

معارف

مجلة علمية محكمة

العدد السادس

جوان 2009

المركز الجامعي
العقيد أكلي محند أولحاج
البويرة - الجزائر

بسم الله الرحمن الرحيم

- تعبر بحوث الأساتذة عن آرائهم وتوجهاتهم، وهم وحدهم المسؤولون
عن صحة المعلومات الواردة فيها وأصالتها.
- ولا تتحمل إدارة المجلة أي مسؤولية في ذلك .

الإيداع القانوني : 2006 - 1369
ISSN 1112 – 7007

معارف

مجلة علمية محكمة

المدير مسؤول النشر :
أ. د. أحمد حيدوش

رئيس التحرير :
د. كمال الدين قاري

أعضاء هيئة التحرير :
أ. علي معزوز
أ. رضا سبيح
أ. فريدة قادري

للاتصال بالإدارة والتحرير :

026930924 : ☎ 026938834 : 📠

موقع المركز الجامعي : info@cub-dz. com : 🌐 www. cub-dz. com

بريد رئيس التحرير : Karikamal2008@yahoo. fr

الهيئة الاستشارية

المركز الجامعي بالبويرة	أ. د. أحمد حيدوش
جامعة تيزي وزو	أ. د. محمد السعيد جعفرور
جامعة بجاية	أ. د. رشيد زوايمية
جامعة باتنة	أ. د. الطيب بودربالة
جامعة ورقلة	أ. د. عبد الحميد هيمة
جامعة الرباط - المملكة المغربية	أ. د. أحمد بوحسن
الجامعة الأسمرية - الجماهيرية الليبية	أ. د. محمد كندي
جامعة المرقب - الجماهيرية الليبية	أ. د. علي بن مسعود
المركز الجامعي بالبويرة	د. كمال الدين قاري
المركز الجامعي بالبويرة	د. سالم سعدون
المركز الجامعي بالبويرة	د. كحال بوعلي
المركز الجامعي بالبويرة	د. أحمد جميل
المركز الجامعي بالبويرة	د. محمد سرور
المركز الجامعي بالبويرة	د. ناصر حمودي

كلمة مدير المركز

الدكتور أحمد حيدوش

من أخطر العلاجات علاج الفكر، ومن أصعب العمليات أخذ مشروط النقد والتصحيح لعقول بغية بتر المعوج من تراكييها، وزرع الاستقامة فيها. .
ولذا كانت و لا تزال العملية التعليمية صناعة فذة، وتحتاج إلى شرائط كثيرة لقيامها على أقوم حال.

ولقد ابتلينا في بلادنا العربية والإسلامية بـ «أنصاف العلماء»؛ الذين إن حسبتهم علماء كشفوا لك عن جهلهم، وإن حسبتهم جهالا غمزوك ببعض علمهم، وصار مصطلح «نص نص»، ومصطلح «شوية» صفة لازمة لكل ما يعلمون.. أو ما يجهلون.

وإن ما نخشاه أن تكون مخرجات هذا المركز الجامعي من هذا الصنف من «أنصاف العلماء» أو «أرباعهم» أو «نصف أرباعهم»... إذاً لكان الجهل أسلم، ولكان الجاهل أعقل، فكما يقولون: «الجاهل مرتاح»؛ وذلك لأن جهله «جهل بسيط» بينما جهل هؤلاء «جهل مركب».

وفي أدبيات الطب القديم يحكى عن مدعي حكمة اسمه توما، كان يلدوي الناس، وهو يحسب أنه عالم بالطب، فاستطق الشعراء حمارة المتذمر منه، فقالوا:

قال حمار الحكيم توما لو أنصف الدهر كنت أركبُ

جهلي أنا بسيطٌ وجهل صاحبي مركبٌ

وصدق... فمن يعلم أنه جاهل أفضل حال ممن يجهل أنه جاهل..

فمن العويص جدا أن يقتنع مثل هذا بوجود ملازمة الدرس على أصوله، والانتقال من مرحلة إلى أخرى باجتهاد وتؤدة.

وإن من أهم شروط العملية التعليمية ثلاثة أمور:

الأول: الاستعداد الفطري؛ لدى الطالب ولدى الأستاذ على السواء، فبدونه لا يمكن غرس فكر ولا جني ثمرة...

الثاني: إتاحة الإمكانيات وتوفير الناقص منها؛ فبدون ذلك لا يمكن تطوير الفكر ولا انتظار الإبداع...

والشرط الثالث: الطمأنينة و تفريغ الذهنى للتعلم وللتعليم، وقديما قال الإمام الشافعي: «لو كلفت شراء بصلة ما حفظت مسألة».

إلى غيرها من الشرائط التي تقل في رتبها عن هذه الثلاثة - في نظري -

فأما الشرط الثاني فقد بذلت وزارة التعليم العالي والبحث العلمي في ذلك

الكثير، مستمسكة بالبوصلية التي وجهها فخامة رئيس الجمهورية - حفظه الله - لمركب التعليم العالي والبحث العلمي نحو أهداف واضحة، وكرس لها كل الإمكانيات المادية والمعنوية.

وأما الشرط الأول، فإن المقاربات فيه تتراوح بين سلب وإيجاب؛ ولا شك في أن الطالب والأستاذ، والإدارة، والبيت والمجتمع أجمع يشارك في هذه المقاربة .

وأما الشرط الثالث فإننا نشد عليه ونوجه الاهتمام نحوه، ونسعى في إدارة المركز إلى تكريسه واقعا عمليا، وهذا للأستاذ كما للطالب.

ولقد حققنا في ذلك الكثير، والمنصف يشهد بذلك...

ولعل مما فسخ المجال له، وتم في اتجاه توسيع دائرة التعلم والتثقيف، هذه المجلة المحكمة، إضافة جديدة لنشاط الأساتذة... وصحيفة دورية، إضافة جديدة للنشاط الطلابي والجامعي بصفة عامة...

وقد تم إصدار العدد السادس من مجلة معارف... وفيه انسجام لطيف بين بحوثه المتنوعة؛ فما بين رحلة شفيق إلى أمريكا، وبناء أ. عثمان ود. أحمد لنظرتهم حول مشكلة التنمية مغروسة بجذور أصالتهما، أدركنا أن الحكمة حق كل إنسان، أينما وجدها فهي له، سواء وجدها في أرض السحر، أو في تراثنا...

- وبين هذا وذاك بحوث نورت بقعا مظلمة فاتضحت خفاياها، من بحث حول العولمة وكيف رمت بشباكها على مبدأ سيادة الدولة على أرضها، فحاولت الباحثة أن ترد الاعتبار لهذا المبدأ السامي. إلى بحوث استنطقت الشريعة والواقع القانوني لتجد حلا لمشكلات قانونية تضر بشكل ما بوحدة المجتمع الأولى؛ أعني الأسرة... وغيرها من البحوث الممتعة، التي تصب في خانة تصحيح الفكر وغرس الثقافة الرصينة...

لقد انسجمت مقالات عدد المعارف هذا، فرسمت وردة، خيبت ببراعة، فانتظمت أحجارا كريمة، وكانت كالوسام على صدر المركز الجامعي بالبويرة...

فهنيئا للقارئ هذا المولود الجديد...

كلمة رئيس التحرير

الدكتور كمال الدين قاري

يختلف الإبداع من مجال إلى آخر؛ في منبجاته، ومؤيداته، وآثاره. فمبدع الآداب يمزج بين الكلمات وبين الأفكار والرؤى، ويضعها في قالب جميل تستسيغه العقول، وتنجذب إليه المشاعر، فينتج مقطوعة شعرية أو نثرية، قد تكون سببا في إحداث ثورة على الظلم تجعل سامعها يقف إجلالا وتصير الدم فيه بركانا يغلي، أو تولد - في أقل أحوالها - قناعات بطريقة ممتعة من خلال ميادين الوصف أو الغزل أو الرثاء.. أو غيرها. ولذا صعب على أرسطو وأفلاطون ومن بعدهما الفصل بين الأدب والفلسفة.

بينما نجد المبدع في القانون هو ذاك الناظر إلى وقائع الناس والمجتمعات بعين، وإلى فلسفة القوانين بعين أخرى، فيضع الحيشيات للسعي بالمجتمع نحو الفضيلة، وإنقاص معاناة المجتمع من الرذيلة، فإبداعه من نوع آخر...

ولا شك أن مبدعي علوم الطب وعلوم الحياة والعلوم التقنية لا يرون في غير الملموس والمشاهد مادة للإبداع، فمهندس الميكانيكا يحس بلذة عارمة عندما يحل لغز آلة معطلة، ويصنع لها ما تحتاجه من قطعة لتعمل.. تماما كما يفرح الطبيب عند الربط بين سبب المرض وسبب الشفاء لدى الإنسان المريض...

وكل ذلك إبداع...

ولكن الآثار التي يتركها كل واحد بمادته الإبداعية تختلف حتما بين مصلح الآلة، وبين مصلح الإنسان، وبين مصلح المجتمع..

وبهذا تظهر الخطورة العظمى لنقصان الإبداع الأدبي والفلسفي وعموم العلوم الإنسانية، بل فقدانه في كثير من مادة الإنتاج الفكري لمجتمعاتنا العربية..

رحلتنا في هذا العدد السادس من مجلة معارف بدأت بوضع اللبنة لإنتاج فكري قويم - فيما نحسب وندعي - ومسيرة ألف ميل تبدأ.. بفكرة. وكانت مهمتنا في هيئة التحرير هيئة مقارنة بمهمة المبدعين في

بحوثهم ومقالاتهم، وبمهمة المقومين لإنتاج هؤلاء الأساتذة، من أصحاب التخصص المتممقين في معارفهم.

ونغتتم الفرصة هنا لنشكر من ساهم في تقويم بحوث هذا العدد وتقييمها، وهم: في مجال الأدب واللغة والنقد:

- أ. د. أحمد حيدوش، من المركز الجامعي بالبويرة.

- د. سالم سعدون، من المركز ذاته.

- أ. د. محمد كريم الكواز، من العراق.

- د. محمد ضو، من الجماهيرية الليبية.

- وفي مجال العلوم القانونية والشرعية:

- أ. د. علي بن مسعود، من جامعة المرقب، ليبيا.

- أ. د. محمد بن عبد القادر، من مصر.

- أ. د. سعيد العشماوي، من مصر.

- د. محمد إقلولي، من جامعة مولود معمري بتيزي وزو.

- أ. د. عبد الكريم خليفة، من مصر.

- كما قمت أنا بقراءة بعض البحوث وتقويمها.

- وفي مجال العلوم الاقتصادية والمالية:

- د. أحمد جميل، من المركز الجامعي بالبويرة.

- أ. د. أحمد بوسجادة، من الجامعة الأسمرية، بليبيا.

كما نشكر الأساتذة الباحثين، سواء من نشرت بحوثهم أم غيرهم، على إسهاماتهم، وندعوهم في الوقت ذاته إلى المزيد من العطاء العلمي.

كما نعتذر لمن لم يلق جهده صدى في مجلتنا، وذلك لعدم التزامه معايير النشر في مجلة معارف، وهذا لا يعني - قطعاً - أن عمله لا يستحق النشر، بل فرصته في نشره في مجلات أخرى كبيرة.

ولأننا ممن يؤمن بأن ارتفاع مستوى الجودة لا تكون إلا بعلاقة جدلية بين المنتج والناقد.. فإننا نرحب بكل ناقد لعملنا بغية رفع مستوى جودته.

وإلى لقاء قريب مع إبداعات جديدة.. إن شاء الله.

فهرس البحوث

أولا : معارف قانونية

- تقويض المفهوم التقليدي للسيادة في ظل التغيرات الدولية الراهنة
أ. فتيحة خالدي 11
- الحماية القانونية للأطفال من التجنيد والاستعمال في النزاعات
المسلحة
أ. سامية عجاز 43
- مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني الجزائري
أ. مراد قجالي 91
- الإطار التنظيمي لاتفاقية العمل الجماعية في التشريع الجزائري
أ. كمال مخلوف 119
- مصادر تبييض الأموال
أ. دليلة معزوز 137
- التزام المنتج بإعلام المستهلك
أ. كريمة بركات 141
- التنظير الفقهي لضرر العدول عن الخطبة - دراسة مقاصدية في
الشريعة والقانون .
د. رائف محمد النعيم 171
- طبيعة نظام الرقابة على الصرف في الجزائر
أ. ليندة بلحارث 205
- الإنجاب بالوسائل الحديثة في قانون الأسرة الجزائري
أ. فاطمة عيساوي 225

ثانيا : معارف أدبية

شروط ومصادر أخبار الأغاني لأبي الفرج الأصفهاني

أ. عمر بورنان 237

ترجمة المستشرقين للنص الديني - فترة الاحتلال الفرنسي نموذجا -

د. جمال كركار 251

شفيق جبيري في رحلته إلى أرض السحر

د. أحمد حيدوش 263

تواصل التراث بين قصص ألف ليلة وليلة وقصائد نزار قباني

أ. فيروز رشام 301

ثالثا : معارف اقتصادية

دور الصيغ الاستثمارية لدى البنوك الإسلامية لتمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة

د. أحمد جميل و أ. ميلود وعيل 309

أساليب وطرق تمويل التنمية من المنظور الإسلامي

أ. عثمان علام 341



تقويض المفهوم التقليدي للسيادة

في ظل التغيرات الدولية الراهنة

أ. خالد فتحة*

المقدمة :

يشغل مفهوم السيادة وحدودها في ظل القانون الدولي المعاصر حيزا واسعا من مساحات البحث في أوساط الباحثين ورجال القانون، وذلك ارتباطا بالمتغيرات والتحولات التي شهدتها المجتمع الدولي خلال العقدين الماضيين حيث برزت عدة مفاهيم من قبيل، النظام العالمي الجديد، العولمة، التدخل الإنساني.. الخ، والتي أدت إلى تضيق مفهوم السيادة الوطنية وإخراج بعض العناصر التي تكونها من المجال الوطني إلى المجال الدولي.

رغم أن المجموعة الدولية قامت منذ القدم على مبادئ راسخة لا يمكن تجاوزها، أهمها مبدأ احترام الدول وعدم التدخل في شؤونها، وقد أقر هذه المبادئ ميثاق منظمة الأمم المتحدة التي تعتبر بمثابة برلمان عالمي، حيث اعتبر واضعو الميثاق مبدأ السيادة مبدأ مقدس لا يمكن خرقه إلا بما يتيح الميثاق نفسه، نظرا لأهميته في توازن العلاقات الدولية وتفادي التجاوزات التي قد تتسبب في نزاعات بين لدول.

لعل من أهم العوامل التي أدت إلى تقليص سيادة الدول في الواقع الراهن، عدم وجود حد فاصل بين ما يعتبر شأن دولي وما يعتبر شأن داخلي للدولة، بالإضافة إلى بروز أشخاص قانونية تنافس دور الدولة في العلاقات

* المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة.

الدولية مثل المنظمات الإقليمية والمنظمات الحكومية وغير الحكومية وتطور وسائل الإعلام وتكنولوجيا الاتصال، حيث بدأت حدود السيادة الوطنية تضيق شيئاً فشيئاً بعد نهاية الحرب الباردة وانهيار نظام القطبية الثنائية وبروز قضايا دولية جديدة وخطيرة في الوقت نفسه وهي مشاكل كلها ناجمة عن التحولات الديمقراطية وانتهاك حقوق الإنسان والصراعات العرقية ومشاكل البيئة والإرهاب والجريمة المنظمة وهي مشاكل تتعدى بطبيعتها حدود الدولة، عندما لا تستطيع الدولة وحدها مكافحتها والتغلب عليها، مما ساد الاعتقاد بضرورة تدخل قوى جديدة إلى جانب الدولة لمساعدتها على حل هذه المشاكل باعتبارها قضايا تهم المجتمع الدولي، الذي له الحق في اتخاذ إجراءات تأديبية عن طريق هيئة الأمم المتحدة.

من جهة أخرى تصدير أفكار العولمة التي تجعل من العالم قرية كونية أثر كثيراً على المفهوم التقليدي للسيادة، إذ أن محو الحدود الوطنية يؤدي إلى تقليص حدود سيادة الدولة الوطنية وتهميش دورها بحيث تصبح أمور الدولة شأنًا تتقاسمه الدولة نفسها مع المؤسسات والمنظمات الدولية.

أمام هذه المشاكل التي أدت إلى تفويض مبدأ مفهوم السيادة الوطنية، فهل يواكب المفهوم التقليدي للسيادة المستجدات والتغيرات الدولية الراهنة؟ أم لا بد من مفهوم جديد للسيادة يتماشى وهذا الواقع؟ وأين منظمة الأمم المتحدة وميثاقها من كل هذا؟

على هدي ما تقدم قسمت هذه الدراسة إلى جزئين، حددت في الجزء الأول مفهوم السيادة بين القانون الدولي التقليدي والقانون الدولي المعاصر، من خلال تناول التطور القانوني لمفهوم السيادة وكيف تراجع من المفهوم المطلق إلى المفهوم النسبي وخصصت الجزء الثاني لدراسة المجال المحدود للدولة في ظل القانون الدولي المعاصر، حيث تعرضت إلى جدلية العلاقة بين ما يدخل في السلطان الداخلي للدولة وما يعتبر شأنًا واختصاصًا دوليًا وعرجت على نطاق السيادة في واقع العلاقات الدولية الراهنة.

وخاتمة في الأخير رصدت فيها النتائج المتوصل إليها من خلال تحليل النقاط السابقة.

أولاً : مفهوم مبدأ السيادة بين القانون الدولي التقليدي

والقانون الدولي المعاصر

تعد السيادة احد أهم مبادئ القانون الدولي وإحدى المقومات الأساسية التي تبنى عليها نظرية الدولة في الفكر السياسي والقانوني، والأساس الذي تقوم عليه العلاقات الدولية، حيث تضمن للدولة وجودها واستقلالها السياسي ومساواتها مع كيانات المجتمع الدولي الأخرى.

ومع نهاية الحرب الباردة، وانهيار الاتحاد السوفياتي، اختل توازن القوى، وشهدت الساحة الدولية تحولات أدخلت عدة مفاهيم جديدة إلى قاموس القانون الدولي، مما أسس البعض لبداية مرحلة جديدة للعلاقات الدولية.

على غرار هذا التحول، أصبح مفهوم السيادة وممارسته على أكثر من صعيد تحت تأثير هذه المفاهيم مما أوحى بتراجع المفهوم التقليدي للسيادة إلى مفاهيم حديثة بدأت تلوح في الأفق.

من هذا المنطلق بحثت في هاته النقطة مفهوم السيادة بين الفكر التقليدي والفكر المعاصر، من خلال؛ أولاً : تحديد ماهية مفهوم السيادة، وثانياً : الأساس القانوني لمبدأ السيادة.

1 - تحديد ماهية مفهوم السيادة

السيادة مفهوم قانوني سياسي يتعلق بالدولة باعتباره أحد أهم خصائصها وشروطها الأساسية، إذ لا يمكن اعتبار أي كيان سياسي دولة، إذا لم تكن ذات سيادة.

وقد مرت نظرية السيادة بمراحل عديدة، فبعد أن كان نطاق سيادة الدولة على إقليمها وشعبها مطلقاً، فإن تطور العلاقات الدولية على مر العصور عدّل من هذا الإطلاق ليجعلها أمر نسبي.

ولتبيان هذا التحول في مفهوم السيادة، لابد من استعراض الأصول التاريخية لمفهوم السيادة، ثم تبيان الإطار المفاهيمي لمبدأ السيادة.

1-1 . تطور الأصول التاريخية لمفهوم السيادة

ارتبط ظهور مبدأ السيادة، باسم الفيلسوف الفرنسي جان بودان (Jean

(Bodin)، الذي يعتبر أول من بلور نظرية السيادة في كتابه المعنون (الكتب الستة للجمهورية) سنة 1576، حيث وصف السيادة بأنها «سلطة الجمهورية العليا والمطلقة والأبدية»، كما فرق لأول مرة بين مصطلح السيادة ومصطلح الدولة، إذ أكد أن السيادة عنصر جوهري في الدولة الذي تظهر بظهورها وتزول بزوالها⁽¹⁾.

كما أن فكرة الإطلاق في تسيير شؤون الرعية من طرف الملوك جعلت من فكرة السيادة شيئا مقدسا لا يمكن المساس به، خصوصا بعدما سيطرت الكنيسة على نظام الحكم وانتشر نظام الإقطاع بشكل واسع بالإضافة إلى أن الديانة المسيحية برزت بقوة في تبرير السلطة الروحية فكان البابا يتمتع بالسلطة الروحية والعقائدية، في حين أن الإقطاع يسير شؤون المقاطعة الداخلية، والإمبراطور هو صاحب السلطة السياسية⁽²⁾.

وجاء تجسيد مبدأ السيادة في القانون الدولي العام مع انبثاق الدولة القومية في أوروبا بعد معاهدة وستفاليا التي أنهت حرب الثلاثين عاما الدينية في القارة الأوروبية، وقد شكلت هذه المعاهدة بداية للقانون الدولي المعاصر وأرست العديد من المبادئ أهمها، إقرار مبدأ سيادة الدولة والاعتراف بتساوي الدول في السيادة بغض النظر عن عقائدها الدينية ونظام حكمها⁽³⁾.

وبدا مبدأ السيادة يتطور، فبعد أن كان يرتبط بالحكام أصبح يرتبط بالشعب في الدولة باعتبار الشعب صاحب السلطة والحكام يمثلونه رسميا داخليا وخارجيا.

وقد هيمن مفهوم السيادة على العلاقات بين دول القارة الأوروبية خلال القرن الثامن عشر والنصف الأول من القرن التاسع عشر، وانتشر فيما بعد ليشمل جميع دول العالم مع تطور العلاقات بين الدول نتيجة تقدم وسائل الاتصال خصوصا بعد الثورة الصناعية وإفرازاتها، حيث ظهرت نتيجة لذلك

(1) بن عامر التونسي، قانون المجتمع الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات، الجامعة الجزائرية 1998، ص 190.

(2) بوراس عبد القادر، نظرية السيادة المحدودة في مفهوم حق أو واجب التدخل الإنساني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2004 ص 6.

(3) بن عامر التونسي، قانون المجتمع الدولي المعاصر، مرجع سابق، ص 40، 41.

العديد من الاتفاقيات تعزز احترام مبدأ السيادة والمساواة بين الدول وتطورت إلى أن وصلت إلى مرحلة التنظيم الدولي الحالي، حيث برزت منظمات دولية عالمية وإقليمية لها شخصيتها المستقلة والتي أكدت في موثيقها على احترام مبدأ سيادة الدول ومنع التدخل في شؤونها الداخلية⁽¹⁾، حيث تبنى ميثاق منظمة الأمم المتحدة الموقع سنة 1945 هذا المفهوم في نص الفقرة الأولى من المادة الثانية، مما جعل مبدأ السيادة يكتسي أهمية على الصعيدين الداخلي والدولي.

وقد صمد مبدأ السيادة وشكل قاعدة إلزامية من قواعد القانون الدولي، إلا أن مضمونه عرف تطورا طبقا لتطور العلاقات بين الدول والتغيرات المصاحبة لثورة التكنولوجيا، حيث أن مبدأ السيادة بدأ يتغير مضمونه وحدوده بإخضاعه لبعض القيود لصالح المجتمع الدولي بحكم اتفاقيات دولية تعقدتها الدولة أو بحكم قرارات المنظمات الدولية، ونتيجة لذلك لم تعد السيادة التي تتمتع بها الدولة مطلقة، لذا نجد الفقه والقضاء الدوليين مع مطلع القرن العشرين قد رفضا الاستمرار في ممارسة فكرة السيادة المطلقة كأساس للعلاقات الدولية وتبنى مبدأ السيادة النسبية المحدودة بقواعد العلاقات الدولية وما تفرضه متطلبات الحفاظ على السلم والأمن الدوليين⁽²⁾.

1- 2. الإطار المفاهيمي لمبدأ السيادة

السيادة وضع قانوني ينسب للدولة عند توافرها على مقومات مادية من شعب وإقليم وسلطة حاكمة، وهي تمثل ما للدولة من سلطان تواجه به الأفراد داخل إقليمها وتواجه به الدول الأخرى على المستوى الدولي.

وقد اصطبغت نظرية السيادة في العصر الحديث بمفاهيم جديدة وانتقادات جوهرية، لعدم اتفاقها مع المتغيرات الدولية الراهنة حيث اتجه مفهوم السيادة في الوقت الحاضر نحو منحى جديد يتناسب والتحويلات الدولية الراهنة.

من أجل معالجة هذا الاختلال في مفهوم السيادة نتعرض إلى المفهوم

(1) مسعد عبد الرحمن زيدان قاسم، تدخل الأمم المتحدة في النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، النار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003 ص 493.

(2) بوراس عبد القادر، مرجع سابق، ص 10.

الكلاسيكي (التقليدي) للسيادة ثم نتعرف على المفهوم الحديث لها.

1.2.1 المفهوم الكلاسيكي للسيادة

يعبر الطرح الكلاسيكي للسيادة عن تمركز السلطة المطلقة في يد الملوك والحكام، أي أن سلطة الدولة في الداخل والخارج لا يعلوها أي سلطة وهو ما ذهب إليه جان بودان بقوله: «السيادة هي السلطة العليا على المواطنين والرعايا والتي لا تخضع للقوانين».

فالسيادة عند بودان هي أمر مطلق، وهي لا تقتصر على منع تدخل الدول الأخرى في شؤون الدولة بل تعطي للحاكم سلطة مطلقة لا يحدها أي قيد.

وعليه السيادة في معناها العام تكريس الدولة لسلطتها العليا على إقليمها بأن تمارس اختصاصاتها بكل حرية وفي جميع الميادين بما ينفي أي تدخل في شؤونها⁽¹⁾.

وقد اتجهت محكمة العدل الدولية نفس الوجة في قضية «مضيق كورفو» سنة 1949 بقولها: «السيادة بحكم الضرورة هي ولاية الدولة في حدود إقليمها ولاية انفرادية ومطلقة وأن احترام السيادة الإقليمية فيما بين الدول المستقلة يعد أساسا جوهريا من أسس العلاقات الدولية».

كما أكد الدكتور إبراهيم محمد العناني نفس الطرح في تعريفه للسيادة بأنها «سلطة الدولة العليا على إقليمها ورعاياها واستقلالها عن أي سلطة أجنبية وينتج عن هذا أن يكون للدولة كامل الحرية في تنظيم سلطتها التشريعية والإدارية والقضائية وأيضا لها كل الحرية في تبادل العلاقات مع غيرها في العمل على أساس من المساواة الكاملة بينها»⁽²⁾.

السيادة إذن في ظل النظرية التقليدية مطلقة ولا يمكن تقييدها بحدود، ولا ينازع السلطة فيها أي كيان آخر، حيث أصبحت السيادة مفهوما شكليا مجردا متمثلا في قدرة الدولة على إعطاء الأوامر مع عدم تلقيها لها من أي سلطة أخرى.

(1) مقال جماعي، مجلة المختار، مجلة شهرية تصدر عن المجلس السياسي لحركة مجتمع السلم العدد 05، الجزائر 2004، ص 09.

(2) إبراهيم محمد العناني، التنظيم الدولي، النظرية العامة، دار الفكر العربي، 1982، ص 25.

ونشير في الأخير إلى أن المفهوم التقليدي للسيادة أو مفهوم السيادة المطلقة بدأ يتراجع لعدم تمييزه بين مضمون السيادة وكيفية ممارستها، حيث أن مفهوم السيادة المطلقة قد البس السيادة صفة مجردة لا تتلاءم وتطور الحياة الدولية.

2.2.1 المفهوم الحديث للسيادة

إن المفهوم الحديث للسيادة يبتعد كثيرا عن مفهوم الفكر التقليدي لها، فالدولة تحدد موقفها إزاء الغير في مختلف القضايا التي تعالجها، وهذه الحرية تتجاوز إقليمها، إذ تضع القواعد الرئيسية لسيادتها الخارجية⁽¹⁾.

إذ التغير الناتج عن انتقال السيادة من الملوك والحكام إلى الشعوب باعتبار الشعب مصدر السلطة، نتج عنه نقل مفهوم السيادة من الجانب السلبي المتمثل في رفض الامتثال لأي سلطة خارجية إلى جانب ايجابي يتمثل في إدارة الدولة لشؤونها الداخلية والخارجية وفقا لمصلحتها الوطنية⁽²⁾.

نظرا للتطور الاجتماعي الدولي انعكس ذلك على تطور مفهوم السيادة، إذ الانتقال من العزلة إلى حالة التضامن ظهر في شكل علاقات تعاون بين أعضاء المجموعة الدولية لمواجهة المصالح الوطنية المتزايدة، بحيث تم التخلي عن بعض الحقوق السيادية وفقا لما يتطلبه الصالح العام الدولي، وهو ما تطلب تغيير وظيفة الدولة التقليدية المكلفة بالحراسة والأمن إلى وظيفة جديدة تقوم على تحقيق الخير لمواطنيها وجميع البشر بفعل انتشار قيم جديدة في المجتمع الدولي من أهمها تحقيق السلم والأمن الدوليين⁽³⁾.

ولعل أهم عامل ساعد على تراجع مفهوم السيادة التقليدي، ذلك

(1) زينه جان دوبوي، القانون الدولي، ترجمة سموحي فوق العادة، دار منشورات عويدات، الطبعة الأولى، 1973 ص 53.

(2) نشير في هذا الصدد أن هناك جانب فقهي يدعو إلى إلغاء فكرة السيادة، حيث كتب مورللي في هذا المعنى قائلا: ربما كان مفهوم السيادة مقيدا في القرن الخامس عشر، أما اليوم فلم يعد له أي معنى، ويضيف يجب إلغاء مفهوم سيادة الدولة بكل بساطة وبشكل كلي من القانون الدولي، إذ انه يشكل امتدادا مجردا لمفهوم لم يعط أبدا تعريفا واضحا ويظهر تناقضا كاملا مع تطور المجتمع الدولي.

(3) محمد يعقوب عبد الرحمن، التدخل الإنساني في العلاقات الدولية، الطبعة الأولى، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، الإمارات العربية المتحدة، 2004 ص 74.69.

الاهتمام بالفرد بعد الحرب العالمية الثانية من خلال ظهور عدة مبادئ موجهة لحماية الفرد باعتباره إنسان، من قبيل المسؤولية الدولية عن الجرائم ضد الإنسانية، إنشاء محاكم دولية لمحاكمة المجرمين مهما كانت صفتهم، التدخل الدولي الإنساني لمنع انتهاك حقوق الإنسان، وهنا لم يعد بوسع الدول خرق حقوق الإنسان تحت مظلة مبدأ السيادة المطلقة.

في هذا الإطار أعطى السيد كوفي عنان - الأمين العام للأمم المتحدة - مفهوما للسيادة قدمه إلى الجمعية العامة في دورتها الرابعة والخمسين يعكس هذا التحول الذي طرأ على سيادة الدول مضمونه « أن السيادة لم تعد خاصة بالدول القومية التي تعتبر أساس العلاقات الدولية المعاصرة، ولكن تتعلق بالأفراد أنفسهم، وهي تعني الحريات الأساسية لكل فرد والمحافظة من قبل ميثاق الأمم المتحدة ».

كما برر الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة في تقريره سنة 1998 هذا التحول الذي طرأ على مفهوم السيادة في ظل النظام العالمي الجديد بقوله : « أن مفهوم سيادة الدول يمر في جوهره وفي معناه العميق بعملية تحول كبرى، لا تعود فقط إلى وقوعه تحت ضغط قوى العولمة والتعاون الدولي، فالدول تنظر إليها الآن باعتبارها أدوات في خدمة شعوبها وليس العكس » مستخدما عبارة « سيادة الفرد أو الإنسان » وقد طالب بإيجاد تعريف جديد لمفهوم المصلحة الوطنية يتناسب ومتطلبات القرن الحادي والعشرين⁽¹⁾.

وقد عبر الأمين العام السابق السيد بطرس بطرس غالي عن مفهوم السيادة في تقريره الذي قدمه في اجتماع القمة لمجلس الأمن الدولي بتاريخ 31 / 01 / 1992 بقوله : « أن احترام صميم سيادة الدولة وسلامتها هو أمر حاسم لتحقيق أي تقدم دولي مشترك بيد أن زمن السيادة المطلقة الخالصة قد مضى، فالنظرية هنا لم تعد تنطبق على الواقع، ومهمة قادة الدول اليوم هي تفهم هذا الأمر وإيجاد توازن بين حاجات الحكم الداخلي ومتطلبات عالم يزداد ترابطا يوما بعد يوم، فالتجارة والاتصالات والأمور البيئية تتعدى

(1) عبد الوهاب عبد الله، سيادة الدولة ودورها في العلاقات الدولية، الندوة الفكرية السابعة عشر بعنوان (أي دور للدولة في القرن الحادي عشر)، منشورات مركز الدراسات والتكوين، المجمع الدستوري الديمقراطي، تونس، 2005.

الحدود الإدارية. . . ، ويكمن احد متطلبات حلول هذه المشاكل في التزام حقوق الإنسان. . . (1).

هكذا لم يعد مبدأ السيادة المطلقة الذي جسده معاهدة وستفاليا قادرا على تحقيق هدفه في الحفاظ على السلم والأمن الدوليين في ظل المتغيرات الدولية الراهنة، في حين أن الصيغة النسبية للسيادة تحقق الصالح العام على الصعيدين الداخلي والدولي، سيما أن الدولة ملتزمة في ممارستها لمظاهر سيادتها بالقانون الدولي وما يتضمنه من التزامات (2).

2 - الآثار المترتبة على مبدأ السيادة

يترتب على مبدأ السيادة مجموعة من الآثار على الصعيدين الداخلي والدولي، فعلى الصعيد الداخلي للدولة الحق في التصرف في مواردها وثرواتها الطبيعية ولها الحق في اتخاذ كل التدابير التي تراها مناسبة حيال الأشخاص المتواجدين على إقليمها.

أما على الصعيد الدولي فلها حق إبرام الاتفاقات مع الدول الأخرى وتبادل التمثيل الدبلوماسي والقنصلي إلى غير ذلك من حقوقها الدولية المنبثقة عن مبدأ السيادة.

وفي المقابل تلتزم الدولة اتجاه المجموعة الدولية بالامتناع عن التدخل في شؤون الدول الأخرى بكل ما من شأنه أن ينقص هذه السيادة.

كما أن الدول جميعها دون تمييز متساوية قانونا في الحقوق والواجبات التي تتمتع بها، حتى ولو كانت هناك عوامل اختلاف بينها كالكثافة السكانية أو المساحة الجغرافية أو الموارد الاقتصادية. .. الخ.

على هذا الأساس ركزت في هذا الصدد على مبدئين أساسيين يتصلان اتصالا مباشرا بمبدأ سيادة الدولة وكذلك باعتبارهما الأكثر انتهاكا في واقع العلاقات الدولية الحالية هما عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول ومبدأ المساواة بين الدول في السيادة.

(1) محمد المجنوب، مسؤولية الأمم المتحدة عن توفير الحماية الدولية لحقوق الإنسان، محاضرة أُلقيت بمؤتمر كلمة سواء السنوي الثالث بحثا عن حق الإنسان ، مركز الإمام موسى الصدر للأبحاث والدراسات، 1998.

(2) محمد يعقوب عبد الرحمان، التدخل الإنساني في العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص 77.

2 - 1 - عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول

يحظر القانون الدولي تدخل أية دولة في الشؤون الداخلية لدولة أخرى، فالدولة حرة في اختيار وتطوير نظامها السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي دون أي تدخل من جهة أخرى.

هذا ما أكدته ميثاق الأمم المتحدة في نص الفقرة السابعة من المادة الثانية منه بالقول: « ليس في هذا الميثاق ما يسوغ للأمم المتحدة أن تتدخل في الشؤون التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما، وليس فيه ما يقتضي الأعضاء أن يعرضوا مثل هذه المسائل لأن تحكم بحكم هذا الميثاق، على أن هذا المبدأ لا يخل بتطبيق تدابير القمع الواردة في الفصل السابع»⁽¹⁾.

ويميز الباحثون بين شكلين لعدم التدخل، عدم تدخل الدول في الشؤون الداخلية للدول الأخرى، وعدم تدخل الأمم المتحدة في الشؤون التي تعتبر من صميم السلطان الداخلي، فالشكل الأول واضح من خلال ميثاق الأمم المتحدة الذي نص في الفقرة الرابعة من المادة الثانية منه عن امتناع الدول الأعضاء في علاقاتهم الدولية عن اللجوء إلى استخدام القوة أو التهديد به ضد الوحدة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لأية دولة⁽²⁾.

في حين الشكل الثاني لعدم التدخل يجد مصدره في نص الفقرة السابعة من المادة الثانية من الميثاق، إلا أن المشكل يكمن في عدم إيجاد معيار قانوني لتحديد ما يعتبر شائنا يدخل في الصميم الداخلي للدولة وما يخرج عن ذلك ويعتبر شائنا دوليا، وهو ما سوف أتناوله بشيء من التفصيل في النقطة الثانية من هذه الدراسة.

وقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة عددا من التوصيات لمنع تدخل الدول في الشؤون الداخلية للدول الأخرى منها⁽³⁾:

1 / إعلان عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول وحماية

(1) سعد حقي توفيق، مبادئ العلاقات الدولية، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الأردن 2004، ص 388.

(2) حسين حنفي عمر، التدخل في شؤون الدول بذريعة حماية حقوق الإنسان، الناشر دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة 2005 ص 27 - 30 .

(3) بكرا إدريس، مبدأ عدم التدخل في القانون الدولي المعاصر، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 1983 ص 142 - 150.

استقلالها وسيادتها رقم 2131 بتاريخ 1965/12/21 أين أكدت على تحريم كل أشكال التدخل والامتناع عن السماح أو مساعدة أو تمويل كافة النشاطات المسلحة لتغيير نظام الحكم في دولة أخرى.

2 / إعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول وفقاً لميثاق الأمم المتحدة رقم 2625 بتاريخ 1974/10/24 الذي نص على أنه « ليس لدولة أو مجموعة من الدول الحق في التدخل المباشر أو غير المباشر ولأي سبب كان في الشؤون الداخلية أو الخارجية لدولة أخرى ونتيجة لذلك اعتبار ليس فقط التدخل العسكري بل أيضاً كل أنواع التدخل أو التهديد الموجه ضد مكوناتها السياسية أو الاقتصادية أو الثقافية مخالفاً للقانون الدولي ».

3 / إعلان عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية بجميع أنواعه رقم 36 / 103 بتاريخ 1981/12/09 الذي حدد حقوق الدول في السيادة وحريتها في اختيار نظامها السياسي والاجتماعي وواجباتها في الامتناع عن جميع أشكال التدخل التي تهدد حقوقها.

كما تم إدراج مبدأ عدم التدخل في مواثيق المنظمات الإقليمية والجهوية⁽¹⁾، إذ ورد في ميثاق جامعة الدول العربية في نص المادة الثامنة منه ما يشير إلى احترام سيادة الدول وعدم التدخل في شؤونها الداخلية قولها « .. تحترم كل دولة من الدول المشتركة في الجامعة نظام الحكم القائم في دول الجامعة الأخرى وتعتبره حقاً من حقوق تلك الدول، وتتعهد بان لا تقوم بعمل يرمي إلى تغيير ذلك النظام ».

من خلال النص يظهر احترام مبدأ عدم جواز التدخل في شؤون الدول الأخرى عن طريق الالتزام باحترام حق اختيار النظام من طرف الدول الأعضاء في الجامعة باعتباره من الأمور الداخلية بالإضافة إلى الامتناع عن القيام بأي عمل من شأنه تغيير هذا النظام.

وفي ميثاق الاتحاد الإفريقي نصت المادة الثانية في فقرتها الثانية على ضرورة امتناع الدول عن التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى، أما في الفقرة الخامسة فدعت إلى نبد كل أشكال التدخل بما فيها رفض كل

(1) حسين حنفي عمر، مرجع سابق، ص 16 .

النشاطات الموجهة ضد دولة افريقية أو دولة أخرى.

أما في ميثاق منظمة الدول الأمريكية، فقد نصت المادة 15 من الميثاق على أنه « لا يحق لأي دولة أو مجموعة من الدول أن تتدخل بصورة مباشرة أو غير مباشرة سواء في الشؤون الداخلية أو الخارجية لدولة أخرى أن هذا المبدأ يحرم اللجوء إلى القوة المسلحة وكذلك كافة أشكال التدخل أو كل الاتجاهات الرامية إلى انتهاج شخصية الدولة أو عناصرها السياسية والاقتصادية والثقافية».

وقد ساهمت المنظمة في تعزيز احترام أحكام مبدأ عدم التدخل خصوصا بعد المصادقة على اتفاقية « مونتيفيدو » في 1993/12/26 المتعلقة بحقوق وواجبات الدول.

كما تعرض القضاء الدولي لهذا المبدأ بإسهاب⁽¹⁾، إذ جاء في حكم محكمة العدل الدولية سنة 1949 في قضية « مضيق كورفو » انه لا يمكن اعتبار حق التدخل المزعوم سوى مظهر من مظاهر سياسة القوة التي استخدمت استخداما سيئا في الماضي بشكل خطير، أي أن المحكمة اعتبرت حق التدخل الفردي الذي يتم دون موافقة المنظمة الدولية محظور وغير مشروع.

وفي رأي لها أيضا في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في « نيكاراغوا » سنة 1986 أدانت تدخل الولايات المتحدة الأمريكية في نيكاراغوا بحجة إرغام هذه الأخيرة على تنفيذ التزاماتها الداخلية التي تعهدت بها أمام منظمة الدول الأمريكية.

انطلاقا من الطرح السابق تتجلى أهمية هذا المبدأ في الحفاظ على سيادة الدولة كونه يعبر عن نظام قانوني دولي يحكم سلوك الدول ويضمن سبل التعايش بينها، كما يضمن عدم المساس بالوحدة الترابية واستقلال الدول.

على الرغم من أهمية مبدأ عدم التدخل في العلاقات الدولية إلا أن الممارسات الدولية كشفت عن عدم تقيد الدول به بحيث بدأ يفقد موضوعه

(1) محمد يعقوب عبد الرحمان، التدخل الإنساني في العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص 82.

وانعكست عليه التغييرات التي طرأت على مفهوم السيادة، الأمر الذي احدث جدلا في تفسيره، خصوصا أن مضمونه طبقا لنص المادة 2 / 7 يحمل في طياته طابعا سياسيا وبالتالي فتطبيقه والالتزام به أمر صعب، سيما وان شرعية التدخل من عدمه تقوم على الإرادة السياسية للدولة فحينما يتم التدخل ضد الإرادة السياسية للدولة يكون عملا عدوانيا محظور وغير شرعي أما عندما يتم التدخل بناء على رضا الحكومة وموافقتها أو بطلب منها في هذه الحالة يكون التدخل عملا مشروعاً.

وفي هذا الصدد تضمنت الفقرة السابقة دائما إشارة إلى الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم التدخل طبقا لمقتضيات الفصل السابع من الميثاق والتمثلة في تدابير الأمن الجماعي التي تقوم به الأمم المتحدة إلى جانب الدفاع الشرعي حيث يعتبر التدخل مشروعاً مادامت الغاية منه حفظ السلم والأمن الدوليين.

2 - 2 - المساواة في السيادة بين الدول

نتيجة لمبدأ السيادة تتمتع الدول بحق المساواة، والمقصود بحق المساواة، المساواة أمام القانون الدولي مثلما يتساوى أفراد الدولة أمام قانونها الداخلي، وبالتالي فلهم نفس الحقوق وعليهم نفس الواجبات ولا تفضيل لدولة على أخرى حسب عدد سكانها أو مواردها أو قوتها العسكرية. .. الخ.

فحق السيادة حق ثابت للدول بمقتضى نصوص الميثاق والمؤتمرات الدولية⁽¹⁾، حيث جاء في إعلان حقوق وواجبات الأمم الذي اقره اتحاد القانون الدولي بتاريخ 1919/11/11 على أن «الدول متساوية أمام القانون وتفترض هذه المساواة القانونية تعاونها سويا في تنظيم مصالح الجماعة الدولية، وان كانت لا تستلزم سوية مساهمتها بنصيب واحد في تكوين نشاط الهيئات التي تتولى هذه المصالح».

كما ذهبت اتفاقية مونتيفيديو المبرمة بين الدول الأمريكية إلى تمتع الدول جميعها بنفس الحقوق والواجبات بحيث تستند هذه الحقوق إلى وجودها كشخص من أشخاص القانون الدولي.

وقد أكدت منظمة الأمم المتحدة في نص المادة الثانية الفقرة الأولى

(1) علي الصادق أبو هيف، القانون الدولي العام، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة ص 199.

من الميثاق على مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضائها.
ويترتب على مبدأ المساواة في السيادة العديد من النتائج القانونية أهمها⁽¹⁾ :

1 / ليس لأي دولة أن تملي إرادتها في أي شأن من الشؤون على دولة أخرى ذات سيادة ولكل دولة أن ترفض أي طلب موجه إليها من حكومة أجنبية لا تلتزم به بموجب ما تمليه عليها واجباتها الدولية أو ما تعقد من اتفاقات خاصة.

2 / للدول حق التصويت في المجالس والهيئات الدولية التي تشترك فيها، ولها صوت واحد أيًا كان مركز الدولة وتساوى أصواتها من حيث القيمة القانونية ولا تكون القرارات التي تتخذ في المؤتمرات ملزمة إلا إذا وافقت عليها الدول الممثلة جميعا، وإن كان يكفي أحيانا في المنظمات الدولية بأغلبية الأصوات ومرد ذلك إلى إتفاق جماعي سابق بين الدول التي أقرت ميثاق الهيئة أو المنظمة، إلا أن استخدام حق النقض (الفيتو) وحق تعديل الميثاق في مجلس أمن منظمة الأمم المتحدة الذي تتمتع به الدول دائمة العضوية ولا تتمتع به الدول الأعضاء الأخرى جعل من مبدأ المساواة مبدأ نسبيا وليس مطلقا.

كما يترتب على مبدأ المساواة في السيادة نتائج أخرى منها مثلا، إستعمال الدولة في إتصالاتها مع الدول الأخرى لغتها الخاصة، وليس لأية دولة أن تشترط ذكر اسمها قبل غيرها في المعاهدات الدولية التي تكون طرفا فيها، كما ليس لأي دولة طلب لنفسها حق التقدم والصدارة على غيرها استنادا إلى مركزها السياسي أو نفوذها أو قوتها العسكرية، ضف إلى ذلك عدم خضوع أي دولة في تصرفاتها إلى قضاء دولة أجنبية إلا في حالات استثنائية⁽²⁾.

خلاصة القول أن مبدأ المساواة في السيادة بين الدول كما اقره ميثاق

(1) مرجع نفسه ص 200، 201.

(2) من بين هذه الحالات :

- قبول الدولة لاختصاص القضاء الأجنبي صراحة.

- إذا كان للدول عقارات في إقليم اجنبي فالعقار يحكمه قانون موقعه

- الأعمال ذات الصفة التجارية التي تقوم بها الدولة في إقليم أجنبي كالصفقات التجارية أو استغلال النقل بالسكك الحديدية.

الأمم المتحدة ليس مطلقا خصوصا في واقع العلاقات الدولية الراهنة، إذ هناك حقوق تتمتع بها دول لا تتمتع بها دول أخرى خصوصا بعد انتهاء الحرب الباردة واختلال موازين القوى مما يمكن معه التأكيد بعدم وجود مساواة فعلية بين الدول.

ثانيا : المجال المحجوز للدولة في ظل القانون الدولي المعاصر

السيادة الوطنية في معناها العام هي ما يدخل في الصميم الداخلي لكل دولة، إلا أن الصميم الداخلي للدولة لم يعد محمدا بدقة خصوصا بعد انتهاء الحرب الباردة إذ لا يوجد حد فاصل بين ما يعتبر شانا دوليا وما يعتبر من صميم السلطان الداخلي للدولة.

كما أن ما يشمله الصميم الداخلي للدولة في ظل القانون التقليدي لم يعد كذلك في ظل التغيرات الدولية الراهنة، كموضوع حماية حقوق الإنسان الذي أصبح شانا تهتم به المجموعة الدولية وتجعل منه مسألة دولية، سيما بعد ربطها بمسألة تهديد السلم والأمن الدوليين، مما انعكس على فكرة السيادة الوطنية المرتبطة بالمجال المحجوز للدولة.

على هذا الأساس نأتي إلى دراسة العلاقة بين الاختصاص الداخلي والاختصاص الدولي ثم نبين نطاق السيادة في واقع العلاقات الدولية الراهنة.

1 - العلاقة بين الاختصاص الداخلي والاختصاص الدولي

إن خلو ميثاق الأمم المتحدة من تعريف واضح للسلطان الداخلي جعل من الصعب تحديد المسائل التي تدخل في الاختصاص الداخلي والاختصاص الدولي (1).

وتفاديا لاحتمال حدوث نزاع بسبب الخلط بين الاختصاص الداخلي للدول والاختصاص الممارس من طرف الأمم المتحدة، حاول الميثاق في نص مادته الثانية الفقرة السابعة النص على « ليس في هذا الميثاق ما يسوغ للأمم المتحدة أن تتدخل في الشؤون التي تكون من صميم الاختصاص الداخلي لدولة ما. . . » (2).

(1) محمد المجذوب، التنظيم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت 2002، ص 202.

(2) محمد السعيد الدقاق، مصطفى سلامة حسن، المنظمات الدولية المعاصرة، الناشر منشأة المعارف،

لكن المشكل المطروح يتمثل في صعوبة إيجاد معيار فاصل بين ما يعد شائنا داخليا للدولة وبين ما يعد اختصاصا دوليا، سيما وأنها مسألة مهمة لاتصالها الوثيق بنطاق السيادة الوطنية من جهة ومن جهة أخرى انعكاساتها على تطور القانون الدولي، إذ اخرج التعامل الدولي جملة من المواضيع من المجال الداخلي إلى المجال الدولي وهذا في سبيل تحقيق حماية السلم والأمن الدوليين وتجلى هذا الأمر واضحا في تزايد الاهتمام الدولي بحقوق الإنسان واعتبارها مسألة دولية، وانطلاقا من هذا المبدأ بدأ التداخل يظهر جليا بين ماهو دولي وماهو وطني وبات من الضروري إيجاد معايير للفرقة بين الاختصاصين.

1 - 1 - معايير التفرقة بين الاختصاص الداخلي والاختصاص الدولي

يصعب إيجاد معيار فاصل بين ما يعتبر من قبيل المسائل التي تدخل في المجال المحفوظ للدولة وبين ما يدخل في المجال الدولي.

وقد تعرض عدد من الفقهاء لمناقشة هذا الموضوع حيث نجد الفقيه جيلنيك (jellinek) أول من تعرض لموضوع الاختصاص الداخلي في نظريته « اختصاص الاختصاص » **compétence de la compétence** في القرن التاسع عشر والتي تعني أن سلطة الدولة غير مقيدة بالمسائل التي تدخل في اختصاصاتها فلها كامل الحرية في اختيار أي شأن من شؤونها الداخلية⁽¹⁾، وفي هذا الصدد فالمجال المحجوز للدولة هو المجال المتروك للتنظيم الداخلي للدولة أو انه لم ينظم بقواعد دولية.

وذهب جانب آخر إلى القول انه المجال الذي تتمتع الدولة فيه بسلطة حرة من كل قيد من القانون الدولي أو سلطات دولة أخرى، وذهب رأي ثالث إلى القول بأنه المجال الذي لا يدخل في النطاق الدولي والرعاية الدولية وبالتالي فهو يختلف من دولة لأخرى وفقا لمدى الالتزامات القانونية الدولية التي تقيده سيادة الدولة وحريتها في التقدير والعمل⁽²⁾.

الإسكندرية، بدون سنة، ص 85

(1) الجوزي عز الدين، مبدأ حق التدخل الإنساني بين اختصاصات السيادة وحقوق الإنسان، بحث لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002 ص 69.

(2) علي رضا عبد الرحمان رضا، مبدأ الاختصاص الداخلي او المجال المحجوز للدولة في ظل التنظيم

وقد تبنى مجمع القانون الدولي في 30/04/1954 توصية تضم ستة نصوص تتعلق بتحديد المسائل التي تدخل في الاختصاص الداخلي⁽¹⁾، حيث جاء في النص الأول أن «المجال المحجوز للدول هو طائفة النشاطات الوطنية التي لا يتقيد اختصاص الدولة في ممارستها بأية قيود ناجمة عن القانون الدولي، ويعتمد تحديد نطاق هذا المجال المحفوظ على القانون الدولي كما انه يتغاير وفقا لحركة تطور هذا الأخير».

كما جاء في النص الثالث منه «إذا أبرم اتفاق دولي بشأن موضوع ينتمي إلى الاختصاص المحفوظ للدول فان ذلك يحول بين أطراف الاتفاق المذكور وبين الدفع بفكرة الاختصاص الداخلي عند تفسير أو تطبيق الاتفاق».

وقد اتجهت عصبية الأمم والمحكمة الدائمة للعدل الدولي نفس وجهة مجمع القانون الدولي في تحديد المسائل المتعلقة بالاختصاص الداخلي، في انه منوط بقواعد القانون الدولي الاتفاقي والعرفي، ويكمن الاختصاص الداخلي للدولة في «مجموعة من الأمور التي تستطيع الدول التصرف بصدها بحرية كاملة دون أن يحد من قدرتها على التصرف التزام دولي عرفي أو اتفاقي».

وقد اتفق جانب كبير من الفقه على أن تحديد طبيعة موضوع ما واعتباره من موضوعات المجال المحجوز للدولة من عدمه مسألة نسبية تتحدد وفقا لكل حالة على حدى، بحيث لا يمكن وضع معيار جامع مانع يطبق في كل زمان ومكان وعلى جميع الحالات، ذلك أن مضمون هذا المجال متطور وغير ثابت وهذا وفقا لتطور العلاقات الدولية، إذ يصعب وضع تعداد للموضوعات المكونة للاختصاص الداخلي للدولة والموضوعات المكونة للاختصاص الدولي، إلا أن فريقا آخر ذهب إلى القول بإمكانية تحديد نطاق الاختصاص الداخلي وفقا لمعيار عام أو بتحديد المسائل الخاصة بالقانون الدولي، وأضاف رأي آخر إلى المعيار السابق معيار جديد يتمثل في تحقق الأهمية الدولية بخروج النزاع أو موضوعه من

الدولي المعاصر، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، 1997 ص515.

(1) محمد السعيد الدقاق، مصطفى سلامة حسن، المنظمات الدولية المعاصرة، مرجع سابق، ص 90 -

المجال المحجوز للدولة وهو ما يجعل من توافر هذه الأهمية استثناءً آخر على القيد الوارد بالفقرة السابعة من المادة الثانية من الميثاق (1).

هذا، وإذا كان معيار تحديد الاختصاص الداخلي أو الدولي أمراً نسبياً يتعلق بتطور القانون والتنظيم الدولي، فهل يمكن تحديد الجهة المخول لها ضبط معايير الاختصاص الداخلي أو الدولي؟.

في هذا الصدد يمكن القول أن أجهزة الأمم المتحدة هي من تملك تحديد نوعية الاختصاص إذا كان داخلياً أو دولياً، حيث أشار المنسق الخاص للجنة الفرعية الرابعة خلال مداوات مؤتمر سان فرانسيسكو إلى أن «كل جهاز من أجهزة الأمم المتحدة سيقوم بتفسير نصوص الميثاق المتعلقة باختصاصاته وعليه يعتبر كل جهاز من أجهزة الأمم المتحدة مسؤولاً عن تحديد ما إذا كانت مسألة ما تدخل في اختصاصه، إذا ما دفعت دولة بان مسألة ما شأنها داخلياً لها» (2).

ويذهب الفقيه «فردروس» إلى ابعث من ذلك، إذ يرى أن «الأمم المتحدة تستطيع أن تتدخل في مسألة ما بواسطة ما تصدره من قرارات وتوصيات متى كان الأمر متعلقاً من حيث المبدأ بالقانون الدولي ولا يهتم بعد ذلك أن تكون هناك قاعدة قانونية دولية وضعية تنظم هذه المسألة أم لا، بل حتى ولو كانت محكومة بالفعل بقاعدة داخلية وقد رخصت الجمعية العامة للأمم المتحدة نفسها في إصدار توصياتها في هذا الشأن لأنها قدرت تعلق المسألة من حيث المبدأ بالقانون الدولي لمساسها بحقوق الإنسان وهذا ما يسقط دفع الدولة بعدم اختصاص الأمم المتحدة بعدم التعرض لمثل هذه المسائل لتعلقها بصميم اختصاصها المحفوظ» (3).

وخلاصة القول انه من خلال انفتاح الدولة على المجتمع الدولي وظهور أفكار جديدة جعلها مضطرة لإقامة علاقات دولية في مختلف المجالات، مما فرض عليها طوعاً أن تتخلى عن بعض من سيادتها المطلقة

(1) علي رضا عبد الرحمان رضا، مرجع سابق، ص 516 - 517.

(2) عماد الدين عطا الله، التدخل الدولي في ضوء مبادئ وأحكام القانون الدولي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة 2007 ص 511.

(3) سعد حقي توفيق، مرجع سابق، ص 389.

وتبعاً لذلك تضييق اختصاصها الداخلي واتساع الاختصاص الدولي بالمقابل، مما جعل فكرة إيجاد معيار ثابت وقاطع، للتفرقة بين الاختصاصين أمر مستحيل في عالم يتطور ومقتضيات المصلحة الدولية.

1 - 2 - حقوق الإنسان تتخطى حاجز السيادة الوطنية

تعتبر مسألة حقوق الإنسان من بين أكثر المسائل التي ثار بشأنها الجدل خاصة في أوساط الفقه، حيث تباينت الآراء فيما يخص تطبيق الفقرة السابعة من المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة ومدى اعتبار موضوع حقوق الإنسان شأنًا وطنياً أم دولياً.

حيث ذهب الفقه السوفييتي ومن بينهم v. kartashkin إلى القول بأن حقوق الإنسان مسألة داخلية وأن الرقابة الدولية لنشاط الدول من أجل حقوق الإنسان وحرياته الإنسانية يجب أن تمارس باحترام سيادتها وعدم التدخل في شؤونها الداخلية كما يؤكد على أن التعاون الدولي في ميدان حقوق الإنسان لا يحتوي على رقابة متبادلة لتطبيق قواعد حقوق الإنسان إلا إذا قبلت هذه الرقابة الدول.

وربط آخرون من ذات الفقه مشكلة الاختصاص بتهديد السلم والأمن الدوليين، حيث اعتبروا حقوق الإنسان شأنًا داخلياً ولا يحق للأمم المتحدة التدخل إلا في حالة انتهاك هذه الحقوق بما يشكل تهديد السلم والأمن الدوليين.

أما رجال القانون السوفييات فذهبوا إلى عدم اعتبار حقوق الإنسان شأنًا دولياً، باعتبار أن القول بذلك يعد تدخلاً في الشؤون الداخلية للدول ومساس بسيادتها⁽¹⁾.

في حين يرى الفقه الغربي تعارض المبدأ المنصوص عليه في المادة 7 / 2 مع التزام الدول الأعضاء في المنظمة بتعزيز وحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وعليه يرى هذا الفريق بضرورة تحلي الدول بالنص السابق كلما تعلق الأمر بتطبيق اتفاقية دولية تتعلق بحقوق الإنسان، كما تستند الدول الغربية في هذا الموضوع إلى اتفاقيات هلنسكي لسنة 1975 التي

(1) داودي أونيسة، إسهامات الأمم المتحدة في حماية حقوق الإنسان، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2003 ص 106.

تؤكد على ضرورة حماية حقوق الإنسان في البلدان الموقعة على الاتفاقية، حيث تمكنت فعلا من خلال ضغوطاتها على دول أوروبا الغربية من التزام هذه الدول باحترام حقوق الإنسان⁽¹⁾.

وعلى العموم ترى غالبية الفقه ضرورة إخراج حقوق الإنسان من صميم السلطان الداخلي، بسبب ذاتية حقوق الإنسان وطابعها الموضوعي من جهة، ومن جهة أخرى باعتبار أمر الإنسانية يهم الجميع⁽²⁾، من خلال تفسير المادتين 55 و56 من الميثاق وكذلك ارتباط الدول بقواعد اتفاقية مما يؤكد تدويل حقوق الإنسان وإدخالها ضمن اختصاصات المنظمة وهو ما يسمح لأجهزتها بالتدخل، أما عن موقف القضاء الدولي من قضية حقوق الإنسان فتجلى من خلال رأيها في عدد من القضايا المرفوعة أمامها منها⁽³⁾:

- ففي قضية «ناميبيا» رأت أن استمرار سياسة التمييز العنصري هو انتهاك سافر وخطير لأهداف ومبادئ الأمم المتحدة.

- وفي قضية «برشلونة تراكشن»، ذهبت المحكمة إلى ضرورة احترام المبادئ المتعلقة بالحقوق الأساسية للإنسان بما فيها حمايته من الرق والتمييز العنصري.

- قضية «الرهائن الأمريكيين»، حيث رأت المحكمة أن تجريد الإنسان من حريته وإخضاعه لمعاملة قاسية يتعارض صراحة مع مبادئ الأمم المتحدة وكذلك مع ما ورد في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

- تفسير اتفاقيات السلام مع بلغاريا وهنغاريا ورومانيا، حيث أكدت محكمة العدل الدولية اختصاصها فيما يتعلق بانتهاك حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في كل من بلغاريا وهنغاريا ورومانيا عندما ادعت عليها الدول الفرنسية بان الحريرات الدينية والمدنية قد تعرضت للانتهاك ودفعت الدول الثلاث بان المسالة تعد شانا داخليا.

(1) يحيواي نورة بن علي، حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي والقانون الداخلي، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004 ص 158، 160.

❖ يرى الأستاذ ميشال فيرالي أن التدخل في الشؤون الداخلية للدول يصبح مشروعاً كلما تعلق الأمر بحماية حقوق الإنسان من الانتهاكات الجسيمة.

(2) داودي أونيسة، مرجع سابق، ص 109.

(3) عماد الدين عطا الله المحمد، مرجع سابق، ص 526 و527.

انطلاقاً مما سبق نلاحظ أن مسألة حقوق الإنسان اتسمت بشيء من العالمية ليس فيما يتعلق بالصكوك والمعاهدات الدولية، وإنما كذلك بأليات ووسائل تعزيزها وحمايتها، خصوصاً من خلال المستندات التي أفرزها الاهتمام الدولي بالفرد بعد الحرب العالمية الثانية.

هكذا أصبحت حقوق الإنسان من المسائل الدولية التي تهتم بها الأمم المتحدة ويحق لها التدخل لوقف الانتهاكات السافرة لحقوق الإنسان لأنها لم تعد من الاختصاص الداخلي للدولة وتخطت بذلك نطاق السيادة الوطنية.

2. نطاق السيادة في واقع العلاقات الدولية الراهنة

من الواضح أن حدود السيادة الوطنية لم تعد مطلقة، على اثر التطورات التي طالت المجتمع الدولي المعاصر سيما ما يتعلق ببعض القواعد التي لا طالما اعتبرت قواعد أمرة من قبيل عدم التدخل في الشؤون الداخلية وعلى هذا نتناول ثلاث مفاهيم أدخلت على مبدأ السيادة وساهمت إلى حد كبير في تقليصه وذلك من خلال ثلاثة نقاط متتالية.

2 - 1 - العولمة وحدود السيادة الوطنية

لعل أبرز التغيرات التي عرفها النظام الدولي هي ظاهرة العولمة، هذه الظاهرة التي تعني الاتجاه المتزايد نحو تدويل السلع والأفكار ورؤوس الأموال على مستوى العالم، مما جعل من المفهوم المطلق للسيادة محل محك صعب.

وتعني العولمة أن يصطبغ كوكب الأرض بصبغة واحدة تشمل جميع البشر والشعوب وتوحيد أنشطتها الاجتماعية والاقتصادية والفكرية من غير اعتبار لاختلاف الأديان والثقافات، فالعولمة إذن اتجاه متعاظم نحو تخطي الحدود، أي التعامل دون الاعتداد بالحدود السياسية أو الانتماء إلى وطن معين وهو ما يجعلنا نتساءل عن موقع المفهوم التقليدي للسيادة من مظاهر العولمة؟

لكي تكون الإجابة دقيقة لا بد من استعراض أهم مميزات مبدأ السيادة ومقارنتها بما تحمله العولمة من مبادئ:

- سيادة الدولة الإقليمية تقتضي ممارسة الدولة لصلاحياتها الواسعة على إقليمها دون أي تدخل من قوى أخرى، في حين ترمي العولمة إلى تسييد أوضاع معينة على العالم وهو ما يتعارض مع المبدأ الأممي القائل بان « كل دولة لها الحرية في اختيار وإتباع النظام السياسي والاجتماعي

والاقتصادي والثقافي»⁽¹⁾.

- من نتائج مبدأ السيادة الدولية عدم خضوع الدولة بأي شكل من الأشكال لأي دولة أو منظمة أخرى وهو ما لا يتماشى تماما مع مبادئ العولمة التي تفرض الاندماج والتبعية لنمط واحد على نحو يصبح فيه العالم قرية كونية وبالتالي اختفاء الحدود السياسية وتقليص سيادة الدولة⁽²⁾.

فالعولمة بهذا الطرح تحد من دور الدولة وسلطانها ويضعف تأثير الحدود السياسية، وتتخطى الدور المنظم للدولة، وبالتالي فهي لا تعطي الاعتبار للدولة الوطنية.

2 - 2 - التدخل الإنساني وحدود السيادة

كثر النقاش حول موضوع التدخل الدولي الإنساني أو التدخل لأغراض إنسانية من حيث شرعيته في القانون الدولي المعاصر من جهة، ومن جهة أخرى تأثيره على مبدأ السيادة.

والمقصود بالتدخل الإنساني ذلك الحق الذي يمنح للمجتمع الدولي أو لمجموعة من الدول التدخل في الشؤون دولة ما لمعالجة تدهور الأوضاع الإنسانية فيها نتيجة نزاعات داخلية، وهو ما كان يعتبره القانون التقليدي تدخلا غير مسموح به في الشؤون الداخلية وبالتالي اعتداء على السيادة.

ويرجع البعض جذور نظرية التدخل إلى أفكار فقهاء القانون الكنسي أمثال (Vitoria)، وتم استخدامها من طرف الدول الغربية لحماية المسيحيين في الإمبراطورية العثمانية⁽³⁾، وتطور استخدام هذه النظرية فيما بعد لحماية رعايا الدول في الخارج إذا ما تعرضوا لأي أذى⁽⁴⁾.

وقد تطور مضمون نظرية التدخل خصوصا بعد الحرب العالمية الثانية، حيث كثر استخدامها في الممارسة الدولية بالرغم من وجود منظمات

(1) فوزي اوصديق، دراسات دستورية والعولمة، دار الفرقان، الطبعة الثانية، 2001 ص 2. 1

(2) ثامر كامل الخزرجي، ياسر علي المشهاتني، العولمة وفجوة الأمن في الوطن العربي، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن 2004 ص 23.

(3) تدخل فرنسا في لبنان عام 1860 بعد الاشتباكات بين الدرّوز والموارنة.

(4) تدخل ست دول أوروبية بالإضافة إلى اليابان في الصين عام 1900 أثناء حكم عائلة مانشو واندلاع ثورة (ملاكيين)

دولية يُعهد لها حماية حقوق الإنسان كمنظمة الأمم المتحدة التي تحتوي على عدد من الأجهزة المختصة بحماية حقوق الإنسان⁽¹⁾.

ومع تطور نظرية التدخل الإنساني واتساع مجالاتها اختلفت آراء الفاعلين لها فمنهم من وصفها بـ «حق التدخل الإنساني» وبعضهم تحدث عن «واجب التدخل الدولي الإنساني» وآخرون استخدموا مصطلح «المساعدة الدولية الإنسانية»، كما رفضها جانب من الفقه ورحب بها جانب آخر⁽²⁾.

انطلاقاً مما سبق، فإنه واضح أن التطور الدولي أثبت عدم ملاءمة مبدأ عدم التدخل بصيغته التقليدية للمتغيرات الدولية الراهنة وحاولت المجموعة الدولية إيجاد تبريرات للتدخل في طبيعتها الإنسانية، حيث أعلن رئيس الجمهورية الفرنسية سنة 1989 وبمناسبة افتتاح مؤتمر الأمن والتعاون الدوليين في أوروبا أن «واجب عدم التدخل يتوقف حيث يولد خطر عدم المساعدة»⁽³⁾.

هذا، وإذا كان التدخل باسم حماية الإنسانية ليس جديد في الممارسة الدولية المعاصرة، فإن الجديد هو كثافة التدخلات بشكل كبير وانتقاله من مجرد تقديم مساعدات إنسانية بناء على اتفاقات مسبقة إلى التدخل بصفة مباشرة بناء على قرارات أممية أو بدونها، حيث اتسع دور مجلس الأمن في الحفاظ على السلم والأمن الدوليين من خلال إصداره للعديد من قرارات التدخل⁽⁴⁾، لعل من أهمها :

- التدخل في العراق بموجب القرار رقم 688 الصادر بتاريخ 05 / 04 / 1991، الذي اعتبر من أكبر قرارات مجلس الأمن إثارة للجدل، كونه لم يتخذ طبقاً لأحكام الفصل السابع من الميثاق، إذ لا يشير إلى الفقرة السابعة

(1) غسان الجندي، نظرية التدخل لصالح الإنسانية في القانون الدولي المعاصر، المجلة المصرية للقانون الدولي عدد 43 عام 1987 ص 161 - 162

(2) شاهين علي شاهين، التدخل الدولي من أجل الإنسانية وإشكالاته، مجلة الحقوق العدد 28، الكويت 2004 ص 258.

(3) موريس توريللي، هل تتحول المساعدة الإنسانية إلى تدخل إنساني، المجلة الدولية للصليب الأحمر، عدد 24، 1992 ص 201.

(4) خلفان كريم، في بعض مظاهر وحدود تدخل مجلس الأمن في تنفيذ أحكام القانون الدولي الإنساني، المجلة النقدية للقانون الدولي الإنساني والعلوم السياسية، العدد الأول، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006 ص 159.

من المادة الثانية من الميثاق⁽¹⁾، وقد وصفها البعض بأنه منعرج حاسم في مسار تكريس التدخل الإنساني، وذهب البعض الآخر إلى ابعده من ذلك، إذ وصفه «برنار كوشنار» الذي يعتبر الأب الروحي لفكرة التدخل الإنساني بأنه «انتصار لحق التدخل»⁽²⁾.

- تدخل حلف الشمال الأطلسي في كوسوفو سنة 1999، وقد استندت الدول الغربية إلى ثلاثة قرارات (1160 1199 1203) كأساس لتبرير تدخلها وعملياتها العسكرية ضد يوغسلافيا، مع العلم أن القرارات السابقة لا تحوي على تفويض صريح من مجلس الأمن باستخدام القوة العسكرية ولا تفويض يمنح الدول السابقة حق التدخل⁽³⁾، وطبقا لذلك فقد أحيط تدخل حلف شمال الأطلسي في كوسوفو بالعديد من الشكوك والانتقادات، إذ لا توجد أسباب قانونية لتبرير هذا التدخل.

- التدخل في الصومال بموجب القرار رقم 733 بتاريخ 23 يناير 1992 بسبب الحرب الأهلية التي اندلعت في الصومال بعد سقوط نظام الرئيس «زياد بري» في 1991، مما أدى بمجلس الأمن للتدخل بعد محاولة حل الأزمة سلميا، حيث أوضح من خلال القرار السابق عزمه على حماية وضممان كافة الوسائل الضرورية لوصول المساعدات الإنسانية للمواطنين الصوماليين المتضررين من الحرب الأهلية إلا أنه رغم ذلك لم تكن عمليات الأمم المتحدة في الصومال ناجحة، حيث تم مقابقتها بمقاومة شديدة ولم تستطع وقف الإقتال⁽⁴⁾.

إن الحالات السابقة للتدخل حالات على سبيل المثال فقط، فقد سبقتها وعقبها حالات عديدة للتدخلات من أجل الإنسانية وحماية حقوق الإنسان ولا تزال إلى يومنا هذا، باعتبارها تراثا مشتركا للإنسانية جمعاء⁽⁵⁾،

(1) غسان الجندي، حق التدخل الإنساني، الدار الجامعية للكتاب، الأردن 2003 ص 76.

(2) طويل نصيرة، التدخل الإنساني (دراسة حالة العراق)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2002 ص 15.

(3) محمد خليل المرسي، استخدام القوة في القانون الدولي المعاصر، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، الأردن، 2004 ص 256.

(4) فتح الرحمان عبد الله الشيخ، مشروعية العقوبات الدولية والتدخل الدولي، الطبعة الأولى، مركز الدراسات السودانية، القاهرة، 1998، ص 113 - 114.

(5) عبد العزيز العشاوي، أبحاث في القانون الجنائي الدولي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة

لكن المشكل الذي يطرح أن هذه التدخلات أصبحت تثير العديد من المخاطر والإشكاليات لعل أهمها شرعية التدخل لأغراض إنسانية بوسائل عسكرية خاصة إذا كان من شأن ذلك إحداث كوارث إنسانية أخرى أكثر من تلك المتدخل بشأنها⁽¹⁾.

على هدي ما تقدم، فإن عقلنة ووقف التدخلات العشوائية في الشؤون الداخلية للدول لا يتحقق إلا بتنظيم هذا الموضوع بشكل واضح وصریح.

2 - 3 - مكافحة الإرهاب وحدود السيادة الوطنية

لقد شهد القرن العشرين قدرا كبيرا من الأعمال الإرهابية في مختلف أنحاء العالم التي اتسمت بارتكاب أعمال وحشية ومفرزة ضد المدنيين، مما شكل هذا الموضوع القضية الرئيسية في القانون الدولي ضمن جدول أعمال الأمم المتحدة، ووضع بالتالي في صدر قائمة المخاوف الدولية. على هذا النحو نتعرض في هذه النقطة إلى مفهوم الإرهاب، ثم إلى تأثيره على سيادة الدولة.

2.3.1 - تعريف الإرهاب الدولي

رغم كثرة المعاهدات التي تتناول حظر الأعمال الإرهابية إلا أنه لم تتفق على تعريف شامل لمصطلح الإرهاب، ويبقى النص الوحيد الذي أقرته اتفاقية حظر الإرهاب والمعاقبة عليه المبرمة عام 1937 حيث عرفت الأعمال الإرهابية بأنها «الأعمال الإجرامية التي تقترف ضد أي دولة أو يقصد منها خلق حالة من الذعر في نفوس بعض الأشخاص أو مجموعة من الناس أو عامة الشعب»⁽²⁾.

من جهة أخرى يصعب وضع تعريف محدد لظاهرة الإرهاب باعتبار أن الموضوع سياسي إلى حد ما، بالإضافة إلى أن مفهوم الإرهاب يتغير من زمن لآخر بسبب ظهور أنواع جديدة منه، مثل إرهاب الانترنت والصفقات

الأولى، 2006 ص 193.

(1) صلاح عبد البديع شلبي، التدخل الدولي ومأساة البوسنة والهرسك، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة 1996 ص 27 - 32

(2) هانز بيتر جاسر، الأعمال الإرهابية والإرهاب والقانون الدولي الإنساني، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد 2002 ص 119.

المالية غير المشروعة عبر الحدود الوطنية.

ورغم عدم التوصل إلى تعريف جامع لهذا الموضوع، إلا أنه يمكن الاتفاق على خصائص تميز ما يسمى بالإرهاب وهي (1):

- الإرهاب استعمال غير مشروع للعنف أو التهديد به ضد المدنيين أنفسهم أو ضد ممتلكاتهم دون تفریق أو تمييز للأشخاص المتواجدين بالمكان.

- الإرهاب وسيلة لتحقيق الأهداف السياسية.

- يتم تنفيذ الأعمال الإرهابية من طرف جماعات منظمة.

2.3.2 - تأثير الإرهاب على حدود سيادة الدولة.

في إطار مكافحة ظاهرة الإرهاب، اتخذت عدة إجراءات للتصدي للعنف الإرهابي، وأصبحت «الحرب ضد الإرهاب» مبرراً لاستخدام القوة المسلحة ضد أية دولة أخرى، وبالتالي التدخل في شؤونها الداخلية والتقليص من نطاق سيادتها، لكن المشكل الذي يطرح هل استخدام القوة من أجل مكافحة الإرهاب من قبل دولة ما يتناسب ومبادئ وأحكام القانون الدولي المعاصر؟، وبالتالي مع نصوص ميثاق الأمم المتحدة؟.

في هذا الصدد أوضحت الأمم المتحدة عن طريق مجلس الأمن آلية لتبرير التدخل لمكافحة الإرهاب ولعل أوضح مثال على ذلك ما تقوم به الولايات المتحدة الأمريكية بحملتها الدولية لمكافحة الإرهاب منذ أحداث 11/09/2001 الأخيرة مبررة ذلك بحق الدفاع الشرعي طبقاً لنص المادة 51 من الميثاق، حيث أن التدخل العسكري الأمريكي في أفغانستان تم بموجب القرار رقم 1368 الصادر بتاريخ 12/09/2001، إذ اعتبر مجلس الأمن بمقتضى هذا القرار أن العمليات الإرهابية التي تمت بتاريخ 11/09/2001 مثل أية عملية للإرهاب الدولي تعد تهديداً للسلام والأمن الدوليين، وبالتالي منح لها حق الدفاع الشرعي والجماعي بناءً على نص المادة 51 من

(1) احمد حسين سويدان، الإرهاب الدولي في ظل المتغيرات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان 2005 ص 42.

الميثاق(1).

كما اصدر مجلس الأمن قراره رقم 1373 الذي استند فيه الفصل السابع من الميثاق، اذ نص بمقتضاه على جملة من التدابير الملزمة للدول، كالتزام جميع الدول بتحريم تقديم المساعدة للأنشطة الإرهابية وعدم توفير الدعم المالي لها(2).

وعند تحليلنا لنص المادة 51 يتضح لنا الفارق بين النص النظري والواقع العملي المتمثل في اللاتناسب بين العمليات العسكرية التي تم توظيفها وبين أحكام الدفاع الشرعي عن النفس، بالإضافة إلى عدم متابعة هذه العمليات من قبل مجلس الأمن مما جعل التدخل بناءً على حق الدفاع الشرعي يتحول إلى عمل انتقامي ويتجاوز أحكام المادة 51 من الميثاق، و هو ما يعني بدوره تجاوز لجميع المكتسبات التي حققها مبدأ السيادة على امتداد قرون عديدة بوصفه ركنا جوهريا في القانون الدولي.

خاتمة

نخلص من كل ما تقدم إلى انه أمام التطورات الراهنة في المجتمع الدولي تراجع مفهوم السيادة من صيغته المطلقة إلى صيغة النسبية بحيث لم تعد السيادة مبررا لانتهاك حقوق الإنسان ولا تستطيع الدولة الاحتماء بحق عدم التدخل في شؤونها الداخلية ومساس اختصاصها الداخلي، بل أصبح مفهوم السيادة وسيلة لا غاية يعمل على تحقيق المصلحة الدولية.

من جهة أخرى فان بروز قضايا جديدة على الساحة الدولية، كشف عن إشكالية القانون الدولي بين ما هو متضمن في ميثاق الأمم المتحدة وبين الواقع الممارس، وهو ما احدث تصادما بين تحديات المحافظة على السلم والأمن الدوليين من ناحية وبين احترام سيادة الدولة من ناحية ثانية ذلك أن استعمال القوة من طرف الدول أصبح على مستوى الواقع سلوكا مألوفاً، في حين انه من الناحية النظرية أمر استثنائي مقيد بمبادئ القانون الدولي.

وفي ختام هذه الدراسة فان أهم الاقتراحات التي نراها ضرورية لخدمة

(1) احمد حسين سويدان، مرجع سابق، ص 159 - 181

(2) منار عصام خيربك، التدخل في شؤون الدول ومكافحة الارهاب، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة القاهرة 2008 ص 109

- وإرساء قواعد القانون الدولي خصوصا ضمن التغيرات الدولية الراهنة :
- ضرورة تفعيل الأمم المتحدة كآلية لفرض احترام القانون الدولي وتطبيقه، من خلال فصل السلطات بين أجهزتها وخلق نوع من التوازن بينها، وتأكيد اختصاص محكمة العدل الدولية في تفسير وتكييف مبادئ القانون الدولي، وتوحيد المفاهيم الغامضة كالتدخل الإنساني، ومكافحة الإرهاب وغيرها.
 - وضع حصر للمسائل التي تعتبر من صميم السلطان الداخلي للدولة ولا يتأتى هذا إلا بإعادة صياغة المادة 7/2 من الميثاق.
 - حصر المسائل التي تشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين.
 - وأخيرا تعديل ميثاق الأمم المتحدة بما يتناسب والمتغيرات الدولية الراهنة باعتباره السبيل الوحيد لمنع استغلال المعاناة الإنسانية كذريعة لتنفيذ أهداف سياسية وإستراتيجية.

قائمة المراجع

أولا : الكتب

- (1) إبراهيم محمد العناني، التنظيم الدولي (النظرية العامة)، دار الفكر العربي، 1982.
- (2) احمد حسين سويدان، الإرهاب الدولي في ظل المتغيرات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان 2005
- (3) بن عامر التونسي، قانون المجتمع الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1998.
- (4) ثامر كامل الخزرجي، ياسر علي المشهداني، العولمة وفجوة الأمن في الوطن العربي، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن 2004
- (5) حسين حنفي عمر، التدخل في شؤون الدول بذريعة حماية حقوق الإنسان، الناشر دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة 2005
- (6) رنيه جان دوبوي، القانون الدولي، ترجمة سموحي فوق العادة، دار منشورات عويدات، الطبعة الأولى، 1973.
- (7) سعد حقي توفيق، مبادئ العلاقات الدولية، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة

- الأولى، الأردن 2004.
- (8) صلاح عبد البديع شلبي، التدخل الدولي ومأساة البوسنة والهرسك، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة 1996
- (9) عبد العزيز العشاوي، أبحاث في القانون الدولي الجنائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2006.
- (10) علي الصادق أبو هيف، القانون الدولي العام، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة.
- (11) علي رضا عبد الرحمان رضا، مبدأ الاختصاص الداخلي أو المجال المحجوز للدولة في ظل التنظيم الدولي المعاصر، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، 1997.
- (12) عماد الدين عطا الله، التدخل الدولي في ضوء مبادئ وأحكام القانون الدولي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة 2007.
- (13) غسان الجندي، حق التدخل الإنساني، الدار الجامعية للكتاب، الأردن 2003.
- (14) فتح الرحمان عبد الله الشيخ، مشروعية العقوبات الدولية والتدخل الدولي، مركز الدراسات السودانية، الطبعة الأولى، القاهرة، 1998.
- (15) فوزي اوصديق، دراسات دستورية والعولمة، دار الفرقان، الطبعة الثانية، الجزائر 2001.
- (16) محمد المجذوب، التنظيم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت 2002
- (17) محمد السعيد الدقاق، مصطفى سلامة حسن، المنظمات الدولية المعاصرة، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة.
- (18) محمد خليل المرسي، استخدام القوة في القانون الدولي المعاصر، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى الأردن، 2004
- (19) محمد يعقوب عبد الرحمن، التدخل الإنساني في العلاقات الدولية، الطبعة الأولى، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، الإمارات العربية المتحدة، 2004.
- (20) مسعد عبد الرحمن زيدان قاسم، تدخل الأمم المتحدة في النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
- (21) يحيى نورة بن علي، حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي والقانون الداخلي، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر 2004

ثانياً : الرسائل والمذكرات

- الجوزي عز الدين، مبدأ حق التدخل الإنساني بين اختصاصات السيادة وحقوق الإنسان، بحث لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002.
- (22) بكرا إدريس، مبدأ عدم التدخل في القانون الدولي المعاصر، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 1983
- (23) بوراس عبد القادر، نظرية السيادة المحدودة في مفهوم حق أو واجب التدخل الإنساني، رسالة ماجستير، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2004.
- (24) داودي أونيسة، إسهامات الأمم المتحدة في حماية حقوق الإنسان، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2003
- (25) طويل نصيرة، التدخل الإنساني (دراسة حالة العراق)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2001/2002.
- (26) منار عصام خيربك، التدخل في شؤون الدول ومكافحة الإرهاب، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة القاهرة 2008

ثالثا: المقالات

- خلفان كريم، في بعض مظاهر وحدود تدخل مجلس الأمن في تنفيذ أحكام القانون الدولي الإنساني، المجلة النقدية للقانون الدولي الإنساني والعلوم السياسية، العدد الأول، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006
- (27) شاهين علي شاهين، التدخل الدولي من أجل الإنسانية وإشكالاته، مجلة الحقوق العدد 28، الكويت 2004
- (28) عبد الوهاب عبد الله، سيادة الدولة ودورها في العلاقات الدولية، الندوة الفكرية السابعة عشر بعنوان (أي دور للدولة في القرن الحادي عشر)، منشورات مركز الدراسات والتكوين، المجمع الدستوري الديمقراطي، تونس، 2005
- (29) غسان الجندي، نظرية التدخل لصالح الإنسانية في القانون الدولي المعاصر، المجلة المصرية للقانون الدولي عدد 43 عام 1987.
- (30) محمد المجذوب، مسؤولية الأمم المتحدة عن توفير الحماية الدولية لحقوق الإنسان، محاضرة أُلقيت في مؤتمر «كلمة سواء» السنوي الثالث (بحثا عن حق الإنسان)، مركز الإمام موسى الصدر للأبحاث والدراسات، 1998.
- (31) موريس توريللي، هل تتحول المساعدة الإنسانية إلى تدخل إنساني، المجلة الدولية للصليب الأحمر عدد 24، 1992
- (32) هانز بيتر جاسر، الأعمال الإرهابية و«الإرهاب» والقانون الدولي الإنساني،

المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد 2002.
33 مقال جماعي منشور في مجلة المختار، مجلة شهرية تصدر عن المجلس
السياسي لحركة مجتمع السلم العدد 05، الجزائر 2004.



الحماية القانونية للأطفال

من التجنيد والاستعمال في النزاعات المسلحة

أ. سامية عجاز *

مقدمة:

تؤدي أشكال العنف التي تتخذها النزاعات المسلحة، وكذا استعمال الأسلحة المتطورة في القتال، إلى زيادة من عدد الضحايا بين السكان المدنيين، خاصة الأطفال منهم. علما أن قواعد القانون الدولي الإنساني تحرم الاعتداء على المدنيين، بما فيهم الأطفال وتلزم الأطراف المتعاقدة بضرورة اتخاذ التدابير المناسبة التي تجعلهم بمعزل عن التأثير بالعمليات الحربية. ولا شك أن القانون الدولي الإنساني يولي أهمية خاصة لحماية المدنيين من أخطار الحرب⁽¹⁾.

تشمل حماية الأطفال في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، الحماية باعتبارهم من السكان المدنيين الذين ليس لهم دور إيجابي في الحرب ولا يشاركون في العمليات العدائية، حتى لا يكونوا ضحايا (أولا) وحمايتهم بصفة خاصة من التجنيد في صفوف القوات المسلحة الحكومية

* المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة.

(1) ماهر جميل أبو خوات، الحماية الدولية لحقوق الطفل، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 249.

والجماعات المسلحة غير الحكومية قصد استعمالهم في العمليات العدائية في هذه النزاعات (ثانياً).

أولاً : الحماية القانونية للأطفال في النزاعات المسلحة باعتبارهم مدنيين

إن الحماية التي يتمتع بها الأطفال في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية حتى لا يكونوا ضحايا نوعان : 1- حماية عامة باعتبارهم من السكان المدنيين الذين ليس لهم دور إيجابي في الحرب ولا يشاركون في العمليات العدائية. 2 - وحماية خاصة باعتبارهم من الأشخاص الأشد ضعفاً والأكثر قابلية للجرح والأكثر حاجة لعناية خاصة عن غيرهم. (1)

1 - الحماية العامة للأطفال في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية

يتمتع الأطفال بالحماية العامة، باعتبارهم من المدنيين الذين ليس لهم دور إيجابي في الحرب ولا يشاركون في العمليات العدائية، حتى لا يكونوا ضحايا في: (أ) النزاعات المسلحة الدولية، (ب) والنزاعات المسلحة غير الدولية .

أ . في النزاعات المسلحة الدولية

منح المجتمع الدولي حماية للأطفال بموجب نصوص عامة وذلك في اتفاقية جنيف الرابعة الخاصة بحماية المدنيين في وقت الحرب. (2) حيث

(1) Plattner Denise, La protection de l'enfant dans le droit international humanitaire _ extrait de la Revue Internationale de la Croix Rouge, Mai _ Juin 1984, pp 2_ 3 et 11 _ 12 _ Ilene Cohn et Guy s. Goodwin _ Gill, Traduction Thierry Baud, Les enfants soldats, Institut Henry Dunant, édition originale, Genève , Juin 1993 , pp 81 _ 82 et 45.

(2) Michel Fromet, Rapport sur le projet de loi, adopté par le sénat Français, autorisant la ratification du protocole facultatif a la convention des droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, et sur le projet de loi, adopté par le sénat autorisant la ratification du protocole facultatif a la CDE concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, du 30 / 01 / 2002, p7, in : [http : / / www. assemblée _ nationale. fr](http://www.assemblée_nationale.fr) انظر : مضمون المواد من 27 إلى 34 من إتفاقية جنيف 4. الخاصة بحماية المدنيين في وقت الحرب

كان من الضروري انتظار اعتماد هذه الاتفاقية، التي أدت إلى تطور معتبر للقانون الدولي الإنساني، (1) كما أرسدت الحماية العامة للسكان المدنيين في وقت الحرب وكذلك الحماية المتميزة للأطفال (2)، باعتبارهم من الفئات الأكثر تعرضاً للضرر بين ضحايا النزاعات المسلحة (3).

وتقوم هذه الحماية العامة على مبدأ أساسي في القانون الدولي الإنساني، مفاده أنه لا يكون المدنيون الذين لا يشاركون في الأعمال العدائية هدفا لأي هجوم بأي حال من الأحوال، ويجب أن يحترموا ويحافظ على حرياتهم ما داموا يقفون من الدولة المحاربة موقفا سلبيا ولا يقومون بأي عمل عدائي تجاههم (4).

يستفيد الطفل بفضل هذه الحماية من جميع الأحكام الخاصة بمعاملة الأشخاص المحميين التي ترسي المبدأ الأساسي للمعاملة الإنسانية الذي يتضمن ضمانات أساسية (5)، سيما حق احترام الحياة والسلامة البدنية والمعنوية وحظر الإكراه والعقوبات البدنية والتعذيب والعقوبات الجماعية والأعمال الانتقامية (المواد من 27 إلى 34 من الاتفاقية الرابعة) (6). حيث تحرم صراحة ارتكاب أي عمل من هذه الأعمال ضدهم.

وتلتزم الدولة المحاربة التي يكون هؤلاء الأشخاص تحت سلطانها بمعاملتهم معاملة إنسانية دون أي تمييز مجحف بسبب الأصل أو اللون أو

(1) عمر سعد الله، تطور تدوين القانون الدولي الإنساني، الطبعة 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1997، ص163.

(2) محمد فهاد الشلالدة، القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص189.

(3) حسنين المحمدي بوادي، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، الطبعة 1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2005، ص109.

(4) La protection des enfants dans les conflits armés « La protection des populations civiles en période de conflit armé » XXVIe conférence internationale de la Croix Rouge et le Croissant Rouge, pp1 _ 2, in : <http://www.icrc.org>.

(5) Plattner Denise, op. cit, p2 .

(6) لجنة الصليب الأحمر الدولي، الحماية القانونية للأطفال في النزاعات المسلحة، الأطفال في الحرب، جانفي 2003، ص1، على الموقع باللغة العربية www.icrc.org

العقيدة أو الجنس أو المولد أو الثروة أو أي اعتبار آخر مماثل⁽¹⁾. ويحتوي البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 على قاعدة، تعتبر ضماناً أساسية للحماية العامة من آثار القتال تنص على ما يلي: «تعمل أطراف النزاع على التمييز بين السكان المدنيين والمقاتلين، وبين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية، ومن ثم توجه عملياتها ضد الأهداف العسكرية دون غيرها. وذلك من أجل تأمين احترام وحماية السكان المدنيين والأعيان المدنية».

انطلاقاً من هذه القاعدة تم تقرير العديد من المبادئ الإنسانية التي تحكم سلوك المحاربين، بغرض حماية السكان المدنيين من الأخطار الناجمة عن العمليات العسكرية والعمل على الالتزام بها من أجل تحقيق الحماية العامة للطفل من أخطار القتال بوصفه أكثر تعرضاً للإصابة. وتتمثل في: التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين، حظر مهاجمة السكان المدنيين والأعيان المدنية واتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفادي المدنيين أثناء الهجوم⁽²⁾.

ب. في النزاعات المسلحة غير الدولية

في الحالات التي لا تندرج تحت تعريف النزاعات المسلحة الدولية، يتمتع السكان المدنيون بالحماية بموجب المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949. ففي حالة الاضطرابات الداخلية يكون السكان المدنيون مشمولين بالحماية بموجب القواعد الأساسية للقانون الدولي الإنساني⁽³⁾.

وتحدد المادة الثالثة بصفة خاصة: «أن الأشخاص الذين لا يشاركون مباشرة في العمليات العدائية بما فيهم أعضاء القوات المسلحة الذين وضعوا الأسلحة سيعاملون في كل الظروف بكل إنسانية». هكذا فلقد تم التسليم تماماً بوجود حماية حقوق الإنسان حتى في وقت الحرب. وتنص المادة

(1) علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، الطبعة 11، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1975، ص825.

(2) ماهر جميل أبو خوات، مرجع سابق، ص252 - 253.

(3) لجنة الصليب الأحمر الدولي، حماية السكان المدنيين، 2003/04/21، ص2، على الموقع باللغة العربية www.icrc.org

الثالثة على أنه: «في وقت النزاع المسلح ينبغي أن يعامل الأشخاص المشمولين بحماية الاتفاقيات في جميع الأحوال معاملة إنسانية دون أي تمييز يقوم على العنصر أو اللون أو الدين أو المعتقد أو الجنس أو المولد أو الثروة أو أي معيار مماثل آخر».

تتضمن هذه المادة القواعد الأدنى التي يجب تطبيقها في النزاعات المسلحة غير الدولية. وتعتبر مرجعا أساسيا لحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية⁽¹⁾. والطفل باعتباره من المدنيين يتمتع بحماية الضمانات الأساسية المتعلقة بمعاملة الأشخاص الذين ليس لهم دور إيجابي في الحرب ولا يشاركون مباشرة فيها. تكفل المادة 3 للطفل على الأقل حق المعاملة الإنسانية أثناء هذه النزاعات⁽²⁾.

وإن كان هذا النص قد وجد تفسيراً موسعاً فإن أي غموض ترفعه المادة 4 من البروتوكول الإضافي 2 التي تغطي كل الأشخاص الذين لا يشاركون أو الذين يكفون عن الاشتراك في الأعمال العدائية⁽³⁾.

2- الحماية الخاصة للأطفال في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية

أعلن البروتوكول لعام 1977 مبدأ الحماية الخاصة للأطفال في النزاعات المسلحة (أ) وتضمننا التدابير الخاصة التي تكفل للأطفال هذه الحماية (ب)

أ. مبدأ الحماية الخاصة

لقد أثبتت الحروب التي عاشتها البشرية، أن أكثر الأشخاص تضرراً من ويلاتها هم الأطفال⁽⁴⁾. لذلك فإن اتفاقيات جنيف لسنة 1949

(1) ماهر جميل أبو خوات، مرجع سابق، ص 256.

(2) زريول سعدية، حماية حقوق المدنيين أثناء النزاعات المسلحة (في الشريعة الإسلامية وفي القانون الدولي)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص 50.

