



دورية محكمة تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية- الجزائر

العدد العاشر

فيفري 2011

الظروف الاستثنائية وشرعية قوانينها في ضوء حماية حقوق الانسان

إسحاق صلاح أبو طه

رضا المرأة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

أحمد عبود

العولة وحقوق الانسان

فريجة حسين

الحماية القانونية للحق في الشرف والاعتبار

عقلي فضيلة

ضمان تسبب القرار التأديبي في مجال الوظيفة العامة

بدرى مباركة

الطعن الإداري في قانون الاجراءات المدنية والإدارية

نورة موسى



رئيس التحرير :

أ.د. فوزي أوصديق

oussedik@hotmail.com

نائب رئيس التحرير

أ. العربي بلحاج

المراسلات باسم مدير مركز البصيرة
46 تعاونية الرشد القبة القديمة - الجزائر

ها: 021.28.97.78

فا: 021.28.36.48

النقال: 0550.54.83.05

البريد الالكتروني:

dirassatcan@yahoo.fr

الموقع الالكتروني:

www.albasseera.net

حقوق الطبع محفوظة

ردم د : 7988.1112

التوزيع



دار الخلدونية للنشر والتوزيع
05، شارع محمد مسعودي القبة الجزائر.

ها/فا : 021.68.86.48

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قَانِ دِرَاسَاتٍ
قَانِ دِرَاسَاتٍ

العدد العاشر -

10

دورية فصلية تصدر عن:

مركز البصيرة

ب

للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية

بمساهمة:

المنتدى الإسلامي للقانون الدولي الإنساني

إحدى المنظمات المتخصصة

منظمة المؤتمر الإسلامي

قواعد النشر

- ① الالتزام بالتحليل والمنهجية العلمية.
- ② تقدم الأبحاث إلى رئيس التحرير، أو من ينوبه ويبلغ أصحابها بالقرار المتعلق بالقبول أو الرفض أو التعديل.
- ③ لا يقل حجم البحث عن 20 صفحة.
- ④ يكون البحث مرفوقا بالمراجع.
- ⑤ يُكتب ببرنامج وورد (Word) مع خط Arabic Transparent بحجم 13 وباللغة العربية.
- ⑥ يُبلغ البحث في قرص مرن (Disquette, CD) مع نسخة مطبوعة على ورق 29.7/21 (A4)
- ⑦ يكون البحث جديدا لم يسبق أن نُشر في أية نشرية أخرى.
- ⑧ يكون البحث ملخصا يُعبّر عن أهم نقاط البحث ولو في نصف صفحة.
- ⑨ لا تُنشر إلا الأبحاث المتخصصة في العلوم القانونية أو ذات العلاقة.
- ⑩ يبلغ صاحبه بقرار النشر قبل إصداره بإفادة.

مركز البصيرة يرحب بأبحاثكم واقتراحاتكم ونصائحكم.

آراء الباحثين لا تعبر بالضرورة عن وجهة نظر المركز

هيئة التحرير

أ.د. فوزي أوصديق
رئيس التحرير
أ. العربي بلحاج
نائب رئيس التحرير

الهيئة العلمية

رئيسا	أ.د. فوزي أوصديق (عميد سابق لكلية الحقوق / جامعة البليدة)
مقرا	أ. العربي بلحاج (أستاذ القانون بكلية الحقوق جامعة بومرداس)
عضوا	أ.د. تونسي بن عامر . (عميد كلية الحقوق / الجزائر)
عضوا	أ.د. محمد حمد العسلي (مقرر المنتدى الإسلامي للقانون الدولي الإنساني بليبيا.)
عضوا	أ.د. موسى دويك (مدير المعهد الفلسطيني للقانون الدولي الإنساني – فلسطين)
عضوا	أ.د. سيدي ولد الخباز (رئيس جامعة نواكشوط)
عضوا	أ.د. بطاهر بو حلال (أستاذ بجامعة ليون، مدير مركز التربية والتعليم حول حقوق الإنسان – فرنسا)
عضوا	د. بن شويخ الرشيد (جامعة سعد دحلب البليدة)
عضوا	د. جمال محي الدين (جامعة سعد دحلب البليدة)
عضوا	د. عبد الهادي بن زيطة (جامعة أدرار)
عضوا	د. عجة الجيلالي (جامعة الشلف)
عضوا	د. فزو محمد آكلي (أستاذ القانون العام بكلية الحقوق / جامعة سعد دحلب – البليدة)
عضوا	د. أرزقي العربي أبرباش (كلية الحقوق/جامعة الجزائر)
عضوا	د. سعيد بويزدي (جامعة تيزي وزو)



دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية- الجزائر
العدد العاشر - فيفري 2011م صفر 1432هـ

محتويات

الصفحة	بقلم	الموضوع
7	د. فوزي أوصديق	الافتتاحية.
9	أ/ إسحاق صلاح أبو طه أستاذ مساعد بجامعة تلمسان كلية العلوم القانونية والإدارية	الظروف الاستثنائية وشرعية قوانينها في ضوء حماية حقوق الإنسان
25	أ/ أحمد عبديو أستاذ مساعد مكلف بالدروس كلية الحقوق بجامعة سعد دحلب البليدة، الجزائر.	رضا المرأة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
73	د/ فريجه حسين أستاذ محاضر بجامعة المسيلة	العولة وحقوق الإنسان
93	أ/ عاقلبي فضيلة جامعة الحاج لخضر، باتنة. الجزائر	الحماية القانونية للحق في الشرف والاعتبار

113	أ/بدري مباركة كلية الحقوق بجامعة سعيدة	ضمانة تسبب القرار التأديبي في مجال الوظيفة العامة
135	أ/ نورة موسى أستاذ مساعد قسم "ا" جامعة الشيخ العربي التبسي	الطعن الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية "دراسة مقارنة"

افتتاحية العدد

أ.د. فوزي أوصديق

عميد سابق في كلية الحقوق

لقد أخذنا على عاتقنا في إدارة دراسات قانونية، ألا يخلو عددا من الأعداد إلا ونخصص مجالا دراسيا في نطاق نشر وتعزيز ثقافة حقوق الإنسان بالمجهود الفكري والأكاديمي للعديد من الأساتذة الأفاضل لذلك رأينا من الضروري أفراد العدد العاشر بدراستين إحداهما من الأستاذ إسحاق أبو طه من تلمسان حول الظروف الاستثنائية وشرعية قوانينها في ضوء حماية حقوق الإنسان، وبالأخص في الجزائر، حيث حاول الباحث بالتعريف والتأصيل، وابتكار الحلول، القيام بدراسة بهذا الشأن، ونتمنى أن تكون لبنة في ظل انعدام الدراسات الجادة في هذا الشأن.

أما الموضوع الثاني، فهو حول موضوع لا يقل حساسية، وهو صراع وجودي وأبدي في مجال حقوق الإنسان، وكذلك أتانا من جامعة تلمسان للأستاذ فريجة حسين، حول العولمة وحقوق الإنسان وافرازاتها لحق الخصوصية، للعديد من المجتمعات، وبالأخص الإسلامية منها، بحكم أن حقوق الإنسان ليست بضاعة غربية، بقدر ما هي قيم عالمية إنسانية، وتراث مشترك بينها.

أما الجدل العاطفي وأحيانا الأيديولوجي لقانون الأسرة، وافرازاته، فالبعض من الباحثين بدلا من مناقشته بعقلية الباحث، يناقشه بعقلية المناضل، ولذلك الأستاذ أحمد عبدو من جامعة البليدة، يقدم موضوع مهم يخص أحد أركان بناءها، وهو الرضا، رضا

المرأة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة من خلال بحث متكامل، متأصل، استعمل فيه الاستدلال والمنهج المقارن، مع تبسيطه ليكون في متناول الجميع.

أما البحث الموالي، وفي ظل الانحرافات العديدة لمهنة المتاعب، وغيرها من المجالات الأخرى فإن البحث والدراسة المقدمة من طرف الأستاذة عاقلية فضيلة حول الحماية القانونية للحق في الشرف والاعتبار من جامعة باتنة، موضوع الساعة في العديد من الدول، وبذلك جاء ليسد ثغرة، في ظل تنامي القوانين، والإجراءات، وأحيانا الممارسات التي تخدش، أو تتعدى على الحق في الشرف والاعتبار.

أما الموضوع الذي يليه، فهو موضوع يدخلنا للقانون الإداري والوظيفة العامة، من باب الواسع، للأستاذة بدري مليكة من جامعة سعيدة حول ضمانات تسبب القرار التأديبي في مجال الوظيفة العامة، بالمقارنة بين مختلف التشريعات، فهي دراسة مختصرة، حادة، ومتخصصة في مجال من المجالات التي لم ترعى اهتمام الكثير من الباحثين والدارسين.

أم آخر بحث فجاءنا من الأستاذة موسى نورة، ويتعلق بالطعن الإداري المسبق في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو دراسة مقارنة بين القانون الجزائري وغيره من القوانين في هذا الصدد.

هذه الدراسات، بمجملها، تهتم في شتى الحقوق القانونية، وكلها تؤسس لدولة القانون وسيادة الحق، كما أنها تحاول أن تكون إضافات جادة في مجال الترويج لثقافة قانونية وريزنامة علمية تخدم الجامعة وعالم الجامعيين بصفة عامة.

ولا يفوتني في الأخير إلا أن اشكر كل من ساهم للوصول إلى العدد (10) من دراسات قانونية وهو انجاز بحد ذاته... والله ولي التوفيق والقصد.... مع تحياتي واحتراماتي الخالصة.

الظروف الاستثنائية وشرعية قوانينها في ضوء حماية حقوق الإنسان

أ/ إسحاق صلاح أبو طه

أستاذ مساعد - جامعة تلمسان-

كلية العلوم القانونية والإدارية

المقدمة:

تعتبر الظروف الاستثنائية ظروف غير عادية تأتي نتيجة لعوامل تهدد استقرار الدولة وأمنها أو نظم الحكم الدستورية أو حقوق الإنسان كذلك يمكن أن تكون هذه الظروف نتيجة لخطر يهدد حياة الأمة والتي تتمثل في الظروف التي تهدد فيها الأرواح والممتلكات في بلد ما بالخطر الشديد، كأحداث العنف والغضب أو الشغب والأعمال الإرهابية أو التخريب الداخلي، كذلك يمكن إعلان هذه الحالة نتيجة أعمال التمرد.

هذه الحالة والتي يتم إقرارها من قبل رئيس الجمهورية والذي يعتلي رأس هرم السلطة التنفيذية وذلك بموجب ما يخوله إياه الدستور، حيث يعطي هذا الأخير رئيس الجمهورية سلطة شبه مطلقة في إعلان حالة الطوارئ خاصة في بلادنا العربية، كذلك الصلاحيات التي يتمتع بها عند إقرار مثل هذه الحالة، والتي يمكن بموجبها إصدار القوانين وتشكيل المحاكم العسكرية، وبالتالي أن يمارس رئيس الجمهورية صلاحيات استثنائية هي في الأصل من صلاحيات السلطة التشريعية، كذلك سلب اختصاص السلطة القضائية، وبالتالي القضاء على مبدأ الفصل بين السلطات.

وتكون البلاد في مثل هذه الحالة مرتعا لانتهاك حقوق المواطنين وخاصة من طرف أجهزة الدولة التنفيذية، خاصة إذا ما تم إعلان هذه الحالة نتيجة أعمال عنف أو تمرد داخلي في الدولة، وفي ظل أنظمة غير ديمقراطية تقوم هذه الأخيرة بإعلان هذه الحالة وبما تسوقه من ذرائع تقوم بانتهاك حقوق معارضيه.



المبحث الأول/ مفهوم الظروف الاستثنائية

اختلف مفهوم الظروف الاستثنائية على الصعيد الدولي، وذلك في ضوء ما استخدمته الاتفاقيات الدولية من مصطلحات، حيث اتفق العهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية⁽¹⁾ والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحياته الأساسية في تحديد مفهوم الظروف الاستثنائية، والتي عبر عنها بأنها الظروف التي تهدد حياة الأمة، بينما توسعت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في هذا المفهوم.

أولا/ تعريف الظروف الاستثنائية

أخذت النصوص الدولية وفي معرض معالجتها لموضوع الظروف الاستثنائية أكثر من مصطلح عند تحديدها للمقصود بهذه الظروف.

حيث نصت المادة الرابعة من العهد الدولي على أن حالات الطوارئ الاستثنائية هي: الحالات التي تهدد حياة الأمة.

كذلك الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وفي مادتها الخامسة عشر⁽²⁾ وصفتها بأنها -حالة الحرب أو الخطر العام الذي يهدد حياة الأمة أما الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان -فوصفتها بأنها- أوقات الحرب أو الخطر العام أو أي ظرف آخر يشكل تهديدا لأمن واستقرار الدولة.

في ضوء هذه الاختلافات في الصياغة، واستخدام المصطلحات التي جاءت بها الاتفاقيات الدولية الثلاث بهذا الشأن فقد سعى الفقه الدول إلى تحديد المقصود بفكرة الظروف الاستثنائية، وذلك بالاستهداء بدراسة الأعمال التحضيرية لهذه النصوص وتاريخها التشريعي وما يجري في الواقع الدولي ومع تعهد الاتجاهات في هذا الشأن فقد ذهب رأي إلى أن المقصود بالظروف الاستثنائية في تلك النصوص:

1- الأزمات الخطيرة، سواء اتخذت شكل حرب أو نزاع مسلح خارجي أو داخلي أو عدم استقرار داخلي.

2- الكوارث الطبيعية كالزلازل والبراكين أو الفيضانات.

(1) العهد الدولي لحقوق الإنسان والسياسية لسنة 1966.

(2) د. عبد العزيز محمد سرحان - الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان - دار النهضة العربية - القاهرة.



وذهب فريق آخر إلى أن المقصود بالظروف الاستثنائية أو حالات الطوارئ يمكن أن تتخذ في الواقع الدولي المعاصر ثلاثة أشكال:

- 1- حالة الحرب الفعلية أو حالة الاستعداد لمواجهة حدوثها المتوقع.
- 2- حالة وجود الإرهاب أو التخريب الداخلي، أو الخشية من حدوثه.
- 3- الأزمات الاقتصادية الحادة، أو الخشية من حدوث الانهيار الاقتصادي⁽¹⁾.

كأن ذلك نتيجة لما رآه الجانب من الفقه الدولي في أن المقصود بالظروف الاستثنائية غير الناتجة عن الحرب والتي جاءت به الاتفاقية الأمريكية يغير ما جاء به العهد الدولي والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان فقد رأى هذا الفريق من الفقه أن فكرة الخطر الذي يهدد أمن الدولة واستقلالها والتي أخذت به الاتفاقية الأمريكية فضلا عن غموضها وصعوبة تحديد المقصود بها فإنها تفسح المجال عند التطبيق أمام هذه الدول الأطراف في هذه الاتفاقية للتوسع في تفسير ماهية الظروف الاستثنائية وبالتالي التوسع في الاتجاه إلى التحلل من التزاماتها الناشئة عن الاتفاقية.

وهناك من الفقهاء من أعطى للظروف الاستثنائية⁽²⁾ تعريفا شموليا فعرفها أنها/ نظام استثنائي محدد في المكان والزمان لمواجهة ظروف طارئة وغير عادية تهدد البلاد أو جزء منها. وذلك بتدابير مستعجلة، وطرق غير عادية، في شروط محددة لحين زوال التهديد.

لهذه التعاريف ورغم اختلافاتها، فهي تتفق على أن الظروف الاستثنائية هي نظام قانوني استثنائي- يتم اللجوء إليه من قبل الدولة التي تواجه ظروفًا غير عادية، وخطر يهدد أمنها واستقرارها، وهذا ما يدعوها لاتخاذ تدابير غير عادية للحد من هذا الخطر.

ويرجع أصل نظرية الظروف الاستثنائية إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي ابتدعها ويسمح باعتبار القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية لمواجهة هذه الظروف مشروعة رغم ما يشوبها من عيوب تجعلها غير مشروعة في الظروف العادية، وهذا على أساس الضرورة المستمدة من الظروف غير عادية، والتي يحق للإدارة في مثل هذه الظروف أن تتخذ بعض التدابير الاستثنائية متى ثبت أن ذلك لا مفر منه لحماية النظام العام، وتأمين عمل مؤسسات الدولة،

(1) د. الشافعي محمد البشير- قانون حقوق الإنسان- منشأة المعارف- الإسكندرية- 2004- ص: 206.

(2) د. خيرى احمد الكباش- الحماية الجنائية لحقوق الإنسان- دار الجامعيين- القاهرة- 2001- ص: 779.



وبذلك يكون في الأخذ بنظرية الظروف الاستثنائية توسيع لنطاق مبدأ المشروعية من أجل أن يستوعب ما تصدره الإدارة لمجابهة هذه الظروف، وإضفاء صفة المشروعية عليها بالرغم من عدم مشروعيتها، وهذا يعني تأكيد حق السلطة التنفيذية في استخدام سلطات واسعة أثناء الظروف غير العادية.

وعلى هذا الأساس أقر مجلس الدولة الفرنسي استعمال سلطات الضبط الإداري لقيود وإجراءات أكثر شدة على الحريات لا يسمح لسلطات الضبط الإداري باستعمالها في الظروف العادية⁽¹⁾.

ثانياً/ مبررات إعلان حالة الطوارئ الاستثنائية

يترتب على إعلان حالة الطوارئ الاستثنائية تقييد بعض حقوق وحرريات المواطنين، ومن أجل ذلك لا بد أن تكون هناك رقابة على إعلان الحالة الاستثنائية للتأكد من وجود مبرراتها وعدم التعسف في إعلانها⁽²⁾.

وفي هذا الإطار ومن خلال ما سبق ذكره في التعريف نجد أن هناك ثلاث دوافع لإعلان حالة الطوارئ الاستثنائية.

أما اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان فقد قررت ضرورة توافر العناصر الآتية في الظروف لكي تكون استثنائية بالمعنى المقصود في المادة الخامسة عشر من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والمقابلة للمادة الرابعة من العهد الدولي.

- 1- وجود أزمة أو موقف استثنائي خطير حال أو وشيك الوقوع.
- 2- أن تؤثر على مجموع شعب الدولة.
- 3- أن تهدد استمرار الحياة العادية وإيقاعها المنتظم داخل المجتمع الذي تكون فيه الدولة.
- 4- ألا يكفي في مواجهتها تطبيق الإجراءات أو القيود العادية التي تجيزها الاتفاقية للمحافظة على السلامة أو الصحة العامة أو النظام العام⁽³⁾.

(1) د. عبد الحكم فودة - بطلان القبض على المتهم - دار الفكر العربي - الإسكندرية - ص: 326.

(2) د. الشافعي محمد البشير - المرجع السابق - ص: 263.

(3) د. محمد خيري الكباش - المرجع السابق - ص: 177.



فإعلان الحالة الاستثنائية يعني وجود خطر عام يهدد حياة الأمة، وتقرير هذه الحالة يترتب عليه وضع قيود على ممارسة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ولهذا يجب إخضاع التقرير فيها للرقابة الوطنية والتي تتمثل في مراقبة السلطتين التشريعية والقضائية وعدم ترك اتخاذ مثل هذه القرارات للسلطة المطلقة لرأس هرم السلطة التنفيذية، كذلك يجب أن تمارس الرقابة الدولية في هذا الشأن من قبل الهيئات الدولية المعنية برقابة تنفيذ المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، وهذا ما ذهبت إليه لجنة حقوق الإنسان المنبثقة عن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عند مناقشتها للتقرير المصري الأول عن أوضاع حقوق الإنسان حيث أبدت أسفها الشديد لان إعلان هذه الحالة في مصر قد أصبح شبه دائم، وتساءل قائلاً " من المهم معرفة ما هي الظروف السياسية والاجتماعية والمشاكل الأخرى التي تبرر استمرار حالة الطوارئ في مصر؟⁽¹⁾

كذلك هذا ما استقر عليه الأمر في ظل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والتي تضمنت إخضاع سلطات الحكومة في إعلان حالة الطوارئ لرقابة اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

يتضح من خلال ما تقدم أن الحكومة وعند اتخاذها لقرار إعلان حالة الطوارئ تخضع للرقابة من جهات ينعقد لها الاختصاص في ذلك رغم اعتراف هذه الأخيرة للحكومة بهامش من السلطة التقديرية في تقدير قيام حالة الطوارئ الاستثنائية.

هذا على الصعيد الدولي، أما على صعيد الوطن العربي فتختلف الأوضاع بين دولة وأخرى، ففي الجزائر وبالرجوع على الدستور والذي نظم حالات الظروف الاستثنائية نجد انه نص على ثلاث حالات -حالة الطوارئ- حالة الحصار- الحالة الاستثنائية.

أ/ حالة الطوارئ والحصار: حيث نص عليها الدستور الجزائري وقرها الرئيس إذا دعت الضرورة الملحة أو حالة الحصار⁽²⁾.

ويعود تقرير مدى وجود الضرورة الملحة والتي تستدعي الإعلان والتي تقع بفعل حوادث من شأنها تهديد أمن الدولة للسلطة التقريرية لرئيس الجمهورية، وبدون أي رقابة يتم ممارستها

(1) التقرير المصري الأول لأوضاع حقوق الإنسان ومدى دلالاته - ص: 15 - مناقشة لجنة حقوق الإنسان.

(2) الدستور الجزائري - 1996 - المادة: 91.



على اتخاذ مثل هذه القرارات، هذا وتمتيز حالة الحصار عن حالة الطوارئ، بتفويض السلطة العسكرية في الحالة الأولى بجميع الصلاحيات المسندة إلى السلطة المدنية، وهنا تكمن الخطورة على حقوق الإنسان وخاصة الحق في الحرية والسلامة الشخصية في ظل الصلاحيات التي تمنح للسلطة العسكرية في مثل هذه الحالات، وهذا ما جاء في نص المادة الرابعة وما تبعها من المرسوم الرئاسي 91- 196 والمتضمن إعلان حالة الحصار⁽¹⁾.

ب/ الحالة الاستثنائية: نصت عليها المادة - 93- من الدستور الجزائري- حيث يقر رئيس الجمهورية هذه الحالة إذا كانت البلاد مهددة بخطر يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها.

أما في مصر- لم ينص الدستور على المبررات التي تسمح بإعلان حالة الطوارئ الاستثنائية، وترك هذا الأمر للقانون.

وقد نص فعلا قانون الطوارئ المصري على هذه المبررات وحددتها المادة الأولى منه "يجوز إعلان حالة الطوارئ كلما تعرض الأمن أو النظام العام في ارض الجمهورية أو منطقة فيها للخطر سواء كان ذلك بسبب وقوع حرب أو قيام حالة تهدد بوقوعها أو حدوث اضطرابات في الداخل أو كوارث عامة أو انتشار وباء"⁽²⁾.

هذا ونظرا لما يترتب على إعلان حالة الطوارئ من آثار كان من الضروري أن تختص السلطة التشريعية أو على الأقل تشترك بإقرار إعلان الحالة الاستثنائية أو حالة الطوارئ أو التصديق على الإعلان الصادر بذلك من السلطة التنفيذية، وأن تخضع السلطة التشريعية هذا الإعلان لفحص دقيق في مبررات الحالة الاستثنائية، وأن يكون من سلطاتها رفض إقرار إعلان حالة الطوارئ الاستثنائية أو رفض زيادة فترة سريانها.

كذلك في ظل هذه الأوضاع يجب أن تبقى دورة البرلمان قائمة طوال فترة الأزمة كي تمارس مراقبة مستمرة على استمرار حالة الطوارئ⁽³⁾.

(1) المرسوم الرئاسي الجزائري رقم 91- 196 الصادر بتاريخ 4 يونيو 1991.

(2) د. عبد الحميد الشوراي- الجرائم السياسية وأوامر الاعتقال وقانون الطوارئ- منشأة المعارف- الإسكندرية- 1999- ص: 109.

(3) د. الشافعي محمد البشري- المرجع السابق- ص: 266.



ثالثاً/ آثار حالة الطوارئ:

تمارس الحقوق والحريات في ظل دولة يعم فيها الاستقرار والأمن ويضمن نظام الحكم فيها الممارسة الكاملة لهذه الحقوق والحريات والتي تنظمها وتضمن ممارستها الدساتير والتشريعات الوطنية، لكن الأمر يختلف اختلافاً كلياً وتتقلب الأمور رأساً على عقب إذا ما تم إعلان حالة الطوارئ الاستثنائية في الدولة، وما ينتج عن ذلك من سيطرة السلطة التنفيذية على جميع السلطات في الدولة، وغالباً في مثل هذه الحالات ما تنتهك الحقوق والحريات خاصة إذا ما تم إعلان حالة الطوارئ نتيجة الثورات التي تقوم بها الشعوب ضد أنظمة الحكم غير الديمقراطية لما تمارسه هذه الأخيرة من استبداد واضطهاد لبعض شرائح المجتمع.

فالدولة عندما تلجأ إلى إقرار حالة الطوارئ الاستثنائية تقوم بوضع تدابير وإجراءات من أجل ما تدعيه من حماية للنظام العام والأمن وحماية لمؤسسات الدولة، هذه التدابير تتمثل في فرض السلطات قيوداً على سلوك الأفراد وتحركاتهم والذي تصل على حد تعطيل الضمانات الأساسية لممارسة حقوقهم وحرياتهم والتي صانتها الدساتير وأقرتها القوانين.

في ظل ما تتمتع به السلطة العامة من صلاحيات واسعة، وخاصة إذا ما كنا أصلاً أمام أنظمة حكم لا تقيم وزناً لحقوق الإنسان، كذلك إذا ما منح رئيس الجمهورية ممثلاً "في رأس هرم السلطة التنفيذية الصلاحيات المطلقة في الحكم والسيطرة على جميع مؤسسات الدولة التشريعية والقضائية بالإضافة للسلطة التنفيذية وأضيف على ذلك ما يتمتع به من سلطة تقييرية مطلقة في إقرار الحالة الاستثنائية، وهذا للأسف ما هو عليه الحال في أقطار الوطن العربي⁽¹⁾.

أ/ في مجال التشريع: إن إقرار حالة الطوارئ يمنح السلطة التنفيذية سلطات واسعة ولعل أخطرها ما تخوله الدساتير من صلاحيات لرئيس الجمهورية في المجال التشريعي وهو حقه أن يشرع بأوامر في الحالات الاستثنائية وهو ما يعتبر سلباً لاختصاص السلطة التشريعية وهذا ما جاء به كل من الدستور المصري والجزائري، حيث نص هذا الأخير في مادته - 124 - فقرة الرابعة على حق رئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية وهذا ما تضمنته فعلاً المراسيم الرئاسية والتي تم بموجبها إعلان حالتها الحصار والطوارئ، إذ تم وضع قيود على حرية الأشخاص في التنقل والإقامة والاجتماع، كذلك السماح للسلطات العامة بحجز وتفشيح الأشخاص وانتهاك حرمة المساكن دون التقيد بما نصت عليه قوانين الإجراءات الجزائية.

(1) المادة 91- من الدستور الجزائري + المادة 1487 من الدستور المصري.



أما في مصر فنص قانون الطوارئ أن رئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارئ أن يتخذ التدابير المناسبة للمحافظة على الأمن والنظام العام وله على وجه الخصوص:

- 1- وضع القيود على حرية الأشخاص.
- 2- الرقابة على المراسلات والمطبوعات.
- 3- القيود على فتح المحلات العامة وإغلاقها.
- 4- التكليف بتأدية أي عمل والاستيلاء على أي عقار أو منقول.
- 5- فرض القيود على حمل الأسلحة.
- 6- القيود على الإقامة في بعض المناطق وعلى وسائل النقل والمواصلات.

وقد عدد قانون الطوارئ المصري هذه السلطات الاستثنائية على سبيل المثال لا الحصر وذلك حسب ما جاء في نص المادة الثالثة منه⁽¹⁾.

ب/ في مجال القضاء: يمكن لرئيس الجمهورية أن تمتد صلاحياته الممنوحة له في بعض الدول وعند إعلان حالة الطوارئ إلى سلب اختصاص السلطة القضائية، هذه الأخيرة والتي تعتبر بمثابة الضامن الأساسي لممارسة الأفراد لحقوقهم.

وهذا ما جاء في نص المادة - 34 - من الدستور المصري.

كذلك ما جاء به قانون الطوارئ المصري لعام - 1982 - والذي أنشأ محاكم أمن الدولة والمحاكم العسكرية، هذه المحاكم لن تكون عادلة في ظل غياب الضمانات التي تكفل حياد القضاة العسكريين وضمانات الدفاع التي يجب أن يتمتع بها المتهمون.

وفي معرض تفسيرها لنصوص العهد الدولي لحقوق الإنسان والمدنية والسياسية لاحظت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أن المدنيين يحاكمون في العديد من البلدان أمام محاكم عسكرية أو خاصة هي غالباً ما تفتقر إلى الضمانات الصارمة المنبثقة عن إقامة العدل على الوجه الصحيح وفقاً للاشتراطات الواردة في المادة الرابعة عشر من الاتفاقية والتي تعتبر أساساً لحماية فعالة لحقوق الإنسان ولذلك ينبغي أن تكون محاكمة المدنيين من قبل محاكم من هذا النوع

(1) د. عبد الحميد الشواي - المرجع السابق - ص: 113.



إجراء "استثنائياً" إلى أبعد الحدود، وينبغي أن يوفر هذا الإجراء الضمانات الكاملة المترتبة على المادة الرابعة عشر⁽¹⁾.

كذلك في غير حالات الطوارئ الاستثنائية - يمكن لدول أن تقيم المحاكم العسكرية وفي ظل قوانين مكافحة الإرهاب، وهذا ما أشارت إليه منظمة العفو الدولية - إلى هذا النوع من المحاكمات غير الشرعية، وذلك في أعقاب إصدار محكمة تونس العسكرية، أحكاماً بالسجن لفترات طويلة على بعض المواطنين بتهم الانتساب لتنظيم إرهابي حيث ذكرت منظمة العفو الدولية في أحد تقاريرها الدورية -ينبغي على السلطات التونسية الكف عن ممارسة محاكمة المدنيين أمام المحاكم العسكرية والتي لا تستوفي إجراءاتها المعايير الدولية للمحاكمة العادلة⁽²⁾.

المبحث الثاني/ مشروعية قوانين الطوارئ

تشكل قوانين الطوارئ التي تنشأ نتيجة لإعلان الحالة الاستثنائية مجالاً خطيراً لانتهاك حقوق الإنسان، وما يمكن أن تشكله هذه القوانين من مخالفة لقواعد الحماية التي أقرتها الاتفاقيات المعنية بحقوق الإنسان سواء منها الدولية أو الإقليمية، وما يفرضه الانضمام لهذه الاتفاقيات من التزامات على عاتق الدول المنظمة إليها، وفي ضوء ما تضمنته المادة الرابعة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية من جواز تحلل الدول الأطراف من بعض التزاماتها الناشئة عن هذه الاتفاقية وذلك عند إقرار حالة الطوارئ الاستثنائية.

أولاً/ مدى جواز تحلل الدول من التزاماتها:

نصت المادة الرابعة من العهد الدولي على ما يلي -الفقرة الأولى- يجوز للدول الأطراف في العهد الحالي في حالات الطوارئ العامة التي تهدد حياة الأمة، والتي يعلن وجودها رسمياً، أن تتخذ من الإجراءات ما يحلها من التزاماتها طبقاً للعهد الحالي إلى المدى الذي تقتضيه بدقة متطلبات الوضع، على أن لا تتنافى هذه الإجراءات مع التزاماتها الأخرى بموجب القانون الدولي، ودون أن تتضمن تمييزاً على أساس العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الأصل الاجتماعي فقط.

(1) المعايير الدولية المتصلة بالاحتجاز السابق للمحاكمة - مركز حقوق الإنسان - جنيف - "تعليق اللجنة المعنية بحقوق الإنسان".

(2) التقرير السنوي لمنظمة العفو الدولية - لعام 2002.



الفقرة الثانية- ليس في هذا النص ما يجيز لهذه الدول التحلل من التزاماتها المنصوص عليها في المواد 6- 7- 8 فقرة أولى وثانية 11- 15- 16- 18 الفقرة الثالثة- على كل دولة طرف في العهد الحالي أن تستعمل حقها في التحلل من التزاماتها أن تبلغ الدول الأطراف في هذا العهد فوراً، عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة بالنصوص التي أحلت نفسها منها والأسباب التي دفعتها لذلك.

- عليها كذلك وبالطريقة نفسها، أن تبلغ نفس الدول بتاريخ إنهائها ذلك التحلل.

لقد حددت هذه المادة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية متطلبات إعلان حالة الطوارئ الاستثنائية وهي بالإضافة إلى وجود خطر يهدد حياة الأمة، وأن يتم ذلك من خلال إعلان رسمي لحالة الطوارئ، أوجبت أن تكون التدابير التي تتخذها الحكومة بالقدر الذي تتطلبه مقتضيات الموقف وأن لا تتجاوزها بما يقيد حقوق الإنسان وحرية بلا مبرر.

ولأن إعلان حالة الطوارئ يترتب عليه تقييد ممارسة الحقوق والحريات التي نصت عليها الدساتير والمواثيق الدولية والقوانين الداخلية وخاصة في ظل إمكانية تحلل الدول التي يتم فيها إعلان حالة الطوارئ من التزاماتها التي نصت عليها المادة التاسعة من العهد الدولي، والتي لم يشملها الحضر من التحلل الوارد في الفقرة الثانية من المادة الرابعة توجب إخضاع أداء السلطة التنفيذية للمراقبة خلال هذه الفترة، حتى لا يتم الخروج عن الإطار أو الهدف الذي من أجله تم إعلان حالة الطوارئ، وان يتم التحلل من الالتزامات الواردة في الاتفاقية بالقدر الضروري الذي يسمح من خلاله معالجة الأوضاع الناتجة عن إعلان حالة الطوارئ الاستثنائية، وأن لا يتم التوسع في مجال التحلل بما يشكل انتهاك لحقوق الإنسان في ظل قيام هذه الحالة⁽¹⁾.

وحتى لا تتخذ السلطات الحاكمة هذه الظروف كذريعة لقمع الحريات وفرض سلطاتها على الأفراد، وترتيباً على ذلك وطالما أن هذه الاتفاقية قد تضمنت نصاً صريحاً يعالج فكرة التحلل في الظروف الاستثنائية على النحو المتقدم، فإنه لا يجوز القول- بأن للدول الأطراف الحق في التذرع بحالة الضرورة للتحلل من أحكامها فيما يجاوز ذلك النطاق المحدد الذي سمحت به تلك النصوص، يضاف إلى ذلك خضوع الدول التي يعلن فيها قيام الحالة الاستثنائية، لرقابة وإشراف الأجهزة الدولية المعنية بهذا الوضع، والتي أثبتت كفاءتها بالفعل

(1) د- الشافعي محمد البشير- المرجع السابق- ص:266.



في رقابة الدول في هذا المجال وحماية حقوق الإنسان المحكوم من عدوان السلطة الحاكمة في الدولة التي يخاطب بأحكامها في ظل حالة الطوارئ، فأیما كانت حالة الطوارئ التي تمر بها البلاد لا يجوز مطلقا انتهاك الحق في الحرية الشخصية بالاعتقال بموجب إجراءات سرية، أو بطريق الاختطاف على أيدي أجهزة الأمن السرية، كما أنه من غير المتصور كذلك أن يهدر حق المعتقل في أن يعرض على القضاء للنظر في مدى مشروعية اعتقاله⁽¹⁾.

والمفهوم كذلك من نص المادة الرابعة من العهد الدولي أن حالة الطوارئ هي حالة استثنائية لا يجوز أن تتحول إلى حالة عادية في الحكم تستمر عدة سنوات كما هو الحال في البلدان العربية، وتتخذ منها الحكومات ستارا لتعطيل ممارسة حقوق الإنسان وحرياته والتي ضمنها الدساتير والمعاهدات والمواثيق الدولية، فكم من الجرائم ارتكبت ضد حقوق الإنسان وتحت مسمى الحفاظ على الأمن والاستقرار في ظل حالة الطوارئ، وكم من الألوف زج بهم في غياهب السجون في ظل حالة الطوارئ والتي لم يعد لاستمرارها أي مبرر⁽²⁾.

ثانيا/ تعارض قوانين الطوارئ وقواعد الحماية:

يتمثل التعارض بين القوانين الوطنية وقواعد الحماية لحقوق الإنسان في وجود قاعدة قانونية داخلية لا تحقق الحماية الجنائية لحق أو أكثر من حقوق الإنسان، أو تحققها بصورة أقل من المستوى المعتبر حدا أدنى لهذه الحماية وفقا لمصادرها.

ويعتبر هذا المستوى من الحماية هو المعيار القانوني الذي يقاس عليه وجود تعارض بين القواعد الداخلية وبين القواعد الدولية من عدمه.

فإذا نصت القاعدة الأولى مثلا على أن فعلا من الأفعال هو حق من حقوق الإنسان، يجب حمايته، فإن وجود قاعدة قانونية أخرى في ذات النظام القانوني تجعل منه جريمة يعاقب فاعلها، فلا شك أن هناك تعارضا بين هذه القواعد وهنا نكون أمام تعارض كلي، أما إذا ما تضمنت القاعدة الأولى درجة معينة من الحماية القانونية لحق من حقوق الإنسان، بينما تضمنت القاعدة الثانية درجة أقل من تلك الحماية، فإننا نكون أيضا أمام تعارض بين هذه

(1) د. خيرى أحمد كباش - المرجع السابق - ص: 563.

(2) د - عادل المكي - حقوق المعتقل في ظل قانون الطوارئ - مركز حقوق الإنسان لمساعدة السجناء -

الطبعة الأولى - 2001 - ص: 03.



القواعد، ولكن بصورة جزئية كما لو نصت القاعدة الأولى على أنه "يجب تقديم المقبوض عليه أو الموقوف فوراً أمام القاضي، ويكون من حق المقبوض عليه أو الموقوف أن يقدم إلى المحاكمة خلال زمن معقول أو أن يفرج عنه، بينما منحه المادة الأخرى ذات الحق لكن بعد ثلاثين يوماً من تاريخ القبض أو الاعتقال، ثم وضعت بعد ذلك عقبات قانونية تجعل الإنسان المعتقل رهن الاعتقال المشكوك في مشروعيتها لفترات تزيد عن تسعين يوماً"⁽¹⁾.

وبالرغم من أن كلا النصين يشمل نوعاً من الحماية لحق المقبوض عليه أو المعتقل، إلا أن القاعدة الأولى أوجبت أن يكون العرض على القضاء فوراً، بينما أخلت القاعدة الثانية هذا الجزء من الحماية بصورة واضحة، مما يعد تعارضاً جزئياً بين القواعد يجب معالجته.

وبالنظر لنصوص قوانين الطوارئ المنظمة للأوضاع غير العادية، يمكن القول أن نص المادة الثالثة مكرر من القانون - 50 - لسنة 1982 - والمتضمن لقانون الطوارئ المصري، يعد هذا النص متعارضاً تعارضاً كلياً مع القواعد الدولية لحقوق الإنسان، رغم ما قد يوحي به ظاهر هذا النص من توافر بعض الضمانات للإنسان المعتقل على خلاف حقيقته.

فعند قراءة هذا النص نجد أنه يقر الضمانة للمعتقل في إحدى فقراته ويهدرها في الفقرة التي تليها، فيظل المقبوض عليه أو المعتقل يدور في دوامة الحرمان من الحرية باسم التشريع ويظل وزير الداخلية أو من ينوب عنه مالكا لزام الأمر من بدايته حتى نهايته.

ودور القضاء والذي من المفترض أنه يمثل طوق نجاة للضحية هنا نجد أنه يدور في حلقة مفرغة بسبب صياغة هذا النص المتعمدة.

حيث نصت المادة الثالثة مكرر من قانون الطوارئ المصري - على أن - "يبلغ فوراً كل من يقبض عليه أو يعتقل وفقاً للمادة السابقة بأسباب القبض عليه أو اعتقاله، ويكون له حق الاتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع والاستعانة بمحام، ويعامل المعتقل معاملة المحبوس احتياطياً، وللمعتقل ولغيره من ذوي الشأن أن يتظلم من القبض أو الاعتقال إذا انقضى ثلاثون يوماً من تاريخ صدوره دون أن يفرج عنه ويكون التظلم بطلب يقدم إلى محكمة أمن الدولة العليا، المشكلة وفقاً لأحكام هذا القانون، وتفصل المحكمة في التظلم بقرار مسبب خلال 15 يوم من تاريخ تقديم التظلم وذلك بعد سماع أقوال المقبوض عليه أو المعتقل وإلا تعين الإفراج

(1) أنظر - قانون الطوارئ وأمن الدولة - أ. أحمد يوسف - المكتب الفني للإصدارات القانونية - القاهرة



عنه فوراً، ولوزير الداخلية في حالة صدور قرار بالإفراج أو في حالة عدم الفصل التظلم في الموعد المنصوص عليه في الفقرة السابقة أن يطعن في قرار الإفراج خلال 15 يوم من تاريخ صدور القرار أو انقضاء الموعد المشار إليه، فإذا طعن وزير الداخلية على القرار أحيل الطعن إلى دائرة أخرى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديمه على أن يفصل فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإحالة وإلا وجب الإفراج عن المعتقل فوراً أو يكون قرار المحكمة في هذه الحالة واجب النفاذ، وفي جميع الأحوال يكون لمن رفض تظلمه الحق في أن يتقدم بتظلم جديد كلما انقضى ثلاثون يوماً من تاريخ التظلم.

وفي هذا المعرض وعند مناقشة لجنة حقوق الإنسان للتقرير الذي قدمته الجمهورية المصرية بشأن حقوق الإنسان فقد أبدى أعضاء اللجنة ملاحظاتهم على قانون الطوارئ المصري والتي سنلخصها في عدة نقاط:

- 1- انشأ قانون الطوارئ محاكم أمن الدولة العليا، وكان التساؤل: هل الضمانات الواردة في المواد - 165 - 168 - من الدستور المصري والتي تؤكد استقلال القضاء تنطبق على هذه المحاكم؟ ومن الذي يقوم بتعيين أعضاء هذه المحاكم.
- 2- وجه الانتقاد للمادة الرابعة عشر من قانون الطوارئ والتي تنص على حق رئيس الجمهورية في إلغاء الأحكام الصادرة ببراءة المتهم والأمر بإعادة المحاكمة وقررت أن هذا النص يتعارض مع الفقرة السابعة من المادة الرابعة عشر من المعاهدة، والتي تنص على -أنه لا يجوز محاكمة أحد أو معاقبته مرة ثانية عن جريمة سبق أن نال حكمها نهائياً أو أفرج عنه فيها طبقاً لقانون.
- 3- لا يوجد حد أقصى لمدة الاعتقال طبقاً لقانون الطوارئ بما يتعارض مع المادة الرابعة عشر من الاتفاقية.
- 4- كذلك ذكر أنه ليس من الواضح إلى أي مدى قد تحللت مصر من النصوص الواردة بالعهد الدولي، كما يتضح من الدستور المصري أن رئيس الجمهورية له صلاحيات واسعة في إعلان حالة الطوارئ ويجب أن يضع في الاعتبار أن المادة الرابعة من العهد الدولي تفرض حدوداً معينة لإعلان حالة الطوارئ، كما أن هذا العهد نص على أن هناك مواد معينة لا يجوز التحلل من الالتزامات الواردة فيها رغم إعلان حالة الطوارئ.



5- أما عن الفترة التي اشتمل عليها قانون الطوارئ فذكر أن إعلان هذه الحالة في مصر قد أصبح شبه دائم⁽¹⁾.

ثالثاً/ الرقابة على سلطات الإدارة الاستثنائية:

إن نظرية الظروف الاستثنائية تتضمن ولا شك مخاطر جسيمة من شأنها أن تززع وتهدد حرية الأفراد الشخصية ويزيد من هذه الخطورة أنه ليس ثمة حداً فاصلاً قاطعاً لما يعتبر ظرفاً استثنائياً.

وفي ضوء ذلك يظهر بأن تلك النظرية والذي يعود أصلها للقضاء الفرنسي نظرية مرنة تضيق وتتسع لمواجهة تلك الظروف الاستثنائية، فتمنح الإدارة سلطات أوسع مما في النصوص إذا ما احتاجت لتلك التوسعة، كما يبدو أيضاً إلى أي مدى تصل حرية الجهات الرقابية في تعديل نطاق المشروعية خارج نطاق النصوص بل وضد النصوص.

والواقع أنه من الصعب وضع قواعد مجردة في هذا الصدد، وإنما يمكن أن نورد بعض التطبيقات للجهات الرقابية مثل - مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة النقض المصرية.

ومن تلك التطبيقات نبين أن القاعدة التي يسير عليها مجلس الدولة الفرنسي هي أن بعض القرارات الغير مشروعة في الظروف العادية يعتبرها المجلس مشروعة متى كانت لأزمة استقرار الأوضاع وتأمين النظام العام والمحافظة على سلامة الدولة ومن ثم يرفض المجلس بالتالي إلغائها⁽²⁾.

ومجلس الدولة الفرنسي وإن كان قد رفض منذ البداية اعتبار الإجراءات والأعمال الصادرة من السلطة التنفيذية بالتبعية لإعلان الحالة الاستثنائية من ضمن أعمال السيادة إلا أنه عوض السلطة التنفيذية عن ذلك بالسماح لها بان تستفيد إلى أكبر قدر مستطاع من نظرية أعمال الضرورة.

(1) التقرير المصري الأول لأوضاع حقوق الإنسان ومداولاته - مناقشة اللجنة حقوق الإنسان - ص: 15- 16 - 17.

(2) د. عبد الحكم فودة - المرجع السابق - ص: 327.



ومن أجل ذلك اعتبر كثيرا من المراسيم والإجراءات الصادرة من السلطة التنفيذية أثناء الحرب مشروعة رغم مخالفتها الظاهرة للقوانين، واستنادا إلى حلة الضرورة، كذلك حاول مجلس الدولة الفرنسي أن يحصر هذه النظرية في قيود ضيقة منها:

أولاً: إن سلطات الظروف الاستثنائية أولاً محدودة ومقصورة على هذه الظروف وحدها دون غيرها من الظروف، وبالقدر الضروري لمواجهتها، وهذه المرحلة من أهم مراحل المراقبة كونها تهدف إلى منع الإدارة من استغلال الأوضاع من أجل اتخاذ إجراءات والقيام بأعمال ليست بالضرورة لمواجهة الظروف الاستثنائية.

ثانياً: خضوع الإدارة في ممارستها لسلطات الظروف الاستثنائية لرقابة القضاء وبهذا تتميز نظرية أعمال السيادة عن نظرية الظروف الاستثنائية، ففي الحالة الثانية نجد أن قواعد المشروعية العادية تتسع بالقدر الذي يمكن الإدارة من أداء واجبها في المحافظة على النظام العام، ولكن المشروعية قائمة، بعكس أعمال السيادة التي لا تخضع بتاتا لرقابة قضائية⁽¹⁾.

كذلك هذا القضاء المصري حذو القضاء الفرنسي حين قرر مجلس الدولة المصري إخضاع الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية أثناء الظروف الاستثنائية لرقابة.

وقد قرر القضاء الإداري ومنذ نشأته بأن -نظام الطوارئ في مصر وإن كان نظام استثنائياً إلا أنه ليس بالنظام المطلق بل هو نظام، مهما كان المصدر التاريخي الذي استقاه منه المشرع، خاضع للقانون- وضع الدستور أساسه وبين القانون أصوله وأحكامه، ورسم حدوده وضوابطه، فيجب أن تكون حدوده بمقتضى هذه الأصول والأحكام وفي نطاق هذه الحدود والضوابط، وإلا كان كل ما يتخذ من التدابير والإجراءات متجاوزاً لهذه الحدود أو منحرفاً عنها عملاً مخالفاً للقانون فتتسبط عليه رقابة هذه المحكمة⁽²⁾.

كذلك أصدرت محكمة النقض المصرية حكماً أكدت فيه- وعند تعرضها لشرعية تعديل القوانين الجنائية السارية بغير طريقة السلطة التشريعية، حيث ورد في قضائها أن المشرع لم يجعل من سلطات الحاكم العسكري تعديل القوانين سارية المفعول حيث يظل تعديلها حرماً مصوناً للسلطة التشريعية تجريبه وفقاً للإجراءات التي رسمها الدستور، ووصفت

(1) د. عبد الحكم فودة- المرجع السابق- ص: 329.

(2) د. محمد ماهر أبو العينين- دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري- المنشورات الحقوقية-بيروت-لبنان-1998- ص: 608.



المحكمة تدخل الحاكم العسكري بتعديل النص الجنائي الساري المفعول بأمر عسكري مستندا إلى قانون الطوارئ بأنه اغتصاب للسلطة التشريعية، واعتبر أمر الحاكم العسكري في هذا الصدد معدوما وقضت بضرورة الالتفات عنه⁽¹⁾.

