

مجلة جيل

الأبحاث القانونية العميقة



مجلة علمية دولية محكمة تصدر شهريا عن مركز جيل البحث العلمي

Lebanon - Tripoli / Abou Samra Branche P.O.BOX 8 + 961- 71053262 - www.jilrc.com

العام الثالث - العدد 24 - أبريل 2018



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



المشرفة العامة ومديرة التحرير:

د. سرور طالبى المل

رئيس اللجنة العلمية:

د. السعيد كليوات جامعة محمد بوضياف بالمسيلة (الجزائر)

أسرة التحرير:

- د. أحمد طارق ياسين محمد المولى، جامعة الموصل (العراق)
د. الداودي نورالدين، جامعة عبد المالك السعدي (المغرب)
د. المصطفى طایل، جامعة مولاي إسماعيل مكناس (المغرب)
د. العيساوي عماد، جامعة كومبلوتنسي بمدريد (إسبانيا)
د. سفيان سوامل جامعة محمد الشريف مساعديّة - سوق أهراس (الجزائر)
د. شريف أحمد بعلوشة، وكيل النائب العام، غزة (فلسطين)
د. عبد الناصر أبو سمهدانة، رئيس نيابة العدل العليا والدستورية (فلسطين)
د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين، البصرة (العراق)
د. محمد عليان العزام، جامعة أبوظبي (الإمارات العربية المتحدة)
د. موفق المحاميد، كلية القانون، جامعة آل البيت (الأردن)
د. نوفل علي عبد الله الصفو، جامعة الموصل (العراق)

التدقيق اللغوي:

- د. شامخة حفيظة طعام (المركز الجامعي، تيسمسيلت /الجزائر).
د. سليمة محفوظي (جامعة محمد الشريف مساعديّة/سوق اهراس/الجزائر).

اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

- أ.د. نبيل مهدي كاظم، جامعة الكوفة، العراق.
د. عبد العليم محمد عبد الكريم صالح، جامعة إب، اليمن.
د. همام القوصي، جامعة حلب، سوريا.

التعريف:

مجلة علمية دولية محكمة تصدر شهرياً عن مركز جيل البحث العلمي تستهدف نشر المقالات المعمقة في مختلف مجالات العلوم القانونية: "القانون العام والخاص"، بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دورياً في كل عدد.

تتناول المجلة إسهامات مختلف الباحثين والمهتمين بمجال العلوم القانونية سواء ما تعلق بالرصيد النظري أو بقضايا الساعة أو بترجمة الأعمال ذات الأهمية العلمية المعترف بها.

تعد هذه المجلة تكريماً لحرص المركز على تشجيع الأبحاث والمجهود العلمي، وعلى الإسهام في إثراء رصيده العلمي بنشر الدراسات الجادة والقيمة، استناداً إلى معايير علمية موضوعية ودقيقة.

قواعد النشر

تقبل المجلة الأبحاث والمقالات التي تلتزم الموضوعية والمنهجية، وتتوافر فيها الأصالة العلمية والدقة والجدية وتحترم قواعد النشر التالية:
بالنسبة للمقالات والأبحاث المعمقة:

- تنشر المجلة المقالات والأبحاث التي تستوفي الشروط الآتية:
- الالتزام بالمعايير العلمية والموضوعية المعمول بها دولياً في الدوريات المحكمة، والتي تستجيب لشروط البحث العلمي.
- تعتمد هيئة التحكيم مبدأ الحياد والموضوعية في تحكيم المواد العلمية المرشحة للنشر مع الحرص على خلو الأعمال من التطرف الفكري أو مساسها بمبادئ بالأشخاص أو الأنظمة.
- يراعى في المساهمات المقترحة للنشر في المجلة أن تتسم بالجدية وألا تكون محل نشر سابق أو مقتطف من مذكرة أو أعمال، ملتقى.
- أن تكون المواضيع المقدمة ضمن اختصاص المجلة.
- أن تلتزم المقالات الدقة وقواعد السلامة اللغوية، وألا يتعدى حجم العمل 20 صفحة بالنسبة للمقالات و50 صفحة بالنسبة للأبحاث المعمقة، مع احتساب هوامش، مصادر وملاحق البحث.
- ترسل المادة العلمية في ملف مرفق بملخص بلغة البحث وآخر بإحدى اللغات: العربية، الفرنسية أو الانجليزية (حسب لغة البحث).

بالنسبة للأعمال المترجمة:

- تقبل من الأعمال المترجمة تلك التي تتصل باختصاص المجلة.
- تقبل الأعمال المترجمة من وإلى: العربية، الفرنسية، الانجليزية .
- تخضع المقالات لاستشارة ترجمانيين مختصين في اللغات المذكورة أعلاه.
- تحول الأعمال المقدمة المقالات إلى أساتذة من ذوي الخبرة العلمية حسب اختصاص المقال.
- يبلغ الباحث المرسل بتلقي مادته بعد 5 دقائق من تسلمها.

- تلتزم هيئة التحكيم بإبداء الرأي واتخاذ القرار في غضون شهر من تمكينها من المادة المقترحة للنشر، مع مراعاة السرية التامة في التحكيم
- يحق لهيئة التحكيم أن ارتأت ضرورة إقرار تعديلات على المواد المقدمة للنشر.
- يعلم الباحث المرسل بقبول مادته للنشر على أن يعلم بتاريخ نشرها حسب رزنامة المجلة.

شروط النشر:

- شكل الكتابة: باللغة العربية شكل Traditional Arabic حجم 14.
- بالنسبة للغات الأجنبية شكل Times New Roman حجم 12 .
- يرفق الباحث الباحث الباعث مادته بسيرة ذاتية علمية مفصلة.
- تهمش معلومات البحث حسب طريقة شيكاغو الأمريكية بترتيب تسلسلي يتبع متن البحث.
- ترتب هوامش المعلومات في نهاية كل صفحة.

نموذج التهميش:

1. الكتب باللغة العربية أو الأجنبية: لقب واسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم الطبعة.
 2. النصوص التشريعية: البلد، نوع النص، مضمون النص، سنة الصدور.
 3. المجلات والدوريات: عنوان المجلة أو الدورية، لقب واسم الكاتب، عنوان المقالة، عدد المجلة، تاريخ الصدور، صفحة الاقتباس.
 4. الرسائل الجامعية: لقب واسم الطالب، عنوان المذكرة، درجة المذكرة، مؤسسة تسجيل المذكرة، كلية التخصص، السنة الجامعية، صفحة الاقتباس.
 5. التقارير الرسمية: جهة إصدار التقرير، موضوع التقرير، مكان نشر التقرير، سنة إصدار التقرير، صفحة الاقتباس.
 6. المراجع الالكترونية:
- يوثق المرجع المنقول عن شبكة "الإنترنت" بذكر معلومات الرابط الإلكتروني كاملاً مع ذكر صاحب المادة المنشورة، وتاريخ زيارة الموقع .
7. ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

law@jilrc-magazines.com

الفهرس

الصفحة

- 9 • الافتتاحية
- 11 • التطور المأمول في نظام مسؤولية المهنيين: الحاجة لتوحيد طبيعة القواعد الحاكمة للمسؤولية المدنية، د. معمر بن طرية، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، الجزائر.
- 29 • التعددية النقابية في الجزائر، بين الاطلاق والتقييد، د. خليفي عبد الرحمان، المدرسة العليا للضمان الاجتماعي، الجزائر العاصمة.
- 53 • حماية الشهود كضمانة لحماية حق المجني عليه في التعويض، أ.د. مستاري عادل - الباحثة رواحنة زوليخة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة.
- 75 • قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته في القانون والقضاء اليمني، د. عبد المؤمن بن عبد القادر شجاع الدين، جامعة صنعاء، اليمن.
- 97 • المواطنة ونظام الكوتا الانتخابية في الدستور والقانون المصري "دراسة تحليلية" د. هشام عبد السيد الصافي محمد بدر الدين، جامعة حلوان.

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية
لا تعبر الآراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي إدارة المركز
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2018

الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين الذي بفضله تنور الصالحات

يصدر العدد الرابع والعشرون من مجلة جيل الأبحاث القانونية المعتمة في شهر رمضان المبارك جعلنا الله وإياكم من عواده، ليكون استمرارية لنهج مركز جيل البحث العلمي في نشر العلم والمعرفة ووضعها تحت تصرف الباحثين والمختصين. ولقد احتوى العدد على مقالات وبحث معمق ألقوا الضوء على مواضيع متنوعة مست مختلف فروع القانون العام والخاص متناولة تشريعات وطنية كالجنازية، اليمنية والمصرية.

تناول المقال الأول ملامح التطور المأمول في قانون المسؤولية المدنية متوقفا عند بعض نماذج المسؤولية المهنية كالأطباء والمنتجين ليقترح إعادة النظر في التقسيم التقليدي بين فرعي المسؤولية-العقدية والتقصيرية وأهمية تعزيز الحماية المقررة لضحايا الحوادث المهنية.

أما المقال الثاني فلقد سلط الضوء على التعددية النقابية في الجزائر ومدى مساهمتها في تحقيق تنمية مستدامة وتوفير السلم الاجتماعي المنشود، باعتبارها من المواضيع الهامة التي تشغل السياسيين والباحثين والشركاء الاجتماعيين،

فحين عالج المقال الثالث حماية الشهود كضمانة لحماية حق المجني عليه في التعويض في القانون الجزائري. هذا وتناول المقال الرابع حالات قسمة الأشخاص لأموالهم في أثناء حياتهم على ورثتهم المحتملين في ظل غياب نصوص قانونية واضحة تعالج الموضوع، متوقفا عند اجتهادات المحكمة العليا اليمنية.

كما اخترنا لكم في هذا العدد بحثا قانونيا معمقا توسع في مفهوم المواطنة ونظام الكوتا الانتخابية في الدستور والقانون المصري، فالمواطنة من المواضيع الهامة التي تستوجب استمرارية البحث والدراسة سيما في الوطن العربي من أجل تربية جيل متشبع بقيم الانتماء والولاء لوطنه ولقضاياه الأساسية.

نشكر كل من ساهم في العدد من باحثين ومحكمين ومدققين لغويين، متمنين أن نكون قد وفقنا في اختيار المواضيع المنشورة فيه، وكالعادة نجدد ترحيبنا بكل المساهمات الجادة التي تدخل ضمن مجالات النشر في المجلة.

والله الموفق في الأول والأخر

المشرفة العامة ومديرة التحرير/ د. سرور طالب المي

التطور المأمول في نظام مسؤولية المهنيين:

الحاجة لتوحيد طبيعة القواعد الحاكمة للمسؤولية المدنية

The Desirable Shift in Professional Liability Regime:

The need For a Uniform Rules Governing Liability

د. معمر بن طرية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، الجزائر

مقدمة:

1. كما هو معلوم، يتميز قانون المسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي، باعتباره نموذجاً رائداً في النظم القانونية اللاتينية، بتأثيره القوي على تشريعات عديد البلدان بحيث بقي مورداً وخزاناً لها، بالرغم من أن أحكامه وضعت قبل أكثر من مائتي عام سنة 1804.

2. إلا أن الملاحظ أن القضاء الفرنسي منذ قرابة قرن من الزمن، شيد استناداً على أحكام هذا التقنين صرحاً قضائياً ضخماً، سعى من خلاله مواكبة واقع جديد فرضته الظروف الاجتماعية والاقتصادية، بتقرير قواعد تحمي المستهلكين لكن كان ذلك على حساب الوضوح والأمن القانوني، إذ لم يتم إدماج هذه التطورات في التقنين المدني الفرنسي لتكريسها وجعلها متاحة للجميع⁽¹⁾.

3. لذا لم تبقى أحكام المسؤولية المدنية المستوحاة من التقنين الفرنسي في غنى عن تحديثات بدت ضرورية، وعلى وجه الخصوص مسألة التمييز التقليدي بين المسؤولية التعاقدية والتقصيرية، ومدى انسجامه مع آخر التحديثات والتخريجات التي شهدتها القضاء الفرنسي، والذي سعى في الكثير منها إلى توضيح القواعد العامة للمسؤولية ومدى جواز إعمالها بصدد النظم الخاصة للمساءلة⁽²⁾.

4. زد إلى ذلك، فإن تزايد مشاريع التوحيد والمواءمة بين تشريعات الدول الأوروبية حديثاً، بهدف تحقيق التقارب و الانسجام بين الأنظمة الأوروبية للمسؤولية المدنية، جعل من أولوياته إنشاء نظام مقبول من لدن جميع الدول لاسيما من خلال التوحيد بين نظامي المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، فظهرت فرق للأبحاث في هذا المجال منها: المجموعة الأوروبية حول المسؤولية المدنية *European Group on Tort Law*⁽³⁾ أو المجموعة الأوروبية حول المسؤولية المدنية والتأمين GRERCA وكذلك مشروع القانون المدني الأوروبي Von Barr.

(1) Laurent BÉTEILLE et Alain ANZIANI, *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires*, Dalloz, *chron.*, 2009 p. 2328.

(2) *Ibid.*

(3) <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/288/PETLFrench.pdf>.

5. وكانت الاستجابة سريعة على المستوى الفرنسي، فهذا المشروع الأولي حول تعديل القانون المدني الفرنسي CATALA وبالرغم من اعترافه بالتقسيم التقليدي بين المسؤولية العقدية و التقصيرية، إلا أنه قرر أحكاماً خاصة في مشروع، خاصة في مجال تعويض الأضرار الجسمانية والتي منح فيها المضرور رخصة الخيار بين ما هو أنسب له من الدعوى التقصيرية أو العقدية في حالة الضرر الجسماني وذلك حسبما قضت به المادة 1341 من المشروع⁽¹⁾:

6. وستناول في هذا المقال ملامح التطور المأمول في قانون المسؤولية، بالارتكاز على بعض نماذج المسؤولية المهنية كالأطباء والمنتجين وغيرهم، والمتمثلة عموماً في ضرورة إعادة النظر في مدى جواز اعمال التقسيم الثنائي التقليدي بين فرعي المسؤولية-العقدية والتقصيرية-، إذ سنخصص هذه الدراسة التحليلية النقدية لمصير هذا التقسيم الثنائي لقواعد المسؤولية في محورين، نخصص الأول لدراسة أسس ومرتكزات هذه الطبيعة الثنائية-المزدوجة- للمسؤولية المدنية في القانون الفرنسي، ثم تقدير مدى استجابتها لخصوصيات النشاط المهني، لنعرج في المحور الثاني من هذه الدراسة على الاختلالات التي نجمت عن اعمال هذا التقسيم في مجال مسؤولية المهنيين. ما أدى إلى اقتراح توحيد مأمول للقواعد التي تحكم مسؤولية هؤلاء استجابة لحقوق ضحايا الحوادث المهنية.

المبحث الأول: قراءة في الطبيعة المزدوجة لقواعد المسؤولية المدنية ومدى تلاؤمها مع الأنشطة المهنية

7. نادرة هي الدراسات التي حللت بشكل مستفيض، طبيعة القواعد التي تحكم نظام المسؤولية المدنية، و التي تُقر بضرورة التفرقة بين الحالة التي يكون فيها للمضرور صفة المتعاقد، و الحالة التي يكون فيها من الغير-*Tiers*، ومدى ملائمة هذا الطرح مع نظام مساءلة المهنيين عموماً والذي يشهد على وجود اختلالات وتعقيدات لضحايا الحوادث المهنية، هذا ما يستدعي منا الوقوف عند جوهر هذا التقسيم ومرجعياته، وتقدير مدى ملائمته مع ميدان مسؤولية المهنيين (المطلب الأول) ، لإبراز التوجه المأمول في هذا المجال والذي يمكن تبريره بخصوصية الالتزام المهني، باعتباره التزاماً يستمد مصدره من المهنة مباشرة ويرتب نتائج مماثلة بالنسبة للمتعاقدين و الغير، هذا ما يستدعي إعادة النظر في طبيعة القواعد المنظمة لمسؤولية الأطراف المهنية، مراعاةً لوحدة مصدر الخطر لهذه الخصوصية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: قواعد المسؤولية المدنية ذو طبيعة مزدوجة: المبررات والتحولات

8. لإدراك و معرفة مدى تأثير التنامي المشهود لعنصر الخطر في المجتمع المعاصر، على طبيعة قواعد المسؤولية المدنية ذات التركيبة الثنائية، و الذي تجلى على وجه الخصوص في مجال مسؤولية المهنيين، كان لابد من الوقوف عند جوهر هذه التركيبة المزدوجة (الفرع 1) لاستبيان بعد ذلك مدى ملائمة و مسايرة هذه القواعد لحركة التحول الذي يشهده مجال مسؤولية المهنيين (الفرع 2).

⁽¹⁾ « Toutefois, lorsque cette inexécution provoque un dommage corporel, le cocontractant peut, pour obtenir réparation de ce dommage, opter en faveur des règles qui lui sont plus favorables ».

الفرع الأول: جوهر الطبيعة المزدوجة لنظام المساءلة المدنية

9. لا تخفى على أحد الفوارق القائمة بين نظامي المسؤولية المدنية العقدية و التقصيرية، بالنظر إلى الاختلاف الوارد بينهما من حيث المصدر والأساس والطبيعة وحتى الوظيفة، والتي تبرر بصفة أولية وجود تنظيمين في إطار مادة المسؤولية المدنية: المسؤولية العقدية والتي تمثل جزء الإخلال بالعقد، والمسؤولية التقصيرية كجزء عن الإخلال بالواجب القانوني العام، والذي مفاده أن يلتزم الكل بعدم الإضرار بالغير.

10. ذلك أن العلاقات بين الأفراد في المجتمع تخضع في حكمها إما للقانون وإما للعقد، بحسب ما كانت إرادة الشارع هي التي تبين حقوقهم وواجباتهم، أو الإرادة الخاصة للأفراد، وهذا الاختلاف في الضابطة العقدية والقانونية ينجم عنه بالضرورة وجود جزأين مختلفين، جزء قانوني يترتب عن الإخلال بالضابطة القانونية وآخر عقدي ينجم عن انتهاك الضابطة العقدية، يبران تبعاً وجود تنظيمين مختلفين للمسؤولية المدنية، هما المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

11. فالمسؤولية العقدية تستند إلى الضابطة العقدية -norme contractuelle- على اعتبار أنها تفيد جزء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن إرادة العاقدين، لذلك فإنها لا تقوم إلا بينهما، بينما المسؤولية التقصيرية لا تترتب إلا بين أشخاص أجنب لا تربطهم في الأصل علاقة سابقة، ومن ثم فهي تشكل جزء الإخلال بالضابطة القانونية-norme légale-، أو بعبارة مساوية جزء الانحراف عن السلوك المألوف في الجماعة⁽²⁾.

12. إلا أن الملاحظ خلال منذ بداية القرن الماضي، أن التفرقة بين الضابطين لم تعد تخلو من الانتقاد نظراً لاقتحام المشرع بصفة متصاعدة في تحديد محتوى العقد، فلوحظ نوع من الانفصال بين الضابطة العقدية وإرادة المتعاقدين لأنها لم تعد تقتصر بإرادتهم الخاصة فحسب⁽³⁾، بل أصبحت إرادة الشارع تتدخل في تنظيم معظم العقود المتداولة في المجتمع المعاصر، وفي تحديد مضمونها وقواعد إنشائها (عقد العمل، عقد الشركة، عقد التأمين،...)،⁽⁴⁾ وظهر هذا التدخل جلياً في ميدان العقود التي تبرمها فئات مهنية، وذلك في ظل الاختلال في التوازن -Déséquilibre- بين الطرف غير المهني والطرف المهني صاحب الكفاءة والهيمنة الاقتصادية-Puissance économique⁽⁵⁾.

13. لذلك، اعتبر أحد الأساتذة في فرنسا بأن الاضطراب-Désordre- المشهود في جوهر ثنائية نظام المسؤولية المدنية، إنما يركز بصفة أولية على عامل التحول الذي يعرفه حالياً مضمون العقد-Altération de la pureté du contrat⁽⁶⁾.

14. وبتتبعنا لأصل هذا التحول الذي عرفه العقد في القوانين المعاصرة، فإننا نجد يرتبط ارتباطاً وثيقاً بتنامي وثير الحياة وتضاعف حجم المخاطر في الفترة التي شهدتها فرنسا ابتداءً من سنة 1800 مع ظهور حوادث العمل و حوادث

¹ بن رقية بن يوسف، العلاقة بين نظامي المسؤولية المدنية ومدى جواز الخبرة بينهما في القانون المدني الجزائري: دراسة موازنة (ت. إ. دكتور محمد حسنين)، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، ص.37.

⁽²⁾ بن رقية بن يوسف، المرجع السابق، ص.28.

⁽³⁾ Geneviève VINEY, *Traité droit civil, introduction à la responsabilité* (sous direct. J.GHESTIN), 2^{ème} éd., L.G.D.J., 1995, n°234, pp.426-427.

⁽⁴⁾ André TUNC, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, Torts, chap.1, introduction, n°44, p.25.

⁽⁵⁾ Jean CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTD.Com, 1994, p.243.

⁽⁶⁾ Eric SAVAUX, *La fin de la responsabilité contractuelle ?*, RTD.Civ, 1-1999, n°10, p.7.

السيارات⁽¹⁾، و هو الأمر الذي اعتبره الأستاذ Ph. REMY عاملاً رئيسياً في الأزمة التي عرفتها المسؤولية المدنية، لاسيما فيما يتعلق بطابعها المزدوج وبأساسها الفردي⁽²⁾.

15. فأوضح الأستاذ⁽³⁾ Ph. REMY، كيف أنه عندما عُرضت مسألة تعويض حوادث العمل و حوادث الطريق على التشريع الفرنسي و كذا القضاء، كان أمامهم خيارين، الأول يقتضي الإبقاء على المسؤولية التقصيرية لتعويض هؤلاء المتضررين في مقابل التفكير في أساس جديد غير الخطأ لتمكينهم من ذلك⁽⁴⁾، و إما نقل مهمة تعويض هؤلاء إلى النطاق العقدي حفاظاً على أساس الخطأ⁽⁵⁾، فأعتمد الاقتراح الأول في مجال حوادث العمل أولاً بمبادرة من القضاء⁽⁶⁾، ثم من خلال تشريع حوادث العمل في 9 أبريل 1898، بينما جُسد الخيار الثاني بصدد حوادث النقل و ذلك بنقل مهمة تعويض الضحايا إلى النطاق العقدي بتدخل من القضاء⁽⁷⁾ و إنشاء ما سمي " الالتزام بالسلامة "، و من ثم استبدلت المسؤولية التقصيرية بالمسؤولية العقدية و ذلك من أجل إنشاء تأمين لفائدة المضرور لم توفره الضابطة القانونية⁽⁸⁾.

16. و بهذا الشكل، تم الاعتماد على المسؤولية العقدية كطريق لتعويض ضحايا الأضرار الجسمانية في ميدان حوادث النقل لإعفاءهم من ضرورة إثبات الخطأ، و ذلك بتطويع -forçage- مضمون العقد⁽⁹⁾ و إدماج تأمين لفائدة المضرور مقتضاه السلامة -une garantie de sécurité-، و من ثم أصبحت المسؤولية العقدية في هذا المجال وسيلة استعملها القضاء لتكريس مسؤولية موضوعية لخطئية -un procédé d'objectivation de la responsabilité-⁽¹⁰⁾.

17. و لم ينحصر تطويع العقد من طرف القاضي في مجال مسؤولية الناقل، بل امتد إلى مجالات أخرى منها مسؤولية البائع العقدية، فتم إدماج الالتزام بالسلامة في عقد البيع بصفة ظاهرة، و ذلك على الرغم من عدم إدراجه من قبل المتعاقدين⁽¹¹⁾.

(1) أنظر عن كيفية ظهور فلسفة الخطر في ميدان حوادث العمل: الفصل التمهيدي من هذه المذكرة في الصفحة 4 و 5.

(2) Philippe REMY, *La Responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept*, RTD.Civ, 1997, p.327.

(3) Philippe REMY, *ibidem*.

(4) و هو الحل الذي اقترحه الفقيه SALEILLES ثم انظم إليه الفقيه JOSSERAND.

(5) من خلال نظرية الضمان. SAINCTELETTE وهو اقتراح الفقيه

(6) و ذلك من خلال استنباط محكمة النقض الفرنسية للمسؤولية عن فعل الأشياء بمناسبة قرار Cass.civ. 16 juin 1896, D.P: TEFFEINE 1897.1.433, note SALEILLES.

(7) Cass.civ, 21 nov. 1911, D.P1913. 1.249, note SARRUT.

(8) إبراهيم محمد دسوقي، *تقدير التعويض بين الخطأ والضرر*، مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع و النشر و التوزيع، الإسكندرية، مصر، د.ت، رقم 125، ص. 244-245.

(9) و استعملت عبارة تطويع العقد Forçage du contrat لأول مرة من طرف الفقيه JOSSERAND في سنة 1933 من خلال مؤلفه " العقد الموجه Le contrat dirigé " و ذلك للدلالة على الطريقة التي يستعين بها القاضي لإدماج التزامات جديدة في العقد لم يسبق أن اتفق عليها المتعاقدين، أنظر: Laurent LEVENEUR, *Le forçage du contrat*, Revue Droit et Patrimoine, n°58, 1998, p.69

(10) Philippe REMY, *La Responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept*, RTD.Civ, 1997, p.330.

(11) فقضت محكمة النقض الفرنسية في قرارات لها بأنه « يقع على عاتق البائع التزام بالسلامة يقتضي منه تسليم منتج يخلوا من كل عيب أو نقص في التصنيع من شأنه أن يشكل خطراً بسلامة الأشخاص أو الأموال »، 15، Cass.civ 1^{ère}, 11 juin 1991, Bull.civ. I. n°201, oct. 1996, Bull.civ. I. n°354. , voir : Laurent LEVENEUR, art. Préc., p.72.

18. هذا، ويشهد مضمون العقد أيضاً تدخلاً و تطويعاً من طرف المشرع باسم النظام العام التعاقدى-ordre public contractuel، خاصة في ميدان العقود التي تربط فئة المهنيين بأشخاص أقل منهم دراية و احترافية، و ذلك من أجل توفير حماية لهؤلاء، و ظهر هذا التدخل أولاً بصدد عقد العمل حماية لفئة العمال و سمي " بالنظام العام العمالي أو الاجتماعي ordre public social"⁽¹⁾، و انتقل في الآونة الأخيرة إلى عقود الاستهلاك⁽²⁾ لتوفير حماية لفئة المستهلكين و عُرف باسم " النظام العام لحماية المستهلكين l'ordre public de protection des consommateurs"⁽³⁾.

19. كما أوضحت الأستاذة G.VINEY و الأستاذ P.JOURDAIN كيف أن المشرع أصبح يستعين بمفهوم معاصر للنظام العام، بعيداً عن مفهومه التقليدي⁽⁴⁾ الذي عُرف به، حيث كان ينظر إليه الفقه من جانبه السلبي كقيد على مبدأ حرية التعاقد و الذي يحول دون تعديل أو إنشاء بعض الالتزامات⁽⁵⁾، حيث شهد مفهوم النظام العام التعاقدى تحولاً خلال السنوات الأخيرة، فلم يعد يقتصر دوره على المنع فحسب، بل أصبح يستعان بهذا المفهوم كوسيلة لفرض التزامات تعاقدية و تحديد مضمون العقود و آثاره بموجب قواعد أمر⁽⁶⁾.

20. و بالإمعان في حركة التحول و التطويع التي عرفها العقد في الآونة الأخيرة، فإنه يتبين لنا أنها أسهمت بصفة مباشرة في التداخل بين الضابطة العقدية من جهة و الضابطة القانونية من جهة أخرى، و من تم التأثير على الطبيعة المزدوجة لقواعد المسؤولية المدنية، حيث أدت إلى نتيجتين:

1- التحول في وظيفة العقد إلى أداة لتعويض المضرورين:

21. ذلك أن العقد قبل أن يكون وسيلة للحفاظ على مصالح الطرفين و لتعويض الأضرار، هو أداة لتبادل السلع و الخدمات و لتداول الأموال في المجتمع⁽⁷⁾، لكن بالتطويع الذي شهده فإنه أصبح يُسند إليه وظيفة حماية لحقوق لا تنحصر بالعقد بل تتعداه، و التي يمكن اعتبارها مصالح غير تعاقدية-intérêts extracontractuels⁽⁸⁾.

(1) Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, *Traité de droit civil*, précité, n°493, p.389.

(2) حيث أوضح في هذا الشأن الأستاذ J.CALAIS-AULOY كيف أن تدخل المشرع في ميدان عقود الاستهلاك أصبح يتخذ صورتين: الأولى سلبية تتمثل في إلغاء الشروط التعسفية المدمجة من طرف العون الاقتصادي و الثانية ايجابية تتمثل في تحديد مضمون العقود التي يبرمها المنتجون و الأعوان الاقتصاديون من قبل السلطات العامة أو في إطار اتفاق جماعي accord collectif كما هو الحال بالنسبة للعقود التي يتفاوض لتحديد مضمونه جمعيات حماية المستهلكين، أنظر عن هذا: Jean CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil: des contrats*, RTD.com, 1994, pp.243-245.

(3) Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, *Traité de droit civil*, précité, n°494, p.390.

(4) فعرف العميد السهوري النظام العام بمجموع القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة تتعلق بنظام المجتمع الأعلى و تعلق على مصلحة الأفراد، سواء كانت هذه المصلحة اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية"، و هو المعيار الذي يكاد يكون القاضي في إطاره كالمشرع بفضل مرونته، محمد حسنين، *الوجيز في نظرية القانون في القانون الوضعي الجزائري*، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص.277.

(5) حيث لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على بنود مخالفة للنظام العام و الآداب العامة باعتبارها قيداً يرد على مبدأ الحرية التعاقدية، أنظر عن " النظام العام كقيد على مبدأ سلطان الإرادة " مرجع: محمد حسنين، *الوجيز في نظرية القانون في القانون الوضعي الجزائري*، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص.ص.277-278.

(6) Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, *Traité de droit civil*, précité, n°491, p.387.

(7) Eric SAVAUX, *La fin de la responsabilité contractuelle ?*, RTD.Civ, 1-1999, n°12, pp.8-9.

(8) Philippe REMY, *La Responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept*, art. Préc, p.340.

22. وفي هذه الأحوال، فإنه ترتب عن هذا التطويع فقدان العقد لأحد خصائصه الأساسية و هي " خاصة التوقع prévision " باعتباره تصرفاً قوامه التوقع-acte de prévision-. و ذلك لأن تحديد مضمون العقد لم يعد يرتبط فقط بإرادة المتعاقدين، بل أصبح رهناً بالرغبة المشروعة للدائن- l'attente légitime du créancier- المتضرر جراء عدم التنفيذ⁽¹⁾، فتأثرت بالضرورة وظيفة المسؤولية العقدية و المتمثلة في توزيع مخاطر الإخلال التعاقدية بين الدائن و المدين وفقاً لتلك الخاصية⁽²⁾.

2- التداخل بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية في الوظيفة :

23. ذلك أن الأصل في المجال التعاقدية هو التنفيذ العيني، فالمراد بالعقد هو التنفيذ و ليس التعويض، لكن في الوقت الذي أصبح يُستعان بالعقد لتحقيق غرض حماية المضرورين، فإنه بات يُنظر للتعويض في المسؤولية العقدية من جانبه الإصلاحية-fonction réparatrice- كما هو الحال في نطاق المسؤولية التقصيرية، فوقع نوع من التداخل بين نظامي المسؤولية المدنية فيما يتعلق بالوظيفة، نظراً للتنافس الذي ظهر بينهما في ضمان تحقيق مقتضى السلامة⁽³⁾.

24. و أمام هذا الوضع استشعر جانب من الفقه⁽⁴⁾، أنه و على الرغم من اعتراف أغلبية الأنظمة التشريعية بازدواجية نظام المسؤولية المدنية⁽⁵⁾، إلا أن الواقع العملي التي تعرفه هذه الأنظمة يشهد لتحولات عميقة تهدد بقاء هذا التقسيم⁽⁶⁾، و الذي جعل أعمال تلك التفرقة الثنائية و التقليدية أمراً مصطنعاً-artificiel- من الناحية العملية، و ذلك أمر مشهود في أغلب الأنظمة القانونية المقارنة⁽⁷⁾.

الفرع الثاني: التحولات المشهودة على الطبيعة المزدوجة لقواعد المسؤولية في المجال المهني

25. لقد سبق الإشارة، إلى مدى ارتباط الطابع المزدوج لقواعد المسؤولية المدنية بطبيعة و بأصل الالتزام الذي حصل الإخلال به، فبينما تكمن خصوصية المسؤولية العقدية في أصل الالتزام العقدي المقتبس من الإرادة الفردية للأشخاص، و باعتبارها جزاء الإخلال بهذه الرابطة⁽⁸⁾، ترتبط خصوصية المسؤولية التقصيرية بالمصدر التشريعي للضابطة المنتهكة التي ينشئها و يحدّد مداها القانون من دون تدخل إرادة الأفراد، و باعتبارها جزاء الإخلال بالواجب العام بعدم الإضرار بالغير⁽⁹⁾.

(1) Yves-Marie LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, n°90, p.128.

(2) Marianne FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle : contribution à la théorie de l'inexécution du contrat* (sous direct. Ph. REMY), thèse Doctorat, L.G.D.J, Paris, 2003, p.493.

(3) Denis TALLON, *L'inexécution du contrat : pour une autre présentation*, RTD.Civ, 1994, p.226.

(4) على رأسهم الأستاذ André TUNC و الأستاذة Geneviève VINEY.

(5) فعلى سبيل التمثيل تعرف الأنظمة الأنجلوأمريكية مثل هذه التفرقة الثنائية في نظام المسؤولية المدنية و التي تفرق بين المسؤولية التقصيرية و المتمثلة في مجموع الإخلالات الماسة بالضابطة القانونية و المسماة «Torts» و تقابلها من جهة ثانية المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال العقدي «Breach of contract» و ما يترتب عنه من جزاءات و التي يُطلق عليها مصطلح «Contractual remedies» أنظر:

Geneviève VINEY, *op.cit*, n°232, p.423

(6) Geneviève VINEY, *Traité droit civil, introduction à la responsabilité*, précité, n°232, p.425.

(7) André TUNC, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, Torts, chap.1, introduction, n°33, p.19.

(8) Noureddine TERKI, *Les Obligations : responsabilité civile et régime général*, O.P.U, 1982, n°30, p.30.

(9) محمد رايس، *المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري*، دار هومه، الجزائر، 2007، ص.377-379.

26. إلا أنه تشهد المسؤولية المدنية (العقدية) مؤخراً، إفراغاً من محتواها الحقيقي، وذلك بالنظر إلى حركة التطوع الذي تخضع له العقود المبرمة من قبل الفئات المهنية، سواء من طرف المشرع أو القاضي⁽¹⁾، و يعتبر ذلك من قبيل تحميل العقد ما لا يحتمل وإرغامه على احتواء ما لا يحوي⁽²⁾.

27. وكانت نتيجة هذا التطوع، فقدان العقد باعتباره تصرفاً قانونياً قوامه الإرادة، لأحد عناصره الجوهرية وهو عنصر التوقع-prévisibilité- المقتبس من إرادة العاقدين الصريحة أو الضمنية⁽³⁾، فآثر هذا بالضرورة على مميزات و خصوصيات المسؤولية العقدية مقارنة بالمسؤولية التقصيرية، فكان مالها تأثر طبيعة المسؤولية المدنية، و القائمة على فروقات جوهرية قائمة بين نوعي المسؤولية المدنية (العقدية- التقصيرية) كما يلي:

1- من حيث مدى التعويض –*étendue de la réparation*:- فالأصل أن الاختلاف الجوهرى القائم بين نظامي المسؤولية المدنية، هو أن التعويض في المسؤولية التقصيرية يشمل كل ضرر مباشر سواء كان متوقع أو غير متوقع، على النقيض من المسؤولية العقدية و التي تشمل فيها التعويض، الأضرار الذي كان يمكن للمدين توقعها وقت التعاقد⁽⁴⁾.

28. و لعل هذا الفارق مرتبط بوظيفة المسؤولية العقدية، و المتمثلة في توزيع مخاطر الاختلال العقدي-*répartir les risques de l'échec contractuel*، وفقاً لجوهر العقد و طبيعته، و باعتباره تصرفاً قانونياً أساسه التوقع-prévision-، هذا ما يجعل المدين مسؤولاً فقط عن الضرر المتوقع -*prévu*- أو القابل للتوقع -*prévisibles*-⁽⁵⁾.

29. و هذا ما يفسر حصول التقارب بين أحكام المسؤولية العقدية و التقصيرية في مجال مسؤولية المهنيين، إذ لم يعد يقتصر التعويض فيه على الضرر المتوقع فحسب، و في ذلك تسوية بين المتضرر المتعاقد و الأغيار⁽⁶⁾.

2- من حيث إمكانية تحديد المسؤولية أو الإعفاء منها -*exonération ou limitation de la responsabilité*- : حيث أنه إذا معترفاً به أنه يجوز الإعفاء أو التخفيف أو التشديد من تبعة المسؤولية العقدية فيما عاد حالتي الغش أو الخطأ الجسيم، ما دام العقد شريعة المتعاقدين-*le contrat fait la loi des parties*،-، فانه ليس جائزاً ذلك في مجال المسؤولية التقصيرية⁽⁷⁾، و ذلك على خلاف الأمر في ميدان مسؤولية المهنيين، إذ يستوي هنا إبطال الشروط التي تتضمن الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية الناجمة عن إخلال بالعقود التي يبرمها فئات مهنيين⁽⁸⁾، و لعل هذا يجد تبريره في استبعاد المبرر القانوني، و الذي مفاده عدم ارتباط أحكام المسؤولية العقدية بالنظام العام باعتبارها جزءا الخلال بالعقد صنيع إرادة العاقدين⁽⁹⁾، باعتباره مبرراً لا ينطبق مع واقع المسؤولية المهنية.

(1) على غرار الالتزام بضمان السلامة و هو الالتزام تم تكريسه في العديد من العقود المهنية، و ذلك بالرغم من عدم انصراف إرادة العاقدين إلى إقراره إلا أن الوضع الاجتماعي للمتعاقدين هو الذي استلزم إقراره في هذه العقود بالنظر إلى المخاطر المتأتية من هذه العقود، أنظر عن هذا: محمد رايس، المرجع السابق، ص.403.

(2) محمد رايس، المرجع السابق، ص.403.

(3) Yves-Marie LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, n°90, p.128.

(4) بن رقية بن يوسف، المرجع السابق، ص.ص.88-89.

(5) Marianne FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, précitée, p.493.

(6) قادة شهيدة، *المسؤولية المدنية للمنتج: دراسة مقارنة*، المرجع السابق، ص.96.

(7) و ذلك حسب المادة 178 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

(8) علي سليمان، *نظرات قانونية مختلفة*، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص.235.

(9) قادة شهيدة، *المسؤولية المدنية للمنتج: دراسة مقارنة*، المرجع السابق، ص.265.

3- من حيث افتراض التضامن بين المسؤولين-*présomption de solidarité*: فالأصل أنه لا يفترض التضامن بين المدنيين المتعددين في مجال المسؤولية العقدية، إلا بمقتضى اتفاق أو نص قانوني⁽¹⁾، وذلك لارتباطها بعنصر التوقع، بينما يفترض التضامن في ميدان المسؤولية التقصيرية بين المدنيين في التزامهم بتعويض الفعل الضار⁽²⁾، أما في المجال المهني فنرى أن اتساع دائرة مساءلة الفئات المهنية⁽³⁾، يقتضي تضامنهم في تعويض المضرورين، و تقريراً لحماية شاملة لهم، باعتبارها الطرف الضعيف في العلاقة القانونية.

30. بالإضافة إلى ذلك، فانه ترتب عن حركة التطويع هذه، توسيع مضمون الالتزام العقدي بإدماج بنود لم يرتضيها المتعاقدون تحقيقاً لمقتضى السلامة، فنجم عن هذا إفراغ العقد من محتواه الحقيقي، نتيجة لفقدانه أحد ضوابطه الأساسية و المتمثلة في « مبدأ الأثر النسبي للعقود »⁽⁴⁾، و الذي يشهد حالياً إفراغاً من محتواه⁽⁵⁾، و ذلك في ظل السياسة المنتهجة من قبل القضاء و التشريع، « لإقحام الأذرع المكسورة و جثث الموتى في نطاق المسؤولية العقدية »⁽⁶⁾.

31. و قد حمل لواء هذه السياسة ابتداءً القضاء الفرنسي، حينما سعى جاهداً إلى توسيع دعوى ضمان العيوب الخفية-*garantie des vices cachés*- لمساءلة المنتج، و تمكين المضرور جراء المنتجات المعيبة من اقتضاء حقه من المنتج، و ذلك بالرغم من ارتكاز هذه الدعوى في الأصل على فكرة عدم الصلاحية للعمل-*inaptitude à l'usage*- وفقاً لمعيار وظيفي-*critère fonctionnel*، أكثر من ارتباطها بعيب السلامة-*défaut de sécurité*، و على الرغم من طابعها المقيد لأنها لا تفيد سوى المتعاقدين-*cocontractant*-⁽⁷⁾.

32. فسار القضاء الفرنسي تدريجياً، بغرض إفادة شريحة واسعة من المضرورين جراء المنتجات المعيبة، نحو توسيع نطاق الضمان، ليستفيد منه مضرورون لا تربطهم بالشخص المسؤول علاقة تعاقدية، كأفراد عائلة المتعاقد أو جيرانه أو متعاقدون من الباطن-*sous-contractants*- أو حتى المارة، و ذلك خروجاً عن المبدأ السائد هنا و المتمثل في الأثر النسبي للعقود-*principe de relativité des contrat*- المستنيط من المادة 1165 من القانون المدني الفرنسي⁽⁸⁾، و تم هذا التطور عبر مراحل:

33. كما أقرت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها⁽⁹⁾، بجواز استفادة المشتري الفرعي من دعوى الضمان بطريق مباشر-*action directe en garantie*— ضد البائع الأصلي، و استندت في حيثياتها على كون دعوى الضمان من ملحقات الشيء

(1) و هذا ما تقضي به المادة 217 من القانون المدني الجزائري.

(2) و ذلك حسب المادة 126 من القانون المدني الجزائري.

(3) على غرار مساءلة الأطراف المهنية المساهمة في عملية الإنتاج، فاعتبرت المادة 3 فقرة 7 من القانون 03-09 الخاص بحماية المستهلك و قمع الغش، مسؤولاً في هذا النطاق كل شخص طبيعي أو معنوي ساهم في عملية وضع المنتج للاستهلاك سواء كان منتجاً، مستورداً، مخزناً، ناقلاً، موزعاً بالتجزئة أو بالجملة.

(4) و هو المبدأ المقتبس من المادة 113 قانون مدني جزائري تقابلها المادة 1165 من القانون المدني الفرنسي.

(5) Noureddine TERKI, *Les Obligations : responsabilité civile et régime général*, précité, n°30, p.30.

(6) و هي مقولة العميد Jean CARBONNIER عند وصفه للسياسة القضائية الهادفة إلى إعمال النظام التعاقدى لضمان سلامة الأشخاص أو ما يسمى ب « contractualisation de la sécurité », أنظر عن هذا : محمد رايس، *المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري*، المرجع السابق، ص.403، و كذلك: قادة شهيدة، *المسؤولية المدنية للمنتج: دراسة مقارنة*، المرجع السابق، ص.145.

(7) Florence TARTANSON, *Les risques de développement dans la responsabilité des fabricants: étude comparative*, Mémoire Maitrise, institue droit comparé, MC Gill, Montréal, 1990, p.48.

(8) Florence TARTANSON, *Les risques de développement dans la responsabilité des fabricants*, précitée, p.48.

(9) Cass.com. 27 avril 1971, *JCP*, 1972, II. 17280, 1^{ère} espèce, note BOITARD et RABUT.

المبيع فتنتقل معه⁽¹⁾، و طُبِّقَ هذا الحكم أولاً بصدد العقود المتجانسة-contrats homogènes- كالبيع المتعاقبة مثلاً⁽²⁾، ثم امتد إلى مجال العقود غير المتجانسة-contrats hétérogènes⁽³⁾، وذلك بالاستناد على فكرة مجموع العقود المتعاقبة- ou ensemble contractuel groupe de contrats⁽⁴⁾.

34. كما شهد من جهته مسار القضاء الأمريكي في مجال مسؤولية المنتج، و الذي انتهى إلى جعل دعوى الضمان العقدية و المسماة «Warranty»⁽⁵⁾، مصدراً مستقلاً -source autonome- في مجال مسؤولية المنتج، و آلية فعالة تسعف ضحايا المنتجات المعيبة، متعاقدين كانوا أم أغيار⁽⁶⁾.

35. خاصة إذا ما علمنا، أن هذه الدعوى ذات الطابع التعاقدية، تسخر بميزة جوهرية في ظل القانون الأمريكي، كونها تنبني على نظام موضوعي للمساءلة-strict liability-، يُرتب مسؤولية الطرف المتعاقد المخل من دون ثبوت خطأ في جانبه، كل ما في الأمر أن هذه الدعوى لا تفيد إلا المتعاقدين و تنقيد بينهم، طبقاً لمبدأ هنا و هو الأثر النسبي للعقود-Privity of contracts⁽⁷⁾.