(3) Torrelli Maurice, Le droit international humanitaire, 2ème édition, Presses Universitaires de France, Vendôme, octobre 1989, p66.

(4) جيلالي عبادي، حماية حقوق الطفل في إطار اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري،

وبروتوكولها الإضافيين الأول والثاني 1977 تضمنت أحكاما نصت على نظام الحماية الخاصة بهم، باعتبارهم من ضحايا النزاعات المسلحة، الأشد ضعفا والأكثر قابلية للإنجاح، تضاف إلى الحماية العامة لتكون مطابقة لحاجياتهم الخاصة⁽¹⁾. ذلك لأن الطفل يحتاج لحمايته بشكل خاص أثناء النزاعات المسلحة⁽²⁾. مما يدل على أنه في عام 1949 كان الإحساس بضرورة الحماية الخاصة من العمليات الحربية، لكن المبدأ الذي تقوم عليه القواعد المتعلقة بالطفل لم يرد صراحة بوضوح في أي موقع من هذه الاتفاقيات⁽³⁾. لأنها لا تحتوي على أية مادة تعتبر أساسا لهذه الحماية⁽⁴⁾، وقد عالج هذا النقص البروتوكول الإضافي الأول الخاص بالنزاعات المسلحة الدولية⁽⁵⁾ الذي استحدث مبدأ الحماية الخاصة⁽⁶⁾، وأعلن عنه صراحة بموجب الفقرة 1 من المادة 77 التي تنص على: « يجب أن يكون الأطفال موضع احترام خاص وأن تكفل لهم الحماية ضد أية صورة من صور خدش الحياة. ويجب أن تهيب لهم أطراف النزاع العناية والعون اللذين يحتاجون إليهما سواء بسبب سنهم أو لأي سبب آخر».

إن هذا المبدأ يطبق أيضا في حالة النزاعات المسلحة غير الدولية، وقد نص البروتوكول الإضافي الثاني على أحكام مماثلة في الفقرة 3 من المادة 4⁽⁷⁾ الخاصة « بالضمانات الأساسية»، التي كرست فقرة كاملة لحماية الأطفال وكررت بعض المبادئ الواردة في اتفاقية جنيف الرابعة، خاصة المواد: 17 و 24 و 26، التي تنص على أنه: « يجب توفير الرعاية والمعونة للأطفال بقدر

تيزي وزو، 2004، ص 86.

(1) CICR, les activités du comités internationale de la croix rouge, les enfants victimes de conflits armés, (Publications) p1, in : <http://www.aidh.org>

(2) ماهر جميل أبو خوات، مرجع سابق، ص 275.

(3) Plattner Denise, op. cit, p4 .

(4) حسنين المحمدي بوادي، مرجع سابق، ص 99.

(5) Plattner Denise, op. cit, p4.

(6) حسنين المحمدي بوادي، المرجع نفسه، ص 99.

(7) M. Dan O'Donnell, La protection de l'enfant, guide à l'usage des parlementaire n° 7, UNICEF 2004, pp59 - 60, in : <http://www.ipu.org>.

ما يحتاجون إليه» كما عدت التدابير الخاصة التي تتعلق بالأطفال تجسيدياً للقاعدة العامة المذكورة أعلاه.

والملاحظ أن البروتوكولين الإضافيين فضلاً عن ذلك ينصان على أن الأطفال الجنود دون 15 سنة من عمرهم والذين يشاركون في الأعمال العدائية لديهم الحق في معاملة متميزة، فيستمرون في الاستفادة من الحماية الخاصة التي يكفلها القانون الدولي الإنساني للأطفال (الفقرة 3 من المادة 77 من البروتوكول الإضافي الأول) (الفقرة 3 (د) من المادة 4 البروتوكول الإضافي الثاني) (1).

وتجدر الإشارة إلى أن مسؤولية تنفيذ أحكام القانون الدولي الإنساني التي توفر الحماية الخاصة للأطفال تعتبر بمثابة مسؤولية جماعية معنوية تقع على عاتق الدول الأطراف في اتفاقيات جنيف (2).

وتكرر اتفاقيات حقوق الطفل لعام 1989 الإشارة إلى هذا الواجب في الفقرة 1 من المادة 38 (3).

طبقاً لهذه المادة تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الممكنة عملياً لكي تضمن حماية ورعاية الأطفال المتأثرين بالنزاع المسلح وفقاً لالتزاماتها بمقتضى القانون الدولي الإنساني الخاصة بحماية السكان المدنيين في النزاعات المسلحة (4).

ب - تدابير ضمان الحماية الخاصة

إن اتفاقيات جنيف الرابعة لعام 1949 وبروتوكولها الإضافيين الأول

- (1) انظر : (الفقرة 3 (د) من المادة 4) من البروتوكول الإضافي الثاني.
- (2) لجنة الصليب الأحمر الدولي، عمل شامل لتلبية احتياجات محددة، المجلة الدولية للصليب الأحمر، الأطفال في الحرب، وثيقة مساعدة 18 / 06 / 2001، ص6، على الموقع باللغة العربية. www.icrc.org
- (3) التي تنص على : « تتعهد الدول الأطراف بأن تحترم قواعد القانون الدولي الإنساني المطبقة عليها في النزاعات ذات الصلة بالطفل وأن تضمن احترام هذه القواعد».
- (4) المفوضية السامية لمنظمة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، الفصل 12 : حقوق الأطفال، ص 8 - 9، على الموقع www.unhcr.org باللغة العربية.

والثاني لعام 1977 تضمنت أحكاما تحدد الحماية الخاصة للأطفال أثناء النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية يمكن سردها كما يلي:

أولا . الأحكام الخاصة للحماية من آثار الأعمال العدائية

بالاطلاع على الفقرة (أ) من المادة 8 من البروتوكول الإضافي الأول فإنها تدخل ضمن مصطلح «الجرحى والمرضى» الأطفال حديثي الولادة⁽¹⁾. أما الأطفال الذين لم يبلغوا 15 سنة من عمرهم، وأمهات الأطفال الذين يقل عمرهم عن 7 سنوات والنساء الحوامل فإنهم يعتبرون ضمن فئات السكان المدنيين الذين يمكن إدخالهم إلى المستشفيات أو المناطق الآمنة التي تقيمها أطراف النزاع المسلح الدولي طبقا للمادة 14 من اتفاقية جنيف الرابعة.⁽²⁾ وقد أدرجت اتفاقية جنيف الرابعة في المادة 17 الأطفال وحديثي الولادة ضمن فئة الأشخاص المدنيين كما أكدت على وجوب نقلهم من المناطق المحاصرة⁽³⁾. وإعطائهم الأولويات اللازمة عند توزيع الإغاثات⁽⁴⁾.

ثانيا . حق العناية والعون

يقضي البروتوكول الإضافي الأول في الفقرة الأولى من المادة 77 بأنه على أطراف أي نزاع مسلح دولي أن تزود الأطفال بالعناية والعون، كما تحوي اتفاقية جنيف الرابعة أحكاما كثيرة تضع في حسابها الاحتياجات الخاصة للأطفال،⁽⁵⁾ فأقرت بوجوب اتخاذ إجراءات خاصة لأجل إغاثة الأطفال، فمن أولى الواجبات التي تقع على عاتق أطراف النزاع هو العمل على إغاثتهم في ظل أوضاع النزاع الصعبة، كما يجب على الأطراف السامية

(1) Plattner Denise, op. cit, p4.

(2) Michel _ Cyr Djiena Wembou, Daouda Fall, Le Droit International Humanitaire : théorie générale et réalités africaines. Collection logiques juridiques, édition l'harmattan, Paris 1999, p 93.

وانظر : مضمون المادة 14 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949.

(3) Plattner Denise, op. cit, p4.

(4) M. Dan O'Donnell, op. cit pp59 _ 60, in : <http://www.ipu.org>

(5) Plattner Denise, op. cit, p4.

وانظر : مضمون الفقرة 1 من المادة 77 من البروتوكول الإضافي الأول.

المتعاقدة السماح بحرية مرور الإغاثات وإمدادات الإغاثة المخصصة للجماعات المعرضة للخطر، وبصفة خاصة الأطفال الذين يقل عمرهم عن 15 سنة وإلى حالات الولادة⁽¹⁾.

أما الفقرة الأولى من المادة 70 من البروتوكول الإضافي الأول فتقضي بأن تعطى الأسبقية في توزيع الإغاثات لفئات من بينها الأطفال وحالات الولادة، وتعكس هذه النصوص أهمية المحافظة عن الحق في الصحة بالنسبة للطفل في النزاعات، لأنه عندما تصل حالة النزاع إلى طريق مسدود، ويصل المرء إلى حالة الحرب، يحدث تصدع حاد في التوازن الاجتماعي والاقتصادي. ويتجه كل شيء عندئذ تبعاً لسير الحرب، ويجد الذين لا يشاركون في الحرب أنفسهم محرومين من دعم السلطات. ويصبح الذين كانوا في حالة حرجة قبل الأحداث أكثر تأثراً ويتعرضون لاحتمال التجرد من أشياء أساسية لصحتهم إن لم يكن لبقائهم⁽²⁾. ويتم هذا التوزيع تحت مراقبة القوى الحامية أو بعد اتفاقها مع القوى المحتلة من طرف دولة محايدة أو من طرف اللجنة الدولية وأي منظمة إنسانية أخرى محايدة حسب ما ورد في المادة 61 من اتفاقية جنيف الرابعة⁽³⁾.

ولضمان حماية أكثر للأطفال، تناولت المادة 17 من اتفاقية جنيف الرابعة موضوع إجلاء الأطفال أثناء النزاعات المسلحة كضمانة أساسية لحماية الأطفال من أخطار الحرب، فنصت على أن: «تعمل أطراف النزاع على إقرار ترتيبات محلية لنقل الجرحى والمرضى والعجزة والمسنين والأطفال والنساء النفاس، من المناطق المحاصرة أو المطوقة، ولمرور رجال جميع الأديان، وأفراد الخدمات الطبية والمهمات الطبية إلى هذه المناطق».

ويضيف البروتوكول الأول في الفقرة 1 من المادة 78 مزيداً من

(1) الفصل 12: حقوق الأطفال، مرجع سابق، ص 8. انظر: مضمون المادة 23 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949.

(2) ماهر جميل أبو خوات، مرجع سابق، ص 258.

(3) Plattner Denise, op. cit, p6.

وانظر: مضمون الفقرة 1 من المادة 70 من البروتوكول الإضافي الأول، ومضمون الفقرة 3 من المادة 4 من البروتوكول الإضافي الثاني.

التفصيل على موضوع إجلاء الأطفال، ويقرر، أن قيام أحد أطراف النزاع بإجلاء الأطفال من غير رعاياها إلى بلد أجنبي لا يتم بشكل دائم، بل بصورة مؤقتة، إذا اقتضت ذلك أسباب قهرية تتعلق بصحة الطفل أو علاجه الطبي، أو سلامته مما قد يصيبه من أذى لوجوده في إقليم محتل، ويشترط الحصول على موافقة كتابية على هذا الإجراء من آباء الأطفال أو أوليائهم الشرعيين إذا كانوا موجودين، وفي حالة تعذر العثور على الآباء أو الأولياء الشرعيين يجب الحصول على موافقة كتابية على هذا الإجراء من الأشخاص المسؤولين بصفة أساسية بحكم القانون أو العرف عن رعاية هؤلاء الأطفال⁽¹⁾.

أما البروتوكول الإضافي الثاني فنص في الفقرة 3 من المادة 4 على حق الأطفال في العناية والعون أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية⁽²⁾.

ثالثا. الطفل وأسرته

يعترف القانون الدولي الإنساني بأهمية الأسرة، ويسعى جاهدا لصيانة الوحدة العائلية خلال النزاعات المسلحة⁽³⁾. وقد جاء في المادة 32 من البروتوكول الأول على أن «حق كل أسرة في معرفة مصير أفرادها هو الحافز الإنساني لنشاط كل من الأطراف السامية المتعاقدة وأطراف النزاع، والمنظمات الإنسانية الدولية الوارد ذكرها في الاتفاقيات وفي هذا البروتوكول».

وفي هذا الصدد تقضي الاتفاقية الرابعة بأنه على أطراف النزاع تسهيل أعمال البحث التي يقوم بها أفراد العائلات المشتتة بسبب الحرب، من أجل تجديد الاتصال بينهم، وجمع شملهم إن أمكن ذلك⁽⁴⁾.

وتنص المادة 74 من البروتوكول الإضافي الأول على الواجبات العامة للأطراف السامية المتعاقدة، ولأطراف أي نزاع في تسهيل جمع شمل

(1) ماهر جميل أبو خوات، مرجع سابق، ص 259.

(2) Plattner Denise, op. cit, p6.

(3) محمد فهاد الشلالدة، مرجع سابق، ص 191

(4) ماهر جميل أبو خوات، المرجع نفسه، ص 259.

العائلات التي يشتهها النزاع المسلح الدولي. ولقد تم الأخذ بعين الاعتبار وحدة الأسر في مختلف الأحكام المتعلقة بالأشخاص المحرومين من حريتهم⁽¹⁾. لذلك تنص اتفاقية جنيف الرابعة في المادة 82 على أن: « يقيم أفراد العائلة الواحدة وعلى الأخص الوالدان والأطفال معا طوال مدة الاعتقال في معتقل واحد، ويجوز للمعتقلين أن يطلبوا أخذ أطفالهم غير المعتقلين الذين يتكونون دون رعاية عائلية ليعتقلوا معهم»⁽²⁾.

وتنص المادة 49 من ذات الاتفاقية على أنه في حالة قيام دولة الاحتلال بإخلاء جزئي لمنطقة معينة، عليها أن تضمن عدم التفريق بين أفراد العائلة الواحدة⁽³⁾.

ويضيف البروتوكول الإضافي الأول بعض الأفكار إلى المادة السابقة فينص في (الفقرة 5 من المادة 75) على « إن العائلات التي يقبض عليها أو تحتجز أو تعتقل يوفر لها كوحدات عائلية مأوى واحد»⁽⁴⁾.

ونظرا لأهمية الحفاظ على وحدة الأسرة خلال النزاع وإعادة الروابط العائلية⁽⁵⁾ فأثناء الإجراء المؤقت، الذي يخضع لشروط صارمة، إذ يتطلب الحصول على موافقة الوالدين أو الأوصياء الشرعيين أو المسؤولين بصفة أساسية بحكم القانون أو العرف في رعاية هؤلاء الأطفال (الفقرة 1 من المادة 78). فلا بد من اتخاذ كل الخطوات الضرورية لتتبع مسار الأطفال الذين يتم إجلاؤهم (الفقرة 3 من المادة 78)⁽⁶⁾.

وتطبيقا لمبدأ حظر انتهاك الحالة الشخصية للطفل الذي تنص عليه اتفاقية جنيف الرابعة، لا يجوز لدولة الاحتلال أن تغير الأوضاع العائلية أو الشخصية للأطفال (المادة 50).

(1) Plattner Denise, op. cit, p5.

(2) حسنين المحمدي بوادي، مرجع سابق، ص 101 - 102

(3) ماهر جميل أبو خوات، مرجع سابق، ص 259.

(4) محمد فهاد الشلالنة، مرجع سابق، ص 192.

(5) ماهي الحماية بالنسبة للجنة الدولية للصليب الأحمر؟ 10 / 01 / 2003، ص3 على الموقع باللغة العربية www.

icrc.org انظر : مضمون الفقرتين 1 و3 من المادة 78 من البروتوكول الإضافي الأول.

(6) حسنين المحمدي بوادي، المرجع نفسه، ص102.

إن هذه التدابير الخاصة بصيانة الروابط بين الأطفال وأسرتهم تكملها إجراءات تتبع مسار الأشخاص المحميين أو الإجراءات التي تتيح لعائلاتهم معرفة مصيرهم. فاتفاقية جنيف الرابعة تقضي بأن أطراف النزاع يجب أن تتخذ الترتيبات الضرورية لتمييز شخصية جميع الأطفال دون 12 سنة، وذلك بأن يحملوا لوحات لتحقيق الشخصية بصفة خاصة، (الفقرة 2 من المادة 24) وعلى دولة الاحتلال أن تيسر تمييز شخصية الأطفال وتسجيل نسبهم، وأن تنشئ في مكتبها الإعلامي الخاص بالأطفال المحميين شعبة خاصة تتولى مسؤولية تمييز شخصية الأطفال الذين يوجد شك حول شخصيتهم (الفقرة 01 من المادة 50).

كما يجب إعطاء أهمية كبرى لإقامة نظام يكفل التعرف على هوية الأطفال، والرضع منهم بوجه خاص، فتلک وسيلة تتيح الحماية للآلاف منهم من الضياع الناجم أساساً عن الحرب كنزوح السكان، وعمليات القصف، و كذا تدمير المدن أو الترحيل. .. (1).

وإذا تفرق الأطفال عن أفراد عائلتهم نتيجة لنزاع مسلح، فإن جمع شملهم سيتوقف، إلى حد بعيد على مداومة الاتصال بينهم، أو جمع معلومات دقيقة عن تحركاتهم. وفي هذا الصدد تؤكد الاتفاقية الرابعة، على أهمية الرسائل العائلية عن طريق السماح لجميع الأشخاص المحميين المقيمين في أراضي أحد أطراف النزاع، أو في أراضي محتلة بإعطاء الأنباء ذات الصبغة الشخصية البحتة إلى أفراد عائلتهم أينما كانوا وان يتسلموا أخبارهم (المادة 25). على أن تسلم هذه المراسلات بسرعة ودون تأخير(2).

وفيما يتعلق بالنزاعات المسلحة غير الدولية فإن البروتوكول الإضافي الثاني ينص في (الفقرة 3 (ب) من المادة 4) على ضرورة اتخاذ كافة الخطوات الملائمة لتسهيل جمع شمل الأسر التي تشتت لفترة مؤقتة، ويشترط لإجلاء الأطفال الحصول على موافقة والديهم أو الأشخاص

(1) Plattner Denise, op. cit, p6

(2) ماهر جميل أبو خوات، مرجع سابق، ص 260.

المسؤولين بصفة أساسية عن رعايتهم قانونا أو عرفا، كما يتضمن النص على وجوب عدم تنفيذ عقوبة الإعدام في أمهات الأطفال الصغار (الفقرة 4 من المادة 6)⁽¹⁾.

رابعا. البيئة الثقافية للطفل

يستمر الطفل في الاستفادة من البيئة الثقافية المألوفة لديه أثناء تواجده مع أسرته وعندما تضمن الحماية لأسرة الطفل، يحمي القانون الدولي الإنساني القيم الأخلاقية والدين والثقافة والتقاليد التي ينمو فيها. وفي حالة ما إذا فقد الطفل أبويه أو انفصل عنهما، يمكن أن يؤثر النزاع على بيئته الثقافية⁽²⁾.

من هنا فإن اتفاقية جنيف الرابعة وواضعي البروتوكول الأول كانوا متفقين على المبدأ الذي يقضي بأن تهيأ للأطفال بيئة أقرب ما تكون إلى البيئة التي ألفوها في حالة النزاعات المسلحة الدولية.

وعليه تنص المادة 24 من اتفاقية جنيف الرابعة بأنه: «على كل أطراف النزاع أن تضمن في جميع الأحوال قيام الأطفال الذين تقل أعمارهم عن 15 سنة والذين فقدوا والديهم أو انفصلوا عن أسرهم بممارسة شعائرتهم الدينية ومواصلة تعليمهم ويجب أن يعهد أمر تعليمهم بقدر الإمكان إلى أشخاص من نفس ثقافتهم التقليدية».

كما يجب احترام نفس المبادئ لدى استقبال مثل هؤلاء الأطفال في بلد محايد (الفقرة 1 من المادة 24). وعلى دولة الاحتلال أن تتخذ كل الترتيبات والتدابير اللازمة والضرورية لرعاية وتعليم الأطفال الذين تيمموا أو انفصلوا عن أسرهم كلما أمكن بواسطة أشخاص من نفس جنسيتهم ولغتهم ودينهم هذا إذا لم تتوفر لهم العناية المناسبة بواسطة قريب أو صديق (الفقرة 2 من المادة 50).

أما (الفقرة 2 من المادة 78) من البروتوكول الإضافي الأول المتعلق

(1) محمد فهاد الشلالدة، مرجع سابق، ص 193.

(2) Plattner Denise, op. cit, p7.

بإجلاء الأطفال فتقضي بـ « متابعة تزويد الطفل أثناء وجوده خارج البلاد قدر الإمكان بالتعليم بما في ذلك تعليمه الديني والأخلاقي وفق رغبة والديه »⁽¹⁾.

خامسا . تعليم الأطفال

تفرض اتفاقية جنيف الرابعة على أطراف النزاع المسلح الدولي بعض الواجبات فيما يتعلق بتعليم الأطفال⁽²⁾. إذ لا بد من ضمان هذا الحق لهم بالرغم من وجود النزاع⁽³⁾. وعلى دولة الاحتلال تسهيل الإدارة الجيدة لجميع المنشآت المخصصة لتعليم الأطفال (المادة 50). كما على الدولة الحاجزة لتعليم الأطفال والشباب المحتجزين والسماح لهم بالالتحاق بالمدارس (الفقرة 1 من المادة 94).

أما في النزاعات المسلحة غير الدولية فالبروتوكول الإضافي الثاني في (الفقرة 3 (أ) من المادة 4)، تنص بأنه « يجب أن يتلقى هؤلاء الأطفال التعليم. بما في ذلك التربية الدينية والخلقية تحقيقا لرغبات آبائهم، أو أولياء أمورهم في حالة عدم وجود آباء لهم ».

سادسا . الحقوق الشخصية للطفل

تحظر المادة 50 من اتفاقية جنيف الرابعة على دولة الاحتلال تغيير الحالة الشخصية للطفل، وعليه لا يجوز تغيير جنسيته ولا وضعه المدني إذا جرى احتلال بلاده في نزاع مسلح دولي، تعزيزا للمبادئ الأساسية المتعلقة باحترام الإنسان وحقوق الأسرة الواردة في المادة 27 من نفس الاتفاقية⁽⁴⁾.

(1) حسنين المحمدي بوادي، مرجع سابق، ص 107. انظر مضمون المادة 25 والمادة 50 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949.

(2) Plattner Denise, op. cit, p8.

(3) M. Dan O'Donnell, op. cit, p6 1, in : <http://www.ipu.org>

(4) Plattner Denise, op. cit, pp 8 _ 9. Voir aussi :

مضمون المادة 50 من اتفاقية جنيف الرابعة التي تنص على أن « تسهل دولة الاحتلال بمعاونة السلطات الوطنية والمحلية الإدارة الجيدة لجميع المنشآت المخصصة للعناية بالأطفال وتعليمهم ». كما تنص الفقرة 1 من المادة 94 « وتمنح للمعتقلين جميع التسهيلات الممكنة لمواصلة دراستهم أو البدء في دراسات جديدة، مع ضمان تعليم الأطفال والشباب، ويسمح لهم بالذهاب للمدارس إما في مكان الاعتقال أو خارجه ».

كما يجب على دولة الاحتلال ألا تضم الأطفال إلى تشكيلات أو تنظيمات تابعة لها (الفقرة 1 من المادة 50)⁽¹⁾ لكي لا تتجدد عمليات الالتحاق الجماعي القسري التي حدثت خلال الحرب العالمية الثانية لضم أعداد كبيرة من الأطفال تلقائيا إلى عضوية تنظيمات وحركات مكرسة أساسا لخدمة أهداف سياسية.

سابعاً. احترام المعالجة التفضيلية للأطفال

بالرغم من أن اتفاقية جنيف الرابعة لم تذكر من بين المبادئ، إضافة حماية خاصة على الأطفال، إلا أن نصين من نصوصها يقضيان بأن المعالجة التفضيلية المقررة للأطفال في التشريعات الوطنية يجب أن تستمر أثناء النزاع المسلح الدولي (الفقرة 5 من المادة 38 والفقرة 4 من المادة 50 من اتفاقية جنيف الرابعة).

ففي الكثير من الأحيان تصدر الدول المحاربة قرارات في صالح الفئات المعرضة للضرر أكثر من غيرها وأولئك الذين يحتاجون لمعالجة خاصة كبطاقات الحصص الإضافية من الطعام، تسهيلات الرعاية الطبية وخدمة المستشفيات، والمساعدات الاجتماعية أو الحماية من آثار الحرب⁽²⁾.

ويحق للأطفال دون 15 سنة ولأمهات الأطفال الذين تقل أعمارهم عن 7 سنوات إذا كانوا من مواطني الأعداء، الحصول على أي معالجة تفضيلية مقررة للفئات المماثلة لهم من مواطني الدولة المعنية (الفقرة 5 من المادة 38) على ألا تعيق دولة الاحتلال استمرار تطبيق أية تدابير تفضيلية تكون قد قررت لصالح هؤلاء الأشخاص قبل الاحتلال (الفقر 4 من المادة 50)⁽³⁾.

(1) محمد فهاد الشلالقة، مرجع سابق، ص 201.

(2) Plattner Denise, op. cit, p9. voir aussi :

- حسنين المحمدي بوادي، مرجع سابق، ص 104.

(3) حسنين المحمدي بوادي، المرجع نفسه، ص 100. وكذلك :

تنص الفقرة 5 من المادة 38 التي تنص على أن : « الأطفال الذين تقل أعمارهم عن 15 سنة، والنساء الحبالى وأمهات الأطفال الذين تقل أعمارهم عن 7 سنوات، لهم حق الإستفادة من أي معاملة أكثر

ثامنا . الأطفال المقبوض عليهم أو المعتقلون أو المحتجزون

يتضمن القانون الدولي الإنساني أحكاما خاصة بشأن الأطفال الذين يفقدون حريتهم. (1) فطبقا لاتفاقية جنيف الرابعة ينبغي توجيه العناية نحو المعاملة الخاصة الواجبة للصغار (الفقرة 4 من المادة 76) المعتقلين في الدولة المحتلة وضرورة حصولهم على أغذية إضافية تتناسب مع احتياجات تكوين أجسامهم (الفقرة 3 من المادة 89) وتوفير أماكن مكشوفة خاصة للرياضة والمسابقات الخارجية في جميع المعتقلات (الفقرة 2 من المادة 94) وتعليمهم (المادة 50).

وتشجع الاتفاقية الإفراج عن الأطفال وأمهات الرضع وصغار الأطفال أو إعادتهم إلى بلادهم وإلى أماكن إقامتهم أو إيوائهم في بلد محايد (المادة 132)(2).

وعلى خلاف ما يقضي به القانون الدولي الإنساني ربما يجند الطفل بالفعل في القوات المسلحة ثم يؤسر كفرد محارب مع هذه القوات، ومع الأخذ بعين الاعتبار هذه الأوضاع، يتضمن القانون الدولي الإنساني أحكاما خاصة بشأن الأطفال الذين يفقدون حريتهم على هذا النحو. (3) فموجب البروتوكول الأول، يجب وضع الأطفال في حالة القبض عليهم أو احتجازهم أو اعتقالهم في أماكن منفصلة عن تلك التي تخصص للبالغين. وتستثنى من ذلك حالات الأسر التي تعد لها أماكن للإقامة كوحدات عائلية (الفقرة 4 من المادة 77)(4).

ملائمة بنفس الكيفية التي يعامل بها رعايا الدولة المحتلة»، وأيضاً الفقرة 4 من المادة 50 من اتفاقية جنيف الرابعة التي تنص على أنه: «لا تمنع دولة الاحتلال تطبيق أي إجراءات أكثر ملائمة فيما يختص بالغذاء والعناية الطبية والحماية من آثار الحرب مما يكون قد طبق قبل الاحتلال بالنسبة للأطفال الذين تقل أعمارهم عن 15، والأمهات الجبالى، وأمهات الأطفال الذين تقل أعمارهم عن 7 سنوات».

(1) حسنين المحمدي بوادي، مرجع سابق، ص 108.

(2) محمد فهاد الشالدة، مرجع سابق، ص 201.

(3) Plattner Denise, op. cit, p10.

(4) حسنين المحمدي بوادي، المرجع نفسه، ص 108 و109.

وتقضي (الفقرة 1 من المادة 82) من اتفاقية جنيف الرابعة بإيواء الأطفال مع والديهم المعتقلين، بينما يتجاوز البروتوكول الإضافي الأول نطاق هذا الإيواء ليشمل كل من كانوا تحت سلطة أي طرف من أطراف النزاع (الفقرة 5 من المادة 75).

وطبقا للبروتوكول الإضافي الأول فإن الأطفال دون 15 سنة من العمر، إذا اشتركوا مباشرة في الأعمال العدائية ثم وقعوا في قبضة الخصم فإنهم يظلون متمتعين بالحماية الخاصة المكفولة لهم بموجب (الفقرة 3 من المادة 77). أما البروتوكول الإضافي الثاني فإنه يحتوي على نص مماثل يطبق على النزاعات المسلحة غير الدولية في (الفقرة 3 (د) من المادة 04 (1)).

تاسعا . الأطفال وعقوبة الإعدام

استقر رأي واضعي اتفاقية جنيف الرابعة وواضعي البروتوكولين الإضافيين على تحديد الحد الأدنى لتنفيذ عقوبة الإعدام بـ 18 سنة. فحسب الاتفاقية الرابعة (الفقرة 4 من المادة 68) فإن سن الثامنة عشر هي الحد العمري المطلق الذي لا يجوز دونه تنفيذ حكم الإعدام حتى مع توافر الظروف الأخرى الموجبة لهذه العقوبة (2). أما البروتوكولان الإضافيان لاتفاقيات جنيف، فإنهما يحظران عقوبة الإعدام كعقوبة جزائية ضد الأطفال الذين تمت إدانتهم. لكن يجب التفرقة بين ما إذا كانت الجريمة ارتكبت في إطار نزاع مسلح دولي أم لا. ففي إطار النزاع المسلح الدولي، يعني الحظر فقط تنفيذ مثل هذه العقوبة ضد الأطفال (مما لا يستثني إمكانية النطق بهذه العقوبة ضدهم). (الفقرة 5 من المادة 77 من البروتوكول الإضافي الأول) (3). بينما في النزاع المسلح غير الدولي، فإن البروتوكول الإضافي الثاني

(1) Plattner Denise, op. cit, p10.

- حسنين المحمدي بوادي، مرجع سابق، ص 109.

(2) محمد فهاد الشلالنة، مرجع سابق، ص 202.

(3) Saoudatou Foussemi, la responsabilité pénale des enfants soldats, mémoire en vue de l'obtention du diplôme interuniversitaire en droits fondamentaux,

يتضمن حكما مماثلا في (الفقرة 4 من المادة 6)، لكنه يذهب أبعد من ذلك حيث أنه لا يمكن النطق بمثل هذه العقوبة على القصر. أما اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 تنص في مادتها 37 على أنه على الدول السهر على عدم النطق على الطفل بعقوبة الإعدام ولا الحبس مدى الحياة دون إمكانية الإفراج عنه لارتكابه جرائم في سن تقل عن 18 سنة. (1) هذا النص له بعد أكثر لتحديد تطبيق عقوبة الإعدام على الأحداث باعتبار الاتفاقية الأداة الأكثر تصديقا.

عاشرا . الأطفال الذين تيتموا أو افترقوا عن أسرهم

أولت اتفاقية جنيف الرابعة أهمية خاصة للأطفال اليتامى الذين افترقوا عن أسرهم(2). وذلك في مادتها 24 التي ألزمت أطراف النزاع بأن تتخذ الإجراءات الضرورية لضمان عيش وتعليم الأطفال الذين هم دون 15 سنة والذين تيتموا أو انفصلوا عن عائلاتهم بسبب النزاعات المسلحة.

كما يجب على أطراف النزاع التعهد بعدم ترك هؤلاء الأطفال لوحدهم(3). وتضيف هذه المادة نصا يتعلق باستقبال مثل هؤلاء الأطفال في بلد محايد. باعتبار أن نمو مدارك الطفل بعد هذه السن لا يحتاج إلى تدابير خاصة على هذا النحو، ويجب أيضا على دولة الاحتلال حسب المادة 50 اتخاذ الترتيبات اللازمة لإعاشة وتعليم الأطفال الذين تيتموا أو انفصلوا عن أوليائهم(4).

يتضح من خلال ما تقدم أن القانون الدولي - خاصة الإنساني - لم

Université de Nantes, Paris X Nanterre, 2003 _ 2004, p28, in : http://www.droits_fondamentaux.prd.fr.

وانظر : مضمون الفقرة 5 من المادة 75 من البروتوكول الإضافي الأول التي تنص على أنه « لا يجوز تنفيذ حكم الإعدام لجريمة تتعلق بالنزاع المسلح على الأشخاص الذين لا يكونون قد بلغوا 18 سنة من عمرهم وقت ارتكاب الجريمة ».

(1) حسنين المحمدي بوادي، مرجع سابق، ص 109.

(2) M. Dan O'Donnell, op. cit, p 60.

(3) محمد فهاد الشالدة، مرجع سابق، ص 190.

(4) Plattner Denise, op. cit, p11.

يغفل مسألة حماية الطفل في حالة النزاعات المسلحة، فقد تضمنت الاتفاقية الرابعة العديد من الأحكام التي تهدف إلى تحقيق نوعا من الرعاية الخاصة للأطفال في زمن الحرب.

وقد أكملت قواعد البروتوكولين الأول والثاني القواعد الواردة في الاتفاقية واستحدثا مجموعة جديدة من الأحكام تتعلق بالأطفال الذين يمارسون الأعمال العدائية كالاشتراك الفعلي في القتال أو التجنيد في القوات المسلحة.

بالإضافة إلى المادة 38 من اتفاقية حقوق الطفل التي تعتبر من قواعد القانون الدولي الإنساني التي تجعل من حظر تجنيد واستعمال الأطفال في العمليات العدائية أحد حقوقه الأساسية⁽¹⁾.

إن الحماية التي يمنحها القانون الدولي الإنساني للأطفال أثناء النزاعات المسلحة بالإضافة إلى كونها واجبا قانونيا ملزما يندرج في إطار حماية المدنيين، فإنها وقبل كل شيء التزام أخلاقي يأخذ الأطفال بعين الاعتبار ويمنحهم موضع احترام خاص، في ظل أوضاع النزاع الصعبة.⁽²⁾ لكن وعلى الرغم من هذه القواعد، فإن الأطفال في العديد من مناطق العالم مازالوا الضحية الأولى للنزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية وأكثر الفئات تضررا من هذه النزاعات سواء كان ذلك بشكل مباشر أو غير مباشر. ومما يزيد الطين بلة أن الأطفال ليسوا فقط ضحايا ولكنهم أيضا يحملون السلاح ويلعبون دورا فعالا في هذه النزاعات التي تقع في كثير من مناطق العالم بحيث تم تجنيدهم واستخدامهم فيها انتهاكا للقانون الدولي الإنساني الذي يحظر ذلك.⁽³⁾

(1) حسنين المحمدي بوادي، مرجع سابق، ص ص 111 - 115.

(2) ماهر جميل أبو خوات، مرجع سابق، ص 263.

(3) حسنين المحمدي بوادي، مرجع سابق، ص 116.

ثانياً : حماية الأطفال من التجنيد والاستعمال

في النزاعات المسلحة

تتمثل حماية الأطفال من التجنيد والاستعمال في العمليات العدائية، في حظر تجنيدهم في صفوف القوات المسلحة الحكومية والجماعات المسلحة غير الحكومية الذي تضمنه البروتوكول الإضافي لعام 1977 الملحقان باتفاقيات جنيف لعام 1949، (1) اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 (2)، البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة (3) وفي مواثيق دولية وإقليمية أخرى (4)

1- في البروتوكول الإضافي لعام 1977

الملحقان باتفاقيات جنيف لعام 1949

بالرغم من أن اتفاقيات جنيف لعام 1949 تضمنت أحكاماً عديدة تتعلق بحاجة الأطفال إلى حماية خاصة و متميزة، باعتبارهم مدنيين ليس لهم دورا في أعمال القتال، إلا أنها لم تتضمن على أي قاعدة حول الحد الأدنى لسن التجنيد والمشاركة في العمليات العدائية. فلمواجهة ظاهرة الأطفال الجنود كان يجب انتظار البروتوكول الإضافي لعام 1977 اللذان حظرا تجنيد الأطفال الذين يقل سنهم عن الخامسة عشر سواء: (أ) في النزاعات المسلحة الدولية، (ب) أو في النزاعات المسلحة غير الدولية.

أ. في النزاعات المسلحة الدولية

لقد بدأ الاهتمام الجدي بموضوع اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة من جانب اللجنة الدولية للصليب الأحمر في عام 1971، بعدما بدا لها قصور معاهدات جنيف لعام 1949 في معالجة مشكل الطفل المحارب. وقد قدمت للمؤتمر الدبلوماسي مشروعاً لمادة قصد إدراجها في البروتوكول الإضافي الأول، مفادها: « أن يفرض على أطراف النزاع التزاماً باتخاذ كافة الإجراءات الكفيلة بمنع الأطفال دون سن الخامسة عشر من القيام بأي دور

في الأعمال العدائية وبالتحديد حظر تجنيدهم في قواتهم المسلحة أو قبول تطوعهم».

وتم تحويل مشروع المادة التي اقترحتها اللجنة الدولية للصليب الأحمر إلى مجموعة عمل انتهت إلى تعديله «وألزمت أطراف النزاع باتخاذ كافة التدابير المستطاعة، التي تكفل عدم اشتراك الأطفال الذين لم يبلغوا بعد 15 سنة في الأعمال العدائية بصورة مباشرة، وعلى هذه الأطراف بالتحديد أن تمتنع عن تجنيد هؤلاء الصغار في قواتهم المسلحة. ويجب على أطراف النزاع في حالة تجنيد هؤلاء ممن بلغوا سن الخامسة عشر ولم يبلغوا بعد سن الثامنة عشر أن تسعى لإعطاء الأولوية لمن هم أكبر سناً» ورد هذا التعديل في نص (الفقرة 2 من المادة 77 من البروتوكول الإضافي الأول).⁽¹⁾ التي فرضت على أطراف النزاع التزامين :

الالتزام الأول : هو التزام بوسيلة، الهدف منه اتخاذ «كل التدابير الممكنة في الواقع...»⁽²⁾.

الالتزام الثاني : «التزام بغاية، لا يستطيع أطراف النزاع تجنيد أطفالا يقل سنهم عن 15 سنة في قواتهم المسلحة».

إن الاختلاف في طبيعة هذه الالتزامات له نتائج مهمة فيما يتعلق بالمسؤولية القانونية، فأطراف النزاع سيكونون مسئولين في حالة تجنيد أطفالا يقل سنهم عن 15 سنة وغير مسئولين في حالة ما إذا تبين أن التدابير

(1) ماهر جميل أبو خوات، مرجع سابق، ص 273 - 275 Les parties aux conflits prendront toutes les mesures possibles dans la «... pratiques» أقل صرامة ووضوحا وإلزاما من العبارة التي اقترحتها اللجنة الدولية للصليب الأحمر والقائلة «بان على أطراف النزاع أن تتخذ كافة الإجراءات الكفيلة».

«They shall refrain from recruiting them into their armed force» أما النص الإنجليزي إنه أكثر وضوح من النص الفرنسي (Recrutement) فالعبارة لا تدل فقط على تجنيد الأطفال جبرا بل وحتى المشاركة الطوعية ففي هذه الحالة عبارة تقصد بها الالتحاق، مما يدل على أن الأطراف المتنازعة يجب عليها أن تمتنع عن تشغيل وتجنيد الأطفال الذين لم يبلغوا سن 15 سنة وكذلك الذين يريدون الالتحاق بالقوات المسلحة.

(2) Joël Mermet, op. cit, p2, sur site : <http://www.ridi.org>

المتخذة في هذا المجال غير فعالة. (1) لكن في حالة عدم احترام الأحكام المتعلقة بالحد الأدنى لسن المشاركة في العمليات العدائية، فإن الأطفال يستمرون في الاستفادة، من الحماية الخاصة الممنوحة لهم في حالة القبض عليهم طبقاً (للفقرة 2 من المادة 77). (2) إن ميزة نص هذه الفقرة، هي التشجيع على رفع سن تجنيد الأطفال، لأنه عند مناقشة هذا النص اقترح أحد الوفود في المؤتمر الدبلوماسي في جنيف - حول تأكيد وتطوير القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة من 1974 حتى 1977 المتعلق باشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة - عدم تجنيد الأطفال الذين يقل سنهم عن 18 سنة، لكن هذا الاقتراح لم يتم الأخذ به، لأن أغلبية الدول اعترضت على تجاوز سن 15 سنة. ولكن حتى يراعى هذا الاقتراح، تم الاتفاق على أنه في حالة تجنيد أشخاص يتراوح عمرهم بين 15 و18 سنة، يجب البدء بتجنيد الأشخاص الأكبر سناً قبل غيرهم. تم إضافة هذه الجملة في (الفقرة 2 من المادة 77)، (3) مما يدل على أن البروتوكولين الإضافيين قد أخذوا في الاعتبار مسألة مخالفة النصوص الواردة في هذا الخصوص واحتمال قيام الأطفال بحمل السلاح والاشتراك في الأعمال العدائية(4).

إن هذا الاتفاق مهم جداً يبين أمل بعض الحكومات في الزيادة من الحماية المقررة للأطفال، هذه التوصية تمكن اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالإلحاح على الأطراف المتنازعة حول الأهمية الإنسانية من عدم تجنيد أطفالاً يقل عمرهم عن 18 سنة وبذلك زيادة الحماية المعترف بها لهم.

وتلح اللجنة الدولية ذاتها لتذكر بأن القانون الإنساني يحظر تجنيد وقبول الالتزام الطوعي لأطفال سنهم أقل من 15 سنة. وإن هذا القانون يطلب من الدول اتخاذ كل التدابير الممكنة لمنع الأطفال من المشاركة المباشرة في

(1) Nairi Arzoumanian et Francesca Pizzutelli, op. cit, p883.

(2) Joel Mermet, op. cit, p2, sur site : <http://www.ridi.org>

(3) ماهر جميل أبو خوات، مرجع سابق، ص 275.

(4) حسنين المحمدي بوادي، مرجع سابق، ص 110.

الأعمال العدائية⁽¹⁾.

إن العبارة التي تم اختيارها في صياغة هذه المادة تدل على حرص الحكومات في عدم الارتباط بواجبات مطلقة فيما يخص المشاركة التلقائية للأطفال في العمليات العدائية⁽²⁾.

ب. في النزاعات المسلحة غير الدولية

أشار البروتوكول الإضافي الثاني إلى السن التي لا يحق للأطفال دونها أن يشاركوا في الأعمال العدائية وذلك في (الفقرة 3 من المادة 4 من البروتوكول الإضافي الثاني) التي تنص على أنه « لا يجوز تجنيد الأطفال دون سن الخامسة عشر في القوات أو الجماعات المسلحة، ولا يجوز السماح باشتراكهم في الأعمال العدائية»، ويتعلق الأمر هنا بحظر قاطع، سواء تعلق الأمر بالمشاركة في الأعمال العدائية بصفة مباشرة أو غير مباشرة.⁽³⁾ وبالتالي فإن الواجب المفروض على الدول الأطراف هو أكثر شدة وصرامة مما عليه أثناء النزاعات المسلحة الدولية.⁽⁴⁾ كما يطبق هذا النص على جماعات الثوار الذين هم أكثر استفادة من الأطفال في النزاعات المسلحة غير الدولية⁽⁵⁾. ويعتبر هذا ضغطا وقهرا لبعض الجماعات المسلحة غير تابعة للدول⁽⁶⁾.

في حالة النزاعات المسلحة غير الدولية لا توجد أية توصية بعدم تجنيد الأطفال الذين يقل سنهم عن 18 سنة⁽⁷⁾.

(1) Maria Teresa Dutli, enfants – combattants prisonniers, extrait de le Revue Internationale de la Croix Rouge, septembre, octobre, 1990, p459

(2) Ilene Cohn et Guy _ s. Goodwin _ Gill, op. cit, p36

(3) ماهر جميل أبو خوات، مرجع سابق، ص ص275 - 276. وانظر كذلك :

_ Maria Teresa Dutli, op. cit, p459

(4) Nairi Arzoumanian et Francesca Pizzutelli, op. cit, pp833 - 834. voir aussi :

_ Sophie Morin, op. cit, p3

(5) ماهر جميل أبو خوات، المرجع نفسه، ص276.

(6) Message relatif au protocole facultatif de 2000, op. cit, p 5982, sur site : [http : /
/ www. admin. ch](http://www.admin.ch)

(7) Aurelie Larosa, la protection de l'enfant en droit international pénal, états des

ومن الناحية القانونية، فإن الكيان غير الحكومي غير مرتبط بالتزامات البروتوكول الثاني إلا إذا صادقت دولته عليه أو إذا أعلن احترام مبادئ القانون الدولي الإنساني. وتستطيع اللجنة الدولية بمقتضى التفويض الذي أناطه بها المجتمع الدولي التدخل إلى جانب الأطراف المتنازعة التي يقاتل لحسابها هؤلاء الأطفال للتأكيد على أهمية عدم إشراك هؤلاء المراهقين في العمليات العدائية⁽¹⁾. فالنصوص المتعلقة بحماية الأطفال في النزاعات المسلحة تميز بصفة عامة بين أطفالا يقل سنهم عن 15 سنة وأطفالا يقل سنهم عن 18 سنة.

يتميز القانون الدولي الإنساني بين النزاعات المسلحة الدولية (البروتوكول الإضافي الأول)، فالأمر هنا يتعلق بالمشاركة المباشرة في القتال لأطفال سنهم أقل من 15 سنة، والنزاعات المسلحة غير دولية (البروتوكول الإضافي الثاني)، الذي يحظر المشاركة المباشرة وغير المباشرة في العمليات العدائية. فحسب اتفاقيات جنيف وبروتوكولها فإن الأطفال الذين يقل سنهم عن 15 سنة يحظون بحماية أحسن في النزاعات المسلحة الداخلية، بينما الأطفال الذين يتراوح سنهم بين 15 و 18 سنة يستفيدون بحماية أحسن في النزاعات المسلحة الدولية. هكذا إذن لا يوجد قانون يحظر التزام المراهقين في النزاعات المسلحة غير الدولية.

أما عبارة التجنيد، فإنها تشمل: التجنيد الإرادي أو الطوعي والتجنيد الجبري⁽²⁾. هذا ما عبرت عنه اللجنة الدولية للصليب الأحمر، التي أخذت بالتفسير الواسع للبروتوكولين بهدف إدماج كل أشكال التجنيد⁽³⁾.

إن الالتزام المنصوص عليه في (الفقرة 2 من المادة 77 والفقرة 3 من

lieux, mémoire de Master, recherche mention droit international année universitaire 2003 – 2004, université de lille 2, droit et santé, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, école doctorale n° 74, p 107, sur site : <http://www.edoctorale74.univ.lille2.fr>

(1) Maria Teresa Dutli, op. cit, p460

(2) Aurelie Larosa, op. cit, 107

(3) Joël Mermet, op. cit, p2, sur site : <http://www.ridi.org>

المادة 4) هو التزام يبذل عناية. ففي حالة ما إذا تم اشتراك الأطفال مباشرة في العمليات العدائية وتم القبض عليهم فإنهم يستمرون في الاستفادة من الحماية الخاصة سواء كانوا أسرى حرب أم لا، طبقاً (للفقرة 2 من المادة 77 من البروتوكول الإضافي الأول والفقرة 3 من المادة 4 من البروتوكول الإضافي الثاني). (1) إن تحديد السن الذي لا يجوز دونه للأطفال المشاركة في الأعمال العدائية بموجب بروتوكولي جنيف لعام 1977، يعتبر في حد ذاته إضافة واضحة للقانون الدولي الإنساني، وتدعيماً للجهود التي بذلت في هذا الشأن، (2) وإنه لا يمكن إنكار أن البروتوكولين قد تم خرقهما خلال النزاعات المسلحة في الثمانينات والتسعينات (3).

2 - في اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 :

بعد توقيع البروتوكولين الملحقين لاتفاقيات جنيف في سنة 1977، لم تتوقف ظاهرة الرجز بالأطفال في الحروب والنزاعات، فقد بذلت جهود دولية حثيثة لحماية الأطفال من النزاعات المسلحة أثناء إعداد مشروع اتفاقية حقوق الطفل.

ولقد لفت المؤتمر الدولي رقم 26 للصليب الأحمر والهلال الأحمر المنعقد في عام 1986 في جنيف النظر إلى أن اتفاقية حقوق الطفل التي كانت في التحضير، عليها أن تضمن على الأقل حماية متساوية لتلك التي تمنحها اتفاقيات جنيف وبروتوكولاتها الإضافيان الأول والثاني. ويستنتج من المادة 38 من اتفاقية حقوق لطفل ضعف الحماية المنصوص عليها للأطفال المتورطين في النزاعات المسلحة، (أ) التي أستبعدت لصالح البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف لعام 1977 الذي يمنح الطفل حماية أكثر (ب) (4).

(1) Nairi Arzoumanian et Francesco Pizzutelli, op. cit, p833

(2) ماهر جميل أبو خوات، مرجع سابق، ص

(3) Joël Mermet, op. cit, p1, sur site : <http://www.ridi.org>

(4) ماهر جميل أبو خوات، مرجع سابق، ص ص 276 - 278.

أ. ضعف الحماية التي تمنحها المادة 38 من اتفاقية حقوق الطفل

يتمثل التناقض الواضح والصريح في اتفاقية حقوق الطفل في تعريف مادتها الأولى الطفل بأنه « كل إنسان حتى سن الثامنة عشر، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق عليه ». ثم طلبت من الدول عدم تجنيد الأطفال دون 15 سنة في قواتها المسلحة⁽¹⁾ وهذا يعني ابتعادا عن المبدأ الذي وضعته اتفاقية حقوق الطفل في المادة الأولى التي حددت سن الطفولة بـ 18 سنة. وبالتالي فإن كل شخص سنه أقل من 18 سنة له الحق في الحماية الخاصة المضمونة للأطفال⁽²⁾.

كما أن عدم السماح للدول بتجنيد أطفال دون سن الخامسة عشر يعني السماح للدول الأطراف في الاتفاقية بتجنيد الأطفال ما بين 15 و18 سنة في قواتها المسلحة، علما أن هؤلاء الأشخاص فيما بين السنين السابقين يعدون أطفالا طبقا لتعريف الطفولة حسب المادة الأولى من الاتفاقية.⁽³⁾ خصوصا وأن حمل السلاح والاشتراك في الحروب مسؤولية كبرى لا يستطيع الأطفال القيام بها وذلك لصغر سنهم وضعف بنيتهم⁽⁴⁾.

هذا التفاوت راجع إلى كون المادة 38 من اتفاقية حقوق الطفل من أحكام القانون الدولي الإنساني المحددة لسن 15 سنة كحد أدنى للتجنيد، بينما الأحكام الأخرى للاتفاقية تركز حقوق الإنسان والدليل على ذلك أنها تعيد صياغة الفقرة 2 من المادة من 77 من البروتوكول الإضافي الأول، التي تحدد سن 15 سنة كحد أدنى للتجنيد. ومن وجهة نظر القانون الدولي الإنساني فإنه من المنطقي أن يضع تعريف الطفل الجندي محل شك تجانس أحكام اتفاقية سنة 1989، لأن تفسير وتطبيق هذه الاتفاقية يتوقف

(1) Celine Renaut, l'interdiction de recruter des enfants soldats, DEA de Droit Public et Européen, université, Paris - Sud (Paris XI), année universitaire, 1999 - 2000, p3, in : <http://www.credho.org>

(2) Message relatif au protocole facultatif de 2000, op. cit, p 5983.

(3) نبيل بشر، رؤية قانونية : إعلان القاهرة عن مستقبل الطفل الإفريقي، ص 1، على الموقع باللغة العربية www.elakhbar.org

(4) حسنين المحمدي بوادي، مرجع سابق، ص 86.

من جهة على تعريف الطفل كشخص سنه أقل من 18 سنة ومن جهة أخرى على أربع مبادئ أساسية تتمثل في : عدم التمييز، المصلحة العليا للطفل، الحق في الحياة، و البقاء، والنمو، والحق في أن يسمع له.

والحقيقة أن المادة 38 تناقض أساس الاتفاقية نفسها بحيث تكرس التمييز بين الأطفال، وبما أن الطفل الجندي أقل حماية من الطفل المدني وفي هذا مساسا بالحق في الحياة، البقاء والنمو والمصلحة العليا للطفل، التي تستلزم إبعاد الأطفال عن النزاعات المسلحة.

فمنطق الاتفاقية يفترض أن يؤدي بالدول إلى أن تضيف للتقدم الذي تم تحقيقه في موضوع حقوق الإنسان إلى تحسين حماية الأطفال على ما كان عليه في القانون الدولي الإنساني، لكن تخوف الدول منع تحقيق هذا التحسين⁽¹⁾.

وهناك من يرى أن نص المادة 38 يضعف الحماية التي وضعتها اتفاقيات جنيف وبروتوكولها الإضافيين⁽²⁾، حيث أنه يستخدم عبارات ضعيفة، فبدلا من أن يستخدم تعبير الحظر نجده يكتفي بتعهد الدول الأطراف.

وتنص (الفقرة 2) على أن تتخذ الدول كل التدابير الممكنة. وهو تعبير واسع، ففضاض يخضع لتقدير الدول وإمكاناتها في تجنب اشتراك الأطفال في الحروب بصفة مباشرة. لكن تحصر هذه التدابير في اشتراك الأطفال في الحروب بصفة غير مباشرة وتعرض بذلك حياتهم للخطر⁽³⁾.

من ثم تكون الاتفاقية قد تجاهلت بقصد أو دون قصد الحالات التي

(1) Celine Renaut, op. cit, pp 3 - 4.

(2) David Eric, Principes de droit des conflits armés, Bruylant, Bruxelles, 1994, p 421

(3) نبيل بشر، مرجع سابق، ص1.

تنص الفقرة 1 من المادة 38 من اتفاقية حقوق الطفل على أن : «تعهد الدول الأطراف بان تحترم قواعد القانون الإنساني الدولي المطبقة عليها في النزاعات المسلحة وذات الصلة بالطفل وأن تضمن احترام هذه القواعد». كما تنص الفقرة 2 على أن : «تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الممكنة عمليا لكي تضمن ألا يشترك الأشخاص الذين لم يبلغ سنهم 15 سنة اشتراكا مباشرا في الحرب».

يشترك فيها الأطفال في الحروب بصورة غير مباشرة⁽¹⁾.

كما أن عبارة «التدابير الممكنة» ضعيفة، وقد اقترحت اللجنة الدولية للصليب الأحمر استبدالها بعبارة «التدابير الضرورية» لتقوية هذه الالتزامات لكن دون جدوى، لأن الدول لا تريد الالتزام بذلك فيما يتعلق بالمشاركة العفوية للأطفال في العمليات العدائية.⁽²⁾ حيث أن المنع غير الحاسم لتجنيد الطفل الذي لم يبلغ 15 سنة بنص صريح يعتبر تجاهلا بصورة كلية لمسألة قبول تطوع الأطفال الاختياري للعمل في هذه القوات، مما يتيح للدول الأطراف والإدعاء بأن الطفل هو الذي اشترك طواعية في قواتها المسلحة، وبالتالي لم ترغمه على الالتحاق بها.

كما ذكر النص صراحة دخول الأطفال واشتراكهم في القوات المسلحة أي القوات النظامية، ولم يذكر الجماعات المسلحة، مما يجعل اشتراك الأطفال في الحروب الأهلية والقوات غير النظامية لجماعات الثوار والنزاعات الداخلية غير مشمول بالحماية القانونية التي توفرها الاتفاقية⁽³⁾.

إن المبدأ الوارد في الفقرة 3 من المادة 38 الذي تستند إليه الدول التي تقوم بتجنيد أطفالا سنهم بين 15 و18 سنة، عليها أن تعطي الأولوية في التجنيد للأكبر سنا قبل غيرهم طبقا للقاعدة الواردة في (الفقرة 2 من المادة 77 من البروتوكول الإضافي الأول)⁽⁴⁾.

بحيث تعكس مضمونها ومادتها⁽⁵⁾، فصياغتها مماثلة لها تقريبا⁽⁶⁾ لم تتجاوز إعادتها وتكرارها مع خلق غموض أكثر⁽⁷⁾.

(1) حسنين المحمدي بوادي، مرجع سابق، ص 86.

(2) Celine Renaut, op. cit, p5.

(3) نبيل بشر، مرجع سابق، ص 1.

- حسنين المحمدي بوادي، مرجع سابق، ص 86.

(4) Message relatif au protocole facultatif de 2000, op. cit, p 5983.

(5) Maria Teresa Dutli, enfants _ combattants prisonniers, extrait de le Revue Internationale de la Croix Rouge, septembre, octobre, 1990, p459.

(6) Joël Mermet, op. cit, p1, in : <http://www.ridi.org>

(7) دانيال هيل، البروتوكول الاختياري بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة الملحق باتفاقية

وبالتالي نستطيع القول بأن هذه المادة لم تضيف جديدا إلى الأحكام الواردة في اتفاقيات جنيف الرابعة وبرتوكولها الإضافيين، بل أعادت تأكيد ما ورد فيها،⁽¹⁾ بالنظر لظروف ذلك الوقت كان من غير الممكن تحسين حماية الأطفال في النزاعات المسلحة وكان يجب انتظار تطور القانون في المستقبل⁽²⁾.

ب. استبعاد المادة 38 من اتفاقية حقوق الطفل لصالح البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977

إضافة إلى كون المادة 38 من اتفاقية حقوق الطفل، المادة الوحيدة المخصصة لحماية الأطفال في النزاعات المسلحة، فإنها لم تضيف جديدا للأحكام الواردة في اتفاقيات جنيف الرابعة والبرتوكولين الإضافيين بل أعادت تأكيد ما ورد فيها⁽³⁾.

كما لم تشهد تطورا ولم تغير كثيرا الوضعية على مستوى القانون الدولي الإنساني بل أضعفته⁽⁴⁾، فمن شأنها أن تصرف الانتباه عن القاعدة الأقوى الواردة في الفقرة 3 (ج) من المادة 4 من البروتوكول الإضافي الثاني التي توفر حظرا أشمل فيما يتصل بالنزاعات المسلحة غير دولية⁽⁵⁾.

إذ تتضمن حظرا مطلقا لتجنيد أشخاصا يقل سنهم عن 15 سنة وذلك في القوات المسلحة أو الجماعات المسلحة ولا يسمح لهم بالمشاركة في العمليات العدائية. لذلك فإن صياغة المادة 38 قد تؤدي إلى إضعاف

حقوق الطفل، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 893، ص1، على الموقع باللغة العربية
www. icrc. org

(1) حسنين المحمدي بوادي، المرجع نفسه، ص 86.

(2) Message relatif au protocole facultatif de 2000, op. cit, p 5983.

(3) Protocole facultatif se rapportant à la convention relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, 25 / 05 / 2000, la protection des enfants dans le droit international humanitaire, p1, in : http : / / www. icrc. org.

(4) Celine Renaut, op. cit, pp3 _ 5.

(5) دانيال هيل، مرجع سابق، ص1.

القانون الدولي الإنساني، بما أن هناك دولا تستعمل أطفالا جنودا قد تتحجج بأحكام اتفاقية حقوق الطفل للتهرب من المحتوى الأمر للفقرة 3 (ج) من المادة 4 من البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977 التي تنص على أنه « لا يجوز تجنيد الأطفال دون 15 سنة في القوات والجماعات المسلحة ولا يجوز السماح باشتراكهم في الأعمال العدائية » أما الفقرة 3 (ج) من المادة 4، فإنها تستجيب لمتطلبات المنظمات غير الحكومية، خاصة اللجنة الدولية للصليب الأحمر التي تناضل من أجل حماية الأطفال في النزاعات المسلحة عندما يتدخلون خاصة بصفة غير مباشرة. و قد اختارت الدول عدم إدخال هذا الحكم في اتفاقية حقوق الطفل بالرغم من أنه يمنح حماية أحسن للطفل.

وقد تم وضع حدا لهذا بموجب الفقرة 1 من المادة 38 التي تتضمن شرط الإحالة إلى القانون الدولي الإنساني المتعلق بالأطفال⁽¹⁾. فالمادة 38 لا تبحث عن حل لمجموع الوضعيات التي يجد فيها الطفل نفسه في النزاعات المسلحة، لأن هذه الوضعيات الخاصة ينظمها قانون خاص، أي قانون النزاعات المسلحة الذي تحيل إليه بوضوح الفقرة 1 من المادة 38.

في ظل هذه الظروف وفي حالة تناقض أحكام قانون النزاعات المسلحة فإننا نستطيع من جديد وبدون شك تطبيق « شرط الفرد والضحية الأكثر رعاية ». وفي حالة التناقض بين قاعدتين من القانون الدولي الإنساني يجب اختيار تلك التي تضمن أحسن حماية قانونية. فالمادة 41 من اتفاقية حقوق الطفل تنص على أنه « ليس في هذه الاتفاقية ما يمس أي أحكام تكون أسرع قضاء إلى أعمال حقوق الطفل والتي قد ترد في : (أ) قانون دولة طرف، أو (ب) بالقانون الدولي الساري على تلك الدولة »⁽²⁾.

وقد جاءت لتوضح أن مختلف الصياغات لن تؤدي إلى إنقاص وتقليص الحماية الممنوحة للأطفال⁽³⁾. فأحكام الاتفاقية تتنازل أمام قواعد

(1) Celine Renault, op cit, pp5 - 6.

(2) Eric David, op. cit, pp 421 - 422.

(3) Aurelie Larosa, la protection de l'enfant en droit international pénal, états des

أفضل لحماية الطفل. لكن المادة 38 من اتفاقية حقوق الطفل لا تعتبر دون جدوى، لأنها تنبه بأن الحظر المنصوص عليه فيها مرتبط بحق أساسي للطفل.

لكن المادة 38 تم تجاوزها في الواقع بسبب استعمال الأطفال كجنود ومكنت من إثارة النقاش حول ضرورة رفع الحد الأدنى لسن تجنيد الأطفال، من الخامسة عشر إلى سن الثامنة عشر. وهو الهدف الذي حققه البروتوكول الاختياري لتبئية لطلب الدول في رفعه نظرا لزيادة استعمال الأطفال في النزاعات المسلحة المعاصرة⁽¹⁾.

وبالرغم من كل الانتقادات الموجهة للمادة 38 من اتفاقية حقوق الطفل إلى أن بعض الفقه يرى أن الحكم الوارد فيها يكتسي أهمية من ناحيتين :

الأولى : أنه يعيد تأكيد الأحكام الواردة في اتفاقية جنيف الرابعة والبروتوكولين الإضافيين.

أما الثانية : فإنه يوفر حماية للأطفال في حالات النزاع المسلح بالنسبة للدول التي لم توقع وتصادق على أحكام البروتوكولين.

ومع ذلك يمكن القول بأن ورود هذا النص في الاتفاقية يؤكد بما لا يدع مجالا للشك التزام الدولة بحماية الطفل في حالات النزاع المسلح مهما كان موقفها من اتفاقيات جنيف والبروتوكولين الملحقين بها⁽²⁾.

3 - في البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل

بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة

تتمثل هذه الحماية في حظر تجنيد الأطفال واستعمالهم في العمليات

lieux, mémoire de Master en droit international, université de Lille 2, n° 74, 2003

_ 2004 ,p 109, in : <http://www.edoctorale74.univ.lille2.fr>

_ Ilene Cohn et Guy S. Coodwin - Gill, op. cit, p42.

(¹) Celine Renaut, op. cit, p 6.

(2) حسنين المحمدي بوادي، مرجع سابق، ص 12.

العدائية ضد الدول (أ) والجماعات المسلحة (ب)

أ. حظر تجنيد الأطفال واستعمالهم في العمليات العدائية على الدول

رفعت المادة الأولى من البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل الحد الأدنى لسن المشاركة في العمليات العدائية من 15 إلى 18 سنة، بعد أن تم تحديدها بسن 15 سنة في البروتوكول الإضافي الأول وفي المادة 38 من اتفاقية حقوق الطفل. أما البروتوكول الإضافي الثاني فحددها أيضا ب 15 سنة، ويميز بين المشاركة المباشرة وغير المباشرة.

فالحد الأدنى لسن المشاركة في الأعمال العدائية من المسائل الهامة التي طرحت خلال إعداد البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل. فأغلبية ممثليات الدول وافقت على تحديده صراحة ب 18 سنة والأقلية منها قدرت بأن يطبق على المشاركة في العمليات العدائية وعلى التجنيد بكل أشكاله. هذا الرأي الأخير هو نفسه الرأي الذي أخذت به كل من لجنة حقوق الطفل، مكتب الممثل الخاص للأمين العام للأمم المتحدة للأطفال والنزاعات المسلحة، اليونسيف، والمحافظة السامية للاجئين، والاتلاف ضد استعمال الأطفال الجنود، وذلك لاقتناعها بأن تحديد سن الثامنة عشر كحد أدنى في كل أحكام البروتوكول سيوفر للأطفال حماية أحسن وسيكون مطابقا لسن الرشد المنصوص عليه في اتفاقية حقوق الطفل وفي غالبية التشريعات الوطنية⁽¹⁾.

إن الحكم الوارد في المادة الأولى من البروتوكول الجديد، يعتبر من أهم الأحكام لأنه رفع الحد الأدنى لسن الاشتراك في الأعمال العدائية من 15 إلى 18 سنة، ويمثل تقدما واضحا للحماية التي يوفرها القانون الدولي،⁽²⁾

(1) Guide du protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, unicef et l'ONG Coalition contre l'utilisation d'enfants soldats. Unicef, New York, p13, in : <http://www.unicef.org>

(2) Michel Fromet, du 30/01/2002, op. cit p18, in : http://www.assemblée_nationale.fr

انظر : مضمون المادة 1 من البروتوكول الاختياري التي تنص على أن « تتخذ الدول الأطراف جميع

كما يعزز النزعة الراهنة نحو بقاء الأطفال جميعا بمنأى عن أهوال الحرب والاشتراك في الأعمال العدائية. وعليه يجب أن يحظى الأطفال - بما أنهم لا يشاركون مباشرة في العمليات العدائية - بحماية الأشخاص المدنيين المحددة في اتفاقية جنيف وبروتوكولها الإضافيين الممنوحة للأشخاص المدنيين⁽¹⁾.

1. حظر المشاركة المباشرة والإبقاء على المشاركة غير المباشرة

في إطار البحث عن اتفاق توصلت الدول إلى اعتماد حلا ناقصا. لأن صياغة المادة الأولى والثانية لا تسمح باستنتاج وجود حظر مطلق، بل التزام ببذل عناية⁽²⁾، لأنها تضع على عاتق الدول الأطراف التزاما محددا بسبب العبارة المستعملة، أي الاقتصار على التدابير الممكنة لتفادي اشتراك الأطفال في العمليات العدائية. فمن المؤسف عدم اعتماد صياغة أكثر إلزاما مثل الصياغة الموجودة في الفقرة 2 من المادة 22 من الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاه الطفل⁽³⁾. فإن هذه الصياغة (المادة 1 والمادة 2) تعيد صياغة الفقرة 2 من المادة 77 من البروتوكول الإضافي الأول.

أما الصياغة باللغة الإنجليزية (**Take all feasible measures**) فإنها تترك للدول نوعا من الحرية، لتقرر التدابير التي يمكن اتخاذها حسب الظروف⁽⁴⁾.

يحظر البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل المشاركة المباشرة فقط للأطفال في العمليات العدائية⁽⁵⁾، ويبقى على استخدامهم

التدابير الممكنة عمليا لضمان عدم اشتراك أفراد قواتها المسلحة الذين لم يبلغوا 18 سنة من العمر اشتراكا مباشرا في الأعمال الحربية».

(1) Message relatif au protocole facultatif de 2000, op. cit, p 5987.

(2) Celine Renaut, op. cit, p 10.

- انظر : مضمون المادة 1 من البروتوكول الاختياري بشأن إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة. ومضمون المادة 2 من البروتوكول الاختياري التي تنص على أن : « تكفل الدول الأطراف عدم خضوع الأشخاص الذين لم يبلغوا 18 سنة من العمر للتجنيد الإجباري في قواتها المسلحة ».

(3) Joël Mermet, op. cit, pp 4 - 5, in : <http://www.ridi.org>

(4) Message relatif au protocole facultatif de 2000, op. cit, p 5988.

(5) Guide du protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, unicef et l'ONG, op. cit, p13, in : <http://www.unicef.org>

بطريقة غير مباشرة ابتداء من سن السادسة عشر (المجندين الطوعيين) مشروعا. فالحماية التي يمنحها البروتوكول الاختياري ضعيفة مقارنة بالحماية التي يمنحها البروتوكول الإضافي الثاني الذي يحظر المشاركة المباشرة وغير المباشرة.

إن الصياغة التي تم اعتمادها في البروتوكول الاختياري أخذت من المادة 38 من اتفاقية حقوق الطفل ومن الفقرة 2 من المادة 77 من البروتوكول الإضافي الأول. وتعتبر المشاركة مباشرة ابتداء من اللحظة التي يكون نشاط الشخص المعنى بالأمر له صلة بالضربات الموجهة لأعضاء وعتاد القوات المسلحة للعدو. وعليه يمكن القول أن البروتوكول الجديد لا يمنع الأطفال الجنود المجندين طوعيا أن يتدخلوا كطباخين، خدم، نقل المؤن الغذائية،⁽¹⁾ جمع المعلومات، أعمال التخريب، لأن هذه الأعمال لا تغطيها المادة الأولى من البروتوكول الاختياري، لكن في الحقيقة تضع هذه الأعمال الطفل في وضعيات تتسم بالخطورة، مثل حمل السلاح.⁽²⁾ فحظر «المشاركة غير المباشرة» للذين يقل سنهم عن 18 سنة ضروريا أيضا لتحقيق حماية فعلية للطفل، والمادة الأولى ضعيفة لأنها لا تضمن الحماية إزاء الاشتراك غير المباشر في الأعمال الحربية،⁽³⁾ مما يعرض فعالية حظر التجنيد و«المشاركة المباشرة» للأطفال الذين يقل سنهم عن 18 سنة للخطر⁽⁴⁾.

2. حظر التجنيد الجبري دون التجنيد الطوعي

لم يحدد البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل، سن الثامنة عشر كحد أدنى في كل الأحكام المتعلقة بالتجنيد الطوعي والجبري

(1) Message relatif au protocole facultatif de 2000, op. cit, p 5988.

(2) Joël Mermet, op. cit, p4, in : <http://www.ridi.org>

(3) دانيال هيل، مرجع سابق، ص 2.

(4) Celine Renaut, op. cit, p 13

من طرف الدول، فإن كان قد رفع الحد الأدنى للسن المنصوص عليها في القانون الدولي من 15 إلى 18 سنة فإنه قصرها فقط على التجنيد الجبري من طرف القوات الحكومية التابعة للدول دون التجنيد الطوعي الذي يرفعه إلى أكثر من 15 سنة،⁽¹⁾ وذلك بسنة واحدة على الأقل عن السن المحددة في الفقرة 3 من المادة 38 من اتفاقية حقوق الطفل التي تحدها ب 15 سنة،⁽²⁾ على أن تقوم الدول الأطراف بإيداع إعلان يلزمها عند التصديق على البروتوكول الاختياري، تحدد فيه الحد الأدنى لسن التجنيد الطوعي والتدابير التي ستتخذها للتحقق من أن هذا التجنيد تم طواعية.

من هنا فإن حظر تجنيد الأطفال يعتبر حظرا جزئيا لأنه لا يشمل المجندين الطوعيين مما يدل على فشل البروتوكول،⁽³⁾ فطالما يتم تجنيدهم ويحصلون على تدريب عسكري فيكون استخدام مهارتهم في حالة وقوع نزاع مسلح أمرا مغريا خاصة إذا كانوا منضمين إلى وحدات عسكرية نظامية وكانت الأزمة على درجة من الإحتمال تقتضي استخدام كافة القدرات المتاحة. ومن ثم فإن منع وجود الأطفال دون 18 سنة يعد ضمانا مهمة لتجنب اشتراكهم في الأعمال العدائية⁽⁴⁾.

إن الالتزام برفع الحد الأدنى لسن التجنيد الطوعي المعلن عنه في الفقرة 5 من المادة 3 من البروتوكول الاختياري إلى أكثر من 15 سنة يسمح باستثناء المدارس الموضوعية تحت إدارة القوات المسلحة للدول الأطراف،

(1) Guide du protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, unicef et l'ONG, op cit, pp14 - 15, in : <http://www.unicef.org>

(2) Joël Mermet, op cit, p5, in : <http://www.ridi.org>

(3) Celine Renaut, op. cit, p14.

انظر : مضمون الفقرة 2 من المادة 3 من البروتوكول الاختياري التي تنص على أن : « تودع كل دولة طرف إعلانا ملزما بعد التصديق على هذا البروتوكول أو الانضمام إليه يتضمن الحد الأدنى للسن الذي تسمح عنده بالتطوع في قواتها المسلحة الوطنية ووصفا للضمانات التي اعتمدها لمنع فرض هذا التطوع جبرا أو قسرا»، انظر كذلك :

_ Guide du protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, unicef et l'ONG, op. cit, p16, in : <http://www.unicef.org>

(4) Message relatif au protocole facultatif de 2000, op. cit, p 5989. voir aussi :

_ دانيال هيل، المرجع نفسه، ص 3.

فهي ليست مجبرة على احترام هذا الالتزام⁽¹⁾.

ومما لا شك فيه أن الانحراف عن تحديد سن 18 سنة لكل من التجنيد الجبري والطوعي الذي سعت نحوه وفود عديدة يضعف بشدة آفاق الحيلولة دون اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة في المستقبل.⁽²⁾ ووجود قاعدة دولية تحظر النوعين من التجنيد قبل سن 18 سنة تحت الدول على تحسين مضمون تشريعاتها ووضعها موضع التطبيق.

من هنا نستنتج نقص حماية الأطفال في البروتوكول الاختياري. وأن الأطفال دون 15 سنة الذين ينتمون إلى هذه المدارس العسكرية تحميهم فقط أحكام القانون الدولي الإنساني المتعلقة بالمقاتلين⁽³⁾.

ب. الحظر على الجماعات المسلحة

إن الدول التي عارضت حظر التجنيد الطوعي قبل الثامنة عشر على علم بالعلاقة الموجودة بين التجنيد والاستعمال التعسفي للأطفال خلال العمليات العدائية.⁽⁴⁾ وحسب لجنة حقوق الطفل للأمم المتحدة، فإن الجماعات غير الحكومية استعملت بشكل واسع وبطريقة مباشرة وغير مباشرة أشخاصا يقل سنهم عن 18 سنة في العمليات العدائية في 28 نزاعا مسلحا خلال جانفي سنة 1997⁽⁵⁾. وبات من الضروري الإشارة في البروتوكول إلى حكم خاص بالجماعات المسلحة⁽⁶⁾.

(1) Guide du protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, unicef et l'ONG, op. cit, p16, in : <http://www.unicef.org>. Voir aussi :

- مضمون الفقرة 5 من المادة 3 التي تنص على أنه : « لا ينطبق اشتراط رفع السن المذكور في الفقرة 1 من هذه المادة على المدارس التي تديرها القوات المسلحة في الدول الأطراف أو تقع تحت سيطرتها تماثيا مع المادتين 28 و29 من اتفاقية حقوق الطفل ».

(2) دانيال هيل، مرجع سابق، ص 4.

(3) Celine Renaut, op. cit, pp 13. 15 et p11.

(4) ibid, op. cit, p 15.

(5) Argumentaire du comité international de la Croix Rouge, les conflits armés, Genève, 27/10/1997 Revue Internationale de la Croix Rouge N° 829,31 / 03 / 98, p11, in : <http://www.icrc.org>

(6) Message relatif au protocole facultatif de 2000, op. cit, p 5992.

لذا تناول البروتوكول الاختياري في المادة الرابعة منه موضوع الجماعات المسلحة التي تعتبر كيانات من غير الدول، فلا يجوز لها تجنيد الأطفال إجباريا أو طوعيا، وعدم السماح لهم بالاشتراك في الأعمال العدائية، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر إذا كان سنهم يقل عن 18 سنة. هذا ما يستنتج من صياغة الفقرة الأولى من هذه المادة، خاصة عبارة «في أي ظرف من الظروف»⁽¹⁾. كما تناول أيضا البروتوكول الاختياري حالات النزاعات المسلحة غير الدولية⁽²⁾، وقد دعمت اللجنة الدولية للصليب الأحمر بقوة إدراج هذه الجماعات في البروتوكول الجديد، ذلك أن انخراط الأطفال في النزاعات المسلحة غير الدولية، لا يقل دموية وترويعا بالنسبة للأطفال المعنيين، مقارنة بانخراطهم في النزاعات المسلحة الدولية⁽³⁾. بالإضافة إلى الانتشار الواسع لظاهرة الأطفال الجنود في النزاعات المسلحة غير الدولية⁽⁴⁾، لأن غالبيتهم جنودا جبراً من طرف الجماعات المسلحة غير التابعة للدول⁽⁵⁾ ويقاتلون لحسابها مما يدل على ضرورة تناول هذه الحالات⁽⁶⁾. وبالرغم من اختلاف مركزهم، فإن الدول والجماعات المسلحة تتحمل نفس الالتزامات طبقاً للقانون الدولي الإنساني، الذي يضع من حيث المبدأ الأطراف المتنازعة على نفس درجة المساواة⁽⁷⁾.

4 - في موائيق دولية وإقليمية أخرى

تم النص على حظر تجنيد الأطفال في صفوف القوات المسلحة الحكومية والجماعات المسلحة غير الحكومية بهدف استعمالهم في النزاعات المسلحة، في كل من في اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 182، (أ) النظام

(1) دانيال هيل، مرجع سابق، ص 5. انظر :

- مضمون الفقرة 1 من المادة 4 من البروتوكول الاختياري.

(2) Joël Mermet, op. cit, p3, in : <http://www.ridi.org>

(3) دانيال هيل، المرجع نفسه، ص 5.

(4) Joël Mermet, op. cit, p3, sur site : <http://www.ridi.org>

(5) Guide du protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, unicef et l'ONG. op. cit, p17, in : <http://www.unicef.org>

(6) Joël Mermet, op. cit, p4, in : <http://www.ridi.org>

(7) Celine Renaut, op. cit, p 17.

الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (ب) والميثاق الإفريقي لحقوق ورفاه الطفل (ج)

أ. في اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 182

تبنى مؤتمر العمل الدولي الذي تعقده دوريا منظمة العمل الدولية بالإجماع في يونيو سنة 1999 اتفاقية جديدة تحمل رقم 182، تتعلق بحظر أسوأ أشكال عمل الأطفال، بما في ذلك تجنيدهم الإجباري في القوات المسلحة⁽¹⁾.

تعد هذه الاتفاقية أول اعتراف قانوني يجعل من التجنيد واستعمال الأطفال كجنود بمثابة عمل غير مشروع.⁽²⁾ وتعتبر أولى الاتفاقيات التي ترفع الحد الأدنى لسن تجنيد الأطفال بهدف استخدامهم في النزاعات المسلحة من 15 إلى 18 سنة⁽³⁾.

وتضمنت المادة الثانية من الاتفاقية سالفه الذكر تعريف الطفل ونصت على أنه: «لأغراض هذه الاتفاقية ينطبق مصطلح «الطفل» على جميع الأشخاص الذين لم يبلغوا 18 سنة من العمر»، أما المادة 3 (أ) نصت على أنه «ينطبق مصطلح أسوأ عمل الأطفال على ما يلي: التجنيد القسري أو الجبري للأطفال بغرض استغلالهم في النزاع المسلح». ⁽⁴⁾ واشترطت الاتفاقية على الدول الأطراف اتخاذ تدابير فورية وفعالة لحظر التجنيد الجبري للأطفال لاستعمالهم في النزاعات المسلحة. ⁽⁵⁾ ألزمتها بمعاقبة الذين

(1) الفصل 12: حقوق الطفل، مرجع سابق، ص 9. انظر: كذلك: ماهر جميل أبو خوات، مرجع سابق، ص 338.

(2) République Démocratique du Congo — enfants en guerre (AI: AFR 62/034/2003), embargo 09/09/2003, p 23, sur site: <http://www.amnesty.org>

(3) Message relatif au protocole facultatif de 2000, op. cit, p 5983, sur site: <http://www.admin.ch>

(4) Articles 2 et 3 de la convention N°182 de l'organisation Internationale du travail

(5) Eric Edmonds, comprendre le travail des enfants: tendances, formes et causes, causes, sur site: <http://usinfo.state.gov>

الذين يقومون بالتجنيد الجبري للأطفال بهدف استعمالهم في النزاعات المسلحة. (1) ولقد اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذه الاتفاقية بموجب قرارها الصادر بتاريخ 16 / 03 / 2001 تحت رقم 54 / 263 (2).

ب. في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

تم إنشاء المحكمة الجنائية الدولية، بمقتضى نظام روما الأساسي المعتمد في المؤتمر الدبلوماسي لمفوضي الأمم المتحدة في روما بتاريخ 17 / 07 / 1998 (3)، ودخل حيز التنفيذ بتاريخ 01 / 07 / 2002 عند حصوله على الحد الأدنى المطلوب من التصديقات حسب ما تشترطه المادة 126 منه (60 تصديق)، مما يعني أن اختصاص المحكمة من حيث الزمان قد بدأ بتاريخ 01 / 07 / 2002 (4).

تضمن هذا النظام أحكاما خاصة بالأطفال ووضع تدابير تهدف إلى حمايتهم في الكثير من المجالات، لأنهم أكثر الضحايا تضررا من النزاعات المسلحة. وبالتالي يعتبر أحد الوسائل الجديدة للحماية الدولية للأطفال، إذ أدمج الحماية المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف والبروتوكولين الإضافيين واتفاقية حقوق الطفل. كما جرم انتهاك حقوق الطفل وسمح للمحكمة بمتابعة مرتكبي هذه الجرائم. (5)

ومن الخصائص المهمة لقانون روما، أنه جعل من تجنيد الأطفال الذين يقل سنهم عن الخامسة عشر، إلزاما أو طوعا في القوات المسلحة

(1) Aurelie Larosa ,op. cit, p108

(2) Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies 54/263 du 16 / 03 / 2001, sur site : <http://www.un.org>

- ولقد صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية في 28 / 11 / 2000.

(3) محمد يوسف علوان، ومحمد خليل موسى، مرجع سابق، ص 285، انظر كذلك :

- Michel Cyr Djena Wenbou, Daouda Fall, op. cit, p160

- Mandat de la cour pénale internationale, p1, sur site : <http://www.hrw.org>

(4) فتوح عبد الله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي - أولويات القانون الدولي الجنائي - النظرية العامة للجريمة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2001، ص 179.

(5) Le Canada et la cour pénale internationale _ la cour pénale internationale et les jeunes, pp1 _ 4 _ 5, sur site : <http://www.dfait-maeci.gc.ca>.

الوطنية أو استخدامهم للمشاركة فعليا في الأعمال الحربية خلال نزاع مسلح يتسم بطابع دولي أو في القوات المسلحة الوطنية أو في الجماعات المسلحة أو استخدامهم للمشاركة فعليا في الأعمال الحربية خلال نزاع مسلح غير دولي، جريمة حرب⁽¹⁾، والتي تعتبر انتهاكا جسيما لاتفاقيات جنيف لعام 1949 والبروتوكولين الإضافيين لعام 1977⁽²⁾.

يتعلق الأمر فقط بالأطفال الذين يقل سنهم عن 15 سنة، فبذلك لا يعالج قانون روما مسألة تجنيد الأطفال الذين يتراوح سنهم بين 15 و18 سنة⁽³⁾.

كما لا تستطيع المحكمة الجنائية الدولية متابعة الحكومات والجماعات المسلحة، تطبيقا لمبدأ المسؤولية الجنائية الشخصية، فلا تتابع الحكومات والجماعات المسلحة لكنها تقاضي أعضاء في الحكومات أو في الجماعات المسلحة لتؤكد على مسئوليتهم عن الأوامر أو العون أو قبول ارتكاب الجرائم⁽⁴⁾.

لكن استعمال الأطفال في النزاعات المسلحة يجعلهم ضحايا ومجرمين في الوقت نفسه لارتكابهم أعمال العنف⁽⁵⁾. لكن قانون روما، استثنى في المادة 26 من اختصاصها الجرائم المرتكبة من طرف أشخاص

(1) Message relatif au protocole facultatif de 2000, op. cit, p 5983, sur site : [http : /
/ www. admin. ch](http://www.admin.ch) , voir aussi :

_ Aurelie Larosa ,op. cit, p108

_ Joël Mermet, op. cit, p2, sur site : [http :// www. ridi. org](http://www.ridi.org)

(2) محمود شريف بسيوني - المحكمة الجنائية الدولية - مدخل لدراسة أحكام وآليات الإنفاذ الوطني للنظام الأساسي، الطبعة 1، دار الشروق، 2004، ص 177.

(3) Mandat de la cour pénale internationale, op. cit, p4 , sur site : [http :// www. hrw. org](http://www.hrw.org)

(4) République démocratique du Congo _ enfants en guerre, op. cit, p23, sur site : [http :// www. amnesty. org](http://www.amnesty.org),

(5) Le Canada et la cour pénale internationale _ la cour pénale internationale et les jeunes,op. cit, p1, sur site : [http :// www. dfait _ maeci. gc. ca](http://www.dfait_maeci.gc.ca).

يقبل سنهم عن 18 سنة وقت ارتكابها⁽¹⁾. ذلك لأن المحكمة لا تستطيع اتهام الأطفال أو متابعتهم، تفاديا لصدمتهم.

كما يحمي النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الأطفال عندما يكونوا شهودا، وللمحكمة أن تتخذ تدابير خاصة لحماية أمن ورفاه الطفل البدني والنفسي، كرامته واحترام حياته الخاصة مثل: القيام بسماعه في جلسات سرية في بعض مراحل الإجراءات⁽²⁾.

ج. في الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاه الطفل

لقد واكبت منظمة الوحدة الإفريقية الاهتمام العالمي بالطفولة، وأعدت في جويلية 1990 صكا إقليميا خاصا بحماية حقوق الطفل الإفريقي، وهو الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاه الطفل⁽³⁾ الذي دخل حيز النفاذ في 29 نوفمبر 1999 بعد تصديق 15 دولة عضو في منظمة الوحدة الإفريقية عليه⁽⁴⁾.

لقد اعتمد هذا الميثاق قبل البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل، ولا يتضمن أي غموض في التفرقة بين التجنيد الجبري والتجنيد الطوعي الذي يميز البروتوكول⁽⁵⁾ وذهب بعيدا في الفقرة 2 من المادة 22 عندما ألزم الدول الأطراف باتخاذ كل التدابير الضرورية لحظر مشاركة الأطفال في العمليات العدائية أو تجنيدهم. وبذلك يحظر في الوقت نفسه التجنيد الجبري والالتزام الطوعي لأشخاص يقل سنهم عن 18 سنة وكذلك مشاركتهم المباشرة في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية⁽⁶⁾.

(1) Mandat de la cour pénale internationale, op. cit, p4, sur site : <http://www.hrw.org>

(2) Le Canada et la cour pénale internationale _ la cour pénale internationale et les jeunes , op. cit, p8, sur site : <http://www.dfait.maeci.gc.ca>

(3) ماهر جميل أبو خوات، مرجع سابق، ص ص 391 - 392، انظر كذلك : الفصل 12 : حقوق الطفل، مرجع سابق، ص 9.

(4) محمد يوسف علوان، ومحمد خليل الموسى، مرجع سابق، ص 221.

(5) Nairi Arzoumanian et Francesca Pizzutelli, op. cit, p833

(6) Message relatif au protocole facultatif de 2000, op. cit, p 5984, sur site : <http://www.admin.ch>, voir aussi :

إن الالتزام ببذل عناية المنصوص عليه في المادة 77 من البروتوكول الإضافي الأول تم تأكيده في الميثاق الإفريقي الذي يعتبر أول الاتفاقيات التي تحدد سن 18 سنة كحد أدنى للتجنيد والمشاركة الجبرية في العمليات العدائية⁽¹⁾.

من أهم ما تضمنه هذا الميثاق⁽²⁾، تعريف الطفل بأنه كل إنسان يقل سنه عن 18 سنة دون أي استثناء على خلاف اتفاقية حقوق الطفل⁽³⁾. إن اعتماد هذا التعريف للطفل يجعل حكم المادة 22 من الميثاق الإفريقي أحد الأحكام الأكثر تقدماً في القانون الدولي الإنساني⁽⁴⁾.

خاتمة

إن حماية الأطفال في النزاعات المسلحة، تقتضي حظر تجنيدهم واستعمالهم في العمليات العدائية وهم دون سن الثامنة عشر، من دون التفرقة بين المشاركة المباشرة وغير المباشرة، وبين التجنيد الجبري والتجنيد الطوعي، سواء كان في صفوف القوات المسلحة الحكومية أو الجماعات المسلحة غير الحكومية. فالشخص يعتبر طفلاً حتى سن الثامنة عشر، حسب المادة الأولى من اتفاقيات حقوق الطفل. وإن حمايته تعني أن يكون بعيداً عن ساحة القتال ولا يشارك في حرب الكبار، كونه من الأشخاص الأشد ضعفاً والأكثر قابلية للجرح والأكثر حاجة إلى حماية خاصة في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية.

مراجع البحث :

أولاً : مراجع ونصوص قانونية باللغة العربية :

- (1) اتفاقية جنيف 4 الخاصة بحماية المدنيين في وقت الحرب.
- (2) جيلالي عيادي، حماية حقوق الطفل في إطار اتفاقية حقوق الطفل لسنة

– République démocratique du Congo, enfant en guerre, op. cit, p23, sur site : <http://www.amnesty.org>

(1) Aurelie Larosa ,op. cit, p106

(2) الفصل 12 : حقوق الطفل، المرجع نفسه، ص 10.

(3) Joël Mermet, op. cit. , p2, sur site : <http://www.ridi.org>

(4) Nairi Arzoumanian et Francesca Pizzutelli, op. cit, p836.

- 1989، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع : القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004.
- (3) حسنين المحمدي بوادي، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، الطبعة 1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2005.
- (4) دانيال هيل، البروتوكول الاختياري بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة الملحق باتفاقية حقوق الطفل، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 893، على الموقع باللغة العربية [www. icrc. org](http://www.icrc.org)
- (5) زربول سعدية، حماية حقوق المدنيين أثناء النزاعات المسلحة (في الشريعة الإسلامية وفي القانون الدولي)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع : القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004.
- (6) علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، الطبعة 11، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1975.
- (7) عمر سعد الله، تطور تدوين القانون الدولي الإنساني، الطبعة 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1997.
- (8) فتوح عبد الله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي - أولويات القانون الدولي الجنائي - النظرية العامة للجريمة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2001.
- (9) لجنة الصليب الأحمر الدولي، الحماية القانونية للأطفال في النزاعات المسلحة، الأطفال في الحرب، جانفي 2003.
- (10) لجنة الصليب الأحمر الدولي، حماية السكان المدنيين، 21 / 04 / 2003، على الموقع www. icrc. org
- (11) لجنة الصليب الأحمر الدولي، عمل شامل لتلبية احتياجات محددة، المجلة الدولية للصليب الأحمر، الأطفال في الحرب، وثيقة مساعدة 18 / 06 / 2001، على الموقع باللغة العربية www. icrc. org
- (12) ماهر جميل أبو خوات، الحماية الدولية لحقوق الطفل، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- (13) ماهي الحماية بالنسبة للجنة الدولية للصليب الأحمر؟ 10 / 01 / 2003، على الموقع www. icrc. org

(14) محمد فهاد الشالذة، القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.

(15) محمود شريف بسيوني - المحكمة الجنائية الدولية - مدخل لدراسة أحكام وآليات الإنفاذ الوطني للنظام الأساسي، الطبعة 1، دار الشروق، 2004.

(16) المفوضية السامية لمنظمة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، الفصل 12 : حقوق الأطفال، على الموقع www.unhchr.org.

(17) نبيل بشر، رؤية قانونية : إعلان القاهرة عن مستقبل الطفل الإفريقي، على الموقع www.elakhbar.org

ثانيا : مراجع ونصوص باللغات الأجنبية :

- 1) Argumentaire du comité international de la Croix Rouge, les conflits armés, Genève, 27/10/1997 Revue Internationale de la Croix Rouge N° 829,31 / 03 / 98.
- 2) Aurelie Larosa, la protection de l'enfant en droit international pénal, états des lieux, mémoire de Master, recherche mention droit international année universitaire 2003 _ 2004, université de lille 2, droit et santé, faculté des sciences juridiques , politiques et sociales, école doctorale n° 74.
- 3) Aurelie Larosa, la protection de l'enfant en droit international pénal, états des lieux, mémoire de Master en droit international, université de Lille 2, n° 74, 2003 - 2004.
- 4) Celine Renaut, l'interdiction de recruter des enfants soldats, DEA de Droit Public et Européen, université, Paris _ Sud (Paris XI), année universitaire, 1999 - 2000.
- 5) CICR, les activités du comités internationale de la croix rouge, les enfants victimes de conflits armés, (Publications) .
- 6) David Eric, Principes de droit des conflits armés, Bruylant, Bruxelles, 1994.
- 7) Eric Edmonds, comprendre le travail des enfants : tendances, formes et causes.

- 8) Guide du protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, unicef et l'ONG Coalition contre l'utilisation d'enfants soldats. Unicef, New York.
- 9) Ilene Cohn et Guy s. Goodwin – Gill, Traduction Thierry Baud, Les enfants soldats, Institut Henry Dunant, édition originale, Genève , Juin1993.
- 10) La protection des enfants dans les conflits armés « La protection des populations civiles en période de conflit armé » XXVIe conférence internationale de la Croix Rouge et le Croissant Rouge.
- 11) Le Canada et la cour pénale internationale — la cour pénale internationale et les jeunes.
- 12) M. Dan O'Donnell, La protection de l'enfant, guide à l'usage des parlementaire n° 7, UNICEF 2004.
- 13) Mandat de la cour pénale internationale.
- 14) Maria Teresa Dutli, enfants — combattants prisonniers, extrait de le Revue Internationale de la Croix Rouge, septembre, octobre, 1990.
- 15) Maria Teresa Dutli, enfants — combattants prisonniers, extrait de le Revue Internationale de la Croix Rouge, septembre, octobre, 1990.
- 16) Michel — Cyr Djiena Wembou, Daouda Fall, Le Droit International Humanitaire: théorie générale et réalités africaines. Collection logiques juridiques, édition l'harmattan, Paris 1999.
- 17) Michel Fromet, Rapport sur le projet de loi, adopté par le sénat Français, autorisant la ratification du protocole facultatif a la convention des droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, et sur le projet de loi, adopté par le sénat autorisant la ratification du protocole facultatif a la CDE concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, du30 / 01 / 2002.
- 18) Plattner Denise, La protection de l'enfant dans le droit international

humanitaire _ extrait de la Revue Internationale de la Croix Rouge,
Mai _ Juin 1984,.

- 19) Protocole facultatif se rapportant à la convention relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, 25/05/2000, la protection des enfants dans le droit international humanitaire.
- 20) République Démocratique du Congo _ enfants en guerre (AI : AFR 62/034/2003), embargo 09/09/2003.
- 21) Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies 54/263 du 16/03/2001.
- 22) Saoudatou Fousseni, la responsabilité pénale des enfants soldats, mémoire en vue de l'obtention du diplôme interuniversitaire en droits fondamentaux, Université de Nantes, Paris X Nanterre, 2003 _ 2004, p28.
- 23) Torrelli Maurice, Le droit international humanitaire, 2ème édition, Presses Universitaires de France, Vendôme, octobre 1989.

