الوزير لهذه الغاية".

وأكد القانون أن الصحافة والطباعة حرتان وحرية الرأي مكفولة لكل أردني وله ان يعرب عن رأيه بحرية بالقول والكتابة والتصوير والرسم وغيرها من وسائل التعبير والاعلام¹¹. كما كفل القانون للصحفي الحق في الحصول على المعلومات، وعلى جميع الجهات الرسمية والمؤسسات العامة تسهيل مهمته واطاحة المجال له للاطلاع على برامجها ومشاريعها وخططها. وحظر فرض اي قيود تعيق حرية الصحافة في ضمان تدفق المعلومات الى المواطن أو فرض اجراءات تؤدي الى تعطيل حقه في الحصول عليها، كما حظر التدخل بأي عمل يمارسه الصحفي في اطار مهنته أو التأثير عليه أو اكراهه على افشاء مصادر معلوماته، بما في ذلك حرمانه من اداء عمله أو من الكتابة أو النشر بغير سبب مشروع أو مبرر، وذلك مع عدم الاخلال بما هو متعارف عليه من سلطة رئيس التحرير في اتخاذ القرار بالنشر أو عدمه¹².

وقد نظم المشرع في قانون المطبوعات والنشر احكاما خاصة للجرائم التي ترتكب خلافا لأحكامه، وذلك بهدف اعطاء خصوصية لأعمال الصحفيين ومراعاة طبيعة عملهم وتمييزهم عن غيرهم من الاشخاص، إذ نصت المادة (42) من قانون المطبوعات والنشر على أنه "على الرغم مما ورد في اي قانون اخر:

أ- تنشأ في كل محكمة بداية غرفة قضائية متخصصة لقضايا المطبوعات والنشر تتولى النظر في القضايا التالية:-

1- الجرائم التي ترتكب خلافا لأحكام هذا القانون والجرائم التي ترتكب بوساطة المطبوعات أو وسائل الإعلام المرئي والمسموع المرخص بها خلافا لأحكام أي قانون آخر.

2- الدعاوى المدنية التي يقيمها أي متضرر للمطالبة بالتعويض المقرر له بمقتضى أحكام القانون المدني وأحكام هذا القانون إذا نتج الضرر من أي فعل ارتكب بوساطة أي من المطبوعات أو وسائل الاعلام المرئي والمسموع.

ب- تختص غرفة قضايا المطبوعات والنشر لدى محكمة بداية عمان دون سواها بالنظر في القضايا التالية:-

1- القضايا الجزائية والمدنية المشار إليها في الفقرة (أ) من هذه المادة إذا كانت داخلية ضمن اختصاص المحاكم الواقعة في محافظة العاصمة.

2- الجرائم الواقعة على أمن الدولة الداخلي والخارجي المنصوص عليها في قانون العقوبات النافذ إذا تم ارتكابها بوساطة المطبوعات أو وسائل الإعلام المرئي والمسموع المرخص بها.

ج- تعطى القضايا الجزائية المشار إليها في البند (1) من الفقرة (أ) وفي الفقرة (ب) من هذه المادة صفة الاستعجال، وتنعقد جلساتها مرتين في الاسبوع على الأقل، وعلى أن يفصل فيها خلال أربعة أشهر من تاريخ ورودها قلم المحكمة.

د- يراعى في دعاوى التعويض المدني المشار إليها في البند (2) من الفقرة (أ) وفي البند (1) من الفقرة (ب) من هذه المادة الأحكام التالية:-

1- تكون دعاوى التعويض المدني في تلك الحالات من الدعاوى المستعجلة ويتم انقاص جميع مدد تقديم اللوائح وتبادلها والبيانات المنصوص عليها في المادة (59) من قانون أصول المحاكمات المدنية إلى النصف ودون أن تكون هذه المدد قابلة للتمديد، وتنعقد جلسات المحاكمة فيها بعد ذلك مرتين في الاسبوع على الأقل وعلى أن يفصل فيها خلال أربعة أشهر من تاريخ ورودها قلم المحكمة.

2- يتم انقاص مدد الطعن وتقديم اللوائح وتبادلها أمام محاكم الاستئناف ومحكمة التمييز إلى النصف.

هـ- ينشأ في كل محكمة استئناف غرفة قضائية متخصصة للنظر في الطعون الموجهة إلى الأحكام المستأنفة إليها الصادرة عن محاكم البداية بشأن القضايا الجزائية والمدنية المشار إليها في الفقرتين (أ) و(ب) من هذه المادة، على أن يتم الفصل في تلك الطعون خلال شهر من تاريخ ورودها قلم المحكمة.

و- يتولى المدعي العام التحقيق في الجرائم التي ترتكب بواسطة المطبوعات واصدار القرارات المناسبة بشأنها خلال مدة لا تزيد على خمسة عشر يوما من تاريخ مباشرته التحقيق ويتدب لهذه الغاية احد المدعين العامين.

ز- تقام دعوى الحق العام في الجرائم التي ترتكب بواسطة المطبوعات الدورية على المطبوعة الصحفية ورئيس تحريرها أو مدير المطبوعة المتخصصة وكاتب المادة الصحفية كفاعلين اصليين، ويكون مالك المطبوعة مسؤولا بالتضامن والتكافل عن الحقوق الشخصية المترتبة على تلك الجرائم وعن نفقات المحاكمة، ولا يترتب عليه اي مسؤولية جزائية الا اذا ثبت اشتراكه أو تدخله الفعلي في الجريمة.

ح- تقام دعوى الحق العام في الجرائم التي ترتكب بواسطة المطبوعات غير الدورية على مؤلف المطبوعة كفاعل اصلي وعلى ناشرها كشريك له واذا لم يكن مؤلفها أو ناشرها معروفا فتقام الدعوى على مالك المطبعة ومديرها المسؤول.

ط- 1 لا يجوز التوقيف نتيجة ابداء الرأي بالقول والكتابة وغيرها من وسائل التعبير.

2- كما لا يجوز التوقيف في الجرائم المشار اليها في الفقرتين (أ) و(ب) من هذه المادة ".

ومن اكثر التعديلات على قانون المطبوعات والنشر التي لاقت معارضة واسعة من قطاع الاعلام لا سيما الالكتروني تعديل عام 2012، إذ بمقتضى هذا التعديل تمت مطالبة المئات من مواقع النشر

الالكتروني بضرورة التسجيل وتصويب اوضاعها والحصول على ترخيص لدى دائرة المطبوعات والنشر الهيئة المعنية آنذاك والتي جرى فيما بعد الغاؤها كهيئة مستقلة ودمج كادرها ومهامها مع هيئة الاعلام ليشكلها هيئة واحدة هي هيئة الاعلام، وقد جاء ذلك التعديل مزيجاً من اجراءات تنظيمية ضرورية وصائية (من وجهة نظر موضوعية)، ومن شروط تقييدية ضيقت الفضاء الالكتروني والمباح امام وسائط التعبير الالكتروني، ويشار الى ان المركز الوطني لحقوق الانسان قد قدم مطالعة بشأن تلك الاجراءات شدد فيها على ضرورة عدم اشتراط الترخيص لممارسة مهنة الصحافة، مع اهمية التزام هذه المواقع وغيرها باحترام الكرامة الانسانية بتحاشي القذح والذم والتشويه والتشهير، والتفريق بين النقد وبين السب أو الاتهام الباطل الذي كانت تقوم به بعض وسائل التواصل الاجتماعي أو المواقع الالكترونية أو اي وسيلة نشر¹³.

في حين تضمنت المادة (49) من قانون المطبوعات والنشر بموجب التعديل عام 2012 على الاحكام الخاصة بمواقع النشر الالكتروني، فجاء فيها " على الرغم من أي نص ورد في هذا القانون أو في أي تشريع آخر:-

أ- 1- إذا كان من نشاط المطبوعة الالكترونية نشر الأخبار والتحقيقات والمقالات والتعليقات ذات العلاقة بالشؤون الداخلية أو الخارجية للمملكة فتكون هذه المطبوعة ملزمة بالتسجيل والترخيص بقرار من المدير، وعلى مالك المطبوعة الالكترونية توفيق أوضاعه وفق أحكام هذا القانون خلال مدة لا تزيد على تسعين يوماً من تاريخ تبليغه قرار المدير بذلك.

2- إذا كان مالك الموقع الالكتروني مجهولاً أو كان عنوانه خارج المملكة فيتم تبليغه قرار المدير الصادر وفق أحكام البند (1) من هذه الفقرة بالنشر في صحيفتين يوميتين محليتين ولمرة واحدة.

3- يكون قرار المدير الصادر بمقتضى أحكام البند (1) من هذه الفقرة قابلاً للطعن لدى محكمة العدل العليا.

ب- إذا أصبح الموقع الالكتروني ملزماً بالتسجيل والترخيص وفق أحكام الفقرة (أ) من هذه المادة فتطبق عليه جميع التشريعات النافذة ذات العلاقة بالمطبوعة الصحفية.

ج- تعتبر التعليقات التي تنشر في المطبوعة الالكترونية مادة صحفية لغايات مسؤولية المطبوعة الالكترونية ومالكها ورئيس تحريرها بالتكافل والتضامن.

د- على المطبوعة الالكترونية عدم نشر التعليقات اذا تضمنت معلومات أو وقائع غير متعلقة بموضوع الخبر أو لم يتم التحقق من صحتها أو تشكل جريمة بمقتضى أحكام هذا القانون أو أي قانون آخر.

ه- على المطبوعة الالكترونية الاحتفاظ بسجل خاص بالتعليقات المنشورة، على أن يتضمن هذا السجل جميع المعلومات المتعلقة بمرسلي التعليقات وبمادة التعليق لمدة لا تقل عن ستة أشهر.

و- لا تعفي معاقبة المطبوعة الالكترونية ومالكها ورئيس تحريرها وكاتب المادة الصحفية، عند مخالفتها لأحكام هذا القانون، كاتب التعليق من المسؤولية القانونية وفق التشريعات النافذة عما ورد في تعليقه.

ز- على المدير حجب المواقع الالكترونية غير المرخصة في المملكة، إذا ارتكبت مخالفة لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر".

وكانت قد رأت محكمة التمييز انطباق قانون المطبوعات والنشر على مواقع النشر الالكتروني قبل هذا التعديل، وذلك في معرض نظرها لقضية تتعلق بارتكاب مواقع الكترونية لمخالفات قانونية، فقضت محكمة التمييز الأردنية في هذا الحكم: "... بعد الرجوع لقانون المطبوعات والنشر نجد أنه ينص في المادة الثانية منه على ما يلي:

يكون للكلمات والعبارات التالية حسبما وردت في هذا القانون المعاني المخصصة لها أدناه ما لم تدل القرينة على غير ذلك.

المطبوعة: كل وسيلة نشر دونت فيها المعاني أو الكلمات أو الأفكار بأي طريقة من الطرق.

المطبوعة الدورية: المطبوعة الصحفية والمتخصصة بكل أنواعها والتي تصدر في فترات منتظمة

وتشمل:

أ - المطبوعات الصحفية: 1 - المطبوعة اليومية: المطبوعة التي تصدر يوميا بصورة مستمرة باسم

معين وأرقام متتابعة وتكون معدة للتوزيع على الجمهور.

2 - المطبوعة غير اليومية: المطبوعة التي تصدر بصورة منظمة مرة في الأسبوع أو على فترات أطول وتكون معدة للتوزيع على الجمهور.

3 - المطبوعة المتخصصة: المطبوعة التي تختص في مجال محدد وتكون معدة للتوزيع على المعنيين بها أو على الجمهور وذلك حسبما تنص عليه رخصة إصدارها.

ونصت المادة الخامسة من ذات القانون على ما يلي: «على المطبوعات احترام الحقيقة والامتناع عن نشر ما يتعارض مع مبادئ الحرية والمسؤولية الوطنية وحقوق الإنسان وقيم الأمة العربية والإسلامية».

ويستفاد من نص المادة الثانية المشار إليها آنفاً أن هناك نوعين من المطبوعات أشار إليهما المشرع في هذه المادة وهما:

النوع الأول: ويشمل المطبوعة بشكل عام وقد عرفها المشرع بأنها كل وسيلة نشر دونت فيها المعاني أو الكلمات أو الأفكار بأي طريقة من الطرق.

النوع الثاني: ويشمل المطبوعة الدورية وهي المطبوعة الصحفية المتخصصة بكل أنواعها والتي تصدر في فترات منتظمة.

ونجد أن مناط الفصل في هذه الدعوى يتوقف على بيان ما إذا كان الموقع الإلكتروني يعتبر مطبوعة وفقاً لتعريف المطبوعة الوارد في قانون المطبوعات والنشر أم لا ؟

وفي هذا نجد أنه إذا كان النوع الثاني لا يتسع نطاقه لشمول المواقع الإلكترونية، على اعتبار أن هذا النوع وحسبما جاء بتعريف المشرع للمطبوعة الدورية بأنها تقتصر على المطبوعات الصحفية التي تصدر في فترات منتظمة، ولا يعتبر الموقع الإلكتروني بأي حال من الأحوال مطبوعة صحفية، فإن النوع الأول يتسع نطاقه لشمول المواقع الإلكترونية، على اعتبار إن هذا النوع وحسبما جاء بتعريف المشرع للمطبوعة بأنها كل وسيلة نشر تدون فيها الأفكار والكلمات بأي طريقة كانت.

وفي هذا فإن الموقع الإلكتروني هو وسيلة من الوسائل التي يتم فيها تدوين الأفكار والمقالات ونشرها، وبالتالي فإن المواقع الإلكترونية تعتبر من المطبوعات وفقاً لتعريف المطبوعة الواردة في قانون المطبوعات والنشر، وتخضع لأحكامه، كما نجد أن المادة الخامسة من ذات القانون وعندما نصت على ما

يتوجب على المطبوعات القيام به من احترام الحقيقة والامتناع عن نشر ما يتعارض مع مبادئ الحرية.. نصت على المطبوعات بشكل عام وحسبما جاء بالتعريف العام للمطبوعة، وليس كما جاء بتعريف المطبوعة الدورية الأمر الذي يستخلص منه أن المشرع ميز في هذا القانون بين نوعين من المطبوعات، المطبوعات بصفة عامة والمطبوعات الدورية بصفة خاصة وان المواقع الالكترونية تدخل ضمن تعريف المطبوعات بصفة عامة كما أسلفنا وتخضع لأحكام قانون المطبوعات والنشر¹⁴.

ومما تقدم يسجل للمشرع الاردني في قانون المطبوعات والنشر عدم اجازته توقيف الصحفيين في قضايا تتعلق بعملهم الصحفي، نتيجة ابداء الرأي بالقول والكتابة وغيرها من وسائل التعبير (قبل أن يتم الرجوع عن ذلك بمقتضى المادة (11) من قانون الجرائم الالكترونية). ولكن في الممارسات العملية قد يستخدم هذا القانون كقيد على حرية التعبير، فمثلا تم حجب (35) مطبوعة إلكترونية عام 2016 لعدم حصولها على الترخيص اللازم من الهيئة عملا بأحكام المادة (1/أ/49) من قانون المطبوعات والنشر رقم (7) لسنة 1998م وتعديلاته¹⁵. وكذلك تم توجيه عشرة إنذارات لعشر مطبوعات إلكترونية من أصل (181) مطبوعة، وذلك بسبب عدم تعيين رئيس تحرير بسبب شغور هذا الموقع، وذلك استنادا إلى أحكام المادة (19/ب) من قانون المطبوعات والنشر رقم (8) لسنة 1998م وتعديلاته. ومنع إدخال (48) كتابا للمملكة وذلك لمخالفتها أحكام التشريعات الاردنية المتعلقة بالإباحية والإساءة إلى الأديان السماوية.¹⁶

المطلب الثاني: موقف قانون الاعلام المرئي والمسموع

نصت المادة (20 / ل) من قانون الاعلام المرئي والمسموع رقم 26 لسنة 2015¹⁷ على التزام

المرخص له بما يلي:-

- 1- إحترام الكرامة الإنسانية والخصوصية الشخصية وحرية الآخرين وحقوقهم وتعددية التعبير.
- 2- عدم بث ما يخلد الحياء العام أو يحض على الكراهية أو الإرهاب أو العنف أو إثارة الفتن والنعرات الدينية والطائفية والعرقية أو يلحق الضرر بالاقتصاد والعملية الوطنية أو يخل بالأمن الوطني والاجتماعي.
- 3- عدم بث المواد الكاذبة التي تسيء إلى علاقات المملكة بالدول الأخرى.
- 4- عدم بث مواد إعلامية أو إعلانية تروج للشعوذة والتضليل والابتزاز وخداع المستهلك".

ومما يؤخذ على هذا النص عمومية عباراته واتساعها وعدم وجود ضابط أو معيار يحدد مدلولها، مما يترك باب الاجتهاد مفتوحا على مصراعيه لتحديد مفهومها وتطبيقها وفقا لذلك المفهوم.

ونصت المادة (29/ب) " ب- 1- يعاقب كل من المرخص له اذا مارس اعمال البث أو المسجل لإعادة البث الذي يخالف أحكام الفقرة (ل) من المادة (20) من هذا القانون بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على ثلاثين ألف دينار مع إلزامه بالتعويض وإزالة الضرر الناشئ عن المخالفة.

2- تضاعف العقوبة المنصوص عليها في البند (1) من هذه الفقرة في حال استمرار المخالفة أو تكرارها ومجلس الوزراء بناء على تنسيب الوزير المستند الى توصية المدير الغاء رخصة البث الممنوحة للمرخص له بعد صدور حكم قضائي اكتسب الدرجة القطعية".

ومن التطورات الايجابية التي تضمنها قانون الإعلام المرئي والمسموع رقم (26) لسنة 2015م وتحديد المادة (4/ي) تشكيل لجنة من ذوي الاختصاص للنظر في الشكاوى المقدمة من الجمهور، أو أي جهة أخرى، متعلقة بالمحتوى الإعلامي أو المواد المثبوتة أو المسجلة لغايات العرض أو تداول الجمهور أو مرخص له على مرخص له آخر، ويعد انشاء هذه اللجنة من المسائل الايجابية والتي تهدف إلى الارتقاء بالمحتوى المرئي والمسموع. وقد باشرت اللجنة أعمالها منذ عام 2015م، وقد بلغ عدد الشكاوى التي نظرتها اللجنة خلال عام 2016م (11) شكوى، اثنتين منها كانتا خارج اختصاص اللجنة وتدرج ضمن اطار الشكاوى العمالية¹⁸. وقد منح القانون الهيئة في المادة (8/س) صلاحية إيقاف بث مادة أو برنامج في حالات استثنائية تضر بالأمن الوطني أو السلم المجتمعي أو النظام العام، وكان الاولى بالمشروع ان ينص على احالة الجهة المخالفة للقضاء واصدار حكم قضائي بهذا الخصوص.

ومن الممارسات العملية لهيئة الاعلام إزاء الحريات الاعلامية تحديدا، انها اوقفت بتاريخ 2016/8/4م بث برنامج على إحدى القنوات الإذاعية؛ وذلك بسبب محتواه غير المهني المتمثل بتعليق غير لائق على فتوى صادرة عن فضيلة مفتي عام المملكة، وقد أعيد بث البرنامج مرة أخرى بموجب قرار صادر عن هيئة الإعلام بعد أربعة عشر يوما شريطة عدم تكرار المخالفة. وايضا وقف هيئة الإعلام بتاريخ 2016/6/30م بث برنامج صباحي على إحدى الاذاعات الناطقة باللغة الانجليزية، بسبب الاساءة لجهات رسمية وعدم احترام عادات المجتمع المدني. ويوضح المركز الوطني لحقوق الانسان في هذا الصدد أن هيئة الإعلام تستند في وقف البرامج إلى نص المادة (8/س) من قانون المطبوعات والنشر والتي تمنح الهيئة إيقاف بث مادة أو

برنامج في حالات استثنائية تضر بالأمن الوطني أو السلم المجتمعي أو تبث مواد إباحية ويؤكد المركز في هذا الشأن على ضرورة تعديل قانون الاعلام المرئي والمسموع لتكون صلاحية وقف بث أي برنامج ابتداء من مهام السلطة القضائية والتي يعد حكمها عنوانا للحقيقة¹⁹.

وكذلك اوقفت هيئة الإعلام بتاريخ 2016/8/9 أحد المواقع الالكترونية الاخبارية؛ وذلك باعتباره صحيفة الكترونية يجب أن تخضع للشروط ذاتها، التي تخضع لها الصحف المكتوبة ومنها؛ أن يكون مالكوها جميعهم أردنيين، وقد قام الموقع بتصويب هذا الأمر، وبالنتيجة قامت هيئة الاعلام بإعادة بث الموقع الالكتروني الاخباري بتاريخ 2016/8/18م. ويشار إلى إن الواقعة المذكورة أعلاه تثير اشكالية تسجيل المواقع الالكترونية وذلك حتى لا يتم حجبتها، وهو الأمر الذي يشكل مخالفة للمعايير الدولية لحقوق الانسان وانتهاكا للحق في حرية التعبير وتداول المعلومات؛ فالأصل ان لا تشكل القيود المفروضة إعاقة لممارسة جوهر الحق وهو الأمر الذي أكدت عليه المادة (128) من الدستور الأردني. كما أن الممارسات الدولية الفضلى في هذا المجال تكتفي بالإشعار وفي حال مخالفة المطبوعة للقوانين فيتم إحالة المخالفات للقضاء صاحب القول الفصل وذلك حتى لا تكون السلطة التنفيذية خصما وحكما في الوقت ذاته.