36. و هو الأمر الذي أدى بالقضاء الأمريكي، بغرض إفادة شريحة واسعة من المضرويين، أولاً إلى توسيع مفهوم النسبية-The Notion of Privity⁽⁸⁾، ثم بإلغائها تدريجياً⁽⁹⁾، لتصبح آلية فعالة بيد المتعاقدين و الأغيار على حد سواء، و انطلاقاً من هذا جنح القضاء الأمريكي نحو توحيد طبيعة القواعد الناظمة لمسؤولية المصنعين و المنتجين، و ذلك بالأخذ من مزايا النظامين العقدي و التقصيري، فأخذ عن الأول الصرامة في المساءلة و عن الثاني الامتداد و التوسّع في نطاق التطبيق⁽¹⁰⁾.

(1) حيث جاء في حيثيات قرار الغرفة التجارية: «Considérant que l'action directe été accessoire à la chose transmise».

(2) Cass.civ. 1^{ère}, 9 oct. 1979, Bull.civ, I, n°241.

(3) كحالة عقد بيع يتبعها عقد إيجار، و كان ذلك في قرار للغرف المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسي: Ass.Plén. 7 fév. 1986, D, 1986, juris. 293.

(4) Florence TARTANSON, *précité*, p.48.

(5) و هي عبارة عن إقرار حول الصفات و الخصوصيات التي يتمتع بها المبيع ناتج عن اتفاق صريح أو ضمني مبرم بين البائع و المشتري، منها ضمان مطابقة المبيع و استجابته للأغراض التي أنشأ من أجلها أو ما يسمى بضمان القابلية للتسويق «warranty of merchantability» و هناك أيضاً ضمان صلاحية المبيع و مطابقته لاستعمال خاص أو ما يسمى ب «warranty of fitness for a particular purpose», voir: Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *Les lendemains de l'arrêt Kravitz: la responsabilité du fabricant dans une perspective de réforme*, Les Cahiers de Droit, 5, 1980-21, p.21,

(6) Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *Les lendemains de l'arrêt Kravitz*, art. Préc, p.21.

(7) Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *Les lendemains de l'arrêt Kravitz*, art. Préc, p.22.

(8) و ذلك بتفسير موسع لمفهوم النسبية لإدخال شريحة واسعة من الأشخاص الذين كانوا في مقربة من المنتج و ترتيب رابطة عقدية بينهم و بين الصانع، و كان ذلك في قضية: Peterson V. Yanib Rubber, 353 P. (2d) 575 (1960)، كما أقر القضاء الأمريكي في هذا الشأن بوجود عقد استعمال ضمني بين الصانع و المشتري و حتى أقره و ذلك لإتاحة فرصة المتابعة من طرف هذه الشريحة، أنظر عن هذا:

Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *précité*, p.16.

(9) كما في قضية: Greenman V. Yuka Power: Henningesen V. Bloomfield and Chrysler, 32 N.J. 358, 161 (2d) 69 (1960) Prod. Inc., 59 Cal Rptr 697 (1963) -

(10) Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *Les lendemains de l'arrêt Kravitz*, art. Préc, p.22.

المبحث الثاني- الدعوة إلى الاعتراف بالطبيعة الموحدة لمسؤولية المهنيين

37. يبدو أنه في ظل عدم وجود بناء قانوني خاص يكفل مساءلة الأطراف المهنية عمّا تحدّثه نشاطاتهم من أضرار، اتجه القضاء نحو الاتكاء على القواعد العامة للمسؤولية المدنية، من خلال تطويعها و التوسع في تفسيرها، إلّا أنه لم ينته ذا المسار دون تسجيل عجز في الحلول المستخلصة من النظام المزدوج للمسؤولية المدنية (الفرع 1) هذا ما دفع الفقه و القضاء للدعوة إلى ضرورة تناول توحيد طبيعة القواعد الحاكمة للمسؤولية المدنية المهنيين (الفرع 2).

الفرع الأول: الاختلالات الناتجة عن أعمال التفرقة الثنائية في المجال المهني

38. حيث تجدر الإشارة في هذا الصدد، أنه أعتبر ميدان المسؤولية المدنية للمهنيين بصفة عامة، من ضمن المجالات التي شهدت مجالاً واسعاً من التعقيد و التفاوت و عدم الاستقرار القانوني، و الناجم عن التطبيق الصارم للتفرقة التقليدية و الثنائية في نظام المسؤولية المدنية (التقصيرية و العقدية)، و ذلك يرجع بالدرجة الأولى إلى خصوصية الالتزام المهني، و الذي قد يرتب الإخلال به أضراراً بأشخاص تربطهم علاقة تعاقدية بالطرف المهني أو بالأغيار على حد سواء، و من ثم يصبح أمراً لا مبرر له الاختلاف في النظام القانوني المطبق لمجرد التباين في الظروف التي وقع فيها الضرر أو في صفة المضرور، خاصة إذا ما علمنا أن مثل هذه الملابس غالباً ما تكون نتاج الصدفة⁽¹⁾.

39. وفي هذا الشأن لاحظ الأستاذ A.TUNC، النتائج غير المقبولة و اللامنطقية التي أدى إليها أعمال التفرقة التقليدية و الثنائية في مجال المسؤولية المهنية، و ذلك نظراً لوجود التزامات تقع على الأطراف المهنية، و التي ترتبط في الأصل بجوهر النشاط المهني و طبيعته و بغض النظر عن وجود رابطة تعاقدية سابقة، لذلك فإنه يصبح من غير المستساغ أن تختلف طبيعة الدعوى التي يستعين بها المضرور، بين الحالة التي يكون له فيها صفة المتعاقد و بين الحالة التي يكون فيها من الأغيار، مع أن النشاط المهني قد يكون منشأً للخطر نفسه بالنسبة للمتعاقدين و الغير على حد سواء⁽²⁾.

40. فهذا هو الشأن مثلاً في مجال حوادث العمل، فالالتزام العام الذي يقع على رب العمل بالمحافظة على شخصية العامل و ضمان سلامته الجسدية، يبدو شروطاً في الأصل بطبيعة النشاط المهني أكثر من ارتباطه بعقد العمل نفسه، باعتباره التزاماً جوهرياً لا يشكك في وجوده أي من المتعاقدين، مع العلم أن المحيط التعاقدية-contractuel- الذي وقع فيه الفعل الضار، هو من الملابس التي وقع فيها الحادث و التي لا تأثير لها على الواجب العام⁽³⁾.

41. و هذا الأستاذ قادة شهيدة⁽⁴⁾، يرى الاختلاف غير المبرر في معاملة المضرورين جراء المنتوجات المعيبة، بالنظر إلى طبيعة نظام المسؤولية المدنية المزدوج المطبق، و الذي يؤدي إلى تفاوت غير مقبول في معاملة المضرور، لمجرد اختلاف الظروف التي يقع فيها الضرر و بحسب ارتباط المضرور بعلاقة عقدية أم لا مع المسؤول.

(1) Geneviève VINEY, *Traité droit civil, introduction à la responsabilité*, précité, n°243, p.445.

(2) André TUNC, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, Torts, chap.1, introduction, n°44, pp.25-26.

(3) Pierre WESSNER, *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*, Travaux du « GRERCA », travaux de séminaire du 27-28 nov. 2009, pp.8-9. Voir :

<http://grerca.univ-rennes1.fr/theme/travaux>

(4) قادة شهيدة، *المسؤولية المدنية للمنتج: دراسة مقارنة*، دار الجامعة الجديدة، 2007، الإسكندرية، ص.128.

42. و شكل ميدان المسؤولية الطبية أيضاً، مصدرراً لتفاوت غير مقبول في معاملة المضرورين جراء الحادث الطبي، و ذلك نتيجة لإعمال التفرقة الثنائية بين الدعوى العقدية و الدعوى التقصيرية للمسؤولية المدنية، فهذا الأستاذ Jean CALAIS-AULOY يستكشف التراوح غير المبرر في الجزاء المترتب عن الإخلال بواجب الإعلام الطبي، و ذلك نتيجة لاستعمال معيار زمني و كرونولوجي-chronologique-، فيكيف الدعوى بالتقصيرية إذا ما وقع الإخلال في المرحلة قبل التعاقدية-phase précontractuelle- أو بالعقدية إذا وقع الإخلال بعد تمام العقد، و هو معيار لا يخلو من الانتقاد و يدعو لتفاوت غير منطقي في معاملة المضرور⁽¹⁾.

43. حيث شهد القضاء الفرنسي⁽²⁾ في انقلاباً تاريخياً فيما يخص الطبيعة القانونية لدعوى المسؤولية الطبية، ليس فقط في حالة المسؤولية الناجمة عن خطأ في الإعلام الطبي و لكن في نظام المسؤولية الطبية بمجملها⁽³⁾، كما بينه بصفة جلية الأستاذ P.JOURDAIN⁽⁴⁾.

44. و قد فسر هذا الأستاذ، تحول القضاء الفرنسي في تكييفه لطبيعة المسؤولية المدنية الطبية، و التي تم سابقاً إرساء طابعها التعاقدية بموجب قرار MERCIER⁽⁵⁾، و ذلك بالارتكاز على الطابع المهني و القانوني-caractère professionnel-déontologique et légal- الذي تختص به الالتزامات الطبية، و التي تقع على كاهل الطبيب لا بصفته متعاقداً و لكن باعتباره مهنيّاً في المجال الطبي، بحيث تسموا هذا الالتزامات ذات الطابع المهني على الرابطة العقدية، و تفرض نفسها و لو في غياب العقد، و ترتب مسؤولية قانونية مهنية غير تعاقدية-responsabilité professionnelle extracontractuelle- في حالة الخطأ الفني كما في حالة الخطأ الأخلاقي⁽⁶⁾.

45. كما أعتبر الأستاذ محمد رايس⁽⁷⁾، بأن التراوح المشهود من قبل الفقه و القضاء، في تكييفهم للطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية، إنّما يدل على عدم مطابقة نظام المسؤولية المدنية المزدوج مع ميدان المسؤولية المهنية عموماً و الطبية خصوصاً، و هو الأمر الذي حال دون ضبطهم للحدود الفاصلة بين المسؤوليتين العقدية و التقصيرية.

46. كما أكد نفس الأستاذ، على عدم كفاية قواعد المسؤولية العقدية من أجل ضمان احترام الالتزامات الطبية، و ذلك نظراً لارتباط هذه الأخيرة بالنظام العام، و ذلك على خلاف الالتزامات العقدية الأخرى و التي تخضع عموماً لمبدأ الحرية التعاقدية⁽⁸⁾، في حين أن الالتزامات الطبية تُقتبس أساساً من صُلب أخلاقيات المهنة-الإطار المهني- لا من الشكل الذي تُفرغ فيه - العقد -، و هي بذلك قواعد عامة و مجردة ذات طابع اجتماعي، و مقترنة بجزاء⁽⁹⁾.

(1) Françoise ALT-MAES, *L'information médicale au cœur de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, R.D.S.S, 1994, p.389.

(2) Cass.civ 1^{ère}, 14 oct. 2010, n°09-69.195, D. 2010. 2682, obs. I.GALLMEISTER, note P.SARGOS.

(3) و ذلك تثبيتاً لقرار سابق لمحكمة النقض الفرنسية أكد على الطابع غير التعاقدية لدعوى المسؤولية الطبية: Cass.civ 1^{ère}, 28 janv. 2010, n°09-10.992, D. 2010. 1552, note P.SARGOS.

(4) Patrice JOURDAIN, *Le changement de nature de la responsabilité médicale ?*, RTD.Civ, 1-2011, pp.128-131.

(5) *Arrêt Mercier*, Cass. Civ. 1, 20 mai 1936. D. 1936, 1, p.88, conclu. MATTER, rapp. JOSSERAND

(6) Patrice JOURDAIN, *Le changement de nature de la responsabilité médicale*, art. Préc., p.129.

(7) محمد رايس، *المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري*، المرجع السابق، ص.407.

(8) محمد رايس، *المرجع السابق*، ص.404.

(9) محمد رايس، *المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري*، المرجع السابق، ص.405.

47. ولقد سار القضاء الجزائري مؤخراً⁽¹⁾، نحو تكريس الطابع المدني للالتزامات الطبيب، بالتركيز على المصدر الأخلاقي-*déontologique* و المدني-*professionnel* لهذه الالتزامات، وعدم الالتفات إلى مصدرها العقدي أو التقصيري، حينما أقرت الغرفة المدنية على مستوى المحكمة العليا، بأنه «...يقع على عاتق الطبيب التزام مهني ببذل الجهود الصادقة التي تتفق و الظروف القائمة و الأصول العلمية الثابتة...و أن التزامه هذا يمليه عليه ضميره و أخلاقيات مهنته...كما أن الإخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ طبياً مسؤوليته الطبية الناتجة عن التقصير في مسلك الطبيب».

48. و في هذا السياق، توصل أحد الأساتذة من خلال رسالته القيمة، و التي خصها بدراسة الواقعة المرتبة للمسؤولية العقدية-*Le fait générateur de la responsabilité contractuelle* -⁽²⁾، بأن الالتزامات المدمجة في العقود المهنية عموماً، و التي غالباً ما تكون غير مُدرجة في العقد بصفة اتفاقية، بل تكون ناتجة عن حركة التطوع-*forçage du contrat*-⁽³⁾، إنما تعتبر في جوهرها « شبه التزامات عقدية *pseudo-obligations contractuelles* » تميزها عن الالتزامات العقدية المحضبة - *obligations contractuelles proprement dites* -، و ذلك لكونها التزامات لا تهدف في المقام الأول إلى تحقيق هدف تعاقدي-*objectif contractuel*، بل أن المراد منها توظيف العقد لتحقيق وظيفة تعويض أضرار، بالرغم من ارتباط هذه الوظيفة في الأصل بمجال المسؤولية التقصيرية، كما يترتب عن هذا أيضاً، أن التعويض المستحق في حالة عدم تنفيذها يقترب من التعويض الممنوح في مجال المسؤولية التقصيرية، بالنظر إلى طابعه الإصلاحي و المتمثل في إرجاع المضرور إلى الحالة التي كان عليها لو أن الضرر لم يتحقق، و خلافاً للتعويض المستحق في مجال المسؤولية العقدية، و الذي يهدف ابتداءً إلى تلبية الرغبات المشروعة للدائن، و ذلك بوضعه في الحالة المالية التي كان سيكون عليها لو أن العقد نُقِدَ⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: حاجة إلى تكريس نظام مُوحّد للمساءلة المدنية للمهنيين

49. ولعل من أهم ما يجب التركيز عليه في هذا الصدد، هو الاقتراح الذي وضعه الأستاذ J.F.OVERSTAKE، و الذي دعا فيه إلى ضرورة تناول الطبيعة القانونية لمسؤولية المنتج في إطار نظام قانوني مستقل، و الذي يبنّي على معاملة كل المتضررين من أضرار منتجات خطيرة على قدم المساواة، سواء كان تربطهم علاقة تعاقدية مع المسؤول عن الضرر أم لا، و ذلك في إطار الرؤية المستقبلية لنظام مسؤولية المنتج، و التي من شأنها مواجهة القصور الذي أبدته الحلول المأخوذة من القواعد العامة للمسؤولية بطابعها المزدوج، و التي كانت مثار نقد كبير⁽⁵⁾.

50. وهو ذات المسعى الذي دعا إليه الأستاذ Philippe REMY، و ذلك لمواجهة حالة عدم الاستقرار التي تسود قواعد مسؤولية المهنيين، فأقر أنه بيد المشرع سلطة تقديرية واسعة، تؤهله لإنشاء طوائف من المسؤوليات القانونية و التي لا يعدو

(1) حكم المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 399828، مجلة المحكمة العليا، 2008، ص.ص.175-178.

(2) Marianne FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle: contribution à la théorie de l'inexécution du contrat* (sous direct. Ph. REMY), thèse Doctorat, L.G.D.J, Paris, 2003.

(3) و أقر الأستاذ بجواز تسمية هذه الالتزامات ب « شبه الالتزامات العقدية *pseudo-obligations contractuelles* » ذات طابع تعويضي أو إصلاحي -*à but indemnitaire* -، أنظر في هذا: Marianne FAURE ABBAD, *thèse. Précité*, p.494.

(4) Marianne FAURE ABBAD, *ibidem*.

(5) قادة شهيدة، *المسؤولية المدنية للمنتج: دراسة مقارنة*، دار الجامعة الجديدة، 2007، الإسكندرية، ص.ص.132-133.

من الضروري إدراجها وتصنيفها ضمن أحد النظامين العقدي والتقصيري لتلبية لتقسيم تقليدي ونظري، وذلك من خلال الإقرار بوجود أنظمة قانونية ذات طبيعة موحدة⁽¹⁾.

51. و ذات الدعوى أكد عليها الأستاذ A.TUNC، حين تبين له من خلال دراسته المعمقة لمختلف الأنظمة القانونية المقارنة⁽²⁾، وجود مفارقات غير مبررة في معاملة المضرورين جراء النشاطات المهنية، و الناتجة من إعمال التفرقة الثنائية بين المتضررين الذين تربطهم علاقة عقدية بصاحب النشاط و بين فئة الأغيار، و ذلك بالرغم من وحدة مصدر الخطر هنا و هو النشاط أو الإطار المهني-cadre professionnel-، فألح هذا الأستاذ على رؤيته المأمولة و الهادفة إلى توحيد القواعد المطبقة على نوعي المسؤولية المدنية في المجال المهني-*The desirable unification of rules governing the 2 heads of liability in the professional field*.

52. و هو الإجراء الذي اعتبره الأستاذ P.JOURDAIN⁽³⁾، كفيلاً لاستبعاد هذا التفاوت في نظام مسؤولية المهنيين، و ذلك من خلال تعويض المضرورين جراء الأضرار الناشئة من الأنشطة المهنية، دون تمييز بين المتعاقدين و الغير و توحيد القواعد المطبقة عليهم، و كذلك الأستاذة G.VINEY⁽⁴⁾.

53. كما ألفت الأستاذة G.VINEY، تجسيداً لنظام موحد للمسؤولية المدنية في المجال الطبي، على ضرورة إنشاء تشريع خاص يحكم تعويض الأضرار المتأتية من الحوادث الطبية، و الذي لا يأخذ بعين الاعتبار الطابع الخاطئ-caractère fautif- أو غير الخاطئ-non fautif- لهذه الأضرار، و بغض النظر عن صفة المضرور أي كونه متعاقداً أم من الأغيار، و تلك غاية تفرضاها اليوم مقتضيات العدالة الاجتماعية-impératif de justice sociale-، سواءً في جانب المضرور أو الطبيب⁽⁵⁾.

54. و من اللافت للملاحظة هنا، وجود مؤشرات قانونية مؤخراً، على المستوى الأوروبي⁽⁶⁾ و الفرنسي⁽⁷⁾، تدل على وجود استجابة على المستوى التشريعي و القضائي للمسعى الذي يبادر به الفقه، و ذلك من خلال السعي نحو التقريب بين نظامي المسؤولية المدنية خاصة في مجال مسؤولية المهنيين.

(1) « ...est que le législateur, qui peut tout faire, nous fabrique des –responsabilités légales- qu'il ne faudrait pas chercher à faire rentrer à tous prix dans les deux catégories contractuelle ou délictuelle ...pour respecter une simple classification abstraite et théorique, pour consacrer des régimes de responsabilité uniforme », voir : Eric SAVAUX, *La fin de la responsabilité contractuelle ?*, RTD.Civ, 1-1999, n°21, pp.13-14.

(2) André TUNC, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, Torts, chap.1, introduction, n°44 et 46, pp.25-28.

(3) Patrice JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2000, p.43

(4) Geneviève VINEY, *Traité droit civil, introduction à la responsabilité*, précité, n°244, p.449.

(5) Geneviève VINEY, *Pour une loi organisant l'indemnisation des victimes d'accident médicaux*, Méd. & dr. éditorial, Elsevier, 1997-24 :1, p.1.

(6) فشهدت الدول الأوروبية تياراً حديثاً يسعى إلى تحقيق التقارب و الانسجام بين الأنظمة الأوروبية للمسؤولية المدنية، لإنشاء نظام مقبول من لدن كافة الدول لاسيما من خلال التوحيد بين نظامي المسؤولية المدنية العقدية و التقصيرية، فظهرت فِرَق و مجموعات للأبحاث في هذا المجال منها: المجموعة الأوروبية حول المسؤولية المدنية *European Group on Tort Law* أو المجموعة الأوروبية حول المسؤولية المدنية و التأمين GRERCA و كذلك مشروع القانون المدني الأوروبي Von Barr، للاضطلاع على أبحاث هذه الفرق أنظر المواقع الآتية:

<http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/288/PETLFrench.pdf>

(7) فهذا المشروع الأولي حول تعديل القانون المدني الفرنسي CATALA و بالرغم من اعترافه بالتقسيم التقليدي بين المسؤولية العقدية و التقصيرية، إلا أنه منح المضرور رخصة الخيار بين ما هو أنسب له من الدعوى التقصيرية أو العقدية في حالة الضرر الجسماني وذلك حسبما قضت به المادة

55. كما كان التوجيه الأوروبي رقم 85-374 المؤرخ في 25 جويلية 1985 الخاص بالتعويض عن حوادث المنتجات⁽¹⁾، أول تشريع ساهم في إقرار نظام مسؤولية المنتج بقوة القانون-de plein droit- يتجاهل تلك التفرقة التقليدية بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية، لأن خطر المنتجات المعيبة يهدد فئة واسعة من المتعاقدين والأغيار⁽²⁾، تلاه بعد ذلك القانون رقم 98-389 و المدمج في القانون المدني الفرنسي في بند -IV bis- و المتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، و الذي أسس لنظام موحد لمسؤولية المنتج و الصانع، و المطبق على كل ضحايا نقص الأمان في المنتجات، متعاقدين كانوا أم أغيار⁽³⁾.

56. هذا، و كرست المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري، مسلك المشرع الجزائري في الأخذ بمفهوم موسع للمضور أو الضحية، و هو كل شخص يتدمر في شخصه أو ماله و حتى و لو لم تربطه بالمنتج علاقة تعاقدية، و هو ذات المسلك المعتمد في القوانين الأمريكية و الأوروبية التي تسعى إلى جعل مسؤولية المنتج، مسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة مركزة على ضحايا المنتوجات-courant victimologique-، من دون التركيز على مركزهم التعاقدية أو صفتهم القانونية⁽⁴⁾.

57. وهو القانون الذي اتفق أغلب الفقه الفرنسي على خصوصيته، من حيث أنه أسس لنظام للمسؤولية ذو طابع قانوني - responsabilité légale-⁽⁵⁾، عام-général-⁽⁶⁾، و يتمتع بخاصية مميزة-spécifique- من حيث أنه يستبعد-transcende- ذلك التقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية-dichotomie-، القائم بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية⁽⁷⁾، و يجعله نظاماً للمسؤولية من جنس خاص -sui generis-⁽⁸⁾، تسري قواعده على كل المضورين متعاقدين أو أغيار بصفة مماثلة⁽⁹⁾.

58. و هو ذات القانون الذي اعتبره أحد الفقه⁽¹⁰⁾، بأنه يمثل امتداداً لتوجه تشريعي سائد، حمل عدة تعديلات و تحولات على نظام المسؤولية المدنية، مدفوعاً نحو إرساء نظام للمسؤولية يتميز بثلاث مميزات أساسية: استبعاد التفرقة

1341 فقرة منه: « Toutefois, lorsque cette inexécution provoque un dommage corporel, le cocontractant peut, pour obtenir réparation de ce dommage, opter en faveur des règles qui lui sont plus favorables », voir : Véronique WESTER-OUISSÉ,

Responsabilité délictuelle et contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale, RTD.Civ, 2010, n°28, p.428.

(1) Relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des états membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, JOCE, n° L 210, 7 aout 1985.

(2) Philippe LETOURNEAU, **Responsabilité civile en générale**, Rép.civ.Dalloz sept. 2001, n°29.

(3) قادة شهيدة، **المسؤولية المدنية للمنتج: دراسة مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، 2007، الإسكندرية، ص.134.

(4) قادة شهيدة، **إشكالية المفاهيم وتأثيرها على رسم ملامح النظام القانوني لمسؤولية المنتج: دراسة مقارنة في القانون الجزائري والمقارن**، مجلة الدراسات القانونية، مخبر القانون الخاص، عدد 9، ص.11.

(5) Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCK, **Les obligations**, éd. Defrénois, 2003, n°301, p.158.

(6) François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, **Droit civil : les obligations**, 6^{ème} éd., Dalloz, n°987.

(7) Jacques FLOUR, Jean Luc AUBERT et Eric SAVAUX, **Les obligations, Le fait juridique**, 8^{ème} éd. Armand Colin, n°298, p.279.

(8) و هو مصطلح قانوني ذو أصل يوناني يعني « من جنس خاص أو من نوع خاص de son espèce-de son propre genre »، يُوظف في المجال القانوني للدلالة على أي عقد أو منظومة أخرى لا يمكن إدراجها ضمن أي من التصنيفات المسماة المعمول بها، و ذلك على غرار عقد الفندقية hôtellerie الذي يتشكل من عدة عقود أخرى مسماة (إيجار و وديعة و بيع في نفس الوقت) و يجعله عقداً غير مسعى، أنظر عن هذا Jean PIERRE SCARANO, **Dictionnaire des obligations**, éd. Ellipses, 1999, p.271.:

(9) Gaël COFFINET-FRETIGNY, **L'indemnisation des dommages causés par une chose en matière contractuelle**, thèse Doctorat, université Reims, 2008, n°297-298, p.158.

(10) François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, **Droit civil : les obligations**, 6^{ème} éd., Dalloz, n°945, p.765.

التقليدية للمسؤولية المدنية (العقدية و التقصيرية)، الاتجاه نحو تأسيس موضوعي و إقرار مبدأ أولوية تعويض الأضرار اللاحقة الأشخاص (الأضرار الجسمانية) على الأضرار اللاحقة بالأموال.

59. ولعله ذات التوجه المغدّي لمجال المسؤولية المدنية الطبية، دفع أحد الأساتذة⁽¹⁾ إلى إقرار التمرد المشهود للمسؤولية المهنية الطبية عن التقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية، و استشعر ضرورة مُلحة تقتضي إزالة تلك التفرقة في المجال الطبي خصوصاً و المهني عموماً، و ذلك من خلال الاعتراف باستقلالية نظام المسؤولية المهنية الطبية⁽²⁾.

60. ذلك أن المسؤولية الطبية لا تترتب فقط نتيجة الإخلال بالتزام عقدي احتواه العقد، أو نتيجة للإخلال بالواجب العام المتمثل في واجب الحيطة و الحذر و التبصر، إنما تنشأ عن الإخلال بالواجبات المهنية التي تتضمن قواعد المهنة، و التي تُعدُّ مصدرراً لالتزامات المهنيين و منهم الأطباء، و هذه حقيقة عملية تستدعي كسر ذلك الطوق الصلب القائم على ثنائية المسؤولية-عقدية و تقصيرية-، في المجال المهني⁽³⁾.

61. و نفس الفناعة أدركتها الأستاذة F.ALT-MAES، نتيجة للتراوح غير المبرر في الجزاء المترتب عن الإخلال بواجب الإعلام الطبي، و ذلك بالنظر إلى ارتباط هذا الجزاء بالمرحلة التي وقع خلالها إخلال المدين المسؤول بواجب الإعلام، و اقترحت هذه الأستاذة ضرورة الاعتراف باستقلالية هذا الالتزام بالنظر إلى كونه التزاماً يهدف في المقام الأول إلى حماية الضعيف في العلاقة القانونية، و ضرورة إقرانه بقانون الاستهلاك و ذلك على غرار الالتزام بالسلامة، باعتبارهما التزامين يندرجان تحت لواء « النظام العام للحماية l'ordre public de protection »، مما يستوجب أقرار انفصالهما العقد و المسؤولية العقدية⁽⁴⁾.

الخاتمة:

62. لعله اتضح لنا من التحليل السابق لمسألة التقسيم الثنائي لأحكام المسؤولية المدنية في النطاق المهني، وجود بعض الاختلالات السابق ذكرها والتي يمكن ارجاعها لخصوصية الالتزام المهني عموماً، والذي يستمد مصدره من المهنة دون مراعاة نشأته التعاقدية أو غير التعاقدية، من هذا المنطلق جاز اقتراح بعض الاصلاحات على هذا النظام أهمها:

- ضرورة تعزيز الحماية المقررة لضحايا الحوادث المهنية بإقرار واجب كل طرف مهني في الاستجابة لمخاطر نشاطه اتجاه ضحاياه متعاقدين كانوا أم أغيار.

- ضرورة التفكير في امكانية إزالة التفرقة بين المضرور المتعاقد و المتضررين الأغيار في المجال الطبي، و ذلك من خلال الاعتراف باستقلالية نظام المسؤولية المهنية الطبية.

- استبعاد التفرقة التقليدية للمسؤولية المدنية في مجال التعويض عن الأضرار الجسمانية التي يتسبب في احداثها المهني، حماية لضحايا هذه الفئة.

(1) محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.402.

(2) محمد رايس، المرجع السابق، ص.404.

(3) محمد رايس، المرجع السابق، ص.404.

- ضرورة معاملة كل المتضررين من أضرار منتجات الخطيرة على قدم المساواة، متعاقدين كانوا أم أغيار، و ذلك ما تجسد من خلال النظام الذي أقره التشريع الجزائري في المادة 140 مكرر من القانون المدني.

-المراجع باللغة العربية:

إبراهيم محمد دسوقي، *تقدير التعويض بين الخطأ والضرر*، مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع و النشر و التوزيع، الإسكندرية، مصر، د.ت.

بن رقية بن يوسف، *العلاقة بين نظامي المسؤولية المدنية ومدى جواز الخيرة بينهما في القانون المدني الجزائري: دراسة موازنة* (ت.إ.دكتور محمد حسنين)، رسالة ماجستير في العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر.

علي علي سليمان، *نظرات قانونية مختلفة*، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

قادة شهيدة، *إشكالية المفاهيم وتأثيرها على رسم ملامح النظام القانوني لمسؤولية المنتج: دراسة مقارنة في القانون الجزائري والمقارن*، مجلة الدراسات القانونية، مخبر القانون الخاص، عدد 9.

قادة شهيدة، *المسؤولية المدنية للمنتج: دراسة مقارنة*، دار الجامعة الجديدة، 2007، الإسكندرية.

محمد حسنين، *الوجيز في نظرية القانون في القانون الوضعي الجزائري*، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

محمد رايس، *المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري*، دار هومه، الجزائر، 2007.

-المراجع باللغة الأجنبية:

André TUNC, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, Torts, chap.1, introduction, n°44.

Denis TALLON, *L'inexécution du contrat : pour une autre présentation*, RTD.Civ, 1994.

Eric SAVAUX, *La fin de la responsabilité contractuelle ?*, RTD.Civ, 1-1999, n°10.

Florence TARTANSON, *Les risques de développement dans la responsabilité des fabricants : étude comparative*, Mémoire Maitrise, institue droit comparé, MC Gill, Montréal, 1990.

François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, 6^{ème} éd., Dalloz.

Françoise ALT-MAES, *L'information médicale au cœur de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, R.D.S.S, 1994.

Gaël COFFINET-FRETIGNY, *L'indemnisation des dommages causés par une chose en matière contractuelle*, thèse Doctorat, université Reims, 2008.

Geneviève VINEY, *Pour une loi organisant l'indemnisation des victimes d'accident médicaux*, Méd. & dr. éditorial, Elsevier, 1997-24.

Geneviève VINEY, *Traité droit civil, introduction à la responsabilité* (sous direct. J.GHESTIN), 2^{ème} éd., L.G.D.J., 1995.

Jacques FLOUR, Jean Luc AUBERT et Eric SAVAUX, *Les obligations, Le fait juridique*, 8^{ème} éd. Armand Colin.

Jean CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTD.Com, 1994.

Jean CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTD.com, 1994.

Jean PIERRE SCARANO, *Dictionnaire des obligations*, éd. Ellipses, 1999.

Laurent BETEILLE et Alain ANZIANI, *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires*, Dalloz, *chron.*, 2009.

Laurent LEVENEUR, *Le forçage du contrat*, Revue Droit et Patrimoine, n°58, 1998.

Marianne FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle : contribution à la théorie de l'inexécution du contrat* (sous direct. Ph. REMY), thèse Doctorat, L.G.D.J, Paris, 2003.

Noureddine TERKI, *Les Obligations : responsabilité civile et régime général*, O.P.U, 1982.

Patrice JOURDAIN, *Le changement de nature de la responsabilité médicale ?*, RTD.Civ, 1-2011.

Patrice JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2000.

Philippe LETOURNEAU, *Responsabilité civile en générale*, Rép.civ.Dalloz sept. 2001, n°29.

Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, éd. Defrénois, 2003, n°301.

Philippe REMY, *La Responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept*, RTD.Civ, 1997.

Pierre WESSNER, *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*, Travaux du « GRERCA », travaux de séminaire du 27-28 nov. 2009.

Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *Les lendemains de l'arrêt Kravitz: la responsabilité du fabricant dans une perspective de réforme*, Les Cahiers de Droit, 5, 1980-21.

Yves-Marie LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004.

التعددية النقابية في الجزائر، بين الاطلاق والتقييد

الدكتور خليفي عبد الرحمان، المدرسة العليا للضمان الاجتماعي، الجزائر العاصمة
خبير قانوني على مستوى ندوة جامعات الشرق الجزائري ونائب رئيس تحرير مجلة الاقتصاد والقانون

الملخص

يعتبر موضوع النشاط النقابي من أهم المواضيع التي شغلت ومازالت تشغل السياسيين والباحثين والشركاء الاجتماعيين، وانقسمت الآراء الى فريق يرى أن الوحدة النقابية هي أساس التنمية الاقتصادية، وفريق آخر لا يتصور تطورا للاقتصادي ولا تكريسا للسلم الاجتماعي إلا في ظل تعددية نقابية، تقوم على التنافس بين التنظيمات النقابية، وتجعل من الدولة حارسة لا متدخلة بما يحقق الاستقلالية التامة للتنظيمات النقابية وتشكيلها بطريقة ديمقراطية.

تخلى المشرع الجزائري بعد صدور دستور 1989 نهائيا عن فكرة الوحدة وسمح بالتعددية النقابية، وهذا ما استلزم استصدار القانون 90-14 المؤرخ في 02 جوان 1990 المعدل والمتمم، الذي حدد الإطار العام وشروط ممارسة الحق النقابي، ونفس المسلك ثبتته المؤسس الدستوري في أحكام دستور 1996 المعدل في 2016.

ولأن كانت النصوص تكرس التعددية النقابية والسلطة أفصحت عن نيتها في الالتزام بتعهداتها الدولية إلا أن الواقع بين وجود بعض التجاوزات والتخوف من إطلاق المجال النقابي.

سنسلط على الضوء على الممارسة النقابية في الجزائر ومدى مساهمتها في تحقيق تنمية مستدامة وتوفير السلم الاجتماعي المنشود.

الكلمات المفتاحية:

-الممارسة النقابية-تعددية نقابية-وحودية نقابية-نقابة تمثيلية-نقابة أكثر تمثيلا-منازعة نقابية-تنظيم نقابي-إطار نقابي-تقييد-إطلاق-تعهدات دولية.

L'exercice du droit syndical en Algérie, entre la liberté et la restriction

Résumé

L'activité syndicale revêt une extrême importance dans le monde du travail et caractérise le respect des droits constitutionnels en matière de droit social.

L'Algérie et après la publication de la Constitution de 1989 a renoncé à l'idée de l'unicité de façon permanente et l'instauration du pluralisme syndical, et cela a nécessité la promulgation de la loi 90-14 du 02 juin 1990 modifiée et complétée, fixant les règles de l'exercice du droit syndical ,de même la constitution de 1996 modifiée en 2016 a maintenu le principe du pluralisme syndical, en déclarant la libre constitution et adhésion aux syndicats pour les travailleurs ainsi que pour les employeurs.

Le pouvoir en place s'est engagé pour le respect du droit syndical et ce conformément aux dispositions des conventions internationales ratifiée par l'Algérie, malgré les contraintes vécues par les organisations syndicales.

La présente étude va faire la lumière sur l'exercice du droit syndical en Algérie dans le sens de sa contribution dans la réalisation du développement durable et l'instauration de la paix sociale souhaitée.

Les mots clés:

-L'exercice syndicale-pluralisme syndical-unicité syndicale-syndicat représentatif- syndicat plus représentatif- contentieux syndical-organisation syndicale- cadre syndical- la restriction-la liberté -engagements internationaux.

مقدمة

مما لا شك فيه ان الممارسة النقابية(النشاط النقابي)تلعب دورا بالغ الأهمية في تحقيق التوازن المنشود في عالم الشغل، ولأن كانت ممارسة الحق النقابي حق من الحقوق العامة أو الدستورية التي كفلها المشرع لكل العمال والمستخدمين على حد السواء، إلا أن الدول والأنظمة انقسمت الى قسمين، فريق يرى أن التعددية النقابية هي السبيل الوحيد لتكريس الحقوق العامة، وفريق آخر يرى أن العكس هو الصحيح باعتبار أن الترابط بين فئة العمال ووحدهم لا تتجسد إلا باعتماد الوحدة النقابية وجعل الممارسة في ظل نقابة تنشئها وتدعمها الدولة دون سواها.

عاشت الجزائر التجريبتين، بحيث أنه و إلى غاية سنة 1990 حصرت الممارسة النقابية في الاتحاد العام للعمال الجزائريين اعتبارا للظروف السياسية(وحدوية حزبية)و لاقتصادية(النهج الاشتراكي) والاجتماعية(الدور الاجتماعي للدولة)، التي كانت

سائدة، لكن بعد أحداث أكتوبر 1988 وجدت السلطة نفسها مضطرة لمراجعة العديد من المسائل ومنها جانب الحقوق المهنية، وبالفعل يعتبر دستور 1989 اللبنة الأساسية في إرساء عدة حقوق سياسية ومهنية ومنها فتح المجال النقابي ورفع الحظر الذي كان مفروضا عليه بموجب دستور سنة 1976 وقانون 88-28، المؤرخ في 19 يوليو 1988 المتعلق بممارسة الحق النقابي. والجدير بالملاحظة أن فتح المجال للممارسة النقابية، و اعتماد التعددية النقابية، بما يستجيب وتطلعات عالم الشغل وفئة العمال الأجراء وأرباب العمل على حد سواء، هو في حقيقة الأمر تكريسا للتشاور والحوار المهني ويؤدي إلى الاستقرار المنشود في عالم الشغل، والتزاما بالاتفاقية الدولية التي صادقت عليها الجزائر.

أهمية الدراسة

تكمن أهمية الدراسة في وضع اليد على أهم حق مكفول دستوريا وقانونيا للعمال الأجراء وكذا موظفي القطاع الإداري والمؤسسات ذات الصبغة الادارية، والتمثل في الحق النقابي، ولكن هل أن فتح هذا المجال لكل الفئات دون استثناء ودون تقييد فيه مساس بالنظام العام، ويؤثر سلبا على استقرار الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية؟ أم أن ذلك يساهم في استقرار الأوضاع ويعطي ديناميكية في عالم الشغل، وهو ما يمكن من تحقيق استقرارا ويدفع بعجلة التنمية إلى الأمام.

وبما أن الجزائر صادقت على الاتفاقيتين الدوليتين رقم 87 و 98 الصادرتين على التوالي في سنتي 1948 و 1949 المتعلقتين بالحرية النقابية وحماية حق التنظيم، فإنها مطالبة باحترام الأحكام الواردة فيهما من حيث السماح بممارسة النشاط النقابي بكل حرية وإشراك النقابات التمثيلية في الحوار والتشاور.

وقلة الدراسات المتخصصة ذات الصلة بالممارسة النقابية تجعل من الدراسة لها أهمية خاصة، لا سيما أن الوضع يشهد تحولات على المستويين الداخلي والخارجي، وتميزت هاته التحولات باعتماد انفتاح اقتصادي، ودخول المؤسسات في وضع يقوم على المنافسة والمتاجرة، بما يعني أن الانشغال منصب على قضايا اخرى اكثر أهمية من جانب الممارسة النقابية، ولهذا فإن التوجهات والمتغيرات الحاصلة في السياسة الاقتصادية تمارس تأثيرا مستمرا على قواعد وتنظيمات قانون العمل بصفة عامة، وهذا بالنظر إلى ذلك الطابع الواقعي الذي يتميز به قانون العمل باعتباره كذلك أهم الأدوات التي تتحقق بها السياسة الاقتصادية.

ومن ثم فالترابط بين تشريع العمل و باقي التشريعات لازم و ضروري بل و حتي و لا يتوقف ترابط تشريع العمل مع باقي الفروع الداخلية بل كذلك مع المستجدات الدولية تماشيا مع ميزة التدويل التي تختص بها قواعده .

الأهداف من الدراسة

إجمالا يمكن حصر أهداف الدراسة في النقاط التالية:

- 1- تسليط الضوء ووضع اليد على أهم حق من الحقوق العامة وهو الحق النقابي وكيفية ممارسته في ظل جو اقتصادي متغير
- 2- إبراز أهمية فتح المجال النقابي وإزالة القيود والعراقيل التي تحول دون حسن ممارسته
- 3- محاولة الربط بين الممارسة النقابية والاستقرار الاجتماعي والاقتصادي، ودحض المزاعم التي تحمل التعددية النقابية كل الإشكالات التي عرفها الاقتصاد الوطني.
- 4- الوصول إلى تقييم مدى نية المشرع في ترسيخ التعددية أم أن الأمر لا يعدو أن يكون سوى نصوص تتطلب إرادة سياسية لتطبيقها وتجسيدها ميدانيا.

5-تقييم مدى التزام الجزائر بالمواثيق الدولية لا سيما الاتفاقيتين الدوليتين رقم 087 لسنة 1948 والتي صادقت عليها الجزائر في سنة 1962 و رقم 098 لسنة 1948 التي صادقت عليها الجزائر في سنة 1962، والمتعلقين على التوالي بالحرية النقابية وحماية الحق النقابي، و حق التنظيم والتفاوض الجماعي.

6-إلى أي مدى تشارك النقابات، لا سيما التمثيلية منها، في اعداد وتنفيذ خطط التنمية

الإشكالية المطروحة

ومن ثم، وبالنظر لطبيعة الدراسة، تتمثل الإشكالية في:

ما هو أثر التعددية النقابية على الوضع الاقتصادي والاجتماعي في الجزائر؟

وهل هي مكسب يجب الإشادة به و المحافظة عليه؟ أم أن الوحدة النقابية وتقييد الممارسة أنفع للعمال الأجراء في الوقت الراهن؟

المنهج المتبع

للإجابة على التساؤل(الإشكالية)المطروحة اعتمدت على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، لتكون الدراسة ليس فقط سرد للنصوص والمواد بل لكيفية قراءتها وتطبيقها ميدانيا من طرف السلطات العامة والجهات المختصة، مع إبراز دور القضاء في حماية هاته المكاسب الدستورية

وعليه قسمت الدراسة إلى المحاور التالية:

المبحث الاول: ماهية المنظمة النقابية

الحق النقابي من الحقوق المهنية الجوهرية وحمايته يتيح للمنظمات النقابية النشاط في ظل القانون والمساهمة بإيجابية في إرساء دعائم الحوار والتشاور، وعليه الحديث عن ماهية الحق النقابي يستلزم التعريف به وخصائص التنظيم النقابي وحدود الممارسة النقابية بما لا يعيق مسيرة التنمية الاقتصادية.

المطلب الأول: تعريف النقابة

لم يعرف التشريع الجزائري ولا التشريعات المقارنة النقابة وترك هذا الجانب للفقه ومن خلال التعريفات المتداولة لدى الفقهاء والباحثين، تعتبر النقابة جمعية مهنية غايتها حماية المهنة وتشجيعها والدفاع عن مصالحها والعمل على تقدمها من جميع الوجوه الاقتصادية والصناعية والتجارية، أي الدفاع عن المصالح المهنية(مادية ومعنوية)للعمال¹.

(1) حول التعريف اللغوي والاصطلاحي للنقابة، راجع كل من:

-القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، قانون العمل اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 366 وما بعدها- بن حسان

محمد، القانون الاجتماعي المغربي، طوب براس، الرباط، المغرب، طبعة 2015، ص 143

-حورية عيوش، استراتيجية الممارسة النقابية، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، قسم علم الاجتماع، جامعة الجزائر، سنة

2006، ص 25

-مناصرة سميحة، الحرية النقابية في الجزائر، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بسكرة 2012، ص 12

ومن ثم يعتبر العمل النقابي من أهم أشكال السلطات الاجتماعية التي تساهم في تطوير وترقية ممارسة الحقوق والحريات النقابية وتحقيق الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي وتمثيل العمال واتخاذ كل إجراءات أو خطوات لحماية مصالحهم المادية والمعنوية.