ثالثا : مواقع على الانترنت :

- 1) <http://www.aidh.org>
- 2) <http://www.amnesty.org>
- 3) http://www.assemblée_nationale.fr
- 4) <http://www.credho.org>
- 5) http://www.dfait_maeci.gc.ca
- 6) http://www.droits_fondamentaux.prd.fr
- 7) <http://www.edoctorale74.univ.lille2.fr>
- 8) <http://www.elakhbar.org>
- 9) <http://www.hrw.org>
- 10) <http://www.icrc.org>
- 11) <http://www.ipu.org>
- 12) <http://www.un.org>

- 13) <http://www.unhchr.org>
- 14) <http://www.unicef.org>
- 15) <http://www.usinfo.state.gov>



مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني الجزائري

أ. مراد فجاللي *

مقدمة :

إن مسؤولية المتبوع عن عمل التابع هي الحالة الوحيدة في الواقع التي يسأل فيها الشخص عن عمل الغير بالمفهوم القانوني الحقيقي، وذلك لأن مسؤولية الوالدين والمعلمين وأرباب الحرف هي مسؤولية عن سوء رقابتهم، أي أنهم يسألون عن خطئهم. وهو التقصير في القيام بواجب الرقابة وليس خطأ الغير بالمعنى القانوني الصحيح⁽¹⁾، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه التي يمارسها المتبوع على التابع فإنها تنصب على العمل ذاته وليس على من يؤديه، خلافا لسلطة المكلف بالرقابة على من يخضع لرقابته حيث تنصب هذه الأخيرة على ذات الخاضع للرقابة⁽²⁾.

وتنص المادة 136 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : « يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها.

* المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة.

(1) الدكتور : بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري : الجزء 2 : ص 309.

(2) الدكتور : مصطفى جمال : النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية الطبعة 1987 : ص 369.

وتتحقق علاقة التبعية ولو ولم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع»⁽¹⁾.

إذا ما هي شروط قيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه؟ وما هو الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه المسؤولية؟ للإجابة على هذين السؤالين نخصص لكل منهما مبحثا مستقلا، وتكون الدراسة أساسا في القانون المدني الجزائري مع التطرق إلى بعض الأنظمة القانونية المقارنة بما فيها القانون المصري والقانون الفرنسي قصد الحصول على توضيحات أكثر.

المبحث الأول

شروط قيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه

يشترط المشرع الجزائري لقيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه حسب ما جاء في نص المادة 136 من القانون المدني، توافر شرطين أساسيين: الشرط الأول أن تكون هناك علاقة تبعية بين التابع والمتبوع، والشرط الثاني هو ارتكاب التابع الفعل الضار حال تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها، ومن هذا المنطلق نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، في المطلب الأول نتناول فيه علاقة التبعية بين التابع والمتبوع، وفي المطلب الثاني ارتكاب التابع الفعل الضار حال تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها.

المطلب الأول

علاقة التبعية بين التابع والمتبوع

لتتحقق هذا الشرط نصت المادة 136 الفقرة 2 من القانون المدني على ما يلي: «وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه، متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع».

وفيما يلي نتطرق إلى المقصود بعلاقة التبعية وعدم اشتراط حرية اختيار المتبوع لتابعه، ثم أن يقوم التابع بالعمل لحساب المتبوع، والتي

(1) التعديل الأخير لنص المادة 136 قانون رقم 05 - 10 بتاريخ 20 جوان 2005 الجريدة الرسمية العدد 44.

سنخصص لكل منهم فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول : المقصود بعلاقة التبعية

يتعين لقيام مسؤولية المتبوع أن توجد علاقة تبعية **Lien de préposition**، بحيث يكون أحدهما خاضعاً للآخر، ويتحقق ذلك إذا كان المتبوع **Le commettant** على تابعه **Le préposé** سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه، حيث تكون السلطة للمتبوع ويكون الخضوع والتبعية للتابع، فهما وجهان متقابلان لشيء واحد، ويتمثل ذلك في امتثال التابع لأوامر وتعليمات المتبوع فيما يتعلق بكيفية تنفيذ العمل، ومن ثم فإن رابطة التبعية تقوم بين المتبوع والتابع متى كانت له عليه سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه⁽¹⁾، وأن يقوم التابع بالعمل لحساب المتبوع وليس لحسابه الخاص.

ولقد امتنع المشرع الجزائري من إعطاء تعريف لرابطة التبعية موضحاً فقط أن رابطة التبعية تقوم ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع.

الفرع الثاني : عدم اشتراط حرية الاختيار من قبل المتبوع

هناك اتجاهان فقهيان الفقه التقليدي والفقه الحديث :

1 - الفقه التقليدي :

يرى بأن علاقة التبعية لا يمكن أن توجد إلا في حالة ما إذا كان المتبوع له الحق في اختيار تابعه، وهذا ما أوحى به القانون الروماني في الحالات الاستثنائية التي عرفها حول المسؤولية عن فعل التابع، حينما كان يعتبر خطأ المتبوع في اختيار تابعه **Culpa in eligendo** كأساس لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه⁽²⁾.

(1) الدكتور محمد حسين منصور : مصادر الالتزام، الدار الجامعية للطباعة والنشر السنة 2000 ص 140.

(2) NOUR _ EDDINE TERKI : La responsabilité civile et régime général : p 125, GEAN CARBONNIER : droit civil, les obligations : p 388, FRANÇOIS TERRE et PHILIPPE SIMLER, YVES LEQUETTE : droit civil ;les obligations. 6ème éd

وكان يقال أن المتبوع وقد أساء اختيار تابعه ووضع ثقتة في غير محلها فينبغي أن يكون مسؤولاً عن أخطائه، وقد سائر القضاء الفرنسي هذا الرأي بعد صدور التقنين المدني وسائره كذلك القضاء البلجيكي⁽¹⁾.
ثم تخلى الفقه والقضاء في فرنسا عن هذا الأساس لأن المتبوع قد لا يختار تابعه بل قد يفرض عليه، ولذلك أقيمت هذه المسؤولية على أساس آخر هو خطأ المتبوع في ملاحظة تابعه وفي رقابته **Culpa in eligendo**⁽²⁾.

2 - الفقه الحديث :

لقد رفض تماما جعل قيام علاقة التبعية مرتبطة بحرية اختيار المتبوع لتابعه، وتم وضع وبصفة واضحة مبدأ إلغاء حرية الاختيار⁽³⁾، كما قام

1996, Delta dalloz p 640. ALEX WEILL et FRANÇOIS TERRE : droit civil : les obligations 2ème éd 1975 dalloz p 711, GENEVIEVE VINEY et PATRICE JOURDAIN : traité de droit civil : 2ème éd 1998 p 864.

(1) الدكتور : علي علي سليمان : دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، الطبعة 1989 ديوان المطبوعات الجامعية، ص 39.

(2) انظر مخلوفي محمد : مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون المصري والفرنسي، (رسالة ماجستير) السنة 1987 ص 67، كذلك الدكتور علي فيلالي : الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الطبعة 2002 ص 125.

— voir aussi : PHILIPPE LE TOURNEAU et LOIC CADIET : droit de la responsabilité, dalloz action 1996, p726. MARCEL PLANIOL et GEORGES RIPERT : droit civil français, obligations tome VI 2ème éd 1952 Paris, p897. BORIS STARCK Droit civil : Obligations : Edition 1972. Librairies techniques, p220.

(3) voir par exemple : ALEX WEILL et FRANÇOIS TERRE : « la condition du libre choix à été abandonnée ». droit civil , les obligations 2ème éd dalloz 1975, p 711. voir aussi FRANÇOIS TERRE, PHILIPPE SIMLER , YVES LEQUETTE droit civil, les obligations 6ème éd delta dalloz 1996, p 640. voir : GENEVIEVE VINEY et PATRICE JOURDAIN : « ...ils sont aujourd'hui amenés à reconnaître que la première de ces conditions (condition du choix) a totalement disparu ». traité de droit civil, les conditions de la responsabilité 2ème éd 1998, p 865.

المشرع بتكريس هذا الاتجاه⁽¹⁾، والمهم هو أن حرية اختيار التابع لا يمكن اعتبارها كشرط لقيام المسؤولية المدنية عن فعل التابع، وعملا بهذه الفكرة المقاول يمكن أن يأخذ على عاتقه الالتزام بالتعويض عن الضرر المرتكب من أحد الأشخاص اللذين وضعوا في خدمته من قبل الإدارة، وبنفس الطريقة المؤسسة أو الإدارة التي تقوم باستدعاء الأشخاص لأداء الخدمة الوطنية فإنها تسأل عن الأضرار التي يرتكبها هؤلاء الأشخاص.

وفي نفس السياق يرى الدكتور محمد صبري السعدي بأنه لا يشترط في قيام رابطة التبعية و - بحسب صراحة النص - أن يكون المتبوع حرا في اختيار التابع، كما هو الحال مثلا بالنسبة لجنود الجيش، فإن وزارة الدفاع غير حرة في اختيارهم لأن تجنيدهم يتم طبقا للاقتراع العام، ورغم ذلك تبقى مسؤولية عن الضرر الذي يحدثونه بأعمالهم غير مشروعة⁽²⁾.

الفرع الثالث : قيام التابع بالعمل لحساب المتبوع

إن عمل التابع هو امتداد لنشاط المتبوع، فالتابع يقوم بعمل لحساب المتبوع بمعنى ثمره هذا العمل تتحقق للمتبوع وهو لا يؤدي نشاطا خاصا لمصلحته، بل إن المقصود من أداء العمل هو تحقيق النفع الخاص للمتبوع، أما الأجر الذي يمكن أن يستحقه فهو مقابل أدائه للعمل الذي تم لحساب صاحب العمل ولمصلحته.

وفي ذلك يختلف التابع عن القاصر المشمول بالرقابة، فالقاصر لا يقوم بأي عمل لحساب المكلف برقابته، ولذلك فإن رقابته إنما تقع على شخص القاصر ذاته، أما رقابة المتبوع فتد على عمل التابع لا على شخصه، وكذلك يجب أن يكون هناك تكليف للتابع بعمل معين يؤديه لحساب المتبوع، على ذلك فالتلميذ في المدرسة لا يعتبر تابعا لصاحب المدرسة لأنه

(1) نصت معظم القوانين العربية بما فيها نص المادة 136 من القانون المدني الجزائري، والمادة 174 من القانون المدني المصري، والمادة 127 من القانون اللبناني، وأخيرا القانون الفرنسي المادة 1384 / 5، صراحة على أن المتبوع يسأل ولو لم يكن حرا في اختيار تابعه.

(2) الدكتور : محمد صبري السعدي : مصادر الالتزام، النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الثاني المسؤولية التقصيرية، العمل النافع، القانون، دار الكتاب الحديث الطبعة 2003، ص 199.

لا يقوم بعمل لحسابه، والمستأجر لا يعتبر تابعا للمؤجر لأنه لا يقوم بعمل لحسابه⁽¹⁾.

وكذلك الأب له الرقابة على ولده ولكنها رقابة عامة⁽²⁾ لا تتناول عملا معيناً، ولذا لا يعتبر الابن تابعا له، والمشرف في الحرفة له الرقابة والتوجيه على الصبية في عمل معين، ولكن الصبية يتدربون على هذا العمل لحساب أنفسهم ولذا لا يعتبرون تابعين له⁽³⁾.

فلا يكفي إذا لا اعتبار الشخص متبوعاً أن يكون له سلطة إصدار الأوامر والتعليمات بالنسبة لعمل معين، إذ لم يتم هذا العمل لحسابه⁽⁴⁾ وإنما لحساب شخص آخر، على ذلك فلا تثبت صفة المتبوع لرئيس العمال الذي يكلف من قبل صاحب العمل برقابة مرؤوسه من العمال وإصدار الأوامر إليهم فيما يتعلق بالأعمال التي يكلفهم بها، ولا يرجع ذلك إلى انتفاء الرابطة العقدية بين رئيس العمال وعماله، إذ أن رابطة التبعية يمكن أن تنشأ أيضاً من مركز فعلي.

وواقع الأمر أن العمال يؤدون عملهم لحساب صاحب العمل وليس لحساب رئيسهم في العمل، ومن ناحية أخرى فإن سلطة رئيس العمال

- (1) راجع: الدكتور: محمد لبيب شنب: الموجز في مصادر الالتزام: ص 62 و63.
- (2) وفي نفس المعنى يقول الدكتور محمد شريف أحمد: «... لا يكفي لقيام علاقة التبعية أن يكون هناك مطلق الرقابة والتوجيه دون أن يتضمن إصدار الأوامر والتوجيهات بصدد عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع». مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة 1999 ص 241.
- (3) انظر الدكتور أنور سلطان: الموجز في مصادر الالتزام: الطبعة 1996. منشأة المعارف الإسكندرية، ص 399.
- (4) انظر في نفس المعنى الدكتور محمد صبري السعدي: المرجع السابق ص 209، الدكتور محمد حسين منصور: مصادر الالتزام، الفعل الضار، الفعل النافع، القانون، الدار الجامعية للطباعة والنشر الطبعة 2000، ص 143.
- كذلك الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني: الجزء الأول، الطبعة 1970 بيروت، الفقرة 679 ص 1017، الدكتور عبد القادر الفار: مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة 1998، ص 218 وأخيراً الدكتور محمود جلال حمزة: العمل غير المشروع باعتباره مصدر للالتزام: الطبعة 1985، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 184.

ينقصها عنصر الاستقلال لخضوعه لسلطة صاحب العمل، وتكون لصاحب العمل صفة المتبوع بالنسبة لعماله، وتثبت لرئيس العمل صفة التابع⁽¹⁾.
أما القضاء الفرنسي فهو يعتمد في تعريفه لعلاقة التبعية على عنصرين :

1 - عنصر السلطة في الرقابة والتوجيه.

2 - عنصر العمل لحساب الغير⁽²⁾، ويقترح جانب من الفقه⁽³⁾ أن يصبح عنصر العمل لحساب الغير لوحده معيارا لرابطة التبعية.
ومن إيجابيات معيار العمل لحساب المتبوع في تحديد علاقة التبعية بين التابع والمتبوع :

أ - وضع حد للخلاف الفقهي الذي أثير بشأن علاقة التبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى، مما دفع بالفقه إلى التمييز بين الأعمال الطبية التي تتنافى وعلاقة التبعية، لأنه في إطار هذه الأعمال يتمتع الطبيب باستقلالية التامة في أداء عمله الطبي.

وهذا تجسيدا لنص المادة 10 من مدونة أخلاقيات الطب، والأعمال غير الطبية التي يقوم بها الطبيب تحت إشراف ورقابة المستشفى أو العيادة، ففي هذه الأعمال يعد الطبيب تابعا والمستشفى متبوعا.

(1) أشار إلى هذا المثال مخلوفي محمد : المرجع السابق ص 86.

– voir aussi dans le même exemple : ANTOINE VIALARD : Droit civil Algérien : la responsabilité civile délictuelle : Edition 1980 , O. P. U. , p 79.

(2) الدكتور عادل أحمد الطائي : المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، السنة 1999 ص 31.

– voir aussi BORIS STARCK : « la jurisprudence emploie actuellement la formule suivante : est préposé celui qui agit pour le compte d'une autre personne, celui qui remplit une fonction pour le compte de cette dernière.... »
Droit civil : Obligations : Edition 1972. Librairies techniques, p 223.

(3) voir GENEVIEVE VINEY et PATRICE JOURDAIN : « que l'élément essentiel pour définir le rapport de préposition n'est plus aujourd'hui la subordination du préposé mais plutôt le fait d'agir pour le compte du commettant et à son profit ». même ouvrage p 866.

ب - إذا أخذنا بمعيار العمل لحساب المتبوع في تحديد رابطة التبعية، فيؤدي هذا المعيار إلى التوسع في علاقات التبعية، وهذا حتى تشمل الإطارات المسيرة للمؤسسة والمتخصصين الذين يعملون لحساب المتبوع، والذين يصعب توجيههم ورقابتهم نظرا للمؤهلات العلمية والتقنية التي يملكونها⁽¹⁾، خاصة وأنه لا يشترط في السلطة ممارستها من قبل المتبوع سواء استعملها أو يستطيع استعمالها أم لا، سواء بنفسه أو بواسطة غيره.

المطلب الثاني

ارتكاب الفعل الضار من قبل التابع

حال تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها

يتضح من نص المادة 136 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري أن المتبوع لا يسأل عن كل فعل ضار يرتكبه التابع ويسبب ضررا للغير، بل أن الفعل الضار الذي يرتكبه التابع ويقيم مسؤولية المتبوع، هو ذلك الفعل الذي يرتكبه التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها، وبالتالي نخصص لكل واحد منهم فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول : الفعل الضار حال تأدية الوظيفة

ويقضي هذا الفعل الضار حدوث إخلال بما عهد إلى التابع من عمل أو ما يقتضيه ذلك العمل من واجبات، وقد يتمثل ذلك الإخلال في الإهمال والتقصير الصادر منه عند قيامه بوظيفته، كما قد يتمثل في سوء فهمه لواجبات ذلك العمل الذي استخدم من أجله، كما يتعين تحقق ذلك الإخلال أثناء قيامه بعمل من أعمال تلك الوظيفة، أي بعبارة أخرى أن تلك الصلة تتحقق حيث يقع ذلك الفعل الضار عند الممارسة العادية والمنتظمة لما عهد إلى التابع من أعمال⁽²⁾، وعلى وجه الخصوص في الزمان والمكان وبوسائل وفي إطار تنفيذ العمل المحدد من قبل المتبوع من جهة، وانصرفت إرادة

(1) راجع الدكتور علي فيلالي : المرجع السابق ص 137.

(2) الدكتور : محمد الشيخ عمر : مسؤولية المتبوع : دراسة مقارنة : الطبعة 1970، الفقرة 270 ص

التابع في تحقيق مصلحة المتبوع من جهة أخرى⁽¹⁾.

ويستوي في ذلك أن يكون الفعل الضار قد وقع بناء على أمر من المتبوع أو بغير أمر منه ولكن يعلمه، أو بغير علم منه ولكن دون معارضته أو وقع الفعل الضار بالرغم من معارضة المتبوع⁽²⁾.

الفرع الثاني : الفعل الضار بسبب الوظيفة

لقد اختلف الفقهاء في تحديدهم للمقصود بالفعل الضار بسبب الوظيفة، فمنه من يرى بأنه ذلك الفعل الضار الذي ما كان للتابع أن يقوم به أو يفكر فيه لولا الوظيفة⁽³⁾، ومنهم من يحدد هذا الفعل الضار بأن تكون هناك سببية مباشرة بينه وبين الوظيفة⁽⁴⁾.

والمقصود بالفعل الضار بسبب الوظيفة هو ذلك الفعل الذي يقع من التابع وهو لا يؤدي عملاً من أعمال وظيفته، ولكن يتصل مع ذلك بالوظيفة اتصال العلة بالمعلول، بحيث أنه لولا الوظيفة ما كان يستطيع التابع ارتكابه، أو إذا كان التابع لم يكن ليفكر في ارتكابه لولا الوظيفة⁽⁵⁾، أي أن هناك

(1) الدكتور علي فيلاي : نفس المرجع ص 143.

voir aussi JEAN CARBONNIER : même ouvrage p 391

voir GENEVIEVE VINEY et PATRICE JORDAIN : même ouvrage p 879.

voir MARCEL PLANIOL et GEORGES RIPERT : Droit civil : les obligations, 910.

(2) انظر الدكتور بلحاج العربي : المرجع السابق ص 328.

(3) انظر الدكتور محمد صبري السعدي : المرجع السابق ص 205، الدكتور محمد حسن قاسم : الوجيز في نظرية الالتزام : دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة 1994، ص 134، الدكتور عبد الودود يحيى : الموجز في النظرية العامة للالتزامات : الطبعة 1994، دار النهضة العربية، ص 279، الدكتور عبد القادر الفار : المرجع السابق ص 219، وأخيراً الدكتور محمد شريف أحمد : مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة 1999، ص 242.

(4) انظر مخلوفي محمد : نفس المرجع ص 148، الدكتور محمود جلال حمزة : نفس المرجع ص 190، الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط الجزء 1 ص 1028، الدكتور أنور سلطان :

نفس المرجع ص 401، الدكتور محمد حسين منصور : مصادر الالتزام

ص 149، الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام : الطبعة 1992، دار النهضة العربية، ص 598، وأخيراً الدكتور محمد لبيب شنب : موجز في مصادر الالتزام : الطبعة 1969، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ص 70.

(5) انظر الدكتور محمد صبري السعدي : المرجع السابق ص 205.

علاقة سببية مباشرة بينه وبين الوظيفة، وأن الوظيفة هي السبب المباشر والرئيسي في إحداث الضرر⁽¹⁾، لذا تعد الوظيفة أمرا ضروريا ولازما لإحداث الفعل الضار من قبل التابع، وعليه فالفعل الضار يكون واقعا بسبب الوظيفة في أحد الفرضين :

1 - إذا كان التابع لم يكن يستطيع ارتكاب الضرر لولا الوظيفة، ومن الأمثلة عن ذلك، موزع البريد الذي يسرق خطابا تسلمه بحكم وظيفته، يرتكب الفعل بسبب الوظيفة بغيرها ما كان الساعي يستطيع ارتكابه⁽²⁾، وهناك مثال آخر أحد رجال الشرطة زار بعض أقاربه أثناء قيامه بمهمة رسمية، وفي أثناء الزيارة عبث بالمسدس فانطلق وقتل صبيا بجواره، في كل هذه الأمثلة كانت الوظيفة ضرورية لوقوع الضرر من التابع فتقوم بذلك مسؤولية المتبوع⁽³⁾.

2 - إذا كان التابع لم يكن ليفكر في ارتكاب الفعل المسبب للضرر لولا الوظيفة، ومن الأمثلة، أن يرى التابع سيده يتشاجر مع شخص آخر فيهب لمساعدته ويضرب الشخص الآخر ضربا يفضي إلى موته، فإن هذه الجريمة تكون قد وقعت منه بسبب الوظيفة⁽⁴⁾.

ومن الواضح أن التابع في الأمثلة السابقة لا يتصرف وفقا لأوامر متبوعه ولا حتى بعلمه، ومن المقرر أن فعل التابع يعتبر حاصلا بسبب العمل ولو كان التابع في إتيانه قد خالف أمرا صريحا لمتبوعه، أو كان يتصرف لمحض مصلحته ومنفعته الذاتية، فالسائق الذي يستخدم سيارة مخدومه للنزهة يفعل ذلك بدون إذن منه، بل ومخالفا في ذلك أوامر مخدومه، ومع ذلك فإن المخدوم يسأل عن فعل هذا السائق، لأنه لولا وجود السيارة تحت يده لما استطاع ارتكاب هذا الضرر، فيعتبر الفعل حاصلا

(1) راجع الدكتور علي علي سليمان : المرجع السابق ص 61.

(2) الدكتور بلحاج العربي : المرجع السابق ص 331.

(3) راجع : عبد الودود يحيى : المرجع السابق : ص 280.

(4) انظر الدكتور محمد حسن قاسم : المرجع السابق ص 135.

بسبب عمله كسائق(1).

وعلى ذلك فمجاوزه التابع الحدود المرسومة لوظيفته بالقيام بأعمال لا تتطلبها هذه الوظيفة أو انتهاء عنها، وسوء استعمال التابع لوظيفته باستغلاله الإمكانيات التي وضعت في يده لمصلحته الشخصية، كل ذلك لا يمنع من اعتبار فعل التابع واقعا بسبب عمله، وبالتالي من تقرير مسؤولية متبوعه عن هذا الفعل، وذلك حماية للمضرور الذي لا يعلم في العادة حدود وظيفة التابع ليقرر ما إذا كان التابع عند ارتكابه الفعل يؤدي عملا من أعمال وظيفته أم أنه خارج هذه الأعمال.

ولذلك فإذا كان المضرور قد اشترك مع التابع في مخالفته لواجبات وظيفته فلا يكون له أن يرجع على المتبوع، مثال ذلك أن يخرج أحد أصدقاء السائق في نزهة معه بسيارة متبوعه وهو يعلم بأنه لا يجوز للسائق استخدام السيارة لمنفعته الذاتية، فإذا أصيب صديق السائق أثناء هذه النزهة فلا يكون له أن يطالب المتبوع باعتباره مسؤولا عن فعل التابع، إذ يعتبر الفعل هنا لم يقع بسبب الوظيفة(2).

وفي نفس هذا المعنى فإن القضاء المصري يقر بانتفاء مسؤولية المتبوع ولو وقع الضرر بسبب الوظيفة إذا كان المضرور يعلم أو كان في استطاعته أن يعلم بمجاوزه التابع حدود الوظيفة(3).

إلى جانب علاقة السببية بين الفعل الضار والوظيفة، لا بد أن يكون الباعث الدافع (العنصر النفسي)(4) الذي جعل التابع يرتكب الفعل الضار هو تحقيق مصلحة المتبوع، أما إذا كان الهدف منه تحقيق مصلحة التابع الشخصية فلا تقوم مسؤولية المتبوع، وفي نفس المعنى يقول محمد جلال حمزة أن مصلحة المتبوع أو فائدته هي المعيار الذي يجب أن يؤخذ بعين

(1) انظر الدكتور محمد لبيب شنب : المرجع السابق ص 71.

(2) الدكتور : محمد لبيب شنب : المرجع السابق : ص 72.

(3) انظر : أنور سلطان : المرجع السابق : ص 402 و403، في نفس المعنى الدكتور محمد صبري السعدي : المرجع السابق ص 206.

(4) راجع الدكتور علي فيلاي : نفس المرجع ص 147.

الاعتبار عند إلقاء المسؤولية على عاتقه، أو نفي المسؤولية عنه، فكلما كانت مصلحة المتبوع وراء الفعل الضار تحققت مسؤوليته، وفي كل مرة تنتفي مصلحة المتبوع تنتفي مسؤوليته، والمصلحة المقصودة بمعناها الواسع سواء كانت مصلحة مادية أو مصلحة معنوية أدبية⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس يمكن لقاضي الموضوع الاستعانة بمعيار العمل لحساب الغير أو لحساب المتبوع في تقديره للصلة المباشرة بين الفعل لضرار والوظيفة، للحكم بوجود علاقة سببية مباشرة بينهما من عدمها.

الفرع الثالث : الفعل الضار بمناسبة الوظيفة

إن المتبوع يكون مسؤولاً إذا ارتكب التابع الفعل الضار بمناسبة الوظيفة A l' occasion، والمقصود بمناسبة الوظيفة هو ذلك العمل الذي تقتصر الوظيفة على تيسير ارتكابه أو المساعدة عليه أو تهيئة الفرصة لارتكابه، ولكنها لم تكن ضرورية لإمكان وقوع الضرر أو لتفكير التابع فيه⁽²⁾، ومثال ذلك لو انتهز سائق سيارة فرصة عبور خصمه الطريق فدهسه، أو كما لو استخدم أحد الخدم سكيناً لمخدومه في مشاجرة شخصية فقتل خصمه.

(1) راجع الدكتور محمود جلال حمزة : نفس المرجع ص 193.

(2) انظر الدكتور محمد حسين منصور : نفس المرجع ص 150.

المبحث الثاني

الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية المتبوع

لقد اختلفت آراء الفقهاء وأحكام القضاء في تكييف هذه المسؤولية وفي تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، ويمكن رد هذا الخلاف إلى طبيعة هذه المسؤولية هل هي مسؤولية شخصية أو مسؤولية عن عمل الغير؟ والإجابة عن هذا السؤال تقتضي منا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، في المطلب الأول نتناول آراء الفقهاء اللذين يعتبرون مسؤولية المتبوع مسؤولية شخصية، وفي المطلب الثاني آراء الفقهاء اللذين يكييفون مسؤولية المتبوع على أنها مسؤولية عن عمل الغير.

المطلب الأول

مسؤولية المتبوع مسؤولية شخصية

يرى جانب من الفقه أن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه هي مسؤولية شخصية، وعلى الرغم من اتفاقهم على تكييف هذه المسؤولية بأنها مسؤولية شخصية، إلا أنهم اختلفوا حول الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية إلى عدة نظريات مختلفة، إذ أن الفقه الفرنسي التقليدي ذهب إلى أن أساسها هو الخطأ المفترض في جانب المتبوع، ويرى البعض الآخر من الفقهاء وعلى رأسهم الأستاذ بلانيول بأن مسؤولية المتبوع تقوم على فكرة تحمل التبعة لا على الخطأ، وهناك من يرى بأن أساس هذه المسؤولية هو فكرة الضمان، وفيما يلي نقوم بدراسة هذه النظريات أو الأسس المختلفة من خلال ثلاثة فروع.

الفرع الأول : نظرية الخطأ المفترض Faute présumée

1. مضمونها :

ان الفقه الفرنسي التقليدي⁽¹⁾ يقيم مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه

(1) voir par exemple JEAN CARBONNIER : même ouvrage p 388.

_ voir BORIS STARCK : même ouvrage p 220.

على أساس الخطأ المفترض، إلا أنهم اختلفوا في مضمون هذا الخطأ، فقد يكون الخطأ في الرقابة أو خطأ في التوجيه أو خطأ في الاختيار⁽¹⁾، وأن هذا الخطأ مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس، فالتابع إذا ارتكب خطأ كان المتبوع مسؤولا عنه بمقتضى خطأ آخر نفترضه قائما في جانب المتبوع، فإما أن يكون المتبوع قد قصر في اختيار تابعه، أو قصر في الرقابة عليه أو قصر في توجيهه، وهذا التقصير نفترضه افتراضا ولا نقبل من المتبوع أن يقيم الدليل على أنه لم يقصر⁽²⁾.

2. نقدها :

لقد تعرضت نظرية الخطأ المفترض إلى مجموعة من الانتقادات نذكر منها :

- اعترض على فكرة الخطأ في الاختيار، بأن المتبوع قد لا يختار تابعه بل قد يفرض عليه ولا يكون حرا في اختيار بقائه ولا حرا في الاستغناء عنه⁽³⁾، ومسؤولية المتبوع تظل قائمة رغم أن المتبوع لا يختار تابعه.

- من الصعب بل من المستحيل على المتبوع أن يراقب أعمال تابعه مهما كانت رقابته شديدة وصارمة لمنعه من الإضرار بالغير⁽⁴⁾.

- لو كانت مسؤولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس، لأمكن للمتبوع في القليل أن يتخلص من هذه المسؤولية إذ هو أثبت أن الضرر كان لا بد أن يقع ولو قام بواجبه في الاختيار والرقابة والتوجيه بما ينبغي من العناية، أي إذا نفى علاقة السببية بين الضرر الذي

_ voir ALEX WEILL et FRANÇOIS TERRE : même ouvrage p 711.

_ voir MARCEL PLANIOL et GEORGES RIPERT : même ouvrage p 897.

(1) Juris _ classeur : La responsabilité civile : Fascicule 143 P 37.

(2) انظر عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط الجزء 1 الفقرة 689 ص 1641.

(3) الدكتور علي علي سليمان : نفس المرجع : ص 68.

(4) راجع الدكتور محمود جلال حمزة : المرجع السابق : ص 194.

وقع والخطأ المفترض في جانبه وهذا ما لا يستطيعه بإجماع الفقه والقضاء، لكونه يستطيع نفي علاقة السببية ما بين الضرر الذي وقع وخطأ التابع لا خطأه هو فيتخلص من المسؤولية ولكن لا عن طريق أنه غير مسؤول عن تابعه، بل عن طريق أن التابع نفسه غير مسؤول، لأن مسؤولية المتبوع لا تقوم إلا تبعاً لمسؤولية التابع⁽¹⁾.

الفرع الثاني : نظرية تحمل التبعة : La théorie des risques :

1 . محتواها :

في المرحلة الأولى، كانت تقوم نظرية تحمل التبعة على أساس الغرم بالغرم **Risque Profit**، وكان أصحاب هذا الرأي يقولون أن المتبوع يستفيد من خدمات تابعه، فعليه أن يتحمل الأضرار التي يسببها هذا التابع والغرم بالغرم⁽²⁾، فالمتبوع يسأل عن أخطاء التابع لكونه يعمل لحسابه ويمارس النشاط لمصلحته، وبالتالي يسأل المتبوع عن كل نشاطات التابع سواء كانت خاطئة أو حسنة⁽³⁾.

ثم تطورت إلى مرحلة ثانية أقامت فيها مسؤولية المتبوع على أساس الخطر المستحدث **Risque Créé**، مفادها أن المتبوع عندما يستحدث نشاطاً معيناً فإنه يستحدث في نفس الوقت مخاطر جديدة، ومن ثم وجب عليه تحمل مسؤولية الأضرار الناتجة عن هذا النشاط⁽⁴⁾.

(1) راجع عبد الرزاق أحمد السهوري : المرجع السابق : ص 1043.

(2) انظر الدكتور محمد صبري السعدي : المرجع السابق ص 211.

_ voir GABRIEL MARTY et PIERE RAYNAUD : « ... le commettant qui profite de l'activité du préposé doit répondre du risque q'elle provoque », droit civil, les obligations, tome II Sirey 1962 Paris, p 435.

(3) انظر رسالة مخلوفي محمد : المرجع السابق ص 53.

(4) انظر الدكتور علي فيلاللي : المرجع السابق ص 160.

_ voir aussi dans le même sens : Juris _ classeur : la responsabilité civile : « la théorie du risque créé considère qu'en ayant recours à des préposés, le commettant multiplie les sources de dommages, il en crée de nouvelles qui m'auraient pas existé, s'il avait pu agir seul ». fascicule 143 p 38.

_ voir aussi GENEVIEVE VINEY et PATRICE JOURDAIN : même ouvrage p 862.

ثم انتهت في المرحلة الثالثة إلى إقامة مسؤولية المتبوع على أساس السلطة في الرقابة والتوجيه التي يتمتع بها المتبوع على تابعه، ومن ثم فإنه يتحمل مقابل ذلك مسؤولية الأضرار التي قد يتسبب فيها التابع **Risque Autorité**(1).

2. تقديرها :

وانتقدت هذه النظرية من ثلاثة أوجه :

- أن تأسيس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه على فكرة تحمل التبعة، يعني أن تحمل المتبوع نتيجة نشاط التابع سواء أكان هذا النشاط خاطئا أو غير خاطئ، والقانون يشترط لتحقيق مسؤولية المتبوع أن يقع من التابع فعلا ضارا، فلو كانت هذه المسؤولية تقوم على تحمل التبعة لكان اشتراط وقوع هذا العمل من التابع لا معنى له (2).

- لو صح أن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه تقوم على تحمل التبعة، لما جاز للمتبوع أن يرجع على تابعه بما دفع من تعويض (3)، مع أن القانون ينص على حق المتبوع في الرجوع على تابعه بموجب المادة 137 من القانون المدني بقولها : « للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيما ».

- هناك كثير من الأعمال لا تعتبر هدفا أساسيا يسعى لتحقيقه كالمستشفيات العامة والمؤسسات الخيرية وغيرها من المؤسسات ذات الأغراض الخيرية العامة، فرغم نبل هذا الهدف وسموه إلا أنه لم يكن عاملا لإعفاؤها مما يقع من تابعيها من أعمال غير مشروعة تسبب ضررا للغير (4).

_ voir JACQUES FLOUR et JEAN _ LUC AUBERT : Droit civil : Les obligations Volume 2. Edition 1981, p236.

(1) voir FRANÇOIS TERRE, PHILIPPE SIMLER et YVES LEQUETTE : droit civil. Les obligations, 6ème éd. delta dalloz p 652. voir aussi GABRIEL MARTY et PIERRE RAYNAUD : même ouvrage p 435.

(2) راجع الدكتور محمود جلال حمزة : المرجع السابق ص 196.

(3) راجع الدكتور علي علي سليمان : المرجع السابق ص 69.

(4) انظر : محمد الشيخ عمر : نفس المرجع : ص 76.

الفرع الثالث : نظرية الضمان : La Garantie :

1 - مضمونها :

نادى بهذه النظرية الفقيه **Boris Starck** في رسالته للدكتوراه تحت عنوان محاولة لنظرية عامة عن المسؤولية المدنية باعتبار أن لها وظيفتين هما الضمان والعقوبة الخاصة (1).

– وتتلخص هذه النظرية أنه في كل عمل ضار ينشأ عنه حقان متعارضان : الأول يتمثل في حق فاعل الضرر أن يقوم بنشاطه، والثاني يتمثل في حق المضرور في سلامته المادية والأدبية، فإذا كان حق المدعى عليه يفوق حق المضرور فلا يكون هناك مجال للتعويض، أما إذا فاق حق المضرور حق المدعى عليه فإنه يكون في حاجة إلى تعويض دون البحث عن سلوك الشخص المسؤول (2).

ويرى **Boris starck** أن أساس المسؤولية عامة هو أن الإنسان يسأل عن كل ما ينشأ عن نشاطه من ضرر ينزل بجسم المضرور أو بأمواله العادية، والمتبوع قد يمارس نشاطه إما بواسطة التابع أو بواسطة الشيء، وبما أن أحد لم يقل أن مسؤولية الإنسان عن فعل الشيء هي مسؤولية غير مباشرة عن خطأ الشيء، فالأمر كذلك في مسؤولية المتبوع حين يمارس نشاطه بواسطة التابع فهي مسؤولية مباشرة لا مسؤولية عن الغير (3).

ومن خلال فكرة الضمان فإن القضاء الحديث يحاول تبرير مسؤولية المتبوع، فبعض القرارات الصادرة عن القضاء الفرنسي تنص صراحة على أن الهدف الأساسي من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي هو ضمان الضحية من إعسار التابع، ففكرة الضمان لها علاقة مع نظرية تحمل التبعة لأن الأمر يتعلق بالضمان ضد خطر الإعسار (4).

(1) الدكتور علي علي سليمان : النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 1990 ص 160.

(2) راجع رسالة مخلوفي محمد : المرجع السابق ص 51.

(3) الدكتور علي علي سليمان : نفس المرجع ص 70.

(4) voir Juris _ Classeur : la responsabilité civile , fascicule 143 p 39.

ويترتب على هذا الأساس القانوني أن المتبوع يتحمل التعويض بصفة مؤقتة، لأن المسؤول الحقيقي هو التابع وهو الذي يتحمل التعويض في نهاية الأمر⁽¹⁾، إذ يكون للمتبوع حق الرجوع على التابع حسب المادة 137 من القانون المدني الجزائري لاسترداد ما دفعه من تعويض للضحية في حالة ارتكاب التابع خطأ جسيماً.

2 - نقدها :

تعد نظرية الضمان صورة مخففة من تحمل التبعة⁽²⁾، لأن نظرية الضمان تناولت الأساس القانوني من ناحية المضرور، بينما نظرية التبعة تناولتها من ناحية المسؤول، ويؤخذ على هذه النظرية أنها عاجزة عن تفسير الأساس القانوني لهذه المسؤولية نظراً لحق الرجوع الذي يتمتع به المتبوع على تابعه⁽³⁾.

المطلب الثاني

مسؤولية المتبوع مسؤولية عن عمل الغير

رأينا أن فكرة المسؤولية الشخصية سواء القائمة على خطأ مفترض أو تحمل التبعة أو نظرية الضمان باعتبارها مسؤولية ذاتية، لا تصلح لتفسير مسألة المتبوع، لذا ظهر رأي آخر في الفقه مفاده اعتبار مسؤولية المتبوع هي مسؤولية عن عمل الغير، غير أن أنصار هذا الرأي اختلفوا حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه المسؤولية إلى أربعة نظريات، فهناك نظرية النيابة القانونية، وهناك من يرى بأن أساسها نظرية التأمين القانوني، وتذهب النظرية الثالثة إلى أن أساس هذه المسؤولية هي الكفالة القانونية، وأخيراً نظرية الحلول وسنقوم بدراسة هذه النظريات المختلفة من خلال أربعة فروع.

الفرع الأول : نظرية النيابة القانونية : La représentation :

1. تعريفها :

(1) انظر الدكتور علي فيلاي : المرجع السابق ص 141.

(2) الدكتور علي علي سليمان : النظرية العامة للالتزام ص 160.

(3) راجع رسالة مخلوفي محمد : المرجع السابق ص 52.

البعض من الفقه يذهب في تأسيسه لمسؤولية المتبوع إلى فكرة النيابة، فبما أن التابع يعمل بدلا عن المتبوع ولحسابه، فإنه يعد نائبا عن هذا المتبوع وهنا يتعلق الأمر بالنيابة في العمل، وبما أن المتبوع ممثلا من قبل التابع فأبي خطأ يرتكبه هذا الأخير يعد وكأن المتبوع ارتكبه، ويترتب عليه اعتبار خطأ التابع هو في ذات الوقت خطأ المتبوع⁽¹⁾.

2. نقدها :

تعرضت هذه النظرية للنقد لأنها عاجزة عن إعطاء التفسير السليم لأساس مسؤولية المتبوع، ومن جملة الانتقادات التي وجهت إليها نذكر :
- أن النيابة لا تكون إلا في التصرفات القانونية فكيف يمكن الأخذ بها في الأعمال المادية، إذ لا يمكن اعتبار الشخص نائبا عن غيره في ارتكاب الأفعال الضارة⁽²⁾.

- أن النيابة لا تفسر فكرة الرجوع بالنسبة للمضرور الذي يحق له الرجوع على التابع، كما يحق له الرجوع على المتبوع، وإذا كان التابع نائبا عن المتبوع فكيف يحق للمتبوع الرجوع على التابع بما دفعه للمضرور، وهو المسؤول باعتباره أصيلا يتحمل نتائج أفعال نائبه⁽³⁾.

الفرع الثاني : نظرية التامين القانوني : Assurance légale :

1. مضمونها :

يرى هذا الفريق أن الأساس الحقيقي لتلك المساءلة يكمن في اعتبار المشرع للمتبوع كمؤمن، نتيجة لاستفادته أو احتمال استفادته من خدمات تابعه، وفرض عليه بالتالي أن يضمن الغير ضد المخاطر التي قد تصيبهم من الأخطاء الواقعة من تابعيه وذلك أثناء ممارستهم لما عهد إليهم من أعمال⁽⁴⁾ وبالتالي نستطيع تحقيق هدفين :

- اعتبار المتبوع مؤمنا يفرض عليه أن يحسن الاختيار فيمن يلحقهم

(1) voir JACQUES FLOUR et JEAN - LUC AUBERT : Les obligations : p 237.

(2) انظر الدكتور علي سليمان : المرجع السابق ص 71.

(3) راجع رسالة مخلوفي محمد : نفس المرجع : ص 46.

(4) انظر الدكتور محمد حسين منصور : مصادر الالتزام، المرجع السابق ص 155.

بخدماته لا فيما يتعلق بكفاءتهم الفنية التي يتطلبها ذلك العمل فحسب، وإنما فيما يتعلق بالشرف والأمانة والحرص اللازم عند القيام بما استخدموا من أجله.

- بجانب ذلك فإن اعتبار المتبوع مؤمنا من شأنه أن يفرض عليه أيضا، إحكام الرقابة أثناء تنفيذ ذلك العمل نظرا لما يحتمل أن يلحق مصلحته الشخصية من أضرار إذا تساهل في تلك الرقابة وذلك الإشراف.

وبحسب هذا الرأي، فإن المتبوع يكون بمثابة المؤمن على الضحية ضد المخاطر التي قد تنتج عن خطأ التابع الواقع منه أثناء الوظيفة المعهودة إليه، ويزعم القائلون بهذا الرأي أن عناصر التأمين جميعها متوافرة عند مساءلة المتبوع بناء على هذه الصفة.

فمن ناحية، فإن المخاطر متحققة فيما يقوم به التابع من أعمال لحساب المتبوع وهذا هو العنصر الأول للتأمين، ثم أن الأداء المالي الذي يقوم المتبوع بدفعه عند حدوث الضرر، يقابل ذلك الذي يلتزم المؤمن بدفعه عند تحقق المخاطر ويمثل هذا العنصر الثاني للتأمين.

أما العنصر الثالث وهو ما يعرف بقسط التأمين أي ما يلتزم المستأمن بدفعه، فإنه يقابل في مسؤولية المتبوع ما يعود على هذا الأخير من فائدة قد ترجع عليه من نشاط تابعه (1).

2. تقديرها :

إن التقريب بين مسؤولية المتبوع والتأمين غير صحيح لأسباب أهمها :

- لا يمكن اعتبار المتبوع بمثابة المؤمن، لأنه بالرجوع إلى الأمر 07 / 95 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، ينص صراحة في مواده على إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية اتجاه الغير، وعلى هذا الأساس فإن المتبوع ليس هو المؤمن، لأن هذا الأخير يعد شخص آخر يمتن مهنة التأمين.

(1) الدكتور : محمد الشيخ عمر : نفس المرجع : ص 106 و 107.

– إن المضرور أو الضحية بموجب التأمين من المسؤولية المدنية منحها المشرع علاقة مباشرة نحو شركة التأمين، ففي حالة ما إذا أصيبت بضرر بإمكانها الرجوع على شركة التأمين للمطالبة بتعويض الضرر، ولا حاجة لها في الرجوع على التابع أو المتبوع مما ساعد على اختفاء شخص المسؤول وتجاهله تماما (1).

– أن فكرة التأمين القانوني غير منطبقة تماما على ما ذهب إليه أنصار هذا الرأي، فالتأمين نظام يعتمد في جوهره على تشتيت الخسارة على عدد من المستأمنين، نظير قيام هؤلاء بدفع أقساط معينة، أما في مسؤولية المتبوع فإن هذا الأخير يتحمل تعويض الأضرار التي تلحق الغير بفعل تابعه في ذمته الخاصة.

– بجانب ذلك يقرر أنصار هذا الرأي أن الربح الذي يجنيه المتبوع يعتبر بمثابة قسط للتأمين وهذا لاشك رجوع لفكرة تحمل التبعة إذ أن ذلك الربح، في رأينا قد قام المتبوع بدفع ما يقابله في صورة أجر أو مكافأة مما يترتب عليه أن المتبوع يصبح بذلك مؤمنا دون مقابل (2).

الفرع الثالث : نظرية الكفالة القانونية : la cautionnement : légal

1 . محتواها :

بعض الفقهاء يقيم مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه على أساس الكفالة، فالمتبوع يكفل التابع فيما يرتكبه من فعل ضار يصيب الغير بضرر، مادام للمتبوع حق الرقابة والتوجيه على التابع، ومادام الفعل الضار قد وقع أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها، فهذه الحدود التي ترسم نطاق مسؤولية المتبوع هي التي تفسر فكرة الكفالة وتبررها، والمتبوع كفيل التابع دون أن يكون له حق التجريد، فيجوز للمضرور أن يرجع على المتبوع قبل أن يرجع على التابع، والكفالة هنا مصدرها نص القانون لا الاتفاق (3).

(1) راجع الدكتور علي فيلاي : نفس المرجع ص 37.

(2) انظر الدكتور محمد الشيخ عمر : نفس المرجع ص 110.

(3) انظر الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط الجزء 1 الفقرة 691 ص 1046.

وإذا رجع المضرور على المتبوع واستوفى منه مبلغ التعويض، جاز للمتبوع الرجوع على تابعه حسب المادة 137 من القانون المدني، لأن المتبوع مسؤول عن التابع لا مسؤول معه، فهو ضامن له فيما يخص الوفاء بالتعويضات التي يتحملها بسبب الأضرار التي ألحقها بالغير⁽¹⁾.

2. تقديرها :

نظرية الكفالة مثلها مثل نظرية الضمان فهي تهدف إلى حماية المضرور من حالة العسرة التي قد تحل بالتابع، وتعرضت هذه النظرية للنقد حيث تساءل البعض عن مصدر هذه الكفالة من جهة⁽²⁾، ومن جهة أخرى انتقدت بأنها مجرد حيلة قانونية لا أساس لها في الواقع.

La théorie de : نظرية الحلول : substitution

1 - تعريفها :

ذهب جانب آخر من الفقه إلى تأسيس مسؤولية المتبوع على فكرة الحلول، أي أن التابع يحل محل المتبوع في القيام بالأعمال التي عهد بها إليه، فيعد التابع بمثابة امتداد لشخصية المتبوع⁽³⁾.

بحيث يصبح التابع عبارة عن آلة في يد المتبوع مما يؤدي إلى القول بأن شخصية التابع تختلط مع شخصية المتبوع ويصيران شخصا واحدا⁽⁴⁾، فإذا ارتكب التابع الفعل الضار في الحدود المعروفة فكأنما المتبوع هو الذي ارتكب هذا الفعل الضار، وعلى ضوء فكرة الحلول فلا يستطيع المتبوع نفي المسؤولية عنه إذا تمكنت الضحية من إثبات مسؤولية التابع.

(1) انظر الدكتور علي فيلاي : نفس المرجع ص 163.

(2) راجع الدكتور علي علي سليمان : المرجع السابق ص 71.

(3) Voir dans le même sens PHILIPPE LETOURNEAU et LOÏC CADIET : « le commettant serait responsable parce que le préposé prolonge l'activité du commettant, ses agissements apparaissent aux yeux des tiers comme ceux du commettant... » même ouvrage p 726.

(4) انظر مخلوفي محمد : نفس المرجع ص 47.

2 - نقدها :

إن هذه النظرية كغيرها من النظريات السابقة فإنها لم تسلم من النقد، ويعاب على هذه النظرية :

- يؤخذ على نظرية الحلول أنها لا تصلح أساسا لمسؤولية المتبوع لأنها عاجزة عن تبرير حق المتبوع في رجوعه على التابع⁽¹⁾، فكيف يمكن اعتبار التابع والمتبوع شخصا واحدا مع تمكين المضرور من الرجوع على أيهما.

- ويعاب أخيرا على هذه النظرية أنها تقوم على افتراض ينافي الواقع، فلا يمكن نسبة الخطأ إلا إلى الشخص الذي وقع منه⁽²⁾.

وما يمكن استخلاصه من النظريات السابقة التي اقترحها الفقه كأساس لمسؤولية المتبوع، سواء التي ترى بأن مسؤولية المتبوع مسؤولية شخصية أو التي تكيف هذه المسؤولية على أنها مسؤولية عن عمل الغير، فجميع هذه النظريات تعرضت لنقد الفقهاء.

وفي رأينا النظرية الأقرب إلى الصواب والأكثر قبولا هي نظرية تحمل التبعة نظرا للأسباب التالية :

1 - إن علاقة التبعية كما سبق ذكره تتشكل من عنصرين، سلطة الرقابة والتوجيه الذي يتمتع بها المتبوع على تابعه، وأن التابع يقوم بالعمل لحساب المتبوع وليس لحسابه الخاص، والاتجاه السائد حاليا في الفقه والقضاء لا يشترط من المتبوع ممارسة سلطة التوجيه والرقابة بنفسه.

بل بإمكانه أن يسند هذه المهمة إلى شخص آخر (رئيس العمال أو أحد تابعه مثلا) للقيام بالرقابة والتوجيه من الناحية الفنية على أن يحتفظ لنفسه بهذه السلطة من الناحية الإدارية أو التنظيمية، وهذا ما يدل دلالة واضحة على أن القضاء يتجه إلى التقليل من أهمية عامل السلطة ويميل أكثر نحو الاهتمام بعامل المنفعة (العمل لحساب المتبوع) واعتباره الأساس

(1) voir JEAN MAZEAUD : Leçons de droit civil : tomes 2, obligations : théorie générale. Edition 1978, p 483.

(2) الدكتور : عبد الودود يحيى : المرجع السابق : ص 285.

القانوني السليم لهذه المسؤولية⁽¹⁾. 2 - إن مسؤولية المتبوع هي مسؤولية موضوعية قوامها الضرر وليس الخطأ، ولذا فإن نظرية تحمل التبعية تتلاءم ومسؤولية المتبوع، لأن هذه النظرية تقوم على فكرة الضرر كذلك فمن له النفع حقت عليه التبعة.

3 - ويرى جانب من الفقه أن رابطة التبعية قد تكمن في عنصر واحد ألا وهو العمل لحساب الغير⁽²⁾.

4 - وأخيرا يرى محمود جلال حمزة أن مصلحة المتبوع أو فائدته هو المعيار الذي يجب أن يأخذ بعين الاعتبار عند إلقاء المسؤولية على المتبوع أو نفي المسؤولية عنه⁽³⁾.

الخاتمة :

إذا كان الأصل أن المتبوع يتمتع بصفة الشخص الطبيعي، والاستثناء هو تمتعه بصفة الشخص المعنوي، ولكن نظرا للتطورات الاجتماعية والاقتصادية التي عرفها المجتمع الحديث، جعلت المتبوع في وقتنا الحالي يتمتع بصفة الشخص المعنوي في أغلب الأحيان وقلما نجده يتحلى بصفة الشخص الطبيعي، لأن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه أصبحت تركز اليوم من الناحية العملية على الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية كالشركات والمشروعات التجارية الكبرى، بوصفها ذمة جماعية لا يخشى إعسارها وتضمن للمضرور في حصوله على التعويض.

وأصبح الالتزام بالتعويض في عصرنا الحالي يغلب عليه الطابع الجماعي، فشركات التأمين هي التي أصبحت تلتزم بدفع التعويض للمضرور شريطة أن يقوم المتبوع بدفع أقساط التأمين، وخاصة بالنسبة للتأمينات الإلزامية التي نص عليها الأمر رقم 95 - 07 المؤرخ في 25 يناير 1995، وأصبح بإمكان المضرور الرجوع مباشرة على شركة التأمين

(1) انظر رسالة مخلوفي محمد : المرجع السابق ص 60.

(2) voir GENEVIEVE VINEY et PATRICE JOURDAIN : même ouvrage p 866.

(3) راجع الدكتور محمود جلال حمزة : نفس المرجع ص 193.

للمطالبة بالتعويض، وهذا خلافا لما كان سائدا من قبل حيث كان المتبوع كفرد يقوم بتعويض الضرر الذي ألحقه بالغير.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية :

- (1) أنور سلطان : الموجز في مصادر الالتزام : الطبعة 1996. منشأة المعارف الإسكندرية.
- (2) بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري : الجزء الثاني : الطبعة 1995، ديوان المطبوعات الجامعية.
- (3) عادل أحمد الطائي : المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها : الطبعة 1999، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت.
- (4) عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني : الجزء الأول، الطبعة 1970 بيروت.
- (5) عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام : الطبعة 1992، دار النهضة العربية.
- (6) عبد الودود يحيى : الموجز في النظرية العامة للالتزامات : الطبعة 1994، دار النهضة العربية.
- (7) عبد القادر الفار : مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة 1998.
- (8) علي علي سليمان : دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري المسؤولية عن فعل الغير - المسؤولية عن فعل الأشياء : الطبعة 1989، ديوان المطبوعات الجامعية.
- (9) علي فيلاي : التزامات العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الطبعة 2002.
- (10) محمد الشيخ عمر : مسؤولية المتبوع : دراسة مقارنة : الطبعة 1970.
- (11) محمد حسين منصور : مصادر الالتزام، الفعل الضار، الفعل النافع، القانون، الدار الجامعية للطباعة والنشر الطبعة 2000.
- (12) محمد صبري السعدي : مصادر الالتزام، النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الثاني المسؤولية التقصيرية، العمل النافع، القانون، دار الكتاب الحديث الطبعة 2003.
- (13) محمد لبيب شنب : موجز في مصادر الالتزام : الطبعة 1969، دار النهضة العربية للطباعة والنشر.

- (14) محمود جلال حمزة : العمل غير المشروع باعتباره مصدر للالتزام : الطبعة 1985، ديوان المطبوعات الجامعية.
- (15) محمد شريف أحمد : مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة 1999.
- (16) محمد حسن قاسم : الوجيز في نظرية الالتزام : دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة 1994.
- (17) مصطفى الجمال : النظرية العامة للالتزامات : الطبعة 1987، الدار الجامعية.
- (18) مخلوفي محمد : مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون المصري والفرنسي، السنة 1987.

Les ouvrages généraux et spéciaux :

- 1) Antoine Vialard : Droit civil Algérien : la responsabilité civile délictuelle : Edition 1980 , O. P. U.
- 2) Alex Weill et François Terré : droit civil , les obligations 2ème éd dalloz 1975.
- 3) Boris Starck : Droit civil : Obligations : Edition 1972. Librairies techniques.
- 4) François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, droit civil, les obligations 6ème éd delta dalloz 1996.
- 5) Geneviève Viney et Patrice Jourdain : traité de droit civil, les conditions de la responsabilité 2ème éd 1998.
- 6) Gabriel Marty et Pierre Raynaud : droit civil, les obligations, tome II Sirey 1962 Paris.
- 7) Jacques Flour et Jean _ luc Aubert : Droit civil : Les obligations Volume 2. Edition 1981.
- 8) Jean Carbonnier : Droit civil : les obligations.
- 9) Jean Mazeaud : Leçons de droit civil : tomes 2, obligations : théorie générale. Edition 1978.
- 10) Marcel Planiol et Georges Ripert : droit civil français, obligations
- 11) tome VI 2ème éd 1952 Paris.

-
- 12) Nour _ Eddine Terki : Les obligations : Responsabilité civile et régime général : Edition juin 1982.
 - 13) Philippe Letourneau et Loic Cadiet : droit de la responsabilité, dalloz action 1996.
 - 14) Juris _ Classeur : civil 1382 _ 1386. Edition techniques 1990. Paris.

الإطار التنظيمي لاتفاقية العمل الجماعية

في التشريع الجزائري

أ. كمال مخلوف *

مقدمة :

بظهور الثورة الصناعية في أوروبا، بدأت صورة جديدة لعلاقات العمل تختلف اختلافا جوهريا عما كان سابقا لها من علاقات عمل تقليدية، بين العمال وأصحاب العمل، حيث عمل العمال في ظل ظروف وشروط قاسية، تتضمن أجورا منخفضة، وزيادة رهيبية في عدد ساعات العمل. ولقد ساهمت هذه الوضعية الاقتصادية المزرية في إذكاء الوعي لديها بضرورة التضامن، وتوحيد الصفوف، وجمع الضعف وتحويله إلى قوة تمكنها من مواجهة تسلط أصحاب العمل، واستغلالهم، وهذا ما حدث فعلا، حيث تجمع العمال وتكتلوا في تجمعات واتحادات نقابية للدفاع عن حقوقهم ومصالحهم المشتركة.

تعد المفاوضات الجماعية الوسيلة التي دفعت العمال للتكتل، وتكوين نقابات لمواجهة الاستغلال الرأسمالي، وبابتداء العمال لهذا الأسلوب الخاص بالحوار الاجتماعي، قدموا أسلوبا جديدا في العمل الاجتماعي، فأصبحت المفاوضات الجماعية أنجع السبل وأكثر فاعلية لتنظيم علاقات العمل من خلال إبرام اتفاقيات عمل جماعية، باعتبار هذه الأخيرة وسيلة مثلى لحكم

علاقات العمل.

وعليه، فإن اتفاقية العمل الجماعية أصبحت جزءاً مهماً من قانون العمل، إذ تمثل الوسيلة الرئيسية لتطويره وذلك بما تتضمنه من قواعد اتفاقية يتوصل إليها طرفا علاقة العمل، تنظم شروط العمل وظروفه وعلاقاته. هذه القواعد تحظى بانتشار واسع بين أوساط علاقات العمل، وتشكل الاتفاقية الجماعية كأداة للحوار والتشاور بين أطراف الإنتاج ثمرة المفاوضات الجماعية، لقدرتها على تحقيق والوصول إلى ما يتفق والظروف الاقتصادية والطابع الخاص بكل مهنة، وما يحقق الملاءمة والتكيف مع التحولات والتغيرات التي يعرفها عالم الشغل. ونظراً لأهمية اتفاقية العمل الجماعية، فإن المشرع الجزائري انطلقاً من قوانين الاصطلاحات الاقتصادية، صدرت عدة نصوص قانونية تتعلق بتنظيم عالم الشغل⁽¹⁾ ثم من خلالها اعتماد مبدأ التعاقد في علاقات العمل، وكذا اعتماد الاتفاقيات الجماعية للعمل كإطار تنظيمي جديد لعلاقات العمل: فكيف تناول المشرع الجزائري تنظيم الاتفاقيات الجماعية للعمل، وما هي إسهامات الفقه في هذا الشأن؟

وللإجابة على ذلك، ارتأينا اعتماد أربعة مباحث لدراسة هذا الموضوع:

المبحث الأول: ماهية اتفاقية العمل الجماعية.

المبحث الثاني: أحكام اتفاقية العمل الجماعية.

المبحث الثالث: تطبيق اتفاقية العمل الجماعية.

المبحث الرابع: انتهاء اتفاقية العمل الجماعية.

المبحث الأول

ماهية اتفاقية العمل الجماعية

قبل أن نبدأ في تعريف اتفاقية العمل الجماعية وبيان طبيعتها، نعتقد أنه من المفيد أن نوضح أهميتها سواء من الناحية القانونية أو

(1) منها القانون رقم 11.90 المؤرخ في 21 أفريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم.

الاقتصادية.

من الناحية القانونية :

تبرز أهمية اتفاقية العمل الجماعية من الناحية القانونية من وجهتين : فمن جهة أولى نجد أنها تؤدي إلى التوازن بين العمال وأصحاب العمل في علاقات العمل الفردية، وذلك لما في اشتراك النقابة العمالية في إيرامها من أثر هام، حيث تملك هذه المنظمة التي تمثل المصالح المهنية للعمال التابعين لها قدرة تفاوضية أفضل تجاه أصحاب الأعمال أو المنظمات التي تمثل مصالحهم⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى فإن اتفاقية العمل الجماعية، تفرز قواعد اتفاقية تكفل حماية العمال خاصة وأنها تتعلق بالنظام العام الاجتماعي بما يمنع الطرفين من مخالفتها، إلا إذا كان الخروج عليها يحقق مصلحة العامل أو يعطيه مزايا أفضل.

من الناحية الاقتصادية :

على الصعيد الاقتصادي يترتب على اتفاقية العمل الجماعية توحيد شروط العمل، بما يؤدي إلى تقليل المنافسة بين العمال وبالتالي بتجنب العمال أضرار هذه المنافسة وأبرزها انخفاض الأجور. كما أنها تمنع المنافسة أيضاً بين أصحاب العمل وتضمن تحقيق المساواة بين العمال وهو الهدف الذي كافتحت الطبقة العاملة طويلاً من أجله⁽²⁾.

المطلب الأول**تعريف اتفاقية العمل الجماعية**

يعرف المشرع الجزائري اتفاقية العمل بأنها « تفاه مدون يتضمن مجموع شروط التشغيل والعمل فيما يخص فئة أو عدة فئات مهنية »⁽³⁾. ويعرفها جانب من الفقه بأنها « التنظيم الجماعي أو المشترك لشروط العمل

(1) د/ عصام نور سليم، قانون العمل، منشأة المعارف الإسكندرية، 1999، ص 151.

(2) د/ السيد عيد نايل، قانون العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2000 / 2001، ص 548.

(3) المادة 114 من القانون رقم 90 - 11 المشار إليه سابقاً.

وظروفه بين التمثيل النقابي للعمال وصاحب أو أصحاب العمل بما يكفل شروطاً أو مزايا أو ظروفًا أفضل»⁽¹⁾.

كما يعرفها جانب آخر من الفقه بأنها «تفاه مبرم بين صاحب العمل أو مجموعة أصحاب عمل وتنظيم نقابي أو مجموعة من التنظيمات النقابية الممثلة للعمال بهدف تحديد شروط العمل إلى جانب الضمانات الاجتماعية»⁽²⁾.

المطلب الثاني

خصائص اتفاقية العمل الجماعية

تتميز اتفاقية العمل الجماعية بخصائص تتمثل فيما يلي :

الفرع الأول : تعدد أطرافها

تبرم اتفاقية العمل الجماعية بين منظمة نقابية أو أكثر، وبين صاحب عمل أو أكثر أو منظمة ممثلة لأصحاب العمل. ويستفاد من ذلك أن تمثيل العمال في هذه الاتفاقية يكون عن طريق نقابة أو أكثر من النقابات العمالية. أمّا جانب أصحاب العمل فلا يشترط توافر الصفة الجماعية فيه، إذ يمكن أن يقوم صاحب عمل واحد بإبرام اتفاقية العمل الجماعية مع نقابة عمالية. على أنه لا يوجد ما يمنع أن يتم إبرام هذه الاتفاقية بواسطة إحدى نقابات أصحاب العمل⁽³⁾.

الفرع الثاني : الطبيعة التعاقدية لاتفاقية العمل الجماعية

لإبرام اتفاقية عمل جماعية يجب توافق إرادة أطرافها، وهم منظمة نقابية أو نقابة عمالية من ناحية، وصاحب عمل أو منظمة تمثله من ناحية

(1) د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، التنظيم القانوني لعلاقات العمل الجماعية، مجلة الحقوق، س18 - ع3، سبتمبر 1994 ص 78 - 79.

(2) Jean PELISSIER , Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAND, droit du travail, 20em édition , DALLOZ Paris 2000, p 771

(3) د/ محمد رفعت الصباحي، محاضرات في التشريعات الاجتماعية العمالية، الجزء الثاني مطبوعة مخيمر القاهرة، 1999 - 2000، ص 101.

أخرى.

الفرع الثالث : موضوع اتفاقية العمل الجماعية

إنّ موضوع اتفاقية العمل الجماعية هو تنظيم شروط العمل وظروفه بما يضمن للعمال مزايا أفضل، ويعني ذلك أنّ اتفاقية العمل الجماعية لا تنشئ علاقات عمل مثلما يحدث في عقد العمل الفردي الذي يحدد حقوق والتزامات كل طرف. ومن هنا يمكن أن يقال إنّ اتفاقية العمل الجماعية هي دستور عقود العمل الفردية⁽¹⁾.

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية لاتفاقية العمل الجماعية

أثار ظهور نظام الاتفاقية الجماعية في النصف الثاني من القرن التاسع عشر إشكالية تحديد طبيعتها القانونية، مما أدى إلى تباين نظر الفقه المقارن بهذا الخصوص، فلجأ فقهاء القانون الخاص في تحديدهم للطبيعة القانونية للاتفاقية الجماعية إلى مبادئ وأسس النظرية العامة في العقد، كما لجأ بعض فقهاء القانون العام إلى اعتبار الاتفاقية الجماعية ليست عقداً على الوجه المعروف في القانون المدني، وإنّما تعد في حقيقتها عمل لائحي أو تنظيمي⁽²⁾.

الفرع الأول : الطبيعة العقدية لاتفاقية العمل الجماعية

برزت اتفاقية العمل الجماعية كوسيلة لحكم علاقة العمل في أواخر القرن التاسع عشر في بعض الدول مثل فرنسا، حيث كانت السيادة للمذهب الفردي⁽³⁾ وكذا احتكار مبدأ سلطان الإرادة لتنظيم العلاقات القانونية. وعلى الرغم من أنّ اتفاقية العمل الجماعية لا تتعلق بموضوعها بتقديم خدمة لقاء أجر، وإنّما يضع مجموعة من القواعد التي تطبق على عقود العمل الفردية.

(1) د / محمد حلمي مراد، قانون العمل، مطبعة النهضة العربية القاهرة، طبعة 1973، ص306.

(2) د / السيد عيد نايل، المرجع نفسه، ص 36 - 37.

(3) ليس أدل على ذلك من أنّ التقنين المدني الفرنسي في ذلك الوقت لم يخص سوى مادتين لعقد العمل وهما المادة 1780، 1781 في الوقت الذي خصص فيه لعقد البيع وحده أكثر من 100 مادة.

إلا أنّ الفقه كان ينظر إليها كعقد عادي يولد آثار عقدية باعتبار أنّ أسلوب إبرامها الذي لا يختلف فيه عن سائر العقود بصفة عامّة، حيث أنّها تقوم على الرضا والاتفاق بين طرفيها أو أطرافها ومن ثمّ تخضع لذات القواعد التي تخضع لها سائر العقود.

إلا أنّ هذه النظرية تعرضت للعديد من الانتقادات، حيث يستلزم مبدأ الأثر النسبي للعقد إلاّ تمتد آثاره لغير أطرافه، فكيف يمكن إذاً تفسير التزام العمال بالاتفاقية التي أبرمتها النقابة ولم يكونوا طرفاً فيها، خاصة وأنّ بعض هؤلاء العمال قد ينضموا إلى النقابة بعد إبرامها لتلك الاتفاقية. ولقد حاول أنصار النظرية أن يلتمسوا تبريراً لهذا الوضع استناداً إلى أفكار أو نظريات قانونية عديدة منها فكرة النيابة - الوكالة - الفضالة - الاشتراط لمصلحة الغير⁽¹⁾.

الفرع الثاني : الطبيعة اللائحية لاتفاقية العمل الجماعية

ذهب فريق آخر من الفقه إلى القول بأنّ اتفاقية العمل الجماعية ليست عقداً وفق ما هو معروف في القانون المدني، بل هو عمل لائحي أو تنظيمي يصدر عن إرادات خاصة في المهنة لا عن الإرادة التشريعية للجماعة⁽²⁾.

فاتفاقية العمل الجماعية وفقاً لهذا الاتجاه، لا تنشئ مراكز قانونية فردية ولا يترتب على هذا العقد التزامات على أي من طرفيه، ولكنها تضع قواعد عامة مجردة يتم من خلالها تنظيم مضمون عقود العمل الفردية، وينظر لها كأنها قانون لقطاع اقتصادي معين يتم تفسيرها من طرف القضاء باعتبارها تنظيم⁽³⁾.

وإذا سلمنا بالطابع التنظيمي لاتفاقية العمل الجماعية، فإنّها سوف تتحول إلى قانون بالمعنى المادي لمصطلح القانون. ويعني هذا أنّ القواعد

(1) مصطفى أحمد أبو عمرو، علاقات العمل الجماعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 192.

(2) د/ السيد محمد السيد عمران، شرح قانون العمل، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 528.

(3) op.cit, p 773. Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAND,

التي تنشأ عن هذا الاتفاق تستوفي كافة خصائص القاعدة القانونية من عمومية وتجريد وإلزام. لذلك لم يحض هذا الاتجاه بالتأييد الكامل من طرف الفقهاء، حيث أنّ مؤيدي الاتجاه القاتل بالطابع التنظيمي للاتفاقية الجماعية، قد جردوا هذه الاتفاقية من كل صفة عقدية، الأمر الذي يعد إنكاراً لحقائق ثابتة ومسلم بها⁽¹⁾. في حين أنّ الاتفاقية الجماعية تتوافر على خصائص قانونية تجعلها تقترب من القاعدة التنظيمية، واحتوائها في ذات الوقت على صفات تجعلها تقترب من طبيعة العقود أيضاً.

(1) د/ عبد الباسط عبد المحسن، علاقات العمل الجماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001 - 2002، ص470.

المبحث الثاني

أحكام اتفاقية العمل الجماعية

تخضع الاتفاقية الجماعية كوسيلة لحكم وضبط علاقة العمل لتنظيم قانوني، تحاول من خلاله التشريعات المقارنة التوفيق بين مصالح كل من عنصرَي الإنتاج (العمل ورأس المال). ولا ينفي هذا التنظيم القانوني عن الاتفاقية الجماعية، كونها تعد من حيث إبرامها مجرد تصرف قانوني يخضع للقواعد العامة التي تحكم انعقاد وصحة العقود.

المطلب الأول

الشروط الموضوعية لاتفاقية العمل الجماعية

تتفق التشريعات المقارنة ومعها تشريع العمل الجزائري على مجموعة من الشروط الموضوعية لصحة إبرام الاتفاقية الجماعية منها ما يخص الأطراف، ومنها ما يتعلق بمضمون الاتفاقية، وكذا بمدّة الاتفاقية الجماعية.

الفرع الأول : أطراف الاتفاقية الجماعية

حدد المشرع الجزائري بمقتضى تشريع العمل⁽¹⁾ أطراف الاتفاقية الجماعية، وهم الهيئة المستخدمة أو مجموعة مستخدمين، أو منظمة أو عدّة منظمات نقابية تمثيلية للمستخدمين من جهة، والممثلين النقابيين للعمال أو منظمة أو عدّة منظمات نقابية تمثيلية للعمال من جهة أخرى.

أولاً : بالنسبة للعمال، يشترط المشرع الجزائري ضرورة توافر الصفة الجماعية بجانبهم حتى يتأتى لهم إبرام الاتفاقية الجماعية، أي ضرورة تمثيلهم من طرف منظماتهم النقابية إلى ما تتمتع به هذه الأخيرة من صفات الدوام والاستقرار، وكذا لما لها من سلطة على العمال المنضوين في عضويتها ولقدرتها على التفاوض مع صاحب العمل من موقع الند للند،

(1) المادة 114 من القانون 90 - 11 المشار إليه سابقا، والمادة 38 من القانون 90 - 14 المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي، المعدل والمتمم الصادر في 2 يونيو 1990.

الأمر الذي يخولها القدرة على فرض احترام القواعد الاتفاقية الناشئة عن الاتفاقية الجماعية⁽¹⁾.

ثانياً : بالنسبة لصاحب العمل، فإنّ المشرع خول له إمكانية إيراد الاتفاقية الجماعية بنفسه، أو في إطار مجموعة من أصحاب العمل أو في إطار شخص معنوي من خلال منظمة أو أكثر من منظمات أصحاب العمل، وبذلك يتفق موقف المشرع الجزائري مع المشرع الفرنسي⁽²⁾ اللذان لم يستلزما ضرورة توافر الصفة الجماعية بجانب أصحاب العمل.

الفرع الثاني : موضوع اتفاقية العمل الجماعية

يقصد بموضوع اتفاقية العمل الجماعية شروط العمل وظروفه بين صاحب العمل والعمال بما يضمن أفضل المزايا عما ينص عليه التشريع. وقد حدّد المشرع الجزائري⁽³⁾ العناصر التي يجب على الاتفاقية الجماعية أن تعالجها.

وهي تتعلق أساساً بالتصنيف المهني وما يرتبط به من أجور أساسية والتعويضات التكميلية، وتحديد مقاييس العمل بما فيها توزيع ساعات العمل الأسبوعي، وتحديد الإجراءات المتبعة في حالة وقوع نزاع جماعي كما تضمن الاتفاقية الجماعية طريقة انتهائها.

فبالإضافة إلى العناصر المذكورة سلفاً والتي يجب على لاتفاقية الجماعية معالجتها، هناك شروط يجب على الاتفاقية مراعاتها تتمثل في عدم مخالفة مضمونها للنظام العام أو ما من شأنه الإخلال بالأمن والإضرار بالمصلحة الاقتصادية⁽⁴⁾.

(1) د / شاب توما منصور، الوجيز في قانون العمل، الجزء الأول، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، طبعة 1965، ص 227.

(2) المادة 1 - 132. L من قانون العمل الفرنسي.

(3) المادة 120 من القانون رقم 90 - 11 المشار اليه سابقاً.

(4) CAEN, Jean PEISSIER, Alain SUPIOT, droit du travail, 17em - Gérard LYON

767 - édition, DALLOZ Paris , 1994 , p 766

المطلب الثاني

الشروط الشكلية لاتفاقية العمل الجماعية

تحضى الاتفاقية الجماعية بوصفها أداة فعالة لتنظيم علاقة العمل، وكذا لتحقيق السلم الاجتماعي بأهمية خاصة. وتأكيداً لمضمون الاتفاقية الجماعية وكذا ذرعاً لما قد يثور بشأنها من منازعات، وإعلاناً لهذا المضمون للغير بغية تيسير انضمامهم إليه، استلزم المشرع الجزائري في المادة 114 من القانون رقم 90 - 11 ضرورة توافر ركن لكتابة لصحة إبرام الاتفاقية الجماعية، كما اشترط كذلك ضرورة إشهارها وهو الإجراء المنصوص عليه في المادة 126 من نفس القانون.

الفرع الأول : شرط الكتابة

إن الاتفاقية الجماعية بما يسبقها من نزاعات، واختلافات في وجهات النظر بين صاحب العمل والعمال، وبما يكتنفها من مفاوضات، تكون مضمينة وطويلة في غالب الأحيان، ولكونها تعد تبلور لاتفاق على الحلول المتوصل إليها، فإن كل هذا يجعل من الصعب تركها لمجرد التوافق الشفوي بل لأبد من تحريرها كتابة⁽¹⁾.

إن اشتراط الكتابة يرجع إلى أهمية الاتفاقية الجماعية وإلى اتساع نطاق سريانها، فالكتابة ليست شرطاً لإثباتها كما في عقود العمل الفردية، وإنما هي ركن فيها، ويترتب عن إغفالها بطلان الاتفاقية بطلاناً مطلقاً⁽²⁾. إلى جانب ذلك فإن كان المشرع الجزائري اشترط الكتابة في الاتفاقية الجماعية، فإن المشرع الفرنسي ذهب أبعد باشتراطه أن تكون الاتفاقية الجماعية محررة باللغة الفرنسية⁽³⁾.

(1) CAMERLYNCK et L. CAEN , droit du travail, 11em édition DALLOZ Paris, 1982, (1) p 622

(2) د / علي عوض حسن، الوجيز في شرح قانون العمل، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، مصر، ص 572.

(3) Jean PELISSIER , Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAND, op. cit, p 787 .

الفرع الثاني : شرط الإشهار والإيداع

إلى جانب شرط الكتابة، ألزمت المادة 119 من القانون 90 - 11 الهيئات المستخدمة إشهار الاتفاقيات الجماعية التي تكون طرفاً فيها في أوساط جماعات العمال المعنيين، مع وضع نسخة منها دوماً تحت تصرف العمال وفي موضع مميز في كل مكان عمل.

إلى جانب شرط الإشهار، هنالك إجراء آخر يتمثل في ضرورة إيداع الاتفاقية الجماعية قصد تسجيلها إلى مفتشية العمل وكتابة ضبط المحكمة المختصين إقليمياً، واشتراط التسجيل يرجع إلى حرص المشرع ضمان عدم سرانها إلا إذا كانت مطابقة لتشريع العمل.

المبحث الثالث

تطبيق الاتفاقية الجماعية

إن الهدف من تحمل أطراف الاتفاقية الجماعية لمشاق المفاوضات الجماعية إلى رغبتهم في إبرام اتفاقية جماعية يتم بواسطتها تكريس السلم الاجتماعي، وتحقيقا لذلك لا بد من ترجمة القواعد الاتفاقية الناشئة عن الاتفاقية الجماعية إلى واقع فعلي وذلك بوضعها موضع التطبيق والنفاد. ولتوضيح ذلك علينا التعرض أولا إلى نطاق تطبيق الاتفاقية الجماعية، ثم إلى الآثار القانونية المترتبة على هذا التطبيق.

المطلب الأول

نطاق تطبيق الاتفاقية الجماعية

يشمل نطاق تطبيق قواعد الاتفاقية الجماعية على عناصر ثلاثة هي النطاق المكاني، المهني والشخصي.

الفرع الأول : النطاق المكاني

تجرى المفاوضات الجماعية بين أطراف علاقة العمل متخذة مستويات عديدة متباينة، ويخضع تحديد النطاق المكاني للاتفاقية الجماعية للحرية الكاملة للإطراف⁽¹⁾. وذلك شريطة أن يتم النص في صلبها على أنها قابلة للتطبيق مثلا، إما على مستوى مؤسسة واحدة أو عدة مؤسسات محددة، أو على مستوى قطاع صناعي، أو على المستوى المحلي، أو الإقليمي، أو على المستوى الوطني.

الفرع الثاني : النطاق المهني

لم يضع المشرع الجزائري أي نص يقيّد من الحرية في تحديد النطاق المهني للاتفاقية الجماعية

(1) وهو ما أكدت عليه المادة 115 من القانون 90 - 11 السالف الذكر التي تنص « تحدد الاتفاقية الجماعية (الإتفاق الجماعي) مجال تطبيقها المهني والإقليمي. .. ».

وعليه يخضع تحديد النطاق المهني للاتفاقية الجماعية للحرية الكاملة للأطراف الذين يمكنهم تحديد هذا النطاق بفرع نشاط اقتصادي معين، أو بمهنة معينة، أو بعدة مهن، لا سيما تلك المرتبطة أو المتشابهة أو المشتركة في إنتاج منتج واحد. والمفاوضة على مستوى النشاط تجد أهميتها في أنها تتعرض للموضوعات التي تهتم طرفي المفاوضة على مستوى المهنة ككل، ولا تقتصر على قطاع واحد من قطاعات هذا النشاط المهني⁽¹⁾.

الفرع الثالث : نطاق التطبيق الشخصي للاتفاقية الجماعية

تنص المادة 127 من قانون رقم 90 - 11 المشار إليه سابقا « تلزم الاتفاقيات الجماعية كل من وقّع عليها أو انظم إليها فور استكمال الإجراءات المنصوص عليها في المادة السابقة ». يتضح من خلال نص هذه المادة أن أطراف الاتفاقية الجماعية ملزمون بتطبيق ما اتفقوا عليه. ويتبين كذلك من المادة السابقة أن أطراف الاتفاقية الجماعية، إما أن يكونوا أطرافاً أصلية، أي الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين أبرموا الاتفاقية، أو أن يكونوا أطرافاً منظمة إلى الاتفاقية الجماعية بعد التوقيع عليها. وعليه يشمل نطاق تطبيق الاتفاقية الجماعية جميع الأطراف الموقعة عليها ابتداءً، أو المنظمة إليها لاحقاً، كما تسري القواعد الاتفاقية الناشئة عن الاتفاقية الجماعية في مواجهة كافة أعضاء التنظيمات الموقعة عليها، وذلك بصرف النظر إذا كان هؤلاء ينتمون إلى المنظمة وقت التوقيع، أو انظموا إليها فيما بعد، لأن أساس الخضوع للقواعد الاتفاقية يتمثل في صفة العضو في التنظيم، حيث تلزم بنود الاتفاقية هؤلاء الأعضاء بمجرد إشهارها⁽²⁾.

(1) Philippe LANGOIS, la négociation collective, revue droit (1)

social, N°12 décembre 1997, p1027

(2) د/ السيد عيد نايل، المرجع نفسه، ص 578.

المبحث الرابع

انتهاء اتفاقية العمل الجماعية

يختلف أسلوب انتهاء الاتفاقية الجماعية بحسب ما إذا كانت هذه الأخيرة مبرمة لمدة محددة أو لمدة غير محددة.

المطلب الأول

انتهاء الاتفاقية الجماعية المبرمة لمدة محددة

منح المشرع الجزائري بموجب المادة 117 من القانون رقم 90 - 11 الأطراف الحق في إبرام الاتفاقية الجماعية لمدة محددة⁽¹⁾، وتنتهي هذه الاتفاقية بانتهاء المدة التي حددها لها الأطراف، كما يكون لكل طرف التمسك بمدتها المحدودة ومن ثم المطالبة بإنهائها بمجرد انتهاء هذه المدة. ولكن ماذا لو استمر الأطراف في تنفيذ الاتفاقية المبرمة لمدة محددة رغم انقضاء مدتها؟

برجعنا إلى المادة 117 المشار إليها سلفاً، نجد أن الفقرة الثانية منها تجيز استمرار الأطراف في تنفيذ بنود الاتفاقية الجماعية المحددة المدة رغم انتهاء مدتها، وتتحول هذه الاتفاقية من اتفاقية جماعية محددة المدة إلى اتفاقية جماعية غير محددة المدة، إلى أن يتوصل الطرفان إلى اتفاقية جديدة ولكن بشرط عدم تضمن هذه الاتفاقية لشروط مغاير أو مخالف، وفي هذا الاتجاه كذلك سار المشرع الفرنسي الذي يقضي من خلال المادة 6 - 132 عمل فرنسي بأن الاتفاقية الجماعية المبرمة لمدة محددة أو للمدة اللازمة لإنجاز مشروع معين، إذا لم يتم إنجاز هذا الأخير خلال مدة سريانها الأصلية، تتحول إلى اتفاقية جماعية غير محددة المدة، وذلك شريطة عدم تضمنها شرطاً يقضي بإنهائها بمجرد حلول أجلها⁽²⁾.

(1) تنص المادة 117 « تبرم الاتفاقية الجماعية (الاتفاق الجماعي) لمدة محددة أو في مدة محددة... »
 (2) Paul Henri ANTONMATTEI, Les conventions et accords collectifs de travail, édition DALLOZ Paris, 1996, p 43

المطلب الثاني

انتهاء الاتفاقية الجماعية غير محددة المدة

حول المشروع الجزائري كذلك من خلال المادة 117 من القانون 90 - 11 لأطراف الاتفاقية الجماعية الحق في إبرامها لمدة غير محددة، تظل الاتفاقية الجماعية خلالها سارية المفعول إلى حين انتهائها إما بتراضي الطرفين، أو بالإرادة المنفردة لأحدهما، حيث يثبت لكل طرف من أطراف الاتفاقية الجماعية الغير محددة المدة الحق في إنهاؤها بإرادته المنفردة في أي وقت كان.

ولكن بالرجوع إلى المادة 131 من القانون 90 - 11 نجد أنها تجيز لكل طرف نقض الاتفاقية الجماعية جزئياً أو كلياً، ولكن شريطة أن يتم احترام ومراعاة الإجراءات القانونية، حيث يجب ألا يطرأ النقص خلال اثني عشر (12) شهراً التي تلي تسجيلها، حيث يستوجب على الطرف الراغب في إنهاء الاتفاقية الجماعية بإرادته المنفردة إخطار الطرف المتعاقد الآخر⁽¹⁾ وكذا الجهات التي أودعت لديها الاتفاقية⁽²⁾.

ولكن الإخطار بنقض الاتفاقية الجماعية يلزم الأطراف بالشروع في مفاوضات في ظرف ثلاثين يوماً (30) لإبرام اتفاقية جماعية جديدة، كما أن نقض الاتفاقية الجماعية لا تأثير له على عقود العمل المبرمة في السابق والتي تبقى خاضعة للأحكام المعمول بها إلى غاية إبرام اتفاقية جماعية جديدة⁽³⁾.

(1) في هذا الصدد أقرت محكمة النقض الفرنسية بأنه يجب تبليغ الإخطار إلى مندوبي النقابيين وليس للممثلين النقابيين فقط، وذلك لأن المندوبين النقابيين هم وحدهم المؤهلين لتسلم الإخطار بالإنهاء. CASS. SOC. 16 février 1989 DR. SOC. N°5 Mai 1990, p 430.

(2) تقضي المادة 132 من القانون 90 - 11 « يبلغ النقص برسالة مسجلة إلى الطرف المتعاقد الآخر، مع إرسال نسخة إلى مفتشية العمل التي سجلت هذه الاتفاقية وتسلمها إلى كتابة الضبط التابعة للمحكمة المودع لديها ».

(3) المادة 133 من القانون رقم 90 - 11 المشار إليه سابقاً.

خاتمة

من خلال عرضنا الوجيز لموضوع اتفاقية العمل الجماعية، نستطيع أن نقول إنها أصبحت المحور الأساسي لتنظيم وحكم علاقة العمل، وأحد العوامل الرئيسية التي من شأنها دفع عجلة قانون العمل نحو التطور المستمر، فلقد أثبتت التجربة العملية في البلدان المتقدمة اقتصاديا واجتماعيا على مدى فاعلية ومساهمة الاتفاقية الجماعية في حفظ استقرار علاقة العمل، وكذا ضمان السلم الاجتماعي. فالاتفاقية الجماعية باعتبارها ترجمة قانونية للحوار الاجتماعي بين الأطراف الاجتماعية، تعد وسيلة ناجعة في تكييف قانون العمل مع الواقع الاقتصادي بما يعود بالنفع والفائدة على الأطراف الاجتماعيين وعلى الاقتصاد الوطني.

وتشريع العمل الجزائري على غرار تشريعات الدول الأخرى، جعل من الاتفاقية الجماعية وسيلة في صالح أطراف علاقات العمل، لتنظيم ظروف وشروط العمل، وذلك إلى جانب النصوص التنظيمية الأخرى التي تعتبر من النظام العام.

إلا أن المشرع الجزائري من خلال تناوله لتنظيم اتفاقية العمل الجماعية لم يعط لهذه الآلية ما تستحقه من حيث تنظيمها، وتحديثها، وتفصيل لقواعدها، فقد اكتفى المشرع الجزائري بتحديد فقط القواعد العامة لها، وذلك خلافا للمشرع الفرنسي الذي أسهب في تنظيمها، حيث قصور المشرع الجزائري في إعطاء الاتفاقية الجماعية ما تستحقه من أحكام قانونية، أثر سلبا على الاتفاقيات الجماعية التي أبرمت في مختلف القطاعات التي اكتفت على إعادة سرد ما جاء به القانون رقم 90 - 11 من أحكام دون زيادة أحكام تفضيلية لتنظيم ظروف وشروط العمل.

وعليه فمن واجب أطراف علاقة العمل وتنظيماتهم النقابية إعطاء الاتفاقيات الجماعية ما تستحقه من عناية نظرا لدورها في تأطير الحفاظ واستقرار علاقة العمل، وذلك بداية من اختيار ممثليهم في المفاوضات الجماعية إلى مرحلة متابعة تنفيذها.

مراجع البحث :**أولا : باللغة العربية :**

- (1) د/ ابراهيم الدسوقي أبو الليل، التنظيم القانوني لعلاقات العمل الجماعية، مجلة الحقوق، س18 - 3ع، سبتمبر 1994.
- (2) د/ السيد عيد نايل، قانون العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2000 / 2001.
- (3) د/ السيد محمد السيد عمران، شرح قانون العمل، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.
- (4) د/ شاب توما منصور، الوجيز في قانون العمل، الجزء الأول، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، طبعة 1965.
- (5) د/ عبد الباسط عبد المحسن، علاقات العمل الجماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001 - 2002.
- (6) د/ عصام انور سليم، قانون العمل، منشأة المعارف الإسكندرية، 1999.
- (7) د/ علي عوض حسن، الوجيز في شرح قانون العمل، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، مصر.
- (8) د/ محمد حلمي مراد، قانون العمل، مطبعة النهضة العربية القاهرة، طبعة 1973.
- (9) د/ محمد رفعت الصباحي، محاضرات في التشريعات الاجتماعية العمالية، الجزء الثاني مطبعة منخيم القاهرة، 1999 - 2000، ص 101.
- (10) د/ مصطفى احمد أبو عمرو، علاقات العمل الجماعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005 .

ثانيا : باللغة الفرنسية :

- 1) CAMERLYNCK et L. CAEN , droit du travail, 11em édition DALLOZ Paris, 1982.
- 2) Gérard LYON _ CAEN, Jean PEISSIER, Alain SUPIOT, droit du travail, 17em édition, DALLOZ Paris , 1994 767 -
- 3) Jean PELISSIER , Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAND, droit du travail, 20em édition , DALLOZ Paris 2000.
- 4) Paul Henri ANTONMATTEI, Les conventions et accords collectifs de

travail, édition DALLOZ Paris , 1996.

- 5) Philippe LANGOIS, la négociation collective, revue droit social, N°12 décembre 1997.

ثالثا : النصوص القانونية :

- (1) القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم.
- (2) القانون 90 - 14 المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي، المعدل والمتمم الصادر في 2 يونيو 1990.



مصادر تبييض الأموال

أ. دليلة معزوز *

مقدمة :

- تعتبر ظاهرة تبييض الأموال أخطر ظواهر الإقتصاد الرقمي بإعتبار أنها التحدي الحقيقي أمام مؤسسات المال والأعمال لكونها ترتبط بأنشطة غير مشروعة وذات محل أو مصادر غير مشروعة كذلك.

- وتشكل ظاهرة غسل الأموال مشكلة عالمية إذ يقدر خبراء صندوق النقد الدولي حجم الأموال المغسولة سنويا بمبلغ يتراوح بين 620 مليار دولار و6.1 تريليون دولار أي ما تعادل نسبته من 2 إلى 5% من الناتج المحلي الإجمالي العالمي لعام 1999 أي ما يعادل أكثر من ضعف قيمة الناتج العالمي من البترول. (1)

- وقد أدت هذه الظاهرة إلى ظهور جرائم ضخمة من مرتكبي الجرائم الدولية أو المنظمة الإجرامية التي نتجت عنها أموال غير نظيفة ذات محل أو مصادر غير مشروعة.

فما هي مصادر هذه الأموال وكيف حصرتها مختلف القوانين

* المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة.

(1) سامر الأزهري - تبييض الأموال في لبنان - الجزء الثالث منشورات حلبي الحقوقية بيروت ط1 سنة 2002 ص 220.

والإتفاقيات أو المعاهدات الدولية؟

وذلك ما سوف نحاول توضيحه في هذا الموضوع.

- إن محل جريمة غسل الأموال هو المال القدر Dirty money وهو المال المراد تطهيره عبر الأسواق المشروعة كالبنوك أو الشركات وذلك بغية طمس حقيقتها وهوية صاحبها سواء كان شخص معنوي أو طبيعي حتى يتيح التعامل بها وإستثمارها في السوق المشروع دون ملاحقة أو مصادرة.

- فحسب المشرع اللبناني فإن مصادر الأموال الغير المشروعة ناجمة عن إرتكاب الجرائم المنصوص عليها في قانون رقم 318 المؤرخ في 20 / 4 / 2001 والمعدل بقانون 547 بتاريخ 20 تشرين الثاني 2003 الفقرة الثانية منه حيث تنص - زراعة المخدرات أو تصنيعها أو الإتجار بها.

- الأفعال التي تقدم عليها جمعيات الأشرار والمعتبرة دولياً جرائم منظمة.

- الجرائم الإرهابية.

- الإتجار الغير المشروع بالأسلحة.

- جرائم السرقة أو إختلاس الأموال العامة أو الخاصة أو الإستيلاء عليها بوسائل إحتيالية والمعاقب عليها بعقوبة جنائية.

- تزوير العملة وبطاقات الإئتمان.

- الإثراء الغير المشروع. (1)

- أما اتفاقية فيينا قد حصرت مصدر الأموال المبيضة في عائدات المخدرات فقط - - - لكن مجموعة العمل المالي الدولية والمكلفة بالتنسيق الدولي بشأن مكافحة تبييض الأموال «G A F I» لقد حصرت مصادر الأموال الغير المشروعة في :

1- تهريب المخدرات.

2- الجرائم المالية.

(1) تهريب وتبييض الأموال، نعيم مغيب - ط1 سنة 2005، ص 47.

- 3- الميسر - الدعارة - تهريب الأسلحة.
 - 4- الخطف وسرقة السيارات.
 - 5- الغش المصرفي.
 - 6- الإستعمال الإحتيالي لبطاقات الإئتمان أو الدفع.
 - 7- الإفلاس الإحتيالي.
 - 8- الإختلاس.
- ومن جملة المصادر التي نصت عليها القوانين والاتفاقيات الدولية نذكر :

- 1- الاتجار بالمخدرات.
- 2- الإتجار بالأسلحة.
- 3- الإتجار بالبشر (الأطفال والأعضاء البشرية والدعارة).
- 4- الغش والتزييف.
- 5- إختلاس الأموال.
- 6- الفساد السياسي والمالي.
- 7- الإرهاب.

وإلى غيرها من المصادر الغير المشروعة.

أما في الجزائر لقد صدر قانون رقم 05 / 01 المؤرخ في 06 / 02 / 2005 بتعريف لتبييض الأموال في المادة 02 والتي تنص على :

أ - تحويل الممتلكات أو نقلها مع علم الفاعل بأنها عائدات إجرامية، بغرض إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الممتلكات أو مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب الجريمة الأصلية التي تحصلت منها هذه الممتلكات، على الإفلات من الآثار القانونية لأفعاله.

ب - إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للممتلكات أو مصدرها أو مكانها كيفية التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها مع علم الفاعل أنها عائدات إجرامية.

- ج - اكتساب الممتلكات أو حيازتها أو استخدامها مع علم الشخص القائم بذلك وقت تلقيها أنها تشكل عائدات إجرامية.
- د - المشاركة في ارتكاب أي من الجرائم المقررة وفقا لهذه المادة أو التواطؤ أو التآمر على ارتكابها أو محاولة ارتكابها والمساعدة أو التحريض على ذلك وتسهيله وإسداء المشورة بشأنه (1).