المطلب الثالث: موقف قانون الاتصالات

نصت المادة (75) من قانون الاتصالات رقم 13 لسنة 1995²⁰ على أنه: " أ- كل من اقدم باي وسيلة من وسائل الاتصالات على توجيه رسائل تهديد أو اهانة أو رسائل منافية للآداب أو نقل خبرا مختلفا بقصد اثاره الفرع يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على سنة أو بغرامة لا تقل عن (300) دينار ولا تزيد على (2000) دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين "

ويتضح من هذا النص أنه يجرم كل فعل من الافعال الواردة في النص اذا ما تم بوسائل الكترونية، وذلك بدلالة المادة (2) من القانون، والتي عرفت الاتصالات بأنها " نقل أو بث أو استقبال أو ارسال الرموز أو الاشارات أو الاصوات أو الصور أو البيانات, مهما كانت طبيعتها, بواسطة الوسائل السلكية أو الراديوية أو الضوئية أو بأي وسيلة اخرى من الانظمة الالكترونية ". وبالتالي قد يدخل ضمن هذا النص بعض الاعمال التي ربما تكون من قبيل التعبير عن الرأي، خاصة وأن نصوص المادة (75) فيها من العمومية ما يسمح بذلك، مثل عبارة " نقل خبرا مختلفا بقصد اثاره الفرع "، اذ أنه كثيرا ما يتم تداول ونقل اخبار عبر الشبكة العنكبوتية دون التحقق من مصدرها لا سيما عبر مواقع التواصل الاجتماعي وحتى بعض

المواقع الاخبارية، مما يدخل هذه الافعال في ساحة التجريم اذا ما ارتبط امر بإثارة الفرع، وهي مسألة خاضعة للتقدير وتدخل في النوايا.

وقد رصد المركز الوطني لحقوق الانسان صدور مخاطبات عن هيئة تنظيم قطاع الاتصالات لبعض المؤسسات، تضمنت الإشارة إلى استغلال بعض الجهات لمنصة التواصل الاجتماعي (Facebook) لمهاجمة الايدولوجيات والتعدي على الاعراق والسلالات والأصول القومية والعقيدة الدينية والآداب العامة، إضافة إلى استخدامها كوسيلة لانتهاك حقوق الإنسان، وانتحال الشخصيات والاحتيال. كما تضمن الكتاب قيام الهيئة بالتواصل مع مندوب السياسات العامة في الشرق الاوسط وشمال إفريقيا وتم الاتفاق على أن تقوم الهيئة بالتنسيق مع الشركة، للإبلاغ عن الصفحات المسيئة لغايات حجبها وبما يتفق مع المعايير المجتمعية الخاصة بموقع (Facebook)، وأكد المركز الوطني في هذا الصدد على ان الهيئة في كتابها استخدمت مصطلحات فضفاضة وواسعة ومن الصعوبة بمكان ضبطها. كما يؤكد المركز على ضرورة وضع حد لأي خطاب ينطوي على كراهية تتم من خلال مواقع التواصل الاجتماعي، على أن يتم ذلك من خلال السلطة القضائية والتي تعد صاحبة الاختصاص الأصيل واحكامها تعد عنوانا للحقيقة²¹.

المبحث الثاني: موقف التشريعات العقابية من حرية التعبير عبر الوسائل الالكترونية

إن حرية التعبير التي كفلها الدستور هي القاعدة في كل تنظيم ديمقراطي لا يقوم الا بها، فكل ما اعاق القائمون بالعمل العام ممارسة هذه الحرية، كان ذلك من جانبهم هدمًا للديمقراطية في محتواها المقرر دستوريا²²، وهذا ما ذهب اليه المحكمة الدستورية العليا في مصر بقولها " حرية التعبير التي كفلها الدستور هي القاعدة في كل تنظيم ديمقراطي لا يقوم الا بها، ولا يعدو الاخلال بها ان يكون انكارا لحقيقة ان حرية التعبير لا يجوز فصلها عن ادواتها، وان وسائل مباشرتها يجب ان ترتبط بغاياتها، فلا يعطل مضمونها احد، ولا يناقض الاغراض المقصودة من ارسائها، ولعل اكثر ما يهدد حرية التعبير ان يكون الايمان بها شكليا أو سلبيا، بل يتعين أن يكون الاصرار عليها قبولا بتبعاتها وألا يفرض احد على غيره صمتا قانونيا"²³.

ومن احكام القضاء الاداري والدستوري بشأن حرية الصحافة المرتبطة بحرية التعبير " حق الافراد في اصدار الصحف انما يستصحب بالضرورة حقوقهم وحررياتهم العامة الاخرى التي كفلها الدستور، يياشرونها متألفة فيما بينها، متجانسة مضمونها، متضافرة توجهاتها، تتساند معا ويعضد كل منها الاخر في نسيج متكامل، وكان من المقرر أن السلطة التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق حدها قواعد الدستور التي

تبين تخوم الدائرة التي لا يجوز اقتحامها، بما ينال من الحق محل الحماية أو يؤثر في محتواه، ذلك أن لكل حق دائرة يعمل فيها ولا يتنافس الا من خلالها، فلا يجوز تنظيمه إلا فيما وراء حدودها الخارجية، فاذا اقتحمها المشرع، كان ذلك الى مصادرة الحق أو تقييده، بما يفضي الى الانتقاص من الحريات والحقوق المرتبطة به²⁴.

وقد تزامن مع شيوع استخدام الوسائل الالكترونية في التعبير عن الرأي وتحديدًا من خلال وسائل التواصل الاجتماعي، بروز انماط جديدة من الجريمة من حيث الوسيلة المستخدمة لارتكابها، ترتبط بشكل أو بآخر بحرية التعبير عن الرأي، الامر الذي دفع المشرع في كثير من الدول للتدخل لتجريم هذا الصنف من الافعال، سواء من خلال اصدار تشريعات جديدة أو تعديل القائم منها كي تستوعب انماط جديدة من الجرائم أو جرائم تقليدية ترتكب بوسائل الكترونية حديثة في معرض التعبير عن الرأي، وفي هذا المبحث سنتناول موقف كل من قانون الجرائم الالكترونية، وقانون منع الارهاب، وقانون العقوبات من حرية التعبير عن الرأي من خلال الوسائل الالكترونية، في المطالب الثلاثة الآتية.

المطلب الاول: موقف قانون الجرائم الالكترونية

لم يعرف المشرع الاردني في قانون الجرائم الالكترونية رقم 27 لسنة 2015 الجريمة الالكترونية، وانما اكتفى بتنظيم الاحكام الخاصة بها تاركا التعريف للفقهاء والقضاء، وتعرف الجريمة الالكترونية بأنها "كل سلوك غير مشروع يعاقب عليه القانون، وتكون إحدى الوسائل الالكترونية أو أكثر من وسيطة، أداة أو بيئة أو هدفا لارتكاب الجريمة"²⁵، ولعل هذا القانون من أكثر القوانين إثارة للجدل في نطاق تقييد حرية التعبير، باعتباره سيفًا مسلطًا على كل شخص يعبر عن رأيه عبر الوسائل الالكترونية التي أصبحت متنفسًا للكثيرين لإبداء وجهات نظرهم في الشأن العام واداء شخوصه.

وبموجب المادة (11) من هذا القانون اصبح من الممكن توقيف الصحفيين في قضايا المطبوعات والنشر بعد أن كان قانون المطبوعات والنشر يحظر ذلك²⁶.

وقد أثار توقيف سبعة من النشطاء الإعلاميين على "الفاسبوك" في تشرين اول 2017 جدلاً واسعاً في الأردن، وكانت سلطات الادعاء قد أوقفت الناشطين السبعة على ذمة قضية رُفِعها الأمين العام للديوان الملكي يوسف العيسوي ضد كل من أساء له، ونشر معلومات كاذبة عنه، وقد رصدت مُطالبات بالحملة للإفراج عن النشطاء السبعة الذين تم توقيفهم بتهمة الدم والقذح بحق العيسوي²⁷. وفي مثل هذه

الممارسات تقييد حرية التعبير عن الرأي، ولاسيما اذا ما كان الامر نقدا موجها لرجال السلطة والمسؤولين فيها.

ولعل من الامور التي تثير شكوك ومخاوف من انتهاك قانون الجرائم الالكترونية لحرية التعبير، ما ورد في مشروع القانون المعدل لقانون الجرائم الالكترونية لعام 2017 (لم يقر بعد)، والذي تطرق لما يسمى "خطاب الكراهية"، والمعرف بمشروع القانون بأنه "كل قول أو فعل من شأنه اثارة الفتنة أو النعرات الدينية أو الطائفية أو العرقية أو الاقليمية أو التمييز بين الافراد أو الجماعات". ولا يخفى أن هذه العبارات فيها من العمومية والغموض وعدم الوضوح ما يكفي لإحالة اي شخص للقضاء كمتهم بارتكاب هذا الجرم، مما سينعكس سلبا على حرية التعبير، وربما بدأت بوادر ذلك قبل حتى اقرار القانون وبمجرد الاعلان عن مشروع القانون.

وقد جاء في المبدأ الحادي عشر من مبادئ كامدن²⁸ تحت عنوان (القيود) حول حرية التعبير والخطابات المؤذية ما يلي " 1/11 على الدول ان لا تفرض قيودا على حرية التعبير لا تراعي المعايير التي ينص عليها المبدأ 2/2 من هذه المبادئ²⁹ وبصورة خاصة يجب ان تكون القيود محددة بنص قانوني وان يكون الغرض منها هو حماية حقوق الاخرين أو سمعتهم أو الامن الوطني أو النظام العام أو الصحة العامة أو الاخلاق، وان تكون ضرورية في مجتمع ديمقراطي لحماية هذه المصالح³⁰، ويعني هذا ان تلك القيود: - يجب ان تكون محددة بوضوح وتلي حاجة اجتماعية ملحة. - يجب ان تكون اقل الوسائل المتوفرة تقييدا، بمعنى عدم وجود اي وسيلة اخرى فعالة وتؤدي الى فرض قيود اقل على حرية التعبير. - يجب ان لا تكون فضفاضة، اي ان لا يتم تقييد الخطابات بطريقة واسعة، وغير محددة، كما يجب ان تقتصر القيود على الخطابات المؤذية وان لا تتجاوزها لتقييد اشكال التعبير المشروعة. - يجب ان تراعي القيود مبدأ التناسب، بما معناه ان تكون الفائدة التي تنتج عنها للفئات المستهدفة تفوق الضرر الذي قد يلحق بحرية التعبير، بما في ذلك فيما يتعلق بالعقوبات التي تجزها هذه القيود.

2/11 على الدول ان تعيد النظر بإطارها القانوني لضمان ان جميع القيود على حرية التعبير تتلاءم مع ما هو مذكور اعلاه "

وفي المبدأ الثاني عشر وتحت عنوان (التحريض على الكراهية) جاء ما يلي " 1/12 - يجب على جميع الدول ان تتبنى تشريعا يمنع اي دعوة للكراهية على اساس قومي أو عرقي أو ديني مما يشكل تحريضا

على التمييز أو العداوة أو العنف (خطاب الكراهية)³¹، يجب ان توضح الانظمة القانونية الوطنية بشكل صريح ما يلي: - ان كلمة " الكراهية " و " العداوة " تشير الى مشاعر قوية وغير عقلانية من الازدراء، العداوة، أو البغض تجاه المجموعة المستهدفة. - ان كلمة " دعوة" تعني وجود نية لترويج البغض للفئة المستهدفة وبطريقة علنية. - ان كلمة تحريض تشير الى التصريحات حول المجموعات القومية أو العرقية أو الدينية، والتي تؤدي الى خطر وشيك لوقوع التمييز أو العدائية أو العنف ضد اشخاص ينتمون الى هذه المجموعات. - ان الترويج الايجابي لهوية مجموعة معينة لا يشكل خطاب كراهية.

2/12 - على الدول ان تمنع الانكار أو التغاضي عن جرائم الابادة الجماعية والجرائم ضد الانسانية، وجرائم الحرب فقط عندما تشكل هذه التصريحات خطاب كراهية على النحو المحدد في المبدأ 1./12

3/12 - على الدول ان لا تمنع انتقاد أو مناقشة الافكار أو المعتقدات أو الايدولوجيات أو الديانات أو المؤسسات الدينية الا عندما يشكل ذلك خطاب كراهية على النحو المحدد في المبدأ 1./12

4/12 - على الدول ان تضمن ان الاشخاص الذين تكذبوا اضراراً حقيقية نتيجة خطاب كراهية، كما هو محدد في المبدأ 1/12، لهم الحق في الانتصاف الفعال بما في ذلك التعويض المدني عن الاضرار.

5/12 - على الدول ان تعيد النظر بإطارها القانوني لضمان ان اي ضوابط تتعلق بخطاب الكراهية تراعي ما هو مذكور اعلاه.

ونجد أنه اذا ارادت السلطات العامة أن تسهم في محاربة خطاب الكراهية وأن تحاربه ممارسة وقانوناً، فعليها أن تستند أولاً للعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسة وخاصة المادتين (19، 20)، والاتفاقية الدولية للقضاء على التمييز العنصري، وأن تلتزم بمبادئ كامدن المادة 19 التي حددت 12 مبدأً لرسم الحدود الفاصلة بين حرية التعبير وخطاب الكراهية، وان كانت الاخيرة ذات صبغة ادبية وليست قانونية.

وفي هذا السياق رصد المركز الوطني لحقوق الانسان خلال عام 2016م استمرار توقيف الأفراد بسبب التعبير عن آرائهم، وكانت الغالبية العظمى ممن تم توقيفهم قد عبروا عن آرائهم بشكل أساسي من خلال حساباتهم على موقع التواصل الاجتماعي (Facebook) وقد شمل التوقيف الصادر من الجهات القضائية أو الجهات الادارية أو حتى الاجهزة الامنية في بعض الاحيان ناشطين في الحراك الشعبي وفنانين وكتاب وغيرهم، وفي هذا السياق رصد المركز (16) حالة كانت غالبيتها بموجب قانون الجرائم الالكترونية

رقم 27 لسنة 2015³². كما بلغ عدد القضايا المتعلقة بجريمة إرسال أو إعادة إرسال أو نشر بيانات أو معلومات عن طريق الشبكة المعلوماتية أو الموقع الإلكتروني أو أي نظام معلومات تنطوي على ذم أو قذح أو تحقير أي شخص سندا لأحكام المادة (11) من قانون الجرائم الإلكترونية رقم (٢٧) لعام 2015 للسنة 2016م (456) قضية، في حين بلغ مجموع هذه القضايا لعام 2015م (48) قضية، ويلاحظ في هذا الصدد ارتفاع ملحوظ في عدد القضايا المتعلقة بالمادة (11) من قانون الجرائم الإلكترونية للسنة 2016م مقارنة بعام 2015م، وهو الأمر الذي يؤكد أن هذه المادة شكلت قيда جديدا على حرية التعبير وإبداء الآراء في الفضاء الإلكتروني³³. وكذلك تم توقيف أحد الصحفيين بتاريخ 2016/2/15م بموجب المادة (11) من قانون الجرائم الإلكترونية رقم (27) لسنة 2015م، وذلك بسبب قيامه بنشر مادة صحفية على الموقع الإلكتروني للصحيفة التي يعمل بها بعنوان "القضاة وموظفو المحاكم ينتفضون". وقد تم الإفراج عنه بتاريخ 2016/2/16م بموجب كفالة تقدم بها نقيب الصحفيين. وايضا تم توقيف أحد الصحفيين بتاريخ 2016/5/17م بموجب المادة (11) من قانون الجرائم الإلكترونية رقم (27) لسنة 2015م؛ على خلفية نشره مقالا بعنوان "عمارة الموت.. عبء أمني في عمان". وقد تم الإفراج عنه في اليوم ذاته بموجب كفالة تقدم بها نقيب الصحفيين ايضا.

وبحسب بيانات وحدة مكافحة الجرائم الإلكترونية فإن هذا النمط من الجرائم في حالة تزايد لا سيما تلك المرتبطة بجريمة التعبير وتجاوز حدود القانون، ويتضح ذلك كما يلي³⁴:

نوع الجريمة / السنة	2013	2014	2015	2016	9/2017
انتحال شخصية	190	341	321	884	194
تهديد , سب وشتم , تشهير	474	456	970	1023	2038
احتيال	98	93	91	159	104
افساد رابطة	101	91	141	187	1009

					زوجية
183	80	16	36	0	سرقة بيانات
73	167	76	23	35	اختراق مواقع
448	1103	686	467	401	تطبيقات الاتصالات
0	51	4	23	21	الإساءة للأطفال
4049	3654	2305	1532	1320	المجموع

المطلب الثاني: قانون منع الارهاب

عرف قانون منع الارهاب رقم (55) لسنة 2006³⁵ وتعديلاته العمل الارهابي بأنه " كل عمل مقصود أو التهديد به أو الامتناع عنه أيا كانت بواعثه وأغراضه أو وسائله يقع تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي من شأنه تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر أو إحداث فتنة إذا كان من شأن ذلك الإخلال بالنظام العام، أو إلقاء الرعب بين الناس أو ترويعهم أو تعريض حياتهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة أو المرافق والأماكن العامة أو الأماكن الخاصة أو المرافق الدولية أو البعثات الدبلوماسية أو احتلال أي منها أو الاستيلاء عليها أو تعريض الموارد الوطنية أو الاقتصادية للخطر، أو إرغام سلطة شرعية أو منظمة دولية أو اقليمية على القيام بأي عمل أو الامتناع عنه أو تعطيل تطبيق الدستور أو القوانين أو الأنظمة ". كما نصت المادة (3) من القانون على أنه " مع مراعاة أحكام قانون العقوبات أو أي قانون آخر، تعتبر الأعمال التالية في حكم الأعمال الإرهابية المحظورة: - هـ - استخدام نظام المعلومات أو الشبكة المعلوماتية أو أي وسيلة نشر أو اعلام أو إنشاء موقع الكتروني لتسهيل القيام بأعمال إرهابية أو دعم لجماعة أو تنظيم أو جمعية تقوم بأعمال إرهابية أو الترويج لأفكارها أو تمويلها أو القيام بأي عمل من شأنه تعريض الأردنيين أو ممتلكاتهم لخطر أعمال عدائية أو انتقامية تقع عليهم". ووفقاً لهذا النص قضت محكمة التمييز " ان الافعال التي قارفها المتهم والمتمثلة بمتابعة اخبار تنظيم (داعش) الارهابي من خلال الشبكة العنكبوتية

واعادة نشر اصداراته وتبادل اخباره مع اصدقائه ومعارفه واعادة نشر كلمة لزعيم ذلك التنظيم والترويج له تشكل سائر اركان وعناصر جرم الترويج لأفكار جماعة ارايية خلافا لأحكام المادتين (3هـ و7ج) من قانون منع الارهاب رقم (55) لسنة (2006) وتعديلاته "36. وكذلك قضت " ان الافعال التي قارفها المتهم والمتمثلة: -

- قيامه بمتابعة واستطلاع اصدارات تنظيم داعش الارهابي عن طريق وسائل التفاعل الاجتماعي.

- قيامه بتحميل صور خاصة بتنظيم داعش الارهابي وصور اخرى لمقاتلي هذا التنظيم واعادة نشرها على صفحته الخاصة (الفايسبوك).

- تحميل صور تحمل افكارا وعبارات يتبناها تنظيم الدولة الاسلامية بقصد الترويج للتنظيم وكسب مزيد من المؤيدين له.

- تحميل عدد من الفيديوهات والانايد العائدة للتنظيم على هاتفه الشخصي.

تشكل سائر اركان وعناصر جرم الترويج لأفكار تنظيم ارهابي خلافا لأحكام المادة (3هـ) وبدلالة المادة (7ج) من قانون منع الارهاب وكما ورد بإسناد النيابة العامة وانتهى الى ذلك القرار المطعون فيه "37. وقضت ايضا بشأن منشور لنائب المراقب العام للإخوان المسلمين على صفحته الشخصية على الفيس بوك " فان الافعال التي قام بها المتهم والمتمثلة: -

1- نشر مقال على احد مواقع التواصل الاجتماعي (face book) والمتاح للكافة.

2- ايراد عبارات تنطوي على اساءة وتجريح لدولة اخرى ترتبط بعلاقات سياسية واقتصادية مع المملكة الاردنية الهاشمية، مع العلم ان وسائل التفاعل الاجتماعي مفتوحة للتعليقات عليها من قبل الاخرين.

تشكل سائر اركان وعناصر الجرم المسند اليه خلافا لأحكام المادتين (3ب و7ج) من قانون منع الارهاب رقم (55) لسنة 2006 وكما ورد بإسناد النيابة العامة وانتهى لذلك القرار المطعون فيه، الامر الذي يتعين معه رد هذه الاسباب كون الحكم جاء مستجمعا شروطه القانونية من حيث التسبيب والتعليل والوقائع والعقوبة "38.