كما ينظر للنقابة على أنها منظمة تتكون بطريقة حرة من جماعة من العمال على وجه دائم، أو منظم لتمثيل مهنتهم والدفاع عنها وحماية مصالحهم وتحسين أحوالهم، ولقيام تأسيس هذه النقابات صحيحا يلزم توافر شروط شكلية وأخرى جوهرية.¹ وظهور النقابات هو ظاهرة طبيعية، لأن الأشخاص الذين يكونون في وضع اقتصادي واجتماعي واحد مدعوون حتما إلى التكتل للدفاع عن مصالحهم، ويحافظوا على التوازن في علاقتهم مع أرباب العمل.²

قانون العمل الجزائري أشار صراحة إلى إمكانية ممارسة الحق النقابي، بحيث يحق للعمال الأجراء، من جهة، والمستخدمين، من جهة أخرى، الذين ينتمون إلى المهنة الواحدة أو الفرع الواحد أو قطاع النشاط الواحد، أن يكونوا منظمات نقابية، للدفاع عن مصالحهم المادية والمعنوية، كما يحق للعمال الأجراء، من جهة، والمستخدمين، من جهة أخرى، أن يكونوا لهذا الغرض، منظمات نقابية أو ينخرطوا انخراطا حرا وإراديا في منظمات نقابية موجودة شريطة أن يمثلوا للتشريع المعمول به والقوانين الأساسية لهذه المنظمات النقابية.³

نستنتج أن النقابة ليست جمعية عادية تخضع لأحكام قانون الجمعيات، بل هي جمعية من نوع خاص، تهدف إلى الدفاع عن المصالح المهنية لأعضائها وللمنخرطين فيها، وتخضع لأحكام قانونية خاصة (قانون النقابات)، أو قانون العمل، عندما تدرج أحكام الممارسة النقابية في باب مستقل ضمن نصوص قانون العمل.⁴

ويتفق أغلبية الباحثين والمختصين في الشأن المهني أن النقابات أصبحت تشارك بفاعلية في إعداد وتنفيذ خطط وبرامج التنمية، والتعاون بين السلطة والنقابات أضحت شرطا ضروريا لإحداث التنمية الحقيقية، لتصبح شريكا أساسيا، ومعيار المشاركة مؤشرا من مؤشرات الحوكمة (الحكم الراشد)، مما يدفع بمسيرة التنمية إلى الأمام، ويساهم في تحقيق ديمقراطية تشاركية.

من جهة أخرى بالنظر لخصوصية التنظيم النقابي، فعلى ألا نخلط بين النقابات المهنية (نقابة المحامين) والنقابات العمالية، لأن النقابات المهنية عبارة عن مرافق عامة مهنية، وقد تحولت التجمعات العمالية لشريك للدولة وتسعى لتحقيق المصلحة العامة، ولا يقتصر دورها على المطالبة المهنية والاجتماعية، بخلاف النقابات المهنية والتي تدير المهن الحرة بنظام الحكم الذاتي ويفضل امتيازات تمنحها السلطة العامة.⁵

(1) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، مرجع سابق، ص 337

(2) مناصرة سميحة، مذكرة سابقة، ص 12

(3) أنظر نص المادتين 2 و 3 من القانون 14/90 المتعلق بممارسة الحق النقابي، المعدل والمتمم

(4) للإشارة ان الجزائر خصت الممارسة النقابية بقانون مستقل، لكن المشروع التمهيدي ادرج هذا الجانب ضمن قانون العمل بتخصيص

الكتاب السابع (المواد من 500 الى 564) تحت عنوان: "ممارسة الحق النقابي" لهذا الجانب.

(5) حول أهمية المرافق المهنية وتمييزها عن النقابات العمالية، راجع: علي خطار، نظرية المرافق العامة المهنية المجلة التونسية للعلوم القانونية

، مركز الدراسات والبحوث والنشر، تونس، العدد 1 و 2 سنة 1990، ص 95 وما بعدها

« Elles sont constituées sociologiquement autour d'un noyau de particuliers unis entre eux par une même activité ou un même intérêt... »-BENOIT (F), Droit Administratif Français, Paris, 1958.

المطلب الثاني: خصائص النقابة

تلعب النقابات العمالية والنقابات المهنية دورا بالغ الأهمية في المجال الاقتصادي والاجتماعي وتعتبر في المجال السياسي قوة ضاغطة، فدراستنا الحالية تقتصر على النقابات العمالية ونقابات أرباب العمل التي تنشط في إطار قانون العمل (ممارسة الحق النقابي)، دون النقابات المهنية والتي تسعى لحماية المنتسبين اليها في إطار مهنة منظمة، كمهنة المحاماة أو التوثيق أو محافظي الحسابات ...

ومن ثم واعتبارا لكون النقابة العمالية منظمة أو تجمع يضم العمال الذين يمارسون مهنة أو حرفة واحدة أو الذين يباشرون عملا في مكان واحد، أو لحساب منشأة واحدة بقصد الدفاع عن مصالحهم الاقتصادية والاجتماعية²، مما يجعلنا نستخلص من تعريف النقابة، أنها جمعية ذات طابع مهني وتتمتع بالشخصية المعنوية، على النحو الذي سنفصله أدناه¹.

أولا: النقابة جمعوية

ذلك أن النقابة تتألف من عدة اشخاص يوحدون جهودهم بصورة دائمة، في سبيل غاية لا يقصدون بها تحقيق الربح المادي، بل الدفاع عن المصالح المادية والمعنوية، وهي تختلف على الجمعيات المهنية من ناحية عدم اجبارية الانتساب وشروط الممارسة، وإن كانت النقابة جمعوية إلا أنها لا تخضع لقانون الجمعيات بل لقانون العمل في مجال الممارسة النقابية².

يكتسي في فرنسا العمل أو النشاط النقابي أهمية بالغة بحيث تتولى تمثيل العمال أمام رب العمل ومن سنة 1884 إلى غاية 1920 لم يقر المشرع هذه الممارسة إلا على المستوى المحلي أو المهني فقط ... بمعنى أن النشاط النقابي محصور في المؤسسة إلى غاية صدور قانون 27 ديسمبر 1968 بحيث توسع مجال النشاط النقابي و أصبح دورها ممتد للدفاع عن المصالح المادية والمعنوية للعمال والتفاوض وبذلك تم إقرار حماية خاصة لأعضائها عند ممارستهم لنشاطهم³، وأهم المبادئ التي يكرسها التشريع الفرنسي في مجال الممارسة النقابية تتمثل في:

- الحرية النقابية - التعددية النقابية -- الطابع المهني للنقابة

- la liberté syndicale - le caractère professionnel⁴ - le pluralisme syndical

مشار إليه في مقال، خطار علي، المجلة والمقال السابق، ص 99

(¹) -لتفصيل أكثر حول هذا الموضوع، راجع: محمد حسن منصور، قانون العمل في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1995، ص 81 وما بعدها.

(²) -لتفصيل أكثر، راجع القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 368

(³)- CAMERLYNCK (G.H)- LYON CAEN (G) , Droit Du Travail, dixième ,Dalloz,1980 , pp. 489- 493

(⁴).Ibid. ,p.490 et suite

ثانيا: النقابة ذات طابع مهني(الصيغة المهنية للنقابة)

تنحصر غاية النقابة في الدفاع عن مصالح مهنة والعمل على الرفع من تقدمها من جميع الوجوه الاقتصادية والاجتماعية، ولا يجوز للنقابة أن تخرج عن هذه الصيغة وتتشغل بالعمل أو النشاط السياسي.

وقد نصت معظم التشريعات على منع ارتباط النقابة بجمعية ذات طابع سياسي، بحيث نصت المادة 5 من قانون ممارسة الحق النقابي في الجزائر، على أن التنظيمات النقابية مستقلة في تسييرها وتمايز في هدفها وتسميتها عن أية جمعية ذات طابع سياسي.

ولا يمكنها الارتباط هيكليا أو عضويا بأية جمعية ذات طابع سياسي ولا الحصول على إعانات أو هبات أو وصايا كيفما كان نوعها من هذه الجمعية ولا المشاركة في تمويلها، تحت طائلة تطبيق الاحكام المنصوص عليها في المادتين 27 و 30 من القانون(توقيف النشاط أو الحل)¹.

مع الإشارة أن المشروع التمهيدي لقانون العمل الجزائري أبقى على نفس التديبير بموجب المادة 506 منه، أما قوانين العمل الأنظمة المقارنة فجعلها كرس الطابع المهني ومنعت الارتباط العضوي والهيكلية للنقابة بالأحزاب السياسية، هذا التوجه نصت عليه المادة 84 من قانون العمل اللبناني، كما أن القضاء الفرنسي أكد أنه لا يجوز للنقابة أن تفرض على أعضائها الاشتراك في مظاهر سياسية أو التدخل في الانتخابات البرلمانية²، ولكن هذا الحظر يعني النقابات كأشخاص معنوية ولا يخص الأشخاص المنتمين إليها، والذين يمكنهم الانتساب (الانخراط) في الأحزاب السياسية وممارسة السياسة بصفة فردية ودون غطاء نقابي.

وهو ما يعني أن النقابة تخضع لمبدأ التخصيص، فلا يجوز لها أن تباشر أي نشاط يخرج عن حدود الغاية التي أنشئت من أجلها، وتطبيقا لهذه القاعدة قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار بتاريخ 16-11-1914، بحل النقابة التي تعمل على إنشاء طوائف دينية، والدعاية لصحيفة دينية، وتشجيع العمل على الحج لروما، وحكمت بالغرامة على مديرها، لأنها قامت بنشاط غير مشروع³.

قانون العمل الجزائري أجاز حق تكوين النقابات وحق الانتماء أو الانخراط انخراطا حرا وإراديا في تنظيمات نقابية موجودة شريطة الامتثال للتشريع المعمول به والقوانين الأساسية لهذه التنظيمات.

مع تطبيق نفس الأحكام على اتحادات التنظيمات النقابية واتحاداتها وكونفدراليتها⁴.

ثالثا: النقابة تتمتع بالشخصية المعنوية

(¹) أنظر نص المادة 5 من القانون 14/90 المعدلة بموجب القانون 30/91

(²) حول موقف التشريعات العربية والغربية من نشاط النقابة المهني، راجع كل من:

-القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 369 وما بعدها

- CAMERLYNCK (G.H)- LYON CAEN (G), op cit, p.490 et suite-

-بن حساين محمد، مرجع سابق، ص 145 وما بعدها

(³) قرار مشار إليه في مرجع القاضي حسين عبدا للطيف حمدان، المرجع السابق، ص 370

(⁴) أنظر المادة 4 من القانون 14/90 المشار اليه اعلاه

وتتمتع النقابة في إطار النشاط والممارسة النقابية بالشخصية المعنوية بحيث يمكنها تحريك الدعاوى كمدعية أو مدعى عليها، كما يمكنها الحصول على الأموال المنقولة والعقارية ويمكنها إبرام العقود والاتفاقيات ... كما تقوم النقابة بعدة أدوار مهنية وأهمها:

-نشاط مطلبى (احتجاجي) revendication

- نشاط أو مهمة تمثيلية représentation

- دور الشريك في مجال التفاوض¹ partenariat

والاعتراف للنقابة بالشخصية المعنوية، هو الوسيلة القانونية لتيسير عمل النقابة الجماعي، وتمكينها من ممارسة نشاطها وتحقيق أهدافها، وإن كان في بداية الأمر ثار جدل حول طبيعة النقابة القانونية هل هي شخص من أشخاص القانون العام أم شخصا من أشخاص القانون الخاص؟

والاستقرار الفقهي والقضائي يعتبر النقابة شخص من أشخاص القانون الخاص وتخضع في كل أحكامها إلى القانون الخاص، ولا تنطبق عليها قواعد القانون العام، ولا تعتبر أموالها أموالا عامة، ومنازعاتها تخضع لولاية القضاء العادي لا الإداري، ولا تمتلك حق السلطة العامة، كما هو مطبق على المرافق أو الجمعيات المهنية.²

لتصبح النقابة العمالية حرة في إنشائها، بحيث تنشأ بالإرادة الحرة والمنفردة للأعضاء دون حاجة إلى تدخل من السلطة العامة، والعمال الأجراء أحرارا في الانخراط من عدم الانخراط دون أن يؤثر ذلك في مركزهم القانوني والمهني، والنقابة لا بد أن تحمل هدفا يميزها عن غيرها من المنظمات وهي شخص من أشخاص القانون الخاص بما يعني ذلك من تبعات قانونية وقضائية.

وهذا يعني أن للنقابة جنسية تتمتع بها وهي جنسية الدولة التي تنشأ فيها، بحيث لا يحق للأجانب إنشاء نقابات في الدول التي يعملون فيها بموجب اتفاقيات أو عقود امتياز، ونفس الشيء ينطبق على أرباب العمل والشركات الأجنبية.

واكتساب النقابة للشخصية المعنوية يعني الإقرار لها بالحقوق التالية:

-الحق في التملك،-الحق في التعاقد،-الحق في التقاضي.³

وبذلك يمكن للنقابة تملك العقارات والمنقولات بعوض أو بدونه، وشراء ما هو ضروري لممارسة مهنتها أو التوسط مجانا في بيع ما ينتجه أعضاؤها من شغلهم الشخصي، وتسجيل علاماتها النقابية أو شارتهم طبقا للتشريع المعمول به.⁴

¹ -CAMERLYNCK (G.H)- LYON CAEN (G) , op cit ,p. 492et suite

بن حساين محمد، مرجع سابق، ص 145

(²) حول هذا الموضوع، راجع: القاضي حسين عبداللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 371 و372

-مناصرية سميحة، المذكرة السابقة، ص 22

(³) حول هذا الموضوع، راجع: القاضي حسين عبداللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 372 وما بعدها

-طهير عبد الرحيم، الحق النقابي بين المواثيق الدولية والتشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة

تلمسان، الجزائر 2010، ص 195

(⁴) راجع: القاضي حسين عبداللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 373- بن حساين محمد، مرجع سابق، ص 145

وقد نصت المادة 49 من القانون المدني الجزائري على الأشخاص الاعتبارية ومنها كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون الشخصية القانونية، وتأكيدا للتوجه الفقهي والقضائي، فقد نصت المادة 50 من القانون المدني على آثار الشخصية الاعتبارية، بحيث يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الانسان، وذلك في الحدود التي يقرها القانون، ويكون لها على الخصوص

-ذمة مالية،

-أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقرها القانون،

-موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها،

-نائب يعبر عن إرادتها،

-حق التقاضي.

وهذا ما نصت عليه المادة 16 من القانون 14/90 المتعلق بممارسة الحق النقابي بحيث اقرت للنقابة حق تمثيل العمال أمام كافة السلطات العمومية، وبمناسبة إبرام العقود والاتفاقات و الاتفاقيات مع أصحاب العمل.¹

ولا يعني حرية إنشاء النقابة وحرية الانخراط بالنسبة للعمال ولأرباب العمل عدم إخضاع إنشاء لأية شروط، بل أوجب القانون على كل مجموعة ترغب في إنشاء تنظيم نقابي الالتزام بالشروط القانونية تحت طائلة عدم مشروعية الممارسة وعدم اعتراف السلطات العمومية بها.

وبالفعل أوجب القانون توفر شروط موضوعية وأخرى شكلية لإنشاء النقابة والاعتراف بها، وتتمثل الشروط الموضوعية في الشروط التالية:

-شروط ممارسة المهنة.

-شروط الانتماء إلى المهنة الواحدة أو الفرع أو قطاع النشاط الواحد

-شروط لا بد توفرها في الأعضاء المؤسسين.²

أما الشروط الشكلية فقد نصت عليها المادة 10 من قانون ممارسة الحق النقابي، وذلك من خلال:

-إيداع ملف التصريح بالتأسيس أو التسجيل،

-وصل التسجيل والإيداع.

(1) أنظر نص المادتين 49 و 50 من القانون المدني الجزائري، والمادة 16 من القانون 14/90

-حول نتائج الاعتراف بالشخصية المعنوية للنقابة، راجع كل من:

القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 373 - 375

-أحمية سليمان، محاضرات في قانون علاقات العمل في التشريع الجزائري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر العاصمة، 2015/2014، ص 88-93

بن حساين محمد، مرجع سابق، ص 143-145

(2) -راجع أحمية سليمان، المرجع السابق، ص 86

-الإشهار.¹

وباستيفاء الشروط الشكلية والموضوعية يصبح للنقابة وجود من خلال الاعتراف لها بالشخصية المعنوية ويمكنها الدفاع عن مصالح أعضائها والمنتسبين إليها، وبعد فترة زمنية لا تقل عن ستة أشهر وعند جمعها لعدد من المنخرطين يمكنها التفاوض وإبرام العقود والاتفاقات والاتفاقيات، واكتسابها للصفة التمثيلية. وأساس حركية العمل النقابي هو الحرية النقابية والذي يعد من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التنظيم الدولي للعمل، ويتمتع بالحماية الوطنية والدولية على حد السواء.

من جهة أخرى، من المفيد التذكير، بأن التنظيم النقابي يقوم على المبادئ الثلاثة التالية:

1-التعدد، بما يعني إمكانية إنشاء عدة تنظيمات نقابية لكل فئة من فئات المهنيين للعمال الأجراء ولأصحاب العمل، ويصبح لكل نقابة شخصية معنوية مستقلة عن النقابات الأخرى.

2-المراقبة، أي أن التنظيمات النقابية تخضع لرقابة الدولة في كل ما تمارسه من أنشطة، بحيث تعطي الدولة الترخيص للنقابة وتراقب عملها وفي حالة الإخلال بإمكانها توقيف النشاط واتخاذ الإجراءات المناسبة لحلها ومصادرة أموالها.

3-الإختيارية، يتجلى ذلك في حرية الفرد في الانتساب أو عدم الانتساب إلى النقابة المهنية، وفي أنه حر في الانسحاب منها متى يشاء.

ولذلك لا يجوز للنقابة أن تفرض نفسها فرضاً على الأجراء، بوضع شروط غير مهنية، وهذا ما يميز النقابات العمالية عن الاتحادات المهنية.²

المبحث الثاني: الممارسة النقابية في الجزائر

يتبين مما سبق أن الحرية النقابية أصبحت مبدأ أساسياً في التشريعات الحديثة، ويقضي هذا المبدأ، بأن لأفراد كل مهنة من المهنيين الحق بإنشاء نقابات خاصة تدافع عن مصالحها المهنية، كما يقضي بأن لكل فرد في هذه المهنة الحق في الانضمام إلى هذه النقابات أو عدم الانضمام إليها، وإذا انضم إليها، فله الحق بالانسحاب منها متى شاء³

مرت ممارسة الحق النقابي في الجزائر بعدة مراحل، قبل إرساء قواعد الممارسة التعددية النقابية، وميز النضال الذي خاضته الطبقة الشغيلة في إطار الدفاع عن حقوقها وحماية مكتسباتها المهنية، ويات جلياً إن نشأة وظهور النقابة مرتبط بظهور الصناعة وقيام التجمعات العمالية، وبالنظر للتطورات السياسية التي مرت بها الجزائر وخضوعها للاحتلال الفرنسي

(¹) -أنظر المواد 8 و9 و10 من القانون 14/90

(²) -لتفصيل أكثر حول موضوع الحرية النقابية ومبادئ التنظيم النقابي في الجزائر وفي الأنظمة المقارنة، راجع كل من:

-القاضي حسين عبداللطيف حمدان، مرجع سابق، ص 384-388

-عبد السلام ذيب، قانون العمل الجزائري والتحويلات الاقتصادية، دار القصب لل نشر، الجزائر، 2003، ص.225-228

-PELISSIER (J)-SUIPIOT (A)-JEAMMAUD (A),Droit du Travail,20eme édition, Delta,Dalloz,2001,pp.555-564

(³) القاضي حسين عبداللطيف حمدان، المرجع السابق، ص382

فترة تجاوزت القرن والنصف قرن، فإن الحركة النقابية في الجزائر تأثرت بهذا الوضع من ناحية تأخر نشأتها والضغط التي عرفتها وكذا مشاركتها في الثورة التحريرية، وعليه فإن مسار الحركة النقابية في الجزائر مر بمرحلتين على النحو التالي:

المطلب الأول: المرحلة الاستعمارية

الفرع الأول: الفترة الممتدة من 1884 إلى 1939

فرض الواقع السياسي الذي عايشته الجزائر أثناء الحقبة الاستعمارية وضعية اقتصادية واجتماعية مزرية، وهو ما دفع بالعمال الجزائريين في البداية الدخول في النقابات الفرنسية المتواجدة بالجزائر، وهذا للدفاع عن مصالحهم المادية والمعنوية، قبل أن يؤسسوا نقابات مستقلة تضم سوى العمال الجزائريين، وهذا في ظل نصوص قانونية كانت تجيز الممارسة النقابية وأهمها، القانون 1884 الخاص بالنقابات

والقانون 12 مارس 1920، والذي حمس إلى الانخراط الواسع للعمال الجزائريين في النقابة العامة للشغل، والتي تحولت إلى تنظيم سياسي هو حزب الشعب في مارس 1937، والذي حل سنة 1939 CGT من طرف السلطات الفرنسية واعتباره مناهضا لفرنسا وماليا للثورة التحريرية، مع الإشارة أنه في تلك الفترة تأسست الاتحادات الثلاثة الموجودة في الجزائر وقسنطينة وهران، وبالنظر للمصادقية التي اكتسبتها الاتحادات فقد انظم اليها وانخرط فيها عدد معتبر من العمال، بحيث تضاعف عدد المنخرطين من 12 ألف عامل في سنة 1936 إلى أكثر من 20000 عامل بداية من 1938¹.

وما حمس انضمام الجزائريين إلى النقابات هو التمييز الذي شهدته الطبقة الشغيلة والظلم الذي عانتته من أرباب العمل الفرنسيين، وحتى من طرف سلطة الاستعمار، بسعها لقهر وحرمان العمال الجزائريين (المسلمين) من أبسط حقوقهم المهنية.

الفرع الثاني: الفترة الممتدة من 1939 إلى 1956

تميزت بزيادة في عدد المنتسبين للتنظيمات النقابية، بانخراط الجزائريين للدفاع عن مصالحهم وحقوقهم المهنية والتخفيف من الضغط الذي كان يمارسه أرباب العمل عليهم، وهذا إلى غاية 1947 سنة تشكل تنظيم نقابي حر بعد مؤتمر حركة انتصار الحريات الديمقراطية، على رأسها المرحوم الشهيد عيسات إدير، وحل الحزب في سنة 1954 مما أثر في إعلان التنظيم النقابي، إلى غاية إعلان الثورة وإعلان نقابة الاتحاد العام للعمال الجزائريين، ولعل الأوضاع المزرية التي عانى منها الجزائريين لا سيما العمال منهم، كانت الدافع الأساس والمحرك لإنشاء نقابات خاصة بالجزائريين، بحيث تميزت الوضعية الاقتصادية والاجتماعية ب:

-تنامي ظاهرة البطالة في وسط الأهالي الجزائريين،

-ضعف القطاع الصناعي في الجزائر،

-احتكار العمال الأوروبيين والفرنسيين خاصة لمعظم المهن والصناعات، وترك الأعمال والقطاعات الأخرى للجزائريين.

(¹) أكثر تفصيل حول تطور الحركة النقابية في الجزائر، راجع:

-إدريس بولكعيبات، الحركة النقابية الجزائرية بين عصرين، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، العدد 2007/12، صص 149-151.

-استغلال العمال الجزائريين في الأشغال الشاقة والمهينة وذات الطابع الموسمي، لعزوف اليد العاملة الفرنسية ورفضها العمل فيها.¹

في هذه الظروف المتميزة تأسست نقابة الاتحاد العام للعمال الجزائريين في 24 فيفري 1956 وقدمت ملف اعتمادها طبقا لقانون الجمعيات الفرنسي لسنة 1901، وأنتخب الشهيد عيسات ادير أول أمين عام لها، وضمت تحت لوائها أكثر من 50 نقابة و110.000 منخرطا، وساهمت بشكل فعال في مواجهة الاستعمار وشاركت في الثورة التحريرية².

المطلب الثاني: مرحلة ما بعد الاستقلال

الحركة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية كانت لها أثر في التطورات التي عرفها التشريع العمالي في الجزائر، ذلك أن الاقتصاد الجزائري مر بمرحلتين حاسمتين، مرحلة الدولة المتدخلة (الدولة الكلال) ومرحلة الدولة غير المتدخلة (الخصخصة الاقتصادية واقتصاد السوق)، هذا الوضع كان له تأثير على تعاطي المشرع مع مجال الممارسة النقابية، بعد الاستقلال مباشرة صدر الأمر 75/71 المؤرخ في 16/11/1971 والذي اعترف للعمال بالحق النقابي بإمكانية إنشاء فرع نقابي في كل مؤسسة خاصة، ثم صدر المرسوم 64/75 المؤرخ في 29/04/1975 المتعلق بحماية الحق النقابي في المؤسسات الخاصة ليضفي الحماية القانونية على هذا الحق، إضافة إلى الأحكام التي تضمنها الأمر 74/71 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات والذي اضفى على العامل صفتين، منتج ومسير، وإعطاء دور لمجالس العمال لتمثيل العمال، وهذا إلى غاية صدور القانون 28/88 المؤرخ في 19 يوليو 1988، المتعلق بممارسة النشاط النقابي، وهو أول نص كرس الممارسة النقابية في ظل الاتحاد العام للعمال الجزائريين دون سواه (الوحدوية النقابية). وبقت الأمور على حالها إلى غاية صدور دستور 89 والذي أقر التعددية النقابية وعلى إثره صدر القانون 14/90 بتاريخ 02 يونيو 1990، المعدل والمتمم، المتعلق بممارسة الحق النقابي، وهو أول نص أجاز التعددية النقابية، وعليه يتبين أن هاته المرحلة تم التعاطي فيها مع الحق النقابي من خلال الفترات التالية:

الفرع الأول: في ظل الوحدوية النقابية

الفترة الممتدة من سنة 1962 إلى غاية 1988 تميزت بحصر الممارسة في ظل الاتحاد العام للعمال الجزائريين، بالرغم من صدور عدة نصوص ذات صلة بالممارسة النقابية، بدءا بالأمر 75/71 المؤرخ في 16/11/1971 والأمر 74/71 المؤرخ في 16/11/1971، المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات هذا النص وسع من صلاحية مجالس العمال باعتبار التسيير الاشتراكي للمؤسسات يضيف على العامل صفتين، صفة عامل اجبر وصفة مسير، ويعد بمثابة انتقال النقابة داخل المؤسسة...

وهذا النص لا يعترف بالتعددية النقابية ويجعل من العمل النقابي مجرد إطار سياسي لا يمكن تبريره خارج النظام السياسي القائم على الحزب الواحد، وهو ما يتجلى باعتبار الاتحاد منظمة جماهيرية تابعة للحزب، تستخدم كأداة لتجنيد العمال في إطار الاختيارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة.³

(1) -حول هذا الموضوع، راجع: أحمية سليمان، الحركة النقابية في الجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 01 / 2013، صص 601-603

-ادريس بولكعبيات، المقال والمجلة السابقة ص 150 وما بعدها

(2) المقال والمجلة نفسها، ص 152 وما بعدها

(3) عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 31 و 32

الى غاية صدر القانون 12/78 المؤرخ في 05 اوت 1978 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل والذي جاء بفكرة توحيد الأنظمة القانونية وتوحيد سياسة الأجور، بما يعني توحيد النصوص المتعلقة بالممارسة النقابية على كافة القطاعات (القطاع الإداري الاقتصادي العام، القطاع الخاص) مع ابقاء الهيمنة النقابية للاتحاد العام للعمال الجزائريين، حتى أصبح الاتحاد المهني (الممون) الرئيس للدولة بالعديد من الإطارات، وهذا التزاوج بين الاتحاد والقيادة السياسية للدولة، هو المفسر لسير الوفاق الاجتماعي الذي طبع تاريخ علاقة الدولة بالحركة النقابية. هذه الحركة التي اختارت الاندماج في هياكل الدولة بدلا من الاستقلال عنها، وهو ما جعل من الممارسة النقابية تتميز بالطابع الشكلي دون فاعلية نقابية، وهذا يتجلى من خلال العزوف عن الممارسة النقابية والتزاعات الداخلية والمستوى المتدني للمنخرطين.¹

من الملاحظ أنه منذ سنة 1976 لم يصدر أي نص يخص تحرير العمل النقابي وضبطه إلى غاية سنة 1988 وصدور القانون 28/88 المؤرخ في 19 يوليو 1988 والمتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي، والذي ربط بين حزب جبهة التحرير الوطنية والاتحاد العام للعمال الجزائريين مع اعتماد الوحدة النقابية وحصرها في الاتحاد العام للعمال الجزائريين، مع الربط بين النضال الحزبي والمسؤولية النقابية على غرار باقي مؤسسات وهيئات الدولة.²

إذا كان قد القانون حدد الإطار العام للممارسة النقابية وفتح مجال لإشراك العمال في أجهزة المؤسسات العمومية، فإن الواقع الاقتصادي والاجتماعي كان يسير في اتجاه مغاير، لا سيما مع صدور قوانين استقلالية المؤسسات والتي فتحت المجال لإعادة هيكلة المؤسسات العمومية وجعلها تنفتح على السوق الداخلي والخارجي، وهناك أسباب جديدة جعلت من السلطة سرعان ما تفكر في مراجعة هذا النص بما يتلاءم والوضع الجديد، ومن هذه الأسباب:

- غياب التنسيق بين الخلايا النقابية.

- ظهور بوادر الانقسام بين الحزب والاتحاد العام للعمال الجزائريين.

- نقص الوعي النقابي لأغلبية المنخرطين في الاتحاد العام للعمال الجزائريين.³

إن تهميش النقابة عند الإقدام على اتخاذ إجراءات إعادة الهيكلة والتصحيح الاقتصادي، ساهم في فقدان الثقة في الاتحاد، وبروز رغبة من مجموعة منخرطين للاستقلال عن الحزب والسلطة للحفاظ على المكاسب المهنية والاجتماعية، بعد أن وافق الاتحاد وساند البرامج الاقتصادية التحريرية دون مراعاة لمصالح العمال، ودون حتى استشارتهم.

تسارع الأحداث والتطورات التي عرفتها الجزائر، استلزم مراجعة الأحكام الدستورية والقوانين ذات الصلة بالعمل النقابي، ذلك أنه و بعد أن كانت الممارسة النقابية محصورة في الاتحاد العام للعمال الجزائريين بموجب القانون 28/88 فإنه ومع دخول الجزائر مرحلة الإصلاحات السياسية والاقتصادية وإقرار التعددية الحزبية والنقابية بموجب دستور 1989، تم فتح المجال النقابي للتنافس والتنوع بين مختلف التنظيمات النقابية، بحيث نصت المادة 56 من دستور 1989 على أن الحق النقابي معترف به لجميع المواطنين، بما يفيد هجر فكرة الوحدة النقابية والاتجاه لفتح المجال للحرية النقابية.

(1) لتفصيل أكثر حول هذا الموضوع، راجع: عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 32

-BOUTEFNOUCHET (M), La Socialisation Dans L'entreprise, OPU, Alger, 1982, p.61 et suite

(2) - لتفصيل أكثر، راجع: عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 109

(3) - عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 226 وما بعدها

المطلب الثاني: في ظل التعددية النقابية

وبخلاف النصوص القانونية السابقة لاسيما القانون 28/88 المؤرخ في : 1988/07/19 والذي حصر الممارسة النقابية في إطار الاتحاد العام للعمال الجزائريين فإنه وباعتماد التعددية الحزبية والنقابية بموجب دستور سنة 1989 ، صدر قانون 14/90 المؤرخ في 90/06/02 المتعلق بممارسة الحق النقابي و أدخل مفاهيم جديدة و نمط جديد لتمثيل العمال على أساس مبدأ التعددية النقابية و حرية الانتساب إلى النقابات ، وحرية الإنشاء للعمال ولأرباب العمل على حد السواء، مع إضفاء الحماية القانونية لهاته الممارسة بما فيها استقلالية التسيير ومنع أية جهة من التدخل و الحث على التمثيل الحقيقي و الديمقراطي للعمال في الحوار و المشاركة ، وقد يترتب على ممارسة الحق النقابي ما يلي:

- حرية إنشاء و الانتماء للنقابات .
- التعددية النقابية تخص العمال و المستخدمين على حد السواء .
- مساهمة المنظمات النقابية التمثيلية في التفاوض و المشاركة .
- إمكانية كل نقابة تمثيلية إنشاء هيكل نقابي ضمن شروط نص عليها القانون .¹

وتعتبر الحركة النقابية في الجزائر منذ نشأتها جزء من الحركة النقابية العالمية ، بصفة عامة والدول النامية ، بصفة خاصة، وتعتبر سنة 1990 بمثابة المنعرج في حياة ومسيرة النشاط النقابي في الجزائر إذ أنه وتطبيقا لمبدأ التعددية النقابية المكرس بموجب دستور 1989، لم يبق الحق النقابي مقتصرًا على الانخراط أو الانسحاب من النقابة الوحيدة التابعة للاتحاد العام للعمال الجزائريين ، بل أصبح حقا كاملا بما فيه حق تكوين التنظيمات النقابية ، وغيرها من الحقوق المتصلة بممارسة الحق النقابي لكل النقابات ولكل العمال وأرباب العمل على حد السواء .

لقد كرس الدستور الحق النقابي حينما جعله مطلقا بأن نص على أن الحق النقابي معترف به لجميع المواطنين، وهذا التوجه تضمنه دستور 1989، ودستور 1996 المعدل في سنة 2016.²

وبالاستناد إلى المبادئ العامة الواردة بالدستور والنصوص المتعلقة باستقلالية المؤسسات ، فان الأمر اقتضى إصدار القانون المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي، تحقيقا للأهداف التالية:

-ترسيخ ممارسة الحريات الأساسية في عالم الشغل،

-الحث على التمثيل الحقيقي، والديمقراطي للمتعاملين الاجتماعيين،

-تعزيز أسس الحوار والتشاور وتنظيم مشاركة النقابة في المؤسسة المستخدمة³

ذلك القانون 14/90 طرح نموذجا جديدا للممارسة النقابية ، بسعيه إلى تحويل النقابة كفضاء للضبط الاجتماعي، لا يتشكل فقط من العمال الأجراء، بل من حق أرباب أيضا تكوين نقابات خاصة بهم، حسب ما نصت عليه المادة الثانية من القانون.⁴

(1) بعلي محمد الصغير ، تشريع العمل في الجزائر، دار العلوم للنشر والتوزيع، سنة 2009 ، ص 28.

(2) الحق النقابي معترف به لجميع المواطنين، المادة 70 من التعديل الدستوري في شهر مارس 2016.(ج.ر.01/2016)

(3) بعلي محمد الصغير، مرجع سابق، ص 28

(4) عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 171

وبالفعل، ومن خلال ما سبق ذكره، فقد جاء القانون الجديد المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي، مقرا للمبادئ الأساسية التالية:

1- الحرية في إنشاء المنظمات النقابية مما يترتب عنه الأخذ بالتعددية النقابية... للدفاع عن مصالحهم المادية والمعنوية.
2- مساهمة المنظمات النقابية التي لها الصفة التمثيلية للعمال في التفاوض الجماعي داخل المؤسسة والمشاركة في الوقاية من الخلافات الجماعية في العمل وتسويتها...¹

وبذلك تعتبر المنظمات النقابية مستقلة في سيرها، و تتميز في هدفها و تسميتها عن أية جمعية ذات طابع سياسي، و لا يمكنها الارتباط هيكليا أو عضويا بأية جمعية ذات طابع سياسي و لا الحصول على إعانات أو هبات أو وصايا كيفما كان نوعها من هذه الجمعيات و لا المشاركة في تمويلها، تحت طائلة تطبيق الأحكام المنصوص عليها في المادتين 27 و 30 من هذا القانون (الحل والتوقيف)، غير أن أعضاء المنظمة النقابية يتمتعون بحرية الانضمام الفردي إلى الجمعيات ذات الطابع السياسي.²

والغاية من وراء الفصل بين النقابات المهنية والأحزاب السياسية، هي تحقيق هدفين:

-الأول: تجنب استعمال الطبقة العاملة كورقة ضغط سياسي من طرف الجمعيات السياسية، والتي قد تسيء استخدامها لأغراض انتخابية أكثر منها مهنية،

- الثاني: تجنب التجربة السابقة، حيث كانت النقابة مجرد منظمة جماهيرية، تبعتها للسلطة والحزب أكثر من دفاعها عن مصالح العمال المادية والمعنوية.³

وانطلاقا مما سبق تصبح النقابة من منظور السلطة مجرد إطار لطرح المشاكل المهنية والاجتماعية للعمال، وهذا المفهوم الجديد للنقابة يتناسب مع التعريف الليبرالي لها، ويتجلى هذا الطابع للنقابة الجزائرية من حيث الأوجه التالية:

- من حيث عملية التأسيس،

- من حيث مضمون القانون الأساسي،

- من حيث التمثيل النقابي⁴

إن القانون الجديد أصبح يركز على الجانب التفاوضي بدلا من الجانب التنظيمي، وهو ما جعل من التنظيمات النقابية تلعب دورا بالغ الأهمية في إرساء قواعد قانون العمل، ورسم معالم العلاقات الفردية والجماعية بألية التفاوض والعقود الجماعية، بالرغم من المعوقات الميدانية التي تؤثر في الممارسة النقابية، لا سيما انعدام الثقة والتعاون بين المنظمات

(1) بعلي محمد الصغير، المرجع السابق، ص 29.

(2) راجع خليفي عبد الرحمن، القضاء الاجتماعي في الجزائر، الدار العثمانية، الجزائر 2016، ص 339 وما بعدها

(3) عجة جيلالي، المرجع السابق، ص 172

(4) المرجع نفسه، ص 172 وما بعدها

النقابية العمالية ومسيرى المؤسسات المستخدمة، وضعف مستوى المندوبين النقابيين في مجال التفاوض، وتدخل السلطة في غالبية الأحيان و هو ما حال دون تفعيل القانون الاجتماعي الاتفاق، بحسب رأي الأستاذ سليمان أحمية.¹ من جهة أخرى اقر القانون للتنظيم النقابي بتمتعه بالشخصية المعنوية وما ينتج عنها ما أثار، طبقا لما ورد في صلب المادتين 49 و50 من القانون المدني الجزائري.

وبالفعل تمتع النقابة بالشخصية المعنوية واعتراف المشرع لها بذلك يمكنها من التحرك والنشاط وتحمل المسؤولية، على اعتبار ان لها حق التعاقد ولها ممثلا ولها ذمة مالية مستقلة ومقر وأهلية تقاضي، وهذا بالتحتمى يعني وجوب استيفائها لشروط شكلية وموضوعية حتى يعترف لها المشرع بذلك ويمنحها الاعتماد بالممارسة.

اضافة الى تمتع التنظيم النقابي بنتائج المترتبة على اكتساب الشخصية المعنوية فقد اوردت المادة 16 من القانون 14-90 حقوق يتمتع بها التنظيم النقابي وتمثل في:

-التقاضي وممارسة الحقوق المخصصة للطرف المدني لدى الجهات القضائية المختصة...

-تمثيل اعضائها اما السلطات العمومية،

- ابرام اي عقد او اتفاقية او اتفاق له علاقة بهدفها،

-اقتناء املاك منقولة او عقارية...²

وخص نفس القانون الباب الثالث للمنظمات النقابية التمثيلية ببيان حدود التمثيل النقابي وكذلك التسهيلات المكرسة للممثلين النقابيين والحماية المقررة لهم.³

وبالنظر لعلاقة الممارسة النقابية بجوانب حساسة، من جهة اعتبارها حق للعمال الاجراء، والتزام على عاتق ارباب العمل، بشرط النشاط طبقا وفي ظل القانون بما يعني ترتيب تبعات و جزاءات على كل خرق او مخالفة للقانون طبقا لما ورد في الباب الخامس من القانون 14-09.²

المبحث الثالث: واقع وآفاق الممارسة النقابية في الجزائر

تثير الممارسة النقابية في ظل القانون 14/90 المؤرخ في 02/01/1990 المتعلق بممارسة الحق النقابي إشكالات بخصوص حدود و آثار التمثيل النقابي و كذا كفاءات عمل الفروع النقابية و صلاحيات المندوبين و الممثلين النقابيين و كذا تمثيلية النقابات و النقابات الأكثر تمثيلا .

ذلك أن فتح المجال أمام التعددية النقابية لا بد أن يقابله جو سياسي واقتصادي واجتماعي منفتح، لأن الغاية من التعددية النقابية هو فسخ المجال للمنافسة الشريفة، وإعطاء استقلالية للتنظيمات النقابية لتقوم بدورها المهني في جو شفاف وبدون تحيز ولا ضغوط، على اعتبار أن النشاط النقابي في ظل التعددية يقوم على شرطين:

(1) لتفصيل أكثر حول هذا الموضوع، راجع: سليمان أحمية، نحو تكريس القانون الاتفاقي في علاقات العمل في الجزائر المجلة والمقال السابق،

ص 56 وما بعدها

(2) انظر نص المواد 6 و 16 من القانون 14-90 سالف الذكر

(3) انظر المواد من 34 الى 57 من نفس القانون

(2) انظر المواد 58 الى 61 من القانون 14-90 السالف الذكر

الأول: الاستقلالية، أي استقلالية التنظيم النقابي عن أية تبعية سياسية (لا تبعية لحزب ولا للسلطة)، بما في ذلك ضمان حقه في وضع قانونه الأساسي ونظامه الداخلي بكل حرية، لتصبح النقابة شريكا ضروريا في تحقيق التنمية والنمو الاقتصادي.

الثاني: الديمقراطية، بما يعني أن الممثلين النقابيين ينتخبون بطريقة ديمقراطية وبدون فرضهم من اطراف لا علاقة لهم بالنقابة.

ويصبح بذلك العمل النقابي من أهم أشكال السلطات الاجتماعية التي تساهم بقدر كبير في تطوير وترقية ممارسة الحقوق والحريات النقابية بما يؤدي إلى استقرار سياسي واقتصادي وتدعيما للأمن والهدوء الاجتماعي.¹

المطلب الأول: مرحلة صدور القانون 14/90 المكرس للتعددية النقابية

صدور القانون 14/90 جاء تماشيا مع أحكام دستور 1989 والذي أقر التعددية الحزبية والتعددية النقابية، فتح مجال الحريات العامة، في هذه المرحلة كان تأثير الاتحاد العام ما زال قائما لكونه التنظيم النقابي الوحيد الذي مارس النشاط النقابي احتكارا منذ الاستقلال، وهو ما أهله لأن يبقى أكبر ممثلا للطبقة الشغيلة، لا سيما وأن باقي التنظيمات النقابية، تأسست إما كردة فعل، أو بإيعاز من أحزاب معارضة وهو ما يعد انتهاكا لاستقلاليتها ومخالفة للقانون.

وتميزت هذه المرحلة بعدم تكافؤ الفرص بحيث أن الاتحاد العام للعمال الجزائريين استفاد من الوسائل المادية والبشرية التي كانت تحت تصرفه إبان الوحدة النقابية، كما أن السلطة من جهتها بقت تتعامل معه منتهكة قواعد الممارسة القانونية والاتفاقيات ذات الصلة، وقد أجمع الملاحظين أنه وإلى غاية سنة 1996 تعاملت السلطة بحذر كبير مع فتح مجال الممارسة النقابية.

وبالنظر للتوجه السياسي الذي كان سائدا عمدت الدولة إلى التدخل الإداري والملاحقة القضائية والتضييق على التنظيمات النقابية التي لم يكن لديها الخبرة الكافية ولا الوسائل المادية والبشرية، وهو ما أفشل التنافس النقابي الحر، بحسب تقارير محلية ودولية حول الوضع النقابي في الجزائر بعد إقرار التعددية النقابية.²

وما جعل السلطة تتخذ مواقف سلبية هو الأداء النقابي غير الفعال للانتخابات المستقلة في بداية الأمر وتخبطها في وضع خطط لحماية المصالح المادية والمعنوية للمنخرطين في تنظيماتها، لكن مع مرور الزمن اكتسبت الانتخابات المستقلة خبرة وأصبحت أكثر احترافية ومهنية في ممارسة نشاطها النقابي، لا سيما في سلك الإدارة العامة وفي سلك التعليم.

وبناء على ما تقدم، أصبحت النقابة المحور الرئيسي للسلطة، بعد أن خولها المشرع صلاحية التفاوض الجماعي والمشاركة في الوقاية من منازعات العمل الجماعية، وهو ما جعلها تكتسب شكل جديد بحيث انتقلت من مجرد منظمة جماهيرية تابعة

(1) حول دور النقابة في إرساء قواعد التشاور والحوار وأدائها للدور المنوط بها في عالم الشغل، راجع:

أحمد حسن البراعي، الحريات النقابية ومدى تأثيرها بإعلان المبادئ والحقوق الأساسية في العمل، منظمة العمل العربية، مصر، 2002، ص 62 وما بعدها.

(2) حول تجربة التعددية النقابية في الجزائر بعد صدور دستور 1989 والقانون 14/90، راجع:

-تقرير الشبكة الأوروبية المتوسطية لحقوق الإنسان، كوبنهاغن، الدنمارك، ديسمبر 2011
-تقرير اللجنة الدولية لمساندة الانتخابات المستقلة في الجزائر (تقرير بالفرنسية)، بين الاضطهاد والمناورة، شجاعة مقاومة الانتخابات المستقلة في الجزائر، ديلا سودا فنسوا، 2009، ص 6

لحزب جبهة التحرير الوطني، إلى مرتبة الشريك أو الحليف للبقاء في الحكم أو الذهاب منه، وهذا هو الدور الجديد للاتحاد العام للعمال الجزائريين، وتبقى المفاوضات في كل الحالات سلطة جديدة وفعالة للتنظيمات النقابية...¹

المطلب الثاني: مرحلة ما بعد سنة 1996

في سنة 1996 صدر دستور الجزائر الثاني في عهد التعددية الحزبية والنقابية، وأبقى على المكاسب التي تضمنها دستور 1989 في مجال الحريات والحقوق العامة، مع الاستفادة من فترة ست(6) سنوات من الممارسة الميدانية، إلا أن التركيز الحقيقي للحرية والتعددية النقابية اعترضته عدة معوقات وعراقيل من طرف المتعاملين مع التنظيمات النقابية، وهذا بحسب تقارير اللجان المختصة والتي تتابع وتراقب عن كثب مدى التزام الدولة بشروط الممارسة النقابية الحرة والمستقلة.