1 - المخدرات

- فالمخدرات تعتبر إحدى المصادر الكبرى في الدول المتقدمة أو غيرها. وتكمن هذه المخدرات على سبيل المثال في القنب وراتنج القنب، الكيف، الهيرويين، الكوكايين، الأفيون (2).
- ويذكر تقرير المدير التنفيذي لمكتب الأمم المتحدة لمكافحة المخدرات ومنع الجريمة أن هذه التجارة تمثل بديلا إقتصاديا ولقد قدرها بما يتراوح بين 350 و450 مليار دولار (3).
- كما ثبت أن ربع الكرة الأرضية يتعاطون أنواعا مختلفة منها.
- إن القوانين لا تمنع فقط الاتجار بهذه المخدرات بل حتى زرعها وإنتاجها وتوزيعها (4).
- أما المدمن عليها والذي يعتبر مريضا يجب معالجته ومراقبته للتخلص منها.
- وإذا كان القانون قد حرص على مكافحة تعاطي المخدرات والإتجار بها فإنه إستثنى لأسباب نفسية وإنسانية وطبية القيام بالأبحاث فيها واستعمالها في بعض المجالات المشروعة - تنص عليها المواد 17 وما يليها من القانون اللبناني 673 / 1998. وهي :

(1) قانون رقم 05 - 06 - 022 - 2005 والمتعلق بالوقاية ومكافحة تبييض الأموال
 (2) تهريب وتبييض الأموال - دراسة في القانون المقارن - د/نعيم مغنغب - ط1 سنة 2005، ص 176.
 (3) تبييض الأموال وسرية أعمال المصارف « آليات مكافحة ومعالجة غسل الأموال » - أ.د. محمد إبراهيم التويجري - منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جمهورية مصر العربية - سنة 2007. ص 6.
 (4) المادة 11 من القانون رقم 673 / 96. من قانون لبناني.

1- مؤسسات الدولة والمعاهد العلمية ومراكز الأبحاث العلمية.
2- أصحاب معامل التحاليل الكيميائية أو الصناعة أو الجرثومية أو الغذائية.

3- مصانع الأدوية التدخل في تركيبها مخدرات.
- كذلك رخص لبعض الأفراد حيازة مستحضرات مخدرة تبعا لوصفة طبية موقعة من الطبيب المعالج وتحمل إسمه، صفته، عنوانه، تسمية المخدر وطريقة استعماله. .. إلخ

- فيما يخص عمليات التصدير والإستيراد فهي ممنوعة أصلا والإستثناء يكون بحصول إجازة مسبقة من الجهات الحكومية وفقا لنموذج تضعه لجنة مختصة في هذا المجال وهدفها تحقيق المصلحة العامة وليس الخاصة - صنع الادوية مثلا -.

وعليه فالإتجار بالمخدرات أو زراعتها هي أخطر العمليات على المجتمع لذا تتكاتف جهود الدول لإبرام معاهدات ووضع قوانين لمكافحة عقوبة التاجر والصانع والمروج ومداولتها ومتعاطيها.

- وهناك من يطالب بإعادة النظر في قوانين المخدرات كل سنتين أو ثلاث سنوات على الأقل. وذلك ربما لتقنين نصوص أكثر صرامة وفعالية⁽¹⁾.

- أما في الجزائر فيلاحظ أن كثرة الجنح متعلقة بحيازة وإستهلاك وكذلك الإتجار بالمخدرات. ويوضح الجدول التالي تطور هذه الجريمة على المستوى الوطني من سنة 1994 الى 1996 فقط.

عدد المتهمين	عدد القضايا	السنة
3448	1918	1994
4065	2415	1995
5301	2284	1996

(1) the national drug policy as a whole should be periodically evaluated reparably every two to three years ... world health organization geneva 2 nd ed 1988 p 78

و هذا يدل على أن هذه الظاهرة قد عرفت تفشياً كبيراً في مجتمعنا(1).
- نحن الآن في سنة 2009، فلا شك أن هذه الإحصائيات إرتفعت أرقامها، نظراً للرواج الذي تعرفه مادة المخدرات في العالم وإن الكميات التي قد تمر سراً إلى البلاد عبر الحدود ضخمة رغم الجهود الكبيرة المبذولة من طرف الجمارك في هذا الشأن.

2 - الاتجار بالأسلحة

ويقصد بالتجارة السرية للأسلحة تلك التي يتعامل فيها عصابات وسماسرة دوليون سعياً وراء الربح الفاحش الذي يتنافى مع القوانين الداخلية والدولية المنظمة لتجارة الأسلحة. ولقد صدر في 31 مايو 2001 وذلك بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة الخاص بمكافحة صنع الأسلحة النارية، بروتوكول رقم 55 / 255(2).
- فالأسلحة المقصودة هي :

الأسلحة النارية والبيولوجية والجرثومية والكيميائية والنووية. ..
- فكافة القوانين والإتفاقيات تمنع حيازة هذه الأسلحة ورغم ذلك فالإتجار بالأسلحة يعرف رواجاً في شبكات عالمية تتعامل مع العصابات وسماسرة الحرب في العالم وكذلك الخارجين على القانون. وقد ساعدت على ذلك النزاعات المختلفة في العالم (حروب دولية أو أهلية كما حدث في أفغانستان وبرواندا في أفريقيا).

3 - تجارة البشر

قد اتفق دولياً على مبدأ صيانة حقوق الإنسان واحترامها (إتفاقيات الأمم المتحدة، بروتوكول الأمم المتحدة لسنة 2000 يمنع ويعاقب الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال) وغيرها، لكن رغم كل هذه الإتفاقيات والتحفظات أصبح البشر يباع ويشترى لأغراض شتى، فأصبح سلعة يتم

(1) مذكرة تخرج لنيل جائزة المدرسة العليا للقضاء (تبييض الأموال سنة 2004 - 2005).

(2) بروتوكول مكافحة صنع الأسلحة النارية وأجزائها ومكوناتها والذخيرة والإتجار فيها بصورة غير مشروعة.

تبادلها وفقا لمعطيات العرض والطلب كالإتجار بالنساء والأطفال وبيع الأعضاء البشرية والدعارة ثم الاسترقاق الجنسي.

- فجريمة الدعارة نجدها بكثرة في الصين واليابان وكوريا الجنوبية وتايلاند. وتشير تقارير - منظمة العمل إلى أن الدعارة في منطقة شرق آسيا تدر ما بين 2 - 14 من ناتج الدخل القومي. وفي أندونيسيا وحدها 3، 6 مليار دولار سنويا⁽¹⁾.

- وتصرح الدراسات التي تعدها المنظمات المدافعة لحقوق الإنسان إلى أن معظم الفتيات يلتحقن بهذا العمل وأعمارهن بين 15 و18 سنة وذلك عن طريق السماسرة بعد بيعهن يضطرون للعمل والإقامة الجبرية فيه.

- وقد تستغل العصابات الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية المزرية للعائلات الفقيرة التي لا تستطيع تلبية حاجيات أطفالها فتتاجر بأحدهم للحصول على أموال لغرض تربية باقي الأطفال الآخرون.

كما أن مآل الأطفال المباعة يكون إما لغرض التبني أو لإعادة بيعهم أو لتشغيلهم⁽²⁾ أو لتربيتهم على أساليب الجريمة المنظمة ليستخلفونهم في المستقبل.

إن أكبر محطة لبيع الأطفال ب (تايلاند) ثم تليها أفريقيا حيث تقدر إحصائيات الأمم المتحدة أن أكثر من 200 ألف طفل عبيد في أفريقيا الغربية وجلب معظمهم من مالي - بوركينافاسو وتوغو⁽³⁾.

- الإتجار بالأعضاء البشرية كتجارة الكلى مثلا، تجني دخلا غير معقول لصالح العصابات في أوروبا وأمريكا. وضحايا هذه التجارة أغلبهم أطفال متبنين أو مختطفين أو غير شرعيين.

ولقد بلغت عملية بيع الكلية الواحدة 5750000 دولار وجرى الإعلان

(1) عن جريمة غسيل الأموال - د/ نائل عبد الرحمان صالح، ط1، سنة 2002 دار وائل للنشر سنة 2002 ص48.

(2) تشير الدراسات إلى أن 90 من العاملين في مزارع الكاكاو في ساحل العاج وهي تنتج نصف المحصول العالمي من مادة الكاكاو هم أطفال العبيد. (ص 51) من نفس المرجع المذكور أعلاه.

(3) جريمة غسيل الأموال - د/ نائل عبد الرحمان صالح، ط1، دار وائل للنشر، سنة 2002، ص 50.

عن بيعها من خلال شبكة الإنترنت⁽¹⁾.

- إن بعض الدول في قوانينها الوطنية تجرم الكثير من هذه الأفعال. كما أن الفتاوى في الدين الإسلامي تجمع بأن التبرع بالأعضاء البشرية جائز لكن شريطة أن يكون ذلك دون مقابل. لقد سن المشرع الأردني قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان تحت رقم 33 للعام 1988 ومن ضمن الشروط الواردة فيه أن يكون نقل العضو من إنسان إلى آخر دون مقابل - المواد 5 و4 من القانون⁽²⁾.

4 - الغش والتزوير أو التزييف

ويشمل كل من الاتجار في السلع الفاسدة وسرقة حقوق المعرفة وحقوق النشر والطبع والنسخ والأعمال الفنية وتقليد الماركات العالمية وتشتمل أيضا على تزيف العملات وتهريبها عن طريق منظمات إجرامية

5 - 6 - الفساد السياسي والمالي (الإتجار بالوظيفة العامة)

- إن وسائل الإعلام المتنوعة والمؤسسات الحكومية وغير الحكومية تصب إهتمامها على طرف واحد في معادلة الفساد وهو الموظف الذي يشغل الوظيفة العامة ويستغلها للحصول على مآرب شخصية مذهلة في الوقت ذاته أو لئلك الذين يستعدون لدفع الرشوة أو يعرضونها والذين يعاملون على أنهم طرف بريء يضطرون إلى دفع الرشوة للموظف العام العازم على تقاضيها لقاء هذه الصفقة أو الخدمة وفي الحقيقة فإن كلاهما يجب شريكين في الجريمة.

- إن عملية غسل الأموال تؤدي إلى تشويه المناخ الديمقراطي في المجتمع حيث يصعد أصحاب النفوذ غير المشروعة إلى مقاعد مرموقة والى اتحادات التجارة والصناعة.

(1) عن جريمة غسل الأموال - د/ نائل عبد الرحمان صالح، ط1، دار وائل للنشر، سنة 2002، ص 52.

(2) عن جريمة غسل الأموال - د/ نائل عبد الرحمان صالح، ط1، دار وائل للنشر، سنة 2002، ص 51.

وتعلو نجومهم إعلاميا في جميع وسائل الإعلام التي تؤدي بهم إلى استثمار جميع ما سبق لدعم وجودهم في الإستمرار في عملية غسيل الأموال وكذلك الاستمرار في مزاولة الأنشطة الإجرامية والاستفادة بأرباحها.

وزيادة لذلك إذا ما حاولنا التحري في ظاهرة الرشوة في المؤسسات الوظيفية فإننا نجد أن مبلغ الرشوة بالمقاييس العالمي قد يكون ضئيلا إلا أنه في إقتصاديات بعض الدول يوازي راتب الموظف طيلة حياته!!

الرشوة التي يدفعها غاسلو الأموال في تدمير النسيج القيمي والأخلاقي في المجتمعات عملاقة حيث تقدم الرشوة للأشخاص المعنية بهدف السكوت عن أنشطة جماعات الإجرام الغير المشروعة كما هو حاصل الآن في روسيا ودول أوروبا وإيطاليا وعدد كبير من الدول الأخرى في العالم. هذه بعض الأمثلة عن بعض جرائم الرشوة في بعض الدول :

. في فرنسا

رئيس الوزراء الفرنسي السابق « ألان جوبيه » عندما وجه إليه اتهام بالحصول على شقة ضخمة بإيجار منخفض - أي رشوة - الشقة ملك لبلدية باريس - وذلك عندما كان مديرا للمالية حيث أحدث عليها تغييرات وترميمات ضخمة على حساب البلدية.

. في الأرجنتين

تورط بعض أقارب الرئيس « كارلوس » المتهمين في عمليات تبييض أموال - المخدرات - وبعد إكتشاف الأمر أضطر الأقارب وهم من كبار رجال الدولة إلى التخلي عن مناصبهم.

. في إيران

إستطاع شاه إيران « رضا بهلوي » تهريب عشرات المليارات من الدولارات إلى بنوك أوروبية وأمريكية وذلك من حصيلة الفوائد البترولية المتراكمة لدى إيران وكان الشاه يحصل من شركة البترول الوطنية على رشوة بقيمة ألف مليون دولار سنويا ولا يزال جزء كبير من هذه الأموال مجمدا في البنوك الأجنبية منذ قيام الثورة الإسلامية في إيران سنة 1979 حتى الآن وقد

بلغت قيمة الأموال المهربة في عهد الشاه 20 مليار دولار - وعملية التهريب لم تقتصر فقط على الشاه بل شاركته هذه العملية حاشيته(1).

- ومن أحدث قضايا غسيل الأموال الناتجة عن إستغلال الوظيفة العامة والفساد الفضيحة الكبيرة التي وجهت فيها أصابع الإتهام من قبل الحكومة الفيدرالية الأمريكية (بنك نيويورك) لقيامه بعمليات غسيل الأموال لحساب الحكومة الروسية بمبالغ تقدر بعشرة مليارات من الدولارات كانت قد قدمت للحكومة الروسية كمساعدات لها من قبل صندوق النقد الدولي قصد تجاوز جزء من أزمتهما الإقتصادية، وقد كانت نتائج التحقيق في هذه القضية بتوجيه إدانات لمستولي كبار الحكومة الروسية وقد جرى تبادل الإتهامات خصوصاً ما بين المدعي العام الروسي ومحافظ البنك المركزي الروسي(2).

كما تمت إدانة السناتور الأمريكي (منتويا) عن ولاية كاليفورنيا في إحدى القضايا المحركة من قبل الـ FBI بارتكاب جريمة الرشوة من خلال إيداعه أموال غير مشروعة بنية التمهيد لإرتكاب نشاط معين غير مشروع إعتقاداً على إيداعه لشيك في حسابه البنكي على افتراض أن إيداع الشيك كان بمثابة قبول للرشوة(3).

7 - الإرهاب

إن المقصود بالإرهاب هنا هو نشاط العصابات الإجرامية الهادفة إلى تحقيق جرائم معينة عن طريق استخدام العنف كوسيلة لذلك والحصول على أموال غير مشروعة من جراء هذه العمليات الإجرامية.

ومرتكبيها عصابات مختلفة كعصابات المافيا والجريمة المنظمة تقوم باستخدام هذا الأسلوب ضد من يقفون في وجه تحقيق غاياتها كعمليات قتل رجال الأمن أو كبار المصرفيين أو رجال الأعمال هذا من جهة ومن جهة أخرى نرى أن عملية تمويل أو المساهمة في تمويل الإرهاب سواءً كان هذا

(1) مذكرة تخرج لنيل جائزة المدرسة العليا للقضاء بعنوان تبييض الأموال سنة 2004 - 2005.

(2) عن جريمة غسيل الأموال - د/ نائل عبد الرحمان صالح، ط1، وائل للنشر، سنة 2002، ص 60.

(3) تبييض الأموال وسرية أعمال المصارف - د/ محمد إبراهيم التويجري، بحوث وأوراق عمل - منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة 2007، ص 07.

التمويل أموالاً أو ذهباً أو فضة أو هبات أو إعتمادات أو قروضاً أو دعماً معنوياً من أجل تقوية وتحقيق مقاصد الإرهاب ويعتبر تمويل لأموال القذرة التي قد يستعملها الإرهاب في مقاصد أخرى مشروعة حتى تصبح مطهرة.

- لقد عرفت الجزائر ظاهرة الإرهاب منذ 1992 حيث ظهر بأشبع صورته مما جعل السلطة الجزائرية تصدر المرسوم التشريعي رقم 92 / 03 / المؤرخ في 30 / 12 / 1992 المتعلق بمكافحة الإرهاب وهو المرسوم الذي ألغى بموجب الأمر رقم 95 / 10 المؤرخ في 25 / 02 / 1993 بعدما أدمجت مجمل أحكامه في قانون العقوبات المواد 87 مكرر إلى 87 مكرر - 10.

- فقد يتعامل بعض الأشخاص مع الإرهابيين وذلك بإمدادهم أسلحة أو سلع أو خدمات وهذا ما يؤدي بالإرهابيين إلى تشكيل ثروة غير مشروعة وقد تدمج هذه الثروة مع أموال مشروعة من أجل تطهيرها وذلك بإنجاز مشاريع مستقبلية وطنياً أو دولياً.

- فقانون رقم 05 / 01 المؤرخ في فيفري 2005 والخاص بمكافحة تبييض الأموال في مادته 3 تعتبر كل تمويل للإرهاب جريمة يعاقب عليها القانون.

- كما أن المادة 4 من نفس القانون توضح صفة الأموال حيث تنص :
« الأموال : أي نوع من الأموال المادية أو غير المادية لا سيما المنقولة أو غير المنقولة التي يحصل عليها بأية وسيلة كانت، والوثائق أو الصكوك القانونية أياً كان شكلها بما في ذلك الشكل الإلكتروني أو الرقمي والتي تدل على ملكية تلك الأموال أو مصلحة فيها بما في ذلك اللاتمانات المصرفية وشيكات السفر والشيكات المصرفية والحوالات والأسهم والأوراق المالية والسندات والكمبيالات وخطابات الاعتماد»⁽¹⁾.

(1) قانون رقم 05 / 01 المؤرخ في 06 فيفري 2005 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها.

خاتمة

على ضوء ما سبق لنا كتابته من أرقام ومعلومات مختلفة لموضوع مصادر تبييض الأموال يمكن اعتبار هذه الجريمة من أخطر الجرائم دوليا ووطنيا. لذلك يجب القضاء على مختلف صور هذه الجريمة على الصعيدين.

على الصعيد الدولي المشاورة على مشاركة الجزائر في مختلف الإتفاقيات والمعاهدات المكافحة لجريمة تبييض الأموال وإتباع الأساليب المستحدثة المستعملة دوليا في هذا المجال.

أما **على الصعيد الوطني** لقد أدرك المشرع الجزائري أن هذه الظاهرة ترتبط أساسا بضرورة خلق نظام مصرفي ذو رقابة واعية تساهم فيها المؤسسات المالية في مكافحة التبييض وكذلك في استحداث آليات للحد من إنتشار هذه الظاهرة وذلك بوضع نصوص قانونية وإصلاح النظام البنكي وتحسين أداء الكفاءات البنكية وكذلك خلق أجهزة ونظم مراقبة فعالة تحد من هذه الظاهرة.

مراجع البحث:**أولا. الكتب**

- (1) تهريب وتبييض الأموال - دراسة في القانون المقارن - نعيم مغبغب ط1. 2005. لبناني.
- (2) تبييض الأموال وسرية أعمال المصاريف - (آليات مكافحة ومعالجة غسل الأموال) منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية 2007، أ - د محمد بن إبراهيم التويجري.
- (3) جرائم غسل الأموال - أ. د - محمد محي الدين عوض الرياض - 2004 - الط1 مكتبة فهد الوطنية للنشر.
- (4) جريمة غسيل الأموال - د/ نائل عبد الرحمان صالح، ط1 2002، دار وائل للنشر.
- (5) تبييض الأموال - جريمة بلا حدود - دراسة مقارنة - خالد سليمان - طرابلس
- (6) تبييض الأموال في لبنان - سامر الأزهرى الجزء 3 منشورات حلبي الحقوقية بيروت ط1

ثانيا. المذكرات

- مذكرة تخرج لنيل جائزة المدرسة العليا للقضاء بعنوان « تبييض الأموال » إعداد:
- محمد بن ناصر. علي طالب. رضا منشير. نجيب زروقي. عبد المجيد رحابي.
- عمار محمد اسالك. عبد العزيز بوغبة. حمة عيساوي. يونس موساوي.

ثالثا. النصوص التشريعية

- قانون رقم 05 / 01 المؤرخ في 17 ذو الحجة 1425 الموافق ل 06 / 02 / 2005 المتعلق بالوقاية ومكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب. حرر في جانفي 2009 .

التزام المنتج بإعلام المستهلك

أ. كريمة بركات *

مقدمة :

نظرا للتطور الاقتصادي عموما، وتطور التكنولوجيا المذهل خصوصا، وما طرأ عليهما من تقدم طرق تصنيع وإنتاج الغذاء كاستخدام التقنيات البيولوجية، والتجميد والحفظ والتخزين لمدة طويلة، ظهرت في الأسواق منتجات وخدمات مجهولة المصدر، خطيرة على صحة وأمن المستهلك، هذه المنتجات تتسم بالتنوع والتعقيد ونقص الجودة، ويتولد عن استعمالها العادي من الحوادث⁽¹⁾ والأمراض الخطيرة⁽²⁾.

الأمر الذي أدى إلى بروز فكرة ضرورة إحاطة المستهلك بحماية خاصة من أخطار الأغذية الفاسدة أو الغير صالحة للاستهلاك الآدمي⁽³⁾، خصوصا أمام اعتناق الدولة الجزائرية لسياسة الاقتصاد الحر وتشجيعها

* المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة.

(1) حوادث الحياة المنزلية خلفت حسب الإحصائيات حوالي أكثر من 5 مليون ضحية في فرنسا بصفة مستقلة عن المخاطر التي يمكن أن تسببها بعض المنتجات للمستهلك، التي لا تظهر آثارها إلا بعد أجل طويل.

(2) كأمراض الكلى، الكبد والسرطان التي أثبتت التقدم العلمي العلاقة المباشرة لبعض أنواع المنتجات المصنعة وغير مصنعة في استفحال هذه الأمراض وغيرها.

(3) خاصة بعد استفحال ظاهرة الغش كما حصل في مادة الكاشير الفاسد سنة 1988 ولحوم الحمير سنة 2003 نتيجة الجشع وسيطرة النظرة المادية على المنتجين والصانعين.

للقطاع الخاص للاستثمار.

تلك الضرورة أكدها المشرّع الجزائري سنة 1989 بإعداد نص وقائي (القانون الصادر بتاريخ 07 فيفري 1989) من الأخطار المتصلة باستعمال المنتجات والخدمات، ويسمح للإدارة بأن تنظّم أو تمنع هذا الاستعمال. هذا النص الوقائي يقوم على نظام حماية المستهلك طوال عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك قبل الاقتناء من قبل المستهلك، بمعنى أنّ الحماية هي سابقة لمرحلة اقتناء المنتج واستخدامه، لهذا السبب وصف النص أنه وقائي يهدف للبحث عن المخاطر وتفادي الأضرار التي يمكن أن تنتج عن بعض المنتجات والخدمات المعروضة في الأسواق قبل وقوعها.

لتحقيق هذا الهدف، استند نظام الحماية إلى فرض تدابير وقائية مرتبطة بأمن وبصحة المستهلك، سعى من خلاله المشرّع إلى فرض مجموعة من الالتزامات المحددة على عاتق المحترف (منتج، موزع، مستورد، وسيط، بائع. ..) كالالتزام بأمن المستهلك، الالتزام بالمطابقة، الالتزام بالضمان، الالتزام بالإعلام، نصّ عليها قانون سنة 1989.

يعد الالتزام بإعلام المستهلك التزاما لا يقل أهمية عن غيرها من الالتزامات التي تقع على عاتق المنتج: حيث يلعب دورا هاما في حماية رضاء المستهلك وتوجيهه ومساعدته على الحصول على المنتجات والخدمات التي يحتاج إليها، واستعمالها بطريقة جيّدة، بالإضافة إلى الأدوار الكثيرة التي يلعبها في حياة المستهلك.

لكن نتساءل كيف نظّم المشرع الجزائري الالتزام بإعلام المستهلك؟

نحاول الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال تناول:

1- المقصود بالالتزام بإعلام المستهلك.

2- أنواع الإعلام.

3- دور الإعلام.

1- المقصود بالالتزام بإعلام المستهلك :

هو حق المستهلك في الإعلام، وهو إلتزام يضع على عاتق المحترف عبء الإدلاء بكافة المعلومات والبيانات التفصيلية المتعلقة بأركان عقد الاستهلاك وشروطه اللازمة لإيجاد رضا حر وسليم لدى المستهلك.

الاهتمام بإعلام المستهلك لم يكن وليد اليوم، بل كرّس في النظرية العامة للعقود وكان القضاء أساس هذا الإلتزام في بادئ الأمر.

بداية، الإلتزام بالإعلام هو التزم عام سابق للتعاقد، يقع على عاتق المحترف الذي يقوم بإعلام المستهلك حول المميزات الرئيسية للمنتج أو للخدمة، وحول شروط البيع. يطلق بعض الفقه على هذا الإلتزام تسمية « الإلتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالمعلومات والبيانات ».

وقد نص المشرعان الفرنسي والجزائري على هذا الإلتزام، إلا أنّهما لم يتبيناه صراحة كقاعدة علمة في صدد كل التعاملات، وحتى عقود الاستهلاك. فنجد المادة 352 / 1 من القانون المدني الجزائري، وكذا المادة 1602 من القانون المدني المفرنسي التي تنص: « le vendre est tenu, d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige » وفي حالة أيّ اتفاق مبهم أو غامض يفسر ضد البائع، وهذه القاعدة تطبّق في حالة العقود المحررة Contrats pré-rédigés. أما في الحالات الأخرى، فيجب على المستهلك إثبات النقص في الإعلام الذي أدّى إلى الخطأ في صف جوهرية للشيء المبيع، طبقاً لنص المادة 1110 ق. م الفرنسي والمادة 1382 ق. م. ف التي تثير مسؤولية المحترف في هذه الحالة.

ومع ذلك فإنّ القضاء والفقه الفرنسيين قد اعترفا بهذا الإلتزام كمبدأ عام⁽¹⁾، أمّا في الجزائر فإنّ الفقه والتشريع يؤكّدان على وجود هذا الإلتزام في التطبيقات المختلفة للمسؤولية المدنية، وأحكام ضمان العيوب الخفية. فأصبح هذا الإلتزام مبدأً عامّاً مرتبطاً بنظرية العقد على وجه العموم، وبعقود

(1) _ J / CALAIS _ AULOY, F / STEINMETZ : Droit de la consommation, 4ème Edition Dalloz, Paris, 1996, PP 44 - 47.

الاستهلاك على وجه الخصوص.

الالتزام بالإعلام هو التزام تعاقدى، بالإدلاء بالبيانات والمعلومات اللازمة لتنفيذ العقد ولتجنب المستهلك الأضرار الناجمة عن تنفيذه، أو عن الاستمرار في استخدام السلعة أو الاستفادة بالخدمة.

وهو التزام ينشأ بمناسبة كلّ عقد على حدة، وفي حدود ما يقتضيه ذلك العقد، عكس الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الذي هو التزام عام في شأن كلّ عقود الاستهلاك⁽¹⁾.

حتى مقدمي الخدمات يأخذون على عاتقهم التزاما تعاقديا بالإعلام، الأطباء يجب عليهم إعلام زبائنهم بالمخاطر المرتبطة بالعلاج⁽²⁾، المحامون ملزمون بإعلام الغير بفرض نجاح الدعاوى التي يلتزمون... إلخ.

2- أنواع الإعلام (الموجه للمستهلك) :

إلى جانب الالتزام العام بالإعلام توجد التزامات خاصة في مجال بعض المنتجات والخدمات Les Obligations Spéciales يفرضها القانون أو التنظيم على المحترفين. وهي لا تعفيهم من التزامهم العام بالإعلام. هذه الالتزامات يمكن تقسيمها إلى صنفين:

1- إعلام حول مميزات المنتجات والخدمات (أولاً).

2- إعلام حول الأسعار (ثانياً).

كما تجدر الإشارة إلى تمييز الالتزام بإعلام المستهلك حول طرق الإشهار (الدعاية)، ذلك لأن أهداف الإشهار هو جذب المستهلك لاقتناء المنتجات والخدمات، وليس تنبيهه وإحاطته علما بمخاطرها. وبالرغم من مخاطر الإشهار فإن وجوده هو حقيقة واقعة (ثالثاً)، ولا يمكن تفادي هذه

(1) د/ حسين عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك « الحماية الخاصة لإرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك»، دون ذكر الطبعة، دار النهضة العربية، مصر 1996، ص 19.

(2) تطبيقاً لهذا المبدأ، جاء حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 05 مارس 1984 مؤكداً مسؤولية الطبيب الذي أجرى عملية الولادة لسيدة تعسرت حالتها عدة أيام دون إخبارها بالآثار الجانبية للعملية القيصرية، والتي أدت إلى حرمانها من الإنجاب، د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 29.

المخاطر إلا عن طريق تقديم معلومات موضوعية عن السلع والخدمات للمستهلك⁽¹⁾.

أولاً: الإعلام حول مميزات المنتجات والخدمات

المادة 04 من القانون رقم 89 / 02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، تكرر الالتزام بالإعلام الملقى على عاتق المحترف لصالح المستهلك، الذي من حقه أن يعلم بالخصوصيات التي تميز المنتج أو الخدمة: كالمصدر، تاريخ الصنع، التاريخ الأقصى للاستهلاك، كيفية الاستعمال، الاحتياطات الواجب اتخاذها. ..

المادة 1 / 111 من قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في 18 جانفي 1992 المعدل المتمم بمقتضى القانون الصادر في 26 جويلية 1993، تلزم كل بائع منتجات أو مقدم خدمات، قبل إبرام العقد، أن يعرف المستهلك بالخصائص الجوهرية للمنتجات والخدمات الموضوعية في السوق.

الوسيلة المناسبة لإعلام المستهلك، والتي حدتها النصوص القانونية التنظيمية هي: الوسم L'étiquetage. الهدف من الوسم إيصال أكبر قدر ممكن من المعلومات الضرورية لقيام المستهلك بالاختيار الصحيح، بفضل عدد معين من المعلومات المتعلقة بالمنتج، نوعيته، سعره، شروط استخدامه، التاريخ المحدد لاستهلاكه، وبعض إجراءات الأمن الواجب احترامها. الوسم له وظيفة إعلامية، وظيفة حفظ وحماية نوعية المنتج ووظيفة أمنية⁽²⁾.

1. وسم المنتجات الغذائية:

جاء القانون رقم 89 / 02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك (المادة الرابعة منه) لتأكيد حق المستهلك في الإعلام بصفة عامة، ولم يحدد كيفية تنفيذ هذا الالتزام.

(1) J. CALAIS _ AULOY, F. STEINMETZ, op. cit. p. 48 - 49.

(2) C. A. C. Q. E : L'Étiquetage et la Présentation des Denrées Alimentaires, bulletin trimestriel d'information, N°2 ? mars 1993, p. 10.

جاء المرسوم التنفيذي رقم 90 / 367 الصادر في 1 سبتمبر 1990⁽¹⁾ ليحدد طرق تطبيق المادة 04 فيما يخص وسم المنتجات الغذائية.

ونصت المادة 02 من المرسوم بأنّ الوسم هو: «البيانات أو الإشارات أو علامات الصنع أو التجارة، أو الصور أو الرموز المرتبطة بسلعة غذائية معينة والموضوعية على كل تعبئة أو وثيقة أو لافتة أو بطاقة أو ختم أو طرق طرق تكون ملازمة لهذه السلعة الغذائية أو متعلقة بها».

مجال تطبيق أحكام هذا المرسوم محدّد بالمنتجات الغذائية، بمعنى كلّ المواد المخصصة لتغذية الإنسان، والأملة للمشروبات والألبان، وكذا جميع المواد المستعملة في صناعة الأغذية وتحضيرها ومعالجتها باستثناء المواد المستخدمة في شكل أدوية أو مستحضرات للتجميل⁽²⁾.

هذا المرسوم ينص على أنّ كلّ المنتجات الغذائية الموضوعية في التداول التجاري يجب أن نعرف هويتها على الأقل بواسطة بطاقات *étiquettes* مثبتة جيداً على الغلاف، أو وسيلة أخرى مناسبة.

يجب أن يوضع الوسم بشكل لا يمكن أن يخلق لبساً في ذهن المستهلك، بمعنى أنّ كلّ محاولة خداع وغش هي ممنوعة. الوسم أو كفاءات تنفيذه لا يجب أن تكون بشكل يؤدي لإيقاع المستهلك في خطأ، أو يجعله يميّز بشكل تعسفي بين سلعة معينة ومنتجات مماثلة.

باستثناء ما يتعلق بالمياه المعدنية الطبيعية والسلع الغذائية المعدة لتغذية خاصة، الوسم لا يجب أن تشير إلى مواصفات وقائية أو علاجية من الأمراض التي تصيب الإنسان.

بيانات الوسم يجب أن تكون مكتوبة باللغة العربية الوطنية، وبلغه أخرى على سبيل الإضافة وتكون مرئية وسهلة القراءة ومتعدّد محوها⁽³⁾.

(1) الجريدة الرسمية، العدد 50، الصادر بتاريخ 11 نوفمبر، 1990.

(2) المادة 2 / 2، 3 من المرسوم التنفيذي رقم 90 / 367.

(3) المادتان 5، 13 / 1، 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90 / 367.

المنتجات الغذائية الجاهزة التعبئة P. Préemballés :

« هي تلك السلع المخصصة للعرض على حالتها على المستهلك النهائي، والتي تتكون من وحدة البيع المؤلفة من السلع الموضبة قبل وضعها تحت تصرف المستهلك بكيفية لا يمكن معها إدخال تغيير ما على المحتوى دون فتح التعبئة أو تغييره»، ولا تعد سلعة جاهزة التعبئة إذا تم لفها عند البيع (بغلاف ما) بهدف الوقاية الصحية.

إذن التعبئة الجاهزة تقتضي أن تغلف السلعة خارج أماكن البيع، وتشتمل على بطاقة ضمن التغليف نفسه، أما السلع غير الجاهزة التعبئة فيجب أن تكون معرفة على الأقل بواسطة تسميتها الخاصة بالبيع والمسجلة على لافتة أو على وسيلة أخرى، بحيث لا يدع موقع هذه اللافتة أي مجال للشك في السلعة المعنية⁽¹⁾.

مثلا : الخبز هو سلعة غير جاهزة التعبئة، يجب أن يعرض مرفوقا بلافتة Ecriteau تشتمل على التسمية الدقيقة لنوع الخبز، الوزن المعبر عنه بالغرام، سعر للبيع للقطعة معبر عنه بالدينار الجزائري.

وقد نصّ على هذا المضمون والشروط أيضا المرسوم الفرنسي الصادر بتاريخ 18 ديسمبر 1984 المتعلق بالمنتجات الغذائية الجاهزة التعبئة.

كل منتج غذائي موجه للتداول التجاري يجب أن يقدم للمستهلك، حاملا وسما يضم لزوما البيانات التالية :

.التسمية الخاصة للبيع :

وتتضمن تعريفا للحالة المادية للسلعة والمعالجة الخاصة التي أدخلت عليها، لكي يتمكن المستهلك من معرفة طبيعة السلعة وتمييزها عن المنتجات التي قد تشبهها. ينبغي أن تكون تسمية البيع مغايرة للعلامة التجارية أو علامة المصنع أو للتسمية الخيالية.

.قائمة التوابل :

تشتمل على جميع التوابل المكونة للسلعة ضمن ترتيب تنازلي

(1) المادة 2/2، 3 والمادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 90 / 367.

بحسب نسبة دمجها عند صناعة السلعة. بعض المنتجات معفاة من ذكر المواد المكونة لها خصوصا الجبن، كل أنواع الحليب والكريمات المتخمرة.

الكمية الصافية :

معبرا عنها بوحدة السعة بالنسبة للسلع السائلة، ووحددة الكتلة بالنسبة للسلع الأخرى، وبعدهد الوحددة بالنسبة للسلع التي تباع بالقطعة.

تاريخ الصنع والأجل الأقصى لصلاحية الاستهلاك :

هذذا البيان يسجل على بطاقة وسم جميع السلع الغذائية ما عدا الملح، الخل، السكر، الحلويات السكرية، الخمور، المشروبات الكحولية المشروبات التي بها معايرة بنسبة 10% أو أكثر من الكحول، منتجات المخابز أو الحلويات التي تستهلك بحكم طبيعتها في حدود 24 ساعة من تاريخ تحضيرها، الأجبان المخمرة والمعدة للاختمار بصفة كلية أو جزئية داخل تعبئتها(1).

طريقة الاستعمال :

كل البيانات الأخرى لا تصبح إلزامية إلا بمقتضى نص قانوني خاص. فالقهوة مثلا يحدّد خصائصها وكيفية عرضها المرسوم التنفيذي رقم 92 / 30 الصادر بتاريخ 20 جانفي 1992(2).

2 وسم المنتجات المنزلية غير الغذائية :

نقصد بمنتوج منزلي غير غذائي « كل مادة موجهة للاستعمال في صيانة المحلات ورفاهيتها باستثناء الأدوية والسلع الغذائية». هذه المادة يجب أو توضع في تعبئة صلبة ومحكمة السد تلتصق بها بطاقة بأحكام.

البيانات الواجب أن تظهر على البطاقة هي :

1 التسمية الخاصة بالبيع.

2 الكمية الصافية.

(1) المواد 8، 9، 9، 10، 11 من المرسوم التنفيذي رقم 90 / 367.

(2) الجريدة الرسمية، العدد 34، الصادرة في 21 جانفي 1992.

- 3 الاسم أو اسم الشركة، أو العلامة المسجلة وعنوان الشخص المسؤول عن صناعة المنتج أو توضيحه أو استيراده أو توزيعه.
- 4 طريقة الاستعمال أو شروط الاستعمال الخاصة.

جميع البيانات الإجبارية الأخرى المنصوص عليها بمقتضى نص قانوني خاص يمنع القانون استعمال أي إشارة أو أي علامة أو أي تسمية خيالية، أي طريقة للتقديم، أو الوسم، أو أي أسلوب للإشهار، العرض أو البيع، من شأنها أن تدخل لبسا في ذهن المستهلك، ويعاقب مرتكبها بعقوبات صارمة⁽¹⁾.

نظام القضيان Le code à Barres :

هو تقنية جديدة للوسم، ظهرت في السوق، تذكر بعض البيانات الإلزامية للسلع، تمنح هذه التقنية لكل منتج عددا معيناً بمجموعة من القضيان السوداء ذات مساحات بعد متغيرة، والأعداد المكوّنة لهذا النظام هي فقط أعداد مرجعية، ولا يحمل هذا النظام أية معلومات حول مذاق المنتج ولونه، وسعره، وتاريخ صنعه. .. إلخ، بل يقرأ هذا النظام إلكترونياً ويسمح بمعرفة محدّدة للمادة الأولية المكونة للمنتج النهائي.

قامت الجزائر بتاريخ 16 مارس 1984 بإنشاء منظمة وطنية. ومن خلال هذه المنظمة أصبحت الجزائر منذ 01 نوفمبر 1994 عضواً في الجمعية الدولية لترقيم السلع (E. A. N) L'Association Internationale de Numérotation التي تأسست سنة 1977.

وأصبح المنتجون والموزعون الجزائريون، وبصفة عامة كلّ المتعاملين الاقتصاديين الذين يرغبون في تدوين سلعهم، معفين من السفر إلى الجمعية الدولية، بل يتوجهون إلى المنظمة الوطنية مباشرة.

كلّ وحدة سلعية موجهة لأن تباع للمستهلك النهائي في تجارة التجزئة هي معرفة بواسطة عدد مكوّن من ثمانية (8) أرقام أو ثلاثة عشر (13) رقماً، (E. A. N - (18)، E. A. N) - (13). تعرف هذه العملية بـ

(1) المواد 2، 3، 4، 5، 8 من المرسوم التنفيذي رقم 90 / 366.

« ترميز السلع ».

مثال :

- 613 : الأرقام الثلاثة الأولى ممنوحة من المنظمة الدولية إلى المنظمة الوطنية EAN - Algérie.

- 0002613 : الأرقام الخمسة التالية ممنوحة من المصنع (الشركة) للسلعة.

- 0002 00001 3613 : الرقم الأخير هو مفتاح للرقابة.

هذا النظام اثبت مزاياه بالنسبة للصانع الذي يمكنه من استخدام رمز وحيد من أجل كل المتعاملين الاقتصاديين عبر العالم. كما يمكن بائع الجملة الموزع من رقابة آلية جيّدة لتوزيع المنتوجات. ويمكن المستهلك من بطاقة وسم مفصلة⁽¹⁾.

ثانيا : الإعلام حول الأسعار

الإعلام يفرض بالخصوص في مجال الأسعار، لأنه يعتبر شرطا ضروريا لشفافية السوق ولحرية المنافسة، وبالتالي لحماية المستهلك.

أقدم تشريع يكرس حق المستهلك في الإعلام هو القانون الفرنسي الصادر في 1905 المتعلق بالغش. فيما بعد، جاءت بعض النصوص لتؤكد على نفس الإعلام : كالقرار الصادر بتاريخ 12 ديسمبر 1971 الذي فرض لصق إعلان بالأسعار. كذلك المرسوم رقم 86 / 1243 الصادر بتاريخ 01 ديسمبر 1986 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، نص في مادته 28 على الإعلام لفائدة المستهلك : « كل بائع منتج أو كل مقدم خدمات يجب عليه بواسطة وضع علامات أو ملصقات أو معلقات أو بآية وسيلة أخرى مناسبة لإعلام المستهلك حول الأسعار، الحدود الممكنة للمسؤولية التعاقدية والشروط الخاصة للبيع، حسب كفيات يحددها قرار صادر من وزير

(1) C. A. C. Q. E : EAN - Algérie et le Code à Barres, Bulletin trimestriel d'information N°7, Janvier 1995, P. 22.

الاقتصاد بعد استشارة المجلس الوطني للاستهلاك».

يؤكد هذا الالتزام الصادر بتاريخ 03 ديسمبر 1987 المطبق على كلّ المنتجات والخدمات التي لم تكن محلّ قرار خاص، والمادتان 2/ 113، 1/ 111 من تقنين الاستهلاك الصادر في 01 جويلية 1996⁽¹⁾.

المشرّع الجزائري من خلال الأمر رقم 06/ 95 الصادر بتاريخ 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة، يلزم البائع بإعلام المستهلك عن أسعار المنتجات والخدمات، كلّ بضاعة معروضة بالواجهة، وفي الأسواق، وفي كلّ مكان مخصّص للبيع بوجه عام، وكذا كلّ الخدمات. يهدف التزام الإعلام إلى وضع المستهلك في مأمن وتفاذي كلّ مفاجأة فيما يخص المبلغ المدفوع لاقتناء المنتج أو الخدمة. من حق المستهلك أن يطّلع من الوهلة الأولى على ثمن الإجمالي الذي سوف يدفعه، وأن يعرف كفاءات الدفع والتخفيضات والرسوم والمسترجعات.

يتحقّق الإعلام المقدم للمستهلك بواسطة وضع علامات أو ملصقات أو معلّقات مثبتة بالبضاعة أو بتغليفها، أو بآية وسيلة أخرى مناسبة للتعريف بالسعر إذا اقتضى الحال بالشروط الخاصة بعملية البيع⁽²⁾، وعادة ما يقوم التجار بذكر السعر على لوحة صغير أو لوح أو لافتة أو جدول، بالنسبة للسلع التي تباع بالوحدة، أو بالوزن أو بالكيل أو المهيأة على الرفوف أو المواجهة. ينطبق إعلان الأسعار على اللوح على الخدمات كذلك، ويتمثل في ذكر السعر على لوح لا تقلّ قياساته عن 40 سم * 30 سم، يكون معروضا على مرأى الجمهور. مثلا كما في خدمات المطاعم والمقاهي.

الأسعار يجب أن تكون مرئية، سهلة القراءة، مكتوبة باللغة والعملية الوطنيتين، لا تثير طريقة إعلانها أيّ لبس أو شك في البضاعة المرتبطة بها⁽³⁾.

(1) Bernard GROSS, le droit de la Vente, 2ème édition, Presses Universitaires de France, Paris, 1987, p. p 94 - 95.

(2) المادتان 53 و54 من الأمر رقم 06/ 95 المتعلق بالمنافسة الصادر بتاريخ 25 جانفي 1995، الجريدة الرسمية عدد 9 الصادرة في 22 / 02 / 1995.

(3) المواد من 1 إلى 6 القرا المؤرخ في 20 مارس 1990 المتعلق بإشهار الأسعار، الجريدة الرسمية، العدد 21 الصادرة في 23 مارس 1990.

ثالثاً : الإشهار la Publicité

لا يوجد شكّ أبداً في الضرورة الاقتصادية للإشهار باعتبار عاملاً من عوامل التأثير على اختيار المستهلك.

نقصد بالإشهار : « كل رسالة موجهة من محترفين إلى عامة الناس، وذلك عبر الوسائل الإعلامية المتلفة بهدف حثّ جمهور المستهلكين والتأثير عليه لتجعله يختار المنتج أو الخدمة المعروضين بمقتضى الإشهار » .
يتمّ توصيل هذه الرسالة إلى الجمهور من خلال وسائل الإعلام كالتلفاز، الصحف، الراديو، المجلات، الملصقات، الهواتف⁽¹⁾.. إلخ.

تتكون الرسالة الإشهارية من كلمات، صور، إشارات، تعابير، أو آية وسيلة أخرى، يهدف من خلالها المحترف لجذب انتباه المستهلك، إثارة اهتمامه، خلق الرغبة لديه من خلال الربط بين مغريات السلعة ودوافع ورغبات المستهلك، وفي الأخير تحقيق الاقتناع لديه.

يهدف المحترف من خلال الإشهار إلى تقديم مؤسسته إلى سوق المتعاملين، التعريف بمنتجاته والعمل على خلق طلب وثقة المستهلك وزيادة سرعة دوران المنتجات وتوزيعها وزيادة رقم الأعمال.. إلخ⁽²⁾.

يعتمد الإشهار أساساً على الجودة والمنافسة في الأسعار، وكذا على العلامة التجارية التي تمثل في ذاتها جودة المنتج. ومن خلال هذا تبرز العلاقة بين الإشهار والعلامة، في كون المحترفين يعتبرون العلامة وسيلة لحثّ المستهلك على اختيار المنتج المعروض.

وفي أغلب الأحيان نجد المستهلك يقبل على شراء بعض المنتجات الخاصة بعلامة مشهورة لدى الجميع، ومن دون أن يسعى إلى فحص المنتج

(1) من التكنولوجيات الجديدة في مجال الإشهار المكاملة الهاتفية المقطوعة كل 3 دقائق برسالة إشهارية مدتها 11 ثانية، كما أنّ مؤسسة Bouygues télécom تعزم تجربة مشروع يتمثل في إهداء 30 دقيقة من المكاملة على الهاتف النقال، تكون مقطوعة كلّ دقيقتين بإشهار مدته 10 ثوان مسموع من كلا المتحدثين.

(2) J. CALAIS - AULOY, F. STEINMETZ, op. Cit. p. 107.

وتجربته، لأنه يضع الثقة الكاملة في تلك العلامة⁽¹⁾.

1. الإشهار القانوني :

عرّف المشرّع الجزائري الإشهار في المادة 2 / 8 من المرسوم التنفيذي رقم 90 / 30 الصادر في 3 جانفي 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، بأنه « جميع الاقتراحات أو الدعايات أو البيانات أو العروض أو الإعلانات أو المنشورات أو التعليمات المعدة لترويج تسوق سلعة، أو خدمة بواسطة إسناد بصرية أو سمعية بصرية ».

من خلال التعريف يتضح أنّ الإشهار يجب أن يهدف إلى تعريف المستهلك بالمنتجات أو الخدمات، وتبيان مميزاتها وخصائصها التقنية، أو النوعية، الكمية، شروط وكيفية استعمال الأسعار، إجراءات البيع، هوية الصانع. .. بغرض توعية المستهلك وحمايته من مخاطر المنتجات والخدمات.

حتى يكون الإشهار قانونيا لا بدّ أن يحترم شروطا أهمها :

- (1) الإعلان عن مواصفات حقيقية للمنتج أو الخدمة، ولا تكون قائمة على أساس الخداع أو الغش أو التلاعب بعواطف الناس، بل تكون على أساس مبررات مقنعة.
- (2) توافق الرسالة الإشهارية مع اعتقادات الناس وأسلوب معيشتهم والمفاهيم الثقافية والدينية والسياسية السائدة بينهم.
- (3) احترام النظام العام ومبادئ المنافسة المشروعة (حظر الإشهارات القابلة لإحداث لبس بين منتوجين أو مؤسستين).

(1) حسب المادة 2 من الأمر رقم 66 / 57 الصادر بتاريخ 19 مارس 1966 يتعلّق بعلامات المصنّع العلامات التجارية، الجريدة الرسمية عدد 23 صادرة في 22 مارس 1966، المعدّل بموجب الأمر رقم 66 / 308 الصادر في 14 أكتوبر 1966 ج. ر عدد 91 صادرة في 25 أكتوبر 1966 « تعتبر علامات مصنع أو علامات تجارية أو علامات خدمة : الأسماء العائلية أو الأسماء المستعارة والتسميات الخاصة أو الاختيارية أو المبتكرة والشكل المميز للمنتجات أو شكلها الظاهر والبطاقات والأغشية والرموز والبصمات والطوابع والأختام وطوابع الرسوم المميزة والأشرطة والحواشي وتركيبات أو ترتيبات الألوان والرسوم والصور أو النقوش. .. ».

4) أساليب الإشهار الخاصة ببعض المنتجات الخاضعة لتنظيمات خاصة، مثل: الأدوية، المشروبات الكحولية، التبغ⁽¹⁾ التي تطلب الحصول على ترخيص بالإشهار عنها من الجهات المختصة. لكن قد يتعدى الإشهار الأهداف المسطرة له، ويخلّ بشرط من الشروط السابقة، فيكون إشهاراً كاذباً (مضللاً) أو إشهاراً مقارناً⁽²⁾.

2. الإشهار الكاذب (المضلل) P. mensongère

يمنع التشريع النبالي الفرنسي الصادر سنة 1963 في مادته الخامسة والسادسة، كلّ دعاية تمت بسوء نية، وتكون كذلك إذا اشتملت على ادّعاء كاذب، أو على إغواء للوقوع في الغلط فيما يتعلق بالمنتج أو الخدمة، من وحي الطبيعة، المكونات، الأصل، الخواص الأساسية، تاريخ الصنع، تاريخ انتهاء الصلاحية، هوية المنتج... إلخ.

كما نص قانون روير « Loi Royer » الصادر في 27 ديسمبر 1973، في مادته 1 / 44 على أنّه: « ممنوع كلّ إشهار بأيّ شكل، إعلانات، بيانات أو عروض خاطئة، أو ذات طبيعة لإيقاع المستهلك في خطأ... ».

الإشهار الكاذب هو كلّ إشهار من خلاله يعتمد المحترف إلى تضليل المستهلك عن طريق الجممل، الكلمات، الشهادات الكاذبة، أو بالمغالاة في إظهار الاختلافات بين المنتجات، ويركز الاهتمام على الشكل دون المضمون⁽³⁾، وقد يكون التضليل باستخدام شخصيات معروفة بين في الترويج لمنتجات معينة مثل: الترويج للسجائر الذي يستخدم فيه شخص مشهور (فنان، رياضي...) والذي يمكن أنّه لا يدخن على الإطلاق، أو لا

(1) منظمة الصحة العالمية قامت في أواخر ماي 2003 بتبني اتفاقية دولية أبرمت بين الأعضاء 92 في المنظمة، مفادها: حظر الإعلانات المروجة للتدخين، وفرض قيود ضريبية صارمة على إعلانات التبغ، بهدف مكافحة التدخين الذي أدّى إلى 5 ملايين وفاة خلال سنة 2002.

(2) صديقي سهيلة، حميسي ذهبية، بن سعيد فتيحة، الحركات الاستهلاكية والسياسات التسويقية في ظلّ اقتصاد السوق، مذكرة تخرّج لنيل شهادة الليسانس تطبيقي في التجارة الدولية، معهد العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1997 - 1998، ص 105.

(3) Bernard GROSS, op. cit, p. 96.

يدخن السجائر التي يروج لها. كما يحدث تضليل بين العلامات التجارية المختلفة التي تضم هذا المنتج مع اختلاف اسم كل منها. أو يكون التضليل عن طريق الترويج لاسم أو علامة معينة تتشابه مع اسم أو علامة أخرى بتغيير بعض الحروف أو النماذج المتشابهة، مثال: ADIBAS ADIDAS، علامة Selecto, Selectra.

ينصّ المرسوم التنفيذي رقم 90 / 366 الصادر في 10 نوفمبر 1990 المتعلق بوسم المنتجات المنزلية غير الغذائية وعرضها على أنه: « يمنع طبقاً للمادة 3 من القانون رقم 89 / 02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، استعمال أي إشارة، أو أي علامة، أو تسمية خيالية، أو طريقة للتقويم، أو الوسم أو أي أسلوب للإشهار أو العرض أو البيع من شأنه أن يدخل لبساً في ذهن المستهلك ولاسيما حول طبيعة المنتج، وتركيبه الأجل الأقصى لصلاحية استهلاكه، ومقداره وأصله. كما يمنع ذكر أي بيانات بهدف التمييز بشكل تعسفي بين منتج معين ومنتجات أخرى مماثلة».

نستنتج أنّ كلا من التشريعيين الفرنسي⁽¹⁾، والجزائري يمنعان الإشهار الكاذب، ويعتبران أنّه جنحة، يعاقب مرتكبها جنائياً ومدنياً.

3. الإشهار المقارن P. Comparatif :

يعتمد هذا النوع من الإشهار على إبراز علامة تجارية من خلال عرض مقارنة بين مواصفات وخصائص العلامة موضوع الاهتمام مع خصائص العلامات الأخرى المنافسة. على سبيل المثال: الإعلان عن عطر علامة «أسكيب Esquipe» والذي تنتشر رائحته ستّ مرات بالمقارنة مع رائحة أية علامة أخرى منافسة⁽²⁾.

أجاز القانون الفرنسي رقم 92 / 60 المؤرخ في 18 جانفي 1992 المتعلق بالاستهلاك، في مادته 8 / 121 الإشهار المقارن الذي يؤدي إلى

(1) التعليم رقم 84 / 450 الصادرة في 10 سبتمبر 1984 تحدّد كيفية إثبات الطابع غير الصحيح للإشهار.

(2) د / محمد إبراهيم عبيدات، سلوك المستهلك (مدخل استراتيجي)، ط2، دار وائل للنشر، الأردن، 1998، ص 282.

المقارنة بين المنتجات وخدمات المعلنين، وذلك باستعمال العلامة التجارية التابعة لتجار آخرين، هذا بمراعاة الشروط التالية :

- 1- أن لا يؤدي الإشهار إلى وقوع المستهلك في غلط.
- 2- أن يتضمن مقارنة موضوعية.
- 3- أن لا يؤدي إلى الإضرار بذلك المنتج أو الخدمة بصفة تبعد المستهلك عنها.

4- إذا كانت المقارنة تتعلّق بالأسعار، يجب أن تقتصر على نفس المنتجات المباعة في نفس الظروف، ويجب تحديد المدة التي يتمّ فيها تحديد السعر الذي يباع على أساسه المنتج من قبل المعلن. في حالة الإخلال بأحد الشروط السابقة، نكون أمام جنحة إشهار مقارن، وإخلال غير مشروع بعلامة تجارية⁽¹⁾.

مثال عن الإشهار المقارن : فيما يتعلّق بالشرط الرابع، نذكر القضية المشهورة لمصنع فولسفاغن الذي أمرت المحكمة الفرنسية بمنع إصدار الإشهار الذي قام به المصنع. يتضمن الإشهار قيام المصنع بوضع ملصقات إشهارية على حيطان المدن التجارية الكبيرة تبين سيارة « بولو Polo » حمراء اللون عليها الثمن، وخروف على شكل لعبة تسير وتأكّل أوراقا نقدية قيمتها 500 فرنك، وترافق هذه الصورة الكتابة التالية : « إذا كان فخذ الخروف باهظ الثمن، ففقدوا سيارة بولو، أنا أقود السيارة وأحبّ ذلك ». هذا الإشهار أزعج الكثير من الناس وأضرّ بالهياكل المهمة بحرفة تربية الغنم بسبب ابتعاد المستهلك عن شراء لحم الخروف⁽²⁾.

(1) Elie ALFANDAIRIE, Droit des Affaires les Cadres Généreaux, l'Entreprise et les Activités, éditions LITEC, Paris, 1993, p. 417.

(2) « أقود سيارة فولس فاغن وأحبّ (إذا كان الخروف باهظ الثمن فقدودوا سيارة بولو) », مجلة المستهلك، المرجع السابق، ص 18.

دور الإعلام :

أدركت الجزائر الدور المهم للإعلام في الحياة اليومية للمستهلك، فقامت بتكريس الحق في الإعلام من خلال النصوص القانونية الفعالة التي سنتها بهدف توفير حماية المستهلك من ظواهر الغش والجشع والاحتيال في غذاء الإنسان خاصة.

يلعب الإعلام دورا أساسيا في حماية رضاء المستهلك، وتوجيهه، ومساعدته على الحصول على المنتجات والخدمات التي يحتاج إليها واستعمالها بطريقة جيدة. كذلك يساعده على التعرف على العلامات التجارية المختلفة والتميز فيما بينها.

ويعتبر الإعلام عاملا من عوامل شفافية السوق، وبالتالي تطوّر المنافسة وتكثيف الإعلام بدوره على جرائم الغش والخداع ومحاولات المتاجرة بأرواح وبصحة المستهلكين، في المواد الغذائية المصنّعة وغير المصنّعة. ويعتبر وسيلة ردع وزجر عامة وخاصة لأنها تبيّن أحكام العقوبات التي يمكن أن توقع على كلّ غشّاش ومخادع ومضر بصحة وبأمن المستهلكين.

وأخيرا يعتبر الإعلام وسيلة حديثة لتوعية المستهلك وتعريفه بمظاهر التطوّر التكنولوجي المذهل ووسائله وملاحمه خاصة ما يتعلق منه بطرق تصنيع المنتجات، وبتقنيات حفظها وتجميدها وتخزينها، وشروط ذلك، وبكيفية استخدام السلع المختلفة بالطرق السليمة، لتفادي الأخطار الجسيمة التي قد تلحق بصحة وبأمن الإنسان.

خاتمة :

بظهور اقتصاد السوق، اتسع مجال الاستهلاك، وأصبح المستهلك يتعرض يوميا لعددٍ صور من التصرفات غير الشرعية المتمثلة في وضع منتوجات مغشوشة تضر بصحة وسلامة المستهلك.

وبما أن حماية المستهلك، أصبحت من الواجبات الأساسية للدولة المعاصرة بمختلف أجهزتها المعنية، قام المشرع الجزائري بفرض الالتزام بإعلام المستهلك عل عاتق المحترفين بمقتضى القانون رقم 89 - 02 المتضمن القواعد العامة لحماية المستهلك.

حيث أن ضرورة إعلام المستهلك يرجع إلى القانون الفرنسي رقم 78 _ 23 الصادر بتاريخ 10 جانفي 1978 المتعلق بإعلام المستهلك حول المنتوجات والخدمات، وهذا لضمان حماية رضاء المستهلك. حيث أنه يشترط في أي عقد من عقود الاستهلاك شرط الرضا أي صحة إدارة كل من الطرفين اللذان يرميان إلى تحقيق الآثار القانونية التي تترتب على إبرام العقد.

إن الالتزام بالإعلام يختلف عن الإشهار بحيث يعد هذا الأخير عنصرا هاما في التسويق الخاص بالمنتوجات والخدمات، إلا أنه قد يلجأ إليه البائع أو المنتج لترويج سلعته، أما الإعلام فيرتبط بالفترة التي تسبق العقد وأحيانا يعتبر التزاما في العقد، حيث يلتزم البائع أو المحترف بإعلام المستهلك إعلاما كافيا فيما يخص محل العقد (مميزات المنتوجات والخدمات)، وفيما يخص الأسعار. فيقوم بتقديم نصائح ومعلومات وبيانات للمستهلك لازمة لتنفيذ العقد؛ وفي حالة عدم مطابقة المنتج أو الخدمة لما أعلم به المستهلك، وتضرر هذا الأخير من ذلك، تقوم مسؤولية المنتج أو البائع.

المراجع :**أولاً : باللغة العربية :****1. الكتب :**

- (1) د/ حسين عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك « الحماية الخاصة لإرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك»، دون ذكر الطبعة، دا النهضة العربية، مصر 1996.
- (2) د/ محمد إبراهيم عبيدات، سلوك المستهلك (مدخل استراتيجي)، ط2، دار وائل للنشر، الأردن 1998.

2 الرسائل والمذكرات الجامعية :

- (1) - صديقي سهيلة، حميسي ذهبية، بن سعيد فتيحة، الحركات الاستهلاكية والسياسات التسويقية في ظل اقتصاد السوق، مذكرة تخرّج لنيل شهادة الليسانس تطبيقي في التجارة الدولية، معهد العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1997 - 1998.

3. المقالات :

- (1) - « أقود سيارة فولس فاغن وأحبّ (إذا كان الخروف باهظ الثمن، فقدودوا سيّارة بولو)»، مجلة المستهلك، منشورات «كوسنوماق»، الجزائر، العدد 01، ديسمبر - جانفي 1999 - 2000.

4. النصوص القانونية :**.النصوص التشريعية :**

- (1) الأمر رقم 66 / 75 الصادر بتاريخ 19 مارس 1966، يتعلّق بعلامات المصنّع والعلامات التجارية، جريدة رسمية عدد 23 الصادرة في 22 مارس 1966.
- (2) القانون رقم 89 / 02 الصادر بتاريخ 07 فيفري 1989، يتضمّن القواعد العامة لحماية المستهلك، ج. ر. عدد 6 صادرة في 08 فيفري 1989.
- (3) الأمر رقم 95 / 06 الصادر بتاريخ 25 جانفي 1995 المتعلّق بالمنافسة، ج. ر. عدد 9 صادرة في 22 جانفي 1995.

.النصوص التنظيمية :

- (1) قرار مؤرخ في 20 مارس 1990 متعلّق بإشهار الأسعار، ج. ر. عدد 21 صادرة بتاريخ 23 مارس 1990.
- (2) المرسوم التنفيذي رقم 90 / 367 الصادر بتاريخ 10 سبتمبر 1990 يحدّد طرق

تطبيق المادة 4 من القانون رقم 89 / 02، ج. ر. عدد 580 صادرة بتاريخ 11 نوفمبر 1990.

(3) المرسوم التنفيذي رقم 92 / 30 صادر في 20 جانفي 1992 يحدّد خصائص القهوة وكيفية عرضها، ج. ر. عدد 34 صادرة في 21 / 01 / 1991.

ثانيا : باللغة الفرنسية

1 . Ouvrages :

- 1) ALFANDAIRIE Elie, Droit des Affaires les Cadres Généreaux, l'Entreprise et les Activités, éditions LITEC, Paris, 1993.
- 2) CALAIS _ AULOY J. STEINMETZ F. : Droit de la consommation, 4^{ème} Edition Dalloz, Paris, 1996.
- 3) GROSS Bernard, le droit de la Vente, 2^{ème} édition, Presses Universitaires de France, Paris, 1987.

2 . Articles :

- 1) C. A. C. Q. E : L'Etiquetage et la Présentation des Denrées Alimentaires, bulletin trimestriel d'information du, N°2, mars 1993.
- 2) C. A. C. Q. E : EAN _ Algérie et le Code à Barres, Bulletin trimestriel d'information N°7, Janvier 1995



التنظير الفقهيّ لضرر العدول عن الخطبة دراسة مقاصدية في ضوء الشريعة والقانون الليبي

د. رائف محمّد النّعيم*

تقدمة

طبيعة الموضوع « أرضيته »

اقتضت حكمة الخالق - جل جلاله - البالغة بإرادته المخصّصة وعلمه الأزليّ الكاشف، أن يخلق من كلّ شيء زوجين اثنين، وبهذا كان التزاوج فطرة وغريزة مركوزة في النفس البشرية خلقة، مما لا يحتاج إلى فلسفة أو تنظير في البرهنة عليه، ومن ثم محوريّة هذا الأمر - اقتران كلّ من الرجل والمرأة بالآخر - وجوهريّته في الحياة استقراراً واستمراراً. فليس لأيّ كان قول بخلاف هذا يمكن أن يسمع، إلا من سفه نفسه مكابرة وعناداً.

إن هذا الانجذاب بين أولاد « آدم وحواء » جعله الله جل جلاله آية « برهاناً » على خالقيّته وأنه العليم الخبير الحكيم، إذ يقول جل جلاله : ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾.

ولأن الأمر بهذه المنزلة والأهمية « الكونية » فليس من المقبول منطقاً بداهة، أن يترك سدى دونما ضبط محكم، لذا فقد حاطه الإسلام بمنظومة من

* كلية الشريعة والقانون، الجامعة الأسمرية، ليبيا.

المقررات والإرشادات والقيم، التي منها ما هو تشريعي وما هو أدبي وما هو سلوكي. وقد تولى الله بذاته بيان هؤلاء المقررات في جلها، تدليلاً على علو شأن الزواج وخطورته وجلالة آثاره، ومن هنا، وبهذا، استأهل أن يوصف بالميثاق الغليظ.

وتأسياً بكتاب الله الخاتم تناول أئمة الإسلام وفقهاؤه عبر العصور كافة موضوع الزواج ومتعلقاته ومسائله بالتحليل والتعليل - فقهياً وفكرياً، تربوياً واجتماعياً - بدرجة موسوعية. ولهذا دالتان رئيستان :

الأولى : أن الإسلام منهج حياة، جاء ليقيم مجتمعاً متميزاً، يكون رسالياً وحضارياً في فكره ونظرتيه للوجود والحياة.

والثانية : المجتمع عماده وقوامه الأسرة، ولتحقق مقصد الإسلام كان لا بد من بناء الأسرة وإقامتها على أصول راسخة وجذور ممتدة.

دوافع . وبواعث

هذا من وجه، لكن من ناحية أخرى ليس كل ما يؤمل يحصل، فإن ظروف الحياة وما يعتمل في نفوس أهلها ودواخلهم، من نوازع خيرة أو شريرة، تؤثر بقوة على الأسرة عموماً وقضايا الزواج خاصة، ومن ثم في استقرار العيش والمجتمع، ومن هنا يتداعى أهل العلم والفكر والحدب على مصلحة الأمة إلى التشاور والتحاور، للنظر في الطوارئ الداخلة أو الدخيلة على شؤونهم، ومراجعة سلوكيات حياتهم الفردية والجماعية.

ومن أهم ما يلزم مراجعته والتفاكر حوله التشريعات والقوانين السارية، لأنها تعكس صورة المجتمع في أعرافه وتقاليده وتوجهاته وما يؤمن به، ولأن لها دوراً بليغاً في سلامة وقوة المجتمع، وبالتالي تقدمه وانطلاقته داخلياً وخارجياً.

ولا ريب أن تشريعات الأحوال الشخصية - الزواج والطلاق - من الخطورة بمكان، على ما سلف الإشارة إليه، فهي أولى وأجدر بالمراجعة على ضوء المتغيرات والتجارب القضائية في المحاكم، بغية الوقوف على مكامن الخلل أو القصور، ليتسنى استدراكها وتقويمها قبل أن يستفحل الخطأ ويتحول إلى خطر.

الموضوع . المنهج، الخطة

ومن هنا يأتي هذا البحث في إحدى مسائل الزواج، والمسألة محلّ البحث تدور حول العدول عن الخطبة والضرر الناجم عنه على الطرف الآخر، حيث إن الخطبة تمثل دوراً في نجاح الزواج وتحقيقه مقاصده، مع أنها ليست من ماهيته ولا شرطاً له، لكنها مبصرة وكاشفة الطريق إليه. . ولأن العدول عن الخطبة أضحى ظاهرة تتسم بالسلبية في الكثير من أحوالها.

والبحث ليلبغ مرامه وينال وطره سيسلك منهج التحليل المشفوع بالتعليل، ثم الخلوص إلى التأسيس، ولهذا أخذ البحث عنوانه «التنظير الفقهي لضرر العدول عن الخطبة: التكييف والتأسيس فقهيّاً ومقاصديّاً» أو «دراسة مقاصدية في ضوء الشريعة والقانون».

هذا؛ ولا يفوت التنويه إلى أن البحث سيشير إلى الجانب القانوني لهذه المسألة، من خلال قانون الزواج والطلاق الليبي⁽¹⁾، لأنه الحاضر بين يديّ، ولأن سائر القوانين العربية - كما أحسب - متشابهة ومتقاربة إلى حد كبير، فهو يمثلها غالباً.

وبما أن محلّ البحث هو «العدول» وهذا محله «الخطبة»، فقد تحتمّ الكلام بداية على الخطبة، إذ هي الوسيلة والمفتاح للوصول والولوج إلى المطلوب. . وعليه؛ فالبحث، في تناوله المسألة ومعالجتها، جاء في محورين رئيسيين، سبقتهما مقدمة «بين يدي الموضوع» هي هذه، وتلتها خاتمة حوت الخلاصة والمقترحات، وقطعاً هناك قائمة للمراجع، وعليه، فمحددات الخطة كما يلي :

المحور الأول : ماهية الخطبة وحقيقتها

1- المعنى والتعريف.

(1) وهو المعروف بـ (القانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الزواج والطلاق وآثارهما)، وما يتعلق بموضوع البحث جاء في المادة الأولى من هذا القانون، والمكونة من أربع فقرات، ونصها هو: «أ/ الخطبة طلب التزوج والوعد به. ب/ يحق لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة. ج/ فإذا كان العدول لمقتضى فله أن يسترد ما أهده للآخر عيناً أو قيمة يوم القبض، ما لم يكن هناك شرط أو عرف يقضي بغير ذلك. د/ إذا سبب العدول عن الخطبة ضرراً تحمّل المتسبب فيه التعويض عنه».

- 2- دلالات التعريف « الحكمة من الخطبة ».
- 3- التكيف الفقهي للخطبة.
- 4- التأصيل والتعليل.

المحور الثاني : العدول عن الخطبة

- 1- مفهوم العدول.
- 2- حكم العدول (مشروعيته، ما يترتب عليه من آثار ومسؤولية).
- 3- العدول في أدبياتنا الفقهية.
- 4- الجهات الفقهية فيما يترتب على العدول.
- 5- تأصيل الجهات فقهياً.
- 6- الموقف والرأي.
- 7- آثار العدول في القانون.

المحور الأول

ماهية الخطبة وحقيقتها

أولاً : المعنى والتعريف

1. اللغوي والفقهي . متحداً

الاستعمال الفقهي لهذه اللفظة « الخطبة » لم يبتعد عن ورودها اللغوي وسياقها المعجمي، فلا اختلاف.

فالخطبة - لغة واصطلاحاً فقهياً إيجازاً - تعني « طلب الرجل امرأة معينة للتزوّج بها»، وبصياغة أقرب إلى الدقة الفنيّة، هي « إبداء مريد الزواج رغبته إلى امرأة معينة، تحل له شرعاً في الحال، أو إلى أوليائها، في التزوّج بها»⁽¹⁾.

(1) حول المعنى اللغوي انظر : ابن منظور الإفريقي، لسان العرب (دار صادر، بيروت 1992م) - حرف الباء، فصل الخاء - 1 / 360. الفيومي، المصباح المنير (ط1. دار الحديث، القاهرة 1421هـ) ص 106. الجوهري، الصحاح (دار الكتب العلمية، بيروت 1420هـ) 1 / 184. وحول الاستعمال الفقهي انظر : العلامة أبو زهرة، الأحوال الشخصية (دار الفكر العربي، القاهرة)

ولعلّ لفظة «إيداء الرغبة» أليق من لفظة «طلب»، بل إن الفقيه الخطيب الشربيني، رحمه الله، استعمل لفظة أكثر لياقة ولباقة فقال: «هي التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة»⁽¹⁾، وهذا من الفصاحة والبلاغة بمكان. فالمقام مقام رقة وتودّد!!

2. التعريف القانوني

لا يتعد ولا يختلف التعريف القانوني للخطبة عمّا ذكر آنفاً، كما في القانون الليبي الذي عرفها في [م 1 / أ] بقوله: «الخطبة طلب التزوج والوعد به»⁽²⁾، وهو تعريف مقبول وسليم لاكتفائه بلبّ وجوهر موضوع «الخطبة»، فليس من داع إلى ذكر بعض المحترزات أو القيود والضوابط لأنها معلومة مشهورة ولا خلاف حولها غالباً، فلا وجه للاعتراض عليه بالخلل أو القصور⁽³⁾.

هذا، ومما يلاحظ أن التعريفات الفقهية أضافت الخطبة إلى الرجل - مع أن الشرع الحنيف يميز للمرأة أن تخطب الرجل - وهذا بناء على الغالب ومجاري العرف والعادات، لكن التعريف الذي اعتمده القانون الليبي جاء مطلقاً من الإضافة للرجل أو للمرأة، وهذا صنيع حسن في الصياغة يؤول إلى استيعاب القانون الحكم الشرعي، ومن ثم الدلالة على الجواز الشرعي والقانوني في أن تحصل الخطبة من أي من الرجل والمرأة.

ثانياً : فلسفة الخطبة «الحكمة والأبعاد»

- ص 28. د. محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد (ط2. دار القلم، دمشق 1422هـ) 35/3. د. محمد فتحي الدبريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله (ط1. مؤسسة الرسالة، بيروت 1414هـ) 2/510.
- (1) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج في معرفة ألفاظ المنهاج (تحقيق علي معوض. دار الكتب العلمية، بيروت 1421هـ) 4/219.
- (2) قانون رقم 10 لسنة 1984م. بشأن الزواج والطلاق وآثارهما. وانظر قانون الأحوال الشخصية الأردني، والكويتي، والمصري.
- (3) كما جاء عند د. عبدالسلام العالم من أنه غير جامع ولا مانع، وصاغ تعريفاً أراه بعيداً عن صلب المسألة، حيث قال: «هي ارتباط أدبي حاطه الشارع الإسلامي بسياج يمنع الاعتداء عليه حتى يعدل أحد طرفيه عدولاً نهائياً»، فهذا بيان لأهمية الخطبة وليس تعريفاً لها. راجع كتابه، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية (ط3. جامعة قاريونس، بنغازي 1998م) ص 25.

1. دلالات تشريع الخطبة :

تشريع الخطبة له دالتان كبيرتان :

الأولى : أن عقد الزواج على درجة خطيرة وأهمية بالغة، وكلّ أمر ذي بال لا بدّ أن تسبقه مقدّمات ويمهّد له بتحضيرات، ولا جرم أن عقد الزواج هذا شأنه لسببين رئيسين :

أ - لأن موضوعه الحياة « العشرة » بين شخصين، وكلّ يرمي أن تكون حياته رغيدة قريرة.

ب - ولأن محله العرض الذي هو مناط النسب والنسل، وهو جماع الشرف وملاكه.

فهو، أعني عقد الزواج، يتصل بمعاش الإنسان - مستقبله ومصيره - وكما يقولون هو عقد العمر وشراكة الحياة، فليس هو مبادلة مال أو عقار أو متاع منقول أو غير منقول. فيستسهل أمره أو يستهان في لوازمه وآثاره.

أجل. . الزواج به تستمر الحياة وتستقر، فكان له التميّز على سائر العقود، بهذه العملية التحضيرية « الخطبة » اعترافاً بقدر العلاقة الزوجية وإذعاناً لقداستها، حيث إن للخطبة أحكاماً تخصّها، إذا وعيت وروعت كانت ضماناً وافيةً للحرية التامة في إبرام عقد الزواج، بعد اختيار وتعريف واطمئنان. وهذا كلّه يعمل على توفير أسباب الألفة والحياة الطيبة بين الزوجين، ومن ثم نسلهما، وفي المحصلة النهائية البناء المجتمعي للأمة.

الثانية : ومن مناسبات جلاله الخطبة وخطورتها أبدية الزواج، بناءً على غاياته ومقاصده المشار إليها قبلاً وأنفاً، فحيث هو هكذا وجب أن يكون له « مقدمات وممهّدات وتحضيرات تضمن صفة الدوام فيه »، وهي المعبر عنها « بالخطبة ». . فالوسيلة شرفها بشرف مقصدها وغايتها، فالخطبة آية ضرورية ووسيلة حيوية لتقوم الأسرة على ركائز راسخة ومنطلقات واعية، لا على الصدفة العمياء العابرة⁽¹⁾.

(1) للاستزادة حول الحكمة من الخطبة يمكن مراجعة : أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 36. د.

2. الخطبة الناجحة :

وبما أنّ الخطبة خطوة عملية أولى باتجاه العقد الغائي « الزواج » لزم أن تكون مبنية على نظر وتبصر يسبقها، وهذا هو « التبصر في التخيير » وبدايته معرفة التي سيرتبط بها حتى تكون موضع إعجابه وتروق له، وتكون صالحة في نظره أن تقاسمه حياته، ولا تتأتى هذه المعرفة إلا من خلال الرؤية والنظر أولاً.

فالتبصر سابق على الخطبة بدليل قوله ﷺ : « إذا خطب أحدكم المرأة، فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل »⁽¹⁾، فقوله « إذا خطب » أي عزم على الخطبة. . وذلك ليكون تقدّمه إليها عن رغبة نفسية وميل أكيد، وهما من مقومات الحياة الزوجية.

ويؤيد أهمية التبصر والتخيير من خلال النظر قوله ﷺ : « إذا خطب أحدكم امرأة، فلا جناح عليه أن ينظر إليها، إذا كان إنما ينظر إليها لخطبة، وإن كانت لا تعلم »⁽²⁾.

3. التخيير . معان وصفات :

هذا والنقولات عنه ﷺ في هذا المعنى كثيرة وفيرة، فالشريعة البيضاء النقية ترشد وتوجه إلى هذا النظر ليتم التعرف ومن ثم قرار التخيير⁽³⁾،

عبدالكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة (ط2. مؤسسة الرسالة، بيروت 1420هـ) 6 / 58 - 59. د. الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته (ط1. مؤسسة الريان، بيروت 1423هـ) 2 / 494. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (ط4. دار الفكر، دمشق 1418هـ) 9 / 6491 وبعدها. د. الدريني، بحوث مقارنة 2 / 501 وبعدها.

(1) رواه أبو داود في سننه، حديث رقم 2082. وهو عند أحمد والحاكم وقد صحّحه. (راجع : الصنعاني، سبل السلام 3 / 112).

(2) رواه أحمد وأبو داود (الشوكاني، نيل الأوطار 6 / 110).

(3) انظر حول التخيير والتعرف والنظر إضافة إلى مراجع [الحاشية 4] : الشيرازي، المهذب 4 / 114. د. الصادق الغرياني، الأسرة : أحكام وأدلة (ط4. مكتبة ابن حمودة، زليتن 2004م) ص 11 - 12. د. الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد 3 / 47 - 49. د. عمر الأشقر، أحكام الزواج (ط3. دار النفائس 1424هـ) ص 70 وبعدها. د. عبدالسلام العالم، الزواج والطلاق، ص 26 - 29. ولعلّ مما تجدر الإشارة إليه هنا، أن استعراض أحكام النظر بالتفصيل، من حيث طريقته وعدد مراته ومواضعه وغير ذلك، ليس ممّا يعني هذا البحث كثيراً، وفيما ذكر كفاية في بيان الغرض، والمراجع منشورة لباغي الميزيد.

فالنظر، وإن كان مراداً أولياً، غير أنه وسيلة إلى معرفة ما هو أهم من الحسن والقوام الخلقى، ألا وهو الطباع والسلوكات والجمال الخلقى، فهذا هو العامل الفاعل المؤثر في جوهر الزواج، سواء من حيث استمراره واستقراره، أم من حيث تحقيقه أهدافه ومقاصده الشرعية السامية⁽¹⁾.

حقاً. إن الجمال - ومثله كل المواصفات والمعايير الحسيّة - مهمّ ومطلوب وله أثره النفسي والغريزي، ولكن - إن لم يصحبه أدب الدين وقيم العفاف ووعي التعامل - تحوّل من زين إلى شين، ومن هنا جاء قول المربي الهادي عليه السلام: «تنكح المرأة لأربع؛ لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين، تربت يداك»⁽²⁾ - أي خسرت وندمت إن لم تفعل - ذلك أنّ الدين بقيمه وتوجيهاته وأحكامه ملاك الأمر كله في الحياة الأسرية والزوجية. ومن هنا كانت المرأة الطيبة في نظر الإسلام خير كنوز الدنيا⁽³⁾.

من الواضح أن اشتراط توافر عنصر الخلق والدين في كلّ من المرأة - كما مرّ في الروايات - والرجل أيضاً لقوله عليه السلام: «إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة وفساد عظيم»⁽⁴⁾، إنما كان ضمناً لدفع غائلة الفتنة بالمظاهر المادية من الجمال والغنى والنسب والمنصب.

وعليه؛ فإنّ اتخاذ الخطوة العملية الأولى «الخطبة» يجب أن يكون بعد توافر العزم الأكيد بناء على القناعة الذاتية التامة، دون أيّ تردد، وهذا من أجل صون الأسر والعائلات من أن تستعرض فتياتها ولما يوجد عزم وقناعة بالإقدام، ولهذا قال عليه السلام: «إذا كان إنما ينظر إليها لخطبة»، فالمناط واضح والغاية بيّنة. ، وبإيجاز بالغ يمكن القول: «التخير روح الخطبة».

وعلى هذا، فمريد الزواج يتخير بداية، ثم يقدم على الخطبة، بناءً على

(1) في مقاصد الزواج انظر: العلامة محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية (ط2). دار السلام، القاهرة 1428هـ)، ص 151 - 158.

(2) أخرجه الشيخان وغيرهما. انظر: ابن الأثير، جامع الأصول (تحقيق الأرنؤوط. مكتبة الحلواني 1389هـ) 429 / 11.

(3) حول الروايات الحديثية في هذا المعنى انظر: الشوكاني، نيل الأوطار 6 / 106 - 110.

(4) أخرجه الترمذي في سننه برقم 1084 و1085، وحسنه.

اطمئنانه إلى سلامة تخييره، للتعرف حساً ومعنى عن طريق الرؤية والحديث، حتى إذا لاقت رغبته ركوناً وموافقة تامة صريحة، كانت الخطبة. ، وهكذا فالخطبة مرحلة تتوسط التخيير وإبرام الزواج.

ونختم الكلام في الخطبة الناجحة بأمر له أثره ودوره، وهو أنه ينبغي لولي الفتاة ألا يأذن للخاطب في التقدم والنظر إلا بعد التأكد من أن لديه العزم والإرادة في الزواج، وكذلك التثبيت من صلاحيته، ديناً وخلقاً، وبعد أن يستطلع رأي الفتاة فيه، حتى إذا لم يكن كذلك، أو لم تكن الفتاة راغبة فيه منذ البداية، لم يجز الإذن له بالتقدم والنظر، لأنه لم يعد مقصوداً به الخطبة، ولا جدية المصلحة المشروعة، فكان ذلك ممنوعاً، على ما هو الأصل، فضلاً عن أن ذلك مما ياباه الخلق والمروءة، والغيرة على العرض.

لعل ما سلف يبرهن على واقعية الفقه الإسلامي، وحرصه أن تسير الأمور من بدايتها على صفاء ووضوح وصراحة وقناعة، لأجل أن تؤول إلى مقصدها المنشود أسرياً ومجتمعياً، ومن ثم رسالة حياتية قاصدة.

ثالثاً : التكيف الفقهي للخطبة

1 . عناصر الخطبة :

لعل ما سلف من البيان، حول التعريف بالخطبة وحكمتها التشريعية المقاصدية، يبرز لنا أن الخطبة لا تتم إلا بأمرين اثنين : أولهما : الإعراب عن الرغبة في التزوج من المرأة المعينة، وثانيهما : الموافقة والركون.

2 . طبيعة الخطبة :

وعليه فالخطبة آلية «عملية» تحضيرية بقصد إيداء الميل والرغبة والتحقق من وجودهما لدى الطرفين، فهي إجراء لكشف ما يعتمل داخل النفس، هل هو أكيد وعن قناعة، أم أنه مجرد إحساس شعوري غير ثابت ولا مستقر، فهو أقرب إلى النوازع منه إلى الرغبة والتشوف الذي يشكل حاجة يسعى الشخص إليها. ؟

ولهذا يمكن القول بأن طبيعة الخطبة أقرب إلى المحاوراة والمشاوراة والمفاكرة، سواء بين الشخص ونفسه أم بينه وبين الطرف الثاني أثناء التحدث

والمجالسة، بغية تحقيق التعرف على حقيقة ما في النفس، وعلى الطرف الآخر. . وعليه، فأقصى ما يمكن أن يقال في طبيعة الخطبة أنها وعد مبدئي⁽¹⁾.

3. التكيف الفقهي :

أ - لا خلاف بين أهل الفقه في أن الخطبة ليست عقداً، وإن تحقق على التمام عنصرها المذكوران آنفاً.

ب - بل هي توافق مبدئي وتواعد متبادل على إبرام العقد مستقبلاً.
ج - وعليه، فالخطبة لا تمثل جزءاً من عقد الزواج، ولا ركناً فيه، ولا شرطاً لانعقاده أو نفاذه أو لزومه.

د - فإذن؛ لا إلزام ولا التزام، ولكلا الخاطبين العدول عن الاستمرار في الخطبة⁽²⁾.

4. التأسيس والتعليل « الفلسفة الأصولية » :

أ - لو أنها اعتبرت التزاماً بإبرام الزواج مستقبلاً، لفقدت وظيفتها والغاية من أصل تشريعها، لأنها ما شرعت إلا ضماناً كافياً لحرية الزواج، لا للالتزام به، ولا للإكراه عليه، كيلا يفاجأ أي منهما بأنه تزوج بمن لا يطمئن إليه. . ومن هنا يتبدأ أن تكيفها الفقهي مستمد من غايتها، ولولا هذا التكيف لما أمكن أن تفضي الوسيلة إلى غايتها، والمفروض أنها شرعت لذلك.

ب - وأيضاً، لو كانت الخطبة التامة منشأ للالتزام بإجراء عقد الزواج الموعود، لفقد هذا العقد نفسه أساس انعقاده، وهو التراضي، فيغدو باطلاً لا

(1) انظر : عبدالكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة 6 / 74. د. عمر الأشقر، أحكام الزواج، ص 69.
(2) انظر حول التكيف والتأسيس : أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 36. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته 9 / 6492 - 6493، 6509. الفقه المالكي في ثوبه الجديد 3 / 62. د. محمد الأشقر، المجلى في الفقه الحنبلي (ط1. دار القلم، دمشق 1419هـ) 1 / 417. د. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، (ط5. مكتبة الفلاح، الكويت 1427هـ) ص 52 - 53. المستشار محمد مصطفى الهوني، قانون الزواج والطلاق، ص 9. د. عبد السلام العالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي، ص 31، 33 - 34. د. عمر الأشقر، أحكام الزواج، ص 75.

تترتب عليه آثار العقد الصحيح.

ج - وأما أنها لا تمثل جزءاً من عقد الزواج، فلأنه لو تمّ دون خطبة، لكان صحيحاً، تترتب عليه كافة آثاره، والعقد لا يوجد بدون ركنه، بل لو كانت الخطبة محرمة وممنوعة، كخطبة المعتدة، فإنها لا تؤثر على صحة عقد الزواج لو تم إيرامه بعد انقضاء العدة، لتوافر أركانه وشروط صحته، ونفاذه ولزومه.

د - وأما أنها ليست شرطاً في صحة الزواج، فللأدلة نفسها التي ذكرت على عدم ركنيتها، فلو تخلف شرط الصحة لفسد العقد ووجب فسخه، ولم يقل بذلك أحد هنا، ولو كان الشرط فاسداً، بأن كانت محرمة، لما صحّ العقد أيضاً مع كون شرط صحته فاسداً⁽¹⁾.

فالخطبة إذن؛ أمر مستقل وسابق على العقد وليس ملازماً له ولا عنصراً - ركنياً أو شرطاً - في إيرامه.

هـ - وهذا التكييف للخطبة بدلالته على جواز العدول، يدل على أن المشرع يرى، أن الفشل في الخطبة بالعدول عنها وفسخها، خير من المضي فيها إلى تمام الزواج ثم الفشل فيه، وذلك لخطورة آثاره، لذا كانت الخطبة - بوضع الشارع نفسه - مجرد وعد غير ملزم قضائياً⁽²⁾.

وبذلك يستبين أن خطورة عقد الزواج هي التي اقتضت - بالمنطق التشريعي عقلياً - أن تكون الخطبة غير ملزمة، ضماناً للحرية الكاملة في إيرامه، كما سلف، وبهذا يستقيم منطق التشريع ويتسق.

على أنه ينبغي التنبيه والتنويه بأن الوفاء بالوعد قيمة خلقية وفريضة دينية مع كونه مروءة - حفظاً للكرامة أن تهدر، والمشاعر أن تمسّ،

(1) في «التعليل للتأصيل» راجع: العلامة الدريني، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله 2/ 513 - 514. د. العالم، الزواج في القانون الليبي، ص 36.

(2) هنا قدر متفق عليه تقريباً، بتقريره في سائر مصادر الفقه المعتمدة، وفي مختلف المذاهب الجماعية، إلا ما ورد عن الإمام مالك في أحد أقواله أن الوعد ملزم، فينبغي حمل ذلك على غير الخطبة، على ما يراه الشيخ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 38. وحول ما ينسب إلى الإمام مالك بالزامية الوعد انظر: الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ص 154 (أخذاً عن د. العالم، الزواج في القانون الليبي، ص 35). والفقه المالكي في ثوبه الجديد 3/ 63.

وللشبهات أن تثور، وللمسعة أن تنال منها الأفاويل - إلا إذا كان ثمت مسوغ قوي يقتضي هذا العدول⁽¹⁾، فالوعد التزام خلقي ودياني لا قضائي.

4. التكيف القانوني للخطبة :

موقف القوانين العربية من حقيقة الخطبة وطبيعتها، وما تمثله قانونياً وقضائياً، متسق تماماً بلا أدنى خلاف مع وجهة التشريع الإسلامي في « تكيف وتأصيل الخطبة ». . فعبارة القانون الليبي عند تعريفه الخطبة في [م/1 أ] وقد سبقت، بينة الدلالة على أن الخطبة مجرد وعد، وهذا الوعد ليس له أي أثر، إذ هو لا يحمل صفة الإلزام.

ومما يقوي ويؤكد هذه الدلالة للتعريف، ما جاء في الفقرة الثانية من المادة نفسها [م/1 ب] إذ قالت : « يحق لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة »، فليس لهذا النص من معنى أو دلالة سوى أن الخطبة ليست من العقد أو مستلزماته في شيء. . ولذلك جاز لكل من طرفيها أن يغير موقفه ويحيد عنها، دون أي مسؤولية بسبب هذا العدول المجرد⁽²⁾.

فهاتان الفقرتان متكاملتان ومتلازمتان لفظاً ومعنى، وهما عين ما جاء في مشروع « قانون الأحوال الشخصية الموحد » - مع اختلاف في الصياغة لفظاً - في المادة الثانية، والتي نصّها : « أ / الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية، لا تكون زواجاً. ب / ولكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة »⁽³⁾.

المحور الثاني

(1) هذا، ولا ينبغي أن يكون الغنى والثناء من مقتضيات العدول، إذ لا يصلح مسوغاً له معقولاً في نظر أهل الفضل والمروءة، بل والدين، فلا يرفض الرجل الخلق الصالح المتوسط الحال، بعد الموافقة الصريحة عليه، والركون إليه، من أجل تقدم آخر واسع الثراء، كيلا تصبح المرأة أشبه بسلعة يؤول رسوها على من يزيده. (الدريني، بحوث مقارنة 2/515).

(2) انظر : د. سعيد محمد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق مقارنة بالقانون الليبي (ط2). مطابع عصر الجماهير، الخمس 1998م) 1/46 - 47. د. عبدالسلام العالم، الزواج في القانون الليبي، ص 34 - 35. المستشار محمد الهوني، قانون الزواج والطلاق، ص 9.

(3) لجنة خبراء برئاسة العلامة مصطفى الزرقا، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد (ط1). دار القلم، دمشق 1416هـ) ص46.

العدول عن الخطبة

يشتمل هذا المحور على سبعة عناوين رئيسة :

- 1- مفهوم العدول.
- 2- حكم العدول (مشروعيته، ما يترتب عليه من آثار ومسؤولية).
- 3- العدول في أدبياتنا الفقهية التراثية والمعاصرة.
- 4- الوجيهات الفقهية في آثار العدول.
- 5- تأصيل الوجيهات فقهياً.
- 6- الموقف والرأي.
- 7- أثر العدول في القانون.

أولاً : مفهوم العدول

العدول معجمياً لغوياً، مصدر الفعل اللازم « عدل » والذي يُعدى بمجيء « عن » عقبه، فيقال : عدل عن الطريق، أي تركها مبتعداً عنها، وعدل عن رأيه، بمعنى رجع عنه، سواء إلى بدل أم لا . وعليه؛ فالعدول الرجوع وزناً ومعنى، مادياً كان أم معنوياً⁽¹⁾.

وفي مسألة «العدول عن الخطبة» لم أجد، فيما اطلعت عليه، من أتى على ذكر أو وضع تعريف « للعدول » فقهياً⁽²⁾، ولعلّ السبب أنهم رأوا وضوح المراد وأنه لا يباين الاستعمال اللغوي من حيث المعنى الكلي، الرجوع والتخلي، أو لأنه ليس هناك شروط أو ضوابط محدّدة تخصّ التخلي عن الخطبة. فلا داع ولا ضرورة لصناعة تعريف يخصّ «العدول عن الخطبة»، والحال هكذا. لعلهم رأوا هذا!!!

تعريف مقترح :

لكن؛ درءاً لاعتراض قد يرد، فلا ضير في محاولة صياغة تعريف فقهيّ

(1) راجع المعاجم : المصباح المنير، ص 236. الفيروزآبادي، القاموس المحيط (دار الجيل، بيروت) 14/4.

(2) انظر ما سبق من المصادر وما سيأتي.

قضائي، على ضوء ما يرتبه من أحكام. فالعدول عن الخطبة يعني: «رجوع أحد طرفي الخطبة عن طلبه أو موافقته التزوج بالآخر، دون رضاه أو مقتض معتبر».

1- فقول التعريف «رجوع أحد الطرفين.» يبين أن التراجع إذا كان من طرفي الخطبة معاً، لا يكون عدولاً، فلا مسؤولية قضائية.

2- وقوله «عن طلبه التزوج عن موافقته التزوج بالآخر.» بيان للمحل الذي يقع عليه التخلي والرجوع، إذ هذا هو تعريف الخطبة كما سلف.

3- وقوله «دون رضاه.» أي: دون رضاً من الطرف الآخر، فإن كان هذا قد قبل بتراجع ذلك. فهنا لا عدول ولا مسؤولية، أيضاً.

4- وقوله «أو مقتض معتبر» يعني يجب ألا يوجد سبب وداع قوي موجب للتراجع والتخلي عن الخطبة. فإن كان التراجع لسبب وجيه، كأن يتبين له أن الطرف الآخر يلازم معصية ما، بترك واجب أو فعل محرم. فليس هذا عدولاً يربّب مسؤولية.

فبالخلاصة؛ أن العدول الوارد في القانون والذي يجيز المقاضاة، هو ما كان من فعل أحد الخاطبين بلا مسوغ مقبول، أو بلا موافقة الطرف الآخر.

ثانياً: حكم العدول

الحكم هنا يقصد به أمران؛ الأول: مشروعية العدول، من حيث الجواز أو المنع، والثاني: الأثر المترتب على العدول إذا وقع.