وإذا كانت الاحكام القضائية السابقة ولاسيما المرتبطة بالتنظيم الارهابي داعش مقبولة ولا يمكن النظر لها باعتبارها تقييدا للحرية، وانما هي من قبيل مواجهة الارهاب الذي يجب الوقوف بوجهه ومحاربه، فإن احكاما اخرى لا ترتبط بتنظيمات ارهابية صادرة وفقا لقانون منع الارهاب لم تلق قبولا أو ترحيبا واسعا، بل على العكس نظر الكثيرون لها كقيود على حرية التعبير عن الرأي، وتكميم للأفواه تحت ذريعة مواجهة الارهاب. ومنها على سبيل المثال الحكم السابق على نائب المراقب العام للإخوان المسلمين بسبب منشور له على صفحته على موقع التواصل الاجتماعي الفيس بوك انتقد فيه دولة الامارات، ويذكر أن الاعتقال جاء بعد مقال كتبه بني أرشيد انتقد فيه حكومة الإمارات العربية المتحدة، بعد تصنيفها جماعة الإخوان المسلمين تنظيما إرهابيا. وقد علقت جماعة الاخوان المسلمين على قرار اعتقال بني ارشيد بالقول " لا يجوز الاعتقال بسبب مقال للتعبير عن الرأي"³⁹. وكذلك تم توقيف مؤسس موقع سرايا الاخباري عام 2015 من قبل مدعي عام محكمة أمن الدولة بتهمة استخدام وسائل اعلامية للترويج لأفكار جماعة ارهابية، والقيام بأعمال من شأنها أن تعرض سلامة الأردنيين لخطر أعمال عدائية وانتقامية خلافا لأحكام المادتين 3 و 7 من قانون منع الإرهاب رقم 55 لسنة 2006 وتعديلاته⁴⁰.

ومن وجهة نظر منظمة هيومن رايتس وتش استخدمت السلطات الأردنية بشكل متزايد أحكام قانون مكافحة الإرهاب، لاعتقال وملاحقة النشطاء والمعارضين والصحفيين بسبب جرائم ترتبط بالتعبير عن الرأي. كما اعتمدت كثيرا على تعديلات 2014 التي أدخلت على قانون مكافحة الإرهاب ووسّعت تعريف الإرهاب ليشمل أعمالا مثل "تعكير صلات (الأردن) بدولة أجنبية، وأشارت ايضا الى انه قلّص الأردن حرية الإعلام في 2015 باعتقال 9 على الأقل من الصحفيين والكتاب وتوجيه اتهامات ضدّهم، أحيانا بموجب الأحكام الفضفاضة والغامضة من قانون مكافحة الإرهاب في⁴¹.

ومن جهة اخرى أشار المفوض العام لحقوق الانسان الى أن البرلمان الاردني وبعد ثلاث سنوات على انطلاق الربيع العربي قد لجأ الى تعديل قانون منع الارهاب ليصار الى التوسع في تعريف جريمة الارهاب لتشمل " تعكير صفو علاقات الاردن مع دولة اجنبية "، وبررت الحكومة هذا التعديل بتشديد العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات على حرية التعبير المكفولة ليس فقط بموجب الدستور بل وبموجب المادة (19/ب) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، بأنه تم لتمكين الاردن من التعامل مع تدفق المقاتلين العائدين من سوريا، وكأن الحكومة استبقت الاحداث ووضعت قيودا على حرية التعبير وذلك تحوطا من تداعيات نشاطات دعوية و اعلامية فكرية وايدولوجية كانت معالمها قد أخذت تظهر في الافق

الوطني وقد تشكل مصادر تهديد للأمن الوطني والنظام العام وحقوق الآخرين وحررياتهم، كما أن تعديل قانون منع الإرهاب جاء بمواد جعلت من السهل محاكمة أي شخص على جرائم بسيطة باعتبارها أعمالاً إرهابية مما قد يجعل من هذا الحق (التعبير عن الرأي) هو الاستثناء وتصبح القيود هي القاعدة⁴².

وفي ضوء صلاحية المركز الوطني لحقوق الإنسان برصد واقع حقوق الإنسان، لاحظ المركز خلال عام ٢٠١٦م تزايد أعداد الموقوفين ومحاكمتهم بسبب التعبير عن مواقف ووجهات نظر لهؤلاء المواطنين حيال موضوعات ذات صلة بالسياسة العامة للدولة وتعلق بقضايا حساسة وهامة تهم المجتمع كامل وذلك أمام محكمة أمن الدولة بموجب قانون منع الإرهاب رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٦م وتعديلاته، وأصدر المركز تبعا لذلك بيانا بتاريخ ٢٠١٦/٧/٧ دعا بموجبه السلطات الى ضمان حرية المواطن في ممارسة حقه في التعبير السلمي عن رأيه بمختلف الصيغ والأشكال بما فيها الكتابة والنشر والتعليق والتجمع السلمي، ونوه الى ان التوسع الملحوظ في محاسبة ومساءلة الاشخاص على اشكال مختلفة من التعبير عن الرأي والاحتجاج السلمي، الذي بلغ حدا يؤثر على حق المواطن في نقد السياسة العامة ومعارضتها، كما واصدر المركز بتاريخ 2016/2/25 بيانا ابدى فيه قلقه جراء تكرار منع اجهزة انفاذ القانون مواطنين من ممارسة الحق في التجمع السلمي، واعاقه عدد من النشاطات السلمية⁴³.

وبحسب تقرير المركز الوطني لحقوق الإنسان شهد عام ٢٠١٥م توقيف أحد عشر صحفياً، خمسة منهم تم توقيفهم من قبل مدعي عام محكمة أمن الدولة استناداً إلى قانون منع الإرهاب بتهم تمثلت إما في استخدام وسائل إعلامية للترويج لأفكار جماعة إرهابية المادة (٣/هـ) من قانون منع الإرهاب، أو القيام بأعمال من شأنها أن تعرض الأردنيين لخطر أعمال عنادية وانتقامية خلافاً لأحكام المادة الثالثة من قانون منع الإرهاب، وتعكير صفو العلاقات مع دولة أجنبية خلافاً لأحكام المادة (٣/ب) من قانون منع الإرهاب⁴⁴.

ويلاحظ هنا أن القانون وصف الاعمال الارهابية بعبارات فضفاضة وواسعة، مثل "النظام العام"، "سلامة المجتمع"، "إحداث فتنة"، "أمن المجتمع"، "إلقاء الرعب"، "ترويع الناس"؛ إذ أن جميع هذه العبارات واسعة الدلالة، وبالإمكان التصرف في استخدامها عند تطبيق النصوص القانونية واعتبار أي عمل أو نشاط في إطارها عملاً إرهابياً وهذا يتناقض مع المعايير الدولية، وتحديدًا المادتين (4 و14) من العهد

الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اللتين كفلتا عدم اتخاذ السلطات أي تدابير من شأنها المساس بالحقوق المكفولة، أو أن يتم جرائها إهدار ضمانات المحاكمة العادلة

وقد اعرب المقرر الخاص في الامم المتحدة المعني بحماية حقوق الانسان عن قلقه البالغ من أن استخدام اجراءات مكافحة الارهاب كثيرا ما تكون مبهمة، وبالتالي متنافية مع شرط المشروعية حسبما هو وارد في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وعليه فإن هذه القيود والاجراءات لا تقتصر على مكافحة الارهاب ولكن يمكن ان تستخدم ايضا فيما يتعلق بالتعبير عن الرأي الخالي من العنف.⁴⁵

وتُنظر جرائم الارهاب الواقعة خلافا لأحكام قانون منع الارهاب رقم (55) لسنة 2006 من قبل محكمة امن الدولة، عملا بالمادة (3/أ/3) من قانون امن الدولة رقم 17 لسنة 1959.⁴⁶

المطلب الثالث: موقف قانون العقوبات

يعد قانون العقوبات⁴⁷ بطبيعته مقيدا لحقوق وحرّيات الافراد وضامنا لها بنفس الوقت من خلال تجريم بعض الافعال والسلوكيات وحظرها تحت طائلة المسؤولية، كي يتمكن كافة الافراد من ممارسة حقوقهم وحرّياتهم دون مضايقة من أحد، وبالتالي حفظ الامن الوطني بشكل عام، وهذا التقييد بطبيعة الحال قد يشمل حرية التعبير، ففي باب الجرائم الواقعة على امن الدولة نصت المادة (114) على أنه " يعاقب بالأشغال المؤقتة خمس سنوات على الأقل كل اردني حاول بأعمال أو خطب أو كتابات أو بغير ذلك أن يقتطع جزءا من الأراضي الأردنية ليضمها الى دولة أجنبية أو أن يملكها حقا أو امتيازا خاصا بالدولة الأردنية". ونصت المادة (2/118) " يعاقب بالاعتقال المؤقت مدة لا تقل عن خمس سنوات:1- من خرق التدابير التي اتخذتها الدولة للمحافظة على حيادها في الحرب.2- من أقدم على أعمال أو كتابات أو خطب لم تجزها الحكومة من شأنها أن تعرض المملكة لخطر اعمال عدائية أو تعكر صلاحها بدولة اجنبية أو تعرض الاردنيين لأعمال ثأرية تقع عليهم أو على اموالهم". ونصت المادة (122) " يعاقب بالعقوبات نفسها المبينة في المادة السابقة بناء على شكوى الفريق المتضرر من أجل الجرائم التالية، اذا ارتكبت دون مبرر كاف.1- تحقير دولة أجنبية أو جيشها أو علمها أو شعارها الوطني علانية.2- القدح أو الذم أو التحقير الواقع علانية على رئيس دولة أجنبية أو وزرائها أو ممثليها السياسيين في المملكة. لا يجوز إثبات الفعل الذي كان موضوع الذم". ونصت المادة (130) " من قام في المملكة زمن الحرب أو عند توقع نشوبها بدعاية ترمي الى إضعاف الشعور القومي أو إيقاظ النعرات العنصرية أو المذهبية عوقب بالأشغال

المؤقتة". ونصت المادة (1/131) "يستحق العقوبة المبينة في المادة السابقة من أذاع في المملكة في الأحوال عينها أنباء يعرف أنها كاذبة أو مبالغ فيها من شأنها أن توهن نفسية الأمة". وكذلك المواد (147 – 149) الخاصة بالإرهاب والمؤامرة، وتنظر هذه الجرائم من قبل محكمة امن الدولة عملا بالمادة (3/أ/3) من قانون محكمة امن الدولة رقم 17 لسنة 1959. كما نصت المادة (150) " كل كتابة وكل خطاب أو عمل يقصد منه أو ينتج عنه إثارة النعرات المذهبية أو العنصرية أو الحرض على النزاع بين الطوائف ومختلف عناصر الأمة يعاقب عليه بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تزيد على مئتي دينار"، ولعل هذه المادة من أكثر المواد تطبيقا على الواقع لملاحقة الاشخاص الذين يتجاوزون حدود حرية التعبير كما رسمها القانون. هذا بالإضافة الى العديد من النصوص التي تجرم الكثير من الافعال التي تندرج تحت تجاوز حرية التعبير والتي تستهدف حماية الامن الوطني. فوفقا لقواعد قانون العقوبات النافذ فان النصوص التالية ايضا تحكم حرية الرأي والتعبير:

- جرائم الذم والقدح والتحقير، تحكمها المواد (188 – 199) و(358 – 367) من قانون العقوبات.
- جرائم النشر التي تعرقل سير العدالة، تحكمها المواد (224، 227) من قانون العقوبات.
- جرائم المساس بالأخلاق والآداب، تحكمها المواد (319 – 320) من قانون العقوبات.

ومن الملاحظ أن قانون العقوبات الاردني يتضمن نصا يجرم القيام بأعمال أو كتابات من شأنها أن تعرض المملكة لخطر أعمال عداوية أو تعكر صلاتها بدولة أجنبية أو تعرض الاردنيين لخطر أعمال تأرية مع دولة أجنبية (المادة 2/118)، وتعد هذه الجريمة من اختصاص القضاء النظامي، ويضم قانون منع الارهاب نصا مشابها يعتبر هذا الفعل في حكم الاعمال الارهابية (المادة 3/ب)، وبالتالي تصبح من اختصاص محكمة امن الدولة. الامر الذي يثير تساؤلا حول ازدواجية التجريم والجهة صاحبة الاختصاص بإحالة القضايا من هذا النوع إلى محكمة أمن الدولة أو إلى القضاء النظامي وآلية اتخاذ هذا القرار.

واخيرا عرفت الاجتهادات القضائية النقد المباح بأنه فعل ليس فيه ذم ولا قدح ولا إهانة، أي ليس فيه مساس بشرف الغير أو اعتباره أو سمعته، وإنما فيه نعي على تصرفه أو عمله بغير قصد المساس بشخصه

من جهة شرفه أو اعتباره، فالتفرقة بين الشخص وبين تصرفاته هي التي تحدد دائرة العدوان المعاقب عليه ودائرة النقد الذي لا جريمة فيه.

وقالت ان الحق في النقد وخاصة في جوانبه السياسية يعتبر اسهاما مباشرا في صون نظام الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية.

ان حق النقد يتطلب لقيامه توافر خمسة شروط وهي:

1- يجب ان يرد النقد على واقعة ثابتة ومعلومة للجمهور

2- ان يستند النقد الى الواقعة الثابتة وينحصر فيه

3- ان تكون الواقعة محل النقد ذات اهمية اجتماعية

4- ان يستعمل الناقد عبارات ملائمة في الحكم أو التعليق على الواقعة

5- ان يكون الناقد حسن النية.

المبحث الثالث: موقف التشريعات الوقائية من حرية التعبير عبر الوسائل الالكترونية

تحرص كافة الدول على اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الجريمة، بما في ذلك سن التشريعات اللازمة لذلك، وسواء كان ذلك تحت مفهوم الضبط الاداري،⁴⁸ أو الضبط التشريعي⁴⁹، فإن القيود التي تضعها السلطة في الظروف العادية أو الاستثنائية قد تطال بالقيود حرية التعبير عن الرأي من خلال الوسائل الالكترونية، وفي هذا المبحث سنتناول موقف كل من قانون منع الجرائم، وقانون الدفاع من تقييد حرية التعبير عن الرأي من خلال الوسائل الالكترونية، وذلك في مطلبين متتاليين.

المطلب الاول : موقف قانون منع الجرائم

رغم أن قانون منع الجرائم رقم 7 لسنة 1954⁵⁰ يعد من قوانين الضبط الاداري الهادفة لحماية النظام العام، وُتُرك امر تطبيقه للحكام الاداريين، إلا أنه يستوعب فكرة تقييد حرية التعبير لحماية الامن باعتبار الامن العام أحد أهم عناصر النظام العام، فوفقا للمادة (3) من هذا القانون "اذا اتصل بالمتصرف أو كان لديه ما يجمله على الاعتقاد بوجود شخص في منطقة اختصاصه ينتسب لأي صنف من الاصناف

المذكورة ادناه ورأى ان هنالك اسبابا كافية لاتخاذ الاجراءات، فيجوز له ان يصدر الى الشخص المذكور مذكرة حضور بالصيغة المدرجة في الذيل الاول لهذا القانون، يكلفه فيها بالحضور امامه ليبين اذا كان لديه اسباب تمنع من ربطه بتعهد، اما بكفالة كفلاء واما بدون ذلك، حسب الصيغة المدرجة في الذيل الثاني لهذا القانون يتعهد فيه بان يكون حسن السيرة خلال المدة التي يستصوب المتصرف تحديدها على ان لا تتجاوز سنة واحدة.

1. كل من وجد في مكان عام أو خاص في ظروف تقنع المتصرف بانه كان على وشك ارتكاب اي جرم أو المساعدة على ارتكابه.

2. كل من اعتاد اللصوصية أو السرقة أو حيازة الاموال المسروقة أو اعتاد حماية اللصوص أو ايواهم أو المساعدة على اخفاء الاموال المسروقة أو التصرف فيها.

3. كل من كان في حالة تجعل وجوده طليقاً بلا كفالة خطراً على الناس."

وبحسب التقرير السنوي للمركز الوطني لحقوق الانسان لعام 2016 صدر قرار عن محافظ العاصمة بتاريخ ٢٠١٦/٦/١٨ م يقضي بحجب ستة مواقع الكترونية تابعة لمجموعة من الشركات التي توفر خدمة الوصول لقواعد بيانات قضائية ومالية وبيانات التشريعات القانونية وتعديلاتها، وذلك استنادا إلى قانون منع الجرائم رقم (٧) لسنة ١٩٥٤ م ويثير القرار السابق مسألتين على جانب من الأهمية: المسألة الأولى: صدور قرار إداري من قبل محافظ العاصمة بحجب مواقع الكترونية بالاستناد إلى قانون منع الجرائم، وهو ما يعد تجاوزا على السلطة القضائية صاحبة الاختصاص في تحديد مدى قانونية مثل هذه المواقع، اما المسألة الثانية: وجود ثغرة قانونية تتعلق بحماية المعلومات الشخصية وأمن الأفراد في الفضاء الإلكتروني، والحاجة الملحة الى وجود نصوص تجرم الاعتداء على الحق في الخصوصية خاصة من خلال الانظمة المعلوماتية⁵¹.

كما تعرض أحد الصحفيين لسوء معاملة، والتوقيف لمدة ثلاثة أيام بناء على قرار من الحاكم الإداري في محافظة مادبا؛ وذلك أثناء تغطيته لأحداث حراك ذيبان خلال شهر رمضان عام ٢٠١٦ م، وقد قامت أجهزة إنفاذ القانون بتقطيع البطاقة الصحفية الخاصة به وتكسير كاميرته وضربه⁵². كما رصد المركز الوطني لحقوق الانسان توقيف (١٠٤) أشخاص، على خلفية مشاركتهم في اعتصامات أو مظاهرات عمالية أو للمطالبة ببعض الحقوق الاقتصادية أو لغايات التنديد وتعبيرهم عن رفضهم لبعض السياسات

والقرارات ذات الصلة بالشأن العام، وقد تمت عملية التوقيف في اغلب الاحيان بموجب قرارات ادارية من قبل الحكام الاداريين، واستمرت عملية توقيفهم لفترات قصيرة⁵³.

ونرى من جهتنا أنه من مستلزمات حرية التعبير عرض الآراء المتصلة بالشؤون العامة في مجالاتها المختلفة وانتقاد اعمال القائمين عليها وهو من الحقوق المشمولة بالحماية الدستورية.. ذلك أن حرية النقد للعمل العام حقاً مكفولاً لكل مواطن، فحرية عرض الآراء وتداولها لا يقصد به مجرد أن يعبر الناقد عن ذاته، ولكن غايتها النهائية الوصول الى الحقيقة من خلال ضمان تدفق المعلومات من مصادرها المتنوعة، وليس جائزاً ان يكون القانون أداة تعوق حرية التعبير عن مظاهر الاخلال بالأمانة الوظيفية أو النيابة أو الخدمة العامة أو مواطن الخلل في اداء واجباتها، وانه من الخطر فرض قيود ترهق حرية التعبير بما يصد المواطنين عن ممارستها، وهذا ما عبرت عنه المحكمة الدستورية العليا المصرية بالقول " إن حوار القوة فيه إهدار لسلطان العقل وحرية الابداع والامل والخيال، وهو يولد رهبة تحول بين المواطن والتعبير عن آرائه بما يدعم الرغبة في قمعها، ويكرس عدوان السلطة العامة المناوئة لها، مما يهدر في النهاية أمنه واستقراره"⁵⁴.

المطلب الثاني: موقف قانون الدفاع

تواجه الإدارة في بعض الأوقات ظروفاً استثنائية تجبرها على اتخاذ بعض الإجراءات التي تعد غير مشروعة في الظروف العادية حماية للنظام العام وحسن سير المرافق العامة، فتضفي على إجراءاتها تلك صفة المشروعية الاستثنائية، وعلى ذلك فإن الظرف الاستثنائي أياً كانت صورته حرباً أو كوارث طبيعية لا يجعل الإدارة في منأى من رقابة القضاء بشكل مطلق، فلا يعدو الأمر أن يكون توسعاً لقواعد المشروعية تأسيساً على مقولة " الضرورات تبيح المحظورات ". ويقصد بالظروف الاستثنائية بصفة عامة مجموعة الحالات الواقعية التي تؤدي إلى تعطل قواعد المشروعية العادية، واستبدالها بقواعد مشروعة استثنائية تتناسب مع الظروف والوقائع المستجدة، فمثلاً في مجال الضبط الإداري فان هذه النظرية تسمح لسلطات الضبط الإداري باتخاذ إجراءات وتدابير تعد في الأوقات العادية غير مشروعة وفقاً لقواعد المشروعة العادية، إلا أنها تعتبر مشروعة بالرغم من ذلك وفقاً لقواعد المشروعة الاستثنائية، وتصبح الإدارة غير ملزمة بكثير من الضوابط والإجراءات التي تفرضها القوانين العادية ذات الصلة بالحريات العامة عند ممارسة سلطاتها الضبطية، وتنبع هذه النظرية من قاعدة أن " سلامة الدولة فوق القانون "⁵⁵.