وفي أول تقرير لها أصدرت اللجنة الوطنية للحريات النقابية، تقريرا مفصلا عن الحريات النقابية في الجزائر بعنوان "الحريات النقابية المقيدة"، بما يفيد وجود تضيق على النشاط النقابي وعدم الالتزام بأحكام الاتفاقيات الدولية، وفي شهر جويلية 2011 صنف الاتحاد الدولي للنقابات الجزائر في قائمة تضم مجموعة من الدول هي الأكثر تضيقا وتقييدا للحريات في العالم.² وتلجا الدولة لعدة أساليب للتضييق على النشاط النقابي والتدخل فيه بما يعيق الممارسة المستقلة والحرة، ومن هذه الأساليب، التدخل الإداري، والملاحقات القضائية، والتوقيف التعسفي ومعاقبة النشاط النقابي وكذا رفض منح التراخيص بحجج واهية.

وهذا السلوك في النهاية يؤدي إلى إنكار الدولة لمبدأ استقلالية النقابات وأحقيتها في أن تكون طرفا أساسيا في رسم السياسة العامة والمشاركة في التنمية ومسيرة الإصلاح الاقتصادي والاجتماعي.

ويتجلى التقييد بخلق الدولة لنقابات موالية لها وتسير في فلكها، وكذا غلق المقرات ومنع الاجتماعات وعدم إشراكها في المفاوضات، وعدم تقديم الدعم للتنظيمات المستقلة عنها بما يؤثر سلبا في نشاطها، وإن كانت هذه التنظيمات النقابية تبقى تواجه عمدت السلطة إلى ملاحقتها قضائيا وحلها، ملاحقة النقابات تارة وإطاراتها تارة أخرى.

وكتقييم شامل يتبين أن النصوص ذات الصلة بالممارسة النقابية توجي بأن الجزائر ملتزمة بأحكام الاتفاقيات الدولية المصادق عليها، لكن الواقع العملي أثبت تردد وتخوف السلطة من فتح المجال النقابي لعدة اعتبارات سياسية ومهنية، لتصبح بذلك التعددية النقابية تعددية شكلية، لكن صدور دستور 2016 (المعدل لدستور 1996) حسم الجدل وأظهر نية الدولة في السير قدما نحو تكريس تعددية نقابية وإزالة كل العوائق بما يحقق دولة القانون والحريات، وهذا جلي كذلك من الأحكام التي تضمنها المشروع التمهيدي لقانون العمل.

(¹) عجة جيلالي، مرجع سابق، ص 182

-أكثر تفصيل حول دور التنظيمات النقابية في التفاوض والمشاركة، راجع:

-DAUGAREILH (I), La Modernisation Du Dialogue Social-Approche Comparative, Actes du colloque international

"Cinquantenaire du Code du Travail", Tunis 27 et 28 avril 2016, Editions de l'Intes, Tunis, pp.95-108

-كمال الهشومي، الحوار الاجتماعي كآلية لتطوير وإصلاح قوانين الشغل، نموذج حالة المغرب، أشغال الندوة الدولية "خمسينية مجلة الشغل"، المجلة السابقة، ص 42 وما بعدها.

(²) -لتفصيل أكثر حول واقع الممارسة النقابية في الجزائر، راجع: بولعناصر الزبير، الحركة النقابية في الجزائر في ظل التجربة الديمقراطية،

مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم السياسية والإعلام، جامعة الجزائر 3، سنة 2011، ص 126 وما بعدها.

خاتمة (نتائج وتوصيات)

مما سبق نخلص إلى أن النشاط النقابي من أهم المواضيع التي يضبطها قانون العمل، وفتح المجال النقابي للتنافس بآلية التعددية يعتبر مكسبا مهنيا لا يمكن الاستهانة به مهما كانت النقائص، لكن من المستحيل أن يساهم النشاط النقابي في ترقية العلاقات المهنية والاستقرار الاجتماعي والاقتصادي، ما لم تتمتع التنظيمات باستقلالية في عملها، ولو نسبية، عن السلطة، على اعتبار أن الاستقلالية من المبادئ الجوهرية التي تساهم في تحقيق السلم الاجتماعي في الدولة.

وقد تميزت الممارسة النقابية إلى غاية سنة 1990 بالوحدوية النقابية بحصر الممارسة في الاتحاد العام للعمال الجزائريين باعتباره منظمة جماهيرية تابعة لحزب جبهة التحرير الوطني، ومن ثم مسيرته لكل قرارات السلطة في المجال الاقتصادي والاجتماعي، وابتعاده عن النشاط النقابي إلى المساندة السياسية.

بصدور دستور 1989، دستور الحريات، وإقراره التعددية الحزبية والتعددية النقابية، كان لزاما على المشرع استصدار نص قانوني يخص النشاط النقابي، وبالفعل صدر القانون 14/90 والذي كرس التعددية النقابية، بفتح المجال للتنافس، لكن على أن تنشأ التنظيمات النقابية في ظل الديمقراطية والاستقلالية، مما يوحي التزام الجزائر بأحكام الاتفاقيات الدولية المصادق عليها، لا سيما الاتفاقية 87 والاتفاقية 98، لكن الواقع أثبت أن ضغوط وقيود فرضتها السلطة حالت دون التجسيد الميداني للمبادئ المعلن عنها رسميا، وتم تأكيدها بموجب دستور 1996 والتعديل الدستوري لسنة 2016، في إطار تكريس دولة القانون والحريات، وهناك عدة أسباب دفعت بالسلطة إلى هاته الممارسة تم ذكرها في صلب الدراسة، ومهما يكن من الحال تبقى التجربة الجزائرية رائدة في مجال النشاط والممارسة النقابية، بما يجسد نظرية مفادها: ان التعددية ليست وبالا على العالم المهني (عالم الشغل) والعالم الاقتصادي، بل هي مكسب لا يستهان به ويجب حمايته وتحسيس كل الفاعلين بذلك.

ذلك أن الممارسة النقابية التعددية الشفافة والبعيدة عن الضغوط، هي مؤشر من مؤشرات الحكم الراشد، لأنها تمثل المشاركة والتفاوض وتحقق الاستقرار الاجتماعي (السلم الاجتماعي) والاقتصادي، بما يمكن الحركة الاقتصادية من المساهمة في التنمية المستدامة والتطور المنشود.

ومن خلال دراسة وتحليل المراحل التي مر بها النشاط النقابي في الجزائر، توصلت إلى بعض النتائج العلمية، كما أنهيت الدراسة بتوصيات، الأخذ بها يساهم في تفعيل الممارسة النقابية وجعلها في خدمة السلم الاجتماعي والتنمية الاقتصادية، على النحو الذي سنبينه.

النتائج المتوصل إليها:

1- أنه وبداية من صدور دستور 1989 والقانون 14/90 المؤرخ في 02/جوان/1990 المتعلق بممارسة الحق النقابي، اختارت الجزائر طريق التعددية النقابية

2- الأحكام الدستورية والقانونية والتنظيمية ذات الصلة بممارسة الحق النقابي في مستوى تطلعات الطبقة الشغيلة

3- أن التنظيمات النقابية التي تأسست في بداية التعددية لم تكن في مستوى الدور المنوط بالنقابة كمنظمة مهنية هدفها الدفاع عن مصالح العمال المادية والمعنوية

- 4- بالنظر للأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي مرت بها الجزائر ، حاولت السلطة تقزيم دور التنظيمات النقابية ودعمها المباشر وغير المباشر للاتحاد العام للعمال الجزائريين
- 5- مارست السلطة في بعض الأحيان التدخل الإداري والتقييد من نشاط التنظيمات النقابية وهو ما أثر على وضع التعددية في الجزائر بحسب التقارير الموجهة للسلطة للالتزام بالاتفاقيات والمواثيق الدولية والأحكام الدستورية المكرسة للاستقلالية والحرية النقابية.
- 6- ضعف تكوين الإطارات النقابية التي تحملت مسؤولية إنشاء نقابات أثر في أداء التنظيمات النقابية وخلق منافسة شريفة تساهم بتحقيق السلم الاجتماعي وتندخل بالمساهمة بالتنمية المستدامة.
- 7- صدور القانون 08/08 المتعلق بمنازعات الضمان الاجتماعي، والقانون 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإعطاء الاختصاص القضائي للقسم الاجتماعي (محكمة عمالية) للبت في منازعات الممارسة النقابية بموجب المادة 500 منه، يعتبر نقلة نوعية في تكريس دولة القانون وتسهيل إجراءات التقاضي وتبسيطها وإزالة الغموض على هذا الصنف من المنازعات
- 8- بعد صدور التعديل الدستوري 2016 أفصححت الدولة عن نيتها في المضي قدما لتحقيق تعددية حقيقية في ظل الاستقلالية والديمقراطية ، بما يحقق دولة القانون ليس على الورق بل في الواقع ، تماشيا مع تعهدات الدولة الخارجية ونيتها في تكريس مؤشرات الحكم الرشيد
- 9- طرح للنقاش والإثراء مشروع تمهيدي لقانون العمل، قانون جامع لكل مشتملات القانون العمالي، وتخصيص كتاب مستقل للممارسة النقابية، يعد بادرة حسنة من المشرع ، بما يكرس تعددية حقيقية وخلق جو تنافسي بعيدا عن كل الضغوط والقيود، وهو ما يبين استفادة السلطة من التجربة السابقة وتثمينها في إصدار القانون الجديد.

التوصيات:

- مهما كانت الإيجابيات والمحاسن التي عرفها مجال النشاط النقابي في الجزائر، من ناحية النصوص والمصادقة على الاتفاقيات الدولية، إلا أننا كباحثين في مجال القانون الاجتماعي، ومن خلال تجربتنا المتواضعة ، ومقارنة بالخطوات التي اتخذتها بعض الأنظمة المقارنة ، نتقدم بالتوصيات التالية:
- 1- لا بد من مراجعة شاملة للقانون 1990 والذي صدر في وضع وظروف سياسية واقتصادية واجتماعية داخلية ودولية، غير الظروف الحالية ، بما يمكن من تعددية نقابية تستجيب لتطلعات الطبقة الشغيلة وأمالها.
 - 2- إعادة النظر في مسألة تمثيلية النقابات والنقابات الأكثر تمثيلا بما ينسجم مع الوضع الاقتصادي الحالي.
 - 3- إرساء قواعد الحماية النقابية للإطارات والمندوبين النقابيين بما يتماشى وروح الاتفاقية الدولية رقم 135 لسنة 1971 والمتعلقة بحماية ممثلي العمال في المؤسسة والتسهيلات الممنوحة لهم
 - 4- عدم ممارسة أي شكل من أشكال التقييد أو التدخل أو الملاحظات التعسفية ضد النقابات والإطارات النقابية بسبب نشاطهم ومواقفهم النقابية، والالتزام بنص المادة 2 من الاتفاقية الدولية رقم 87.
 - 5- إعادة فتح المركز الوطني للتكوين النقابي ، وجعله يساهم في تكوين المندوبين النقابيين والإطارات النقابية لكل التنظيمات المعتمدة ، وليس فقط لإطارات والنقابيين التابعين للاتحاد العام للعمال الجزائريين
 - 6- وجوب الدعم المادي للتنظيمات النقابية بحسب عدد منخرطيها وبطريقة شفافة وبدون تمييز

7-إعادة النظر في كفاءات التمثيل النقابي على مستوى الهيئات و الأجهزة والمؤسسات واللجان(المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي، لجان الطعن في مجال الضمان الاجتماعي، لجان العجز، لجان الطعن المحلية والوطنية في منازعات التقاعد والمعاشات...)، والتمثيل على مستوى أجهزة الهيئات الدولية(مكتب العمل الدولي، منظمة العمل الدولية...) بما يحقق العدالة وعلى أساس معايير موضوعية لا معيار الولاء للسلطة .

8-مراجعة الجزاءات المقررة ضد المستخدمين الذين يعرقلون ممارسة الحق النقابي بأي شكل من الأشكال

9-إعادة النظر في الشروط الشكلية والموضوعية لإنشاء النقابات بتخفيفها بما يتلاءم ويتماشى ودولة القانون، لا سيما مؤشر تبسيط الإجراءات(من ناحية اجل الترخيص، والإشهار، وحضور محضر قضائي للجمعية العامة التأسيسية...)

10-فصل جانب نقابات أرباب العمل، بمحور مستقل عن نقابات العمال الأجراء، لأن لكل خصوصياته

11-الإلتفات إلى موضوع الثلاثية(حكومة نقابة وأرباب العمل)ومراجعتها بما يتماشى والتمثيل النقابي الواقعي والفعال، وعدم حصر التمثيل في نقابة واحدة قد لا تحسن اتخاذ المواقف والقرارات لا سيما في مسألة تحرير الاقتصاد وتحديد الحد الأدنى من الأجور، مع ضرورة احترام ما ورد في صلب المادة 5 من الإتفاقية الدولية رقم 87 المشار إليها أعلاه، والاتفاقية رقم 144 لسنة 1976 المصادق عليها سنة 1993

12-الإلتفات لمسألة الأجانب العاملين في الجزائر وحقهم في الدفاع عن مصالحهم بالانتماء لأية نقابة

13-الإلتفات لمسألة تمويل النقابات بعدم فرض قيود إدارية وجزائية على الوصايا والهبات وتحريرها من الترخيص الإداري.

14-إنشاء جهة مختصة بمنازعات الممارسة النقابية خلافا لما هو وارد في نص المادة 500 الفقرة 4 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية.

هناك توصيات أخرى سيتم تقديمها في مناسبات علمية، مع بقاء البحث مفتوحا لأهل الاختصاص لإثراء هذا الموضوع العمالي الهام والحساس في نفس الوقت.

لائحة المصادر والمراجع:

أولا: النصوص الرسمية

1-الدساتير

-دستور 1976

-دستور 1989.

-دستور 1996 المعدل في سنة 2016. .

2:الإتفاقيات والمواثيق الدولية

-الاتفاقية الدولية رقم 87 لسنة 1948 المتعلقة بالحرية النقابية وحماية الحق النقابي(منظمة العمل الدولية)، تمت المصادقة عليها من طرف الجزائر في سنة 1962

- الاتفاقية الدولية 98 لسنة 1949 المتعلقة تطبيق حق التنظيم والمفاوضة الجماعية (منظمة العمل الدولية)، تمت المصادقة عليها من طرف الجزائر في سنة 1962
- الاتفاقية الدولية رقم 135 لسنة 1971 بشأن توفير الحماية والتسهيلات لممثلي العمال في المؤسسة (منظمة العمل الدولية)، تمت المصادقة عليها من طرف الجزائر في سنة 2006
- الاتفاقية الدولية رقم 144 لسنة 1976 حول المشاورات الثلاثية المتعلقة بمعايير العمل الدولية (منظمة العمل الدولية)، تمت المصادقة عليها من طرف الجزائر في سنة 1993

3: النصوص القانونية والتنظيمية ومشاريع القوانين

- الأمر 74/71 المؤرخ في 16/11/1971 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات (ملغى)
- القانون 12/78 المؤرخ في 5 اوت 1978 المتضمن القانون الأساسي للعامل. (ملغى)
- القانون 06/82 المؤرخ في 27/02/1982 المتعلق بالعلاقات الفردية للعمل (ملغى)
- القانون 28/88 المؤرخ في 19/07/1988 المتعلق بممارسة الحق النقابي (ملغى)
- القانون 02/90 المؤرخ في 06/02/1990 المتعلق بالوقاية من المنازعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب المعدل والمتمم
- القانون 03/90 المؤرخ في 06/02/1990 المتعلق بمفتشية العمل، المعدل والمتمم
- القانون 04/90 المؤرخ في 06/02/1990 المتعلق بالوقاية من المنازعات الفردية في العمل وتسويتها، المعدل والمتمم
- القانون 11/90 المؤرخ في 21/04/1990 المتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم
- القانون 14/90 المؤرخ في 02/02/1990 المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي، المعدل والمتمم
- القانون 07/05 المؤرخ في 13 ماي 2005 القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم للأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 19975 والمتضمن القانون المدني.
- القانون 08/08 المؤرخ في 25/02/2008 المتعلق بمنازعات الضمان الاجتماعي
- القانون 09/08 المؤرخ في 53/02/2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية
- المرسوم 302/82 المحدد لكيفيات تطبيق الأحكام الواردة في القانون 06/82 المتعلق بعلاقات العمل الفردية.

ثانيا: المراجع الفقهية

1 - باللغة العربية

- القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، قانون العمل اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
- أحمد حسن البراعي، الحريات النقابية ومدى تأثيرها بإعلان المبادئ والحقوق الأساسية في العمل، منظمة العمل العربية، مصر، 2002.

- أحمية سليمان، محاضرات في قانون علاقات العمل في التشريع الجزائري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر العاصمة، 2015/2014.
- بن حساين محمد، القانون الاجتماعي المغربي، طوب براس، الرباط، المغرب، طبعة 2015.
- بعلي محمد الصغير، تشريع العمل في الجزائر، دار العلوم للنشر والتوزيع، سنة 2009.
- خليفي عبد الرحمن، القضاء الاجتماعي في الجزائر، الدار العثمانية، الجزائر، 2016.
- عبد السلام ذيب، قانون العمل الجزائري والتحول الاقتصادي، دار القصب للنشر، الجزائر، 2003.
- محمد حسن منصور، قانون العمل في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1995.

2- باللغة الفرنسية

- BENOIT (F), Droit Administratif Français, Paris, 1958.
- BOUTEFNOUCHET (M), La Socialisation Dans L'entreprise, OPU, Alger, 1982
- CAMERLYNCK (G.H) Lyon Caen (G) , Droit Du Travail, dixième , Dalloz, 1980
- PELLISSIER (J)-SUPIOT (A)-JEAMMAUD (A), Droit du Travail, 20eme édition, Delta, Dalloz, 2001.
- DAUGAREILH (I), La Modernisation Du Dialogue Social-Approche Comparative, Actes du colloque international "Cinquantenaire du Code du Travail" , Tunis les 27 et 28 avril 2016, Editions de l'Intes , Tunis.

ثالثا: الرسائل الجامعية

- بولعناصر الزبير، الحركة النقابية في الجزائر في ظل التجربة الديمقراطية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم السياسية والإعلام، جامعة الجزائر 3، سنة 2011.
- حورية عيوش، استراتيجية الممارسة النقابية، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم علم الاجتماع، جامعة الجزائر، سنة 2006.
- مناصرة سميحة، الحرية النقابية في الجزائر، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2012.
- محمد حسن منصور، قانون العمل في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1995.
- طهير عبد الرحيم، الحق النقابي بين المواثيق الدولية والتشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2010.

رابعا: المقالات والمقتنيات

- أحمية سليمان، الحركة النقابية في الجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 01 / 2013.
- إدريس بولكعبيات، الحركة النقابية الجزائرية بين عصرين، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، العدد 12 / 2007.

-علي خطار، نظرية المرافق العامة المهنية، المجلة التونسية للعلوم القانونية، مركز الدراسات والبحوث والنشر، تونس، العدد 1 و2 سنة 1990.

-سليمان أحمية، نحو تكريس القانون الاتفاقي في علاقات العمل في الجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 04 سنة 2009.

-كمال الهشومي، الحوار الاجتماعي كآلية لتطوير وإصلاح قوانين الشغل، نموذج حالة المغرب، اشغال الندوة الدولية "خمسينية مجلة الشغل".

خامسا: الوثائق والتقارير

-تقرير الشبكة الأوروبية المتوسطية لحقوق الإنسان، كوبنهاغن، الدنمارك، ديسمبر 2011.

-تقرير اللجنة الدولية لمساندة النقابات المستقلة في الجزائر (تقرير بالفرنسية)، بين الاضطهاد والمناورة، شجاعة مقاومة النقابات المستقلة في الجزائر، ديلا سودا فنسوا، 2009.

حماية الشهود كضمانة لحماية حق المجني عليه في التعويض

الأستاذ الدكتور مستاري عادل- الباحثة رباحة زوليخة

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة

ملخص:

للشاهد دور مهم وجوهري في تقديم المعلومات المتعلقة بالوقائع الجرمية للجهات القضائية، لذلك فإنه يكون عرضة للخطر نتيجة للإدلاء بشهادته، وعليه فقد وضع المشرع ضمانات قانونية موضوعية وإجرائية تكفل حمايته من الاعتداءات التي قد يتعرض لها، كالإكراه واستخدام الوسائل العلمية المؤثرة في إرادته ومدى مساسها بالسلامة الجسدية والذهنية للشاهد وكذا مساسها بالحرية والكرامة الإنسانية، وتقرير التدابير الإجرائية والغير إجرائية لحماية الشاهد يكون في سبيل إثبات الجريمة وإسنادها إلى المتهم، وبالتالي تعويض المجني عليه عن الضرر الناتج عن هذه الجريمة سواء كان ماديا أو معنويا.

Abstract :

The witness has an important and substantial role in the presentation of informations related to criminal facts in front of the judicial authorities , Therefore he is exposed to danger as a result of his testimony (witness) . So the legislator has established substantive and procedural legal guarantees to protect him from the attacks he may face , such as coercion and the use of scientific means affecting his swill and how they infringe The physical and mental safety of the witness , and also their infringe to freedom and human dignity ,and the determination of procedural and non-procedural measures for protecting the witness ,for proofing the crime and Accuse it to the accused and thuscompensate the victim for the harm resulting from this crimewhether was material or moral.

مقدمة

تعتبر الشهادة من أهم وسائل الإثبات الجزائي، فالشاهد هو عين القاضي وأذنه لأنه يساهم بشكل كبير في إظهار الحقيقة التي يسعى إليها القاضي دائما في جميع الدعاوى المرفوعة إليه، وبما أن الشاهد هو مصدر من مصادر الأدلة التي يستعين بها القاضي في إثبات الواقعة والتوصل إلى الجناة، فإنه يكون عرضة للخطر نتيجة لإدلائه بشهادته، وعليه فلقد سنّ المشرع الجزائري مجموعة من القواعد القانونية العامة سواء في قانون العقوبات أو في تعديل قانون الإجراءات الجزائية لسنة 2015 تعتبر كضمانات تكفل حماية الشاهد من كل الاعتداءات التي قد يتعرض لها.

إذا فمقابل ما يقدمه الشاهد من مساعدة للقضاء في سبيل إظهار الحقيقة، فإنه يجب حمايته لكي يحس بالأمان والطمأنينة ليتشجع وتكون لديه الجرأة في تقديم شهادة صحيحة وسليمة غير معيبة، أما إذا لم توفر له الحماية الجزائية الكافية فإنه سيحجم عن الإدلاء بها لإحساسه بوجود خطر يحدق به مما سيؤدي إلى عدم إظهار الحقيقة والتأثير على السير الحسن للعدالة، وعدم إثبات الواقعة سيؤدي إلى إفلات الجاني من العقاب وبالتالي عدم تعويض المجني عليه المتضرر من هذه الجريمة الذي يعتبر محل اهتمام السياسة الجنائية الحديثة التي تسعى للوصول والبحث عن سبل وضمانات لكفالة حقه في التعويض عن الضرر المادي أو المعنوي الذي أصابه لإصلاح بعضا مما أفسدته الجريمة، فليس من الهين مبلغ الأضرار التي يعاني منها المجني عليه من جراء الجريمة التي تصل إلى حد فقدان الحياة، فحتى لو تم تعويضه لا نوفيده حقه، فما بالك لا يتم تعويضه أصلا، وإذا خسر المجني عليه شهادة الشاهد التي تعتبر المصدر الرئيسي والهام لإثبات الجريمة ونسبتها إلى المتهم، فإنه لن يحصل على تعويض عادل ومناسب وهذا فيه إهدار لمبدأ العدالة.

فهل وفق المشرع الجزائري في تكريس حماية جزائية فعالة وكافية للشاهد بصفة عامة، لحماية حق المجني عليه في التعويض عن الضرر؟

وللإجابة على هذه الإشكالية استخدمنا المنهج التحليلي، وذلك بتحليل مختلف النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع، وكذلك أسلوب المقارنة بين القانون الجزائري وبعض من القوانين الأخرى، ولقد اتبعنا الخطة التالية:

مقدمة

المبحث الأول: مظاهر الحماية الجزائية الموضوعية للشهود

المطلب الأول: حماية الشهود بين الإكراه وأسباب الإباحة

الفرع الأول: حماية الشهود من الإكراه

الفرع الثاني: الحماية الجزائية للشهود من خلال أسباب الإباحة

المطلب الثاني: وسائل التأثير في الشهود

الفرع الأول: وسائل النشر وتأثيرها في الشهود

الفرع الثاني: الوسائل العلمية وتأثيرها على الشهود

المبحث الثاني: مظاهر الحماية الجزائية الإجرائية للشهود

المطلب الأول: أحكام الشهادة

الفرع الأول: شروط الشهادة

الفرع الثاني: ضمانات حماية شهود المجني عليه

المطلب الثاني: تدابير حماية الشهود

الفرع الأول: أحكام اتخاذ تدابير الحماية

الفرع الثاني: أنواع تدابير الحماية

الخاتمة

المبحث الأول: مظاهر الحماية الجزائية الموضوعية للشهود

تعتبر الشهادة¹ بمختلف

أنواعها² من أهم³ أدلة الإثبات الجزائي، فهي من الأدلة القولية التي تكون من شخص طبيعي شاهد وقائع الجريمة ويستطيع إفادة الجهات القضائية الجزائية بمعلومات جرمية عن الحادثة، لكن قد يتعرض

الشاهد⁴ لضغوطات خاصة من قبل المتهم وأهله، لذا تم تقرير ضمانات من خلال النصوص القانونية الموضوعية تكفل حماية جزائية للشهود من كل المخاطر والاعتداءات التي قد يتعرض لها، حيث سنتطرق في (المطلب الأول) إلى حماية الشهود بين الإكراه وأسباب الإباحة.

المطلب الأول: حماية الشهود بين الإكراه وأسباب الإباحة

¹تعريف الشهادة: هناك تعريف لغوي وتعريف قانوني.

-التعريف اللغوي للشهادة: وتأخذ معنى الخبر القاطع والمعاينة وشهد شهودا أي حضره بمعنى الحضور، انظر: جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، ط1، بيروت، دار صادر، 1990، ص 239-240.

-التعريف القانوني للشهادة: لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف الشهادة وإنما قام بتحديد كل ما يدور في فلكها من شروط وإجراءات، وحسن فعل حيث ترك ذلك للفقهاء إذ عرفها على أنها: "إثبات واقعة معينة من خلال ما يقوله أحد الأشخاص عما شاهدته أو سمعه أو أدركه بحواسه من هذه الواقعة بطريقة مباشرة، انظر: العربي الشط عبد القادر ونبيل صقر، الإثبات في المواد الجزائية، ج3، الجزائر، دار الهلال، 2004، ص115. ما يلاحظ على هذا التعريف أنه اقتصر على الشهادة المباشرة وهذا هو الغالب في الشهادة، كما عرفت على أنها إخبار الشاهد بواقعة شاهدتها أو سمعها أو اتصلت بعلمه بعد أداء اليمين أمام الجهات القضائية المعنية، انظر: خليل جريح، النظرية العامة للموجبات، ج3، بيروت، مطبعة صاعد، 1960، ص136.

² أنواع الشهادة: تنقسم الشهادة إلى أربعة أنواع نذكر منها: الشهادة المباشرة وهي التي عاينها الشاهد بنفسه، والشهادة السماعية والتي يدلي فيها الشاهد بما نقل إليه من شخص آخر قد عاين الواقعة، والشهادة بالتسامع وهي الشهادة بما تسامعه الناس، والشهادة بالشهرة وهي ليست شهادة بالمعنى الصحيح، وإنما هي عبارة عن ورقة مكتوبة تحرر أمام موظف رسمي عمومي، تدون فيها وقائع معينة لا تدخل في المواد الجزائية بل المدنية.

³أهمية الشهادة: للشهادة أهمية كبيرة في الإثبات الجزائي إذ هي من بين الأدلة التي تحتل الصدارة كونها لا يمكن الإستغناء عنها في مختلف الوقائع فهي ضرورية في إثباتها أو نفيها.

⁴يمكن تعريف الشاهد من خلال ما تم استنتاجه من التعريفات المقدمة للشهادة، فهو الشخص الذي عاين وشاهد الوقائع الجرمية بمختلف حواسه، واللجوء إلى الجهات القضائية الجزائية للبحث بكل ما عاينه بعد توفر شروطها.

نظرا لأهمية الشهادة كدليل جزائي في إثبات أو نفي الجريمة، فإن القائم بها أي الشاهد قد يتعرض لمجموعة من الضغوطات، لذا وجب حمايته منها وهذا ما سنتطرق إليه في (الفرع الأول)، كما أنه من خلال شهادته يمكن أن يرتكب جريمة مثل جريمة إفشاء سر مهني لكن إدلاءه بشهادته يدخل ضمن نطاق أسباب الإباحة، وهذا سيكون محل دراسة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حماية الشهود من الإكراه

إن إكراه الشهود يؤدي لا محال إلى تضليل العدالة وإخفاء الحقيقة لأنهم عيون وأذان القضاء، لذا وجب حمايتهم من خلال تجريم الأفعال المكروهة لهم، ولكن قبل ذلك نرجع على تعريف الإكراه وأنواعه كما يلي:

أولاً: مفهوم الإكراه

نتطرق لتعريف الإكراه ثم أنواعه كالآتي:

1-تعريف الإكراه: يعتبر الإكراه مانع من موانع المسؤولية الجزائية، نصت عليه المادة 48 من قانون العقوبات¹، فبالرغم من قيام الجريمة إلا أن الجاني لا يتحمل تبعات أفعاله لانتهاء حرية الاختيار، وقد عرفه الفقه على أنه: "عمل غير مشروع صادر عن إنسان بقصد حمل الغير على القيام بعمل أو امتناع عن فعل..."².

وعرف أيضا على أنه: "سبب نفسي ينفي حرية الاختيار ويسلب الإرادة..."³.

2-أنواع الإكراه: ويتخذ الإكراه صورتين هما:

أ-الإكراه المادي: ويقصد به محو إرادة الفاعل على نحو لا تنسب إليه فيه غير حركة عضوية أو موقف سلبي مجردين من الصفة الإرادية⁴،

ويشترط فيه أن يكون غير متوقع وأن لا يكون بوسع الشخص مقاومة القوة المكروهة⁵.

ب-الإكراه المعنوي: يقصد به قوة معنوية ضاغطة ومؤثرة على إرادة الإنسان على النحو الذي يجعله يفقد حرية الاختيار وتتخذ صورة التهديد في الغالب⁶، وله نفس شروط الإكراه المادي السابقة الذكر.

3-المقصود بإكراه الشهود: إن الشهود يجب أن يدلوا بأقوالهم بحرية واختيار، وإكراههم يؤدي إلى تغيير الحقيقة ومن ثم إلى بطلان الشهادة، ويتجسد الإكراه المادي للشهود مثلا في حجزهم، أما الإكراه المعنوي فيتمثل في تهديدهم أو تهديد ذويهم بالقتل أو الخطف مثلا.

¹الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8-6-1966 المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية، عدد 49، مؤرخة في 11/6/1966، المعدل والمنتم.

²عبد الله أوهابيه، شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام-الجزائر، موفم للنشر، 2011، ص357.

³أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ط4، الجزائر، دار هومة، 2014، ص246.

⁴محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات-القسم العام-، مصر، دار النهضة العربية، 1997، ص579.

⁵للتفصيل أكثر انظر: أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص338-339.

⁶عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري-القسم العام-الجزائر، دار هومة، 2010، ص237-238.

ثانيا: تجريم أفعال إكراه الشهود

لقد تم النص على هذه الأفعال وتجريمها من خلال نصوص قانونية متضمنة في قانون العقوبات والقوانين المكملة لها وسنعرضها كما يلي:

1- الفعل المجرم بنص المادة 236 قانون العقوبات: تنص المادة 236 من قانون العقوبات على أنه: "كل من استعمل الوعود أو العطايا أو الهدايا أو الضغط أو التهديد أو التعدي أو المناورة أو التحايل لحمل الغير على الإدلاء بأقوال أو بإقرارات كاذبة أو على إعطاء شهادة كاذبة وذلك في أية مادة وفي أي حالة كانت عليها الإجراءات بغرض المطالبة أو الدفاع أمام القضاء سواء أنتجت هذه الأفعال أثرها أم لم تنتج يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 2000، دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ما لم يعتبر الفعل اشتراكا في إحدى الجرائم الأشد المنصوص عليها في المواد 232 و233 و235".

من خلال استقراء هذه المادة، نجد أن الركن المادي لهذه الجريمة وهي جريمة التحريض على شهادة كاذبة أو زور يتمثل في السلوك الإجرامي من قبل الشخص باستعمال الوسائل المحددة حصرا في هذه المادة دون غيرها، وتتنوع بين وسائل عنف ووسائل بدون عنف تستعمل لحمل الشاهد على إعطاء شهادة كاذبة في أي مرحلة من مراحل الدعوى العمومية، وبالنسبة للنتيجة فهي تتمثل في الضغط على الشاهد والتأثير عليه ومن ثم تحريف الشهادة سواء تحققت أم لا، وهذا من أجل التوسيع في الحماية الجزائية للشاهد، حيث يعاقب الجاني حتى وإن لم يؤدي شهادته، وكذلك علاقة سببية مباشرة بين السلوك الإجرامي والنتيجة.

وما يلاحظ على هذه المادة أنها جاءت عامة من خلال نصها على: "... لحمل الغير..." ويدخل في إطار هذه العبارة الشاهد.

أما بالنسبة للركن المعنوي فيمكن في القصد الجنائي العام، المتمثل في علم الجاني بأن فعله سوف يترتب عليه إدلاء الشاهد لشهادة كاذبة وبالتالي الانحراف عن الحقيقة واتجاه إرادته المقصودة الغير معيبة لذلك.

وقد عاقب المشرع الجزائري على هذه الجريمة بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات، وغرامة من 500 إلى 2000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين ما لم يعتبر الفعل اشتراكا في إحدى الجرائم الأشد المنصوص عليها في المواد 232 و233 و235.

ما نلاحظه في العقوبة أنها بسيطة خاصة الغرامة مقارنة مع الفعل المجرم، إذ يمكن أن تكون في وقائع جرمية معينة دليل واحد وهو الشهادة، وإذا قام شخص بالتأثير على الشاهد فهنا يضيع الحق المحمي جنائيا وتطمس مقولة الشهود عيون وأذان القضاء" ولا تتحقق العدالة، ومع هذا فقد أدرك المشرع ذلك أي تعديل عقوبة الغرامة سنة 2006 من خلال المادة 467 مكرر ق¹ والتي تنص على: "ترفع قيمة الغرامات المقررة في مادة الجرح كما يأتي:

-يرفع الحد الأدنى للغرامات إلى 2000 دج، إذا كان الحد أقل من 20000 دج.

-يرفع الحد الأقصى للغرامات إلى 100000 دج إذا كان الحد أقل من 100000 دج.

-يضاعف الحد الأقصى لغرامات الجرح الأخرى إذا كان هذا الحد يساوي أو يفوق 100000 دج، ما عدا الحالات التي ينص القانون فيها على حدود أخرى".

وبالتالي ومن خلال هذه المادة يصبح مقدار الغرامة من 2000 دج إلى 100000 دج.

¹قانون رقم 06-23، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المتضمن تعديل قانون العقوبات، جريدة رسمية، عدد 84، مؤرخة في 24 ديسمبر 2006.

ولم يكتفي المشرع بالعقوبات الأصلية، بل سن عقوبات تكميلية على سبيل الجواز تمثلت في الحرمان من خمس سنوات على الأقل إلى عشر سنوات على الأكثر من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 ق ع أي الحقوق المدنية (المادة 241 ق ع).

2- الفعل المجرم بنص المادة 44 من القانون رقم 01/06: تنص المادة 44 من قانون 01/06 على أنه: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 50000 إلى 500000 دج:

1- كل من استخدم القوة البدنية أو التهديد أو الترهيب أو الوعد بمزية غير مستحقة أو عرضها أو منحها للتحريض على الإدلاء بشهادة زور أو منع الإدلاء بالشهادة أو تقديم الأدلة في إجراء يتعلق بارتكاب أفعال مجرمة وفقا لهذا القانون.

2- كل من استخدم القوة البدنية أو التهديد أو الترهيب لعرقلة سير التحريات الجارية بشأن الأفعال المجرمة وفقا لهذا القانون.

3- كل من رفض عمدا ودون تبرير تزويد الهيئة بالوثائق والمعلومات المطلوبة".

هذه المادة تقابل المادة 236 ق ع السالفة الذكر في فعل التحريض على الإدلاء بشهادة زور، أي شهادة كاذبة باستخدام أيضا وسائل محددة حصرا كما في نص المادة لكن هنا في جرائم الفساد، وأضافت هذه المادة المنع من الإدلاء بالشهادة، فالجاني لديه قصد جنائي عام وهو الوصول للإدلاء بشهادة زور أو منع الإدلاء بالشهادة، أما بالنسبة للعقوبة فتمثلت في عقوبة الحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات وغرامة مقدارها من 50000 دج إلى 500000 دج، ونلاحظ أنها عقوبة لا بأس بها في مقابل الفعل المجرم الذي يهدف إلى تعطيل سير العدالة، وضياع حق المجني عليه في التعويض.

بالإضافة إلى العقوبات التكميلية التي يحكم بها القاضي على سبيل الجواز، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 50 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته¹.

3- لفعل المجرم بنص المادة 45 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته: تنص المادة 45 من قانون الوقاية من الفساد على أنه: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 50000 إلى 500000 دج، كل شخص يلجأ إلى الإنتقام أو الترهيب أو التهديد بأية طريقة كانت أو بأي شكل من الأشكال ضد الشهود أو الخبراء أو الضحايا أو المبلغين أو أفراد عائلاتهم وسائر الأشخاص الوثيقي الصلة بهم".

يقوم الجاني في هذه الجريمة بالترهيب أي التخويف والتهديد والإنتقام مهما كان شكله ضد المجني عليهم من بينهم الشهود وأفراد عائلتهم وكل الأشخاص الوثيقي الصلة بهم، وهذا توسيع منه لنطاق الحماية.

ويقصد الجاني من فعله هذا منع الشهود من الإدلاء بشهادتهم، وبالنسبة للعقوبة فهي الحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 50000 دج إلى 500000 دج، بالإضافة إلى عقوبات تكميلية جوازية (المادة 50 ق ع السالفة الذكر).

فالفرق بين المادة 44 والمادة 45 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته هو الاختلاف في الوسائل التي تؤدي إلى المنع من إدلاء الشهادة، فالمادة 45 وسعت من محل الحماية أي المجني عليهم إلى الخبراء والمبلغين والضحايا وأفراد عائلاتهم...، وبالنسبة للشهود فإنها امتدت إلى أفراد عائلاتهم وكل الأشخاص وثيقي الصلة.

¹ قانون رقم 01-06، مؤرخ في 20 فيفري 2006، المتضمن الوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية، عدد 14، مؤرخة في 8-3-2006.

ومن خلال ما سبق وفي حال قيام الشاهد المكره بالأفعال الإيجابية أو السلبية السابقة الذكر من شهادة زور أو المنع من الإدلاء أو تقديم إقرارات كاذبة... فإنه لا يتحمل المسؤولية الجزائية لوجود مانع الإكراه.

في المقابل نجد المادة 300 من قانون العقوبات المصري¹ تنص على أنه: "من أكره شاهدا على عدم أداء الشهادة أو على الشهادة زورا يعاقب بمثل عقوبة شاهد الزور مع مراعاة الأحوال المقررة في المواد السابقة".

ما نلاحظه أن المشرع المصري قام هو أيضا بتجريم إكراه الشاهد سواء كان إكراه مادي أو معنوي من أجل عدم أداء الشهادة أو على الشهادة زورا، وعاقب على ذلك مثل عقوبة من يشهد زورا²، وبالنسبة للمسؤولية الجزائية فإن الشاهد لا يتحملها لتوفر مانع من موانعها، وتكون هنا شهادته باطلة³.

الفرع الثاني: الحماية الجزائية للشهود من خلال أسباب الإباحة

عندما يستدعى الشاهد للإدلاء بشهادته، فإن أقوال شهادته يمكن أن تنطوي على عبارات هي في الأصل تمثل جريمة عند القيام بلفظها، لكن نظرا لتوفر سبب مبيح⁴ فإن هذا يخرجها من دائرة التجريم، ويكون ذلك في موضعين، إذا كانت أقواله تشكل قذفا (أولا)، أو كانت أقواله إفشاء لسر مهني (ثانيا).

أولا: الفعل المجرم من خلال نص المادة 296 ق ع

تنص المادة 296 ق ع على أنه: "يعد قاذفا كل ادعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف واعتبار الأشخاص أو الهيئة المدعى عليها به أو إسنادها إليهم أو إلى تلك الهيئة ويعاقب على نشر هذا الإدعاء أو ذلك الإسناد مباشرة أو بطريق إعادة النشر حتى ولو تم ذلك على وجه التشكيك أو إذا قصد به شخص أو هيئة دون ذكر الاسم ولكن كان من الممكن تحديدهما من عبارات الحديث أو الصياح أو التهديد أو الكتابة أو المنشورات أو اللافتات أو الإعلانات موضوع الجريمة".

يتمثل السلوك الإجرامي في جريمة القذف في الإدعاء بواقعة مشينة أو إسنادها للغير، وكذا توفر عنصر العلنية، إضافة للقصد الجنائي لاكتمال البنين القانوني لهذه الجريمة، ويعاقب على جريمة القذف من خلال نص المادة 298 ق ع⁵.

¹ قانون رقم 58 لسنة 1937 الصادر في 23 جمادى الأولى لسنة 1356 المتضمن قانون العقوبات المصري.

² راجع المواد 294 و295 و296 من قانون العقوبات المصري.

³ المادة 302 من قانون رقم 150 لسنة 1950، المعدلة بقانون رقم 37 لسنة 1972 جريدة رسمية رقم 39 الصادر في 1972/9/28 المتضمن قانون الإجراءات الجنائية المصري.

⁴ مفهوم أسباب الإباحة: تعتبر أسباب الإباحة ظروفًا موضوعية تلحق السلوك الإجرامي فتمحو عنه الصفة الإجرامية فتجعل منه فعلا مباحا رعاية لمصالح أهم من المصالح التي من أجلها جرم الفعل ابتداء. انظر: عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص 161.

وقد نص عليها المشرع الجزائري تحت اسم الأفعال المبررة في المادة 39 ق ع: "لا جريمة:

1- إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون.

2- إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامته الاعتداء".

⁵ تنص المادة 298 ق ع على أنه: "يعاقب على القذف الموجه إلى الأفراد بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 25000 دج إلى 50000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية.

ويعاقب على القذف الموجه إلى شخص أو أكثر بسبب إنتمائهم إلى مجموعة عرقية أو مذهبية أو إلى دين معين بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 10000 دج إلى 100000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط إذا كان الغرض هو التحريض على الكراهية بين المواطنين أو السكان".

فالشاهد إذا امتثل أمام الجهات القضائية وكانت أقوال شهادته فيها قذف أي ادعاء بواقعة مشينة ضد شخص ما أو إسنادها إليه فهذا أمر مباح، لأنه امتثل لأمر القانون وهو ذو طبيعة موضوعية متعلق بموضوع الدعوى، فالشاهد يسعى لتحقيق مصلحة أهم من مصلحة الشخص الموجه له القذف.

ويشترط لإباحة الشهادة في هذه الحالة ما يأتي¹:

1- ثبوت صفة الشاهد: لكي يدلي الشخص أمام القضاء بأقوال تتضمن ألفاظا مشينة والإدعاء بها أو إسنادها للغير مشكلا بذلك جريمة قذف تخرج من الإطار المباح، يجب أن تكون له صفة شاهد، ويخرج من نطاق هذه الصفة إذا كان الشاهد صفة في تشكيل المحكمة أو يقوم بمساعدتها في أداء مهمتها أو كان الشاهد في وضع الخصم.

2- تعلق الوقائع التي تتضمنها الشهادة بموضوع الدعوى: للشاهد الإدلاء بشهادته بمنتهى الحرية مادام لم يخرج عن نطاق الدعوى، فإذا خرج عن موضوع الدعوى فإنه يدخل إطار عدم المشروعية أي الجريمة، فيعاقب على ما تتضمنه أقواله من قذف، ما لم يثبت للمحكمة أنه كان يعتقد بأن أقواله متعلقة بموضوع الدعوى ويهدف من خلالها مساعدة القاضي في معرفة الحقيقة فهنا ينتفي قصده الجنائي، وقاضي الموضوع هو المختص بتقدير ما إذا كان الشاهد قد خرج عن نطاق الدعوى أو لا.

3- حسن نية الشاهد: تتوافر حسن نية الشاهد إذا كان يستهدف معاونة القاضي بكشف الحقيقة له، ويفترض هذا الشرط الإعتقاد بصحة الواقعة وبذل المجهود في تحري صحتها، أما إذا كان غرض الشاهد التشهير بالمعني فهنا ينتفي حسن النية لديه.