الخاتمة:

لقد تضمن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية معالجة جيدة للأوضاع الذي من شأنها تهديد استقرار وأمن الأمة وذلك عن طريق إعطاء الدول الحق في إعلان حالة الطوارئ الاستثنائية، حيث وضع لهذا الإعلان ضوابط محددة وخطوط حمراء لا يجب على الدول الأعضاء تجاوزها، إلا أن الواقع العملي لا نجد فيه احتراماً لهذه الضوابط، خاصة في بلداننا العربية حيث لا سلطان ولا رقابة على أنظمتها العربية، عكس ما هو معمول به مثلاً في الاتحاد الأوروبي، حيث أنه في دولنا العربية تعلن حالة الطوارئ بدون حاجة لها وتسن القوانين لقمع الحريات، ويزج بالآلاف في السجون تحت مسميات مثل المحافظة على الأمن، هذا الأخير والذي يزعجه مجرد التعبير عن الرأي هذا بالإضافة إلى ما نص عليه العهد الدولي من وجوب أن يكون إعلان هذه الحالة محدد بمدة زمنية معينة أو بعض المواد لا يجب التحلل منها في هذه الحالة إلا أن ذلك لا يتم احترامه، وفي ظل مثل هذه القوانين تنتهك الحقوق وتسلب الحريات وتعلن حالة الطوارئ ليس لأن مؤسسات الدولة في خطر بل لأن النظام الحاكم في خطر وكان الدولة أضحت مسيرة لخدمة النظام الحاكم وليس الشعب.

هذا كله يحدث عندما يعطي الدستور للسلطة التنفيذية الصلاحيات الواسعة في إعلان مثل هذه الحالة وبدون رقابة فاعلة على هذه الصلاحيات أو حتى على مجرد إقرار هذا الإعلان أو فترة سريان هذه الحالة وإذا ما كان هناك داعي لاستمرارها أو تمديدها.

(1) د. خيرى أحمد الكباش - المرجع السابق - ص: 409.

رضا المرأة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

أ/ أحمد عبود

أستاذ مساعد مكلف بالدروس

كلية الحقوق بجامعة سعد دحلب البلدية، الجزائر.

مقدمة:

إن الزواج سنة من سنن الله في الخلق والتكوين وهي عامة ومطردة، لا يشذ عنها عالم الإنسان أو عالم الحيوان أو عالم النبات⁽¹⁾، يقول الله تعالى: ﴿وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾⁽²⁾.

والزواج لغة، يعني الاقتران والاختلاط والضم أو الجمع أو هو الوطاء والعقد جميعا، يقول الله تعالى: ﴿وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ﴾⁽³⁾ أي قرنت بأبدانها وأعمالها⁽⁴⁾.

أما الزواج شرعا فهو عقد يفيد حل استمتاع الزوجين كل منهما بالآخر على الوجه المشروع، فيجعل لكل منهما حقوقا وواجبات، أو هو العقد الذي يفيد حل العشرة بين الزوجين - الرجل والمرأة - وتعاونهما مدى الحياة، ويحدد ما لِكليهما من حقوق وما عليه من واجبات⁽⁵⁾.

هذا يعني أن محل عقد الزواج هو موضوع العقد الذي اتفقت عليه إرادة المتعاقدين، وليست المرأة محلا للعقد بل هو حل الاستمتاع المشترك بين الزوجين⁽⁶⁾.

(1) السيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة السابعة، 1985، المجلد الثاني، ص 07

(2) سورة الذاريات، الآية 49.

(3) سورة التكويم، الآية 07.

(4) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الجزء الأول، ص 92.

(5) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1957، ص 19.

(6) عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، 1972، ص 67.



وهذا ما تضمنته المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"⁽¹⁾.

ونلاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع قد صرح بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، وذكر الغاية من هذا العقد، ومن هنا لم يتعرض القانون لموضوع عقد الزواج وآثاره القانونية ولعل عذر القانون من هذا الإغفال يكمن في الخشية من أن يظن أن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع واللذة فعدل عن ذلك لذكر الغاية منه⁽²⁾.

وفي هذا السياق قال الفقيه الحنفي "السرخسي": (وليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة، وإنما المقصود ما يبناه من أسباب المصلحة، ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضا ليرغب فيه المطيع والعاصي)⁽³⁾.

ولما كان أساس العلاقة التي تربط بين الرجل والمرأة المودة والرحمة لإنشاء أسرة متكاملة، فقد كان لزاما أن تقوم هذه العلاقة على أساس مبدأ التراضي الذي يشكل الركن الأساسي لكافة العقود وهو المبدأ الذي يعني حرية كل من الرجل والمرأة في الإقدام على العقد أو الإعراض عنه، أي حرية كل منهما في اختيار الآخر، وكذلك حرية كل منهما في التحلل منه إذا ما وجد بأن هذه العلاقة الزوجية لم تعد تحقق الغرض الأساسي من الزواج، وإذا تأملنا في هذه الحرية نجد أن حرية الرجل في إبرام عقد الزواج لا نقاش فيها وتعد من المسلمات البديهية، أما بالنسبة للمرأة فقد اختلفت المذاهب والآراء في منحها هذه الحرية، وذلك من خلال وجود نظام الولاية في عقد الزواج.

ومن ثمة نطرح التساؤل التالي: ما مدى حرية المرأة في التعبير عن رضاها في عقد الزواج، وهل يكفي رضاها في عقد الزواج أم يحتاج إلى رضاها فيلا عقد الزواج أم يحتاج إلى رضا أشخاص آخرين لإتمامه؟ وبناء على هذه الإشكالية طرحنا إشكالية فرعية نراها ضرورية، والمتمثلة في مدى اعتبار رضا المرأة عاملا أساسيا لاستقرار الحياة الزوجية والوقاية من كل ضرر وشقاق؟

(1) تم تعديل هذه المادة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، بحيث كانت المادة الرابعة، تنص على أن: "الزواج عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون والحفاظ على الأنساب" بحيث تم التأكيد بموجب هذا التعديل على رضائية عقد الزواج بالقول: "الزواج عقد رضائي...".

(2) بلجاج العربي، المرجع السابق، ص 31.

(3) شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 1993، الجزء الرابع، ص 194.



تلك هي إشكالية هذا البحث التي سنحاول الإجابة عليها في إطار أحكام الفقه الإسلامي وكذا أحكام قانون الأسرة الجزائري الذي عرف تعديلا هاما للقواعد القانونية التي تحكم رضا المرأة في عقد الزواج وكذا التي تحدد الطبيعة القانونية للولي، وذلك بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005. ولقد اعتمدت للإجابة على هذه الإشكالية على الخطة التالية:

- المبحث الأول وجود رضا المرأة في عقد الزواج.

- المبحث الثاني: مركز الولي في عقد الزواج وصلاحياته.

المبحث الأول: وجود رضا المرأة في عقد الزواج

يقتضي الحديث عن وجود رضا المرأة في عقد الزواج التطرق لمدى حريتها في مباشرة عقد الزواج وكذا الكيفية التي تعبر بها عن رضاها في إبرام عقد الزواج. ومن أجل تبيان ذلك جاء تقسيم هذا المبحث على النحو التالي:

- المطلب الأول: مدى حرية المرأة في مباشرة عقد الزواج

- المطلب الثاني: التعبير عن رضا المرأة في عقد الزواج

المطلب الأول: مدى حرية المرأة في مباشرة عقد الزواج

لم يتفق الفقهاء حول حرية المرأة في مباشرة عقد الزواج برضاها بدون وليها، وانقسموا إلى مذهبين رئيسيين هما:

أ- المذهب الأول: وهو قول الحنفية بجواز مباشرة المرأة لعقد الزواج برضاها دون تدخل

الولي، وللحنفية أقوال في ذلك نورد أهمها:

1- قول "السرخسي"⁽¹⁾: "المرأة إذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجه فزوجها جاز

النكاح وبه أخذ أبو حنيفة رحمة الله تعالى سواء كان الزواج كنفوا أو غير كنفه فالنكاح صحيح..".

2- قول "المرغيناني"⁽²⁾: "وينعقد نكاح المرأة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها

ولي بكرة كانت أو ثيبا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية".

(1) شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج 06، ص 10.

(2) المرغيناني، البداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الثالث، ص 246.

3- قول " ابن نجيم"⁽¹⁾: "نفذ نكاح حرة مكلفة بلا ولي لأنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة بالغة".

4- قول " ابن مازة"⁽²⁾: " لأن النكاح لا ينفذ على البكر البالغة من غير رضاها".

5- قول "شيخنا زاده الحنفي"⁽³⁾: "نفذ أي صح نكاح حرة بكرا كانت أو ثيبا بلا ولي أي لو كان النكاح بلا إذن ولي وحضوره عند الشيخين في ظاهر الرواية".

ودليل الحنفية في ذلك : قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنْكِحَ﴾ (سورة البقرة الآية 230) أضاف النكاح إليها ، ومن السنة حديث مسلم: (الأيام أحق بنفسها من وليها) وهي من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا ، أن فيه حقين: حقه وهو مباشرة عقد النكاح برضاها بغير رضاها ، وأما ما رواه الترمذي وحسنه: (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل) وما رواه أبو داود: (لا نكاح إلا بولي) فضعيضان أو تختلف في صحتهما فلن يعارض المتفق عليه صحته ، أو الأول محمول على الأمة والصغيرة والمعتوهة وعلى غير الكفء ، والثاني محمول على نفي الكمال أو هي ولية نفسها ، وفائدته نفي النكاح من لا ولاية له كالكاfer للمسلمة والمعتوهة والأمة ، فالمرأة تصرفت في خالص حقها ، وهي من أهله لكونها عاقلة بالغة ، ولهذا كان لها التصرف في المال ، والأصل هنا أن كل من يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه يجوز نكاحه على نفسه⁽⁴⁾.

ب- المذهب الثاني: وهو قول فقهاء المالكية⁽⁵⁾ ، الشافعية⁽⁶⁾ ، والحنابلة⁽⁷⁾ ، بعدم جواز مباشرة المرأة لعقد زواجها إلا بإذن وليها ، وذهب الظاهرية إلى اعتبار الولي في البكر فقط⁽⁸⁾ ، واستدل جمهور الفقهاء بالأدلة التالية:

- ما روت عائشة أن النبي ﷺ قال: (لا نكاح إلا بولي) قال أحمد ويحي هذا حديث صحيح ، وقد روي عن أحمد أن للمرأة تزويج معتقها ، فيخرج من هذا صحة تزويجها لنفسها بإذن وليها ،

(1) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت ، لبنان، الجزء الثالث، ص 117.

(2) محمود البخاري ابن مازة، المحيط البرهاني، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، 2004، الجزء الثالث، ص 55.

(3) شيخنا زاده الحنفي، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، الجزء الأول، ص 332.

(4) شيخنا زاده الحنفي المرجع السابق، ص 332. ابن نجيم، المرجع السابق، ج 03، ص 117.

(5) أحمد بن يحيى الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة شهاب، الجزائر، ص 73، 74.

(6) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، دار الفكر بيروت ، لبنان، الجزء السادس، ص 47.

(7) ابن قدامة، الكافي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان 1948، الجزء الثالث، ص 09.

(8) ابن حزم، المحلى، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، 233، ص 37- 38.



وتزويج غيرها بالوكالة، لما روت عائشة عن النبي ﷺ: (أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن أصابها، فلها المهر بما استحلت من فرجها، فإن اشتجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له) رواه أبو داود والترمذي، فمفهومه صحته بإذنه ولأن المنع لحقه فجاز بإذنه كنكاح العبد والأول المذهب لعموم الخبر الأول، ولأن المرأة غير مأمونة على البضع لنقص عقلها، وسرعة انخداعها، فلم يجز تفويضه إليها، كالمبذر في المال، بخلاف العبد فإن المنع لحق المولى خاصة، وإنما ذكر تزويجها بغير إذن وليها، لأنه الغالب إذ لو رضي لكان هو المباشر له دونها⁽¹⁾.

- قوله: (لا نكاح إلا بولي) هذا النفي يتوجه إما إلى الذات الشرعية، لأن الذات الموجودة أعنى صورة العقد بدون ولي ليست شرعية، أو يتوجه إلى الصحة التي هي أقرب المجازين إلى الذات، فيكون النكاح بغير ولي باطلا كما هو مصرح بذلك في حديث عائشة المذكور، لأن النهي يدل على الفساد المرادف للبطلان، وقد ذهب إلى هذا علي وعمر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو هريرة وعائشة والحسن البصري وابن المسيب، وابن شبرمة وابن أبي ليلى والعترة وأحمد وإسحاق والشافعي وجمهور أهل العلم فقالوا: "لا يصح العقد بدون ولي، قال ابن المنذر: "إنه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك.. وعن مالك: يعتبر الولي في الرقبة دون الوضعية"⁽²⁾.

- قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ فمعنى قوامون على النساء قيامهم بمصالحهن، وفيها ولاية تزويجهن.⁽³⁾

- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُوهُنَّ﴾، ووجه الاستدلال بهذه الآية نهي الأولياء عن العضل، لأنه لو كان عقد المرأة على نفسها جائز لم يكن الولي عاضلا بامتناعه من العقد عليها لأنها تعقد على نفسها ولا تبالي بمنع وأما السنة فخير (لا تزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها)، وخبر (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاح باطل، باطل، باطل) قاله ثلاثا، وقال أبو حنيفة تزوج نفسها قياسا على بيعها وشرائها⁽⁴⁾.

(1) إبن قدامة، المرجع السابق، ج 03، ص 09.

(2) الشوكاني، نيل الأوطار، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، الجزء السابع، ص 211، وأنظر في هذا المعنى، الصنعاني، سبل السلام، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ص 673، 674.

(3) القليوبي، حاشيتا القليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1998، الجزء الثالث، ص 222. محمد بن إدريس الشافعي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1980، ص 175.

(4) النفراوي، الفواكه الدواني شرح رسالة القيرواني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الثاني، ص 04.



وقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ لا يدل على صحة نكاحها نفسها بل على أن نكاحها إلى الولي، لأنها نزلت في معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته فدعاه النبي ﷺ فزوجها، فلو لم يكن لمعقل ولاية النكاح لما عاتبه تعالى على ذلك وإنما أضافه إلى النساء لتعلقه بهن وعقده عليهن، فلا يصح من امرأة نكاحها لنفسها أو لنكاحها لغيرها لأنه إذا لم يصح نكاحها لنفسها لغيرها أولى⁽¹⁾.

ففي الآية دليل على أنه لا يجوز النكاح بغير ولي لأن أخت معقل كانت ثيباً، ولو كان الأمر إليها دون وليها لزوجت نفسها ولم تحتج إلى وليها معقل⁽²⁾.

وبعرضنا لأقوال الفقهاء في شأن حرية المرأة في مباشرة الزواج دون رضا وليها، نرى أنه لا يمكن الأخذ بأحد المذهبين على إطلاقه وذلك باعتبار أن عقد الزواج ليس كبقية العقود الأخرى التي تبرمها المرأة دون إذن وليها إذا كانت رشيدة، فالزواج يجمع في أن واحد عدة مصالح، فالمرأة لها مصلحة في إبرام عقد الزواج والولي أيضاً له مصلحة في زواج ابنته زواجا يحفظ كرامته وكرامة العائلة فالزواج لا يجمع فقط بين رجل وامرأة بل يتعدى إلى إيجاد علاقة مصاهرة بين عائلتين تقتضي أن يكون للولي دور في تكوين هذه العلاقة التي ينبغي أن تبنى على أساس شرعي متين، ومن ثم فالأصل في الزواج هو رضا الزوجة ولا يجوز للولي أن يعارض رغبة موليته في الزواج إلا إذا أساءت الاختيار، فوجود الولي بجانب المرأة في عقد الزواج وجب النظر إليه من زاوية الإيجابية، فالمرأة في غالب الأحوال تجهل خبايا الرجال ولا يمكن لها معرفتها إلا بمساعدة وليها، فغالبا ما يكون رضا المرأة مبينا على العاطفة، فوجود الولي بجانبها قد ينقذها من تأسيس علاقة زوجية مآلها الفشل والتفكك بسبب الضرر والشقاق الذي يخيم على الحياة الزوجية بمجرد ما تكتشف الزوجة عيوب زوجها التي أخفاها قبل الزواج والتي تجعل الحياة الزوجية مستحيلة الاستمرار.

وبالتالي فإذا امتنع الولي وكان امتناعه بغير سبب شرعي أو أي مبرر فإن الولاية تنتقل إلى القاضي، وإن لم يذكر في مرسومه أن له ولاية التزويج ولكن يشترط ألا يعزله ولي الأمر عن مثل ذلك بتخصيصه إياها بغيره، وذلك لأن الولاية للسلطان عند اختلاف الأولياء لقوله ﷺ: (فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له) وإن ذلك الامتناع لا يقل على الاشتجار بل لا يخلو

(1) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، الجزء الثاني، ص 637.

(2) القرطبي، تفسير القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الثالث، ص 157.



من اشتجار الأولياء عليه، إذ لا يمكن أن يوافق الممتنع كل الأولياء ولو كانوا دونه، ولأن الامتناع من غير مبرر شرعي يعد ظلماً، وولاية رفع المظالم إلى القاضي فهو الذي يتولى بالنيابة عن الولي الممتنع، كمن يمتنع عن القيام بأمر واجب عليه أن يؤديه، ويؤدي الامتناع إلى ظلم، فإن القاضي يتولى الواجب بالنيابة عنه إذا تعين ذلك طريقاً لرفع الظلم، ألا ترى أن القاضي يبيع مال المدين لسداد دينه إذا امتنع عن البيع والسداد، أو على الأقل يكرهه على البيع لأن ذلك هو السبيل لرفع الظلم⁽¹⁾.

ولأن القاضي إذا تولى العقد يكون عقده نيابة عن الولي العاضل (أي الممتنع ظلماً) يعد عقده في قوة عقد ذلك الولي، فإن كان الولي هو الأب كان عقد القاضي في قوة عقده، وإذا كان هو الأخ كان في قوة عقده وهكذا، وقد قالوا: إنما يعد الولي ممتنعاً بغير حق إذا امتنع عن تزويج الكفء وكان بمهر المثل⁽²⁾، وهذا ما نرجحه لقوة دليبه وضمانه لقيام أسرة مبنية على أساس متين يقي العلاقة الزوجية من كل ضرر وشقاق.

وبذلك نستطيع الجمع بين تلك الأدلة لنخرج منه بنتيجة تقول: إن الزواج حق مشترك بين المرأة ووليها، فلا يصح لواحد منهما أن يستقل به ابتداءً، بل لا بد من اشتراكهما فيه بتحقيق رضائهما معاً، فإذا تم ذلك قام أحدهما بمباشرته، ولا تمنع المرأة من ذلك لأن أنوثتها لا تصلح مانعاً عنه، فقد ثبت أن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن وهو غائب، فلما حضر أمضى العقد وإمضاء أخيها له دليل على صحة مباشرة المرأة لعقد الزواج⁽³⁾.

غاية الأمر أن مباشرة المرأة عقد زواج نفسها غير مستحسن في عرف الناس، فإبقاء لحياتها وصونها لكرامتها تدع ذلك لوليها يتولاه⁽⁴⁾.

وهذا ما جاء في رأي الإمام الأوزاعي وأبو ثور من الشافعية، وقال أبو ثور: "يجوز لها أن تزوج نفسها بإذن وليها أخذ بمفهوم قوله: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها"⁽⁵⁾.

(1) محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، ص 161.

(2) نفس المرجع، ص 162.

(3) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 1977، ص 264.

(4) نفس المرجع، ص 264.

(5) الشوكاني، المرجع السابق، ج 7، ص 216..



وقال الأوزاعي: إن كان الزوج كفوًا ولها من أمرها نصيب ودخل بها، لم يكن للولي أن يفرق بينهما، وقال أبو ثور: لا يجوز أن تزوج المرأة نفسها، ولا أن تزوجها امرأة، ولكن إذا زوجها رجل مسلم جاز، المؤمنون إخوة بعضهم أولياء بعض⁽¹⁾.

ونعتقد أن هذا ما أخذ به قانون الأسرة الجزائري من خلال المادة 11 المعدلة بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، التي تنص على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره".

المطلب الثاني: التعبير عن رضا المرأة في عقد الزواج:

يقصد بالتعبير عن رضا المرأة في عقد الزواج الكيفية الشرعية والقانونية التي تتبعها المرأة لإعلان إرادتها في إبرام عقد الزواج، ومن أجل تبيان هذه الكيفية جاء تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين: - الفرع الأول: الألفاظ الدالة على رضا المرأة في عقد الزواج. - الفرع الثاني: طرق التعبير عن رضا المرأة في عقد الزواج.

الفرع الأول: الألفاظ الدالة على رضا المرأة في عقد الزواج:

إتفق الفقهاء قاطبة على أن لفظي "الزواج" و"النكاح" ينعقد - بما يصاغ منها لفظ الإيجاب والقبول - عقد الزواج من غير دليل ولا قرينة، لأنهما اللفظان الموضوعان في اللغة والشريعة للدلالة على هذا العقد، وهما المستعملان في أكثر نصوص القرآن والسنة⁽²⁾: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ﴾⁽³⁾، ﴿زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ﴾⁽⁴⁾، (من استطاع منكم الباءة فليتزوج)⁽⁵⁾.

(1) ابن حزم، المرجع السابق، ج 9، ص 32.

(2) مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق، بيروت، لبنان، الطبعة التاسعة، 2001، ص 74.

(3) سورة النساء، الآية 03

(4) سورة الأحزاب، الآية 37.

(5) رواه البخاري ومسلم.



غير أن الفقهاء اختلفوا في إنشاء عقد الزواج بغير هذين اللفظين، وجاء اختلافهم على المذاهب الثلاثة التالية:

أ- مذهب الشافعية والحنابلة: يرى الإمام الشافعي والإمام أحمد أن عقد الزواج لا ينعقد إلا بلفظي "الزواج" و"النكاح" قال الشافعي: "فسمى الله - تبارك وتعالى - النكاح إسمين: النكاح والتزويج، وقال عز وجل: ﴿وَأَمْرًا مُّؤَمَّنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾⁽¹⁾، فأبان جل ثناؤه أن الهبة لرسول الله صلى الله عليه وسلم دون المؤمنين، والهبة، والله تعالى أعلم، تجمع أن ينعقد له عليها عقدة النكاح بأن تهب نفسها له بلا مهر، وهذا دلالة على ألا يجوز نكاح إلا باسم النكاح أو التزويج، ولا يقع بكلام غيرهما، وإن كانت معه نية التزويج، وأنه مخالف للطلاق الذي يقع بما يشبه الطلاق من الكلام، مع نية الطلاق، وذلك أن المرأة قبل أن تزوج محرمة الفرج، فلا تحل إلا بما سمى الله عز وجل أنها تحل به، لا بغيره...ولو قال جئتك خاطبا لفلانة، فقال قد زوجتكها، لم يكن نكاحا حتى يقول، قد قبلت تزويجها، ولو قال: جئتك خاطبا لفلانة فزوجتها: فقال: قد زوجتكها، ثبت النكاح"⁽²⁾.

فحسب المذهب الشافعي ينعقد الزواج بلفظتان وهما النكاح والتزويج، لأن كتاب الله تعالى قد جاء بهما...ولأن معناهما في اللغة متشابهان⁽³⁾.

وطبقا للمذهب الحنبلي فلا يصح الإيجاب إلا بلفظ النكاح والتزويج، فيقول: زوجتك ابنتي، أنكحتكها، أن ما سواهما لا يأتي على معنى النكاح فلا ينعقد به، كلفظ الإحلال، لأن الشهادة شرط في النكاح، وهي واقفة على اللفظ وغير هذا اللفظ ليس بموضوع النكاح، وإنما يصرف إليه بالنية ولا شهادة عليها، فيخلو النكاح عن الشهادة، وأما القبول فيقول: قبلت النكاح وإن اقتصر على قبلت صح، لأن القبول يرجع إلى ما أوجبه الولي⁽⁴⁾.

ولا ينعقد بغير لفظ النكاح والتزويج، وبهذا قال "سعيد بن المسيب" و"عطاء" و"الزهري" و"ربيعة" و"الشافعي"، وقال الثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وأبو عبد

(1) سورة الأحزاب، الآية 50.

(2) محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الخامس، ص 03.

(3) الماوردي، الحاوي الكبير في الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الحادي عشر، ص 214.

(4) ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج 3، ص 28.

وداود: ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتملك، وفي لفظ الإجارة عن أبي حنيفة روايتان⁽¹⁾: يقول ابن قدامة: ولنا قوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾⁽²⁾، فذكر ذلك خالصا لرسول الله صلى الله عليه وسلم ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح كلفظ الإجارة والإباحة والإحلال، ولأنه ليس بصريح في النكاح فلا ينعقد به كالذي ذكرنا وهذا لأن الشهادة شرط في النكاح، والكناية إنما تعلم بالنية ولا يمكن الشهادة على النية لعدم إطلاعهم عليها فيجب ألا ينعقد، وأما الخبر فقد روي زوجتكها وأنكحتكها وزوجناكها من طرق صحيحة...⁽³⁾.

ب- **مذهب الحنفية:** حسب مذهب الحنفية ينعقد الزواج بلفظة الهبة والصدقة، والتملك، قال "السرخسي": قال رضي الله عنه: النكاح بلفظة الهبة والصدقة والتملك صحيح في قول علمائنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى، لا يصح إلا بلفظة النكاح والتزويج⁽⁴⁾.

ويقول "الكاساني": "أما بيان اللفظ الذي ينعقد به النكاح بحروفه فنقول وبالله التوفيق، لا خلاف أن النكاح ينعقد بلفظ الإنكاح والتزويج، وهل ينعقد بلفظ البيع والهبة والصدقة والتملك، قال أصحابنا رحمهم الله، وقال الشافعي: لا ينعقد إلا بلفظ الإنكاح والتزويج، فإنهن عندكم عوان اتخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله" وكلمته التي أحل بها الفروج في كتابه الكريم لفظ الإنكاح والتزويج فقط قال الله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ﴾ وقال سبحانه وتعالى: ﴿زَوْجَتَكُمْ﴾ ولأن الحكم الأصلي للنكاح هو الأزواج والملك يثبت وسيلة إليه فوجب اختصاصه بلفظ يدل على الأزواج وهو لفظ التزويج، والإنكاح لا غير.

ولنا أنه انعقد نكاح رسول الله ﷺ بلفظ الهبة فينعقد به نكاح أمته ودلالة الوصف قوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ معطوفا على قوله: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِنْ أَحَلَّلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ﴾ أخبر الله تعالى أن المرأة المؤمنة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ عند استنكاحه إياها حلال له وما كان مشروعاً في حق النبي ﷺ يكون مشروعاً في حق أمته هو الأصل حتى يقوم دليل الخصوص. فإن قيل: قد قام دليل بخصوص ههنا، وهو قوله تعالى:

(1) ابن قدامة، المغنى، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الجزء التاسع، ص 340.

(2) سورة الأحزاب، الآية 50.

(3) ابن قدامة، المغنى، المرجع السابق، ج 09، ص 340.

(4) السرخسي، المرجع السابق، ج 06، ص 60.



﴿ خَالِصَةً لِّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ بغير أجر فالخلوص يرجع إلى الأجر إلى لفظ الهبة، أحدها: ذكره عقبه، وهو قوله عز وجل: ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ ﴾ فدل أن خلوص تلك المرأة له كان بالنكاح بلا فرض منه. والثاني: أنه قال تعالى: ﴿ لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ ﴾ ، ومعلوم أنه لا حرج كان يلحقه في نفس العبارة، وإنما الحرج في إعطاء البذل: والثالث: أن هذا خرج مخرج الامتثال عليه وعلى أمته في لفظ الهبة ليست تلك في لفظة التزويج، فدل أن المنة فيما صارت له بلا مهر فانصرف الخلوص إليه، ولأن الانقضاء بلفظ النكاح والتزويج لكونه لفظا موضوعا لحكم أصل النكاح شرعا هو الأزواج وأنه لم يشرع بدون الملك، فإذا أتى به يثبت الأزواج باللفظ ويثبت الملك الذي يلازمه شرعا...⁽¹⁾.

ثم يضيف "الكاساني" بقوله: "فلما قلتم بأن جواز النكاح بهذه الألفاظ ليس حكم الله تعالى، والدليل على أنه حكم الله تعالى ما ذكرنا من الدلائل مع أن كل لفظ جعل عاما على حكم شرعي فهو حكم الله تعالى وأضافه الكلمة إلى الله تعالى باعتبار أن الشارع هو الله تعالى فهو الجاعل للفظ سبب لثبوت الحكم شرعا فكان مسكوتا عنه فلا يصح الاحتجاج به ولا ينعقد النكاح بلفظ الإجارة عند مشايخنا...⁽²⁾ وحكي عن الكرخي أنه ينعقد بلفظ الإجارة لقوله تعالى: ﴿ فَتَأْتِيهِمْ أَجْرُهُمْ ﴾ سمي الله تعالى المهر أجر ولا أجر إلا بالإجارة، فلو لم تكن الإجارة نكاحا لم يكن المهر أجرا، وجه قول العامة: أن الإجارة عقد مؤقت بدليل أن الدليل يبطلها، والنكاح عقد مؤبد بدليل أن التوقيت يبطله...، ولا ينعقد بلفظ الإجارة؟ لأن الإجارة أن كانت إباحة المنفعة فالنكاح لا ينعقد بلفظ الإباحة لانعدام معنى التمليك أصلا، وإن كانت تمليك المتعة فالنكاح لا ينعقد إلا بلفظ موضوع لتمليك الرقبة ولم يوجد⁽³⁾.

ج- مذهب المالكية: أما رأي المالكية في الألفاظ التي ينعقد بها النكاح نستنتج مما جاء في حاشية العدوى قوله: 'فمن الولي بكل لفظ الخ' ومثل الماضي المضارع، كأنكحك وأزوجك أعلم أن وقوعه بما ذكره الشارح لا إشكال فيه، وأما بغيره من وهبت وغيرها ففيه تفصيل محصله ثلاثة أقسام: قسم لا ينعقد به ولو نوى به النكاح واقتران بلفظ الصداق وهو لفظ الوقف والحبس والعمرى والإجارة والرهن والعارية والوصية، وقسم ينعقد به إذا أقرن

(1) الكاساني، البدائع، دار الكتب العربي، القاهرة، 1996، الجزء الثاني، ص 344.

(2) الكاساني، المرجع السابق، الجزء 2 ص 344.

(3) نفس المرجع، ص 344.



بلفظ الصداق وهو لفظ الهبة والصدقة والعطية ونحوها كالمنحة وتسمية الصداق تتضمن إرادة النكاح بما قارنها ، وقسم فيه التردد وهو لفظ الهبة والصدقة وما معها حيث لم يسم مع ذلك الصداق وقصد بها النكاح وكذا لفظ الإباحة والإحلال ، والإطلاق والبيع والتمليك ونحوها إذا قصد بها النكاح أو سمي معها الصداق ، والراجع عدم الانعقاد⁽¹⁾.

وقال ابن عاصم الأندلسي: " فإنه ينعقد النكاح به كأنكحت اتفاقا وأدخلت أيضا بعث وملكت ووهبت وتصدقت ومنحت وأعطيت ونحو ذلك حيث قصد بها النكاح وظاهره سمي معها صداقا أم لا ، إذ المراد عنه على كونها تقتضي التأبيد ، لا إن لم يقصد بها النكاح فلا ينعقد..."⁽²⁾.

وأمام هذا الاختلاف ، يبدو أن الراجع منه هو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية في عدم تقييد الرجل والمرأة في التعبير عن إرادتهما بلفظي الإنكاح والتزويج بحيث يجوز للمرأة أن تعبر عن إرادتها في إبرام عقد الزواج بكل لفظ له دلالة على نية الزواج التي يؤكدنها ويعاينها الشهود بحضورهم لمجلس العقد ، وإن ترجيحنا لهذا القول مبني على أساس قوة أدلته وتميزه بطابع التيسير في استعمال عدة ألفاظ تدل على قصد الزواج والنكاح.

وبناء على ما سبق نلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري تبنى موقف المالكية والحنفية في عدم تقييد التعبير عن إرادة المرأة والرجل بلفظي النكاح والتزويج وذلك من خلال الفقرة الأولى من المادة العاشرة التي تنص على أنه: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".

ويستتج من خلال الفقرة الأولى من المادة العاشرة أن رضا المرأة قد يكون إيجابا وقد يكون قبولا ، فلا يشترط أن يصدر الإيجاب من طرف معين ، بل إن اللفظ الذي يصدر ابتداء يسمى إيجابا ، واللفظ الثاني يطلق عليه قبولا ، فإذا قال الرجل للمرأة: تزوجتك على مهر قدره كذا ، فقالت المرأة: قبلت زواجك بما ذكرت من المهر ، كان الرجل موجبا والمرأة قابلة ، وإذا قالت المرأة أولا: تزوجتك نفسي على مهر قدره كذا ، فقال الرجل: قبلت منك الزواج ، بما ذكرت من المهر ، كانت المرأة موجبة والرجل قابلا⁽³⁾.

(1) العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992، الجزء الثاني، ص 49.

(2) ابن عاصم الأندلسي، التحفة في شرح البهجة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1998، الجزء الأول، ص 410.

(3) مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 74.



وبناء على ذلك فصحة عقد الزواج تبني أساسا على رضا الطرفين بألفاظ تؤدي إلى معنى النكاح لغة أو عرفا في مجلس واحد وبحضور شاهدين وتسمية صداق للزوجة.

الفرع الثاني: طرق التعبير عن رضا المرأة في عقد الزواج

أولا: التعبير الصريح:

إن التعبير الصريح عن الإرادة هو مظهرها الخارجي وعنصرها المادي المحسوس، ويكون التعبير عن الإرادة صريحا إذا كان المظهر الخارجي الذي اتخذته كلاما أو كتابة أو إشارة موضوعا للكشف عن الإرادة حسب المؤلفين بين الناس⁽¹⁾.

1- التعبير لفظا: إن الأصل في التعبير عن رضا المرأة في عقد الزواج أن يتم لفظا وذلك بالنطق والكلام عن طريق الألفاظ الدالة على معناه الأمر الذي أكدته الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".

ويصدر رضا المرأة في مكان العقد وهو اتحاد المجلس إذا كان العاقدان حاضرين وهو أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد حتى ولو اختلف المجلس لا ينعقد النكاح بأن كان حاضرين فأوجب أحدهما فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل يوجب اختلاف المجلس لا ينعقد، لأن انعقاده عبارة عن ارتباط أحد الشطرين بالآخر فكان القياس وجودهما في مكان واحدة⁽²⁾.

فلو تفرقت المجالس بعد الإيجاب وقبل القبول بطل الإيجاب⁽³⁾.

كما يجب ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول الآخر لأنه إذا رجع الموجب في إيجابه قبل القبول ألغي، فإذا جاء القبول بعد ذلك فقد جاء على غير إيجاب، ويجوز للموجب الرجوع في الإيجاب ما دام لم يرتبط بقبول لأن الالتزام لا يتم قبل الارتباط بين ركني العقد، وهما الإيجاب والقبول، وإذا لم يتم الالتزام فلا إلزام لأحد فالموجب أن يرجع⁽⁴⁾.

(1) عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1934، ص 150.

(2) الكاساني، المرجع السابق، ج 2، ص 348.

(3) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950، ص 41.

(4) نفس المرجع، ص 41.



وبناء عليه فللمرأة الحرية في الرجوع عن إيجابها في مجلس العقد إذا كانت هي الموجبة ما لم يقترن بقبول.

ثانياً: التعبير كتاباً.

لقد اختلف الفقهاء في مدى جواز النكاح بين غائبين بالكتابة على قولين:

- **القول الأول:** ومفاده عدم صحة النكاح بالكتابة سواء كان العاقدان حاضرين أم غائبين وهو قول المالكية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾، الحنابلة⁽³⁾.

قال الفقيه المالكي الدردير: "ولا تكفي الإشارة ولا الكتابة إلا لضرورة خرس"⁽⁴⁾.

وقال الفقيه الشافعي الخطيب الشربيني: "لا ينعقد بكتابة في غيبة أو حضور لأنها كناية، فلو قال الغائب: "زوجتك إبنتي، أو قال "زوجتها من فلان" ثم كتب فبلغه الكتاب أي الخبر، فقال: "قبلت" لم يصح وينعقد بإشارة الأخرس..."⁽⁵⁾.

- وقال الفقيه الحنبلي الرحيباني: "ولا يصح النكاح من قادر على النطق، بإشارة ولا كتابة للاستغناء عنها"⁽⁶⁾.

ودليل هذا القول بعدم انعقاد الزواج بالكتابة في غيبة أو حضور أن الكتابة كناية، وباعتبار عقد الزواج يحتاج إلى قبول كالبيع والإجارة فلا ينعقد بالكناية⁽⁷⁾.

- **القول الثاني:** وهو قول الحنفية⁽⁸⁾ بجواز انعقاد النكاح بالكتابة بين الغائبين دون الحاضرين.

(1) الدردير، الشرح الصغير، على أقرب المسالك، دار المعارف، مصر، 1992، الجزء الثاني، ص 329.

(2) الخطيب الشربيني، معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، الجزء الثالث، ص 181، 182.

(3) مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولى النهى، المكتب الإسلامي، دمشق، الجزء الخامس، ص 49، البهوتي، كشاف القناع، دار الفكر، بيروت، لبنان، الجزء الخامس، ص 39.

(4) الدردير، الشرح الصغير، المرجع السابق، ج 2، ص 326.

(5) الخطيب الشربيني، معنى المحتاج، المرجع السابق، ج 3، ص 181، 182، راجع أيضاً عبد الحميد الشرواتي، حواشي الشرواتي على تحفة المحتاج، دار الكتب العلمية، لبنان، 1996، ج 9، ص 77، 78.

(6) الرحيباني، المرجع السابق، ج 5، ص 49.

(7) الشربيني، معنى المحتاج، المرجع السابق، ج 3، ص 223.

(8) ابن نجيم، المرجع السابق، ج 3، ص 89.



قال الفقيه الحنفي ابن نجيم: "وقيد المصنف انعقاده باللفظ لأنه لا ينعقد بالكتابة من الحاضرين، فلو كتب تزوجتك فكتبت قبلت لم ينعقد، وأما من الغائب كالخطاب⁽¹⁾ .

ودليل قول الحنفية هو أن الكتابة من البعيد كالخطاب من القريب وباعتبار أن الكتاب يتضمن حروفاً تحتل المعنى المؤدي إلى غرض الزواج سواء بالإيجاب أو القبول وبالتالي فهو كالخطاب الصادر من المتعاقد الحاضر في مجلس العقد⁽²⁾ .

ومن خلال هذا الاختلاف الفقهي بين جمهور الفقهاء ومذهب الحنفية حول مدى اعتبار الكتابة وسيلة للتعبير عن الرضا في عقد الزواج فإن الذي يبدو مرجحاً هو قول الحنفية لقوة أدلتها، فإذا كانت الكتابة وسيلة للتعبير عن الإرادة بين غائبين في العقود الأخرى، فلا نرى مانعاً في اعتبارها كذلك في عقد الزواج بشرط أن يحضر ويسمع الشاهدان مضمون الرسالة التي تعلن الإيجاب أو القبول لإبرام عقد الزواج، ومن ثم يمكن للمرأة أن تعلن عن رضاها بالزواج كتابة إذا منعتها ظروف قاهرة عن حضور مجلس العقد وذلك عن طريق رسالة تتضمن إيجابها أو قبولها للزواج.

ولقد أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري صراحة بقول الحنفية بجواز انعقاد الزواج بالكتابة إذا كان أحد أطراف العقد غائباً وذلك من خلال المادة السابعة منه التي تنص على أنه: "يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائباً عن المجلس".

وبرجوعنا إلى قانون الأسرة الجزائري لا نجد نص صراحة على جواز انعقاد الزواج بالكتابة في حالة غياب أحد الطرفين عن مجلس العقد. وبالتالي وجب الرجوع إلى أحكام المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على أن: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

ويبدو أن ما ذهب إليه المذهب الحنفي جدير بالأخذ به لأنه يتميز بطابع التيسير على الناس باللجوء إلى الكتابة في التعبير عن الإرادة في الزواج خاصة مع التطور التكنولوجي الذي عرفته وسائل الاتصال والمتمثلة في التعاقد عن طريق الأنترنت بواسطة الكتابة، فالظاهر جواز ذلك بشرط ضمان أن يكون تبادل الإيجاب والقبول بعيداً عن كل تلاعب وغش

(1) نفس المرجع، ص 89.

(2) الزيعلي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، الجزء السادس، ص 218، ابن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، لبنان، الجزء السابع، ص 488.



وتدليس وتزوير وذلك على أساس ما قال به الحنفية بجواز انعقاد العقد بالكتابة بشرط وجود الشهود الذي يقرأون مضمون الخطاب لتأكيد الإرادة في عقد الزواج.

ويبقى ذلك في إطار شرعي مشروط باللجوء إلى الكتابة في حالات خاصة ولفئة من الناس الذين تمنعهم ظروفهم من حضور مجلس عقد الزواج، ومن ثم يبقى الأصل هو ضرورة حضور العاقدين لمجلس العقد مع الشهود لتبادل الرضا بتكوين العلاقة الزوجية.

ثالثاً: انعقاد الزواج بالإشارة:

لا يمكن اللجوء إلى التعاقد بالإشارة الدالة على الزواج إلا للأخرس وهذا ما اتفق عليه الفقهاء⁽¹⁾ وذلك باعتبار اللجوء إلى الإشارة كطريق للتعبير عن الرضا في عقد الزواج من قبيل الضرورة.

واشترط الشافعية لانعقاد الزواج بإشارة الأخرس التي لا يختص بها فطنون، أما ما يختص به الفطنون فإنه لا ينعقد بها إنها كناية فيجب أن تكون الإشارة شائعة ومنتشرة بين الفطنين وغيرهم من الأخرس.

كما يمكن للأخرس أن يلجأ للكتابة إذا كانت إشارته غير مفهومة ولم يتمكن من توكيل شخص للتعبير عن إرادته في عقد الزواج.

ولقد نصت الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون الأسرة على أنه: "ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة" ونلاحظ أن قانون الأسرة قد منح للعاجز عن التعبير عن إرادته في عقد الزواج الحرية في اختيار الكتابة أو الإشارة للتعبير عن إرادته، وبالتالي فالمرأة الأخرس يمكنها التعبير عن رضاها بالوسيلة التي تجيدها سواء كانت بالكتابة أو الإشارة التي تدل دلالة قاطعة على رضاها في إبرام عقد الزواج، وفي ذلك رفع للحرج وتيسير للأخرس في التعبير عن رضاه بالزواج، في حين أعطى قانون الأحوال الشخصية السوري الأولوية للكتابة كتعبير عن إرادة العاجز عن الكلام إذا كان يحسنها وإلا عليه باللجوء إلى الإشارة المفهومة، وهذا ما نستنتجه من خلال المادة 10 منه التي تنص على أنه: "يصح الإيجاب أو القبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبالإشارة المعلومة".

(1) الدردير، الشرح الصغير، المرجع السابق، ج 2، ص 329، الخطيب الشربيني، معنى المحتاج، المرجع السابق، ج 3، ص 181، 182، الرحيباني، المرجع السابق، ج 5، ص 49.



رابعاً: التعبير عن طريق السكوت

هل يمكن للمرأة أن تعبر عن قبولها بالزواج بمجرد التزام السكوت؟

الأصل أن السكوت وضع سلبي وهو في حكم العدم ولا يمكن أن نستنتج من العدم شيئاً، لذا يقول فقهاء الشريعة الإسلامية (لا ينسب لساكت قول) أي لا يمكن أن نحمل شخصاً بالتزام الرفض أو القبول بمجرد أنه التزم السكوت.

لكن السكوت كما تقول القاعدة الفقهية في معرض الحاجة بيان يمكن أن يصلح تعبيراً عن رضا المرأة في عقد الزواج إذا وجه إليها إيجاباً بالزواج، إلا أن هذه القاعدة لا تنطبق إلا على المرأة البكر التي لم يسبق لها الزواج، لأن المرأة الثيب يجب أن يكون تعبيرها عن قبولها بالزواج عن طريق التعبير الصريح أو الضمني إما بالقول أو الفعل، وتأكيداً لذلك نعرض بعض أقوال الفقهاء في اعتبار السكوت تعبيراً عن رضا المرأة البكر في عقد الزواج.

- قال الفقيه الحنفي الكاساني: "...ثم إن كانت ثيباً فرضاها يعرف بالقول تارة وبالفعل أخرى، أما القول فهو التصييص على الرضا، وما يجري مجراه نحو أن تقول: رضيت أو أجزت ونحو ذلك. والأصل فيه قوله: "الثيب تشاور"، وقوله: "الثيب يعرب عنها لسانها"، وقوله "تستأمر النساء في أبضاعهن"، وقوله: "لا تتكح اليتيمة حتى تستأمر" والمراد منه البالغة، وأما الفعل فتحو التمكين من نفسها والمطالبة بالمهر والنفقة ونحو ذلك، لأن ذلك دليل على الرضا، والرضا يثبت بالنص مرة وبالدليل أخرى والأصل فيه ما روي عن النبي ﷺ أنه قال لبريرة: **(إن وطئك زوجك فلا خيار لك)** وإن كانت بكراً فإن رضاها يعرف بهذين الطريقتين وبثالث فهو السكوت: وهذا استحسان. **والقياس:** أن لا يكون سكوتها رضا وجه القياس أن السكوت يحتمل الرضا ويحتمل السخط فلا يصلح دليل الرضا مع الشك والاحتمال، ولهذا لم يجعل دليلاً إذا كان المزوج أجنبياً أو ولياً غيره أولى منه، ولنا: ما روي عن رسول الله ﷺ: **(تستأمر النساء في أبضاعهن)**، فقالت عائشة رضي الله عنها: إن البكر تستحي يا رسول الله، فقال: **(إذن صامتاً)**. وروي سكوتها رضاها، وروي سكوتها إقرارها، وكل ذلك نص في الباب، وروي البكر تستأمر في نفسها فإن سكت فقد رضيت، وهذا أيضاً نص، ولأن البكر تستحي عن النطق بالإذن في النكاح لما فيه من إظهار رغبتها في الرجال فتتسبب إلى الوقاحة⁽¹⁾.

(1) الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص 361.

- قال الفقيه: "الشافعي النووي: "...لأن الثيب إنما اعتبر إذنها لذهاب الحياء بالوطء، والحياء لا يذهب يغير الوطء، الشرح: قوله: "يستأمرها أبوها" أي ينحكها بأمرها، أما حديث ابن عباس عن النبي ﷺ قال: " (الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها) فأخرجه مسلم عن طريق مالك... الأيم: في الحديث هي الثيب... ويحتمل: أنها أحق بالرضا، أي لا تزوج حتى تنطق بالإذن، بخلاف البكر في ذلك... وقوله: "إذنها صماتها" فظاهره العموم في كل بكر، وأن سكوتها يكفي مطلقا، وقال بعض الأصحاب: إذا كان الولي أبا أو جدا فيكفي سكوتها، وإن كان غيرها فلا بد من نطقها، لأنها تستحي من الأب والجد، والصحيح: أن السكوت كاف في جميع الأولياء، لعموم الحديث⁽¹⁾ وهذا ما نراه صوابا فالأحاديث الواردة في اعتبار سكوت البكر تعبير عن رضاها بالزواج لم تقيد به باعتبار الولي أبا أو جدا.

- قال الفقيه الحنبلي البعلي: "إذن البكر الصمات، أي: السكوت يقال صمت يصمت صمتا وصموتا وصماتا، وأصمت أي سكت"⁽²⁾.

- وقال أيضا الفقيه الحنبلي ابن قدامة: "ولنا قوله: "الثيب تعرب عن نفسها" ولأن قوله: "لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن وإذنها أن تسكت" يدل على أنه لا بد من نطق الثيب لأنه قسم النساء قسمين فجعل السكوت إذنا لأحدهما فوجب أن يكون الآخر بحاله وهذه ثيب فإن الثيب هي الموطوءة في القبل وهذه كذلك"⁽³⁾.

- قال ابن تيمية: "... فالنبي صلى الله عليه وسلم فرق بين البكر والثيب، كما قال في الحديث الآخر: (لا تنكح البكر حتى تستأذن ولا الثيب حتى تستأمر) فذكر في هذه لفظ (الإذن) وفي هذه لفظ (الأمر) وجعل إذن هذه الصمات كما أن إذن تلك النطق، فهذان هما الفرقان اللذان فرق بهما النبي ﷺ بين البكر والثيب، لم يفرق بينهما في الإيجاب وعدم الإيجاب، وذلك لأن البكر لما كانت تستحي أن تتكلم في أمر نكاحها لم تخطب إلى نفسها، بل تخطب إلى وليها ووليها يستأذنها، فتأذن له، لا تأمره ابتداء: بل تأذن له إذا استأذنها، وإذنها صماتها. وأما الثيب فقد زال عنها حياء البكر فتكلم بالنكاح، فتخطب إلى نفسها، وتأمر الولي أن يزوجه،

(1) النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1996، الجزء السابع عشر، ص 323، 324.

(2) شمس الدين البعلي، المطلع على أبواب المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ج 1، ص 320.

(3) ابن قدامة، المغنى، المرجع السابق، ج 09، ص 340.



فهي أمرة له، وعليه أن يطبعها فيزوجها من الكفء إذا أمرته بذلك، فالولي مأمور من جهة الثيب، ومستأذن للبكر فهذا هو الذي دل عليه كلام النبي ﷺ⁽¹⁾.