ولقد عرفت التشريعات المقارنة أكثر من أسلوب لتنظيم سلطات الإدارة في الظروف الاستثنائية، رغم أن بعض الدول تستبعد الأخذ بها لمخالفاتها للقواعد والأحكام الدستورية مثل بلجيكا.⁵⁶

يعلن العمل بقانون الدفاع في الاردن بإرادة ملكية تصدر بناء على قرار من مجلس الوزراء، اذا حدث ما يستدعي الدفاع عن الوطن في حالة وقوع طوارئ تهدد الامن الوطني أو السلامة العامة في جميع انحاء المملكة أو في منطقة منها بسبب وقوع حرب، أو قيام حالة تهدد بوقوعها، أو حدوث اضطرابات أو فتنة داخلية مسلحة أو كوارث عامة أو انتشار آفة أو وباء. وقد صدر قانون الدفاع رقم 13 لسنة 1992 عام 1992 ولم يتم اعلان العمل به الا لمواجهة جائحة كورونا في شهر اذار من عام 2020. ومع أن هذا القانون لا يطبق الا في الظروف الاستثنائية في حالة اعلان الطوارئ، الا أن العمل به لا يكون الا لأغراض الدفاع عن المملكة وتأمينها من أي خطر داخلي أو خارجي، وفي حال العمل به فإنه يؤدي الى المساس بحرية التعبير بشكل واضح وجلي لأغراض الامن الوطني، وبمقتضى المادة (4/ي) فإن من صلاحيات رئيس الوزراء " مراقبة الرسائل والصحف والمطبوعات والنشرات والرسومات وجميع وسائل التعبير والدعاية والاعلان قبل نشرها وضبطها ومصادرتها وتعطيلها واغلاق اماكن اعدادها. " ومثل هذه الاجراءات المتخذة بمقتضى هذا القانون لا تخضع للرقابة القضائية الا في نطاق ركني السبب والغاية من القرار، ولا تمتد رقابة القضاء لتشمل بقية الاركان واهمها ركن المحل والعيب الملازم له والمتمثل بعيب مخالفة القانون. وفي هذا وفي مجال رقابة المحكمة الادارية على ركن السبب قالت:- "إذا كانت الأفعال المنسوبة للمستدعي هي التشهير بالعرض، وهي مسالة تثير المشاعر والإحساسات والفتن بين أفراد مجتمع يحافظ على تقاليد الشرف العائلي، وهي من المسائل التي تمس السلامة العامة والطمأنينة، فان من حق المحافظ تطبيق أحكام المادة 9/مكررة من نظام الدفاع رقم (2) لسنة 1939 بحق المستدعي وتوقيفه في مركز الإصلاح والتأهيل المهني ".⁵⁷

ويبدو أن كل هذا الكم من القوانين التي تفرض قيودا على حرية التعبير لدواعي الحفاظ على الامن الوطني وغيره من المصالح العليا للدولة، ولا سيما التعديلات المتلاحقة على هذه القوانين والتي يجمعها رابط مشترك هو التضييق على حرية التعبير لدواعي امنية قد أدى الى تراجع تصنيف الاردن في مجال حرية الصحافة مثلا، إذ أنه وفقا لتقرير لمنظمة مراسلون بلا حدود، صدر في شهر تشرين ثاني 2017، وضع الأردن في المرتبة 138 عالميا على مقياس حرية الصحافة، والمرتبة 11 عربيا. ورأى اعلاميون أن ذلك جاء " نتيجة منطقية لجملة التشريعات التي أقرت مؤخرا التي قيدت حرية الرأي والتعبير بشكل عام وحرية الصحافة بشكل خاص " ومن جهتها شككت الحكومة وعلى لسان مدير هيئة الاعلام بصحة هذا التقرير

58. وبحسب تقرير المركز الوطني لحقوق الانسان لعام 2015 استمر خلال عام 2015م توقيف ومحاكمة أشخاص بتهمة استخدام نظام المعلومات أو الشبكة المعلوماتية أو أي وسيلة نشر أو إعلام أو إنشاء موقع إلكتروني لتسهيل القيام بأعمال إرهابية أو دعم جماعة إرهابية أو تنظيم أو الترويج لأفكارها خلافا لأحكام قانون منع الارهاب (المادة 3 /هـ). وأشار المركز في هذا الصدد الى عدم وضوح ودقة عبارة "الترويج لجماعة إرهابية" ومخالفتها للمعايير الدولية ذات العلاقة؛ بالإضافة إلى أنه مصطلح فضفاض ولا يوجد له ضابط أو معيار. وقد رصد المركز توقيف ومحاكمة ما يقارب من (50) شخصا استنادا إلى هذه الجريمة. وفي الوقت الذي يؤكد فيه المركز ضرورة تجريم ومحاكمة من ينشر الفكر الارهابي لخطورة هذه الجريمة على المجتمع فإنه يؤكد - في الوقت نفسه - ضرورة الالتزام بالصياغة القانونية الدقيقة للأفعال التي تشكل جرائم إرهابية، والابتعاد عن المصطلحات الفضفاضة التي تقبل التأويل⁵⁹. وفي سياق متصل يشار إلى أن منظمة هيومن رايتس ووتش أصدرت تقريرها حول أوضاع حقوق الانسان في العالم لعام 2015م، وأشارت فيه إلى أن السلطات الاردنية استخدمت وبشكل متزايد أحكام قانون منع الارهاب لاعتقال وملاحقة الناشطين والمعارضين والصحفيين والسياسيين والاشخاص المشاركين في المسيرات أو الاحتجاجات المختلفة، كما أشار التقرير إلى تقليص المساحة لحرية الاعلام خلال عام 2015م.⁶⁰

ووفقا لتقرير اوضاع حرية الرأي والتعبير في العالم العربي للعام 2016⁶¹، فإن السلطات الاردنية وبمقتضى قانون منع الإرهاب، ادرجت نصوصا قانونية تعاقب على جرائم التعبير عن الرأي، والتي تحتوي على تعكير صفو العلاقات مع الدول الشقيقة والأجنبية. كما استخدمت السلطات قانون الجرائم الالكترونية رقم 27 لسنة 2015 لاعتقال العديد من المواطنين بسبب تدوينات على "فيسبوك" أو تغريدات على "تويتر"، مما اعتبر تهديدا للنشطاء على الانترنت، ويفرض القانون المذكور قيوداً صارمة وعقوبات مشددة لمن يخالفونه عبر كتابات يعبرون بها عن آرائهم من خلال شبكات التواصل الاجتماعي أو مواقع الانترنت. وفي العام 2016 اعتقل العديد من النشطاء السياسيين بسبب منشورات على مواقع التواصل الاجتماعي وفقا لقانون الجرائم الالكترونية وقانون مكافحة الإرهاب وقانون المطبوعات والنشر وقانون العقوبات بتهم مثل إطالة اللسان أو تعريض الأردن لخطر الأعمال العدائية أو ازدراء الاديان. كما ضيقت السلطات الأردنية مؤخرا بشكل متزايد على حرية تداول المعلومات عبر أوامر حظر النشر على الصحافة لمنع الإبلاغ العام بشأن مسائل تعتبرها السلطات حساسة ويجب عدم التداول بشأنها اعلاميا.

واخيراً نذكر ما تقوله المحكمة الدستورية العليا بمصر في هذا الصدد: " من الخطر فرض قيود ترهق حرية التعبير بما يصد المواطنين عن ممارستها.. إذ لا يجوز لأحد أن يفرض على غيره صمتاً ولو كان معزواً بالقانون.. وانه إذا أريد لحرية التعبير أن تتنفس في المجال الذي لا يمكن أن تحيا بدونها، فإن قدراً من التجاوز يتعين التسامح فيه، ولا يسوغ بحال أن يكون الشطط في بعض الآراء مستوجبا إعاقه تداولها"⁶². وتقول في قضية أخرى: " إن حرية التعبير، وتفاعل الآراء التي تتولد عنها، لا يجوز تقييدها بأغلال تعوق ممارستها، سواء من ناحية فرض قيود مسبقة على نشرها، أو من ناحية العقوبة اللاحقة التي تتوخى قمعها، بل يتعين ان ينقل المواطنون من خلالها - وعلائية- تلك الأفكار التي تجول في عقولهم، فلا يتهامون بها نجياً، بل يطرحونها عزمًا - ولو عارضتها السلطة العامة- إحدائنا من جانبهم بالوسائل السلمية لتغيير قد يكون مطلوباً، فالحقائق لا يجوز إخفاؤها، ومن غير المتصور أن يكون النفاذ اليها ممكناً في غيبة حرية التعبير"⁶³.

الخاتمة

تبين من هذه الدراسة أن الواقع الفعلي لحرية التعبير عن الرأي عبر الوسائل الالكترونية في الأردن قد لا يكون تطبيقاً للقانون بشكل كلي، وإنما يعكس مدى شوكة السلطة التنفيذية أو تسامحها، يساعدها في ذلك المصطلحات الفضفاضة في التشريعات المتعلقة بحرية التعبير عبر الوسائل الالكترونية وربما التقليدية.

وقد كشف رصد المركز الوطني لحقوق الانسان للانتهاكات التي وقعت في مجال حرية التعبير ومنذ فترة زمنية أنها تركزت في ناحيتين: الأولى تبني عدد من التشريعات التي، وأن كانت محدودة، فقد كان لها أثر ملحوظ على حرية التعبير من حيث تضيق المساحة التي كانت متاحة سابقاً أمام المواطنين - صحفيين أو نشطاء سياسيين أو مجرد محتجين سلميين. والثاني تمثل بتغليظ العقوبات وتشديد المتابعة بحق من يقومون بانتقاد السلطات (الأردنية أو الدول الأجنبية)، لاسيما القادة والمسؤولين وحتى المؤسسات، ويمكن للمرء أن يلاحظ أن التشدد الحكومي في العقوبات والتقييدات على حرية التعبير كان يأتي كرد فعل على تطورات معينة تقع في المجتمع وعلى صعيد ممارسة هذه الحرية يتجاوز فيها اصحاب الحق أحياناً الإطار أو السقف الذي تسمح به المعايير الدولية، لكن الإجراءات التي تتبناها الحكومة خاصة في التشريع تخالف المعايير أيضاً وذلك بإحالة المخالفين إلى محكمة أمن الدولة وتوسيع نطاق الجنحة لتصبح جنائية، وقد خلصت هذه الدراسة الى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: النتائج

1. كفلت المواثيق الدولية حرية الرأي والتعبير، إذ نصت المادة (19) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان على انه "لكل شخص حق التمتع بحرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حريته في اعتناق الآراء دون مضايقة، وفي التماس الأنباء والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين، بأية وسيلة ودونما اعتبار للحدود.
2. تمثل وسائل الاعلام الالكتروني مجالاً مثالياً لحرية التعبير، ونشر الافكار والآراء، حيث تسمح شبكة الانترنت للمستخدمين التعبير عن آرائهم وطرح افكارهم المشتركة.
3. تجرم كثير من التشريعات الوطنية ما ينشر على مواقع التواصل الاجتماعي من اخبار أو تعليقات اذا ما انطوت على ذم أو قدح باعتبار هذه المواقع من وسائل العلانية وسايرها القضاء الاردني في ذلك، وذلك على خلاف ما استقر عليه القضاء المقارن باعتبار هذه المواقع لا تحقق العلانية.
4. صادر قانون الجرائم الالكترونية رقم (27) لسنة 2015 وبموجب المادة (11) منه ما كان يتمتع به الصحفيون من حصانة ضد التوقيف في قضايا المطبوعات والنشر بموجب قانون المطبوعات والنشر سنة 1998 واصبح بالإمكان توقيف الصحفيين سندا لأحكام المادة (114) من قانون اصول المحاكمات الجزائية وسندا لأحكام المادة (11) من قانون الجرائم الالكترونية باعتباره قانون خاصا وذلك بحسب القرار التفسيري رقم (8) لسنة 2015.
5. إن تعديل قانون منع الارهاب عام 2015 جاء بمواد جعلت من السهل محاكمة اي شخص على جرائم بسيطة باعتبارها اعمالا ارهابية مما قد يجعل من هذا الحق (التعبير عن الرأي) هو الاستثناء وتصبح القيود هي القاعدة، وذلك بفعل استخدام المشرع لعبارات فضفاضة ومطاطة وقابلة للتأويل. فإن القانون وصف الاعمال الارهابية بعبارات فضفاضة وواسعة، مثل "النظام العام"، "سلامة المجتمع"، " إحداث فتنة"، " أمن المجتمع"، " إلقاء الرعب"، " ترويع الناس"؛ إذ إن جميع هذه العبارات واسعة الدلالة، وبالإمكان التصرف في استخدامها عند تطبيق النصوص القانونية واعتبار أي عمل أو نشاط في إطارها عملاً إرهابياً وهذا يتناقض مع المعايير الدولية، وتحديداً المادتين (4 و14) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اللتين كفلتا عدم اتخاذ السلطات أي تدابير من شأنها المساس بالحقوق المكفولة، أو أن يتم جرائها إهدار ضمانات المحاكمة العادلة.

6. من الامور التي تثير شكوك ومخاوف من انتهاك قانون الجرائم الالكترونية لحرية التعبير، ما ورد في مشروع القانون المعدل لقانون الجرائم الالكترونية لعام 2017 والذي تطرق لما يسمى " خطاب الكراهية "، والمعرف بمشروع القانون بأنه " كل قول أو فعل من شأنه اثاره الفتنة أو النعرات الدينية أو الطائفية أو العرقية أو الاقليمية أو التمييز بين الافراد أو الجماعات ". ولا يخفى أن هذه العبارات فيها من العمومية والغموض وعدم الوضوح ما يكفي لإحالة اي شخص للقضاء كمتهم بارتكاب هذا الجرم، مما سينعكس سلبا على حرية التعبير وربما بدأت بوادر ذلك حتى قبل اقرار القانون وبمجرد الاعلان عن مشروع القانون. وبشكل يخالف مبادئ كامدن المادة 19 التي حددت 12 مبدأً لرسم الحدود الفاصلة بين حرية التعبير وخطاب الكراهية، وان كانت الاخيرة ذات صبغة ادبية وليست قانونية.

7. تم رصد استمرار توقيف الأفراد بسبب التعبير عن آرائهم، وكانت الغالبية العظمى ممن تم توقيفهم قد عبروا عن آرائهم بشكل أساسي من خلال حساباتهم على موقع التواصل الاجتماعي (Facebook)، وقد شمل التوقيف الصادر من الجهات القضائية أو الجهات الادارية أو حتى الاجهزة الامنية في بعض الاحيان ناشطين في الحراك الشعبي وفنانين وكتاب وغيرهم.

8. من الملاحظ أن قانون العقوبات الاردني يتضمن نصا يجرم القيام بأعمال أو كتابات من شأنها أن تعرض المملكة لخطر أعمال عدائية أو تعكر صلاتها بدولة أجنبية أو تعرض الاردنيين لخطر أعمال تأرية مع دولة أجنبية (المادة 2/118)، وتعد هذه الجريمة من اختصاص القضاء النظامي، ويضم قانون منع الارهاب نصا مشابها يعتبر هذا الفعل في حكم الاعمال الارهابية (المادة 3/ب)، وبالتالي تصبح من اختصاص محكمة امن الدولة. الامر الذي يثير تساؤلا حول ازدواجية التجريم والجهة صاحبة الاختصاص بإحالة القضايا من هذا النوع إلى محكمة أمن الدولة أو إلى القضاء النظامي وآلية اتخاذ هذا القرار.

ثانيا: التوصيات

1. على المشرع الاردني أن يراعي عند إصدار القوانين التي تستهدف حماية الامن الوطني والنظام العام المادة (15) من الدستور الاردني بحيث لا يفرغها من مضمونها ويصادر الحق في حرية التعبير وبما يخالف المادة (1/128) من الدستور والتي تنص بأنه لا يجوز أن تؤثر القوانين التي تصدر بموجب هذا الدستور لتنظيم الحقوق والحريات على جوهر هذه الحقوق أو تمس أساسياتها.

2. يتمنى الباحث على المشرع والقضاء الاردنيين مراعاة وسائل الاعلام الجديد ومختلف الوسائل الالكترونية باعتبارها متنفسا للمواطنين للتعبير عن آرائهم والابتعاد قدر الامكان عن تجريم ما ينشر عبرها، وان كان الهدف لدواعي امنية وذلك عملا بمبدأ إثارة الحرية.

3. ضرورة الحد من التوسع في تعريفات الإرهاب وتأكيد أهمية فرض هيبه الحكم وتكريس السلطة ومحاربة الانتقاد ورفض قبول المساءلة والاعتماد على قوة الأمن والقوة الصلبة بدلاً من قوة القانون ومن السعي لإقامة الحكم على أساس التوافق والعدل والمشاركة.

4. العودة الى ما كان يتمتع به الصحفيون من حصانة ضد التوقيف في قضايا المطبوعات والنشر بموجب قانون المطبوعات والنشر لسنة 1998، والتي سلبت منهم بمقتضى المادة (11) من قانون الجرائم الالكترونية رقم (27) لسنة 2015. ومحكمة الصحفيين والاعلاميين بناء على قانون المطبوعات والنشر وعدم محاكمتهم بموجب أي قانون آخر.

5. ضرورة تعديل قانون الاعلام المرئي والمسموع لتكون صلاحية وقف بث أي برنامج ابتداء من مهام السلطة القضائية بموجب احكام قضائية، وليس بموجب قرارات ادارية.

6. العمل على إعادة النظر بنصوص قانون منع الارهاب وخاصة تعديلات عام 2015 نظرا لاستخدام المشرع لعبارات فضفاضة ومطاطة وقابلة للتأويل، إذ أن القانون وصف الاعمال الارهابية بعبارات فضفاضة وواسعة، مثل "النظام العام"، "سلامة المجتمع"، "إحداث فتنة"، "أمن المجتمع"، "إلقاء الرعب"، "ترويع الناس"؛ إذ إن جميع هذه العبارات واسعة الدلالة، وبالإمكان التصرف في استخدامها عند تطبيق النصوص القانونية واعتبار أي عمل أو نشاط في إطارها عملا إرهابيا وعلى القانون الانسجام مع المعايير الدولية، وتحديد المادتين (4 و14) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اللتين كفلتا عدم اتخاذ السلطات أي تدابير من شأنها المساس بالحقوق المكفولة، أو أن يتم جرائها إهدار ضمانات المحاكمة العادلة.

7. العمل على إعادة النظر باختصاص محكمة امن الدولة بالجرائم المرتبكة من قبل الناشطين عبر مواقع التواصل الاجتماعي لتصبح من اختصاص القضاء النظامي وتحديد تلك المرتكبة خلافا لقانون منع الارهاب.

8. ضرورة إعادة النظر بالتعريف المقترح لخطاب الكراهية في مشروع القانون المعدل لقانون الجرائم الالكترونية وبما ينسجم مع مبادئ كامدن. ووضع سياسات واضحة في مجال مكافحة خطاب الكراهية تركز على قيم حقوق الإنسان، والمواطنة، وتعزز من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والحريات العامة.

9. التأكيد على الحكام الاداريين بضرورة احترام مبدأ الفصل بين السلطات وعدم الاعتداء على اختصاص القضاء بحجة تطبيق قانون منع الجرائم وعدم اللجوء الى اصدار قرارات ضبط اداري بحجب مواقع الكترونية رغم أن ذلك بالأساس من اختصاص القضاء وفقا لقانون الجرائم الالكترونية.

10. ضرورة إعادة النظر بنصوص قانوني العقوبات وقانون منع الارهاب، إذ أن قانون العقوبات الاردني يتضمن نصا يجرم القيام بأعمال أو كتابات من شأنها أن تعرض المملكة لخطر أعمال عداوية أو تعكر صلاتها بدولة أجنبية أو تعرض الاردنيين لخطر أعمال تأرية مع دولة أجنبية (المادة 2/118)، وتعد هذه الجريمة من اختصاص القضاء النظامي، ويتضمن قانون منع الارهاب نصا مشابها يعتبر هذا الفعل في حكم الاعمال الارهابية (المادة 3/ب)، وبالتالي تصبح من اختصاص محكمة امن الدولة. الامر الذي يثير تساؤلا حول ازدواجية التجريم والجهة صاحبة الاختصاص بإحالة القضايا من هذا النوع إلى محكمة أمن الدولة أو إلى القضاء النظامي وآلية اتخاذ هذا القرار.

11. مراجعة القوانين ذات العلاقة بالتشريعات الاعلامية وبجربة التعبير بشكل عام، مع الاخذ بعين الاعتبار مراجعتها كحزمة تشريعية واحدة تلافيا للتناقضات وعدم الانسجام بين القوانين.

الهوامش

¹ - مصطفى، زينه عبدالله محمد، الرقابة الالكترونية وحرية الرأي والتعبير: دراسة مقارنة بين مصر وايران،

http://accronline.com/article_detail.aspx?id=25895

² - العساف، شذى أحمد محمد، الحق في حرمة الحياة الخاصة كقيد على حرية التعبير عن الرأي في القانون الاردني (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، الجامعة الاردنية، 2015، ص 13.

³ - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، ق 17 لسنة 14، تاريخ 14 / 1 / 1994.

⁴ - كنعان، نواف، حقوق الانسان في الاسلام والمواثيق الدولية والداستير العربية، الطبعة الاولى، اثره للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 156، الهامش 2.

⁵ - يخلف، إخلاص صبحي حسن، حدود الرقابة الادارية على وسائل الاعلام وأثرها في الحد من حرية الرأي والتعبير في التشريع الاردني، رسالة دكتوراه، قسم القانون المقارن، جامعة العلوم الاسلامية، الاردن، 2017، ص 119.

⁶ - د. القبيلات، حمدي، التنظيم القانوني لمواقع النشر الالكتروني، بحث منشور في المجلة الاردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، المجلد (4) العدد(1)، 2012، ص 139 وما بعدها.