1 - مشروعية العدول؟

أ. في الفقه

بناءً على ما بيّنه التكييف والتأصيل الفقهي للخطبة، لا يمكن أن يتصور القول بمنع العدول، فهو حق كامل لكل من طرفي الخطبة، حتى وإن تمت وتحققت، وتم قبض المهر، كلاً أو بعضاً، فجواز الحيد عن الخطبة محل اتفاق ووافق عند حملة الشريعة، فليس لأحد أن يحمل آياً من الخاطبين على المضي في طريق الخطبة والدخول في العقد، إن كان هذا

الخاطب يميل إلى التخلي.

هذا، والتعليل والتدليل لهذا الحكم، هو ما قد سلف بيانه في التأصيل وفلسفته الأصولية وأبعاده المقاصدية، وبالأخص ما يتصل بحرية الاختيار الكاملة في التعاقد والالتزام، ففقه الإسلام على التحقيق في أرجح الاجتهادات فيه - وتأسيساً على ما سلف - لا يميز أي لون من ألوان الإكراه، للفتى أو للفتاة، على تزويج أيٍّ منهما بمن لم يره، ولم يكن على بينة من أمره، أو لم يرض به، لما لذلك من أثر قوي متوقع في نقض عرى الزوجية التي من المفروض أن تتأكد وتقوى وتستمر، تحقيقاً لمقاصدها الاجتماعية والإنسانية⁽¹⁾.

ب - في القانون

المشرع الليبي أعلن موقفه بوضوح وصراحة في [م 1 / ب] بقوله :
« يحقّ لكلّ من الخاطبين العدول عن الخطبة»، والنظر في هذا كما يلي :

1 - هو بهذا موافق على ما عند فقهاء الإسلام وعامل به، اعتماداً وبناءً على موقفه في « التكييف والتأصيل ».

2 - قوله « يحقّ » يدل على أن الخاطب إذا عدل عن الخطبة، فإنما هو يمارس حقاً ثابتاً له، فهذه اللفظة لا تدل على أنه يفعل ما هو مباح بالعموم، بل ما هو من خصوصياته المحمّية لذاتها.

3 - حق العدول غير مؤقت، فلكلّ من طرفي الخطبة استعماله متى شاء، ما لم يبرم عقد الزواج.

4 - والحكمة لهذا الموقف جلية، خلاصتها تجنّب الجبر والإكراه في أخطر عقد يمسّ شخصية المرء، كرامة وحياة، فليس للقضاء سلطان الإكراه على هذا العقد المتفرّد في خطورته⁽²⁾.

(1) ابن قدامة المقدسي، المغني 6 / 607 - 608. مجموعة قدرى باشا وشرحها، المادة الرابعة. العلامة الدريني، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله 2 / 515. د. عبدالكريم زيدان، المفصل 6 / 73 - 74. د. عمر الأشقر، أحكام الزواج، ص 69.

(2) راجع : المستشار محمد الهوني، قانون الزواج والطلاق، ص 9. د. الجلبيدي، أحكام الأسرة مقارنة بالقانون الليبي 1 / 46 - 47. د. العالم، الزواج في القانون الليبي، ص 34 - 36. د. أحمد الغنصور،

2. آثار العدول :

هذا هو المعنى الثاني من معنبي « حكم العدول»، ويقصد بهذا المعنى ما يترتب من المسؤولية الشرعية القضائية على الخاطب الذي تخلى وعدل عن الاستمرار في الخطبة، وفي الحقيقة أن هذه المسألة لم يعرض لها تراثنا الفقهي الضخم في مذاهبه ومدارسه المتبوعة، والسبب في ذلك لا يخفى على يافع نجيب فضلاً عن باحث لبيب أو مثقف أريب. !!

ثالثاً : العدول في أدبياتنا الفقهية

1 - في الأدبيات التراثية :

يقصد بالأدبيات الفقهية في هذا المقام، الكتابات التي تناولت هذا الموضوع من أي من جوانبه، سواء أسبابه أم أحواله أم درجة انتشاره، هل يشكل ظاهرة أم أنه مجرد سلوكيات فردية محدودة؟ وما موقف الناس تجاهه؟ أيظرون الشكوى والاستنكار، هل يتحاورون ويتناقشون حوله؟ هل هناك تحركات وإجراءات عملية لمواجهة هذا الأمر « الظاهرة»؟ هل لأهل الفكر والحل والرأي رأي؟ وأين التشريع والقانون والقضاء؟ وأين علماء الاجتماع والتربية والنفس؟! إلى غير ذلك من متعلقات وجوانب هذا الموضوع.

هذا الموضوع « الأمر» - آثار العدول عن الخطبة والمسؤوليات المترتبة للأضرار الناجمة - لم يعرض له فقهاؤنا السالفون في مذاهبنا المعروفة، والعلة في ذلك جلية، كما أحسب، وهي أن الخطبة عند أسلافنا - حتى غير البعيدين منهم - تحقق فيها مواصفات «الخطبة الناجحة»، التي سبق بيانها إجمالاً كلياً.

فمن كان يريد الزواج بعد أن يفكر ويقدر، يأخذ بالبحث والتعرف الذي سمّيناه «التبصر والتخير»، فإذا ما استقر فكره واطمأنت نفسه وتأكد من عزمته، أفصح عن رغبته في من يرنو إليها ويرغب أن تشاركه الحياة.

الأحوال الشخصية مقارنة بالقانون الكويتي، ص 52 - 53. مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، ص 46.

وفي المقابل الطرف المقابل « المرغوب فيها » تفكر وتقدّر إلى أن يستقر الرأي لديها فتعلم وليّها بأن يتقدم ذاك الملتمس ويخطب، فما أن يعلن ويبيدي رغبته لأهلها وفق مجريات العرف والعادة، حتى يتمّ الزواج والزفاف خلال أيام قليلة غالباً.

هذا ما كان يجري ويتمّ، وكان يرافقه تربية وأدب في الدين، وفهم ووعي للحياة. فمن أين سيأتي التراجع والعدول؟! ولا شك أن حالات من العدول حدثت، لكنها نادرة، ثم إن هذه « العدولات » أكثرها كان يتم بهدوء وتفاهم، فلا أضرار ولا مطالبات قضائية أو تعويضات.؟! وعليه فما من داع ولا حاجة ليتناول الفقهاء المسؤولية المترتبة على العدول، فالفقه يعمل في المعاش والواقع، والقضاء يعمل حيث النزاع والخصومة.

2 - في الأدبيات المعاصرة :

وإذا جئنا إلى زمننا وكتاباتنا، فسنجد الكثير منها تناول مسألة « العدول »، بل هناك كتب وبحوث خاصة بهذه القضية، فما من كتاب في موضوع الزواج تحت أيّ عنوان، إلا عرض لهذه « المسألة القضائية »، والمراجع التي يشير إليها هذا البحث شاهد ودليل، فما السرّ.؟! الجواب قطعاً يفهم مما قيل عن الأدبيات التراثية، من باب مفهوم المخالفة، فبضدّها تتبين الأشياء.

العدول عن الخطبة في واقع حياتنا يمثّل ظاهرة، تكاد تصل حدّاً من الخطورة، ليس فقط لأن هذا الأمر يحدث، بل لأنه يحوّل إلى معركة وصراع من الكيد والافتراء إلى أن يصل القضاء، ويا ليت له من قضاء!!

لذلك كان بدهياً أن تعجّ أدبياتنا المعاصرة، والفقهية والقانونية منها، بمسائل « العدول »، لاسيما ما يترتب عليه من مطالبات مالية قضائية، وهل لها أساس شرعي فقهي؟ وما تكييفها وتأصيلها؟ و.. و..؟!

رابعاً : النظريات الفقهية في آثار العدول

أما وأنها مسألة مستجدة لا نصّ خاصاً فيها، وليس لها نظير تقاس عليه، كان طبيعياً أن تختلف الرؤى وتتعاكس الاتجاهات فيها، فكان للفقهاء

المعاصرين ثلاث وجهات « نظريات » كما يلي :

النظرية الأولى :

لكلّ من طرفي الخطبة أن يفسخها في الوقت الذي يشاء، ولا مسؤولية عليه إطلاقاً. . وممن يرى هذا، الشيخ المفتي محمدّ بخيت المطيعي، والفقهاء د. عبد الكريم زيدان، والشيخ د. عمر الأشقر.

النظرية الثانية :

حقّ العدول مجرداً، لا تترتب عليه مسؤولية، غير أنه إذا صاحب هذا العدول أفعال أخرى ضارة نتيجة التغير من « العادل»، نشأت المسؤولية والتعويض عن هذا الفعل الضار المقارن للعدول، وذلك كأن أغراها بالاستقالة من وظيفتها بعد أن أكد لها أنه مقدم على الزواج بها، وإن تأخره عن إبرام العقد إنما كان لأسباب مالية، أو حثها على شراء جهاز البيت، وزين لها ذلك، بعد أن طمأنها على إبرام العقد، أو جاء بأقوال مختلفة ليبرر عدوله، ممّا يمسّ سمعتها، ولم تثبت، فأضر بها ضرراً أديباً بليغاً.

وبهذا الرأي يقول الأكثر من فقهاء الشريعة والقانون، ومنهم العلامة أبو زهرة، والسنهوري، والزحيلي، وغيرهم.

النظرية الثالثة :

العدول إذا أدى إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر - ولو مجرداً عمّا يلابسه من أفعال ضارة - يوجب المسؤولية والتعويض عن الأضرار المادية أو الأديبية الناجمة عنه.

وأستاذنا الدكتور الدريني يتزعم هذا الرأي، ولعلّ ممن يقول بهذا الشيخ محمود شلتوت، والشيخ مصطفى السباعي⁽¹⁾.

(1) حول الوجهات الفقهية راجع : عبدالكريم زيدان، المفصل 6/ 76 - 78. محمد الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد 3/ 64 - 65. الدريني، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله 2/ 520 - 521. أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 37 - 38. السنهوري، الوسيط - مصادر الالتزام، الفقرة 550. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته 9/ 6512. عمر الأشقر، أحكام الزواج، ص 75 - 76. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية مقارنة بالقانون الكويتي، ص 56 - 57. عبدالسلام العالم، الزواج في

خامساً : تأصيل الوجهات فقهياً

أعني بالتأصيل للوجهات آنفة الذكر، بيان الأساس الذي انطلقت منه كل نظرية وبنيت عليه رأيها، وهو ما قد يسمى «التعليل والتدليل»، وذلك كي يتسنى فهمها، ومن ثم إمكانية الموازنة فيما بينها في ضوء أهداف التشريع ومقاصده، بغية الوصول إلى الأوفق والأليق.

فالوجهة الأولى؛ ينطلق القائلون بها من التعليلات التالية :

1 - الشارع جعل «العدول» حقاً شخصياً تقديرياً لكلّ منهما، ولا سلطان للقضاء عليه، ذلك لأن الزواج من أخص شؤون المرء، فينبغي أن تترك له الحرية الكاملة في الإقدام أو الإحجام، إذ هو أدري بمصالحه الخاصة في هذا العقد الخطير، وينبغي أن يكون لميول النفس مدخل في العدول.

2 - كلا طرفي الخطبة، يعلم مسبقاً أن «حق العدول» مقرر له شرعاً، فكان لزاماً عليه أن يتوقع العدول من جانب الطرف الآخر في كل وقت، فلا يعتبر وقوعه مفاجأة له، وليس فيه اعتداء على حق أحد، وإذا كان الأمر كذلك، فينبغي أن يترتب حتى تتبين له جلية الأمر، ولا يتسرع في شراء جهاز البيت مثلاً، أو الاستقالة من الوظيفة، لتتفرغ لشؤون الأسرة، قبل أن يبيت في أمر العقد، لأن هذا تهور أو تقصير في حق النفس، وعلى المقصر تقع تبعه تقصيره، فما يصيبه من ضرر إنما كان بسبب منه، اغتراراً أو طيشاً، وليس منشأ العدول.

3 - من مقررات قواعد الفقه ومبادئه أن «الجواز الشرعي ينافي الضمان» أي أن من يمارس حقاً مشروعاً له، أو إباحة، لا يكون مسؤولاً عما يترتب على ذلك من ضرر، وإنما تنشأ المسؤولية عن الاعتداء، والخطاب لا يعتبر معتدياً إذا استعمل حقه في العدول.

4 - القول بالتعويض فيه إكراه على الزواج، وهذا أمر غير مأمون

القانون الليبي، ص 38 - 39. سعيد محمد الجلبي، أحكام الأسرة في الزواج مقارنة بالقانون الليبي 50 / 1 - 54.

العواقب على الحياة الزوجية والأسرية، وهو مما ينافي الحكمة والمقاصد.

5 - القول بالتعويض يزيد النزاع والشقاق، وهذا أكثر ضرراً من «العدول»، والقاعدة تقرر أنه «يتحمل أقل الضررين»، وسداً للذريعة⁽¹⁾.

والوجهة الثانية؛ يصدر أصحابها عن التعليقات الثلاثة الأول نفسها للوجهة الأولى، بخصوص العدول المجرد، لكنهم يجعلون قيداً وشرطاً، وهو ألا يصاحب العدول ضرر ناتج عن تغيير، فهذا مخالفة تستوجب المسؤولية التقصيرية، بدليل قاعدة «الضرر يزال»، وبناء على أنه «لا ضرر ولا ضرار»، فالتغيير يوجب الضمان⁽²⁾.

أما الوجهة الثالثة؛ فمنطلقها ومناط فكرها يتمثل في التعليقات التالية :

1 - مفاهيم التشريع الكلية ومقاصده تدلّ على أنه ليس في الإسلام حق مطلق، يكون لصاحبه حرية التصرف كما يشاء، دونما مراعاة لحقّ غيره.

2 - الحكمة في تقرير الحقوق - بناء على أن الشريعة مقاصدية - تقضي بأن لكل حق غاية وهدفاً منصوباً، فيجب على المرء صاحب الحق أن يقصد هذه الغاية عند ممارسته حقه، فقصد المكلف يجب أن يكون موافقاً لقصد الشارع من التشريع، كما يقرر الشاطبي⁽³⁾.

3 - وتأسيساً على ما تقدم فإن الشريعة لا تحمي حقاً إلا بقدر ما يلتزم صاحبه بالغرض الذي شرع من أجله، وتظلّ حمايتها للحقّ مبسّطة ما دام صاحبه يستعمله على الوجه الذي من شأنه أن يحقق غايته، لا ينحرف عنها، وإلا كان عابثاً، والعبث غير جائز فيستوجب المساءلة إن نجم ضرر .

فالشارع قرّر لكلا الخاطئين حقّ «العدول» لمقصد يتمثل في ترسيخ حرية الاختيار في تقرير التزام يمسّ المعاش والشؤون الشخصية للفرد مدى حياته. . إنه الزواج، فثبوت هذا الحقّ لا يسوّغ استعماله بصورة ضارة، يباعث

(1) راجع وانظر : أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 37. عبدالكريم زيدان، المفصل 6 / 78. د. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية، ص 56. د. الدريني، بحوث مقارنة 2 / 520. د. سعيد الجلبي، أحكام الأسرة 1 / 50.

(2) المراجع السابقة نفسها. والسنهوري، مصادر الالتزام 1 / 937 - 940.

(3) الموافقات في أصول الشريعة (بشرح الشيخ عبدالله دراز. المكتبة التجارية الكبرى) 2 / 385.

غير مشروع أو قصد سيء تحت شعار الحق. لأن الحق لم يشرع ابتداءً ليتخذ وسيلة للإضرار، وإنما شرع لمنفعة ومصلحة معقولة اجتماعياً وإنسانياً⁽¹⁾.

وعلى هذا، فإن العدول - إذا كان معيباً في باعته، أو نتيجته ومآله - يوجب المسؤولية إذا لحق بالطرف الآخر ضرر محقق، مادي أو أدبي.

هذا، وكل من الباعث غير المشروع، أو النتيجة الضرورية اللازمة أو اللاحقة بالغير من جراء العدول، ليس هو الغاية التي شرع من أجلها حق العدول، فهو إذن تعسف وانحراف عنها، وهذا هو منشأ المسؤولية والحكم بالتعويض⁽²⁾. كل هذا ما لم يكن هناك أسباب معقولة تسوغ هذا العدول، فتسقط المسؤولية حينئذ، ولو وقع الضرر، لأن هذه المسوغات المعقولة، تنفي صفة التعسف عن العدول، وبانتفاء صفة التعسف، تنتفي المسؤولية، لأنه علتها، والحكم يدور مع علتها وجوداً وعدماً.

وكمثال موضّح؛ فمن سافر إلى بلد أجنبي للدراسة أو العمل، ومكث عدة سنوات التقى خلالها بأخرى أجنبية، من ذلك البلد وتزوج بها، وفسخ خطبة الأولى ولم يكن قد صدر منه أفعال ضارة من التغيرير، أو قصد الإضرار بها، ولكنه بتصرفه على هذا الوجه قد يكون فوت عليها الفرصة لتقدم الخطاب إليها، إذ ربما تقدّمت في السن، أو أثّرت حولها الشكوك من جراء هذا العدول، بعد فترة غير قصيرة، حتى إذا وقع هذا، اتجهت عليه

(1) للاستزادة حول طبيعة الحق ووظيفته وغايته انظر: الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص 5. وبحوث في الفكر المعاصر 1/ 52.

(2) حول التعسف مفهوماً ونظرية وقواعد وتطبيقاً يمكن الرجوع إلى كتاب «نظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون» وكتاب «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» وكلاهما للأصولي المقاصدي أ. د. محمد فتحي الدريني. ومفهوم التعسف بإيجاز واقتضاب شديد «التعسف أمر عارض على ممارسة الحق، ويكون التعسف إما من حيث «الباعث» غير المشروع، كالفصد السيئ، ونية الأضرار، وهذا هو «المعيار» الشخصي، وإما من حيث «النتيجة» اللازمة المترتبة على استعمال الحق، وهذا هو «المعيار الموضوعي» حيث ينظر إلى واقعة الضرر في ذاتها، بقطع النظر إلى البواعث والعوامل النفسية، فالحقوق لم تشرع أصلاً لهذه النتائج من الضرر الراجح الواقع في المجتمع، وأياً ما كان فالتعسف من فعل المكلف، لكن الشارع يواجه هذا العارض الطارئ من فعل المكلف الملائس لاستعمال الحق، بقواعد عامة لتدرأ أثار التعسف « الدريني، بحوث مقارنة 2/ 528 - 529 «الهامش».

المسؤولية عما أصابها من ضرر.

فالضرر هنا كان نتيجة حتمية لازمة للتأخر في فسخ الخطبة، ولو لم يكن يقصد إيذاءها، لكنه باستعماله حقه في ظرف غير مناسب أفضى ذلك إلى الإضرار بالطرف الآخر، بل لزم ووقع نتيجة حتمية لعدوله في مثل ذلك الظرف، ولو دون قصد منه. أما لو أسرَّ في نفسه هذا الإيذاء، ونهضت بذلك القرائن، كانت المسؤولية أوجب وألزم، لثبوت تعسفه في استعمال حقه من حيث الباعث⁽¹⁾.

سادساً : الموقف والرأي

1 - النظر الفاحص في النظريات الفقهية الثلاثة يقول إنها تلتقي في نقطة مركزية، وتنطلق منها، تلك النقطة الأم هي « الحق والمصلحة التي يمثلها»، وهذه مبعث وروح كل تشريع.

2 - الوجهة الأولى كأنما اتجه نظرها وتركز على ما يخوله الحق لصاحبه من سلطان التصرف الحر، وغلبوا هذا المعنى - وهو أساس في مفهوم الحق - على اعتبارات ومتعلقات آخر هي أساسية أيضاً في مفهوم الحق وطبيعة وظيفته، التي هي غايته المتمثلة في المصلحة واقعاً عملياً، وهذه الوظيفة الغائية للحق هي بمنزلة الموجة الضابط لمسيرة الحق حين استعماله وممارسته. وإلا صار الحق مجرد آلة ووسيلة صماء في يد مدعيه.

3 - تأييد الوجهة الأولى نفسها بقاعدة « الجواز والضمان لا يجتمعان » يؤول إلى أن التشريع متناقض في ذاته، لأن هذه قاعدة، و« لا ضرر، والضرر يزال » قاعدة، فكيف يحكمون.؟ إنه - كما هو مقرر قواعدياً وأصولياً ومقاصدياً - لكل قاعدة مسلك تسير فيه بموجّهات وضوابط ومحددات، بحيث لا يكون تصادم بين مقررات التشريع، ولا تخالف في أحكامه⁽²⁾.

(1) الوجهة الثالثة يمثلها بقوة الأصول المقاصدي د. الدريني، ولم أجد فيما وصلت إليه يدي في مسألة « العدول » من أبان عن القول الثالث ووضحه بتعليقاته، سواه من خلال كتابه الذي اعتمدت عليه ولخصت بتصرفي ما أتى به من تدليلات لوجهته. راجع د. الدريني، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله 2 / 521 وبعدها.

(2) استعراض هذه القضية ليس هنا مكانه، ثم هي تكاد تكون مقررراً دراسياً تخصصياً، ولا ريب في أن

وتدليلاً سريعاً لهذا، فإنّ «الجواز.» الوارد في القاعدة مشروط بسلامة المال، بمعنى ألا ينتج عن استعماله ضرر⁽¹⁾.

4 - الوجهة الثانية تجاوزت ما وقعت فيه شقيقتها الأولى، فزاجت بين حرية ممارسة الحقّ ونشوء الضرر والمسؤولية عنه، فالمسؤولية مناطها حصول الضرر وليس مجرد استعمال الحق الثابت «العدول»، أي أن استعمال الحق مشروط بعدم الإضرار. وهذا مسلك قويم بمنطق التشريع.

5 - لكن هذه الوجهة الفقهيّة كذلك، ركّزت نظرها على الضرر المصاحب الناجم فعلاً عن «العدول»، فقررت الضمان بناء على أساس المسؤولية التقصيرية، إذ هذا تعدد. بيد أنها أغفلت أو غاب عنها، محدّد وضابط مهم خلال ممارسة الحقّ، أيّ حق، ألا وهو منع الضرر، قصداً أو مآلاً، أيّاً كان منشؤه، ولو لم يوجد تغرير أو أفعال ضارة مستقلة مصاحبة، وهذا هو التعسف في استعمال الحق، كمن سافر وتزوج هناك وعدل عن خطيئته.

6 - والوجهة الثالثة تتفق مع سابقتها فيما ذهبت إليه، لكنها لا تكتفي به أساساً للمسؤولية والتعويض القضائي - فكما أن شقيقتها الثانية نجت من أحد قصوريّ الأولى، فكذلك هي تجاوزت ذنبك القصورين معاً - فزادت أساساً آخر للمساءلة والتعويض، هو المشار إليه في الفقرة الأنفة مباشرة.

7 - وعليه؛ فإنّ الاتجاه الثالث - بما أتى به من تدليلات وتحليلات تتصل بروح التشريع من خلال أبعاده المقاصدية، وما توصل إلى تقريره من ثبوت الضمان على «العادل عن الخطبة» بناء على أساس «التعسف في استعمال الحق» - أعمق نظراً وأحكم رأياً، لتمسكه بالعدالة في أوسع معانيها وأدق تفصيلاتها، فالعدالة هي الترجمان العمليّ لمعنى «الحق ومفهومه ووظيفته»، من خلال تحقيق المصلحة واقعاً.

الاطلاع الواعي على «أصول الفقه وقواعده والمقاصد» - وهي مترابطة متكاملة - مع شيء من المراسم، يزيد المرء تمكناً من فهم الفكر التشريعي وآلية التعامل مع قضاياها المستجدة.
(1) انظر: الشيخ أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهيّة (ط2. دار القلم، دمشق 1989م) ص 449 وبعدها. د. عبدالعزيز محمد عزام، القواعد الفقهيّة (دار الحديث، القاهرة 1426هـ) ص 507.

8 - ولعلّه ممّا يزيد القناعة والاطمئنان إلى الوجهة الأخيرة، أنها من خلال تعليقاتها حاولت الردّ على ما أتى به مانعو الضمان من تعليقات واستدلالات. فالتعلّل، مثلاً، بأن القول بالتعويض ذريعة إلى إكراه «العادل» على الزواج ممن عدل عنها، يجاب عليه بأننا لا نقول للعادل: إمّا أن تعود إليها أو نحكم عليك، فأساس الحكم بالضمان ليس لإرجاعه للخطبة، وإنما لأنه انحرف بالحقّ الممنوح له عن جادته فناقض وظيفة الحقّ وغايته، ومن هنا جاء الضرر، وهو في حدّ ذاته ممنوع بصرف النظر عن سببه ومنشئه⁽¹⁾.

9 - خلاصة القول وجماع الكلام؛ أن مبدأ «لا ضرر ولا ضرار» يمثل أصلاً كلياً مهيمناً على سائر مقررات التشريع وأحكامه، ومنها الحقوق، وقد قامت عليه شواهد متكاثرة من الجزئيات والكليات⁽²⁾.

10 - وأن الحقوق في الفلسفة التشريعية، سيّما الإسلام، هي واجبات قبل أن تكون حريات، فالمعنى الاجتماعي هو مناط مشروعية الحقّ والحرية، وهو ما يطلق عليه الشاطبي «جهة التعاون»⁽³⁾، ثم «إن إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبّب، قصد ذلك المتسبّب أم لا، لأنه لما جعل مسبباً عنه في مجاري العادات، عدّ كأنه فاعل له مباشرة»⁽⁴⁾.

وقفة...: الإجماع المدعى!

سلفت الإشارة عند عرض الوجهة الأولى، أن من ذويها أستاذنا الدكتور عمر الأشقر، رعاه الله، وقد انفرد، كما أحسب، بقول تجدر الوقفة معه لما قد ينطوي عليه من خطورة، لا أظنه يقصد إليها، ذلك أنه وهو يسوق استدلالاً مانعي التعويض والمساءلة، استدلل بأن القول بالتعويض مخالف لإجماع

(1) الدريني، بحوث مقارنة 2 / 527 - 528.

(2) هذا المبدأ الكلي هو في أصله قول للرسول ﷺ أخرج الإمام مالك في الموطأ، والحاكم في المستدرک وابن ماجه والبيهقي (السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 166)، وانظر حول هذه القاعدة: ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم (ط3. مصطفى الباني 1382هـ) ص 267. العلامة الزرقا، المدخل الفقهي العام 2 / 977 وبعدها. د. عبدالعزيز عزام، القواعد الفقهية، ص 127.

(3) الموافقات 3 / 121.

(4) المرجع نفسه 4 / 194 - 196.

- منعقد من السالفين على عدم التعويض، فإذن لا عبرة به⁽¹⁾.
- والنظر الفقهي الأصولي في هذه المقولة «الدعوى» إيجازاً، كما يلي :
- 1- الإجماع الحجّة أصولياً هو ما كان صريحاً - نطقاً قولاً - ثابتاً إلى المنسوب إليهم⁽²⁾، وهذا ما تفتقر إليه الدعوى.
 - 2- وأيضاً لا وجود لما قد يقال : إنه إجماع سكوتي - إذ هذا يقتضي أن بعض المجتهدين تكلم وبلغت فتواه الآخرين وظلوا ساكتين - (3)، فلم يرد في أيّ مرجع فقهي عن أيّ فقيه من القرون الأولى أنه تكلم في « ضرر العدول عن الخطبة قضائياً ».
 - 3- فلم يبق إلا عدم الورد، وعد الورد لا يؤخذ منه حكم أصولياً وعقلاً. ، هذا إذا كان من جهة الشارع، فكيف إذا كان من جهة المجتهدين!؟.
 - 4- ولقد تقدّم في البيان عن «العدول في تراثنا الفقهي» ما يفسّر سبب عدم طرق فقهاثنا الأول مسألة الضرر والتعويض عنه، بما لا داعي إلى تكراره.
 - 5- أما وجه الخطورة في استدلال شيخنا بدعوى الإجماع، فهو أنه من المتداول والشائع أنّ مخالفة الإجماع كفر، أو ضلالة على أقل تقدير⁽⁴⁾، وهذا قد يجزئ «الرّضع» في العلم على تضليل وتفسيق ذوي العلم، وهو ما لا يرضاه الشيخ نفسه، حفظه الله والجميع.

سابعاً : آثار العدول في القانون

تناول القانون الليبي حكم «العدول عن الخطبة» - الأثر المترتب - في مسألتين؛ أولاها : الهبات والهدايا بين الخاطبين، وثانيتهما : الضرر المتسبب

(1) أ.د. عمر الأشقر، أحكام الزواج في الكتاب والسنة، ص 78.

(2) انظر مبحث الإجماع في كلّ المراجع الأصولية، مثلاً : أبو زيد الدبوسي، تقويم الأدلة في أصول الفقه (ط1. دار الكتب العلمية، بيروت 1421هـ) ص 28 - 33. د. شعبان إسماعيل، تهذيب شرح الإنسوي على «منهاج الوصول للبيضاوي» (المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة) 2/ 332.

(3) المرجعان السابقان.

(4) في هذه المسألة انظر : إمام الحرمين الجويني، البرهان في أصول الفقه (تعليق صلاح عويضة. ط1. دار الكتب العلمية، بيروت 1418هـ) 1/ 280.

فيه «العادل».

1. ما يتعلق بالهدايا تناوله المشرع في [م/1 ج]، التي نصّها: «فإذا كان العدول لمقتضى فله أن يستردّ ما أهده للآخر عيناً أو قيمة يوم القبض، ما لم يكن هناك شرط أو عرف يقضي بغير ذلك».

المشرع هنا يعالج ما قد يكون قدّمه أحد الخاطبين للآخر من هدايا، على ما اعتاده الناس تودّداً وتجمّلاً، وهذا من العادات الحسنة في الأصل، لكن إذا ما حصل «العدول» من أحدهما، وكان هذا «العادل» - وهو الرجل غالباً لا طراد العادة والعرف بذلك - أهدي متاعاً من حليّ أو لباس وغير ذلك، فهل له استردادها. ؟

القانون اعتمد رأي الفقه المالكي الذي يميز بين ما إذا كان العدول من جهة الرجل، فلا يسترد ما قد قدمه، وبين ما إذا كان العدول من جهتها هي، فإنه يحق له استرداده عيناً في حالة بقاءه ووجوده، أو قيمةً فيما لو استهلك بوجه ما، وهذا مقيد بما لم يكن شرط أو عرف يقضي بخلاف ذلك، فيتبع الشرط أو العرف عندئذ(1).

ولعلّ ما قرره المالكية وتبناه القانون هو الأقرب إلى العدالة، ممّا لو قيل بالمنع تماماً كما عند الحنابلة، أو الجواز مطلقاً كما يقول الشافعية، أما عند الحنفية فيرجع في الهدية إن كانت قائمة(2).

وطبعاً، فإنّ عبء الإثبات عند النزاع، سيقع على طالب استرجاع الهدية، بأنّ سبب العدول راجع إلى الطرف الآخر.

2. وأما ما يتعلّق بالضرر الناجم عن «العدول»، فقد أوردته [م/1 د]، حيث نصّت: «إذا سبّب العدول عن الخطبة ضرراً تحمّل المتسبّب فيه

(1) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي 2/219. مدونة الفقه المالكي وأدلته 2/504. الفقه المالكي في ثوبه الجديد 3/64. سعيد الجليدي، أحكام الأسرة 1/47 - 48. عبد السلام العالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي، ص 36 - 37. مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، «م/4» ص 48.

(2) حول أقوال الفقهاء في مسألة الهدايا راجع: المغني 5/621. الدر المختار 3/153. المفصل في أحكام المرأة 6/74 - 76. الأشقر، أحكام الزواج، ص 72 - 74.

التعويض عنه»، فالقانون هنا يقرّر بوضوح، أن «العدول عن الخطبة» يجوز أن يكون سبباً للضمان والتعويض قضائياً، وذلك فيما لو نتج ضرر عن «العدول» ولحق بأحد طرفي الخطبة، وهنا تكون المسؤولية بتحمل الضمان والتعويض على عاتق المتسبب في إحداث الضرر.

والقانون بهذا الحكم الذي يقرره يكون قد تبنّى النظرية القائلة بالضمان، مع أن «العدول» حق ثابت «للعادل». . . ولكن النص القانوني بصياغته المطلقة - إذا سبب العدول ضرراً - يفيد التعميم والإطلاق، حيث لم يبين هل الضرر الموجب للتعويض هو الضرر المقارن للعدول بسبب التغير، على ما ذكره فقهاء الوجة الثانية، أي أنه تعويض أساسه المسؤولية التقصيرية، لأن التغير تعدٍ وهو غير مشروع. . . أو أن الضرر يوجب التعويض، وإن لم يكن هناك تغير من «العادل»، على ما ذهب إليه فقهاء الوجة الثالثة، بناء على أساس «التعسف في استعمال الحق». . . ؟

فالضرر المتسبب عن العدول، ينطبق عليه تأصيل كلا الوجهتين القائلتين بالتعويض، وإذا تمّ فهم النص على هذه الصورة يكون المشرع قاصداً هذا التعميم، مما يعطي سعة وشمولاً في العدالة.

لكن، يبدو أن النص فهم على الأساس الفقهي للوجة الثانية، لأنه بالرجوع إلى شراح القانون 10 / 1984م. نجدهم يذكرون ويمثلون بما أورده أصحاب هذه الوجة، ولا يأتون على ذكر الوجة الثالثة وأساسها الفقهي⁽¹⁾.

وختاماً نسأل: فمثلاً؛ لو أن خاطباً عدل عن الخطبة وقد مر عليها عدة سنوات، ولم تكن المخطوبة استقالت من عملها، ولم تشتت أثاثاً أو ملابس خاصة بالعرس وحلياً، لكن هذا «العدول» أساء في نظرة الناس إليها، وأحجم أن يتقدم إليها خاطب. . فهل لها أن تقاضيه، وهل سيحكم القضاء بالضرر. . ؟! أم أن ما فعله لا ينافي الحق والعدالة. . ؟!

(1) انظر مثلاً من شراح قانون الزواج والطلاق الليبي: د. سعيد محمد الجلدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق 1 / 50 - 54. د. عبدالسلام العالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي، ص 38 - 39. المستشار محمد الهوني، قانون الزواج والطلاق، ص 10.

حقاً . إنها إشكالية!!

الخاتمة

أولاً : خلاصة التأصيل الفقهي للعدول

1- الفقه الإسلامي بمناهجه يمثل ثروة تشريعية من الجهات والنظريات والمبادئ. مما يضيف عليه الرسوخ والإحكام، والمكنة في مواجهة المستجدات والتعامل مع الطارئَات بصيرة مدركة. وهذا البحث بصحبة بحوث الندوة جميعاً، مصداق على ذلك، فموضوع «الخطبة» له مكانته في أدبياتنا الفقهية ماضياً وحاضراً، سواء فيما يتصل بتشريعيها وما تمثله، وما طبيعتها وتكييفها، وعوامل قوتها وإفنائها إلى غايتها الكبرى، أم فيما يتصل بإخفاقها والحيد عنها وما يترتب عليه من آثار وأحكام قانونية قضائية.

2- وقد كان من مستجدات «الخطبة» الضرر اللاحق بأحد الخاطبين حالة عدول الآخر عن المضي فيها، على أي أساس فقهي ينظر إلى هذا الضرر، وهل يترتب مسؤولية قضائية بالتعويض.؟ وما التأصيل «التعليل والأبعاد» لهذا.؟

3- لقد أفصح البحث عن نظريات فقهية ثلاثة قام ذووها بالاجتهاد في معالجة مسألة «ضمان ضرر العدول» - إذ هي خلية عن نصٍ نقلني يخصها، وعن نظير يماثلها فتلحق به - فكان لكل منها أساس وتكييف استلهمته من المبادئ العامة والمفاهيم الكلية والأبعاد المقاصدية للتشريع الإسلامي. لذلك كان غير مستبعد ولا مستغرب أنها تتفق في جانب وتفترق في جوانب.

4- حيث ثلاثتها انطلق من مبدأ الحق ومفهومه :

أ- فالنظرية الأولى؛ أخذت «بإطلاق الحق أو بمطلق الحق» وليس «الحق بإطلاق أو الحق بالمطلق»، فكان قرارها أن لا مسؤولية بالتعويض.

ب- والنظرية الثانية؛ اتبعت إلى أن التأسيس على «مطلق الحق» فيه قصور ولا يحقق العدالة بالدرجة المقبولة، فسعت للوصول إلى «الحق المطلق» فنالت شطره، حيث قضت بترتب التعويض على أساس أن «العدول

المصاحب بالتغيرير ينتج ضرراً واقعاً» تعد، لأن التغيرير ممنوع شرعاً، وهذا تحكمه «المسؤولية التقصيرية».

ج - أمّا الثالثة؛ فانتبهت زيادة على الثانية - إلى أمر ووجه من الضرر - فاتها أو غاب عنها، وهو أن «العادل عن الخطبة» قد لا يأتي بفعل ممنوع بالأصل كالتغيرير، ولا يكون سيء النية والقصد، ومن ثم لن يكون هناك ضرر واقع فعلاً حين العدول، لكنّ المآل لهذا العدول - في الظرف الذي جاء فيه - سيولد ضرراً مادياً أو معنوياً اجتماعياً وإنسانياً للمخطوبة. ! وهذا ما لا يمكن معالجته وفق النظرية الثانية فضلاً عن الأولى، وهي حالة ظاهرة في منافاة العدالة. !؟ فلزم لتحقيق العدالة كماً دون اجتزاء، أن يكون الأساس الفقهي للنظر في «ضرر العدول» هو «التعسف في استعمال الحق»، لأنه مقرر أن «المآلات» معتبرة في التكييف ومن ثم في التكليف، على ما بسطه محققو الفكر التشريعي، كالشاطبي. وبهذا تكون العدالة موضوعية لا ظرفية ذاتية.

5 - هذا، وفي الحقيقة، أن العدول عن الخطبة، يتعلق به دليلان : أحدهما خاص جزئي، والآخر عام كليّ.

فالخاص : هو ما ثبت في «تأصيل الخطبة وتكييفها»، من أن «العدول» مباح، لأنه استعمال لحق شخصي تقديري، أساسه طبيعة الخطبة ذاتها، بوضع الشارع، وهذا الحق لا يمسّ حقاً لأحد.

وأما العام : فهو المبدأ الكليّ الباسط هيمنته على التشريع جميعه بلا استثناء، إنه قوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار»، فهو ضابط ومقيد للأحكام والحقوق، فهي ما شرعت إلا للمصلحة، لا للإفساد والضرر، فإذا وجد ضرر وجبت المسؤولية، بغض النظر عن منشأ الضرر، أكان فعلاً ممنوعاً في الأصل، أم فعلاً مشروعاً بموجب أحد الحقوق أو إحدى الحريات، ومسألتنا من هذا النوع الأخير.

6 - فممّا لا يجوز الغفلة عنه البتة، أن ليس في التشريع الإسلامي حق غير مقيد، فسائر الحقوق تخضع لضوابط ومحددات وموجهات، ذلك أنها مغيّة بمصالح مجتمعيّة، فوجب على المكلف وهو يمارس حقوقه أن

يستحضر غاية الحق ومقصده حتى لا ينحرف ويقع الضرر، وإن دون قصد منه، فمنع وقوع الضرر مطمح للشارع، وبالأولى منع إيقاع الضرر.

7- ومعلوم أصولياً أن أعمال الدليلين مقدّم على أحدهما، لأن التشريع لا يتجزأ، ولا تخالف فيه بين الجزئي والكلّي، ولهذا بعده المقاصدي.

ولعلّ هذا يكشف عن سبب القصور أو الخلل في بحث المسائل والاجتهاد فيها - ومنها مسألة «العدول» - ألا وهو «الإعمال والإهمال» أعني أخذ بعض أدلة المسألة وترك بعضها، مع أنه يمكن الأخذ بها جميعاً.

هذا، وإذا كانت حرية الزواج قد منحت في الشرع لكل إنسان، عدلاً، فإن الإلزام بالتعويض بالنسبة إلى من ألحق ضرراً بغيره تعسفاً، مما يقتضيه العدل أيضاً، وكلاهما واجب الإنفاذ. ، وهذا - الإعمال والإهمال - مما يؤخذ على النظريتين الأوليين.

وهكذا يثبت أن تأصيل حكم «ضرر العدول عن الخطبة» على أساس التعسف في استعمال الحق، وإيجاب التعويض عنه، لم يؤثر على مبدأ «حرية العدول» أو مبدأ «الحرية في الزواج».

ثانياً : توصيات

بناء على ما سلف، فإن البحث يرجو أن يقدم توصيتين؛ عامة وخاصة :

1- فالعامة؛ ضرورة إجراء مراجعة «تقييمية تقويمية» شاملة لتشريعات وقوانين الأسرة والأحوال الشخصية السارية، على ضوء المستجدات المجتمعية بحكم الحراك الحياتي وما ينتج عنه من تداخل وتبادل، وأيضاً على ضوء التجربة العملية التي يمر بها القضاء من خلال المشاكل والقضايا المعروضة عليه، وآليات تعامله معها بموجب نصوص القانون، ومدى استجابتها وشمولها لما يعرض أمامه.

2- والخاصة، في ضوء ما توصل إليه البحث، أن يتبنى أهل الفقه والقانون نظرية التعسف أساساً في مواجهة «الضرر» في كافة المجالات

المدنية والمعاملية عموماً، وخصوصاً في « حكم العدول عن الخطبة » لسعة هذا الأساس ومكنته من تحقيق العدالة كمالاً دون اجتزاء، على ما ثبت بالتحليل والتعليل، مما لم يتوفر للنظريات الأخرى. وعلى الله قصد السبيل

مظانّ البحث

أولاً : السنة النبوية

- (1) جامع الأصول. ابن الأثير. (تحقيق شعيب الأرنؤوط). مكتبة الحلواني 1389هـ.
- (2) جامع العلوم والحكم. ابن رجب الحنبلي. ط3. مصطفى الباوي 1382هـ.
- (3) سنن الترمذي. الإمام الترمذي.
- (4) نيل الأوطار. الشوكاني. (بعناية محمد سالم هاشم) دار الكتب العلمية، بيروت 1420هـ.

ثانياً : أصول الفقه وقواعده

- (1) الأشباه والنظائر. السيوطي. ط1. دار الكتب العلمية، بيروت 1419هـ / 1998م.
- (2) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله. د. محمد فتحي الدريني. ط1. مؤسسة الرسالة، بيروت 1414هـ.
- (3) شرح القواعد الفقهية. الشيخ أحمد الزرقا. ط2. دار القلم، دمشق 1989م.
- (4) القواعد الفقهية. د. عبدالعزيز محمد عزام. دار الحديث، القاهرة 1426هـ.
- (5) مقاصد الشريعة الإسلامية. العلامة الطاهر بن عاشور. ط2. دار السلام، القاهرة 1428هـ.
- (6) الموافقات في أصول الشريعة. الإمام الشاطبي (شرح الشيخ درّاز. المكتبة التجارية الكبرى).

ثالثاً : الفقه الإسلامي المنهبي

- (1) الشرح الكبير. الشيخ الدردير. (مع حاشية الدسوقي)
- (2) الفقه الإسلامي وأدلته. د. وهبة الزحيلي. ط4. دار الفكر، دمشق 1418هـ.
- (3) الفقه المالكي في ثوبه الجديد. د. محمد بشير الشقفة. ط2. دار القلم، دمشق 1422هـ.
- (4) المجلّى في الفقه الحنبلي. د. محمد الأشقر. ط1. دار القلم، دمشق

- 1419هـ / 1998م.
- (5) المدخل الفقهي العام. العلامة مصطفى الزرقا. ط1. مطبعة طربين، دمشق 1387هـ / 1968م.
- (6) مدونة الفقه المالكي وأدلته. د. الصادق الغرياني. ط1. مؤسسة الريان، بيروت 1423هـ.
- (7) المغني. ابن قدامة المقدسي. دار الكتاب الإسلامي، القاهرة.
- (8) مغني المحتاج في معرفة ألفاظ المنهاج. الخطيب الشربيني. دار الكتب العلمية، بيروت 1421هـ.
- (9) المفصل في أحكام المرأة. د. عبدالكريم زيدان. ط2. مؤسسة الرسالة، بيروت 1420هـ.
- (10) المهذب في فقه الإمام الشافعي. الشيرازي. (تحقيق د. محمد الزحيلي) ط1. دار القلم، دمشق 1417هـ / 1996م.

رابعاً : الأحوال الشخصية =الفقهية والقانونية+

- (1) أحكام الزواج في الكتاب والسنة. د. عمر الأشقر. ط3. دار النفائس، عمان 1424هـ.
- (2) الأسرة : أحكام وأدلة. د. الصادق الغرياني. ط4. مكتبة ابن حمودة، زليتن 2004م.
- (3) الأحوال الشخصية. العلامة أبو زهرة. دار الفكر العربي، القاهرة.
- (4) أحكام الأسرة في الزواج والطلاق «مقارنة بالقانون الليبي». د. سعيد محمد الجليدي. ط2. مطابع عصر الجماهير، الخمس 1998م.
- (5) الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي «مقارنة بقانون الكويت». د. أحمد الغندور. ط5. مكتبة الفلاح، الكويت 1427هـ.
- (6) الزواج والطلاق في القانون الليبي. د. عبدالسلام العالم. ط3. جامعة قاريونس، بنغازي 1998م.
- (7) قانون الزواج والطلاق. المستشار محمد مصطفى الهوني. مطابع الثورة، بنغازي.

خامساً : القانون

- (1) القانون «رقم 10 لسنة 1984م بشأن الزواج والطلاق وآثارهما» الليبي.
- (2) الوسيط «مصادر الالتزام». العلامة عبد الرزاق السنهوري. ط3. منشورات الحلبي

الحقوقية، بيروت 1998م.

سادساً: معاجم اللغة

- (1) الصَّحاح. الجوهري. دار الكتب العلمية، بيروت 1420هـ.
- (2) لسان العرب. ابن منظور الإفريقي. دار صادر، بيروت 1992م.
- (3) المصباح المنير. الفيومي. ط1. دار الحديث، القاهرة 1421هـ.

طبيعة نظام الرقابة على الصرف في الجزائر

أ. ليندة بلحارث*

مقدمة

لم تكن لعمليات الصرف أية قيود، إذ عرف الاقتصاد العالمي استقرارا نسبيا لا مثيل له، لاسيما قبل نشوب الحرب العالمية الأولى، غير أن هذا الاستقرار شغل معظم بلدان العالم عن إتباع سياسة نقدية ملائمة تحقق الاستقرار للأوضاع الاقتصادية الداخلية.

مما دعت الضرورة إلى البحث عن نظام جديد وفعال يضمن تحقيق التوازن بين السياستين الداخلية والخارجية، فكان ميلاد نظام الرقابة على الصرف، الذي كان يقصد به آنذاك: «إشراف الدولة على سوق الصرف من خلال تقييد حركات العرض والطلب على العملة الأجنبية، بواسطة تثبيت أسعار صرف العملة».

أخذ بهذا النظام معظم بلدان العالم خلال فترة الثلاثينيات، وازداد انتشاره حتى ما يعد الحرب العالمية الثانية، مما كاد أن يجعل منه قاعدة بعدما كان قبل الحرب استثناءً، والجزائر كغيرها من البلدان عرفت مثل هذا النظام (منذ ظهور فكرة منطقة الفرنك).

* المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة.

لكن السؤال المطروح : هل تمّ احتكار نظام الرقابة على الصرف في الجزائر لاسيما بعد إلزامية تحرير التجارة الخارجية والصرف؟!

لهذا سوف نتطرق في هذا البحث لمعرفة طبيعة نظام الرقابة على الصرف في الجزائر قبل التحرير الاقتصادي، من أحكام الرقابة على الصرف في المبادلات التجارية مع الخارج، و تحويل رؤوس الأموال من و إلى الخارج، إلى جزاء مخالفة هذه الأحكام، ثم الانعكاسات السلبية لنظام الرقابة على الصرف في مختلف المجالات.

ثم نتقل إلى معرفة نظام الرقابة على الصرف في ظل التحرير الاقتصادي، عن طريق إبراز مظاهر هذا التحرير، و تأثير المؤسسات المالية الدولية على سياسة الصرف في الجزائر.

أولا- طبيعة نظام الرقابة على الصرف في الجزائر

قبل التحرير الاقتصادي :

استمر العمل بنظام الرقابة على الصرف في الجزائر حتى بعد الاستقلال، أين بدأت تظهر الأغراض الأولى للانفصال من منطقة الفرنك الفرنسية⁽¹⁾، حين رغبت الجزائر في تغيير علاقاتها مع فرنسا، فقررت وضع رقابة صارمة على تعاملاتها المالية مع الدول الأعضاء داخل المنطقة، ومع تزايد تسرب رؤوس الأموال نحو بلدان المنطقة، نتج عنه ردّ فعلي حمائي للاقتصاد الوطني، تجسّد في وضع رقابة شديدة على جميع المبادلات المالية والتجارية مع الخارج بهدف حماية اقتصادها القومي من المؤثرات الخارجية.

فكانت البداية بنظام الحصص، الذي كان يشترط الحصول على ترخيص من وزارة المالية لجميع الواردات والصادرات، مع احترام الحصص المقررة، بهدف إعادة توجيه الواردات واقتصاد العملات الصعبة، وتحسين

(1) DE LA FOURNIERE Xavier, La zone franc, que sais - je ? PUF, Paris, 1971, pp 10 -11.

وضعية الميزان التجاري.

ثم تلتها مرحلة الاحتكارات بإصدار القانون رقم 02 / 78 والمتضمن احتكار الدولة للتجارة الخارجية(1)، ثم ظهر تنظيم التجارة والمدفوعات الخارجية في شكل تأطير للواردات، أين تمّ إقرار تراخيص إجمالية لها، بهدف تنظيم الاستيراد وتوزيع المداخيل بالعملة الصعبة حسب الأولويات المبرمجة، فتميزت الرقابة خلال هذه الفترة بصرامة قوانينها، وعدم قابلية الدينار للتحويل، وكذا انعدام سوق مصرفية للصرف.

وبصدور القانون رقم 12 / 86 والمتعلق بنظام البنوك والقرض، استعاد البنك المركزي لصلاحياته في مجال الصرف، وسمح للمصدرين الخواص بفتح حسابات خاصة بالدينار قابلة للتحويل، وأعفيت الواردات والصادرات التي تتم دون دفع من إجراءات التجارة الخارجية (2)، فأدت كل هذه الإجراءات إلى الارتفاع في تحويل الأذخار إلى الجزائر، وإلغاء الرقابة المسبقة، وبالتالي تكريس دور البنك المركزي والمصارف التجارية الوسيطة المعتمدة، التي أصبحت تمارس رقابة لاحقة للبرنامج العام للتجارة الخارجية.

وظلّ النظام قائما على حاله لغاية صدور القانون رقم 10 / 90 والمتعلق بالنقد والقرض، والذي أكد على مبدأ حرية المبادلات التجارية في ظل نظام الرقابة على الصرف، ومنح هذه الصلاحية لبنك الجزائر وحده دون وزارة المالية (3)، ليصبح البنك يتولى مهمتين أساسيتين هما :

- مهمة الرقابة على الصرف.

- مهمة تعديل النمو الاقتصادي، بتوفير أفضل الشروط لنمو منتظم

(1) قانون رقم 02 / 78 مؤرخ في 11 فيفري 1978، يتضمن احتكار الدولية للتجارة الخارجية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 07، الصادر بتاريخ 14 فيفري 1978.

(2) قانون رقم 12 / 86 مؤرخ في 19 أوت 1986، يتعلق بنظام البنوك والقرض، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 34، الصادرة بتاريخ 20 أوت 1986.

(3) قانون رقم 10 / 90 مؤرخ في 10 أفريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 16، الصادرة بتاريخ 18 أفريل 1990، ملغى.

للاقتصاد الوطني، والحفاظ عليها والسهر على تحقيق الاستقرار الداخلي والخارجي للنقد، بواسطة تنظيم ومراقبة الحركة النقدية، وهو ما تم تأكيده بموجب الأمر رقم 03 / 11 الملغى للقانون رقم 90 / 10 والمتعلق بالنقد والقرض (1)، ثم جاء النظام رقم 92 / 04 والذي كان يشكل الأساس القانوني لنظام الرقابة على الصرف في الجزائر، لكنه سرعان ما عوض عام 1995 بموجب النظام رقم 95 / 07 الساري المفعول حاليا (2).

لتصبح الرقابة على الصرف تعرف بأنها: **عَنْ** تمكين الدولة والمتمثلة في السلطات النقدية المختصة من ممارسة تأثير مباشر على العرض والطلب من العملات الأجنبية، وعلى تحديد سعر صرفها، والإشراف على سوق الصرف، بهدف تحقيق التوازن لميزان المدفوعات الذي له علاقة وطيدة بالاستقرار في أسعار الصرف، وبواسطتها تتم حماية الاقتصاد الوطني من انعكاسات الاقتصاد الخارجي، وكذا حماية القيمة الخارجية للعملة الوطنية، وتؤدي كلها إلى مكافحة تهريب رؤوس الأموال إلى الخارج **عَنْ**.

1 - أحكام الرقابة على الصرف في الجزائر :

تختلف أحكام الرقابة على الصرف باختلاف نوع المعاملات :

ففي مجال المبادلات التجارية : تتجسد أحكام الرقابة فيها في إجبارية التوطين البنكي لعقود الاستيراد والتصدير حسب الأنظمة والتعليمات التي تنظمها، أمام أي بنك أو مؤسسة مالية وسيطة معتمدة يختارها المستورد (3) أو المصدر حسب الحالة، مع وجود بعض الاختلافات كإلزامية التوطين

(1) أمر رقم 03 / 11 مؤرخ في 20 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 52، الصادرة بتاريخ 27 أوت 2003، ملغى للقانون رقم 90 / 10 المؤرخ في 10 أفريل 1990.

(2) نظام رقم 95 / 07 مؤرخ في 23 ديسمبر 1995، يتعلق بالرقابة على الصرف، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 11، الصادرة بتاريخ 11 فيفري 1996، ملغى للنظام رقم 92 / 04 المؤرخ في 22 مارس 1992.

(3) المادة 25 / 1 من النظام رقم 91 / 12 المؤرخ في 14 أوت 1991، يتعلق بتوطين الواردات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 28، الصادرة بتاريخ 15 أفريل 1992، ص 29، تقابلها المادة 26 من النظام رقم 95 / 07، مرجع سابق، ص 21.

البنكي لعملية تحصيل الإيرادات بالعملة الصعبة في تصدير المحروقات أمام بنك الجزائر⁽¹⁾، والحصول على رخصة قبلية منه في استيراد بعض الخدمات في حالة عدم توفر نصوص خاصة بها⁽²⁾، مع إلزامية استرجاع أو تحويل الناتج من عملية التصدير للسلع والخدمات إلى الوطن⁽³⁾.

أما في مجال تحويل رؤوس الأموال : فإنه يمنع منعاً باتاً على المقيمين في الجزائر من تشكيل أصول نقدية أو مالية أو عقارية بالخارج، انطلاقاً من نشاطاتهم في الجزائر، باستثناء ما إذا كان ذلك التحويل يتم لتأمين تمويل نشاطات خارجية متممة لنشاطاتهم المتعلقة بالسلع والخدمات في الجزائر، وهو ما يعرف بشروط إنشاء الاستثمارات الجزائرية بالخارج⁽⁴⁾، مع إلزامية الحصول على ترخيص مسبق من مجلس النقد والقرض⁽⁵⁾.

في حين يشترط في إنجاز الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، لاسيما في مجال تحويل الأرباح، من الحصول على ترخيص من مصالح مراقبة الصرف في مدة أقصاها شهرين عند تقديم طلب التحويل، ولا يمكن إجراء

(1) المواد : 3 - 4 من النظام رقم 04 / 91 المؤرخ في 16 ماي 1991، يتعلق بتحصيل إيرادات الصادرات من المحروقات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 23، الصادرة بتاريخ 25 مارس 1992، المعدل والمتمم بموجب النظام رقم 03 / 95 المؤرخ في 6 مارس 1995، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 6، الصادرة بتاريخ 24 جانفي 1996، ص 702.

- المادة 08 من النظام رقم 07 / 95، مرجع سابق، ص 21.

() - Note N°2001 - 16 - du 5 Août 2001, aux banques et établissements financiers intermédiaires agréés.

(3) نظام رقم 13 / 91 مؤرخ في 14 أوت 1991، يتعلق بالتوظيف والسنوية المالية للصادرات من غير المحروقات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 30، الصادرة بتاريخ 22 أبريل 1992.

du 26 Février 2001, Relative à la domiciliation et au règlement 06 - Note N°2001 financier des exportations hors hydrocarbures, p 85.

(4) المادة 126 من الأمر رقم 11 / 03، مرجع سابق.

(5) نظام رقم 01 / 02 مؤرخ في 20 فيفري 2002، يحدد شروط تكوين ملف خاص بطلب الترخيص بالاستثمار و / أو إقامة مكتب تمثيل في الخارج للمتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 30، الصادرة بتاريخ 28 أبريل 1992.

أي تحويل للأرباح دون أن تكون مضمونة من طرف بنك أو مؤسسة مالية وسيطة معتمدة⁽¹⁾.

أما في مجال الاستثمار داخل المناطق الحرة : فلا بد من تأكيد بنك الجزائر من استيراد العملة الصعبة من طرف المستثمر المقيم.

في حين يشترط في المستثمر غير المقيم استيراد العملة الصعبة مع إلزامية التوطين البنكي لعملية الاستيراد، مع تأكيد بنك الجزائر من حدوث التحويل من بنك في الخارج إلى بنك في الجزائر، في حين تعفى المبادلات التجارية داخل المنطقة من إلزامية التوطين بالنسبة للمعاملين في المنطقة فقط⁽²⁾.

أما بالنسبة لفتح الحسابات بالعملة الصعبة : فلا بد أن تتم أمام أي بنك أو مؤسسة مالية وسيطة معتمدة، مع تحديد نوع العملة التي سوف يفتح بها الحساب، وأن تكون تلك العملة قابلة للتحويل بكل حرية ومستعملة في المعاملات التجارية والمالية الدولية، والتي يتولى بنك الجزائر تسعيرها بانتظام، مع اشتراط أن يكون الأجنبي من بلد تعترف به الجزائر⁽³⁾، ولا يشترط الموافقة المسبقة من السلطات المختصة بالرقابة على الصرف بالنسبة للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الجزائري، ولا بد من تقديم الطلب

(1) المادة 04 من النظام رقم 2000 / 03 المؤرخ في 20 أفريل 2000، يتعلق بالاستثمارات الأجنبية في الجزائر، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 18، الصادرة بتاريخ 18 أفريل 2000.

(2) المادة 12 من الأمر رقم 02 / 03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمناطق الحرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 43، الصادرة بتاريخ 20 جوان 2003، ص 23.

- المادة 13 من الأمر رقم 02 / 03، مرجع سابق، ص 24.

(3) قرار رقم 61 / 87 مؤرخ في 4 مارس 1987، يتضمن تحديد شروط تسيير الحسابات بالعملة الصعبة بالنسبة للمواطنين المقيمين، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 12، الصادرة بتاريخ 11 مارس 1987، معدل ومتمم بموجب القرار رقم 30 جانفي 1998، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 22، الصادرة بتاريخ 1 جوان 1998.

أمام أي بنك معتمد مرفق بجميع الوثائق الضرورية (1).

2 - جزاء مخالفة أحكام نظام الرقابة على الصرف :

يترتب على مخالفة أحكام الرقابة على الصرف ما يُسمّى بجرائم الصرف، التي عرفت بدورها تطوراً كبيراً منذ صدور الأمر رقم 1088 / 45 الفرنسي والمتعلق بجرائم الصرف، إلى غاية إصدار الأمر رقم 22 / 96 الذي يعدّ أول تشريع جزائري مستقل ينظم مثل هذه الجرائم في الجزائر (2)، والذي بدوره عدّل وتمم بموجب الأمر رقم 01 / 03 لسياير التطورات الحالية، والذي أتى بتعريف واضح لجريمة الصرف (3)، مع استحداث معاقبة الشخص المعنوي بعدما كان مستبعداً في السابق.

ولمرتكب الفعل إمكانية طلب إجراء المصالحة التي هي ليست حقاً له، ولا إجراء إلزامي للجهة التي يرفع إليها الأمر، بل ممكنة لهما معاً، فيجوز للفاعل طلب إجراءها، وللإدارة الموافقة أو الرفض.

فهي عبارة عن إجراء أو وسيلة لحل نزاع ذو طابع جزائي. ففي حالة نجاحها تسقط الدعوى العمومية، وفي حالة فشلها تحال الدعوى مباشرة أمام وكيل الجمهورية المختص إقليمياً للمتابعة الجزائية، وعليه تقرّر عقوبات سواء على الشخص الطبيعي أو المعنوي (4).

(1) نظام رقم 10 / 94 مؤرخ في 12 أبريل 1994، معدل ومتمم للنظام رقم 02 / 90 المؤرخ في 8 ديسمبر 1990، يحدد شروط فتح وتشغيل الحسابات بالعملة الصعبة للأشخاص المعنوية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 72، الصادرة بتاريخ 6 نوفمبر 1994.

du 8 Octobre 1990, Fixant les modalités d'ouverture et de 05 - Instruction N° 90 fonctionnement des comptes devises des personnes morales

(2) أمر رقم 22 / 96 مؤرخ في 9 جويلية 1996، يتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الجزائر، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 43، الصادرة بتاريخ 10 جوان 1996، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 01 / 03 المؤرخ في 19 فيفري 2003، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 02، الصادرة بتاريخ 23 فيفري 2003.

(3) المواد 2، 4، 6، من الأمر رقم 01 / 03، مرجع سابق، ص 18.

(4) بوسقبة أحسن، المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام، وفي المادة الجمركية بوجه خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص ص. 197 - 198.

3- نتائج الرقابة على الصرف :

لقد انعكست نتائج الرقابة على الصرف سلباً.

1. ميزان المدفوعات :

أين عرف تدهورا كبيرا، بعدما كان من أهم أهداف الرقابة لأجل تحقيق التوازن له، إلا أنّ الواقع أثبت عكس ذلك في العديد من المرات⁽¹⁾، مما أصبح نتيجة من نتائج الرقابة وليس هدفا، فلقد أدى إتباع الجزائر لسياسة سعر صرف غير ملائمة إلى تأثير تلك السياسة على أسعار السلع المنتجة محليا وحتى المستوردة، كما تم اللجوء إلى استيراد السلع والخدمات بشكل مفرط على حساب المنتجات الوطنية، بالرغم من صرامة نظام الرقابة، مما انعكس سلبا سواء على الميزان التجاري أو الحساب الجاري.

2. تدهور قيمة الدينار الجزائري :

يقال أنه ﷺ بقدر ما تكون قيمة العملة قابلة للتحويل بقدر ما تكون لها قيمة في السوق النقدية والمالية الخارجيتين ﷺ. وقوة العملة الوطنية تعود إلى الفائض المسجل في ميزان المدفوعات، ولأن هذا الأخير عرف تدهورا كبيرا، تبعه في ذلك تدهور قيمة الدينار الأمر الذي أدى إلى وجود حركة مضاربية في سوق السلع والخدمات، فيقوم المضاربون بجعل الأرباح المتحصل عليها في حالة تخفيض الدينار بعيدة عن الخسائر الناتجة عن التضخم، ويتولون تصديرها نحو بلدان أخرى يكون فيها الوضع الاقتصادي مستقراً وجهاز إنتاجها فعالاً، مما تؤدي تصرفاتهم هاته إلى تدهور في قيمة الدينار وبالتالي ضرورة إجراء التخفيض.

3. ظهور السوق الموازية :

تشكل هذه الأخيرة عندما لا يستطيع بنك الجزائر من تلبية جميع طلبات المقيمين على العملات الصعبة، فكلما كانت سعة السوق الموازية

ARTUS Patrick, Economie des taux de change , Economica, Paris, Sans année (1)

.50 - d'édition, pp. 49

أكثر كلما ازداد الفرق بين سعر الصرف الرسمي الذي تحدده السلطات وسعر الصرف الموازي المحدد في السوق الموازية.

ومن أهم أسباب ظهورها وانتشارها هو الطلب المتزايد على العملات الصعبة وتمويل الواردات غير القانونية، وتوظيف رؤوس الأموال في الخارج⁽¹⁾، والصادرات المهربة والإفراط في الفوترة بالنسبة للواردات، وكذا التخفيض في مبلغ فاتورة التصدير المصرح به.

لكن بالرغم من النتائج السلبية لهذه السوق، وعلى رأسها تفاقم ظاهرة التضخم وانخفاض مستوى الادخار المحلي، وكذا انتشار ظاهرة الرشوة والفساد، إلا أنه يمكن أن تحقق في بعض الحالات منفعة للاقتصاد من خلال :

- السماح بتوفير سلع نادرة لصالح المجتمع لا تقوم الدولة باستيرادها.
- السعر الموازي يكشف عن التقدير فوق القيمة للسعر الرسمي للعملة الوطنية ونسبة التخفيض الضرورية.
- كما أن سياسة التخفيض تكون أقل تضخمية بوجود السوق الموازية، وتكون قيمة العملة الوطنية عرضة للتخفيض دون إجراء تعديل على سعر الصرف الرسمي.

4. تهريب رؤوس الأموال :

وذلك بواسطة قيام الأشخاص بشراء العملة الوطنية من غير البنوك والمؤسسات المالية الوسيطة المعتمدة الموجودة في الجزائر، إذ قد يشترون العملة الوطنية من بنوك أجنبية ليتمكنوا من بيعها لبنوك أجنبية أخرى مقابل عملات أخرى، بهدف استخدامها في عمليات الاستيراد خارج نظام الرقابة على الصرف، وبالتالي الحصول على كمية لا بأس بها من رؤوس الأموال كانوا سوف لن يتحصلوا عليها لو احترموا قواعد الرقابة على الصرف وشروطها، وتكتمل عملية التهريب بمساعدة البنوك والمؤسسات المالية الوسيطة المعتمدة بقيامها بشراء أو تحويل العملة الوطنية من البنوك الأجنبية

(1) عبد الباقي يوسف، دور سعر الصرف في تعديل ميزان المدفوعات للدول النامية - دراسة حالة الجزائر، مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع التسيير، جامعة الجزائر، 2001، ص 80.

علمًا أن هذا لا يجوز.

كما تبرز ظاهرة التهريب في العمليات التي تتم دون دفع أو تحصيل عملة أجنبية، وذلك بإجراء عملية المقاصة بين شخصين عاديين أو عوَّنين اقتصاديين عاديين وفقا لسعر صرف أقل من السعر الرسمي، مما لا يمكن السلطات من تحصيل العملات الصعبة.

ثانيا. طبيعة نظام الرقابة على الصرف في ظل التحرير الاقتصادي :

نظرا لأهمية قطاع التجارة الخارجية، وأمام ضعف الأداء التجاري الذي ميز فترة الثمانينيات كان من الضروري البحث عن إطار تنظيمي جديد للمبادلات المالية والتجارية للجزائر، حتى يتسنى توجيه جميع التدفقات طبقا لقواعد ومتطلبات النظام الاقتصادي الدولي الجديد، وبالتالي تعديل السياسة التجارية ونظام الصرف باتجاه التحرير، نظرا لتلك النتائج التي برزت عن صرامة قوانين الرقابة على الصرف، والتي أرغمت السلطات على التخلي عن طبيعة نظامها الاقتصادي السائد، وأدركت ضرورة تحرير تجارتها الخارجية وبالتالي تحرير صرفها.

1- مظاهر تحرير الصرف :

كانت البداية بضرورة ترقية الصادرات خارج المحروقات على إثر أزمة البترول العالمية عام 1986⁽¹⁾، لتصبح المنتوجات خارج المحروقات تحظى باهتمام كبير، بهدف تحسين قيمة الثروات الوطنية التي يتم تحويلها أو إنتاجها محلياً، وتصديرها في شكل منتوجات تامة الصنع أو نصف مصنعة، وتصدر المنتوجات ذات القدرة العالمية على المنافسة في السوق العالمية، مع التركيز على المنتوجات ذات التقييم الايجابي بالعملة الصعبة.

كما تمّ إنشاء الوكالة الوطنية لترقية التجارة الخارجية وتنظيمها، تكلف بتسيير وسائل ترقية الصادرات خارج المحروقات⁽²⁾، وتم تشكيل المجلس

(1) ديش أحمد، دوافع وإجراءات تحرير الصرف والتجارة الخارجية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع نقود ومالية، جامعة الجزائر، 1996 / 1997، ص 31.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 174 / 04 مؤرخ في 12 جوان 2004، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لترقية

الوطني الاستشاري لترقية الصادرات يقوم بتحديد أهداف تطوير الصادرات خارج المحروقات(1).

كما عرف سعر الصرف تحولا كبيرا، فبعدها كان يستعمل سعر صرف واحد ووحيد لجميع المعاملات الاقتصادية(2)، أصبح يوجد أكثر من سعر صرف واحد، لاسيما الموازي منه، الأمر الذي أجبر السلطات على ضرورة إتباع سياسة نشطة ومرنة لسعر الصرف عبر عدة مراحل(3)، كانت بدايتها بمرحلة سبتمبر 1994، أين تم الاعتماد على تقنية جديدة لتحديد سعر صرف الدينار، تمثلت في طريقة التسعير Fixing sussions، إلى غاية أواخر عام 1995 أين أصبح سعر الصرف مرنا وعائماً من خلال عقد جلسات يومية لتحديده تحت إدارة بنك الجزائر بناءً على عروض مقدّمة من البنوك التجارية.

هذا التعويم تبعته ضرورة تخفيض قيمة الدينار بتاءً على قرار واعٍ وسياسي بهدف تغيير قيمة العملة الوطنية بالنظر إلى نظيرتها من العملات.

للبه فيما بعد أهم إجراء تم اتخاذه، وهو إنشاء سوق مصرفية للصرف ما بين البنوك في أواخر عام 1995(4)، ليدخل حيز التنفيذ في جانفي 1996، أين يتم بداخلها معالجة جميع عمليات الصرف الآجلة والعاجلة، وبالتالي ضمان التقاء العرض والطلب على العملة الصعبة، واستخراج معدلاتها مقارنة بالعملة الوطنية، وإنّ هذه الخطوة لجدّ إيجابية بالرغم من حدائتها، لكن ما على

التجارة الخارجية وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 39، الصادرة بتاريخ 16 جوان 2004.

(1) مرسوم تنفيذي رقم 173/04 مؤرخ في 12 جوان 2004، يتضمن تشكيل المجلس الوطني الاستشاري لترقية الصادرات وسيره، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 39، الصادرة بتاريخ 16 جوان 2004.

(2) المادة 127 / 2 من الأمر رقم 03 / 11، مرجع سابق، ص 153.

(3) حميدات محمود، مدخل للتحليل النقدي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص ص. 159 - 162.

(4) نظام رقم 08 / 95 مؤرخ في 23 ديسمبر 1995، يتعلق بإنشاء سوق مصرفية مشتركة للصرف، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 05، الصادرة بتاريخ 11 فيفري 1996.

du 27 Décembre 1995, Portant organisation et de 79 - Instruction N° 95
fonctionnement du marché interbancaire de change

السلطات إلا تحسين تشغيلها، وعلى البنك المركزي أن يكون أكثر فعالية في توعية المشاركين لعمليات السوق، وأن يحسّن تدخلاته في مثل هذه الأسواق.

2- دور المؤسسة المالية في تحرير الصرف في الجزائر :

إنّ التغييرات التي طرأت على سياسة الصرف في الجزائر لم تكن فقط نتيجة لوعي السلطات بضرورة إجراء التغيير، نظرا لوضعية الاقتصاد الوطني وسوء التسيير الداخلي للدولة، وإنما هو راجع أصلا لدعوة الهيئات الدولية لذلك، وتأكيدا على ضرورة الإصلاح الجوهري للسياسات التجارية الخارجية، وسياسة الصرف تجاه الجزائر، وضرورة تلائم هذه السياسات وطبيعة التنظيم العالمي الجديد الذي يقوم على نظام الاقتصاد الحر.

فكانت البداية بمرور صندوق النقد الدولي نتيجة للاضطرابات التي عاشها العالم خلال فترة ما بين الحربين، ليأخذ على عاتقه مهمة الإشراف على تغيير أسعار صرف العملات الأجنبية بعد تعرض التجارة الدولية للعديد من المضايقات والحواجز، التي انتهت في الأخير إلى ضرورة توقف كل دولة عن فرض القيود على حرية عمليات الصرف⁽¹⁾.

فكانت الجزائر من البلدان التي ارتمت بين أحضان الصندوق، نتيجة لما وصل إليه اقتصادها، لاسيما سياسة الصرف والرقابة عليه، التي أصبحت لا تلائم أبداً سياسة الصندوق، فتم الدخول في مفاوضات مع خبراء الصندوق⁽²⁾، ومن أهم المواضيع التي تمّ مناقشتها : الإصلاحات الواجب إتباعها في ظل السياسة التي يقترحها الصندوق بمشاركة الخبراء الاقتصاديين الوطنيين، بهدف الوصول إلى تحويل الدينار تجارياً، وبالتالي ضرورة إيجاد سياسة واضحة لمعدل الصرف لأجل وضع حدّ للتفاوت بين سعر الصرف

(1) BENHAMOUADA Boualem, Les mécanismes monétaires et financières (1) .22 - internationaux, sans maison d'édition, Alger , sans année d'édition, pp. 21

- عبد الرحمن يسري أحمد، الاقتصاديات الدولية، الدار الجامعية، مصر، 2001، ص 302.

(2) سعدي نعمان، سياسة الصرف في إطار التصحيح الهيكلي لصندوق النقد الدولي - دراسة حالة الجزائر - مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1998، ص ص. 110 - 112.

الرسمي ونظيره الموازي.

ثم جاء دور البنك العالمي للإنشاء والتعمير، الذي أنشئ في إطار بناء النظام الاقتصادي العالمي الجديد، وهو المسؤول عن إدارة النظام المالي الدولي⁽¹⁾، ومعالجة الاختلال الاقتصادي لكل دولة طالبة منه ذلك، ومن بينها الجزائر، وذلك بسبب فشل سياسة التثبيت المنتهجة من طرف الصندوق، فكان ميلاد لسياسة جديدة هي سياسة التصحيح الهيكلي بواسطة استعمال مجموعة من الأدوات أهمها :

أداة سعر الصرف، أين يشترط البنك تخفيض قيمة سعر الصرف الذي يعد شرطاً جوهرياً لتصحيح العجز الذي يعانيه الاقتصاد الوطني، مع تصحيح نظام الصرف وإزالة جميع الحواجز التي تحول دون نمو التجارة الخارجية، وبذل جهود معتبرة لأجل تجارة دولية حرة⁽²⁾.

ثم ظهرت المنظمة العالمية للتجارة، التي تسعى جاهدة لتكريس مبدأ حرية الصناعة والتجارة، مع إخضاع الرساميل لمبدأ حرية التنقل والمبادلة⁽³⁾.

ولقد تأخر طلب انضمام الجزائر إليها إلى غاية 1994⁽⁴⁾، حيث تم تقديم مشروع المذكرة الذي يحدد النظام الذي يلائم ويناسب التجارة الخارجية للجزائر، وجميع النتائج المتوصل إليها مع كل من الصندوق والبنك العالمي، وسياسة النقد والقرض، وكذا سياسة الصرف وتحرير الاستثمارات وتشجيعها.

فأجرت الجزائر أول مفاوضات مع الدول الأعضاء في المنظمة يومي 22 و 23 أفريل 1998، تعهد خلالها رئيس البعثة الجزائرية ووزير التجارة

(1) زكي رمزي، الاقتصاد العربي تحت الحصار، مركز دراسات الوحدة العربية، القاهرة، 1989، ص 234.

(2) « Média Bank, N° 2002 - Evaluation de la dette extérieure de l'Algérie 1992 », pp. 4 - 64 - 7.

(3) BLIN Olivier, L'organisation mondial du commerce, Ellipses, Paris, 1999, p 11

(4) الشريف بقة، « المنظمة الدولية للتجارة والاقتصاد الجزائري »، مجلة اتحاد الجامعات العربية، العدد 06، أكتوبر 1997، ص ص. 8 - 18.

على تقديم جميع الشروط والتوضيحات اللازمة لتحديد مدى تطابق أو عدم تطابق التشريعات والقوانين الجزائرية مع الشروط المنصوص عليها في المنظمة، ليصل عدد الجولات إلى 10.

ومن أهم الأسئلة المطروحة على الجزائر في مجال سياسة الصرف هي : نتائج برنامج إعادة الهيكلة، والتأكيد على ضرورة العمل بقاعدة قابلية التحرير الكلي.

لكن ما جعل الجزائر تتردد في الانضمام هي تلك الانعكاسات السلبية التي قد تحدث من تأثير حركة رؤوس الأموال على السياسة النقدية، حيث تؤدي إلى زيادة التوسع النقدي، والزيادة في سعر الصرف الحقيقي، مما قد يسبب تدمير للاقتصاد الوطني(1).

إلا أنه، ولتجنب مثل هذه الانعكاسات، لابد من استغلال الفرص التي تتيحها المنظمة، لاسيما خلال فترة السماح والمعاملة التفضيلية التي قد تمنح للجزائر، ليُفتح المجال خلال هذه الفترة أمام الاستثمارات الأجنبية، وإقامة عقود شراكة بعد وضع قاعدة قانونية آمنة ومستقرة، والمحافظة على استقرار العملة الوطنية. فهذه الاستثناءات التي قد تستفيد منها الجزائر، ستسمح بتخفيض الآثار المحتملة لتحرير التجارة الخارجية والصرف(2).

خاتمة

صحيح أن نظام الرقابة على الصرف يعدّ من أنجع الوسائل التي تضمن حماية أسعار الصرف، ومراقبة جميع الصفقات الجارية مع الخارج، وحركات رؤوس الأموال، لكنه بالمقابل يقف عائقاً أمام المبادلات التجارية وكذا حرية تنقل رؤوس الأموال، مما يسبب تخوفاً كبيراً لدى المستثمرين من المخاطرة بأموالهم في الجزائر.

(1) خالد خديجة، « أثر الانفتاح التجاري على الاقتصادي الجزائري »، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 02، ماي 2005، ص ص. 87 - 91

(2) « L'accord d'association Algérie, UE, signé officiellement à Valence », Média 9 - Bank, N° 59, 2002, pp. 8

لكن بالرغم من ذلك، فسياسة الصرف في الجزائر لا تزال تأخذ هذا النظام، لكن ليست بالشدة والصرامة المعهودتين في السابق، بل أصبحت أحكام الرقابة تتسم بطابع الليونة، الشيء الذي حول من طبيعة الرقابة من رقابة سابقة إلى رقابة لاحقة، نظرا لطبيعة النظام الاقتصادي الحالي، وضرورة تماشيه والنظام العالمي الجديد، كما يضمن بنك الجزائر تسيير احتياطات الصرف وفق سياسة تتطابق مع القواعد الدولية، إذ بلغ مقدارها حالياً 70 مليار دولار، هذا الارتفاع سمح بتحقيق حصيلة إيجابية من الفوائد، هذه الأخيرة التي جعلت من ارتفاع سعر صرف الأورو في بعض الأحيان محدود التأثير على الموارد المالية للبلاد.

لكن هذا لا يمنع من القول أنه، طالما أن صادرات الجزائر هي بالدولار، فإنها ستعاني لا محالة من عدة إشكالات في مواجهة الأورو، لهذا فلا بد من التعامل بهذه العملة وذلك دخولا في بداية التحديات في المبادلات التجارية، لأنه سيحتّم عليها في المستقبل التعامل بالأورو، لهذا فما على السلطات إلا السّهر على تحقيق التعميم التدريجي للاستعمال، لاسيما بعد دخول الجزائر في شراكة مع الاتحاد الأوروبي.

إنّ هدف العالم اليوم هو العمل على انسجام جميع السياسات، حتى الوصول إلى نظام عالمي ووحيد وواحد ألا وهو العولمة، التي أصبحت تفرض على البلدان النامية بواسطة المؤسسات الدولية والإقليمية، لهدف توحيد تطبيق أساليبها على أنحاء المعمورة.

والجزائر بقيامها بإصلاحات عديدة في المجال النقدي والمالي، فإنها تخطو خطوات كبيرة في اتجاه تحرير التجارة الخارجية والصرف، لكن بالمقابل، يصعب علينا تقبل فكرة عدم تدخل الدولة في الحقل الاقتصادي بصورة مطلقة، لأنها تحتاج لمدة طويلة حتى تترسخ في ذهنية صانعي السياسة، أين تحتاج مثل هذه المواضيع إلى اتخاذ قرارات صعبة وحساسة تتلاءم والأهداف الاقتصادية، وكذا نظام سعر الصرف، الأمر الذي جعل مناخ الاستثمار لا يزال يتسم بالثقل، بالرغم من إقرار إصلاحات عديدة، لأن عقبات كثيرة لا تزال تعترض المستثمر.

ولعلّ إلغاء مشروع منطقة بلارة للتبادل الحر لأحسن مثال على ذلك، وذلك بسبب فشل الحكومة في إيجاد طريقة لتنشيطها عن طريق العجز عن إيجاد هيئة لتسيير المنطقة، في حين تمّ طرح فكرة تحويلها إلى منطقة صناعية.

لكن يجب بالقابل أن لا ننكر بعض النتائج الإيجابية التي أتت بها البرامج الإصلاحية، والتي انعكست في: انخفاض العجز، وإجراء تغييرات في هيكل الصادرات، أين سجل ميزان المدفوعات رصيد إيجابي يقدر بـ 49 مليار، واستقرار أسعار الصرف وارتفاع حجم احتياطياته، بالإضافة إلى توقع دعم القطاع الخاص وتحرير انتقال رؤوس الأموال، ومواصلة تنمية التجارة الدولية بواسطة تحريرها من القيود والعوائق، والسعي لتكثيف التعاون الاقتصادي بكافة الطرق الممكنة.

ليمكن القول في الختام، أن التحرير الاقتصادي أصبح بتحطيمه للحواجز الجغرافية والجمركية والمالية يجمع بين معادلتين متناقضتين هما: التفتح والسيادة.

قائمة المراجع :

أولا : باللغة العربية :

1. الكتب :

- (1) بوسقيعة احسن، المصالحة في المواد الجزائرية بوجه عام وفي المادة الجمركية بوجه خاص، الديوان الوطني الأشغال التريبة، الجزائر، 2001.
- (2) حميدات محمود، مدخل للتحليل النقدي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
- (3) زكري رمزي، الاقتصاد العربي تحت الحصار، مركز الدراسات الوحدة العربية، القاهرة، 1989.
- (4) عبد الرحمن سييري، الاقتصاديات الدولية، الدار الجامعية، مصر، 2001.

2 المقالات :

- (1) الشريف بقة، « المنظمة الدولية للتجارة والاقتصاد الجزائري »، مجلة إتحاد الجامعات العربية، العدد 06، أكتوبر 1997.

(2) خالد خديجة، « أثر الانفتاح التجاري على الإقتصاد الجزائري »، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 02، ماي 2005.

3. المذكرات :

- (1) - دبش أحمد، دوافع و إجراءات تحرير الصرف والتجارة الخارجية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع نقود مالية، جامعة الجزائر، 1996 / 1997.
- (2) - سعدي نعمان، سياسة الصرف في إطار التصحيح الهيكلي لصندوق النقد الدولي، دراسة حالة الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1998.
- (3) - يوسف عبد الباقي، دور سعر الصرف في تعديل ميزان المدفوعات للدول النامية - دراسة حالة الجزائر - مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع التسيير، جامعة الجزائر، 2001.

4. النصوص القانونية :

أ. النصوص التشريعية :

- (1) - قانون رقم 78 / 02 مؤرخ في 11 فيفري 1978، يتضمن احتكار الدولية للتجارة الخارجية، ج ر ع 07 صادر بتاريخ 14 / فيفري 1978.
- (2) - قانون رقم 86 / 12 مؤرخ في 19 أوت 1986، يتعلق بنظام البنوك والقروض، ج ر ع 34، صادرة بتاريخ 20 أوت 1986.
- (3) - قانون رقم 90 / 10 مؤرخ في 10 أفريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض ج ر ع 16 صادرة بتاريخ 18 أفريل 1990، ملغى بموجب القانون رقم 03 / 11 المؤرخ في 20 أوت 2003، ج ر ع 52 صادرة بتاريخ 27 أوت 2003.
- (4) - أمر رقم 96 / 22 مؤرخ في 09 جويلية 1996، يتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج ر ع 43 صادرة بتاريخ 10 جوان 1996. معدل و متمم بموجب الأمر رقم 03 / 01 المؤرخ في 19 فيفري 2003، ج ر ع 02 صادرة بتاريخ 23 فيفري 2003.

ب. النصوص التنظيمية :

- (1) - نظام رقم 91 / 04 مؤرخ في 16 ماي 1991، يتعلق بتحصيل إيرادات الصادات من المحروقات، ج ر ع 23 صادرة بتاريخ 25 مارس 1992.

- (2) - نظام رقم 91 / 12 مؤرخ في 04 أوت 1991، يتعلق بتوطين الواردات، ج ر ع 28 صادرة بتاريخ 15 أفريل 1992.
- (3) - نظام رقم 91 / 13 مؤرخ في 04 أوت 1991، يتعلق بتوطين الصادرات، ج ر ع 28 صادرة بتاريخ 15 أفريل 1992.
- (4) - نظام رقم 94 / 10 مؤرخ في 02 أفريل 1994، معدل ومتمم للنظام رقم 90 / 02. المؤرخ في 08 ديسمبر 1990، يحدد شروط فتح وتشغيل الحسابات بالعملة الصعبة للأشخاص المعنوية، ج ر ع 72 صادرة بتاريخ 06 نوفمبر 1994.
- (5) - مرسوم تنفيذي رقم 04 / 174 مؤرخ في 12 جوان 2004، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لترقية التجارة الخارجية وتنظيمها وسيرها، ج ر ع 39 صادرة بتاريخ 06 جوان 2004.
- (6) - مرسوم تنفيذي رقم 04 / 173 مؤرخ في 12 جوان 2004، يتضمن تشكيل المجلس الوطني الاستشاري لترقية الصادرات وسيرها، ج ر ع 39 صادرة بتاريخ 06 جوان 2004.
- (7) - نظام رقم 95 / 08 مؤرخ في 23 ديسمبر 1995، يتعلق بإنشاء سوق مصرفية مشتركة للصرف، ج ر ع 05 صادرة بتاريخ 11 فيفري 1996.

ثانيا : باللغة الفرنسية.

1. الكتب

- 1) — ARTUS Patrick, Economie des taux de change , Economica, Paris, Sans année d'édition,
- 2) — BENHAMOUADA Boualem, Les mécanismes monétaires et financières internationaux, sans maison d'édition, Alger , sans année d'édition.
- 3) — DE LA FOURNIERE Xavier, La zone franc, que sais _ je ? PUF, Paris, 1971.

2. المقالات

- 1) — « Evaluation de la dette extérieure de l'Algérie 1992 _ 2002 », Média Bank, N° 64 , 2002.

- 2) – " L'accord d'association Algérie, UE, signé officiellement à Valence", Média Bank, N° 59, 2002.

3. النصوص التنظيمية

- 1) – Instruction N° 90 _ 05 du 8 Octobre 1990, Fixant les modalités d'ouverture et de fonctionnement des comptes devises des personnes morales.
- 2) – Instruction N° 95 _ 79 du 27 Décembre 1995, Portant organisation et de fonctionnement du marché interbancaire de change.
- 3) – Note N°2001 _ 06 du 26 Février 2001, Relative à la domiciliation et au règlement financier des exportations hors hydrocarbures.
- 4) – Note N°2001 _ 16 du 5 Août 2001, aux banque et établissements financières intermédiaires agréées.



الإنجاب بالوسائل الحديثة في قانون الأسرة الجزائري

أ. فاطمة عيسوي *

مقدمة :

يعتبر الإنجاب من مقاصد الشريعة الإسلامية، ومن أهداف الزواج في قانون الأسرة الجزائري، إلا أن هذا الحق يتعذر على الزوجين في كثير من الأحيان نتيجة مرض أو عيب خلقي في كليهما أو أحدهما، وهنا يثار التساؤل حول شرعية لجوئهما إلى التلقيح الصناعي الذي يعتبر أنجع وسيلة لعلاج العقم، ولا تقتصر الغاية من التلقيح الصناعي على علاج العقم بل أصبح يستعمل لأغراض أخرى، مثل التحكم في جنس الجنين والتناسخ بخلايا جسدية، بل وأصبح بالإمكان تجميد الحيوانات المنوية واللقاح البشرية واستخدام أرحام نساء أجنبيات في تنمية الأجنة، كل ذلك أدى إلى الخروج عن القواعد التقليدية للإنجاب، وذلك لما أدت إليه هذه الأبحاث من نتائج أهمها :

الفصل بين الإنجاب والزواج، أو الاتصال الجنسي بصفة عامة.

الفصل بين الإخصاب والحمل الذاتي.

الفصل بين رابطة الدم ورباطة الرحم.

* المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة.

مما أدى إلى جدل بين رجال الطب والقانون والدين حول مشروعيتها، وأدى كذلك إلى اختلاف في موقف التشريعات من هذه الاكتشافات، فهناك من أباحها وهناك من حرمها بجميع صورها.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اتفق غالبيتهم على إباحة بعض الأساليب من التلقيح الصناعي، وحرّموا البعض الآخر المتعلق بالتلقيح الصناعي ذي العنصر الأجنبي⁽¹⁾.

هذا ما يقودنا إلى التساؤل حول حكم هذه الطريقة للإنجاب بالوسائل الحديثة في قانون الأسرة الجزائري؟

للإجابة على هذا السؤال، سوف نتطرق إلى أساليب التلقيح الصناعي وشروطه في مبحث أول، والآثار المترتبة على إجراء عملية التلقيح الصناعي في مبحث ثاني.

المبحث الأول

أساليب التلقيح الصناعي وشروطه

يتم تلقيح الصناعي بعدة أساليب، منها ما هو جائز شرعا ومنها ما تم تحريمه، وحتى الأساليب المشروعة وضع لها المشرع مجموعة من الشروط تهدف إلى صيانة الشرف والمحافظة على الأنساب.

المطلب الأول : أساليب التلقيح الصناعي

تتنوع أساليب التلقيح الصناعي حسب مكان التلقيح ومصدر مكوناته ومستقر البويضة الملقحة، وقد تم حصر هذه الأساليب في قرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة المنعقدة في مكة المكرمة الممتدة من 12 إلى 19 جانفي 1984 وقد أعادت صياغته في القرار الذي أصدره في دورته الثامنة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 19 إلى 28 جانفي 1985. بشأن التلقيح الصناعي وأطفال الأنايب، حيث تبين المجلس المجمع الفقهي

(1) انظر أدلة الفقهاء في هذا المجال، أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر العربي، مصر، 2006 ص 83.

الإسلامي من الدراسة المقدمة إليه في الموضوع بما أظهرته المذكرة والمناقشة أن الأساليب والوسائل التي يجري بها التلقيح الصناعي بطريقته الداخلي والخارجي لأجل الإستلاد هي سبعة أساليب بحسب الأحوال المختلفة، للتلقيح الداخلي فيها أسلوبان وللخارجي خمسة من الناحية الواقعية بقطع النظر عن حلها أو حرمتها شرعا وهي الأساليب التالية :

الأسلوب الأول : أن تؤخذ النطفة من الزوج وتحقن في رحم الزوجة حتى تلتقي النطفة تلقاء طبيعيا بالبويضة، ويتم التلقيح بينهما كما في حالة الجماع.

الأسلوب الثاني : أن تؤخذ النطفة من رجل وتحقن في رحم زوجة رجل آخر، حتى يتم التلقيح كما في الأسلوب الأول.

الأسلوب الثالث : أن تؤخذ النطفة من الزوج والبويضة من الزوجة ويتم التلقيح في أنبوب اختبار، ثم يزرع اللقيحة في رحم الزوجة نفسها، وهذا ما يسمى بأطفال الأنابيب

الأسلوب الرابع : أن تؤخذ نطفة الزوج وبويضة امرأة أخرى غير الزوجة، ويتم التلقيح في أنبوب اختبار، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

الأسلوب الخامس : أن تؤخذ نطفة رجل وبويضة امرأة ليست زوجته ويتم تلقيح داخل أنبوب اختبار ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجة رجل آخر.

الأسلوب السادس : أن يجري التلقيح في أنبوب اختبار، نطفة الزوج وبويضة الزوجة ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى.

الأسلوب السابع : وهو نفسه الأسلوب السادس، ولكن عندما تكون المرأة متطوعة بالعمل الزوجة الثانية لصاحب النطفة. أجاز المجلس أسلوبيين من هذه الأساليب، وهما اللذين يتم التلقيح بهما بين نطفة الرجل وبويضة الزوجة، أما الأساليب الأخرى ذات العنصر الأجنبي فكلها محرمة.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري⁽¹⁾ نجد المادة 45 مكرر، تنص على أنه « يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي»، ووضعت لذلك

(1) قانون رقم 84 / 11 مؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمس 05 - 02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005.

مجموعة من الشروط، أهمها أن يتم التلقيح بمني الزوج ومني الزوجة دون غيرهما، وقررت عدم جواز التلقيح الصناعي باستعمال الأم البديلة.

وهكذا يتضح لنا أن هذه المادة جاءت مسايرة لما تم إقراره في المجمع الفقهي الإسلامي من جواز التلقيح الصناعي الذي يتم ببذرتي الزوجين فقط، وبالتالي عدم جواز اللجوء إلى الأساليب الأخرى للتلقيح الصناعي.

إلا أن المشرع لم يبين لنا المسؤولية المترتبة في حالة إجرائها، ولمن ينسب الولد الناتج عن العملية في تلك الحالات.

طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد النص عليه، فإننا نجد فقهاء الشريعة الإسلامية يحرمون أساليب التلقيح الصناعي التي تتم بعنصر أجنبي، ويقولون أنها تأخذ معنى الزنا، وأن الطفل الذي يولد بتلك الأساليب ينسب إلى المرأة التي ولدتها، ويكون له حكم ابن الزنا⁽¹⁾، ويبقى الإشكال مطروحا حول مدى توافر أركان جريمة الزنا في هذه الأفعال، وحول تطبيق عقوبة الزنا على أطراف العملية.

المطلب الثاني : شروط التلقيح الصناعي

حفظا على الأنساب وحماية للأسرة التي هي عماد المجتمع وضع المشرع مجموعة من الشروط لإجراء عملية التلقيح الصناعي نصت عليها المادة 45 وهي :

1. أن يكون الزواج شرعيا :

فلا يجوز إجراء عملية التلقيح الصناعي بين رجل وامرأة لا يربطهما عقد زواج شرعي، وبالتالي لا يجوز التلقيح الصناعي بين الزوجين بعد فك الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة، كما لا يجرى هذا التلقيح لامرأة غير

(1) دار الإفتاء، الفتاوى الإسلامية، مجلة 09 (1403 هـ - 1983 م)، ص 3213، وللمزيد من التفصيل أيضا انظر : أحمد شرف الدين، هندسة الأنجاب والوراثة في ضوء الأخلاق الشرائع، مكتبة الأكاديمية، مصر 2001، ص 189 وما بعدها.

متزوجة.

هذا الشرط منطقي لأن الهدف من جواز التلقيح الصناعي هو تحقيق مقصد من مقاصد الزواج المتمثل في الحصول على الأولاد، وتكوين أسرة متماسكة.

2. أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما :

أ. أن يكون التلقيح برضا الزوجين :

تتقيد مشروعية التلقيح الصناعي الذي يتم بينرتي الزوجين للحصول على رضاهما الحر، بعد إحاطتهما بكافة معطيات العملية، فإذا إنعدم الرضا أو شابه عيب كالإكراه أو الغش أو التدليس فإن إجراء العملية في هذه الحالة قد يقع تحت طائلة العقاب (1).

والتساؤل الذي يثار هنا حول حكم العدول عن الرضا ؟

للإجابة على هذا السؤال لا بد من التفرقة بين المرحلتين لتلقيح الصناعي :

1- مرحلة التقاط البويضة من مبيض المرأة واستخلاص المني من الزوج، ويستلزم ذلك الحصول على رضا الزوجين.