وبالرجوع لموقف المشرع الفرنسي فإنه تحدد بعد صدور حكم محكمة النقض الفرنسية في 5 أغسطس، 1884، مقررًا أن الشهود لا يستفيدون من الإباحة المقررة للخصوم والمنصوص عليها في المادة 41 من قانون 1881م، وإنما يستفيدون من الإباحة المستمدة من النظام القانوني الذي يطالبه بقول الحقيقة².

ثانيا: الفعل المجرم من خلال نص المادة 301 من قانون العقوبات

تنص المادة 301 ق ع على أنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأطباء والجراحون والصيدالة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها فيغير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك.

ومع ذلك فلا يعاقب الأشخاص المبينون أعلاه رغم عدم التزامهم بالإبلاغ عن حالات الإجهاض التي تصل إلى علمهم بمناسبة ممارسة مهنتهم بالعقوبات المنصوص عليها في الفترة السابقة إذا هم أبلغوا بها، فإذا دعوا للمثول أمام القضاء في قضية إجهاض يجب عليهم الإدلاء بشهادتهم دون التقييد بالسر المهني".

من خلال نص المادة نستنتج أن جريمة إفشاء السر المهني تقوم على ركن مادي وفيه عنصر صفة من أوتمن على السر وهم الأطباء والجراحون إلخ، والسلوك الإجرامي المتمثل في إفشاء السر من قبلهم في غير الحالات التي يوجبها القانون، وركن معنوي يكمن في القصد الجنائي المتمثل في علم من أوتمن على السر بأن هذا الأخير أي المعلومة التي بحوزته عبارة عن سر لا يجوز إفشاؤه واتجاه إرادته الحرة غير المعيبة لذلك.

¹ أحمد يوسف محمد السولية، الحماية الجنائية والأمنية للشاهد-دراسة مقارنة-، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 2006، ص 100-103.

² المرجع نفسه، ص104.

ويعاقب على هذه الجريمة بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة مقدارها 500 إلى 5000 دج، لكن هذه الغرامة معدلة حسب المادة 467 مكرر السابقة الذكر، فيصبح مقدارها من 2000 إلى 100000 دج.

من خلال ما سبق نستنتج أن المؤتمنين بالسر المهني لهم الامتناع عن أداء الشهادة إذا استدعوا أمام الجهات القضائية كشهود وذلك من خلال نص المادة 97 فقرة 1 من قانون الإجراءات الجزائية¹ التي تنص على أنه: "كل شخص استدعي لسماع شهادته ملزم بالحضور وحلف اليمين وأداء الشهادة مع مراعاة الأحكام القانونية المتعلقة بسر المهنة".

وتنص المادة 232 فقرة 1 ق إ ج على أنه: "لا يجوز سماع شهادة المدافع عن المتهم فيما وصل إلى علمه بهذه الصفة، أما الأشخاص الآخرون المقيدون بالسر المهني فيجوز سماعهم بالشروط والحدود التي عينها لهم القانون".

وهكذا يكون المشرع الجزائري الجزائري قد غلب واجب الكتمان على واجب أداء الشهادة، فالشاهد إذا امتنع عن أداء الشهادة في مثل هذه الحالات أي الأحوال التي يجيز له القانون فيها ذلك فإنه لا يعاقب، لكن هذه القاعدة ليست مطلقة، فقد تم الخروج عنها من خلال نص المادة 182 فقرة 3 ق ع بنصها على أنه: "ويعاقب بالعقوبات نفسها كل من يعلم الدليل على براءة شخص محبوس إحتياطيا أو محكوم عليه في جنابة أو جنحة ويمتنع عمدا عن أن يشهد بهذا الدليل فورا أمام سلطات القضاء أو الشرطة، ومع ذلك فلا يقضي بالعقوبة على من تقدم من تلقاء نفسه بشهادته وإن تأخر في الإدلاء بها"، وكذلك المادة 301 السابقة الذكر في الفقرة الثانية فيما يخص مسألة الإجهاض.

من خلال نص المادتين فإن الشاهد ملزم بأداء شهادته، وهو غير مقيّد بواجب كتمان السر المهني وإلا فإنه يعاقب.

نصل إلى أن المشرع الجزائري قد تدخل من خلال قانون العقوبات والقوانين المكملة له لحماية الشاهد بصفة عامة والذي يكون أكثر عرضة للضغط عليه من أجل الإدلاء بشهادة زور أو عدم الإدلاء بها، وهذا ما وجدناه في القوانين المقارنة أيضا، وتتواصل حماية الشاهد من مختلف التأثيرات الأخرى وهذا ما سنتطرق إليه في (المطلب الثاني).

المطلب الثاني: وسائل التأثير في الشهود

كنا قد تناولنا في المطلب السابق مختلف الأفعال المجرمة التي يرتكبها الجاني والذي عادة يكون المتهم أو أي شخص آخر له علاقة أو هدف من الدعوى ضد الشهود الذين يشهدون لصالح المجني عليه الذي يكون قد اعتدي على حقه المحمي جنائيا، وتكملة لما سبق سنتعرض في هذا المطلب لمختلف الوسائل² التي يمكن أن تؤثر على الشاهد ومنها وسائل النشر التي ستكون محل دراسة (الفرع الأول) والوسائل العلمية التي ستكون محل دراسة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: وسائل النشر وتأثيرها في الشهود

عند حدوث واقعة إجرامية فإنها تكون محل اهتمام مختلف وسائل النشر والإعلام، كل يتناولها من حيث الزاوية التي يراها منها خاصة إذا كانت قضية رأي عام، وهذا ما سيؤثر سلبا على معطيات القضية وكل أطرافها ومن لهم علاقة بها، ولهذا فقد تؤثر هذه الوسائل على الشاهد الذي سيبدل بشهادته في هذه القضية من خلال ما عاينه بواسطة حواسه الخمسة، لكن

¹ الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المعدل والمتمم.

² بين الوسائل المؤثرة على الشاهد نجد الرشوة، لكن هذه الأخيرة نجدتها من جرائم الموظف والقانون الذي يحكمها هو قانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، لذلك تدخل جريمة الرشوة المؤثرة في الشاهد ما تم تناوله في إكراه شهود المجني عليه.

قد تسبقه مختلف وسائل الإعلام والنشر في سرد وقائع الحادثة الإجرامية من خلال ما توصلت إليه من معلومات عن طريق تحرياتها الخاصة فتشوش عليه معلوماته الحقيقية مما يؤدي إلى تحريف وقائع الحقيقة.

وقد تنشر الصحف مثلاً أسماء شهود المجني عليه مما يؤثر ذلك عليهم فيمتنعون عن الشهادة أو يدلون بها عن غير حقيقتها، وقد يؤثر الرأي العام من خلال ما اطلعوا عليه على الشهود وذلك بدفعهم لاتجاه معين مثل تبرئة المتهم على أساس أن الدعوى كيدية ضده¹.

ولكي لا تتسرب مجريات التحقيق، فقد حث المشرع الجزائري على سريتها من خلال المادة 11 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه: "تكون إجراءات التحري والتحقيق سرية ما لم ينص القانون خلاف ذلك، ودون إضرار بحقوق الدفاع.

كل شخص يساهم في هذه الإجراءات ملزم بكتمان السر المهني بالشروط المبينة في قانون العقوبات وتحت طائلة العقوبات المنصوص عليها فيه.

غير أنه تفادياً لانتشار معلومات غير كاملة أو غير صحيحة أو لوضع حد للإخلال بالنظام العام، يجوز لممثل النيابة العامة أو لضابط الشرطة القضائية بعد الحصول على إذن مكتوب من وكيل الجمهورية أن يطلع الرأي العام بعناصر موضوعية مستخلصة من الإجراءات على أن لا تتضمن أي تقييم للأعباء المتمسك بها ضد الأشخاص المتورطين.

تراعى في كل الأحوال قرينة البراءة وحرمة الحياة الخاصة".

من خلال نص المادة نجد أن الأصل في مجريات التحري والتحقيق هو السرية، ماعدا ما يدور أثناء المحاكمة لأن الأصل فيها هو العلنية إلا استثناءاً تكون جلسات المحاكمة سرية مثلاً في جرائم الآداب. واستثناءاً خرج المشرع الجزائري عن القاعدة العامة وذلك من خلال تعديل قانون الإجراءات الجزائية لسنة 2015² بغية عدم انتشار معلومات غير كاملة أو كاذبة أو لوضع حد للإخلال بالنظام العام وأيضاً عدم التأثير على الشهود، حيث أقر نشر معلومات عن القضية لممثل النيابة العامة أو ضابط الشرطة القضائية، وبطبيعة الحال يكونون متصلين بوقائع القضية بعد أخذ إذن مكتوب وليس شفوي من وكيل الجمهورية وهو شرط ضروري للإفصاح عن ما اتخذ من إجراءات التحري والتحقيق في الدعوى العمومية، وبالنسبة لطبيعة المعلومات محل اطلاع الرأي العام عنها فهي معلومات موضوعية لا تتضمن أي تقييم للأعباء المتمسك بها ضد الأشخاص المتورطين، أي عدم إعطاء حكم مسبق للمتهمين والدعوى عموماً، إذ تراعى دائماً قرينة البراءة المنصوص عليها في الدستور التي مفادها بأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم نهائي وبات في الدعوى العمومية وكذلك مراعاة حرمة الحياة الخاصة.

إن وسائل النشر بقصد أو دون قصد ستؤدي من خلال فعلها وهو النشر المتعلق بحثيات موضوع الدعوى إلى إعاقة سير العدالة وتضليل الحقيقة، لأنه سيؤثر ذلك على الشاهد خاصة إذا كانت ذاكرته ضعيفة نوعاً ما أو متوسطة، أو كان ذو شخصية تتأثر بما حولها من أحداث وأشخاص فتختلط عليه الوقائع بين ما شاهده وبين ما تم نشره.

وتتنوع وسائل النشر بين المكتوبة والمسموعة والمرئية...، وكل منها يخدم صورة معينة ومختلفة عن الأخرى حول الأحداث الجرمية المتعلقة بالدعوى وبشكل علني.

¹ أحمد يوسف محمد السولية، المرجع السابق، ص 153.

² أمر رقم 02-15، المؤرخ في 23 جويلية 2015، المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية، جريدة رسمية، عدد 40، مؤرخة في 23 جويلية 2015.

ومن هنا نصل إلى أن سرية إجراءات التحري والتحقيق وجوبية مراعاة لواجب كتمان السر المهني، وإذا ما أفشى شخص سر مهني يقع عليه واجب الكتمان في غير الحالات المنصوص عليها في القانون فإنه حتما سيتعرض للعقوبة، إلا أنه حسب المادة 11 من قانون الإجراءات الجزائية يخرج عن هذا الأصل ممثل وكيل الجمهورية أو ضابط الشرطة القضائية كما أسلفنا سابقا.

الفرع الثاني: الوسائل العلمية وتأثيرها على الشهود

إن الإثبات الجزائي يكون من خلال الوسائل والأدلة التقليدية، إلا أنه مع التطور التكنولوجي والعلمي يمكن اللجوء للوسائل العلمية التي قد تؤثر في الشاهد، وسنبين الوسائل العلمية المؤثرة في إرادة الشاهد (أولا)، ثم الوسائل العلمية الغير مؤثرة في إرادة الشاهد (ثانيا).

أولا: الوسائل العلمية المؤثرة في إرادة الشهود

نبين المقصود بالوسائل العلمية المؤثرة في إرادة الشاهد ثم بيان مدى مشروعيتها.

1- المقصود بالوسائل العلمية المؤثرة في إرادة الشهود: هي تلك الوسائل العلمية التي تستخدم ضد الشاهد، فتؤدي إلى تعطيل التحكم في إرادته في شأن ما يريد الإفصاح عنه أو عدم ذلك، وتهدف إلى معرفة مدى مصداقية أو كذب الشاهد، أي التوصل إلى الحقائق التي يعلمها الشاهد دون أن يتحكم شعوره فيما يقرره¹.

ومن بين هذه الوسائل نذكر استخدام مصطلح الحقيقة وهو عبارة عن استخدام العقاقير المخدرة فتجعل الشخص الذي حقن بهذه العقاقير في حالة غيبوبة واعية لمدة قصيرة، ويتدفق منه الكلام دون تحكم الإرادة²، ونذكر أيضا التنويم المغناطيسي وهو عبارة عن نوم لبعض ملكات العقل الظاهر، فالشاهد المنوم مغناطيسيا يكون مستعدا لقبول ما يوحى إليه فتأتي إجابته طبقا لذلك³.

2- موقف المشرع الجزائري من الوسائل المؤثرة في إرادة الشهود: من خلال النصوص التشريعية لم يوضح المشرع الجزائري موقفه صراحة حيال هذه الوسائل من حيث الاستعانة بها أو لا خلال التحقيقات السارية في الدعوى العمومية، إلا أننا نجد بعض المواد التي توجي إلى عدم الاستعانة بمثل هذه الوسائل العلمية واستخدامها على الشاهد لما فيه مساس بالسلامة الجسدية، منها المادة 40 من دستور 1996⁴ والتي تنص على أنه: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة.

المعاملة القاسية أو اللا انسانية أو المهينة يقيمها القانون".

¹ أحمد يوسف محمد السولية، المرجع السابق، ص 175-176.

² أحمد يوسف محمد السولية، مرجع سابق، ص 176.

³ المرجع نفسه، ص 180-181.

⁴ المرسوم الرئاسي رقم 438/96 مؤرخ في 26 رجب 1417، جريدة رسمية عدد 76، مؤرخة في 8 ديسمبر 1996، المتضمن الدستور الجزائري المعدل والمتمم.

والمادة 275 ق ع التي تنص على: " يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100000 دينار كل من سبب للغير مرضا أو عجزا عن العمل الشخصي وذلك بأن أعطاه عمدا أو بأية طريقة كانت وبدون قصد إحداث الوفاة مواد ضارة بالصحة.

وإذا نتج عنها مرض أو عجز عن العمل لمدة تتجاوز خمسة عشر يوما فتكون العقوبة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات. ويجوز علاوة على ذلك الحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وبالمنع من الإقامة من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر.

وإذا أدت المواد المعطاة إلى مرض يستحيل برؤه أو إلى عجز في استعمال عضو أو إلى عاهة مستديمة فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة.

وإذا أدت إلى الوفاة دون قصد إحداثها فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة".

وفي مصر يتفق الفقه والقضاء على عدم مشروعية هذه الوسائل في مجال التحقيق أو الإثبات الجنائي، وقد استندا في ذلك إلى أن مثل هذه الوسائل تجرد الإنسان من قدراته العقلية، والإرادة هنا لم تعد معتبرة قانونا، فهي خطر على السلامة الجسدية والنفسية، والشاهد يجب أن يدلي بأقواله تلقائيا دون أي تأثير، كما أن استخدام هذه الوسائل هي اعتداء على مشاعر الفرد ومكنونه الداخلي، ولقد نصت المادة 218 من تعليمات النيابة العامة على أنه: " لا يجوز استخدام العقاقير المخدرة لحمل المتهم على الاعتراف، باعتبار أن مثل هذا الإجراء من قبيل الإكراه المادي الذي يبطل الاستجواب عن طريقه، ويهدر الاعتراف المترتب عليه" ونفس الشيء بالنسبة للتنويم المغناطيسي (المادة 219 من تعليمات النيابة العامة)¹.

صحيح أن المادتين 218 و219 من تعليمات النيابة العامة نصتا على بطلان استخدام العقاقير المخدرة والتنويم المغناطيسي من أجل استخلاص الحقيقة على المتهم فقط، وهذا يسري أيضا على الشاهد ولا يعتد برضاه.

ثانيا: الوسائل العلمية غير المؤثرة في إرادة الشهود

نتناول بالتحديد المقصود بهذه الوسائل العلمية الغير مؤثرة في إرادة شاهد المجني عليه ثم بيان مشروعيتها.

1-المقصود بالوسائل العلمية الغير مؤثرة في إرادة الشهود:هي تلك الوسائل التي تستخدم على الشاهد، وتكون إرادته خارج تأثير هذه الوسائل، فهي تقتصر على تسجيل الحركات التعبيرية الإرادية التي تنتاب الشاهد إثر توجيه أسئلة معينة. ومن بين هذه الوسائل نجد جهاز كشف الكذب، وهو الجهاز الذي يستخدم لقياس نبضات الإنسان ومن ثم تسجيل الذبذبات المتباينة في أعصابه وحواسه وبالتالي تحديد أوجه الكذب في أقواله وأفعاله².

2-موقف المشرع الجزائري من جهاز كشف الكذب: بالرجوع إلى التشريع الجزائري، فإن المشرع لم ينص على استخدام جهاز كشف الكذب إطلاقا في أي مرحلة من مراحل الدعوى العمومية سواء على المتهم أو الشاهد وذلك راجع لمبدأ الشرعية (المادة 158 من دستور 1996) وكذلك المادة 1 من قانون العقوبات التي تنص على أنه: " لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"،

¹ أحمد يوسف محمد السولية، المرجع السابق، ص 178-179، وص 182-183.

² المرجع نفسه، ص 185.

ويُسحب هذا المبدأ من الجانب الموضوعي إلى الجانب الإجرائي، لذلك فإنه لا يجوز استخدام جهاز كشف الكذب على الشاهد وإلا قضي ببطالان الإجراء وفقاً للمواد 157-161 والمادة 191 من قانون الإجراءات الجزائية وبالتالي بطالان الشهادة.

وبالنسبة للتشريع المصري فإن تعليمات النيابة العامة ومن خلال المادة 220 تقضي بعدم جواز استخدام جهاز كشف الكذب للحصول على اعتراف المتهم وهو ما يسري على الحصول على شهادة الشاهد، لأن نتائج هذا الجهاز يكتنفها شك وعدم الثقة فيما تسفر عنه¹، وفي فرنسا لم يستخدم جهاز كشف الكذب بسبب المبدأ القانوني الذي يقضي بأن الشخص لا يلزم بتقديم دليل ضد نفسه، وهو ما ينطبق على الشاهد، كما أنه يمكن استدعاء المتهم على أنه شاهد.

من خلال ما سبق نجد أن التشريعات تتفق على عدم جواز استعمال جهاز كشف الكذب صراحة أو ضمناً، لما قد يسفر عنه نتائج خاطئة.

نصل إلى القول بأنه قد تم إقرار حماية إجرائية وموضوعية للشاهد من أجل عدم التأثير في شهادته سواء من خلال أفعال مجرمة في قانون العقوبات والقوانين المكملة له والتي تمارس ضده من الغير أو من خلال وسائل ضاغطة على تفكيره وإرادته، وكل ذلك لتضليل العدالة، ولتوسيع نطاق الحماية الجزائية نتطرق في المبحث الموالي إلى الحماية الإجرائية للشهود.

المبحث الثاني: مظاهر الحماية الجزائية الإجرائية للشهود

بعد أن تعرضنا للحماية الموضوعية للشهود، وبغية ضمان جبر ضرر المجني عليه وتعويضه مادياً ومعنوياً، وتكملة لبلوغ هذا الهدف وكذلك الشق الثاني للحماية وهي الحماية الإجرائية ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين يتناول (المطلب الأول) أحكام الشهادة، و(المطلب الثاني) يتناول تدابير حماية شهود المجني عليه.

المطلب الأول: أحكام الشهادة

نتطرق لأحكام الشهادة وكل ما يدور في فلكها، لكي نبين ما يقدم عليه الشاهد كواجب يعرضه للخطر وحتى يكون على علم بها من أجل أن يكون موقفه والشهادة التي يؤديها في إطار قانوني، لذا نبين في (الفرع الأول) شروط الشهادة وفي (الفرع الثاني) ضمانات حماية الشهود.

الفرع الأول: شروط الشهادة

هناك شروط تتعلق بالشهود (أولاً) وأخرى بالشهادة (ثانياً).

أولاً: الشروط المتعلقة بالشهود

لكي يكون الشخص قادراً على أداء شهادته فإنه يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية:

1- الإدراك والتمييز: يجب أن يكون الشاهد عند أداء شهادته مدرك ومميز، أي له القدرة على فهم وتمييز ماهية فعله وتحمل تبعته.

إلا أنه توجد عوامل تؤثر في الشهادة مثل صغر السن لا يتحمل مسؤولية أداء شهادته (المادة 228 ق.إ.ج)، وكذلك الشيخوخة والمريض عقلياً حيث تخضع شهادتهما للسلطة التقديرية للقاضي واحتمال كبير يتم استبعادها.

¹ وفاء عمران، الوسائل العلمية الحديثة في مجال الإثبات الجنائي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قسم الحقوق، جامعة قسنطينة،

2- حرية الإختيار بالشهادة: يؤدي الشاهد شهادته بكل حرية واختيار دون تأثير خارجي نفسي عليه، لذا لا يجوز قطع شهادته أو طرح أسئلة أثناء الإدلاء بشهادته وإلا يعتبر ذلك توجيه الشاهد إلى اتجاه معين.

3-عدم تعارض صفة الشاهد مع أي صفة أخرى في الدعوى: إن الإدلاء بشهادة صادقة يعني ذلك أن الشاهد محايد ليس له أي مصلحة في الدعوى، حيث تتعارض صفة الشاهد مع القاضي، وكيل الجمهورية، أمين الضبط، المحلفين والمترجم...، لأن أداء الشخص لشهادته وهو بإحدى هذه الصفات قد تتعارض مع ضوابط المحاكمة العادلة ويكون بذلك خلل في تشكيلة المحكمة ومنها بطلان الحكم، ولا تتعارض أيضا مع الخبير أو محامي المتهم أو ضابط الشرطة القضائية.

إن توفر هذه الشروط في الشاهد يقع على عاتقه واجبات¹.

ثانيا: الشروط المتعلقة بالشهادة: وتتمثل في:

1-شفوية الشهادة: يجب أن تؤدي الشهادة أمام المحكمة شفويا(المادة 233 إ.ج) لتسمعها بنفسها لتعرضها للمناقشة (المادة 212ق إ.ج) من قبل القاضي وأطراف الدعوى العمومية والنيابة العامة حتى تقدرها تقديرا سليما، لأن القاضي يبني حكمه على الشهادة التي اطمأن لها، وتكمن علة جعل الشهادة شفوية في أن الشاهد قد يقع في أخطاء، تلغى في الكلام...، ومن هنا القاضي يعرف قيمة الشهادة على عكس إذا كانت مكتوبة، إذ أن الأفكار متسلسلة ومنقحة، إلا أنه استثناء تكون مكتوبة(المادة 327ق إ.ج) في حالة الشهود الذين يتعذر عليهم حضور الجلسة حيث يتلوها الرئيس ويعرضها للمناقشة من قبل النيابة العامة والأطراف إذا أدوا اليمين، والعكس على سبيل الإستدلال مثل شهادة شاهد على فراش الموت.

2-وجاهية الشهادة: نصت عليها المادتين 233 و 234 ق إ.ج، فيتم الإدلاء بالشهادة ثم طرح الأسئلة من قبل الخصوم بطريقة غير مباشرة عن طريق الرئيس وهو يعطي الكلمة للشاهد، ويجوز إجراء مواجهات بين الشهود وهذا خاضع للسلطة التقديرية للقاضي، ويواجه الشاهد بدليل الإثبات، وبالنسبة للنيابة العامة فإنها توجه أسئلتها للشاهد مباشرة.

الفرع الثاني: ضمانات حماية شهود المجني عليه

لكي يتحرر الشاهد من أي ضغط، ويبدلي بشهادته في ظروف ملائمة لا بد من توفر ضمانات تضمن ذلك وتتمثل في:

¹اتتمثل هذه الواجبات في:

-الإلتزام بالحضور: يلتزم الشاهد بالحضور أمام الجهة التي استدعته بتكليف سواء المحكمة أو قاضي التحقيق، ووفقا للمادة 97 ق إ.ج فإن تخلف الشاهد عن الحضور دون عذر مقبول يتم استحضاره بالقوة العمومية ومعاقبته بغرامة بناء على طلب وكيل الجمهورية ونفس الأمر إذا تخلف عن الحضور أمام جهات الحكم (المادة 223 ق إ.ج)، واستثناء عن هذه القاعدة العامة إذا تعذر على الشاهد الحضور ربما نتيجة لوضعه الصحي فيجوز لقاضي التحقيق أن ينتقل بنفسه لسماع الشاهد أو يتخذ لهذا الغرض طريق الإنابة القضائية (المادة 99 ق إ.ج).

-حلف اليمين: إن حلف اليمين من قبل الشاهد يجعل شهادته أقرب للحقيقة، لما فيه من تذكير برقابة الله سبحانه وتعالى على أقواله التي يدلي بها، ومن ثم فإن الجزاء الإلهي المترتب عن عدم قول الحقيقة بعد حلف اليمين قد يكون دنيوي فضلا عن الجزاء الأخروي وكذلك الجزاء الوضعي.

وصيغة الحلف وكيفية أدائه منصوص عليه في المادة 93 ق إ.ج، ويعفى من حلف اليمين الأشخاص المحددين من خلال المادة 228 ق إ.ج، لكن استثناء يقومون بأداء شهادتهم بعد حلف اليمين إذا لم تعارض النيابة العامة أو أحد أطراف الدعوى، ويعاقب الشاهد بغرامة في حال امتناعه عن حلف اليمين (المادة 97 ق إ.ج).

-أداء الشهادة: يعد أداء الشهادة واجب قانوني يقع على الشاهد بعد استدعائه لأدائها، وإلا تطبق عليه عقوبة الغرامة (المواد 97 فقرة 2 و 3، والمادة 223 فقرة 1 ق إ.ج).

أولاً: سرية التحقيق

لقد تم التطرق لهذا العنصر سابقاً، ومفاده أن إجراءات التحقيق وما أسفرت عنه تكون سرية ولا يجوز الإطلاع عليها من طرف أي شخص وهذا ما نصت عليه المادة 11 ق إ ج، ويترتب على مخالفة هذا الالتزام جريمة إفشاء السر المهني وفقاً لقانون العقوبات، إلا أنه يجوز للنيابة العامة إطلاع الرأي العام على عناصر موضوعية بشرط أن لا تتضمن أي تقييم للإتهامات وهذا بهدف وضع حد للإخلال بالنظام العام الذي عادة ما تثيره وسائل الإعلام المختلفة من خلال نشر معلومات خاطئة والتأثير من خلالها على الشهود.

ثانياً: ترجمة أقوال الشاهد

يتم الإستعانة بمترجم لترجمة أقوال الشاهد إذا كان هذا الأخير لا يتكلم اللغة العربية أو إذا كان أصماً أو أبكم ولا يجيد الكتابة، ويؤدي المترجم اليمين وفي ذلك اطمئنان للشاهد بأن كلامه يصل للجهة التي تسمعه بشكل مفهوم وسليم (المادتين 91 و 92 من ق إ ج).

ثالثاً: تصدي المحكمة للإعتداء على الشاهد كجريمة من جرائم الجلسات

إن جرائم الجلسات هي التي تقع أثناء جلسة المحاكمة فإذا وقع اعتداء على الشاهد فيها، أي على مستوى المحكمة الابتدائية أو المجلس القضائي، وكان وصف هذا الإعتداء جنحة أو مخالفة يحرك القاضي الدعوى العمومية ويأمر بتحرير محضر عنها، وهذا ما جاء في نص المادة 568 ق إ ج.

فإذا كان الإعتداء على أمام محكمة الجنايات وكان وصف الجريمة المرتكبة فيها جنحة أو جنائية أو إذا ارتكبت جنحة أو مخالفة في جلسة محكمة تنظر فيها قضايا الجرح أو المخالفات فإن القاضي يحرك الدعوى العمومية ويصدر أمراً بتحرير محضر ويقضي فيها في الحال بعد سماع المتهم والشهود والنيابة العامة والدفاع عند الإقتضاء وهذا حسب نص المادة 569 ق إ ج.

وأيضاً ما جاء في نص المادة 571 من ق إ ج عند ارتكاب الجنائية والتي تنص على أنه: "إذا ارتكبت جنائية في جلسة محكمة أو مجلس قضائي فإن تلك الجهة القضائية تحرر محضراً وتستجوب الجاني وتسوقه ومعه أوراق الدعوى إلى وكيل الجمهورية الذي يطلب افتتاح تحقيق قضائي".

زيادة على هذه الضمانات فإن الشاهد يتمتع بجملة من الحقوق تتمثل في:

1- حق الشاهد في المعاملة الحسنة: بما أن الشاهد هو عين وأذن القاضي، فيتعين على هذا الأخير أن لا يسبب له أي مشقة فقد يكون الشاهد شيخاً مسناً أو مريضاً لا يقوى على الوقوف طويلاً أو صغيراً خائفاً لذا يجب على القاضي أن يراعي كل هذا لكي لا يبعد الشاهد عن الحقيقة¹.

2- حماية الشاهد خلال كل مراحل الدعوى: أي من بداية تكليفه بأداء الشهادة حتى الإدلاء بها أمام المحكمة.

3- حق الشاهد في الحصول على مصاريف الإنتقال: لا يوجد نص صريح خاص بتقدير هذه المصاريف، ولكن بالرجوع لنص المادة 274 ق إ ج فإننا نجد أنها تنص على أن المتهم هو الذي يتحمل مصاريف شهوده أمام محكمة الجنايات، في المقابل لا يوجد

¹ إبراهيمي صالح، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري-دراسة مقارنة في المواد المدنية والجزائية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 163.

نص خاص بمصاريف شهود الطرف المدني أمام محكمة الجنايات والجرح والمخالفات، لذلك فإنه يمكن تطبيق نفس الأحكام المتعلقة بمصاريف الشهود في المواد المدنية، وبالتالي يتحصل الشاهد في المواد الجزائية على تعويض عن الحضور بمقدار 500 دج لليوم الواحد، ومنحا تعويضية للمصاريف التي تنفق في النقل والإيواء¹.

المطلب الثاني: تدابير حماية الشهود

لقد عملت التشريعات الوطنية والدولية على وجوب اتخاذ تدابير لحماية الشهود بصفة عامة، فنصت على ذلك المادة 32 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وألزمت الإتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب الصادرة بتاريخ 1998/4/22 باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لحماية الشاهد في المواد من 34 إلى 38، وكذلك المادة 24 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة.

وفي المقابل اتخذت التشريعات الوطنية ومنها المشرع الجزائري مجموعة من التدابير لحماية الشهود بصفة عامة، وذلك من خلال الأمر رقم 02/15 في الكتاب الأول الموسوم ب: في مباشرة الدعوى العمومية وإجراء التحقيق، الباب الثاني المعنون: في التحقيقات، الفصل السادس: "في حماية الشهود والخبراء والضحايا"، لذا نتناول في هذا المطلب فرعين هما أحكام اتخاذ تدابير الحماية (الفرع الأول)، وأنواع تدابير الحماية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أحكام اتخاذ تدابير الحماية

لقد نص المشرع الجزائري من خلال الأمر رقم 02/15 على جملة من الأحكام تبين شروط وكيفية اتخاذ هذه التدابير الإجرائية والتي سنعرضها كالتالي:

شروط اتخاذ التدابير: لقد نصت المادة 65 مكرر 19 على أنه: "يمكن افادة الشهود والخبراء من تدبير أو أكثر من تدابير الحماية الاجرائية و/أو الاجرائية المنصوص عليها في هذا الفصل إذا كانت حياتهم أو سلامتهم الجسدية أو حياة أو سلامة أفراد عائلاتهم أو أقاربهم أو مصالحتهم الأساسية معرضة لتهديد خطير، بسبب المعلومات التي يمكنهم تقديمها للقضاء والتي تكون ضرورية لإظهار الحقيقة في قضايا الجريمة المنظمة أو الإرهاب أو الفساد"، ومن هنا يمكن أن نستشف مجموعة من الشروط وهي:

-إذا كان هناك تهديد خطير يمسهم شخصيا في حياتهم أو سلامتهم الجسدية وكذلك حياة وسلامة أفراد أسرهم وأقاربهم وكذلك مصالحتهم الأساسية، فالمشرع لم يقتصر على حماية الشاهد شخصيا فقط بل تعدى لحماية أفراد أسرته وأقاربه من أجل اطمئنان الشاهد وأداء شهادته بشكل صحيح بعيدا عن كل المؤثرات الخارجية، فتوفير الأمن الشخصي للشاهد يمنع ذلك من تأثره بمختلف الضغوطات التي تجعل شهادته في ميزان اللاحقيقة، وتوسيع الحماية هنا أمر محمود تفتن له المشرع الجزائري.

-وهذا التهديد الخطير ناتج عن المعلومات التي يمكن تقديمها من قبل الشهود للقضاء.

-الإدلاء بالشهادة في القضايا التالية:

* الجريمة المنظمة: لقد عرفتها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (اتفاقية باليرمو لسنة 2000) من خلال وصف المنظمة للجرائم التي ترتكبها، والأهداف التي تسعى لتحقيقها، حيث قدمت المقصود بالجماعة الإجرامية المنظمة بقولها: "جماعة ذات هيكل تنظيمي مؤلفة من ثلاثة أشخاص أو أكثر تدوم لفترة من الزمن وتعمل بصورة متظافرة بهدف

¹براهيمي صالح، مرجع سابق، ص 167.

ارتكاب واحدة أو أكثر من الجرائم الخطيرة أو الأفعال المجرمة وفقا لهذه الإتفاقية من أجل الحصول بشكل مباشر أو غير مباشر على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى"، ويدخل في إطارها جرائم المخدرات، التهريب، وتبييض الأموال.

* الجريمة الإرهابية: المنصوص عليها في المواد من 87 مكرر إلى 87 مكرر 10 من ق ع الجزائري.

* جرائم الفساد، المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أقر هذه الحماية في الجرائم التي تتسم بالخطورة والجسامة بغض النظر عن مقدار الضرر الذي نتج عنها، لكن حبذا لو أقرها في جرائم أخرى كالقتل مثلا، فالشهادة دليل يؤدي إلى تنوير القضاء حتى في القضايا العادية أو التي تكون أقل خطورة، والعدالة القضائية يجب أن لا تميز بين الأفعال الإجرامية فكلها تؤدي إلى خرق القانون وما ينجم عنه من آثار سلبية.

السلطة التي تتخذ التدابير: يؤول اختصاص اتخاذ التدابير المناسبة قصد ضمان حماية الشهود إلى وكيل الجمهورية، ويؤول هذا الاختصاص إلى قاضي التحقيق عند فتح تحقيق قضائي، وبالرغم من ذلك يسهر وكيل الجمهورية على تنفيذ ومتابعة تدابير الحماية.

كما يمكن لكل من قاضي التحقيق و وكيل الجمهورية تعديل هذه التدابير عند الضرورة تبررها خطورة التهديد وهذا ما نصت عليه المادة 65 مكرر 22 بقولها:

يقرر وكيل الجمهورية بالتشاور مع السلطات المختصة، اتخاذ التدابير المناسبة قصد ضمان الحماية الفعالة للشاهد أو للخبير المعرض للخطر.

بمجرد فتح تحقيق قضائي تؤول هذه السلطة لقاضي التحقيق المخاطر.

تبقى التدابير المتخذة سارية مادامت الأسباب التي بررتها قائمة، ويمكن تعديلها بالنظر لخطورة التهديد. يعمل وكيل الجمهورية على تنفيذ ومتابعة تدابير الحماية".

الإشارة في محضر السماع إلى الأسباب أو الشروط التي بررت اتخاذ تدابير الحماية: وهذا حسب المادة 65 مكرر 24 بنصها: "إذا رأى قاضي التحقيق أن شاهدا أو خبيرا معرضا للأخطار المذكورة في المادة 65 مكرر 19 اعلاه وقرر عدم ذكر هويته وكذا البيانات المنصوص عليها في المادة 93 من هذا القانون، فإنه ينبغي أن يشير في محضر السماع إلى الأسباب التي بررت ذلك. تحفظ المعلومات السرية المتعلقة بالشاهد في ملف خاص يمسكه قاضي التحقيق".

- الحفاظ على سرية هوية الشاهد: وهذا من عمل قاضي التحقيق إذ يجوز عرض الأسئلة التي تطرح على الشاهد قبل ذلك أو عند سماعه، لكننا نحبذ أن هذا الأمر لو جاء على سبيل الوجوب لا الجواز، كما أن القاضي يتخذ كل التدابير الضرورية من أجل عدم كشف هوية الشاهد، وهو ما نصت عليه المادة 65 مكرر 25 بقولها:

يجوز للنيابة العامة أو المتهم أو الطرف المدني أو دفاعهما عرض الأسئلة المراد طرحها للشاهد على قاضي التحقيق قبل أو عند سماع الشاهد.

يتخذ قاضي التحقيق كل التدابير الضرورية للحفاظ على سرية هوية الشاهد ويمنعه من الجواب على الأسئلة التي قد تؤدي إلى الكشف عن هويته".

- كشف هوية الشاهد يخضع للسلطة التقديرية لجهة الحكم: وهو ما نصت عليه المادة 65 مكرر 26: "إذا أحيلت القضية

على جهة الحكم، يتعين على هذه الأخيرة أن تقرر إن كانت معرفة هوية الشخص ضرورية لممارسة حقوق الدفاع وذلك بالنظر لمعطيات القضية".

- استخدام الوسائل التقنية لكتمان هوية الشاهد: فنصت عليها المادة 65 مكرر 27 فقرة 1 بقولها: "يجوز لجهة الحكم تلقائياً أو بطلب من الأطراف، سماع الشاهد مخفي الهوية عن طريق وضع وسائل تقنية تسمح بكتمان هويته، بما في ذلك السماع عن طريق المحادثة المرئية عن بعد واستعمال الأساليب التي لا تسمح بمعرفة صورة الشخص وصوته".

شهادة الشاهد المخفي الهوية مجرد استدلالات، حسب المادة 27 فقرة 3 بنصها على أنه: "وإذا لم يتم الكشف عن هوية الشاهد تعتبر المعلومات التي يكشف عنها مجرد استدلالات لا تشكل لوحدها دليلاً يمكن اعتماده كأساس للحكم بالإدانة"، وحسنا فعل المشرع الجزائري من أجل ممارسة حقوق الدفاع وتغليب هذه الكفة على كفة العمل فقط على حماية الشاهد.

- العقاب عن كشف هوية الشاهد: من خلال نص المادة 65 مكرر 28 فإنه: "يعاقب على الكشف عن هوية أو عنوان الشاهد أو الخبير المحمي، طبقاً لهذا القسم بالحبس من ستة (6) أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 50 000 دج إلى 500 000 دج"، بالرغم من أن النص التجريبي والعقابي يكون في الشق الموضوعي أي قانون العقوبات.

الفرع الثاني: أنواع تدابير الحماية

حسب الأمر رقم 02/15 تنقسم تدابير الحماية إلى نوعين هما التدابير الإجرائية لحماية الشاهد (أولاً)، والتدابير غير الإجرائية لحماية الشاهد (ثانياً).

أولاً: التدابير الإجرائية لحماية الشاهد

نصت عليها المادة 65 مكرر 23¹ هي:

-عدم الإشارة لذكر هوية الشاهد أثناء مجريات التحقيق أو ذكر هوية مستعارة من اسم وعنوان ومهنة، إلى غير ذلك، وهذا من أجل ضمان عدم التعرف عليه.

-وبالنسبة للعنوان فإنه يحول إلى مقر الشرطة القضائية أين تم سماعه، أو إلى الجهة القضائية التي سيؤول إليها النظر في القضية، ومن ثم يصعب الوصول إليه.

-يتلقى المعني أي الشاهد تكاليف الحضور عن طريق النيابة العامة، وتحفظ هويته وعنوانه الحقيقي في ملف خاص يمسكه وكيل الجمهورية، وعلى مستوى التحقيق يمسكه قاضي التحقيق.

¹تنص المادة 65 مكرر 23 على أنه: "تتمثل التدابير الإجرائية لحماية الشاهد والخبير فيما يأتي:

-عدم الإشارة لهويته أو ذكر هوية مستعارة في أوراق الإجراءات.

-عدم الإشارة لعنوانه الصحيح في أوراق الإجراءات.

-الإشارة بدلا من عنوانه الحقيقي، إلى مقر الشرطة القضائية أين تم سماعه أو الجهة القضائية التي سيؤول إليها النظر في القضية.

-تحفظ الهوية والعنوان الحقيقيين للشاهد أو الخبير في ملف خاص يمسكه وكيل الجمهورية.

-يتلقى المعني التكاليف بالحضور عن طريق النيابة العامة.

وسميت هذه التدابير بالتدابير الإجرائية لأنها تتخذ أثناء مجريات التحقيق في أوراق الإجراءات وهي سهلة إذ يمكن اتخاذها دون صعوبة.

وبالنسبة لحفظ الهوية فإنه يكشف عنه خاصة أمام جهة الحكم إذا ما ارتأت ذلك وإلا كانت شهادة الشاهد على سبيل الإستدلال، ولضمان حماية أكثر فإنه يعاقب كل من يعمل على كشفه بعقوبة سالبة للحرية وغرامة وهذا ما تناولناه سابقا.

ثانيا: التدابير غير الإجرائية لحماية الشاهد

نصت على هذه التدابير غير الإجرائية لحماية الشاهد المادة 65 مكرر 20 بقولها: "تمثل التدابير غير الإجرائية لحماية

الشاهد والخبير، على الخصوص، فيما يأتي:

- إخفاء المعلومات المتعلقة بهويته.
- وضع رقم هاتفي خاص تحت تصرفه.
- تمكينه من نقطة اتصال لدى مصالح الأمن.
- ضمان حماية جسدية مقربة له مع إمكانية توسيعها لأفراد عائلته وأقاربه.
- وضع أجهزة تقنية وقائية بمسكنه.
- تسجيل المكالمات الهاتفية التي يتلقاها أو يجريها بشرط موافقته الصريحة.
- تغيير مكان إقامته.
- منحة مساعدة اجتماعية مالية.
- وضعه، إن تعلق الأمر بسجين، في جناح يتوفر على حماية خاصة.
- يستفيد الضحايا أيضا من هذه التدابير في حالة ما إذا كانوا شهودا.
- تحدد كليات تطبيق هذه المادة، عند الإقتضاء عن طريق التنظيم"

ومن خلال نص المادة تتمثل التدابير غير الإجرائية في:

- إخفاء المعلومات المتعلقة بهويته: وهذا ما تم تناوله في التدابير الإجرائية، ولا نفهم العلة من ذكره في التدابير غير الإجرائية.
- وضع رقم هاتفي خاص تحت تصرفه: أي إعطاؤه رقم لا يعرفه أحد إلا هو والجهات القائمة بحمايته للإتصال به دون أن التوصل إليه.

- تمكينه من نقطة اتصال لدى مصالح الأمن: أي وضع ربما وسيط اتصال بينه وبين مصالح الأمن، إن دعت الضرورة لذلك.

- ضمان حماية جسدية مقربة له مع إمكانية توسيعها لأفراد عائلته وأقاربه: مثلا وضع حراسة مشددة أمام منزله.

- تسجيل المكالمات الهاتفية التي يتلقاها أو يجريها بشرط موافقته الصريحة: فربما يأتيه تهديد عن طريق الهاتف فيسهل معرفة مصدره.

- وضع أجهزة تقنية وقائية بمسكن الشاهد: كجهاز إنذار مثلا.

- تغيير مكان إقامته: ويكون ذلك لفترة معينة.

- منحة مساعدة اجتماعية أو مالية: ففي هذه الفترة قد يتوقف الشاهد عن أداء عمله الذي يسترزق منه.

- وضعه إن تعلق الأمر بسجين في جناح يتوفر على حماية خاصة: بغية عدم اختلاطه بباقي السجناء.

ويتخذ تدبير أو عدة تدابير غير إجرائية لحماية الشاهد في أي مرحلة من مراحل الدعوى العمومية، ولتوسيع الحماية أكثر تتخذ حتى قبل مباشرة المتابعات الجزائية بطلب من ضابط الشرطة القضائية أو بطلب من الشاهد أو تتخذ تلقائيا من قبل السلطة القضائية المختصة، وهذا ما نصت عليه المادة 65 مكرر 21 بقولها: "يمكن أن تتخذ التدابير غير الاجرائية للحماية قبل مباشرة المتابعات الجزائية وفي أية مرحلة من الإجراءات القضائية، ويتم ذلك إما تلقائيا من قبل السلطة القضائية المختصة أو بطلب من ضابط الشرطة القضائية أو بطلب من الشخص المعني".

ونصل في الأخير إلى أنه، لكي تؤدي الشهادة في إطار تشريعي يجب الإلتزام بأحكامها القانونية من شروط وواجبات وحقوق الشاهد وكذا ضمانات حمايته، حيث أقرت حمايته الإجرائية فعليا من خلال الأمر رقم 02/15، وعند توفر كل هذه الظروف المناسبة فإن الشهادة تأتي بثمارها وتعتبر كدليل جزائي يعتمد عليه ولما لا ربما هي التي تحدد مصير الدعوى العمومية وإرجاع الحقوق لأصحابها ومن ثم تعويض المجني عليه.

الخاتمة

من خلال دراستنا لصور الحماية الجزائية للشاهد الموضوعية والإجرائية، يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد وفق إلى حد ما في إضفاء حماية جزائية فعالة للشاهد، إلا أنها تبقى غير كافية لعدم وجود تطبيقات قضائية بشأن التدابير المستحدثة من قبل المشرع الجزائري بغية حماية الشاهد ومساعدة القضاء للكشف عن الحقيقة التي يسعى إليها القاضي دائما.