- 7 - د. الحموري، محمد، الحقوق والحريات بين أهواء السياسة وموجبات الدستور - حالة الاردن - دراسة في الواقع والبيِّنغيات، الطبعة الاولى، دار وائل للنشر، عمان، 2010، ص 438.
- 8 - للمزيد حول موقف الدستور الاردني من تقييد حرية التعبير عن الرأي أنظر د. القبيلات، حمدي، حدود حرية التعبير عن الرأي بالوسائل الالكترونية في الدستور الاردني، بحث منشور في المجلة الاردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد (10) العدد (4)، 2018، ص 203 وما بعدها.
- 9 - د. الحموري، محمد، مرجع سابق، ص 439.
- 10 - المادة رقم (2) من قانون المطبوعات والنشر رقم قانون المطبوعات والنشر وتعديلاته رقم 8 لسنة 1998، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 4300، تاريخ 1 / 9 / 1998، ص 3162.
- 11 - المادة (3) من قانون المطبوعات والنشر رقم 8 لسنة 1998.
- 12 - المادة (8) من قانون المطبوعات والنشر رقم 8 لسنة 1998.
- 13 - البريزات، موسى، المفوض العام لحقوق الانسان، حرية التعبير في الاردن: التوازن المفقود بين الحرية والامن، جريدة الرأي، تاريخ النشر 3 / 8 / 2015 <http://alrai.com/article/728871.html>
- 14 - محكمة التمييز الأردنية، حكم رقم (2009/1729)، تاريخ 10 / 1 / 2010، منشورات دار العدالة والقانون العربية www.justice-lawhome.com
- 15 - التقرير السنوي الثالث عشر لحالة حقوق الانسان في الاردن لعام 2016، المركز الوطني لحقوق الانسان، ص 69.
- 16 - المصدر السابق، ص 99.
- 17 - المنشور في الجريدة الرسمية العدد 5343، تاريخ 1 / 6 / 2015، ص 5614.
- 18 - التقرير السنوي الثالث عشر لحالة حقوق الانسان في الاردن لعام 2016، المركز الوطني لحقوق الانسان، ص 68.
- 19 - المصدر السابق، ص 70.
- 20 - نشر قانون الاتصالات في الجريدة الرسمية، العدد 4072، تاريخ 1/10/1995، ص 2939.
- 21 - المصدر السابق، ص 72.
- 22 - كندي، محمد شعاب محمد، دور القضاء الاداري في حماية الحريات والحقوق العامة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة المنصورة، 2014، ص 140.
- 23 - حكم المحكمة الدستورية العليا، تاريخ 3 / 2 / 1996، ق رقم 2، س 16 قضائية دستورية، الجزء السادس، ص 470.
- 24 - محكمة القضاء الاداري، الدعوى رقم 7626 لسنة 52 قضائية، المحكمة الدستورية العليا، الحكم الصادر في القضية رقم 25 لسنة 22 قضائية " دستورية " بجلسة 5 / 5 / 2001. مشار اليهما لدى اللقائي، احمد علي، دور قضاء مجلس الدولة في حماية الحقوق الدستورية، دراسة تحليلية من خلال التطبيقات القضائية، 2015، ص 150.
- 25 - سقف الحيط، عزام عادل، جرائم الدم والقذح والتحقير المرتكبة عبر الوسائط الالكترونية (شبكة الانترنت وشبكة الهواتف النقالة وعبر الوسائط التقليدية والالية والمطبوعات) دراسة قانونية مقارنة، الطبعة الاولى، دار الثقافة، عمان، 2011، ص 124.
- 26 - جاء في القرار التفسيري رقم (8) لسنة 2015 " من استعراض النصوص السابقة يتبين لنا ما يلي:- 1. إنّ قانون المطبوعات والنشر رقم (8) لسنة 1998 وفيما يخص الجرائم المقرّفة من خلال المطبوعات الدورية والصحيفة اليومية المطبوعة أو غير المطبوعة والمطبوعة الالكترونية والمتخصصة ونشرة وكالة الأنباء هو قانون عام وأنّ المشرع اشترط في كل هذه المطبوعات أن تكون جهات النشر مسجلة ومرخصة وأعطى المطبوعة الالكترونية خيار التسجيل وفقاً لما جاء في قرار الديوان الخاص رقم (2) لسنة 2012. 2. إن قانون الجرائم الالكترونية رقم (27) لسنة 2015 نفذ بتاريخ 2015/6/1 هو قانون خاص فيما يتعلق بالجرائم المقرّفة وفقاً للنصوص المستحدثة فيه. 3. ولما كانت القواعد القانونية تستلزم الإشارة للفعل بوصفه جرمًا يعاقب عليه القانون مما يجب معه الوقوف على النص المنظم لهذه الجريمة، وبما أن قانون الجرائم الالكترونية هو قانون خاص أعاد تنظيم بعض الأحكام المتعلقة بجرائم الدم والقذح فإنّ هذا القانون هو الذي يسري عليها وفقاً لأحكام المادة 11 منه وبدلالة المادة 57/2 من قانون العقوبات والتي نصت على "أنه إذا انطبق على الفعل وصف عام ووصف خاص أخذ بالوصف الخاص". وعليه وتأسيساً على ما تقدم نقرر أنّ جرائم الدم والقذح المرتكبة أو المقرّفة خلافاً لأحكام المادة (11) من قانون الجرائم الالكترونية من خلال المواقع الالكترونية ومواقع التواصل الاجتماعي تسري عليها هذه المادة والمادة (114) من قانون أصول المحاكمات الجزائية وليس المادتان (42) و(45) من قانون المطبوعات والنشر". المنشور في الجريدة الرسمية تاريخ 16 / 11 / 2015 عدد 5367 صفحة 8991
- 27 - <http://www.raialyoum.com/?p=767405>

- 28 - www.artic19.org
- 29 - جاء في المبدأ 2 / 2 " على وجه الخصوص، على الدول ان تضمن ان الاحكام الدستورية المحلية تحدد بوضوح نطاق القيود المسموح بها على حق حرية التعبير، على ان تحدد هذه القيود بقانون يعرفها بدقة لخدمة مصلحة مشروعة ينص عليها الدستور وان تكون ضرورية في مجتمع ديمقراطي لحماية هذه المصلحة ".
- 30 - هذه القواعد مبنية على نص المادة (3/19) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.
- 31 - يستند هذا المبدأ الى المادة (2/20) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.
- 32 - التقرير السنوي الثالث عشر لحالة حقوق الانسان في الاردن لعام 2016، المركز الوطني لحقوق الانسان، ص 62.
- 33 - المصدر السابق، ص 63.
- 34 - وحدة مكافحة الجرائم الالكترونية، ادارة البحث الجنائي، www.psd.gov.jo، الاحصائية متاحة فقط للتواريخ المذكورة اعلاه
- 35 - المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 4790، تاريخ 2006/11/1، ص 4264.
- 36 - الحكم رقم 1435 لسنة 2017 - محكمة تمييز جزاء، تاريخ 2017 / 7 / 18، قسطاس.
- 37 - الحكم رقم 1366 لسنة 2017 - محكمة تمييز جزاء، تاريخ 2017 / 6 / 29، قسطاس.
- 38 - حكم رقم 562 لسنة 2015 - محكمة تمييز جزاء، تاريخ 2015/4/15، قسطاس.
- 39 - http://www.bbc.com/arabic/middleeast/2014/11/141120_jordan_brotherhood_arrest
- 40 - <http://www.alsafernews.com/12f/38118>
- 41 - Human Rights Watch ، التقرير العالمي 2016، <https://www.hrw.org/ar/world-report/2016/country-chapters/285708>
- 42 - البريزات، موسى، المفوض العام لحقوق الانسان، حرية التعبير في الاردن: التوازن المفقود بين الحرية والامن، جريدة الرأي، تاريخ النشر 3 / 8 / 2015
- 43 - التقرير السنوي الثالث عشر لحالة حقوق الانسان في الاردن لعام 2016، المركز الوطني لحقوق الانسان، ص 62
- 44 - المصدر السابق، ص 63.
- 45 - رشماوي، مرفت، الحق في حرية الرأي والتعبير، مجلة موارد، عدد 16 منظمة العفو الدولية، برنامج الشرق الاوسط وشمال افريقيا، 2011، ص 20.
- 46 - المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 1429، تاريخ 1959 / 7 / 1، ص 529.
- 47 - قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 وتعديلاته، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 1487، تاريخ 1960/5/1، ص 374.
- 48 - يعرف الضبط الاداري بأنه " مجموعة القيود والضوابط التي تفرضها هيئات الضبط الإداري على حريات ونشاطات الافراد بهدف حماية النظام العام".
- د. شطناوي، علي خطار، الوجيز في القانون الاداري، الطبعة الاولى، دار وائل للنشر، عمان، 2003، 348.
- 49 - يتحقق الضبط التشريعي عندما تتدخل السلطة التشريعية بموجب ما قد تصدره من قوانين تهدف إلى تحقيق أغراض الضبط المتفق عليها، كالقوانين المتعلقة بحرية الصحافة أو حرية التجارة ، وعندما تضع بعض القيود على ممارستها. د. القبيلات، حمدي، القانون الاداري، الجزء الاول، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر، عمان، 2010، ص 218.
- 50 - المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 1173، تاريخ 1954 / 3 / 1، ص 141.
- 51 - التقرير السنوي الثالث عشر لحالة حقوق الانسان في الاردن لعام 2016، المركز الوطني لحقوق الانسان، ص 72.
- 52 - المصدر السابق، ص 65.
- 53 - المصدر السابق، ص 63.
- 54 - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 42 لسنة 16 قضائية دستورية بتاريخ 1995 / 5 / 20.
- 55 - د. القبيلات، حمدي، الوجيز في القضاء الاداري، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر، عمان، 2018، ص 67.
- 56 - د. ال ياسين، محمد علي، القانون الإداري، الطبعة الأولى، المكتبة الحديثة للطباعة والنشر، بيروت، بلا سنة نشر، ص 149.
- 57 - محكمة العدل العليا، قرارها رقم 83/13، مجلة نقابة المحامين لسنة 1983، ص 649.
- 58 - صحيفة الغد الاردنية بتاريخ 12 / 11 / 2017، <http://alghad.com/articles/1933232>

59 - التقرير السنوي الثاني عشر لحالة حقوق الانسان في الاردن لعام 2015، المركز الوطني لحقوق الانسان، ص 93.

60 - المصدر السابق، ص 93.

61 - <http://anhri.net/%D8%AA%D9%82%D8%B1%D9%8A%D8%B1-%D8%A7%D9%88%D8%B6%D8%A7%D8%B9-%D8%AD%D8%B1%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B1%D8%A3%D9%8A-%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B9%D8%A8%D9%8A%D8%B1-%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D8%B9>

62 - المحكمة الدستورية العليا بمصر، القضية رقم 42 لسنة 1995.

63 - المحكمة الدستورية بمصر، القضية رقم 17 لسنة 1995.

دور جامعة الدول العربية في تحسين العلاقات العربية الإفريقية

د. عياد على عمار الأسود - جامعة الزاوية ليبيا

ملخص:

نسعى في هذه البحث إلى القاء الضوء على دور جامعة الدول العربية في تحسين العلاقات العربية الإفريقية، مما يجدر بنا دراسة سياسة جامعة الدول العربية كمنظمة إقليمية عربية لدعم دول القارة الإفريقية ولا يمكن تناول هذا الدور دون التطرق إلى جذور العلاقات العربية الإفريقية، وخاصة تلك المتعلقة بالمعابر الرئيسية التي انتقلت عن طريقها المؤتمرات العربية والإسلامية إلى القارة الإفريقية، التي لعبت دوراً في تعزيز الروابط الثقافية والاقتصادية، وفي إمداد شعوب القارة الإفريقية بدماء جديدة نتيجة الهجرة العربية التي اتخذت من تلك المعابر طريقها إلى أواسط القارة الإفريقية ودواخلها، وتتمثل هذه المعابر في منافذ رئيسية هي، الساحل الشرقي لا إفريقيا الذي أسهم في توثيق الروابط الاقتصادية والسياسية بين الشعوب العربية من ناحية، وشعوب القارة الإفريقية من ناحية أخرى، كما شكلت مصر والدولة الغربية في شمال أفريقيا منفذاً هاماً من المنافذ الحضارية التي أثرت بدورها على الشعوب الإفريقية، وفضلاً عن ذلك فقد ترتب على توغل العرب واندماجهم في الشعوب الإفريقية ظهور جنس يجمع الكثير من الصفات العربية والإفريقية، كما نشأت حضارة عربية إسلامية لها طابع إفريقي، وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى أن العرب لم يفرضوا على الإفريقيين ثقافتهم وإنما حافظوا على الثقافات الإفريقية، ويؤكد تلك الحقيقة بقاء اللغات العربية التي احتفظت بمركزها كلغة للثقافة والتعامل، ولا ينفي ذلك أن الكثير من المفردات العربية دخلت اللغات واللهجات الإفريقية، وكما أن هذه اللغات دونت بالحرف العربي فإن هذا التداخل إنما يعطي دليلاً على التفاعل والامتزاج الثقافي.

وكما تجدر الإشارة أيضاً إلى أن حركات الاستقلال والتحرر في العالم العربي كانت أسبق من

حركات التحرر والاستقلال في القارة الإفريقية،

Summary:

In this research, we seek to shed light on the role of the Arab League in improving Arab-African relations, which is why we should study the policy of the Arab League as a regional Arab organization to support the Countries of the African

Continent and cannot address this role without addressing the roots of Arab-African relations, especially those related to the main crossings through which Arab and Islamic conferences moved to the African continent, which played a role in strengthening cultural and economic ties, and in providing the peoples of the African continent with new blood as a result of arab migration. From those crossings their way to the middle of the African continent and its borders, these crossings are the main ports, the east coast and not Africa, which contributed to the strengthening of economic and political ties between the Arab peoples on the one hand, and the peoples of the African continent on the other, as Egypt and the Western state in North Africa formed an important outlet of civilization, which in turn affected the African peoples, and moreover, the incursion of Arabs and their integration into the African peoples has resulted in the emergence of a race that combines many Arab qualities. It is also important to note that the united nations is the only country in the world that has been able to achieve the goal of a world free of nuclear war. It should also be noted that the independence and emancipation movements in the Arab world were earlier than those, of liberation and independence on the African continent

مقدمة

إن الجذور التاريخية للعلاقات بين أفريقيا والعالم العربي تعود لأكثر من ألفي عام قبل ميلاد المسيح عليه السلام، ولكن المؤرخون لا يتفقون على تحديد واحد ودقيق لبدء هذه العلاقات، ومما يعكس عراقية وعمق الصلة بين العرب والأفارقة وشدة التشابه العرقي واللغوي والثقافي بين الشعوب الناطقة باللغات الحامية أو الكوشية والشعوب الناطقة باللغات السامية كالعرب والأمهري والتقري هذا التشابه جعل بعض الباحثين يرجحون أن هاتين المجموعتين قد عاشتا في موقع واحد، أو ربما تنتميان في أصولهما البعيدة إلى شعب واحد.

تنتشر المجموعة الناطقة باللغات الحامية على السواحل الشرقية والشمالية لأفريقيا، وتتكون من الصوماليين والجالا والغفار وبعض الإرتيريين والبجة والنوبيين، ويشمل بعض هذه اللغات قدراً من الكلمات العربية غير يسير وتؤكد هذه الصلات العرقية واللغوية التي كانت دارجة بين سكان جزيرة العرب وسواحل أفريقيا الشرقية أن تبادل التأثير الثقافي بين المجموعتين ذو جذور عميقة¹، ويمكننا القول إن الاتصالات بين الجنوب العربي والشرقي الإفريقي تشكل بداية نشأة العلاقات العربية والإفريقية، وقد شهدت هذه

الاتصالات قفزة جديدة في بداية القرن السابع الميلادي أي بعد نزول الوحي على سيد الخلق سيدنا محمد بن عبد الله عليه الصلاة والسلام، وكان الرسول الكريم قد أشار على أتباعه باللجوء إلى الملك النجاشي ملك الحبشة عندما أشد الظلم الواقع عليهم من أهل مكة. وبعد خضوع الدول العربية للدين الجديد، دخل الإسلام إلى أفريقيا في القرن الحادي عشر عن طريق عدة اتجاهات وهي غرب ووسط أفريقيا والسواحل الشرقية، الأمر الذي ترتب عليه اعتناق شعوب جنوب الصحراء الإفريقية الإسلام² وهذا من الضروري التأكيد على أن بداية تقدم العلاقات العربية الإفريقية المعاصرة قد جاء مع قيام الثورة المصرية في 23 يوليو من عام 1952م، والتي ساندت الدول الإفريقية في نضالها الحر ضد المستعمرين.

والمعروف أن علاقة العرب بأفريقيا هي علاقة حضارية، فاللغة العربية هي أكبر اللغات المكتوبة وأغناها وأقدمها في أفريقيا، وأن العقيدة الإسلامية التي تجمعهم مع العرب هي العقيدة السائدة فيها. وقد ظل الفكر الإسلامي والحضارة الإسلامية هما طابع الحياة في القارة الإفريقية متمثلة في دولها ومدنها واقتصادها وحياتها الثقافية حتى جاءت هجمة الاستعمار التي بلغت ذروتها في القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين³، وقد خلق العرب في أفريقيا حضارة لها مكانتها بين الحضارات التي عرفها تاريخ الإنسانية ولم تكن حضارتهم داخل حدود سياسية بل تخطت الحدود إلى إرجاء القارة الإفريقية، فانتشر الإسلام عابراً الصحراء ولولا عوائق مصطنعة في طريقه لوصل الانتشار، ومع انتشار الإسلام ورواج التجارة، انتشرت اللغة العربية ودخلت ألفاظها إلى اللغتين الكبيرتين في أفريقيا وهما الهوسا في الغرب والسواحيلي في الشرق، فأصبح نحو 30% من ألفاظهما من أصول عربية والأكثر من ذلك كتبت كل اللغات الإفريقية بالحرف العربي ولا يزال التراث الإفريقي الضخم شاهداً على ذلك⁴، وعن تاريخ بدء العلاقات العربية الإفريقية يقول المؤرخ الكاميروني عبدا لعزیز جالوا "أنها تعود إلى القرن الخامس أو السادس ق.م"، بينما يشير يوسف فضل حسن إلى "أنها بدأت في القرن العاشر ق.م، وهو ما أكده محمد أحمد خلف الله، فيما ذهب المؤرخ السنغالي الشيخ عنتا جوب إلى "أن هذه العلاقات تعود إلى عهد الفراعنة في مصر القديمة وكانوا أنفسهم من السود ولعبوا دوراً هاماً في التقارب بين الشرق الإفريقي والجنوب العربي"⁵.

مشكلة الدراسة:

تتمثل المشكلة البحثية في كون العلاقات العربية الإفريقية رغم أنها علاقات ذات طابع خاص ومهمة للجانبين، فإن جامعة الدول العربية قد لعبت دوراً مهماً في تحسين تلك العلاقات وهنا يبرز التساؤل الرئيسي الكبير حول ماهية دور جامعة الدول العربية في دعم العلاقات العربية الإفريقية، ومن ثم سعت الدراسة للإجابة على عدد من التساؤلات الفرعية ذات الصلة بالموضوع، وهي على النحو التالي:

1- ماهية العلاقات العربية الإفريقية؟

2- هل قامت جامعة الدول العربية كمنظمة عربية إقليمية بدورها في تفعيل العلاقات العربية الإفريقية وتحسينها؟

3- ما هي أهم التحديات المتعلقة بتحسين العلاقات العربية الإفريقية؟

4- كيف يمكن لجامعة الدول العربية تفعيل العلاقات العربية الإفريقية؟

أهمية الدراسة:

تتبع أهمية الدراسة من كونها تتناول موضوعاً من الموضوعات التي لم تحظى باهتمام ملموس من الباحثين وهو دور جامعة الدول العربية في دعم العلاقات العربية الإفريقية، وتوضح أهمية هذه الدراسة من خلال دراسة مايلي:

1- جذور العلاقات العربية الإفريقية فإنها تهدف إلى إبراز دور الإسلام في توثيق العلاقات والروابط العربية الإفريقية، والتي توطدت عن طريق التجار المسلمين، وكان اعتناق الكثير من الشعوب الإفريقية للدين الإسلامي إحدى الركائز الأساسية التي دفعت العلاقات العربية الإفريقية خطوات إلى الإمام.

2- الدور الذي تقوم به جامعة الدول العربية على صعيد تطوير العلاقات العربية الإفريقية وتنسيق آليات التعاون والتضامن الثنائي بين الدول العربية والدول الإفريقية سواء كان هذا التعاون على المستوى السياسي من خلال إبرام الاتفاقيات السياسية والدبلوماسية أو على المستوى

الاقتصادي ويكون ذلك من خلال إبرام اتفاقات تعاون اقتصادي وتفعيل صناديق المعونة الفنية وإقامة مشروعات عربية إفريقية مشتركة.

3- تسليط الضوء على أهم التحديات التي يمكن أن تواجه جامعة الدول العربية في مهمتها نحو تدعيم العلاقات العربية الإفريقية، وسبل مواجهتها والسعي جدياً لتطوير هذه العلاقات وتحييد الروابط بين الدول العربية والإفريقية.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى ما يلي:

- 1- دراسة وتحليل دور جامعة الدول العربية في تحسين وتفعيل العلاقات العربية الإفريقية منذ نشأتها في عام 1945م، والذي بدأ من خلال دعمها لحركات التحرر الإفريقية والوقوف إلى جانب العديد من الشعوب الإفريقية في سبيل تحقيق استقلالها
- 2- إبراز دور الإسلام في توثيق العلاقات والروابط العربية الإفريقية.
- 3- الدور الذي تقوم به جامعة الدول العربية على صعيد تطوير العلاقات العربية الإفريقية وتنسيق آليات التعاون، والتضامن الثنائي بين الدول العربية والدول الإفريقية.