2- مرحلة تلقيح البويضة بمني الزوج تمهيدا لوضع البويضة الملقحة في رحم الزوجة وهي تستلزم رضا الزوجين أيضا.

يرى أغلبية الفقهاء أنه إذا كان العدول قبل الشروع في إجراءات المرحلة الأولى وبعد إجرائها وقبل تلقيح البويضة، فإنه لا يمكن إجبار أحد الزوجين على إتمام العملية، لأن المبدأ المقرر في الأعمال التي تمس جسم الإنسان هو جواز العدول عنها قبل التنفيذ، أما إذا تم العدول بعد تلقيح البويضة في أنبوب اختبار وقبل وضعها في الرحم، فإنه يشرع في إتمام العملية حتى ولو حدث الطلاق أو وفاة الزوج ن بعد ذلك تصبح الزوجة ملزمة بإيداع اللقيحة في رحمها وتجبر على ذلك عند الحاجة، وذلك لأن

(1) لأن ذلك يعني تخلف شرط من شروط صحة الرضا بالعملية، مما يشكل جريمة هتك عرض، أنظر في هذا الصدد : أحمد شرف الدين، هندسة الإنجاب والوراثة، المرجع السابق ص 180.

الحمل يبدأ من وقت التلقيح، ومن حق الحمل أن يوضع في الرحم⁽¹⁾.

ب. أن يتم التلقيح في حياة الزوجين :

ومعنى ذلك أنه لا يجوز التلقيح الصناعي بعد وفاة أحد الزوجين لأن الوفاة تنهي الرابطة الزوجية، وبالتالي لا يجوز التناسل بينهما، فإذا تم تلقيح الزوجة بمني زوجها بعد وفاته فإن نسب الطفل لا ينسب إليه، وهذه العملية تعد غير شرعية⁽²⁾.

3. أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها :

وهذا يدل على ان المشرع ساير ما جاء في القرار الذي اصدره المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة والثامنة السالفتي الذكر وعليه لا يجوز إجراء التلقيح الاصطناعي ذي العنصر الأجنبي.

4. منع التلقيح الصناعي بإستخدام الأم البديلة :

ونقصد بها تلك الحالة التي تتطلب استخدام رحم امرأة أخرى غير الزوجة تحمل اللقيحة، وقد سبق الإشارة إلى تحريم هذه الصورة من طرف مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة والثامنة وإذا كان في دورته السابعة قد أجاز استخدام رحم زوجة أخرى لحمل اللقيحة إلا أنه تراجع عن ذلك في دورته الثامنة وذلك لما له من احتمال وقوع الحمل الثاني من معاشرة الزوج في حاملة اللقيحة واختلاط الأنساب.

المبحث الثاني

الآثار القانونية المترتبة على إجراء عملية التلقيح الصناعي

وتتناول مسؤولية الأطراف في إجراء العملية ثم نتعرف إلى حقوق الجنين الناشئ عنها.

(1) حسين هيكال، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، المرجع السابق، ص 132.

(2) أحمد شرف الدين، هندسة الإنجاب والوراثة في ضوء الأخلاق والشرائع، المرجع السابق، ص

المطلب الأول : مسؤولية الأطراف في إجراء عملية التلقيح الصناعي

يتمثل أطراف عملية التلقيح الصناعي في الزوجين والطبيب الذي يجري العملية.

الفرع الأول : مسؤولية الزوجين

سبق الإشارة إلى أن المشرع الجزائري يشترط في التلقيح الصناعي أن يتم ببذرتي الزوجين وبموافقتهما، وأثناء حياتهما وأنه لا يجوز استعمال رحم امرأة أخرى لحمل لقيحة الزوجين، إلا أن نصوص قانون الأسرة وكذلك قانون العقوبات لم تحدد بدقة المسؤولية في حالة عدم احترام هذه الشروط كلها أو بعضها.

إلا أن الفقه بين المسؤولية باختلاف الحالات :

1. ففي حالة تخلف رضا الزوج :

والذي قد يتم بصورتين هما :

.أخذ نطفة الزوج بطريق غير مشروع :

كأن يوهمه الطبيب أنها من أجل إجراء تحاليل طبية لمعرفة قدرته على الإنجاب ثم يستعملها في تلقيح بويضة الزوجة وفي هذه الحالة ينسب الولد إليه.

.أن تتم عملية التلقيح عن طريق نطاف رجل آخر مع إخفاء ذلك عن الزوج :

وفي هذه الحالة يستطيع الزوج إنكار نسب المولود، وله أن يطلق الزوجة، لكن ليس له أن يلاحقها بجريمة الزنا لعدم توفر أركانها خاصة شرط الإتصال الجنسي الكامل مع شخص آخر غير الزوج.

2. أما في حالة تخلف رضا الزوجة :

فالأصل أنه لا يجوز إجبار الزوجة على إجراء عملية التلقيح الصناعي - كأن يحدث التلقيح بطريق الإكراه أو الغش أو التدليس - لكن إن حدث ذلك، فالرأي الراجح في الفقه أن نسب الولد يثبت للزوج، وهذا الأخير يمكن أن يتابع على جريمة هتك العرض وهو قيام الجاني بالكشف عن عورة المجني عليها وملاستها بما يחדش حياءها.

الفرع الثاني : مسؤولية الطبيب

يجب على الطبيب الذي يجري عملية التلقيح الصناعي مراعاة شروطها، فمثلا إذا أجرى عملية للمرأة بغير ماء زوجها يسأل في هذه الحالة عن جريمة هتك عرض، ويعتبر الزوج شريكا له إذا كان عالما بذلك، كذلك يسأل الطبيب عن تسببه في إتلاف البويضة أو إفسادها عمدا أو بغير عمد.

المطلب الثاني : حقوق الجنين الناتج عن عملية التلقيح الصناعي

الفرع الأول : النسب

يرى جمهور الفقهاء أن نسب الجنين والمولود الناتج عن عملية التلقيح الصناعي التي تتم بيدرتي الزوجين يلحق بالزوج مثله مثل الطفل الذي ينشأ عن الحمل الطبيعي⁽¹⁾.

وإن كان هناك شك في اختلاط البويضات أو النطف أو اللقاح في المختبر، ففي هذه الحالة يستعان بالبصمة الوراثية للتحقق من النسب، وهذا ما نصت عليه المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري بقولها : « يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب»، كذلك القرار رقم (07 - الدورة 16 بتاريخ 29 / 11 / 2004) بشأن البصمة الوراثية ومجالات الإستفادة منها، الصادر عن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة، حيث قرر المجلس أنه يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في حالة الاشتباه في أطفال الأنابيب.

الفرع الثاني : الحقوق الشخصية والمدنية

إن الجنين الناشئ عن الحالات الجائزة شرعا تكون له جميع الحقوق التي تكون للجنين الناتج عن الحمل الطبيعي، فهو يتمتع بالحماية الجنائية وذلك بتجريم عملية الإجهاض وذلك حماية لحقه في التكوين والنمو، وكذلك الحقوق التي يمنحها القانون المدني فيما يخص الميراث والوصية والهبة.

(1) انظر القرار الصادر عن المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة السالفة الذكر.

1. الميراث :

نصت المادة 173 من قانون الأسرة على أنه يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها.

كما نصت المادة 134 على أنه لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة.

وتثار هنا مشكلة وقت استحقاق الميراث، هل من وقت تلقيح البويضة أو من وقت زرعها في الرحم، كذلك مسألة اختيار جنس الجنين، لأن في هذا الاختيار تأثيرا على نصيبه في الميراث.

من المؤكد أن الحمل يبدأ من وقت تلقيح البويضة⁽¹⁾ لذا فإن الرأي الراجح في الفقه أن الميراث يستحق من لحظة تلقيح البويضة حتى لو توفي المورث قبل زرعها في الرحم، أما فيما يخص اختيار جنس الجنين فقد جاء في قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر السالفة الذكر أنه يجوز اختيار جنس الجنين بالطرق الطبيعية، كالنظام الغذائي والغسل الكيميائي وتوقيت الجماع بتحري وقت الإباضة لأنها أسباب مباحة لا محظورة فيها، إلا أنه لا يجوز التدخل الطبي لاختيار جنس الجنين إلا في حالة الضرورة القصوى، في حالة الأمراض الوراثية التي تصيب الذكور دون الإناث أو العكس، فيجوز عندئذ التدخل بالضوابط الشرعية المقررة.

2. الوصية :

نصت المادة 187 من قانون الأسرة على أنه تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس.

3. الهبة :

نصت المادة 209 من قانون الأسرة على أنه تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا، والحمل كما سبقت الإشارة إليه يبدأ من وقت تلقيح البويضة

(1) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 184.

ويجب مراعاة مدة الحمل المنصوص عليها في القانون.
إذا ما انتهت مدة الحمل وخرج المولود إلى الوجود فإنه تكون له جميع حقوق الطفل الناشئ عن الحمل الطبيعي.

خاتمة

نستنتج مما سبق أنه لا يمكن الأخذ في مجال التلقيح الصناعي إلا بالأساليب التي تتم بينرتي الزوجين أثناء قيام الرابطة الزوجية، وفي حياتهما واستبعاد جميع الأساليب الأخرى، وقد وفق المشرع الجزائري في نصه على ذلك، إلا أننا نهب به أن يتصدى بالتجريم للحالات غير المشروعة للتلقيح الصناعي، ونقترح أن يتضمن قانون العقوبات نص يعاقب كل من الطبيب وأطراف العلاقة في حالة مخالفتهم لشروط وضوابط إجراء هذه العملية أو إجرائها لغرض غير العلاج، وأن تكون تلك العقوبات زاجرة رادعة خاصة في الحالات التي تلتقي فيها تلك الأفعال بجريمة الزنا أو جريمة هتك العرض.

ونشير في الأخير إلى أن عبارة التلقيح الصناعي لا تعدوا أن تكون تجاوزا في التعبير فالواقع أن عملية التلقيح الصناعي لا تتضمن إلا تعديلا في السير أو المكان الطبيعي للتلقيح دون أن يعني ذلك التبديل في جوهر العناصر اللازمة للتلقيح، والقول بغير ذلك يفترض أنه بإمكان العلم أن يقدم لنا بويضة أو حيوان منوي مصنوعين كيميائيا، وهذا الأمر مستحيل، كما نص على ذلك قوله تعالى بعد بسم الله الرحمن الرحيم: ﴿يَأْيَاهَاالناس ضرب مثل فاستمعوا له إن الذين تدعون من دون الله لن يخلقوا ذبابا ولو اجتمعوا له وإن يسلبهم الذباب شيئا لا يستنقذوه منه ضعف الطالب والمطلوب﴾⁽¹⁾.

(1) سورة الحج الآية 73.

مراجع البحث :**أ. الكتب :**

- (1) أحمد شرف الدين، هندسة الإنجاز والوراثة في ضوء الأخلاق والشرائع، المكتبة الأكاديمية، مصر 2001.
- (2) أحمد محمد لطفى أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، مصر 2006.
- (3) حسين هيكل، النظام القانوني للإنجاز الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية، مصر 2007.

ب. النصوص القانونية :

- (1) قانون رقم 84 / 11 مؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05 - 02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005.

شروط ومصادر أخبار الأغاني لأبي الفرج الأصفهاني

أ. عمر بورنان *

احتوى كتاب الأغاني لأبي الفرج الأصفهاني أخبار الأمراء والوزراء، والأدباء والشعراء، واشتمل على أهم أيام العرب في جاهليتهم وإسلامهم، في سلمهم وحرابهم، فتعصب له بعض النقاد واعتبروه أهم كتاب في بابهِ (1)، في حين نظر إليه آخرون على أنه كتاب شعوبيّ دسه وسط الأمة العربية للاستهزاء بالدين والقدح في الأنساب، فملاؤه باطلا وكذبا (2)، ومن العجب أنك لا تجد فريقا وسطا بين المتعصبين للكتاب والمتعصبين عليه. وانطلاقا من هذين الحكمين على الأغاني أردت الكشف عن أمرين اثنين :

* المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة.

(1) ينظر : عبد الرحمن بن محمد بن خلدون، المقدمة، ضبط محمد الإسكندراني، ط2. بيروت : 1419هـ 1998م، دار الكتاب العربي، ص508. وياقوت الحموي، معجم الأدباء، ط3. بيروت : 1400هـ 1980م، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، المجلد7، ج13، ص99. وحاجي خليفة، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، دط. بيروت : 1413هـ 1992م، دار الكتب العلمية، ج1، ص129.

(2) ينظر : أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي، المنتظم في تاريخ الملوك والأمم، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ومصطفى عبد القادر عطا، ط2. بيروت : 1414هـ 1995م، دار الكتب العلمية، ج14، ص185. ومحمد عبد الجواد الأصمعي، أبو الفرج الأصفهاني وكتابه الأغاني دراسة وتحليل لأزهي العصور الإسلامية، ط2. مصر : دس، دار المعارف، ص179. ووليد الأعظمي، السيف اليماني في نحر الأصفهاني صاحب الأغاني، دط. الجزائر : دس، شركة الشهاب للنشر والتوزيع، ص230.

الأمر الأول: شرط الخبر عند الأصفهاني، لأن الحكم على كتاب ما، لا يكون حكماً ذا بال إلا إذا كان منطلقاً من شروط الكتاب التي سنّها المؤلف لنفسه.

والأمر الثاني: مصادر أخبار الأصفهاني وبها نعرف قيمة الكتاب، ونستطيع تصنيفه بالنظر إلى مصادره، فإن كانت كتباً موثوقة، فهو شبيه بها، وإن كانت كتب شعوبيين فقلّ أن يخالف التلميذ مشايخه.

أولاً - شروط الأخبار عند الأصفهاني :

من خلال تتبع كلام أبي الفرج في كتابه الأغاني توصلت إلى مبادئه التي التزم بها أثناء سرده الأخبار، ويمكن حصرها في أربعة شروط هي :

أ - أن يكون الخبر من جنس الغناء : اقتصر أبو الفرج الأصفهاني عند ترجمته لكثير من الرجال على أخبارهم التي لها علاقة بالغناء دون غيرها، ملتزماً الهدف الأول الذي أُلّف الكتاب من أجله، وهو ظاهر في عنوانه (الأغاني) لذلك قال : « .. وإنما الغرض في هذا الكتاب الأغاني أو ما جرى مجراها، لاسيما لمن كثرت الروايات والحكايات عنه، فلذلك اقتصر على ما ذكرته من أخباره دون ما يستحقه من التفضيل والتبجيل والثناء الجميل⁽¹⁾ » وقال في موضع آخر : « الشعر والغناء لإبراهيم بن المهدي .. وله في ذلك خبر طويل وقد شرطنا ألا نذكر من أخباره إلا ما كان من جنس الغناء⁽²⁾ »، وهذا معناه أن كتاب الأغاني ليس كتاب تاريخ وإن مس جانباً منه.

ب - نقل كل ما رواه الناس وتداولوه : يبدو أن أبا الفرج الأصفهاني لم يرد أن يفوته شيء مما كتبه سابقوه في الغناء، كما أنه لم يرد أن يخلي كتابه مما تداوله الناس مشافهة، هذا ما أدى به إلى ذكر أخبار مولدة، وأخرى غير صحيحة وهو يعلم ذلك، إذ يقول : « هذه الأخبار التي ذكرتها موضوعة كلها

(1) أبو الفرج الأصفهاني، الأغاني، تحقيق وإشراف لجنة من الأدباء، ط5، بيروت : 1401 هـ 1981م، دار الثقافة، ج10، ص103.

(2) المصدر نفسه، ج10، ص144.

والتوليد بين فيها وفي أشعارها.. وإنما ذكرته على ما فيه، لئلا يسقط من الكتاب شيء قد رواه الناس وتداولوه⁽¹⁾»، وقال في موضع آخر: «وممن حكى عنه أنه صنع في شعره وشعر غيره المنتصر، فإني ذكرت ما روي عنه أنه غنى فيه على سوء العهدة في ذلك وضعف الصنعة، لئلا يشذ عن الكتاب شيء قد روي وقد تداوله الناس⁽²⁾»، وقال: «وممن هذه سبيله في صنعة الغناء المعترف بالله، فإني لم أجد له منها شيئاً إلا ما ذكره الصولي في أخباره، فأتيت بما حكاه لليلة التي قدمتها من أنني كرهت أن يخلّ الكتاب بشيء قد دونه الناس وتعارفوه⁽³⁾»، ولا بد أن نقل كل ما رواه الناس يؤدي إلى خلط الأخبار الصحيحة بغيرها؛ ولا بد أن الشرطين السابقين يحطان من قيمة الكتاب، لأنه يهمل بالشرط الأول ما صحح من الأخبار بسبب خروجها عن جنس الغناء، ويذكر بالشرط الثاني ما لم يصحح من الأخبار لكونها متداولة على ألسنة الناس.

ج - الصحة والطرافة في الخبر: ينقسم هذا الشرط إلى شرطين اثنين، وإنما جمعتهما في عنصر واحد لأن صاحب الأغاني ذكرهما في نص واحد، وفيه يدعي أنه اقتصر على الأخبار الصحيحة الطريفة الخالية من التحامل، وذلك في قوله: «... فعدلت عن ذكر تلك الأخبار لا لأنها لم تقع إلي، ولكنها أخبار يتبين فيها التحامل والحنق، وتتضمن من السب لإسحاق والشتم والتجهيل.. واعتمدت من أخبار إبراهيم على الصحيح، وما جرى مجرى هذا الكتاب⁽⁴⁾ من خبر مستحسن وحكاية طريفة دون ما يجري مجرى التحامل⁽⁵⁾» وهذا القول يلزم الأصفهاني تحاشي كل خبر فيه سب وشتم ولكنه لم يفعل، خاصة وأنه أخذ غيره بذكر مثالب الناس فقال:

(1) المصدر نفسه، ج10، ص40.

(2) المصدر نفسه، ج9، ص293.

(3) المصدر نفسه، ج9، ص298.

(4) لا يفهم من قوله أن هذا المنهج التزم به في ترجمة إبراهيم فقط، ولكنه يدعي التزامه به في الكتاب كله، والدليل قوله: (وما جرى مجرى هذا الكتاب) وقوله: (إنما على الإنسان أن يحفظ من الشيء أحسنه..).

(5) أبو الفرج الأصفهاني، الأغاني، ج10، ص156.

« وإنما على الإنسان أن يحفظ من الشيء أحسنه، ويلغي ما لم يستحسنه، فليس مأخوذاً به، ولكن أقواماً أرادوا أن يرفعوا أنفسهم الوضيعة، ويشيدوا بذكرهم الخامل ويعلموا أقدارهم الساقطة، بالظعن على أهل الفضل والقدر فيهم، فلا يزدادون بذلك إلا ضعة⁽¹⁾»، وأشار إلى عدم تثبت حبش في غير ما موضع فقال عن نسبة صوت: « ذكر حبش أنه للهذلي ولم يحصل ما قاله⁽²⁾»، وقال: « وذكر حبش - وهو ممن لا يحصل قوله - أنه لحنين ولم يصح عندنا من صانعه⁽³⁾»، ووصف حبش بأنه لا يحصل ما يقوله وما يرويه فقال: « إلا ما هو موسوم في الكتاب الباطل المنسوب إلى إسحاق فإن له.. فيه شيئاً كثيراً لا أصل له، وفي كتاب حبش الصيني وهو رجل لا يحصل ما يقوله ويرويه⁽⁴⁾»، وقال عنه: « ونسبه حبش وهو قليل التحصيل إلى ابن محرز في موضع، وإلى سليم في موضع آخر، وإلى معبد في موضع ثالث⁽⁵⁾ » غير أن المطلع على كتاب الأغاني يجد الأصفهاني غير ملتزم بشروطه، إذ لم يسلم من لسانه كثير من الأعلام بل تجاوز ذلك إلى الطعن في شعائر الدين، فقد صور الخلفاء زناة وصل بهم الأمر إلى حد الزنا بالمحارم⁽⁶⁾ مهتمين بالغناء وشرب الخمر واللهو⁽⁷⁾، راقصين⁽⁸⁾، مستهزئين مستهزئين بالصلاة ومؤخرين لأوقاتها تلبية لشهواتهم⁽⁹⁾، متمنين لمسامرة إبليس⁽¹⁰⁾. ويفهم من أخبار أخرى أن ما رواه لا يعلمه أحد إلا العلماء لكنهم يسترونهم⁽¹¹⁾!، كما يروي أخباراً فيها استهزاء بالقرآن الكريم⁽¹²⁾

(1) المصدر نفسه، ج10، ص287.

(2) المصدر نفسه، ج10، ص179.

(3) المصدر نفسه، ج10، ص209.

(4) المصدر نفسه، ج3، ص126.

(5) المصدر نفسه، ج9، ص286.

(6) ينظر: المصدر نفسه، ج7، ص60.

(7) ينظر: المصدر نفسه، ج10، ص180.

(8) ينظر: المصدر نفسه، ج10، ص189. وج10، ص243.

(9) ينظر: المصدر نفسه، ج3، ص314.

(10) ينظر: المصدر نفسه، ج5، ص213.

(11) ينظر: أبو الفرج الأصفهاني، الأغاني، ج2، ص309.

(12) ينظر: المصدر نفسه، ج6، ص317.

وبشعائر الدين مثل الصلاة والسجود خاصة⁽¹⁾، وهذه الأخبار وغيرها لا يمكن تصديقها، لاسيما أن كتب التراجم الموثوقة لا تذكر شيئاً مما ذكر في هذا الكتاب.

هذا الاختلاف الحادث بين ما وضعه الأصفهاني من شروط وبين ما وجد في الكتاب، لا يدل إلا على أحد أمرين :

الأمر الأول : أن أبو الفرج يصدق فيه قوله تعالى : ﴿ أَتَأْمُرُونَ النَّاسَ بِالْبِرِّ وَتَنْسَوْنَ أَنْفُسَكُمْ ﴾ (البقرة : 44).

الأمر الثاني : أن أجزاء الأغاني ليست لمؤلف واحد، ولذلك تناقضت شروط بعض الأجزاء مع منهجية أجزاء أخرى، وهذا يؤيد ما ذهب إليه بعض النقاد، « فقد قال النوبختي فيه - وهو من أهل عصره - : كان أبو الفرج الأصبهاني أكذب الناس، كان يدخل سوق الوراقين وهي عامرة بالدكاكين مملوءة بالكتب، فيشتري شيئاً كثيراً من الصحف ويحملها إلى بيته ثم تكون رواياته كلها منها⁽²⁾ » وكلا الأمرين ينقص من قيمة الأغاني، ومع ذلك، فإن الأصفهاني بذل جهداً لتوثيق الأخبار التي رواها فأحال على مراجعه التي اعتمدها.

ثانياً - المصادر المعتمدة في تأليف الكتاب :

اعتمد أبو الفرج الأصفهاني في تأليف كتابه الأغاني على الرواية الشفوية، فكان حريصاً كل الحرص على ذكر الخبر بسنده، فإن لم يسمع الخبر مشافهة، لجأ إلى مصادر مكتوبة، لينقل منها ما يحتاجه، وفي ذلك يقول : « ونسخت ما لم أسمع من الروايات، وذكرت ذلك في سياقة خبره ما اتسق ولم يختلف، فإذا اختلف نسبت كل رواية إلى راويها⁽³⁾ » وقد ذكر محمد عبد الجواد الأصمعي بعض هذه المصادر وفاته كثير منها، كما ذكر معها عناوين كتب ذكرت في الأغاني وإن لم يعتمد عليها الأصفهاني⁽⁴⁾.

(1) ينظر : المصدر نفسه، ج 7، ص 47.

(2) ع / شفيق جبري، أبو الفرج الأصبهاني، دط. مصر : دس، دار المعارف، ص 15.

(3) أبو الفرج الأصفهاني، المصدر السابق، ج 2، ص 12.

(4) ينظر : محمد عبد الجواد الأصمعي، أبو الفرج الأصبهاني وكتابه الأغاني، دراسة وتحليل لأزهى

لذلك، رأيت أن أذكر في هذا العنصر ما نقل عنه الأصفهاني، مع الإشارة إلى موضع واحد من كتاب الأغاني ذكر فيه المصدر بلفظ يبين أنه نقل منه، وقد أحصيت المصادر التي نقل عنها الأصفهاني فوجدتها أكثر من ثمانين مصدراً، مقسمةً على أربعة أنواع :

1- كتب معلومة العنوان معروفة المؤلف : في هذا النوع من المصادر يذكر الأصفهاني عنوان الكتاب واسم مؤلفه، وهي : البيان والتبيين للجاحظ⁽¹⁾، كتاب إسحاق⁽²⁾ وهو كتاب النغم وعللها⁽³⁾، كتاب الآداب الرفيعة، وهو كتاب في النغم وعلل الأغاني لعبيد الله بن عبد الله بن طاهر⁽⁴⁾، كتاب الجوابات للمدائني⁽⁵⁾، كتاب الطبقات لمحمد بن سلام⁽⁶⁾ كتاب الطنوبريين لجحظة⁽⁷⁾ وزاد في موضع وطنوبريات⁽⁸⁾، كتاب الروضة لأبي العباس محمد بن يزيد المبرد⁽⁹⁾، كتاب المثالب للهيثم بن عدي⁽¹⁰⁾، كتاب منسوب إلى الهيثم بن عدي وعلله كتاب المثالب نفسه⁽¹¹⁾، كتاب المغتالين ❖ للأخفش⁽¹²⁾، كتاب النسب لمحمد بن الحسن بن دريد⁽¹³⁾، وذكر في موضع

العصور الإسلامية، ص 356 - 361.

(1) أبو الفرج الأصفهاني، الأغاني، ج 3، ص 138.

(2) المصدر نفسه، ج 1، ص 94.

(3) المصدر نفسه، ج 8، ص 377.

(4) المصدر نفسه، ج 9، ص 40.

(5) المصدر نفسه، ج 11، ص 237.

(6) المصدر نفسه، ج 12، ص 345.

(7) المصدر نفسه، ج 6، ص 62.

(8) المصدر نفسه، ج 22، ص 20.

(9) المصدر نفسه، ج 8، ص 354.

(10) المصدر نفسه، ج 1، ص 24.

(11) المصدر نفسه، ج 1، ص 32.

❖ نسبه محمد عبد الجواد الأصمعي لمحمد بن حبيب وقال : « هو كتاب المغتالين من العرب في الجاهلية والإسلام لمحمد بن حبيب، وتوجد منه نسخة مخطوطة محفوظة بدار الكتب المصرية تحت رقم 58 ش أدب » محمد عبد الجواد الأصمعي، أبو الفرج الأصبهاني وكتابه الأغاني دراسة وتحليل لأزهي العصور الإسلامية، ص 360.

(12) أبو الفرج الأصفهاني، المصدر السابق، ج 2، ص 116.

(13) المصدر نفسه، ج 4، ص 304.

آخر كتاب محمد بن الحسن ولعله يقصد كتاب ابن دريد وإن لم يوضح أي كتاب (1)، كتاب النغم ليحيى بن علي بن يحيى (2)، كتاب النقائص لمحمد بن بن العباس اليزيدي (3)، كتاب في الأغاني ونسبها وأخبارها وأجناسها ليحيى بن مرزوق المكي (4)، المحدث لعلي بن يحيى المنجم (5).

2- كتب مجهولة العنوان معلومة المؤلف ❖ : اكتفى أبو الفرج

الأصفهاني في مواضع كثيرة من «الأغاني» بنسبة الكتاب إلى مؤلفه دون ذكر عنوانه، تمثل هذا النوع من المصادر في: كتاب إبراهيم (6)، كتاب ابن أبي الدنيا (7)، كتاب ابن أبي خيثمة (8)، كتاب ابن أبي سعيد السكري (9)، كتاب ابن أبي مريم الحاسب (10)، كتاب ابن الأعرابي (11)، كتاب ابن الكلبي (12)، كتاب ابن النطاح (13)، كتاب ابن سعد (14)، كتاب ابن مسجح (15)، كتاب أبي إسحاق الشامي (16)، كتاب أبي العباس بن ثوبة، وهو كتاب بخط مصنفه (17)، كتاب أبي العبيس (18)، كتاب أبي يقضان (19)، كتاب أبي عبد

(1) المصدر نفسه، ج9، ص229.

(2) المصدر نفسه، ج8، ص377.

(3) المصدر نفسه، ج11، ص119.

(4) أبو الفرج الأصفهاني، الأغاني، ج6، ص165.

(5) المصدر نفسه، ج11، ص54.

❖ كانت الكتب قديما تنسب إلى أصحابها دون عناوين، وخير مثال على ذلك «كتاب سيبويه».

(6) المصدر نفسه، ج1، ص113.

(7) المصدر نفسه، ج15، ص311.

(8) المصدر نفسه، ج11، ص32.

(9) المصدر نفسه، ج5، ص252. وج7، ص288.

(10) المصدر نفسه، ج18، ص133.

(11) المصدر نفسه، ج3، ص266.

(12) المصدر نفسه، ج12، ص24.

(13) المصدر نفسه، ج15، ص85.

(14) المصدر نفسه، ج18، ص57.

(15) المصدر نفسه، ج12، ص116.

(16) المصدر نفسه، ج16، ص147.

(17) المصدر نفسه، ج11، ص318.

(18) المصدر نفسه، ج9، ص213.

(19) المصدر نفسه، ج12، ص24.

الرحمن الغلابي (1) كتاب أبي مُحَلِّم (2)، كتاب أحمد بن أبي طاهر (3) كتاب
 كتاب أحمد بن الحارث الخزاز (4)، كتاب أحمد بن القاسم بن يوسف (5)،
 كتاب أحمد بن المكي (6)، كتاب أحمد بن سعيد الدمشقي (7)، كتاب أحمد
 بن علي بن يحيى (8)، كتاب أحمد بن يحيى ثعلب (9)، كتاب الحرمي بن أبي
 أبي العلاء (10)، كتاب الحسن بن علي (11)، كتاب الحسين بن فهم (12)، كتاب
 الشاهيني (13)، كتاب الفضل بن الحباب أبي خليفة الذي أرسله إلى أبي الفرج
 الأصفهاني وأجاز له الرواية عنه (14)، كتاب النضر بن حديد (15) كتاب
 الهشامي (16) كتاب اليوسفي (17)، كتاب بذل في الأغاني وهي من المغنيات
 المحسنات (18)، كتاب جعفر بن قدامة وهو بخطه (19)، كتاب جعفر بن محمد
 بن عبيد بن عتبة الذي أرسله إلى أبي الفرج الأصفهاني (20) كتاب حبش (21)،
 كتاب حماد بن إسحاق (22)، كتاب عبد الأعلى بن حسان (1)، كتاب عبد الله

- (1) المصدر نفسه، ج 16، ص 90.
- (2) المصدر نفسه، ج 2، ص 367.
- (3) المصدر نفسه، ج 7، ص 64.
- (4) المصدر نفسه، ج 4، ص 276.
- (5) المصدر نفسه، ج 3، ص 79.
- (6) المصدر نفسه، ج 5، ص 243.
- (7) أبو الفرج الأصفهاني، الأغاني، ج 9، ص 129.
- (8) المصدر نفسه، ج 14، ص 134.
- (9) المصدر نفسه، ج 13، ص 163.
- (10) المصدر نفسه، ج 2، ص 136.
- (11) المصدر نفسه، ج 8، ص 164.
- (12) المصدر نفسه، ج 7، ص 47.
- (13) المصدر نفسه، ج 7، ص 245.
- (14) المصدر نفسه، ج 2، ص 131.
- (15) المصدر نفسه، ج 13، ص 50.
- (16) المصدر نفسه، ج 3، ص 42.
- (17) المصدر نفسه، ج 20، ص 373.
- (18) المصدر نفسه، ج 17، ص 32.
- (19) المصدر نفسه، ج 1، ص 58.
- (20) المصدر نفسه، ج 16، ص 353.
- (21) المصدر نفسه، ج 2، ص 30.
- (22) المصدر نفسه، ج 2، ص 147.

اليزيدي وهو كتاب بخط مؤلفه⁽²⁾، كتاب عبد الله بن المعتز⁽³⁾، كتاب عبد الله بن خلف⁽⁴⁾، كتاب عبيد الله بن محمد اليزيدي⁽⁵⁾، كتاب علي بن محمد البسامي⁽⁶⁾، كتاب علي بن محمد الكوفي⁽⁷⁾، كتاب علي بن محمد بن نصر⁽⁸⁾، كتاب علي بن موسى الحميري⁽⁹⁾، كتاب عم أبي الفرج الأصفهاني صاحب الأغاني⁽¹⁰⁾ كتاب عمر بن محمد بن عبد الملك الزيات⁽¹¹⁾، كتاب عمرو بن أبي عمرو الشيباني⁽¹²⁾، كتاب عمرو بن بانه⁽¹³⁾، كتاب قعنب بن المحرز⁽¹⁴⁾، كتاب محمد بن الحسين الكاتب⁽¹⁵⁾، كتاب محمد بن الليث⁽¹⁶⁾، كتاب محمد بن حبيب⁽¹⁷⁾، كتاب محمد بن طاهر⁽¹⁸⁾، كتاب محمد بن علي بن حمزة⁽¹⁹⁾، كتاب محمد بن موسى اليزيدي⁽²⁰⁾، كتاب محمد بن موسى بن حماد⁽²¹⁾، كتاب محمد بن يحيى الخراز⁽²²⁾، كتاب منسوب إلى أحمد

- (1) المصدر نفسه، ج17، ص231.
- (2) المصدر نفسه، ج12، ص258.
- (3) المصدر نفسه، ج14، ص305.
- (4) المصدر نفسه، ج11، ص240.
- (5) المصدر نفسه، ج11، ص242.
- (6) المصدر نفسه، ج15، ص264.
- (7) المصدر نفسه، ج13، ص183.
- (8) المصدر نفسه، ج6، ص159.
- (9) أبو الفرج الأصفهاني، الأغاني، ج12، ص4.
- (10) المصدر نفسه، ج16، ص190.
- (11) المصدر نفسه، ج22، ص186.
- (12) المصدر نفسه، ج3، ص267.
- (13) المصدر نفسه، ج5، ص243.
- (14) المصدر نفسه، ج16، ص232.
- (15) المصدر نفسه، ج9، ص243.
- (16) المصدر نفسه، ج2، ص163، 164.
- (17) المصدر نفسه، ج13، ص17.
- (18) المصدر نفسه، ج14، ص50.
- (19) المصدر نفسه، ج12، ص226.
- (20) المصدر نفسه، ج17، ص142.
- (21) المصدر نفسه، ج11، ص157.
- (22) المصدر نفسه، ج16، ص334.

بن يحيى البلاذري⁽¹⁾، كتاب هارون بن الزيات⁽²⁾، كتاب هارون بن علي⁽³⁾، علي⁽³⁾، كتاب هارون بن محمد⁽⁴⁾، كتاب يحيى بن حازم⁽⁵⁾ كتاب يحيى بن بن محمد بن ثوبة، وهو جد أبي الفرج الأصفهاني لأمه⁽⁶⁾، كتاب يونس⁽⁷⁾.

3- كتب معلومة العنوان مجهولة المؤلف : في هذا النوع من المصادر ذكر الأصفهاني عنوان الكتاب الذي اعتمده دون ذكر مؤلفه، ولم أجد من هذا الصنف إلا كتابا واحدا هو جامع أغاني سليمان⁽⁸⁾، ولعل المغني هو المؤلف.

4- كتب مجهولة العنوان ومجهولة المؤلف : أحيانا لا يذكر الأصفهاني المؤلف ولا عنوان الكتاب، ويكتفي بالإشارة إلى الناسخ مثل قوله : « ورأيت ذلك أيضا في بعض الكتب بخط علي بن يحيى المنجم⁽⁹⁾ » أو يقول : « وجدت في بعض الكتب⁽¹⁰⁾ » وبقوله : « وجدت في كتاب بخط أحمد بن كامل ..⁽¹¹⁾ » وقال في موضع : « ونسخت من كتاب بخط المرهبي الكوفي ..⁽¹²⁾ » وقد يذكر مصدر حصوله على الكتاب دون ذكر العنوان ولا المصنف كقوله : « هذا الشعر يقوله مالك بن أبي كعب في حرب كانت بينه وبين رجل من بني ظفر يقال له بردع بن عدي وكان السبب في ذلك فيما ذكره جعفر العاصي عن عيينة بن المنهال، ونسخته من كتاب أعطانيه علي بن سليمان الأخفش ..⁽¹³⁾ » وقد يعتمد على ما سمعه هو

(1) المصدر نفسه، ج4، ص269.

(2) المصدر نفسه، ج9، ص213.

(3) المصدر نفسه، ج3، ص227.

(4) المصدر نفسه، ج3، ص48.

(5) المصدر نفسه، ج9، ص158.

(6) المصدر نفسه، ج9، ص100.

(7) المصدر نفسه، ج1، ص94.

(8) أبو الفرج الأصفهاني، الأغاني، ج2، ص19.

(9) المصدر نفسه، ج2، ص190.

(10) المصدر نفسه، ج9، ص213.

(11) المصدر نفسه، ج13، ص228.

(12) المصدر نفسه، ج14، ص255.

(13) المصدر نفسه، ج16، ص172.

شخصيا من المغنيين أو الشعراء أو قد يعثر على رسائل أرسلها شخص إلى صديقه أو إلى خليفة فينسخ منها ما يحتاج إليه، كما فعل في سرد بعض أخبار عبيد الله بن عبد الله بن طاهر فقال: « وصنع صنعة متقنة جيدة منها ما سمعناه من المحسنين والمحسنات ومنها ما لم نسمعه، يكون مبلغها نحو خمسين صوتا، وقد ذكرت من ذلك ما صلح في أغاني الخلفاء. ثم صنع مثل ذلك للمكتفي بالله لرغبته في هذه الصناعة. فوجدت رقعة بخطه كتب بها إلى المكتفي نسختها. .. (1) » وقد ينقل من كتاب وهو نفسه لا يعرف المؤلف وفي ذلك يقول: « ووجدت في كتاب مؤلف في النغم غير مسمى الصانع أن من الأصوات التي تجمع النغم العشر صوت ابن أبي مطر المكي. .. (2) » كما أنه أحيانا لا يثق بما ينقله من الكتب مجهولة المؤلف فيعرض ما قرأه على أهل العلم بالغناء، ولكنه يثبت ما أعجبه ولو كان مجهولا لديهم وهذا ما أثبتته في قوله: « هكذا وجدت في الرقعة بخط عبيد الله وما سمعت أحدا يغني هذين الصوتين وقد عرضتهما على غير واحد من المتقدمين، ومن مغنيات القصور فما عرفهما أحد منهن، وذكرتهما في الكتاب لأن شريطته توجب ذكرهما (3) » وهذا النص يثبت أنه ليس كل ما في كتاب الأغاني موثوقا به، لأن الأصفهاني قد لا يبنه على ضعف الخبر الذي رواه إما لجهله بمدى صحته وإما يترك التنبيه عمدا ما دام أنه بنه على منهج كتابه، وتصل سعة مصادر الأصفهاني إلى درجة نقله من الكتب المترجمة أشار إلى ذلك في قوله: « ونسخت من كتاب مترجم بأنه نسخ من نسخة أبي عمرو. .. (4) » وهذا التنوع في المصادر إما رواية وإما نسخا من الكتب، جعل كتاب الأغاني - بغض النظر عن صحة الأخبار والروايات من عدمها - موسوعة تراثية حملت إلينا ألفاظا ومصطلحات قد لا تكون في كتاب غيره وقد تنبه إلى ذلك عدة باحثين منهم محمد عبد الجواد الأصمعي الذي خصص لها بابا

(1) المصدر نفسه، ج9، ص59.

(2) المصدر نفسه، ج9، ص43.

(3) أبو الفرج الأصفهاني، الأغاني، ج9، ص60.

(4) المصدر نفسه، ج10، ص33.

من كتابه «أبو الفرج الأصبهاني وكتابه الأغاني»⁽¹⁾، ولم يجد الأدي شير مصدرا لبعض الألفاظ إلا كتاب الأغاني فقال: «الخيناكرين» وردت في كتاب الأغاني في قصة عبد الله بن عباس وجده الرشيد قال: فضحت آباءك في قبورهم وسقطت الأبد، إلا من المغنين وطبقة الخيناكرين⁽²⁾» ولما تعرضت رشيدة اللقاني إلى دراسة ألفاظ الأطعمة والأشربة في كتاب الأغاني وجدت ألفاظا لا وجود لها في المعاجم العربية فصرحت بذلك قائلة: «الجردناج: الشواء المكبوب على الجمر. .. وأصله فارسي والكلمة لم أجدتها في المعاجم العربية⁽³⁾» إضافة إلى ما تفرد به من أخبار أدبية، وروائع شعرية، لضياح معظم المصادر التي اعتمدها، **فكتاب الأغاني كتاب يدفع بعضه بعضا، ويدافع بعضه عن بعضه.**

مصادر البحث ومراجعته :

1. المصحف الشريف.

- (2) ابن الجوزي، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد، المنتظم في تاريخ الملوك والأمم تحقيق محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا، ط2. بيروت: 1414هـ 1995م، دار الكتب العلمية.
- (3) ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد، المقدمة، ضبط محمد الإسكندراني، ط2. بيروت: 1419هـ 1998م، دار الكتاب العربي.
- (4) أبو الفرج الأصفهاني، الأغاني، تحقيق وإشراف لجنة من الأدباء، ط5. بيروت: 1401هـ 1981م دار الثقافة.
- (5) الأدي شير الكلداني، الألفاظ الفارسية المعربة، دط. بيروت: 1908م، المطبعة الكاثوليكية للأباء اليسوعيين.
- (6) حاجي خليفة، مصطفى بن عبد الله القسطنطيني، كشف الظنون عن أسامي

(1) ينظر: محمد عبد الجواد الأصمعي، أبو الفرج الأصبهاني وكتابه الأغاني دراسة وتحليل لأزهى العصور الإسلامية، ص277.

❖ الخيناكرين: المغنون.

(2) الأدي شير الكلداني، الألفاظ الفارسية المعربة، دط. بيروت: 1908م، المطبعة الكاثوليكية للأباء اليسوعيين، ص58.

(3) رشيدة عبد الحميد اللقاني، ألفاظ الأطعمة والأشربة في كتاب الأغاني للأصفهاني، ص19، 20.

- الكتب والفنون دط. بيروت : 1413هـ، 1992م، دار الكتب العلمية.
- (7) رشيدة عبد الحميد اللقاني، ألفاظ الأفعمة والأشربة في كتاب الأغاني للأصفهاني، دط. الإسكندرية : 1411هـ، 1991م، دار المعارف الجامعية.
- (8) شفيق جبيري، أبو الفرج الأصبهاني، دط. مصر : دس، دار المعارف.
- (9) محمد عبد الجواد الأصمعي، أبو الفرج الأصبهاني وكتابه الأغاني دراسة وتحليل لأزهي العصور الإسلامية، ط2. مصر : دس، دار المعارف.
- (10) وليد الأعظمي، السيف اليماني في نحر الأصفهاني صاحب الأغاني، دط. الجزائر : دس شركة الشهاب للنشر والتوزيع.
- (11) ياقوت الحموي، معجم الأدباء، ط3. بيروت : 1400هـ، 1980م، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

ترجمة المستشرقين للنص الديني - فترة الاحتلال الفرنسي نموذجاً -

د. جمال كركار *

لقد مر الاستشراق الفرنسي في الجزائر بمراحل وخطوات اهتم فيها رجاله بالدراسات العربية والإسلامية، وانطلق نشاط هؤلاء من (مدرسة الجزائر). وبدأت هذه المدرسة في الظهور آخر السبعينات.

عندما أنشئت مدرسة الآداب العليا سنة 1879م، والتي أصبحت تسمى فيما بعد كلية الآداب التي نحتفل هذه السنة بميلادها المئوي، فهذه المدرسة اهتمت بترجمة التراث بجميع ألوانه الأدبي، الفني، اللغوي، التاريخي والفقهية.

..

وليس الغرض في هذا الموضوع التأريخ للاستشراق الفرنسي، وإنما تهمننا جهود المستشرقين لترجمة التراث الثقافي الجزائري عموماً وترجمة النص الديني على وجه الخصوص.

فمنذ الحملة الفرنسية على بلادنا جاء الاحتلال بعدد من المترجمين والكتّاب والباحثين المهتمين بحياة الشرق، وبمجرد احتلال منطقة الجزائر انطلق كل فريق في مجال تخصصه، وكان من المترجمين مشاركة ذوي أصول مصرية وسورية، وبعض اليونانيين والدانماركيين ومن جنسيات

مختلفة، بالإضافة إلى المترجمين الفرنسيين⁽¹⁾.

وكان الاهتمام بالترجمة من العربية إلى الفرنسية والعكس، وكانت فرق المترجمين موزعة على مترجمين قضائيين، عسكريين، وإداريين، كما كانت الترجمة وسيلة أساسية لترجمة الوثائق المكتوبة من مصادر ورسائل وعقود ملكية، هذا فضلا على الترجمة الشفوية التي يستعملها المترجم في الاتصال اليومي في المكاتب، والأسواق، والمعسكرات، فالترجمة استعملت بالمعنى الكتابي والشفوي.

وتبعاً لشعار سلطة الاحتلال القائل: لقد ملكنا الشعب الجزائري بالسيف والمحراث، وعلينا الآن أن نملكه بالكلمة والقلم، انطلقت جهود المترجمين لترجم مختلف الكتب والمخطوطات والألواح والقوانين العرفية، عبر مختلف أنحاء القطر الجزائري.

وأول من فتح عهد الترجمة هم رجال الحملة الفرنسية.

اهتمام المستشرقين بترجمة النص الديني

إن عمل المستشرقين الفرنسيين وغيرهم من أعوان السلطة الفرنسية كان موجهاً لإخضاع المعاملات الإسلامية للقانون الفرنسي، ومحاولة تجريد القضاء الإسلامي، الذي كان يعتمد على الفقه المالكي على وجه الخصوص، ثم امتدت أيدي الفرنسيين حتى إلى أخص قضايا المسلمين؛ كامتدادها إلى قضايا الزواج، والطلاق، والميراث التي كانت بلا منازع من اختصاص القضاة المسلمين، وبعد ترجمة التراث الفقهي اسندت مهمة القضاء إلى قضاة الصلح الفرنسيين⁽²⁾.

هذا بعد أن أعلنت السلطة احترامها لقوانين وأعراف الجزائريين، وإقرارها للقاضي المالكي والحنفي في المدن الرئيسية، إلى جانب القاضي

(1) د. أبو القاسم سعد الله، تاريخ الجزائر الثقافي، ط1، لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1998م، ج6، ص10.

(2) Les juges de paix et les juridictions musulmanes en Alger par Gassiot Alger 1950.

بالمذهب الإباضي، وكان هؤلاء يحكمون في الأحوال الشخصية، والنوازل التجارية، والمعاملات المالية، وفي مختلف المنازعات، لكن بمجرد ترجمة الفقه الإسلامي وتكوين قضاة الصلح الفرنسيين، بدأت السلطة أولاً بإلغاء المحكمة الحنفية.

ولقد شنع حمدان خوجة صنيع فرنسا ورد عليها قائلاً: «إن إلغاء هذه المحكمة خطأ لا يغتفر وهو مناف لترتيبات قوانيننا، وهناك مادة من معاهدة الاستسلام تنص على حصانة تلك القوانين، وعليه فإن إلغاء هذه المحكمة يتناقض مع مبادئ المعاهدة المبرمة بين الجزائر وفرنسا»⁽¹⁾.

ثم تأتي مرحلة ثانية تتدخل فيها سلطات الاحتلال بترجمتها لتدون (مجلة الأحكام الإسلامية) تحت لجنة تدوين الفقه الإسلامي، وكان ذلك في عهد دومينيك لوسيان الذي كان على رأس لجنة ترجمة الفقه المالكي، وقام بهذا العمل الكبير السيد مارسيل موران أستاذ الشريعة الإسلامية والعرف البربري بالجامعة المركزية الجزائرية في بداية القرن الماضي⁽²⁾.

فظهرت هذه المجلة واستمرت في الظهور إلا سنة 1913م⁽³⁾.

ومن الكتب الفقهية التي ترجمها المستشرقون مختصر الشيخ خليل في الفقه المالكي على يد الدكتور «بيرون» وهو طبيب فرنسي، وقد كتب بيرون عن الطب النبوي والطب العربي، وكان على اطلاع بكتب الفقه والتراث، وكانت الترجمة مقصودة إلى السلطة الفرنسية التي جعلته مقرراً في المدارس الرسمية والمحاكم⁽⁴⁾.

ثم جاء بعد بيرون الدكتور كادوز ليترجم الفقه المالكي وينقد سابقه في بعض الترجمات⁽⁵⁾.

(1) حمدان خوجة، المرأة، ط2، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1982م، ص 242.

(2) Etudes de droit musulman Algerien par Marcel Morand Alger 1910.

(3) عارضت جمعية العلماء هذا التدوين، واعتبرته من صلاحيات العلماء المسلمين، انظر البصائر سنة 1936م.

(4) تاريخ الجزائر الثقافي، ج7، ص76.

(5) Droit musulman malékite , Kadoz ,Paris, 1870.

وفي النصف الثاني من القرن الماضي ترجم المستشرق هوداس مع زميله مارتيل كتاب تحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي؛ وهو كتاب فقهي مالكي، وله مكانة كبرى عند علماء المالكية، واختص هذا المؤلف بفقہ النوازل، الذي اهتم به كثير من المستشرقين، لما لهذا النوع من الفقه من متابعة لمستجدات القضايا المتجددة.

كما كان ادمون فانيان أستاذا في مدرسة الآداب، وهو صاحب فهرست المخطوطات المشهور؛ والذي وضعه عن المكتبة الوطنية بالجزائر، وهو دليل على اطلاعه على التراث العربي والإسلامي، وضمن هذه الجهود ظهرت أعماله في ترجمة الفقه، وعلوم الشريعة.

ومن الكتب التي ترجمها أجزاء من مختصر الشيخ خليل، وكتاب الخراج لأبي يوسف يعقوب الحنفي القاضي المشهور، كما نشر رسالة عن ابن أبي زيد القيرواني المشهورة في الفقه المالكي⁽¹⁾.

وأما في مجال القضاء فقد ترجم القاضي سوطيرة قوانين متعلقة بالمواريث، والاحوال الشخصية، وسجلها في كتابه المتعلقين بالفقه والقضاء⁽²⁾.

ووضع زيس مجموع القوانين القضائية سنة 1886م؛ وكان الرجل رئيس محكمة الاستئناف بالعاصمة، وكان من المعريين البارزين، عرف بإحاطته بأحكام الفقه الإسلامي، وكانت له دراسات مشتركة مع علماء جزائريين؛ من بينهم المفتي الحنفي أحمد بوقندورة، وولد سيدي السعيد الذي أعانه في كتابه المجموع⁽³⁾.

وأما في علم الفرائض والمواريث برز كتاب دومنيك لوسيان الذي ترجم الرحبية في الفرائض سنة 1896م، وكانت الرحبية مقررة في الزوايا والمدارس، وراجعها فانيان في المجلة الإفريقية، وقال عنها أنها واجبة التعلم والترجمة.

(1) Revue africaine, année 1931, Alger, 1985.

(2) Législation de l'Algérie, lois, ordonnances, sautayra, Paris 1878, Et droit musulman, paris 1873.

(3) زيس، مجموع الوثائق والأحكام، الجزائر، نشرات جول كاربونال، 1946م.

المترجمون الجزائريون لكتب الفقه :

لقد ترجم العلماء الجزائريون كتباً كثيرة أذكر منها :

أولاً - ما ترجمه الفقيه عمر بن حسن بن بريهمات للفقه الفرنسي ؛ من اللغة الفرنسية إلى اللغة العربية، ورأى الكاتب أن ترجمة الفقه الوضعي إلى العربية قد ينفع المسلمين ويعرفنا بالقوانين المدنية والسياسية، والفقه الفرنسي قصد به القانون المدني الفرنسي، ولقد بالغ الكاتب المترجم في مدح هذا القانون، ومن أبرز ما وقع فيه من أخطاء هو تبريره لقوانين فرنسية، كإشارته إلى ولاية الإجماع، وتحديد سن الزواج بما يوافق القانون الفرنسي⁽¹⁾.

ورأى أن الزواج بمجرد البلوغ مما يصادم سلامة الأعضاء، وتتمام الصحة، وأشاد بالقانون المدني الفرنسي⁽²⁾.

وترجم الأستاذ أحمد لعيماش عدة كتب ؛ منها بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد الحفيد، ترجم منه أبواب الزواج والطلاق، وذلك هو المجال الذي تريده السلطة الفرنسية للتعرف أكثر على الفقه الإسلامي⁽³⁾.

وكذا كتاب القضاء المدني الإسلامي لأحمد بوضربة الحفيد، وكان بوضربة من المختصين في القانون الفرنسي والشريعة الإسلامية، وهو من أكبر المساعدين للسلطة الفرنسية على ترجمة التراث الفقهي الإسلامي⁽⁴⁾.

كما شارك المترجمون الجزائريون الفرنسيين في ترجمة جملة من الكتب، والمخطوطات⁽⁵⁾ في العلوم الشرعية وغيرها.

ففي الأدب العربي وجه رنبيه باصيه محمد بن أبي شنب إلى الاهتمام باللغة العربية وترجمة المخطوطات فكانت رسالته لنيل درجة الدكتوراه في

(1) ينظر إلى رسالتي : العرف والعمل الجزائري وأثرهما في الفتاوى والأحكام، دراسة مقارنة.

(2) عمر بن حسن بن بريهمات، النهج السوي، الجزائر، مطبعة بيبرفونتان، 1908م، ص 28 / 29.

(3) أحمد لعيماش، كتاب النكاح والطلاق من بداية المجتهد، لبنان، دار الكتب العلمية، 2001م.

(4) انظر مقالته : القضاء المدني الإسلامي) في نشرة جمعية الدراسات السياسية والإجتماعية، سنة

1904م، ص 4.

(5) كتعاون أحمد بن بريهمات مع لويس رين، وأبي القاسم الحفناوي مع ديون، والأمثلة كثيرة.

هذا الباب، فناقش سنة 1922م أطروحته حول حياة أبي دلالة. ونشر في المجلة الإفريقية مجموعة من الأعمال في الأدب الشعبي والأمثال.

وهكذا تمت كثير من الترجمات في التاريخ والفلسفة وباقي الفنون.

ترجمة القوانين العرفية وعلاقتها بالنص الديني

لقد حاولت سلطة الاحتلال التعرف على القوانين العرفية التي تتحكم في مختلف مناطق الجزائر، وهذا ما دعاها إلى تكليف باحثين ومختصين بدراسة أعراف القبائل، والصحراء والأوراس، ومنطقة ميزاب، وغدامس وغيرها، وأرادت أن تبحث عن منشأ هذه القوانين العرفية هل هي إسلامية الأصل، وإلى أي مدى تحكمت فيها النصوص الدينية؟

فاختص بهذه المهمة جملة من الباحثين، والكتاب، والعسكريين، ممن دونوا الأعراف والعادات.

ففي منطقة القبائل نجد على رأسهم العقيد هانوتو الذي ترجم مجموعة من القوانين، وألف مؤلفا ضخما في عادات جرجرة، وكان هذا بأمر من السلطة التي أرادت أن تتعرف على أهل الزواوة، فمكث اثنتي عشرة سنة في جرجرة يجمع ويترجم، وأعانه في ذلك زميله لوتورنو المتخصص في علم الصيدلة والنبات، فجاء المؤلف في ثلاث أجزاء، جزء خاص بالبيئة وما تعلق بها من علم نبات وحيوان، وجزء تعلق بالمؤسسات من مؤسسة الجماعة، والأمناء والطمأن، ودراسة لفقهاء الأسرة؛ من خطبة، زواج، مهر، طلاق، وميراث، وكذا المعاملات المالية؛ من بيع، وإجارة، وشركة، ومغارسة..

وأما الجزء الثالث فنقل فيه الكاتب كل ما تعلق بأحكام الحدود من قتل، سرقة، زنى، وما تعلق بالتعازير من عقوبة الهجر والعزل، وختم مؤلفه بجملة من القوانين التي ترجمها من الألواح، وأغلب هذه المخطوطات نقلت إلى الجامعات الفرنسية، كجامعة إكس أون بروفانس بمرسيليا.

ثم جاءت جهود الدكتور مارسيل موران الذي كان مكلفا بتدريس الشريعة والعرف البربري بالجامعة المركزية بداية القرن الماضي.

وأما الدكتور بوسكي فقد اهتم بدراسة الأعراف وبين علاقتها بالفقه المالكي⁽¹⁾، ووقف عند كثير من المسائل العرفية الفقهية؛ كولاية الإجماع في الفقه المالكي وتأثر العرف بها، وكذا أقصى مدة الحمل وغيرها من الأمثلة التي سأقف عندها في آخر هذه المداخلة.

ولقد ساهمت أقلام جزائرية في ترجمة القوانين العرفية إلى اللغة الفرنسية منها البجائي المجهول الاسم والذي قدم كتابا في الأعراف القبائلية للقاضي الفرنسي سوطيرة.

كما ألف الأستاذ رحمان سليمان كتابا في ترجمة القوانين العرفية لمنطقة أو قاس⁽²⁾. هذا فضلا على المشاركات التي ساهم بها بعض أعيان المنطقة، كالسيد مولى عمر الذي ذكره هانوتو.

وما يؤخذ على هذه الترجمات وعلى الرغم من مشاركة بعض أهل المنطقة فيها، إلا أنها جانبت الصواب في كثير من المسائل، وذلك إما بسبب الحرفية في النقل والترجمة، وإما لأسباب ذاتية تدخل ضمن سلسلة التآمر على أهل القبائل، والجزائريين عموما.

ومن الذين أشاروا إلى هذه الأخطاء في النقل والترجمة الدكتور بوسكي في كتابه القضاء الفرنسي والأعراف القبائلية⁽³⁾.

ومن الجامعيين كذلك ممن اهتم بأعراف المنطقة وترجمها هنري باصيه، وروني باصيه، وألفرد بيل، دوقا، وغوتيه، والأخوان وليام وجورج مارسسي هذان الأخيران اللذان اهتمتا بترجمة أعراف قبائل المغرب، كما أن لجورج مارسسي دراسة ترجم فيها فقه وعمل أهل الجزائر والمغرب اعتمادا على مصدر عمل أهل المدينة في كتابه المشهور القانون العرفي⁽⁴⁾.

(1) Quanon kabyle contemporain, Bousquet ,Alger1936.

(2) Revue africaine, 1937, N ° 81,p217.

(3) Justice française et coutumes kabyles, Bousquet Alger1950.

(4) le droit coutumier , G eorges Marcy ,Alger 1949.

أما عن أعراف ميزاب وقوانينها العرفية فاهتم بترجمتها مونتيلانسكي، فقد درس الفقه الإباضي واللهجات البربرية، ومن أبرز أعماله في هذا المجال نشره لمدونه ابن غانم في المذهب الإباضي، وقد مدح وأثنى زميله رنبيه باصيه على هذا العمل الجبار.

وممن ارتبط بأعراف هذه المنطقة مدير مدرسة الآداب بالجزائر إيميل ماسكري الذي ربط علاقة طيبة مع الشيخ محمد بن يوسف اطفيش، العلم الإباضي الشهير الذي كتب «الرسالة الشافية» وأعان ماسكري على فهم الحياة الدينية والعادات والتشريعات، كما استعان ماسكري ببعض النساخ في غرداية، ويقال أنه كان من الممهدين لاحتلال المنطقة⁽¹⁾.

ثم جاء من بعد ماسكري كبرلي الذي ألّف في الفكر العقدي عند الإباضية.

وهكذا فإن سلطة الاحتلال قد ترجمت القوانين العرفية لمختلف جهات الوطن، ولازالت هذه المؤلفات شاهدة إلى اليوم.

نظرة نقدية للترجمة الفرنسية

ما لاحظته وأنا أدرس بعض النصوص المترجمة من كتب المالكية كمختصر الشيخ خليل، أو لبعض القوانين العرفية المدونة في الكتابات الفرنسية، رأيت أن أخطاء كثيرة وردت في هذه الترجمات سواء بقصد وعن غير قصد، وأسوق أمثلة نقدية لبعضها.

قولهم عن عقد الزواج أنه بيع :

وقد ثبت في كتب كثير منهم، وأسوق بعض هذه الأقوال.

قول مارسل موران : «الزواج عند المسلمين هو بيع حقيقي»⁽²⁾.

قول مونبيه : «عقد الزواج هو بيع، الزوج يشتري الزوجة. . .»⁽¹⁾.

(1) لماسكري دراسات متعددة حول منطقة ميزاب في المجلة الإفريقية، انظر مجلة 1894م ص 373 / 350.

(2) Etudes de droit musulman , Marcel Morand ,Alger 1931 p135.

ولقد أتبع هؤلاء بعض الترجمات الخاطئة فظنوا أن ثمن الصداق، هو عينه ثمن المبيع.

وإذا رجعنا إلى كتب الفقه الإسلامي كلها لا نجد أحدا من الفقهاء جعل الزواج بيعا، بل الصداق هو مكرمة للزوجة.

وهكذا فقد وقف رجال القانون الفرنسيون ضد كثير من المسائل الفقهية كرفضهم لولاية الإجماع.

واعتبروا أن جبر البنت في الزواج ينافي حريتها، والمسألة جرى فيها خلاف كبير بين فقهاءنا.

وهذه الترجمة الحرفية لشرح الشيخ خليل، وابن أبي زيد القيرواني دفعت بالسلطة الفرنسية إلى سن قوانين تمنع جبر تزويج البنات في الصغر، ويبين قانون 2 ماي 1930م، العقوبات التي تسلط على المخالفين⁽²⁾.

وبهذا يمكن القول أن ترجمة الفقه المالكي قد سمحت للحقوقيين الفرنسيين أن يردوا بعض المسائل التي تحتاج إلى مراجعة فقهية كقول المالكية أن الولد يبقى في بطن أمه أربع سنين، فترجم بوسكي هذا الباب من الفقه وشنع على الفقهاء القائلين بأن أقصى مدة الحمل تتجاوز السنة والستين.

علق الدكتور بوسكي على هذا الموضوع الذي أسماه الولد النائم، واعتبر ذلك خرافة نقلت عن فقهاء المالكية⁽³⁾.

ثم رفعت هذه الترجمة إلى الحاكم العام، فحسم القانون الفرنسي في مسألة أقصى مدة الحمل، وحددها بتسعة أشهر⁽⁴⁾.

ويمكن اعتبار أن ترجمة بعض أبواب الفقه إلى الفرنسية قد فتحت مجالا لمراجعة بعض الفتاوى والأحكام التي بناها العلماء المتقدمون على

(1) Coutumes algériennes, R. Maunier, paris 1935 p 30.

(2) المجلة الإفريقية، سنة 1937، رقم 81، ص 165.

(3) يراجع كتابه القضاء الفرنسي والأعراف القبائلية، ص 86.

(4) La justice musulmane, Lourdau, Alger, 1884, p207.

الرأي والتجربة الخاطئة، ففي هذه المسألة العلمية أخذ الإمام مالك رحمه الله قوله عن نساء زمانه، فالحمل والنفاس وما شابه ذلك كان يؤخذ عن النساء، وقد يكن كاذبات أو واهمات، والوهم إليهن أقرب.

ودليل مالك ما أخرجه البيهقي والدارقطني أن داوود بن رشيد قال سمعت الوليد بن مسلم يقول : قلت لمالك بن أنس إني حدثت عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : « لا تزيد المرأة على حملها على سنتين قدر ظل مغزل، فقال : سبحان الله من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق، وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة، تحمل كل بطن أربع سنين»⁽¹⁾.

وبهذه الأمثلة التطبيقية يمكن القول أن حركة الترجمة خلال الاحتلال الفرنسي قد ترتبت عنها آثار إيجابية ؛ منها ترجمة هذا التراث الفقهي الغني الذي أدهش بعض الفرنسيين، كما أخطأت بعض الترجمات في النقل، فشوهت حقائق بعض الأحكام الفقهية، كقولهم إن الصداق بيع، ولا زال الرصيد المغاربي بالمكتبة الوطنية الجزائرية زاخرا بهذه الكتب المترجمة التي تنتظر أقلام الباحثين.

المصادر والمراجع :

أولا : باللغة العربية

- (1) أبو القاسم سعد الله، تاريخ الجزائر الثقافي، ط1، لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1998م.
- (2) أحمد لعيمش، كتاب النكاح والطلاق من بداية المجتهد، لبنان، دار الكتب العلمية، 2001م.
- (3) البيهقي، السنن الكبرى، لبنان، دار المعرفة.
- (4) جمال كركار، العرف والعمل الجزائري وأثرهما في الفتاوى والأحكام، دراسة مقارنة، أطروحة : دكتوراه.

(1) البيهقي، السنن الكبرى، لبنان، دار المعرفة، ج 7، ص 443.

- (5) حمدان خوجة، المرأة، ط2، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1982م.
- (6) زيس، مجموع الوثائق والأحكام، الجزائر، نشرات جول كاربونال، 1946م.
- (7) عمر بن حسن بن بريهمات، النهج السوي، الجزائر، مطبعة بييرفونتانا، 1908م.
- (8) القضاء المدني الإسلامي، في نشرة جمعية الدراسات السياسية والاجتماعية، سنة 1904م.
- (9) لماسكري، دراسات متعددة حول منطقة ميزاب في المجلة الإفريقية، انظر مجلة 1894م.

ثانيا : باللغة الفرنسية

- 1) Bousquet , Justice française et coutumes kabyles, Alger1950.
- 2) Bousquet , Quanoun kabyle contemporain, Alger1936.
- 3) droit musulman ,paris 1873.
- 4) Gassiot , Les juges de paix et les juridictions musulmanes en Algerie , Alger 1950.
- 5) Georges Marcy, le droit coutumier , Alger 1949.
- 6) Kadoz , Droit musulman malékite , Paris, 1870.
- 7) Lourdau , La justice musulmane , Alger ,1884.
- 8) Marcel Morand , Etudes de droit musulman Algerien, Alger 1910, et : Alger 1931.
- 9) R. Maunier ,Coutumes algeriennes, paris 1935.
- 10) Revue africaine 1937, N ° 81,et : année 1931, Alger ,1985.
- 11) sautayra ,Législation de l'Algérie , lois , ordonnances , Paris1878.



شفيق جبري في رحلته إلى أرض السحر

أ.د. أحمد حيدوش *

توطئة :

تدور هذه الدراسة حول رحلة شفيق جبري إلى أميركا سنة 1953 والتي سجل من خلالها كل ما جال في ذهنه من خواطر وأفكار نشرها فيما بعد في كتاب تحت عنوان «أرض السحر» وذلك سنة 1962.

وتطمح هذه الدراسة إلى الكشف عن مكونات هذه الرحلة وكنوزها عند هذا الشاعر الكاتب المفكر، لأنه في حدود علمي لم يتم تناولها بعد في النقد الأدبي العربي في إطار الرحلة في الأدب العربي الحديث أو في إطار الأدب الرحلي بصورة عامة، لربطها بالسياق العام الذي ظهرت فيه.

إن «أرض السحر» تعد تجربة فريدة في الأدب العربي الحديث، فهي تتميز بكونها اقتحام جريء لعالم الآخر «أميركا»، وفيها نقف على عوالم تدخلنا إلى هذا العالم السحري من جهة وإلى عالم الكاتب النفسي والفكري من جهة أخرى، وهذه العوالم هي :

أولا : عالم العلم والمعرفة وفضاؤه الجامعات الأميركية.

ثانيا : عالم الطبيعة الأميركية الخلاصة المتميزة.

* أستاذ ومدير المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة.

ثالثا : عالم المدينة بوصفها أهم المعالم الحضارية التي تكشف عن خصوصية الإنسان هناك.

رابعا : عالم الكاتب الداخلي والخارجي.

فمن مطار دمشق حيث تبدأ الرحلة بالطائرة، مروراً بمطار بيروت، ومطار روما، ومطار باريس، ومطار نيويورك، وصولاً إلى محطة القطار حيث تستمر الرحلة إلى الفندق الذي سيقوم فيه، ثم قاعة المحاضرات حيث تدور أشغال مؤتمر الثقافة الإسلامية الذي دعى إليه، وما قام به من جولات بعد هذا المؤتمر، نكتشف هذه العوالم بأسلوب سحري يأسرنا على امتداد صفحات الكتاب ويقدم لنا من اللذة والفائدة الشيء الكثير، حيث تبدو الرحلة عنده وكأنها عبارة عن مجموعة من الصور واللوحات المتلاحقة، صور تلتقطها عدسته ويعرضها علينا عرضاً سريعاً أحياناً أو يعرضها عرضاً بطيئاً في أحيان أخرى، ولوحات يرسمها بقلمه ويضفي عليها ألواناً سحرية، ومن خلال هذه الصور واللوحات المطعمة ببعض آرائه وأفكاره ومواقفه نقف على بعض مكونات هذه الرحلة.

1. بسط الرحلة :

ورد في تصدير الكتاب ما يلي :

« كتب لي أن ارحل إلى أميركة رحلتين : الأولى سنة 1953 والثانية سنة 1956*، وقد جلت في مناكب أرضها من الشرق إلى الغرب ومن الشمال إلى الجنوب، فعمت بكثير من مشاهد طبيعتها وأنست بكثير من جامعاتها ووقفت على بعض خصائص الأميركان في آفاق تفكيرهم واجتماعهم وعملهم»⁽¹⁾.

نلاحظ في هذا البسط ما يلي :

1 - استهلال الكتاب بعبارة « كتب لي » إنه إنسان مؤمن بأن كل شيء

❖ جاء في هامش ص 223 تصحيح لتاريخ الرحلة الثانية كما يلي : « ورد سهواً في كلمة التصدير أن الرحلة الثانية كانت سنة 1956 والصحيح، أنها كانت سنة 1955 ».

(1) شفيق جبيري، أرض السحر، وزارة الثقافة والإرشاد القومي، ط1، دمشق 1962، ص 05.

مقدر ومكتوب.

2 - الاستمتاع بمشاهد الطبيعة.

3 - اكتشاف معالم الجامعات الأمريكية.

4 - خصائص الأمريكيان من تفكيرهم واجتماعهم وعملهم.

2 في دلالة العنوان :

إذا كان العنوان علامة نصية دالة عليه، فإن « أرض السحر » عبارة عن علامة أطلق من خلالها الجزء على الكل، فقد وضعه عنوانا فرعيا وصف من خلاله منطقة « نيو مكسيكو » التي لم يجد لها وصفا أصدق من هذا الوصف : « إذا فتشت عن وصف لهذه الجنة التي طفت بها أكثر النهار فلا أجد أبلغ من هذا الوصف (..) أرض السحر! ولذلك سميت هذه الرحلة : أرض السحر»⁽¹⁾.

وهي جبال عالية يغطيها الأرز الأخضر، وأودية يغمر الثلج أكثرها، جبال وأودية خضر يذهب إليها الأميركيان في الصيف وقد نفرت عنهم أسود الجبال ودببها لأنها تبعد عن الإنسان إلا إذا ضايقها⁽²⁾.

3. مدة الرحلة :

يشير الكاتب في نهاية الكتاب إلى أنه « لم يحضر عيد الميلاد، فقد غادر أميركة قبل هذا العيد بعشرين يوما»⁽³⁾ ومعنى هذا، أن الرحلة كانت نهايتها يوم الجمعة 11 ديسمبر 1953، تاريخ العودة إلى دمشق، ، بيد أنه يشير في موضع آخر أنه غادر نيويورك في خمسة أو ستة كانون الثاني 1953 ولم يسجل شيئا أثناء رحلة العودة.

أما رحلة الذهاب فكانت بدايتها يوم الأربعاء 20 سبتمبر (أيلول) 1953. ومعنى ذلك أن الرحلة دامت ثلاثة أشهر وتسعة أيام، أو ثلاثة أشهر وثلاثة أيام.

(1) أرض السحر، ص 134.

(2) نفسه، ص 134.

(3) نفسه، ص 212.

4. فكرة الرحلة وهدفها :

يبدأ كتاب «أرض السحر»، بقوله : «زارني في كلية الآداب في يوم من أيام الصيف سنة 1953 الدكتور فيليب حتي رئيس قسم لغات الشرق وأدابه في جامعة «برنستون» والسيد «دونالد سنوك» الملحق الثقافي في سفارة أميركة في الشرق وسألاني رأيي في رحلة إلى الولايات المتحدة الأميركية لحضور مؤتمر الثقافة الإسلامية في جامعة «برنستون» على أن أقضي تسعين يوماً في أميركة أجول خلالها في مختلف أفاقها، ثم بسط لي فكرة الرحلة، فإن حكومة الولايات المتحدة قد أحبت أن تدعو طائفة من رجالات الشرق إلى زيارة بلادها حيث يتعرفون إلى من يهمهم أمرهم من أهلها ويتناقشون في الشؤون التي تعنيهم»⁽¹⁾.

من هذا المنطلق، فإن الرحلة علمية، تهدف من جهة إلى حضور مؤتمر علمي موضوعه الثقافة الإسلامية يتدارسه مجموعة من الباحثين من الشرق والغرب في جامعة «برنستون»، ثم إنها سياحية من جهة أخرى لأنها غير مقصورة على أيام الندوة، وإنما تستغرق مدة من الزمن بعد انتهاء المؤتمر، تعطى فيها الفرصة للمشاركين لاكتشاف أميركة حسب رغبة كل واحد منهم.

5. الطائرة ورحلة المخاوف والمتاعب :

تبدأ رحلة شفيق جبيري بإطلاع القارئ على حادثة وقعت له في مكتب القنصل الأميركي في دمشق والذي جاءه في المطار بأدبه ورقته معترداً، دون أن يكشف عن هذا الأمر الذي وقع له في مكتب القنصل، ولا شك في أن الأمر لم يكن هينا مادام الملحق الثقافي للسفارة قد انتقل للمطار للاعتذار. المهم أن الطائرة أقلعت من مطار دمشق لتحتط بمطار بيروت بعد نصف ساعة لينحدر منها الركاب وليدخلوا المقصف ويدخل هو معهم ولكنه كان شديد التحفظ خوفاً من أن تجري الطائرة ويبقى هو في

(1) أرض السحر، ص 07.

المطار (1).

طارت الطائرة من بيروت إلى روما، ورغم المناظر الطبيعية الجميلة التي كانت تتراءى له من الطائرة، إلا أنه لم يحس بها، إذ ملأه إحساس بأن اقترابه من هذه المدينة هو اقتراب من شؤم يوم الأربعاء: «قربنا من روما فاختلفت المناظر ورأيت مدخلا فتانا بطبيعته وبساتينه، قربنا من رومة ولكن قربت من الشؤم، شؤم يوم الأربعاء» نفسه، ص 11. (6). ويبدو أن مطار روما كان أول محطة في رحلة الشؤم في سفر الأربعاء.

توقفت الطائرة بأرض مطار روما، لينزل الركاب إلى المقصف في انتظار مواصلة الرحلة، ولكنه كره الإلتظار فنزل ثانية إلى باب الخروج من القاعة ليفاجئه رجل وهو يصيح: «أنت! لقد ناديناك باسمك مرات، إن الطائرة ذهبت» (2).

استسلم الرحالة للأمر الواقع مدة ليهتدي بعدها إلى ضرورة الخروج من المطار للمبيت في المدينة ليلة، بيد أن الشرطي منعه من الخروج لأن جواز سفره ليس فيه إشارة من قنصل إيطاليا في دمشق، فمكث في المطار أربع ساعات يبحث عن مخرج رفقة صديق تعرف إليه هناك، وأخيرا، أوعز أحد الموظفين إلى الشرطة بالسماح له بدخول روما، فدخلها بعد عذاب أربع ساعات كما يقول (3). ليستأنف الرحلة في اليوم التالي على متن طائرة إلى مطار باريس وتكرر تجربة مطار روما ليعللها بأنها من عواقب السفر يوم الأربعاء، فيقضي أربع ساعات أخرى في محاولة منه الخروج من المطار قصد زيارة المدينة: «وصلنا إلى باريس في العصر (..) حاولت دخول باريس، فمنعني الشرطي لأن جواز سفري خال من إشارة قنصل فرنسا في دمشق فظل «بتي» يعمل أربع ساعات حتى استطاع أن يمهد لي السبيل إلى دخول باريس» (4).

(1) نفسه، ص 09، 10.

(2) أرض السحر، ص 11.

(3) نفسه، ص 12.

(4) نفسه، ص 12.

غير أن هذه المحطة - ورغم ما لاقاه فيها من متاعب لا تختلف عن متاعبه في روما - تعد بداية التحول الرحلي في الاتجاه الإيجابي، أو هي بداية نهاية الكابوس :

« أحمد الله على أنني استطعت هذه المرة أن أرجع إلى الطائرة من دون قصة من القصص »⁽¹⁾.

ههنا، إذن، يبدأ التحول، ويبدأ معه الانفتاح إلى الوطن، ومن ثم تبدأ رحلة المقابلة بين عالمين، عالم الشاعر والعالم الذي حل به : « لقد شهدت وأنا في مثل هذا القلق والحذر أن العالم الذي أنا فيه يختلف عن باريز وعن روما »⁽²⁾.

كان همه الوحيد في باريز التي دخلها ليلاً أن يستعيد مكانه في الطائرة ليصل إلى نيويورك. ولم تحرك فيه مدينة الجن والملائكة ساكناً على الرغم من سابق معرفته لها ولمظاهر عالم اللهو والمرح والفتنة التي تميزها. وبعد ثلاثة أيام قضاها بها، غادر صوب نيويورك، فكانت آخر محطة من شؤم الأربعاء أن اكتشف أن أمتعته لم ترافقه في الطائرة التي نقلته من باريس وإنما أرسلت في طائرة ثانية وصلت بعد رحلة الطائرة التي سافر فيها.

وأخيراً، وفي مطار نيويورك، ودع الرحالة كل المتاعب، وهي متاعب مرتبطة أساساً بالطائرة، ولها دوافع نفسية دفينة تعود إلى مرحلة الطفولة، وقد كشف عنها من خلال مجموعة من المواقف، وتتمثل في :

1. الرحلة بين القبول والرفض :

يعلق على هذه الرحلة عندما عرضت عليه بقوله : « لقد رضيت بهذه الرحلة دون أن أبالي بها كثيراً لأنني على قدر رغبتني في السفر قبل خمس وعشرين سنة أصبحت رغبتني في الاستقرار والهرب من المتاعب، فمن عشرين سنة، أي من بعد رحلتي إلى أوربه والحجاز، ونجد، لم ارحل رحلة

(1) نفسه، ص 14.

(2) أرض السحر، ص 14.

فيها تعب» (1).

2. تلاشي الرغبة في السفر :

بدأت الرغبة في السفر تخف تدريجياً إلى أن وصلت إلى نوع من التلاشي : « خفت في نفسي الرغبة في هذا السفر ولم اعد اهتم به » (2).

3. التردد في قبول السفر :

لم تعاوده الرغبة في قبول السفر إلا بعد الإثارة، فقد راح ينظر إلى الصور فوقعت عينه على بقعة من بقاع أميركة على المحيط الهادي، وعلى ساحل هذا المحيط نخيل ممتد ورجال من الهنود فعادته الرغبة : « لقد كان لهذه الصورة أثر في نفسي، فقد عادت إلي الرغبة في السفر وخرجت من الحيرة التي كنت فيها » (3).

4. الخوف من السفر بالطائرة :

يكشف في هذه الرحلة عن مخاوفه من السفر بالطائرة، وهي مخاوف تعود إلى مرحلة الطفولة : « لما أبلغني الملاحق الثقافي أن سفري سيكون يوم الأربعاء قلقت بعض القلق ورجعت إلى أوهام الطفولة، فإن السفر بالطائرة من دمشق إلى نيويورك غير هين علي » (4).

يؤكد الكاتب أنه لم يسافر قط في كل رحلاته السابقة إلى أوروبا والبلاد العربية بالطائرة، وإنها المرة الأولى التي ينوي السفر فيها جواً على الرغم من العهد الذي قطعه على نفسه بأنه لن يسافر بالطائرة أبداً : « هذه أول مرة أسافر فيها بالطائرة، فقد كنت شديد الحذر من مثل هذا السفر وكنت أقول لا يمكن أن أركب الطائرة في حياتي » (5).

(1) نفسه، ص 07.

(2) نفسه، ص 07، 08.

(3) أرض السحر، ص 08.

(4) نفسه، ص 09.

(5) نفسه، ص 09.

5. استحضار ذكرى من ذكريات مخاوف الطفولة :

كان يوم الأربعاء يوم شؤم بالنسبة إليه، فقد كانت العائلة وهو صغير تتطير منه، ورحلته تبدأ يوم الأربعاء، وهذا مبرر كاف لتصعيد المخاوف لديه : « لما كنت طفلاً، كنت اسمع في الدار التي نشأت فيها أن جدي - رحمه الله - يجد شؤماً في السفر يوم الأربعاء، وقد رسخ هذا المعتقد في ذهني حتى كبرت وترعرعت»⁽¹⁾.

ويؤكد أن هذا الخوف بقي منه شيء كثير في نفسه، وإن كان لم يحفل به كثيراً، إلا أنه عاوده عندما عرف أنه سيسافر يوم الأربعاء، وهو مبرر كاف لجعله يصرف النظر عن السفر : « بقي في أعماق نفسي قليل من خوف السفر يوم الأربعاء (.. .) غير أن هذا الخوف لم احفل به كثيراً»⁽²⁾.

6. تبديد المخاوف بترييد الكلام :

يخبرنا جبيري عن كيفية زوال مخاوفه من السفر بالطائرة، ويبدو هنا وكأنه عالم نفس يحدثنا عن علاج هذه المخاوف بطريقة الكلام وترديده : « كنت (.. .) أسامر جماعة من أصدقائي ركب أكثرهم الطائرة (.. .) ولكثرة ما سمعت (.. .) نزع عني خوف الطائرات وهذا يدل على ما للكلام وترديده من الأثر في بعض الأحوال»⁽³⁾.

7. نشأة الأوهام وتبريرها :

ثم يحدثنا عن الأوهام التي نشأت لديه عندما أقلعت الطائرة من مطار دمشق، فيما كان ينظر إلى الأرض من تحتها وهو يرى خطوطاً خضراء، فظن أن هذه الخطوط حدود توضح لها سيرها، ليدرك بعد ذلك أن هذه الخطوط الخضراء ما هي إلا بساتين واقعة على ضفتي بردى، ليبرر بعد ذلك نشأة هذا الوهم : « هذا الوهم نشأ عن أن هذه هي أول مرة أسافر فيها بالطائرة»⁽⁴⁾.

(1) نفسه، ص 09.

(2) أرض السحر، ص 09.

(3) نفسه، ص 09، 10.

(4) نفسه، ص 10.

والواقع أن هذه الأوهام كثيرا ما صنعت لديه صورا ذهنية خيالية راسخة عن العالم بددتها هذه الرحلة بعد معاشته الواقع، من ذلك: تصوره الخيالي لمدينتي هوليد (1) ونيويورك (2) وهي صورة صنعتها أحلام اليقظة. فقد تصور المدينة الأولى على النحو التالي: « كنت أتصور المحيط الهادي، وأتصور جانبا من ساحله فرش برمل أبيض ناعم كأنه حرير أملس والممثلات تمتد على هذا الرمل في النهار معرضة أجسامها اللينة للشمس، هذا كل ما كان يخطر على بالي في « هوليد » ولكنني لم أدرك شيئا من هذه الأحلام، في حين أن الواقع يقول إنها: ضاحية كلها فن، شوارعها عريضة ودورها رائعة، وحدائقها باسمية، تحيط بها الجبال من كل طرف من أطرافها، والقصور منثورة على هذه الجبال، فالتناسق بين الفن وبين الضاحية التي يمثل فيها الفن متكامل من جميع الوجوه (3). فلا الرمل فيها كالحرير، ولا الأجسام الأثوية الناعمة ممتدة عليه.

أما مدينة نيويورك، فقد تصورهما على النحو التالي: « أبنيتها تصل إلى السماء وإني إذا أردت أن أرى آخر طاق من طيقان هذه البناية، عجزت عن ذلك مهما يبلغ من رفع رأسي إليها، وكنت أظن أن شوارعها بلغت من العظمة مبلغا لا أستطيع وصفه، وما علي إذا قلت إني كنت أتوهم أن ناسها لا يشبهون غير ناس، وأن أبنيتها لا تماثل غير شوارع » (4). ويبرر هذا الوهم عن المدينة بأنه يعبر عن حالة نفسية في أول كل زيارة للمدن الكبيرة، كمدينة باريز ونيويورك. وهذه الحالة لا تلبث أن تزول فيعود الذهن إلى طبيعته ليرى الأشياء على حقائق صورها، كأن حجابا يلقي على هذا الذهن ثم يرفع الحجاب عنه، فيحكم على الأمور حسب مقاديرها » (5).

(1) نفسه، ص 105، 106.

(2) نفسه، ص 202.

(3) أرض السحر، 106، 107.

(4) نفسه، ص 202.

(5) نفسه، ص 17.

8. القطار ورحلة الفرجة من نيويورك إلى برنستون :

إذا كانت رحلة جبري بالطائرة من دمشق إلى نيويورك يمكن أن نطلق عليها رحلة المتاعب والمخاوف والهواجس والأوهام، فإن نهايتها كانت بخروجه من مطار نيويورك لتبدأ رحلة القطار، الرحلة على أديم الأرض، ففي القطار لم يعد يهمه شيء بقدر ما تهمة الفرجة : « لا يهمني شيء في القطار مقدار ما تهمني الفرجة »⁽¹⁾.

كانت على جانبي الطريق بين نيويورك وبرنستون مشاهد طبيعية خلابة : أشجار وسهول كثيرة، ولكن الذي استوقف نظره ورصده بعدسته هو « قطعان السيارات » بدلا من قطعان « الإبل والغنم » وهو أول مظهر من مظاهر الغنى في أميركة يسجله ليشير به إلى التعارض القائم بين عالمه الأصلي عالم الشرق العربي، والعالم الذي هو فيه الآن، وهي إشارة واضحة إلى التعارض بين العالمين.

9. الوصول إلى الفندق وبداية تشكل الصورة عن المجتمع الأمريكي :

عند وصوله إلى الفندق، يستقبله رئيس المؤتمر، وهنا ترصد عدسته سلوك الرجل الحضاري المتميز بشيخوخته المرححة التي لا يفارقها ابتسام الثغر والتي لا يكاد الشباب يتولى عنها، ثم ترصد عدسته جمال الفندق الذي سيقم فيه والمتربع على مروج خضراء وبحيرات مصنوعة وطبيعته الهادئة، والذي لا يشبه الفنادق الفخمة في المدن بل هو أشبه بدار الأرياف. وقادته هذه المحطة إلى استحضار بعض العناصر والأجزاء العالقة بذهنه ليرسم لوحة أولية عن هذه البلاد التي أطلق عليها اسم بلاد الغرائب، وذلك على النحو التالي : « الولايات المتحدة مجموعة غريبة من الأشكال، أجسام طويلة كأن أصحابها جبابة، وأجسام قصيرة مختلفة، فلا تكاد تحس فيها بأمة من أصل واحد (..) ترى من حين لآخر شيخوخات، وكأنها شباب نضير، وسيارات تسوقها العجائز، فكأن الناس في أميركة لا يعرفون الموت، فهم لا يذكرونه ولا يخطر لهم على بال، فلم يخلقوا للتفكير في الحزن

(1) نفسه، ص 17.

والكآبة في كل ساعة، فلا تسمع في كل دقيقة الدنيا زوال! الدنيا زوال! ثم تجد الإفراط في حرية النساء، فتأخذ عينك في الطريق نساء عاريات السيقان من الحر، ولا تجد إنسانا يحملق لينظر إليهن»⁽¹⁾.

وهذه الصورة يؤكدتها فيما بعد من خلال الصورة التي رسمها لمدينة نيويورك⁽²⁾. إنه يحدد هنا ملامح هذا المجتمع، فهو شعب غير متجانس، وهو مجتمع النشاط والحيوية بشبابه وشيوخه، وهو مجتمع يقدر الحياة بل يعيها، فهي الهدف الأسمى للإنسان الأمريكي والمرأة فيه حرة إلى أقصى حدود الحرية.

10. قاعة المؤتمر وعالم المعرفة :

أ. صورة المثقف الشرقي :

ليس المهم لديه هنا أن يرصد كل ما قيل في هذه القاعة من محاضرات، وكل ما دار فيها من مناقشات، وإنما المهم عنده أن يدون خواطره أو ما يحس به فيها، كما كان يفعل ذلك من قبل : «إنني أدون خواطري وأنا اسمع الأقوال كما كنت أدون خواطري في القطار والسيارة وأنا انظر إلى الطبيعة»⁽³⁾.

من بين هذه الخواطر ما دونه عن أثر الشرق في هذه القاعة ويعني بهذا الأثر تلك اللغة الشعرية الحماسية التي درج الإنسان الشرقي استعمالها في مخاطباته حتى كاد أن يبتعد عن واقع الحياة، وهي دعوة صريحة إلى العقلانية والابتعاد عن الخيالات والأوهام في حياتنا اليومية، أو هي دعوة إلى اعتماد لغة العقل والمنطق بدل اللجوء إلى لغة العواطف والانفعالات الزائدة عن اللزوم.

(1) أرض السحر، ص 19.

(2) نفسه، ص 205.

(3) أرض السحر، ص 23.

ب. صورة المثقف اليهودي :

لاحظ جبري وجود ثلاثة أساتذة يهود في المؤتمر وهم من الجامعة نفسها التي نظمت المؤتمر، وأستاذين يهوديين آخرين لا ينتميان إلى هذه الجامعة، ارتأى منظمو المؤتمر دعوتهم للاستماع فقط، دون أن يخصص لهم بالتدخل في المناقشات، وكأن اليهودي في هذا المؤتمر لا يحق له أن يتحدث عن الثقافة الإسلامية، وهو موقف يحمل أكثر من دلالة.

ج. صورة المثقف الأمريكي :

إن أبرز ما علق بذهن الكاتب من خواطر عن الأميركي المثقف :
- ميله إلى المرح والتكثيف حتى يخفف عنه عناء الجد : « فكأن النفوس يتعبها الصبر على الجد والتفكير »⁽¹⁾. وكأن منطق المثقف الأميركي ههنا يتماشى مع منطق الجاحظ.

- الإنصاف : بعدما كثر السؤال عن أثر الشيوعية في أدب العرب، وطال الحديث عن ضرورة تبديل الحروف العربية بحروف لاتينية من قبل بعض الأساتذة من الشرق، علق احد الأميركيين بقوله إن الأميركيين آخر من يجب عليهم الخوض في الكلام عن الحروف العربية وتبديلها بحروف لاتينية لأن لغتهم نفسها بحاجة إلى إصلاح، بل ودعا إلى ضرورة المحافظة على الحرف العربي بالنظر إلى محاسنه، فلا يجوز التفكير في تبديل الكتابة العربية. ويرى جبري في هذا الكلام منتهى الإنصاف.

- ميزة الإصغاء واحترام الرأي الآخر :

إن الأميركي مستمع جيد لا يخوض في بعض الأمور الحساسة، يفضل تركها لأهلها من أصحاب الاختصاص، ومن هذه الموضوعات ما يتعلق بالتاريخ الإسلامي وكتابته بأسلوب علمي حين أراد بعض الأساتذة أن يطبقوا أساليب العلم على الدين، وهؤلاء كلهم من الشرق، اقتصر الأميركي على الإصغاء واحترام رأي هؤلاء، وهكذا : « وقف الأميركيين وأساتذة الشرق

(1) نفسه، ص 25.

على الآراء المختلفة، وهذه فائدة من فوائد المؤتمر»⁽¹⁾.

وإذا كانت بعض الأفكار قد مرت دون أن يوليها أحد الاهتمام فإن جبري لم يتركها تمر حين سجل موقفه منها في ما دونه، من ذلك مثلاً تدخل أحد الأميركان البروتستانت ودعوته إلى ضرورة البحث عن نصوص جديدة للقرآن، علق بقوله: «القرآن هو الصلة الوحيدة التي تجمع بين ملايين المسلمين في مشارق الأرض ومغاربها، هذه الصلة يريدون تمزيقها، إما بالتفتيش عن نصوص جديدة للقرآن، وإما بإخضاع الإيمان للمعادلات الجبرية»⁽²⁾.

وهكذا، سجل جبري خواطره التي ضمنها الكثير من المواقف حول ما قدم في موضوع التاريخ والتربية، والأدب، والإصلاح الاجتماعي، والشريعة والعلم والفلسفة فأعطانا صورة عما دار في القاعة من نقاشات حول هذه الموضوعات⁽³⁾. وهي موضوعات كان يدور حولها جدل كبير في مرحلة الخمسينيات والستينيات من القرن الماضي.

11. نهاية المؤتمر ورحلة الاكتشاف والمتعة :

أنهى المؤتمر أشغاله، فكان لا بد من ترتيب رحلة استكشاف أميركة حسب رغبة كل واحد من المشاركين في المؤتمر. وقد عبر جبري عن رغبته بقوله: «اتصل بي السيد «روث» وسألني: ماذا تحب أن ترى في أميركا؟ قلت له: الطبيعة والجامعات قبل كل شيء، قال: المعامل، قلت: لا، فأدرك ذوقني ووضع لي جدول السفر في أميركة كلها، في شرقها وغربها، في شمالها وجنوبها»⁽⁴⁾.

(1) أرض السحر، ص 28.

(2) نفسه، ص 29.

(3) أنظر الصفحات، من 26 إلى 38.

(4) أرض السحر، ص 50، 51.

أ. الجامعة ورحلة اكتشاف عالم المعرفة :

1. جامعة برنستون : Princeton

كانت جامعة برنستون هي أول معلم يكتشفه في هذا العالم السحري، كان اكتشافها أثناء المؤتمر وتحديدًا في يوم عطلة الأسبوع، يقول عنها إنها : « جامعة لا أستطيع إفراغ صورها في الألفاظ»⁽¹⁾، وأنه لم يؤثر فيه شيء « في أميركة مقدار تأثير الجامعة وملعبها وحريتها، فهي عالم مستقل منفرد، فيه صورة الولايات المتحدة الأميركية كلها، فيها صورة الحرية على أوسع معانيها ولاسيما حرية الطلبة والطالبات، يجد الطالب في الجامعة كل ما يحتاج، يجد المكتبة وفيها كل مصادره، ويجد دار الطلبة وفيها غرفته وحمامه، فلا يمكن لعقل شرقي أن يتصور عظمة جامعة برنستون، لا من حيث المباني، ولا من حيث الترتيب ولا من حيث المكتبة، ولا من حيث سحر الطبيعة فيها، فالسحر كل السحر في طبيعتها : في شجرها، ومروجها وخضرتها وصفائها، إنها جامعة في غوطة مثل غوطة دمشق»⁽²⁾. وإنها لمدينة قائمة بنفسها، بل إن مدينة برنستون تستمد شهرتها بجامعتها، و يكفي أن ويلسون رئيس الولايات المتحدة الأميركية سنوات 1913 - 1921، كان رئيسها بين 1902 و1910، وكان محبوبا لدى الطلبة لا يستطيعون الصبر عنه إذا تأخر، وقد ترك قولاً ماثورا عندما رشح نفسه لرئاسة الولايات المتحدة ف قيل له : أنت رئيس جامعة، فكيف ترشح نفسك لرئاسة الجمهورية، فقال : رئاسة الجامعة أصعب من رئاسة الجمهورية⁽³⁾، وإذا كان ويلسون قد قال ذلك فإن مقولة جبري عنها لا تقل أهمية عن مقولة ويلسون : « في نفسي أمنية واحدة : لم أشته أن أكون أستاذ جامعة ولا رئيس جامعة ولكنني اشتيت أن أكون طالبا بجامعة برنستون»⁽⁴⁾.

(1) نفسه، ص 36.

(2) نفسه، ص 32.