- قال الفقيه المالكي الزرقاني: "والبكر البالغ، وفي رواية شعبة عن مالك واليتمية مكان البكر تستأذن في نفسها، أي يستأذنها وليها أبا كان أو غيره تطيبها لنفسها وإذنها صماتها، بالضم سكوتها، قال القرطبي: هذا منه ﷺ مراعاة لتمام صونها وإبقاء لاستحيائها لأنها لو تكلمت صريحا لظن أنها راغبة في الرجال وذلك لا يليق بالبكر، واستحب العلماء أن تعلم صماتها إذن.. رواه مسلم عن سعيد بن منصور وقتيبة بن سعيد ويحي التميمي الثلاثة عن مالك وأخرجه أحمد والشافعي وأصحاب السنن كلهم عن طريق مالك وتابعه زياد بن سعد عن عبد الله بن الفضل بإسناده بلفظ: "الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأذنها أبوها وإذنها صماتها" وربما قال وصمتها إقرارها، رواه مسلم، قال ابن عبر البر: هذا حديث رفيع أصل من أصول الأحكام"⁽²⁾.

- قال الشوكاني: "قوله: لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا البكر حتى تستأذن" عبر للثيب بالاستثمار والبكر بالاستئذان فيأخذ منه فرق بينهما من جهة الاستثمار يدل على تأكيد المشاورة وجعل الأمر إلى المستأمة، ولهذا يحتاج الولي إلى صريح إذنها، فإذا صرحت بمنعه امتنع اتفاقا، والبكر بخلاف ذلك، والإذن دائر بين القول والسكوت بخلاف الأمر فإنه صريح في القول، هكذا في الفتح.... وقد استدلل بأحاديث الباب على اعتبار الرضا من المرأة التي يراد تزويجها، وأنه لا بد من صريح الإذن من الثيب وكفي السكوت من البكر، والمراد بالبكر التي أمر الشارع باستئذنها هي البالغة، إذ لا معنى لاستئذان الصغيرة لأنها لا تدري ما الإذن. قال ابن المنذر: "يستحب إعلام البكر أن سكوتها إذن، لكن لو قالت بعد العقد: ما علمت أن صمتي إذن لم يبطل العقد بذلك عند الجمهور، وأبطله بعض المالكية، وقال ابن شعبان منهم: يقال لها ذلك ثلاثا إن رضيني فاسكتي، وإن كرهتي فانطقي"⁽³⁾.

هذا ولم ينص قانون الأسرة على اعتبار السكوت طريقا من طرق التعبير عن رضا المرأة البكر في عقد الزواج مما يجعلنا نطبق نص المادة 222 من قانون الأسرة وذلك بالرجوع إلى

(1) ابن تيمية، مجموع فتاوى النكاح وأحكامه، الدار المصرية، اللبنانية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2001، ص 104، 105.

(2) الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ مالك، دار الفكر، بيروت، لبنان، الجزء الثالث، ص 126.

(3) الشوكاني، المرجع السابق، ج 7، ص 215.



أحكام الشريعة الإسلامية، ومن خلال ما سبق ذكره من أقوال الفقهاء، فإن الظاهر أن هناك إجماع فقهي على اعتبار السكوت دليل على رضا المرأة البكر دون الثيب التي لا بد من تعبيرها الصريح بالنطق أو الضمني باتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك على رضاها بالزواج، باعتبار أنها قد عرفت خبايا العلاقة الزوجية ومضمونها الجنسي، وبالتالي فلا حرج عندها من التعبير الصريح عن إرادتها للزواج مرة أخرى.

وبناء على ما سبق نتساءل ما يشترط أن تعبر المرأة عن رضاها باللغة العربية دون سواها؟

اتفق الفقهاء على عدم اشتراط أن يكون التعبير عن الإرادة في عقد الزواج باللغة العربية إذا كان المتعاقدان أو أحدهما لا يحسن الحديث باللغة العربية وهذه بعض أقوالهم:

- قال الفقيه ابن ضويان الحنبلي: "وبكل لسان من عاجز عن عربي لأن ذلك في لغته نظير الإنكاح⁽¹⁾ والتزويج ﴿لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾ ولا يلزمه تعلم أركانه بالعربية لأن النكاح غير واجب، فلم يلزم تعلم أركانه، ولأن المقصود هنا المعنى دون اللفظ لأنه متعبد بتلاوته"⁽²⁾.
- قال الفقيه النووي الشافعي: "والثالث: إن لم يحسن العربية، انعقد، وإلا، فلا..."⁽³⁾.
- قال الفقيه المالكي المليباري: "أركان النكاح أربعة: الأول: الإيجاب، والقبول: ولا يشترط فيهما العربية، ولو مع معرفتهما، لكن يشترط أن يترجم بما هو صريح فيه في تلك اللغة، ويشترط أن لا يطول فصل بينهما"⁽⁴⁾.
- قال ابن قدامة: "ومن قدر على النكاح بالعربية لم يصح بغيرها وهذا أحد قولي الشافعي، وعند أبي حنيفة ينعقد لأنه أتى لفظه الخاص انعقد به كما ينعقد بلفظ العربية"⁽⁵⁾.

(1) ابن قدامة، المغنى، المرجع السابق، ج 9، ص 340.

(2) ابن ضويان، منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1989، ج 2، ص 146.

(3) النووي، المرجع السابق، ج 6، ص 29.

(4) زين الدين المليباري، إرشاد العباد إلى سبيل الرشاد، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الجزء الأول، ص 232.

(5) ابن قدامة، المغنى، المرجع السابق، ج 9، ص 340.



أما إذا كان المتعاقدان يحسنان الحديث باللغة العربية، فإن جمهور الفقهاء⁽¹⁾ لا يلزمهما التعبير عن إرادتيهما بالعربية، بل يجوز لهما بكل لغة يمكن أن يحصل التفاهم بواسطتهما، لأن العبرة هو التعبير عن الإرادة، بألفاظ تدل على رغبة الزواج مهما كانت اللغة.

أما بالنسبة للإمامين الشافعي وأحمد فإن الزواج لا ينعقد بغير اللغة العربية، إذا كان المتعاقدان يحسنان التكلم بها لأنه عدول عن لفظ الانكاح والتزويج" مع إمكانهما، فلم يصح بغير ذلك بيع وتمليك وهبة لخبر مسلم: **(إتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله)**⁽²⁾.

قال ابن تيمية: "وهو وإن كان قربة (أي النكاح) فإنما هو كالعقود والصدقة، ومعلوم أن العتق لا يتعين له لفظ، لا عربي ولا عجمي، وكذلك الصدقة والوقف والهبة ولا يتعين لها لفظ عربي بالإجماع، ثم العجمي إذا تعلم العربية في الحال قد لا يفهم المقصود من ذلك اللفظ كما يفهمه من اللغة التي اعتادها، نعم! لو قيل: تكره العقود بغير العربية لغير حاجة كما يكره سائر أنواع الخطاب بغير العربية لغير حاجة لكان متوجها كما قد روي عن مالك وأحمد والشافعي ما يدل على كراهة اعتياد المخاطبة بغير العربية لغير حاجة"⁽³⁾.

وبناء على هذا الاختلاف الفقهي، فالظاهر أن القول الفقهي للأحناف والمالكية وما قال به ابن تيمية جدير بالترجيح، فما يقتضيه المعقول أن التعبير عن الإرادة في عقد الزواج لا يجب أن يقيد باللغة العربية لأن العبرة بالمعاني والمقاصد التي تؤدي إلى التعبير المناسب الذي يستتج منه الرغبة في إبرام عقد الزواج سواء كان إيجابا أو قبولا، وإن كان من الضروري أن يكون التعبير الأعجمي مفهوما عند الشهود أو بالإمكان ترجمته إلى العربية.

ومما لا شك فيه أن في هذا القول تيسير ورفح للحرج على الناس، وبالتالي فالمرأة لها الحرية في التعبير عن رضاها باللغة التي تحسنها أي التي تعبر تعبيرا صحيحا عن إرادتها في الزواج دون لبس أو غموض.

(1) المليباري، المرجع السابق، ج 1، ص 232 - المرغيناني، المرجع السابق، ج 3، ص 181، 182.

(2) ابن قدامة الكافي، المرجع السابق، ج 3، ص 28. النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 6، ص 29، الخطيب الشربيني، الإقناع، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 244.

(3) ابن تيمية، المرجع السابق، ص 31.



هذا ولم يقيد قانون الأسرة الجزائري المتعاقدان بالتعاقد بالعربية بل منح لهما الحرية في التعبير عن إرادتهما باللغة التي تؤدي إلى المعنى الصحيح سواء كان إيجاباً أو قبولاً، وهذا ما تؤكد المادة 10 منه التي تنص على أنه: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً".

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة. والظاهر أن المادة العاشرة من قانون الأسرة قد تبنت موقف جمهور الفقهاء، الحنفية والمالكية، وابن تيمية في شأن الاختلاف الحاصل في استعمال العربية في التعبير عن الإرادة في إبرام عقد الزواج.

المبحث الثاني: مركز الولي في عقد الزواج وصلاحيته

نعني بمركز الولي في عقد الزواج الطبيعية الشرعية والقانونية للولي التي اختلف حولها الفقهاء بين من يعتبر الولي ركناً من أركان عقد الزواج وبين من يعتبره شرط صحة، في حين هناك من الفقهاء من لا يعتبر الولي لا ركناً ولا شرط صحة.

كما نهدف من خلال هذا المبحث لتحديد صلاحية الولي في عقد الزواج وبيان دوره في هذا العقد أي مدى حقه في إجبار موليته على الزواج أم أن دوره يقتصر على المشاركة ومساعدتها على الاختيار الحسن فقط ولا يملك حق معارضة ورفض اختيارها.

ومن أجل تحديد مركز الولي وصلاحيته في عقد الزواج جاء تقسيم هذا المبحث إلى المطالبين التاليين:

- المطالب الأول: الاختلاف الفقهي حول طبيعة الولي في عقد الزواج

- المطالب الثاني: صلاحية الولي في عقد الزواج

المطلب الأول: الاختلاف الفقهي حول طبيعة الولي في عقد الزواج

وإن التفرقة إلى الاختلاف الفقهي حول طبيعة الولي في عقد الزواج يقتضي منا تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين: - الفرع الأول: مفهوم الولي. الفرع الثاني: طبيعة وجود الولي في عقد الزواج.



الضرع الأول: مفهوم الولي

أولاً: تعريف الولي

الولي لغة القرب والدنو، والولي: الإسم منه المحب والصديق، والنصير وولي الشيء، وولي ولاية وولاية، أو هي المصدر بالكسر: الخطة، والإمارة والسلطان⁽¹⁾.

كما يقصد بالولي لغة القرب والدنو، والولي: الإسم منه المحب والصديق، والنصير، وولي الشيء وولي عليه ولاية وولاية، أو هي المصدر بالكسر: الخطة والإمارة والسلطان.

والولي بسكون اللام القرب والدنو يقال: تباعد بعد ولي، والولي ضد العدو يقال منه: تولاه وكل من ولي أمر واحد فهو وليه والموالاته ضد المعادة، والولاية بالكسر السلطان، والولاية بالفتح والكسر النصر⁽²⁾.

والولاية اصطلاحاً هي تنفيذ الأمر على الغير⁽³⁾، أي القدرة على إنشاء العقد نافذاً، وهي قسمان، ولاية قاصرة وولاية متعدية، والولاية القاصرة هي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه، والولاية المتعدية هي قدرته على إنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة عن الشارع⁽⁴⁾.

والولاية المتعدية: قسمان: ولاية على المال، وولاية على النفس، والولاية على المال القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها، والولاية على النفس هي القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذاً من غير حاجة إلى إجازة أحد⁽⁵⁾.

والمراد بالولي هو الأقرب من العصابة من النسب ثم من السبب ثم من عصبته وليس لذوي السهام ولا لذوي الأرحام ولاية، وهذا مذهب جمهور الفقهاء، وروي عن أبي حنيفة أن ذوي

(1) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية 2007، ص 1350.

(2) عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، ناشرون، طبعة جديدة 2007، ص 306، 307.

(3) شيخه زاده الحنفي، المرجع السابق، ج 1، ص 332.

(4) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 107، راجع أيضاً، محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 253، 254.

(5) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 167.



الأرحام من الأولياء ، فإذا لم يكن ثم ولي أو كان موجودا وعُضِلَ إنتقل الأمر إلى السلطان لأنه ولي من لا ولي له كما أخرجه الطبراني من حديث ابن عباس، وفي إسناده الحجاج بن أرتأة⁽¹⁾.

ثانيا: شروط الولي

أما بالنسبة لشروط الولي فيكاد الفقه الإسلامي لا يختلف فيها إلا في بعض الآراء في مذهب "عبد الله بن إباح" الذي يستفاد من نصوص كتبه أن فيه خلافا في صحة تزويج الأب ابنه إذا كان مشركا ، وفي جواز تزويج الولي العاصب إذا كان سفهيا⁽²⁾.

ويشترط في الولي الشروط التالية⁽³⁾:

الشرط الأول: أن يكون بالغا عاقلا حرا: فلا ولاية لعبد أو صغير أو مجنون باعتبار أن هؤلاء لا تثبت لهم الولاية على أنفسهم، فبالتالي لا تثبت لهم الولاية على غيرهم لأن الولاية مناطها المصلحة، وهؤلاء لا قدرة لهم على معرفة مصلحة أنفسهم، الأمر الذي يجعلهم غير قادرين على مساعدة غيرهم في تحقيق المصلحة المرجوة.

الشرط الثاني: أن يكون الولي مسلما: فلا تجوز ولاية غير المسلم على المسلم، وهذا شرط متفق عليه بين أهل الفقه، إلا ما قيل في بعض الأقوال: أن المسلمة إذا لم يكن لها من أقاربها مسلم، وتولي الأب غير المسلم زواجها، فإنه ينعقد على هذا القول ، ولا يخلو هذا القول من غرابة.

الشرط الثالث: أن يكون الولي ذكرا: فلا تثبت الولاية إلا للذكر، وهذا قول جمهور الفقهاء، "وأبو حنيفة" أثبت الولاية الإجماعية للأم، والبنت وبنت الإبن، والأخت والعمة وغيرهما من النساء إذا لم يكن عصبات من الرجال، وذلك بناء على مذهبه من أن الولاية تكون لعامة الأقارب ذكورا وإناثا وهو المشهور من الرواية عن "أبي حنيفة"⁽⁴⁾ والولاية الاختيارية لا تثبت عند "أبي حنيفة" لأنه لا ولاية بعد البلوغ.

(1) الشوكاني ، المرجع السابق، ج7، ص 216

(2) محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، المرجع السابق، ص 112.

(3) نفس المرجع، ص 112.

(4) علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1993، الجزء الثاني، ص 151.



الشرط الرابع: ألا يكون محجورا عليه بالسفه: وهذا الشرط وجد عند الحنفية، فقد جاء في كتاب أحكام الصغار ما نصه: "وفي المنتقى السفه المحجور عليه، إذا زوج ابنته أو أخته الصغيرة لم يجز..، كذا عن "محمد رحمه الله".

وإن ذلك الشرط لمعقول المعنى، وهو يلاحظ في معناه عند كل الأئمة، لأن هذه الولاية للإصلاح والحفظ والصيانة ومعاونة المرأة في اختيار زوجها، فلا يمكن أن تثبت إلا لرشد يحسن الاختيار، ويكون قادر على تدبير أموره، وأمور غيره، فإذا كان هو لا يحسن تدبير أمور نفسه، فكيف يشارك غيره في أهم عقد يتعلق بحياته.

الشرط الخامس: أن يكون قادرا على حفظ المولى عليه وصيانيته: وهذا أيضا شرط معقول المعنى، فإذا كان القريب العاصب شيخا هرما، قد ضعف عن المحافظة على غيره، ويحتاج هو إلى أن من يحافظ عليه ويرعاه، فإنه لا تكون له الولاية على الأقل فيما يتعلق بالحفظ والصيانة.

وتأكيدا لذلك جاء في كتاب "المغنى" لابن قدامة: "والشيخ الذي قد ضعف لكبره فلا يعرف موضع الحفظ لها (أي للمولى عليها من النساء) لا ولاية له"⁽¹⁾.

الشرط السادس: العدالة: وفي اشتراط العدالة رأيين في الفقه الإسلامي:

الرأي الأول: وهو القائل بأن العدالة شرط في الولي لأن هذه الولاية لتخير وجه المصلحة للمولى عليها، أو المولى عليه، والفاسق لا يستطيع معرفة وجه المصلحة في هذا العقد التي يتسم بالخطورة وذلك لما روي أيضا عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: "لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل و أيما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل"⁽²⁾.

وهذا رأي الشافعي ورأي أحمد في إحدى الروايتين عنه، ورأي كثير من الفقهاء.

الرأي الثاني: وهو القائل بأن العدالة ليست شرطا، إذا كان الولي يتميز بالفهم والإدراك فالنبي ﷺ لم يصرح بشرط العدالة، فقد اشترطها في الشهود ولم يشترطها في الولي، والإرشاد إنما يكون بالخبرة وفهم المصلحة، وذلك يتحقق من غير العدل، كما يتحقق بالعدل ما دامت الخبرة متوافرة، وبعض من ليسوا عدولا وبما يكون أكثر خبرة من بعض العدول، وتفسير

(1) ابن قدامة، المغنى، المرجع السابق، الجزء 9، ص 340.

(2) محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، المرجع السابق، ص 115.



كلمة مسخوط الواردة في الخبر المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم، يصح أن يراد بها أنه مسخوط من المولى عليها، بحيث لم ترتض عقده، ولا شك في بطلانه لم تجزئه، وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، وأن لم يكن هو الراجح وإحدى الروایتين عن أحمد رضي الله عنه⁽¹⁾.

الفرع الثاني: طبيعة وجود الولي في عقد الزواج

لقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة الولي في عقد الزواج، و أساس هذا الاختلاف الفقهي في هذا الموضوع، هو هل الولاية شرط في صحة النكاح أم ليست بشرط؟⁽²⁾ أي هل الولي هو ركن من أركان عقد الزواج فلا يقوم الزواج إلا بتوافره؟ أم أن الولي شرط صحة في عقد الزواج فقط؟ أي أن عقد الزواج لا يكون صحيحاً إلا بتوافر شرط الولي، أم أن الولي لا يعتبر وجوده في عقد الزواج بالتالي فغيابه عنه لا يؤثر في صحته؟

أولاً: ضرورة وجود الولي في عقد الزواج

1- الولي ركن من أركان عقد الزواج

وهو ما قال به بعض فقهاء المالكية والشافعية، وهذه بعض أقوالهم:

- قال: "ابن عاصم الأندلسي": ((...ثم الولي جملة الأركان... وبالركن ما لم توجد الحقيقة الشرعية إلا به))⁽³⁾.

- قال "الشيخ الدردير": "...فتكون أركانه ثلاثة:

الأول: (ولي) يحصل منه ومن غيره كزوج أو وكيله العقد.

الثاني: (محل) زوج وزوجة.

الثالث: (صيغة) بإيجاب وقبول"⁽⁴⁾.

(1) نفس المرجع، ص 115.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة 2004، ص 385.

(3) ابن عاصم الأندلسي، المرجع السابق، ج 1، ص 404.

(4) الدردير، المرجع السابق، ج 2، ص 329.



- قال النفراوي: " أركان النكاح: ... ولا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل..."⁽¹⁾.
- قال "خليل" في مختصره: (وركنه ولي وصداق ومحل وصيغة)⁽²⁾.
- ويقول "ابن جزى": "في أركان النكاح وهي خمسة: "الزوج والزوجة والولي والصداق والصيغة"⁽³⁾.
- قال الإمام "النووي": "الركن الرابع: العاقدان، وهما الموجب والقابل، فالقابل هو الزوج ومن ينوب عنه، والموجب هو الولي أو وكيله"⁽⁴⁾.
- قال "الخطيب الشرييني": "أركان النكاح خمسة: صيغة وزوجة وزوج وولي وهما العاقدان، وشاهدان..."⁽⁵⁾.
- وقال السيد "البكري الدمياطي" مؤكدا قول "الخطيب الشرييني": (وأركان النكاح خمسة: زوج وزوجة، وولي وشاهدان وصيغة)⁽⁶⁾.

2 - الولي شرط في صحة عقد الزواج:

- وهو المذهب الذي عليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، ويتضح ذلك من بعض أقوالهم التالية:
- قال "ابن رشيد": "مذهب مالك إلى أنه لا يكون النكاح إلا بولي، وإنها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه، وبه قال الشافعي"⁽⁷⁾.
 - وجاء في "الإتقان والإحكام" للفقهاء المالكية "ميأره": " ففي المفيد ما نصه: النكاح يصح بثلاثة شروط: ولي وصداق وشاهدين إلخ... وعبارة ابن سلمون: ولا يصح إلا بولي والصداق وشاهدي عدل... وقال أبو الحسن على المدونة: وشروط النكاح ثلاثة: ولي وصداق وشاهدان ،

(1) النفراوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 03.

(2) خليل بن إسحاق، مختصر خليل في فقه الإمام مالك، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1922، ص 99.

(3) ابن جزى، القوانين الفقهية، منشورات دار الكتب، الجزائر، 1987، ص 158.

(4) النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، الجزء السادس، ص 42.

(5) الخطيب الشرييني، الإقناع، ج 2، ص 240.

(6) السيد البكري الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، الجزء الثالث، ص 255.

(7) ابن رشد، المرجع السابق، ص 385.



وفي الرسالة: ولا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدين إلخ... فانظر فإنهم لم يجعلوا الصيغة والمحل فيه شرطين⁽¹⁾.

وجاء في حاشية العدوى: "وأما عند ابن وهب فهو شرط صحة" أي الولي شرط صحة، قوله (ولا المرأة نفسها إلخ) مطلقا بكرا كانت أو ثيبا شريفة كانت أو دنية رشيدة أو سفية أمة أم حرة⁽²⁾.

- قال الفقيه الشافعي "الماوردي": "مذهب الشافعي منها: أن الولي شرط في نكاحها لا يصح العقد إلا به"⁽³⁾.

- قال "أبو إسحاق الشيرازي": "لا يصح النكاح إلا بولي فإن عقدت المرأة فلا يصح"⁽⁴⁾.

- وقال الفقيه الحنبلي "المرداوي": "الثالث: الولي، فلا نكاح إلا بولي، هذا المذهب أعني الولي شرط في صحة النكاح، وعليه الأصحاب، ونص عليه، قال "الزرركشي": لا يختلف الأصحاب في ذلك"⁽⁵⁾.

- قال ابن "مفلح الحنبلي" في سياق حديثه عن أركان وشروط عقد الزواج: "أركان الشيء: أجزاء ماهيته، فالماهية لا توجد بدون جزئها، فكذا الشيء لا يتم ركنه، والشرط ما ينتفي المشروط بانتفائه، وليس جزء للماهية (فأركانه: الإيجاب والقبول) لأن ماهية النكاح مركبة منهما، ومتوقفة عليهما... وشروطه خمسة، أحدهما: تعيين الزوجين، الثاني: رضا الزوجين، الثالث: الولي، الرابع: الشهادة، الخامس: كون الرجل كفاء لها في إحدى الروايتين"⁽⁶⁾.

- وقال "مرعى الكرمي الحنبلي": "ركناه: الإيجاب والقبول مرتين... وشروطه خمسة... الثالث: الولي"⁽⁷⁾.

(1) محمد ابن أحمد ميارة المالكي، الاتفاق والإحكام، مطبعة الاستقامة، القاهرة، الجزء الأول، ص 152.

(2) العدوى، المرجع السابق، ج 02، ص 48.

(3) الماوردى، المرجع السابق، ج 11، ص 57.

(4) أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1994، الجزء الثاني، ص 45.

(5) علاء الدين المرادوي، الإنصاف، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997، الجزء الثامن، ص 45.

(6) ابن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان، 1988، الجزء السابع، ص 17، 20، 22، 27.

(7) مرعى الكرمي، دليل الطالب، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الجزء الأول، ص 223.



ثانياً: عدم اعتبار الولي ركناً ولا شرطاً في عقد الزواج

وهو مذهب الحنفية ورواية لدى الإمام أحمد بن حنبل الذي يعتبر الركن الأساسي في عقد الزواج هو الإيجاب والقبول وذلك بألفاظ مخصوصة أو كما يقوم مقام اللفظ⁽¹⁾ وهذه بعض أقوالهم:

- قال " ابن نجيم: "...بيان ما ليس بشرط لصحة النكاح عندنا وهو الولي..."⁽²⁾.
 - قال الفقيه الحنفي "الحصكفي": "وهو أي الولي شرط صحة نكاح صغير ومجنون ورقيق لا مكلفه فنفذ نكاح حرة مكلفة بلا رضا الولي"⁽³⁾.
 - قال الفقيه "الغنيمي الميداني": "وينعقد نكاح المرأة الحرة البالغة العاقلة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي عن أبي حنيفة..."⁽⁴⁾.
 - جاء من "تحفة الفقهاء": "قال أبو حنيفة وزفز: ليس لأحد عليها ولاية بطريق الحتم، وإنما تثبت عليها الولاية بطريق الندب والاستحباب..."⁽⁵⁾.
 - قال الفقيه "إبراهيم الحلبي الحنبلي": "نفذ نكاح حرة مكلفة بلا ولي..."⁽⁶⁾.
- وجاء في الإنصاف للفقهاء الحنبلي "المرداري" ذكره لرواية عن الإمام أحمد فقال⁽⁷⁾: "وعنه" "وعنه ليس الولي بشرط مطلقاً، وخصها المصنف، وجماعة بالعدول لعدم وجود الولي والسلطان".

ونلاحظ أن رواية هذا القول عن الإمام "أحمد" مقيد بضرورة إنعدام الولي والسلطان، إلا أن الرواية الراجعة لدى الحنابلة - وما هو عليه مذهبهم - هو ضرورة وجود الولي في عقد

(1) الكاساني، المرجع السابق، ج 02، ص 344.

(2) ابن نجيم، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 117.

(3) علاء الدين الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، الجزء الثالث، ص 61.

(4) عبد الغني الميداني، اللباب في شرح الكتاب، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997، الجزء الأول، ص 403.

(5) علاء الدين السمرقندي، المرجع السابق، ج 02، ص 151.

(6) إبراهيم الحلبي، ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الجزء الأول، ص 332.

(7) المرادوي، المرجع السابق، ج 8، ص 45.



الزواج باعتباره شرط من شروط صحته، وهذا ما أكده الفقيه الحنبلي "المرادوي" بقوله: "فعلى المذهب لو زوجت المرأة نفسها أو غيرها، لم يصح، وهو المذهب وعليه الأصحاب"⁽¹⁾.

وبناء على ما تقدم نلاحظ أن كل من القول الأول والقول الثاني يعتبران وجود الولي ضروري في عقد الزواج ولا يصح بدونه وبالتالي يمكن تقسيم هذا الاختلاف الفقهي إلى مذهبين هما مذهب جمهور الفقهاء القائل باعتبار الولي في عقد الزواج والمتمثل في مذهب المالكية والشافعية والحنابلة ومذهب الحنفية الذي لا يعتبر الولي ركنا ولا شرط صحة.

وأمام هذا الاختلاف نجد أن قانون الأسرة الجزائري اعتبر الولي في المادة التاسعة مكرر⁽²⁾ شرط من شروط صحة عقد الزواج بحيث نصت على أنه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزوج - الصداق - الولي - شاهدان - إنعدام الموانع الشرعية للزوج".

وبالرجوع إلى نص المادة التاسعة التي تنص على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" نلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري قسم شروط عقد الزواج إلى شروط انعقاد وشروط صحة، فاعتبر رضا الزوجين هو شرط الانعقاد الوحيد في عقد الزواج، والولي هو شرط صحة في عقد الزواج، الأمر الذي يدفعنا إلى القول أن المشرع الجزائري جعل من الولي شرط صحة وليس ركنا، بالرغم من أن المادتين التاسعة والتاسعة مكرر وردتا تحت عنوان أركان عقد الزواج وهذا خطأ للاختلاف الحاصل بين الركن وشرط الصحة وكان من السليم أن يكون العنوان هو شروط عقد الزواج بما فيها شروط الانعقاد وشروط الصحة⁽³⁾.

وقبل تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05 لم يفرق قانون الأسرة بين شروط انعقاد الزواج وشروط صحته بدليل وجود مادة واحدة تنص على أركان عقد الزواج بقولها: "يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق"، ونلاحظ أن الولي قبل

(1) نفس المرجع، ص 45.

(2) أضيفت المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

(3) ونفس الموقف إتخذه المشرع المغربي، بحيث قسم شروط الزواج إلى شروط انعقاد وشروط صحة، بحيث نص على شرط الانعقاد المتمثل في ركن التراضي، وهو الإيجاب والقبول في الفقرة الأولى من المادة 10 من مدونة الأسرة المغربية التي نصت على أنه: "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، بالفاظ تفيد معنى الزواج" واعتبرت مدونة الأسرة المغربية الولي شرط صحة في عقد زواج الفتى أو الفتاة دون سن أهلية الزواج، وذلك ما نستنتجه من نص المادة 13 على أنه: "يجب على أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية... 3- ولي الزواج عند الاقتضاء". والاقتضاء هنا ما نصت عليه المادة 20 من مدونة الأسرة والمتمثل في ضرورة السماع للولي قبل الترخيص بالزواج دون السن القانونية وهي 18 سنة.



هذا التعديل كان بمثابة ركن من أركان عقد الزواج، وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقولها أنه: ((من المقرر شرعا أن الزواج لا يقوم إلا على أركان مبينة بوضوح"، ويقول "ابن زيد القيرواني" في رسالته لا نكاح إلا بولي وصادق وشاهدي عدل...))⁽¹⁾.

المطلب الثاني: صلاحية الولي في عقد الزواج

إن الحديث عن صلاحية الولي في عقد الزواج يهدف إلى الإجابة عن السؤال التالي: ما مدى حق الولي في إجبار موليته على عقد الزواج؟

لم يتفق الفقهاء على الإجابة على هذا السؤال فمنهم من يرى أن للولي حق إجبار موليته على إبرام عقد الزواج، ومنهم من يرى أنه ليس للولي حق إجبارها على ذلك.

الفرع الأول: للولي حق إجبار موليته على الزواج

طبقا للمذهب المالكي لا تثبت ولاية الإجماع إلا للأب ووصي الأب ولا تثبت لأحد غيرهما، فلا ولاية لكل العصبات، كما أنه ليس للحاكم ولاية إجبار على الصغير والصغيرة في المذهب المالكي⁽²⁾. وهذه بعض أقوال فقهاء هذا المذهب:

- قال "النفاوي": "وللأب إنكاح ابنته البكر بغير إذنها وإن بلغت وإن شاء شاورها وأما غير الأب في البكر وصي أو غيره أن فلا يزوجه حتى تبلغ وتأذن وإذنها صماتها".

ولما كان استحقاق الجبر لا ينافي ندم المشاورة قال: (وإن شاء) أي أراد الأب، (شاورها) أي البكر البالغ على جهة الندب تطيبها لخاطرها ولأنه أدوم للعشرة وأما غير البالغ فلا يندب مشاورتها...، كما يجبر الأب البكر يجبر الثيب المجنونة ولو ذات أولاد، قال خليل: وجبر المجنونة والبكر ولو عانسا إلا لكخصي على الأصح"⁽³⁾.

- قال "العدوي" في شأن الوصي: "...والحاصل أن الوصي يجبر باتفاق إذا أمره الأب بالإجماع، أو عين الزوج وإن لم يأمره بالإجماع، ولا عين الزوج بل قال له زوجها ممن أحببت أو زوجها أو أنكحها

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار بتاريخ 1984/09/24 ملف رقم 34438 المجلة القضائية 1990، العدد الأول، ص 61، مشار إليه في مرجع بلعاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة لعليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994، ص 11.

(2) أبو زهرة، الولاية على النفس، المرجع السابق، ص 167.

(3) النفاوي، المرجع السابق، ج 02، ص 6، 7.



أو أنت وصي على بناتي أو على بضع بناتي أو على بعض بناتي... وأما لو قال وصي فقط أو على مالي فلا جبر اتفاقاً، لكن لو زوج فالظاهر أنه يمضي، والظاهر أنه إذا قال: أنت وصي على كل شيء، يجبر ويظهر أيضاً أنه له الجبر إذا قال: أنت وصي على أولادي..."⁽¹⁾.

- قال الخرشي: "...وللأب الرشيد الجبر ولو لقبيح منظر أو أعمى أو أقل حالا ومالا أو بربع دينار وصدّاق مثلها ألف دينار ولا كلام لها ولغيرها رواه ابن حبيب عن الإمام مالك رضي الله عنه"⁽²⁾.

وما يمكن قوله بالنسبة لموقف المالكية من صلاحية الولي كمجبر فإنه يختلف باختلاف ما إذا كان وليها قد رشدها أو لم يكن قد رشدها وأطلق الحجر عنها لما قام بها من حسن التصرف فالراجح في المذهب لا تجبر⁽³⁾.

أما المذهب الشافعي فإنه يتفق نسبياً مع المذهب المالكي في حق الولي في إجبار موليته على إبرام عقد الزواج، فهو يثبت الولاية للأب والجد على الصغير ويكون لهما ولاية الإيجاب⁽⁴⁾ ولفقهاء الشافعية في ذلك أقوال نذكر بعضها:

- يقول الإمام النووي: "في أسباب الولاية، وهي أربعة:

السبب الأول: الأبوة: وفي معناها الجدودة، وهي أقوى الأسباب لكمال الشفقة، فللأب تزويج البكر الصغيرة والكبيرة بغيره إذنها، ويستحب استئذان البالغة، ولو أجبرها، صح النكاح، فلو كان بين الأب وبينها عداوة ظاهرة، قال ابن كج: ليس له إجبارها، وكذا نقله الحناطي عن ابن المرزبان، قال: ويحتمل جوازه، فأما الثيب، فلا يزوجه الأب إلا بإذنها في حال البلوغ، والجد كالأب في كل هذا، وحكى الحناطي قولاً: "أن الجد لا يجبر البكر البالغة، واختاره ابن القاص وأبو الطيب بن سلمة، والمشهور الأول، وسواء حصلت الثبوة بوطء محرّم أو بزنا، وحكى عن القديم: أن المصابة بالزنا كالبكر، والمذهب الأول، ولو زالت بكارتها، بسقطه، أو أصعب، أو حدة الطمث أو طول التعنيس، أو وطنّت في دبرها فبكر

(1) العدوي، المرجع السابق، ج2، ص 53، 54.

(2) محمد الخرشي، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار صادر، بيروت، لبنان، ص 13، 14.

(3) كوثر كامل علي، أحكام تصرفات المرأة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2005/ 2006، ص 91.

(4) محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، المرجع السابق، ص 169.



على الصحيح... قلت: قال الشافعي رضي الله عنه: استحب للأب أن لا يزوج البكر حتى تبلغ ويستأذنها، قال الصيمري: فإن قاربت البلوغ، وأراد تزويجها، أستحب أن يرسل إليها ثقات ينظرون ما في نفسها، قال الصيمري: ولو خلقت المرأة بلا بكاراة، فهي بكر، ولو ادعت البكاراة أو الثيوبه، فقطع الصيمري وصاحب "الحاوي الكبير" بأن القول قولها، ولا يكشف حالها، لأنها أعلم⁽¹⁾.

- قال أبو إسحاق الفيروز آبادي: "وإن كانت بكرا جاز للأب والجد تزويجها بغير إذنها، والمستحب أن يستأذنها إن كانت بالغة وإذنها السكوت، وإن كانت ثيبا فإن كانت عاقلة لم يجز لأحد تزويجها إلا بإذنها بعد البلوغ، وإذنها بالنطق، فإن كانت مجنونة، فإن كانت صغيرة جاز للأب والجد تزويجها، وإن كانت كبيرة جاز للأب والجد أيضا تزويجها⁽²⁾.

أما بالنسبة للمذهب الحنبلي فهو كالمذهب المالكي، جعل ولاية الإجماع للأب ووصيه فقط ولكنه اشترط في الوصي الذي يكون له ولاية الإجماع أن يكون الأب قد عين له الزوج⁽³⁾، وفي ذلك نذكر بعض أقوال فقهاء المذهب الحنبلي:

- قال "ابن قدامة": ويثبت للوكيل ما يثبت للموكل وإن كان للولي الإجماع ثبت ذلك لوكيله، وإن كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج إلى إذنها ومراجعتها لأنه نائب ويثبت له مثل ما يثبت لمن ينوب عنه وكذلك الحكم في السلطان والحاكم يأذن لغيره في التزويج فيكون المأذون له قائما مقامه، فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبرا كالأب أو غير مجبر لغيره ووصي كل ولي يقوم مقامه، فإن كان الولي له الإجماع فكذلك وصيه وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك لأنه يقوم مقامه فهو كالوكيل... ولنا: إن ملك التزويج إذا عين له الزوج ملك مع الإطلاق كالوكيل...⁽⁴⁾.

- قال "علاء الدين المرادوي": الثاني: رضا الزوجين، فإن لم يرضيا، أو أحدهما - لم يصح إلا الأب له تزويج أولاده الصغار والمجانين، وبناته الأبكار بغير إذنهم...، قوله: "ولا يجوز لسائر الأولياء تزويج كبيرة إلا بإذنها إلا المجنونة لهم تزويجها إذا ظهر فيها الميل إلى الرجال"،

(1) الإمام النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج6، ص 47، 48.

(2) إبراهيم الفيروز آبادي، التبيين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الأول، ص 221.

(3) محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، المرجع السابق، ص 170.

(4) ابن قدامة، المغنى، المرجع السابق، ج 9، ص 340.

وهذا المذهب جزم به في المحرر، والنظم واختاره أبو الخطاب، وغيره وقدمه في المغنى، والشرح والفروع وغيرهم...⁽¹⁾.

- قال "ابن مفلح الجنبلي": "وبناته الأبكار بغير إذنهن" أي: تزويج الصغيرة التي لم تبلغ تسع سنين بغير خلاف إذا زوجها بكفء، قاله ابن المنذر، لقوله تعالى: ﴿وَالَّتِي يَبْسُنَ مِنْ الْمَرْحُومِ﴾⁽²⁾ تدل على أنها تزوج، ثم تطلق، ولا إذن لها فتعتبر وعن عائشة رضي الله عنها قالت: (إذا بلغت الجارية تسع سنين، فهي امرأة) رواه أحمد، ورواه القاضي عن ابن عمر مرفوعاً، فإن كانت بالغة عاقلة فله إجبارها في أظهر الروايتين، والحديث: (**الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يزوجها أبوها**) رواه الدارقطني، فإن أجبرت، أخذ بتعيينها كفء لا بتعيين المجرى في ظاهر المذهب وقد صرح بعض العلماء أنه يشترط للإجبار بشروط أن يزوجها من كفء بمهر المثل، وأن يكون المزوج معسراً، وأن لا يكون بينها وبين الأب عداوة ظاهرة وأن يزوجها بنقد البلد⁽³⁾.

ولقد استدلت القائلين بصلاحيه الولي لإجبار موليته على الزواج بما ورد في السنة وما يقتضيه المعقول.

1- **وجه الدلائل من السنة:** قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (**الأيام أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن وإذنها صماتها**) رواه مسلم وأبو داود، فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق لأحدهما دل على نفيه عن الآخر وهي البكر فيكون وليها أحق منها بها ودل الحديث على الإستثمار هنا والاستئذان مستحب في حديثهم ليس بواجب⁽⁴⁾.

2- **أما يقتضيه المعقول:** فلأن الإجبار يختلف بالبكارة والثبوبة لا بالصغر والكبر⁽⁵⁾.

ولأن المرأة البكر لم تمارس الرجال بالوطء فهي شديدة الحياء، والثيب عرفت مقصود النكاح فلا تجبر بخلاف البكر⁽⁶⁾.

(1) علاء الدين المرادوي، المرجع السابق، ج 8، ص 45.

(2) سورة الطلاق، الآية 04.

(3) ابن مفلح الجنبلي، المرجع السابق، ج 7، ص 22، 23.

(4) ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 340.

(5) نفس المرجع، ص 340.

(6) الخطيب الشرييني، مغنى المحتاج، المرجع السابق، ج 3، ص 159.



وأما ما ذهب إليه مالك والشافعي والليث، وابن أبي ليلى وأحمد وإسحاق إلى أنه للأب أن يزوج موليته بدون إذنها، فيرد عليهم ما في أحاديث الباب من قوله: "والبكر يستأمرها أبوها" وفي رواية لأحمد والنسائي اليتيمة تستأذن في نفسها"⁽¹⁾.

ويرد على المذهب القائل بصلاحيه الولي لإجبار موليته حديث عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: "جاءت فتاة إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته، قال: فجعل الأمر إليها، فقالت: قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أرد أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء" رواه ابن ماجه ورواه أحمد والنسائي⁽²⁾.

وأما ما احتجوا به من مفهوم قوله ﷺ: (**الثيب أحق بنفسها من وليها**) فدل على أن ولي البكر أحق بها منها، فيجاب فيه بأن المفهوم ينتهز للتمسك في مقابلة المنطوق، وقد أجابوا بما قاله الشافعي من أن المؤامرة قد تكون على استطابة النفس ويؤيده حديث ابن عمر المذكور بلفظ: "وآمروا النساء في بناتهن" قال: لا خلاف أنه ليس للأب أمر لكنه على معنى استطابة النفس، وقال البيهقي: زيادة ذكر الأب في حديث ابن عباس غير محفوظة، قال الشافعي: زادها ابن عينية في حديثه.

وكان ابن عمر والقاسم وسالم يزوجون الأبكار ولا يستأمرن قال "الحافظ": وهذا لا يدفع زيادة الثقة الحافظ⁽³⁾.

وقال "كمال ابن الهمام" مناقشا استدلال قول أصحاب ولاية الإيجاب: "...ولنا أنها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية، والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال، وإنما يملك الأب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها"⁽⁴⁾.

(1) الشوكاني، المرجع السابق، ج 7، ص 213، 215.

(2) نفس المرجع، ص 215.

(3) الشوكاني، المرجع السابق، ج 7، ص 215.

(4) كمال ابن الهمام، فتح القدير شرح البداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الثالث، ص 251، 252.

الفرع الثاني: ليس للولي حق إجبار مواليته على الزواج

وهو مذهب الحنفية والظاهرية والحنابلة في إحدى الروايتين عنهم⁽¹⁾ :

وتأكيدا لقول هذا المذهب نورد بعض أقوال فقهاءه:

- قال الفقيه الحنفي الغنيمي الميداني: "ولا يجوز للولي مطلقا إجبار البكر البالغة على النكاح لانقطاع الولاية بالبلوغ. وينعقد نكاح المرأة الحرة البالغة العاقلة برضاها فقط، سواء باشرته بنفسها أو وكلت غيرها وإن لم يعقد عليها ولي ولن يأذن به عند أبي حنيفة: بكرا كانت أو ثيبا.."⁽²⁾.

- قال الفقيه الحنفي "إبراهيم الحلبي": "نفذ نكاح حرة مكلفة بلا ولي... ولا يجبرولي بالغة ولو بكرا..."⁽³⁾.

- قال الفقيه الحنفي "الحصصكي": "الولاية تنفيذ القول على الغير" تثبت بأربع: قرابة، وملك، وولاء، وإمامة (شاء أو أبي) وهي نوعان: ولاية ندب على المكلفة ولو بكرا، وولاية إجبار على الصغيرة ولو ثيبا ومعتوهة ومرفوقه، كما أفاده بقوله (وهو) أي الولي شرط صحة (نكاح صغير ومجنون ورقيق) لا مكلفة فنفذ نكاح حرة مكلفة بلا رضا وليها"⁽⁴⁾.

- قال الفقيه الحنفي "المرغيناني": "وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي بكرا كانت أو ثيبا (عند أبي حنيفة وأبو يوسف) رحمهما الله، إلا بولي وعند محمد ينعقد وقوفا"⁽⁵⁾.

- قال الفقيه "ابن حزم الظاهري": "وللأب أن يزوج ابنته الصغيرة البكر- ما لم تبلغ بغير إذنها ولا خيار لها إذا بلغت فإن كانت ثيبا من زوج مات عنها أو طلقها لم يجز للأب ولا لغيره أن يزوجها حتى تبلغ، ولا إذن لهما قبل أن تبلغ، وإذا بلغت البكر والثيب لم يجز للأب ولا لغيره أن يزوجها إلا بإذنها، فإن وقع فهو مفسوخ أبدا. فأما الثيب فتنكح من شاءت وإن

(1) كمال بن الهمام المرجع السابق، ج 3، ص 246، 251، 252. ابن حزم، المرجع السابق، ج 9، ص 38، ابن قدامة، المغنى، المرجع السابق، ج 8، ص 340.

(2) عبد الغني الغنيمي الميداني، المرجع السابق، ج 01، ص 403.

(3) الحصصكي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 59، 60.

(4) المرغيناني، المرجع السابق، الجزء 3، ص 246.

(5) إبراهيم الحلبي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 332.



كره الأب . أما البكر فلا يجوز لها أن نكاح إلا باجتماع إذنها وإذن أبيها، وأما الصغيرة التي لا أب لها فليس لأحد أن ينكحها لا من ضرورة، ولا من غير ضرورة حتى تبلغ، ولا أحد أن ينكح مجنونة حتى تفيق وتأذن، إلا الأب والتي تبلغ وهي مجنونة فقط، قال بان شبرمة :يجوز إنكاح الأب إبنته الصغيرة ، حتى تبلغ وتأذن...⁽¹⁾.

أما بالنسبة لأحدى الروائيتين لدى الحنابلة القائلة بعدم صلاحية الولي في إجبار موليته، قال "ابن قدامة": "ومتى تزوجت المرأة بغير إذن وليها أو الأمة بغير إذن سيدها، فقد ذكره أصحابنا من جملة الصور التي فيها الروائتان، والصحيح عندي أنه لا يدخل فيها لتصريح النبي منه بالبطلان"⁽²⁾.

ولقد استدلت الفقهاء القائلين بعدم صلاحية الولي في إجبار موليته على الزواج بما ورد في كتاب الله والسنة النبوية، وما يقتضيه المعقول.

1- أدلتهم من القرآن الكريم:

- قوله تعالى: ﴿إِنْ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا﴾ فالآية الشريفة نص على انعقاد النكاح بعبارتها وانعقادها بلفظ الية فكانت حجة على المخالف في المسألتين⁽³⁾.

- قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا مَحْلُ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ والاستدلال به من وجهين: أحدهما: أنه أضاف النكاح إليها فيقتضي النكاح منها، والثاني: أنه جعل نكاح المرأة غاية الحرمة فيقتضي انتهاء الحرمة عند نكاحها نفسها وعنده لا تنتهي، وقوله عز وجل: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَرَاجَعَا﴾ أي يتناكحا أضاف النكاح إليهما من غير ذكر الولي، وقوله عز وجل: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ والاستدلال به من وجهين: أحدهما: أنه أضاف النكاح إليهن فيدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي.

والثاني: أنه نهى الأولياء عن المنع عن نكاحهن أنفسهن من أزواجهن إذا تراضى الزوجان والنهي يقتضي تصوير المنهي عنه⁽⁴⁾.

(1) ابن حزم، المرجع السابق، ج 9، ص 38.

(2) ابن قدامة، المغنى، المرجع السابق، ج 9، ص 340.

(3) الكاساني، المرجع السابق، ج 2، ص 368.

(4) نفس المرجع، ص 368.



2- وأدلتهم من السنة النبوية: ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ قال: (ليس للولي مع الثيب أمر) وهذا قطع ولاية الولي عنها.

وروي عنه أيضا: (الأيم أحق بنفسها من وليها) والأيم إسم لإمرأة لا زوج لها⁽¹⁾.

3- أدلتهم من المعقول: وهو أنها لما بلغت من عقل وحرية فقد صارت ولية نفسها في النكاح ولا تبقى موليا عليها كالصبي والعاقل إذا بلغ ، والجامع أن ولاية الانكاح إنما تثبت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعا لكون النكاح تصرفا نافعا متضمنا مصلحة الدين والدنيا وحاجتها إليه حالا أو مآلا وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها وكون الأب قادرا عليه بالبلوغ عن عقل زال العجز حقيقة وقدرت على التصرف في نفسها حقيقة تزول ولاية الغير عنها وتثبت الولاية لها لأن النيابة الشرعية إنما تثبت بطريق الضرورة نظرا تزول بزوال الضرورة مع أن الحرية منافية لثبوت الولاية للحر على الحر، وثبوت الشيء مع المنافي لا يكون إلا بطريق الضرورة⁽²⁾.

وإذا صارت ولي نفسها في النكاح لا تبقى موليا عليها بالضرورة لما فيه من الاستحالة، وأما الآية فالخطاب للأولياء بالانكاح ليس يدل على أن الولي شرط جواز الانكاح بل على وفاق العرف والعادة بين الناس، فإن النساء لا يتولين النكاح بأنفسهن عادة لما فيه من الحاجة من الخروج إلى محافل الرجال وفيه نسبتهن إلى الوقاحة، بل الأولياء هم الذين يتولون ذلك عليهن برضاهن فخرج الخطاب بالأمر بالانكاح مخرج العرف، والعادة على النذب والاستحباب دون الحتم والإيجاب، وعلى هذا يحمل قوله: " لا يزوج النساء إلا الأولياء" إن ذلك على النذب والاستحباب⁽³⁾.