منهجية الدراسة:

المناهج التي استخدمه في هذا البحث المنهج التاريخي وسيستفيد الباحث من المنهج التاريخي في تتبع وتحليل تاريخ العلاقات العربية الإفريقية، وذلك من خلال دراسة وتحليل الاتصالات بين الشعوب العربية والإفريقية مروراً بنشأة الجامعة في عام 1945 م.

المطلب الأول: العلاقات العربية الإفريقية في عصور ما قبل الإسلام.

من المفيد التأكيد على أن العوامل الجغرافية والتاريخية، قد جعلت من التعاون العربي الإفريقي ضرورة لا غنى عنها، وتعود أهمية العوامل الجغرافية المعنية في هذا الصدد ليس فقط لما قضت به تلك العوامل من تجاور بين العالمين العربي والإفريقي بل ما نتج عن هذا التجاوز من تداخل بل وتلاحم وثيق بين الإقليمين، وخاصة في الأجزاء الشمالية والشرقية من القارة الإفريقية، ومن ثم أصبحت هذه المناطق الواسعة والمهمة

عربية وإفريقية في ذات الوقت، دون أن ينشأ عن ذلك أي تنازع أو تنافر بين المعوقات العربية والإفريقية المنصهرة في حياة شعوبها وسكانها، ويرجع هذا التخالط والانسجام إلى أن كل من العروبة والإفريقية تشكل رابطة حضارية وسياسية⁶، ويذكر أن مصر كانت معبراً رئيسياً إن لم تكن المعبر الرئيسي الأول للهجرات البشرية من بلاد العرب إلى أفريقيا، وأن الآثار المصرية القديمة قد حفلت بأخبار رحلات القوافل التجارية مع أواسط وشرق أفريقيا منذ عهد الفرعون أوسركان وخلفه الفرعون ساجورع الذي حكم من 2553-2539 ق.م.

إذا كانت العلاقات العربية الإفريقية أو بصورة أدق العلاقات المصرية الإفريقية في عصور فراعنة مصر مستمرة لصالح الطرفين، ولم تقتصر على البلاد الواقعة حول نهر النيل بل تعدت ذلك إلى بلاد الصومال وشرق أفريقيا بل وغربها، ومن جانب آخر فقد قامت علاقات اقتصادية قوية بين مصر والحبشة منذ القدم، إذا كانت مصر تحتاج إلى البخور فكانت تستورده من الحبشة، فضلاً عن السلع الأخرى مثل الجلود والعاج والأخشاب⁷، ومن الثابت تاريخياً أن قبائل الجر منت بقزان قد قامت بتوطيد العلاقات التجارية مع شعوب مناطق ما وراء الصحراء وكانت همزة الوصل بين سواحل البحر الأبيض المتوسط وأرض السودان العربي فالنقوش المحفورة على الصخور تؤكد الصلات من خلال طرق العربات في وسط الصحراء من الشمال إلى الجنوب، ولما كانت الجزيرة العربية تواجه شرق وشمال أفريقيا، ولا يفصل بين الجانبين سوى البحر الأحمر، كان من الطبيعي أن يحصل اتصال بين الطرفين، بل أن هجرات عربية اتجهت نحو أفريقيا منذ العصور الأولى من فجر التاريخ عن طريق شبه جزيرة سيناء شمالاً وعن طريق باب المنذب جنوباً، وترجع أسباب هذه الهجرات الأولى هو الجفاف والقحط الذي أصاب الجزيرة العربية في فترات متتالية في تلك العصور، ومما كان يدفع بالناس إلى الهجرة إلى مناطق أكثر غنى، ووفرة في متطلبات العيش، وهكذا انتقلت قبائل عربية بكاملها من الجزيرة العربية لتعيش على الأرض الإفريقية وتستقر على السواحل الشرقية للقارة الإفريقية دون الدخول إلى وسطها، وقد عبرت القبائل العربية مضيق باب المنذب من اليمن إلى شرق أفريقيا، ثم عبرت القارة على طول خطوط العرض حتى استقرت في بلاد ليوريا غربي نيجيريا، وتوغلت جنوباً عن طريق بحر العرب والمحيط الهندي إلى زين جار وشواطئ كينيا، ووصلت على جزر القمر

وهضبة البحيرات ثم إلى خط تقسيم المياه بين نهري النيل والكونغو⁸، ولعل خضوع شبه الجزيرة العربية وبالذات اليمن لحكم الحبش في القرن السادس الميلادي قد أوجد صلات وعلاقات كثيرة لا تزال آثارها موجودة حتى الآن، كما كانت الصلات قديمة ووطيدة بين الساحل الشرقي لأفريقيا والجزيرة العربية والخليج العربي، وذلك لأن العرب كانوا مسيطرين على الملاحة في المحيط الهندي منذ ألف سنة قبل الميلاد وحتى مجيء البرتغاليين في نهاية القرن الخامس عشر الميلادي، وكان العرب أول من أقام علاقات تجارية مع ساحل شرق أفريقيا عبر المحيط الهندي ووصلوا إلى مدغشقر، حتى أن الإغريق والرومان أطلقوا على هذا الساحل شرق أفريقيا حيث أخضعوا المنطقة لنمط حياتهم، كما حدثت بعض الهجرات العربية من منطقة الجنوب العربي "اليمن وحضرموت" إلى شرق أفريقيا في مرحلة سابقة لظهور الإسلام لاسيما بعد انهيار سد مأرب حوالي عام 570م، على أثر سيل العرم الأمر الذي أدى تدهور موارد المنطقة الزراعية والاقتصادية، وقد شهد البحر الأحمر كثرة تنقل السفن العربية على الساحل الشرقي من أفريقيا، الأمر الذي جعل الرحالة الإغريقي بير بلوس صاحب كتاب "الكشاف البحري" في القرن الأول الميلاد ينوه بتلك الصلات القوية التي وصلت إلى مستوي التزاوج والاختلاط العربي وبروز عنصر هجين عربي إفريقي منذ فجر التاريخ⁹، إن الانسجام والاختلاط بين العرب والأفارقة لا بد وأن ينظر إليه من زاوية أن معظم العرب المعاصرين هم أفريقيون، وذلك لأن سكان أفريقيا الشمالية يكونون ما يزيد عن ستين بالمائة (60%) من سكان العالم العربي كله بما في ذلك مهد العروبة الأول في آسيا العربية، وبنفس الطريقة يمكن أن يقال أن ثلث الأفارقة المعاصرين هم عرب، وذلك لأن أهل أفريقيا الشمالية يكونون نحو الثلاثين بالمائة (30%) من مجموع سكان القارة الإفريقية ومهما تكن الزاوية التي ننظر منها إلى الأجزاء الشمالية والشمالية الشرقية من القارة الإفريقية فلاشك أن هذه الأقاليم وسكانها تشكل نقطة التقاء فريدة تتلاحم في إطارها العروبة والإفريقية تلاحماً مادياً وبشرياً وثيقاً، وقد انبثق عن هذا التفاعل الذي وقع بين العوامل الجغرافية والتاريخية التي ربطت العروبة والإفريقية عدة ظواهر حضارية هامة نلمسها اليوم في حياة عدد كبير من المجتمعات الإفريقية المعاصرة والتي من أهمها اللغة والدين ونلمس العلاقات بين العرب والأفارقة في العصر الجاهلي، فقد كان المجتمع العربي الجاهلي يزخر ببعض المجموعات الإفريقية التي استقرت بين العرب

وانصهرت في بودقة القبائل العربية عن طريق الولاء والانتماء الكامل ولا شك أن بعض المجموعات شقت طريقها إلى الجزيرة العربية لعوامل عدة، كالغزو الحبشي لليمن، وكان الأحباش (ويشمل لفظ معظم سكان القرن الإفريقي، والصومال، وبلاد الحبشة، وإريتريا أكثر من وفد الجزيرة العربية قبل الإسلام¹⁰، وقد تمثلت هذه المجموعات الإفريقية التي وفدت من الساحل الإفريقي كان ذلك عن طريق الرق أو الهجرة الاختيارية، وفي الجاهلية نبغ بعض الأفارقة الذين استقروا في جزيرة العرب في قول الشعر مثل عنتره بن شداد، وتعطي حياة عنتره مثلاً حسناً للمعاناة التي يجدها الرقيق قبل أن ينصهروا في المجتمع العربي ويعتبروا جزءاً منه، وهناك من الدراسات ما تشير إلى أن الصلات بين العرب والأفارقة متميزة وهو ما تؤكدته بعثة المكتبة الأهلية المكونة من "جان لكانت" المتخصص في الآثار المصرية وجان دوريس المتخصص في التاريخ القبطي على:

1- تمثال حجري لملك ذي ملامح شرقية يلبس رداء ويجلس على كرسي وعند قدميه كتابات باللغة العربية الجنوبية.

2- وفي مواجهة المكان الذي وجد فيه التمثال يوجد مذبح من الحجري الجيري الصلب يحمل كتابات سبئية على جانبيه وعلى واجهته، وتدل هذه الآثار بما عليها من نقوش أنها تعود إلى القرن الخامس قبل الميلاد، وتدل في الوقت ذاته على أن الملك كان يحكم الشرق الإفريقي والجنوب العربي في آن واحد؛ ومن الأهمية بمكان التأكيد على أن العرب قد عرفوا جيرانهم الأفارقة من خلال الهجرات والقوافل التجارية وقاومت اللغة العربية وهي لغة العرب، تأثير عدة لهجات إفريقية، فقد ظلت هي اللغة المسيطرة والخالدة التي نزل بها القرآن.

ومنذ عهد سبقت الإسلام، عرف العرب الطرق التي كانت تقودهم إلى أفريقيا لممارسة التجارة وللإقامة فيها وللتزاوج مع الإفريقيين، وتحدث جميع الكتب السماوية في عدة مواضع عن الهجرات العربية من أصل سام قادمة من الجزيرة العربية وفلسطين وما بين النهرين إلى شمال شرق أفريقيا أي إلى مصر والرق نفسه من خلال عدة طرق أشهرها الطريق البحري إلى الشاطئ الشرقي من أفريقيا والطريق البري عن طريق صحراء سيناء ومن فلسطين والجزيرة العربية إلى مصر وليبيا ومن

الجنوب إلى السودان وإلى شرق أفريقيا أو غربها في ذات الوقت، ويرى الباحث أن القوافل التجارية العربية هي التي رافقت النبيين إبراهيم ويوسف عليهما السلام وأخوة يوسف وقادتهم هذه القوافل في عبر سيناء إلى أفريقيا وهذا المعبر هو نفسه الذي يعتبر حتى الآن طريق الاتصال الثابت بين أفريقيا وآسيا أو بين العرب في الشرق والمصريين والإفريقيين بصفة عامة¹¹، و قد كانت الطرق البحرية في الشمال هي الأخرى معابر للاتصال بين العرب في الجزيرة العربية وبين الإفريقيين في الساحل الشرقي حيث استمرت الهجرات من الجزيرة العربية ومن فلسطين إلى شمال شرقي أفريقيا وإلى مصر بسبب الجذب والقحط اللذان تعرضت لهما هذه المناطق بفعل الجفاف، وفي هذه الخصوص.

أكد الكاتب أحمد سوسا قدم الاتصالات بين العرب والأفارقة في كتابه "العرب واليهود في التاريخ" حيث قال: "ولقد أوضح علماء الآثار بأن الهجرات من الجزيرة العربية لم تتوقف فقط في سوريا وفلسطين والعراق بل تعدتها لتصل إلى مصر، حيث لوحظ بأن بعض المهاجرين تركوا الجزيرة العربية إلى وادي النيل¹²، و من هنا توجه المهاجرون العرب إلى الشرق والغرب وإلى أماكن أخرى في أفريقيا حيث استقروا في حوالي القرن الخامس ق.م. وقد وصلت هذه المجموعات عن طريق السويس في الشمال ومن جنوب الجزيرة عن طريق أرخبيل باب المندب وحملوا معهم حضارتهم القديمة وامتزجوا مع الحضارات الموجودة على أرض المهجر.

وتعد هذه الاتصالات بمثابة برهان قوى على وجود علاقات قديمة بين العرب والأفارقة منذ تلك الفترات المبكرة من التاريخ، و ليس هناك من خلاف حول أن العلاقات العربية الإفريقية قديمة للغاية وأن للعرب في أفريقيا تاريخ مضي أشار إليه رحالة إغريقيون في القرن الأول الميلادي عندما لوحظ كثرة السفن العربية على الساحل الشرقي لأفريقيا وتزواج العرب من الأفارقة.

وكانت السفن العربية تأتي إلى أفريقيا محملة بالحناجر والرماح والزجاج وعند إقلاعها من الساحل الشرقي تكون محملة بالعاج وقرن الخريت وجلود السلحفاة، ولم يكن اتصال العرب بأفريقيا مقصوداً على ساحلها الشرقي وظهيرة بل كان الاتصال عن طريق سيناء أو المدخل الشمالي الشرقي لأفريقيا¹³، وهكذا شهدت العصور الأولى من فجر التاريخ شعوباً عربية تنطلق من قلب شبه

جزيرة العرب في اتجاهات مختلفة ومنها أفريقيا، وأولئك كانوا شعوباً وقبائل سامية تتفرع من أصل واحد ترد نسبته إلى سام بن نوح ويتكلمون لغات نبتت من معين واحد، ولم يكن لقبيلة أن تؤثر نفسها وكلها من أصل واحد بصفة العروبة، ولم يكن معنى العروبة قد نبت بعد إلى الوجود، فلما جاء الإسلام عمل القرآن على توحيد اللسان وأصبح اللسان العربي بلهجة قريش، وعملية الانتشار من شبه جزيرة العرب أمر طبيعي حيث حياة الانتقال والبداءة إلى المناطق الأكثر غنا خاصة في فترات القحط والجذب الذي يصيب البادية أحيانا لسنوات متتالية، ويربط بعض الباحثين هذه التدفقات بالتقلبات المناخية وبصفة خاصة الجفاف الذي يصيب البادية¹⁴، ويربط الباحثون بين العلاقات العربية مع جنوب الصحراء في العصور القديمة بالأحوال الطبيعية والسياسية والدينية، ففي الفترات السخية بأقطارها في شمال شبه الجزيرة العربية تستقر الأحوال وتنظم التجارة المصرية معها، أما في فترات الجفاف حين تضطرب الأحوال ويظهر قطاع الطرق، تصبح التجارة معها مستحيلة وفي كثير من الأحوال ارتبط الجفاف بإغراء البدو على غزو مصر وخاصة من شماليها وتحسبا لمثل هذا الغزو ويتمركز الحكام الوطنيون في الجنوب حول طيبة (ثنية قنا) وتشدت علاقتها بحكم الموقع الجغرافي حول المدخل الجنوبي للبحر الأحمر سواء في جنوبي شبه الجزيرة العرب أو على الجانب المقابل من الصومال، كذلك كان لقوة طيبة في فترات ضعف مصر شمالاً أثره في زيادة الطلب على البخور اللازم للطقوس الدينية، وهكذا كلما اشتد الخطر في الشمال ازدادت العلاقات مع الجنوب ليعيشا في هدوء بدلاً من الغارات وقد بلغت أزمة المناخ التي شاهدها شبه جزيرة العرب قبل الإسلام ذروتها في القرن السادس ق.م.¹⁵

المطلب الثاني: المعابر والطرق الرئيسية التي اتخذتها الهجرات العربية إلى إفريقيا

أولاً: عبر سيناء

تعد سيناء معبراً بين جنوب غربي آسيا وأفريقيا وكانت أحد الطريقيين اللذين كانت تأتي منهما الهجرات العربية إلى أفريقيا وقد اتبعت الهجرات والحملات التي عبرت سيناء إلى مصر إقليم الساحل الشمالي باعتبارها أوفرها مطراً، كما ساعدت الكثبان الرملية على الاحتفاظ بماء المطر وسهلت من الحصول

عليه على عمق بسيط، من هنا جاء عني منطقة الكثبان الرملية بالماء نسبياً وتعظم عذوبة هذا الماء كلما جاوزنا العريش شرقاً إلى رفح¹⁶.

ثانياً: عبر البحر الأحمر

لم يكن البحر الأحمر يمثل عقبة أمام الاتصال بين العرب وأفريقيا، ولم يكن عبوره في أي جزء من أجزائه أمراً صعباً، وقد كانت بلد اليمن وما يليها إلى الجنوب والشمال مصدراً لهجرات عديدة أثرت تأثيراً بالغاً في هضبة الحبشة وأعلى النيل الأزرق والعطرية واريتريا وسواحل السودان الشرقية، وكانت المؤتمرات السامية تدفق من الجزء الجنوبي لجزيرة العرب أكثر من تدفقها من وسطه وذلك لكثرة سكان اليمن وبراعة السكان في الملاحة، وليس معنى ذلك إن إقليم الحجاز لم يتصل اتصالاً مباشراً بالجانب الإفريقي المقابل بل أن هذا الاتصال قد حدث وعظم بعد ظهور الإسلام كمعبر قريب من الأراضي المقدسة، والمعروف تاريخياً أيضاً أن عرب اليمن قد هاجروا إلى هضبة الحبشة ونشروا فيها الثقافة العربية، وقد كانت نقطة الانطلاق في أثيوبيا تتصل اتصالاً بجنوب الجزيرة العربية، إذا تدفق الساميون من هناك غزاة أحيانا وتجارا أحيانا على جبال أثيوبيا المنيعه وسهولها الواسعة وطوروا مع الوقت حضارة أثيوبية وأضافوا عليها من حضارتهم سمات كثيرة.

ثالثاً : عبر الصحراء الكبرى

الهجرات العربية إلى أفريقيا لم تفقد الصحراء الكبرى خصوبتها وماءها إلا في الأربعة آلاف سنة الأولى قبل الميلاد حيث نضبت مياهها قليلاً عبر الأيام مما جعلها تأخذ صورتها الحالية، وأصبحت فاصلاً بين الشمال والجنوبي وإذا كانت أفريقيا جنوب الصحراء ظلت مظلمة حتى القرن التاسع عشر الميلادي في نظر الأوربيين، فلم يكن الحالة كذلك بالنسبة لسكان أفريقيا الشمالية أو عرب شبه الجزيرة العربي فلم تكن القطيعة كاملة بل كان هناك اختراق لهذه الصحراء من مواضع عدة فقد تم اختراقها في شرقها عن طريق وادي بالنيل إلى الإقليم السوداني وما وراءه وكان هناك عبور لها في ليبيا ومن المغرب الكبير إلى النيجر إلى السنغال، أما تطويقها فقد تم عن طريق اتصالات عرب الجزيرة العربية بالقرن الإفريقي والساحل الشرقي لأفريقيا¹⁷.

رابعاً: عبر وادي النيل

تشير الوثائق التاريخية المصرية القديمة إلى كثرة القوافل التجارية التي كانت تسير بين مصر والسودان وهي قوافل السير جنوباً في إنشاء الدولة الوسطى حتى كرمه، وهناك ما يؤكد وصول مثل هذه القوافل التجارية المستمرة إلى كردفنا وحدود أثيوبيا وشمال منطقة السدود في الجنوب وهذا كانت مصر وتجارها منذ أكثر من 3000 عام قبل الميلاد تتوغل بطريق النوبة إما إلى غربي السودان أو إلى بحر الغزال، يبدو أن أول اتصالات خارجية ذات شأن مع أفريقيا جنوب الصحراء كانت في أوائل الأسرة الخامسة أو أواسطها، ومما سبق ذكره، نرى أن تاريخ العلاقات العربية الإفريقية قد أمتد إلى قرون عديدة، وقد تأثرت هذه العلاقات بعوامل عديدة منها العوامل الاقتصادية والجغرافية والثقافية، إلا أن الأمر الجديد بالإشارة هو أن تلك العلاقات قد اكتسبت بظهور الإسلام خصائص وأبعاد جديدة أحدثت تغييراً شاملاً في حياة المجتمعات الإفريقية التي اعتنقت الدين الجديد، وقد أدى إلى أن تتجه العلاقات العربية الإفريقية إلى آفاق حضارية مزدهرة شملت النواحي الاقتصادية والثقافية والاجتماعية والسياسية، وقد استعربت بعض الشعوب الإفريقية، إلا أن استغرابها وتقبلها للإسلام لا ينفي أصالتها الحضارية أو مدينتها القديمة السابقة للإسلام، كما أنه لا يتناقض مع هذه الأصول، وبل أن هذه الأصول تصبح بعد العروبة والإسلام روافد لها ومصادر قوة حضارية لا يمكن الإقلال من شأنها¹⁸.