(3) نفسه، ص 33.

(4) أرض السحر، ص 34.

2. جامعة هارفرد : Harvard

في هذه الجامعة اكتشف أولى خصائص الجامعات في أميركة، إن الحكومات والجماعات والأفراد تعجز عن بناء جامعات بهذا الشكل، ولكن أكثر الجامعات تبنى أقسام عظيمة منها بالهبات والعطايا، ففي هذه الجامعة مكتبة بنتها أم مات ابنها على باخرة التيتانيك وعمره سبع وعشرون سنة، وقد بنت هذه المكتبة تخليداً لذكرى ابنها Elkins Widener وضعت فيها مكتبته الخاصة لتراه حياً بين رفقائه الطلاب.

3. جامعة ميشيقان : Michigan

تلتقط فيها عدسته عبارة مكتوبة على مدخل بناء من أبنية هذه الجامعة لها أكثر من دلالة، تقول هذه العبارة: «الدين والأخلاق والمعرفة ضرورية لوجود حكومة صالحة ولسعادة البشر، ويجب أن تشجع المدارس ووسائل التربية أبد الأبدين»⁽¹⁾.

لكنه يلاحظ التعارض القائم بين هذا الشعار والواقع من زاوية الأخلاق، فالطلبة والطالبات يدخنون دون حرج، حتى إن بعضهم يدخن في الأقسام، ولطلبتها الحق في اقتناء السيارة ويقدم معلومات إحصائية عن عدد الطلبة والأساتذة في هذه الجامعة فهي تحتضن 17000 طالب وطالبة و1200 أستاذ، وبعملية حسابية بسيطة نكتشف أن معدل التأطير هو أستاذ لكل 14 طالب، وأن الطلبة والطالبات يعملون لتحصيل أجور يدفعون بها رسوم الجامعة: «هذه عظمة أميركة.. ولم أعظم أحداً في حياتي مقدار تعظيمي لهؤلاء الطلاب الذين يخدمون على الأكل وفي الطرق والفنادق»⁽²⁾.

ويقدم معلومات عن طريقة التدريس في هذه الجامعة، بحيث يبدأ الأستاذ فيوزع على الطلاب ورقة فيها أسماء المصادر، ثم يمسك بيده ورقة فيقرأ مرة ويشرح مرة ويسمح للطلاب بسؤال الأستاذ وهو يلقي درسه والطالب يسأل وهو جالس، وقد يكثر الطلاب من الأسئلة أثناء إلقاء الدرس، فيضيع الدرس

(1) نفسه، ص 68.

(2) نفسه، ص 68.

بالسؤال والجواب، ولكن إذا كانت الغاية أن يفهم الطالب فليفهم على هذه الطريقة، طريقة السؤال والجواب⁽¹⁾ وفي موضع آخر يشير إلى طريقة التعليم المتميزة في موضع حديثه عن الكلية العسكرية وهي طريقة تهدف إلى الإقناع بجملوى الشيء، من ذلك :

« شهدت في صف من الصفوف طالبا ينشئ محكمة وهو رئيسها، المحكمة تحاكم بنتا وصبيها، موضوع الدعوى : قراءة كتاب، فالرئيس يتهم البنت بقراءة كتاب لا فائدة فيه وعلى البنت أن تقنع الرئيس أن الكتاب مفيد، ولذلك لخصت له الكتاب، و الغاية حمل البنت على قراءة الكتاب وعلى تلخيصه حتى تأتي ببرهان على استفادتها منه⁽²⁾.

وإذا كانت لكل جامعة خصائصها التي تميزها فإن زائرها يجد في كل جامعة شيئا جديدا قياسا إلى الجامعات الأخرى، فإن ما يميز هذه الجامعة نظافتها ولاسيما الفندق (إقامة الطلاب) الذي يتربع على مساحة داخل الجامعة والذي يمكن أن نكتشف من خلاله مجتمع الطلاب، وأعظم شيء في هذا المجتمع تلك العناية برياضة البدن، الشباب جابرة في أجسامهم والفتيات رشيقات في حركاتهن، وفيها مدرسة خاصة لتدريس رياضة البدن، ومن عظمة هذه الجامعة ملعبها الذي يستوعب (100000) مائة ألف متفرج. وتستمد هذه الجامعة شهرتها في أميركا من الألعاب فهي أشهرها على الإطلاق في هذا المجال⁽³⁾.

4. جامعة شيكاغو : Chicago

إنها تختلف عن غيرها من الجامعات من حيث الموقع، فهي تقع في ضاحية متصلة بالمدينة وكأنها تطرح سؤالاً يحتاج إلى إجابة، يتمثل السؤال في :

- هل يجب أن تكون الجامعة داخل المدينة أم في الضاحية وبمعنى

(1) أرض السحر، ص 69.

(2) نفسه، ص 92.

(3) نفسه، ص 69.

آخر : هل يجب أن تكون متصلة بالحياة العامة بمشكلاتها كلها أم يجب أن تكون منفصلة عن هذه الحياة، في عزلة تامة، في أفق خاص، أفق البحث المجرد الذي لا يريد الاتصال بضموضاء الحياة العامة بسياساتها، باحتجاجاتها، بمظاهراتها⁽¹⁾.

وهي مسألة جدية بالعناية من قبل الباحثين، ولعل خصوصية هذه الجامعة تتمثل في هذا الموقع الذي يثير هذا السؤال الجوهرى.

5. جامعة كاليفورنيا : California

هي عبارة عن تسعة فروع موزعة في مدن مختلفة وهي من أكبر جامعات أميركا، هي الجامعة الثانية بعد جامعة نيويورك. تختلف عن غيرها من الجامعات، حدائقها عبارة عن مروج خضراء يقل فيها الشجر، غارقة في تل تحيط به جبال المدينة بورودها وقصورها المنتشرة عليها، مكتبتها أندلسية الطبع بفسيفساء أعمدتها ومحرابها المتربع على صدر الجبل، فيها مزيج من الطراز الاسباني والطراز الانجليزي، بل إن العين لتقع في بعض مماشي هذه الجامعة على قناطر تشبه قناطر الجامع الأموي في دمشق. وسحن الطلاب فيها قريبة من سحن الاسبانيين، وتتميز، شأنها شأن باقي الجامعات الأخرى، بالحرية التي يتمتع بها الطلبة في داخلها : « طالبة قد استلقت على حضن طالب فهو يخاصرها ويعانقها على مرأى من إخوانه ولا يبالي أحدهم بذلك »⁽²⁾.

6. جامعة اريزونا Arizona، تكسن Tucson :

أول ملاحظة في هذه الجامعة، كرم رجال العلم فيها، إنهم يلحون في الدعوة إلى الغداء أو العشاء في الجامعة. أخلاقهم - أهل الغرب - تختلف عن أخلاق أهل الشرق (نيويورك)، تبدو الجامعة كأنها بنت الصحراء، النخيل مغروس على أطرافها، حديثة البناء، عمرها لا يتعدى ثلاثا وستين سنة، معزولة عن المدينة بسورها وزيتونها ونخلها، يميزها متحف نسيج مختص

(1) أرض السحر، ص 76.

(2) نفسه، ص 101.

بلباس الهنود ولاسيما بلباس رقصهم، بأدوات صيدهم، بسلاحهم، بموسيقاهم، بحيوانات صحرائهم الذي أكثره الغزلان، لم يشهد الرحالة مثله من قبل، فيه بسط من نسيج الهنود سكان البلاد في الأصل وفيه تقع شجرة عملاقة عمرها (1700) ألف وسبعمائة سنة، محيطها ثمانية أمتار.

أما عن طريقة التدريس فيها فيلخصها بقوله: «سألوني في الجامعة أن أحضر مناقشة من مناقشات الطلاب، فدخلت صفا اجتمع فيه فئة من الطلاب للمناقشة في موضوع الأديان والأستاذ يرشدهم، فهم يضبطون الجلسة وفي الجلسة التالية يقرأ أحدهم خلاصة المناقشات الماضية وهذه طريقة من طرائق الأمريكيان في جامعاتهم»⁽¹⁾.

7. جامعة نيومكسيكو Albuquerque :

تتميز هذه الجامعة من الناحية الجغرافية باتصالها بالمدينة وهي مبنية على طراز هندي اسباني، جدران مائلة، مكلسة بكلس من تحته آجر وأكثر صفوحها بارزة، تمتد أعمدها إلى خارج الغرف، وللغرف كوى ولها شرف من خشب، فالطراز هندي محض، وهو الغالب على الدور والفنادق ولكنها أقل عظمة من جامعات الشرق والشمال، في حدائقها صور وسرو وصنوبر ومروج خضر، وليس فيها نخيل، وللأساتذة دور في أرض الجامعة، أما دار رئيسها فمناظرها حقير جدا قياسا إلى قصر رئيس جامعة برنستون مثلا⁽²⁾.

جامعة يشعر الإنسان فيها أنه داخل مبنى من طراز هندي، فعلى الجدران صور هندية، وصور تمثل تقارب الحضارتين الهندية والمكسيكية، وسر هذه الصور صورة تمثل أمير كيا يقف بين رجل هندي ورجل مكسيكي، قابضا بيده اليمنى على واحد وبيده اليسرى على الآخر، ويقرأ جبري هذه الصورة قراءة تأويلية، فكأن الصورة تقول لهما: «اذهبا، فالبلاد أصبحت

(1) أرض السحر، ص.

(2) نفسه، ص: 124.

بلادنا ولكن الصداقة باقية»⁽¹⁾ ومهما تكن هذه الجامعة بسيطة في مظهرها، فإن لها سحرا ينعش القلب : حدائق وشجر، فالطالب في نزهة في كل حين. ومن خصائص هذه الجامعة ما كتب على جدران الصفوف : لا تدخنوا، ذلك ما لا يوجد في جامعات أخرى. عدد الطلبة فيها (4000) أربعة آلاف، وأساتذتها من الجنسين. شعار الجامعة حيوان يشبه الذئب.

8. جامعة ستانفورد Palo Alto :

- فخمة جدا، مدخلها من أروع المداخل، حدائق وأشجار وملاعب، تتميز ببنائية فخمة للتمثيل.
- تتميز مكتبتها بثروتها في كل ما يتعلق بالشؤون الخارجية ومشاكل الشيوعية، هي أول مكتبة في العالم من هذا النوع.
- فيها برج من أعجب الأبراج علوه 285 قدما فيه الكتب، في رأسه نواقيس كبيرة، يعزفون بها في الأسبوع مرة، فتسمع منه موسيقى بلجيكية.
- شعارها شجرة من شجر كاليفورنية.
- بها مساكن للأساتيد
- تتميز كذلك بأروقة بعض أبنيتها ففيها أروقة طويلة وقناطرلا مثل لها في الجامعات الأخرى.
- طرازها طراز مكسيكي لتأثير أهل المكسيك في كاليفورنية من القديم.
- بها كنيسة بناها عمال إيطاليون جيء بهم من إيطاليا لهذا الغرض، إنه الفن الإيطالي، داخلها مزين بفسيفساء لا مثل لها.
- تقاطيع مدخلها وحيطانه من أحسن التقاطيع والحيطان، أمام الكنيسة ساحة عظيمة، وطريق مستقيم تشقه ثلاث قناطر.
- فيها من أروع الفنون.

(1) نفسه، ص : 124.

- على المذبح صليب من بيزنطة عمره خمسمائة سنة، من بين هذه الصور صورة مؤثرة : إنها صورة السيد المسيح ومن تحته صورة البشرية القائمة أيضا، وفي هذه الصورة نفسها صورة ابن المتبرع بالجامعة. ويقرأ جبري هذه الصورة قراءة تأويلية على النحو التالي : إن المصورين حاولوا أن يصوروا على قدر الإمكان ولدا يشبه هذا الابن الذي مات في إيطاليا.

- يعجز المرء عن وصف كل الصور المزيّنة لهذه الجامعة، بعضها يمثل أبطال حروب، بعضها ذو صبغة دينية، بعضها يمثل نساء على جمال، وهي صورة أيوب مع زوجته في الصحراء.

- وسط الجامعة ساحة عظيمة هي من أجمل الساحات، بل ليس لها مثل في جامعات أخرى، فيها صهريج يتدفق الماء فيه وحوله مجتمع الطلاب ومرقدهم، يتمددون على بسط من العشب الأخضر.

- تتميز كذلك بتدريس الهندسة وبمكثتها الوحيدة في العالم. ثم يلخص انطباعه عن هذه الجامعة بقوله : « لم أخرج من هذه الجامعة بعد جولاتي فيها إلا مع هدوء الطبيعة وهدوء السيارات الجائيات الذاهبات وهدوء أنغام الأرغن في الكنيسة، فكأنني لا أزال أسمع هذه الأنغام التي تسحر القلوب بخشوعها ».

9. جامعة بركلي : (1) Barclay

هي فرع من جامعة كاليفورنية التي هي عبارة عن تسعة فروع موزعة في مدن مختلفة.

- حدائق منسقة يتخللها شجر ومروج خضر، وفيها زيادة على هذا كله غابات ومراج وأودية، تحيط بها الجبال الشجرة.

- ما أشد التشابه بين هدوء الطبيعة وبين هدوء الجامعة.

- مبانيها حديثة لا خصائص لها، ما خلا بناء أو أكثر بني على طراز يجمع بين الفن الاسباني والفن الأميركي الحديث، هذا التناقض له دلالة، بلا

(1) أرض السحر، ص 163 وما بعدها

شك فهو من الأشياء التي تلفت النظر.

- فيها ثلاثة عشر ألف طالب وخمسة مائة، أساتذتها يزيدون عن الألف (أي ما يعادل 13 طالبا لكل أستاذ).

- بها مركز لدراسة لغات الشرق، وديانته وحضاراته (اللغات السامية : العربية والعبرية وغيرها)، اللغات المصرية والقبطية والفارسية والتركية ولغات بابل وغيرها.

- ليس فيها جوانب فنية تلفت النظر، ولكن فيها ما في أكثر الجامعات :

- مكتبتها مثلا أنشأت ذكرى لرجل اسمه : فرنكلين دو.

- بها ملعب يسع خمسة وثمانين ألف مقعد.

- بها دار للطلاب الأجانب : غرف نوم، قاعات مطالعة، نوادي.

ولكن هذه الدار تختلف عن غيرها من الدور في باقي الجامعات من حيث أن الطلاب الأميركيين يستطيعون إذا شاءوا أن يساكنوا الطلاب الأجانب فتشدد الصلة بينهم ويقوى التعارف ويقرب التبادل بالأفكار.

أما في الجامعات الأخرى فهي مقصورة على الأجانب وفي ذلك شيء من العزلة.

مشهورة بالتسامح : والأمثلة على ذلك، طلب للأساتذة أن يتعهدوا أن لا تكون لهم أفكار شيوعية فأبوا لأن ذلك يناقض حرية الفكر.

10. جامعة سياتل (1) : Ciatel

طراز مبانيها : بعضها إنكليزي محض وبعضها يجمع بين النمط الإنكليزي والنمط الهندي.

- متصلة بالمدينة غير منفصلة عنها مثل كثير من الجامعات، هي جامعة حكومية.

- تشعر فيها بهيبة الجامعة وهيبة العلم فهي تملأ العين هيبة وتهز

(1) أرض السحر، ص 169 وما بعدها.

الشعور.

- لا أثر فيها للمدخنين ولا للمدخنات ولا للمخاضرين لزميلاتهم من الطلبة.

- على وجوههم أثر التحصيل والجد.

- لا جمال يفتن ولا محاسن تشغل.

- ليس فيها غابات وصراج وحدائق كبيرة ولكن فيها على الأرض بسطا من العشب الأخضر يتخللها الشجر من مكان إلى مكان.

- بها 13500 طالب.

- اشتهرت بدراسة الغابات ودراسة لغات الشرق الأقصى وتاريخه وأدبه وهذا أمر طبيعي لأن ولاية « واشنطن » كلها غابات؛ ولأن الشرق الأقصى قبالتها من وراء المحيط الهادي.

- مشهورة كذلك بالتمثيل.

فيها ثلاثة مسارح : مسرحان في داخلها وآخر في خارجها مصمم على شكل باخرة على البحيرة يتعلم فيها الطلاب.

وهذا ما لا تجده في جامعة أخرى.

- بها متحف يشتمل على آثار الهنود الحمر في ولاية واشنطن في القديم.

11. جامعة يوتا⁽¹⁾ UTAH :

تختلف هذه الجامعة عن غيرها من الجامعات من حيث وضعها وحدائقها ومداخلها، ففيها من صور الدهشة الشيء الكثير فلا تكاد تجد فيها شيئاً من الحدائق الغلب أو الحراج أو الشجر، إنها تقع على سفوح جبال جرد، تشعر فيها بأنها جرداء مثل هذه الجبال.

- مبانيها لا بأس بها ولكنها تبدو فقيرة.

(1) أرض السحر، ص 181.

إلا أنها تشعرك بالحياة الجامعية وبالنشاط الجامعي، وبصور الرحالة المدهش من النشاط الجامعي من خلال أربعة مشاهد: «مشهد الغناء ومشهد الاستعداد للعب الكرة ومشهد التمثيل ومشهد اللعب نفسه».

أ. في الليل :

اجتمع في قاعة من قاعات الجامعة في الليل أساتذة اللغات الأجنبية وطلاب الفرنسية والإيطالية وطففت كل جوقة من الطلاب والطالبات تغني على المسرح أغنية من الأغاني الفرنسية والإيطالية، ثم عرضت مشاهد السينما وهي تمثل جزءا من البلاد التي يدرس الطلاب لغاتها مثل فرنسا وبلجيكا وإيطاليا.

كانت الجامعة تتهيا للعبة الكرة، كانت الحياة ظاهرة آثارها على الجامعة في الليل أكثر من ظهورها في النهار؛ إنتشر الطلاب والطالبات في الأزقة الممتدة عليها أنديتهم المختلفة وبيوت جمعياتهم. كل طالب يخاصر طالبة وتخاصره، انه الاستعداد للمباراة بين جامعة يوتا وجامعة الكولورادو، نجد الطلاب ذاهبين جائين مقبلين مدبرين، فهم روح هذه الأزقة هم مرحها وسرورها (ترى أزقة الجامعة في هذه الليلة تزخر بحلق من الطلاب والطالبات كل طلب يرقص مع طالبة يؤلفون دائرة كل منهم قابض على خاصر الطالبة في الرقص ويدورون عدة دورات يعلق على ذلك بقوله: « هذا أكثر ما تصل إليه حرية الطلاب والطالبات في هذه الجامعة».

ينظرون إلى التماثيل والتصاوير التي عمل كل ناد على مقدمة بنائه. صور صنعها الطلاب والطالبات جمعوا فيها كل ما يملكونه من ذوق وإبداع وخيال، صنعوها قبل المهرجان بأيام استعدادا لهذه اللعبة.

صور تمثل الخصم في أضعف صورة والخصم شعاره كبش أبيض، وجامعة يوتا شعارها رجل هندي، على وجه كل ناد من الأندية صورة كبيرة من ورق وألوان مختلفة تمثل الرجل الهندي والكبش الأبيض على أشكال شتى: صورة تمثله وفي يده مطرقة يهشم بها رأس الكبش، وصورة تمثل الرجل الهندي أوقد النار وشوى الكبش وصورة تمثله وقد مدّ السفر لأكل الكبش وصورة تمثله والكبش بين يديه يثغو من الألم، وهي أشكال تشعر

بضعف الخصم وبقوة جامعة يوتا.

لهذه الصور جائزة تعينها لجنة من الطلاب المحكمين، تجتمع اللجنة فتحكم لأشد الصور إبداعا وأسلمها ذوقا وأروعها فنا.

يجتمع الطلاب ليلة المباراة في قاعة ويحضر جمهور كبير من المتفرجين فيمثل الطلاب والطالبات مشاهد مختلفة على المسرح تعبر عن المعنى نفسه (غلبة جامعة «يوتا» لجامعة «كولورادو») وتمثل حياة أميركية في بعض نواحيها العامة وتكثر مشاهد الرقص على أنواعه كالرقص الهندي والرقص الأميركي والغناء. ثم تنتخب ملكة الجمال من بين الطالبات لتطوف يوم المباراة على المتفرجين وتحمس اللاعبين، ويخرج جبيري من هذه المباراة بهذا الانطباع: «لا تخرج من هذه القاعة بعد ثلاث ساعات إلا وأنت تحس بميل الأمريكي إلى الضحك والمرح والنكته وغير ذلك»⁽¹⁾

ب. في النهار:

ترى شوارع المدينة مكتظة بطلاب الجامعة، وبعض المدارس، فرق من ضباط الجامعة الذين تعدهم للجيش بجوقة الموسيقى، بالبنات والصبيان، كل هذا تراه على صفوف متتابعة تجعل كل كلية شعاعا فوق سيارة (على سيارة كبش أبيض بين يدي رجل هندي، على سيارة ثانية طلاب في ثياب الهنود عراة في يوم البرد، على أخرى بنات عاريات السيقان والأذرع والصدور يرقصن على السيارة ويتمرن على الحركات في الشوارع، طبول تدق ورجال الموسيقى يعزفون على حركات البنات، ثم نجد طائرة على سيارة ثم نجد فتيات وقد لبسن ثياب الهنود وهن أجمل فتيات الجامعة في فرق الموسيقى طالبات وطلاب لكل فرقة لباس خاص أحمر وأزرق أو أبيض. الطالبات لبسن لباس الجند أو القواد.

- رؤساء الأندية ونوابهم على سيارة ومشجعات اللعب على سيارة وهن من الطالبات الفاتنات ملكة الجمال والوصائف وهن على السيارة كذلك.

(1) أرض السحر، ص 18.

- حاكم المدينة ورئيس الجامعة على سيارة يطوفون شوارع المدينة.
في الملعب : موعد المباراة الساعة الثانية بعد الظهر.

بعد أن يصف الأجواء الطبيعية الحزينة في هذا المساء غيوم سود،
هواء جاف، جبال من وراء الملعب ذاهبة في السماء على رؤوسها قطع من
الثلج مما يجعلك تحس الطبيعة كلها سوداء يتساءل ما الذي يخفف من
كثابتها هذا المساء؟ لا شئ سوى ذلك المشهد الساحر الذي يحرك
الصخور :

- طالبات لبسن ثيابا حمرا وبيضا وتهيأن لتشجيع اللاعبين من
جامعتهم ولنفخ الروح فيهم وقفن على جانب من جوانب الملعب يرقصن
الرقصات المنسقة على مرأى من اللاعبين والمتفرجين، الابتسام ملء
ثغورهن، الغنج غنج الطبع، غنج التصنع ملء أجسامهن.
- رجال الموسيقى يعزفون.

- الأطفال والصبيان والشباب والكهول والشيوخ والنساء قد ملئوا
المقاعد.

- المناديل تخفق في الفضاء ترحيبا بالناجحين في اللعب.

- أصوات المتفرجين تشق أعناق السماء.

- رقص الطالبات المشجعات رقصة الهندود كلما نجح طلاب
جامعتهم.

- دخول فرقة الموسيقى إلى الملعب عن منتصف المباراة وعدد
أفرادها مائة وعشرون طالبا وطالبة وهم يعزفون ويقومون بحركات لا مثيل
لها في خفة الأقدام ورشاققتها : مرة تكون الفرقة في شكل دائرة وحيناً على
هيئة خط منحني.

- حركات الطالبات الرشيقة أحلى من اللعبة ذاتها فترى الفرقة تارة
يتصل أفرادها وتارة ينفصلون، وحيناً تتدحرج طالبة على الأرض وحيناً
تتقلب في الهواء، وأنغام الموسيقى في هذا المشهد كله تماشى حركات
الأقدام، والأجسام منسجمة منسقة تؤلف مرة على أرض الملعب أحرفاً

تفصح عن رمز الجامعة ومرة تؤلف تاج ملكة الجمال وإنك كذلك إذ تمر ملكة الجمال التي انتخبت في الليل تحيط بها الوصائف على عجلة يجرها حصان، حركاته متزنة مثل حركات اللاعبات يجري وراء الملكة فارس حركات حصانه في مثل هذا الاتزان فتطوف الملكة حول الملعب وتحيي جماهير المتفرجين ويحيونها تطرق مرة ومرتين وثلاث.

- طائفة الجامعة في السماء تشجع اللاعبين وتحييهم عندما تبلغ المباراة منتصفها الأخير.

- أصوات طالبات المدارس وطلابها تخرق الجو فتموج فيه أصداً أهازيهم المشجعة والمحمسة.

« ثم يختم هذا كله بنشيد الجامعة، وهو نشيد مقو منشط لتخرج من المباراة بهذا الانطباع: « القوة ماثلة في كل شيء: في طبيعة الجبال، وفي اللعب، وفي الحركات وفي الرقصات وفي نغمات الموسيقى وفي النشيد نفسه» (1).

وتحس أن أمريكا كلها في هذا اليوم، هذه تربيتها وأخلاقها وتقاليدها هذه صورتها في الجامعة، في ملاعبها وقد تتوقف سمعة الجامعة في بعض الأحيان على نجاحها في اللعب أو على إخفاقها، أما النجاح فيجلب لها الطلاب والطالبات وأما الإخفاق فيدفعهم عنها، ولهذا نجد الجامعة تعني باللاعبين العناية كلها، فتنتخبهم من أقوى الطلاب أجساماً وتهتم بغذائهم، فيتدللون عليها وقد تراعيهم في الإمتحانات» (2).

12. جامعة كولومبيا في نيويورك :

هي آخر جامعة يزورها الرحالة وقد سئم من زيارة الجامعات على ما يقول ولكنه مع هذا السأم والملل يقدم لنا صورة عنها، إنها قطعة من المدينة مقامها بين الشوارع والسيارات، مرتفعة عنها على بعض خطى من نهر «الهدس» تقابلها عن شط هذا النهر مدينة «نيوجرسي الضاحكة».

(1) أرض السحر، ص 186.

(2) أرض السحر، ص 168.

وهي على شهرتها العظيمة لا تحسك بشيء من الحياة فلا حدائق ولا غابات ولا شجر على أرضها كأنها معمل من معامل هذه المدينة، إنها مناسبة لهذه المدينة العظيمة، إن مثل هذه الجامعة كممثل نيويورك نفسها فهي قطعة من ظلمتها وكآبتها وضجتها.

أما ما يميزها هي تلك الكنيسة عظيمة، وأعظم شيء فيها تلك الأجراس في البرج التي يصعب تصور ضخامتها، من هذا البرج تترأى عظمة هذه المدينة.

وينتهي إلى الخلاصة التالية: ما أشد التناسب بين جامعة «كولومبيا» وجامعة «نيويورك» إنك لا تخرج منها إلا ونصب عينيك صورة الرئيس «إيزنهاور» في لباسه الجامعي في حفل توزيع الإجازات، فتحس أن رئاسة الجامعات في أمريكا مقدمة لرئاسة الولايات المتحدة.

ويختتم هذا الانطباع بهذا السؤال الحمال لأكثر من وجه: ألم يكن الرئيس «ولسن» قبل «إيزنهاور» رئيساً لجامعة «برنستن»؟ (1).

من خلال ما تقدم يمكن القول:

إن المتأمل في الصور التي قدمها جبري عن الجامعات الأمريكية يخرج بالخلاصة التالية:

- 1 - هناك أشياء مشتركة بين الجامعات ولكن هناك في كل جامعة خصائص ومميزات لا نجدها في جامعة أخرى.
- 2 - الهبة لها الفضل الأعظم على جامعات أميركة، فأكثر أبنيتها من مال الأغنياء، ولولا ذلك لصعب إنشاء الجامعات من هذه الطرز.
- 3 - أبرز شيء في جامعات أميركة الملاعب التي تصل طاقتها في بعض الجامعات إلى مائة ألف متفرج، و من ثم تعد الرياضة بمثابة روح الجامعات في أميركة، بل إن بعضها يتوقف مصيرها بمصير الرياضة فيها.
- 4 - الحرية، إن الجامعة الأميركية هي ينبوع الحرية فلا جامعة بدون

(1) نفسه، ص 211.

حرية، إنها صورة للحرية على أوسع معانيها ولا سيما حرية الطلاب والطالبات.

5 - إن الجامعة الأمريكية من حيث موقعها نجدتها إما متصلة بالمدينة، وبالتالي فهي جزء منها، وإما منفصلة عنها لها مساحتها خارج المدينة، والأمر هنا ليس اعتباطيا وإنما يحمل بعدا فلسفيا.

6 - ترتبط الجامعة بمحيطها الاقتصادي والاجتماعي والطبيعي ارتباطا وثيقا فهي تعنى بالأمور التي تحيط بها، إنها قريبة من الحياة، متصلة بها.

7 - ضعف رواتب الأساتذة الجامعيين (400 إلى 500 دولار، فالميسورون منهم هم الذين يمارسون أعمالا إضافية، أساتذة العلوم كالمهندسين وأساتذة الكهرباء والكيمياء، أو ما شابه ذلك. أما أساتذة الآداب والتاريخ والجغرافيا والفلسفة الذين يقتصرون على مرتباتهم الشهرية فإنه يصعب عليهم مواجهة أعباء الحياة الأميركية.

8 - إذا كانت الجامعة صورة الأمة فجامعات أميركة انطق صور للأميركان، فهي عالم مستقل منفرد.

9 - أكثر الزواج في أميركة يطبخ في الجامعات حيث تنتهي المخالطة في أكثر الأحوال بالزواج، حتى أصبح الزواج في الجامعة من سن العشرين حتى الثالثة والعشرين.

ب. اكتشاف عالم الطبيعة :

لقد شغلت الطبيعة حيزا واسعا من اهتمام الرحالة جبيري وعدت الهدف الثاني لرحلته فقال عنها : « إن الذين يزورون أميركة ثم يرجعون إلى أوطانهم يحدثون أهلهم وأصحابهم عن كثير من وجوهها (..) أما نحن معاشر الأدباء، فقد يكون الحديث عن الطبيعة غالبا»⁽¹⁾.

بدأ اهتمام الرحالة بمناظر الطبيعة مع بداية انطلاق الرحلة من مطار دمشق حين تصور أن البساتين الصغيرة المحيطة بنهر بردى توضح للطائرة

(1) أرض السحر، ص 73.

مسارها واستمر يلتقط الصور حين حلقت الطائرة فوق البحر المتوسط، فأخذ يملأ عينيه من مناظر الأرض : الغيوم التي ملأت السماء، قطع السحاب المبعثرة فيها، جزيرتا قبرص ورودس اللتان تبدوان وكأنهما تنمتة لسلسلة جبال لبنان. وعند الاقتراب من روما حيث لاحظ اختلاف المناظر فرأى فيها مدخلا فنانا بطبيعته وبساتينه، ولم يعد يهتم بالطبيعة حتى كانت رحلته في القطار من نيويورك إلى برنستون، وقد ورد ذلك في قوله : « لا يهمني شيء في القطار مقدار ما تهمني الفرجة، فأكاد أغرق في مشاهد الطبيعة ولا أحول بصري عنها» (1).

ولكنه لم يسجل شيئا عن هذه المناظر سوى إنه لاحظ على الطريق شجرا كثيرا وسهولا كثيرة.

وفي الفندق كذلك، تلفت انتباهه تلك الطبيعة الخلابة : « أنما الشيء الغائن في هذا الفندق مروج الخضر وبحيراته المصنوعة» (2).

وعندما يطوف بالجامعة التي تحتضن المؤتمر في يوم الراحة (الأحد) يرى أن السحر كل السحر في هذه الجامعة يتمثل في طبيعتها فهي في غوطة مثل غوطة دمشق (3).

لكن بداية الاهتمام الفعلي بعالم الطبيعة جاء بعد انتهاء أشغال المؤتمر، و هنا، يتفطن إلى أنه قصر كثيرا عندما لم يسجل كل الجزئيات التي شددت انتباهه في هذه الطبيعة ظنا منه أنها ستبقى عالقة بذهنه بتفصيلاتها، ولما عاد إلى دفتره، وجد جملا متقطعة ليدرك الخطأ الذي يقع فيه كاتب الرحلة، ولكنه لم يتفطن إلى ذلك إلا عندما وصل إلى « سان فرانسيسكو»، فحاول أن يستفيد مما مر به من موقف إلى موقف فيسترسل في الوصف وكأنه يعيد عدسته إلى الوراء : عوض السلاسل من الجبال، نجد سلاسل من شجر، أنهر كأنها بحيرات، بحر من جهة والغابات من جهة، جسور معقودة على البحار، فمن رؤية الغابات إلى رؤية البحر في يوم صفا

(1) نفسه، ص 17.

(2) نفسه، ص 18.

(3) نفسه، ص 32.

جوه وأشرق شمس كأنك في الشرق، دور صغيرة مبعثرة بين الأشجار، ومعامل إلى جنب الغابات⁽¹⁾.

وفي طريقه من واشنطن إلى يوستن يشير إلى أن المشاهد هنا تشبه المشاهد الواقعة على المحيط الأطلسي، فهي غابات مرة يكثُر فيها الشجر ومرة يقل⁽²⁾.

على أن الإحساس بضرورة التعرف إلى مشاهد الطبيعة في أمريكا وضرورة الاستئناس بها أكثر من ذي قبل، كان قد راوده وهو جالس على مقعده في تل من تلال بوستن المشرف على المحيط الأطلسي، وأمامه تلك اللوحة الرائعة: هذا البحر العظيم الذي تغرق فيه متاعب الإنسان وأفكاره السود وهو يتمتع منه، و تلك الضاحية الزاهية بشجرها وقصورها: « من هذا اليوم طفقت أعرف إلى مشاهد الطبيعة في أميركا وأستأنس بها »⁽³⁾.

لقد أيقظت فيه هذه اللوحة الشعور بضرورة الاندماج الكلي في عالم الطبيعة فقرر أن يتخلص من الإنسان الباحث الذي سيطر عليه مدة من الزمن ولا سيما مدة المؤتمر ويسكن الإنسان الشاعر الذي يفنى في الطبيعة.

فكانت شلالات « نياكرا » الحلم الذي راوده من أيام الدراسة بعد أن حببها إليه « شاتوبريان » في وصفه لها، ولكنه لم يخطر بباله أبداً أنه سيأتي يوم يزور فيه أميركا ويتنزه على هدير شلالات « نياكرا »، فيصير الحلم حقيقة.

في طريقه إلى هذه الشلالات من بفلو BUFFALO إلى « كليفلند » إلى « ديترويت » إلى « شيكاغو »، بحيرات عظيمة جعلت فتنة هذا الجزء من أمريكا. بحيرات اجتمعت في هذه البقعة، ومن بعد شيكاغو تبدأ صحراوات مثل صحراوات أفريقيا.

إن الانطباع الأولي الذي تركته في نفسه هذه المناظر قبل أن يصل إلى

(1) أرض السحر، ص 42.

(2) نفسه، ص 53.

(3) نفسه، ص 56.

الشلالات يعبر عنه بقوله : « أميركة جمعت مشاهد الطبيعة في العالم كله » (1).

« إن بحيرات واشنطن » التي أعجبت بها صغرت أمام بحيرات « بفلو » (.. .) وإن بحيرات « بفلو » صارت في عيني كل شيء أمام شلالات « ناكرا » (2).

« الطبيعة خلقت هذه المشاهد على الطريق (.. .) حتى لا تفاجئ الشلالات عين إنسان مفاجأة فيغشى عليه من هولها » (3).

ويخلص إلى وصف هذه الشلالات على النحو التالي :

« يتدفق الماء لأول وهلة على شكل نهر، ثم يتسع فيكون على صورة بحيرة، ثم ينبسط فيكون بحرا والغياض تحيط به وأروع شيء في هذا المشهد إنما هو هدير الماء الراعب، هذه الموسيقى الساحرة (.. .) وقبل أن تجتمع الشلالات وتنصب هذا الانصباب المخيف يضيع الماء قليلا في غياض من حور أو شجر آخر، فينسب بين هذه الغياض من هنا ومن هنا (.. .)

والشجر بين هذا الماء وكأنه جزر مشتتة، ثم يجتمع الماء بعضه على بعض فيتدفق على صورة شلالات، وليست الشلالات عالية جدا (.. .) ولكن روعتها في إنصبابها، فهي تؤلف نصف دائرة (.. .) وتنصب الشلالات كلها في واد، فيجري منها نهر في هذا الوادي» (4). ثم يتسائل في دهشة : ماذا يعترى الإنسان في مثل هذا المشهد؟

فيجيب عن الانعكاسات النفسية التي تحدث نتيجة التأمل في مثل هذه المناظر، بصورة خاصة. فيقول : « لقد ملك الماء علي شعوري وتفكيري » (5).

ومع ذلك، فهو يتذكر الشام في هذه اللحظة يستحضر منتزهات دمر

(1) أرض السحر، ص 58.

(2) نفسه، ص 58.

(3) نفسه، ص 58.

(4) نفسه، ص 59.

(5) نفسه، ص 59.

والشاذوران في دمشق. ومع ما في الطبيعة في أميركة من جمال يلب الألباب، ألا أنها تثير فيه مشاعر الرهبة والخوف ويتجلى هذا في عبارات خص بها هذا الجانب كقوله :

«وقفت أتأمل وأنظر في رهبة الطبيعة وجبروتها فكأنني خرجت من نفسي وكأنني أصبحت صنما لا أنطق ولا أتحرك» (1).

ويدفعه التأمل أكثر في منظر الماء إلى نوع من التبلد في الشعور :
«أظن أن من المستحيل إفراغ شعوري وأنا أنظر إلى الماء في الألفاظ» (2).

وينتهي به المطاف إلى نوع من الاستسلام لرهبة الماء وإجلاله في قوله : «حسبي أن أملاً أذني من هدير هذا الماء وعيني من رهبته» (3).

و : «حسبي أن أنقاد إلى عظمته وأن أستسلم إلى جلالته» (4).

إن البحث عن المتشابه بين طبيعة بلد الرحالة والمختلف عنها هو الخيط الذي يربط معظم اللوحات التي التقطها من الطبيعة. وكثيرا ما تحضر دمشق عند وصف الطبيعة :

كقوله : «مررنا بمناظر تشبه مناظر الغوطة في دمشق» (5).

أو كقوله : «تظهر سهول مديدة لا نهاية لها، فكأن الإنسان يسير بين دمشق وبغداد وكأنه يمر بسهول حوران في سورية، ولكن على قياس أكبر» (6).

ويعقد جبري مقارنة بين قرى الشام والقرى الأميركية الغارقة في بطون الأودية : «ما أجمل هذه القرى الغارقة في بطون الأودية وهي تحيط بها جبال، فكأن الإنسان في جرد الزبداني في الشام، كأنه في سرغايا» (7).

(1) أرض السحر، ص 59.

(2) نفسه، ص 59.

(3) نفسه، ص 59.

(4) نفسه، ص 59.

(5) نفسه، ص 72.

(6) نفسه، ص 77.

(7) نفسه، ص 78.

كما يجد مثيلاً لنهر بردى : « في الأودية على جانب الطريق العام وخط الحديد نهر لا يزيد على نهر بردى في دمشق » (1).

كما يحضر لبنان في هذه المناظر المتباينة : « ظهر الماء وظهرت سلسلة جبال شجيرة، فكأنني في لبنان في جهات ظهور الشوير » (2). وفي موضع آخر : « بساتين فيها شجر مثمر وجبال تشبه جبال لبنان » (3).

ويشبه سهول كاليفورنية المزروعة بسهول تمتد من حمص إلى حلب : « لقد شرعنا في دخول « كاليفورنية » (..) ثم تقع العين على السهول المديدة وهي سهول « كاليفورنية » فتظهر زراعة الأرض، فكأن الإنسان يذهب من حمص إلى حلب » (4).

ولا تختلف الجبال في أميركا عن بعض الجبال في الشام : « ثم تجول في أودية هذه الجبال فيحيق بك الشجر من كل جانب، فكأنك في جبال العلويين في سورية حيناً، وكأنك في جبالنا الجرد حيناً آخر » (5).

ويتحسر جبري بعد كل هذه المقاربات في المناظر الطبيعية، لأن هذا التشابه في التضاريس يقابله اختلاف في خدمة الأرض : « يقولون إن « كاليفورنية » مثل بلادنا، هذا صحيح (..) ولكن أين في بلادنا هذه السهول الواسعة المزروعة (..) أين هذه البساتين، أين هذه المتافع التي لا يزيد فيها شجرة تفاح على مقدار شجرة » (6). ويتكرر حضور لبنان وسوريا في مواضع عديدة في ثنايا وصفه تضاريس أميركية (7) ونخرج معه من هذه الصور بالانطباع التالي :

مشاهد الطبيعة في العالم كله جمعت في أميركا. فمن الغابات إلى الحراج، إلى السهول، إلى المرتفعات إلى السواقي والأنهار والبحيرات والشلالات والبحار، إلى الصحراء المترامية الأطراف، يجعل أميركا تختزل

(1) نفسه، ص 79.

(2) أرض السحر، ص 79.

(3) نفسه، ص 84.

(4) نفسه، ص 79.

(5) نفسه، ص 83.

(6) نفسه، ص 84.

(7) ينظر على سبيل المثال : ص 99، 122، 177.

هذا الكون الطبيعي.

ج. اكتشاف عالم المدينة :

ارتبط الحديث عن المدينة عند جبري بالحديث عن الطبيعة، فكلمنا توجه إلى مدينة من المدن الأمريكية التقط صوراً للطبيعة وكثيراً ما تمتزج اللوحتان في لوحة فنية واحدة، ومن أهم المدن التي توقف عندها قبل أن يصل إلى نيويورك مدينة رومة ومدينة باريس حيث لاحظ في الأولى أن كل شيء فيها قد تغير، فقد سبق أن زارها في سنة 1934، وزارها هذه المرة (1953). وسجل هذا التغير من خلال هذه اللقطة : « بأيام موسوليني، كنت لا أرى امرأة جالسة في مقهى، كنت أرى الرجال في المقاهي إذا مرت امرأة على الرصيف أكلوها بعيونهم، أما الآن، فإن المقاهي في هذا الشارع (..) قد ملئت مداخلة بالرجال والنساء، لقد ظهر أثر النعيم على رومة، ظهر اثر الدولار، كثر العمران وغلت الأسعار» (1).

أما الثانية فلم يلاحظ فيها أي تغير أو تحول فقد ظلت المدينة هي : لهو ومرح وفتنة، ويبدو أن انشغاله بمدينة نيويورك التي يريد الوصول إليها بأقصى سرعة صرفه عن الاهتمام بهذه المدينة.

أما بالنسبة إلى المدن الأمريكية، فإن نيويورك التي هي أول مدينة وطئت أقدامه أرضها، فإن أول انطباع سجله عن هذه المدينة هو كون كل ما فيها غريب : « ما هذه الرحلة إلى بلاد كل شيء فيها غريب، حتى أمر الأكل» (2).

ولكنه لم يتفطن مع ذلك إلى شيء من غرائب وعجائب هذه المدينة كونه كان مشتت الفكر والبال، فاكتفى بهذا الانطباع، ولكنه في جيبته الثانية إليها بعد انتهاء المؤتمر، شغلت ذهنه كله فوقف : « على جبروتها وعظمتها وتناقضها» (3). فكانت هذه اللقطات :

(1) أرض السحر، ص 12.

(2) نفسه، ص 16.

(3) نفسه، ص 17.

1 - تحطم الصورة الذهنية العجائبية التي كان يحملها عن هذه المدينة*.

2 - صفتها : « مدينة جبارة. فهي نظيفة قذرة، موحشة مؤنسة، عظيمة صغيرة، هادئة صاخبة، ساكنة متحركة» (1) وهي باختصار مدينة مخيفة متناقضة في كل مظهر من مظاهرها جمعت كل أنواع الاختلاف.

اللقطة الأولى التي صورتها عدسته في هذه المدينة حي « بروكلين» الذي يقيم به أبناء العرب من سورية ولبنان، تظهر عليه كآبة المشرق، كأنه ليس حيا من أحياء نيويورك ولكن مع ذلك، نجد بعض أفراد الجالية العربية فيه قد حققوا نجاحا باهرا في التجارة فصاروا مصدرين لبضائعهم. وفي المقابل، تلتقط عدسته أحد أفراد هذه الجالية الذي اخذ معه حقيبة عادات الشرق السيئة، وبأسلوب هزلي تهكمي يرسم لنا هذا الموقف الدرامي : « سألته عن مدة إقامته بنيويورك، قال : أنا فيها من ست وأربعين سنة، قلت له : إلى أين أنت ذاهب الآن؟ قال : إلى القهوة، فعلمت أن هذا الرجل أضع وقته في أميركة ولم يجمع شيئا من المال، فان الجلوس في المقاهي في أميركة معناه إضاعة الوقت (..) قلت له : كيف شغلك؟ فقال : يسترها ربك، و هل يأخذ الإنسان معه شيئا إلى الآخرة» (2).

أما اللقطة (اللوحة) الثانية :

فتمثل في الإعلانات التي تملأ المدينة، وهي آخر الصور التي ينقلها معه، يسجل انطباعه عن هذه الإعلانات فيقول : « و هل أبالغ في قلبي، إذا قلت إن ما ينفقونه على أنوار الإعلانات في شارع «برودوي» يكاد يضيء بلدة صغيرة، شلالات من الكهرباء وهي تعلن بنوع من السجائر أو بنوع من الثياب أو بأنواع ثانية لا يحصيها إحصاء. على أبواب دور السينما تجد أسماء الروايات زاهية بمختلف الألوان، ترفع رأسك إلى السماء فتجد الطائرات ترسم خطوطا في هذه السماء إذا جمع بعضها إلى بعض كان في

* سبقت الإشارة إلى ذلك عند الحديث عن وهم الكاتب.

(1) أرض السحر، ص 203.

(2) نفسه، ص 213.

جمعها اسم شركة أو محل تجاري أو بضاعة أو غير ذلك. وإذا كنت تجد صورة أمريكية في إعلاناتها فان نيويورك تجسد ذلك على وجه خاص.

تعد هذه الإعلانات مصيدة للزبائن، فلا يكاد يفلت زبون من قبضتها لأن أصحابها يطبقون في هذا السبيل علم النفس الذي يساعدهم على الربح، ولأن هم أميركة كلها الإنتاج والبيع والربح، فهي تجد عظمتها في هذا الإنتاج وهذا البيع وهذا الربح، ومدينة نيويورك أنموذج حي لهذه الروح⁽¹⁾.

وإذا كانت مدينة «نيويورك» هي أول المدن الأمريكية التي وطئت قدمها أرضها إلا انه لم يصفها إلا عندما كان يتأهب لمغادرة أميركة، وقد وصف قبلها مجموعة من المدن وكشف عن خصائصها ومميزاتها ومنها :

غرائب مدينة «واشنطن»، وغنى مكتبة الكونغرس فيها ودار متحفها، والبيت الأبيض. ليسجل في الأخير تعلقه العاطفي بهذه المدينة التي تذكره بعض شوارعها بشوارع «باريس». ليعرج بعدها على مدينة «بوسطن» والتي من ابرز ما سجلته عدسته فيها ذلك السائق العربي الذي سأله عن مطعم يروم الذهاب إليه فقال له : أنا آخذك بالسيارة إليه على الرغم من أن المطعم كان على بعد خطوات فقط ليعلق على هذه اللقطة : «نحن لا ننتغير سواء أهاجرنا أم أقمنا»⁽²⁾. لينتقل بعد هذه المدينة إلى مدينة بفلو ليقول عنها إنها مدينة نظيفة وديعة، هادئة ثم مدينة «كليفلند» التي استمدت شهرتها من مكتبتها، و«ديترويت» مدينة المعامل والمصانع والحديد والصلب وغيرها من المدن «كشيكاغو»، و«سان فرانسيسكو»، و«مونتري» و«لوس أنجلس»، و«هوليوود»، و«تكسن» و«البازو» و«الباكركي» و«سانتافي». حيث سجل انطباعاته عن كل واحدة منها، وهذه الانطباعات لا تخرج عن تلك المشاعر التي سجلها عن الجامعة فلكل مدينة من مدن الولايات المتحدة خصائصها ومميزاتها حتى أنك : «تدخل مدينة فترى شارعاً عظيماً، و مباني ذاهبة في السماء، ثم تدخل مدينة ثانية فترى شارعاً أعظم ومباني

(1) أرض السحر، ص 212 - 215.

(2) نفسه، ص 54.

أعلى، ولكن الذي يميز هذه المدن سحرها»⁽¹⁾.

وأهم ما يميز الناس فيها تقديسهم العمل، فالعمل كلمة مقدسة في نظر الأمريكي مثل كلمة البيت في نظر الانجليزي، وأن المرأة فيها تتمتع بالحرية إلى ابعد الحدود، وهذه خلاصة انطباعاته عن المدينة في هذا العالم العجيب الذي يسمى أميركا.

(1) نفسه، ص 82.

تواصل التراث بين قصص ألف ليلة وليلة

وقصائد نزار قباني⁽¹⁾

أ. فيروز رشام*

تعد قصص ألف ليلة وليلة من أكثر الأعمال التراثية والشعبية تأثيراً في الشعر العربي المعاصر، والشعراء الذين ألهمتهم بسحرها وشخصياتها كثيرون جداً، لذلك ستركز هذه الدراسة على شاعر واحد فقط، هو نزار قباني. لماذا هذا الشاعر بالذات؟ ببساطة لأن لألف ليلة وليلة حضوراً قوياً وبارزاً في شعره، حيث استلهم منها شخصيات ومواقف عدة، مركزاً بشكل كبير على الشخصيتين الشهيرتين «شهر يار» و«شهر زاد».

وقد نوّع قباني في كيفية توظيفه لكل شخصية من قصيدة لأخرى، فلم يكتف باستخدامها كرمز فقط، إنما ذهب أبعد من ذلك لاسيما عندما كان يجعل الشخصية التراثية هي المتكلمة في النص أو المخاطبة، من أجل التعبير عن قضايا حساسة وعميقة، تتعلق أساساً بتجربته الشخصية.

وظف الشاعر شخصية «شهر يار» في قصائده رمزاً للرجل الدموي المتجبر أحياناً، وضحية تستدعي الشفقة أحياناً أخرى. ولا يبدو أنه

(1) أصله مداخلة قدّمت في الملتقى الدولي الثاني للنص والمنهج، حول التراث الشعبي والمنهج، بالمركز الجامعي بالبويرة أفريل 2008.

* المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة.

يستخدمها رمزاً تقليدياً متوارثاً، لأنه في الواقع يعبر من خلالها عن نفسه، كما في قصيدة «دموع شهريار» التي يقول فيها:

« ما قيمة الحوار؟

ما قيمة الحوار؟

مادمت يا صديقتي، قاعة

بأنني وريث شهريار. .

أذبح، كالدجاج، كل ليلة

ألفاً من الجواري. .

أدحرج النهود كالثمار. .

أذيب في الأحماض. . كل امرأة

تنام في جواري

لا أحد يفهمني. .

لا أحد يفهم ما مأساة شهريار. .

حين يصير الجنس في حياتنا

نوياً من الفرار»(1).

شحن الشاعر شخصية «شهريار» هنا بإيحاءات «الرجل الضحية» الذي يستدعي العطف والشفقة، وهو يعاتب من حوله بعدم فهم آلامه ومآسيه الدفينة التي يعانيتها بسبب الجنس، لأن هذا الأخير أصبح عنده مجرد مخدر ووسيلة فرار، ولم يعد له أي بعد عاطفي أو إنساني، مما جعله مصدر عذاب وألم، وليس مبعث لذة ومتعة.

وتتضاعف الآلام عند الشاعر حين يشعر بأن لا أحد يستطيع فهم مآساته، حتى المرأة التي تشاركه في الحوار:

« لن تفهمي أبدا. .

(1) نزار قباني، الرسم بالكلمات، منشورات نزار قباني، بيروت، ط21، 1999، ص137، 138.

- لن تفهمي أحزان شهريار .
 فحين ألف امرأة .
 ينمنّ في جواري .
 أحسّ أن لا أحد .
 ينام في جواري»⁽¹⁾.

شخصية «شهريار» كما هي في «ألف ليلة وليلة» تمثل الرجل المتجبر القاسي الذي لا تأخذه رافة ولا رحمة بالمرأة، ولا يهمله منها سوى الجنس، فيتزوجها مساءً وفي الصباح يقتلها⁽²⁾ أما في هذه القصيدة، فتمثل الرجل الضعيف المتألم الذي سئم من الجنس، وصار يتعذب بسببه عوض أن يستمتع به، مما يستدعي الرافة عليه والتعاطف معه.

حتى عنوان القصيدة الذي اختاره الشاعر (دموع شهريار) يحمل إيحاءات الشخصية الضحية التي عاشت الألم والأسى حتى ذرفت الدموع، وعليه فإن قباني قد تصرف في توظيفه لهذه الشخصية، بحيث شحنها بالدلالات والإيحاءات التي تناسبه وتناسب موضوع القصيدة، ناقلاً إياها من النقيض إلى النقيض، من الجاني إلى الضحية، داعياً للعطف على «شهريار» وتفهمه عوض لومه أو الحقد عليه.

وإذا كان الشاعر قد شبه نفسه بشهريار في القصيدة السابقة، وعبر عن حاله من خلاله، فإنه في قصيدة أخرى ينفي وجود أي شبه بينهما ويتبرأ منه، مثل قصيدة «إني لأبحث عن أنثى تحررتني» :

« كل الدراسات عن شعري مزورة
 كل الرسوم لوجهي، ليس تشبهي
 لا شهريار . ولا عبد الحميد . أنا
 لو تعلمين كم التاريخ يظلمني

(1) نفسه، ص140.

(2) ينظر : ألف ليلة وليلة، ج1، مراجعة وتقديم محمد الاسكندراني، دارالكتاب العربي، بيروت، ط1، 2006، ص9.

فلا ذبحت حبباتي كما زعموا

أنا الذي كانت الأحزان تذبحني. . (1)

بل نجده في قصائد أخرى يوظف شهريار رمزاً للرجل الشرير
والدموي الذي ظل يمارس قمعه على المرأة، كما في قصيدة «الحب. . بلا
تأشيرة دخول. .»: :

« لن أضطرّ بعد اليوم

للووقوف في طابور العاشقين

شهرًا. . أو شهرين. .

سنة. . أو سنتين. .

للحصول على موعد حب. .

فلقد حررني (الفاكس)

من كل أنواع القمع الثقافي، والعاطفي، والجنسي. .

كما حررك من سلطة سيف بن ذي يزن. .

ووحشية السيّاف مسرور. .

ودموية شهريار. . (2)

أما شخصية «شهرزاد» فقد استخدمها عامة للدلالة على المرأة
المتطلبة المحبة للبخ والترف، والتي لا تنتهي مطالبها المادية، كما في
قصيدة «تريدين. .»، التي سمّي فيها المرأة التي يخاطبها «شهرزاد النساء» :

« تريدين. . مثل جميع النساء

كنوز سليمان، مثل جميع النساء

وأحواض عطر. . وأمشاط عاج. . وسرب إماء

تريدين مولى. . يسبح باسمك كالبيغاء

(1) نزار قباني، قاموس العاشقين، منشورات نزار قباني، بيروت، ط6، 1999، ص157.

(2) نزار قباني، تنويحات نزارية على مقام العشق، منشورات نزار قباني، بيروت، ط3، 2000، ص204.

يقول : (أحبك) عند الصباح

يقول : (أحبك) عند المساء

ويغسل رجلك بالخمير .

يا شهرزاد النساء»⁽¹⁾.

لم تكن «شهرزاد» في ألف ليلة وليلة تطلب أكثر من أن تبقى على قيد الحياة، في حين تبدو في هذا النص امرأة شديدة التطلب لا تنتهي طموحها المادية والفاقتازية، وبين هذه وتلك فرق شاسع وبين، وتناقض واضح أيضا.

ليست «شهرزاد» الشخصية الوحيدة التي نقلها نزار قباني من «ألف ليلة وليلة» إلى قصيدته، ففي هذه القصيدة بالذات حضور تراثي كثيف، أبرزه حضور شخصيات «ألف ليلة وليلة» المتمثلة أساسا في شهرزاد، بالإضافة إلى «السندباد» و«علاء الدين» :

« ترديدن في لحظتين اثنتين

بلاط الرشيد، وإيوان كسرى

وقافلة من عبيد وأسرى

تجرّ ذبولك يا كليوباترا .

ولست أنا سندباد الفضاء

لأحضر بابل بين يديك

وأهرام مصر . . وإيوان كسرى . .

وليس لدي سراج علاء

لأتيك بالشمس فوق إناء .

كما تتمنى جميع النساء»⁽²⁾.

الشخصية الثانية التي استقاها الشاعر إذاً من ألف ليلة وليلة هي

(1) نزار قباني، الرسم بالكلمات، ص90.

(2) نفسه، ص93، 92.

شخصية «السندباد»⁽¹⁾ التي تعتبر برأي بعض الدارسين «أكثر شخصيات ألف ليلة وليلة - وربما شخصيات تراثنا على الإطلاق - استحوذاً على اهتمام شعرائنا، وشيوخنا في شعرنا المعاصر»⁽²⁾ أما الشخصية الثالثة فهي «علاء الدين»⁽³⁾ صاحب المصباح السحري العجيب، والذي «يرمز به في شعرنا المعاصر إلى تلك القوى الخارقة التي تجعل الإنسان قادراً على صنع المعجزات وتغيير أشياء هذا العالم»⁽⁴⁾.

يبدو أن الشاعر قد استحضر هاتين الشخصيتين (السندباد وعلاء الدين) للدلالة عن عجزه، وعدم قدرته على تلبية وتحقيق طموح شهرزاد التي لا يحدها حد، فالشخصيات الخارقة وحدها تستطيع تحقيق رغبات خارقة.

وإذا كان الشاعر قد سمح لحبيبته التي يسميها «شهرزاد» بالكلام، وصبر على حديثها وسمعها إلى آخره في القصيدة السابقة، فإنه في قصيدة أخرى يدعوها للسكوت بلهجة خطابية قاسية فيها إحياءات بالملل والضجر مما تقوله، مع أن شهرزاد ألف ليلة وليلة كانت تحكي ولا تتوقف عن الكلام إلا إذا حلّ الصباح، وشهريار لم يدعوها يوماً للسكوت بقدر ما دعاها لمزيد من الكلام، لما تثيره فيه من متعة وإثارة وتشويق، في حين لا يجد شاعرنا فيما تقوله شيئاً يعنيه :

«اسكتي يا شهرزاد

اسكتي يا شهرزاد

أنت في واد. . وأحزاني بواد»⁽⁵⁾

هذه بعض الصور التي استخدمها نزار قباني في توظيفه لشخصيتي

(1) ينظر : ألف ليلة وليلة، ج3، حكايات السندباد البحري، ص5 وما بعدها.

(2) علي عشري زايد، استدعاء الشخصيات التراثية في الشعر العربي المعاصر، دار الفكر العربي، القاهرة، (د، ط)، 1997، ص156.

(3) ينظر : ألف ليلة وليلة، ج2، حكاية علاء الدين أبي الشامات، ص79 وما بعدها.

(4) علي عشري زايد، استدعاء الشخصيات التراثية في الشعر العربي المعاصر، ص164.

(5) نزار قباني، تزوجتك أيتها الحرية، منشورات نزار قباني، بيروت، ط5، 2006، ص94.

«شهريار» و«شهرزاد»، واللتين يلتقي فيهما مع كثير من الشعراء، فلقد أصبح شائعا في شعرنا المعاصر توظيف شهرزاد رمزاً للمرأة العربية التي مازالت تعيش أسيرة عصر الحريم، والتي لا يهتمها أكثر من أن تحقق حياة مادية باذخة ولو كانت جارية تباع وتشتري، وتوظيف شهريار رمزاً للرجل الظالم المستبد.

من الواضح أن في الشخصيتين بعض الملامح المتناقضة، فشهريار في ألف ليلة وليلة يمثل ذلك السلطان الطاغية الذي يقتل كل ليلة فتاة بعد أن خانت زوجته، وفي الوقت ذاته يمثل ذلك الإنسان الوديع الذي هذبته شهرزاد بأقاصيصها وردت إليه ثقته بالمرأة، أما شهرزاد فتمثل ابنة الوزير التي رضت بالعيش كجارية في قصر شهريار تترقب الموت كل ليلة، وبالمقابل هي تلك الحكيمة المثقفة الواسعة الأفق التي عرفت كيف تروّض شهريار وتقاوم طغيانه وتعيد إليه ثقته بالمرأة⁽¹⁾.

لعل هذا التناقض الموجود أصلا في ملامح الشخصيتين هو الذي سمح بتوظيفهما بعدة أوجه متناقضة، لأنهما تحلمان من الملامح التراثية «ما يتحمل التأويلين كليهما، وكل أديب يختار من الملامح المتعددة للشخصية ما يتلاءم وطبيعة المضامين التي يريد نقلها إلى القارئ»⁽²⁾.

استطاع نزار قباني أن يتصرف في ملامح الشخصيات التراثية التي استقاها من «ألف ليلة وليلة» المتمثلة أساسا في «شهريار» و«شهرزاد» بشكل مميز ومثير، معيدا إليها الحياة من جديد مع إعطائها ملامح وجماليات جديدة أيضا، بحيث كان يوظفها في كل مرة بالشكل الذي يناسبه، فبدت الشخصية التراثية لديه حية قابلة لإعادة التكوين، وليست صورة جامدة.

لذلك نستطيع القول أن هذه الشخصيات تتعدى كونها رموزاً مجردة إلى كونها وسيلة تعبيرية ناجعة لعديد من الحالات الشعورية، كما يبدو من

(1) ينظر: علي عشري زايد، استدعاء الشخصيات التراثية في الشعر العربي المعاصر، ص 160 وما بعدها.

(2) نفسه، ص 164.

خلال هذه الآليات في توظيف التراث أن قباني « لم يقف موقفاً معادياً للتراث، لكنه موقف متغير يسخّر العناصر التراثية المجتلبة لتتسجم والموقف المعاصر، مما يفهم معه ما يجريه من انحراف ببعض الرموز عن دلالتها الراسخة»⁽¹⁾.

ومثلما أوضحته النماذج المقدمة آنفاً، فإن التواصل التراثي الموجود بين قصص ألف ليلة وليلة وقصائد نزار قباني يتخذ أشكالاً متعددة لا يحددها سوى الشاعر نفسه، وذلك يعني أن التراث مادة قابلة لإعادة القراءة والتأويل وليس مادة ثابتة أو مستهلكة. هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه يؤكد حضور التراث الشعبي القديم في الشعر العربي المعاصر حضوراً تفاعلياً واسعاً ومهماً يؤكد على وجود تواصل مستمر بينهما.

مراجع البحث :

- (1) ألف ليلة وليلة، مراجعة وتقديم محمد الاسكندراني، دارالكتاب العربي، بيروت، ط1، 2006.
- (2) حكايات السندباد البحري.
- (3) سامح الرواشدة، مغاني النص : دراسات تطبيقية في الشعر الحديث، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، ط1، 2006.
- (4) علي عشري زايد، استدعاء الشخصيات التراثية في الشعر العربي المعاصر، دار الفكر العربي، القاهرة، (د. ط)، 1997.
- (5) نزار قباني، الرسم بالكلمات، منشورات نزار قباني، بيروت، ط21، 1999.
- (6) نزار قباني، تزوجتك أيتها الحرية، منشورات نزار قباني، بيروت، ط5، 2006.
- (7) نزار قباني، تنويعات نزارية على مقام العشق، منشورات نزار قباني، بيروت، ط3، 2000.
- (8) نزار قباني، قاموس العاشقين، منشورات نزار قباني، بيروت، ط6، 1999.

(1) سامح الرواشدة، مغاني النص : دراسات تطبيقية في الشعر الحديث، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، ط1، 2006، ص58.



دور الصيغ الاستثمارية لدى البنوك الإسلامية

لتمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة

— دراسة حالة —

د. أحمد جميل *

أ. ميلود وعيل **

مقدمة :

ظهر مصطلح « الاقتصاد الإسلامي » إبان النصف الثاني من القرن العشرين كنتيجة طبيعية لاستقلال بعض الدول الإسلامية عن الاستعمار ومحاولة تنمية اقتصاد وطني مستقل، حيث عاش معظم العالم الإسلامي بمختلف أقطاره حالة من التيه الاقتصادي والتخبط العشوائي من جراء تطبيقات اقتصادية رأسمالية تارة واشتراكية تارة أخرى دون النظر إن لكل امة خصوصيتها وعقيدها ونظرها إلى الكون والإنسان والحياة.

ومن قبيل ذلك ما يراه كثير من دعاة المدارس الإنمائية انه لضمان لحاق الدول النامية ومنها الإسلامية بالمستويات الاقتصادية المتقدمة التي حققها الدول الغربية فان عليها أن تتخلص من النظم والمعتقدات الاجتماعية البالية السائدة فيها، والتي من أهمها المعتقدات الدينية فالدين عند هؤلاء من

* المركز الجامعي أكلبي محند أولحاج، البويرة.

** المركز الجامعي أكلبي محند أولحاج، البويرة.

أهم دواعي التواكل وعدم الاستجابة إلى دواعي التحديث والانطلاق ومن ثم ضياع الثمرة من وراء أي مجهودات إنمائية جديدة، وفي رأي هؤلاء أيضا أن العلاج الأمثل في هذه الحالة هو إحلال تلك المعتقدات تدريجيا بالنظم الاقتصادية، الاجتماعية، والثقافية السائدة في دول الغرب.

وكل هذا مما أثار حفيظة الصفوة من المثقفين الوطنيين وجعلهم أكثر رغبة واستعدادا لخوض معركة الاستقلال الفكري للحفاظ على الهوية الإسلامية.

وبعد سقوط الاشتراكية وفي إطار مناخ التحدي للرأسمالية العالمية تزايدت الدعوة إلى إحياء الشريعة والقيمة النظم الإسلامية باليات مناسبة حتى تتم مواجهة الرأسمالية وتحدياتها الاستعمارية وتمكن للأقطار الإسلامية التخلص من سيطرة الحركات والأفكار الجديدة التي لا تتفق أيضا مع الشريعة الإسلامية وتحقق التقدم في المجال الاقتصادي، وقد صار من الجلي ما للقوة الاقتصادية من أهمية عظمى في البناء السياسي والاجتماعي.

ومن ثم فقد ظهر الاتجاه نحو إقامة الاقتصاد الإسلامي فكريا وتطبيقا، ففي ظل هذا المناخ نمت التوجهات الفكرية في الاقتصاد الإسلامي، وظهرت مساهمات عديدة حول تطور الفكر الاقتصادي الإسلامي وخصائصه، ونمت الدراسات بصورة ملحوظة في مجالات الزكاة والوقف والتنمية الإسلامية، والنقود، والبنوك الإسلامية، والربا، بل وفي مجال التعاون الاقتصادي بين الأقطار الإسلامية وسبل تفعيل التكامل بينها، وشهدت الثلاثين عاما الماضية نضوجا للفكر الاقتصادي الإسلامي.

وفي ظل بروز هذه التوجهات الفكرية في الاقتصاد الإسلامي، ظهرت صور من التطبيق المؤسسي لهذا الاقتصاد في العديد من أقطار الدول الإسلامية في خلال ثلاثين عاما مضت، وخاصة في مجال المصرفية الإسلامية وزيادة حجم المصارف الإسلامية على مستوى العالم الإسلامي، أو من خلال التطبيق الإسلامي لمنظومة التعليم، وإدخال مناهج الاقتصاد الإسلامي في العديد من جامعات العالم الإسلامي على مختلف أرجائه.

وإقامة النظام النقدي المصرفي الإسلامي لا يحتاج إلى انتظار تحقيق

المجتمع الإسلامي المثالي الواعي أخلاقيا. ذلك لأن المنتجات المالية الإسلامية قد لا تتطلب بالضرورة بيئة إسلامية كاملة، بل يمكن تطبيقها بنجاح حتى في البلدان غير الإسلامية، وإن كان وجود البيئة الإسلامية الواعية أخلاقيا والمتجهة إلى العدالة مما يقوي النظام ويمكنه من حمل ثمار أطيب وبوفرة أعظم.

فروض الدراسة :

1- النظام النقدي والمصرفي المطبق ببعض الدول الإسلامية يمثل أحد إفرازات الفكر الاقتصادي الإسلامي وله دور مهم يتعين أن ينهض به في الاقتصاد الإسلامي ولا بد أن يسهم في تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية الكبرى للإسلام، ولا بد أيضا من أن يستمر هذا النظام في أداء وظائفه العادية المرتبطة بحقله الخاص.

2- إحجام المصارف الإسلامية عن استخدام بعض صيغ التمويل والاقتصار على بعض المنتجات المالية الإسلامية الأخرى مثل المرابحة أو المشاركة والتورق فقط، دون الاهتمام بتنمية الصيغ التمويلية الأخرى، في ظل غياب الجهة التي يمكن أن تكون مسؤولة عن تطوير المنتجات الجديدة لتنمية الصناعة المصرفية الإسلامية هل هي المصارف الإسلامية فقط أم جهة تتولى القيام بتطوير منتجات وخدمات الصناعة المصرفية الإسلامية من خلال التفتيش والبحث في مجال الاقتصاد الإسلامي؟

3- تتيح فكرة الاستصناع كأحد المنتجات المالية الإسلامية تمويل المشروعات الصناعية الصغيرة التي أصبحت تمثل طرعا يحتل أولوية متقدمة على أجندة اقتصاديات الدول النامية، ومنها البلدان العربية والإسلامية، وذلك لأسباب عدة، فهي في الأجل القصير تمثل حلا ضروريا للإسهام في حل مشكلتي البطالة والفقر اللتان تعاني منهما دول عالمنا العربي الإسلامي، وفي الجانب الآخر نجد أن النمط السائد للعمليات الإنتاجية في ظل العولمة يعتمد على إسهام أكثر من تلك المشروعات لتحقيق التنمية الاقتصادية المرتجاة وقد تبنت الدراسة تفعيل ذلك الدور في دول مجلس التعاون لدول الخليج.

أهمية البحث :

تنبع أهمية البحث من انه يتيح على المستوى الفكري استحداث أحد المنتجات الإسلامية (الاستصناع) التي أفرزها الفقه الاقتصادي الإسلامي ومدى تطبيقاتها الواقعية على النظام المصرفي الإسلامي كأحد الحلول الواقعية لتمويل المشروعات الصناعية الصغيرة، بل والمساهمة في تسويق المنتجات المصنعة من تلك المشروعات.

حيث تعد عقبة التمويل واحدة من المعوقات المهمة لقيام المشروعات الصغيرة، فأصحاب هذه المشروعات عادة ما يكونون من المهنيين ولا تتوافر لديهم مدخرات تمكنهم من إقامة مشروعاتهم، كما لا يوجد لديهم من الضمانات التي يمكن تقديمها للبنوك للحصول بموجبها على قروض، ومن جانب آخر فان مصادر التمويل في صورة قروض بفائدة ترهق هذه المشروعات، إذ تعد فوائد هذه القروض بمثابة تكلفة ثابتة ترهق كاهل هذه المشروعات وتجعلها تفقد ميزة تنافسية مع المشروعات الأخرى من حيث سعر منتجاتها، كما يتخوف عدد لا بأس به من الراغبين في إقامة المشروعات الصغيرة من شبهة الربا التي تلحق بالقروض بفائدة، ومن هنا توجد مجموعة من المميزات التي تجعل اعتماد أساليب التمويل الإسلامية واجبة التطبيق من أجل النهوض بالمشروعات الصغيرة.

تم اختيار دول مجلس التعاون لدول الخليج وذلك لارتفاع مساهمة الاستصناع كمنتج مالي في توظيفات البنوك الإسلامية في تلك الدول والتي تصل إلى 30% وعدم تقديم ذلك المنتج في البنوك الإسلامية في باقي المنطقة العربية حيث تصل النسبة في مصر على سبيل المثال إلى 1% من حجم الاستثمارات والموجهة أساسا إلى المرابحة وحدها كمنتج وحيد.

مشكلة البحث :

يسود العالم الإسلامي العديد من المشكلات الاقتصادية والاجتماعية، أهمها الفقر والبطالة وضعف التمويل، وفي حالة وجوده فهو يمثل ثقل وعبء على المدين (القرض والفائدة) خاصة التي تمول بالربا تأسيسا على

ذلك فان هذا البحث يجيب على التساؤل التالي :

ما هو دور البحث في مجال الاقتصاد الإسلامي في استحداث وتطوير المنتجات المالية وما هو دور هذه الصيغ التمويلية وتحديد عقد الاستصناع - في دعم المشروعات الصناعية الصغيرة والمتوسطة بالتطبيق على دول مجلس التعاون لدول الخليج؟؟

طريقة معالجة البحث :

سيتم التعرض لدور البحث في مجال الاقتصاد الإسلامي في استحداث وتطوير المنتجات المالية الإسلامية، ويستعرض البحث عقد الاستصناع في البنوك الإسلامية وتدعيمه للمشروعات الصناعية الصغيرة وذلك على النحو التالي :

يهتم المبحث الأول : بتوضيح الإطار النظري للدراسة، فيما يتناول **المبحث الثاني كيفية تفعيل** عقد الاستصناع في البنوك الإسلامية لتمويل المشروعات الصغيرة في دول مجلس التعاون الخليجي.

المبحث الأول

الإطار النظري للدراسة

تمهيد :

يزخر الفقه الاقتصادي الإسلامي بالعديد من الأفكار التفصيلية التي مكنت لأفراد المجتمع الحياة في مستويات رغبة، حيث أدى الاستصناع دوراً مهماً في الحياة العملية، فأفاد الصانع الذي قدم صنعته وخبرته وأفاد المستصنع الذي استطاع من خلال عقد الاستصناع الحصول على ما يرغب فيه وإرضاء ذوقه وتحقيق مصلحته وفق المقاييس المناسبة له والفنون التي يتصورها ويتأمل توافرها لديه.

1- الاستصناع لغة واصطلاحاً :

1 / 1 الاستصناع في اللغة :

الاستصناع استفحال من صنع، فالألف والسين للطلب، يقال لطلب : استغفار طلب للمغفرة، والصنع، والصناعة - بكسر الصاد : حرفة الصانع، واصطنعه : اتخذه، قال تعالى : ﴿واصطنعتك لنفسى﴾ (طه آية 41)، ويقال اصطنع فلان خاتما إذا سال رجلا أن يصنع له خاتما «واستصنع الشيء : دعا إلى صنعه، الاستصناع لغة : طلب الفعل (1).

2 / 1 تعريف الاستصناع في الاصطلاح :

اختلفت عبارات العلماء في الاستصناع، ويرجع ذلك إلى اختلافهم في حقيقة الاستصناع وتكليفه، حيث ادخله الجمهور ضمن السلم، أما الأحناف فعدوه عقدا مستقلا ويعد مذهب الأحناف من أكثر المذاهب تناولا للموضع في صورة مستقلة (2)، لكنهم اختلفوا في تعريفه، ومرجع ذلك الاختلاف إلى إدخال بعض القيود أو إخراجها، ومن ذلك التعريفات :

- تعريف الكاساني : « هو عقد على المبيع في ذمة شرط فيه البيع » (3) وهنا قد بين كونه عقدا، لكن لم يكن اشتراطا لتحديد الثمن، فلم يكن جامعا.

- تعريف ابن الهمام : « الاستصناع هو طلب الصناعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو أواني الصفر اصنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا أو دستا أي برمة تسع كذا وزنها كذا على هيئة كذا وكذا ويعطي الثمن المسمى أولا يعطي شيئا فيعقد الآخر معه » (4).

وهو تعريف بالرسم لا الحد، حيث عرف الاستصناع بذكر بعض

(1) أبو الفضل جمال الدين بن منظور، لسان العرب، ج 7، دار الريان للتراث، القاهرة، 1987م، ص. 27.

(2) شمس الدين محمد بن احمد أبي بكر السر خسي، المبسوط، ج10، دار المعارف بيروت الطبعة الثانية، (1402هـ)، ص 33.

(3) أبو بكر بن مسعود بن احمد علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع، ج : 5، دار أهل السنة للطبع والنشر، القاهرة، 1999 م، ص 59.

(4) كمال الدين ابن الهمام السيوسي، شرح فتح القدير، ج : 7، دار الهدى، القاهرة، 2000، ص114.

صوره.

- تعريف السمرقندي: «هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع»⁽¹⁾.

وهو تعريف مختصر جيد، لكن يلاحظ عليه عدم ذكر الثمن واشتراطه.

- تعريف مجلة الأحكام العدلية: «مقاولة مع أهل الصناعة على أن يعمل شيئاً»⁽²⁾.

وهو من أجود التعريفات، لكن يلاحظ عليه كذلك عدم ذكر الثمن واشتراطه، وكذلك فهو غير مانع حيث يدخل فيه الإجارة.

ويمكننا من خلال التعريفات السابقة وما لوحظ عليها أن نقول: إن الاستصناع هو: «عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل على وجه مخصوص بثمن معلوم»

شرح التعريف:

عقد: يخرج ما هو وعد، وهو الصحيح خلافاً لأكثر فقهاء الأحناف.

على مبيع: يخرج الإجارة، فهي عقد على منافع لا على عين

في الذمة: قيد ثالث احترز به عن البيع على عين حاضرة.

شرط فيه العمل: اخرج السلم، حيث لا يشترط فيه كون المسلم فيه مصنوعاً.

على وجه الخصوص: أي: جامع لشروط الاستصناع ببيان الجنس والنوع والقدر وغير ذلك مما تصير به معلومة، بحيث لا يؤدي إلى نزاع.

بثمن معلوم: أي: قدره ونوعه، ولا يلزم قبضه في مجلس العقد.

(1) علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الريان للتراث، القاهرة، 1989 م، ج2، ص 124.
(2) محمد وهبة الزحيلي، قضاء المظالم في الفقه الإسلامي، دار التراث للطبع والنشر، دمشق 2004، ج7ص53.

1. ضوابطه الشرعية وأهميته :

إن الضوابط الشرعية لعقد الاستصناع توجب أن « يكون المعقود عليه (المصنوع) معلوما بدقة، ويتحقق ذلك من خلال : بيان جنسه (المصنوع : سيارة، أو طائرة، أو عقار...)، بيان نوعه (ماركة وطراز السيارة أو طائرة...)، بيان صفاته (جدول المواصفات الخاصة بالمنتج)، وأن يكون الثمن معلوما بدقة من قبل الطرفين، مع ملاحظة كون الثمن مؤجلا فيجب تحديد الأجل للتصنيع منعا للغرر، ألا يتأثر بزيادة الأسعار أو أجرة العمل في الأحوال العادية، ويجوز تعديل الثمن في حال إدخال تعديلات على المصنوع وموافقة الطرفين على التعديلات المطلوبة.

تتضح أهمية عقد الاستصناع بالحاجة إليه في الحالات البشرية، حيث بين الله أن البشر متفاوتون فيما بينهم تسخيرا منه سبحانه لبعضهم البعض، فقال سبحانه : ﴿ نحن قسمنا بينهم معيشتهم في الحياة الدنيا ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضا سخريا ورحمة ربك خير مما يجمعون ﴾ (سورة الزخرف. آية : 32)، ومن صور تسخير البشر لبعض : عقد الاستصناع، فان المستصنع محتاج لمن يصنع له حاجته بالشكل الذي يريد، والصانع محتاج إلى المال الذي يأخذه مقابل صنعه ليستعين به على مصارف الحياة هذا على وجه الإجمال.

2. الغرض من عقود الاستصناع :

من جهة الصانع :

فبالنظر إلى كون ما يصنعه جرى بيعه مسبقا، وتحقق انه ربح فيه، وعرف مقدار ربحه، فهو يعمل بطمأنينة، وعلى هدى وبصيرة، أما بغير عقد الاستصناع فان الصانع قد يحتاج إلى مدة لتسويقه وربما يخسر خسائر كبيرة على حفظه لحين البيع، وقد تكسد البضاعة فتكون الخسارة مضاعفة من جهة العمل ومن جهة المواد.

من جهة المستصنع :

فبكونه يحصل على ما يريد بالصفة والنوع الذي يريده، فلا يضطر

إلى شراء ما قد لا يناسبه من البضائع الجاهزة، بل إن بعض الأمور لا توجد جاهزة بل لا بد من طلب صنعها من الصانع فتصنع حسب الطلب، كبعض البيوت والأبنية، كما أن المستصنع يكون مطمئناً بالاستصناع لكونه يتابع الصنع بنفسه، فيتأكد من عدم وجود غرر أو تدليس في المصنوع، ما يجعله مرتاح النفس مطمئناً.

من جهة المجتمع :

فبالاستصناع تتحرك الأموال من جهة إلى أخرى مما ينعش الحركة الاقتصادية في البلد، ولذلك يدعو كثير من الاقتصاديين المسلمين إلى أهمية جعل أطراف الاستصناع من المسلمين لتنعش اقتصادهم وتزيد من مصادر دخلهم، كما أن فيه تفريغاً كبيراً لأصحاب التخصصات في تخصصاتهم، فلو أن العالم أراد أن يبني بيتاً ولم يجد من يصنع له، لكان في ذلك ضرر كبير على المجتمع بإشغال هذا العالم مما يحرم المجتمع من علمه ونفعه، ومثل ذلك الطبيب المفكر وغيرهم⁽¹⁾.

3. الاستصناع في البنوك الإسلامية :

لا يحتاج البائع في معاملة الاستصناع إلى أن يورد بنفسه الخدمات اللازمة لصنع السلع أو أن يمتلك المصنع الذي سينتجها، بل يمكن لمؤسسات التمويل كالبنوك الإسلامية أن تقوم بدور البائع في عقد الاستصناع، غير أنه لا مفر في هذه الحالة أن تقوم تلك المؤسسة بإعادة تأجير عقد الاستصناع إلى جهة تكون قادرة على تقديم الخدمات اللازمة أو تمتلك المصنع المنتج للسلعة.

وفي هذه الحالة يصبح أطراف الاستصناع ثلاثة هي: البائع، وهو البنك أو مؤسسة التمويل التي تتولى تمويل العقد. المشتري: الذي يشتري السلعة في الوقت المحدد بأوصاف معينة. الصانع: الذي يورد الخدمات اللازمة أو يمتلك المصنع المنتج للسلعة.

يعتبر الاستصناع للمصارف خطوة رائدة لتنشيط الحركة الاقتصادية

(1) كاسب البدران، عقد الاستصناع، دار المنار الإسلامي، القاهرة، 1997، ص 42.

للبلد، وذلك إما بكون المصرف صانعا أو بكونه مستصنعا :

- أما كونه صانعا : فانه يتمكن على أساس عقد الاستصناع من دخول عالم الصناعة والمقاولات بأفاقهما الرحبة، كصناعة السفن والطائرات والبيوت والطرق، وغير ذلك، حيث يقوم المصرف بذلك من خلال أجهزة إدارية مختصة بالعمل الصناعي في المصرف، لتصنع الاحتياجات المطلوبة للمستصنعين.

- وأما كونه مستصنعا، فتوفير ما يحتاجه المصرف من خلال عقد الاستصناع مع الصناعيين والذي يوفر لهم التمويل المبكر، ويضمن تسويق مصنوعاتهم، ويزيد من دخل الأفراد، مما يزيد من رخاء المجتمع بتداول السيولة المالية بين أبناء البلد.

- وهناك حالة ثالثة، وهي أن يكون المصرف صانعا ومستصنعا في نفس الوقت وهو ما يسمى بالاستصناع الموازي.

الاستصناع الموازي :

- صورة الاستصناع الموازي :

أن ما يبرم المصرف عقد استصناع بصفته صانعا مع عميل يريد صنعة معينة، فيجري العقد على ذلك، وتتعاقد المؤسسة مع عميل آخر باعتبارها مستصنعا، فتطلب منه صناعة المطلوب بالأوصاف نفسها.

- الغرض من الاستصناع الموازي :

بناء على التغير الكبير الذي يحدث في المجتمعات، ونظرا للحاجة الكبيرة لدعم الاقتصاد بمشاريع ضخمة وبرؤوس أموال كبيرة، فقد أصبح عقد الاستصناع من العقود ذات الأهمية الكبيرة للمصارف تلبية لاحتياجات ورغبات الجماعات والأفراد، والتي لا يمكن تمويلها بعقود البيوع الأخرى وذلك من خلال تصنيع السلع وسداد الثمن مؤجلا أو على أقساط وفقا لقدرات المستصنع وموافقة الصانع على ذلك.

- حكم الاستصناع الموازي :

الاستصناع الموازي بالصورة السابقة جائز، لأنهما عقدان مختلفان،

وقد سبق بيان أن الاستصناع عقد لازم، فعلى هذا يصح العقد في جهتين، ولا ضرر على أحدهما، وذلك لأنه المعقود عليه هو العين، وأما العمل فهو تابع، وإن الصانع لو أتى بالصنعة نفسها من آخر فإن ذلك يصح، ويلزم المستصنع - قبولهما لم يصرح باشتراط أن تكون من عمل الصانع، أو أن تقوم قرينة باشتراط ذلك، والغالب في الاستصناع الموازي أن العميل يعلم أن المصرف لا يصنع ذلك الشيء بل يستصنعه عند جهة أخرى، وحينئذ يكون الاستصناع جائزاً⁽¹⁾.

- شروط الاستصناع الموازي :

اشتراط أهل العلم شروطاً خاصة بالاستصناع الموازي - إضافة إلى شروط الاستصناع - وذلك لئلا يكون الاستصناع الموازي حيلة إلى الربا، ومن تلك الشروط :

- 1 - أن يكون عقد المصرف مع المستصنع منفصلاً عن عقدها مع الصانع.
- 2 - أن يمتلك المصرف السلعة امتلاكاً حقيقياً، وتقبضها قبل بيعها على المستصنع.
- 3 - أن يتحمل المصرف نتيجة إبرامه عقد الاستصناع بصفته صانعاً كل تبعات المالك، ولا يحق له أن يحولها إلى العميل الآخر في الاستصناع الموازي.

الاستصناع في التمويل العقاري :

يمكن تطبيق الاستصناع في التمويل العقاري في عدت تطبيقات مختلفة، كبناء المساكن والعمائر وغيرها، وذلك ببيان موقعها والصفات المطلوبة فيها، كما يمكن أن يكون الاستصناع في تخطيط الأراضي وإنارتها وشق الطرق فيها وتعييدها، وغير ذلك من المجالات العقارية والتي يمكن الاستفادة من الاستصناع فيها.

(1) وهبة الزحيلي، عقد الاستصناع، دار الهداية، دمشق 2000، ص 15.

المبحث الثاني :

كيفية تفعيل عقد الاستصناع لدى البنوك الإسلامية لتمويل المشروعات الصناعية الصغيرة والمتوسطة في دول مجلس التعاون لدول الخليج

تمهيد :

ذكرنا أن عقد الاستصناع هو احد العقود الجائزة شرعا، والتي يمكن استخدامها في الأعمال المصرفية الإسلامية، ويمكن عن طريقه المساهمة بشكل فاعل في تنمية المشروعات الصغيرة والصغرى التي تعمل في مجال الصناعة. وهذا العقد لم يستخدم إلى الآن على أي نحو يذكر رغم أهميته البالغة في جميع البلدان الإسلامية التي ما تزال المشروعات الحرفية الصغيرة والصغرى تضم نسبة كبيرة من القوة العاملة خارج النشاط الأولي.

وعلى سبيل المثال وحيث تشهد الصناعة المصرفية الإسلامية بالسوق السعودي تطورا كبيرا سواء في حجم التمويل الممنوح للعملاء حيث زاد حجم التمويل المصرفي الإسلامي من 50 مليار ريال عام 2000 بنسبة 29 % من إجمالي حجم التمويل بالسوق السعودي، إلى أكثر من 273 مليار ريال في سبتمبر عام 2006 بنسبة نمو تصل إلى 400 % وبنسبة 56 % من إجمالي حجم التمويل بالسوق السعودي⁽¹⁾.

إلا أن صيغة التمويل بالمرابحة وهي أقدم الصيغ تشكل مبلغ 64 مليار ريال بنسبة 23 % من إجمالي حجم التمويل، كما يحتل التمويل بالتورق الحديث نسبيا في الصناعة المصرفية الإسلامية المركز الأول بمبلغ 183 مليار ريال بنسبة 27%، أي تشكل الصيغتين نسبة 90% من إجمالي حجم التمويل وباقي الصيغ الأخرى تشكل نسبة 10 % وهي (المشاركة، الاستصناع، السلم، التأجير، المضاربة، البيع بالعمولة، البيع بالوكالة، الاستثمار

(1) د. محمد بالتاجي، المصرفية الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، مجلة المال والأعمال، عدد يونيو 2007.

المباشر⁽¹⁾.

وبالتالي فإن هناك أسبابا لإحجام المصارف الإسلامية عن استخدام صيغ التمويل الأخرى والاقتصار على استخدام التورق والمرابحة فقط، منها سهولة استخدام تلك الصيغ من قبل العاملين والمتعاملين مع الصناعة المصرفية الإسلامية، إضافة إلى انخفاض مخاطر تلك الصيغ مقارنة مع الصيغ الأخرى.

كما أن هناك العديد من العوامل التي تحد من استخدام باقي صيغ التمويل من أهمها عدم توافر الخبرات والموارد البشرية المؤهلة لتطبيق تلك الصيغ، إضافة إلى أن الهياكل التنظيمية في بعض المصارف الإسلامية لم تأخذ بعين الاعتبار المتطلبات والإجراءات التنظيمية التي تتناسب مع طبيعة صيغ التمويل الإسلامية المختلفة.

إن التطور الذي تشهده الصناعة المصرفية الإسلامية وشدة المنافسة بالأسواق الدولية والمحلية خاصة بعد تطبيق اتفاقيات التجارة الحرة فإن الأمر يتطلب وجود جهة تنظيمية تضم العديد من الخبراء والمتخصصين تتولى العمل على تطوير وإبتكار منتجات للصناعة المصرفية الإسلامية إضافة إلى مساعدة المصارف الإسلامية على تطوير منتجاتها القائمة، والعمل على وضع أنظمة عمل تمكن من تطبيق صيغ التمويل بفاعلية من أجل تلبية احتياجات العملاء المتزايدة ومن أجل تطور وتقدم الصناعة المصرفية الإسلامية، وهو مقصد وهدف الاقتصاد الإسلامي على المستوى الفكري والتطبيقي.

1. مفهوم المشروعات الصناعية الصغيرة :

عندما يطلق لفظ المشروعات الصغيرة كثيرا ما يتبادر إلى الأذهان الصناعات الصغيرة مع أن كلمة المشروعات تتسع للمجالات المختلفة سواء كانت صناعية أو تجارية أو زراعية أو خدمية، وهناك ما يسمى بالمشروعات متناهية الصغر، وتوجد معايير عدة لتعيين المشروعات الصغيرة منها حجم رأس المال، وعدد العاملين، وحجم المبيعات، وشكل

(1) المرجع السابق.

الملكية.

فعلى سبيل المثال معيار عدد العاملين ينظر إلى المشروع الذي يستوعب عددا من العمال بدءا من عامل إلى أربعة عمال على أنه مشروع متناه في الصغر والمشروع الذي يستوعب خمسة عمال إلى أربعة عشرة عاملا على أنه مشروع صغير، أما المشروع الذي يستوعب من خمسة عشرة عاملا إلى تسعة وأربعين عاملا على أنه مشروع متوسط وما زاد على ذلك فهو مشروع كبير⁽¹⁾.

2- أهمية وخصائص الصناعات الصغيرة والمتوسطة في دول مجلس التعاون الخليجي :

تقوم الصناعات الصغيرة والمتوسطة بدور رئيسي في توفير فرص العمل، إلى جانب مساهمتها بنصيب كبير في إجمالي القيمة المضافة وقيامها بتوفير السلع والخدمات بأسعار في متناول اليد لشريحة ضخمة من ذوي الدخل المحدود، وهي تعتبر وسيلة مفيدة لتوجيه المدخرات الصغيرة إلى الاستثمار، كما أنها قادرة على تدعيم التجديد والابتكار وإجراء التجارب التي تعتبر أساسية للتغيير الهيكلي من خلال ظهور مجموعة من رواد الأعمال ذوي الكفاءة والطموح والنشاط، وهي قادرة أيضا على لعب دور أكثر إيجابية في تنمية الصادرات وفي المساعدة على استحداث منتجات جديدة، وهي عن مستويات معينة من الإنتاجية يمكنها العمل كصناعات مغذية للصناعات الكبيرة (كما هو الحال في اليابان)، وبهذا يتم توفير النقد الأجنبي الذي ينفق على استيراد السلع الوسيطة أو الرأسمالية.

ومصطلح المشروعات الصغيرة مصطلح واسع انتشر استخدامه مؤخرا، ويشمل هذا المصطلح الأنشطة التي تتراوح بين من يعمل لحسابه الخاص أو في منشأة صغيرة تستخدم عدد معين من العمال ولا يختصر هذا المصطلح على منشآت القطاع الخاص وملاكها وأصحاب الأعمال

(1) نيفين فرج، دور المشروعات الصناعية الصغيرة في التنمية الاقتصادية، رسالة ماجستير غير منشورة في الاقتصاد، كلية التجارة، جامعة المنوفية، مصر ص 121.

والمستخدمين ولكنه يشمل كذلك التعاونيات ومجموعة الإنتاج الأسرية أو المنزلية. و تجمع الآراء على الأهمية المتعاطمة للمشروعات الصغيرة في الاقتصاد القومي سواء في البلاد المتقدمة أو النامية خاصة في ظل الاحتياج المتزايد لتوليد فرص العمل المنتجة.

وتشير بعض الإحصائيات إلى أن المشروعات الصغيرة والمتوسطة تمثل نحو 90% من إجمالي الشركات في معظم اقتصاديات العالم، كما تسهم هذه المشروعات بحوالي 46% من الناتج المحلي العالمي، كما أنها توفر ما بين 40% - 80% من إجمالي فرص العمل، وتساهم بنسبة كبيرة في الناتج المحلي لعديد من الدول، فعلى سبيل المثال تساهم المشروعات الصغيرة والمتوسطة بنحو 85%، 51% من إجمالي الناتج المحلي لكل من إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية على الترتيب⁽¹⁾.

وتكتسب المشروعات الصغيرة أهميتها في دول مجلس التعاون لدول الخليج من مجموعة اعتبارات تتعلق بخصائص هيكلها الاقتصادية والاجتماعية ونسب توفر عوامل الإنتاج، والتوزيع المكاني للسكان والنشاط. ويمكن إيجاز هذه الظواهر الايجابية التي تقترن بقطاع الأعمال الصغيرة فيما يلي :

- 1- تستخدم هذه المشروعات فنونا إنتاجية بسيطة نسبيا تتميز بارتفاع كثافة العمل، مما يساعد الدول العربية التي تعاني من وفرة العمل وندرة رأس المال على مواجهة مشكلة البطالة دون تكبد تكاليف رأسمالية عالية.
- 2- تتميز هذه المشروعات بالانتشار الجغرافي مما يساعد على التفاوتات الإقليمية، وتحقيق التنمية المكانية المتوازنة، وخدمة الأسواق المحدودة التي لا تغري المنشآت الكبيرة بالتوطن بالقرب منها أو بالتعامل معها.
- 3- توفر هذه المشروعات سلعا وخدمات لفئة المجتمع ذات الدخل

(1) Ayagari Mghana & Thorsten Beck and Demirguc _ Kunt ,”Small and Medium Enterprises Across The Global : a New Data Base”, World Bank Polocy Research ,Working Paper 3127, August ,2006 pp23 _

المحدود والتي تسعى للحصول عليها بأسعار رخيصة نسبيا تتفق مع قدرتها الشرائية (وان كان الأمر يتطلب التنازل بعض الشيء عن اعتبارات الجودة)

4- توفر هذه المشروعات فرصا عديدة للعمل لبعض الفئات خاصة الإناث والشباب والنازحين من المناطق الريفية غير المؤهلين بعد للانضمام إلى المشروعات الكبيرة والقطاع المنظم بصفة خاصة.