ولقد توصلنا إلى جملة من النتائج تتمثل في:

-إضفاء المشرع الجزائري حماية جزائية للشاهد من خلال تجريم الإكراه على الإدلاء بشهادة الزور وعدم الإدلاء بشهادته، وإعفاء الشاهد المكره على شهادة الزور من المسؤولية الجرائية، واستفادته من أسباب الإباحة في جريمة القذف وجريمة إفشاء السر المنفي.

-عدم جواز استخدام الوسائل العلمية المؤثرة في إرادة الشاهد لما فيها من مساس بالسلامة الجسدية والذهنية، ومساس بالحرية والكرامة الإنسانية، وكذا عدم جواز استخدام الوسائل الغير مؤثرة في إرادة الشاهد لما فيها من مخالفة للشرعية الإجرائية.

-فرض واجبات عديدة على الشاهد تتمثل في التزامه بالحضور وحلف اليمين وأداء الشهادة، مع تقرير ضمانات لحمايته تتمثل في سرية التحقيق، والإستعانة ب مترجم واختصاص جهة الحكم بالفصل في الإعتداء على الشاهد كجريمة من جرائم الجلسات.

-اقتصار اتخاذ تدابير حماية الشاهد في الجرائم المنظمة والإرهاب والفساد فقط، مع جواز اتخاذ هذه التدابير بالنسبة للشاهد المهدد بخطر أو أحد أفراد عائلته أو أقاربه، واستخدام التقنيات الحديثة للإدلاء بالشهادة بهدف إخفاء هوية الشاهد.

ويمكن تقديم بعض التوصيات:

-سن نصوص تنظيمية تحدد بشكل دقيق كيفية تطبيق تدابير حماية الشاهد الواردة في قانون الإجراءات الجزائية.

-إنشاء وحدة أو مصلحة خاصة على مستوى المحاكم الجزائية تعمل على تقديم المساعدات اللازمة للشاهد والمجني عليه.

-إقرار حماية خاصة لشهود المجني عليه، وعدم الإكتفاء فقط بحماية الشهود بصفة عامة، لكفالة حقه في التعويض.

قائمة المصادر والمراجع:

1- الكتب:

- (1) أحمد يوسف محمد السولية، الحماية الجنائية والأمنية للشاهد-دراسة مقارنة-، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 2006.
- (2) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ط4، الجزائر، دار هومة، 2014.
- (3) محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات-القسم العام-، مصر، دار النهضة العربية، 1997.
- (4) عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري-القسم العام- الجزائر، دار هومة، 2010.
- (5) عبد الله أوهايبيبة، شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام- الجزائر، موفم للنشر، 2011.

2- المذكرات الجامعية:

- (1) براهيمي صالح ، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري-دراسة مقارنة في المواد المدنية والجزائية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
- (2) وفاء عمران، الوسائل العلمية الحديثة في مجال الإثبات الجنائي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قسم الحقوق، جامعة قسنطينة.

3- القوانين:

- (1) المرسوم الرئاسي رقم 438/96 مؤرخ في 26 رجب 1417، جريدة رسمية عدد 76، مؤرخة في 8 ديسمبر 1996، المتضمن الدستور الجزائري المعدل والمتمم.
- (2) قانون رقم 58 لسنة 1937 الصادر في 23 جمادى الأولى لسنة 1356 المتضمن قانون العقوبات المصري.
- (3) قانون رقم 150 لسنة 1950، المعدل بقانون رقم 37 لسنة 1972 جريدة رسمية رقم 39 الصادر في 28/9/1972 المتضمن قانون الإجراءات الجنائية المصري.
- (4) الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتمم.
- (5) الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8-6-1966 المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية، عدد 49، مؤرخة في 11/6/1966، المعدل والمتمم.
- (6) قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فيفري 2006، المتضمن الوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية، عدد 14، مؤرخة في 3-8-2006.
- (7) قانون رقم 06-23، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المتضمن تعديل قانون العقوبات، جريدة رسمية، عدد 84، مؤرخة في 24 ديسمبر 2006.
- (8) أمر رقم 15-02، المؤرخ في 23 جويلية 2015، المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية، جريدة رسمية، عدد 40، مؤرخة في 23 جويلية 2015.

قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته في القانون والقضاء اليمني

د. عبد المؤمن بن عبد القادر شجاع الدين، الأستاذ المشارك رئيس قسم الفقه المقارن
كلية الشريعة والقانون – جامعة صنعاء-اليمن

الملخص العربي :

انتشرت في العصر الحاضر ظاهرة قسمة الأشخاص لأموالهم في أثناء حياتهم على ورثتهم المحتملين، وقد تناول القانون اليمني هذه المسألة في نصوص مجتمعة غامضة متضاربة، حيث يحيط الغموض بهذا الموضوع من كل جانب، وقد اجتهدت المحكمة العليا باليمن (محكمة النقض) في معالجة هذه المشكلة اجتهاداً يحتاج للدراسة والبحث للتثبت من مدى موافقته للفقه الإسلامي ونصوص القانون اليمني، ومن ثم استخلاص النتائج وتقديم التوصيات المناسبة بشأن هذا الموضوع.

الملخص الانجليزي:

In the present period expanded the phenomenon of the division of people to their money into their lives on their possible inherited. The Yemeni law has dealt with this issue in summarized and mysterious and mixed texts where it surrounds mystery by this issue from each side. And may The Supreme Court of Yemen (Court of Cassation) tried to processing this problem with need to studying and research to confirm of the range of its agreement of the islamic law and the texts of the Yemeni law. Then extraction the results and presentation the appropriate recommendations on this issue.

مقدمة:

الحمد لله الذي حدَّ الحدود وشَرَّع الأحكام والصلاة والسلام على محمد بدر التمام وعلى اله وصحبه الكرام: أما بعد: فهذه المقدمة تتضمن مشكلة البحث وتساؤلاته ومناهجه ونطاقه و تقسيماته، وبيان ذلك على النحو الآتي:

أولاً: مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في غموض هذا الموضوع وعدم استقراره في أذهان غالبية القضاة والمحامين والباحثين والمعنيين، ويرجع ذلك إلى الفروض الآتية:

- 1- حداثة هذا الموضوع وجدته، لأنه نازلة من النوازل المعاصرة فلم يشر إليه من الفقهاء المتقدمين الا ابن حجر الهيثي واحمد بن حنبل.
- 2- تداخل هذا الموضوع مع تصرفات أخرى كالعطية والهبة والوصية والقسمة بعد الموت.

- 3- تناثر مفردات هذا الموضوع في مراجع ومصادر شتى بل أن أقوال العلماء المعاصرين في هذه المسألة قد وردت ضمن فتاويهم أو مقابلات صحفية معهم كل عالم على حدة فلم تجمعها دراسة أو بحث.
- 4- لم يتعرض القانون المدني اليميني لقسمة الإنسان ماله في أثناء حياته مع أن هذا القانون نظم أحكام القسمة الرضائية والقضائية.
- 5- أشار قانون الأحوال الشخصية لهذا الموضوع في نصوص مجملة وغامضة ومتضاربة.
- 6- عدم وجود مذكرة إيضاحية أو لائحة تفسيرية لقانون الأحوال الشخصية.
- 7- عدم وجود شروح لمواد القانون التي تناولت هذا الموضوع.
- 8- اختلاف العلماء المعاصرين بشأن هذا الموضوع وتشعب هذا الخلاف.

ثانياً: تساؤلات البحث:

- 1- ما المقصود بقسمة الإنسان ماله في أثناء حياته؟
- 2- ما الفرق بين قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته والتصرفات المشابهة لذلك كالقسمة بعد وفاة المورث والعطية والهبة والوصية؟ وما هو التكليف الفقهي لقسمة الإنسان ماله في أثناء حياته؟
- 3- ما دوافع قسمة الشخص ماله في أثناء حياته؟
- 4- ما هي أقوال العلماء بشأن قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته؟ وما هي الفتاوى التي صدرت في هذا الشأن؟
- 5- كيف نظم القانون اليميني هذا الموضوع؟ ما هي أوجه القصور التي شابته القانون في هذا الشأن؟
- 6- ما هو موقف القضاء اليميني من هذا الموضوع؟ وما هو اجتهاده في هذا الشأن؟
- 7- كيف تعامل هذا الاجتهاد مع هذا الموضوع؟
- 8- ما هي منطلقات وأسس اجتهاد المحكمة العليا باليمن؟
- 9- ما مدى موافقة اجتهاد المحكمة العليا في هذا الموضوع لأحكام الفقه الإسلامي والقانون اليميني؟

ثالثاً: أهداف البحث:

- 1- جمع أقوال العلماء المعاصرين في هذه المسألة, و نظم الأقوال المتماثلة في قول واحد ثم ذكر أدلة كل قول والترجيح بينها.
- 2- تنص المادة (18) من القانون المدني اليميني على أن (المرجع في تفسير نصوص القوانين وتطبيقها هو الفقه الإسلامي والمذكرات الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعية المختصة) ومن المؤكد عدم وجود المذكرة الشارحة التي أشار إليها النص السابق, ولذلك لم يعد هناك من مرجع لاستجلاء غموض أو إجمال النصوص القانونية التي تناولت هذا الموضوع إلا ما ورد في الفقه الإسلامي.
- 3- بيان معالجة القانون اليميني لهذا الموضوع وأوجه القصور في ذلك.
- 4- بيان اجتهاد المحكمة العليا باليمن بشأن الموضوع ومدى موافقته أو مخالفته لأحكام الفقه الإسلامي ونصوص القانون.
- 5- تقديم توصيات مفيدة لمعالجة القصور في تنظيم القانون لهذا الموضوع واجتهاد القضاء بشأنه.

رابعاً: مناهج البحث:

استعمل الباحث بحسب مقتضيات البحث المنهج الوصفي، وكذا المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي بالإضافة إلى إجراء مقابلات مع بعض المختصين كالقضاة وغيرهم.

خامساً: نطاق البحث الزماني والمكاني والموضوعي:

نطاق البحث الزماني: بالنسبة للشريعة الإسلامية فأنها لا تتحدد بزمان أو مكان، وعلى ذلك فإن البحث سوف يبين موقف الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي من غير تحديد بزمان أو مكان، أما بالنسبة للقانون فإن البحث يتحدد على القانون اليميني النافذ، ولن يتعرض للقوانين السابقة.

نطاق البحث المكاني: بالنسبة للشريعة الإسلامية فأنها لا تتحدد بمكان، ولذلك فالبحث سوف يذكر أقوال الفقهاء من غير تحديد للدول والأمصار التي أقاموا بها، أما بالنسبة للقانون فإن نطاق البحث يتحدد على القانون اليميني، ولن يتعرض لغيره إلا على سبيل الإشارة أو المقارنة بحسب مقتضيات البحث.

نطاق البحث الموضوعي: يتحدد البحث في موضوع قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته على ورثته المحتملين من حيث ماهيته وتكييفه وأقوال العلماء في حكمه، وموقف القانون اليميني واجتهاد المحكمة العليا باليمن في هذا الشأن، ومدى موافقة هذا الاجتهاد القضائي لأحكام الفقه والقانون، ولن يتعرض البحث لهذا الموضوع من حيث الوجوه الأخرى كالوجهة الاجتماعية وغيرها، كما أن البحث لن يتعرض للمسائل التفصيلية ذات الصلة بهذا الموضوع كأحكام القسمة بعد الموت والعطية والهبة والوصية.

خامساً: تقسيمات البحث:

يتكون البحث من مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة، وذلك على النحو الآتي:

مقدمة البحث: تتضمن مشكلة البحث وتساؤلاته وأهدافه ومناهجه ونطاقه وتقسيماته.

المبحث الأول: ماهية قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته: وذكرنا فيه المقصود بهذه القسمة والفرق بينها وبين التصرفات الأخرى كالقسمة بعد الموت والعطية والهبة والوصية والتكليف الفقهي لهذا التصرف ودوافع قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته.

المبحث الثاني: قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته في الفقه الإسلامي: ونشير فيه إلى أقوال العلماء بشأن حكم هذا التصرف.

المبحث الثالث: قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته في القانون والقضاء اليميني: ونبين فيه معالجة القانون اليميني لهذا الموضوع واجتهاد المحكمة العليا بشأن ذلك ومضمون هذا الاجتهاد و منطلقاته ومدى موافقة هذا الاجتهاد لأحكام الفقه الإسلامي والقانون اليميني.

المبحث الأول

ماهية قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته

ويتكون هذا المبحث من المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: المقصود بقسمة الإنسان ماله في أثناء حياته ودافعها.

المطلب الثاني: الفرق بين قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته والتصرفات المشابهة.

المطلب الأول

المقصود بقسمة الإنسان ماله في أثناء حياته ودافعها

ويتكون من فرعين الأول: المقصود بقسمة الإنسان ماله في أثناء حياته، والفرع الثاني: الدافع لإجراء قسمة المال في أثناء حياة المورث.

الفرع الأول: المقصود بقسمة الإنسان ماله في أثناء حياته:

القسمة في اللغة مشتقة من القَسَمُ وهو: مصدر قَسَمَ الشيءَ يَقْسِمُهُ قِسْمًا، فأنقَسَمَ هوالموضوع مقْسِمٌ مثال مجلس. وقَسَمَهُ: جزَّاه، وهي القِسْمَةُ، والقِسْمُ، بالكسر: النصيب والحِظُّ، والجمع أقسام، وهو القَسِيمُ، والجمع أقسام وأقسامٍ، ويقال: هذا قِسْمُك وهذا قِسْمِي، ويقال: القِسْمُ والمِقْسَمُ والقَسِيمُ نصيب الإنسان من الشيء، كما يقال: قَسَمْتُ الشيء بين الشركاء أي أعطيت كل شريك قِسْمه وقَسِيمه⁽¹⁾، وفي ضوء ما تقدم يكون المراد بقسمة المال أي توزيعه على الأولاد وغيرهم. وعلى ذلك فإن المقصود بقسمة الإنسان ماله في أثناء حياته هو قيام الشخص نفسه في أثناء حياته بحصر أمواله وتثمينها ثم يقوم بتقسيمها بين ورثته المحتملين⁽²⁾.

الفرع الثاني: الدافع لقسمة الإنسان ماله في أثناء حياته:

يتلخص هذا الدافع في أن كثيرا من الأشخاص يخشون اختلاف ورثتهم من بعدهم عند قسمة تركاتهم بعد موتهم أو خوفهم من استئثار بعض الورثة بالتركة وسطوهم على أنصبة الورثة الضعفاء، أو الخشية من عدم قدرة الورثة أو غيرهم على الحصر و التثمين الحقيقي لمكونات التركة بعد وفاة المورث، كما قد يكون الباعث رغبة الشخص في جبر ضعف بعض الورثة وتعويضهم، إضافة إلى أنه قد يكون الباعث على إجراء هذه القسمة هي رغبة المورث في المساواة بين الورثة ذكورا وإناثا،⁽³⁾ أو رغبته في تقدير سعاية احد الورثة الذي سعوا في نما وزيادة المال أو تقدير مقابل خدمة لنساء الشخص إذا كانت إحدى قريباته قد تفرغت لخدمته كما لو كان عاجزا يحتاج للخدمة والقيام بأمره، كما لا يستبعد أن يكون الدافع على إجراء هذه القسمة حرمان بعض الورثة من أنصبتهم الشرعية أو إنقاصها، كما لو كان الشخص له ابنة وزوجة وإخوة فيقوم بالقسمة في أثناء حياته بقصد حرمان أخوته⁽⁴⁾.

المطلب الثاني

الفرق بين قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته والتصرفات المشابهة

كي يكون التصرف محل البحث واضحا ينبغي الإشارة إلى أهم الفروق التي تميز قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته عن التصرفات المشابهة كالقسمة بعد وفاته والعطية والهبة والوصية.

(1) ابن منظور. محمد بن مكرم بن علي بن منظور المتوفى 711هـ، لسان العرب، دار صادر بيروت، الطبعة الثالثة 1414هـ، مادة (قسم).

(2) فراج، احمد فراج، قسمة الاملاك الشائعة- دار الزهراء القاهرة 1998م ص42.

(3) الشيبان إبراهيم. توزيع الإرث في حياة الأب أفضل من النزاع في المحاكم، استطلاع صحفي أجرته صحيفة الرياض السعودية مع قضاة ومحامين وقانونيين ونشرته في يوم الاثنين 18 ربيع الأول 1432 هـ - 21 فبراير 2011م - العدد 15582.

(4) فاضل محمد احمد. رئيس محكمة غرب صنعاء الابتدائية مقابلة منشورة في صحيفة الثورة الصادرة بصنعاء بتاريخ 2010/7/21م، العدد

أولاً: الفرق بين قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته والقسمة بعد وفاته: القسمة في اللغة من القَسَمُ وهو: مصدر قَسَمَ الشيءَ يَقْسِمُهُ قِسْماً وقَسَمَهُ: جَزَّاهُ، وهي القِسْمَةُ،⁽¹⁾ أما القسمة عند الفقهاء، فهي إفراز بعض الأنصبة وتمييزها عن بعض ومبادلة بعضها ببعض⁽²⁾، فالقسمة تحديد أنصبة الورثة الشرعية في التركة التي يتركها مورثهم بعد موته⁽³⁾، والقسمة للتركة لا تكون إلا بعد موت الإنسان، أما القانون المدني اليمني فقد عرف القسمة في المادة (1197) بأنها (معرفة مقدار ما لكل شريك في المال وإفرازه بعد موازاة السهام في المثليات وتعديلها في القيميات).

والقسمة أما أن تكون رضائية أو قضائية، فالرضائية تتم بالتراضي بين الورثة، في حين أن القسمة القضائية أو الجبرية تتم بنظر القضاء عند اختلاف الورثة.

عند تطبيق هذه المفاهيم العامة على قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته نجد أن هذه القسمة تكون في أثناء الحياة وليس بعد الموت، كما أنها لا تتم بنظر القضاء، فليس هناك تركة، لأن المورث لم يموت بعد، فلا زالت أمواله بدمته فلم يتركها، ولا يستطيع أحد مطالبتها بقسمتها، ولذلك فهذه القسمة تختلف من حيث تكييفها وأحكامها عن القسمة بمفهومها الفقهي والقانوني.

ثانياً: الفرق بين قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته والعطية والهبة :

العطية هي ما يعطى الوالد لأولاده خاصة أثناء حياته وتجب فيها المساواة، أما الهبة فهي المال الذي يهبه الشخص لغير أولاده ولا تشترط فيها المساواة، ويشترط لنهاذ العطية والهبة أن يقبضها المعطى له أو الموهوب له⁽⁴⁾.

على هذا الأساس فإن قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته إذا انحصرت على الأولاد فقط فكان هؤلاء هم كل الورثة المحتملين للشخص فعندئذ يكون هذا التصرف من قبيل العطية الخالصة، وتنطبق على هذا التصرف أحكام العطية، أما إذا كان هناك ورثة محتملون غير أولاد الشخص فيكون التصرف بالنسبة لهم هبة، في حين يكون هبة خالصة إذا لم يكن للشخص أولاد وكان له ورثة محتملون من غير الأولاد، ولذلك فإن قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته تستمد كثيراً من أحكامها من العطية كما سنرى.

رابعاً: الفرق بين قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته والوصية:

الوصية تَبْرُعُ بِحَقِّ مَضَافٍ وَلَوْ تَقْدِيرًا لِمَا بَعْدَ الْمَوْتِ⁽⁵⁾، أما قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته فهو تصرف يتم وينفذ في أثناء الحياة، ويكون للأولاد والورثة المحتملين، في حين أن الوصية تكون لغيرهم فلا وصية لوارث، كما أنه لا تشترط المساواة في الوصية، في حين المساواة مشروطة في القسمة أثناء الحياة عندما يكون الورثة المحتملون هم الأولاد.

خامساً: التكييف الفقهي لقسمة الإنسان ماله في أثناء حياته:

من خلال ما تقدم يظهر أن قسمة الإنسان ماله على ورثته المحتملين في أثناء حياته ليس قسمة حقيقة بالمفهوم الشرعي والقانوني، لأن الشخص لازال حياً ولا زالت له أهلية وذمة مالية شرعية وقانونية فلا تركة إلا بعد موته، كمان قسمة الإنسان

(5) ابن منظور. مرجع سابق مادة (قسم).

(6) الكاساني. علاء الدين أبو بكر بن مسعود أحمد المتوفى 587هـ، بدائع الصنائع -المطبعة الجمالية 1328هـ، 135/4.

(3) الشربيني. محمد بن أحمد الخطيب المتوفى 977هـ، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1415هـ، 151/3.

(4) ابن مفلح . ابو اسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح المتوفى 884هـ، المبدع في شرع المقنع، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1418هـ، 360/5.

(5) مغني المحتاج 39/3 مرجع سابق.

ماله لا تتم بنظر القضاء، فحق الورثة لا يكون إلا بوفاة مورثهم، كما أن هذه القسمة تتم بصورتين الأولى أن يقوم الشخص بقسمة ماله على ورثته المحتملين بإرادته المنفردة ويعطي كل واحد من هؤلاء الورثة المحتملين ما يخصه حيث يقوم هؤلاء بقبض هذه الأموال والتصرف فيها أثناء حياة المورث، فعندئذ يكون هذا التصرف من قبيل العطية للأولاد أو الهبة لغير الأولاد، وقد يقوم الشخص في أثناء حياته بقسمة ماله على ورثته المحتملين ويطلب منهم التوقيع على وثيقة القسمة بما يفيد رضاهم بذلك وموافقهم عليها، ولكنه لا يمكن الورثة من الأموال التي حددها لهم في الوثيقة ولا يقبضونها، فهذا التصرف يندرج ضمن الوصية وتنطبق عليه أحكامها.

وعلى أساس ما تقدم فإن القسمة في أثناء حياة المورث تصرف خاص مستقل ظهر في الأونة الأخيرة يحتاج إلى إفراده بدراسة بحثية مستقلة لبيان ماهيته وحكمه وتطبيق ذلك على اجتهاد المحكمة العليا باليمن (محكمة النقض) ومعرفة مدى موافقته أو مخالفته لأحكام الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأحوال الشخصية.

المبحث الثاني: القسمة في أثناء حياة المورث في الفقه الإسلامي

لم يقف الباحث إلا على إشارات إلى هذا التصرف في بعض مراجع الفقه الإسلامي القديمة وتحديدًا قول الإمام أحمد بن حنبل وابن حجر الهيتمي، حيث قال ابن حجر -رحمه الله- (إذا قسم الأب ما بيده بين أولاده، فإن كان بطريق أنه ملك كل واحد منهم شيئاً على جهة الهبة الشرعية المستوفية لشرائطها من الإيجاب والقبول والإقباض أو الإذن في القبض، وقبض كل من أولاده الموهوب لهم بذلك، وكان ذلك في حالة صحة الواهب جاز ذلك، وملك كل منهم ما بيده لا يشاركه فيه أحد من إخوته)⁽¹⁾.

كما أن ابن قدامة ذكر أن الإمام أحمد بن حنبل قال في هذه المسألة (أحب أن لا يقسم ماله، ويدعه على فرائض الله تعالى لعله أن يولد له فإن أعطى ولده ماله، ثم ولد له ولد فأعجب إلي أن يرجع فيسوي بينهم، يعني يرجع في الجميع أو يرجع في بعض ما أعطى كل واحد منهم ليدفعوه إلى هذا الولد الحادث ليساوي إخوته)⁽²⁾.

أما في العصر الحاضر فقد أصبحت قسمة الإنسان لماله في أثناء حياته ظاهرة عامة منتشرة تستدعي الدراسة والبحث، ولذلك فقد اختلف العلماء المعاصرون بشأنها اختلافاً واسعاً ومتشعباً حيث وردت أقوال العلماء متناثرة كل عالم على حدة، وذلك في مراجع ومصادر وشتى، فمنهم من ذهب إلى عدم جواز إجراء هذه القسمة ومنهم من ذهب إلى جوازها شريطة أن تكون كقسمة الميراث، في حين ذهب آخرون إلى جواز إجرائها شريطة أن تتم على سبيل العطية أو الهبة وليس كالميراث، وهناك من ذهب إلى كراهة إجراء هذه القسمة وأنها خلاف الأولى، حيث اختلف العلماء في هذه المسألة على أربعة أقوال هي:

القول الأول: قسمة الشخص لأمواله في أثناء حياته غير جائزة مطلقاً، وهو قول الإمام أحمد بن حنبل من المتقدمين، وقول جماعة من العلماء المعاصرين منهم، د.علي جمعة مفتي مصر و د.عبد العزيز عزام أستاذ الشريعة الإسلامية في جامعة الأزهر ود.محمد سيد احمد المسير الأستاذ في كلية أصول الدين جامعة الأزهر وابن عثيمين والشيخ عبد المحسن بن حمد العباد وعبد الحميد الهضابي من علماء السعودية⁽³⁾.

(1) الهيتمي . أحمد بن محمد بن علي بن حجر ، أبو العباس المتوفى 974هـ، المكتبة الإسلامية ، 3/4 .

(2) ابن قدامة . عبد الله بن محمد المقدسي المتوفى 620هـ، المغني، دار عالم الكتب 1417هـ، 61/6 .

(12) فتاوى اللجنة للبحوث العلمية والافتاء، جمع وترتيب احمد بن عبد الرزاق الدرويش، دار المؤيد، الرياض السعودية، الطبعة الخامسة 1424هـ، ص71 .

واستدلوا على قولهم بالاتي:

- 1- قسم الله تعالى المواريث وحددها، ولم يترك أمرها لأحد غيره، فالتقسيم على الورثة مرده إلى الله سبحانه وتعالى، فهو الذي يحكم الوارث والورثة، وليس لهم إلا أن ينفذوا حكم الله، ومن فعل غير ذلك فقد ظلم وتجاوز الحق والعدل، وحكم على نفسه وعلى غيره بالظلم، وعرض نفسه لغضب الله ومقته⁽¹⁾ فقسمة الشخص لماله في أثناء حياته اعتداء على حكم الله ورفض لقضائه العادل الحكيم. ويناقش هذا الاستدلال: بان العطية والهبة والمساواة بين الأولاد كذلك من أحكام الله التي يجب العمل بموجبها مثلها في ذلك مثل القسمة بعد وفاة المورث.
- 2- أعمار الناس بيد الله عز وجل، ولا يستطيع أحد أن يعلم متى يموت المورث والوارث يقول تعالى: (وما تدري نفس ماذا تكسب غدا وما تدري نفس بأي أرض تموت)⁽²⁾، ولذلك فإن القسمة في أثناء الحياة، يتنافى مع الإيمان بالله والتوكل عليه والثقة به⁽³⁾. ويناقش هذا الاستدلال: بأن كل إنسان سيموت حتما سوى كان مورثا أو غيره تطبيقاً لقوله تعالى: (كل نفس ذائقة الموت) ولذلك لا يتنافى تقسيم الشخص لماله في أثناء حياته مع التوكل على الله.
- 3- تقسيم التركة في أثناء حياة المورث ليس من سنة النبي صلى الله عليه وسلم، ولم يندب أمته إلى ذلك، فضلا أنه لم يحدث أو يرغّب في ذلك، وكذا لم يفعل هذا أحد من الصحابة.
- ويناقش هذا الاستدلال: بان هذه القسمة لها أصل في السنة النبوية لأنها من ضمن تطبيقات العطية والهبة المنصوص عليهما في أحاديث نبوية كثيرة منها حديث النعمان بن بشير الأتي ذكره ضمن أدلة القول الثالث.
- 4- من شروط قسمة التركة تحقق موت المورث عملا بقوله تعالى: (وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجِكُمْ) [النساء:12] والإنسان ما دام حياً فلم يترك شيئاً، وهذا غير متحقق في من يقسم ماله في أثناء حياته على ورثته المحتملين.
- ويناقش هذا الاستدلال: بان قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته ليس من قبيل قسمة الميراث بمفهومها الشرعي ولا تسري أحكام الميراث على هذه القسمة.
- 5- القسمة في أثناء حياة المورث تفتح باباً واسعاً للحيلة على بعض الورثة، حيث يحرم بعض الورثة من أنصبتهم في حين تزيد أنصبة آخرين من دون حق خلافاً لفرائض الله التي افترضها.
- ويناقش هذا الاستدلال: أن خشية الحيلة لا تبرر تعطيل أحكام العطية والهبة، كما أن شفقة الأب وحبه لأولاده تحول دون وجود الحيلة، كما أن وجود حيلة في قسمة ما لا يعني وجود الحيلة في القسمة كلها.
- 6- قد يتزوج الشخص الذي يقسم ماله زوجة أخرى ويرزقه الله أولاد آخرين، فيحرمون من أمواله، وهذا ليس عدلاً ولا إنصافاً، بل إجحافاً وظلماً.

حكم تقسيم الميراث حال الحياة، فتوى منشورة في الموقع (<https://islamqa.info>) توزيع الميراث قبل الوفاة مخالفة شرعية، صحيفة الخليج الإماراتية، مقابلة مع مجموعة من العلماء العدد (4152) السبت 2010/6/26 م ص6، وقسمة الإنسان ماله في حياته على ورثته، إبراهيم عبد المحسن السعودي، دار المنظومة 2017 م ص25.

(13) د.علي جمعة ود.عبد العزيز عزام ود.محمد المسير توزيع تركة الأب قبل وفاته من الوجهة الشرعية، مقابلة مع كل من د.علي جمعة ود.عبد العزيز عزام ود.محمد المسير ص5 منشورة في الرابط www.ishaonlin.co.

(14) المرجع السابق ص17.

(3) ابن باز. عبد العزيز، حكم تقسيم التركة والإنسان على قيد الحياة. في الموقع الرسمي لابن باز، (<https://www.binbaz.org.sa>)

ويناقد هذا الاستدلال: بان هذا الأمر نادر، لان الغالب أن الأشخاص لا يقسمون أموالهم إلا بعد التوقف عن الإنجاب⁽¹⁾.

7- قد يموت أحد أولاد الشخص الذي قسم ماله قبل أبيه، فحينئذ لا يحق لأبناء الابن المتوفى قبل أبيه أن يأخذوا شيئاً من التركة، وذلك لوجود جدهم أو جدتهم و أعمامهم أو عماتهم، لأنهم محجوبون بهم، لأن هؤلاء الأولاد أي: حفدة المتوفى لا يرثون شيئاً مع وجود أعمامهم أو عماتهم، وهم محجوبون بأعمامهم وعماتهم⁽²⁾. ويناقد هذا الاستدلال: بان وراثه أبناء الابن المتوفى في أثناء حياة أبيه محل خلاف بين الفقهاء فلم يقل بعدم توريث أبناء الابن في هذه الحالة إلا الحنفية والزيدية، في حين يذهب آخرون إلى توريثهم، بل أن من ذهب إلى عدم التوريث قد قرر لهم ما يسمى بالوصية الواجبة.

8- قد يموت بعض ورثة الشخص الذي قسم ماله قبل الشخص، فينقلب الوارث مورثاً.

ويناقد هذا الاستدلال: بان هذا من الحوادث العارضة أي الاستثنائية، والشرع مقرر أصلاً للغالب وليس للعارض. 9- لو قسم الأب تركته بين الأبناء فإنه سيبقى على شيء لنفسه يعيش منه، ولذلك فإنهم سيختلفون أيضاً على ما تبقى له من مال، وعندئذ ينتفي الباعث على قسمة المال في أثناء الحياة.

ويناقد هذا الاستدلال: بان الخلاف لو حصل بين الورثة فسيكون محصوراً ومحدوداً بحدود المال المتبقي القليل ولن يكون كالخلاف في حالة عدم قسمة المال كله.

10- قد يقسم الشخص ماله على أبنائه وبتبليغ الله بأنواع من البلى والأمراض، ولا يجد من يعطيه تكلفة علاجه، وما يحتاجه من الضروريات فضلاً عن الكماليات.

ويناقد هذا الاستدلال: بان هذا الأمر غير مطرد، فالغالب أن الأبناء يبرون بإبائهم والشرع للغالب.

11- أن الشخص إذا قسم ماله بينهم فربما يوفق أحدهم فيما أخذه فيتجر به ويزداد وينمو ويكون عند الموت ما بيده أكثر مما بيد الورثة الآخرين فيوقع هذا في قلوبهم شيئاً.

ويناقد هذا الاستدلال: بان هذا الشيء الذي يقع في نفس بعض الأبناء أقل ضرراً ومفسدة من أضرار ومفاسد الخلاف بين الورثة على القسمة بعد موت مورثهم.

القول الثاني: يجوز للشخص قسمة أمواله في أثناء حياته شريطة أن يتم ذلك كقسمة الميراث تماماً، وهو قول د. صبري عبد الرؤوف أستاذ الشريعة الإسلامية بجامعة الأزهر وهو قول غالبية علماء السعودية، وقد تضمنت هذا القول فتاوى اللجنة الدائمة للفتوى بالسعودية ولجنة الفتوى بمجمع البحوث الإسلامي، وبه قال د. علي محيي الدين القره داغي عميد كلية الشريعة بجامعة قطر ود. احمد الحجى الكردي الأستاذ بجامعة قطر والشيخ صالح الفوزان من السعودية⁽³⁾.

(1) فتاوى اللجنة للبحوث العلمية والافتاء، جمع وترتيب احمد بن عبد الرزاق الدرويش، دار المؤيد، الرياض السعودية، الطبعة الخامسة 1424هـ، ص71.

(17) هل يجوز قسمة الميراث على الورثة في حياة المورث، عبد الحميد الهضابي ص3 بحث منشور في الرابط www.agvry.com

(18) توزيع الميراث قبل الوفاة مخالفة شرعية، صحيفة الخليج الإماراتية، مقابلة مع مجموعة www.azhar.org/Services/FatawaMagmaa فتاوى مجمع البحوث - بوابة الأزهر الإلكترونية من العلماء العدد (4152) السبت 2010/6/26 م ص6، فتاوى اللجنة للبحوث العلمية والافتاء، جمع وترتيب احمد بن عبد الرزاق الدرويش، دار المؤيد، الرياض السعودية، الطبعة الخامسة 1424هـ، ص71، توزيع الميراث والاب جي، القره داغي علي محيي الدين، www.fatakat.com شبكة الفتوى الشرعية. الكردي. احمد الحجى.

وقد استدلت أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

1- الله تعالى قَسَمَ بين الأولاد، فَجَعَلَ لِلذَّكَرِ مثل حظ الأنثيين، والأوَّلَى الاقْتِدَاءَ بِقِسْمَةِ الله عند قسمة الشخص لماله على أولاده في أثناء حياته بإعتبار ذلك من قبيل العطية أو الهبة، ويناقش هذا الاستدلال بأربعة وجوه:

الأول: هناك فرق بين الميراث بعد الموت وبين تقسيم الشخص لماله في أثناء حياته لأن ذلك يكون على سبيل العطية أو الهبة حال الحياة، من جهة أن الأول مختص بما بعد الموت، ولكل حال

أحكام⁽¹⁾، ومن جهة أن الهبة تطوعٌ وليست فرضاً كالميراث، ولو أنزلنا العطية منزلة الميراث لما كان للعطية فائدة⁽²⁾.

الثاني: أن الشخص في الميراث يكون راضياً بما فرضه الله تعالى، بخلافه في الهبة⁽³⁾، فالتفضيل فيما يورث الوحشة⁽⁴⁾.

الثالث: الذَّكَرُ والأنثى يختلفان في الميراث بالعُصوبة، أما بالرحم المجردة فهما فيه سواء، كالإخوة والأخوات من الأم⁽⁵⁾.

الرابع: أن التُّهْمَةَ في قسمة الميراث مُنتَفِية وفي العطية واردة⁽⁶⁾.

2- العطية والهبة في الحياة مثل الميراث بعد الموت، فَيُجْعَلُ لِلذَّكَرِ منها مثل حظ الأنثيين، لأن العطية استعجال لما يكون

بعد الموت، فينبغي أن تكون على حسبه، كما أن مُعْجَلُ الزكاة قبل وجوبها يؤديها على صفة أدائها بعد وجوبها، وكذلك

الكفَّارات المعجَّلة، ويناقش هذا الاستدلال بأن قسمة المال بعد الموت قد فرضها الله تعالى فيحصل التملك في

الإرث بمجرد الموت ولو لم يرض الوارث أو المورث، أما العطية فهي على الاختيار ولا تنعقد إلا برضا طرفي العقد،

فافتراقا، والإرث لا يسمى عطية حتى يقال: إنه مثل العطية، إذ العطية تستدعي وجود مُعْطٍ أو واهب ذي أهلية

للتملك، وهذه الأخيرة منتفية عن الميت، ولا يصح أن يقال: إن العطية استعجال لما يكون بعد الموت، لأنه لا يُدرى

من منهما سيُفضي إلى ربه أولاً، ولا من سيرث من، والأقيسة المذكورة فاسدة الاعتبار، لأنها في مقابلة النصوص

الشرعية -السالف ذكرها- الدالة على جوار قسمة المال في أثناء الحياة على سبيل العطية واستواء الذكور والإناث

في ذلك⁽⁷⁾.

3- الذَّكَرُ أحوج من الأنثى إلى المال، لأنهما إذا تزوجا جميعاً، فالصداق والنفقة ونفقة الأولاد على الذَّكَرِ، والأنثى يتم

الاتفاق عليهما من قبل غيرها كزوج أو أخ، فكان الذكر أوَّلَى بالتفضيل لزيادة حاجته، ولذلك قسم الله تعالى الميراث،

(1) ابن حزم. علي بن أحمد بن سعيد المتوفى 456هـ، المُحَلَّى، مطبعة دار الاتحاد العربي 1387هـ. 8/105، ظفر أحمد العثماني التهانوي، تحقيق:

محمد تقي عثمانى، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - كراتشي 1418هـ. إعلاء السنن 16/102.

(2) مصباح المتولي السيد حماد، التسوية بين الأبناء في العطية، دار الطباعة المحمدية 1995م، ص 72.

(3) الانصاري. زكريا بن محمد بن زكريا المتوفى 926هـ، أسنى المطالب، دار الكتب العلمية بيروت 1313هـ، 2/483، الشربيني، مغني المحتاج مرجع

سابق 3/567.

(4) التهانوي. إعلاء السنن مرجع سابق 16/102.

(5) الماوردي. أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، المتوفى 450هـ، الحاوي، تحقيق الشيخ علي محمد معوض - الشيخ

عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1419هـ، 7/544، الانصاري، أسنى المطالب مرجع سابق 2/483، الشربيني،

مغني المحتاج مرجع سابق 3/567.

(6) البيهقي. أحمد بن محمد بن علي بن حجر، أبو العباس المتوفى 974هـ، المكتبة الإسلامية، 3/4، تحفة المحتاج، المكتبة التجارية الكبرى 1357هـ،

309/6.

(7) التسوية بين الأبناء والأقارب في الهبات والعطايا، د. أحمد ممدوح سعد ص 7، منشور في الموقع الإلكتروني www.mangol.co

فَفَضَّلَ الذَّكَرَ مقرونًا بهذا المعنى فتعلَّلَ به، وَبِتَعَدَّى ذلك إلى العطية في الحياة، ويناقدُ هذا الاستدلال بأن التعليل بما ذُكر ممنوع؛ لعدم الإطِّراد، فالإرث ثابت وإن لم يوجد ما ذُكر، كأن لا يكون الذَّكر الوارث متزوجًا فلا يكون ملتزمًا بنفقة وغيرها، أو يكون ذا زوجة غَنِيَّة لا تحتاج لنفقته فتُسْقِطها عنه، أو غير ذلك، ولا يُعَدُّ ذلك مانعًا له من الإرث، والشأن في العِلَّة أن يدور معها الحكم وجودًا وعدمًا. فالمعنى المذكور حِكْمَةٌ لا عِلَّةٌ، والحكمة لا يلزم إطرادها، ولا يَضُرُّ تَخَلُّفُها.

ويناقدُ هذا الاستدلال أيضًا أن الذَّكر أقدر على الكسب من الأنثى، فكانت أحق بالفضل، وإليه أشار النبي صلى الله عليه وآله وسلم بقوله: (لو كنت مُفَضِّلًا أحدًا لفضَّلْتُ النساء) (1).

القول الثالث: يجوز للشخص قسمة أمواله في أثناء حياته على أن يتم ذلك على سبيل العطية أو الهبة التي يتساوى فيها الأولاد ذكورا وإناثا شريطة أن يتم التقسيم في غير مرض الموت وان يقبض كل واحد ما يخصه من العطية أو الهبة في أثناء حياة المورث، وهو قول الشيخ محمد ناصر الدين الألباني (2) والسيد علي السستاني من علماء الشيعة الجعفرية (3) وبه قال الشيخ أحمد بن أحمد الخليلي مفتي عمان (4) وهو قول د.صلاح الصاوي من علماء مصر وبه قال الشيخ عبد الكريم نجيب الخضير من علماء السعودية (5)، واستدل أصحاب هذا القول بالآتي:

1- قوله صلى الله عليه وآله وسلم لبشير: "أَكَلْ وَلَدَكَ نَحَلْتَ مِثْلَ مَا نَحَلْتَهُ؟ قال: لا، قال: فلا أشهد على شيء أليس يسرُّك أن يكونوا إليك في البر سواء؟ قال: بلى. قال: فلا إذا" (6) فالنبي صلى الله عليه وآله وسلم طلب من بشير أن ينحل كل أولاده مثل ما نحل النعمان، ولم يستفصل منه عن بقية أولاده، أذكور هم أم إناث؟ فدلَّ هذا على أنه لا فرق بين الذكور والإناث في التسوية المطلوبة بين الأولاد في العطية وعلى جواز القسمة في أثناء حياة الإنسان وأنها تكون على التساوي بين الذكر والأنثى وهذا هو معنى ما ذكره الطحاوي، حيث قال: وفي حديث النبي صلى الله عليه وآله وسلم: (ألك ولد غيره؟ فقال: نعم. فقال: ألا سويت بينهم؟) (7)، ولم يقل: ألك ولد غيره ذكر أو أنثى؟ وذلك لا يكون وإلا وحُكِمَ الأنثى في العطية كحُكْمِ الذَّكر، ولولا ذلك لما ذكر التسوية إلا بعد علمه أنهم ذكور كلهم، فلما أمسك عن البحث عن ذلك ثبت استواء حكمهم في ذلك عنده (8).

2- قوله صلى الله عليه وآله وسلم لبشير: (أليس يسرُّك أن يكونوا إليك في البر سواء) فهذا يدل على جواز القسمة في أثناء الحياة وعلى التسوية بين الأولاد ذكورا وإناثا الذكور، لأن البر مراد من البنت والابن لذلك يكون للأنثى من العطية مثلما للذَّكر (9).

(1) التهانوي، إعلاء السنن 16/102، 103، والحديث المذكور سبق تخريجه.

(27) الألباني. محمد ناصر الدين، فتاوى الكبار في بعض أحكام الإرث، شبكة الأمام الاجرى، www.ajurr.com.

(3) السستاني، علي، منشور في الموقع الإلكتروني مركز آل البيت للمعلومات شبكة النجف الأشرف ص3.

(4) الخليلي، أحمد أحمد، كتاب الفتاوى، وزارة التراث القومي سلطنة عمان 1422هـ، ص175.

(30) الصاوي. صلاح، هل تدخل الهبة في الميراث، www.fatawaalsawy.com، والخضير. عبد الكريم بن عبد الله، الموقع الرسمي للشيخ عبد الكريم بن

عبد الله الخضير www.scientifi.lesson.tags.snkhudeir.com

(6) اللفظ للنسائي (3620) -كتاب النحل، باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر النعمان.-

(7) سبق تخريجه.

(8) الطحاوي. أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك المتوفى 321هـ، شرح معاني الآثار، عالم الكتب، الأولى 1414هـ، 4/89.

(9) الطحاوي شرح معاني الآثار مرجع سابق 4/89، ابن قدامة، المغني مرجع سابق 5/388، التهانوي، إعلاء السنن مرجع سابق 16/102.

3- قوله صلى الله عليه وآله وسلم: "فاتقوا الله، واعدلوا بين أولادكم" (1) والعدل هو التسوية؛ قال الراغب في مفرداته: "العدالة والمعادلة لفظٌ يقتضي معنى المساواة" (2)، فالمقصود أن العدل التسوية في كل شيء حتى يقوم المخصّص (3)، فالأمر بالعدل في الحديث يدل دلالة منطوق على طلب التسوية بين الأولاد لا فرق في ذلك بين ذكر وأنثى؛ فلفظ الولد في اللغة يطلق على الذكر والأنثى، والتعبير بالجمع المَعْرَف بالإضافة يفيد عموم الأولاد كلهم لا فرق بين ذكر وأنثى (4).

4- أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: "ساووا بين أولادكم في العطيّة، ولو كنت مؤثراً أحداً لآثرت النساء على الرجال"، وفي رواية: "ساووا بين أولادكم في العطيّة، فلو كنت مفضّلاً أحداً لفضّلت النساء" (5)، قال التهانوي: "وهو نصّ في محل النزاع فلا يُعدّل عنه" (6) وناقش ابن قدامة الاستدلال بهذا الحديث بأن التسوية فيه محمولة على القسمة على كتاب الله تعالى. وأنه يحتمل أنه أراد التسوية في أصل العطاء لا في صفته؛ فإن القسمة لا تقتضي التسوية من كل وجه، ويجاب هلى ذلك أنّ حمل التسوية في الحديث على القسمة على كتاب الله بعيدٌ غاية البعد؛ لأنه مخالف لأصل وضع التسوية المقتضي للمماثلة والمعادلة، قال في المصباح المنير: "ساواه مساواة: مائله وعادله قدرًا أو قيمة" (7) وعجز الحديث -وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم: "ولو كنت مفضّلاً أحداً لفضّلت النساء" - فمقابلة التسوية بالفضل تُعَيِّن أن التسوية المطلوبة لا تفضيل فيها أصلاً، ودعوى الاحتمال في أنه أراد التسوية في أصل العطاء لا في صفته، يردده قوله صلى الله عليه وآله وسلم في حديث النعمان: "أكلّ ولدك نَحَلت مثل ما نَحَلته؟" (8).