وقال ابن حزم دافعا عن القول بعدم صلاحية الولي لإجبار موليته: "... أن أبا هريرة حدثهم: " أن النبي ﷺ قال: (لا تتكح الأيم حتى تستأمر، ولا تتكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله فكيف إذن؟ قال: أن تسكت) قال أبو محمد: الآثار ههنا كثيرة وفيما ذكرنا كفاية وقد جاء في رد انكاح الأب ابنته الثيب بغير إذنها حديث خنساء بنت خدام: قال علي: " وقال بعضهم: زوج النبي صلى الله عليه وسلم بناته ولم يستأذنهن؟ قلنا: وهذا لا يعرف في

(1) الكسانبي، المرجع السابق، ج 2، ص 368.

(2) نفس المرجع، ج 2، ص 370، 371.

(3) نفس المرجع، ج 2، ص 370.



شيء من الآثار أصلاً وإنما هي دعوى كاذبة، بل قد جاءت آثار مرسلة بأنه عليه الصلاة والسلام كان يستأمرهن ... وما نعلم لمن أجاز على البكر البالغة إنكاح أبيها لها بغير إذنها متعلقاً أصلاً، إلا أن قالوا: قد ثبت جواز انكاحها له وهي صغيرة فهي على ذلك بعد الكبر. قال أبو محمد: وهذا لا شيء لوجهين: أحدهما: أن النص فرق بين الصغير والكبير بما ذكرنا من قوله عليه الصلاة والسلام: (رفع القلم عن ثلاثة: فذكر: الصغير حتى يكبر) أن هذا قياس، والقياس كله فاسد، وإذا صححوا قياس البالغة على غير البالغة فيلزمهم أن يفسروا الجدل في ذلك على الأب، وسائر الأولياء على الأب أيضاً، وإلا فقد تناقضوا في قياسهم، ويكفي من ذلك النصوص التي أوردنا في رد انكاح البكر بغير إذنها...⁽¹⁾.

ومن خلال عرضنا لهذا الاختلاف الفقهي حول مدى صلاحية الولي في إجبار موليته على عقد الزواج، فيبدو أن المذهب الثاني القائل بأنه ليس للولي الحق في إجبار موليته على الزواج جدير بالترجيح لقوة أدلته.

فلقد وردت عدة أحاديث نبوية تمنع الولي من إجبار موليته على الزواج ويكفيها في ذلك قول رسول الله ﷺ عن ابن عباس: (أن جارية بكراً أنت النبي ﷺ، فذكرت أن أباه زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ)⁽²⁾.

وقوله ﷺ: عن خنساء بنت خدام الأنصارية: (أن أباه زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك، فأنت رسول الله ﷺ فرد نكاحها)⁽³⁾.

وقال الشوكاني في ترجيح هذا القول: "والظاهر أن استئذان الثيب والبكر شرط في صحة العقد لردده ﷺ لنكاح خنساء بنت خدام كما في الحديث المذكور وكذلك حديث ابن عمر المذكور أيضاً، ويدل على ذلك أيضاً حديث أبي هريرة المذكور لما فيه من النهي⁽⁴⁾.

وقال "ابن قيم الجوزية" في ترجيح هذا القول: "...وثبت عنه في الصحيح أنه قال لا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها قال: أن تسكت، وفي صحيح مسلم البكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها، وموجب هذا الحكم أنه لا تجبر البكر البالغ على النكاح ولا تزوج إلا

(1) ابن حزم، المرجع السابق، ج 09، ص 42، 43، 44.

(2) رواه أحمد وأبو داود، الإمام أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الجزء الأول، ص 450. أبو داود، سنن أبي داود، دار الكتاب الحديث، الطبعة الثانية، ص 334.

(3) أخرجه الجماعة إلا مسلم، الشوكاني، المرجع السابق، ج 7، ص 213.

(4) الشوكاني، المرجع السابق، ج 7، ص 216.



برضاها وهذا قول جمهور السلف ومذهب أبي حنيفة وأحمد في إحدى الروايات عنه وهو القول الذي ندين الله به ولا نعتقد سواه وهو الموافق لحكم رسول الله ﷺ وأمره ونهيه وقواعد شريعته ومصالح أمته، أما موافقته لحكمه فإنه حكم يتخير البكر الكارهة وليس رواية هذا الحديث مرسلة بعلّة فيه فإنه قد روي مسندا ومرسلا... وأما موافقة القول لأمره فإنه قال البكر تستأذن وهذا أمر مؤكد لأنه ورد بصيغة الخبر الدال على تحقق المختبر به وثبوته ولزومه والأصل في أوامره أن تكون للوجوب ما لم يتم إجماع على خلافه وأما موافقته لنهيه فلقوله لا تنكح البكر حتى تستأذن فأمر ونهي وحكم بالتخير وهذا إثبات للحكم بأبلغ الطرق وأما موافقته لقواعد شرعه فإن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل شيء من ملكها إلا برضاها ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها، فكيف يجوز أن يرقها ويخرج بضعتها منها بغير رضاها إلى من يريد هو وهي من أكره الناس فيه وهو من أبغض شيء إليها ومع هذا فينكحها إياه قهرا بغير رضاها إلى من يريد ويجعلها أسيرة عنده كما قال النبي ﷺ (اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم) أي أسرى ومعلوم أن إخراج مالها كله يغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها، ولقد أبطل من قال أنها إذا عينت كفوا تحبه وعين أبوها كفوا فالعبرة بتعيينه ولو كان بغضا لها قبيح الخلقة، وأما موافقته لمصالح الأمة فلا يخفى مصلحة الثيب في تزويجها بمن تختاره ورضاه وحصول مقاصد النكاح لها به وحصول ضد ذلك بمن تبغضه وتتفر عنه، فلو لم تأت السنة الصريحة بهذا القول لكان القياس الصحيح وقواعد الشريعة لا تقتضي غيره⁽¹⁾.

قال ابن تيمية : " وأما تزويجها مع كراهتها للنكاح ، فهذا مخالف للأصول والعقول والله لم يسوغ لوليها أن يكرها على بيع أو إجارة إلا بإذنها ولا على طعام أو شراب أو لباس لا تريده . فكيف يكرها على مباحة على من تكره مباحته ومعاشرته من تكره معاشرته . والله قد جعل بين الزوجين مودة ورحمة ، فإذا كان لا يحصل إلا مع بغضها له ونفورها عنه ، فأى مودة ورحمة في ذلك⁽²⁾ .

وبالفعل فإن المرأة التي تبرم زواجا مجبرة عليه لن يحقق المقاصد الشرعية التي يهدف إلى تحقيقها عقد الزواج وهي بناء أسرة أساسها المودة والرحمة لتحقيق العشرة الطيبة بالمعروف،

(1) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الجزء الرابع، ص 02.

(2) ابن تيمية، المرجع السابق، ص 105.



الأمر الذي يؤدي إلى تكوين أسرة سليمة من كل الآفات التي ستعيق حتما استمرارها، فإكراه المرأة على معاشرة زوج تبغضه وتنفرد منه هو ضرر لن ينتج عنه إلا الخصام والشقاق الذي سيفكك لا محالة هذه الأسرة التي تكونت على أساس خاطيء وهو إكراه المرأة على الزواج بشخص تبغضه وتكرهه.

وبرجعنا إلى موقف قانون الأسرة الجزائري فإننا نجد لا يسمح للولي أبا كان أو غيره أن يجبر موليته على الزواج سواء كانت صغيرة أو كبيرة بكرة أو ثيبا، وذلك من خلال المادة 13 التي تنص على أنه: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، ونلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لا يعترف بولاية الإيجاب حتى ولو كانت المرأة صغيرة، ويبدو أن القاصرة في مفهوم المادة 13 من قانون الأسرة هي المرأة الصغيرة البالغة، لأن تزويج الصغيرة غير البالغة لا فائدة منه.

فمقصود النكاح طبعاً هو قضاء الشهوة وشرعاً النسل والصغر ينافيهما، ثم هذا العقد يعقد للعمر وتلزمهما أحكامه بعد بلوغ فلا يكون لأحد أن يلزمهما ذلك إذ لا ولاية لأحد عليهما بعد البلوغ والحجة في ذلك قوله تعالى: ﴿ح: (1) بين الله تعالى عدة الصغيرة وسبب العدة شرعاً هو النكاح، وذلك دليل تصور نكاح الصغيرة والمراد بقوله تعالى: ﴿ح: إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ الاحتلام... (2).

ونرى أن المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري قد تبنت ما ذهب إليه ابن شبرمه وأبو بكر الأصبم في أن الصغيرة لا تزوج إلا بعد بلوغها لقوله تعالى: ﴿ح: إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ وذلك دون إجبارها من أحد، وتقتصر صلاحية الولي في زواج الصغيرة في تولي ومباشرة عقد الزواج باسم موليته الصغيرة وبموافقتها. ويبدو أن وجود الولي في عقد زواج الصغيرة حسب قانون الأسرة هو تطبيق لقواعد النيابة الشرعية التي يملكها الولي في تمثيل الصغيرة ونقل رضاها بالزواج إلى مجلس العقد.

ونلاحظ أن وجود الولي ممثلاً لموليته القاصرة لا يتعدى لموليته البكر البالغة الراشدة، وذلك بدليل المادة 11 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

(1) سورة الطلاق، الآية 04.

(2) السرخسي، المرجع السابق، ج 4، ص 212.



ويتضح من خلال النص أن القانون كرس حق المرأة في مباشرة عقد الزواج بنفسها بمقتضى التعديل الجديد لقانون الأسرة واشترط فقط حضور الولي في هذا العقد سواء كان أبا أو أحد الأقارب أو أي شخص آخر تختاره وهو ما يفتح الباب أمام التأويل. لأن "أو" المذكورة في النص تفيد التخيير وبالتالي تستطيع المرأة بسهولة الاستغناء عن الولي "الأب" إلى شخص آخر قد يكون من الغير، وهذا الأمر يعد غريبا عن مجتمعنا، لأنه يتناقض مع العرف الجاري في هذا الشأن⁽¹⁾.

وبقراءتنا للمادة 11 من قانون الأسرة نجد أنفسنا متسائلين عن صلاحية الولي في زواج المرأة الراشدة فهل حضوره ذاتي شكلي أم هو حضور شرعي لا يتم الزواج إلا به، لأن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء أنه: "لا نكاح إلا بولي"⁽²⁾، وهو نفي للحقيقة الشرعية، أي لا نكاح شرعي، أو موجود بالشرع إلا بولي⁽³⁾، الأمر الذي لا نرى أن قانون الأسرة الجزائري قد تنبه، ويبدو أن المادة 11 من قانون الأسرة قد أخذت نسيبا بالمذهب الحنفي بدليل قولها: "تعقد المرأة الراشدة زواجها..."، وبالتالي نرى أنه من الضرورة إعادة النظر في نص المادة 11 من قانون الأسرة لتبيان صلاحية الولي في عقد الزواج والهدف من حضوره أو الأخذ مطلقا بالمذهب الحنفي في منح المرأة الراشدة حق تزويج نفسها بدون إذن وموافقة وليها وتبقى صلاحية الولي في عقد الزواج هي الاعتراض على اختيار المرأة لرجل غير كفاء أو قبولها بالزواج دون مهر المثل.

بالإضافة إلى ذلك فيبدو أن هناك تناقض بين المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة والمادة الحادية عشر منه، فالمادة التاسعة مكرر تعتبر الولي في عقد الزواج شرط صحة أي ضرورة وجود رضاه في عقد الزواج وإلا اعتبر العقد فاسدا يترتب عليه فسخ العقد إذا لم يحصل دخول، وهذا طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة 33 من قانون الأسرة، في حين تمنح المادة 11 منه الحرية للمرأة لتعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأحد أقاربها أو أي شخص تختاره، ومن ثم نساءل هل حضور الولي في عقد الزواج هو حضور شكلي فقط

(1) بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2008، ص 66.

(2) رواه البخاري ومسلم.

(3) بدر الدين الزركشي، شرح الزركشي، مكتبة العبيكان، 1993، الجزء الخامس، ص 07.



وبالمقابل نجد أن القانون المغربي قد أخذ صراحة بالمذهب الحنفي وذلك من خلال المادة 25 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: "للاشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها"، وبالتالي نلاحظ أن صلاحية الولي حسب القانون المغربي تنشأ وتحدد بموجب توكيل وتفويض من المرأة الراشدة وبدون هذا التفويض لا يملك الولي أي صلاحية في عقد زواجها.

الخاتمة:

وفي نهاية هذا البحث توصلنا إلى النتائج التالية:

- بعد عرضنا لأقوال الفقهاء في موضوع حرية المرأة في مباشرة عقد الزواج دون رضا وليها، نرى أنه لا يمكن الأخذ بأحد المذهبين على إطلاقه وذلك باعتبار أن عقد الزواج ليس كبقية العقود الأخرى التي تبرمها المرأة دون إذن وليها إذا كانت رشيدة، فالزواج يجمع في آن واحد عدة مصالح، فالمرأة لها مصلحة في إبرام عقد الزواج، كما للولي مصلحة فيه، فهو حق مشترك بينهما ولا يحق لأي منهما الاستقلال والاستبداد في إبرامه، بل يجب أن يتحقق بتوافر رضائهما، ولا يهم بعد ذلك في أمر مباشرته.
- لا يجوز للولي أن يتمتع عن تزويج موليته إذا كان الخاطب كفوًا وبمهر المثل، الأمر الذي من شأنه الوقاية من كل ضرر وشقاق.
- إن الذي يبدو واضحًا من الاختلاف الحاصل حول الألفاظ الدالة على انعقاد الزواج هو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية في عدم تقييد الرجل والمرأة في التعبير عن إرادتهما بلفظ الإنكاح والتزويج، بحيث يمكن للمرأة أن تعبر عن رضاها بالزواج بكل لفظ يدل على نية الزواج التي يؤكدنها ويعاينها الشهود بحضورهم لمجلس العقد، وبالتالي يلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري تبنى موقف المالكية والحنفية في عدم تقييد التعبير عن إرادة المرأة في عقد الزواج بلفظي الإنكاح والتزويج، وهذا ما تؤكدته الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون الأسرة الجزائري.
- إن الأصل هو ضرورة حضور العاقدین لمجلس الزواج مع الشهود لتبادل الرضا بتكوين علاقة زوجية، واستثناء يمكن اللجوء إلى الكتابة في حالات خاصة ولفئة من الناس الذين تمنعهم ظروفهم من حضور مجلس عقد الزواج، وهذا ترجيحًا لقول المذهب الحنفي الذي يتميز بطابع التيسير.

- إن المتفق عليه فقها على اعتبار سكوت المرأة البكر البالغة دليل على رضاها، أما الثيب فلا بد من تعبيرها الصريح قولاً أو فعلاً.

- ليس للولي صلاحية إجبار موليته على الزواج لأن هناك عدة أحاديث ثابتة عن الرسول ﷺ يمنع فيها الولي من إكراه موليته على إبرام زواج لا تريده، لأن ذلك مخالف لمقتضيات الأصول والعقول، فإذا كانت المرأة الراشدة لها الحرية والتصرف في أمورها دون إكراه من وليها، فيكف يمكن للولي أن يجبرها على معاشرة رجل تكره الارتباط به وتتفر منه.

غير أنه ليس معنى ذلك إسقاط الولي في عقد الزواج بل يجب الإبقاء عليه كشرط صحة فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن تبرم المرأة عقد الزواج دون علم وليها، لقول رسول الله ﷺ: (لا نكاح إلا بولي)

فإذا أسقطنا الولي فإن ذلك حتما سيفتح الباب واسعا لانتشار الزواج السري والعري وما يترتب عليه من أضرار جسيمة تصيب المرأة وتؤثر على استقرار العلاقة الزوجية التي في غالب الأحوال يكون مآلها الانحلال والتفكك، ولكن يبقى دور الولي هو تولي عقد الزواج برضا موليته، ويجوز له الاعتراض على زواج موليته إذا كان الرجل غير كفاء وكان المهر أقل من مهر المثل، ونرى أن معيار الكفاءة في هذه الحالة هو صلاح الرجل واستقامته وقدرته على الإنفاق وتحمل الالتزامات المعنوية والمادية المترتبة على عقد الزواج، غير أننا نرى أن المرأة إذا أبرمت عقد زواج بعلم وليها وكان الرجل كفاءً، والمهر مناسباً لمثلها، فلا مانع من اعتبار زواجها صحيحاً ما دامت بالغة عاقلة وراشدة، ولا مبرر لوليها في الاعتراض على زواجها.

- ضرورة إعادة النظر في المادة 11 من قانون الأسرة التي منحت للمرأة الراشدة الاختيار بين إحضار أبيها في عقد زواجها وهو وليها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، فهل يعقل أن تترك المرأة وليها وهو أبوها لتحضر شخصاً أجنبياً لزواجها، فما الفائدة من اشتراط الولي في المادة 09 مكرر. ونلاحظ أن المادة 11 من قانون الأسرة قد جاءت بمفهوم واسع ومطلق للولي دون تقييد اللجوء إلى أحد الأقارب أو الأولياء المقربين.

- لقد أكدت المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 17 فبراير 2005 على الطابع الرضائي لعقد الزواج بحيث نصت على أن: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتقارب وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.



وبالتالي فإن إكراه المرأة على الزواج يعتبر عاملاً أساسياً في حدوث الشقاق بين الزوجين الذي سيؤدي حتماً إلى التفريق بينهما لانعدام الأساس المتين لبناء الحياة الزوجية وهو المودة والرحمة، وبالتالي فرضاً المرأة في عقد الزواج عامل أساسي في استقرار الحياة الزوجية.

- إن ما يميز تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 لقانون الأسرة الجزائري أنه منع ولاية الإكراه على المرأة القاصرة وذلك من خلال المادة 13 التي تنص على أنه: "لا يجوز للولي أياً كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها".

فهرس المراجع:

- 1- أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، **تفسير القرطبي**، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان
- 2- الإمام أحمد بن حنبل، **المسند**، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان.
- 3- الإمام البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، **صحيح البخاري**، مكتبة الصفا، القاهرة، الطبعة الأولى، 2003.
- 4- الإمام مسلم أبو الحسن بن الحجاج النيسابوري، **صحيح مسلم**، مكتبة الصفا، القاهرة، الطبعة الأولى 2004..
- 5- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، **سنن أبي داود**، دار الكتاب الحديث، القاهرة، الطبعة الثانية، 2005.
- 6- محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، **سبل السلام**، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2004..
- 7- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، **نيل الأوطار**، مكتبة الكليات، الأزهرية، القاهرة.
- 8- علاء الدين أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتاب العربي، القاهرة 1996..
- 9- شمس الدين السرخسي، **المبسوط**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1993..
- 10- شيخه زاده الحنفي، **مجمع الأنهر**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 11- علاء الدين السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، 1993..



- 12- محمد أمين عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 13- علاء الدين الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 14- إبراهيم الحلبي، ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 15- كمال بن الهمام، فتح القدير شرح البداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 16- علي بن أبي بكر الفرغاني المرغيناني، البداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 17- زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1993..
- 18- محمود البخاري ابن مازه، المحيط البرهاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 19- أحمد بن يحيى الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة شهاب، الجزائر.
- 20- أحمد بن غنيم النفاوي، الفواكه الدواني شرح رسالة القيرواني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 21- محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004..
- 22- حجازي بن عبد المطلب العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 23- أبو بكر محمد بن عاصم الأندلسي، التحفة في شرح البهجة، دار الفكر، بيروت، لبنان 1998
- 24- أحمد بن يحيى الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، دار المعارف، مصر، 1992.
- 25- زين الدين المليباري، إرشاد العباد إلى سبيل الرشاد، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- 26- محمد بن عبد الباقي بن علوان الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ مالك، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 27- خليل بن إسحاق، مختصر خليل في فقه الإمام مالك، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1922.
- 28- محمد بن أحمد ميارة المالكي، الإتقان والإحكام، مطبعة الاستقامة، القاهرة.
- 29- محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، القوانين الفقهية، منشورات دار الكتب، الجزائر 1987..
- 30- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.



- 31- الخطيب الشرييني، **مفنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان. 2002.
- 32- أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، **حاشيتا القليوبي وعميرة**، دار الفكر، بيروت، لبنان 1998.
- 33- يحيى بن شرف النووي، **المجموع شرح المذهب**، دار الفكر، بيروت، لبنان. 1996.
- 34- السيد البكري الدمياطي، **إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 2002..
- 35- حبيب الماوردي البصري، **الحاوي الكبير في الفقه الشافعي**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 36- أبو إسحاق الشيرازي، **المذهب**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 37- إبراهيم الفيروز آبادي، **التبهي**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 38- عبد الله موفق الدين ابن قدامة، **المغنى على مختصر الخرقي**، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.
- 39- مصطفى السيوطي الرحيباتي، **مطالب أولي النهى**، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.
- 40- عبد الحميد الشرواني، **حواشي الشرواني على تحفة المحتاج**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان. 1996.
- 41- شمس الدين البعلي، **المطلع على أبواب المقنع**، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان. 1981.
- 42- إبراهيم بن محمد بن ضويان، **منار السبيل**، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.
- 43- منصور بن إدريس البهوتي، **كشاف القناع على متن الإقناع**، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- 44- منصور بن إدريس البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان.
- 45- علاء الدين المورداوي، **الإنصاف**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان. 1997.
- 46- ابن مفلح الحنبلي، **المبدع شرح المقنع**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان. 1988.
- 47- مرعي الكرمي، **دليل الطالب**، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.
- 48- بدر الدين الزركشي، **شرح الزركشي**، مكتبة العبيكان، 1993.
- 49- أحمد بن تيمية، **مجموع فتاوى النكاح وأحكامه**، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، الطبعة الأولى. 1992.
- 50- محمد أبو زهرة، **الولاية على النفس**، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان.

- 51- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة 1957.
- 52- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، - دراسة مقارنة - ، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1977.
- 53- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق، بيروت، لبنان، الطبعة التاسعة، 2001.
- 54- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي غير العباد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 55- السيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة السابعة، 1985.
- 56- عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، 1972.
- 57- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- 58- كوثر كامل علي، أحكام تصرفات المرأة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006/2005.
- 59- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية - دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2008.
- 60- مجد الدين محمد بن يعقوب، الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2007.
- 61- عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، طبعة جديدة، 2007.
- 62- بلحاج العربي، قانون الأسرة، - مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا - ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 63- قانون الأسرة الجزائري، الصادر بموجب القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
- 64- مدونة الأسرة المغربية، الصادرة في 03 فبراير 2004.

العولمة وحقوق الإنسان

د/ فريجه حسين
أستاذ محاضر- جامعة المسيلة

تمهيد: مفهوم العولمة:

منذ سنة 1989 شهد العالم انهيار الاتحاد السوفياتي والدول الاشتراكية التي كانت تدور في فلكه، وانطلقت الدراسات لفهم ماذا يجري في العالم؟ وماذا أصاب هذا العالم؟ وتوصل المختصون في دراسة النظم السياسية والإيديولوجية، أن النظم السياسية يمكنها أن تسقط أما الإيديولوجية فإنها قد تضعف وقد تتوارى ولكنها لا تسقط⁽¹⁾. فالماركسية كانت تهدف إلى تحقيق أقصى درجة من درجات الحرية الإنسانية في إطار العدالة الاجتماعية، فكيف تسقط هذه القيم التي تعبر في الواقع عن أشواق الإنسانية منذ فجر التاريخ.

وقد أضحت الولايات المتحدة الأمريكية القوة العظمى الوحيدة مع تنامي وسائل الاتصال والتبادل الاقتصادي الحر على مجال واسع، وأصبحت الولايات المتحدة الأمريكية مكرسة نفسها على أساس أنها ستكون هي السرمد الأبدي الخالد .

ويظهر مفهوم العولمة مرتبطا بعمليات التغيير في عدة مجالات، فهي عملية مستمرة يمكن ملاحظتها باستخدام مؤشرات كمية وكيفية في عدة مجالات سياسية واقتصادية وثقافية وإعلامية.

(1) السيد ياسين، في مفهوم العولمة - العرب والعولمة - بحوث ومناقشات الندوة الفكرية التي نظمها مركز الدراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، يونيو 1989 ص 23 .



كما أنه يوجد إجماع بين المراقبين للحياة الدولية على أن العمليات السياسية والأحداث في العالم لها بعد كوني متزايد وتقوم العولمة كما يرى بعض الباحثين⁽¹⁾ على أسس وهي:

1 - المنافسة بين القوى العظمى .

2 - الإبداع التكنولوجي.

3 - انتشار عولمة الإنتاج والتبادل والعصرنة .

غير أنه لا يمكن إعطاء تعريف دقيق للعولمة نظرا لتعدد تعريفاتها وانحياز الباحثين المتأثرة بأفكار أيديولوجية ومدى تقبلهم للعولمة أو رفضهم لها .

إن هذا لم يمنع من إعطاء أوصاف عامة لها ، من ذلك مثلا أنها تغطي أغلب الكوكب أو أنها تشيع على مستوى العالم ، باعتبار أن السياسة والأنشطة الاجتماعية والاتصالات أصبحت تبسط على أنحاء المعمورة ، كما أنها تعتمد التبادل المتعامل بين الدول والمجتمعات التي تشكل المجتمع العالمي، ويقرر أحد علماء السياسة الأمريكيين⁽²⁾ ، " إن كان يبدو مبكراً وضع تعريف كامل وجاهز يلائم التنوع الضخم لهذه الظواهر المتعددة ، فعلى سبيل المثال يقيم مفهوم العولمة علاقة بين مستويات متعددة للتحليل : الاقتصاد ، السياسة ، الثقافة ، الإيديولوجيا ، كما تشمل إعادة تنظيم الإنتاج وتبادل الصناعات ، انتشار أسواق التمويل ، تماثل السلع الاستهلاكية لمختلف الدول " .

غير أن ما يلاحظ على هذا التعريف هو أنه طرح مشكلات متعددة تتمثل أساساً ، هل هذا يرجع إلى انهيار الدولة ذات الحدود المستقلة ؟ وهل العولمة تتضمن تعميق الفوارق والاختلافات ؟ وهل العولمة تنطلق وتهدف إلى إقامة حدود مصنوعة ؟ وهل العولمة تنطلق من خلال عوامل اقتصادية وإبداع تقني متطور أم خلال الأزمات ؟ وهل العولمة تتميز بوجود ثقافات عامة أم تهدف إلى إقامة ثقافات متنوعة محلية ؟ وهل العولمة تمثل استمرار الهوية بين الفقراء والأغنياء ؟ وهل العولمة تتطلب وجود حكومة عالمية ؟

(1) أنتوني ماكفرو ، تأصيل الدراسات الكونية ، كامبريدج ، إنجلترا منشورات بلوكويل 1992 ص 30 وما بعدها .

(2) جيمس روزناو ، ديناميكية العولمة : نحو صياغة علمية - قراءات استراتيجية - القاهرة - مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية بالأهرام عام 1977 .



وما يمكننا التوصل إليه من خلال الأسئلة المطروحة والتي يمكن أن تطرح عن العولمة عبارة عن وجه يظهر كل يوم بثوب جديد . ولفهم العولمة أكبر يمكن أن نذهب كما يرى بعض الباحثين⁽¹⁾ إلى وضع ثلاث اعتبارات تتمثل أساساً في :

- 1 - انتشار المعلومات بحيث تصبح مشاعة لدى جميع الناس .
 - 2 - تذبذب الحدود بين الدول .
 - 3 - زيادة التشابه بين المجتمعات والجماعات والمؤسسات.
- ويظهر أن هذه المعايير تهدف إلى سهولة حركة تنقل الناس والمعلومات والسلع بين الدول على نطاق واسع . وإن الطريقة المعتمدة إلى انتشار العولمة تتم عن طريق :

- 1 - الاتصال الإعلامي بجميع وسائله .
- 2 - نشر ثقافة الآخر بالقوة.
- 3 - المنافسة المسيطرة والقضاء على طاقات الدول .

الفصل الأول: العولمة وأمريكا:

سنتعرض في هذا الفصل إلى العولمة والسيطرة عالمياً من أمريكا أولاً ثم نتعرض إلى أمريكا وسيطرتها على العالم العربي ثم إلى أمريكا وأحداث 11 سبتمبر 2001 والمجابهة بين العولمة الغربية والواقع الإسلامي.

أولاً: أمريكا السيطرة عالمياً:

بعد الحرب العالمية الثانية سارت أمريكا تعمل على أنه لا يمكن لأي دولة أن تنظم إلى أي منظومة عالمية دون المرور بواشنطن والحصول على الموافقة الأمريكية ، وليس من باب الصدفة أن تكون الأمم المتحدة في نيويورك، وأن تكون واشنطن مقر البنك الدولي وصندوق النقد الدولي، كما أنه أصبح البيت الأبيض ووزارة الخارجية ووزارة الدفاع على اتصال دائم بما يجري في السياسة العالمية .

(1) السيد يسين، العولمة والعرب، مركز الدراسات، الوحدة العربية، بيروت، يونيو 1998 ص 23 وما بعدها، الأستاذ / بوخادة إسماعيل، فكرة النظام الدولي الجديد ومصالح دول العالم الثالث، جامعة البليدة، معهد الحقوق والعلوم الإدارية 24- 26 ماي 1993 ص 102 .



قبل انهيار الاتحاد السوفياتي كان في العالم مركزان للقوة العالمية : أحدهما في واشنطن والآخر في موسكو ، أما الآن فليس هناك إلا مركز واحد ولقد أنشأت الولايات المتحدة قوة عسكرية ضخمة لردع دول بعد تنامي مصالحها الاقتصادية في أنحاء العالم وكان عماد هذه القوة العسكرية الترسانة النووية الضخمة التي تملكها والسيطرة الجوية المطلقة والمتطورة ظهرت خاصة أثناء حرب الخليج لردع العراق ثم التدخل العسكري المباشر بعد تحطيمه عن طريق الجو والهيمنة وإخضاع أنظمة تعاونت معها لتسهيل الدخول المباشر دون خسائر تذكر .

كما أنه في أوروبا يبدو أن السباق على القوة قد انتهى وخاصة بعد انهيار الاتحاد السوفياتي ، وخلال حرب الخليج 1990 عملت أمريكا على إنفاق مبالغ من أجل تطوير أسلحتها وبرز البنتاغون على أنه القوة العالمية دون منازع .

وقد برز هذا جليا خلال التدخل الأمريكي في العراق بحيث دمرته بالقوة على مرأى من أعين العالم.

وإلى جانب السيطرة العسكرية فإن الولايات المتحدة تستمر في تأدية دور مركزي وخاصة بعد السيطرة على منابع النفط في العراق ، وبالتالي فإنها تستظل المسيطرة على الرغم من منافسيها الأقوياء في أنحاء العالم ، فإنها مازالت الأقوى من بينهم ، وخاصة بعد بسط سيطرتها على منابع الذهب في منطقة الخليج العربي ومؤسسات التجارة العالمية .

ثانيا : أمريكا السيطرة على الدول العربية :

منذ مدة وخاصة بعد حرب الخليج أصبحت الدول العربية متروكة لتصرف شؤونها تحت الهيمنة الأمريكية باستثناء العراق الذي ظل يخضع لحصار اقتصادي باعتباره يشكل مصدر خطر لمنابع النفط وإسرائيل غير أنه بعد أحداث 11 سبتمبر 2001 أصبح هناك تركيز أمريكي واضح على منطقة الشرق الأوسط وتعالق أصوات اليمين الأمريكي المتحكم بمفاتيح القرار بواشنطن بضرورة الإسراع بإحداث تغيير شامل وجذري في المنطقة سواء في الخريطة الجيوسياسية أو في الخريطة الثقافية وذلك بإدخال منظومة تربوية تتماشى مع الأهداف الأمريكية بحجة القضاء على الإرهاب وهذا لمعظم دول المنطقة ، ولا تهدف أمريكا من خلال مخططاتها للمحافظة على مصادر النفط وأمن إسرائيل رغم أهميتها لأمريكا ، فالقضية أبعد من ذلك بحيث لها بعد استراتيجي يتعلق ببناء نظام دولي جديد وفق المنظور



الأمريكي⁽¹⁾. فأمریکا تتعامل مع منطقة الشرق الأوسط على أنها المنطقة الأكثر اضطراباً في العالم سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الثقافية، وهي الأكثر تهديداً لاستقرار النظام الدولي الجديد والأكثر تعصبا من وجهة النظر الأمريكية من توطن ثقافات معادية للمعاصرة والعولمة والحدائث الثقافية، لذا فهي بنظر الإدارة الأمريكية الأكثر خطورة من الشيوعية قبل انهيار الاتحاد السوفياتي التي حاربتها أمريكا خلال القرن العشرين .

كما أن الانتصار السريع لأمريكا في العراق أدى إلى زيادة عزمها على فرض رؤيتها السياسية والاقتصادية على العديد من دول المنطقة الواضحة بكل ما تملك إلى هذه الهمنة ابتداء من العراق الحلقة التي أصبحت أضعف من الناحية السياسية .

كما أن الإدارة الأمريكية بدخول جيوشها إلى العراق أصبحت تعمل على تقويض الوضع القائم وإدخال تغييرات هيكلية على الخارطة السياسية والاقتصادية لدول المنطقة .

العراق بلد غني في ثرواته الطبيعية والبشرية، ويكفي القول أنه ثاني بلد في العالم بعد السعودية في احتياطات البترول، وقد يتفوق عليها بعد المزيد من عمليات التنقيب، كما أن قوات التحالف عملت على حماية حقول النفط العراقية ووزارة النفط في بغداد، وقد تصل إيرادات العراق من النفط بعد سنة من أعمال الصيانة إلى حوالي 20 مليار دولار سنوياً متوقفاً على أسعار البترول في السوق العالمي، كما أنه لا يستبعد أن تشور حرب باردة بين الولايات المتحدة والدول الأخرى كفرنسا وألمانيا

وروسيا حول امتيازات التنقيب عن النفط العراقي واستغلاله، فهناك عقود روسية حصلت عليها روسيا قبل انهيار نظام صدام حسين في العراق، ووعود حصلت عليها شركات فرنسية غير أن الإدارة الأمريكية طرحت تلك العقود جانباً وتتجه إرادتها إلى خصخصة البترول العراقي مما يجعل ثروات البترول النفطية محتكرة من قبل الشركات الأمريكية⁽²⁾ .

ولم تكن السيطرة واضحة للعيان في مجال النفط فقط فأجهزة التصوير في الحرب ضد العراق لا تستطيع القيام بعملها إلا في ظل رقابة العسكريين وكل من حاول الابتعاد عن

(1) جريدة الرأي الأردنية، الصادرة بتاريخ 30 أبريل 2003، محاضرة بمنتهى السياسات الاقتصادية .. الوضع الاقتصادي المحلي والإقليمي ص 14 .

(2) جريدة الرأي الأردنية، الوضع الاقتصادي المحلي والإقليمي، محاضرة بمنتهى السياسات الاقتصادية، 30 أبريل 2003 ص 14 .



الرقابة كان مصيره الموت بالقنابل الموجهة⁽¹⁾ أما في العربية السعودية فلم يتمكن الصحفيون من التنقل فالجيش الأمريكي وحده هو الذي يقرر . وكان الإعلام مقتصرًا على التحليلات والتعليقات، فالصورة المباشرة التي تتقلها التلفزيونات سواء الجزيرة أو C.N.N، والتي يظهر فيها الجندي الأمريكي الأسطورة الخائفة والتي أصبحت فيما بعد حسب خطاب جورج بوش القوة التي لا تقهر، فلقد حارب العراق ضد أمريكا وبريطانيا ودول أخرى أين يكمن التعصب الديني ومحاربة الإرهاب الذي رفعت شعاره الإدارة الأمريكية صدام حسين الذي اعتمد خطابا دينيا لم يكن يتمسك به من قبل أما جورج بوش الذي يدعو إلى التعصب الديني المسيحي والتمسك بالقنبلة الذرية من أجل النصر⁽²⁾: " لقد انتصرنا لأن الله كان معنا" كما يزعم بوش.

ومن أجل أن يكون المشهد متلائما مع المشاعر الغربية كان يجب أن تبقى المذبحة في طي الكتمان فلم تعرض سوى غارات منزهة عن الخطأ والعيب إنها حرب القنابل الذكية والتكنولوجيا الحديثة.

ثالثا : العولمة والمسلمون بعد أحداث 11 سبتمبر 2001 :

العرب والمسلمون يضربون ضربا شديدا ، ويهانون بشكل غير مسبوق في أمريكا وفي أفغانستان تشن عليهم حربا ، القتل في فلسطين والإهانة للمسلمين والعرب في كل مكان ، لأن تدمير مركز التجارة العالمي ووزارة الدفاع الأمريكية قد ألصقت برجال دينهم الإسلام وجنسياتهم عربية ، وفي أوروبا معاملة قاسية ووسائل الإعلام هناك مرغت سمعة الإسلام والعرب وتعرضت الدول العربية بشكل أو بآخر للإذلال لأنها تحاول أحيانا التذكير بالإرهاب الإسرائيلي، ومرة لأنها تحاول تذكير العالم بأن المقاومة الفلسطينية تدافع عن حقها ومرة لأنها تحاول أن تعبر عن هروبها من ضرب العراق أو أي دولة عربية أخرى .

غير أن عالم القهر قد حل بالعرب بعد احتلال العراق وتقسيمه إلى مناطق من أجل إضعافه ونهب خيراته، إنها عولمة " القهر " .

(1) قتل عدد من الصحفيين أثناء دخول القوات الأمريكية لبغداد ومنهم صحفي قناة الجزيرة الشهيد - طارق أيوب - وصحفي إسباني .

(2) ناهد طلاس العجّة، العولمة، محاولة في فهمها وتجسيدها، ترجمة هشام حداد، ص 153 .



الفصل الثاني: العولمة وحقوق الإنسان:

سنحاول في هذا الفصل الرجوع إلى مصادر العولمة من خلال موثيق وبيانات حقوق الإنسان كما جاءت في الإعلان الفرنسي لثورة 1789 وموثيق إنجلترا والبيانات الأمريكية ونظرة الأمم المتحدة إلى هذه الحقوق العالمية ثم دراسة إلى المواقع، دون الرجوع إلى متاهات التاريخ ودون الرجوع إلى الحضارة الإسلامية وبالاعتماد على عولمة حقوق الإنسان التي تهدف إلى القهر والظلم والاستبداد فإننا سنحاول أن نقتصر على حقوق الإنسان التي نادى بها الغرب .

أولاً: حقوق الإنسان والثورة الفرنسية لسنة 1789:

قامت الثورة الفرنسية وأقرت مبادئ لحقوق الإنسان امتد إشعاعها خارج نطاقه الجغرافي وجعل منها مبادئ عالمية وذلك منذ قيام ثورة 1789 لتشمل مبادئ فلسفية ذات شمولية.

وانطلق الإعلان الفرنسي من مفاهيم يمتلكها الفرد بسبب صفته بالذات وباعتباره كائناً بشرياً وعضواً في الجسد السياسي وترتكز الثورة الفرنسية على مبادئ الحرية والشرعية والمساواة .

1 - **الحرية**: إن جميع البشر أحرار وحريةهم يجب أن لا تضر بالغير، والملكية هي شرط من حرية الفرد والملكية حق مقدس لا يمكن اغتصابه ولا يمكن لأحد أن يحرم منه إلا حين تقتضي ذلك المصلحة العامة، وشرية تعويض عادل ومسبق، كما تشمل الحرية، حرية الرأي، والمعتقد، والفكر والصحافة (المادة 10 و 11 من الإعلان الفرنسي لعام 1789).

2 - **الشرعية**: القانون الذي هو تعبير عن الإدارة العامة يلعب دوراً هاماً، ومن أجل تجنب التجاوزات فهو يضع حدوداً ويبدو بمثابة ضمانات لأمن المواطن، والقانون مهمته منع الأفعال الضارة بالمجتمع (المادتين 7 و 8 من الإعلان الفرنسي لعام 1789).

3 - **المساواة**: يولد الناس أحراراً ومتساوين في الحقوق، ولا يمكن للفوارق الاجتماعية أن تقوم إلا على أساس المصلحة المشتركة والمساواة تكون أمام العدالة والقانون والضرية (المادتين 6 و 13 من الإعلان الفرنسي لعام 1789).



ويتضح من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان لسنة 1789 أن له قيمة تطمح إلى تجاوز مواطني البلد ويذهب الطموح برجال الثورة الفرنسية بأن الإعلان يمثل " المبادئ الخالدة " أو " الإعلان بمثابة الإنجيل السياسي للأزمة الحديثة " (1).

لقد تعرض إعلان 1789 لقيم مجردة وعامة وغير مرتبطة بزمن معين إنه أقام تعريفا شاملا للإنسانية، وظل الإعلان الملمم الأعظم لجميع الحركات السياسية والاجتماعية، غير أن الإعلان لحقوق الإنسان الفرنسي ما لبث أن تجاوز مهمته ووقع في الحضيض الأسفل عند تنكره لحقوق الغير في المساواة والشرعية والحرية باحتلاله للجزائر ولمجموعة من الدول الإفريقية وتحوّل من إشعاع عالمي إلى استعمار شمولي " إن فرنسا باحتلالها الجزائر سنة 1830 عرضت استقلال الجزائر وحرية مواطنيها إلى أشع استعمار وبعبارة أخرى فإنها حوّلت مبادئ ثورتها إلى تفرقة وطبقية وامتيازات .. وحرمت حرية العمل، والفكر، والكلام، والصحافة، إن هذا العمل من طرفها أصبح موضع استغراب نظراً لفضاعة ما قامت به وهكذا حوّلت مبادئها إلى مبادئ مرتبطة بمواطنيها ولا تنطبق على الغير، وهكذا تحوّلت من الشمولية العالمية إلى المحلية الضيقة أنها احتوت كما يصفها " شيليان زانغ " (2) " على ما هو رهيب، وكأنه عاصفة هوجاء اجتاحت وقلبت الأرض رأساً على عقب " .

ثانياً : الموثيق الإنكليزية :

هذه الموثيق عبارة عن اتفاقيات أجراها البارونات أو المجلسان مع الملك ونظراً لحدوثها دائماً في شكل انتفاضات ضد السلطة الملكية، وهي عبارة عن تنازلات تم انتزاعها بالقوة وتشمل الحريات بضمانات محددة هادفة إلى معالجة قضايا .

وعلى سبيل المثال كان يهدف ميثاق سنة 1215 إلى تخفيض الغرامات وأنها ثورة لم يقم بها الشعب الإنكليزي، وإنما النبلاء الذين كانوا يمثلون الإقطاعية بدرجاتها العليا (3)، ثم صدرت عريضة 1628 عندما أصطدم شارلس الأول بمقاومة شديدة وبرز في هذه العريضة

(1) ناهد طلاس العجة، العولة، محاولة في فهمها وتجسيدها، ترجمة هشام حداد ص 165

(2) Courrier de l'Unesco, p. 18 et suiv, .

"Zhilian Zhanj ; La chine : la liberte centans après "

(3) تشتمل الماكنة كارتا (Magna Carta) على 63 مادة، تحوى من الأحكام ما يصون الحريات الأساسية من تصرفات الملكية واعتداءاتها على ممتلكاتهم، وتأمين حريات الكنيسة، والحرية الاقتصادية للتجار، وبإلغاء الضرائب المستحدثة، وبالترزام النزاهة والعدالة في القضاء والإدارة. (أنظر الدكتور آدمون ربّاط، الوسيط في القانون الدستوري العام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار العلم للملايين، بيروت 1968 ص 116 وما بعدها) .



حقان أساسيان ترتكز عليهما سائر الحقوق والحريات الفردية في إنجلترا وهما : الحرية الشخصية، وتحريم إنشاء ضرائب وفرضها بدون موافقة البرلمان عليها، ثم ظهر وثيقة " الهابياس كوربوس 1679 " وقد تضمنت القواعد الأساسية لحماية الحرية الشخصية من تعسفات السلطة القائمة . ثم صدرت شرعة الحقوق سنة 1689 وتضمنت هذه مبادئ تمنع الملكية من التصرف تصرفاً سيئاً، وحرمت على الملك حق تعليق القوانين وإنشاء محاكم وفرض أية ضريبة دون موافقة البرلمان⁽¹⁾ وظهرت بما يسمى بموازنة الدولة، وهذه المواثيق تعد وسائل إجرائية أكثر مما هي إعلانات حقوق لكنها سقطت بقيامها على نهب ثروات العراق حالياً واستعمار الشعوب سابقاً⁽²⁾ .

ثالثاً : البيانات الأمريكية:

نتعرض في دراستنا هذه إلى البيانات الأمريكية ونحاول تبينها بإيجاز باعتبار أن أمريكا أصبحت هي القوة المهيمنة والباسطة نفوذها والداعية إلى العولمة، وقد صدرت تسعة بيانات خلال السنوات التي سبقت عام 1789 بيان استقلال الولايات المتحدة في سنة 1776 وبيانات ثمانية من أصل ثلاث عشرة مستعمرة⁽³⁾ وجاء في المادة الأولى من بيان ماساشوستس " كل البشر مولودون أحراراً ومتساوين "، وتؤكد ديباجة هذا البيان أن " الهدف من إقامة حكومة هو تأمين وجود جسد سياسي، وحمايته، وأن يحصل الأفراد الذين يشكلونه على إمكانية التمتع بالأمن مع الاطمئنان على حقوقهم الطبيعية والجسد السياسي مكوّن من رابطة ناجمة عن اختيار الأفراد، إنه عقد اجتماعي يتفق بموجبه الشعب بأسره مع كل مواطن على أن الجميع سيخضعون لبعض القوانين من أجل المصلحة المشتركة " .

(1) آدمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، مرجع سابق ص 125 .

(2) ناهد طلاس العجة، العولمة : محاولة في فهمها وتجسيدها، مرجع سابق ص 161 وما بعدها .

(3) تمثل المستعمرات قبل إعلان استقلالها عن التاج البريطاني : فرجينيا (1776)، بنسلفانيا (1776)، ديلاوير (1776)، فيرمونت (1777)، ماساشوستس (1780)، نيوهامبشاير (1783)، نيويورك، رود إيلاند، نيوجرسي، ماريلاند، نيوهامبشاير، نورث كارولينا، ساوث كارولينا، كنتكت، جورجيا (أنظر ناهد طلاس العجة، العولمة، محاولة في فهمها وتجسيدها، ترجمة هشام حداد، مرجع سابق ص 162، الدكتور/ آدمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، مرجع سابق ص 432) .



ولقد جاءت ديباجة هذا البيان متأثرة بأفكار جون لوك⁽¹⁾ .
ومونتسكيو⁽²⁾ فيما يتلق بالفصل بين السلطات .

كما أنه يجب النظر على أنه إثر الحرب الأهلية الأمريكية سنت قوانين تحرم على الدولة أن تقبض على أي شخص دون قانون أو تحرمه من حياته أو حرته أو ثروته دون إتباع إجراءات قانونية.

وقد جاءت نصوص البيانات الأمريكية تحمل صيغة النزعة العالمية، فبالنسبة لإنسان العالم الجديد فهو سيد مصيره، وتستند الحرية عنده إلى كرامة الجهد وقيمة النجاح وذلك بسيطرته على الطبيعة البكر للقارة الجديدة.

وتتوالى الحقوق الأساسية وخاصة بعد ظهور الشيوعية العالمية مثل حق العمل، والحق النقابي، وحق المشاركة في إدارة المؤسسات.

وبعد الحرب العالمية الثانية أقيمت حقوق الإنسان على أساس اعتمادها بعداً عالمياً، وهي لازالت تهدف إلى تكريس مبادئها القائمة على القهر والهيمنة.

رابعاً: من عصبية الأمم إلى هيئة الأمم :

جاء إنشاء عصبية الأمم استجابة لمبادرة رئيس الولايات المتحدة الأمريكية، توماس ويلسون، الذي طالب سنة 1918 بإنشاء "جمعية عامة للأمم من شأنها أن تأتي بضمانات متبادلة للاستقلال السياسي والإقليمي للدول الصغيرة والكبيرة على حد سواء" ومن خلال تخصصها في منع "حرب أهلية دولية جديدة" جمعية يجب أن تعرض عليها كل النزاعات التي يمكن أن تؤدي إلى انتهاك السلام" وتم إنشاء "المحكمة الدائمة للعدالة الدولية التي كانت مهمتها الحكم في الخلافات بين الدول، غير أن عصبية الأمم فشلت عند منعها نشوب

(1) جون لوك، فيلسوف إنجليزي، كان أبوه محامياً ونشأ على حب الحرية وظل متعلقاً به منذ ولادته سنة 1632 حتى تويته سنة 1704 وهو يعد من كبار ممثلي المذهب التجريبي في إنجلترا ويعد من مؤسسي المذهب الحر وعنده الحرية الشخصية ليست هناك سيادة طبيعية لأحد على الآخر .

(2) مونتسكيو (1689 - 1755) هو ناقد اجتماعي ومفكر سياسي فرنسي صاحب كتاب "روح القوانين" الذي تعرض فيه إلى السلطات الثلاث : التشريعية والتنفيذية والقضائية وأن أي سلطنة تعدي على الأخرى تلقى حينئذ سلطنة تقف في وجهها .