المطلب الثالث: تطور العلاقات العربية الأفريقية

بداية يمكننا القول بأن القارة السمراء قد دخلت مرحلة جديدة من مراحل التحول والتطور اختلفت كثيراً عما سبقها من مراحل عبر التاريخ الإفريقي وذلك على أثر نجاح البرتغاليين في اكتشاف طريق رأس الرجاء الصالح والسيطرة على السواحل الأفريقية وما أعقب ذلك من دخول قوي أوروبية جديدة نازعت البرتغاليين سيادتهم أو نافستهم في عمليات الاستغلال لسنوات طويلة دامت عدة قرون وخاصة الفترة الممتدة من بداية القرن السادس عشر وحتى بدايات القرن التاسع عشر وهي الفترة التي تلاها دخول أفريقيا منعطف جديد من التنافس الاستعماري على أراضيها وثرواتها.

ولعل من المفيد التأكيد على أن العلاقات العربية الإفريقية قد تأثرت بما يمكن أن نسميه فترة المد الاستعماري الإمبريالي في القارة الإفريقية فقد اتسمت هذه الفترة بالانكماش والركود في العلاقات بين الطرفين، وهذا يرجع إلى السياسة الاستعمارية التي رأت من مصلحتها ألا يكون هناك علاقات أو اتصالات بين الدول الإفريقية وغيرها من الدول العربية والإسلامية حتى يتم تقسيم أوضاعها واكتمال السيطرة والاستحواذ على الأراضي الإفريقية، وعلى النقيض كانت الفترة السابقة على دخول الدول الاستعمارية أفريقيا من أكثر الفترات ازدهاراً في تاريخ العلاقات العربية الإفريقية إذ انتقلت المؤثرات العربية إلى القارة وتكونت حضارة عربية إفريقية واضحة المعالم، وأسلفنا في المبحث السابق أن هناك ثلاثة منافذ كان لها دورها في تعميق العلاقات العربية الإفريقية، وهي ساحل شرق أفريقيا ووادي النيل ثم مدن وموانئ الشمال الإفريقي حيث ساهمت الثلاثة في فترات ما قبل الاستعمار في نقل المؤثرات الحضارية والفكرية والاقتصادية إلى شعوب القارة السمراء، ولعل هذا ما يؤكد أن الحضارة العربية الإفريقية مدى قوتها وضعفها كانت تخضع بالضرورة إلى الظروف التاريخية التي كانت تمر بها المنافذ الرئيسية سالفة البيان بمعنى آخر أن حالات الازدهار والتخلف التي كانت تمر بها تلك المنافذ كانت تؤثر تأثيراً فعالاً على الأوضاع الداخلية في القارة الإفريقية، ومن ثم على العلاقات العربية الإفريقية إذا كان المؤرخون يعتبرون القرن التاسع عشر عصر اليقظة والتحديث في الوطن العربي فيمكن أن نعتبره كذلك بالنسبة للقارة الإفريقية ورغم محاولات التجديد وحالة اليقظة إلا أن العالم العربي لم يستطع من السيطرة الاستعمارية التي استشرت خلال القرن التاسع عشر والحال كذلك بالنسبة للقارة الإفريقية، والجدير بالذكر أن البرتغاليين هم أول من نزل إلى السواحل الإفريقية، مستعمرين للأرض الإفريقية في فترة كانت من أزهى الفترات التاريخية وأكثرها تفوقاً وتقدماً بل أن البرتغاليين أنفسهم قد اعترفوا بما ترتب على العلاقات العربية الإفريقية في سواحل شرق القارة من حضارة زاهرة وكانت إشادة الرحالة البرتغالي فاسكو دي جاما بهذه الحضارة خير شاهد على تقدمها وتميزها، ولم يكن فاسكو دي جاما وحده الذي انبهر بهذه الحضارة بل أن جموع البرتغاليين الذين وفدوا إلى القارة أعجبوا بما شاهدوه من مدن ومجتمعات محتضرة، وإذا كانت تلك هي الصورة التي رسمها الرحالة البرتغاليون فهذا يستلزم الإشارة إلى بعض المصادر الأوروبية التي تذهب إلى التهوين من دور العرب في الحضارة في شرق القارة الإفريقية

وتؤكد أن التجارة كانت هي الدافع الرئيسي من اتصال العرب بشرق أفريقيا أما الدوافع الأخرى الحضارية والإنسانية فلم يهتم بها العرب وإن كان الواقع يؤكد أن التجارة أو بالأحرى عمليات الاستغلال ونهب الثروات قد ارتبطت بالمستعمرين الأوروبيين خلال الفترة من القرن السادس عشر وحتى القرن التاسع عشر وقد كان هدفهم المعلن هو إدخال الحضارة الأوروبية إلى القارة بينما هم في حقيقة الأمر قد اعتمدوا على العرب في استكشاف القارة والتعرف على المناطق المختلفة بها كما اعتمدوا على المراكز التجارية التي أقامها العرب في عملياتهم الكشفية¹⁹، وعلى الرغم من أن حركة الكشوف البحرية البرتغالية وما ترتب عليها من كشف طريق رأس الرجاء الصالح كانت تعد انجازاً علمياً وجغرافياً بدرجة كبيرة إلا أن أسلوب البرتغاليين المتعسف ونزعتهم الاحتكارية وطريقتهم في الحكم قد تركت آثارها السيئة في مجال العلاقات العربية الإفريقية بشكل مباشر أو غير مباشر في شرق وغرب القارة ففي الشمال ضعفت منطقة البحر المتوسط حضارياً واقتصادياً نتيجة تحول مركز الثقل الحضاري والاقتصادي إلى سواحل المحيط الأطلسي في غرب أوروبا، أما في الشرق فقد تأثر بذلك الاصطدام العنيف الذي حدث بين البرتغاليين وبين المراكز التجارية والمدن والإمارات التي أسسها العرب قبل عدة قرون من قدوم الغزو البرتغالي²⁰، وقد عانت القوى العربية التي كانت تعيش في أطراف العالم العربي من الغزو البرتغالي خاصة في سواحل الخليج والجزيرة العربية فقد استهدف البرتغاليون من سيطرتهم على هذه السواحل التحكم في الطرق البحرية والتجارية لعملياتهم الاحتكارية، وقد استمرت سيطرتهم على هذه المناطق قرابة قرن ونصف قرن من الزمان حتى تعرضت الإمبراطورية البرتغالية لعوامل الضعف والانهيار بسبب وفود قوى أوروبية جديدة نازعتها السيادة والسيطرة وكذا خضوعها للاستعمار الإسباني ناهيك عن ثورة الأهالي ضد الأسلوب البرتغالي المتعسف في الحكم والإدارة، وقد ساعدت الظروف سالفه البيان على ظهور دولة عربية قوية في الجزء الجنوبي الغربي من الخليج العربي وهي دولة اليعاربة في عمان (1624-1741) التي تولت مسؤولية الكفاح العربي ضد البرتغاليين وقد نجح العمانيون في إخضاع أقوى القلاع التي أقامها البرتغاليون في ساحل شرق أفريقيا في 14 ديسمبر 1698 بعد حصار استمر ثلاثة وثلاثين شهراً وبذلك الانتصار وضعت نهاية التفوق البرتغالي في المنطقة الساحلية الممتدة من رأس دلحادو إلى خليج جردفون²¹، ومن الأهمية بمكان التأكيد على أن الصراع فيما بين البرتغاليين والعرب

لم يقتصر على منطقة السواحل الشرقية للقارة الإفريقية بل وصل الصراع إلى المنطقة التي تليها شمالاً في سواحل الحبشة والصومال حيث كان البرتغاليون يسعون للسيطرة على مملكة القس يوحنا (التي يرجع أن تكون مملكة الحبشة المسيحية)، الأمر الذي يعكس الدوافع الدينية لديهم ومسعايم لتوثيق العلاقات مع تلك المملكة وتكوين نفوذ قوي في مواجهة القوى العربية والإسلامية في الحبشة إلا أن الخلافة العثمانية قد تمكنت من إحباط هذه الأطماع الاستعمارية وكلفت أمير منطقة هرر الإسلامية ويدعى أحمد بن إبراهيم بالكفاح ضد هذه التطلعات المعادية للإسلام، وكانت ثورة هذا الأمير على الملك النجاشي ونجاحه في السيطرة على أجزاء كبيرة من الهضبة الأثيوبية وإيقاع الهزيمة بجيوش النجاشي.

وقد أعقب فترة الصراع بين القوى العربية والإسلامية من ناحية والحبشة من ناحية أخرى إلا أن القوى العربية والإسلامية لعبت دوراً واضحاً في تحرير الحبشة من النفوذ البرتغالي الذي تعرضت له نتيجة المساعدات البرتغالية للحبشة والتي كان ثمنها أن تنضم الأخيرة إلى الكنيسة الكاثوليكية والسماح ابتداءً بدخول قس الكاثوليك إلى الحبشة وكانت تلك هي نقطة البداية لانتشار الحركات التبشيرية لتحويل الحبشة من المذهب الأرثوذكس إلى المذهب الكاثوليكي، ويؤكد المؤرخون أن القرن التاسع عشر، قد سجل تقدماً جديداً أحرزته الثقافة العربية والإسلامية في الحبشة مما ساعد على قيام الحكم المصري في زيلع وهرر وامتداده إلى سواحل الصومال غير أن هزيمة الجيش المصري عام 1877م وضعت النهاية لهذا التقدم وكان ذلك في عهد النجاشي ممالك حيث اختفت الممالك الإسلامية في الحبشة ولم يبق بها سوى سلطنة جما التي استمرت حتى ثلاثينيات القرن العشرين حيث ظلت منتعشة حتى عام 1934م، وهو تاريخ وفاة حاكمها أو جفار وولاية ابنه عبد الله الذي شهد عهد انهيأ هذه السلطنة بنجاح الإمبراطور هيللا لاسي بضمها إلى حكومته المركزية²².

الانكماش الاقتصادي والثقافي لمنطقة البحر المتوسط وأثره على الروابط العربية بغرب أفريقيا:

أسلفنا أن للصحراء الكبرى دورها في توثيق العلاقات بين العرب وغرب أفريقيا وأنه منذ انتشار الإسلام في شمال أفريقيا أخذت القبائل العربية تتوغل نحو الجنوب حتى وصلت إلى مشارف النيجر والسنغال وفتحت المجرات العربية الطريق أمام التجار العرب الذين يدعو ينفذون إلى تلك الجهات بواسطة

القوافل التجارية، ومن هنا امتزجت القبائل العربية بالقبائل البربرية والزنجية وبدأت اللغة العربية تحل شيئاً فشيئاً محل كثير من اللهجات حتى باتت لغة التعامل والثقافة، وكانت التجارة هي عماد الحياة الاقتصادية حيث اعتمدت على العلاقات التي كانت قائمة بين السودان الغربي من ناحية والمغرب ومصر والحجاز من ناحية أخرى، ومما يذكر أن الحركة العلمية سارت مع خط التجارة وأماكن التجار كما كان لانتشار الإسلام واللغة العربية أثراً في دفع الحركة العلمية خطوات بعيدة إذ شهدت أقاليم غرب أفريقيا قيام الكثير من الدول الوثنية، وكتب عن هذه الدول مؤرخون عرب وأفريقيون قبل أن تبدأ معرفة أوروبا بغرب أفريقيا كما أثرت الحضارة الإسلامية في قيام حكومات منظمة ونظم إدارية متقدمة وبلغت الثقافة العربية أوجها آنذاك، وقد توطدت العلاقة بين سلطنة سنفي وبين الحواضر العربية والإسلامية وظلت مزدهرة حتى خضعت مراكزها في عهد أحمد منصور الذهب في عام 1551م.

كانت حملة المنصور لها أثر كبير في التدهور السياسي والاقتصادي هذا إضافة إلى الأوضاع السيئة التي عانت منها منطقة الحوض الجنوبي للبحر المتوسط بسبب تحول التجارة إلى طريق رأس الرجاء الصالح مما أحدث انهياراً اقتصادياً ترك أثره على النواحي الثقافية والحضارية فعاشت أقاليم غرب أفريقيا بعد ذلك في عزلة ثقافية وروحية بانقطاع الإمدادات والإشعاعات الحضارية وكانت ظاهرة الانكماش هذه مرتبطة ارتباطاً وثيقاً ببدء علاقة القارة الإفريقية بأوروبا وعلى وجه التحديد منذ بداية اكتشاف البرتغاليين لسواحل القارة الإفريقية.

ونستخلص من ذلك أن ارتباط العرب بغرب القارة الإفريقية لم يقل قوة عن ارتباطهم بشعوب شرق القارة ووسطها فكما اتصل الشرق والوسط بسواحل الخليج والجزيرة العربية ومصر، اتصل غرب القارة بمدن وموانئ الشمال الإفريقي وتم الاتصال في هذه الحالة الأخيرة عن طريق الصحراء الكبرى، حيث أخذت المؤثرات العربية الإسلامية تنضج في أقاليم غرب السودان، وما تبع ذلك من ظهور حضارة عربية إفريقية كانت على درجة كبيرة من القوة والازدهار تمثلت في ظهور مراكز تجارية وثقافية وحضارية هامة كانت بمثابة كعبة يحج إليها التجار والعلماء والطلاب وقد نشأ عن ازدهار المنطقة دول قوية وإمبراطوريات كبيرة كانت تعقب الواحدة منها الأخرى على مر القرون وإن كانت أوروبا لم تعرف من شأنها شيئاً إلا في وقت متأخر

أي منذ القرن الخامس عشر الميلادي حيث كانت بعض هذه الدول قد مضي عليها بضع المئات من السنين²³، وما من شك في أن ازدهار حضارة عربية إفريقية في غرب السودان كانت تدين إلى حد كبير لبلاد المغرب العربي التي أثرت تأثيراً واضحاً في الأقاليم التي عرفت بالسودان الغربي أو كما كان يطلق عليها إبان عهد الاستعمار أفريقيا الفرنسية الغربية"، وأفريقيا الفرنسية الاستوائية وهي الأقاليم الممتدة مما يلي الصحراء الكبرى جنوباً إلى جهات النيجر والسنغال قرب ساحل المحيط الأطلسي غرباً، والجدير بالذكر أن التجار العرب في شمال القارة الإفريقية ظلوا يقومون بدور الوساطة التجارية بين أقاليم السودان الغربي من ناحية وبعض الدول الأوروبية من ناحية أخرى واستطاعوا بفضل تلك الوساطة حماية المناطق الداخلية لغرب أفريقيا من السقوط في أيدي الدول الأوروبية إلى أن استطاعت تلك الدول أن تلج إلى هذه المناطق وأخذت الطرق الجديدة التي أوجدها الاستعمار تفتح مخارج جديدة لغرب أفريقيا على ساحل المحيط الأطلسي وأضاعت من الصحراء الكبرى تجارتها وأخذت تحطم طرق القوافل التي كانت بمثابة الشرايين الحية للتجارة والثقافة، ومن المعروف أن القوافل العربية كانت تخرج من مدن المغرب العربي كفاس ومراكش وقسطنطينية وطرابلس والقيروان وغيرها متبعة طرقاً اعتدتها من أهمها الطريق الذي يتجه من مراكش إلى المنحني الشمالي من النيجر ثم الأقاليم الشاسعة التي تقع غربه صوب المحيط وهناك طريق وسط يبدأ عند تونس ويتجه إلى الإقليم الكبير الواقع بين بحيرة تشاد ونهر النيجر بالإضافة إلى طريق آخر كان يتجه من الشرق إلى طرابلس ومصر ومنها يسير إلى الإقليم الواقع حول بحيرة تشاد هذا بالإضافة إلى الطريق الذي كانت تجتازه قوافل الحج، وهو طريق الدرب الصحراوي المعروف بطريق غات الذي كان يمتد من مالي وينتهي عند أهرام الجيزة في مصر، ومن المعلوم أن طريق درب الأربعين وهو طريق كانت تسلكه القوافل التجارية بين الشمال والجنوبي أو على وجه التحديد بين أسيوط ودارفور لعب دوراً كبيراً في نقل المؤثرات العربية إلى شعوب غرب القارة وفي ظهور دول وممالك أخذت من الحضارة والثقافة العربية نصيب كبير، وقد بلغ الازدهار الحضاري ذروته في عهد سلطنة سنغاي ولكن الانهيار والتدهور اللذان حدثا في منطقة البحر المتوسط كان على أثر سيطرة البرتغاليين على تجارة الشرق وفقدان مدن الساحل الشمالي الإفريقي قدرتها على حملة الثقافة والحضارة مع تجارتها الواسعة عبر الصحراء الإفريقية وهذا ما تسبب في عزل شعوب القارة

عزلاً يكاد يكون تاماً عن دنيا العرب التي أصابها التدهور بعد أن كانت مصدراً رئيسياً في خلق حضارة وثقافة السودان الغربي، ومن اللافت أن حضارة غرب السودان قاومت عوامل الفناء وظلت حتى القرن التاسع عشر محتفظة بقدر لا بأس به من سماتها الحضارية والثقافية فقد تحدث الرحالة الألماني هنريك بارت عن ازدهار بعض الأقاليم التي زارها في غرب أفريقيا كما عرض لومضات من حضارتها السابقة، ويرى بعض الباحثين أن الغزو المراكشي لسنغاي في عام 1591م وما تبعه من سقوط تلك السلطنة كان سبباً لما حل بتلك المنطقة من انهيار سياسي وتدهور اقتصادي وتحلف حضاري، ولكن ما حدث كان أحد مظاهر التدهور العام التي حلت بحوض البحر الأبيض المتوسط منذ أول القرن السادس عشر الميلادي نتيجة للانفلات التجاري العظيم الذي نتج من سيطرة البرتغاليين على مصادر التجارة الشرقية، وانتقال التجارة الشرقية من الطريق البري عبر الوطن العربي إلى الطريق البحري عبر رأس الرجاء الصالح، وقبل التدخل البرتغالي كان جزء كبير من تلك التجارة يشق طريقه إلى مصر بواسطة العرب ومنها إلى المدن الإيطالية²⁴، وقد أدى هذا الانقلاب إلى انتقال الثقل الاقتصادي أو الرأسمالية التجارية من حوض البحر المتوسط إلى البرتغال أولاً ثم باقي أقطار غرب أوروبا تدريجياً، وامتدت آثار ذلك التحول إلى أواسط بلاد السودان وغرب أفريقيا حيث انتقل جزء كبير من تجارة تلك المنطقة تدريجياً من مراكزه الموجودة على أطراف الصحراء إلى المناطق الساحلية في الجنوب والجنوب الغربي التي كان يسيطر عليها الأوروبيون، وما حدث نتيجة التدخل البرتغالي كان بداية لاندماج التجارة الإفريقية في الاقتصاد العالمي الذي تسيطر عليه أوروبا الغربية، واكتملت تلك السيطرة برفوع أجزاء كبيرة من المناطق الساحلية في أفريقيا والوطن العربي تحت السيطرة الاستعمارية حيث اندمجت المنطقتان في النظام الرأسمالية العالمي، ونتيجة لهذا التدخل الأوروبي انخفض مستوي العلاقات الاقتصادية عبر الصحراء بين العرب والأفارقة وإن لم تنتهي كلياً إذ ظل مستوي العلاقات الدينية والثقافية كما هو حتى مطلع القرن العشرين، وكنا قد أشرنا إلى الروابط الاقتصادية بين ممالك السودان الغربي وبعض بلدان العالم العربي، لذا يجب أن نركز على الروابط الثقافية التي كانت نتيجة طبيعية للاتصالات التجارية إذ صحب تلك الاتصالات مؤثرات ثقافية إلى غرب السودان من المراكز الثقافية في مصر والحجاز ودمشق والمغرب العربي، كما صحب انتشار الإسلام انتشار الثقافة العربية والإسلامية وقام الإفريقيون في غرب

أفريقيا بتدوين عدد من لغاتهم المحلية بالأبجدية العربية مثل لغة بعض قبائل البربر وبخاصة لغة الطوارق في الصحراء التي كتبت بأحرف عربية على أسلوب الخط المغربي هذا بالإضافة إلى لغة الفولاني والهوسا، وقد دونت بهاتين اللغتين مخطوطات كثيرة مكتوبة بأحرف عربية، ويشار في هذا الصدد إلى قيم الاستعمار بإعادة تدوين هذه اللغات بالأبجدية اللاتينية وحذف الألفاظ العربية منها في كثير من الأحيان في محاولة متعمدة للقضاء على مؤثرات الثقافة العربية في أفريقيا²⁵.

حركات التجديد والإحياء في أفريقيا في القرن التاسع عشر:

مع التسليم بأن القرن التاسع عشر يعد عصر اليقظة والتنوير والتجديد والإحياء في العالم العربي فإن ذلك القرن بعد أيضاً عصر اليقظة والإحياء في العالم الإفريقي، وقد اتخذت حركات الإحياء والتجديد في أنحاء العالم العربي وأفريقيا اتجاهات عديدة منها ما كان ينزع إلى الأخذ من الحضارة الغربية ونقل المؤسسات والنظم الأوربية الحديثة ومنها ما كان ينزع إلى تنقية التراث العربي الإفريقي من الشوائب التي علقت به طوال سنوات كثيرة من العزلة والركود.