5- أن رجلاً كان مع النبي صلى الله عليه وآله وسلم، فجاء ابنٌ له، فقَبَله وأجلسه على فخذِه، ثم جاءت بنت له، فأجلسها إلى جنبه، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: "فهلّا عدلت بينهما"، وفي رواية: "فما عدلت بينهما" (9)، فهذا شاهد في الجملة لاعتبار التسوية المطلوبة أنها تكون بإعطاء كل واحد من الأولاد مثل ما أُعطي الآخر، لا فرق في هذا بين ذكر وأنثى، قال الإمام الطحاوي: "أفلا يرى أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قد أراد منه العدل بين الابنة والابن، وأن لا يُفضّل أحدهما على الآخر، فذلك دليلٌ على العدل في العطيّة أيضاً" (10).

(1) سبق تخريجه

(2) الراغب الاصفهاني، ابو القاسم الحسين بن محمد المتوفى 502هـ، مفردات غريب القرآن، دار القلم بيروت، الطبعة الأولى 1412هـ، 2/ 72.

(3) القرقي. ابو العباس احمد بن ادريس، المتوفى 684هـ، الفروق، عالم الكتب القاهرة، 4/ 63.

(4) الفيومي. أحمد بن محمد علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير، 1987م - مكتبة لبنان ر ص 671، مادة (ول د).

(5) الرواية الأولى رواها سعيد بن منصور في سننه 1/ 119 - باب من قطع ميراثاً فرضه الله-، والثانية رواها الحارث بن أبي أسامة في مسنده- بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث للبهقي 1/ 512 - كتاب البيوع، باب التسوية بين الأولاد في العطيّة-، وأخرجها من طريق سعيد بن منصور وكذا البيهقي في سننه 6/ 177 -كتاب الهبات، عطية الرجل ولده، باب السّنة في التسوية بين الأولاد في العطيّة-، والطبراني في الكبير 11/ 354. والحديث قوى إسناده جمعٌ من العلماء؛ فحسّنه الحافظ ابن حجر في الفتح 5/ 214، والإمام الزُّرقاني في شرحه على الموطأ 4/ 54، والصنعاني في سبل السلام 2/ 130.

(6) التهانوي، إعلاء السنن مرجع سابق 16/ 103.

(7) الفيومي. المصباح المنير مرجع سابق ص 298، مادة: (س و ي).

(8) التهانوي، إعلاء السنن مرجع سابق 16/ 103.

(9) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار 4/ 89 -كتاب الهبة والصدقة، باب الرجل ينحل بعض بنيه دون بعض-، والبيهقي في شعب الإيمان 6/ 410 -الستون من شعب الإيمان، وهو باب في حقوق الأولاد والأهلين- عن أنس رضي الله عنه.

(10) الطحاوي. شرح معاني الآثار مرجع سابق 4/ 89.

1- القسمة في أثناء الحياة تكون من قبيل عطية الأولاد، فاستوى فيها الذَّكَرُ والأنثى كالنَّفَقَة والكِسوة⁽¹⁾، وأيضًا فإنَّ في التسوية تأليقًا للقلوب، وتفضيلُ الذكور قد يورث وَحْشَة بين الأخوة، فكانت التسوية أُولَى⁽²⁾.
القول الرابع: قسمة الشخص لأمواله في أثناء حياته مكروهة، وهو قول جماعة من العلماء منهم د. يوسف البدري ود. احمد السيد علي إبراهيم من علماء مصر⁽³⁾.

وقد استدل أصحاب هذا القول بالأدلة ذاتها التي استدل بها العلماء الذاهبون إلى عدم جواز قسمة الشخص لماله في أثناء حياته إلا أن هؤلاء العلماء الذاهبون إلى كراهة ذلك ذكروا أن تلك الأدلة تفيد الكراهة وليس التحريم.

الترجيح:

من خلال مطالعة أقوال الفقهاء وأدلتهم السابق عرضها ومناقشتها فنحن نميل إلى ترجيح القول الثالث الذي ذهب إلى جواز القسمة في أثناء حياة الإنسان وان يكون ذلك على سبيل العطية أو الهبة للأسانيد الآتية:

- 1- كثرة الأدلة التي استدل بها أصحاب هذا القول وسلامتها من المطاعن وقوتها في الدلالة.
- 2- هذا القول مناسب لمواجهة ومعالجة ظاهرة القسمة في أثناء حياة المورث وترشيدها، فهو أكثر مناسبة من الأقوال الأخرى بتحريمها أو كراهتها أو إجراء القسمة كالميراث.
- 3- ملائمة هذا القول ومناسبته للاعتبارات والدوافع التي تدفع الأشخاص لقسمة أموالهم في أثناء حياتهم.
- 4- هذا القول متوسط قياسا بالأقوال الأخرى، حيث أن هذا القول في غاية الاعتدال.
- 5- يحقق هذا القول مقاصد الشريعة في تجفيف منابع الخلاف والشقاق بين الورثة مما يسهم في وجود مجتمع مسلم قوي متماسك خال من اسباب الشقاق والخلاف.

المبحث الثالث: قسمة الإنسان لماله في أثناء حياته في القانون والقضاء اليمني

يتكون هذا المبحث من مطلبين الأول: تقسيم الشخص لماله في أثناء حياته في القانون اليمني، والمطلب الثاني: تقسيم الشخص لماله في أثناء حياته في القضاء اليمني.

المطلب الأول: تقسيم الشخص لماله في أثناء حياته في القانون اليمني

لم يتعرض القانون اليمني لهذا الموضوع صراحة ولكن وردت في القانون المدني اليمني وقانون الأحوال الشخصية نصوص عامة غامضة متضاربة، وقد بذل الباحث وسعه لاستقراءها في محاولة لبيان موقف القانون اليمني من هذه المسألة، حيث كانت حصيلة ذلك الآتي:

الفرع الأول: موقف القانون المدني من قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته:

نظم القانون المدني قسمة الأموال بين الورثة والشركاء على الشيوخ في المواد من (1197) إلى (1223) وعند الدراسة والتدقيق لفحوى تلك النصوص نجد أنها لم تتعرض لهذا الموضوع، أي أنها لم تأمر به كما أنها لم تمنعه، وطبقاً للقواعد العامة الحاكمة

(1) ابن قدامة، المغني مرجع سابق 5/388.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع مرجع سابق 6/127.

(47) البدري يوسف توزيع تركة الأب قبل وفاته، ص3، و إبراهيم احمد السيد علي، حكم تقسيم الإنسان ماله على ورثته حال حياته

للقانون المدني وخاصة قاعدة (الأصل في الأشياء الإباحة) المنصوص عليها في المادة (11) من ذلك القانون⁽¹⁾, يفهم من خلال ذلك أن القسمة في أثناء حياة المورث مباحة أي جائزة.

الفرع الثاني: موقف قانون الأحوال الشخصية من قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته:

نظم قانون الأحوال الشخصية أحكام التركات وشروطها وحدد الفروض والأنصبة والسهام التي تتم بموجبها قسمة تركات المتوفين على الورثة، ومن خلال ذلك يظهر أن المقصود بهذه النصوص قسمة التركة بعد وفاة المورث وليس في أثناء حياته، إلا أن هذا القانون في سياق تنظيمه للهبية والوصية قد أشار إلى قسمة الإنسان لماله في أثناء حياته، ومن المناسب أن نعرض تنظيم قانون الأحوال الشخصية لهذا الموضوع على النحو الآتي:

أولاً: تنظيم القسمة في أثناء حياة المورث ضمن أحكام الهبة:

عرف قانون الأحوال الشخصية الهبة في المادة (168) بأن (الهبة هي عقد تبرعي يملك به مال أو تباح به منفعة حال الحياة)⁽²⁾ ووفقاً لهذا النص يجوز للشخص في أثناء حياته أن يملك أمواله لورثته المحتملين وغيرهم، وطبقاً لهذا النص فإن الهبة عقد ينعقد ما بين الواهب والموهوب له ويكون لازماً بقبض الموهوب له للهبة⁽³⁾، وفي السياق ذاته اشترط القانون أن تتم المساواة في الهبة بين الموهوب لهم إذا كانوا من الورثة المحتملين حسبما ورد في المادة (183) من ذلك القانون التي نصت على أنه (تجب المساواة في الهبة والمشتبهات بها بين الأولاد وبين الورثة بحسب الفريضة الشرعية) وعند إمعان النظر في هذه المادة نجد أنها قد أجازت قسمة المال في أثناء حياة المورث شريطة أن يتم ذلك طبقاً لأحكام الميراث فيعطي الإنسان أو يهب للذكر مثل حظ الأنثيين، وبهذا يكون القانون اليميني قد اخذ بقول العلماء الذين ذهبوا إلى جواز قسمة المال في أثناء حياة المورث شريطة أن يكون ذلك بحسب أحكام الميراث، ويستند كثير من القضاة والمحامين والأمناء الشرعيين إلى هذه المادة في إجراء القسمة وليس العطفية أو الهبة في أثناء حياة المورث⁽⁴⁾، مع أن المادة (183) قد عالجت قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته على أنها تتم على أساس أحكام العطفية أو الهبة بحسب تعبير القانون، فأحكام الهبة والعطفية هي الواجب تطبيقها على هذا التصرف وليس القسمة، لأن القسمة في أثناء الحياة تصرف مستقل يختلف عن القسمة فيما بعد الموت، وذلك يرجع إلى أن هذه المادة قد خلطت بين الهبة والقسمة، حيث أطلقت على هذا التصرف اسم الهبة وفي الوقت ذاته اشترطت تطبيق أحكام الميراث على هذا التصرف وليس الهبة، ومن المؤكد أن أحكام الهبة أو العطفية للأولاد تختلف عن أحكام الميراث، فقد ذكرنا فيما سبق الفروق التي تميز الهبة والعطفية عن القسمة فيما بعد الموت حيث ذكر العلماء أن العطفية مصطلح خاص بما يعطي الوالد لأولاده خاصة في أثناء حياته، كما أن الهبة تطلق عند الفقهاء على المال الذي يهبه الشخص لغير أولاده⁽⁵⁾ وذكرنا أيضاً أن الغالبية العظمى من الفقهاء قد اشترطوا أن تكون العطفية للأولاد متساوية دون تفرقة بين الذكور والإناث، ومن وجهة نظر الباحث فإن المادة (183) السابق ذكرها قد خالفت ما ذهب إليه غالبية الفقهاء الذي ذهبوا إلى تطبيق أحكام العطفية على هذا التصرف وليس الميراث واشترطوا أن يتساوي الذكر مع الأنثى في هذا التصرف باعتباره من الهبة وليس الميراث ويلاحظ أن هذه المادة قد أجازت قسمة الشخص لماله في أثناء حياته ولم تشترط إجازة الورثة المحتملين لذلك، كما لا يخفى التضارب الذي شاب المادة (183) التي أوجبت المساواة بين الأولاد على أساس أن القسمة في أثناء حياة الشخص تعد عطفية يتساوي فيها الأولاد ذكوراً

(48) القانون المدني اليميني رقم (14) لسنة 2002م، وزارة الشؤون القانونية، مطابع دائرة التوجيه المعنوي صنعاء، إبريل 2002م.

(49) القانون الأحوال الشخصية وتعديلاته رقم (20) لسنة 1992م، وزارة الشؤون القانونية، مطابع دائرة التوجيه المعنوي صنعاء، فبراير 2006م.

(50) شحاته . حسين، الهبة والوصية والميراث في ضوء الشريعة الإسلامية، مكتبة الكليات الأزهرية 2004م، ص 66.

(51) ذكر المؤثقون ذلك في ندوة التوثيق المنعقدة بتاريخ 2009/10/8م وكذا في دورة المؤثقين المنعقدة في المعهد العالي للقضاء بتاريخ 2018/4/2م

(52) سعد . أحمد ممدوح، التسوية بين الأبناء والأقارب في الهبات والعطايا، ص 7، منشور في الموقع الإلكتروني www.mangol.co

وإناء، وفي الوقت ذاته أوجبت تلك المادة أن تتم القسمة في أثناء حياة المورث على أساس الميراث الذي يكون نصيب الذكر فيه مثل حظ الأنثيين، وتبعاً لذلك يتعذر تطبيق المساواة التي أوجها النص فكيف تتم المساواة بين الأولاد والورثة طالما أنها تتم بحسب الميراث؟ كما أن المادة (183) غامضة ومتناقضة في معالجتها للهبه لغير الأولاد فقد أوجبت المساواة في الهبة مطلقاً سواء كانت الهبة للأولاد أم لغيرهم مع أن المساواة لا تكون واجبة في الهبة إلا بين الأولاد فقط.

ثانياً: تنظيم القسمة في أثناء حياة المورث ضمن أحكام الوصية:

لم يكتف قانون الأحوال الشخصية بالخلط بين أحكام الهبة والقسمة بل إنه قد خلط أيضاً بين الهبة والوصية مع أنه لكل من الهبة والوصية أحكامها التي تختلف في أحكامها حسبما هو مثبت في كتب الفقه الإسلامي⁽¹⁾، حيث نصت المادة (186) على أن (الهبة للوارث وورثته في حياته تأخذ حكم الوصية إلا فيما استهلكه الموهوب له في حياة الواهب حقيقة أو حكماً) حيث يستند إلى هذا النص اجتهاد المحكمة العليا في تقريره أن أية قسمة في أثناء حياة المورث تكون في حكم الوصية من حيث تعليقها على إجازة الورثة بعد وفاة المورث وبناءً على نص المادة (186) السابق ذكرها فإن هبة المورث لوارثه لا تكون نافذة إلا بعد وفاة المورث وإجازة بقية الورثة لها بعد وفاة المورث ولا تستثنى من ذلك إلا حالة ما إذا قام الشخص الموهوب له باستهلاك الهبة أو تصرف بها إلى الغير، لأن الوصية لا تجوز لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة مورثهم بموجب المادة (234) التي نصت على أنه (لا تصح الوصية للوارث إلا بإجازة الورثة)، والمقصود بالهبه في هذه المادة هي الهبة المنفردة أي الهبة التي ينفرد بها أحد الورثة وذلك ظاهر من صياغة المادة (الهبة للوارث) وهي بخلاف الهبة أو العطية المذكورة في المادة (183) التي يتساوى فيها الورثة من الأولاد والتي تندرج ضمنها قسمة الإنسان لماله في أثناء حياته، فالهبه المنفردة طبقاً لهذه المادة لا تكون نافذة إلا بعد إجازة الورثة لها وذلك بعد وفاة الوالد الواهب بخلاف القسمة في أثناء الحياة⁽²⁾، حيث نصت المادة (234) على أنه (لا تصح الوصية للوارث إلا بإجازة الورثة) وحددت المادة (238) وقت إجازة الورثة للوصية الصادرة من المورث لوارثه، فهذه الإجازة لا تكون إلا بعد وفاة المورث.

المطلب الثاني: اجتهاد المحكمة العليا بشأن قسمة الإنسان ماله في أثناء حياته

يتضمن هذا المطلب بيان المقصود باجتهاد المحكمة العليا ومضمون هذا الاجتهاد، وسنذكر ذلك في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فسوف نعرض فيه أحكام المحكمة العليا التي تضمنت اجتهاد المحكمة، والفرع الثالث سوف نذكر فيه أسباب ومنطلقات اجتهاد المحكمة العليا، في حين نذكر في الفرع الرابع مدى موافقة اجتهاد المحكمة العليا لأحكام الفقه الإسلامي والقانون اليمني.

الفرع الأول: المقصود باجتهاد المحكمة العليا ومضمون هذا الاجتهاد:

المقصود باجتهاد المحكمة العليا في بحثنا هذا هو بيان القاعدة القضائية بشأن قسمة الشخص لماله في أثناء حياته من خلال الرجوع إلى المجلدات القضائية المتضمنة القواعد القضائية التي قامت المحكمة العليا ذاتها بتلخيصها ونشرها في مجلدات تتضمن هذه القواعد أو الاجتهادات وأرقامها وتواريخ الأحكام التي استخلصت المحكمة القواعد منها⁽³⁾، وعلى هذا الأساس فسوف نعرض اجتهادات المحكمة العليا في هذا المطلب ومضمون هذا الاجتهاد أن المحكمة العليا قد استخلصت

(53) واصل . نصر فريد، فقه الموارث والوصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة التوفيقية 1986م، ص 25.

(54) أبو زهرة، محمد، شرح قانون الوصية، المكتبة المصرية 1981م، ص 62.

(55) المحكمة العليا، مقدمة العدد الثاني، الجزء الثاني، مجلد القواعد القضائية المستخلصة من الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، العدد الثاني، المطبعة القضائية صنعاء ص 3.

من الأحكام التي فصلت فيها قاعدة قضائية مفادها (أن أية قسمة في أثناء حياة المورث هي وصية تكون موقوفة على إجازة الورثة بعد موت المورث)⁽¹⁾، حيث استقر اجتهاد المحكمة العليا باليمن على تقرير هذه القاعدة منذ عام 1999م وقد استغرق استقرار القاعدة مدة تصل إلى ما يقارب ثلاث سنين أي خلال الفترة من 1999م وحتى 2001م، والظاهر أن المحاكم الأدنى قد تلقت اجتهاد المحكمة العليا بالقبول، أو أن المحاكم الأدنى لم تجد في قانون الأحوال الشخصية معالجة مناسبة أفضل من اجتهاد المحكمة العليا المشار إليه⁽²⁾.

الفرع الثاني: أحكام المحكمة العليا التي تضمنت اجتهاد المحكمة:

تضمنت هذا الاجتهاد أحكام قضائية كثيرة أصدرتها المحكمة العليا خلال الفترة من 1999م حتى 2001م وقامت بنشرها ضمن المجلدات القضائية التي تصدرها المحكمة والمعبرة عن موقف المحكمة العليا للتدليل على كونها قواعد قضائية ينبغي احترامها والعمل بمقتضاها، وأهم هذه الأحكام ما يأتي:

الحكم الأول: وهو الحكم الصادر عن دائرة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا بتاريخ 1999/8/28م في الطعن الشخصي رقم (268) لسنة 1420هـ وقد جاء في هذا الحكم مانصه (الموجز: صحة القسمة الواقعة في حياة المورث- حكمه.

القاعدة: أن القسمة اذا وقعت في حياة المورث فان صحتها موقوفة على إجازة الورثة بعد الموت.
الحكم: بعد المداولة والتأمل وإمعان النظر وجدنا ما يفيد أن القسمة وقعت في أثناء حياة المورث وصحتها موقوفة على إجازة الورثة بعد الموت، فضلا عما فيها من تصرفات غير موافقة لأحكام الشرع والقانون، وعليه فالالتماس غير مقبول ويغرم رافعه خمسة آلاف ريالاً عملاً بالمادة (232) مرافعات مع ألف ومائتي ريالاً رسوم الطلب يورد كل ذلك إلى الخزنة العامة)⁽³⁾.

الحكم الثاني: وهو الحكم الصادر بتاريخ 1999/8/31م عن دائرة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا في الطعن الشخصي رقم (289) لسنة 1420هـ وقد جاء في هذا الحكم مانصه (الموجز: لا إرث ولا قسمة إلا بعد ثبوت الوفاة حقيقة أو حكماً. القاعدة: لا قسمة ولا توارث حتى يتحقق موت المورثة أو مضي عمرها الطبيعي فان تمت القسمة قبل ذلك فتكون موقوفة على إجازة الورثة.

الحكم: لما كان الطاعن قد تقدم بالطعن أمام المحكمة العليا، وأهم ما جاء فيه أن المحكمة الاستئنافية كانت قد قررت تأييد الحكم الابتدائي إلا أنها تراجع بعد أن طلب المدعي اليمين وما كان لها أن تنقض ما أبرمت وكان عليها أن تلزم المدعي بتقديم عريضة طعنه إلى المحكمة العليا وأنه لا وجه لقبول دعوى المدعي بنصيبه من مخلف المورثة المترتب على قيامها بقسمة مالها في أثناء حياتها وان الأيمان غير حجة عليه... الخ وبعد الاطلاع على مذكرة الرد من المطعون ضدهم وخلاصتها أن الطاعن قد نكل عن اليمين عندما طلبت منه بشأن تاريخ وفاة المورثة.

هذا وبعد المداولة والتأمل تبين أن المحكمة الاستئنافية أصدرت قراراً سنة 1418هـ وفيه تأييد الحكم الابتدائي بكل فقراته وعند النطق به وفي أثناء ذلك طلب المدعي اليمين من المدعي عليهم بشأن البصيرة المؤرخة 1381هـ الصادرة عن المورثة في أثناء وجودها قبل سفرها، فلم يمضي المدعي عليهم باليمين بحسب الطلب فأصدرت المحكمة قراراً آخر والذي جاء فيه بعد

(56) حيث قام المكتب الفني بالمحكمة العليا باستخلاص القاعدة المشار إليها وقام بنشرها في المجلدات التي تتضمن أحكام المحكمة العليا التي قررت القواعد القضائية التي ينبغي الالتزام بها والعمل بموجبها باعتبار أن القواعد القضائية هي اجتهادات المحكمة العليا.

(57) مداخلات لبعض قضاة الأحوال الشخصية في الدورة التدريبية المنعقدة بالمعهد العالي للقضاء، يونيو 2007م.

(58) المحكمة العليا، مجلد القواعد القضائية المستخلصة من أحكام المحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الثاني، جمع وإعداد المكتب الفني بالمحكمة العليا، المطبعة القضائية صنعاء 2004م، ص 310.

ذكر الحيثيات أن المتوجب على أولاد الحاج...إطلاق ما تعين لفلانة من بعد والدها وهو الأربعة الحبال في حذبة المدحاجية مع ضم ما تقرر لها من بعد أخيها....بحسب تنزيل الحاكم وهو أربعة قرايط ونصف وسدس وربع قيراط وثلث سدس ما بقي لها غير ما ذكر ميراثا فقد اعترف الطاعن بأنه تحت يده، لذلك فإن الشعبة لا تقرر قسمة فلانة بنت فلان لمالها في أثناء حياتها وأثناء وجودها بمنطقة... كما أن لا توارث حتى يتحقق موتها أو مضي عمرها الطبيعي⁽¹⁾.

الحكم الثالث: وهو الحكم الصادر عن دائرة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا بتاريخ 2001/9/11م في الطعن الشخصي رقم (383) لسنة 1422هـ وقد ورد في الحكم ما يأتي (الموجز: إجراء القسمة والمصالحة بين الورثة في حياة المورث أثره.

القاعدة: إجراء القسمة في أثناء حياة المورث لا تكون حجة مالم يصادق عليها الورثة بعد وفاة المورث.

الحكم: بعد الاطلاع على ملفات القضية وجميع الأحكام والطعن بالنقض والدفء بعدم قبول الطعن م...وبعد المداولة تبين أن حكم الاستئناف السابق قد نقضه حكم المحكمة العليا، كما أنه قد ظهر إجراء القسمة في أثناء حياة الأب، وذلك ليس له حجة على الأولاد وهذا يعني عدم الركون إلى مستند القسمة الذي يدعى الطاعن...بأنه قد تم الإتفاق عليها فيما بين الأب وأولاده وحصول التراضي، والأساس في كل ذلك أن القسمة في أثناء حياة المورث موقوفة على إجازة الورثة كما جاء في الحكم الاستئنافي وهو الصحيح في تقرير أن القسمة في أثناء حياة الأب موقوفة على إجازة الورثة، ولذلك فإن الطعن بالنقض لم يؤثر في الحكم الاستئنافي المطعون فيه لعدم تحقق أي سبب من أسباب الطعن بالنقض الأربعة المنصوص عليها في المادة (214) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني(28) لسنة 1992م وعليه فنقرر مايلي :-

- 1- عدم قبول الطعن بالنقض شكلا وفي الموضوع.
 - 2- تأييد الحكم الاستئنافي الصادر من محكمة استئناف حجة في الاستئناف الشخصي رقم(80) لسنة 1418هـ بتاريخ 5/ذي القعدة/1421هـ الموافق 2001/1/28م.
 - 3- مصادرة كفالة الطعن بالنقض لخزينة الدولة⁽²⁾.
- الفرع الثالث : أسباب ومنطلقات اجتهاد المحكمة العليا:

هناك من يرجع سبب اجتهاد المحكمة العليا بان أية قسمة في أثناء حياة المورث تكون موقوفة على إجازة الورثة بعد تحقق وفاته، بان هذا الاجتهاد يرجع إلى أن غالبية القسمة التي تتم في أثناء حياة المورثين تشوبها الحيلة والإضرار بالورثة، فعندما تتم القسمة في أثناء حياة المورث يخالج الورثة المحتملين الخوف أو الحرج والحياء من مورثهم، وهذا يمنع الورثة في أثناء حياة مورثهم من الإعتراض على هذه القسمة إذا كانت غير عادلة، أما بعد موت المورث فهذه الضغوط والمؤثرات تنتفي، وعندئذ تكون إجازة الورثة للقسمة صحيحة وصادرة من الورثة بإرادتهم واختيارهم وخالية من المؤثرات⁽³⁾، والواقع من وجهة نظر الباحث أن سبب اجتهاد المحكمة العليا على هذا النحو يرجع وينطلق من فهم المحكمة العليا للمادة (186) من قانون الأحوال الشخصية التي نصت على أن (الهيئة للوارث ووارثه في حياته تأخذ حكم الوصية إلا فيما استهلكه الموهوب

(59) المحكمة العليا، مجلد القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الثاني، جمع وإعداد المكتب الفني بالمحكمة العليا 2004 م ص 311.

(60) المحكمة العليا، مجلد القواعد القضائية المستخلصة من أحكام المحكمة العليا، جمع وإعداد المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد الثاني، الجزء الثاني، المطبعة القضائية صنعاء 2005م، ص 360.

(61) مقابلة أجراها الباحث مع القاضي محمد محمود بازي عضو هيئة التفيتش القضائي باليمن بتاريخ 2018/3/31م.

له في حياة الواهب حقيقة أو حكماً) وكذا فهم المحكمة العليا للمادة (234) التي نصت على انه (لا تصح الوصية للوراث إلا بإجازة الورثة) وكذا المادة (238) التي حددت وقت إجازة الورثة للوصية الصادرة من المورث لوارثه، بان الإجازة لا تكون إلا بعد وفاة المورث، ولذلك فأن مبعث اجتهاد المحكمة العليا هو التضارب الحاصل في نصوص قانون الأحوال الشخصية ذات الصلة بهذا الموضوع والتي جعلت القضاة في حيرة من أمرهم إزاء هذا التضارب والغموض في النصوص، مما جعل المحكمة العليا تتدخل في اجتهادها حاسمة للتضارب ومزيلة للغموض والإلتباس، حيث قررت المحكمة العليا أن القسمة التي تتم في أثناء حياة المورث هي بمثابة وصية لوارث ينبغي لنفاذها إجازة الورثة لها بعد وفاة مورثهم⁽¹⁾.

الفرع الرابع: مدى موافقة اجتهاد المحكمة العليا لأحكام الفقه الإسلامي والقانون اليميني:

اجتهاد المحكمة العليا بان كل قسمة تمت في أثناء حياة المورث تكون موقوفة على إجازة الورثة بعد وفاة المورث له أسبابه ودواعيه السابق ذكرها، ومع إحترامنا لهذا الاجتهاد إلا انه قد جاء مخالفًا لنصوص القانون والفقه الإسلامي، وبيان أوجه المخالفة على النحو الآتي:

الوجه الأول: المادة (186) من القانون نصت على أن الهبة لوارث تكون بمثابة وصية: في حين أن اجتهاد المحكمة العليا الذي استند إلى هذا النص قد جعل كل قسمة بصفة عامة تتم في أثناء حياة المورث تكون وصية، وهناك فرق بين القسمة على جميع الورثة المحتملين في أثناء حياة المورث وبين الوصية لوارث واحد فقط، إذ أن المقصود بالهبة في المادة (186) هي الهبة المنفردة التي ينفرد بها أحد الورثة وليس قسمة الشخص لماله في أثناء حياته على جميع ورثته بموجب المادة (183) التي نصت على انه (تجب المساواة في الهبة والمشتبهات بها بين الأولاد وبين الورثة بحسب الفريضة الشرعية) فعند المقارنة بين المادتين (183) و(186) نجد أن لكل منهما مجال للتطبيق، فالمادة (183) تنطبق على القسمة في أثناء حياة المورث، في حين تنطبق المادة (186) على الوصية للوراث المنفرد، فذلك ظاهر من صياغتها (الوصية لوارث) أي لواحد فقط وليس الورثة جميعهم، فلو كانت إرادة القانون قد اتجهت إلى اعتبار كل قسمة في أثناء حياة المورث بمثابة وصية لنص عليها القانون في المادة (183) التي أجازت القسمة في أثناء حياة المورث على أساس العطية والهبة لأنها المكان المناسب لتقرير هذا الحكم⁽²⁾.

الوجه الثاني: مخالفة اجتهاد المحكمة العليا للفقه الإسلامي:

فلا شك أن القول بان القسمة في أثناء حياة المورث موقوفة على إجازة الورثة بعد وفاة مورثهم يخالف ما ذهب إليه الفقه الإسلامي حيث ذهب الجمهور إلى جواز القسمة في أثناء حياة المورث ولكنهم اختلفوا في تكييفها فمنهم من ذهب إلى أنها تتم على أساس الميراث ومنهم من ذهب إلى أنها تتم على أساس العطية والهبة حسبما تقدم بيانه عند عرض أقوال الفقهاء في هذه المسألة، كما انه من الثابت انه لم يقل احد من الفقهاء بان القسمة في أثناء حياة المورث موقوفة على إجازة الورثة بعد وفاة مورثهم، فقد عرضنا أقوال الفقهاء ولم نجد من ذهب منهم إلى تعليق القسمة في أثناء الحياة على إجازة الورثة، ومن هذا المنطلق فان اجتهاد المحكمة العليا ليس له أساس من الفقه الإسلامي⁽³⁾.

(62) مداخلة للقاضي عبد الإله الكبسي في ندوة قضائية بفندق تاج سبأ بصنعاء بتاريخ 2010/8/25م.

(63) صبرة محمود محمد علي، أصول الصياغة القانونية، دار النهضة العربية القاهرة، 2004م، ص122.

(64) المادة (18) من القانون المدني اليميني تنص على أن المرجع في تفسير النصوص القانونية هو كتب الفقه الإسلامي، وبناء على هذا النص فليس هناك أساس لاجتهاد المحكمة العليا في الفقه الإسلامي.

الوجه الثالث: عدم جواز رجوع الشخص الذي يقسم ماله :

لا يجوز عند جمهور الفقهاء رجوع الواهب عن هبته إذا قبضها الموهوب له، ومن باب أولى لا يجوز لغير الواهب الرجوع أو إجازته تلك الهبة التي لم تصدر عنه، وبما أن القانون اليميني قد تعامل مع قسمة الشخص لماله في أثناء حياته على أنها من قبيل الهبة فكيف يجيز اجتهاد المحكمة العليا لغير الواهب وهم الورثة التراجع عن القسمة التي أجراها مورثهم أثناء حياته على سبيل الهبة أو العطية؟ وكيف يشترط هذا الاجتهاد إجازة الورثة لها؟

الوجه الرابع: القانون اشترط إجازة الورثة فقط بالنسبة للأموال التي لم يقبضها الموهوب له:

في حين أن اجتهاد المحكمة العليا قد اشترط إجازة الورثة مطلقاً وهذا يخالف صراحة المادة (186) من قانون الأحوال الشخصية التي نصت على أن (الهبة للوارث ووارثه في حياته تأخذ حكم الوصية إلا فيما استهلكه الموهوب له في حياة الواهب حقيقة أو حكماً).

الوجه الخامس: إهدار اجتهاد المحكمة العليا لقسمة الإنسان لأمواله في أثناء حياته: مع أن اجتهاد المحكمة العليا قد أقر بإمكانية قسمة الشخص لأمواله في أثناء حياته، إلا أن هذا الاجتهاد جعل هذه القسمة موقوفة حتى لو كان الأولاد والورثة المحتملين قد قبضوا العطية أو الهبة في أثناء حياة مورثهم، وهذا يخالف قول جمهور الفقهاء الذين ذهبوا إلى أن العطية أو الهبة لازمة ونافذة في حالة قبضها، فإذا كانت هذه القسمة موقوفة على إجازة الورثة بعد وفاة مورثهم فما الفائدة من إقرار هذا القسمة أصلاً؟⁽¹⁾

الوجه السادس: الاجتهاد فتح باب النزاع والخلاف بين الورثة: حيث أن قسمة الشخص لماله في أثناء حياته كان الغرض منه خشية الشخص على ورثته من الخلاف على تقسيم التركة بعد موته لمبررات يعرفها الشخص المورث أكثر من غيره، وبالفعل تحدث بين الورثة نزاعات طويلة تصل إلى حد قتل الورثة لبعضهم، لأن الورثة في الغالب لاسيما المشاغيبون منهم يرفضون إجازة القسمة الذي تمت في أثناء حياة مورثهم، فبدلاً من أن يسهم اجتهاد المحكمة العليا في تخفيف منابع الخلاف فقد فتح باباً واسعاً للخلاف مع أن القضاء في اليمن يعاني من ظاهرة كثرة القضايا وقلة القضاة⁽²⁾.

إضافة إلى أن هذا الاجتهاد يقلقل المراكز القانونية للورثة التي كانت قد استقرت لفترة من الزمن وترتبت عليها حقوق وأثار شرعية وقانونية.

الوجه السابع: التقرير بان أية قسمة في أثناء حياة المورث وصية غير دقيق: فهناك قسمات تكون باطلة أو منعدمة تتم في أثناء حياة المورث ولا يطلق عليها وصية بالمفهوم الشرعي والقانوني ولا تلحقها الإجازة، إضافة إلى أن هناك فروق جوهرية بين الوصية والقسمة في أثناء حياة المورث، ومن هذه الفروق اختلاف أحكامهما وأثارهما⁽³⁾.

الوجه الثامن: مجافاة هذا الاجتهاد للفطرة والواقع: فالفطرة الإنسانية تجعل الأب والأم وهما المورث في الغالب أكثر الناس شفقة ورحمة واعلم بحال ورثتهما والغالب أنهم الأبناء، كما أن الشخص المورث أعرف بأمواله ومواضعها وقيمتها وأهميتها وجدوى المال بالنسبة لكل واحد من الورثة ومهارات وإمكانيات كل وراث وما يناسبه من المال، ومن هذه المنطلقات

(65) شحاته حسين، الهبة والوصية، ص 92.

(66) دراسة ميدانية قام بها الباحث بالاشتراك مع كل من القاضي محمد محمد الغشم، أمين عام مجلس القضاء الأعلى والقاضي شائف الشيباني، مسئول التأهيل والتدريب في النيابة العامة وقد تمت هذه الدراسة عام 2010م.

(67) أبو زهرة محمد، شرح قانون الوصية، ص 56.

يقوم الشخص في أثناء حياته بقسمة ماله على ورثته المحتملين, في حين أن هذا الاجتهاد القضائي قد طرح كل هذه الاعتبارات جانباً معتبراً أن أية قسمة تتم في أثناء حياة المورث تنطوي على حيلة.

خاتمة البحث

تتضمن هذه الخاتمة أهم نتائج البحث وتوصياته, وبيان ذلك على النحو الآتي:

أولاً: نتائج البحث:

من خلال استقراء البحث نستنتج الآتي:

- 1- قسمة الشخص لماله في أثناء حياته هي قيام الشخص نفسه بحصر أمواله وتثمينها ثم قسمتها في أثناء حياته على ورثته المحتملين.
- 2- يقوم الأشخاص بقسمة أموالهم في أثناء حياتهم خوفاً من حدوث الخلاف والتزاع بين الورثة بعد وفاتهم أو لغرض تعويض بعض الورثة إذا كانوا قد ساهموا في تنمية المال, كما قد يكون الهدف من ذلك الحيلة في بعض الأحيان.
- 3- قسمة الشخص لماله في أثناء حياته لها علاقة وثيقة ببعض التصرفات كالقسمة بعد الوفاة والعطية والهبة والوصية, وهذه العلاقة كانت السبب الرئيس في اختلاف العلماء المعاصرين في تكييف هذه القسمة وحكمها حسبما ورد في البحث, كما أن علاقة قسمة الشخص لماله بالتصرفات المشار إليها كانت سبباً في اضطراب المعالجة القانونية والاجتهاد القضائي بشأن هذا القسمة.
- 4- قسمة الشخص لماله في أثناء حياته تعد تصرفاً مستقلاً له أحكامه المستقلة التي تميزه عن التصرفات الأخرى وان كان اقرب ما يكون إلى العطية والهبة.
- 5- ظاهرة قسمة الأشخاص لأموالهم في أثناء حياتهم شاعت في العصر الحاضر ولذلك لم يتعرض لها الفقهاء المتقدمون باستثناء إشارات للأمام احمد بن حنبل وابن حجر الهيثمي.
- 6- اختلف العلماء المعاصرون في حكم قسمة الشخص لماله في أثناء حياته, وقد وردت أقوال هؤلاء العلماء في هذا الشأن قول كل عالم على حدة لا يجمعها جامع, حيث وردت هذه الأقوال في بعض الصحف والمجلات والفتاوى والمواقع الالكترونية, وقد قام الباحث بجمع هذه الآراء بحسب وجهتها في هذه المسألة, حيث تم جمع آراء الناهبين إلى المنع في قول والناهبين إلى الكراهة في قول والناهبين إلى جواز هذه القسمة على أساس قواعد الميراث في قول, وقد ذهب الباحث إلى ترجيح القول بجواز قسمة الشخص لماله في أثناء حياته على أساس العطية والهبة.
- 7- خلط قانون الأحوال الشخصية اليمني في معالجته لهذا الموضوع بين هذه القسمة والقسمة بعد وفاة المورث كما انه خلط بين هذه القسمة وكل من العطية والهبة والوصية حسبما هو مبين في موضعه من البحث.
- 8- نتيجة لاضطراب قانون الأحوال الشخصية في معالجته لهذا الموضوع فقد كان اجتهاد المحكمة العليا باليمن (محكمة النقض) مضطرباً أيضاً ومخالفاً إلى حد ما للفقهاء والقانون.

ثانياً: توصيات البحث:

من خلال استعراض البحث ونتائجه فإن الباحث يوصي بالآتي:

- 1- تعديل قانون الأحوال الشخصية باليمن لإزالة الغموض والخلط والاضطراب الحاصل في تنظيمه لهذا الموضوع, وننصح السلطة التشريعية باليمن باعتماد القول الذي توصل إليه الباحث وهو أن قسمة الشخص لماله في أثناء حياته يكون

عطية بالنسبة لأولاد الشخص ويكون هبة بالنسبة للورثة الآخرين المحتملين، وبناءً على ذلك نوصي بتعديل المادة (183) التي نصت على انه (تجب المساواة في الهبة والمشتبهات بها بين الأولاد وبين الورثة بحسب الفريضة الشرعية) بحيث تكون هذه المادة بعد التعديل (يجوز للشخص في أثناء حياته إذا كانت هناك مبررات قوية أن يقوم بتوزيع ماله كله أو بعضه على أولاده على سبيل العطية التي يتساوى فيها الأولاد وبحسب الفريضة الشرعية بالنسبة للورثة الآخرين المحتملين).

2- إلغاء المادة (186) من قانون الأحوال الشخصية التي نصت على أن (الهبة للوارث ووارثه في حياته تأخذ حكم الوصية إلا فيما استهلكه الموهوب له في حياة الواهب حقيقة أو حكماً) حتى لا تكون هذه المادة وليجة للحيلة وإحراج بقية الورثة في إجازتها بعد وفاة مورثهم، إضافة إلى أنها تخالف حديث وقاعدة (لا وصية لوارث) كما أن سوء فهم هذه المادة قد يفضي إلى تعطيل تصرفات أخرى منها القسمة في أثناء حياة المورث.

3- عقد لقاءات علمية وحلقات نقاش لقضاة الأحوال الشخصية والموثقين المتولين توثيق العقود والتصرفات والأمناء الشرعيين الذين يتولون تحرير وإنشاء العقود والتصرفات لمناقشة هذا الموضوع ومعرفة دقائقه وتفصيله وتوعيتهم بهذا الموضوع.

والحمد لله في البدء والختام والصلاة والسلام على سيدنا محمد بدر التمام وعلى اله الكرام

قائمة المراجع والمصادر:

- 1- ابن باز. عبد العزيز، حكم تقسيم التركة والإنسان على قيد الحياة، في الموقع الرسمي لابن باز، (<https://www.binbaz.org.sa>)
- 2- ابن حجر. شهاب الدين أبو الفضل العسقلاني المتوفى 852هـ، فتح الباري شرح صحيح البخاري، مكتبة ومطبعة البابي الحلبي مصر 1378هـ.
- 3- ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد المتوفى 456هـ، المُحَلَّى، مطبعة دار الاتحاد العربي 1387هـ.
- 4- ابن قدامة. عبد الله بن محمد المقدسي المتوفى 620هـ، المغني، دار عالم الكتب 1417هـ.
- 5- ابن مفلح . أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح المتوفى 884هـ، المبدع في شرع المقنع، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1418هـ.
- 6- ابن منظور. محمد بن مكرم بن علي بن منظور المتوفى 711هـ، لسان العرب، دار صادر بيروت، الطبعة الثالثة 1414هـ..
- 7- أبو زهرة. محمد، شرح قانون الوصية، المكتبة المصرية 1981م.
- 8- الأنصاري. زكريا بن محمد بن زكريا المتوفى 926هـ، أسنى المطالب، دار الكتب العلمية بيروت 1313هـ.
- 9- التهانوي. ظفر أحمد العثماني ، تحقيق: محمد تقي عثمانى، إعلاء السنن، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية – كراتشي 1418هـ.

- 10- جمعة . علي ود.عبد العزيز عزام ود.محمد المسير, توزيع تركة الأب قبل وفاته من الوجهة الشرعية, مقابلة مع كل من د.علي جمعة ود.عبد العزيز عزام ود.محمد المسير منشورة في الرابط www.ishaonlin.co.
- 11- الخليلي، أحمد أحمد، كتاب الفتاوي، وزارة التراث القومي سلطنة عمان 1422هـ.
- 12- الراغب الاصفهاني.أبو القاسم الحسين بن محمد المتوفى 502هـ، مفردات غريب القرآن، دار القلم بيروت، الطبعة الأولى 1412هـ.
- 13- سعد . أحمد ممدوح التسوية بين الأبناء والأقارب في الهبات والعطايا، ، منشور في الموقع الإلكتروني www.mangol.co
- 14- السستاني، علي، منشور في الموقع الإلكتروني مركز آل البيت للمعلومات شبكة النجف الأشرف.
- 15- السعوي، إبراهيم عبد المحسن، قسمة الإنسان ماله في حياته على ورثته، ، دار المنظومة 2017م.
- 16- شحاته . حسين، الهبة والوصية والميراث في ضوء الشريعة الإسلامية، مكتبة الكليات الأزهرية 2004م .
- 17- الشربيني. محمد بن أحمد الخطيب المتوفى 977هـ، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1415هـ.
- 18- صحيفة الخليج الإماراتية، توزيع الميراث قبل الوفاة مخالفة شرعية، مقابلة مع مجموعة من العلماء العدد (4152) السبت 2010/6/26م.
- 19- الطحاوي. أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك المتوفى 321هـ، شرح معاني الآثار، عالم الكتب، الأولى 1414هـ.
- 20- فتاوى اللجنة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب احمد بن عبد الرزاق الدرويش، دار المؤيد، الرياض السعودية، الطبعة الخامسة 1424هـ.
- 21- فراج، احمد فراج ، قسمة الأملاك الشائعة- دار الزهراء القاهرة 1998م.
- 22- الفيومي. أحمد بن محمد علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان، 1987م.
- 23- القرافي. ابو العباس احمد بن ادريس، المتوفى 684هـ، الفروق ، عالم الكتب القاهرة .
- 24- الكاساني. علاء الدين أبو بكر بن مسعود أحمد المتوفى 587هـ، بدائع الصنائع -المطبعة الجمالية 1328هـ.
- 25- الماوردي. أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، المتوفى 450هـ، الحاوي، تحقيق الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1419هـ.
- 26- المحكمة العليا، القواعد القضائية، العدد الأول، الجزء الثاني، المطبعة القضائية صنعاء 2004م.
- 27- مصباح. المتولي السيد حماد، التسوية بين الأبناء في العطية ، دار الطباعة المحمدية 1995م .
- 28- الهضابي. عبد الحميد، هل يجوز قسمة الميراث على الورثة في حياة المورث، بحث منشور في الرابط www.agvry.com
- 29- الهيثمي . أحمد بن محمد بن علي بن حجر/الهيثمي، أبو العباس المتوفى 974هـ، الفتاوى الفقهية الكبرى، المكتبة الإسلامية بدون طبعة وتاريخ نشر.