الحرب العالمية الثانية، عندما انتصرت المبادرات الشرسة لليابان وإيطاليا وألمانيا على الآلة الهشة لعصبة الأمم .

وهكذا في سنة 1945 جدد الحلفاء بقيادة أمريكا بإنشاء هيئة الأمم المتحدة ومن أهداف هذه المنظمة كما هي معلنة في المادة 01 من الميثاق:

- الحفاظ على السلام والأمن الدوليين .
- تنمية العلاقات الودية بين الأمم، والقائمة على مبدأ المساواة في حقوق الشعوب وحقوقهم في تدبير أمورهم .

- تحقيق التعاون الدولي بحل المشاكل الدولية ذات الطابع الاقتصادي، أو الاجتماعي، أو الفكري، أو الإنساني، من أجل الجميع دون تفرقة.

- أن تكون مركزاً تتلاقى فيه جهود الأمم باتجاه هذه الغايات المشتركة وتم نشر ميثاق الأمم المتحدة على أنه: "المثل الأعلى الذي يجب أن تدركه كل الشعوب وكل الأمم". وقد صادقت جميع الدول على الإعلان.

وتبع إعلان 1948 ميثاقان لهما قيمة ملزمة ميثاق دولي يتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وآخر يتعلق بالحقوق المدنية والسياسية ويرجع تاريخ هذين الميثاقين إلى سنة 1966.

وقد تتابعت الاتفاقيات، ففي سنة 1965 أقرت الجمعية العامة الاتفاقية الدولية بشأن القضاء على جميع أشكال التمييز إزاء المرأة التي بدأ توقيعها في سنة 1980، فهي ترمي إلى الكفاح ضد جميع أنواع التمييز التي تتعرض لها النساء، وفي سنة 1984 تم إقرار اتفاقية التعذيب والعقوبات والمعاملات القاسية الأخرى وتلتها اتفاقية حقوق الطفل في سنة 1989 .

وقد وردت هذه الاتفاقيات ضمن العمل على توحيد الجماعة الدولية. إن مفهوم حقوق الإنسان يعمل على إزالة الحدود، وقادة الدول التي تتحمل أعظم المسؤوليات في قيادة شؤون العالم.

خامساً: المجابهة بين الواقع والعولمة والإسلام:

ليست المسألة إعلانات حقوق الإنسان باعتبار أن الدولة القوية لا تحترمه ولا تعتد به أصلاً باعتبار أنها لم تحترم عدم اللجوء إلى التهديد باستخدام القوة بحيث لجأت إليه ضد



العراق رغم معارضة الأمم المتحدة وأغلبية أعضاء مجلس الأمن، كما أنها لم تحترم حرمة الحدود، وعدم التدخل في الشؤون الداخلية بحيث أنها احتلت العراق بالقوة وقضت على نظام قائم. وأمام هذه المجابهة وما أنتجه الفكر الغربي فقد جاء الإعلان الإسلامي العام لحقوق الإنسان⁽¹⁾ وتمثل حقوق الإنسان في الإسلام قناعة راسخة بعمق أن الله وحده هو صاحب الشريعة ومصدر كل الحقوق ولا يمكن لأي حاكم أو جمعية أو سلطة أن تنتقص أو تنتهك حقوق الإنسان التي منحها الله، ولا يوجد أي أحد يساوم عليها. ويقوم هذا النظام على القرآن والسنة، والقرآن هو العلم الفعّال في المجتمع بما أنه يصنع نفسه بنفسه من خلال الحركة الحقيقية التي تتيح بفعل البشر، للإنسانية بأسرها وللذات الإنسانية أن تستعيد كينونتها الأصلية.. كما أنه يمكننا القول أن هناك سوابق لحقوق الإنسان التي ظهرت عام 1789 هناك نصوص أولية جذرت حقوق الإنسان⁽²⁾ ولهذا يجب العمل لفتح " المجال لولادة نظام فكري عربي وإسلامي جديد، هذا النظام الجديد هو الذي نسعى إليه الآن بكل قلوبنا"⁽³⁾ لكي يقف أمام العولمة الغربية المتوحّشة.

الفصل الثالث: العولمة والبنك الدولي وصندوق النقد ومنظمة الجات العالمية:

أولاً: العولمة والبنك الدولي⁽⁴⁾:

نحاول التعرض إلى البنك الدولي باعتباره من الأدوات التي لجأت إليه العولمة للسيطرة على اقتصاديات الدول النامية:

يركز البنك الدولي على أن العولمة عملية لا مفرّ منها وأن التكيف مع هذا النشاط ممكن لدول العالم الثالث ويعتبر صندوق النقد الدولي في تقريره سنة 1997 حول الوضع الاقتصادي العالمي:

أن الدول التي فتحت أبوابها واقتصادها لقوى العولمة استفادت كثيراً ويرفض الادعاءات القائلة بأن العولمة مسؤولة عن خسارة الوظائف.

(1) تم إنشاء الإعلان الإسلامي العام لحقوق الإنسان بتحريض من المجلس الإسلامي الأوروبي وتم نشره في 19 أيلول 1981.

(2) محمد أركون، الفكر الإسلامي، ترجمة وتعليق هاشم صالح، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، سنة 1993 ص 314.

(3) مرجع سابق ص 321.

(4) إسماعيل العربي، التعاون الاقتصادي للتنمية في نطاق المنظمات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية،

الجزائر. 1979 ص 261.



كما يقول رئيس البنك الدولي: إن المعونة الأجنبية توفر سوقا عاجلا وأساسيا للبضائع الأمريكية.

ويوجد المقر الرئيسي للبنك في واشنطن عاصمة الولايات المتحدة الأمريكية وتتمتع الولايات المتحدة وبقيّة الدول الرأسمالية عموما بقوة تصويتية مهيمنة، تجعلها قادرة على وضع وتنفيذ السياسات التي تتماشى ومصالحها⁽¹⁾. كما تهيمن الولايات المتحدة على سياسة البنك الدولي، وتقرض شروطا قاسية على أي قروض تطلبها الدول النامية، وعجز الكثير منها عن دفع خدمات الدين، وربما هذه القيود الصعبة هي التي عصفت بالنمو الأسيوي فالقروض التي طالب بها فجأة الرأسماليون المكفولون من قبل الدولة وبالعملة الصعبة جعلت الرصيد في البنوك المركزية الأسيوية صفرًا مما دعا إلى التدهور السريع في عملاتها المحلية⁽²⁾.

كما أن القروض الذي يقدمها البنك الدولي لتركيا هي قروض مشبوهة وهي تهدف إلى التضيق على المنطقة العربية من أجل التحكم في المياه وحجبها عن الدول العربية وذلك بإقامة السدود الضخمة على نهري دجلة والفرات.

ثانياً: العولمة وصندوق النقد الدولي: **Fond Monétaire International** ⁽³⁾:

تأسس هذا الصندوق سنة 1944 كجهاز متخصص تابع للأمم المتحدة بهدف دعم وتقوية التعاون الدولي بين الدول في المجال النقدي أو المالي، كما أن السياسة النقدية قبل عام 1944 كانت من صميم اختصاص الدول ذات السيادة وبالتالي فإن تأسيس صندوق النقد الدولي عام 1944 غير الظروف الدولية من مرحلة سيادة الدولة في مجال السياسة النقدية إلى مرحلة بروز النظام النقدي الدولي واستقراره⁽⁴⁾. ومن الشروط التي يفرضها صندوق النقد الدولي على الدول الأعضاء التي تستعمل موارده ما يلي:

1 - تحديد الأسعار بناء على قوة الطلب والعرض، وبالتالي عدم فرض أي أسعار من قبل الدولة على نظام الأسعار السائد.

(1) الدكتور / فلاح كاظم المحنة، العولمة والجدل الدائر حولها، الوراق للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان 2002 ص 121.

(2) مرجع سابق ص 123.

(3) مجموعة أعمال الملتقى الدولي: النظام الدولي الجديد ومصالح دول العالم الثالث، جامعة البليدة، معهد الحقوق والعلوم الإدارية 24 - 26 ماي 1993 ص 115 وما بعدها.

(4) إسماعيل العربي، التعاون الاقتصادي لتنمية في نطاق المنظمات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1979 ص 258.



- 2 - رفع معدل أسعار الفائدة .
- 3 - خفض معدل الضرائب لتشجيع الاستثمار المحلي والأجنبي .
- 4 - خفض نفقات الدولة ، لاسيما النفقات العسكرية.
- 5 - الأخذ بمبدأ حرية التجارة والتنافس التجارية .
- 6 - رفع أسعار النفط المستهلك محليا.
- 7 - رفع الدعم عن السلع الأساسية .

غير أنه مما يلاحظ أن وصفات البنك وصندوق النقد الدوليين جلبت اليأس والشقاء والبطالة لجماهير العالم الثالث، ويعتقد ساسة العالم الثالث أن باتباع هذه الوصفات سوف يطورون اقتصاد بلادهم وجذب المستثمرين الأجانب، وتنمية الصادرات والمنافسة في الأسواق العالمية، وتشجيع القطاع الخاص وتصفية القطاع العام بدعوى عدم كفاءته، وقد أدت هذه السياسية إلى انفتاح الأسواق العربية على تجارة مواد الاستهلاك المصنوعة في مصانع أجنبية، ونمو صناعات خفيفة مثل المناديل المعطرة والمواد الغذائية كصناعة الطماطم وصناعة الألبان وتجارة المطاعم بفروعها الأجنبية مثل " الماكدونالدز" أو "الكينتاكي" وتجارة المضاربة في العقارات وانتشار التجارة في العملة الصعبة على حساب العملة المحلية وازدياد استهلاك بضائع الترفيه ونتيجة لذلك تراجع نمو الزراعة والصناعة .

إن العديد من التحديات التي تفرضها العولمة على الشعوب تكون متشابكة فشروط صندوق النقد الدولي يكون لها في بعض الدول انعكاسات المجتمع والصحة، إذ ظهر مرض الكوليرا في البيرو بسبب شروط الصندوق التي التزمت الحكومة بها ورفعت أسعار مياه الشرب النقية فلجأ الأهالي إلى المياه غير النقية مما أدى إلى انتشار هذا المرض الخطير .

ثالثا: الجات والعولمة:

الاتفاقية العامة للتعريف والتجارة مختصرها (GATT)، فالجات عبارة عن تنظيم دولي يسعى إلى تطوير التجارة بين أعضائه، عن طريق عقد لقاءات منتظمة يتم فيها مناقشة الاختلاف والاتفاق المتعلق بتخفيض التعريف الجمركية وأي عقبات تجارية أخرى⁽¹⁾ ومن

(1) يعود أول لقاء للجات إلى سنة 1947 في مدينة جنيف بسويسرا، وكان الهدف من اللقاء جعل التنظيم كجهاز متخصص تابع للأمم المتحدة يهتم بتسيق العلاقات التجارية وتشجيع حرية التجارة بين الدول .



إنجازات الجات إقرارها لنظام عام للمفاضلة Système général de préférence تعطي بموجبه الدول المتقدمة مزايا للدول النامية التي تطالب برفع القيود الجمركية على صادراتها من المواد الأولية، وتقوم الجات حاليا بجملة من المهام يمكن تلخيصها فيما يلي (1) :

- 1 - التشاور أو التفاوض على تخفيض التعريفات الجمركية وغيرها من القيود التجارية.
- 2 - العمل على تطوير سياسات تجارية جديدة تتماشى والتطور في العلاقات التجارية الدولية.
- 3 - فض المنازعات التجارية بين أعضاء الجات وتطوير قواعد السياسة التجارية.

غير أن مصالح الدول النامية لم ترع من قبل الدول المتقدمة باعتبار مثلا أن الدول الصناعية لم توافق في جولة طوكيو لعام 1979 على إلغاء التعريفات الجمركية على السلع الأولية المصدرة من دول الجنوب (2) .

إن العولمة تفسر في هذا المقام بأنها الحركة النشطة والمتسارعة للمبادلات العالمية (المالية، التجارية، والمعلوماتية) وتستمد مفاهيمها من الإطار النظري لمفهوم التجارة الدولية التي وضعت أسسها لعام 1947 اتفاقية " الجات " التي تنص على أن تقوم كل دولة من دول العالم بإنتاج وتصدير السلعة التي تتمتع في إنتاجها بميزة نسبية، أي تكون كلفتها أقل وجودتها أرفع من إنتاج غيرها من الدول، هذه السلعة تصبح عالمية بالتبادل لتحقيق "الرفاهية" العالمية.

لقد اعترفت الجات في التسعينات بالسوق العربية المشتركة باعتبارها منظمة للتجارة الحرة تقوم في النهاية إلى إنشاء أول اتحاد جمركي عربي، وأن تتقوى فيما بينها لتشكل تكتلا اقتصاديا وتجاريا يمنحها موقعا قويا في مواجهة التكتلات الاقتصادية العالمية (3)، إن اقتصاديات الدول العربية تمثل إذا اتفق العرب على إلغاء الحواجز الجمركية أملا يرجوه كل

(1) الدكتور / فلاح كاظم المحنة، العولمة والجدل الدائر حولها، مرجع سابق، ص 134 وما بعدها .

(2) الدكتور فلاح كاظم المحنة، العولمة والجدل الدائر حولها، مرجع سابق ص 135، إسماعيل العربي، التعاون الاقتصادي للتنمية في نطاق المنظمات الدولية، مرجع سابق، ص 114، وما بعدها .

(3) تشترك سبع دول عربية في منظمة التجارة العالمية هي : الكويت، المغرب، تونس، الإمارات العربية المتحدة، البحرين، قطر، وموريتانيا ... وثلاث دول هي الجزائر، التي يدرس طلبها بشأن العضوية الكاملة السودان واليمن، وست دول بصفة عضو مراقب هي : المملكة العربية السعودية والأردن وتدرس الجات طلبات دول عربية للحصول على العضوية الكاملة هي سوريا، لبنان، ليبيا .



عربي غير أن مصالح الدول المتقدمة " قد يعيق على الدوام بلدان الجنوب ويزيد الشرخ الرقمي اتساعاً"⁽¹⁾.

الفصل الرابع: مؤتمرات العولمة والهيمنة الأمريكية:

أولاً: مؤتمر سياتل:

تقادي منظمة التجارة الدولية بمبادئ اقتصاد السوق وإزالتها للعوائق التي تحد من حركة الاقتصاد العالمي، فمنظمة التجارة العالمية تعتبر التجارة أداة لتعزيز السلام وتبادل الثقافات بين الدول. وعلى هذا الأساس تم عقد مؤتمر سياتل في 11/30 ولغاية 1999/12/03م في الولايات المتحدة الأمريكية لتتوجها للاتفاق الأمريكي الصيني .

وقد واجه مؤتمر سياتل تحديات كبيرة تتمثل أساساً بتوفير حركة كاملة لاقتصاد السوق في دول الشمال، وتوفير المحافظة على الموازنة بين المصالح الأمريكية والأوروبية . ففي سياق العلاقات الأمريكية الأوروبية تهتم أوروبا وأمريكا بالسيطرة والمحافظة على مصالحها، ويوجد خلاف حول سياسة الحماية الزراعية وتهتم متبادلة بين الطرفين عن هذه المسألة والمنافسة الحادة ستبقى الميزة لأجواء الاقتصاد العالمي، كما أن دول الشمال تصر على سياسة وحماية صناعاتها وتقديم المساعدات فيما يتعلق بالمجال الفلاحي وتحث على رفعها فيما يتعلق بدول الجنوب⁽²⁾.

وفيما يتعلق بالعلاقات الصينية الأمريكية، كانت الولايات المتحدة ترفض دخول الصين في المنظمة من أجل الضغط عليها لفتح أسواقها أمام الصادرات الأمريكية، وعندما عقدت اتفاقها مع الصين في 15 - 11 - 1999، باتت ترحب بدخول الصين، بل تعتبر أن المنظمة لن تكسب الصفة العالمية إلا بدخول الصين إليها⁽³⁾. وأن الدول الأوروبية اعترضت هذا الإجراء لأنها لم تستند منه، ولعل المفارقة أن شعارات الغرب المتعلقة بحقوق الإنسان وديمقراطية

(1) خطاب رئيس الجمهورية عبد العزيز بوتفليقة بمناسبة افتتاح الأسبوع العلمي الوطني الثاني للجامعات، وهران يوم 12 أبريل 2003 .

(2) الدكتور / فلاح كاظم المحنة، العولمة والجدل الدائر حولها، مرجع سابق ص 139 .

(3) الدكتور / بلعلي عبد الجليل، السيادة والنظام الدولي الجديد، مجموعة أعمال الملتقى الدولي، النظام الدولي الجديد ومصالح دول العالم الثالث، جامعة البليدة 24 - 26 ماي 1993، ص 215 .



النظام تتبخر كلها لدى ظهور المصالح وبلورتها، ولعل "إسرائيل" هي الدولة الأكثر استفادة . وفي سياق العلاقات الأمريكية الخليجية، تفرض الولايات المتحدة شروطا مسبقة على بعض دول الخليج، كإخفاء الجمركي، والتملك للأجانب والتداول بالأسهم (الخ)، من أجل دعم طلبها لدخول منظمة التجارة العالمية .

وقد قامت مظاهرات عنيفة في سياتل، وكشفوا النقاب عن سلبيات العوالة ومخاطرها، فالشعوب في العالم الغربي بدأت تتحسس أضرار العوالة ومخاطرها .

ثانيا : العوالة ومنتدى دافوس بسويسرا لعام 2000 :

ناقش الذين حضروا منتدى منتجع " دافوس " بسويسرا على جدول الأعمال قضية العوالة⁽¹⁾، وأدرك القائمون على تنظيم المنتدى الاقتصادي التوجس الذي يحيط بالعوالة خاصة بعد المظاهرات العنيفة التي شهدتها اجتماع منظمة التجارة الدولية في سياتل بأمريكا في ديسمبر 1999، وقاموا بدعوة منظمات غير حكومية إلى دافوس لعرض آرائها والمشاركة في المباحثات، غير أن تلك المنظمات أوضحت بما لا يقبل الشك أنها لا تثق بالمداولات في دافوس وبالعوالة، فقد قال شيفافنداننا، مدير المؤسسة البحثية للعلوم، وهي مجموعة هندية تهتم بالشؤون البيئية بوضوح : إننا نرى أن هذا المنتدى عاجز، عن تقدير تبعات بعض القرارات التي تتخذ فيه . وقد قال مارتين خور، مدير شبكة العالم الثالث ومقرها في ماليزيا أن كلينتون وتوني بليز ومدير منظمة التجارة العالمية مايك مور : يسعون إلى بث فكرة أن العوالة لا مفر منها، وقال " خور " هذا ليس صحيحاً وتعهد بمواصلة المنظمات غير الحكومية معارضة أي مفاوضات تجارية أخرى في إطار منظمة التجارة العالمية لحين مراجعة الاتفاقات الحالية التي تضر بالبلدان النامية⁽²⁾ غير أن رئيس حكومة جنوب إفريقيا "ثابومبيكي" لم يتفق وآراء المنظمات غير الحكومية بشأن " دافوس " حيث قال للصحفيين وهو يخرج من المنتدى بانطباع أن الزعماء التجاريين العالميين يبدوون حساسية بشكل متزايد اتجاه مسألة الفجوة بين البلدان المتقدمة والنامية، وأشاد بالخطاب الذي ألقاه " كلينتون " الرئيس الأمريكي باعتبار أن

(1) تم انعقاد مؤتمر " دافوس " بسويسرا للفترة الممتدة من 1/27 إلى 1/2000/2/1 وأشار المشاركون إلى محاولة تعريف العوالة .

(2)الدكتور / فلاح كاظم المحنة، العوالة والجدل الدائر حولها، مرجع سابق ص 142 .



العولمة تتجاوز القضايا الاقتصادية إلى قضايا التنمية البشرية، وقد طالب دول الجنوب من دول الشمال أن تبدي تفهما لمشاكل التنمية لديها .

ثالثا : العولمة والدول العربية:

لكي تخرج الدول العربية من أزمة العولمة يجب أن يسود التفاهم بينها، وأن يسود الوثام والسلام بين شعوبها، وهذا يكمن بتطبيق العدالة الاجتماعية عن طريق الديمقراطية في اختيار النواب للبرلمان وتنمية التعليم بجميع فروع التكنولوجيا وتطويرها للإسهام في ركب التقدم : فعلى سبيل المثال يمكن أن نعتد بالهندسة الجينية والتكنولوجيا الحيوية المطبقة على الطب العقلي والأمراض النباتية وعلى الأنواع والأجناس الجديدة تفتح أفاقا أمام تكثيف الفلاحة والتجارة والتربية الحيوانية على أوسع نطاق⁽¹⁾، كما اقترح " كامديسي " ضرورة أن يتبع التزام المجتمع الدولي مجدداً بالتعددية، إسقاط جميع الرسوم الجمركية على صادرات الدول الأقل نمواً وخفض ديونها، باعتبار أن ذلك هو أفضل سبيل لاجتذاب الدول الأكثر فقراً لتأييد مفهوم العولمة⁽²⁾ .

ومن المفروض أن الدول العربية تمتلك مبادئ الدين الإسلامي الذي أجرت منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية دراسة عنه وميزته عن الرأسمالية والشيوعية: " إن التعاليم الإسلامية تختلف عن الرأسمالية لمعارضتها تراكم الثروات الفاحش، وتختلف عن الاشتراكية لأنها تحافظ على حقوق التملك لوسائل الإنتاج، فصي مجتمع حقيقي يتبع تعاليم الإسلام يجب ألا تتعارض مصالح طبقات المجتمع، بل يجب أن تتعايش بالتواصل والتراحم عبر المشاركة المسؤولة الواعية، كما يجب مراعاة حقوق الفرد ولكن بطريقة عادلة تتوازن مع مصلحة المجتمع بأكمله " ⁽³⁾ . غير أن تعطيل باب الاجتهاد منذ قديم الزمان كان تعطيلاً للعقل ودوره، أدى إلى اتساع الهوة بين مبادئ الفكر الإسلامي ووسائل العصر اللازمة لتطبيقه، كما أن الاستعمار الذي عانت منه الدول العربية جعلها تخضع لدول لا تؤمن بمبادئ الأخلاق بل تغلب المصالح " وقد تم وضع الخطط المفصلة للتدخل العسكري الأمريكي في الشرق

(1) خطاب الرئيس عبد العزيز بوتفليقة، بمناسبة افتتاح الأسبوع العلمي الوطني الثاني للجامعات وهران 12 أبريل 2003 .

(2) اقتراح السيد ميشيل كامديسي، قضايا التجارة والتنمية، المؤتمر العاشر للتجارة والتنمية (انكتاد) التابع للأمم المتحدة، بانكوك بتايلاند من 12 - 19 فيفري 2000 .

(3) عبد الحي زلوم، نذر العولمة، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت 2000، ص 395 .



الأوسط وأتبعته خلال عام 1980 بمبدأ "كارتر" الذي نص صراحة على اعتبار الولايات المتحدة النفط مادة حيوية ضرورية لأمن الولايات المتحدة. وأنها ستستعمل الوسائل والطرق كافة بما في ذلك القوة العسكرية لضمان حرية الوصول إليه وضمان الأسعار التي تناسبها. كما أن سعر النفط هو أيضا من عناصر الأمن القومي الأمريكي⁽¹⁾، وللوصول إلى تحقيق هذه الأهداف المخطط لها منذ فترة تم إنشاء بما يسمى "بقوات التحالف" بقيادة أمريكا وبريطانيا للاستيلاء على آبار النفط في العراق بتاريخ 2003/03/19 وذلك باستخدام طائرات بي 52 - B52 وطائرات الشبح التي لا يمكن اكتشافها بالرادار وأنواع الأسلحة التي توصل إليها التطور التكنولوجي الحديث الذي تملكه قوة تدمر كل من يقف حول مصالحها وتتدخل بحجة واهية نزع أسلحة دمار شامل غير موجودة أصلا وهكذا يبقى تضامن الدول الغربية مع دول عربية مجرد رياء، وإن الحرب التي بدأت في العراق هي حرب لن تنتهي، فمشكلة العراق ليست مشكلة صدام حسين باعتبار أن صدام قد أزيح هو ونظامه عن الحكم، إن استهداف الدول العربية هو من أجل قيام مبدأ الاستسلام للغرب، وإن كان الاستسلام بدأ منذ مدة ليست بالقصيرة إنهم يريدون للعرب الاندثار، وإن احتلال العراق هو من نتائج العولمة، عولمة القهر للشعوب العربية.

الخاتمة:

أود أن أشير أن العراق وحده واجه قوة عسكرية وإعلامية ونفسية قامت بها أكبر قوتين تعرفهما المعمورة كما أنه واجه الخيانة من طرف أشقائه وأبنائه في الداخل، وأن صمود العراق في حربه معجزة لم تشهدا الإنسانية وخاصة وأن الطلعات التي قام بها طيران التحالف زادت عن 350 ألف طلعة خلال 20 يوماً قذفت خلالها أرض العراق بمئات آلاف الأطنان من المتفجرات، إنها كارثة على مرأى من البشرية والدول العربية، إنها حرب العولمة حرب قضت على ما يسمى بأسطورة الشرعية الدولية.

إن النظام العالمي الجديد سيعرف هزات كبيرة، وإن الأمم المتحدة قد فقدت مشروعيتها ومصداقيتها والتزامها، أما الجامعة العربية قد برهنت على شهادة وفاتها لأن وجودها كان مرتبط بإرادة من خطط لها من الغرب وبالتالي فإن مهمتها انتهت ويجب دفنها لكي لا يسمع صوتها.

(1) عبد الحي زلوم، مرجع سابق ص 192



وتظهر هيمنة الولايات المتحدة الأمريكية على مجلس الأمن والتدخل المعيب في شؤون الدول بالقوة كما حدث في العراق، وأصبح من آثار العولمة مجلس الأمن آلة مطيعة في يد أمريكا بموجبه تتدخل في إصدار القرارات باسم الشرعية الدولية تارة لحصار الشعوب مثل الشعب العراقي وتارة لنزع أسلحة الدمار الشامل يصدر مجلس الأمن قرارا بالتفتيش على أسلحة الدمار الشامل، تستخدمه أمريكا كذريعة لدخول العراق بالقوة واحتلاله دون الرجوع إلى مجلس الأمن.

كما أنه توجد مظاهر ثقافية تهدف إلى صياغة ثقافة عالمية الغرض منها ضبط سلوك الدول والشعوب وجعلها تتبع نمطا معيناً يفقد هذه الشعوب هويتها وثقافتها، بل تعدها إلى طمس معالم الحضارة الإنسانية وتجريد المجتمعات من هويتها وتاريخها وآثارها وذلك عن طريق الاعتداء بالقوة على مقدرات هذه الشعوب الثقافية بالقوة ونهبها وسرقتها وتحويلها لطمس معالمها وتجريدها من مقوماتها .

غير أن هذه العولمة التي داست الأنظمة السياسية العربية، جاءت لتعيد الوعي للشعوب العربية. وسيقى متحف بغداد ليوصل مهمته للمحافظة على تراث وممتلكات البشرية، صامداً ضد العولمة والهيمنة الأمريكية .

الحماية القانونية للحق في الشرف والاعتبار

أ/ عاقلية فضيلة

كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير

جامعة الحاج لخضر- باتنة، الجزائر

الملخص:

أدت حرية الإعلام كصورة من صور حرية التعبير إلى انتشار الأنباء والأخبار، وهذا النشر إذ يرد على علانية من شأنها إفشاء أسرار الأفراد، ونشر الأخبار بصورة تنتهك أسرار حياتهم الخاصة قد يؤدي إلى المساس بشرفهم واعتبارهم بالإضافة إلى مساسه بسمعة الأسرة، والمشكلة تكمن في موضوع التوازن بين حرية الرأي والتعبير وبين حماية حق الفرد في شرفه واعتباره.

Résumé :

La liberté de l'information comme une forme de liberté d'expression entraîne de plus en plus une sensibilisée aux atteintes qui sont portées à la vie privée et surtout au respect de la dignité et à la considération de la personne et de sa famille. aussi la liberté d'expression n'est cependant pas sans connaître de limite, elle doit être tempérer par la mise en œuvre d'objectifs à valeur humaine. De la même manière, il convient nécessairement d'assurer sa conciliation avec d'autres droits comme le droit à la dignité et à la considération d'autrui.



مقدمة:

تعتبر حرية التعبير عن الرأي من أهم الحقوق السياسية للإنسان التي كرسها المواثيق والدرساتير والقوانين في دول العالم المختلفة. نص الدستور على حماية حق التعبير عن الرأي سواء تعلق الأمر بحق المواطن في الإعلام أو في حرية الصحافة أو في حق النقد.

ولم تعد حرية الصحافة تعني الحق في إصدار الصحف بل صارت تعني أيضا حق المواطن في تعددها والاختيار فيما بينها إلا أنه الحق في الشرف والاعتبار يعتبر قيديا على حرية التعبير الصحفي على أساس أن حدود الحق في الشرف والاعتبار تؤثر في مدى الحرية التي يتمتع بها الصحفي تجاه هذا الحق، بحيث تثور مسؤولية الصحفي عند الاعتداء عليه (1).

بحيث يحق للإنسان أن يحظى باحترام كرامته التي يعتز بها، وبالتقدير الذي يرى أنه يستحقه من قبل المجتمع في ضوء مكانته الاجتماعية، وهذا ما يطلق عليه قانونا بالحق في الشرف والاعتبار، يتميز الشرف بطبيعة شخصية تتعلق بالجانب المعنوي للإنسان وشعوره بأنه يستحق الاحترام من جانب أفراد المجتمع في ضوء الوفاء .

أما الاعتبار فهو يمثل الجانب الاجتماعي، ويعني ذلك التقدير الذي يمنحه المجتمع للشخص في ضوء مكانته الوظيفية والاجتماعية (2).

وقد جرى العمل على توفير الحماية القانونية لهما، فالاعتداء على هذا الحق يعطي لصاحبه الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، كما يجوز له أن يطلب من القضاء اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع وقوع الاعتداء أو لوقفه، وقد تأمر المحكمة بنشر الحكم كوسيلة لرد اعتبار المجني عليه. كما يحمي قانون العقوبات الحق في الشرف والإعتبار عن طريق تجريم القذف والسب وإفشاء الأسرار (3).

ومبدأ تجريم الاعتداءات الواقعة على الشرف والإعتبار جاءت به كافة الدرساتير المقارنة وجسدته قوانين العقوبات.

(1)د/مدحت رمضان، الحماية الجنائية لشرف وإعتبار الشخصيات العامة، دار النهضة العربية، 2004، ص4.

(2)د/عبد الرحمان محمد إبراهيم خلف، الحماية الجنائية للحق في الشرف والاعتبار، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992، ص24.

(3)د/محمد ناجي ياقوت، الحق في السمعة، منشأة المعارف، 1985، ص28 وبعدها.



والمرشع الجزائري ساير هذه القوانين في الدستور الجديد (1996/11/28) وفي المادتين 34 و39. تنص المادة 34 على ما يلي: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة".

كما تنص المادة 39 على ما يلي "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه ويحميها القانون".⁽¹⁾

وهذه الحماية الدستورية للاعتبار والشرف وجدت صداها في نصوص قانون العقوبات الجزائري، هذا وما يجدر التذكير به أن قانون العقوبات المعدل والمتمم يحمي الشرف والاعتبار ضد أي مساس وذلك في القسم الخامس الذي عنوانه الاعتداءات على شرف واعتبار الأشخاص وعلى حياتهم الخاصة وإفشاء السراري في المواد 289 وما يليها من الباب الثاني الفصل الأول والذي عنوانه الجنايات والجنح ضد الأشخاص. ومن هذه النصوص، المادتان 298 و299 التي نصتا على تجريم فعلي القذف والسب.

تنص المادة 298 على ما يلي: "يعاقب على القذف الموجه إلى الأفراد بالحبس من شهرين (2) إلى ستة أشهر (6) وبغرامة من 25.000 دج إلى 50.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين...."

كما نصت المادة 299 على ما يلي: "يعاقب على الموجه إلى فرد أو عدة أفراد بالحبس من شهر (1) إلى ثلاثة (3) أشهر أو بغرامة من 10.000 إلى 25.000 دج. ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية".⁽²⁾

إن الحق الذي يتمتع به الشخص في المجتمع يتمثل في الحفاظ على شخصيته أمام أفراد المجتمع ويتحقق ذلك بمعاقبة أي فعل يمس في شرفه أو اعتباره عن طريق فعلي القذف أو السب. ولذلك فعنى قانون العقوبات بجرم أفعال القذف والسب إلا في أحوال استثنائية وجد فيها أن إهدار الإحرام الواجب للشخص في شرفه واعتباره أمر تستلزمه مقتضيات حرية العمل الصحفي من أجل تحقيق مصلحة الجماعة.⁽³⁾

(1) دستور الجزائر الجديد 28 نوفمبر 1996.

(2) قانون العقوبات المتمم والمعدل في 20 ديسمبر 2006

(3) د/محمد عبد الرحمان، نطاق الحق في الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، 1994، ص 62.



أهمية الدراسة والوضع التاريخي للحق في حرمة الشرف والإعتبار:

يعتبر الحق في الشرف والإعتبار من أهم الموضوعات على المستويين الدولي والداخلي معا، وكذا الشريعة الإسلامية، وذلك يرجع لاتصاله بحريات الأفراد، وهي مسألة غاية في الأهمية. فالفرد هو أساس المجتمع والقانون هو الوسيلة لحماية حريات وحقوق الأشخاص، وتكمن أهمية موضوع الدراسة في المكانة السامية لحرمة حق الشرف والإعتبار⁽¹⁾.

فلحرمة حق الشرف والإعتبار مكانة دولية وتمثل في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1948 ويمثل هذا الإعلان مجموعة من المبادئ والأسس الدولية والعالمية التي نادى باحترام حقوق الإنسان والمحافظة على كرامته وشرفه وإعتباره، ولكل شخص حق في أن يحميه القانون.

وتتص المادة الثانية من هذا الإعلان على حماية شرف وسمعة الشخص حيث جاء فيها أنه: "لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته ولا لحملات تمس شرفه وسمعته، ولكل شخص حق في أن يحميه القانون من مثل ذلك التدخل أو تلك الحملات".

وكان لهذا الإعلان أثر عظيم في لفت أنظار دول العالم بالنسبة للأهمية الموضوع، وبالتالي ضرورة إحترام وحماية حق الإنسان في حرمة شرفه وإعتباره. وكانت أول إتفاقية دولية لحقوق الإنسان المدنية والسياسية بتاريخ 1966/12/16، وتعتبر أول تقنين عالمي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية حيث كفلت الحماية للحريات العامة والأساسية للأفراد، وأكدت ذلك في المادة السابعة عشر منها على أنه "لا يجوز التدخل بشكل تعسفي أو غير قانوني في خصوصيات أحد أو عائلته أو بيته أو مراسلاته، كما لا يجوز التعرض بشكل غير قانوني لشرفه وسمعته. ولكل شخص الحق في حماية القانون ضد مثل هذا التدخل أو التعرض"⁽²⁾.

(1) د/محمد ناجي ياقوت: مسؤولية الصحفيين المدنية في حالة القذف في حق ذوي الصفة العمومية، منشأة المعارف، الإسكندرية سنة 1985، ص102.

(2) SENAT : la protection de la vie privée face aux médias, rapport <http://www.SENAT:Fr//c//c3//c33//htnc>



وتأكيداً لأهمية المسألة أنعقد المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان في طهران من 22 أبريل إلى 13 ماي 1968، حول حرمة الحياة الخاصة ومن ضمنها الشرف والإعتبار، ومن أهم القرارات الصادرة عن هذا المؤتمر القرار الحادي عشر المتعلق بحماية حق الإنسان في شرفه وسمعته⁽¹⁾.

وقد عنيت كذلك الأمة الإسلامية بحقوق الإنسان، بعقد مؤتمر إسلامي خاص بالدفاع عن حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية في دولة النيجر سنة 1978، وتمثل موضوعه حول حقوق الإنسان من كافة جوانبها مع الوضع في الاعتبار الآثار الناجمة عن التقدم العلمي⁽²⁾.

والجدير بالملاحظة أن الشريعة الإسلامية كانت الأسبق في حماية الحق في الشرف والإعتبار، واعترفت بحقوق الإنسان لكونه إنساناً بغض النظر عن جنسه أو لونه أو مركزه الاجتماعي.

والآيات القرآنية والأحاديث النبوية والفقهاء الإسلامي لا يستعمل في الواقع تعبير الشرف والاعتبار، وإنما يعبر عن هذه القيمة في الفقه بكلمة العرض وهذا المعنى يشمل كل ما يمس الإنسان في شرفه واعتباره⁽³⁾.

وما جاء به القرآن الكريم في هذا الصدد قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَسْحَرُونَّ مِنْ قَوْمٍ عَسَىٰ أَنْ يَكُونُوا خَيْرًا مِنْهُمْ وَلَا نِسَاءً مِنْ نِسَاءِ عَسَىٰ أَنْ يَكُنَّ خَيْرًا مِنْهُنَّ وَلَا تَلْمِزُوا أَنفُسَكُمْ وَلَا تَنَابَزُوا بِالْأَلْقَابِ بِئْسَ الْإِثْمَ الْفُسُوقُ بَعْدَ الْإِيمَانِ وَمَنْ لَمْ يَتُبْ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾⁽⁴⁾.

وقوله تعالى كذلك: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَٰلِكَ زَيَّنَّا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلَهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾⁽⁵⁾.

(1) د/مدحت محمد عبد العال، المسؤولية المدنية الناشئة على ممارسة مهنة الصحافة، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة، 1994 ص200 وبعدها.

(2) د/عبد الرحمان جمال الدين حمزة: الحق في الخصوصية في مواجهة حرية الإعلام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق القاهرة، 1999 ص156.

(3) د/إبراهيم عيد نايل، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في قانون العقوبات الفرنسي، دار النهضة العربية، 2000، ص78.

(4) سورة الحجرات الآية 11.

(5) سورة الأنعام الآية 108.



ومن قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ (1).

ومن أقوال الرسول ﷺ: (كل مسلم على المسلم حرام دمه، وماله، وعرضه) (2).

وللحق في الشرف والإعتبار أهمية خاصة كذلك في الدساتير، وهذا ما أكدته الدستور الجزائري لسنة 1996 في مادته الثانية والثلاثون والتي تقضي على أنه: " الحريات الأساسية وحقوق الإنسان مضمونة ". كما نصت المادة التاسعة والثلاثون على أنه: " لا يجوز إنتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه وحماية القانون " (3).

أما على المستوى التشريعي، فقد كفل المشرع في معظم الدول - حماية حرمة الشرف والاعتبار. كما أعتق القضاء في معظم بلدان العالم مبدأ حماية شرف واعتبار الشخص.

أما عن القانون الجزائري، فقد أهتم المشرع بالنص على احترام حرمة شرف واعتبار للأفراد، فصدرت القوانين ولاسيما قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية المعدلة والمتمة متضمنة للمبادئ الواردة في الدستور.

كما تضمنت المادة السابعة والأربعون من القانون المدني مبدأ التعويض عن الأضرار الناجمة عن الإعتداء غير المشروع على حق من الحقوق الملازمة لشخصية الإنسان.

إشكالية وهدف الدراسة:

إن الحق في الشرف والإعتبار يعد من أهم موضوعات حقوق الإنسان لما لهذا الحق من علاقة وثيقة بمسألة تواجد الإنسان داخل المجتمع، وبالتالي يجب احترام حرية وكرامة الفرد في هذا الحيز الواسع.

ونتيجة التطورات الحديثة وازدهار التكنولوجيا وحرية الصحافة والنشر أصبح الفرد متطفل عليه فيما يود الاحتفاظ به لنفسه.

(1) سورة النور الآية 4.

(2) أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري الإمام مسلم : صحيح مسلم، مطبعة البايب الحلبي لمصر، الطبعة الأولى، 1955.

(3) الدستور الجزائري، السابق الذكر.



بحيث يثور التساؤل في صدد حرية الصحافة بوصفها تعبيراً عن حرية الرأي، إلى أي حد يمكن ممارسة هذه الحرية بما لا يمس حق الإنسان في حماية شرفه واعتباره؟ وإذا كانت هذه الحرية لا تسمح بهذا المساس في حدود معينة، فهل يمكن لحق النقد أو حرية النشر أن يصلح سنداً للمساس بهذا الحق⁽¹⁾.

كفل القانون حماية حرية الرأي متمثلة في حرية الصحافة والحق في النقد ولكن ممارسة هذين الحقين قد يواجههما حق احترام شرف وإعتبار الغير. وقد تجلى ذلك في تناقض ظاهري بين هذه الحقوق تحت تأثير ما تتمتع به الصحافة ووسائل الإعلام من حرية واسعة ونفوذ ضخمة، فضلاً عما تتمتع به الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام من حق في إشهار الإجراءات القضائية بناءً على العلانية التي تتمتع بها هذه الإجراءات.

ويثير هذا التناقض الظاهري بين الحقوق التي يحميها القانون مشكلة تحديد نطاق كل من هذه الحقوق والموازنة بين الحق في الشرف والإعتبار وغيره من الحقوق. فإلى أي مدى يمكن لوسائل الإعلام أن تباشر حريتها في التعبير أو إبداء الرأي؟ وإلى أي مدى يمكن مباشرة هذه الوسائل مساساً بحق الشرف والاعتبار؟⁽²⁾.

لقد أثارته هذه الأسئلة انتباه الفقه والقضاء في مختلف أنحاء العالم، كما أثارته اهتمام المشرع في ضبط الحدود بين نطاق كل من هذه الحقوق لتأكيد وحدة النظام القانوني الذي يراعي حقوق الإنسان دون تناقض بينها⁽³⁾.

وتتفق تشريعات العالم على وجوب حماية سمعة الأفراد وكرامتهم مما يتطلب صيانة شرفهم واعتبارهم، بحيث يلتزم الصحفي بما للمواطنين من حقوق وفي مقدمتها حق المواطن في الإعلام. فلا يخفي الصحفي على المواطنين الوقائع المؤكدة التي يعلمها بدون مبالغة. وان يقدم إليهم الحقائق التي يستطيع تقديمها كاملة دون تصرف ذاتي يغير من ملامحها⁽⁴⁾.

(1) د/محمد الشهاوي: الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، 2005، ص3

(2) د/ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983، ص81.

(3) د/مدحت محمد عبد العال، المرجع السابق، ص112.

(4) د/سعيد جبر، الحق في الصورة، دار النهضة العربية، 1986، ص97.



ويدخل في ذلك حق المواطن في الحفاظ على كرامته وعدم تشويه سمعته بخبر أو رسم أو صورة بقصد التشهير به أو الحكم عليه قبل إدانته قضائياً.

وقد أدى التطور التكنولوجي إلى سهولة الوصول إلى أسرار الأفراد ونشرها، الأمر الذي يهدد كرامة الفرد مما جعل قضية التوازن بين حرية الصحافة والحق في الحياة الخاصة ولاسيما الشرف والاعتبار من الأمور البالغة الأهمية، بل إن الصحافة بآرائها المختلفة يمكن أن تحرك الرأي العام وتؤدي إلى الإثارة والاضطراب الاجتماعي، ويمكن أن تكون أداة للقذف والسب، فإن صمت الصحافة يمكن أن يترك الرأي العام في حالة من الجهل أو الغلط⁽¹⁾.

وتهدف الدراسة إلى معرفة الحدود التي ضبطها المشرع بالنسبة للحق في الشرف والاعتبار وحق الإعلام، والتوفيق بين حرية الصحافة ومسئوليتها عن احترام الحقوق الأخرى. وسعى القانون إلى حماية الإنسان والمحافظة على شخصيته وازدهارها، وتدخله بالقدر الملائم والمناسب الذي يحقق هذا الهدف ويمكن القول بأن حرية الصحافة لا يمكن تقييدها، وإنما الأفعال الصحافية الماسة بالحقوق التي يحميها القانون هي التي يجب العقاب عليها⁽²⁾.

تقسيم الدراسة:

لتحقيق الهدف من هذه الدراسة حاولنا تقسيمها كالآتي:

أولاً: مفهوم الحق في الشرف والاعتبار

ثانياً: الطبيعة القانونية للحق في الشرف والاعتبار

ثالثاً: الأفعال الماسة بالشرف والاعتبار

رابعاً: الحق في الخصوصية والحق في الشرف والاعتبار

الخاتمة.

أولاً: مفهوم الحق في الشرف والاعتبار

يحق للإنسان أن يحظى باحترام كرامته التي يعتز بها، وبالتقدير الذي يرى أنه يستحقه من قبل المجتمع في ضوء مكانته الاجتماعية. وللحق في الشرف والاعتبار أكثر من تعريف عند الفقهاء.

(1) د/مدحت محمد عبد العال: المسؤولية المدنية لممارسة مهنة الصحافة، مرجع سابق، ص112.

(2) د/عبد الرحمان محمد إبراهيم خلف، الحماية الجنائية للحق في الشرف والاعتبار، المرجع السابق، ص96.



فقد تضاربت الآراء في وضع تعريف له، مما انعكس أثره على الأسماء المختلفة التي يطلقها بعضهم على هذا الحق. فعرفه البعض "إن الشرف عبارة عن مجموعة من الصفات الأدبية مثل الفضيلة والشجاعة والأمانة والآداب والإخلاص التي تحدد مدى تقدير الفرد في البيئة التي يعيش فيها، بينما الاعتبار يتضمن حقا بمقتضاه يطلب الفرد من الآخرين مراعاة عدم المساس بكرامته، أو بالتحكم في سلوك الأفراد تجاهه لحماية الروابط والعلاقات التي تسود بين الأفراد في مجتمع معين"⁽¹⁾.

في حين ذهب رأي آخر لتعريف الشرف والإعتبار بأنه المكانة الاجتماعية التي يتمتع بها الشخص في مجتمع من الناس، أو شعور كل شخص بكرامته وإحساسه بأنه يستحق من أفراد المجتمع معاملة واحترام متفقين مع هذا الشعور.

ويرجع هذا الاختلاف في تحديد مدلول الشرف والإعتبار إلى اختلاف المعيار الذي ينظر فيه لمفهوم هذه القيمة، على أساس المعيار الموضوعي والمعيار الشخصي، والمعيار الواسع والمعيار الضيق⁽²⁾.

وفقا للمعيار الموضوعي، يمكن تعريف حق الشخص وشرفه واعتباره على أنه تلك المكانة الاجتماعية التي يحتلها كل شخص في المجتمع وفقا لمدى احترام الآخرين للشخص أو تقييم لما يرويه فيه من مكنات أو قدرات قد لا يعرفها هو عن نفسه. بحيث أن الفرد يستمد شرفه واعتباره من المحيط الذي يعيش فيه. أما وفقا للمعيار الشخصي يمكن تعريفه بأنه شعور كل شخص بكرامته الشخصية وإحساسه بأنه يستحق من أفراد المجتمع معاملة واحترام متفقين مع هذا الشعور، بحيث يعتبر الشرف والإعتبار من الأمور الشخصية والداخلية التي تتولد في نفس صاحبها وتظل مرتبطة بها باعتبارها تتمثل في رغبته الفطرية في الحصول على احترام الآخرين⁽³⁾.

كما يميز البعض بين المعنى الضيق للشرف والإعتبار وبين المعنى الواسع، وأساس التفرقة يرجع إلى ضيق واتساع نطاق تلك القيمة.

(1) د/عبد الرحمان محمد إبراهيم خلف، المرجع السابق، ص49وبعدها.

(2) د/طارق أحمد فتحي سرور، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد في مواجهة النشر، دار لنهضة العربية القاهرة، 1991، ص14وبعدها.

(3) D/Isabelle Lories : La protection de la vie privée, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 1999, page 65 et après.



وفقا للمفهوم الضيق يصبح الحق في الشرف والاعتبار مقصورا على عدم إذاعة أمور من شأنها أن تدعو إلى كراهية الشخص أو احتقاره أو السخرية منه أو تسبب نفورهم منه أو تجنبهم له أو تحاشيهم إياه.⁽¹⁾

أما وفقا للمفهوم الواسع، فإن نطاق الحق في الشرف والاعتبار يتسع ليشمل حق الشخص في إشاعة أمور عنه من شأنها أن تدعو إلى إنقاص ما يتمتع به في نظر الآخرين من تقدير أو احترام أو حسن ظن أو ثقة أو يثر ضده مشاعر أو آراء معادية أو مشينة.⁽²⁾

نعتمد أنه يجب أن يراعى في تعريف حق الشرف والاعتبار المعنى الواسع من خلال المعيار الموضوعي، على أنه الحق في حماية الجانب المعنوي للشخص الناتج عن تقدير الآخرين له، وما يتفرع عن ذلك في أن يعطى الثقة والاحترام اللذان تقتضيهما مكانته الاجتماعية ولا يعامل على نحو ينقص من هذه المكانة أو يقلل من ثقة الآخرين أو يسبب الهزأ به.⁽³⁾

ثانيا: الطبيعة القانونية للحق في الشرف والاعتبار

سبق وأن بينا أن الحق في الاعتبار من القيود التي ترد على حرية الصحفي في التعبير والنقد، وأن هذا القيد يتحدد مداه بتحديد مدى وطبيعة هذا القيد، لأنه لو كان الحق في الاعتبار حقا من حقوق الشخصية لكان يمثل قييدا كبيرا على حرية الصحفي، لأنه وفقا لهذه الصفة ستتقرر له الحماية القانونية دون حاجة لإثبات الخطأ والضرر. بينما لو وصف الحق في الشرف والاعتبار بأنه مجرد خاصة يتمتع بها، وبالتالي سيقع عبء الإثبات على عاتق المضرور.⁽⁴⁾

وتظهر أهمية تحديد طبيعة الحق في الشرف والاعتبار، في أن الاعتراف به كحق من حقوق الشخصية يعطى لصاحبه إمكانية منع الاعتداء أو وقفه حتى من قبل أن يرتب أي ضرر، مما يعني حصول هذا الحق على قدر من الحماية قد لا يحصل عليه من مجرد تطبيق قواعد المسؤولية التي تهدف إلى توقيع الجزاء على فعل الإعتداء، لكونها لا تحقق الحماية الوقائية منه، كما أنه ليس من الممكن دائما إثبات الضرر الذي يلحق بالمضرور من جراء

(1)D/Xavier Agostinelli, le droit à l'information face à la protection de la vie privée ,librairie de l'université,1994, page.102.