ولقد وضع الاتجاه الغربي في العالم العربي منذ مجيء الحملة الفرنسية عام 1798م، وما تبعها من قيام الدولة المصرية الحديثة التي أثرت في كثير من الأقطار العربية والأفريقية تأثيراً واضحاً وبصفة خاصة خلال سنوات القرن التاسع عشر، ومن الدول التي شاركت مصر في تأثيرها الحضاري في أفريقيا، دولة البوسعيد "جنوب الجزيرة العربية" التي وصلت إلى درجة كبيرة من التطور والازدهار خلال القرن التاسع عشر واتخذت هذه الدولة من جزيرة زنجبار عاصمة لها وأثرت تأثيراً ملحوظاً في المناطق الداخلية من أفريقيا خاصة في الكونغو ومنطقة البحيرات الاستوائية أما الاتجاه السلفي فقد وضع في العالم العربي على اثر الانفجار الوهابي الكبير الذي وقع في أواسط الجزيرة العربية في النصف الثاني من القرن الثامن عشر، ورغم المحاولات الكثير من جانب الدولة العثمانية للقضاء على معوقات الوهابية المادية والعسكرية إلا أن التأثير الفكري لهذه الحركة أستمّر قائماً في الجزيرة العربية وغيرها من الأقطار العربية، وتأثرت القارة بحكم روابطها بالعالم العربي بهذه الحركة السلفية، فقامت بها عدة حركات مشبهة في مناطق كثيرة كالحركة السنوسية في ليبيا وحركة عثمان (دانفوديو في نيجيريا وغيرهما).

ومع هذا العدد الكبير من حركات التجديد والإصلاح في القرن التاسع عشر الميلادي، لم تستطع هذه الحركات أن تحمي العالم العربي أو الإفريقي من الأخطار الاستعمارية التي كانت تترصد بهما وبمعنى آخر أن توقيت ظهور تلك الحركات لم يكن توقيتاً مناسباً لأنها ظهرت في القرن التاسع عشر الذي شهد تفوق أوروبي من الناحيتين المادية والعسكرية، فكان من الطبيعي أن تصطدم حركات الإصلاح هذه برغبة الدول الاستعمارية في السيطرة على الأقطار العربية والإفريقية وتقسيمها إلى مناطق نفوذ فيما بينهم، وهكذا خضع العالم العربي كما خضعت القارة الإفريقية إلى الاستعمار الأوروبي والموجه الإمبريالية العاتية التي وصلت إلى أقصى مدى لها في السنوات الأخيرة من القرن التاسع عشر والسنوات الأولى من القرن العشرين، والجدير بالذكر أن الإدارة المصرية قد امتدت في أفريقيا خلال القرن التاسع عشر فشملت منطقة البحيرات الاستوائية وشمال السودان إلى جانب سواحل البحر الأحمر في منطقة الحبشة والصومال ورغم اتجاه البعض إلى التهوين من قيمة الحكم المصري وربطه بأعمال القسوة والعنف مركزين بصفة خاصة على بعض التصرفات الشاذة التي نسبت إلى بعض الولاة الأتراك الذين توالوا على إدارة أقاليم السودان إلا أن الأمر الذي لا شك فيه أن هذه الأعمال التعسفية لم تكن تصدر عن سياسة مقررّة في الحكم، فمن المؤكد أن التقدم الذي أحرزته أقاليم السودان في ظل الحكم المصري إنما يرجع بالدرجة الأولى إلى تأثير الإدارة المصرية والدماء والسواعد والجهود التي بذلتها مصر، فقد ضحى المصريون بأرواحهم من أجل تحقيق التقدم في الأقاليم الإفريقية²⁶، ولم تكن نظرة المصريين إلى السودان تستهدف تحقيق أطماع استغلالية بقدر ما كانت النظرة مقصورة على أن السودان مرتبط بمصر بروابط اقتصادية وثقافية وروحية وثيقة.

وتحدث الباحث عن أهمية الوسائل الإدارية الحديثة التي أدخلتها مصر إلى السودان ونجاحها في بسط الأمن في الأضقاع السودانية، وكما كان للبعثات الكشفية المصرية دور بارز في عدد من الكشوف الجغرافية بالسودان والتي أضاءت السبيل لكثير من الأوروبيين فتحت أمامهم بلاداً وأقاليماً لم يكن باستطاعتهم أن يتحركوا فيها لولا تواجد الإدارة المصرية.

وقد شهدت المرحلة الثانية من التوسع المصري في أفريقيا في عهد الخديوي إسماعيل، فتح أقاليم دارفور ومنطقة البحيرات الاستوائية بالإضافة إلى الأقاليم الواقعة على ساحل البحر الأحمر في كل من هرر

والصومال، وبذلك لمصر إمبراطورية إفريقية باتت عاملاً حاسماً في ميزان السياسة الإفريقية في النصف الثاني من القرن التاسع عشر أي في نفس الفترة التي بدأت فيها الأطماع الأوروبية في الزحف على أفريقيا فكان مصر أرادت بتكوين إمبراطورتها الإفريقية أن تسبق الاستعمار الأوروبي من خلال إيجاد قوة عربية إفريقية يمكنها التصدي له ولكن ارتباك الحالة المالية في مصر وما تلاها من الاختلالات سياسية وتدخل أجنبي انتهى بالاحتلال البريطاني لمصر عام 1882م، وقد أرغمت كل هذه التغيرات الحكومة المصرية على الانسحاب من المناطق التي امتدت إليها لتصبح هذه المناطق تحت السيطرة الاستعمارية²⁷.

سلطنة زنجبار ودورها في الروابط العربية الإفريقية:

لم يقتصر التأثير الحضاري في أفريقيا على مصر وحدها بل ساهمت في ذلك أيضاً دول في مقدمتها سلطنة (زنجبار) تلك الدولة العربية الإفريقية التي ازدهرت في شرق القارة خلال القرن التاسع عشر وعاصرت الامتداد الحضاري المصري في أفريقيا وإن كان الاستعمار الأوروبي قد حال دون وجود صلات بين هاتين الدولتين ليس ذلك فحسب بل تسبب في إحداث شروخ في العلاقات الثنائية بينهما لأنه يدرك أن التقارب بينهما يشكل خطراً على المشروعات الاستعمارية التوسعية في القارة الإفريقية، وقد كانت الأنظمة التي وضعتها سلطنة زنجبار لحكم المقاطعات التي سيطرت عليها تتماشى إلى حد كبير مع الرغبة في إنعاش النواحي الاقتصادية فقد سعت زنجبار إلى تنشيط حركة التجارة بين الداخل والساحل عن طريق فرض أقل المكوس الجمركية، ويرجع لهذه الدولة الفضل في تشجيع الزراعة خاصة زراعات القرنفل وقصب السكر للاستفادة بخصوبة بعض الجزر والمقاطعات الإفريقية خاصة جزيرتي بمبا وزنجبار حتى أن هاتين الجزيرتين ما زالتا تمدان العالم بالقسط الأعظم من القرنفل حتى الآن إذ تنتجان معاً حوالي 90% من الإنتاج العالمي.

وكانت سلطنة زنجبار حريصة على وصل الاقتصاد الإفريقي بالاقتصاد العالمي عن طريق مجموعة من المعاهدات والاتفاقات التجارية الدولية التي عقدها بعض سلاطين الدول مع كل من إنجلترا والولايات المتحدة وهولندا كما حصرت على نقل المؤثرات الحضارية إلى شرق أفريقيا بفضل ما منحه للدول الأجنبية من امتيازات تأسيس القنصليات والوكالات التجارية وتشجيع الأجانب على الإقامة في بعض مقاطعاتها، والمؤكد أن هذا الاختلاط بالعالم الأوروبي وإن كان اقتصادياً إلا أنه كان بمثابة تمهيداً للتدخل السياسي

والعسكري، وهو ما حدث بالفعل في كافة المناطق التي أتخذ فيها النشاط الأوروبي في بادئ الأمر طابعاً اقتصادياً، ثم ما لبث بعد ذلك أن تحول إلى طابع استغلالي واستعماري، ففي حركة تقسيم أفريقيا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر نجد أن الدول التي كان لها نشاطات هي نفسها الدول التي اقتسمت مناطق النفوذ فيما بينها.

ويبرز دور سلطنة زنجبار في توثيق العلاقات العربية الإفريقية حينما بدأ التجار العرب يتوغلون في مقاطعات الشرق الإفريقي وما ترتب على ذلك من كثرة الجاليات العربية في الداخل وإن كان من المآخذ على تلك المجموعات العربية التي استقرت في الداخل أنها لم تكن تعن بالناحية السياسية التنظيمية من حيث إخضاعها للمناطق التي آلت إليها أو محاولة إلحاقها بالإدارة السياسية التي أقيمت على الساحل وإنما اقتصرت الجماعات العربية على مجرد التنظيم الاقتصادي وبمعنى آخر اختلف النشاط العربي عن النشاط الاستعماري الأوروبي في أن الاستعمار كان يضع يده على مساحات كبيرة من الأراضي التي يحكمها ويضع فيها حاميات عسكرية وينشي فيها قلاعاً مسلحة ويستغل الأهالي والأراضي ويحتكر التجارة، وأخذت الجماعات الأوروبية في السيطرة على المناطق الداخلية وكان ورائها دول معينة تساندها أما العرب الذين استقروا بالداخل فلم يكن لهم سند سوي سلطنة زنجبار، ومما تقدم أن العرب في أفريقيا، ورغم قصورهم السياسي والعسكري إلا أنهم حققوا نجاحاً كبيراً في تنظيماتهم التجارية والاقتصادية فيما يتعلق بإيجاد خطوط منتظمة من القوافل تصل بين الساحل والداخل وأصبحت زنجبار بمثابة المركز الرئيسي للتجارة.

المطلب الرابع: المدن والموانئ في الشمال الإفريقي والعلاقات العربية الإفريقية

مما لا شك فيه أن مدن وموانئ الشمال الإفريقي قد فقدت تأثيرها الحضاري منذ القرن السادس عشر بسبب التدهور الذي حل بمنطقة البحر المتوسط من النواحي الاقتصادية والثقافية والحضارية، لكن الازدهار لم يلبث أن عاد مجدداً إلى هذه المنطقة اعتباراً من السنوات الأولى من القرن التاسع عشر، وساعد ذلك ظهور الكثير من الحركات الدينية الإسلامية، وكان معظم هذه الحركات متأثراً بالحركة الوهابية التي ظهرت في شبه جزيرة العرب في النصف الثاني من القرن الثامن عشر، ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن أكثر حركات الإحياء السلفي التي ظهرت في أفريقيا شمالها أو شرقها أو غربها قام بها دعاة دينيون تأثروا إلى

حد كبير بالحركة الوهابية وهذا ما يؤكد مشاركة أفريقيا العالم العربي في اتجاهاته الفكرية والدينية، فقد لافت الوهابية استجابة سريعة في أفريقيا، حيث أثرت في الحركة السنوسية التي ظهرت في ليبيا في النصف الأول من القرن التاسع عشر، كما ظهر العديد من الحركات المهديّة ومنها حركة محمد أحمد المهدي في السودان وادي النيل.

وقد قدر لهذه الحركات الدينية أن تصطدم بالاستعمار الأوروبي في القرن التاسع عشر، فقد اصطدم الفرنسيون بالحركة الدينية الإسلامية في السنغال بزعامة الحاج عمر التكروري عام 1857م، وفضلاً عن الصدام المسلح بين الاستعمار والحركات الإسلامية في أفريقيا ينبغي أن نشير إلى أن الاستعمار الفرنسي قد حرص على القضاء على المؤثرات العربية وهذا ما ظهر جلياً في شمال أفريقيا إلا أن جبهة علماء الجزائر التي أسسها عبد الحميد بن باديس 1929م، وفتت بالمرصاد لهذه المحاولات الفرنسية الرخيصة²⁸، وعلى الرغم من محاولات الإحياء التي ظهرت في أجزاء من الوطن العربي وأفريقيا إلا أن هذه المحاولات رغم أهميتها لم تستطع أن تتصدى للموجه الإمبريالية العالمية التي اجتاحت الشعوب العربية الإفريقية في القرن التاسع عشر ذلك القرن الذي شهد تفوقاً أوروبياً من الناحيتين العسكرية والمادية مما كان له أثره الواضح في تقويض القدرات العربية الإفريقية وكما خضعت الشعوب العربية للاستعمار خضعت الشعوب الإفريقية بدورها له، وقد حرص الاستعمار على نشر بذور الشقاق والخلاف بين الشعوب المستعمرة تطبيقاً لسياسة فرق تسد حتى قدر لهذه الشعوب المستعمرة أو تتحرر من ريق الاستعمار فقد سلمت الدول الاستعمارية تحت نيران المقاومة بحقوق هذه الشعوب فضلاً عن تأييد الأمم المتحدة لحركات التحرر الوطني، وقد كانت حركات التحرر الوطني في الوطن العربي أسبق من حركات التحرر الوطني في أفريقيا وكان لها دورها في دفع الحركات التحررية لدى كثير من الشعوب الأفريقية، وتتصدر ثورة يوليو 1952م حركات التحرر الوطني في الوطن العربي وأفريقيا على حد سواء، فقد جعلت ضمن تطلعاتها تأكيد تضامن الشعوب العربية والإفريقية في كفاحها ضد المستعمرين ومنع محاولاتهم للنفاذ مجدداً إلى الدول العربية والإفريقية المستقلة²⁹، وأن هذا الاستعراض يمثل محصلة الجذور التاريخية للعلاقات العربية الإفريقية وهي نتيجة لتفاعل عوامل جغرافية واقتصادية وثقافية، ومن الواضح أن تلك العلاقات لم تكن ذات اتجاه واحد بل غلب عليها التبادل وأسهم

فيها الطرفان بنسب متفاوتة. وعندما بدأ العرب والأفارقة نضالهم ضد الاستعمار لم يكن بينهم أي تنسيق، فعلي سبيل المثال لم ينال نضال الشعب العربي ضد الاستعمار قدراً كبيراً من الاهتمام في أقطار غرب أفريقيا وأواسط السودان ولم يكن لدعوة العرب بالوحدة العربية أو الجماعة الإسلامية أي صدق في غرب القارة الإفريقية أو شرقها، ويبدو أنه لم يبق للمسلمين الأفرقة أي تصور للعلاقات العربية الإفريقية أو الأفريقية الإسلامية، ويبدو أنهم قد تأثروا بما نادي به الأوروبيون من أن أفريقيا السوداء وأفريقيا العربية كانتا وما زالتا تمثلان عالمين منفصلين كل منهما عن الآخر³⁰، وأن جذور الحركة الوطنية الإفريقية كانت ذات توجه علماني وقد بدأت في أمريكا بين الزوج كرد فعل للتفرقة العنصرية وتكررت دعوة هذه الحركة على الوحدة الإفريقية القائمة على التنزيح إن جاز التعبير، وبعد مؤتمر مانشستر عام 1945م، انتقل نشاط تلك الحركة إلى القارة الإفريقية ولكنها ظلت بمنأى عن الشمال الإفريقي كما يبدو أن دور المسلمين الأفارقة في هذه الحركة كان ضئيلاً في بادئ الأمر، هذا وقد بدأ التواصل بين المنطقتين في الخمسينيات من القرن العشرين لاستئناف العلاقات العربية الإفريقية وكان لثورة 23 يوليو 1952م بقيادة الرئيس الراحل جمال عبد الناصر دوراً واضحاً ورائداً في دعم هذا الاتجاه التعاوني لتوثيق العلاقات وذلك من خلال مناهضة الاستعمار والتفرقة العنصرية وتأييد حركات التحرر الوطني الإفريقية حتى صارت القاهرة ملتقى رئيسياً لهذه الحركات، وقد كشفت مساهمة مصر الفعالة في دعم حركات التحرر الوطني عن وجه مصر الإفريقي ربما لأول مرة في تاريخها الحديث بعيداً عن فكر الإمبراطورية التي ظلت تحرك السياسة المصرية ردحاً من الزمن، وقد وضع هذا جلياً في سياسة مصر الخارجية التي بين الرئيس عبد الناصر معالمها في كتابه "فلسفة الثورة"، وحدد منطقتها في ثلاثة دوائر: العربية والإفريقية والإسلامية وهو ما يعني الاهتمام بالقارة الإفريقية التي تحتل فيها مصر مركزاً مهماً وتداخلت فيها الدائرتان الأخريان في تفاعل بناء منذ زمن بعيد وتمثل سياسة عبد الناصر أول إعلان رسمي من قطر عربي في هذا الشأن وهو معلم مهم في طريق التعاون والتضامن العربي والإفريقي وبخصوص مؤتمر باندونج أبريل 1955م الذي اشتركت فيه بعض الأقطار العربية والإفريقية فقد ركز على الاتجاه التضامني بين شعوب القارة الإفريقية والشعوب العربية.

خاتمة

إن تفعيل علاقات التعاون العربي الأفريقي لا يمكن أن يتم عن طريق إنشاء المزيد من آليات التنسيق، والمتابعة عديمة الجدوى أو خروج القمم العربية ببعض القرارات التي تؤكد على أهمية التعاون بين الجانبين العربي الأفريقي، بقدر ما يمكن أن يتحقق عن طريق ضرورة توافر الإرادة السياسية الراضية والقادرة على تفعيل علاقات التعاون بين الجانبين في المجالات المختلفة من جانب القادة العرب والأفارقة، إضافة إلى ضرورة وجود تصور استراتيجي جماعي لدى كل طرف حول علاقته بالأخر، بحيث يشمل هذا التصور تحديد موقع كل طرف، وأهميته في العلاقات الخارجية للطرف الأخر، والأهداف المبتغاة من التعاون معه، والفرص والتحديات المرتبطة بهذا التعاون، وسبل تحويل الخطط والبرامج التعاونية إلى واقع فعلي، والجهات القائمة على هذا التعاون، وهو ما يتطلب العمل سريعاً على تفعيل العلاقات بين الجانبين للاستفادة من الإمكانيات السياسية والاقتصادية الهائلة التي يحظى بها الطرفين في ظل دولي لا يعترف سوى بالتكتلات الكبرى.

الهوامش

- (1) د. صالح أبو بكر علي أحمد - العلاقات العربية الإفريقية بين الماضي والحاضر (دراسة متعددة الأبعاد)، دار النهضة العربية القاهرة، 2006م، ص 12.
- (2) د. عبد درامي، نشأة وتطور العلاقات الإفريقية ونموذج العلاقات بين السنغال والمملكة العربية السعودية، الكتبة المكية، الطبعة الأولى، مكة المكرمة، 2000، ص 7.
- (3) د. محمود خيرى عيسى (إشراف)، العلاقات العربية الإفريقية: دراسة تحليلية في أبعادها المختلفة، معهد البحوث والدراسات العربية، المنظمة للتربية والثقافة والعلوم، القاهرة، 1978، ص- ج.
- (4) د. محمود خيرى عيسى، مرجع سابق، ص 65.
- (5) د. عبد الله درامي، مرجع سابق، ص 25.
- (6) د. أحمد جبير، العلاقات العربية الإفريقية، منشورات الجامعة المفتوحة، الطبعة الأولى، الشركة العامة للطباعة والنشر ليبيا 1992، ص 10.
- (7) أحمد جبير نفس المصدر، ص 14.
- (8) د. أحمد جبير، العلاقات العربية الإفريقية، مرجع سابق، ص 16.
- (9) د. محمد المبروك يونس، تاريخ التطور السياسي للعلاقات العربية الإفريقية مطابع الثورة العربية 1986م، ص 15.
- (10) د. يوسف فضل حسن. العرب وأفريقيا مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت 1983م، ص 28.
- (11) د. يوسف فضل حسن، مرجع سابق، ص 28.
- (12) د. صلاح الدين حسين، صراع القوة الكبرى حول القرن الإفريقي، المجلس الوطني للثقافة والفنون والأدب، الكويت، يناير 1982، ص 18.
- (13) د. خيرى عيسى (إشراف)، مرجع سابق، ص 1.

Huzayyin, sa, "Arabia and Far East, their Commercial and cultural Relations in Graeco – Roman and irano – Arabian" (14) times, Cairo, 1942. PP. 56. "

- (15) د خيرى عيسى، مرجع سابق، ص2.
- (16) د. عباس عمار، المدخل الشرقي لمصر، القاهرة، 1946 م، ص 19.
- (17) د. محمود خيرى عيسى، مرجع سابق، ص 3-4.
- (18) د. أحمد الجبير، مرجع سابق، ص16.
- (19) جمال زكريا قاسم، دور العرب في كشف أفريقيا، مجلة عالم الفكر، المجلد الثاني، العدد الأول، الكويت، مارس، 1971.
- (20) جمال زكريا قاسم، المصادر العربية لتاريخ شرق أفريقيا، مجلة الجمعية المصرية للدراسات التاريخية، المجلد الرابع عشر، القاهرة، 1966-1967.
- (21) د. محمود خيرى عيسى، مرجع سابق، ص 85.
- (22) د. جمال زكريا قاسم، الممالك الإسلامية في الحيشة، مجلة العربي، الكويت، سبتمبر، 1973. (23) د. محمود خيرى عيسى، مرجع سبق ذكره، ص 90.
- (24) مركز دراسات الوحدة العربية، العرب وأفريقيا، مركز دراسات الوحدة العربية ومنتدى الفكر العربي، بيروت، الطبعة الأولى، يناير 1984، ص 41.
- (25) عبد الرحمن الراجحي، عصر محمد علي، القاهرة، 1951، ص192.
- (26) د. محمود خيرى عيسى، مرجع سبق ذكره، ص 92.
- (27) د. محمود خيرى عيسى، مرجع سبق، ص 95-96.
- (28) د. عماد الطالبي (جمع وتبويب)، آثار بابن باديس، أربعة أجزاء، الجزائر، 1968.
- (29) د. محمود خيرى عيسى، مرجع سابق، ص 106.
- (30) مركز دراسات الوحدة العربية، مرجع سابق، ص 44-55.