5- تقوم هذه المشروعات بتلبية احتياجات الأسواق من السلع والخدمات المتخصصة التي تربط بأذواق وتفضيلات المستهلكين بدرجة أكبر من المنشآت الكبيرة، نظرا للاتصال الشخصي المباشر بين أصحابها والعملاء. كما تسهم في تنشيط الصادرات كثيفة العمل.

6- تعد هذه المشروعات أكثر كفاءة في تعبئة وتوظيف المدخرات المحلية وتنمية المهارات البشرية، وبذلك يمكن اعتبارها مصدرا هاما للتكوين الرأسمالي وللمهارات التنظيمية ومختبرة لنشاطات وصناعات جديدة.

7- تلعب هذه المشروعات دورا هاما في دعم المنشآت الكبيرة من خلال توزيع منتجاتها وإمدادها بمستلزمات الإنتاج، ومن خلال تصنيع بعض مكوناتها وإجراء العمليات الإنتاجية التي يكون من غير المجزي اقتصاديا تنفيذها بواسطة المشروع الكبير. وبذلك تسهم المنشآت الصغيرة في تدعيم علاقات التشابك القطاعي في الاقتصاد الوطني.

8- تسهم هذه المشروعات في تنويع الهيكل الاقتصادي من خلال نشاطاتها المتعددة والمتباينة، كما تساعد على تغيير الهيكل السوقي من خلال تخفيف حدة التركيز وزيادة درجة المنافسة بين وحدات الإنتاجية والخدمية، فضلا عن تنمية المدن الثانوية مما يساعد على التخفيف من حدة التمرکز العمراني والتحضر الزائد لعواصم الدول ومدنها الرئيسية.

والواقع أن المجالات المتاحة أمام هذه المشروعات ليست قصيرة على المزارع الصغيرة والأنشطة الحرفية والبيئية والمصانع الصغيرة، وإنما تمتد لتشمل الكثير من الأنشطة التجارية والخدمية، مثل الخدمات المصرفية

والفندقية والسياحية، وخدمات الصيانة والتشغيل، وخدمات النظافة وخدمات النقل والتحميل والتفريغ وخدمات الإعلان والنشر والحاسب الآلي ومطاعم الوجبات السريعة والوحدات العلاجية الخاصة، هذا بالإضافة إلى أنشطة المحاجر والمناجم والتشييد والمقاولات.

وغني عن البيان فقد أصبح الاعتماد قويا حول أهمية الدور الذي تلعبه المشروعات الصغيرة والمتوسطة كمصدر لروح المبادرة والإبداع المتواصل فالصناعات الصغيرة الجديدة تبادر إلى ابتكار منتجات وعمليات إنتاجية جديدة وهي غالبا ما تكون صغيرة الحجم عند بداية نشاطها ثم ما تلبث أن تنمو بسرعة إذ أثبتت نجاحها.

وقد بينت دراسات ميدانية في كندا، أن المؤسسة الصغيرة والمتوسطة في قطاع الصناعة أخذت تفوق المؤسسة الكبرى في الميدان التكنولوجي ليس باستعمال التقنيات الحديثة في الإعلان فحسب بل أيضا باستعمال الآلات والمعدات الأكثر تناسبا وملائمة مع القطاع الموجودة فيه⁽¹⁾.

وبصفة خاصة تتبع ضرورة الاهتمام بدعم ومساندة ورفع كفاءة المشروعات الصغيرة والمتوسطة في دول مجلس التعاون لدول الخليج من عدة حقائق تتمثل فيمايلي :

1- في الكويت يشكل هذا القطاع ما يقرب من 90% من المؤسسات الخاصة العاملة، ويضم عمالة وافدة تقدر بنحو 45% من قوة العمل وعمالة وطنية بنسبة تقل عن 1% وتساهم بنحو 90% من الوظائف وفي دولة الإمارات شكلت المشاريع الصغيرة والمتوسطة نحو 94.3% من المشاريع الاقتصادية في الدولة، وتوظف نحو 62% من القوة العاملة وتساهم بحوالي 75% من الناتج الإجمالي للدولة⁽²⁾.

2- ان هذه المشروعات توفر فرص عمل لقاعدة عريضة من قوة

(1) المرجع السابق.

(2) د. محمد فتحي صقر، واقع المشروعات الصغيرة الصغيرة والمتوسطة وأهميتها الاقتصادية، ندوة : المشروعات الصغيرة والمتوسطة في الوطن العربي : الإشكاليات وآفاق التنمية القاهرة - جمهورية مصر العربية، 18 - 22 يناير 2005، ص 1 - 10.

العمل العربية في دول الخليج تقدر بحوالي ثلث القوة العاملة أو يزيد.
3- أن هذه المشروعات تشارك في الإضافة على الاقتصاد القومي حيث قدرت هذه المساهمة بنحو 25% من الناتج المحلي الإجمالي في السعودية خلال نفس العام(1).

4- أن هذه المشروعات تمثل الركيزة الأساسية التي يعمل من خلالها القطاع الخاص في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية وبالتالي فان مساندة هذه المشروعات يعد مساندة وتدعيماً لدور القطاع الخاص في النشاط الاقتصادي.

5. جذب الاستثمارات الأجنبية :

أشاد تقرير صدر عن منظمة الاونكتاد بالدور الريادي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة من واقع مسح ميداني ودراسة حالات معينة تمت ما بعد الأزمة المالية الآسيوية في سبع دول آسيوية إلى إمكانية أن ترفع هذه المؤسسات حصة منطقة آسيا من الاستثمارات الأجنبية المباشرة لأكثر من 10% وأن بإمكانها استقطاب قدر غير قليل من الاستثمارات الأجنبية والدخول في مشروعات مشتركة مع شركاء أجنب مما قد يساهم في نقل وتوطين التقنية الحديثة وتوسيع القاعدة الإنتاجية وتحسين جودة المنتج وتعزيز القدرة التصديرية خاصة في القطاعات الإنتاجية الناشئة في دول مجلس التعاون الخليجي(2).

وقد بلغ عدد المصانع العاملة المرخص لها في مجال الصناعات التحويلية لدول مجلس التعاون الخليجي لعام 2006 حوالي (8154) مصنعا، والجدول التالي يوضح ذلك.

جدول (1) بنية الصناعات التحويلية في دول مجلس التعاون الخليجي

(1) المرجع السابق، ص15.

(2) المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، تقرير مناخ الاستثمار في الدول العربية لعام 2006، الكويت، يونيو 2006، ص78.

عام (2006) :

الفئات الصناعية	عدد المنشآت	نسبة مئوية %	إجمالي الاستثمارات (مليون دولار)	%	إجمالي القوى العاملة (بالآلاف)	%
الصناعات الصغيرة	5439	7.66	3284	5.3	245	6.36
الصناعات المتوسطة	1489	3.18	5261	5.5	118	6.17
الصناعات الكبيرة	1226	15	86916	91	308	8.45
الإجمالي	8154	100	95458	100	671	100

المصدر : منظمة الخليج للاستشارات الصناعية، ملف الخليج الإحصائي، الدوحة 2007.

يلاحظ من الجدول رقم (1) أن منشآت الصناعات الصغيرة قد احتلت مركز الصدارة من حيث العدد، حيث بلغ عددها (5439) منشأة، مثلت ما نسبته 7.66% من إجمالي عدد المنشآت الصناعية واستوعبت حوالي 245 ألف عامل وموظف أي ما نسبته 6.36% وبلغت استثماراتها حوالي 3.3 مليار دولار وهو ما يمثل 4.3% من إجمالي استثمارات الصناعات التحويلية.

ويتبين من الجدول أيضا قلة رأس المال الموظف فيها، مقابل اتساع عدد العمالة نسبيا، حيث بلغ متوسط الاستثمار في المنشأة الصغيرة حوالي 0.6 مليون دولار مقابل حوالي 5.3 مليون دولار في الصناعات المتوسطة وحوالي 9.70 مليون دولار في الصناعات الكبيرة وبالمقابل فإن متوسط ما تستوعبه المنشآت الصغيرة من العمالة هو (45) عامل مقابل (80) في الصناعات المتوسطة و(251) في الصناعات الكبيرة.

وتشكل الصناعات المتوسطة مع الصغيرة معا حوالي 85% من العدد الإجمالي للمصانع التحويلية في دول مجلس التعاون الخليجي و9% من

إجمالي الاستثمار وحوالي 2.54% من إجمالي عدد العاملين وهذا يؤكد أهمية ومزايا هذه الصناعات التي لا تحتاج إلى رؤوس أموال ضخمة وهي بالمقابل تفتح الميادين الرحبة لاستقطاب القوى العاملة المحلية.

3 - التوزيع الجغرافي للصناعات الصغيرة والمتوسطة بدول مجلس التعاون الخليجي :

تشير قاعدة البيانات الخاصة بتوزيع المنشآت الصناعية في دول مجلس التعاون وفق الدول إلى ان نسبة عدد المصانع الصغيرة والمتوسطة قد بلغت حوالي 5.95% في دولة الإمارات وهذه النسبة تتجاوز المتوسط العام لدول مجلس التعاون البالغة 85% وبلغت حوالي 92% في كل من البحرين، عمان وقطر، ونحو 8.86% في الكويت أما في السعودية فقد بلغت النسبة حوالي 7.74% وهذا يشير إلى انتشار واسع للصناعات الكبيرة والجدول رقم (2) يوضح ذلك.

جدول 2 توزيع المنشآت في دول مجلس التعاون لعام 2006

النسبة إلى الإجمالي %	عدد المشروعات الصغيرة والمتوسطة	الدولة
94	2528	الإمارات
3.92	335	البحرين
74	2284	السعودية
9.91	787	سلطنة عمان
6.92	375	
8.86	619	الكويت
85	6928	الإجمالي

Source : Gulf Organization for Industrial Consulting, .Gulf Industrial Bulletin, Volume 4 Issue (31) Jan2007

ويلاحظ من الجدول أعلاه بان دول المارات العربية المتحدة تحتل

المرتبة الأولى في عدد المصانع الصغيرة والمتوسطة في دول مجلس التعاون الخليجي، حيث مثلت ما نسبته 36.5 بالمائة من العدد الإجمالي لتلك المصانع، تليها المملكة العربية السعودية بنسبة 33 بالمائة، فعمان بنسبة 11.4 بالمائة، فالكويت بنسبة 8.9 بالمائة، فقطر بنسبة 5.4 بالمائة، وأخيرا البحرين بنسبة 4.8 بالمائة.

أما بالنسبة من حيث الاستثمارات الموظفة في الصناعات الصغيرة والمتوسطة، فتؤكد الإحصاءات إلى أن السعودية تستأثر على 60 بالمائة من حجم الاستثمار الموظف في هذه الصناعات بدول مجلس التعاون الخليجي، تليها الإمارات بنسبة 18.2 بالمائة، فعمان بنسبة 7.1 بالمائة، ثم قطر بنسبة 3.8 بالمائة، وأخيرا البحرين بنسبة 2.9 بالمائة.

ومن حيث مساهمة رأس المال المستثمر في هذه الصناعات مقارنة بالاستثمارات الكلية في الصناعات التحويلية على مستوى كل قطر من أقطار المجلس، فقد جاءت عمان في المقدمة، إذ بلغت نسبة استثماراتها في الصناعات الصغيرة والمتوسطة أكثر من 25 بالمائة من إجمالي استثماراتها في الصناعات التحويلية، تليها الإمارات بنسبة 14 بالمائة، فالكويت بنسبة 8.7 بالمائة، ثم السعودية بنسبة 8.2 بالمائة، فقطر بنسبة 5 بالمائة ثم البحرين بنسبة 4.7 بالمائة، والجدول رقم (3) يوضح ذلك :

جدول (3) إجمالي الاستثمارات في الصناعات الصغيرة والمتوسطة في دول مجلس التعاون الخليجي لعام 2006 (مليون دولار)

الدولة	الاستثمار في الصناعات الصغيرة والمتوسطة	النسبة إلى إجمالي الاستثمار في الصناعات التحويلية %
الإمارات	250	7.4%
البحرين	554.1	14%
السعودية	121.5	2.8%
سلطنة عمان	3.6	1.25%

9.4%	322	قطر
7.8%	695	الكويت
9%	545.8	الإجمالي

المصدر : منظمة الخليج للاستشارات الصناعية، إدارة معلومات الأسواق.

أما من حيث متوسط الاستثمار في المصنع الواحد من هذه الفئة، فقد جاءت السعودية في المقدمة إذ بلغ أكثر من مليوني دولار بقليل، تليها الكويت 1.1 مليون دولار، ثم قطر 859 ألف دولار، فعمان 766 ألف دولار، ثم البحرين 746 ألف دولار، وجاءت الإمارات العربية بالمركز الأخير حيث بلغ المتوسط 680 ألف دولار للمصنع الواحد⁽¹⁾.

4 - التحديات التي تواجه الصناعات الصغيرة والمتوسطة :

تواجه الصناعات الصغيرة والمتوسطة في دول مجلس التعاون الخليجي مجموعة من التحديات ة قسم منها داخلية ترجع إلى قضايا فنية وتنظيمية وتمويلية تخص هذه الصناعات وقسم منها خارجية تتعلق بالمنافسة العالمية في ظل العولمة وفيما يلي توضيح لأهم هذه التحديات :

4 / 1 . تحدي العولمة :

تضع التحولات الجارية على الصعيد العالمي نتيجة لظاهرة العولمة الصناعات الصغيرة والمتوسطة في دول مجلس التعاون الخليجي أمام تحديات كبيرة تتمثل بالاتي :

4 / 1 / 1 . تحدي التكتلات الاقتصادية :

نجم عن النظام العالمي الجديد خلق تحالفات اقتصادية، وسيعزز من توجه العديد من الدول صوب التكامل الاقتصادي والاستمرار مما سيقود إلى تأجيج درجة المنافسة بين تلك التكتلات الاقتصادية والمر الذي سينعكس على قطاع الصناعات الصغيرة والمتوسطة

(1) حسين عبد المطلب الأسرج، مستقبل المشروعات الصغيرة مصر، كتاب الأهرام الاقتصادي، العدد 229، القاهرة، أكتوبر 2006، ص30.

4 / 1 / ب. تحدي التكتلات الاقتصادية :

تبنّت أغلب دول مجلس التعاون الخليجي سياسة تحرير الأسواق والانفتاح على العالم الخارجي، حيث انضم أغلبها إلى منظمة التجارة العالمية، كما قامت بتشجيع الاستثمار الأجنبي للدخول في المشاريع الاقتصادية الوطنية، وشرعت القوانين التي تنظم عمله، كما تبنّت برامج لخصخصة المؤسسات الحكومية وتحويلها إلى مؤسسات خاصة، وإن كل ذلك يتطلب إعادة هيكلة قطاع الصناعات الصغيرة والمتوسطة بما يكفل قدرته على التفاعل مع البرامج والخطط التنموية، ومساهمته في استحقاقات إنجاح برامج الإصلاح الاقتصادي.

4 / 1 / ج. تحدي ثورة المعلوماتية :

تشير الدلائل على أن سمة الحادي والعشرين هي المعلوماتية، وأن المعلومات ستشكل عنصر إنتاجي جديد سيتفوق على عناصر الإنتاج التقليدية العمل ورأس المال والأرض والتنظيم وستصبح العنصر الحاسم في النمو الاقتصادي الحديث، ما يضع الصناعات الصغيرة والمتوسطة أمام وجوب الاعتماد المتصاعد على تكنولوجيا المعلومات المتقدمة بقصد توسيع وتطوير خدماتها يحقق التأقلم مع الاحتياجات المستقبلية للمتعاملين معها.

4 / 1 / د. تحدي التنافسية العالمية :

يقود الانفتاح على العالم الخارجي ورفع القيود أمام حركة التجارة الدولية إلى تزايد المنافسة في القطاعات الاقتصادية المختلفة مما يستدعي انطلاق روح الإبداع والتطوير والحفاظ على الجودة الشاملة للخدمات والسلع المقدمة كي تستطيع الصناعات الصغيرة والمتوسطة في دول مجلس التعاون الخليجي غزو الأسواق العالمية أو على الأقل حماية نفسها من غزو الصناعات الأجنبية⁽¹⁾.

(1) UNCTAD , The Handbook on FDI by SMEs : Lessons Learnt From Asia ,2006.

4 / 2 . تحديات إدارية وتسويقية :

تواجه معظم الصناعات الصغيرة والمتوسطة في الوقت الراهن مجموعة من المشكلات الإدارية والتسويقية والتي تختلف بطبيعة الحال باختلاف طبيعة المنشأة، وطبيعة النشاط الذي تمارسه، وتتمثل أهم هذه المشكلات بالآتي (1) :

أ - مشكلة نقص القدرات والمهارات الإدارية والتسويقية وما يصاحب ذلك من مشكلة عدم إتباع أساليب وإجراءات الإدارة الصحيحة في تصريف أمور الصناعة وعدم اتخاذ القرارات السليمة على المستويات كافة.
 ب - عدم وضوح الإجراءات والأنظمة المترابطة بعمل هذه الصناعات.
 ج - مشكلة المنافسة بين المنتجات المستوردة ونظيرتها من المنتجات الوطنية

د - مشكلة انخفاض حجم الطلب على منتجات الصناعات الصغيرة والمتوسطة.

4 / 3 . تحديات فنية :

تعتبر الدراسات الفنية ودراسات الجدوى الاقتصادية وتوافر المعلومات الحديثة والدقيقة حول حركة الأسواق والبيئة الاقتصادية من المستلزمات الضرورية لإقامة واستمرار أي مشروع خاصة في المجال الصناعي.

ومن المؤسف حقا فان اغلب الصناعات الصغيرة والمتوسطة في الخليج العربي تعاني من نقص ملحوظ في هذه المجالات مجتمعة، وينعكس ذلك على مستوى تكاليف الإنتاج وأسعار البيع والتسويق بصفة عامة وعدم القدرة على مواكبة التطورات الحديثة لإنتاج السلع والخدمات التي تلبي رغبات المستهلكين وفق المواصفات الدولية المطلوبة لكسب رهان

(1) سرور هوبوم، المشروعات الصغيرة والمتوسطة في التنمية الاقتصادية - تجربة البونيدو، مجلة التعاون الاقتصادي بين الدول الإسلامية، المجلد (33)، 2006، ص 23 - 24.

المنافسة(1).

4 / 4 . تحديات التمويل :

يشكل تحدي ضعف التمويل معوق رئيسي يحول دون نمو نشاط الصناعات الصغيرة والمتوسطة ويشير بعض الباحثين إلى أن إيجاد فرص تمويل تتناسب مع حجم ونشاط الصناعات الصغيرة والمتوسطة لا تزال تمثل عائقا حقيقيا على نطاق العالم بصفة عامة وعلى نطاق الدول النامية بصفة خاصة، حيث يلاحظ أن ضعف تمويل الصناعات المذكورة يمثل العقبة الرئيسية أمام تنميتها، بل وحتى استمراريتها وترصد الجهات المختصة عن التجارة في بعض الدول الشكوى الرئيسية لبعض أصحاب الصناعات الصغيرة والمتوسطة ويرون أنها تتركز بصورة مستمرة في أن المشكلة الحقيقية تكمن في عدم الحصول على التمويل والدعم والحوافز، وانه إذا ما توفر هذا العنصر، فإن المعوقات يمكن حلها، إما العديد من مؤسسات التمويل الحكومية التي أنشئت في العديد من الدول الخليجية، فترى إن التمويل الذي تم توفيره لهذه الصناعات لم يحقق نتائج ايجابية، بل إن أغلبية هذه الصناعات قد خسرت بسبب ضعف دراسات الجدوى، وسوء الإدارة، وقلة الخبرة، وعدم توفر المبادرات الفردية(2).

4 / 5 . غياب الاطار المؤسسي المستقل الذي يراعي مصالح الصناعات الصغيرة والمتوسطة :

أسفر غياب الإطار التنظيمي أو الكيان المؤسسي الذي تعمل في ظله المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بدول مجلس التعاون متمثلا في التشريعات الخاصة بها، وجهة عليا أو مستقلة مقامة لرعاية مصالحها إلى افتقاد الصناعات الصغيرة والمتوسطة العديد من الركائز الرئيسية المطلوبة لتنمية

(1) Lowson , B , Quick Response for Small and Medium _sized Enterprises _A Feasibility Study (University of Wales , Cardiff / The Ttxile Institute , (2006).

(2) علي همال، أهمية القيادة الابتكارية في تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، السجل العلمي، للمؤتمر السنوي الرابع في الإدارة - القيادة الإبداعية لتطوير وتنمية المؤسسات في الوطن العربي، 2005، ص314.

وتطوير دورها في الاقتصاد الوطني والتي تتمثل أهمها بالآتي (1).

أ. حوافز الاستثمار :

إن حوافز الاستثمار المتاحة في الوقت الراهن في دول مجلس التعاون من إعفاءات جمركية، ومجانبة أو رمزية أسعار أراضي المشروعات، والقروض ذات التكلفة المنخفضة، والمساندات المادية والفنية من الجهات الحكومية تستدعي شروطاً قد لا تتوفر بأغلب هذه المنشآت.

ب. الدعم الفني :

تفتقر الصناعات الصغيرة والمتوسطة الخليجية لمقومات الدعم الفني خصوصاً في مجال حاضنات الأعمال التي تكتسب مهارات ومقومات العمل الخاص سواء لأصحاب هذه الصناعات أو العاملين فيها وتؤهل مستوى الإنتاج لمطابقة المواصفات القياسية العالمية - الأيزو -.

ج. قواعد البيانات والمعلومات :

تتصف قواعد البيانات والمعلومات بشكل عام بالدول النامية ومنها الدول الخليجية بالقصور وعدم توحيد المفاهيم والمعايير التي تقدر على أساسها المتغيرات الاقتصادية، وتزداد درجة القصور عندما يتعلق الأمر بالمنشآت الصناعية الصغيرة والمتوسطة، خصوصاً مع غياب هيئة مركزية تهتم بتجميع هذه البيانات وإعداد قاعدة معلومات تخدم مصالح هذه المنشآت.

وبالتالي فإنه بالرغم من الجهود التي تبذلها العديد من الأجهزة الحكومية والأكاديمية في مجال بحوث المنشآت الصناعية الصغيرة والمتوسطة، غير أنها لم تزل تتسم بالعديد من أوجه القصور. علاوة على أنها لا تعمل وفقاً لتسويق متكامل بهدف الوصول إلى نتائج فعالة بهذا الخصوص.

4 / 6. المعوقات الاستشارية :

وتتمثل المعوقات الاستشارية بالآتي :

(1) المجلس العام للبنوك الإسلامية، تقرير عام عن البنوك الإسلامية 2006، تحليل أداء البنوك الإسلامية الشاملة - حالات تطبيقية على مستوى الخليج العربي ودولة قطر، البحرين، ص 198.

أ - الكثير من المشاريع الصناعية الصغيرة والمتوسطة تفشل في مهدها لافتقار صاحب المشروع للاستشارات الكافية والصحيحة والتي هو عادة يحتاجها للتأكد من صحة الخطوات والقرارات التي يتخذها سواء تلك الخاصة بتأسيس المشروع أو إدارته أو تسويق منتجاته.

ب - الكثير من المشروعات الصناعية الصغيرة بحاجة إلى استشارات فنية وذلك لقلّة خبرتها وعدم تمكنها من الاستعانة بمختصين في المجالات كافة التي تحتاجها.

ج - افتقار صاحب المشروع لبعض البيانات المهمة التي قد تساعده على إنشاء المشروع بالشكل الصحيح وفي الوقت المناسب، المستثمرون بحاجة إلى بيانات عن الأسواق والمنافسين والتصدير. .. الخ، كل ذلك لا يأتي إلا من خلال وجود من يستشيرهم باستمرار.

د - الكثير من المشروعات بحاجة إلى بيانات عن المصادر المناسبة لاستيراد المواد الخام التي يحتاجون إليها، لذا فهم بحاجة إلى استشارة دائمة في هذا المجال.

هـ - من المشاغل التي ربما يتعرض لها العديد من المشروعات هو عدم إلمام صاحب المشروع بفنون التعامل مع الأزمات المالية أو الإدارية، لذا فهو بحاجة إلى من يساعده ويقدم له النصح.

4 / 7. تحديات أخرى :

بالإضافة إلى التحديات الرئيسية التي تواجه المشروعات الصغيرة والمتوسطة في دول مجلس التعاون الخليجي وتوجد هناك تحديات أخرى لا تقل أهمية عن التحديات الرئيسية يمكن إجمالها بالاتي :

أ - ارتفاع كلفة الإنتاج، وذلك لاعتماد اغلب هذه الصناعات على التكنولوجيا الغربية، ومستلزمات الإنتاج المستوردة والتي تأتي أغلبها في إطار فردي وليس جماعي.

ب - غياب التنسيق من حيث الإنتاج والتسويق والتوزيع، وتحسين مستوى الأداء، وعدم توفر قاعدة بيانات ومعلومات دقيقة عن المتغيرات التي

تشهدها الأسواق المحلية والعالمية.

- ج - ممارسة المنافسة غير العادلة، والمتمثلة بالحرب السعرية بين كثير من المنتجين والتجار المستوردين للسلع المماثلة.
- د ضعف الاستفادة من أنظمة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات في كثير من الصناعات الصغيرة والمتوسطة.
- هـ - عدم وجود شركات متخصصة متعددة في تنمية الصناعات الصغيرة والمتوسطة، مثل الشركات القابضة وغيرها.
- و- التوجه الضعيف نحو الاندماج، وعدم المعرفة والدراية التامة باليات وإجراءات وفوائد وكذلك محدودية الدراسات والأبحاث الخاصة به.

نتائج وتوصيات :

1- حقق البحث العلمي في الاقتصاد الإسلامي نموا كبيرا على مدى الثلاثين عاما، وتمثل هذا النمو في عدد من الأبحاث والمؤلفات وتنوعها بلغات عالمية مختلفة، إلا أن البحث العلمي في مجال الفكر الاقتصادي الإسلامي والمرتبط باستحداث منتجات مالية تنفق ومبادئ الإسلام ينقصه الكثير من الأبحاث التي تربط الفكر بالعمل، وأن اتجاهات المصارف الإسلامية لاستخدام صيغ تمويلية محددة بعينها دون أخرى لهو خير دليل على ذلك.

2- وجود بديل إسلامي للقروض الربوية التي تهيمن على مجال المشروعات الصغيرة في منطقتنا العربية، كما أن البنوك الإسلامية تمكنت من تميل تلك المشروعات بالفعل، دون الحصول على الدعم من أي جهة حكومية أو دولية كما هو الحال مع البنوك التقليدية.

3- على المصارف الإسلامية تطوير تعاملها مع قطاع المشروعات الصغيرة وهو ما يستلزم الأخذ بتوصيات أطلقها عدد من الخبراء والعلماء، ومنها : عمل دليل شرعي لتمويل المنشآت الصغيرة، وتحديد معايير لاختيار هذه المنشآت، فضلا عن وجود نظام للمتابعة والمراقبة، وتحديد جهة موثوق بها لإعداد دراسات الجدوى لكافة المنشآت الصغيرة، ووضع تامين تعاوني

إسلامي على عمليات التمويل.

4- امتداد لما يقوم به البنك الإسلامي للتنمية من تمويل لمشروعات بنية أساسية وتنميته للتقنية المرتبطة بالتنمية الاقتصادية في الدول الأعضاء، فيمكن له أن يعمل على تخصيص جانب من التمويل لصالح الصناعات التي تتركز نسبة كبيرة منها في الأقاليم الريفية وفي المدن الصغيرة في معظم الدول الإسلامية.

5- ضرورة تعاون البنوك الإسلامية التي دخلت فعلا في عمليات للصناعات الصغيرة في بلدانها وسجلت نجاحا، وذلك بهدف مساعدتها في توسيع نشاطها المصرفي في هذا المجال، مع إمكانية نقل تجربتها لبنوك أخرى في دول إسلامية أخرى.

6- الإشراف على إنشاء صندوق لتنمية الصناعات الصغيرة في البلدان الإسلامية بتمويل مشترك من حكومات هذه البلدان والبنوك الإسلامية فيها، بالإضافة إلى الشركات والأفراد الراغبين، ويمكن أن يتم التمويل عن طريق إصدار صكوك إسلامية.

7- ضرورة التوعية الإعلامية في الأوساط المالية عن منتجات وأدوات تمويل إسلامية يمكن لها ان تقوم بدور هام في مجال التنمية الاقتصادية، وعقد الاستصناع يعد من أهم الصيغ التمويلية التي تساعد بنجاح على تقدم وتطوير الأعمال في المشروعات الصناعية الصغيرة، ويرجى من هذا التوجه ان يساهم بحجم كبير في دعم القطاع الصناعي في الدولة التي تطبقه.

مراجع البحث :

باللغة العربية :

- (1) أبو بكر بن مسعود بن احمد علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع، ج : 5، دار أهل السنة للطبع والنشر، القاهرة، 1999 م.
- (2) حسين عبد المطلب الاسرج، مستقبل المشروعات الصغيرة مصر، كتاب الأهرام الاقتصادي، العدد 229، القاهرة، أكتوبر 2006.
- (3) سرور هويوم، المشروعات الصغيرة والمتوسطة في التنمية الاقتصادية - تجربة اليونيدو، مجلة التعاون الاقتصادي بين الدول الإسلامية، المجلد (33)، 2006.

- (4) شمس الدين محمد بن احمد أبي بكر السر خسي، المبسوط، ج10، دار المعارف بيروت الطبعة الثانية، (1402هـ).
- (5) الصندوق العربي للإنماء، التقرير الاقتصادي العربي الموحد 2006، أبو ظبي، 2006.
- (6) علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الريان للتراث، القاهرة، 1989 م.
- (7) علي همال، أهمية القيادة الابتكارية في تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، السجل العلمي، للمؤتمر السنوي الرابع في الإدارة - القيادة الإبداعية لتطوير وتنمية المؤسسات في الوطن العربي، 2005، ص314
- (8) كاسب البدران، عقد الاستصناع، دار المنار الإسلامي، القاهرة، 1997.
- (9) كمال الدين ابن الهمام السيوسي، شرح فتح القدير، ج : 7، دار الهدى، القاهرة، 2000.
- (10) المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، تقرير مناخ الاستثمار في الدول العربية لعام 2006، الكويت، يونيو 2006.
- (11) المجلس العام للبنوك الإسلامية، تقرير عام عن البنوك الإسلامية 2006، تحليل أداء البنوك الإسلامية الشاملة - حالات تطبيقية على مستوى الخليج العربي ودولة قطر، البحرين.
- (12) محمد بالتاجي، المصرفية الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، مجلة المال والأعمال، عدد يونيو 2007.
- (13) محمد فتحي صقر، واقع المشروعات الصغيرة والصغيرة والمتوسطة وأهميتها الاقتصادية، ندوة : المشروعات الصغيرة والمتوسطة في الوطن العربي : الإشكاليات وآفاق التنمية القاهرة - جمهورية مصر العربية، 18 - 22 يناير 2005.
- (14) محمد مصطفى الزحيلي، قضاء المظالم في الفقه الإسلامي، دار التراث للطبع والنشر، دمشق 2004.
- (15) نيفين فرج، دور المشروعات الصناعية الصغيرة في التنمية الاقتصادية، رسالة مجستير غير منشورة في الاقتصاد، كلية التجارة، جامعة المنوفية، مصر.
- (16) وهبة الزحيلي، عقد الاستصناع، دار الهداية، دمشق 2000.

باللغة الفرنسية :

- 1) Ayagari Mghana & Thorsten Beck and Demirguc _ Kunt , Small and Medium Enterprises Across The Global : a New Data Base, World Bank Policy Research ,Working Paper 3127, August ,2006 pp23 -
- 2) Lowson , B , Quick Response for Small and Medium _ sized Enterprises _ A Feasibility Study (University of Wales , Cardiff / The Textile Institute ,(2006)
- 3) UNCTAD , The Handbook on FDI by SMEs : Lessons Learnt From Asia ,2006



أساليب وطرق تمويل التنمية

من المنظور الإسلامي

أ. عثمان علام*

إن التمويل الإسلامي لا يقتصر على التمويل الاستثماري فقط، بل يتعدى ذلك ليشمل أشكال متعددة من التمويل، حيث يهتم الإسلام ويبحث أيضاً على ضرورة التعاون والتكافل عن طريق أشكال مختلفة من التمويل العفوي الخيري، الذي لا يعتمد على الربحية المادية فقط بل ينظر إلى الثواب الإلهي كهدف أساسي يصبو إليه كل فرد.

كما يحتل التمويل في النظام الاقتصادي الإسلامي مكانة معتبرة، وذلك بالنظر إلى تعدد مجالاته وتنوعها بما يتيح للأفراد والمؤسسات المفاضلة بين مختلف مجالات التمويل بما يتوافق مع الأهداف المرجوة، وبما أن تامين حاجيات ومطالب الأفراد عملية معقدة وتحتاج أكثر ما تحتاج إلى الموارد المالية والتي لا يستطيع شخص واحد توفيرها، أصبح من اللازم وجود مؤسسات مالية تعمل على استقطاب رؤوس الأموال وتوظيفها في مختلف المجالات الإنمائية.

وبناء على ما سبق فإنه يمكن إيراد أساليب التمويل الإسلامية وفق السياق التالي :

* المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة.

المطلب الأول

التمويل المجاني

ويقصد بالتمويل المجاني كل ما لم يكن له مقابل مادي، وكان على سبيل التطوع أو الامتثال لأمر من الأوامر الشرعية، ويمكن التمييز بين نوعين من التمويل المجاني.

(أ) التمويل المجاني التطوعي :

ويشمل كل ما كان من قبيل البر والإحسان ويندرج ضمن هذا الصنف ما يلي :

1 - صلة الرحم :

نظرا لكون ترابط الأمة وتماسكها يولدان القوة والطمأنينة، جاء الإسلام ليحث علي تفعيل كل مقومات الترابط والتماسك بما في ذلك صلة الرحم لما لها من آثار اجتماعية واقتصادية معتبرة، ونظرا لهذه الأهمية فقد أمر الله المؤمنين بضرورة صلة الرحم، قال تعالى : ﴿ .. وَالَّذِينَ يَصُلُّونَ مَا أَمَّرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ وَيَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ .. ﴾⁽¹⁾، وتبدأ دائرة صلة الرحم بالأهل والأقارب ثم تتسع لتشمل كل فرد مسلم، ثم تتسع أكثر لتضم كل بشر باعتباره إنسان كرمه الخالق ولهذا وجب الاهتمام به والعمل على تلبية حاجياته الأساسية من خلال تعاليم الإسلام السمحاء بما فيها صلة الرحم التي تقتضى :

- الاهتمام بالأهل والأقارب

- رعاية جميع الحقوق الواجبة للعباد.

وعليه فإن كل عملية إنفاق أو تمويل على خلفية صلة الرحم تندرج تحت هذا النوع من أساليب التمويل الإسلامية.

(1) سورة الرعد، الآية (21).

2 - رعاية اليتيم :

حرص الإسلام على الاهتمام بكافة نواحي الحياة وخاصة الاجتماعية منها، لما لها من تأثيرات مختلفة، ومن اجل هذا الغرض حث الإسلام على الاهتمام بفئة اليتامى عن طريق الإحسان إليهم والقيام على شؤونهم وتلبية حاجياتهم والحفاظ على أموالهم والإنفاق عليهم، واعتبر الإسلام القيام بكل ما سبق من باب واجبات المجتمع تجاه تلك الفئة، وهذا من اجل معالجة كافة التأثيرات السلبية النفسية والسلوكية والاجتماعية لفئة اليتامى، كما أن الاهتمام باليتامى ورعايتهم يأخذ عدة أشكال مادية ومعنوية على حد سواء ويمكن إيجاز واجبات المجتمع تجاه فئة اليتامى وفق ما يلي :

- حفظ حقوقهم ورعاية أموالهم، واعتماد الإصلاح في كل المعاملات المالية الخاصة بأموالهم.

قال تعالى : ﴿... إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا... ﴾ (1).

- إكرامهم والاهتمام بهم وتلبية حاجياتهم والإنفاق عليهم واعتبار ذلك من باب الإحسان

قال تعالى : ﴿... قُلْ مَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ خَيْرٍ فَلِلَّوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ... ﴾ (2).

3 - إكرام الجار :

فقد جاءت النصوص الشرعية تحث على حق الجار وعلى ضرورة الاهتمام بمصالحه والقيام بالواجب نحوه، قال تعالى : ﴿... وَعَبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ

(1) سورة النساء، الآية (10)

(2) سورة البقرة، الآية (215)

وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنبِ وَابْنِ السَّبِيلِ .. ﴿١﴾، وهذا لما للقيام بحق الجار من تدعيم لأواصر الترابط والتعاون بين أفراد المجتمع والذي يؤدي بدوره إلى توثيق الصلات الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع بما ينتج عنه تحقيق نوع من الرفاهية الاقتصادية بين أفراد المجتمع نتيجة التعاون بين كل أفراد المجتمع، خصوصا إذا عرفنا أن مفهوم الجار المقصود من الناحية الشرعية يشمل كل فرد من أفراد المجتمع المسلم سواء أكان مسلما أو غير مسلم إذ أن :

- (أ) الجار ذو القربى هو الجار القريب في السكن أو كل مسلم عموما.
 (ب) الجار الجنب هو الجار البعيد أو الغريب ويمتد المعنى ليشمل كل فرد غير مسلم كالنصراني واليهودي(2).

4 - الصدقة :

الصدقة عبارة عن الإنفاق الذي يقوم به المسلم في سبيل الله على وجه التبرع، ما لم يكن من الأوجه المفروضة كالزكاة أو كان إلزاميا كالكفارات التي تدفع إلزاما في حال الوقوع في خطأ من الأخطاء التي حددها الشرع، وتحتل الصدقة مكانة مهمة في السياسة الاقتصادية الإسلامية نظرا لما لها من دور في الحد المشاكل الاقتصادية والاجتماعية على المستويين الفردي والجماعي، وذلك باعتبار أن الدولة قد لا تستطيع مجابهة كل التحديات المفروضة عليها وهنا يأتي دور الأفراد أو ما يصطلح عليه بالقطاع الخاص في المساهمة في التقليل من التحديات عن طريق الصدقة التي تستفيد منها شريحة معتبرة من الأفراد التي تكون بحاجة إلى العديد من الضروريات قال تعالى : ﴿ .. مَثَلُ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنْبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلٍ فِي كُلِّ سَنَابِلٍ مِائَةٌ حَبًّا وَاللَّهُ يُضَاعِفُ لِمَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ .. ﴾(3).

5 - إطعام الطعام :

(1) سورة النساء، الآية (36).

(2) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت، ج5، ص (183).

(3) سورة البقرة، الآية(261).

تعتبر مشكلة الجوع ونقص التغذية من أهم المشاكل التي عانت ولا تزال تعاني منها البشرية، وعلى هذا الأساس لم يهمل الإسلام هذا الجانب حيث جاءت أوامره واضحة علي ضرورة توفير الأساسيات من الطعام لكل أفراد المجتمع وهو بذلك يعالج مشكلتين في آن واحد، فمن جهة معالجة مشكل الجوع ومن جهة أخرى منع أي شكل من أشكال الاحتكار وانتهاز الفرص من الباحثين على منافعهم الشخصية فقط، خصوصاً في وقت الأزمات كما هو الحال في اغلب دول العالم اليوم، وعليه فإن الإسلام يدعو كافة الأفراد لضرورة التحلي بخلق وصفة إطفام الطعام لما لذلك من فوائد تعود علي الفرد والمجتمع بالخير، إذ جعل الخالق من يطعم الطعام من الفائزين في الدنيا، والمكرمين في الآخرة، قال تعالى: ﴿... وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَىٰ حَيْثُ مَسْكِنَتِهِمْ وَأَسِيرًا...﴾ (1) وذلك في وصفه لصفات أهل الجنة، كما جعل من صفات أهل جهنم الخاسرين الذين يسألون عن سبب ورودهم النار ﴿... مَا سَلَكَكُمْ فِي سَقَرٍ...﴾ (2)، فيجيبون ﴿... وَلَمْ نَكُ نُطْعِمِ المسْكِينِ...﴾ (3). وكما هو الحال في اغلب تعاليم الدين الإسلامي فإن الوازع الديني هو المحرك الأساسي لأفراد المجتمع في سبيل تنفيذ التعاليم السمحاء.

(ب) التمويل المجاني الإلزامي :

ويشمل كل ما نص الشرع على جوبه فهو من باب الإلزام ابتداء كالزكاة، وعموم هذا النوع من التمويل يعتبر بمثابة موارد بيت المال في الدولة الإسلامية، ويتمثل هذا النوع من التمويل فيما يلي :

1. الزكاة :

الزكاة هي احد أهم أركان الإسلام إذ بها يكمل الدين، وقد فرضت في السنة الثانية من الهجرة مباشرة بعد تأسيس أركان الدولة الإسلامية على يدي

(1) سورة الإنسان، الآية (8).

(2) سورة المدثر، الآية (42).

(3) سورة المدثر، الآية (44).

رسول الله ﷺ، ولهذا فلا يجوز بأي حال من الأحوال إنكارها، أو التقصير في أدائها لمن وجبت عليه، وهي بالإضافة إلى ما سبق جزءا من النظام المالي الاجتماعي والاقتصادي في الإسلام، ونظرا لأهميتها فقد قرنت مع الصلاة في القرآن في أكثر من ثمانية وعشرون موضع.

والزكاة في اللغة تعني الطهارة والزيادة والنماء وسميت بذلك لأنها تنمي المال، ومنها قول العرب زكا الزرع إذا كثر ريعه.

أما المفهوم العام للزكاة فهو «الزكاة تكليف سنوي، تفرض على مجموعة من القيمة الصافية للثروة، وتتولى الدولة جبايتها وإنفاقها على الأهداف المحددة والمعنية في القرآن الكريم»⁽¹⁾.

(أ) وتجب الزكاة علي كل مال توفرت فيه الشروط التالية (2) :

- 1 - أن يكون المال مملوكا تاما - كله - .
- 2 - أن يكون المال ناميا أو قابلا للنماء.
- 3 - أن يبلغ الحد المقرر للزكاة - النصاب - .
- 4 - أن يكون المال فائضا عن الحاجات الأصلية للإنسان.
- 5 - أن يكون صاحب المال حرا من الدين.
- 6 - حولان الحول في الأموال التي تستدعي ذلك.

(ب) الأموال التي تجب فيها الزكاة :

عموما تجب الزكاة في الأموال التالية :

- 1 - الثروة النقدية بما فيها الذهب والفضة والنقود المعدنية والورقية والأوراق المالية والأسهم، وزكاة هذا النوع عبارة عن نسبة تقدر بربع العشر من القيمة الخاضعة للزكاة.

(1) غسان محمود، منذر تحف، الاقتصاد الإسلامي، دار الفكر، بيروت 2000 م، ص(110).

(2) جمال لعامرة، النظام المالي في الإسلام، دار النبأ، الجزائر 1996 م، ص (15)

- 2 - الثروة الزراعية من كل ما أخرجت الأرض، وتشمل جميع أنواع الزروع كالقمح والسكر والقطن والثمار كالبرتقال والتين والزيتون.
- 3 - الثروة الحيوانية من ابل وتقر وغنم ومعز.
- 4 - عروض التجارة وتشمل كافة الأموال المخصصة للتجارة، وتفرض الزكاة علي راس المال المتداول والربح أيضا.
- 5 - إيراد كسب العمل والمهن الحرة ويتمثل في الأجور والمرتببات والمكافآت، وكذا دخل أصحاب المهن الحرة كالطبيب والمحامي والحلاق ومن علي شاكلتهم⁽¹⁾.

تجدر الإشارة إلي أهمية الزكاة في العملية التنموية باعتبارها أهم مورد مالي للدولة الإسلامية يمكنها من توزيع الثروة والدخل وحسن تخصيص الموارد، بما يتوافق مع الأهداف الاجتماعية للزكاة التي تدعم الأساس المتين لتماسك المجتمع المسلم، خصوصا وأن الشارع قد حدد مصارف الزكاة كما حدد مواردها، وتتمثل هذه المصارف في الأوجه التي حددها القران الكريم في قوله تعالى: ﴿.. إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبِهِمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةٌ مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾⁽²⁾، وبالنظر إلي الشريحة الكبيرة من أفراد المجتمع التي لها سهم من أسهم الزكاة أصبح من الواضح الأهمية الكبيرة والدور الأساسي الذي تلعبه الزكاة في تحقيق عملية التنمية والحد من المشاكل الاجتماعية والاقتصادية الكثيرة، حيث تعمل الزكاة علي توزيع الدخل بين أفراد المجتمع المسلم في الأمد القصير كما تعمل على توزيع الثروة في الأمد البعيد⁽³⁾.

(1) يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، مؤسسة الرسالة 1977، ط 3، ص (487).

(2) سورة التوبة، الآية (60)

(3) جمال لعامرة، مرجع سابق، ص (18)

2. الفيء والغنائم :

(أ) الفيء :

هو كل ما ناله المسلمون من الكفار عفواً من غير حرب أو بعد أن تضع الحرب أوزارها، ويشمل كل الأموال المنقولة كالنقود والذهب والسلاح. . . ، وغير المنقولة كالأراضي والمباني، والفيء أوجبته القران الكريم وحدد مصارفه في قوله تعالى : ﴿... مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ...﴾ (1)، والمعروف عند فقهاء الإسلام أن الفيء له خمسة أسهم، سهم بمقدار الخمس وجوباً ويكون لفائدة لذوي القربى والمساكين واليتامى وابن السبيل أي الغريب عن البلد، أما الأربعة أخماس فإن الفكر المالي الإسلامي يجعلها وفق ما يخدم السياسة التنموية الشاملة عن طريق :

- 1 - تخصيص جزء لفائدة القوات المسلحة للدولة الإسلامية، تصرف كرواتب وأجور أو مكافآت.
- 2 - يجعل جزء آخر لفائدة المصالح العامة للمسلمين، كتجهيز الجيش ونفقات البحوث الإستراتيجية وتمويل خدمات الضمان الاجتماعي للأفراد (2).

(ب) الغنيمة :

هي الثروات والأموال التي يكسبها المسلمون من الأعداء بالحرب، وقد حدد القران الكريم مصارف الغنيمة في قوله : ﴿... وَعَلِمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ...﴾ (3)، والملاحظ أن مصارف الغنيمة هي نفسها أوجه مصارف الفيء والتي سبق تبيانها، غير أن الأربعة أخماس في الغنيمة تكون موجهة بشكل جلي

(1) سورة الحشر، الآية (7).

(2) جمال لعمارة، مرجع سابق، ص (40)

(3) سورة الأنفال، الآية (41).

للمقاتلين وخدمهم.

3- المعادن والركاز والكنز :

الركاز حسب الفقهاء هو المال المدفون أو المخبئ وكان من سكة الجاهلية أي من قبل الإسلام، والكنز هو المال المدفون أو المخبئ وكانت سكته الإسلام، أما المعدن فهو ما يستخرج من معادن مختلفة كالذهب والفضة والرصاص أو نحاساً أو غير ذلك، وكل ما سبق ذكره وجب دفع خمسه لبيت مال الدولة الإسلامية تذهب لفائدة المشروعات العامة المدعمة لعملية التنمية الشاملة، والتي تستفيد منها شريحة كبرى من أفراد المجتمع كالمشاريع القاعدية والخدمات الصحية، مع الإشارة أن بعض الفقهاء يذهب إلى وجوب دفع الزكاة فيما سبق (1).

4- زكاة الفطر :

زكاة الفطر ترتبط بأمرين أساسيين :

أ - الفطر حيث لا تجب إلا بالفطر في رمضان.

ب - هي صدقة عن النفس والبدن كما كانت الزكاة صدقة عن المال.

وزكاة الفطر واجبة فقد روى عن ابن عمر أن الرسول ﷺ فرض زكاة الفطر من رمضان علي الناس صاعاً من تمر أو شعير (2)، وهي واجبة علي كل مسلم ذكر وأثنى حر أو عبد، وبهذا فزكاة الفطر من مصادر التمويل الإسلامي والتي تظهر أهميتها فيما يلي :

- تنوع وتعدد الأصناف التي تخرج منها الزكاة من زبيب وقمح وتين وشعير، والقاعدة الفقهية هي أنها تخرج من اغلب قوت البلد كالأرز والذرة في بعض بلاد المسلمين، وهي بذلك تسد حاجة الجائعين.

- شمولها لأهل الحضر والبادية ولكل مسلم ذكر أو أثنى، صغير أو

(1) السر طاوي فؤاد، التمويل الإسلامي ودور القطاع الخاص، دار المسيرة للنشر، عمان، 1999 الأردن، ص (154).

(2) نفس المرجع، ص (144).

كبير، حر أو عبد.

وهذا ما يجعلها تسد حاجة الفقراء بقدر كافي وبحاجات متنوعة نظرا لتنوع حاجات الفقراء، كما أن زكاة الفطر تعود بالخير على كل أفراد المجتمع بطريق غير مباشر ففي وقت إخراجها يكثر الطلب على السلع التي تخرج منها زكاة الفطر وبالتالي تنشط حركة الأسواق بما يعود على الأفراد والاقتصاد الوطني بالخير.

المطلب الثاني

عقود التبرع

ونعني بهذا بعض العقود ذات الصيغة التمويلية، وتتمثل في الغالب في عقود التبرع والارتفاق التي أجازها الشرع، لما تحققت من مصلحة اجتماعية عن طريق تفريغ الكرب وإعانة المسلم لإخوانه، وهذا النوع من صيغ التمويل يندرج تحت ما نصت عليه الآية القرآنية في قوله تعالى: ﴿...وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ...﴾⁽¹⁾، كما يوضح هذا النوع من التمويل أهمية القيم الإسلامية في تحفيز التعاون والترابط والتكافل البعيد عن المنافع المادية الدنيوية والتي ترتبط أساسا بالثواب الإلهي، كما يعكس هذا النوع من صيغ التمويل الصورة الايجابية للنظام الاقتصادي الإسلامي الذي يساهم فيه كل الأفراد في تحقيق عملية التنمية ومعالجة الكثير من المشاكل ذات الطابع الاجتماعي والاقتصادي، وسنذكر فيما يلي أهم هذه العقود.

1. الوقف :

الوقف في اللغة المنع والحبس، أما المعنى الاصطلاحي فهو عند الإمام أبو حنيفة حبس العين على ملك الله تعالى : فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى خاصة على وجه تعود منفعتة إلي العباد⁽²⁾، وعموم معناه أن

(1) سورة المائدة، الآية (2)

(2) فؤاد السرطاوي، مرجع سابق، ص(187).

يتم حبس الممتلكات والتصدق بها لجهة ما، وينقسم الوقف لقسمين :
 (أ) - أوقاف أهلية، تذهب لفائدة أهل وأبناء الواقف لتوفر لهم مستوى معين من المعيشة، وتكون بمثابة حماية لهم لما قد يحصل لهم من أزمات مادية ونحو ذلك.

(ب) - أوقاف على وجه الخير، توقف لفائدة جهة خيرية كالمساجد والمشافي أو عمل من أعمال البر كنشر العلم وتحفيظ القرآن أو نحوه.
 وقد ذهب أكثر علماء الأمة علي جواز الوقف واعتباره عملاً مستحباً، ويحسن بنا الإشارة إلي النقاط التالية :

. انعقاد الوقف :

وهي الصيغة التي يصح بها الوقف، لأن الصيغة هي الركن الوحيد في الوقف، وأول مراحل الصيغة هي الإيجاب، وتكون الصيغة بأحد الألفاظ الصريحة (وقفت، حبست، سبلت).

. ما يجوز وقفه :

اتفق الفقهاء على جواز وقف العقار من أراضي ومباني واختلفوا في غيره، غير أن جمع كبير من الفقهاء يذهب إلي جواز وقف المنقولات من سلاح وأثاث وغرس ونحوه، وقد ذهب الإمام مالك إلي جواز وقف الحيوان⁽¹⁾.

وقد لعب الوقف الإسلامي دوراً هاماً في التاريخ، فقد كانت أموال الوقف تمول كل النشاطات العلمية بما فيها الإنفاق على طلبة العلم، كما كان هناك وقف لفائدة المرضى وأصحاب العاهات والمعاقين وغير ذلك، وبالنظر لكون النفقات المتعلقة بالشرائح السابقة تكلف كثيراً ميزانيات الدول في الوقت الحاضر، فإن الاهتمام بالوقف قد يساعد على معالجة عدة مشاكل اجتماعية واقتصادية، ويسمح بتخصيص موارد الدولة لفائدة مشاريع التنمية الأخرى، وقد لوحظ في الآونة الأخيرة اهتمام دول إسلامية بالوقف لما له من

(1) نفس المرجع ص (193).

أثار ايجابية على المجتمع.

2- الوصية :

الوصية اصطلاحاً هي هبة الرجل ماله لرجل آخر بعد موته، أو هي تمليك مضاف إلي ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء أكان الموصى به عينا أو منفعة⁽¹⁾، والوصية مشروعة بقوله تعالى: ﴿...مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينٍ...﴾⁽²⁾، وهي من قبيل أعمال البر وليست واجبة، وللوصية أهمية كبيرة فمن جهة هي بمثابة باب من أبواب الخير للموصي، وهي من جهة أخرى ذات أثار ايجابية على الأفراد والمجتمع من حيث:

- المساهمة في المشاريع الخيرية التي تعود بالفائدة على المجتمع.

- دفع الفقر وسد الحاجة عن الأقارب غير الوارثين خصوصاً والمسلمين عموماً.

- تساهم بطريق غير مباشر في مشاركة القطاع الخاص في تحمل أعباء الإنفاق العام بجانب الدولة.

مقارها :

اتفق العلماء انه لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث، فقد جاء في الحديث عَنْ سَعْدِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَبْعُدُنِي وَأَنَا مَرِيضٌ بِمَكَّةَ فَقُلْتُ: لِي مَالٌ، أَوْصِي بِمَالِي كُلِّهِ؟ قَالَ: «لَا» قلت: فَالْشُّطْرُ؟ قَالَ «لَا» قلت: فَالْثُلُثُ؟ قَالَ: «الْثُلُثُ وَالْثُلُثُ كَثِيرٌ»⁽³⁾.

شروط الموصي :

الوصية تجوز من كل بالغ عاقل مالك لما أوصى به، وقد أجاز العلماء وصية الكافر.

(1) نفس المرجع، ص(180).

(2) سورة النساء، الآية (11).

(3) صحيح البخاري، كتاب النفقات، حديث رقم 4935، الكتب التسعة، برنامج صخر للحديث الشريف.

ما تجوز فيه الوصية :

كل ما جاز الانتفاع به من مال أو منافع فالوصية به جائزة.

3- القرض :

القرض في اللغة القطع لما فيه من قطع لجزء من المال وتقديمه للمقترض على أن يرد مثله أو يرد قيمته.

أما اصطلاحاً فيعرفه الإمام ابن تيمية في مجمع الفتاوى بأنه «القرض تبرع من جنس العارية، فالمال إذا دفع لمن يستوفي منفعته مدة ثم يعيده إلي صاحبه، كان هذا تبرعاً من صاحبه بنفع تلك المدة»⁽¹⁾، مما سبق يمكن القول أن القرض هو دفع مال للغير بغرض الانتفاع به على أن يرده بعد ذلك والحافز وراء هذا الفعل هو مرضاة الله تعالى وابتغاء لثوابه.

. دليل مشروعيته وحكمه :

القرض معاملة جائزة شرعاً لما فيها من تيسير على أحوال الناس وتفريجاً لكبريهم، وقد جاء في الأثر عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «مَا مِنْ مُسْلِمٍ يُقْرِضُ مُسْلِمًا قَرْضًا مَرَّتَيْنِ إِلَّا كَانَ كَصَدَقَتِهَا»⁽²⁾، أما حكمه فقد اجمع المسلمون على جوازه وهو مباح للمقترض ومندوب للمقرض.

. عقد القرض :

القرض عقد إرفاق، وهو من أسباب نقل الملكية إذا قبض، ويلتقي في أوجه محددة مع عقود الصرف والسلم والعارية.

فإذا كان القرض نقداً فهو يشبه الصرف في الصفة النقدية باعتبار كل منهما مبادلة نقد بنقد، ويخالفه من حيث أن الصرف مرتبط بالنقد فقط والقرض قد يقع في غير النقد.

ويلتقي مع العارية في كونهما انتفاع بدون عوض، وإن كانت العارية لا

(1) ابن تيمية، مجموع الفتاوى الكبرى، المطبعة السلفية، القاهرة 1387 هـ ج 29، ص (473).

(2) سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، حديث رقم 2421، الكتب التسعة، برنامج صخر للحديث الشريف.

تستهلك في ذاتها بينما القرض يستهلك في ذاته.
ويلتقي القرض مع السلم علي اعتبار أن كليهما يقوم على الدفع العاجل مقابل الحصول على شيء أجل، غير أن القرض عقد إرفاق ويتم رده بالمثل والسلم عقد بيع حسب ما تم الاتفاق عليه.

ما يجوز قرضه :

يصح القرض في كل مال صح فيه البيع والسلم
وللقرض عدة شروط يجب مراعاتها وهي كالتالي :
- لا يجوز شرط الزيادة على أصل القرض، ولأن الزيادة من قبيل الربا المحرم مطلقاً، ولأن القرض عقد إرفاق وتيسير.
- لا يجوز اشتراط عقد آخر مع القرض، كأن يطلب المقرض من المستقرض شراء بضائع أو نحوها مقابل منحه قرضاً.
والملاحظ في الأخير أن عقد القرض يعود بالفائدة على المجتمع من حيث انه يرفع العسر عن الكثير من الأفراد ويمكنهم من تلبية حاجتهم الضرورية، كما يسمح من جهة أخرى بتداول ايجابي للنقود مما يدعم الطلب الاستهلاكي الذي يسمح بدوره بتحفيز الاستثمار وهذه كله يعود بالفائدة على اقتصاد الدولة.

4. العارية :

العارية في اللغة مشتقة من التداول أو تدل عن خروج الشيء عن يد صاحبه.

أما المعني الاصطلاحي لها فهي تعني كما يعرفها الأحناف (1) تمليك المنافع بغير عوض، وهي مشروعة علي اعتبارها من أبواب البر والتعاون، عن أبي أمامة قال سمعت النبي ﷺ يقول في الخطبة عام حجة الوداع :

(1) الأحناف أتباع مذهب الإمام أبو حنيفة، انظر التمويل الإسلامي ودور القطاع الخاص لفؤاد السر طاوي، ص(177).

«الْعَارِيَةُ مُؤَدَّةٌ وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ وَالذَّيْنُ مَقْضِيٌّ..» (1)، كما اجتمع المسلمون على جوازها واستحبوها، ولهذا فحكمها شرعا هو النذب الذي يثاب فاعله.

- أركان العارية :

العارية عقد اركانه ثلاثة :

- ا - المعير وهو المالك العاقل البالغ.
 - ب - المستعير وهو الذي يقع لصالحه عقد العارية، ويجب أن يكون بالغا وعاقلا.
 - ج - المعار وهو كل ما ينتفع به منفعة مباحة كالعقارات والدواب والحلي..
 - د - الصيغة وهي الإيجاب والقبول، وهي صحيحة بالألفاظ الصريحة (كأعرتك) أو بالكناية أو حتى بمجرد الفعل.
- والذي يهمننا في العارية أهميتها الاجتماعية من حيث أنها تمكن كباقي عقود الارتفاق من معالجة الكثير من المشاكل الاجتماعية كأزمة السكن مثلا، حيث أننا نجد من يملك أكثر من مسكن ويقوم بإعطائها على سبيل العارية لأحد أقاربه أو معارفه، والأمثلة على هذا عديدة وهذا ما يسمح بدوره للقطاع الخاص المساهمة في تحمل تبعات التنمية إلى جانب القطاع العام.

المطلب الثالث :

التمويل الاستثماري

وهو يعبر عن أساليب التمويل التي يكون الغرض منها هو الحصول على ربح والعمل على تنمية المال وفقا للضوابط الشرعية، وذلك بإتباع الأساليب المشروعة في التعاملات المالية البعيدة عن الربا والتي تعتبر أساس التعاملات المالية الدولية، وعليه فإن أساليب التمويل الإسلامي تمثل البديل

(1) سنن الترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله، حديث رقم 1186، الكتب التسعة، برنامج صخر للحديث الشريف.

العملي لمختلف التعاملات الربوية، يتم من خلالها تنشيط حركة الأموال بما يتماشى مع المقاصد العليا للشريعة الإسلامية وبما يسمح بتحقيق تنمية شاملة تستجيب لكل متطلبات المجتمع الاقتصادية والاجتماعية، وقد ثبت نجاعة الأساليب الإسلامية في التمويل الاستثماري خصوصا بعد النجاح الذي حققته البنوك الإسلامية منذ عقد الستينات الذي عرف بداية استخدام الأساليب الإسلامية في التمويل من قبل بعض البنوك التقليدية في مصر، مما شجع علي إنشاء البنوك الإسلامية التي انتشرت لتشمل اغلب الدول الإسلامية - ولو بدرجات متفاوتة من حيث حجم النشاطات - وقد تمكنت البنوك الإسلامية من تطوير بعض أساليب التمويل لمواجهة الطلبات المالية للعملاء من جهة وتحقيق عائد ملائم من جهة أخرى، ويمكن عرض أساليب التمويل الإسلامي وفق ما يلي :

(أ) - أساليب التمويل القائمة على الفصل بين ملكية المال وإدارته :

تتميز هذه الأساليب بكونها تفصل بين من ملكية المال واستثماره، ذلك أن الشخص الذي يتخذ القرارات الاستثمارية ليس هو مالك المال المستثمر، ويتضمن هذا النوع من الأساليب ما يلي :

1- المضاربة :

(أ) - تعريفها :

لغة :

المضاربة هي تسمية أهل العراق وتعني في اللغة الضرب في الأرض ويعني السفر فيها للتجارة ومنها قوله تعالى : ﴿... وَأَخْرُوجُ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ...﴾⁽¹⁾ ويسمى أهل الحجاز بالقراض - بكسر القاف - وهو مشتق من القطع لأن صاحب المال يقطع جزءا من ماله ويمنحه للمضارب.

(1) سورة المزمل، الآية (20)

أما اصطلاحاً :

فهناك من يري أن المضاربة « عقد بين طرفين يقدم بموجبه احديهما مالا للأخر - العامل أو المضارب - الذي يقوم ببعض أعمال التجارة على أن يتشاركا في الأرباح بنسب معلومة في حال الربح، أما الخسارة فيتحملها صاحب المال ما لم تكن ناتجة عن تقصير المضارب وإهماله»⁽¹⁾، وهناك من يقول بتوسعة عقد المضاربة ليستوعب الكثير من المعاملات ويعتبرها عقد على الشركة بمال من احد الطرفين والعمل من الطرف الأخر⁽²⁾، وقد جاء في الأثر إشارة إلى الترغيب في استخدام عقد المضاربة لما فيها من انتفاع الناس ببعضهم بعضاً، عَنِ صَالِحِ بْنِ صَهْبِ عَنِ أَبِيهِ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: « ثَلَاثٌ فِيهِنَّ الْبُرْكََةُ الْبَيْعُ إِلَى أَجَلٍ الْمَقَارَضَةُ وَأَخْلَاطُ الْبُرِّ بِالشُّعَيْرِ لِلْبَيْتِ لَا لِلْبَيْعِ...»⁽³⁾.

(ب) - أركان المضاربة :

اختلف العلماء في أركان المضاربة وذلك بالنظر لاختلافهم حول المجالات التي تشملها المضاربة كما سبق الإشارة إلي ذلك، ومع ذلك فقد استنتج الكثير من الفقهاء الأركان الأساسية للمضاربة والتي تكون علي النحو التالي :

1 - رأس المال :

ويتمثل رأس مال المضاربة عموماً في الشكل النقدي المعبر عنه فقهيًا بالنقدين (الذهب والفضة) وهو ما نعبر عنه حالياً بالأموال السائلة، غير أن بعض الفقهاء أجاز المضاربة بالعروض كالشافعية، وقد استند الفقهاء الذين لا يجيزون المضاربة إلا في الأموال السائلة إلي النقاط التالية :

- (1) محمد باقر الصدر، مرجع سابق ص(570)، ويميل لهذا التعريف المالكية الذين يمنعون المضاربة بالعروض والمكيلات وغيرها.
- (2) السرطاوي فؤاد، مرجع سابق ص(217)، وهذا التعريف ما يذهب إليه الأحناف والحنابلة والظاهرية.
- (3) سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، حديث رقم 2280، الكتب التسعة، برنامج صخر للحديث الشريف.

- من العروض ما لا مثل لها وهذا ما يحول دون القدرة على إرجاع رأس المال لصاحبه.

- المضاربة بالعروض تقوم بأعيانها أو قيمتها أو أثمانها، وبما أن القيمة قد تزيد أو تنقص وحتى الأسعار لا يمكن الجزم ببقائها ثابتة، وكل هذا من دواعي التنازع بين المضارب وصاحب رأس المال لوجود احتمال عدم القدرة على إرجاع رأس المال لصاحبه بنفس قيمته.

2 - العمل :

وهنا يجب التمييز بين المضاربة كعمل من جهة وبين المضارب كعامل من جهة أخرى، وسنتناول هذين العنصرين وفقا لما يلي :

أ. عمل المضاربة :

ونشير هنا إلى نوعين من المضاربة :

- **المضاربة المقيدة** (القراض الخاص) : وهي التي يقيد فيها صاحب المال المضارب بنوع العمل ومكانه والمدة التي تتم خلالها المضاربة.

- **المضاربة المطلقة** (القراض العام) : هي المضاربة التي تخلو من الشروط السابقة، وفي هذه الحال تترك الحرية للمضارب في ممارسة عمله.

ب. العامل (المضارب) :

المضارب يجب أن يكون أميناً في مال وعمل المضاربة لأنه غير ضامن في خسارة تقع ما لم تنتج عن خيائته أو إهماله وتقصيره.

3 - الربح أو الخسارة :

الربح في الإسلام يستحق بالمال أو العمل أو الضمان، والمضاربة عقد بين رب المال وصاحب العامل علي الناتج منها وفق ما اتفقا عليه من نسبة توزيع الربح بينهما، أما الخسارة إن وقعت تحملها صاحب المال ما لم يكن ناتج عن تقصير وإهمال صاحب العمل كما سبق الإشارة لذلك، كما لا يجوز للمضارب اخذ نصيبه من الربح إلا بحضور صاحب المال، كما انه

يجب خصم كل المصاريف المباشرة وغير المباشرة المتعلقة بعمل المضاربة وذلك قبل توزيع الربح بين طرفي المضاربة.

من الناحية العملية نلاحظ أن ودائع البنوك الإسلامية تقوم أساساً على المشاركة في الربح، حيث يقدم المودعون - المضاربون - المال للبنك الإسلامي الذي يقوم بإدارة واستثمار المال، كما أنه يمكن استخدام المضاربة في ميادين استثمارية عديدة بإدخال أحد الشروط التالية :

- يمكن للمضارب أن يتعامل مع أكثر من صاحب مال واحد، مما يسمح بتوسيع رأس مال المضاربة بما يمكنه القيام بمشاريع ضخمة.

- يمكن لصاحب المال أن يأذن للمضارب بدفع المال مضاربة لطرف آخر وهذا ما يصطلح عليه بالمضاربة المزدوجة، ويعتبر هذا الشرط الأساس الذي قامت عليه البنوك الإسلامية⁽¹⁾ وهو ما يسمح بالوساطة المالية.

كما أن تحمل صاحب المال للخسارة إذا وقعت قد تم العمل على تأمينها أكثر من خلال العنصرين التاليين :

1 - قيام المضارب بتنويع عملياته الاستثمارية، بما يتيح له التقليل من احتمالات الخسارة خصوصاً إذا استخدم المضارب أموال عدة أطراف في المضاربة مما يمكن من تحميل الخسارة إن وجدت على عدة أطراف.

2 - تستخدم البنوك الإسلامية ما يسمى بمبدأ احتياطي الاستثمار، الذي يقوم على أساس اتفاق البنك الإسلامي مع المودعين على تخصيص نسبة من ربح المضاربة تودع في صندوق خاص بغرض إطفاء الخسائر إن وقعت من هذا الصندوق.

- يمكن للمضارب المضاربة بماله مع مال غيره.

وتعتبر المضاربة من أكثر الأساليب الإسلامية استخداماً في مجالات الاستثمار المصرفي، باعتبارها نوع من الشركات التمويلية القائمة على

(1) منذر قحف، « تمويل التنمية في الاقتصاد الإسلامي »، التنمية من المنظور الإسلامي، ج 2 سنة 1944، ص (834 - 789).

العلاقة التعاونية والتي تهدف إلى تحقيق الربح من خلال نماء المال، وعلى هذا الأساس فقد تم توسيع مفهوم المضاربة لتتلاءم مع التطورات الاقتصادية المعاصرة، فيمكن أن يتعدد أصحاب المال وكذلك يمكن أن يكون المضارب واحد أو أكثر، وهذا ما يتوافق مع العلاقة الموجودة بين أصحاب الودائع باعتبارهم أرباب المال والبنك الإسلامي باعتباره المضارب وبهذا تكون العلاقة ثنائية بين المودعين والبنك الإسلامي عكس ما هو الحال في البنوك الربوية حيث البنك وسيط بين المودعين والمقترضين، كما يمكن للبنك الإسلامي مضاربة غيره بمال المضاربة بشرط اشتغال العقد الأولي للمضاربة علي الإذن بذلك، كما يمكن أن يدخل البنك مع المتعاملون بصفته صاحب المال، ففي إيران مثلا تقوم البنوك الإسلامية بتقديم المتطلبات المالية للمشروع ويقدم أصحاب المشروع - المضارب - العمل والخبرة، وتعتبر البنوك الإيرانية المضاربة مشاركة تجارية قصيرة الأجل (1).

2 - المساقاة :

عبارة عن اتفاق بين طرفين احدهما يملك أشجارا وأغصانا (كالنخل والعناب. ..) والأخر يقوم بفضل عمله بسقيها والاعتناء بها حتى تؤتي ثمارها، ويستحق العامل بعد هذا مشاركة المالك في الثمار بنسب متفق عليها، الملاحظ أن إدارة المشروع تقع علي عاتق العامل المطالب بالعمل علي سقي الأشجار ورشها بالمبيدات وتسميد الأرض. . .، على أن يتحمل المالك شراء الأسمدة والمبيدات إذا تطلب ذلك، غير أن الإدارة والمتابعة تقع على عاتق العامل.

التمويل في حال المساقاة يختلف تماما عن المفهوم الغربي للتمويل الذي يعني تقديم رؤوس الأموال لمن يستثمرها، وإنما هو عبارة عن تقديم أصول لمن يستخرج منافعتها، والمطلع على الأعراف السائدة في أرياف الدول الإسلامية يلاحظ مدى شيوع تعامل الناس بهذا الأسلوب من التمويل،

(1) أوصاف احمد، « الممارسات المعاصرة لأساليب التمويل الإسلامية»، دراسات اقتصادية إسلامية، العدد 2 جوان 1994، ص(27 - 62).

أما البنوك الإسلامية فيمكنها استخدام هذا الأسلوب التمويلي في حال امتلاكها للبساتين والواحات.

3 - المزارعة :

وتعنى المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها⁽¹⁾، أي تقديم الأرض الزراعية لمن يعمل عليها مقابل المشاركة في غلة الأرض بنسب متفق عليها بين المزارع وصاحب الأرض، ويمكن أن تأخذ المزارعة الأشكال التالية :

- أن يقدم الطرف الأول الأرض بينما يقدم الطرف الثاني (المزارع) العمل والبذر وآلات الزراعة.

- أن يقدم صاحب الأرض البذر وآلات الزراعة بينما يكتفي المزارع بالعمل.

- أن يقدم صاحب الأرض البذر ويقدم المزارع العمل وآلات الزراعة.

والملاحظ ان تتضمن المزارعة كما المساقاة بعض الضمانات التي يجعلها بعيدة كل البعد عن الممارسات الربوية كان تسلم الأرض للمزارع صالحة للزراعة وضرورة تحديد واجبات وحقوق كل طرف درءا لكل منازعة قد تقع

4 - تقديم رأس المال العيني المتداول والأصول الثابتة :

وهي تقديم رأس المال العيني (كالقماش والثياب والسلع المتداولة...) من قبل المالك للعامل الذي يتصرف فيها ببيعها كما هي أو بعد أن يدخل عليها تغيرات وهذا مقابل نسب محددة من قيمة الأصل العيني كان يكون للعامل بعد أن يتصرف في الأصل الثلث أو السدس. . .، وتختلف هذه الصيغة عن المساقاة والمزارعة في كون العامل لا يتصرف بمنافع الأصل فقط وإنما يتصرف ويدير الأصل أيضا، وينبغي الإشارة لكون هذه الصيغة تنطوي علي مخاطر كثيرة تتمثل في صعوبة التنبؤ بالأسعار مما لا يمكن من تحديد الربح المتوقع، وهذا ما يفسر ندرة استخدام هذا الأسلوب من قبل

(1) فؤاد السرطاوي، مرجع سابق ص(259).

المصارف، لكنه يبقى متداولاً بين شريحة معتبرة من المسلمين. أما تقديم الأصول الثابتة فالمقصود به تقديم أصل ثابت (كالألة والسيارة. ..) من قبل مالكة للشريك العامل، على أن يتقاسم العائد بنسب متفق عليها، والملاحظ هو ندرة استخدام هذا الأسلوب التمويلي بسبب إجازته من قبل عدد قليل من الفقهاء⁽¹⁾، ويختلف هذا الأسلوب عن الإجارة التي يكون فيها الأجر محدد سلفاً (سنتناول الإجارة لاحقاً بالتفصيل) كما يختلف عن المضاربة لكون المضاربة تقتضي التجارة والتصرف برأس المال.

(ب) الأساليب التمويلية القائمة على فقه الإجارة والجمالة :

هذه الأساليب في العموم تنوب عن أساليب التمويل النقدي التي يكون الغرض منها هو التمكن من شراء آلة أو عقار أو سلع ومواد مختلفة وفي حال ما تعذر الحصول على موارد تمويلية سائلة فإن الفقه الإسلامي فيه فسحة كبيرة على اعتبار أنه يوفر أساليب بديلة عن التمويل النقدي وتمثل هذه الأساليب البدي أساساً في :

1. الإجارة (التأجير) :

الإجارة هي عقد علي تملك منافع أصل من الأصول (آلة صناعية أو زراعية، عقار، سيارة. ..) بعوض، وتبيح الشريعة الإسلامية تأجير الأصول التي يستفيد منها المستأجر مقابل دفع قدر من الإيجار يتفق عليه بين المؤجر والمستأجر، ويعتبر التأجير من بين الأساليب التمويلية التي تتعامل بها الكثير من البنوك الإسلامية كالبنك الإسلامي للتنمية وبنك البركة وبنك فيصل الإسلامي والبنوك التجارية في باكستان، ونشير هنا لكون البنك المركزي الباكستاني اعتمد التأجير كأحد أساليب التمويل بدون فائدة منذ سنة 1982 والمستفيد الرئيسي هو القطاع الزراعي الذي يستفيد من كافة الآلات والآبار الأنبوبية ومحطات الطاقة الشمسية في شكل تمويل إيجاري⁽²⁾.

(1) منذر قحف، تمويل التنمية في الاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق.

(2) أوصاف احمد، مرجع سابق، ص(45)

(أ) - مراحل التأجير :

يمر عقد التأجير بالمراحل التالية :

يقوم البنك بشراء الأصل (قد يتم الشراء وفق مواصفات يقدمها العميل).

- يقوم البنك بتأجير الأصل للعميل وفق مدة محددة يتفق عليها (وذلك حسب طبيعة الأصل أو العقار) وخلال فترة التأجير يبقي الأصل ملكا للبنك، كما قد يتضمن عقد التأجير فترة سماح وذلك بغرض التيسير علي المستأجر، ويتم إعداد جدول دفع الإيجار بين البنك والمستأجر وفقا لحجم مبلغ التمويل، وتؤكد وجهة النظر الإسلامية على أن مسؤولية صيانة الأصل خلال فترة التأجير تقع على المؤجر - البنك - باعتبار أن المنفعة الإيجازية مرتبطة بمسؤولية الصيانة⁽¹⁾.

عند انتهاء فترة التأجير يعود الأصل أو العقار لمالكه - البنك -

ويمكن أن يشترك البنك الإسلامي مع المستثمرين في عملية الإجارة ويتم تقاسم الدخل الإيجاري وفق نسب متفق عليها حسب حصة كل طرف عند شراء الأصل، كما يمكن للبنك الإسلامي شراء نصيب أي مشارك طبقا للعقد المتفق عليه.

(ب) - شروط الإيجار :

يجب أن يحتوي عقد التأجير على العناصر التالية :

- أن يكون العقد واضحا، ويتم قبوله من الطرفين (الإيجاب والقبول من قبل البنك والمستأجر)

- يجب أن يوضح العقد حقوق وواجبات الطرفين بشكل واضح.

- يجب أن تكون مدة التأجير لفترة محددة ومقابل مبلغ محدد، ويرجع الأصل للمصرف بعد انتهاء مدة العقد.

(1) فؤاد السرطاوي، مرجع سابق، ص(221)

2. الإجارة المنتهية بالتمليك :

وتسمى أيضا « إجارة واقتناء » وتعني قيام المصرف بشراء أصل من الأصول بغرض تأجيله للعميل مقابل أقساط إيجارية متفق عليها في العقد، على أن تنتقل ملكية الأصل للعميل بعد انتهاء مدة الإيجار إما عن طريق الهبة أو عن طريق البيع مقابل مبلغ يراعي فيه مدة الاستخدام - مقابل قيمة متبقية، وهناك طريقتان تتعامل بهما البنوك الإسلامية فيما يتعلق بالإجارة المنتهية بالتمليك :

(أ) - يؤجر البنك الأصل للمستأجر مقابل أقساط إيجارية متفق عليها، وبعد انتهاء مدة الإيجار تنتقل ملكية الأصل للمستأجر أما عن طريق الهبة أو بشراء الأصل بقيمة متبقية من البنك، وهذه الطريقة يتعامل بها بنك البركة وبنوك ماليزيا الإسلامية.

(ب) - يتفق الطرفان على أن تتضمن الأقساط المدفوعة بانتظام جزء من قيمة الإيجار ونسبة محددة من الأرباح، على أن تنتقل ملكية الأصل إلى المستأجر بعد انتهاء فترة الإيجار، وتأخذ هذه الطريقة شكل البيع بالتقسيط وهذا ما تتعامل به البنوك الباكستانية .

3. الجعالة :

الجعالة ما جعله له على عمله ومنها تجاعلوا الشيء أي جعلوه بينهم، وهي من أساليب التمويل الإسلامي، إذ أنها عبارة عن عقد على إنجاز عمل معين مقابل مبلغ محدد، وقد عرفها الشافعية بكونها « التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول. . . » وهذا ما يعني في الأدبيات الاقتصادية المعاصرة عملية أو صفقة مقابل عمولة، وهي من العقود التي أجازها جمهور الفقهاء - ماعدا الأحناف - بالنظر لعدة نصوص شرعية ومنها قوله تعالى: ﴿... قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنُوبَهُ زَعِيمٌ...﴾ (1).

ويمكن استخدام هذا العقد في عدة مجالات اقتصادية ذات أهمية

(1) سورة يوسف، الآية (72).

بالغة في حالة ما كانت العلاقة مباشرة بين طرفين، ويمكن أن تأخذ احد الأشكال التالية (1) :

- البحوث العلمية في مجالات متعددة.
- عمليات التسويق والسمسرة.
- إصلاح الأراضي واستزراعها.
- التنقيب عن المياه ومختلف المعادن والبتروول.

(ج) - الأساليب القائمة علي الربط بين ملكية المال والإدارة :

1. المشاركة :

المشاركة هي من الأساليب الإسلامية الأكثر استعمالاً، وهي صيغة يتم بموجبها تجميع الفوائض المالية للأفراد والمؤسسات من اجل تكوين رساميل بغرض تكوين استثمارات جديدة أو توسيع مشاريع قائمة، وتتمثل عقود الاستثمار في مساهمة العمال أو أصحاب العمل بجزء من رأس المال أما الجزء الباقي فيساهم به طرف ثاني، وذلك على أساس المشاركة في الأرباح والخسائر بنسبة قيمة مشاركة كل طرف في المشروع، وتأخذ صيغة المشاركة احد الأساليب التالية :

(أ) - **المشاركة الدائمة** : في هذه الحالة يتحصل كل طرف (البنك الإسلامي والطرف الثاني) على حصة سنوية من الأرباح السنوية بحيث لا تحدد مدة انتهاء العقد.

(ب) - **المشاركة المتناقصة** : وهي حالة خاصة للمشاركة، بحيث تتوج في الأخير بملكية العميل للمشروع من خلال تناقص حصة المساهم بالمال تدريجياً، وذلك بعد أن يكون المساهم الآخر - البنك الإسلامي - قد تحصل لسنوات متتالية خلال مدة محددة على أقساط سنوية تضم نسبة من الأرباح السنوية وقسط من حصة مساهمته المالية.

(1) جمال لعمارة، مرجع سابق، ص(76).

والملاحظ أن هذه الصيغة تقترب كثير من حيث مضمونها القانوني مع الشركات المعروفة في القوانين المعاصرة، ويحسن بنا الإشارة لإمكانية استعمال هذه الصيغة بغرض استحداث أو تطوير استثمارات في نشاطات اقتصادية مختلفة، كالزراعة والتجارة الخارجية، حيث يستخدم البنك الإسلامي السوداني المشاركة في تمويل القطاع الزراعي والتجارة.

نستطيع في الأخير بعد أن قمنا بعرض أهم الأساليب الإسلامية في التمويل أن نستنتج تعريفا عاما للتمويل من وجهة النظر الإسلامية، (...فالتمويل هو تقديم السلع أو الخدمات أو وسائل الدفع، مع تأجيل البدل المقابل، أو بدون بدل مسبقا. ..)، والملاحظ أن هذا التعريف يشمل كل أنواع التمويل الإسلامي سواء أكان تطوعيا أو استثماريا.، ووفق هذا السياق لابد من الإشارة إلى القواعد الأساسية التي يقوم عليها التمويل الإسلامي من خلال ما يلي (1):

وجوب التملك، لأن وجود حق الملكية على شيء ما يشكل دافعا لحق الملكية على كل الزيادات المتولدة عن ذلك الشيء، دون النظر إلى سبب الزيادة (سواء حصلت الزيادة بسبب جهد وعمل المالك أو بفعل عوامل طبيعية أو بفعل عوامل الطلب والعرض)، ونفس القدر من المسؤولية يترتب على المالك في حال الخسارة.

– ضرورة أن تمر كل عملية تمويلية من خلال الدائرة السلعية والخدمية، سواء ما تعلق منها بالإنتاج كما هو الحال في المشروعات الإنتاجية من خلال المشاركات والمضاربة. .، أو من خلال تداول السلع والخدمات كما هو الحال فيما تعلق بالبيع والإيجارات.

– أن يرتبط التمويل بالميزتين التاليتين :

أ- أن يكون الشيء المملوك مما يحتمل الزيادة بطبعه أو يكون قابلا للزيادة، لأن التمويل الإسلامي يرفض فكرة النمو الافتراضي.

(1) غسان محمود، منذر قحف، مرجع سابق، ص(169).

ب - ارتباط ما يحصل عليه المالك من حق في الربح بوجود زيادة حقيقية.

ومن خلال ما تم تناوله بخصوص التمويل الإسلامي بمختلف أنواعه - التطوعي، عقود التبرع، والاستثماري - يتضح لنا جليا مدى سعة التشريع الإسلامي حيث يستوعب كل الحالات الممكنة بما يمكنه من تعظيم فرص تلبية مختلف الحاجيات والمتطلبات التنموية - على الصعيد الفردي والجماعي - وذلك من خلال تعدد القنوات التمويلية المتاحة في ظل التشريع الإسلامي التي يتحقق من خلالها التكامل الأفقي بين مختلف أفراد المجتمع - الإسلامي - والعمودي بين مختلف الأفراد ومختلف هيئات الدولة.

فمن جهة نجد أن التشريع الإسلامي - أساليب التمويل الإسلامي - يسمو بالإنسان روحيا من خلال الحث على تعزيز أو أواصر التكافل والترابط بين الأفراد وذلك رغبة في الثواب الإلهي والجزاء الأخروي دون النظر إلي العائد المادي، وهذا ما يدعم صحة التوجه القائل باخلافة المذهب الاقتصادي في الإسلام بصفة عامة، وهو ما تعكسه بوضوح مختلف أساليب التمويل التطوعي المجاني وعقود التبرع بصفة خاصة، التي يقوم بها مختلف الأفراد بطيب نفس وبدافع ذاتي.

ومن جهة أخرى تعكس أساليب التمويل الإسلامي شمول التشريع الإسلامي لمختلف جوانب الحياة، حيث يكون منتهي كل عمل يقوم به الفرد المسلم يندرج تحت إطار فكرة الاستخلاف ومقتضياته، إذ أن جوهر ذلك كله هو تحقيق العبودية لله تعالي، ومن دلائل عبودية العبد - الفرد في المجتمع المسلم - لربه تعبده بماله وممتلكاته وعقارته. . .، وذلك بان يجعل لله نصيب فيها تذهب لفائدة المجتمع المسلم بصفة عامة، ومثل ذلك الزكاة والخراج. .. وكل عقود التمويل المجاني الإلزامي.

كما تتميز أساليب التمويل الإسلامي الاستثمارية باعتبارها تعتمد على

مبدأين جوهريين⁽¹⁾، وهما :

- أن يكون الربح مشاعا غير محدد، غنما بغرم.

- أن يكون رأس المال غير مضمون ومعرض للمشاركة في الخسارة.

وبناء على ما سبق فإنه يمكن استنتاج خصائص أساسية لأساليب التمويل الإسلامية الاستثمارية، وهي كالتالي :

أ - أسباب استحقاق الربح أو العائد للممول : إذ لا يستحق الربح في الشريعة الإسلامية إلا بالمال أو العمل أو الضمان.

- وذلك من حيث أن الربح يستحق لصاحب المال نتيجة لزيادة طبيعية لم يتدخل فيها عمل كما هو الحال في نمو الأنعام من بقر وابل وغنم وماعز وما تدره من لبن وصفوف ووبر...، أو كان ترتفع قيمة ما يملكه الفرد نتيجة للتغير في الطلب فيكون نتيجة ذلك أن يربح المالك تلك الزيادة دون أن يساهم عمل في تلك الزيادة، كما يحصل الربح نتيجة إضافة جهد بشري لما يملكه الفرد كالتجارة بالمال وخطاطة القماش وتصنيع النحاس...
- ويستحق الربح لصاحب العمل بعمله إذا كان مضاربا في المضاربة، أو أن يكون مزارعا في عقد مزارعة أو عاملا في عقد مساقاة، وذلك كله في حال تحقق ربح نتيجة العمل.

- كما أن يستحق الربح بالضمان، إذ أن ضمان إنجاز عمل أو تسديد مال يستحق ربحا، وهذا ما هو حاصل في شركات الأشخاص والأعمال.

ب - ارتباط العائد بالمخاطرة : حيث أن نظام التمويل الإسلامي لا يتيح لصاحب رأس المال النقدي دخول الدورة الإنتاجية بحثا عن الربح فقط دون تحمل المخاطرة، وبذلك فإن النظام التمويلي الإسلامي يمنح فرصا متساوية لصاحب رأس المال النقدي ورأس المال العيني وصاحب العمل لدخول الدورة الإنتاجية، وذلك علي اعتبار أن الحياة الاقتصادية تتضمن مخاطرة الخسارة كما الربح، وعليه فالربح في المضاربة والمشاركة يرتبط

(1) جمال لعامرة، اقتصاد المشاركة، مركز الإعلام العربي، الجزيرة، مصر 2000، ص (83).

بتحمل المخاطرة لكافة أطراف العقد،، ونفس الأمر ينطبق على الممول بطريقة التأجير وكذا الممول بصيغ البيوع، ففي التأجير يتحمل المالك مخاطرة ما يمكن أن يطرأ على العين المؤجر من تغيرات نتيجة لعوامل طبيعية أو سوقية، أما الممول في البيوع فإنه يخاطر من حيث كونه مالك لما يباع لأجل.

ج - ارتباط التمويل بالجانب المادي الاقتصادي : إذ أن صيغ التمويل الإسلامي لا تنظر لقدرة المستفيد على السداد فقط بل يتم قرار التمويل بعد دراسة شاملة تراعي جميع الجوانب الفنية والتقنية والشرعية، كما يشترط أن يرتبط القرار الاستثماري بالدورة الإنتاجية ارتباطاً مباشراً حيث يتوسع وينكمش حجم التمويل بقدر حاجة الدورة الإنتاجية لذلك وبذلك فهناك ارتباط بين السوق المالية والسوق السلعية، بخلاف التمويل الربوي الذي يعتمد على قدرة المستفيد على تسديد الديون والفوائد كأساس لقرار التمويل.

وبذلك فهناك اختلاف جوهري كبير بين أسلوب التمويل الاستثماري الرأسمالي المبني على الربا - الفائدة - وأسلوب التمويل الاستثماري الإسلامي، ويتمثل أساساً فيما يلي :

- يقوم التمويل الاستثماري في المفهوم الرأسمالي على الربا أو ما يصطلح عليه ب - الفائدة - الذي هو زيادة في شيء ليس من طبيعته النماء - الدين - على اعتبار أن المال لا يلد مالا من ذاته بدون عمل ومشاركة ومضاربة ومخاطرة، فإذا كانت الفائدة لقاء الأجل فهي **ربا النسيء** وذلك بتأخير أحد البدلين، فالزمن ليس من الموارد الاقتصادية المستقلة فلا يباع ولا يشترى منفصلاً إلا إذا ارتبط بعمل أدى إلى زيادة الإنتاج كالبيع بالتقسيط، وإن كانت لقاء تبادل متماثل مع فرق في الكمية أو الوزن أو الكيل فهي **ربا الفضل** كبيع دينار بدينارين، سواء كانت الزيادة بسيطة أو أضعافاً مضاعفة، مشروطة ابتداءً أو عند السداد، وفي المقابل نجد أن الزيادة في التمويل الإسلامي هي زيادة في شيء مملوك من طبيعته النمو.

- إن الدائن في العلاقة الربوية لا يتحمل أية خسارة ويأخذ فوائد ربوية، بينما لا يستحق العائد وفقا لأساليب التمويل الإسلامية إلا نتيجة تحمل المخاطرة، إذ انه كما أن كل شريك عائدا من الربح فيجب عليه تحمل الخسارة، حيث لا يمكن لصاحب المال الحصول على عائد دون ادني جهد أو مسؤولية.

- يركز التمويل الربوي بشكل مباشر على القدرة علي التسديد في تمويل مختلف المشاريع دون النظر لطبيعة المشروع وأهميته في حين لا بد أن يمر تمويل المشاريع وفقا لأساليب التمويل الإسلامية عبر السلع والخدمات كأن يكون المشروع إنتاجيا أو يكون عمل تجاري يتم من خلاله تداول للسلع والخدمات.

خلاصة :

إن الترابط الوثيق الموجود بين حجم مختلف الموارد - وأهمها رأس المال - وسيرورة العملية التنموية، وذلك من خلال العلاقة الوظيفية الطردية بينهما، إذ أن تقدم العملية التنمية مرتبط بشكل كبير بمدى توافر الموارد والإمكانات المختلفة،

وبالنظر للتحويلات الاقتصادية الكبيرة التي شهدها العالم في أواخر عشرينات القرن العشرين، والتي كان من أهم مظاهرها انهيار المعسكر الاشتراكي، إخفاق مسيرة التنمية في الدول النامية وتفاقم أزمة المديونية مقابل تطور مذهل في اقتصاديات الدول الصناعية. . .، وقد نتج عن ذلك كله هيمنة الاتجاه الليبرالي على السياسات والعلاقات الاقتصادية القطرية والدولية، وقد تمثل ذلك في تعاضم دور المؤسسات الدولية - صندوق النقد الدولي، البنك الدولي، منظمة التجارة العالمية، وقد صاحب تلك التحويلات تنامي الاندماج العالمي لمختلف الاقتصاديات، وبالتالي فإن قضية التنمية أصبحت مع كل هذه التحويلات قضية مشتركة تهم كل المجتمع الدولي.

وبناء على ما سبق، فقد تعقدت أكثر مشاكل الدول النامية، التي أصبحت تتخبط في مشاكل متشابكة، عمقت من هونها مشكلة المديونية التي

أثقلت كاهل عدد كبير من هذه الدول، وأمام هذه الوضعية أصبح البحث عن انتهاج نماذج وسياسات أكثر فعالية لمعالجة مختلف مشاكل الدول النامية مسألة هامة وجد ضرورية، خصوصا في ظل التغيرات التي طرأت على الصعيد الدولي والتي تعاضمت معها درجة التدخل الأجنبي في القرار السياسي والاقتصادي للدول النامية، وعليه فإن هذه الوضعية تستدعي مرونة أكثر من قبل الدول النامية ومن ضمنها الدول الإسلامية، نحو إحداث التغيرات اللازمة على اقتصادها بما يمكنها من إعطاء دفع قوي للعملية التنموية، من خلال الاستغلال الأمثل لمواردها وتوفير محيط محفز للنشاط الاستثماري المحلي والأجنبي.

وبما أن تلبية مختلف حاجيات ومتطلبات العملية التنموية، ترتبط بشكل مباشر مع الموارد المالية اللازمة لتمويلها، فإن على الدول النامية اتخاذ الإجراءات المناسبة لتعبئة حجم أكبر من الموارد المالية لمواجهة مختلف هذه الحاجيات والمتطلبات، ونظرا لكون الدول الإسلامية تشكل كيانا مهما من كيانات الدول النامية وتتميز ببعض الخصوصيات التي تتيح لها فضاء أوسع لتعبئة الموارد المالية، وذلك من خلال مختلف أساليب وطرق التمويل الإسلامية التي تمتد لتستوعب كل النشاطات والقطاعات وتلبي مختلف الحاجيات والمتطلبات، فقد أصبح من الضروري على الدول الإسلامية بذل مزيد من الجهود

من خلال دعم العملية التنموية بموارد مالية مستغلة وفق مبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء، خصوصا في ظل ما تتيحه هذه الأساليب من فرص ومزايا لا تتوفر في غيرها، ولا يتم ذلك طبعاً إلا بتعاون جدي وتنسيق فعلي بين مختلف الدول الإسلامية من خلال مؤسسات مالية ومصرفية إسلامية تعمل على تمويل مختلف المشروعات والنشاطات في مختلف الدول الإسلامية.

مراجع البحث :

(1) ابن تيمية، مجموع الفتاوى الكبرى، المطبعة السلفية، القاهرة 1387 هـ.

- (2) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، الكتب التسعة، برنامج صخر للحديث الشريف.
- (3) أوصاف احمد، « الممارسات المعاصرة لأساليب التمويل الإسلامية »، دراسات اقتصادية إسلامية، العدد 2 جوان 1994.
- (4) البخاري، صحيح البخاري، الكتب التسعة، برنامج صخر للحديث الشريف.
- (5) الترمذي، سنن الترمذي، الكتب التسعة، برنامج صخر للحديث الشريف.
- (6) جمال لعمارة، اقتصاد المشاركة، مركز الإعلام العربي، الجيزة، مصر، 2000.
- (7) جمال لعمارة، النظام المالي في الإسلام، دار النبأ، الجزائر 1996 م.
- (8) السرطاوي فؤاد، التمويل الإسلامي ودور القطاع الخاص، دار المسيرة للنشر، عمان، 1999 الأردن.
- (9) غسان محمود، منذر قحف، الاقتصاد الإسلامي، دار الفكر، بيروت 2000 م.
- (10) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت.
- (11) محمد باقر الصدر، مرجع سابق.
- (12) منذر قحف، « تمويل التنمية في الاقتصاد الإسلامي »، التنمية من المنظور الإسلامي، سنة 1944.
- (13) يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، مؤسسة الرسالة 1977، ط 3.