(2)د/عبد الرحمن محمد إبراهيم خلف، الحماية الجنائية للحق في الشرف والاعتبار، المرجع السابق، ص12.

(3)د/أسامة عبد الله فايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنك المعلومات، دار المعارف، 1988، ص38.

(4)د/مدحت رمضان، الحماية الجنائية لشرف واعتبار الشخصيات العامة المرجع السابق، ص9*وبعدها.



المساس بشرفه واعتباره. ومن ثم فإن قواعد المسؤولية المدنية لالتحقق الردع اللازم للمعتدي ولا تقدم الترضية الكافية للمضور.

وبالتالي فإن مصلحة الفرد في سلامة سمعته وعدم المساس بها مصلحة أساسية تحتاج إلى حماية كاملة تؤدي إلى رفعها إلى مرتبة الحقوق بالمعنى الدقيق حتى يمكن إعفاء المضور من إثبات الخطأ والضرر⁽¹⁾.

إلا أن التكييف الراجح لتحديد طبيعة حق الشرف والإعتبار في أنه حق من حقوق الشخصية وليس مجرد خاصية أو صفة تتمتع بها الشخصية، ذلك لأن الصفة أو الخاصية هي مظهر خارجي للشخصية وليست عنصرا من عناصرها الداخلية⁽²⁾.

على أساس أن الشرف والإعتبار هما الترجمة الواقعية لما يوجد لدى الشخص من مزايا وصفات تجعله جديرا باحترام أفراد المجتمع له. وبالتالي يكون الإعتبار جزءا من أجزاء الشخصية والمعبر عنها أمام المجتمع⁽³⁾.

ثالثا: الأفعال الماسة بالشرف والإعتبار

إن أفعال التعبير الصحفي التي تمس شرف وإعتبار الغير تتمثل في القذف والسب والبلاغ الكاذب، وهذه الأفعال متفق عليها في أغلب تشريعات العالم.

1- القذف: ويقصد به "كل إخبار أو إسناد بواقعة من شأنها أن تصيب شرف واعتبار الشخص أو الهيئة محل الإتهام بهذه الواقعة". فيقوم القذف في جوهره على إسناد واقعة معينة ومحددة من شأنها عقاب المسند إليه واحتقاره، وجريمة القذف في مجال العمل الصحفي عمديه دائما وعلنية. ذلك لأن العلنية تتبع لفعل الإسناد قدرا كبيرا من الذيوع والانتشار فيهبط شرف واعتبار المجني عليه لدى عدد كبير وغير محدود من الأشخاص⁽⁴⁾.

ويستوي لإقامة المسؤولية أن تستعمل الكتابة فقط أو يستعمل الرسم فقط أو الرسم مع الكتابة. ولكي يستطيع القاضي استخلاص وجود قذف فإنه لا يكتفي بالبحث في الألفاظ

(1) د/حسام الدين كمال الأهواني، الحق في إحترام الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، 1978، ص92.

(2) د/طارق أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص29وبعدها.

(3) د/عبد الرحمان عبد العزيز، الحق في الشرف والإعتبار، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة، 1992، ص30.

(4) د/أحمد محمد حسان، نحو نظرية عامة لحماية الحق في الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، 2001، ص98.



المعروضة عليه بل انه يبحث في العوامل المحيطة بفعل القذف حتى يتحقق من مدى توافر صفات القذف من عدمه. على الأخص إذا استعملت عبارات أو ألفاظ غير صريحة. وموضوع الإسناد هو الواقعة التي يسندها المتهم إلى المجني عليه ويكون من شأنها المساس بشرفه واعتباره. ويجب أن تشتمل العبارات الموجهة للمجني عليه في القذف على فعل أو أمر محدد يمكن التدليل عليه وإثبات صحته، وهذا أمر ضروري في القذف لأن إثبات الصحة لا ينصرف إلا إلى واقعة محددة يمكن التدليل عليها⁽¹⁾.

ونطاق واقعة القذف متسع بالنسبة للواقعة الإيجابية والسلبية. إن الشرف والإعتبار عنصران من عناصر الشخصية، معنى أن القذف يمس الشرف والإعتبار فإن هذا الفعل يمس الشخصية. وبالتالي لا بد في المسند إليه أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا تثبت له شخصيته القانونية، وأن يكون هذا الشخص محمدا بشكل كاف في عبارات القذف، ولا يشترط ذكر اسم المسند إليه بل يكفي أن تكون دلائل الأحوال كافية في تحديده، على القاضي أن يتولى فحص ما كتب والظروف المحيطة به لكي يتحقق من توافر أركان جريمة القذف، بعدئذ يعتبر التحديد كافيا إذا ذكر الأحرف الأولى من اسم المسند إليه أو حددت مهنته أو القرية التي ينتمي إليها أو وضع الصورة إلى جانب المقال الذي يتضمن عبارات القذف⁽²⁾.

وكما يوجه القذف للشخص الطبيعي فإنه قد يوجه لشخص معنوي، وفعل القذف ضد شخص معنوي يعاقب عليه، لأن للشخص المعنوي شرف وإعتبار خاصين به ومستقلين عن شرف وإعتبار الأشخاص المكونة له.

أما إذا تعلق الأمر بشخص متوفي قد أستقر الرأي على أن المتوفى قد فقد حقه في التمتع بالشرف والإعتبار لإنتهاء شخصيته القانونية بالوفاة وعلى كفالة حرية البحث التاريخي، بشرط أن لا تكون الألفاظ والعبارات موجهة بنية الاعتداء على شرف أو اعتبار ورثة المتوفى أو زوجه أو الموصى له الباقيين على قيد الحياة⁽³⁾.

2- السب: ومن الأفعال التي تمس الشرف والإعتبار كذلك السب والذي يعرف المشرع المصري في المادة 306 من قانون العقوبات بأنه: "كل إسناد لا يشتمل على واقعة، ولكنه

(1) د/حسام الدين كامل الأهواني، الحق في حرمة الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، 1978، ص94.

(2) د/عبد الرحمان عبد العزيز: الحق في الشرف والإعتبار، المرجع السابق، ص35 وبعدها.

(3) د/هشام محمد فريد، الحماية الجنائية لحق الإنسان في صورته، مكتبة الآلات الحديثة أسبوط، 1986، ص18.



يتضمن بأي وجه من الأوجه خدشا للشرف أو الاعتبار." بينما يعرفه المشرع الفرنسي في المادة 29 من قانون الصحافة بأنه: "كل تعبير مهين أو شتائم أو قرح لا تتضمن إسناد واقعة معينة". أما المشرع الجزائري في المادة 279 من القانون العقوبات يعرفه على أنه: "يعد سب كل تعبير مشين أو عبارة تتضمن تحقيرا أو قدحا لا ينطوي على إسناد واقعة".

وفقا لهذه التعاريف فإن السب يتفق مع القذف في أن كلا منهما يمس الشرف والاعتبار.

ولكن الاختلاف يكمن في أن يكون القذف بإسناد واقعة محددة بينما يكون السب بإسناد واقعة غير محددة. وعليه تقوم جريمة السب العلني بخدش شرف واعتبار المجني عليه وبإسناد واقعة غير محددة، سواء كان السب عن طريق أسلوب صريح أو عن طريق أسئلة أو صيغة تلميحية أو تنكيرية، ولذلك فإن إسناد عيب يتضمن وصف الشخص بما يفيد تحقيره يعد سباً كوصف الشخص على أنه جبان أو جاهل...⁽¹⁾.

إلا أنه يجب تعيين الشخص والعلنية حتى تقوم الجريمة وأن يتجه القصد الجنائي العام إلى إرادة إذاعة الألفاظ، وبالتالي لا حاجة إلى البحث عن مدى توافر قصد الإضرار الخاص لديه. ولاشك أن القاضي هو الذي يتولى ما إذا كانت الألفاظ والعبارات تتضمن سباً أم لا مستعينا في هذا بظروف كل واقعة وبالعرف الذي قد يحدد مدلولاً لفظي يختلف عن المدلول الغوي.

3- البلاغ الكاذب: وقد يحدث كذلك الاعتداء على حق شرف وإعتبار الفرد عن طريق

البلاغ الكاذب والمقصود به إبلاغ بأية طريقة كانت السلطات بوشاية كاذبة والتي لا تقل في ضررها عن الضرر الذي يحدثه القذف أو السب بشرف المضرور واعتباره⁽²⁾.

وإذا كانت الصحيفة هي عين الجمهور التي تتعرض بالنقد والتحليل للمواقف والأخبار، فإن عليها واجبا يتمثل في أن تبلغ رجال الضبط القضائي أو الشرطة الإدارية بالجرائم التي وصلوا إلى علمها سواء عن طريق محرريها ومراسليها المنتشرين في جميع أنحاء الدولة أو عن طريق الرسائل التي يرسلها القراء للصحيفة متضمنة إخبار الصحيفة ببعض وقائع الفساد أو الانحراف أو الجرائم، حتى تتولى الصحيفة نشرها في هيئة بلاغ موجه إلى السلطات المختصة.

(1) د/فتحي فكري، قانون وسلطة الصحافة، دار النهضة العربية، 1987، ص16 وبعدها.

(2) د/أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص116.



كما هو الحال بالنسبة لكل فرد ومن باب أولى الصحفي، بإعتبار أن التكليف واجب على الأفراد كافة القيام به لصالح الجماعة⁽¹⁾

فإذا كان هذا البلاغ كاذب مع سوء النية فإنه في هذه الحالة ستثور المسؤولية المدنية والجنائية بإعتبار أن هذا البلاغ يمثل اعتداء على شرف وإعتبار المجني عليه، بحيث نسبت إليه واقعة تستوجب عقابه وبالتالي إساءة لمكانته الاجتماعية. هذا ما جاءت به المادة 300 من قانون العقوبات الجزائري.

هذا غير أن البلاغ الكاذب يعد بمثابة استهانة بالسلطات القضائية والإدارية حيث يقتطع من وقت القارئ عليها ومن جهدهم ما يستغل في تحقيق نوايا الجاني السيئة في الإضرار بالمجني عليه⁽²⁾.

رابعا: الحق في الخصوصية وفي الشرف والاعتبار

1- أوجه الشبه بين الحق في الخصوصية والحق في الشرف والاعتبار

- وحدة الفعل المكون للجريمة:

قد يتحقق بالفعل الواحد - في بعض الأحيان - المساس بالحق في الخصوصية من ناحية وبالحق في الشرف والاعتبار من ناحية أخرى في نفس الوقت. وفي مثل هذه الأحوال لا يصح الخلط بين الحقين، ولكن يبقى لكل منهما طبيعته المستقلة ونكون بصدد تعدد الجرائم وتطبق الأحكام العامة في قانون العقوبات، والذي يؤدي إلى تحقيق الإعتداء على الحقين بالفعل الواحد في نفس الوقت، هو ما تقوم به الصحافة غالبا من نشر ما يثير اهتمام الناس. أي ما يعتبر من قبيل الفضائح⁽³⁾.

- تشابه الإجراءات التي يجوز للقاضي المدني اتخاذها لحماية كليهما:

يبدو التشابه بين الحقين عندما يقع الإعتداء عليهما في أنه يجوز لقاضي الأمور المستعجلة الأمر بوقف نشر المطبوعات التي تتضمن المساس بهما أو وضعها تحت الحراسة، معناه أن القاضي المدني يجوز له عند نظر دعوى التعويض عن المساس بالشرف والاعتبار أن يأمر بوضع

(1) د/صالح سيد، جريمة القذف في حق ذوي الصفة العمومية، دار النهضة العربية، 1997، ص 25.

(2) د/طارق سرور، جرائم النشر، دار النهضة العربية، 2001، ص 78.

(3) د/عبد التواب معوض، إباحة القذف بين المبدأ والإستثناء، دار النهضة العربية 1995، ص 35.



المطبوعات التي تضمن القذف تحت الحراسة، كما أن القاضي المستعجل يتمتع بنفس السلطة ولا تسري عليهما القيود الواردة في القوانين الخاصة مثل قانون الصحافة. إلا أن أوجه الشبه بين الحق في الخصوصية والحق في الشرف والإعتبار لا يمنع إستقلال كل منهما عن الآخر. فالمرجع يحمي الخصوصية حتى ولو لم تمس من قريب أو من بعيد الشرف والإعتبار، كما يحمي الشرف والإعتبار حتى ولو لم يمس منطقة الحياة الخاصة أي حتى ولو تعلق بالحياة العامة⁽¹⁾.

2- أوجه الاختلاف بين الحق في الخصوصية والحق في الشرف والإعتبار

- المصلحة المحمية:

يستهدف الحق في الشرف والاعتبار تحقيق السلام الاجتماعي، بينما يستهدف الحق في الخصوصية تحقيق السلام الشخصي للإنسان. ويمكن القول بأنه إذا كان هدف الحق الأول هو حماية الحياة العامة للإنسان، فإن الهدف من الثاني هو حماية الحياة الخاصة وتأمينها ضد المساس بها عن طريق التحري والنشر غير المشروعين. ولهذا كثيرا من الوقائع قد تشكل إعتداء على الحق في الشرف والإعتبار دون أدنى مساس بالحق في الخصوصية مثل القذف الذي يتعلق بالنشاط العام للشخص وكذلك السب والقذف الغير علنيين.

وبالعكس فقد تعتبر بعض الوقائع من قبيل التعدي على الحق في الخصوصية دون أدنى مساس بالشرف والإعتبار، مثال ذلك من ينسب علنا للغير أن زواجه تم بعد علاقة عاطفية، أو تم بعد معاشرة غير شرعية⁽²⁾.

- تحريك الدعوى العمومية:

المعلوم أن النيابة العامة مطلق الحرية في تحريك الدعوى العمومية، ولا يقيد حريتها تنازل المجني عليه عن حقوقه وصفحته عن الجاني.

لكن قد يرى المشرع أن المجني عليه في بعض الجرائم أقدر من النيابة العامة على تقدير ملاءمة اتخاذ الإجراءات الجنائية ضد الجاني، فيعلق تحريك الدعوى على مبادرة شخصية منه أو من يمثله، ويكون ذلك بالذات بالنسبة للجرائم التي تمثل اعتداء على حقوقه الشخصية،

(1) د/عبد الرحيم صدقي، جرائم الرأي والإعلام، دار الثقافة العربية، 1988، ص77.

(2) د/عمر سالم، الدفع بالحقيقة في جريمة القذف، دار النهضة العربية، 1995، ص122.



وهو حق غير متعلق بالنظام العام، والمجني عليه وحده هو الذي له مصلحة ملاحقة من يقوم بالإعتداء عليه.

وقد نهج المشرع الفرنسي هذا المسلك فنص في المادة 2/226 من قانون العقوبات الجديد، على أنه لا يجوز الإدعاء عن الجرائم المنصوص عليها في المادتين 1/226 و 2/226 (وهي الجرائم المتعلقة بالحياة الخاصة) إلا بناء على شكوى من المجني عليه أو خلفه أو من يمثله قانوناً .

أما المشرع المصري لم يشترط في المادتين 309 مكرر و 309 مكرر (أ) أن يتقدم المجني عليه أو من يمثله بشكوى إلى النيابة العامة.

بينما المشرع الجزائري لم ينص صراحة على تقديم الشكوى في هذه الاعتداءات في المواد 298 و 299 من قانون العقوبات. لكن ما جاء في نص المادة 47 من القانون المدني يوضح أنه يحق للمعتدى عليه أن يطلب وقف هذا الاعتداء "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملزمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر". يتوقف تحريك الدعوى العمومية في جريمة القذف على شكوى في القانون المصري والجزائري - بينما لا يتوقف رفع الدعوى على شكوى في جريمة الإعتداء على الحياة الخاصة (1).

أما القانون الفرنسي يشترط تحريك الدعوى الجنائية في الجريمتين على شكوى المجني عليه.

الخطأ والضرر:

الخطأ في جريمة القذف لا يتحقق إلا إذا توفر القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة. أما الخطأ في جريمة المساس بحرمة الحياة الخاصة فلا يلزمه سوء النية في الكشف عن الخصوصيات، بل يتحقق حتى ولو كان المراد هو الإشادة بالشخص المجني عليه (2).

بينما الضرر الذي يلحق الشخص في حالة المساس بشرفه وإعتباره هو إحتقاره بين أهله وأقرانه. وفي حالة خرق أسرار حياته الخاصة فيتمثل في عرض تفاصيل هذه الحياة على الناس ولو كانت لا تشينه.

(1) د/ إبراهيم عيد نايل، المرجع السابق ص 102 وما بعدها.

(2) د/ فتحي ذكرى، التنظيم القانوني للصحف في دولة الإمارات العربية، جامعة الكويت، 1994، ص 113.



بالرغم أن المشرع لم ينص صراحة على ضرورة توافر القصد أو العمد في المادتين 298 مكررو 299 مكرر من قانون العقوبات . وكذا المشرع المصري في المادة 309 مكرراً من قانون العقوبات، إلا أن الفقه يجمع على أن هذه الجرائم عمدية باعتبارها جرائم إعتداء فلا يتصور أن يحدث قذف أو سب بطريقة غير عمدية، وعلى هذا الأساس يفترض توافر القصد. فالمعلوم وفقاً للقواعد العامة في القانون الجنائي إنه إذا لم يحدد المشرع طبيعة الجريمة من حيث صورة الإثم أو الإذنب الجنائي، فإنها تعد جريمة عمدية. بينما عبر المشرع الفرنسي صراحة عن ضرورة توافر القصد أو العمد ويستفاد ذلك من كلمة volontaire في المادة 1/26 من قانون العقوبات الفرنسي والتي جاء فيها. «...quiconque aura...volontairement porté atteinte à l'intimité de la vie privée.»

طلب التعويض:

لا يجوز طلب التعويض بعد مضي ثلاثة شهور المتمثلة في مدة التقادم وهذا من تاريخ علم المجني عليه بوقوع الجريمة لكونها من جرائم الشكوى هذا بالنسبة للقانون المصري حيث نص في المادة 1/3 من الإجراءات الجنائية على أنه "لا تقبل الشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة وبمركبها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك." على خلاف إن المشرع الفرنسي لم ينص على مدة محددة يلزم أن تقدم الشكوى في خلالها وبالتالي يجوز أن تقدم الشكوى في أي وقت ما لم تنقضي الدعوى الجنائية بالتقادم، أو بالأحرى بمضي المدة وهي ثلاث سنوات باعتبار الواقعة جنحة والحكم كذلك بالنسبة للقانون الجزائري، على أساس المادتين 2 و 8 من قانون الإجراءات الجزائية.

نص المادة 1/2 ق أ ج "يتعلق الحق في الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن جنابة أو جنحة أو مخالفة بكل من أصابهم شخصياً ضرر مباشر تسبب عن الجريمة..."

نص المادة 8 من ق أ ج "تتقدم الدعوى العمومية في مواد الجرح بمرور ثلاث سنوات كاملة..."

بينما لو كان الفعل واحداً، فيجوز طلب التعويض عن المساس بالخصوصية بالرغم من تقادم دعوى القذف.



- مدى صلاحية إثبات الحقيقة كسبب للإباحة:

فإذا تعلق الأمر بالموظف العام، حيث تقتضي المصلحة العامة الكشف عن حقيقة أعمالهم ومبلغ أمانتهم في أداء الواجبات الموكولة إليهم، فإن القاذف يعفى من المسؤولية إذا أثبت صحة ما أسنده إلى الموظف في جريمة القذف⁽¹⁾.

بينما في جريمة التعدي على الحياة الخاصة فلا تطبق هذه القاعدة.

أما حيث يكون المقذوف شخصا عاديا فلا يعفى القاذف من المسؤولية إذا اثبت صحة الوقائع المنسوبة، وتسري هذه القاعدة في حالة الإعتداء على حرمة الحياة الخاصة⁽²⁾.

الخاتمة:

يحرص الإنسان العادي على حماية شرفه وإعتباره من أي إعتداء يقع عليه ولكن نعرف ذلك الحق تعريفا متكاملا يتفق مع القوانين وما يحكم به القضاء، فلا بد أن نراعي في التعريف المعنى الواسع لنطاق الحق في الشرف والإعتبار من خلال المدلول الموضوعي، إلى أن الحق في صيانة الجانب المعنوي للشخص الناتج عن تقدير الآخرين له. وما يتفرع عن ذلك في أن يعطي الثقة والإحرام الذي تقتضيه مكانته الاجتماعية، ولا يعامل على نحو ينقص من هذه المكانة أو يقلل من ثقة الآخرين فيه أو يسبب اعتراضهم عنه أو الهزء به⁽³⁾.

وحماية الحق في الشرف والإعتبار وفقا لهذا التعريف تثير مشكلة وضع معيار التوفيق بين تلك المصلحة المشروعة والملازمة لازدهار أي مجتمع إنساني وبين ما للفرد من حرية في التعبير عن آرائه وأفكاره حتى يساهم في بناء تطور المجتمع⁽⁴⁾.

كما أن للجمهور في أي مجتمع ديمقراطي الحق في معرفة كل ما يجري في المجتمع من أمور لكي يتمكن من ممارسة دوره في الرقابة على السلطات في الدولة. ولذا يجب أن نحدد قيمة هذه الحماية للحق في الشرف والإعتبار بالنسبة لتلك الحقوق الأخرى والتوفيق بين هذه المصالح المتعارضة في مجتمع يقدس حرية التعبير في الواقع يصطدم المشرع بمشاكل بالغة

(1) د/محمد محمد حسين، حرية الصحافة ودور القضاء في حمايتها، جامعة القاهرة، 1999، ص515.

(2) د/أحمد فتحي سرور: الحق في الحياة الخاصة، مجلة القانون والإقتصاد العدد 54، 1984، ص25- 95.

(3) د/محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص17 وبعدها.

(4) د/محمد الشهاوي، المرجع السابق، ص262.



الصعوبة عند وضع معيار تشريعي يوفق بين هذه المصالح المتعارضة، لو اعتبرنا تزايد الوظيفة الاجتماعية التي تؤديها الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام في الوقت الحاضر بصورة يصعب معها الحد من نطاق تلك الوظيفة بالنص على تجريم بعض صور هذا النشاط⁽¹⁾.

وأن فكرة الحق في الشرف والإعتبار تختلف عن الحقوق الأخرى كالحق في الخصوصية. وكذا الحماية القانونية لحق الشرف والإعتبار تختلف من دولة لأخرى من حيث اعتبار الاعتداء على الشرف والإعتبار من الجرائم وبالتالي الحماية تكون جنائية⁽²⁾.

ونجد الاعتداء على الشرف والاعتبار في دولة أخرى حمايته تكون عن طريق المسؤولية التصويرية، ومع ذلك لا يسأل الصحفي جنائياً ولا مدنياً (39) عن النشر الذي يمس حق بعض الأفراد، إذا كان النشر في حدود استعمال الحق، بحيث أن المشرع قرر حرية الصحافة، وما ينتج عن ذلك من حق الصحف من نشر أخبار، فإن ذلك يقتضي حتماً إباحة الوسيلة التي أستعمل هذا الحق أي إباحة الأفعال التي تهدف إلى الإستعمال المشروع للحق، فلا يعقل أن يقرر المشرع حقاً ثم يعاقب على إستعماله⁽³⁾.

وعليه نستنتج أن شرف وإعتبار الإنسان أصبح في خطر شديد في العصر الحديث نتيجة لتضاضر عدة عوامل من أهمها التطور التكنولوجي الهائل الذي باتت معه أسرار الناس شبه عارية. مما لاشك فيه أن إنتشار وسائل الإتصالات والإعلام وإستخدام الحاسبات الآلية أدت جميعها إلى سهولة الحصول على بيانات ومعلومات عن الأشخاص دون موافقة منهم. مما جعل أسرار الأفراد عرضة للإنتهاك بسهولة. وقد ينطوي نشر الأخبار في الصحف أو إذاعتها في التليفزيون أو الراديو على مساس بالحق في الخصوصية وكذا في الشرف والاعتبار، فيشكل جريمة القذف أو السب وغيرها.

ونلاحظ أن هناك مصلحتين متعارضتين أولاهما مصلحة المجتمع في إعلام الشعب بالأمور الهامة، وثانيهما مصلحة من تضمنه النشر في الحفاظ على أسرار حياته. وعلى هذا الأساس حظي هذا الحق بإهتمام دولي، وكان موضوعاً لبحث مستفيض في العديد من المؤتمرات بين رجال القانون وهذا دليل على أهمية شخصية الإنسان وحرية وإزدهاره.

(1) د/أحمد محمد حسان، المرجع السابق، ص271.

(2) د/حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص94 وبعدها.

(3) E/Clavel, les problèmes posés par la publicité, Revue internationale de droit pénale, 1961, P112.



ولا نملك في النهاية إلا أن نوجه إلى أولى الأمر والمشرعين بضرورة الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية، وإن تهتم الأسرة ودور العلم بتربية الناس على إحترام حق شرف وإعتبار الغير، حتى يتاصل هذا في الضمير الإجتماعي، فبدون ذلك لن يحقق القانون إلا قدرا ضئيلا من الحماية.

إضافة مادة في قانون العقوبات الجزائي تجرم واقعة نشر الوقائع المدنية الخاصة بالأفراد لأهميتها ولكونها تشكل مساسا بحقهم في الشرف والإعتبار والخصوصية.

ضمانة تسبب القرار التأديبي

في مجال الوظيفة العامة

أ.بدرى مباركة

كلية الحقوق بجامعة سعيدة

مقدمة:

إن وسائل النظام التأديبي المتبع في الدول المختلفة تتوقف في نجاحها على إيجاد قدر من الضمانات التي يجب أن يتم كفالته للموظف العام في أي مساءلة تأديبية حتى تضمن له محاكمة عادلة⁽¹⁾. وتعد هذه الضمانات من أهم الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني للتأديب في معظم التشريعات الوظيفية المعاصرة نظرا لان النظام التأديبي هو اخطر جوانب الوظيفة العامة الذي قد يضر بالموظف العام إذا ما اخل بواجباته الوظيفية .

ومن بين هذه الضمانات تسبب القرار التأديبي كضمانة أساسية معاصرة أو ملازمة لصدور العقوبة التأديبية ، والتي تعد من أهم الضمانات الجوهرية في المجال التأديبي حتى يطمئن الموظف العام من أسباب إدانته ويتأكد من أوجه الاتهام التي تمت مواجهته بها جميعا وتحقيق دفاعه بما يحول دون انحراف أو تعسف الجهة المختصة في ممارسة سلطتها التأديبية. وتعد هذه الضمانة من الأمور التي تملئها العدالة المجردة وضمير الإنصاف والأصول العامة في المحاكمات، كما أنها تستلهم من المبادئ الأولية المقررة في القوانين الخاصة بالإجراءات سواء في المحاكمات الجنائية أو التأديبية بغض النظر إن وجد أو لم يوجد نص يقرر ذلك⁽²⁾.

(1) د. عبد اللطيف بن شديد الحربي، ضمانات التأديب في الوظيفة العامة، 2006، مطابع الدار الهندسية، القاهرة، ص. 251.

(2) د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، تأديب الموظف العام في مصر، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دون سنة الطبع، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، ص. 561.



ولما كانت السلطة التأديبية المختصة ملزمة بتسبب قراراتها التأديبية فإنه لا يكفي أن تفي بهذا الالتزام بذكر أية أسباب، بل يتعين عليها أن يكون تسببها كافيا متضمنا لكل العناصر والشروط اللازمة لصحته بما يحقق الغرض المنشود منه .

ولذلك نتساءل عما يلي : ما المقصود بتسبب القرار التأديبي ؟ وفيماذا تتجلى أهميته في المجال التأديبي ؟ وهل هناك عناصر وشروط أساسية تقوم عليها ضمانة التسبب ؟ وللإجابة عن كل هذه الأسئلة، تناولنا بحثنا هذا في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول : مفهوم ضمانة تسبب القرار التأديبي .

المبحث الثاني : عناصر وشروط صحة تسبب القرار التأديبي .

المبحث الأول : مفهوم ضمانة تسبب القرار التأديبي :

يتعين في كل مساءلة تأديبية توافر قدر معين من الضمانات الجوهرية كحد أدنى وان لم يرد عليه نص ومن بين هذه الضمانات تسبب القرار الصادر بالعقوبة التأديبية الذي يعتبر بصفة عامة ضمانة لحقوق الموظف⁽³⁾.

وإذا كان الأصل العام الذي استقر عليه الفقه والقضاء الإداريين إن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها إلا إذا قيدها القانون بذلك، فإن تسبب القرار التأديبي ضروريا وواجبا ولو لم يوجد نص يقضي به، باعتبار أن التسبب قد أصبح قاعدة بالنسبة للقرارات التي تضر بحقوق الأفراد، إذ لم يعد للإدارة في مجالها سلطة تقدير ذكر سبب قرارها من عدمه بل صار لزاما عليها بيانها⁽⁴⁾، مما يكفل اطمئنان الموظف العام إلى صحة وثبوت الوقائع المستوجبة لهذه العقوبة والتي كونت منها السلطة التأديبية - السلطة الرئاسية أو اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء المنعقدة كمجلس تأديبي - عقيدتها واقتناعها، فضلا على استظهار أدلة الإدانة بما يفيد توفر أركان المخالفة التأديبية وقيام القرار على سببه المبرر له وبما يتيح للقضاء الإداري أعمال رقابته من حيث صحة تطبيق القانون على ذلك .

(3) Ramdane Babadj, le régime disciplinaire dans le nouveau statut de la fonction publique algérienne, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, université d'alger, ben aknoun, N°04, décembre 1987, p. 884.

(4) د. محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، 2000، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص. 191.



ولدراسة مفهوم ضمانة تسبب القرار التأديبي تناولنا هذا المبحث في مطلبين أساسيين هما:

المطلب الأول: المقصود بتسبب القرار التأديبي

المطلب الثاني: أهمية ضمانة تسبب القرار التأديبي.

المطلب الأول: المقصود بتسبب القرار التأديبي:

لقد ظهر لفظ "يسبب" لأول مرة في فرنسا كاصطلاح لغوي خلال القرن الثامن عشر (18) والذي كان يقصد به تضمين الحكم الأسباب الضرورية التي أدت إلى وجوده (5).

ونظرا لأهمية التسبب في جميع المجالات، نجد أن المشرع التأديبي قد حرص على تطبيق هذه الضمانة الهامة في المجال التأديبي في نطاق الوظيفة العامة في مختلف الأنظمة التأديبية المقارنة، ومن بينها التشريع التأديبي الجزائري الذي أولاه أهمية كبرى بالمقارنة مع الضمانات التأديبية الأخرى حيث لم يخلو أي قانون للوظيفة العامة عبر التطور التاريخي من الإشارة إلى ضرورة تسبب القرارات التأديبية من طرف السلطة التأديبية المختصة تحت طائلة البطلان.

وقد عالجنا هذا المطلب في الفرعين المواليين:

الفرع الأول: تعريف تسبب القرار التأديبي.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لضمانة التسبب.

الفرع الأول: تعريف تسبب القرار التأديبي:

إن تحديد تعريف تسبب القرار التأديبي يستدعي أولا التطرق لتعريف القرار التأديبي، حيث يعرفه محمد ماجد ياقوت بأنه: "هو القرار الصادر عن السلطة التأديبية الرئاسية ويكون مضمونه جزاء تأديبي صريح في حق موظف أو مستخدم، وذلك بسبب ارتكابه مخالفة تأديبية لواجبات الوظيفة، ويهدف الصالح العام وهو حسن سير العمل" (6). ويعرف أيضا بأنه: "إفصاح الجهة الإدارية المختصة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة وفقا للقوانين واللوائح في الشكل المقرر قانونا، بقصد إحداث مركز قانوني بالنسبة للعامل،

(5) د. عزمي عبد الفتاح، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، دون دار النشر، القاهرة، الطبعة الأولى، 1983، ص. 14 و15. مقتبس عن، منصور حمدان العلوان، الرقابة القضائية على عيب السبب في القرار الإداري، دراسة مقارنة، 2008، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ص. 91.

(6) محمد ماجد ياقوت، شرح الإجراءات التأديبية، 2004، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص. 656.



وذلك بتوقيع جزاء تأديبي عليه لما ثبت في حقه من ذنب إداري، وذلك بباعث من المصلحة العامة وهو الحرص على استقامة العمل في الجهاز الإداري" (7).

ويمكننا تعريف القرار التأديبي في مجال الوظيفة العامة بأنه: "إفصاح السلطة الإدارية المختصة بالتعيين عن إرادتها الملزمة في توقيع عقوبة تأديبية ضد الموظف العام المخالف بسبب ارتكابه لمخالفة تأديبية قصد ضمان السير الحسن للمرفق العام".

ويقصد بالتسبب هو: "الإفصاح عن الأسباب القانونية والواقعية التي تبرر القرار الإداري وبالتالي يكون القرار مسبباً إذا أفصح بنفسه عن الأسباب التي استند إليها مصدر القرار، فالتسبب هو التعبير الشكلي عن أسباب القرار ومن ثم فإنه ينتمي للمشروعية الخارجية للقرار" (8). ويعني أيضاً: "بيان في نفس القرار الأسباب الواقعية والقانونية التي تبرره" (9).

ويرى المستشار ممدوح طنطاوي أن التسبب من المبادئ الأساسية للنظام القضائي وهو يقتضي: "تحديد وصف الوقائع وصفا قانونيا مع بيان ما أحاط بها من مؤثرات، وتكييفها التكييف القانوني وصحة إسنادها للأشخاص ومواد القانون أو اللوائح أو التعليمات، بعد مناقشة الأدلة والدفع بحيث تكشف الأسباب عن الإلمام بكافة العناصر والإحاطة بجميع الوقائع المنتجة في الإثبات" (10).

ويرى الدكتور عبد الفتاح حسن أن معنى أن يكون القرار مسبباً: "أن يحمل بجانب الجزاء الواقعة أو الوقائع التي أدت إلى توقيعه، ولا يلزم أن يتضمن القرار هذه الوقائع على وجه التفصيل، بل يكفي في ذلك الإيجاز دون خلل أو إبهام أو تجهيل أو غموض" (11).

ومن جهتها يمكن أن نحدد معنى تسبب القرار التأديبي من خلال إبراز عناصره وشروط صحته كما يلي: "التزام السلطة التأديبية المختصة ببيان الوقائع الجدية المبررة

(7) فالخ عبد الله علي العزب، الطعن في الجزاء التأديبي في الوظيفة العامة - في القانون المصري والقانون الكويتي - رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، مصر، 2004، ص. 178.

(8) د. محمد ماهر ابو العنين، دعوى الإلغاء وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى بداية القرن 21، 2002، الكتاب الثاني، ص. 153. مقتبس عن، د. سعد نواف العنزي، الضمانات الإجرائية في التأديب، دراسة مقارنة، 2007، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص. 357.

(9) Jean-Michel de Forges, droit administratif, 6 édition, 1991, presses universitaires de France, paris, p. 57.

(10) ممدوح طنطاوي، الأدلة التأديبية، الطبعة الأولى، 2000، مطبعة الانتصار، مصر، ص. 255 و256.

(11) د. عبد الفتاح حسن، في الوظيفة العامة، 1964، المطبعة العالمية، القاهرة، ص. 248.



للعقوبة التأديبية بصفة واضحة وكافية وتكفيها من الناحية القانونية، وذكر الأسس والأسانيد القانونية المعتمد عليها في إصدار القرار التأديبي".

ويختلف بذلك تسبب القرار عن سببه رغم اتحادهما في الاشتقاق اللغوي، حيث يأتي التسبب دائما لاحقا على إصداره في حين يكون سبب القرار موجودا قبل إصداره والمتمثل في الحالة الواقعية أو القانونية التي دفعت الإدارة لاتخاذها. كما أن الإدارة ليست ملزمة بتسبب قراراتها إلا إذا ألزمتها المشرع بذلك إعمالا لقرينة الصحة المفترض توافرها في القرار الإداري إلى أن يثبت المدعي ما ينفيها، وفي حين أنها ملزمة بغير حاجة إلى نص باستناد قرارها على سبب قائم ومشروع⁽¹²⁾

الفرع الثاني: الأساس القانوني لضمانة التسبب:

لقد استقر الفقه والقضاء الإداريين في الدول المختلفة على قاعدة "لا إلزام على الإدارة بتسبب قراراتها ما لم يلزمها القانون بذلك"، وفي هذه الحالة تحمل قراراتها القرينة القانونية التي تقضي بافتراض قيامها على أسباب صحيحة إلى أن يثبت مدعي عدم مشروعيتها عكس ذلك⁽¹³⁾. غير أن أهمية تسبب العقوبة التأديبية قد فرضت نفسها بحيث أصبح من المبادئ العامة للقانون وجوب تسببها ولو لم يوجد نص.

ويرجع أساس تسبب القرارات الإدارية عموما والتأديبية خصوصا في حالة عدم النص إلى إرادة المشرع الضمنية من خلال فرض قواعد موضوعية أو شكلية على الإدارة في عملها فتفترض تسبب أعمالها، فضلا على متطلبات الرقابة القضائية التي تستدعي تسبب القرارات لتسهيل مهمتها وكذا أساس الضمان الذي يفرض التسبب في المواد العقابية⁽¹⁴⁾.

وإذا كانت الإدارة تلتزم بتسبب قراراتها في بعض الحالات، فإن مصدر هذا الالتزام قد يكون نصا قانونيا أو قاعدة قضائية كما هو عليه الحال في المجال التأديبي، حيث ألزم التشريع التأديبي المقارن الهيئات التأديبية المختلفة بضرورة تسبب القرارات التأديبية

(12) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، 2004، دار الكتب القانونية، مصر، ص. 231 و232.

(13) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، 2003، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص. 120.

(14) نفس المرجع، ص. 500 وما بعدها.



الصادرة عنها قصد ضمان عدالة العقوبة التأديبية الموقعة على الموظف المذنب وحمائته من تعسف سلطة التأديب بما يضيء الاطمئنان إلى نفسه والاستقرار في عمله .

ففي فرنسا نجد أن المشرع التأديبي قد اجبر الإدارة منذ وقت مبكر على تسبب قراراتها التأديبية بالنسبة لطوائف معينة من الموظفين على عقوبات محددة، ومن ذلك القانون الصادر في 10 أوت 1871 الذي نص على إلزامية أن يكون مرسوم عزل أو وقف العمد أو معاونهم مسببا . وتطبيقا لذلك أبطل مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 13 / 02 / 1973 قرار عزل احد العمد بسبب عدم قيام مرسوم العزل بتحديد للوقائع المنسوبة للمدعي والتي كانت غير كافية ولا مقنعة في الوصف التشريعي الذي ألزم بالتسبب⁽¹⁵⁾ .

وبصدور قانون الوظيفة العامة بتاريخ 19 أكتوبر 1946 أوجب المشرع الفرنسي تسبب القرار الصادر بتوقيع عقوبتي الإنذار واللوم وهذا ما أكد عليه في المرسوم الصادر في 14 فبراير 1959 والذي تضمن النص أيضا على ضرورة تسبب رأي مجلس التأديب بالنسبة للعقوبات التأديبية التي يشترط اخذ رأيه فيها . وقد أكد القانون الحالي الفرنسي على وجوب تسبب قراراتها التأديبية وآراء المجلس التأديبي كضمانة لا يمكن إغفالها بالنسبة للقرارات ذات الطابع الجزائي أو العقابي⁽¹⁶⁾ .

أما المشرع المصري فقد نص في كافة قوانين العاملين المدنيين بالدولة منذ القانون رقم 210 لسنة 1951 حتى قانون رقم 47 لسنة 1978 المتضمن قانون العاملين المدنيين بالدولة على ضرورة تسبب القرار التأديبي حيث نصت المادة 79 من القانون الحالي : " لا يجوز توقيع جزاء على العامل إلا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه ، ويجب أن يكون القرار الصادر بتوقيع الجزاء مسببا⁽¹⁷⁾ .

ولكن ما هو موقف المشرع الجزائري من ضمانة التسبب ؟

لقد تناول المشرع الجزائري ضمانة تسبب القرار التأديبي في قوانين الوظيفة العامة المتعاقبة في مجال التأديب الوظيفي، حيث ألزمت المادة 56 من الأمر رقم 133/66 المؤرخ في 02

(15) د. سعد نواف العنزي، المرجع السابق، ص. 360 و361 .

(16) Article 19/3 de la loi n° 83/634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires. : « L'avis de cet organisme de même que la décision prononçant une sanction disciplinaire doivent être motivés ».

(17) د. علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة في النظام العراقي والمصري والفرنسي والانجليزي، 2004، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص.358.



جوان 1966 والمتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية السلطة التأديبية بتسبب قراراتها المتضمنة عقوبات الدرجة الأولى والثانية دون أن يلزمها بذلك في حالة توقيع عقوبة العزل بناء على الرأي الموافق للمجلس التأديبي .

وقد أكد على ذلك المرسوم رقم 59/85 المؤرخ في 23 مارس 1985 والمتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية حينما قيد السلطة المختصة بالتعيين بتبرير قراراتها المتضمنة عقوبات الدرجة الأولى والثانية دون أن ينص على ذلك بالنسبة لعقوبات الدرجة الثالثة التي تقررها بعد موافقة المجلس التأديبي (المواد 125، 126 و127).

ونلاحظ من خلال هذين القانونين خلوهما من أي نص يلزم بتسبب القرارات التأديبية المتضمنة للعقوبات الجسيمة التي اشترط المشرع على السلطة المختصة بالتعيين عدم اتخاذها إلا بناء على رأي ملزم للجنة الإدارية المتساوية الأعضاء المنعقدة كمجلس تأديبي، مكتفيا باشتراط تبرير العقوبات التي تدخل في الاختصاص المطلق للسلطة الرئاسية . وفي الحقيقة هذا الموقف التشريعي من شأنه المساس بحقوق الموظف العام وحرمانه من ضمانات أساسية حيث لا يمكن التذرع بخضوع هذا النوع من العقوبات لإجراء جوهري والمتمثل في استشارة المجلس التأديبي والتقيد برأيه حتى تبرر هذا الفراغ القانوني لأن هناك حاجة ماسة لإجراء التسبب في المجال التأديبي باعتباره ضمانات هامة في نطاق المساءلة التأديبية لا يغني عنها أي إجراء آخر. ويصدر القانون الحالي للوظيفة العامة تدارك المشرع النقائص التي عرفتتها القوانين السابقة، حيث نص على وجوب تسبب كل القرارات التأديبية بغض النظر عن العقوبات الموقعة، حيث نصت المادة 165 من الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 والمتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية : " تتخذ السلطة التي لها صلاحيات التعيين بقرار مبرر العقوبات التأديبية من الدرجة الأولى والثانية

تتخذ السلطة التي لها صلاحيات التعيين العقوبات التأديبية من الدرجة الثالثة والرابعة بقرار مبرر بعد اخذ الرأي الملزم من اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء المختصة بالمجتمع كمجلس تأديبي

بل أكثر من ذلك فقد قام المشرع الجزائري بتقييد اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء المنعقدة كمجلس تأديبي بهذا الإجراء حينما ألزمها بتسبب قراراتها المتضمنة لعقوبات الدرجة الثالثة والرابعة حيث نصت المادة 2/170 من الأمر المذكور أعلاه : " يجب أن تكون قرارات المجلس التأديبي مبررة " .



ولقد استقر القضاء الإداري المقارن بدوره على وجوب تسبب القرار التأديبي ولو في غياب نص يلزم الإدارة بذلك كاستثناء من قاعدة عدم إلزام الإدارة بتسبب قراراتها الإدارية وذلك راجع للطبيعة الجزائية لهذا القرار المتضمن عقوبة يجب توضيح أسبابها وفقاً للأصول العامة المضرة في التأثيم والعقاب، لذلك يعد الالتزام بتسبب القرار التأديبي من أهم الضمانات الإجرائية في التأديب لخطورة هذا القرار ولما يشكله من هدم لقرينة البراءة التي يتمتع بها الموظف العام⁽¹⁸⁾

وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي حينما قضى: " كل قرار يتضمن عقوبة تأديبية يجب أن يكون مسبباً ... " (19). كما قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 1989/06/17 بأنه: " ويتفرع على حق الدفاع المقدس المكفول لكل إنسان أن يتعين أن تصدر الأحكام والقرارات التأديبية بالنسبة للعاملين مسببة لكي يتسنى لمن صدرت بشأنه أن يطعن عليها أمام الجهات الرئاسية أو المحاكم القضائية المختصة لكي تباشر ولايتها في الرقابة على مشروعية تلك الأحكام أو القرارات التأديبية " (20).

وقد انتقد لحسين بن الشيخ اث ملويا قرار مجلس الدولة الصادر في 2001/02/19⁽²¹⁾ - الذي رفض الطعن بالإلغاء لعدم التأسيس - وذلك راجع لعدة أسباب أهمها أن قرار وزير العدل المتضمن شطب خبير من قائمة الخبراء المعتمدين لدى مجلس قضاء الشلف كان غير مسبباً، وبالتالي كان على مجلس الدولة إبطاله على أساس تجاوز السلطة لعيب السبب، ذلك أن التقرير المسبب يجب أن يصدر عن رئيس المجلس القضائي وليس عن مدير الشؤون المدنية بوزارة العدل حتى يكون سبباً لمقرر الوزير بتوقيع العقوبة التأديبية .

المطلب الثاني: أهمية ضمانة التسبب وعلاقتها بالضمانات التأديبية الأخرى:

لكي يكون للقرار التأديبي صحيحاً ومنتجاً للأثار المادية والقانونية لابد من وجود سند مادي أو قانوني يبرر وجوده وقيامه وإلا كان باطلاً، على أساس أن عملية تسبب القرارات التأديبية لها فائدة كبيرة وأهمية قصوى في مجال الوظيفة العامة بالنسبة للموظف العام من

(18) د. سعد نواف العنزي، المرجع السابق، ص. 366 .

(19) C.E.28 mai 1965, Demoiselle Riffault, Revue administrative, 1965, p. 590. Ramdane Babadji, op.cit, p. 884.

(20) ممدوح طنطاوي، المرجع السابق، ص. 257.

(21) قرار مجلس الدولة، الغرفة الثالثة (فهرس 70)، الصادر بتاريخ 2001/02/19، قضية (د) ضد وزير العدل، لحسين بن الشيخ اث ملويا، المنقّى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، 2005، دار هومة، الجزائر، ص. 337 وما بعدها.



جهة، ومن جهة ثانية بالنسبة للجهة الإدارية أيضا، نظرا لان هذا الإجراء يسعى بدوره إلى التوفيق بين فاعلية العمل الإداري ومنطق الضمان أي إقامة التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة في نفس الوقت.

كما يساهم إجراء تسبب القرار التأديبي أيضا في تحقيق ممارسة الضمانات التأديبية الأخرى التي لها علاقة وطيدة به، لاسيما ما يتعلق بضمانة مواجهة الموظف العام المتهم بالمخالفات المنسوبة إليه وكذا ضمانات تحقيق دفاعه، فضلا على ضمانات الرقابة القضائية .

وللمزيد من التفصيل حول هذا المطلب لفرعين كالآتي:

الفرع الأول : أهمية ضمانات التسبب .

الفرع الثاني : علاقة ضمانات التسبب بالضمانات التأديبية الأخرى .

الفرع الأول : أهمية ضمانات التسبب :

وترجع أهمية تسبب القرارات التأديبية لما يترتب على تحقيقه من مزايا وفوائد عديدة سواء بالنسبة للموظف العام أو الإدارة . ويمكن أن نذكر أهمها فيما يلي:

1/ يسمح التسبب للمعني بالأمر من التحقق بسهولة من مدى مشروعية موضوع القرار، حيث يعتبر التسبب عنصرا هاما لكفالة حق الدفاع، حيث لا توقع الإدارة العقوبة على الموظف العام إلا بعد التحقيق معه وسماع أقواله وهي ملزمة بالرد على دفاعه وتقنييد الحجج والأسانيد التي أبداها. كما يرتبط مبدأ التسبب كضمانة للموظف بمبدأ المواجهة حيث يعطي له الفرصة للدفاع عن نفسه عن طريق معرفة الأسباب التي أوردتها الإدارة في صلب قرارها التأديبي، ويحدد موقفه على أساس إحاطته بأسباب القرار إما أن يقتنع به إذا تبين له صوابه من وجهة نظره وإما لا يقتنع فيسلك سبل القانون للتخلص منه إما تظلما منه أو طعنا فيه وبذلك يكون التسبب إجراء فعلا يبدد الشك في مدى سلامة القرار⁽²²⁾.

2/ يلزم التسبب السلطة التأديبية ببيان الأسباب التي أدت بها إلى اتخاذ قرارها التأديبي مما يحملها على التريث والتفكير في الأمر ويحول دون التحكم والتعجل في إصداره⁽²³⁾. ومن شأن ذلك أن يكون له أثره على مضمون التصرف نفسه الذي يأتي بعد فحص وتدقيق سليم .

(22) د. محمد باهي ابو يونس، المرجع السابق، ص. 189 .

(23) د. علي جمعة محارب، المرجع السابق، ص. 358.



3/ يعتبر التسبب من أهم رسائل الإقناع الذي تقدمه الإدارة للموظف من خلال الإفصاح عن الأسباب الواقعية والقانونية التي دفعتها لإصدار قرارها التأديبي .

4/ يؤدي التسبب إلى تدعيم الثقة بالإدارة وتقوية لغة التخاطب بينها وبين الموظف طالما انه يكشف عن دوافع ومبررات اتخاذ العقوبة بعيدا عن حاجز السرية التي تؤدي إلى الشك في موضوعيتها، أي انه نوع من الشفافية الإدارية التي تقتضي ألا يخفى من تصرفات الإدارة خافية على أحد⁽²⁴⁾.

5/ يساهم التسبب في التحقق من إطلاع السلطة التأديبية على كل وقائع القضية وما تضمنه من أوراق ومستندات للتعرف على ما أبداه الموظف المتهم من دفوع وما قدمه من طلبات . كما يتم التعرف على مدى التزام السلطة التأديبية بالاعتبارات القانونية في توقيع العقوبة⁽²⁵⁾.

6/ يمثل التسبب المادة الأساسية لتحقيق الرقابة القضائية على القرارات التأديبية، فمن خلاله يتم فحص الأسباب التي اعتمدت عليها الإدارة في تبرير قرارها التأديبي وعلى ضوء ذلك يقرر القاضي مدى صحة تلك الأسباب . كما يساهم التسبب في تخفيف العبء على القضاء والحد من الطعون غير المجدية إذا ما اقتنع الموظف المعاقب بالأسباب التي قام عليها القرار⁽²⁶⁾.

الفرع الثاني : علاقة ضمانة التسبب بالضمانات التأديبية الأخرى:

نظرا لقرينة الشرعية التي تتمتع بها التصرفات الإدارية، يكون الموظف باتهامه مطالبا بإقامة الدليل على براءته من خلال تقديم دليل سلبي، ومن وسائل تخفيف هذا العبء تسبب القرار التأديبي الذي يبين الوقائع المنسوبة إليه بما يسهل ممارسة حقوق الدفاع واثبات براءته . كما أن ضرورة مواجهة الموظف بما هو منسوب إليه من مخالفات تفرض إلزامية معاقبته عن المخالفات التي تمت مواجهته بها، ولا يمكن التحقق من ذلك إلا من خلال تسبب القرار التأديبي، لذلك يرى "مورجو" بأنه لا يعفى إجراء المواجهة الحضورية من الالتزام بالتسبب، لان التجانس بين القرار وأسبابه لا يمكن ضمانه إلا بالتسبب الحقيقي .

(24) د. محمد باهي ابو يونس، المرجع السابق، ص. 189 .

(25) د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 562 .

(26) د. احمد المواجي، نظام مجالس التأديب طبيعته - ضماناته، 2000، دار النهضة العربية، القاهرة، ص. 131.



فضلا على أنه هناك علاقة بين التسبب وضمانة الرقابة القضائية، إذ أن لسلطة التأديب حرية في تأثيم الأفعال ولا يحد منها إلا ما يمارسه القاضي من رقابة على تكييف الأفعال، ولا يمكن إعمال هذه الرقابة ما لم يكن القرار التأديبي مسببا ومتضمنا للوقائع التي عوقب الموظف عليها، فضلا على الرقابة على مدى التناسب بين المخالفة التأديبية والعقوبة من خلال الإطلاع على أسباب القرار المطعون فيه⁽²⁷⁾.

ونلاحظ من خلال ما سبق دور ضمانة التسبب في المجال التأديبي في التوفيق بين ثلاثة مصالح هي: مصلحة الموظف العام في التعرف على أسباب معاقبته والأسانيد القانونية المعتمد عليها في ذلك، مصلحة الإدارة في كسب ثقة موظفيها من خلال اتسام قراراتها التأديبية بالشفافية والوضوح ومصلحة القضاء الإداري في تسهيل مهمته أثناء ممارسة الرقابة على القرار المطعون فيه أمامه.

المبحث الثاني: عناصر وشروط صحة تسبب القرار التأديبي:

لا يعتبر التسبب شكلا مقصودا لذاته وإنما هو وسيلة تحقيق حسن تطبيق العقوبة التأديبية، حيث يترتب على تخلفه القضاء بعدم مشروعية هذه العقوبة باعتباره إجراء جوهريا وجوبيا لا تملك السلطة التأديبية تجاهه أي سلطة تقديرية.

ونظرا لأهميته ولتحقيق فاعليته في المجال التأديبي من جهة، وبالنظر إلى الطبيعة العقابية التي تتسم بها القرارات التأديبية مقارنة بغيرها من القرارات الإدارية من جهة ثانية فإنه يتعين أن يتضمن هذا التسبب مجموعة من العناصر الأساسية كحد أدنى من الضمان بالنسبة للموظف العام. كما يجب أن يتوافر على جملة من الشروط الضرورية لصحته.

وقد عالجتنا المبحث الثاني من هذا البحث في المطالب التالية:

المطلب الأول: عناصر تسبب القرار التأديبي.

المطلب الثاني: شروط صحة تسبب القرار التأديبي.

المطلب الأول: عناصر تسبب القرار التأديبي:

بالرجوع إلى التشريعات التأديبية المقارنة والتشريع الجزائري لا نجد أي إشارة إلى عناصر تسبب القرار التأديبي، إذ اكتفت فقط بإلزام السلطة التأديبية بتسبب قراراتها المتضمنة للعقوبات دون تحديد البيانات الواجبة الذكر، لذلك تدخل الفقه والقضاء الإداريين لتوضيح

(27) د. عبد الفتاح عبد الحليم عبد البر، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، مصر، ص. من 493 إلى 496.



هذه المسألة بالإجماع على ضرورة الأخذ بمجموعة من العناصر الأساسية عند تسبب القرار التأديبي، والمتمثلة أساسا في ضرورة تحديد الوقائع التي تبرر توقيع العقوبة التأديبية فضلا على ذكر وبيان الأسس القانونية التي تم الاستناد إليها وكذا الرد على ما يبديه الموظف المتهم من أوجه الدفاع الجوهرية.

وللمزيد من التفصيل تناولنا هذا المطلب في الفروع التالية:

الفرع الأول: تحديد الوقائع الموجبة للعقوبة التأديبية

الفرع الثاني: بيان الأسس القانونية المعتمد عليها

الفرع الثالث: الرد على ما يبديه الموظف المتهم من أوجه الدفاع الجوهرية

الفرع الأول : تحديد الوقائع الموجبة للعقوبة التأديبية :

يتمثل أول عنصر من عناصر التسبب في بيان الواقعة أو الوقائع التي تستند إليها العقوبة بحيث يستطيع الموظف المتهم معرفة أسباب القرار الصادر بحقه بمجرد قراءته، لأنه من الصعب تطبيق الوصف القانوني السليم دون تحديد الأفعال الايجابية أو السلبية التي تشكل الركن المادي للخطأ التأديبي⁽²⁸⁾. فلا يمكن أن يعاقب الموظف إلا باعتبار أن الواقعة تشكل إخلالا بالمرفق الوظيفي، حيث يترتب على ذلك عدم جواز استعارة أوصاف الخطأ الجنائي لمساءلة الموظف المعني، كما لا يجوز إعمال التكييف القانوني للجرائم الجنائية وتطبيقها على التكييف التأديبي للخطأ المرتكب⁽²⁹⁾.

فلا يكون قرار العقوبة صحيحا دون تسبب يتضمن المخالفة التي صدر بسببها القرار ضد المتهم وأسس الإدانة وأدلتها على أن ترتبط تلك الأسباب بنتائجها وان تكون مستخلصة استخلاصا سائفا من الواقع والأوراق وأن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها القرار⁽³⁰⁾. حيث قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1993/11/26: " إن القرار التأديبي يجب أن يقوم على سبب يسوغ تدخل الإدارة لإحداث اثر قانوني في حق العامل أو الموظف هو توقيع الجزاء للغاية التي استهدفها المشرع وهو الحرص على حسن سير العمل،

(28) د. سعد نواف العنزي، المرجع السابق، ص. 374.

(29) د. يسري لبيب حبيب، نظرية الخطأ التأديبي، رسالة دكتوراه، 1990، جامعة القاهرة، مصر، ص. 94.

(30) د. أنور احمد رسلان، التحقيق الإداري والمسؤولية التأديبية، 2002، مطبعة كلية الحقوق، جامعة القاهرة،

مصر، ص. 163 .



ولا يكون ثمة سبب للقرار إلا إذا قامت حالة واقعية أو قانونية تسوغ التدخل وللقضاء في حدود رقابته القانونية أن يراقب قيام هذه الوقائع وصحة تكييفها القانوني⁽³¹⁾

وبناء على ما سبق يجب أن تتطوي الوقائع المنسوبة إلى الموظف على خطأ أدى إلى ارتكابه مخالفة تأديبية استوجبت مساءلته عنها، لذلك يتعين على الإدارة تحري الدقة في تحديد ما هو منسوب للموظف على نحو يفهم منه ارتكابه لخطأ معين قصد تضادي الغموض في بيان الواقعة، والذي من شأنه إثارة اللبس في العقوبة على نحو يزعزع الثقة في الأسباب التي بني عليها. حيث قضت محكمة العدل العليا الأردنية: " إذا كان التسبب الذي قدمه رئيس الدائرة ضد الموظف خاليا من بيان أية واقعة من الوقائع التي يمكن أن يستخلص منها عدم لياقة الموظف فانه لا يعتبر تقريرا صحيحا، ويكون قرار الوزير بتتحيه الموظف من الوظيفة مخالفا للنظام العام"⁽³²⁾.

وقد أكد مجلس الدولة الجزائري في حكمه الصادر في 08 جانفي 2001 في قضية تونسي عيد القادر ضد مدير القطاع الصحي لولاية تيارت على ضرورة تبيان الأسباب التي تبرر العقوبة وذلك بوصف بشكل دقيق الوقائع المؤثمة والظروف المرتكبة فيها إن اقتضى الأمر وصف الخطأ وكذا النصوص القانونية المطبقة⁽³³⁾.

إذن ينبغي على السلطة التأديبية المختصة القيام بتحديد واقعة بذاتها أو أكثر يعد إتيانها خروجاً أو إخلالاً بالواجبات الوظيفية، فلا يمكن الاكتفاء بذكر اتهامات عامة كالقول " إن الموظف خرج على مقتضى الواجب الوظيفي" أو انه " لم يبتعد عن مواطن الشبهات"، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي بضرورة قيام القرار الإداري على سبب يبرره صدقا وحقا أي في الواقع والقانون كركن من أركان انعقاده وهذا ما دفعه إلى رفض الاعتراف بشرعية العقوبة التأديبية المسندة إلى سوء تصرفات الموظف في مجموعها دون تحديد وقائع معينة بذاتها⁽³⁴⁾.

(31) جلال احمد الادغم، التأديب في ضوء قضاء محكمتي الطعن، الطبعة الثانية، 2003، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ص. 46.

(32) د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، 2005، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص. 211.

(33) Essaid Taib, Droit de la fonction publique, 2003, édition distribution houma, alger, p369

(34) د. عبد اللطيف بن شديد الحربي، المرجع السابق، ص. 658.



ونشير إلى انه لا تكتفي السلطة التأديبية المختصة فقط بسرد الواقعة محل الاتهام وتحديد ظروفها، بل يجب أن يتضمن القرار التأديبي المسبب أيضا تحديد الزمان الذي وقعت فيه المخالفة لما له من أهمية في رفع الغموض واللبس حولها، وكذلك في حساب مدة تقادم الدعوى التأديبية بالنسبة للتشريعات التي تأخذ تاريخ وقوع المخالفة كأساس لبداية حساب مدة التقادم. لذلك نرى ضرورة ذكر أيضا تاريخ اكتشاف المخالفة المرتكبة لتسهيل معرفة مدى تقادم الدعوى التأديبية بالنسبة للدول التي تأخذ تشريعاتها التأديبية بتاريخ معاينة الخطأ لتحديد هذه المدة كالتشريع الجزائري.

ويساهم تحديد زمان وقوع المخالفة أيضا في معرفة ما إذا كان التصرف الصادر عن الموظف العام يشكل مخالفة أم لا خلال تلك الفترة الزمنية، حيث لا يمكن اعتباره خطأ تأديبيا عدم قيام الموظف بأداء الواجبات المتعلقة بالقيام بالخدمة أثناء العطل القانونية أو أثناء تواجده في حالة الإحالة على الاستيداع.

كما يتعين أن يتضمن التسبب ذكر مكان ارتكاب الواقعة لما له من أهمية في المجال التأديبي، إذ غالبا ما يتأثر تكييف الواقعة بمكان ارتكابها كحالة اقتراح الموظف العام لخطأ في أماكن معينة قد تؤدي إلى المساس بكرامة الوظيفة.

الفرع الثاني: بيان الأسس القانونية المعتمد عليها:

إذا كان قوام الدعوى التأديبية هو ارتكاب الموظف لمخالفة تأديبية والمتمثلة في إخلاله بواجبات الوظيفة، إلا أن ذلك يجب أن يسبقه تحديد هذا الواجب بناء على القوانين والقرارات الوزارية والتعليمات التي يجري العمل بموجبها.

وإذا كانت المخالفة التأديبية لا تخضع لقاعدة " لا جريمة إلا بنص " كما هو عليه الحال بالنسبة للجريمة الجنائية إلا أنها تخضع لقاعدة الشرعية بمعناها الواسع والمتمثلة في إخلال الموظف بأحد واجباته الوظيفية أو الخروج على مقتضياتها، حيث يعد الإخلال بواجب وظيفي أو أكثر أساس قانونيا يجب تحقيقه قبل توقيع العقوبة التأديبية وبالتالي فان المخالفة التأديبية ترتبط بمخالفة قاعدة أو أمر ملزم أيا كان مصدر تلك القاعدة كالقوانين واللوائح والأوامر الرئيسية⁽³⁵⁾. وهذا من شأنه أن يضمن مشروعية القرار التأديبي لأنه استند

(35) د. شعبان احمد رمضان، دور المحكمة التأديبية في توجيه إجراءات الدعوى التأديبية، 2005، دار النهضة العربية، القاهرة، ص. 222.



لأسباب قانونية قائمة وصحيحة، وفي حالة الخطأ في فهم القانون أو الخطأ في تطبيقه على الوقائع الموجبة للعقوبات التأديبية كان القرار مخالفا للقانون مما يستوجب إلغاؤه⁽³⁶⁾.

وقد اختلف الفقه الفرنسي حول بيان الأسباب القانونية التي يستند إليها القرار الإداري، فهناك من يقصره على ذكر الأسباب الواقعية وهناك من يتطلب أن يشتمل على الأسباب القانونية بالإضافة إلى أسبابه الواقعية، وهذا ما أكد عليه بعض الفقه الحديث بحيث لا تتبع الإدارة ما يحدث في الأعمال القضائية، وإنما تأتي في إشارتها إلى القاعدة التي طبقتها مجملة دون توضيح وفي مكانها الصحيح، ولا يعتبر الخطأ في الإشارة إلى القاعدة أو إغفال ذكر المادة التي يقوم عليها القرار إخلالا جوهريا يعيب التصرف باعتباره خطأ ماديا يمكن تداركه⁽³⁷⁾.

ويكفي لقيام الأساس القانوني للتأثير أن ينطوي الفعل الايجابي أو السلبي للموظف على الإخلال بواجب من الواجبات المفروضة عليه نظرا لان المشرع لم يحدد في المجال التأديبي الأفعال التي تشكل مخالفات تأديبية بل اكتفى بتبيان الالتزامات الوظيفية واعتبر كل خروج عليها يشكل خطأ تأديبيا يستوجب المساءلة.

وتكمن أهمية بيان النص المطبق على الواقعة محل الاتهام باعتباره عنصرا أساسيا في التسبب في إتاحة إمكانية مراقبة ما إذا كان هذه التطبيق قد وقع صحيحا أم لا وما إذا كانت العقوبة التأديبية الموقعة على الموظف المتهم تدخل في نطاق النص أم لا، لان التسبب لا يكون كافيا بمجرد ترديد نصوص القانون بل يجب بيان مدى انطباقها على وقائع الاتهام⁽³⁸⁾.

بالرغم من عدم نص المشرع الجزائري على ضرورة تبيان الأسانيد المعتمدة في القرار التأديبي، إلا أن ذلك لا يمنع قيامه على مجموعة من الأسانيد كالإشارة إلى النص الذي منح مصدر القرار الاختصاص في الصدارة، فضلا على الإشارة إلى النصوص التي تحكم

(36) د. نواف كنعان، المرجع السابق، ص. 211.

(37) د. عبد الفتاح عبد الحليم عبد البر، المرجع السابق، ص. 520 وما بعدها.

(38) د. محمد جودت الملط، المسؤولية التأديبية للموظف العام، رسالة دكتوراه، 1977، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص. 286.



موضوع القرار والوقائع التي يستند إليها ، كما يشار في ديباجة القرار إلى الإجراءات المتخذة قبل صدوره كإجراء التحقيق الإداري وتحقيق دفاع الموظف المتهم .

ونشير إلى أن عدم الإشارة إلى النصوص التي بني عليها القرار التأديبي لا تؤثر على صحة أو مشروعيته ، إلا انه في حالة المنازعة حول ذلك فللقاضي أن يطلب من الإدارة تبيان النصوص المعتمد عليها في القرار محل الطعن .

الفرع الثالث: الرد على ما يبيده الموظف المتهم من أوجه الدفاع الجوهرية:

يقتضي هذا العنصر أن يتضمن تسبب القرار التأديبي على ما يبيده الموظف المتهم من أوجه الدفاع فإذا لم يرد هذا القرار في أسبابه على دفاع الموظف المتهم أو كان الرد قاصراً فإنه يمكن إبطاله لهذا السبب ،

وتبعاً لما سبق ذكره فإنه ينبغي على السلطة التأديبية إذا أصدرت قراراً بتبرئة الموظف من التهمة المنسوبة إليه أن تبين سبب رفضها الأخذ بأدلة الإدانة إن وجدت وإذا ما أصدرت قراراً بالإدانة فيتعين عليها الرد ورفض الدفع التي قدمها الموظف المتهم التي لو كانت صحيحة لأدت إلى براءته أو إضعاف الأسس المنطقية أو القانونية التي اعتمد عليها القرار التأديبي .

ونشير إلى أن السلطة التأديبية ملزمة بالرد على الدفاع المتعلق بموضوع الدعوى المنتج فيها خاصة إذا كان لازماً للفصل فيها ، في حين أنها ليست مجبرة بتعقب كل حجج الدفاع في وقائعه وجزئياته للرد على كل منها تفصيلاً مادامت قد بينت بصفة إجمالية الأسانيد التي بنيت عليها قرارها التأديبي⁽³⁹⁾

المطلب الثاني : شروط صحة تسبب القرار التأديبي:

إذا كان البعض يدعو إلى عدم المغالاة والإسراف في تسبب القرارات الإدارية إلى الحد الذي يرقى بها إلى مجال الأحكام لتساويها من حيث الأهمية والمشروعية إلا أن هذا الأمر لا يصدق بالنسبة للقرارات التأديبية التي تحتاج إلى الكثير من الاهتمام والعناية⁽⁴⁰⁾ ، لذلك يتعين استيفاء شروط صحة التسبب على الوجه الأكمل بما يسمح للموظف والقضاء على حد سواء بمراقبة مدى مشروعية تصرف السلطة التأديبية .

وتتعلق هذه الشروط بصورة واضحة بعناصر التسبب السالفة الذكر ويأتي على رأسها شرط الكتابة كأمر بديهي ، وبذلك تستبعد فكرة القرار الشفوي ، وبالتالي متى كان

(39) د. عبد اللطيف بن شديد الحربي ، المرجع السابق ، ص. 658.

(40) د. سعد نواف العنزلي ، المرجع السابق ، ص. 373.



التسبيب وجوبيا فانه يلزم أن يكون مكتوبا ومشتملا على كافة العناصر الواقعية والقانونية التي تشكل أساس القرار، نظرا لان الكتابة تساهم في توثيق مختلف العلوم كما تسهل مهمة القاضي الإداري في بسط رقابته على أسباب القرار المطعون فيه، فضلا على أنها تساعد الإدارة في دراسة قراراتها دراسة موضوعية ومراجعتها عدة مرات⁽⁴¹⁾.

وفضلا على هذا الشرط هناك شروط أخرى أساسية تناولناها في الفروع التالية:

الفرع الأول: أن يحمل القرار التأديبي أسبابه في صلبه .

الفرع الثاني: أن تكون أسباب القرار التأديبي جدية وكافية وواضحة .

الفرع الأول: أن يحمل القرار التأديبي أسبابه في صلبه :

من الضروري أن يتضمن القرار التأديبي الأسباب التي أدت إلى حدوث النتيجة التي توصل إليها بشرط أن تكون هذه الأسباب واردة في صلب القرار، وحتى يمكن معرفتها والرقابة على مدى صحتها وبالتالي إذا تذرعت الإدارة بسبب من الأسباب فلا يكفي القاضي بالتأكد من صحته، وإنما يتأكد أيضا من مدى جدواه في حمل القرار عليه وما إذا كان سببا جديا منتجا لأثره في اتخاذ العقوبة من عدمه، ولكن لا يعني ما سبق التزام السلطة التأديبية بوضع تفصيل كامل لسبب القرار التأديبي وإنما ينبغي عليها أن تورد في قرارها ما يعتبر كافيا للتعرف والإحاطة بالسبب الذي دفعها إلى إصدار هذا القرار على نحو يرفع اللبس والغموض عن ذلك السبب⁽⁴²⁾.

ولما كان ذكر أسباب القرار التأديبي في صلبه يعد شرطا أساسيا لصحته . فهل يجوز

استثناء التسبب بالإحالة إلى وثيقة أخرى كقرار سابق أو رأي معين؟

لقد تباينت المواقف حول هذه المسألة بين مؤيد ورافض:

الموقف المؤيد:

يرى الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة بالرغم من أن الأصل أن يحمل القرار الإداري أسبابه في صلبه بحيث لا تجوز الإحالة إلى وثائق أخرى مستقلة عنه، إلا أن تبني مصدره لأسباب هيئة استشارية معينة كإدارات التحقيق يكفي في مجال التسبب مستندا في ذلك على حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية التي قضت: ".... إشارة مصدر القرار في

(41) منصور حمدان العلوان، المرجع السابق، ص. 107 و108.

(42) د. سعد نواف العنزلي، المرجع السابق، ص. 380 و381.



ديباخته إلى اطلاعه على مذكرة النيابة الإدارية وملف تحقيقاتها يعني انه اتخذ منها أسبابا لقراره المطعون فيه، ومن ثم يكون القول بعدم وجود أسباب لهذا القرار في غير موضعه ويتمين طرحه»⁽⁴³⁾.

كما يؤيد "جون ميشال دي فوج" هذا الرأي، حيث يرى أن شرط أن يتضمن القرار ذاته التسبب لا يعني أن نقسى كثيرا على الإدارة ما دام يمكن أن يكون التسبب بالإحالة إلى وثيقة أخرى (رسالة أو رأي) تكون مرفقة لهذا القرار⁽⁴⁴⁾.

وقد أجاز القضاء الإداري الجزائري في حكم قديم له بتسبب القرار التأديبي من خلال الإحالة أي بالإشارة إلى رأي اللجنة المتساوية الأعضاء⁽⁴⁵⁾.

الموقف الرفض:

لقد رفض مجلس الدولة الفرنسي التسبب بالإحالة كمبدأ وأن كان يجيزه في بعض الأحوال، حيث رفض الإحالة إلى الرأي لأنه ليس التسبب الذي يتطلبه القانون، كما انه ليس كافيا، فضلا على رفضه للإشارة إلى رأي المحقق. كما يرفض الدكتور "سعد نواف العنزي" الإحالة في التسبب لتناقضه مع الحكمة التي يقوم عليها التسبب الوجداني، كما أن ذلك من شأنه أن يمنح للإدارة مزيدا من التحرر في هذا المجال، وقد استند في موقفه هذا إلى قرار مجلس الدولة الفرنسي الذي اعتبر أن القرار التأديبي الذي لا يتضمن بنفسه السبب لا يكون قد احترم إرادة المشرع كالاكتفاء بالإحالة إلى مجرد رأي⁽⁴⁶⁾.

(43) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، 2004، المرجع السابق، ص. 237.

(44) Jean-Michel de Forges, op. Cit, p. 59.

(45) « Décision prononçant la révocation est suffisamment motivée par le visa de l'avis de la commission paritaire dans la mesure où cet avis est lui-même motivé ». Cour Suprême ; Chambre administrative, 4 Juin 1977, Talbi Mohamed c. / ministre de la justice. Ramdane Babadji, op. Cit, p. 884.

(46) C.E. 28 mai 1965 : « ... que la volonté du législateur n'est pas suivie par respectée lorsque la décision prononçant sa sanction ne comporte par elle-même aucun motif Et se borne à se référer à l'avis même conforme, d'un organisme parement consultatif ». Ramdane Babadji, op. cit., p. 884.



وهذا ما أكد عليه القضاء الإداري الجزائري حينما قضى : " ... وأنه في غياب هذه العناصر فإن مجرد الإشارة في القرار المطعون فيه إلى محضر اللجنة المتساوية الأعضاء لا يحل محل التعليل المنصوص عليه... " (47).

ومن جهتها تؤيد الموقف الثاني الراض للتعويض بالإحالة إلى وثيقة أخرى باعتباره موقفا مدعى تؤيد الموقف الثاني الراض للتعويض بالإحالة إلى وثيقة أخرى باعتباره موقفا مدعما لحقوق الموظف المتهم في المجال التأديبي لأن التعويض يعد من الضمانات الجوهرية التي يتمتع بها الموظف والذي أكد عليها المشرع التأديبي في كل قوانين الوظيفة العامة المتعاقبة وفي الدول المختلفة .

فلا يمكن أن تتصور أن يكون التعويض صحيحا وقانونيا بالإحالة أو الرجوع إلى أسباب واردة في قرار سابق وان تشابه موضوعه مع الحالة المعروضة ، لأن كل قضية ولها ظروفها وخصائصها وتخضع للقانون التأديبي الموجود أثناء تطبيقه ، لذلك يجب أن يستقل كل قرار تأديبي بأسبابه المستقاة من وقائعه بحيث لا يجوز له الاستناد في أسبابه لأسباب أخرى هذا من جهة ، ومن جهة ثانية لا يمكن اكتفاء السلطة التأديبية المختصة بتوقيع العقوبة بتسبب قرارها بالإحالة إلى محضر التحقيق أو الإحالة إلى رأي المجلس التأديبي بالنسبة للعقوبات الجسيمة وهذا ما يفهم ضمنا من خلال اشتراط المشرع التأديبي الجزائري بتسبب قرار المجلس التأديبي وتسبب السلطة الرئاسية لقرارها التأديبي المتضمن لعقوبات الدرجة الثالثة والرابعة دون الاكتفاء بالتسبب الأول والإحالة إليه بالرغم من تعلق القرارين بنفس الموضوع (المادتين 2/165 و 2/170 من الأمر رقم 03/06 السالف الذكر).

الضرع الثاني: أن تكون أسباب القرار التأديبي جدية وكافية وواضحة:

عندما اشترط المشرع تسبب القرار التأديبي إنما قصد إحاطة من يخاطبه علما بالأسباب التي بني عليها والتي دفعت الإدارة إلى إصداره حتى يستطيع الطعن فيه بالإلغاء والمطالبة بالتعويض عنه ، ولذلك يجب أن يكون هذا التسبب كافيا وجديا ومنتجا في فهم النتيجة التي انتهى إليها

(47) قرار المجلس الأعلى ، الغرفة الإدارية ، الصادر بتاريخ 1984/05/26 ، المحكمة العليا ، العدد الرابع ، 1989 ، ص. 215. مقتبس عن ، محمد الأخضر بن عمران ، النظام القانوني لانقضاء الدعوى التأديبية في التشريع الجزائري ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، 2007/2006 ، كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، ص. 18 .



القرار أي يجب أن يتضمن الدليل والبرهان على أن ما نسب للموظف كان حقيقيا وهو ما يستوجب أن يكون التسبب منطقيًا أي متماشيا مع النتائج التي خلص إليها⁽⁴⁸⁾.

إذن لا يكفي لصحة العقوبة أن يكون التسبب قائمًا، بل يجب أن يكون كاملا وشفافيا يحقق الغرض منه، بحيث يشمل على كافة الروابط التي تتيح للإدارة التقريب بين الاعتبارات الواقعية والقانونية للقرار، فإن جاء ناقصا عد كما لو كان عدما وأدى ذلك إلى بطلان القرار التأديبي، ويعني كمال التسبب ذكر الوقائع المنسوبة لصاحب الشأن والتي تمثل خرقا للقانون ما ثبت منها في جانبه وما انتفى منها عنه وأسباب ذلك والحجج التي قدمها مع ضرورة الرد عليها وأخيرا ذكر السبب أو الأسباب النهائية التي بني عليها القرار⁽⁴⁹⁾.

وقد قضى القضاء الإداري الفرنسي - لاعتبارات المنفعة العامة - بإمكانية الاكتفاء بالتسبب الموجز أي بناء القرار التأديبي على أسباب مختصرة مادامت قد استتجت استنتاجا مقبولا من أصول ثابتة في الأوراق، إذ ليس بالضرورة ذكر كل التفاصيل التي أدت إلى اتخاذ هذا القرار وإنما يجب أن تكون الأسباب كافية واضحة بحيث يتمكن القاضي من رقابة مدى شرعيتها⁽⁵⁰⁾ فمثلا يعتبر إهمال الموظف الجسيم في القيام بواجباته من الأسباب الكافية لتبرير عقوبة العزل.

ولكن رغم ذلك قد يؤدي التسبب الموجز في حالات معينة إلى غموض القرار وعدم كفاية التسبب بحيث لا يعتبر هذا الأخير كافيا بمجرد ترديد نصوص القانون دون بيان مدى انطباقها على وقائع الاتهام، وهذا ما قضى به مجلس الجولة الفرنسي في حكمه الصادر في 19 نوفمبر 1948 بأنه: "لا يعد تسبب الإشارة إلى القانون نفسه، فقرار الوزير بالإحالة إلى المعاش اكتفاء بذكر أن المدعي قد صدرت منه أفعال تعد ذنبا إداريا أشارت إليه المادة الأولى من احد القوانين يعد تسببيا معيبا وغير كاف"⁽⁵¹⁾.

كما ينبغي أن يكون التسبب واضحا لا غامضا، محكما لا مرسلا، حيث تتجلى منه العناصر التي أدت بالإدارة إلى إصداره في عبارات دقيقة بالغة الوضوح، بمعنى يجب أن يتضمن

(48) د. سعد نواف العنزي، المرجع السابق، ص. 383.

(49) د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص. 195.

(50) د. عبد الفتاح عبد الحليم عبد البر، المرجع السابق، ص. 530 و531.

(51) د. سعد نواف العنزي، المرجع السابق، ص. 386.



القرار التأديبي إيضاح الوقائع الموجبة للعقاب والتي كونت منها السلطة التأديبية عقيدتها واقتناعها واستظهار الحقائق القانونية وأدلة الإدانة بما يفيد توافر أركان المخالفة التأديبية وقيام القرار على سبب يبرره (52).

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 22 جوان 1984 بعدم مشروعية قرار جزائي استنادا إلى واقعة اخذت الإدارة في قرارها بعضا من معاملها فجاء قرارها غامضا في تحديدها لأن كل ما ذكرته عنها أن قرارها صدر بناء على أن ما وقع من الطاعن يمثل مخالفة إدارية وفقا للقانون فحسب (53).

خاتمة:

إن ضمانته التسبب تعد من بين الضمانات التأديبية الأساسية التي لا يمكن الاستغناء عنها في المجال التأديبي نظرا لأهميتها الواضحة بالنسبة للموظف العام والمرفق العام في آن واحد، حيث لا يمكن تصور صدور القرار التأديبي المتضمن للعقوبة التأديبية دون أن يكون مسببا باعتبار أن هذا الإجراء الأخير يعتبر من بين المبادئ العامة للقانون التي حرص القضاء الإداري على إبرازها في أحكامه. ولكن رغم ذلك نجد أن المشرع التأديبي الجزائري قد حرص على النص عليه مقيدا به السلطة التأديبية عند ممارسة اختصاصها التأديبي للحيلولة دون تعسفها في هذا المجال.

وبناء على ما سلف ذكره نلاحظ أنه التسبب لا يهتم إن كان قد جاء موجزا أو مفصلا بقدر ما يشترط ضرورة اشتماله على كل العناصر الأساسية والشروط اللازمة التي توفر الضمان للموظف المعاقب من إلزامية ذكر كل الأسباب الموجبة للعقاب بشكل كاف وواضح دون أي لبس أو غموض حتى يستطيع الموظف المعني من معرفة أسباب إدانته التي إذا لم يقتنع بها فإنه يلجأ إلى ضمانته أخرى عمل القانون على كفالتها كآخر واهم ضمانته من ضمانات التأديب ويتعلق الأمر بالطعن في القرار التأديبي أمام الجهات المختصة، سواء تعلق الأمر بالطعن الإداري أو الطعن القضائي.

(52) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، 2004، المرجع السابق، ص. 238.

(53) د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص. 196.

الطعن الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية "دراسة مقارنة"

أ/ نورة موسى

أستاذ مساعد قسم "أ" جامعة الشيخ العربي التبسي

مقدمة:

إن اختفاء ما يعرف بالدولة الحارسة صاحبة الاختصاص المحدود والتدخل الضيق الذي تزايد بتنامي وتيرة التطور والتغيير على جميع الأصعدة وفي كل الاتجاهات والمجالات عجل بظهور ما يعرف بالدولة المتدخلة صاحبة اليد الطولى والحقيبة الثقيلة والمسؤوليات الواسعة التي تصب في إناء مشترك تحقيق المصلحة العامة في ظل مبدأ المشروعية وتماشيا مع الحريات المختلفة للأفراد الأمر الذي جعل من الصعب أن لم نقل من المستحيل أن تخضع الدولة بكل مسؤوليتها إلى نفس النظام القانوني الذي يخضع له الأفراد الذين تحكمهم المصالح الضيقة والمنافع الخاصة مما أدى إلى إفراد قانون خاص يحكم العلاقات القانونية التي تكون الدولة أو احد إدارتها طرفا فيها باعتبارها الطرف الأقوى في هذه العلاقة بحكم الصفة والغاية هذا الاعتراف يفرض علينا بالضرورة إحاطة المنازعات التي تكون الدولة أو احد إدارتها طرفا فيها بنوع من الخصوصية مقارنة بغيرها من المنازعات التي يحكمها مبدأ الخصومة ملك للخصوم وهو أمر لا يتماشى مع فلسفة الإدارة وخطورة المهام الملقاة على عاتقها.

و بما أن الدعوى الإدارية تراعي خصوصية الإدارة وخطورة عملها وقوة امتيازاتها مما يجعل الحكم يصدر على ضوء هذه المعطيات التماشية ومكانة الإدارة المتميزة في مواجهة الخصم فقد أحطها المشرع بقانون إجرائي خاص يراعي ما لها من خصوصية (القانون 09/08) ومن جهة أخرى تنص المادة 34 من المرسوم رقم 131/88⁽¹⁾ "يجب على الإدارة أن ترد على كل الطلبات والرسائل أو التظلمات التي يوجهها المواطن إليها ، ولهذا الغرض تحدث هياكل على المستوى الوطني والمحلي تكلف على الخصوص بالبت في عرائض المواطنين "

(1) المرسوم 131/88 المؤرخ في 14 سبتمبر 1988 المتعلق بتنظيم العلاقات بين الإدارة والمواطن.

فالسجلات الإدارية المختصة في الهياكل الإدارية لدولة تلتزم بموجب القانون بالنظر والرد على كل ما يوجهه المواطن إليها ويعد الطعن الإداري الوسيلة القانونية التي مكن المشرع المواطن من خلالها التظلم من قرارات الإدارة التي تمس مصالحه وتؤثر في مركزه القانوني وهذا قبل اللجوء إلى القضاء والدخول في متاهات المحاكم لذا ففكرة التظلم الإداري عموما حق للمواطن لها عدة مزايا ومبررات لأنها وسيلة قانونية وإدارية فعالة لممارسة عملية الرقابة الإدارية الذاتية على الأعمال الإدارية وأيضا تساعد على حل المنازعات بطريقة ودية دون اللجوء للقضاء لأسباب موضوعية منها على الخصوص عدم إطالة عمر النزاع ومحاولة إنتهائه داخليا والإبقاء على العلاقة حسنة بين الإدارة والمواطن فضلا على عدم إقتال كاهل القضاء بالمنازعات التي هو في غنى عنها خاصة في وقت زادت فيه هذه المنازعات بشكل كبير وبالنظر لكل ما قيل سابق سنحاول في هذا البحث التعرض للنظام القانوني للطعن الإداري قبل إصلاح 90/23 وبعده ومن خلال القانون 09/08 وفقا لأحدث التشريعات والأحكام القضائية من خلال:

المبحث الأول: مفهوم الطعن الإداري المسبق

يعد التظلم الإداري المسبق أكثر إجراءات المنازعات الإدارية إثارة للجدل الفقهي، باعتباره امتيازاً للإدارة في مواجهة الأفراد نظراً لتعقيد إجراءاته وللسلطة الكاملة التي تتمتع بها الإدارة تجاه الفرد، وأيضا باعتباره يعطي فرصة للإدارة لتحضير نفسها لمواجهة القضاء. فكله فائدة بالنسبة للإدارة وعرقلة الفرد، والبعض الآخر يعتبره وسيلة لحل المنازعات الإدارية بطريقة ودية باعتباره يعطي فرصة للإدارة لمراجعة قرارها وإصلاح ما أفسدته بعيدا عن القضاء خاصة وأن لها مطلق الحرية في التصرف تجاه ما قامت به⁽²⁾ إلا أن الأكيد أن التظلم الإداري يعد من أنجع وسائل الرقابة الذاتية على أعمال الإدارة.

المطلب الأول: نشأة وتطور الطعن الإداري المسبق

لا يمكننا الحديث عن نشأة الطعن الإداري المسبق دون العودة للظروف التاريخية التي مر بها القضاء الإداري في فرنسا، حيث أنه قبل اندلاع الثورة الفرنسية كانت الوظيفة القضائية تمارس من طرف ما يعرف بالبرلمانات القضائية⁽³⁾ والتي تتولى تسجيل القوانين التي يصدرها

(2) /1 نوره موسى، التظلم الإداري المسبق والصلح في المنازعة الإدارية، رسالة ماجستير في القانون العام، 2006/2005، ص 03

(3) د/عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الجزائر، دار الريحانة، 1999، ص 29/25.



الملك وتضفي عليها الصبغة التنفيذية، إن التظلم الإداري وجد وتطور في فرنسا بلد القانون والقضاء الإداري والجدير بالملاحظة الطبيعة القضائية التي يتمتع بها التظلم الإداري.

أما عن فكرة التظلم الإداري المسبق في الجزائر فتعود إلى نظرية الوزير القاضي بحكم أنها كانت مقاطعة فرنسية تخضع للتشريعات الفرنسية والتي استمر تطبيقها بعد الاستقلال بموجب قانون 31-12-1962 وهذا راجع إلى الفراغ التشريعي والمؤسساتي الذي كانت تعاني منه البلاد بحكم حداثة استقلالها وعودة الموظفين الفرنسيين إلى بلادهم وكذا هجرة المثقفين الجزائريين إلى الخارج يبدو واضحا اعتناق المشرع الجزائري لفكرة الطعن الإداري المسبق في المادة 169 مكرر قبل تعديل 23/90 والمادة 275 والتي حافظ المشرع عليها حتى بعد الإصلاح المذكور وما يدعم هذا الطرح جعل المشرع للتظلم الرئاسي كأصل عام والتظلم الولائي في حالة استحالة الأول. وكذا المحافظة عليه حتى في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال نص المادة 830 وهذا ما سيتم شرحه لاحقا

المطلب الثاني: تعريف التظلم الإداري المسبق

لم يتعرض المشرع الجزائري مطلقا لتعريف التظلم الإداري المسبق في قانون الإجراءات المدنية وكذا في تعديل 23/90 لقانون الإجراءات المدنية وأيضا في القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية مما جعل المجال مفتوح أمام الفقه والقضاء ليعطي كلا رأيه حسب الزاوية التي ينظر من خلالها⁽⁴⁾

1. **التعريف الفقهي للطعن الإداري المسبق:** يقصد بالتظلم الإداري أن يقدم صاحب الشأن الذي صدر القرار في ومواجهته التماسا إلى الإدارة بإعادة النظر في قرارها الذي أحدث إضرارا بمركزه القانوني، لكي تقوم بتعديله أو سحبه 4 وقد ذكر الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله في تعريفه هذا:

- التظلم الإداري التماس يقدمه صاحب المصلحة إلى الإدارة المختصة.

- لإدارة تملك سلطة تعديل أو سحب القرار المطعون فيه بالتظلم.

- الأصل العام أن التظلم الإداري لا ينصب على القرارات الإدارية فحسب كما جاء في التعريف وإن كان الأمر ينطبق على دعوى الإلغاء في مصر وفرنسا لعدم العمل بقاعدة القرار المسبق.

(4) 1/ نوره موسى، مرجع سابق، ص 10



على خلاف الوضع في الجزائر فحتى إن وجد القرار الإداري الأصلي يشترط وجود القرار السابق طبعا بعد تعديل 23/90 بقي التظلم فقط في المنازعات ذات الطابع المركزي⁽⁵⁾ وكذا المنازعات التي يشترط فيها التظلم بموجب نصوص خاصة، فكما ينصب التظلم على القرارات الإدارية يكون أيضا في الأعمال المادية (دعاوى القضاء الكامل) والجدير بالملاحظة أن التعريف تكلم فقط عن التعديل والسحب وهذا الطرح نباركه بالنظر للأثر الفوري الذي يتمتع به الإلغاء على خلاف السحب وهذا أفيد للمتظلم الذي يرجوا من تظلمه جبر الضرر وإزالة سببه.

ويعرفه الأستاذ خلوي في بقوله: (لتظلم الإداري المسبق هو الطلب "أو شكوى" المرفوع من طرف متظلم إلى السلطة الإدارية المختصة لفض نزاع أو خلاف ناتج عن عمل "قانوني أو مادي" إداري)⁽⁶⁾ ويتبين من هذا التعريف ثلاثة عناصر مكونة للتظلم وهي:

- التظلم الإداري المسبق طلب يرفعه صاحب الشأن

- يوجه التظلم الإداري المسبق إلى السلطة الإدارية المختصة

- يتعلق التظلم الإداري بعمل إداري قد يكون قانوني أو مادي. ويعد هذا التعريف الأقرب إلى تحديد معنى التظلم الإداري خلافا لما ذهب إليه "محمد منصف حساني"، في رسالته والتي أرها بعيدة عن المنطق القانوني على اعتبار العمل المادي لا يشترط فيه تحريك آلية الطعن الإداري وإنما يشترط في العمل القانوني (القرار الإداري)⁽⁷⁾ قد يكون الأمر صحيح لو تكلمنا عن دعوى الإلغاء كطريق وحيد لمخاصمة الإدارة، لكن الأمر هنا في غاية الغرابة فلا يعقل أن نحصر التظلم الإداري على القرارات الإدارية فحسب لان الإدارة كثيرا ما تقوم بأعمال مادية تصيب الأفراد بالضرر دون أن تكلف نفسها عناء إصدار قرار إداري.

وآخر ما نوردته في تعريف التظلم الإداري المسبق هو أنه: (الطلب الذي يتوجه به صاحب الصفة والمصلحة للجهات الإدارية المختصة للقيام بالسلطات المخولة لها قانونا ضد عمل إداري يهدف جبر الضرر وجل الوضع أكثر تماشيا مع مبادئ الشرعية والملائمة) وتتمثل عناصر هذا التعريف:

-التظلم الإداري طلب يقدمه صاحب الصفة والمصلحة.

(5) انظر المادة 274 من قانون الإجراءات المدنية بعد تعديل 23/90.

(6) ا/رشيد خلوي، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص62.

(7) محمد منصف حساني، إجراءات الطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة، مذكرة ماجستير، فرع الإدارة والمالية، بن عكنون 2000/2001، ص93



-التظلم الإداري يقدم للجهات الإدارية المختصة

-التظلم الإداري يقدم ضد عمل إداري قد يكون عمل قانوني أو مادي.

-تواجه الإدارة عملها بكل السلطات المخولة لها قانونا والمتمثلة في التعديل، السحب، الإلغاء.

الهدف من التظلم الإداري جعل الوضع أكثر شرعية وملائمة⁽⁸⁾.

2.التعريف القضائي للطعن الإداري المسبق: القضاء الجزائري سار على منوال المشرع ولم

يعطي تعريفا للطعن الإداري المسبق سواء قبل تعديل 23/90 أو بعده كما ورد في العديد من القرارات القضائية، كما أن القضاء الجزائري كان متشددا جدا في تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بالطعن الإداري المسبق، يمكن تفسير هذا التشدد من خلال حرصه على تطبيق مبدأ المشروعية القاضي بخضوع جميع الأفراد في الدولة سواء كانوا أشخاص معنوية أو طبيعية في أعمالهم وتصرفاتهم كافة للقانون وأن تنقيد أجهزة الدولة ومؤسساتها القانونية بالأحكام والنصوص القانونية المرسومة لها وأن تلتزم بالصلاحيات المحددة لها بحيث إذا صدرت الأعمال والتصرفات خلافا للأحكام القانونية المرسومة لها أضحت غير مشروعة ولا قيمة قانونية لها تجاه الآخرين، وأصبح من حق ذوي الشأن التظلم منها وطلب إلغائها ومحو آثارها فضلا عن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجم عنها.

ويظهر حرص المشرع الجزائري في العديد من القرارات القضائية نذكر منها على سبيل المثال قضية (س.ح/ب.أ) ضد ولاية خ.ط-وزارة الداخلية- حيث جاء في منطوق الحكم (لم تقتضي المادة 275 قانون الإجراءات المدنية على الاشتراط في قبول الطعن بالبطلان وجوب حصول طعن إداري تدرجي مسبق بل حددت في نفس الوقت الجهة القضائية التي يرفع إليها ذلك التظلم الرئاسي والمتمثلة في السلطة الإدارية التي تعلق مباشرة الجهة مصدرة القرار ولم تجز رفع التظلم الرئاسي أمام من أصدر القرار نفسه إلا في حالة عدم وجود سلطة إدارية تعلوه في المرتبة)⁽⁹⁾

قرار آخر تجد القاضي فيه جد متشدد في ميعاد الطعن (إذا كان مؤدى المادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية أن الطعن المرفوع قبل انقضاء مدته ثلاثة أشهر لسكوت الإدارة

(8) د/عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1996، ص 541

(9) المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 1989، ص 255



يعتبر طعن مرفوع قبل أوانه ومن ثم سكوت الإدارة لا يعتبر قرارا ضمنيا إلا بعد انتهاء اليوم الأخير من هذا الأجل⁽¹⁰⁾.

3- موقف المشرع الجزائري: لم ينص المشرع الجزائري على تعريف التظلم الإداري وهذا الأمر ليس بجديد فعادة ينص المشرع على الإجراءات دون إعطاء تعريفات لها وهذا المسعى يعتبر أمرا جيدا لأنه يفتح المجال أمام أقالم الفقهاء واجتهاد القضاة إلا أن المشرع الجزائري بموجب المادة 275⁽¹¹⁾ من القانون الإجراءات المدنية، نص على وجوب التظلم الرئاسي فيما يخص القرارات المركزية التي ظلت محافظة على طابعها الإجباري حتى بعد إصلاح 23/90 على خلاف المادة 169 التي ألغى فيها التظلم.

وقد استعمل المشرع الجزائري في هذا الصدد مصطلح الطعن الإداري على غرار ما استعمله في المادة 12- 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث وظف مصطلح التظلم، كما أنه جعل منه إجراء جوازي لا وجوبي كما كان في السابق فيما يخص القرارات المركزية أو المحلية على السواء والجديد هنا نزع الصفة الوجوبية بالنسبة للقرارات المركزية.

المطلب الثالث: مزايا وعيوب الطعن الإداري المسبق:

يجمع الفقه الإداري على أن الطعن الإداري المسبق يحتوي على عدة مزايا وعليه مجموعة من العيوب وهذا ما سنورده فيما يلي:

- **مزايا الطعن الإداري المسبق:** يسمح الطعن الإداري المسبق للمتظلم بتوضيح موقفه وإبداء طلباته الأمر الذي قد يمكنه من الحصول على إعادة الإدارة النظر في موقفها بعد فحص طعنه.
- يسمح للإدارة القيام بتصحيح سريع لأخطائها خاصة وإذا علمنا أن التظلم الرئاسي أكثر فعالية بحيث يعطي السلطة الإدارية التي ترأس مصدر القرار أو السلطة التي قامت بالعمل محل التظلم فرصة مراقبة نشاط مرؤوسها عن طريق دراسة التظلمات (الرئاسية) بكل موضوعية وتسمح لها بتكوين نظرة سليمة تمكنها من الحفاظ على تنسيق نشاط المرافق التي ترأسها⁽¹²⁾.

(10) ملف رقم 44008، قرار بتاريخ 1985/11/9، المجلة القضائية، العدد الرابع، سنة 1989، ص 250.

(11) انظر المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية (23/90).

(12) د/ محي الدين القيسي، مبادئ القانون الإداري العام، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة جديدة، 1999، ص 190.



- للتظلم الإداري مجال أوسع من مجال دعوى تجاوز السلطة (دعوى الإلغاء) بحيث يمكن رفعه ضد كل القرارات الإدارية حتى تلك التي لا تخضع للرقابة القضائية مثل أعمال السيادة.

- وتمثل المزية الأخيرة في إعفاء المتظلم في حالة الاستجابة لتظلمه من طرف الإدارة في مواجهة مشاكل قضائية طويلة ومعقدة أمام الجهات القضائية وتوفر عليه موجوداتها ونفقاتها.

من هنا تظهر فائدة الطعن الإداري المسبق كوسيلة لحل المنازعات بالطريق الودي باعتباره أنجع وسائل الرقابة الذاتية التي تعد ضمان حسن سير الوظيفة العامة الإدارية بانتظام واضطراد وأيضا تحقيق مبدأ ملائمة العمل الإداري لمبدأ الشرعية.

-عيوب الطعن الإداري المسبق: يتميز الطعن الإداري المسبق بالتعقيد ، و يكمن في كون التظلم الإداري يتفرع إلى نوعين مختلفين فتكون هناك صعوبة في التمييز بين التظلم الرئاسي والتظلم الولائي، فقد يخطئ المتظلم بمعرفة أو تحديد الجهة الإدارية المختصة بالنظر في الطعن بسبب تعدد الأجهزة الإدارية في الدولة⁽¹³⁾

- وصعوبة تحديد صاحب الاختصاص في حالة عدم وجود جهة رئاسية كما هو الحال في مسألة تحديد نوعية العلاقة بين الرئيس والمرؤوس في علاقة الوزير ورئيس الحكومة⁽¹⁴⁾

- من أهم عيوب الطعن الإداري المسبق الحرية المطلقة التي تتمتع بها الإدارة في الرد أو عدم الرد على طعون الأفراد ، نتيجة البيروقراطية المتفشية والتي كانت سببا للتعديل في كل مرة .

- زد على ذلك أن المعروف عن الإدارة أنها دائما في موقف قوة وسلطة مقارنة بالمواطن البسيط لدرجة يصعب معها التراجع والاعتراف أنها قد تخطئ أحيانا ، وهذا في الحقيقة موقف الإدارة في جل الدول حديثة العهد بمفهوم القانون الإداري.

المطلب الرابع: أنواع التظلم الإداري المسبق:

بحسب التشريع ، الفقه والقضاء يمكن تقسيم التظلم الإداري إلى ثلاثة أنواع لكل نوع منها مجال وحالات خاصة به ، يجدر بنا الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يذكر التظلم الإداري الوصائي بل اكتفى بالتظلم الرئاسي والتظلم الولائي.

(13) 1/رشيد خلوي، المرجع السابق، ص64.

(14) د/ عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، ص594.

أولاً: التظلم الرئاسي:

ويعرف بأنه (الطعن الذي يقدمه ذوي الشأن والمصلحة من الأفراد إلى الرئيس الإداري للشخص أو للهيئة الإدارية مصدر القرار موضوع التظلم والطعن يشكون فيه القرار والسلطة الإدارية التي أصدرته ويطلبون فيه إلغاء أو تعديل أو سحب هذا القرار حيث يصبح مشروعاً أي مطابقاً للقانون واللوائح العامة ومتلائماً مع مبادئ المرافق العامة والوظيفة الإدارية)⁽¹⁵⁾

ولقد نص المشرع الجزائري على التظلم الرئاسي في المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية بقوله (لا تكون الطعون بالبطلان مقبولة ما لم يسبقها الطعن الإداري التدريجي الذي يرفع أمام السلطة الإدارية التي تعلق مباشرة الجهة التي أصدرت القرار فإن لم توجد فأمام من أصدر القرار نفسه).

من خلال نص المادة نلاحظ أن المشرع كان واضحاً في تحديد الجهة الرئاسية الواجب على رافع التظلم التوجه إليها وهذا على عكس ما يذهب إليه بعض الفقهاء من أن التظلم الرئاسي يرفع في رأيهم أمام عدة سلطات إدارية، عندما تكون السلطة الرئاسية لمصدر القرار نفسها تتضمن عدة درجات بحيث يكون هناك تدرج في التظلم من الدرجة السليمة الأدنى إلى الدرجة السليمة الأعلى حتى الانتهاء عند السلطة الأعلى ولقد وفق المشرع الجزائري إلى حد بعيد في هذا الطرح لأنه يتسم بالبساطة، فحسننا فعل عندما حسم وأمر بالنص صراحة على أن الهيئة التي يوجه إليها التظلم الرئاسي هي الجهة الإدارية التي تعلق مباشرة الجهة التي أصدرت القرار، وليس السلطة الرئاسية الأعلى (الموجودة في قمة الهرم السلمي) ولا باقي السلطات الأقل منها مرتبة.

ومن جهته مجلس الدولة الجزائرية كان صارماً أيضاً في تطبيق نص المادة المذكورة بقوله "حيث بالرجوع إلى ملف القضية يتبين أن الطاعن لم يقيم بالطعن الإداري التدريجي كما تنص عليه المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية التي تذكر:

" لا تكون الطعون مقبولة ما لم يسبقها الطعن الإداري التدريجي الذي يرفع أمام السلطة التي تعل مباشرة الجهة التي أصدرت القرار فإن لم توجد فأمام من أصدر القرار نفسه " .

حيث أن هذا الخرق لأحكام المادة 275 يجعل هذا الطعن مرفوضاً حيث الشكل)⁽¹⁶⁾ إلا أن هذا التشدد التشريعي والقضائي لا يمنعنا من قول أن منبع وأصل هذا الإجراء يعود إلى

(15) د/عمار عوابدي، مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1984، ص 559

(16) مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، سنة 2003، ص 151 / 152



السلطة الرئاسية التي تكون للرئيس الإداري على شخص وأعمال المرؤوس لاسيما والتأثر بالمشروع الفرنسي واضح من خلال النقل الحرفي لنص المادة 01 من قانون 1956 المتعلقة بالتظلم التدريجي (الرئاسي) أو الولائي إن. ورغم هذا نجد المشروع الفرنسي غير متشدد بشأن التظلم التدريجي كما هو الحال للمشروع الجزائري بحيث يكون ضروري في مواطن محددة على سبيل الحصر وقد الغي التظلم الرئاسي بموجب المادة 830 من القانون 09/08 وفي رأينا كنا نفضل الإبقاء عليه لان له فائدة كبيرة في تفعيل السلطة الرئاسية في المجال الرقابي .

ثانيا: التظلم الولائي:

عرفه الأستاذ رشيد خلوي في بقوله (هو التظلم الذي يقدم إلى السلطة الإدارية التي أصدرت القرار الإداري المتظلم منه أو السلطة الإدارية التي قامت بالعمل المادي محل التظلم)⁽¹⁷⁾ وقد نص المشروع الجزائري على التظلم بموجب المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية

ومن ثمة فالتظلم الولائي ليس موازيا للتظلم الرئاسي، وإنما هو بديل عنه في حالة عدم وجود إمكانية لهذا الأخير التظلم الرئاسي كحالة الهيئات الجماعية أو التي ليس لها رئيس لتمتعها باستقلال ذاتي، كما هو الحال في القرارات الصادرة عن المجالس واللجان ورئيس الجمهورية ورئيس الحكومة والوزير فهؤلاء جميعا ليس لهم جهة مسؤولة عنهم، إنما هم السلطة العليا.

وما يلاحظ في هذا الصدد أن المشروع الجزائري قد غير وجهة نظره 360 درجة في القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد اعتبر التظلم الولائي أصلا عاما وهذا بعدما ألغى التظلم الرئاسي، وينص لمادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ونشير هنا أن المشروع الجزائري فاجئنا بهذا التحول لأن التظلم الرئاسي أكثر فاعلية من عدة جوانب سواء من ناحية الرقابة الرئاسية أكثر فاعلية وجدية من الرقابة الذاتية أو من خلال تجسيد مبدأ المشروعية فالأولى به المحافظة على التظلم الرئاسي كأصل عام خاصة وأنه اختياري فيمكنه اللجوء إلى القضاء دون القيام بالتظلم الإداري وهذا ما نصت عليه المادة 830⁽¹⁸⁾.

المبحث الثاني: النظام القانوني للطعن الإداري المسبق:

المشروع الجزائري لم يحدد شكلا خاصا بالطعن الإداري المسبق سواء قبل أو بعد تعديل 90/23 أو بعد إصدار القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ونفس

(17) د / رشيد خلوي، المرجع السابق، ص 62

(18) د / عمار عوابدي، نفس المرجع، ص 367.



الأمر سارت عيه التشريعات المقارنة وهذا برأينا للتخفيف على المتظلم وعدم التضيق عليه بإلزامه بإجراءات دقيقة عدم التزامه بها يعرض الطلب للرفض خصوصا أن الهدف منه مساعدة المتظلم بحل النزاع وديا وتجنبيه اللجوء للقضاء المعروف بإجراءاته المحددة والصارمة.

المطلب الأول: شكل الطعن الإداري المسبق:

قد أدلى الفقه بدلوه في المسألة واعتبر أن الأصل العام خلو التظلم من أي قيد شكلي، فقد يكون عن طريق محضر قضائي وقد يكون بعريضة يقدمها وقد يكون برقية.

لكن يظهر من القرار الصادر من الغرفة لمجلس قضاء قسنطينة في قضية أرملة عجو مزيان ومن معها ضد بلدية شميني بتاريخ 1973/02/07 أن للقضاء الإداري موقف يظهر في الحيثية التالية:

(حيث أن البرقية لا تشكل تظلمًا إداريًا مسبقًا، وحتى يكون هذا الأخير مقبولًا لا بد أن يحتوي على وقائع القسبة والإشارة إلى النصوص التي لها علاقة بالموضوع والإشارة فيه إلى اللجوء للقضاء في حالة عدم استجابة الإدارة للمدة القانونية.)⁽¹⁹⁾

فإذا كان هذا الموقف ضعيف المكانة من ندرته ومصدره فإنه يصور شكل ومحتوى التظلم الإداري المسبق.

فحسب هذا القرار⁽²⁰⁾ فإن التظلم الإداري المسبق يتشكل من العناصر التالية:

✓ أن يكون على شكل رسالة مكتوبة.

✓ أن يحتوي على عرض الوقائع وتحديد النصوص القانونية التي يستند المتظلم إليها في تحديد طلباته والإشارة للجوء للقضاء في حالة عدم استجابة الإدارة لطلباته.

✓ أن يكون واضحًا ومحددًا خاليًا من أي غموض أو إبهام أو عمومية

أما مسألة طرح تظلم إداري جماعي لم يطرح هذا الموضوع في القرارات الصادرة عن مجلس الدولة لكن إذا قارنا هذه لمسألة بموقف القضاء الإداري اتجاه العرائض الجماعية، فيمكن القول بان التظلمات الجماعية، ممكنة في حالة ما إذا تعلق الأمر بتظلم جماعي يوجه إلى سلطة إدارية واحدة وإذا تعلق الأمر بنزاع واحد يتميز بعلاقة واحدة بين طلبات

(19) بخصوص البرقية، القضاء المصري أقر بقبول التظلم الإداري المقدم في شكل برقية وهذا في الطعن رقم 1987 بتاريخ 1980/11/15.

(20) /1 رشيد خلوي، مرجع سابق، ص 147



المتظلمين⁽²¹⁾ وإذا كان التظلم الجماعي ممكن من الناحية المبدئية فمن الجانب العملي يصعب تقبله لصعوبة توحيد الطلبات خاصة إذا تعلق الأمر بالتعويضات المالية .

المطلب لثاني : الطبيعة القانونية للطعن الإداري المسبق:

تعود جذور التظلم الإداري المسبق إلى نظرية الوزير القاضي الفرنسية، ذات الطبيعة القضائية حيث كان يعد حكما من الدرجة الأولى تستأنف أحكامه أمام مجلس الدولة.

أما في الجزائر فهو ذو طبيعة إدارية محضة ينتج عنها قرار إداري لا حكم قضائي كما هو الحال في نظرية الوزير القاضي.

ويعد إجراء شكلي تخلفه يعرض الطعن القضائي للبطلان شكلا كما أقرت ذلك المحكمة العليا في العديد من القرارات المنشورة وغير المنشورة وكذا الأمر بالنسبة لما أقره مجلس الدولة⁽²²⁾ وبالرجوع إلى أحكام المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية نستخلص أن قاعدة التظلم الإداري المسبق هي قاعدة من النظام العام وبالتالي فهي إجبارية.

ويظهر الطابع الإجباري من العبارات المستعملة من طرف المشروع في المادة 275:

"لا تكون الطعون بالبطلان مقبولة ما لم يسبقها الطعن الإداري"، تدل صيغة النهي المستعملة من طرف المشروع على إجبارية التظلم الإداري المسبق في الدعاوى الإدارية كما أنها تدل على أنها من النظام العام وما يترتب عنها من نتائج بالنسبة للمتقاضى والقاضي في الخصومة الإدارية.

وذكرت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا الطابع الإجباري الرامي للتظلم الإداري في قراراتها .

لم تكن الأحكام القضائية حاسمة، ففي الوقت الذي تشير بعض الأحكام أن التظلم إجراء جوهري، تقضي بعضها بعدم جواز إثارة التظلم من قبل لخصم على مستوى الاستئناف لأن هذا الحق يكون قد سقط بعدم إثارته أمام قاضي الدرجة الأولى.

(21) 1 / رشيد خلوي، مرجع سابق، ص 67.

(22) انظر: مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، سنة 2003، ص 151/152

- القرار الصادر بتاريخ 12/06/1982 المجلة القضائية، العدد الأول 1989، ص 92.



فبالرجوع إلى المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية وجانبها الشكلي والموضوعي نستخلص أن قاعدة التظلم لإداري المسبق من النظام العام للأسباب التالية:

1. صيغة النهي المستعملة من المشرع، صيغة تعني اعتبارها من الهرم القانوني الواجب احترامه من طرف الجميع.

2. موضوع وهدف القاعدة من المنازعات الإدارية بحيث يعتبر قاعدة التظلم الإداري المسبق قاعدة جوهرية لا يمكن تصحيحها أثناء الخصومة الإدارية الأمر الذي يرفعها إلى درجة القاعدة الأمرة.

3. علاقة القاعدة بشرط آخر وهو شرط الميعاد علاقة تجعلها ركيزة أساسية لبنية الهرم القانوني للمنازعات.

فإذ كانت هذه المحاولات لتحديد الطابع الأمر لشرط النظام الإداري نسبية لعد وضوح موقف المشرع، فإن موقف الغرفة الإدارية للمحكمة العليا حل هذا المشكل.

ففي قضية الشيخ "مغنية ومن معه" ضد والي ولاية تلمسان قضت الغرفة الإدارية للمحكم العليا ما يلي: (عن الوجه الواجب البت فيه والمأخوذ م خارج أوجه العريضة، لرفض دعوة المدعين لسبب لعدم احترام ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية من التظلم الإداري المسبق.

أما بخصوص القانون الجديد 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإننا نرى أن قاعدة التظلم الإداري المسبق ليست من النظام العام لأنها ليست قاعدة أمرة خاصة وأن المشرع استعمل صياغة جوازيه في المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فلم يجعله شرطاً وجوبياً إنما جعله شرطاً اختيارياً ولا يترتب على تخلفه عدم قبول الدعوى.

كما أن القواعد التي لا تعتبر من النظام العام حسب فقه المرافعات هي تلك الموضوعة لمصلحة المتقاضين وليس للمصلحة العامة، وعليه فيمكن أن نصنف التظلم من هذه النظرة ونعتبره قد سن لمصلحة المتظلم ومن هذه الزاوية فإنه ليس من النظام العام⁽²³⁾.

المطلب الثالث: شروط الطعن الإداري المسبق

صحيح ما قيل بشأن حرية المتظلم في رفع لتظلم الإداري المسبق وخلوه تقريبا من القيود الشكلية إلا أن هذه الحرية غير مطلقة خصوصا إذا نظرنا للموضوع من زاوية أن التظلم

(23) موسى نوره، مرجع سابق، ص 24.



الإداري شرط شكلي جوهرى لرفع الدعاوى لقضائية، لذا هناك مجموعة من لشروط لا يستقيم التظلم الإداري من دونها وتتمثل في:

أولاً: التصرف الإداري .

التصرف الإداري لا ينطلق من العدم بل لابد من تصرف تقوم به الإدارة يصيب الفرد بضرر فيتجه هذا الأخير إلى الجهة الإدارية المختصة قانوناً وطالبا منها مراجعة تصرفها وحل النزاع وديا قبل اللجوء للقضاء.

فقد يطرح التساؤل بشأن استعمال مصطلح التصرف الإداري.

وهذا بالنظر إلى نص المادة 169 من قانون الإجراءات المدنية الذي نص على الطعون القضائية تنصب على القرارات الإدارية.

أجيب بأن مصطلح التصرف الإداري مقصود وأن الملاحظة في محلها فيما يتعلق بنص المادة المذكورة بعد إصلاح 23/90 أصبح القرار الأصلي كما في لرفع دعاوى القضائية بعد أن كان القرار السابق هو محل الطعن القضائي.

وبالنسبة لنص المادة 169 مكرر لا إشكال في تطبيقه إذا كان لدينا قرار إداري فمباشرة يرفع المعني طعنه القضائي، لكن الإشكال يطرح في حالة التصرف المادي فالمشروع ألقى التظلم الإداري فيما يخص الطعون المرفوعة أمام الغرف الإدارية المحلية وبطبيعة الحال لا مجال للكلام عن القرار السابق فكيف يمكن للمتضرر أن يتجه إلى القضاء وليس في حوزته قرار إداري؟

ففي هذه الحالة سواء بالنسبة للقرارات المحلية أو المركزية التي أصلا مازال التظلم وجوبي فيها، ويستعمل المتضرر التظلم الإداري ليستصدر قرارا إداريا سواء أكان صريحا أم ضمينا.

فمن خلال ما سبق يبدو لنا بوضوح أن القرار ليس وحده من يوجه ضده التظلم الإداري بل الأعمال المادية أيضا تشكل مجالا خصبا للتظلم الإداري.

ثانيا: وجوب تقديم التظلم الإداري إلى الجهة الإدارية المختصة.

حسب نص المادة 275 م قانون الإجراءات المدنية فإن المشرع كان واضحا في تحديد الجهة الإدارية التي يقصدها المتظلم ولم يترك أي مجال للغموض أو التساؤل فالتظلم لرئاسي هو الأصل بمعنى أن المتظلم يقصد مباشرة الجهة التي تعلقها المصدرة للقرار فإن لم توجد كما هو الحال في القرارات التي يصدرها الوزير فإن المتظلم يرفع التظلم للجهة مصدرة القرار.

وبالتالي فإن التظلم الإداري المرفوع أمام جهة إدارية غير مختصة لا يؤخذ بعين الاعتبار ولا تكون هذه الأخيرة ملزمة بإحالة الطلب إلى الجهة المختصة حسب القضاء الجزائري. وفي القانون 09/08 فإن المشرع الجزائري بموجب نص المادة 830 اعتبر الجهة مصدرة القرار هي المعنية⁽²⁴⁾

ثالثا: وجوب رفع الطعن الإداري في آجال محددة قانونا.

اتفق الفقه على أن مهلة التظلم الإداري لا يمكن أن تسري بالنسبة إلى صاحب الشأن إلا إذا علم بصدور القرار الإداري الصريح وذلك عن طريق نشره أو تبليغ أو العلم اليقين الذي يقوم مقام التبليغ، وهنا يتقيد المعني بالآجال المحددة قانونا لتقديم التظلم، أما في حالة العمل المادي فلا يتقيد المعني بهذه الآجال باعتبار أن الشكوى ترفع في أي وقت عكس التظلم.

أما موقف المشرع الجزائري فقد تضمنته المواد التالية:

المادة 278 قانون الإجراءات المدنية

المادة 279 من قانون الإجراءات المدنية

فمن خلال النصين ميز المشرع الجزائري بين القرار الصريح والقرار الضمني.

في حالة القرار الصريح نص المشرع على أن المدة التي يرفع خلالها التظلم الإداري هي شهرين من تاريخ تبليغ القرار المطعون فيه أو نشره، وهنا نشير على أن المشرع أخذ بنظرية العلم اليقين حيث اعتبرت المحكمة العليا الفرد الذي رفع تظلمه ضد قرار إداري غير مبلغ لأنه كان يعلم به علما يقينا فيعتبر تظلمه صحيحا⁽²⁵⁾.

في حالة القرار الضمني المدة المحددة بثلاثة أشهر من تاريخ تقديم التظلم للإدارة المعنية حسب نص المادة 279.

وبخصوص آجال الطعن الإداري المسبق في القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإننا نجد أن المشرع قد ميز بين القرار الصريح والقرار الضمني وهذا يتشابه مع ما كان منصوص عليه في القانون القديم (تعديل 23/90) إلا أن المشرع قام بتغيير مدد التظلم الإداري المسبق.

(24) د/ سمير صادق، ميعاد رفع دعوى الإلغاء، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 454

(25) د/ عبد العزيز خليل بدوي، الوجيز في المبادئ العامة في الدعوى الإدارية وإجراءاتها، القاهرة، الطبعة الأولى، 1970، ص 109.



وقد نص المشرع الجزائري على آجال الطعن الإداري المسبق في المواد التالية:

المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

المادة 830 فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

المادة 830 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يتضح لنا من قراءة نص المادة 829 أنها تتعلق بأجل الطعن أمام المحكمة الإدارية إلا أنه لها علاقة بأجل الطعن الإداري المسبق وذلك حسب المادة 830 حيث نصت على تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدر القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه.

حيث نلاحظ أن المشرع من خلال نص المادة 830/ف 01 جعل أجل الطعن الإداري المسبق هو نفس أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية.

وعليه فإنه في حالة القرار الصريح والذي نص عليه المشرع في المادة 830/ف 01 فإن المدة التي يرفع فيها التظلم الإداري هي 04 أشهر من تاريخ التبليغ الشخصي بالقرار المطعون في أو نشره.

أما الفقرة الثانية من المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنها تحدثت عن حالة سكوت الإدارة أي حالة القرار الضمني الذي تكون مدة التظلم فيه محددة بشهرين من تاريخ تبليغ التظلم.

نلاحظ أن المشرع مدد مدة التظلم الإداري في القرار الصريح جعلها 04 أشهر بدلا من شهرين من القانون القديم. (تعديل 23/90)

وأن مدة التظلم الإداري في القرار الضمني جعلها شهرين بدلا من ثلاثة أشهر في القانون القديم

(تعديل 23/90)

❖ الحالات المستثناة من شرط الطعن الإداري المسبق:

توجد حالات يعفى فيها المدعي من رفع الطعن الإداري المسبق، وتنقسم هذه الحالات إلى

مجموعتين:

- تتشكل المجموعة الأولى من الحالات المستثناة بحكم القانون.

- وتتشكل المجموعة الثانية من الحالات المستثناة قضائيا.

❖ الحالات المستثناة بحكم القانون:

تتمثل هذه الحالة في الدعوى الاستعجالية حسب نص المادة 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية التي تعفي صراحة المدعي من شرط التظلم الإداري المسبق لكن يستخلص من العبارات "عدم وجود قرار إداري مسبق" إن المشرع سمح بقبول الدعوى الإدارية دون تقديم قرار إداري مسبق الذي يعتبر نتيجة التظلم الإداري المسبق⁽²⁶⁾

وقضت في هذا الصدد الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قضية "ح.ع" ضد مدير الضرائب ما يلي: "حيث أن الدعوى الاستعجالية معفاة من الطعن الإداري المسبق نظرا للاستعجال"

لقد بررت المحكمة العليا تحرير المعني من التظلم لتوافر عنصر الاستعجال وتجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن اللجوء إلى هذا النوع من القضاء إلا في الحالات التي لا يمكنها الانتظار حتى الفصل فيها بالشكل العادي.

ونلاحظ أن المشرع قد سلك نفس المسار حين سن القانون 08 - 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت المادة 921 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "في حالة الاستعجال القسوى يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بكل التدابير الضرورية الأخرى دون عرقلة تنفيذ أي قرار إداري بموجب أمر على عريضة ولو في غياب القرار الإداري المسبق..."

1/ الحالات المستثناة قضائياً:

تدخل القضاء الإداري في هذا المجال وقضى بأن حالات الاعتداء المادي، رفع دعوى قضائية أمام جهة قضائية غير المختصة، حالة رفع دعوى لا تمس بحق الأطراف وأخيراً حالة الدعوى التي يطلب فيها المدعي تعويض تكون مقبولة دون شرط الطعن الإداري المسبق.

أ - حالة الاعتداء المادي: جاء في القضية المبدئية "حاج بن علي" ضد والي ولاية الجزائر ما يلي: "حيث أنه في حالة الاعتداء المادي لا تبرير لوجود الشرط المنصوص عليه في المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية حيث بتصرفها المادي أخذت الإدارة صراحة موقفاً في النزاع"

(26) Cours suprême chambre administrative Jean Van et George Van contre Ministre de L'Interieur et Wali d'Alger du 20/01/1983 ,revue Algerienne n°2 -1984 page 576



ب- حالة رفع دعوى قضائية أمام جهة قضائية غير مختصة: قضت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1983/01/20 ما يلي:

" حيث أنه من الثابت مبدئياً إقامة الدعوى أمام قضاء غير مختص يساوي تقديم طلب للسلطة الإدارية، ورفض الطلب المقدم للقاضي غير المختص والمطروح بذلك يعادل قرار رفض بكيفية يمكن معها للمدعين تقديم دعوى جديدة أمام القضاء الإداري المختص دون تقديم أي طلب مسبق في الشأن"

يؤكد ما جاء في القضية المذكورة أعلاه أن رفع دعوى إدارية أصلاً أمام جهة قضائية غير الجهة القضائية الإدارية يعتبر حالة من الحالات التي لا يشترط لقبول الدعوى الإدارية رفع تظلم إداري مسبق بعد صدور القرار القضائي الذي يقضي بعدم الاختصاص⁽²⁷⁾

ج- حالة رفع دعوى قضائية لا تمس بحق الأطراف: فصلت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في موضوع إلزامية التظلم المسبق في الدعوى التي لا تمس بحقوق الأفراد في قضية "كروش قاسي" ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي بالجزائر الوسطى بتاريخ 1989/01/14 أنه: " حيث أن المستأنفين طلبا من القاضي الإداري تعيين خبير بقصد الانتقال إلى المصلحة الإدارية المعنية والسماع منهم على دراسة وفحص المستندات لمعرفة بواعث شغل الأمكنة لتثبيت من هوية المستفيد.

حيث انه يجوز للمجلس القضائي وطبقاً للمادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية الأمر يمثل الإجراء الآنف الذكر وفي هذه الحالة فإن مقتضيات المادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية تصير زائدة".

وما يلفت الانتباه في القضية المذكورة أعلاه هو أن موقف الغرف الإدارية للمحكمة العليا فيما يتعلق بالتظلم الإداري المسبق قد أثر من القاضي نفسه وهكذا نستطيع أن نقول أنه وضع قاعدة قضائية تخص حالة أخرى يستثنى فيها تقديم التظلم الإداري المسبق⁽²⁸⁾.

د- حالة دعوى القضاء الكامل: إن موقف القضاء الإداري في الدعوى الرامية إلى الحصول على التعويض معروف ومستقر انطلاقاً من نص المادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية على المدعي أن يثبت أنه قام برفع تظلم إداري مسبق للحصول على قرار إداري يكون محل الدعوى الإدارية، لكن يظهر من خلال أحكام الغرفة الإدارية للمحكمة العليا أنها أخذت موقفاً حول شرط التظلم الإداري المسبق في الدعوى الإدارية الرامية إلى التعويض.

(27) المجلة القضائية، العدد الثالث، 1989، ص210، انظر، القرار الصادر 1983/01/20.

(28) 1/ بشير بالعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، الجزائر، دون سنة نشر، ص177/179

وضحت في قضية "سنوسي أحمد" ومن معه ضد رئيس بلدية فرندة ما يلي:

" عن قبول أو عدم قبول الدعوى التي رفعها الزوجان سنوسي أمام قضاة الدرجة الأولى: حيث أن قرار الدرجة الأولى قد رفض دعوى الزوجين بحجة أنهما لم يرفعا الطعن الإداري المسبق المنصوص عليه في المادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية، حيث أن المادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية لا تنص على الطعن المسبق وأن مجرد قراءة هذه المادة كان سيجنب قضاة الدرجة الأولى ارتكاب مثل هذا الخطأ.

وأنه في الواقع فإن المادة المشار إليها أعلاه هي المادة 169 وأن الطعن المسبق المنصوص عليه في النص القديم (قبل تعديل 23/90) والخاص بمنازعات القضاء الكامل كما هو الحال في هذا النزاع لم يعد العمل به.

وإن قضاة الدرجة الأولى قد أخطؤا في تطبيق القانون لما فصلوا في القضية بهذه الطريقة وبالتالي يجب إلغاء قرارهم".

وهكذا وانطلاقاً من هذا القرار فإن التظلم الإداري المسبق لم يعد شرطاً من شروط قبول الدعوى الإدارية المرفوعة أمام الغرفة الإدارية للمجالس القضائية والمصنفة ضمن دعاوى القضاء الكامل شريطة أن لا ينص عليه في نص تشريعي خاص.

المبحث الثالث: الآثار القانونية للطعن الإداري المسبق

القرار الإداري ينفذ بمجرد صدوره مستوفياً لكل العناصر المطلوبة قانوناً وهذا النفاذ يشمل القرارات السليمة وحتى المعيبة إذا لم يصل العيب فيها لدرجة تجردها من صفتها الإدارية.

المطلب الأول: عدم وقف تنفيذ القرار الإداري.

يعرف القرار الإداري بأنه "إفصاح الإدارة عن إرادتها بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح ذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء المصلحة العامة". ويعد قرار الإدارة أهم مظهر من مظاهر السلطة العامة والأكثر استعمالاً نظراً للسرعة التي يتمتع بها في أداء المهام الملقاة على عاتق الإدارة بتحقيق المصلحة العامة والسهرة على سير المرافق العامة بانتظام. أقره المشرع الجزائري بموجب المادة 170 من قانون الإجراءات المدنية يستشف من المادة أن الطعن القضائي كأصل عام لا يوقف تنفيذ القرار الإداري ويوقفه استثناء بناء على طلب من المعني وطبعاً هذا يرجع للسلطة التقديرية للقاضي إذا لم يتعلق الأمر بالنظام العام فهنا مساحة حمراء لا يستطيع القاضي الاقتراب منها ويمنع وقف القرار في هذه الحالة بقوة القانون. بل ذهب المشرع أبعد من هذا



حيث أقر بأنه حتى في حالة ما إذا أمر القاضي بوقف تنفيذ قرار إداري ما فإنه يمكن الاستئناف في أجل خمسة عشر يوماً ولرئيس الغرفة الإدارية للمحكمة العليا أن يضع فوراً حداً لوقف تنفيذ القرار الإداري .

وموقف المشرع الطبيعي لأن القرار الإداري يعتبر اليد التي تقوم بها الإدارة بالمسؤولية الثقيلة الملقاة على كاهلها ، لا سيما إن تعلق الأمر بالنظام العام للمجتمع ففي هذه الحالة الإدارة صاحبة الاختصاص الأصيل وليس القاضي وعليه إذا كان الطعن القضائي ومكانته لا يوقف تنفيذ القرار الإداري فمن باب أولى أن لا يوقفه التظلم الإداري المسبق والأمر منطقي ومعقول فلا نستطيع حتى مجرد الافتراض ذلك في حين لم يتم حتى معرفة الوضعية القانونية للمتظلم وكذا للقرار المتظلم منه .

أما بخصوص وقف تنفيذ القرار الإداري في القانون رقم 08 - 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد نص المشرع في المادة 833 منه ما يلي: "لا توقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية تنفيذ القرار المتنازع فيه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. غير أنه يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر ببناء على طلب المعني بوقف تنفيذ القرار الإداري." كما أن المشرع نص في المادة 837 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الأخيرة على أنه في حالة ما إذا أمر القاضي بوقف تنفيذ قرار إداري ما فإنه يمكن استئناف أمر وقف التنفيذ أمام مجلس الدولة وذلك في أجل خمسة عشر يوماً.

يستشف من نص المادة 911 ق ا م ا أنه يجوز لمجلس الدولة أن يضع فوراً حداً لوقف التنفيذ للقرار الإداري إذا رأى من شأنه الإضرار بمصلحة عامة أو بحقوق المستأنف.

ومن نصوص المواد المذكورة نجد أن الطعن القضائي ومكانته لا يوقف تنفيذ القرار الإداري فعليه ومن باب أولى أن لا يوقف التظلم الإداري المسبق تنفيذ القرار الإداري⁽²⁹⁾.

وفي الأخير نخلص إلى أن التظلم الإداري المسبق لا يوقف بأي حال من الأحوال تنفيذ القرار الإداري.

المطلب الثاني: رفض الطعن القضائي شكلاً.

نصت عليه المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية، ولقد استقرت لمحكمة العليا على تكريس هذه القاعدة وقضت برفض الدعوى شكلاً في حالة غياب هذا الإجراء في العديد من الأحكام سواء المنشورة أو غير المنشورة.

(29) د/ سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة الرابعة، 1976، ص 539



وقد تماشى مجلس الدولة مع المحكمة العليا في اتجاهها حيث قرر: "و حيث بالرجوع إلى ملف القضية يتبين أن الطاعن لم يقيم بالطعن الإداري التدريجي كما تنص عليه المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية... حيث أن هذا الخرق لأحكام المادة 275 يجعل هذا الطعن مرفوضاً من حيث الشكل".

من خلال ما سبق يتبين لنا أن التظلم الإداري المسبق إجراء جوهري وشرط شكلي يترتب على غيابه رفض الطعن القضائي شكلاً.

إن رفض الطعن القضائي شكلاً قد يكون:

1. عدم قيام المتظلم بالطعن الإداري أصلاً

2. تقديم التظلم الإداري لجهة إدارية غير مختصة

كأصل عام الطعن الإداري يرفع إلى الجهة الرئاسية للإدارة مصدرة القرار فان انعدمت فألى من أصدرته ولكن قد يخطئ المتظلم في تحديد الجهة الإدارية المعنية بالنظر في التظلم خاصة مع وجود صعوبة في التفريق بين التظلم الرئاسي والولائي في هذه الحالة هل يعتد بهذا التظلم؟

أ- في حالة الخطأ في تحديد نوع التظلم الإداري: أقرت المحكمة العليا رفض طعن القاضي شكلاً ويتضح هذا من خلال القرار الصادر بتاريخ 1982/06/12 من خلال القرار تبدو المحكمة العليا متشدة في مسألة التظلم الإداري ولا أدل على هذا من اعتبارها أن الطعن القضائي غير مستوفٍ إجراءاته الشكلية لمجرد غلط في نوع التظلم فهنا المحكمة اعتبرت أن التظلم الإداري إجراء شكلي جوهري يترتب عليه رفض الطعن القضائي شكلاً.

وقد تواتر اجتهاد المحكمة العليا على نفس المنوال من خلال القرار الصادر بتاريخ 1985/01/26. ويمكن القول أن هذا التشدد في موقف المحكمة العليا كان قبل إصلاح 23/90 عندما كان التظلم الإداري ذو طابع إلزامي أمام كل الهيئات القضائية وفي جميع أنواع القرارات الإدارية.

إلا أن المحكمة العليا أكدت موقفها حتى بعد إصلاح 23/90 من خلال قرارها الصادر بتاريخ 1991/03/24 في القضية رقم 72604.



وتجدر الإشارة أن المحكمة الإدارية في مصر تبنت نفس موقف القضاء الجزائري من خلال قرارها 1985/01/26 حيث أقرت⁽³⁰⁾:

"...ولا تقبل الدعوى أمام القضاء بإلغاء القرارات المشار إليها قبل التظلم منها على الوجه المقدم."

ب- في حالة التظلم الإداري المسبق إلى جهة إدارية غير مختصة على خلاف الحالة السابقة نجد المشرع الجزائري تدخل في نص المادة 23 من المرسوم 88- 131 المتعلق بتنظيم العلاقات بين الإدارة والمواطن وقرر أن الإدارة تعمل قدر المستطاع لتحويل الطلب للإدارة المختصة قانونا بالنظر فيه.

ويؤخذ على هذه المادة إنها فضفاضة ومطلقة لدرجة لا يمكن معها معرفة حدود هذه الاستطاعة ونوعيتها وبالتالي لا مجال لمساءلتها عن هذه الاستطاعة..

أما المحكمة العليا فقد أقرت بأنه حتى في حالة رفع التظلم الإداري المسبق إلى الجهة الإدارية غير المختصة فإن الطعن القضائي في هذه الحالة لا يرفض شكلا وهذا من أجل التخفيف على القاضي وتسهيل إجراءات التقاضي عليه من أجل تحقيق العدالة بأيسر الطرق من خلال قراراتها خاصة ذلك الصادر ب1985/05/21 وآخر ب1990/04/07/04/1990⁽³¹⁾

أما في ما يخص القانون رقم 08- 09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن تقديم أو عدم تقديم التظلم الإداري المسبق للجهة الإدارية المختصة لا يؤثر في الطعن القضائي لأن المشرع أقر في نص المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن رفع التظلم الإداري أمر جوازي، أي المتظلم لديه حرية الاختيار في رفع التظلم الإداري إلى الجهة المختصة أو اللجوء إلى القضاء الإداري المختص مباشرة، وعليه فإنه بأي حال من الأحوال لا يؤثر التظلم الإداري على شكل الطعن القضائي.

المطلب الثالث: تحديد محتوى الدعوى والقضاء الإداري المختص إقليميا:

من الملائم ومن الأفيد أن يوجه المتظلم تظلما مكتوبا يوضح فيه عناصر الخلاف وتحديد طلباته (إلغاء قرار إداري، تعويض عن ضرر لحق به أو إلغاء وتعويض في نفس الوقت) فإن

(30) مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء 02، الجزائر ديوان المطبوعات الجامعية، 1998، ص 325/319

(31) القرار الصادر بتاريخ 1985/05/25، في القضية رقم 43308 بين ع/ب ووزير الداخلية، المجلة القضائية، العدد الثالث، سنة 1989، ص 205.



مجال ونوع طبيعة الخلاف تحدد طبيعة الدعوى الإدارية سواء دعوى تجاوز السلطة أو دعوى ترمي إلى التعويض.

كما أن التظلم الإداري المسبق يمكن من تحديد الجهة القضائية الإدارية المختصة إقليمياً بحيث يحدد الإقليم الذي توجد فيه الإدارة التي يوجه لها التظلم الجهة القضائية الإدارية المختصة إقليمياً.

وتتجسد هذه العلاقة بين الإقليم الإداري والإقليم القضائي في أحكام المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أن الجهة المختصة هي الجهة التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه وهذا أيضاً ما نص عليه القانون رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية في نص المادة 803 حيث جاء فيها: "يتحدد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية طبقاً للمادتين 37 و38 من هذا القانون".

وجاء في المادة 37 من هذا القانون ما يلي: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه..."

المطلب الرابع: أثر ميعاد الطعن الإداري المسبق على الطعن القضائي.

للأجل والمواعيد دور هام وحاسم في المنازعة الإدارية بالنظر لدور القاضي الإداري الذي يتبنى الدعوى ولا يتركها لموقف الخصوم فقط ولا يتقيد إلا بنطاقها ويرجع السبب لتعلق الدعوى الإدارية خاصة بدعوى تجاوز السلطة بالمشروعية والمحافظة على استقرار أعمال الإدارة العامة فلا يعقل أن تظل أعمالها مهددة بالزوال في أي وقت لأنها أساساً موجهة للمصلحة العامة.

بالرجوع للمواد 278 و279 و280 من قانون الإجراءات المدنية نجد أن أقصى حد لرفع الطعن القضائي هو سبعة أشهر كأقصى حد بحيث:

للمعني مدة شهرين من تاريخ تبليغ القرار أو نشره مع ثلاثة أشهر كأقصى حد للتظلم وهو في حالة الرفض الضمني زائد مدة شهرين من تاريخ انتهاء أجل الرد الضمني يساوي سبعة أشهر وهو الحد الأقصى لرفع الطعن القضائي⁽³²⁾.

(32) المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1990، ص 179.



إلا أن المدة التي يستغرقها التظلم الإداري المسبق واقعيًا هي خمسة أشهر ، لأن مدة الشهرين قبل بدء سريان ميعاد التظلم الإداري هي أيضا تحسب لأنها في صالح المعني وهذا ما نجده في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1982/07/10.

أين جاء موقف المحكمة العليا صارما من حيث المواعيد المقررة للتظلم الإداري ويبين مدى احترامها لهذه المواعيد. ونخلص في الأخير إلى أن التظلم الإداري يعد سببا في وقف أو قطع ميعاد رفع دعوى الإلغاء بشرط أن يرفع هذا التظلم خلال المواعيد المحددة قانونا وفي الفترة الأصلية لرفع الطعن القضائي وإلا سقط هذا الحق وهذا ما دلت عليه المادة 461 من قانون الإجراءات المدنية.

أما بخصوص ميعاد الطعن الإداري المسبق في القانون 08- 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد نص عليه في المادة 830 حيث جاء فيها ربط ميعاد التظلم بميعاد الطعن القضائي المذكور في المادة 829 وساوى بينهما وبالرجوع إلى نص المادة 829 نجد أن ميعاد طعن القضائي هو أربعة أشهر من تاريخ تبليغ القرار الإداري أو نشره كما نصت الفقرة الثانية للمادة 829 إضافة إلى الفقرة الثالثة من المادة 830 .

مما سبق فإن للمتظلم مدة أربعة أشهر من تاريخ تبليغ القرار أو نشره مع شهرين كأقصى حد للتظلم في حالة الرفض الضمني زائد مدة شهرين من تاريخ انتهاء أجل الرد الضمني وعليه فأنة مدة التظلم الإداري هي ثمانية اشهر.

نلاحظ أن مدة التظلم الإداري أصبحت ثمانية أشهر في قانون رقم 08- 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بدلا من سبعة أشهر في قانون الإجراءات المدنية القديم (تعديل 23/90).

كما سبق وأشرنا إلى أن الطعن الإداري المسبق هو اختياري وجوازي في ظل القانون رقم 08- 09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية إلا انه يبقى سببا في وقف أو قطع ميعاد رفع دعوى الإلغاء إذا ما قام المتظلم برفعه للإدارة المعنية أما إذا تم اللجوء مباشرة إلى القضاء فإنه يتم تطبيق المواعيد المنصوص عليها في القانون المتعلق بالطعون القضائية.

الخاتمة:

إن الظروف السياسية والاقتصادية السائدة في البلاد تعد من أهم العوامل المؤثرة في سلك القضاء والعدالة بصفة عامة لأنها متصلة به بشكل مباشر وهذا من خلال ما تسفر عنه معاملات الأفراد من نزاعات يجب على القاضي الفصل فيها لذا نجد المشرع على أتم



الاستعداد دوماً ليعدل أو يلغي أو يستحدث من النصوص ما يتلاءم والوضع السائد في البلاد وبما أن الأفراد في حاجة ماسة للإدارة من أجل قضاء مصالحهم اليومية، فقد أعطت كل التشريعات مكانة متميزة للإدارة من أجل حمايتها وضمان استمرارية أعمالها المتعلقة بالمصلحة العامة من جهة ومن جهة أخرى ضمان حقوق الأفراد والتكفل بحماية مراكزهم القانونية في مواجهة الإدارة، الأمر الذي جسده المشرع من خلال القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية فعند تفحص القانون 09/08 نجد المشرع لم يحد عن ذلك فوضع نصوص واضحة ومحددة من أجل توضيح وتبسيط الإجراءات المعمول بها في مجال الطعن الإداري المسبق وبعد دراسة هذا الإجراء في قانون الإجراءات المدنية بكل تعديلاته وصولاً للقانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نقول:

- في كل مرة يجري المشرع تعديلاً على قانون إجرائي يعتبر السبب الأساسي وراء ذلك تبسيط إجراءات التقاضي وتقريب العدالة من المواطن وهو نفس السبب الذي تحجج به المشرع في إصلاح 90/23 عندما استبدل الطعن الإداري بالصلح القضائي والذي فشل فشلاً ذريعاً في المادة الإدارية بمعدل عام واحد في المئة والسبب وراء ذلك غياب النصوص القانونية التي تنظم إجراء الصلح وعقلية الإدارة التي حولت محاضر الصلح إلى إجراء لا فائدة منه إمام القاضي الإداري، مع المحافظة على الطعن الإداري في المنازعات المركزية وهنا نقول طالما النية هي التخفيف على المواطن فالأولى المنازعات المركزية لخطورتها وتكاليها.

- رغم النية المعلنة من المشرع بتبسيط إجراءات التقاضي في القانون 09/08 إلا أنه حافظ على التظلم الإداري في المنازعات الخاصة وهذه المنازعات خطيرة ولها وزنها كما هو الحال في الصفقات العمومية والضمان الاجتماعي وعليه نتساءل لماذا حافظ المشرع على هذا الإجراء في المنازعات الخاصة؟ وهذا في رأيي اعتراف بضرورة فائدة الطعن الإداري لأن العيب ليس في الإجراء بل في الإدارة التي حولته لإجراء معرقل وعديم الفائدة في نظر المتقاضي فبدوره يفضل القضاء عسا أن يحمي مركزه القانوني.

- وأخيراً رغم أن المشرع جعل من الطعن الإداري إجراء اختياريًا في القانون 09/08 كأصل عام وجعل من التظلم الولائي هو الأصل وألغى التظلم الرئاسي، وفي نظرنا كان الأحرى بالمشرع أن يحافظ على التظلم الرئاسي لأنه الأكثر فاعلية خاصة في تفعيل الرقابة الرئاسية على أعمال الإدارة، وفي المحافظة على مبدأ المشروعية لأنه لا يخفى على أحد أن الجهة مصدرة القرار نادراً ما تعترف بخطئها وتراجع عن موقفها فلما نلجأ إليها ونترك الجهة الأكثر قدرة على فرض مبدأ المشروعية "السلطة الرئاسية".

مركز البصيرة للبحوث والدراسات والخدمة العلمية

64، تعاونية الرشد القبة القديمة - الجزائر.

ها : 00.213.21.28.97.78 - 00.213.0550.54.83.05 فا : 021.28.36.48

البريد الإلكتروني: markaz_bassira@yahoo.fr / markazbassira2009@hotmail.fr

الموقع الإلكتروني: www.albassira.net

دفعاً لعملية البحث على مستوى المركز والتواصل العلمي مع مختلف المؤسسات البحثية والباحثين، يفتح المركز فضاءه العلمي، أمام كل القدرات العلمية الجادة من خلال الاشتراك أو الكتابة في دورياته المتخصصة: دراسات اقتصادية، دراسات إستراتيجية، دراسات إسلامية ودراسات أدبية، ودراسات قانونية ودراسات اجتماعية ودراسات نفسية أو من خلال التواصل العلمي مع المركز .

- تصدر الدوريات فصلياً، أي أربع أعداد في السنة لكل دورية.
- الاشتراك السنوي للأفراد: 1000 دج لكل دورية، وخارج الوطن: 14 دولار. للمؤسسات في الجزائر: 1200 دج و خارج الوطن: 15 دولار.

قسمة الاشتراك السنوي

دورية دراسات إسلامية ودراسات إستراتيجية ودراسات اقتصادية ودراسات قانونية
ودراسات أدبية ودراسات اجتماعية
تصدر أربع مرات في السنة

الاسم واللقب أو المؤسسة

العنوان

- | | |
|--|--|
| <input type="checkbox"/> دراسات إستراتيجية | <input type="checkbox"/> دراسات أدبية |
| <input type="checkbox"/> دراسات قانونية | <input type="checkbox"/> دراسات إسلامية |
| <input type="checkbox"/> دراسات اجتماعية | <input type="checkbox"/> دراسات اقتصادية |
| | <input type="checkbox"/> دراسات نفسية |

يرسل الاشتراك إلى رقم الحساب الجاري : مؤسسة دار الخلدونية : Ccp :
7625589 clé 81

ملاحظة : ترسل قسيمة الاشتراك وصورة الحوالة البريدية يمكن تسديد
المباشر والاستلام المباشر على مستوى المركز.

تكاليف البريد مقدرة ضمن سعر المجلة