- 30- واصل . نصر فريد, فقه الموارث والوصية في الشريعة الإسلامية, المكتبة التوفيقية 1986 م.
- 31- وزارة الشؤون القانونية, القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002م, مطابع دائرة التوجيه المعنوي صنعاء, أبريل 2002 م.
- 32- وزارة الشؤون القانونية, قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته رقم (20) لسنة 1992 م, مطابع دائرة التوجيه المعنوي صنعاء, فبراير 2006 م.

المواطنة ونظام الكوتا الانتخابية في الدستور والقانون المصري " دراسة تحليلية "

د. هشام عبد السيد الصافي محمد بدر الدين، جامعة حلوان

ملخص:

اعتبارات عديدة ومستجدات متنوعة هي الدافع وراء ظهور المواطنة، وما يرتبط بها من مفاهيم وموضوعات عديدة تتعلق بحقوق الإنسان في وطنه ليكون في القلب من السجلات الفكرية والعلمية والسياسية على الصعيد العالمي والعربي والمصري. الكلمات المفتاحية: المواطنة - المساواة - عدم التمييز - الانتخابات - الكوتا .

Abstract:

Various considerations and developments are the motivation behind the emergence of the principle of citizenship, and the associated concepts and many issues related to human rights in the homeland to be at the heart of intellectual, scientific and political debates on the global, Arab and Egyptian.

مقدمة:

تعتبر "المواطنة" من أكثر المفاهيم والمصطلحات تداولاً في الكتابات السياسية والقانونية، فمختلف مجالات النشاط الإنساني تدور وجود أو عدما، وترتبط بشكل عضوي بمفهوم "المواطنة"، حيث ظهر مفهوم المواطنة كضمان لحقوق الأفراد والجماعات داخل إطار الدولة، كما يعين الواجبات والالتزامات التي يضطلع بها المواطن والجماعات في ظل اكتساب صفة المواطنة، وقد حاز هذا المفهوم اهتماماً بالغاً من الفلاسفة والمفكرين وفقهاء السياسة والقانون، الذين نادوا وتبنوا إعلاء شأن الإنسان ككائن سياسي، فالوطن الواحد يبقى وطناً حقيقياً للجميع، رجالاً ونساءً، أغنياء وفقراء، متعلمين وجهلة، أصحاء ومرضى، صغار وكباراً، يتمتع فيه الجميع بالمساواة في الحقوق والواجبات دون أدنى تمييز قائم بسبب الدين أو الجنس أو اللون أو المستوى الاقتصادي أو الانتماء السياسي أو الموقف الفكري، فالمواطنة ترتكز على أربع قيم محورية هي المساواة - الحرية - المشاركة - المسؤولية الاجتماعية.

أهمية البحث: يتناول هذا البحث الإطار النظري لمبدأ المواطنة ومدى تعارض أو تطابق نظام الكوتا الانتخابية مع هذا المبدأ الدستوري المستقر، فدانما ما تثير الكوتا الانتخابية جدلاً واسعاً داخل الأوساط القانونية بين مؤيد ومعارض لها، فالبعض يري أنها تتفق مع المبادئ الدستورية، وبالتالي غير مخالفة للدستور؛ بينما يري جانب آخر أنها تخل بأهم المبادئ الدستورية خصوصاً مبدأي المساواة بين المواطنين وعدم التمييز، وتسعي الدراسة لإلقاء الضوء عن مدى تأثير الكوتا الانتخابية على مبدأ المواطنة محاولين في ذلك التعرض بشكل مفصل لنظام الكوتا الانتخابية الوارد في الدساتير المصرية، منتهين بالدستور الحالي المعدل في عام 2014، ملقين الضوء على ما يمكن أن يحدثه نظام الكوتا الانتخابية من تضارب وتعارض في فهم نصوص الدستور الحالي وأحكام المحكمة الدستورية العليا.

إشكالية البحث: يحاول هذا البحث لقاء نظرة على مبدأ المواطنة من حيث الماهية والتطور التاريخي لذلك المبدأ محاولاً التأسيس القانوني والقضائي لهذا المبدأ، ثم التطرق لبيان فكرة الكوتا الانتخابية كنظام قرر لصالح دعم فئات معينة مهمشة في المجتمع، وما إذا كان هذا النظام يتعارض مع مفهوم مبدأ المواطنة، ومن ثم يخل بمبدأ المساواة بين المواطنين في الحقوق والواجبات، ومبدأ عدم التمييز أم لا؟

أهداف البحث: يهدف البحث لبيان مفهوم المواطنة، مع بيان مفهوم الكوتا الانتخابية في الفقه، والدستور والقانون المصري، مع اظهار موقف القضاء منهما، والتركيز عما إذا كان هناك تلاق وتوافق أم اختلاف وتعارض بينهما.

منهج البحث: اقتضت دراستي هذه اتباع عدد من المناهج البحثية منها المنهج التاريخي: للوقوف على التطور التاريخي لمفهوم المواطنة علي مر التاريخ الإنساني، ولنظام الكوتا الانتخابية في مصر، والمنهج التحليلي: للتركيز على شرح آراء الفقهاء المختلفة والمتباينة حول مفهوم المواطنة والكوتا الانتخابية، ومدى اتفاق الكوتا الانتخابية مع القيمة والركيزة الأساسية للمواطنة وهي مبدأي المساواة وعدم التمييز، وذلك في إطار النصوص الدستورية والقانونية المختلفة، والمنهج التطبيقي: وانتهينا بإنزال أحكام المحكمة الدستورية العليا، والدراسة الواقعية لتاريخ الكوتا المصرية، علي موضوع الدراسة واستخلاص نتائج الدراسة من ذلك الجانب التطبيقي.

خطة البحث:

أضحت المواطنة مجال البحث الرئيسي في أغلب العلوم الاجتماعية، خصوصاً مع تنامي الوعي لدي مواطني دول العالم بمفهوم حقوق الإنسان وحرياته، وبالطبع كان مبدأي المساواة وعدم التمييز بين المواطنين من المبادئ الحاكمة لمعيار تمتع المواطن بحقوقه وحرياته، ويتناول البحث الكوتا كوسيلة لمساعدة بعض الفئات المهمشة في المجتمع في نيل حق الترشح الانتخابي على

المقاعد الانتخابية مع ضمان نجاح نسبة منهم، وسنحاول توضيح هذه الوسيلة واستخدامها الدستوري والقانوني في ظل مبدأ المواطنة في ثلاثة كالاتي:

المبحث الأول: ماهية المواطنة.

المبحث الثاني: الإشكالية القانونية للكوثا الانتخابية في ظل المواطنة.

المبحث الثالث: أثر الكوثة الانتخابية على مبدأ المواطنة.

المبحث الأول

ماهية المواطنة

تمهيد وتقسيم:

تكتسب المواطنة قيمتها من خلال الرأي الجمعي لجماعة تتولد من خلال ظروف حياتية لهذه الجماعة وتكون مقبولة ومعترف بها، حيث تكون هناك قيم أخلاقية وثقافة يشترك فيها جميع المواطنين، فهناك ثمة ترابط قوى بين المواطنة بجناحها الحقوق والواجبات وبين فكرة الولاء والانتماء الذي تحرص كافة المجتمعات بمختلف أنماطها على غرسها لدى أبنائها، وفي كل الأحوال يصعب الحديث عن مواطنة صالحة إيجابية إلا إذا كانت هناك حقوق مدنية وسياسية واقتصادية واجتماعية يكفلها الدستور، ويتم ممارستها على أرض الواقع⁽¹⁾.

وبناء عليه سيتم تقسيم المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: التطور التاريخي لمفهوم المواطنة.

المطلب الثاني: المفهوم اللغوي والفهمي للمواطنة.

المطلب الثالث: مفهوم المواطنة في الدستور وأحكام القضاء الدستوري.

المطلب الأول: التطور التاريخي لمفهوم المواطنة

لا ريب أن مفهوم المواطنة هو نتاج تحولات مجتمعية مرتبطة بمراحل تاريخية في الحضارة الإنسانية؛ إلا أن ظهورها بمفهومها الحالي اقترن بظهور الدولة بمفهومها الحديث، والذي يقوم على سيادة الحكم والمشاركة السياسية الكاملة في ظل دولة المؤسسات، وستلقي الضوء في عجالة عن المفاهيم التاريخية لمبدأ المواطنة.

أولاً: المواطنة عند اليونان: لا شك أن الإغريق القدامى يرجع إليهم الفضل في وضع المفاهيم الأولى للفكر السياسي الحديث والمعاصر، مثل الحرية والعدالة والحكومة الدستورية واحترام القوانين، والتنظيم السياسي الذي ساد لديهم هو المعروف باسم دولة المدينة والتي كان يسكنها ثلاثة طبقات أو فئات اجتماعية متباينة الطبقة الأولى: كانت تتكون من العبيد والعمال الحرفيين – وعلمهم يقوم النشاط الاقتصادي – ويمثل عددهم الثلث تقريبا من تعداد مدينة أثينا وكانوا محرومين من صفة

(1) أ. رضا عطية إبراهيم: المواطنة والانتماء وأثرهما على الدولة والمجتمع والأسرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مكتبة الأسرة، 2006، ص 9.

المواطنة وحقوقها، وبالتالي من ممارسة أي نشاط سياسي، والطبقة الثانية: وهم الأجانب المقيمون في المدينة، وتفاوتت نسبتهم العددية إلى مجموع سكان المدينة حسب طبيعة النشاط الاقتصادي في المدينة، وعلي الرغم من كون الأجانب أحرار ويتمتعون بقدر من المكانة الاجتماعية، إلا أنهم كانوا محرومين من ممارسة النشاط السياسي، والطبقة الثالثة: المواطنون الذين يحتكرون معظم مزايا صفة المواطنة وهم الذكور الاحرار البالغين عشرين عاما وما فوق ذلك⁽¹⁾.

وعلي ذلك كانت تنحصر صفة المواطنة فيما يمثل سدس المجتمع اللاتيني، كما أن المواطنة لديهم لم تكن مثل ما هو متعارف عليه الآن بمعناها الحديث، فلم تكفل للفرد حرية العبادة مثلا، وإنما كان علي المواطن أن يدين بدين الدولة، فكانت المواطنة في أئينا محدودة ومشروطة إلا أنها سابقة لغيرها من الحضارات الإنسانية⁽²⁾، فكان المواطنين الأحرار لهم جميعا نفس الحقوق سواء كانوا فقراء أو أغنياء، ناهين أم خاملين فلهم جميعا حق الكلام في الجمعية العامة التي تحكم الدولة من خلالها، ولهم حق الترشح للوظائف العامة، وحق تولي منصب القضاء، ولم يكن لأحد علي الآخر حق الصدارة في الأعياد العامة وذلك باستثناء الحكام⁽³⁾.

وهو الطرح الذي طرحه أرسطو فيما بعد لمفهوم المواطنة مستفيدا من التجربة اليونانية، حيث كان يري أن المواطن هو من يقوم بممارسة السلطة السياسية ويقوم بمشاركة سياسية مباشرة، واشترط ارسطو أن يكون عدد المواطنين محدودا وحصصهم في الذكور المولودين لأب وأم مواطنين البالغين سن القيد المدني القادرين علي إعالة تابعيهم، والمواطن في وجهة نظره يجب أن يتحرر من أعباء الحياة اليومية، والمهام الإنتاجية اليدوية، وبالتالي فهو يخرج من عداد العمال والفنيين وغيرهم مؤكدا أن هؤلاء لديهم القدرة علي الطاعة فقط، ولكن ليس لديهم المقدره علي القيادة واتخاذ القرار، بينما المواطن يجب أن يكون قادرا علي الطاعة والقيادة واتخاذ القرارات في آن واحد⁽⁴⁾.

المواطنة عند الرومان: بعد انهيار دولة المدينة التي كانت في عهد اليونان تطور مفهوم المواطنة فأصبحت لا تكتسب بالميلاد فقط بل أصبح من الممكن اكتسابها في عدة مدن في وقت واحد بل وأصبح من المستطاع أن تمنح المدينة عضويتها لسكان مدينة أخرى بأسرها، فلم يعد هناك ما يبرر امتياز جنس علي غيره من الأجناس، مما يؤدي إلي تفرقة الناس إلي جماعات وطوائف، ولم يعد الانسان في ذلك التصور فردا مميزا وإنما مجرد شخص كسائر الأشخاص ضمن جماعة من المخلوقات البشرية، فقد انتقل الفكر السياسي الروماني بالمواطنة من فكرة المدينة إلي فكرة الإمبراطورية، ومن المواطنة علي نطاق ضيق إلي المواطنة العالمية، فقام الرومان بالقضاء علي النزاعات الداخلية وعلي التفرقة العنصرية بين الأفراد ووضعوا مبدأ مساواة جميع الأفراد أمام القانون، وكانت المواطنة تمنح للمواطنين بالوراثة أو بمنحه من الإمبراطور أو الحاكم⁽⁵⁾.

(1) راجع:

Barker Ernest: Greek political theory-plato and his predecessors- Published by Methuen - Barnes & Noble, London, 2015, p.78.

د. قايد دياب: المواطنة والعمولة تساؤل الزمن الصعب، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، ط1، 2007، ص15، 16.

(2) د. أحمد محمد محمد إسماعيل: الحماية الجنائية لحقوق المواطنة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق حلوان، 2012، ص13.

(3) د. قايد دياب، مرجع سابق، ص17.

(4) أ. رضا عطية إبراهيم، مرجع سابق، ص20.

(5) راجع:

Dahl(Robert):On Democracy-New York-Yale university press ; 1 edition August 11, 2000,p18.

د. قايد دياب، مرجع سابق، ص21، وما بعدها.

المسيحية والمواطنة: تنظر المسيحية للمواطنة بشكل توازني فهي ترفض الفردية الجامحة من ناحية- والشمولية الطاغية من ناحية أخرى، فهي تري أن الفرد هو الحقيقة الأساسية والمجتمع ما هو إلا حشد من الذرات الفردية، فأى تنظيم هنا يجب أن تكون غايته مصلحة الفرد قبل كل شيء؛ إضافة إلي أن المجتمع هو الحقيقة التي تستوعب الأفراد وتستخدمهم كأجزاء آلات التي لا يملك أي منهما إرادة حرة، فالإنسان لا تتحقق طبيعته إلا من خلال رابطة علاقة مع أشخاص آخرين متحدين معه في الجوهر والطبيعة مع وجود تمايز بين كل من أعضاء هذا الجسم الواحد⁽¹⁾.

فالمسيحية كدين سماوي هدفه كان خلاص الإنسان وهدايته، ولا تملك فلسفة سياسية مقصود بها إصلاح نظام الحكم وتحديد حقوق الأفراد وواجباتهم، إلا أنها لها دور إيجابي ولو بشكل غير مباشر في صياغة وتطوير مفهوم المواطنة حيث سجلت أول صرخة لتحرير الإنسان من ربة العبودية لاستبداد الحكام واختلاط السلطة بأشخاصهم حيث نادى بترك ما لقيصر لقيصر، وما لله لله، فدعت للفصل بين علاقة المواطن بالسلطة، وعلاقته بخالقه فكان ذلك إقرارا لحرية العقيدة، واحترام السلطة الدنيوية ما لم تخرج علي القوانين الإلهية، وإلا حق للأفراد عدم طاعتها، وإن كل سلطة لا تمارس في سبيل الخير والعدل تفقد كل أساس، فجاءت المسيحية لتوقظ القيم الروحية داخل الإنسان تلك القيم التي هي أساس فكرة المواطنة فدعت المسيحية لإقامة العدل بين الناس، والرحمة والبر والإحسان بيني الإنسان، والمساواة بين البشر بصرف النظر عن أوضاعهم الاجتماعية، فالإنسان في ذاته جدير بالاحترام باعتباره إنسانا لا أكثر. فالناس جميعا من خلق الله لا فرق بينهم، وإليه يرجعون حيث يحاسبون عن أعمالهم الدنيوية⁽²⁾.

الإسلام والمواطنة: الإنسان في الرؤية الإسلامية هو مناط التكريم الإلهي والخطاب الديني موجه إلي عموم الناس دون تفضيل أحد علي أحد إلا بالتقوى فقال تعالي " وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا"⁽³⁾، وقال تعالي " يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۗ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ تَقْوَاهُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ"⁽⁴⁾.

وضعت الدولة الإسلامية فلسفة المواطنة في الممارسة والتطبيق في المواثيق والعهود وذلك منذ اللحظة الأولى لقيام الدولة الإسلامية في السنة الأولى من الهجرة مع وضع دستور المدينة ليحكم أمة قائمة على التعددية الدينية والعرقية مقررا منذ اللحظة الأولى المساواة في الحقوق والواجبات بين مواطني المدينة بغض النظر عن دين كل منهم، فجاء بوثيقة المدينة " أن اليهود أمة مع المؤمنين، لليهود دينهم وللمسلمين دينهم، وإن لهم النصر والأسوة مع البر من أهل هذه الصحيفة ينفقون مع المؤمنين مادام محاربين .. على اليهود نفقتهم وعلى المسلمين نفقتهم وأن بينهم النصر على من حارب أهل هذه الصحيفة وإن بينهم النصح والنصيحة والبر دون الأثم وإن ما كان بين أهل هذه الصحيفة من اشتجار يخاف فساده فمرجهه إلي الله وإلى رسوله"، وهكذا تأسست المواطنة في ظل المرجعية الإسلامية منذ اللحظة الأولى⁽⁵⁾.

(1) د. وليم سليمان قلادة: المواطنة المصرية حركة المحكومين نحو المساواة والمشاركة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مكتبة الأسرة، 2015، ص 91، 92.

(2) راجع في تفاصيل ذلك أ. جان توشار وآخرين: تاريخ الفكر السياسي، ترجمة د. علي مقلد، الدار العالمية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط2، 1983، ص 84، وما بعدها.

(3) سورة الإسراء: الآية: 70.

(4) سورة الحجرات: الآية: 13.

(5) راجع في تفاصيل ذلك د. محمد عمارة: المواطنة، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، العدد(17)، 2010، ص 721، وما بعدها.

فوثيقة المدينة احتوت علي جوهر مبدأ المواطنة القائمة على الاعتراف بالتعددية، وإقرار حرية المعتقد ومنع العدوان عليه والممارسات المرتبطة به، والشراكة والمساواة في الحقوق والواجبات المعنوية والمادية بين مختلف الفئات العقائدية، وعضوية الانتماء إلى الجماعة السياسية القائمة على مبدأ التناصر⁽¹⁾.

المواطنة في أوروبا في العصور الوسطى: كان النظام السياسي السائد في أوروبا في العصور الوسطى يقوم على تقسيم المجتمع إلى طبقة الإقطاعيين التي تمتلك الأرض الزراعية والممتلكات العينية هذه الطبقة لها كل المزايا، وطبقة العبيد الذين يقومون بخدمتهم، وهذا الواقع لم يلق قبولا لدى فلاسفة هذه الحقبة الزمنية مثل "توماس هوبز، وجوك لوك، وجاك روسو"، فحاولوا وضع فكرة العقد الاجتماعي كشكل من أشكال الاتفاق بين الأفراد يدعون مواطنين وسلطة الدولة باعتبارهم مساهمين في السلطة السياسية إذا كانوا في حالة فاعلة، ومؤثرة ومشاركة في ديناميكية هذه السلطة، ولكنهم إذا تنازلوا عن الفعل والتأثير والمشاركة واذعنوا للسلطة فإنهم يصبحون رعايا، وتوالت المساهمات الفكرية التي صبغت في مجملها في جعل المواطن هو موضوع الخطاب والفعل السياسي في إطار القانون الذي ينظم حقوق وأفعال هذا المواطن في المجال السياسي داخل الوطن الواحد⁽²⁾.

المواطنة في الفكر القومي: ظهرت المواطنة بمفهومها الحديث في طيات الدولة القومية حيث أصبحت الدول والشعوب تتشكل علي أساس قومي وشعبي مبني على وحدة الأرض والتجربة التاريخية والثقافية فأصبح للمواطنة حدود إقليمية ووطنية للانتماء والمشاركة وسبل المساواة والعدالة وحقوق منصوص عليها يلتزم بها الحكام ويتمتع بها المواطنون، فخلقت القومية رباطا مشتركا بين الوطن والمواطنين يتمثل في المشاعر الوطنية والفعل والعمل السياسي والأهداف المشتركة والمسئولية الجماعية، وبالتالي تنعكس أي تغييرات تحدث في الدولة القومية علي حدود المواطنة، فإذا حدث داخل الدولة انقسامات وانفصاليات تراجعت حدود المواطنة، وإذا توسعت الدولة القومية ومدت حدودها اتسع نطاق المواطنة ليشكل مواطنة مطابقة لحدود القومية الحديثة⁽³⁾.

الثورة الفرنسية والمواطنة: جاءت الثورة الفرنسية لترسخ لمفهوم الدولة القومية ولكن في ظل طرح فكر المساواة بين المواطنين فقد كانت الدولة القومية قبلها تقوم على الفوارق الطبقيّة الكبيرة والامتيازات التي لا يتمتع بها إلا فئات محددة في المجتمع وعدم انتشار التعليم، فجاءت الثورة ضد البرجوازية الملكية، متمردة على الاستبداد الملكي، كما أن انتماء وهوية المواطن قبل الثورة كانت تتحدد بالانتماء لهذه المقاطعة أو تلك لا إلي فرنسا، كما كان للإقطاع قبلها حق التصرف في أرزاق الناس، ومصادرة الإرث فجاءت الثورة لترفع شعار الحرية والإخاء والمساواة موسعة لفكرة المواطنة وحدودها بشكل غير مسبوق، مما ساعدها فعليا في مقاومة كل محاولات الروس والإنجليز والنمساويين في إعادة النظام الملكي⁽⁴⁾.

القرن التاسع عشر ومضمون جديد للمواطنة: تميز القرن التاسع عشر بسيادة مفهومين سياسيين كان لهما أبلغ الأثر على مفهوم المواطنة الموجود حاليا في مختلف دول العالم علي اختلاف ثقافتهم، المفهوم الأول هو الليبرالية: وهو مصطلح مشتق

(1) د. جاسم الشيخ زيني: الإسلاميون ومقتضيات المواطنة، مجلة المنتدى، العراق، عدد(4)، 2009، ص259، د. علي محمد مصطفى ديهوم: الإنسان وقضايا المواطنة رؤية إسلامية، مجلة العلوم الإنسانية والتطبيقية، كلية العلوم الإنسانية والتطبيقية، الجامعة الإسلامية، زلتين، ليبيا، عدد(27)، 2015، ص459.

(2) أ. حنان كمال عبد الغني أبو سكين: المواطنة والإصلاح السياسي دراسة النظام السياسي المصري (2003- 2008) رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 2009، ص24، 25.

(3) راجع د. أحمد محمد محمد إسماعيل، مرجع سابق، ص15، وما بعدها.

(4) أ. حنان كمال عبد الغني أبو سكين، مرجع سابق، ص26.

من الكلمة اللاتينية liber بمعنى حر والليبرالية تقوم علي أساس أن كل فرد يتمتع بمجموعة من الحريات الطبيعية (أو الحقوق الطبيعية) التي ترتبط بوصفة إنسان، وأن الغرض الرئيسي للسلطة السياسية هو حماية هذه الحقوق فقط، وليس لها أن تتدخل في نشاط الأفراد إلا بقدر محدود، وإلا اعتبرت متجاوزة لحدودها وفقدت طاعة الناس لها؛ والمفهوم الثاني الاشتراكية: جاء هذه المفهوم نتيجة نشأة الرأسمالية وتوحشها في ظل مفهوم الليبرالية فجاءت الرأسمالية مستغلة العمال أبشع استغلال دون إعطائهم أي حقوق، فجاءت الاشتراكية مطالبة بتدخل الدولة في نشاط الأفراد، فهي تري أن حماية حقوق الأفراد لا يمكن تحقيقها بطريقة مرضية إلا بتدخل الدولة، ولا يصح ترك أوجه النشاط المختلفة للأفراد، وهو ما ساعد علي ظهور حقوق جديدة تخالف في جوهرها - إن لم تكن تناقض الحقوق والحريات التقليدية مثل حق العمل وما يرتبط معه من حقوق كالحق في التأمين ضد المرض، والعجز والشيخوخة وغير ذلك من الحقوق المسماة بالحقوق الاجتماعية، ولا شك أن هذه الحقوق الجديدة تضمنت التزامات تقع علي عاتق السلطة في مواجهة الأفراد علي خلاف الحقوق التقليدية التي تفرض علي السلطة مجرد حمايتها ومنع الاعتداء عليها⁽¹⁾.

الفكر الحديث والمواطنة: تقوم المواطنة في الفكر الحديث على أساس دولة القانون التي يتساوى أمامه مواطنوها، وهي الدولة التي يسودها السلام الاجتماعي لأنها تتيح الفرص المتساوية لجميع مواطنيها وتوسع خياراتهم وتفتح آفاقهم، فهي تعبير عن رابطة بين الفرد والحكومة تفرض مجموعة من الحقوق والواجبات كمنظومة متكاملة لا تعرف الفصل ولا التفكيك⁽²⁾.

نخلص من ذلك أن فكرة المواطنة دارت دورة كاملة بدأت هذه الدورة مع التشكل الجنيني لمتغير المواطنة في دولة المدينة الإغريقية والرومانية، ثم تابع المتغير تطوره واكتماله عبر المراحل التاريخية المتتابعة، وبلغ قمة نضجه مع تأسيس الدولة القومية التي تولت في حالة تطورها واكتمال بنيتها رعاية حقوق وواجبات المواطنة⁽³⁾.

المطلب الثاني: المفهوم اللغوي والفكري للمواطنة

تعد المفاهيم هي الأدوات الضرورية لفهم الواقع وتصوره، وتحمل اللغة والمفاهيم أهمية بالغة في كل العلوم ففكر وفلسفة وممارسة: وبالنظر في مفهوم المواطنة نجده محل التباس في ذاته ومتغير الدلالة حسب الرؤي والايديولوجيات، فقد احتلت قضية المواطنة مساحة كبيرة في الدراسات السياسية والاجتماعية والتربوية والقانونية والتنظيمية، ولقد ترتب على تعدد أوجه الدراسات التي تناولت تلك القضية تعدد في مفهوم المواطنة ومكوناتها ومخرجاتها، وسنحاول القاء الضوء على المفاهيم المختلفة للمواطنة فيما يلي.

المفهوم اللغوي للمواطنة: الوطن هو: مكان الولادة حيث يأخذ الإنسان منه أصوله وجنسيته، وهو يبقي منزل إقامة الإنسان الثابت ولد فيه أم لم يولد، وواطن: صيغة فاعل، وهو فعل المزيد، يدل على حالة المشاركة في الوطن نفسه، والمواطن: هو

(1) راجع في تفاصيل ذلك د. قايد دياب، مرجع سابق، ص 65، وما بعدها.

(2) د. دينا محمد حسن وفا: دور المواطن في مراقبة الجهاز الإداري في مصر تجارب من الخبرات الدولية (التجربة الأمريكية والبريطانية)، دار النهضة العربية، 2010، ص 11.

(3) د. علي ليلة: المواطنة بين السياق القومي والعالمي، مجلة الديمقراطية، وكالة الأهرام، مصر، عدد(33)، يناير 2009، ص 39.

الإنسان الذي نشأ معك في وطن واحد أو الذي يقيم معك فيه، والمواطنة: الاشتراك في الحياة بتعاقب الأجيال على بقعة جغرافية محددة ضمن ظروف ومعايير ومغبرات مستمرة⁽¹⁾.

ويلاحظ أن كلمة وطن في اللغة العربية لم تستعمل بمعنى الدولة إلا في العصر الحديث، فالوطن في اللغة هو المنزل، وأخذ مع التطور يطلق لفظ الوطن على البلاد أو الديار، ويرجع ذلك لأسباب تاريخية تتعلق بفكرة الخلافة والإمبراطورية العثمانية، والتي كان لا يقبل فيها أن يكون هناك بلد تابعة للسلطان أو الخليفة لها سمات تميزه عن غيره، أو أن تكون المواطنة فيه أساس اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ثم تطورت الفكرة حتى وصلت لما هي عليه الآن من أن فكرة الانتساب للوطن هي الأساس في انشاء الحق أو تقرير حمايته⁽²⁾.

أصل كلمة مواطنة باللغة الانجليزية citizenship تنحدر من أصول لاتينية سجد أنها تنحدر من أصول لاتينية بمعنى الفرد الذي يشارك في الشئون المدنية، ولذلك نادى فكرة المواطنة بتحمل كل شخص المسؤولية السياسية، ودافعت بالتالي عن التنظيم الإداري للحياة المجتمعية ضد كل أنواع المنطق غير السياسي، فالمواطن هو عضو في بلد أو شعب وهو ابن البلد الأصلي أو مكتسب الجنسية لبلد أو دولة، ويتسم بالولاء والإخلاص والطاعة لحكومته ويخضع لحمايتها⁽³⁾.

وباستعراض المفهوم اللغوي للمواطنة في اللغتين العربية والإنجليزية يتضح أن المفهومين يقتربان من بعضهما البعض فكلاهما يرتبط بفكرة الوطنية ذات الأهمية المركزية في العمل المشترك بين جميع المواطنين من أجل النهضة الحضارية ومن أجل الاندماج الوطني، وبناء الدولة باعتبارها مؤسسة مستقلة عمن يحكمها ويتساوى جميع المواطنين في القرب والبعد منها، ويتمتعون جميعاً بحقوق مدنية وسياسية واجتماعية، كما يتحملون واجبات متساوية دون تمييز⁽⁴⁾.

المفهوم الفقهي للمواطنة: عرف البعض المواطنة بأنها "وضعية مشروعة تحدد عن طريق قوانين كل دولة الحقوق والواجبات التي تكون متساوية لكل المواطنين، دون تمييز بسبب اعتبارات تتعلق بمكان الميلاد أو الإقامة أو النوع أو الاعتقاد أو العرق"⁽⁵⁾، وعرفها البعض بأنها "علاقة بين شخص طبيعي ومجتمع سياسي يعرف بالدولة، وبها يدين الأول بالولاء والثاني بالحماية، وهذه العلاقة بين الفرد والدولة تتقرر بواسطة القانون الوطني، ويعترف بها بواسطة قانون الأمم، فهي إذا تحدد وضع المواطن في مجتمع قائم على سيادة القانون ومبادئ المساواة، وتنطبق المواطنة على الشخص الطبيعي الذي يتم منحه كافة الحقوق

(1) أ. محمد أحمد درويش: العولمة والمواطنة والانتماء الوطني، عالم الكتب، ط1، 2009، ص143، د. محمود علي أحمد مدني: دور المحكمة الدستورية العليا في استجلاء المفاهيم الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني المصري "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، حقوق حلوان، 2015، ص67.

وقد جاء في المعجم الوجيز: أن (وطن) بالمكان-(يطن) وطناً: أقام به. (أوطن) البلد: اتخذته وطناً. (واطنه) على الأمر: وافقه عليه. و-القوم: عاش معهم في وطن واحد. (وطن) نفسه على الأمر، وله: حملها عليه، (توطن): أقام. ويقال: توطنت نفسه على الشيء: تهيأت له وتمهدت. والأرض، وبها: اتخذها وطناً. (استوطن) البلد: توطنه. (الموطن): كل مكان أقام به الإنسان، والجمع مواطن. (الوطن): مكان إقامة الإنسان ومقره، ولد به أم لم يولد، والجمع أوطان. راجع في ذلك المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم المصرية، 2002، ص674.

(2) د. أحمد محمد إسماعيل، مرجع سابق، ص36.

(3) أ. ألان تورين: ما هي الديمقراطية؟ حكم الأثرية أم ضمانات الأقلية؟، ترجمة أ. حسن قبيسي، دار الساق، بيروت، لبنان، ط2، 2001، ص14، أ. محمد أحمد درويش، مرجع سابق، ص143، 144.

(4) د. علي ليلة، مرجع سابق، ص40.

(5) راجع:

السياسية والمدنية بالدولة دون الشخص الاعتباري⁽¹⁾، فالمواطن يأخذ جذوره من الوطن في أوسع معانيه، الذي يمنح المنتهي إليه الإقامة والحماية والتعليم والاستشفاء والحرية وحق الحكم والتوجيه، وتلك الحقوق يوفرها الوطن للمواطن. ويلتقي المفهوم الأسى للمواطن مع المفهوم الاسمي للإنسان، لينتقل مفهوم المواطن إلى مفهوم أشمل وهو المواطنة، فتصبح المواطنة إنسانية مضافا إليها التعلق بشخص آخر يشاركه الوطن ويقتسم معه مضامين الوطن والمواطنة، فالمواطنة مفاعلة بين اثنين (الذين يصبحون عشرات أو مئات الملايين) يتفاعلون حول الوطن⁽²⁾.

وقد عرفتها دائرة المعارف البريطانية بأنها "علاقة بين فرد ودولة كما يحددها قانون تلك الدولة، وبما تتضمنه تلك العلاقة من حقوق يتمتع بها وواجبات يلتزم بها انطلاقا من انتمائه إلى الوطن الذي يفرض عليه ذلك"⁽³⁾، وعرفها البعض بأنها "السعي إلى المساواة والمطالبة بالعدل والأنصاف بالنسبة لجميع من يحمل جنسية الدولة"⁽⁴⁾، وجانب آخر عرفها بأنها "حق الشخص بالاشتراك في تسيير المجتمع تسييرا مباشرا أو غير مباشر"⁽⁵⁾، وقد عرفها جانب آخر بأنها "التعبير عن حركة الإنسان اليومية مشاركا ومناضلا، من أجل الحصول على حقوقه بأبعاده المدنية والاجتماعية والثقافية دون تمييز لأي سبب، واندماج هذا المواطن في العملية الإنتاجية بما يتيح له اقتسام الموارد في إطار الوطن الواحد الذي يعيش فيه الآخرين"⁽⁶⁾، وعرفها البعض بأنها "تعبير عن التعلق والارتباط الروحي والنفسي القائم بين الفرد وبين وطنه ومواطنيه الذين تربطهم به علاقات وروابط لغوية وثقافية وروحية واجتماعية واقتصادية وسياسية، ويقدر هذا التعلق والارتباط يكون اخلاص المواطن لوطنه وقيامه بواجباته ومسئوليته نحوه وتضحيته في سبيله وحبه وولائه له"⁽⁷⁾.

ويرى البعض أن مصطلح المواطنة جاء كنتيجة لعلمنة الدولة وتنحية الدين جانبا في العالم الغربي عقب الثورة الفرنسية، وتغليب مفاهيم بديلة تنكر الدين وتعلي من قيمة الجنسية والتراب الوطني، والاعتزاز به أكثر من غيره، والانتماء إلى تراثه التاريخي وعاداته وثقافته ولغته، والتي شكلت نسيجها يحيط بالوطن حتى حولته إلى رمز يوالي فيه ويعادي عليه، ومنه تستنبط القيم والسلوك والعادات، وعلى أساسه تحدد الحقوق والواجبات بعيدا عن الدين أو أي موروث فقهي أو ثقافي يعارض هذه الفكرة⁽⁸⁾.

(1) أ. حنان كمال أبو الغنى أبو سكين، مرجع سابق، ص 15، د. علي محمد مصطفى دهبوم، مرجع سابق، ص 451.

(2) د. دينا محمد حسن وفا، المواطنة الفعالة كمدخل لتحسين الأداء في الجهاز الحكومي: مع التطبيق على الحالة المصرية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 2010، ص 4.

(3) د. هند خالد الخليفة: الأطفال والمواطنة بعض المتغيرات الثقافية في التربية الوطنية، مجلة الطفولة والتنمية، مصر، عدد(18)، أكتوبر 2011، ص 222، أ. محمد إبراهيم مبروك: إشكالية المواطنة بين الليبراليين والإسلاميين، التقرير الاستراتيجي الصادر عن مجلة البيان " بعنوان: واقع الأمة بين الثورات والمراحل الانتقالية"، الرياض، السعودية، 2013، ص 41

(4) د. دينا محمد حسن وفا، مرجع سابق، ص 4.

(5) أ. ألان تورين، مرجع سابق، ص 95.

(6) ويرى ذلك الجانب أن المواطنة بأبعادها ومفهومها الحالي لم تتكون كلها في وقت واحد بل مرة بعدة مراحل هي: 1- المساواة أمام القانون فيما يعرف بمسعى المواطنة المدنية، "civil citizenship"، 2- التمثيل السياسي في المجالس النيابية فيما يعرف باسم المواطنة السياسية "political citizenship"، 3- ثم تطورت المواطنة فعرفت المواطنة ببعدها الاجتماعي – الاقتصادي socioeconomic citizenship، 4- ثم تطورت المواطنة لتعرف بمفهوم المواطنة الثقافية cultural citizenship، راجع في ذلك د. سمير مرقص: المواطنة الثقافية اندماج وتعددية بناء دور العبادة نموذجا، بحث مقدم لمؤتمر المواطنة: عدالة ومساواة، المنظم بمعرفة المجلس القومي لحقوق الإنسان، مصر، 25 فبراير، 2007، ص 3.

(7) د. علي محمد مصطفى دهبوم، مرجع سابق، ص 453.

(8) أ. محمد إبراهيم مبروك، مرجع سابق، ص 50، 51.

كما يري جانب آخر- بحق- أن سبب عدم مساهمة الدول العربية في لعب دورا في بلورة مفهوم للمواطنة يرجع إلى ثلاثة اعتبارات: الاعتبار الأول: حداثة نشأة الدولة القطرية: والتي حاولت ترسيخ جذورها في مواجهة فكرة القومية فإنها أكدت على واجبات المواطنين نحو الدولة دون أن تهتم بحقوق المواطنين بحجة أنها في مرحلة البناء فكانت تهتم بتطوير ذاتها وبنائها، وحيثما أكتمل بناؤها فإنها بسبب توجهاتها الأبوية استمرت في طابعها القهري، الذي يفرض الواجبات دون أن يسلم بالحقوق ومن ثم فقد اعاقت تبلور مفهوم المواطنة، والاعتبار الثاني: يرجع لاستمرار ثقافة الدولة الأبوية: بحيث تحولت إلى ما يمكن أن تسمية بنموذج الدولة المشوهة لعدم قدرتها علي طرق سبيل النضج لظروف عديدة منها غياب تداول السلطة، وسيطرة البيروقراطية، والانفراد بالقرار وكاله عن الجماهير دون تفويض، وانتشار الفساد دون مساءلة، ذلك بالإضافة إلى الاستناد إلى آليات القهر المتنوعة بحيث لعبت كل هذه الظروف دورا في اختزال متغير المواطنة، الاعتبار الثالث: حالة القهر الفانض للمواطنين: بسبب الظروف الاقتصادية والمعيشية وحالة الفقر التي يعيشها جانب كبير من سكان تلك المجتمعات، وظروف الأمية وتخلف الوعي الاجتماعي والسياسي، وجميعها ظروف تدفع بغالبية البشر إلى هامش المجتمع نعيش حالة من نصف المواطنة، حيث تفرض عليها الالتزامات دون منحها فرصة التمتع بالحقوق، ومن الطبيعي أن تنصرف هذه النوعية من الجماهير إلى محاولة تأمين ما يؤمن البقاء علي قيد الحياة وفي مثل هذه الظروف يصبح الحق في المواطنة الكاملة ترفا بعيد المنال⁽¹⁾.

ومن التعاريف السابقة يمكن القول بأن المواطنة تقوم على ثلاثة عناصر أو ابعاد رئيسية⁽²⁾:

البعد الأول: المواطنة كوضع قانوني: وهي تعنى علاقة بين الفرد والدولة والتي بمقتضاها تسبغ الدولة جنسيتها على عدد من الأفراد وفقا للقوانين المنظمة لذلك، وهنا يكون المواطن هو الشخص القانوني الذي له حرية التصرف في حدود القانون وله الحق في التمتع بالحماية القانونية، وهذا لا يعنى أن الحقوق تكون متماثلة تماما بين كل المواطنين.

البعد الثاني: المواطنة كمشاركة سياسية: وهي تشمل مجموعة من الحقوق والحريات والواجبات، فالمواطنون وحدهم الذين من حقهم الاستفادة من الخدمات الاقتصادية والاجتماعية التي تقدمها هيئات الدولة، وهم وحدهم الذين يحق لهم ممارسة الحقوق السياسية كالانتخابات، والترشح، وتكوين الأحزاب، وأيضا هم وحدهم المفروض عليهم أداء الخدمة العسكرية، ومؤدى ذلك أن مفهوم المواطنة يرتبط ارتباطا وثيقا بمشاركة المواطن في الحياة العامة بما ترتبه له من حقوق وما تفرضه عليه من واجبات، فالمشاركة هي إحدى أشكال تعليم المواطنة وتسهم في تحمل المواطن مسؤولية صنع القرار وزيادة ارتباط المواطنين بالوطن.

(1) راجع في ذلك د. علي ليلة، مرجع سابق، ص 42.

(2) راجع:

Charles pattie and Patrick seyde, Citizenship and Civil Engagement : Attitudes and Behaviour in Britain ,Political studies,2003 Vol 51,pp446-450.

، أ. محمد أحمد درويش، مرجع سابق، ص 144، وما بعدها، د. ناصر أحمد الخوالدة: المواطنة بين الشعارات والممارسات، مجلة رسالة المعلم، الأردن، العدد الثاني والثالث، يوليو 2012، ص 18.

البعد الثالث: المواطنة كانتماء وطني المعنوية والعاطفية: وهي تعنى الارتباط والولاء لرموز الوطن وتاريخه ولغته وثقافته. كما أن للمواطنة مظهران أساسيان المظهر الأول: مظهر وظيفي: وهو يعتني بالعلاقة بين الفرد والدولة من حقوق وواجبات، والمظهر الثاني: مظهر غير وظيفي: وهو يقوم على الإحساس بالهوية الثقافية للجماعة والتي يجب أن تتخلل لكل أعضاء الجماعة السياسية الواحدة فيما يعرف بالجنسية⁽¹⁾.

وتنهض المواطنة على مجموعة من القيم الأصيلة، هذه القيم تتمثل بصفة عامة في المساواة والعدل والحرية والالتزام والاستقلالية والتوازن، وهذه القيم تمثل القاسم المشترك الأعظم بين مختلف المجتمعات، وأغلب الثقافات وهي الجانب العالمي في مفهوم المواطنة⁽²⁾.

المطلب الثالث: المواطنة في الدستور وأحكام القضاء الدستوري

يظهر من تتبع فكرة المواطنة من وجهة نظر المشرع الدستوري المصري وأحكام القضاء، أن المواطنين عبارة عن مزيج واحد يندمج في بنية واحد مكونا وطن واحد تتداخل مصالح أفرادها وتتواصل في إطار من التضامن الاجتماعي فيما بينهم.

المواطنة والدساتير المصرية: يلعب الدستور في الدولة الحديثة دوراً أساسياً فيتحقيق مجتمع المواطنة، بقدر ما يتعرض لحقوق المواطنين وواجباتهم، وقد شملت كافة الدساتير المصرية عبر تاريخها الحافل على نصوص ترسخ لفكرة وقيم المواطنة دون نص صريح عليها، حتى تم تعديل دستور مصر الدائم الصادر عام 1971 في عام 2007 لينص في مادته الأولى على كلمة المواطنة صراحة فجاء نصها بعد التعديل "جمهورية مصر العربية دولة نظامها ديمقراطي يقوم على أساس المواطنة، والشعب المصري جزء من الأمة العربية يعمل على تحقيق وحدتها الشاملة"⁽³⁾.

ثم جاء دستور عام 2012 بعد ثورة 25 يناير 2011 ليؤكد على مبدأ المواطنة بنص دستوري فنص في المادة (6) منه على أن "يقوم النظام السياسي علي مبادئ الديمقراطية والشورى والمواطنة التي تسوى بين جميع المواطنين في الحقوق والواجبات العامة، والتعددية السياسية والحزبية، والتداول السلمي للسلطة، والفصل بين السلطات والتوازن بينها، وسيادة القانون واحترام حقوق الإنسان وحرياته، وذلك كله على النحو المبين في الدستور.....".

(1) د. أحمد محمد محمد أسماعيل، مرجع سابق، ص 43، 44.

(2) أ. حنان كمال أبو الغنى أبو سكين، مرجع سابق، ص 26.

(3) وجددير بالذكر أن تقرير لجنة الشئون الدستورية والتشريعية بمجلس الشعب عن طلب رئيس الجمهورية المؤرخ في 2006/12/26 بتعديل 34 مادة من دستور 1971 ورد به، أن اللجنة ترى أن اقتراح تعديل المادة (1) بما يؤكد على مبدأ المواطنة بديلاً عن تحالف قوى الشعب العاملة يمثل إحدى الركائز الأساسية للإصلاح الدستوري المنشود. فإعلاء شأن هذا المبدأ بالنص عليه في صدر الدستور بمادته الأولى من شأنه أن يكفل استقرار النظام السياسي الذي يكرسه الدستور. بما يقوم عليه من كفالة حقوق وحرية المواطنين علي قدم المساواة على نحو تعجز عن تحقيقه صيغة "تحالف قوى الشعب". كما ان المواطنة هي الأساس الذي تقوم عليه الديمقراطية. بوصف أن المواطنة هي التعبير والتجسيد لمشاركة أفراد الشعب على السواء في تكوين الإرادة السياسية للشعب باعتباره مصدر السلطات، فيمارس الجميع كافة الحقوق والواجبات المترتبة على إعطاء السيادة للشعب وحده، فالمواطنة رابطة منضبطة وواضحة إذ أنها تقوم على أساس الجنسية التي بها يتحدد الشعب وهو الركن الأول من أركان الدولة، وبالمواطنة يتأكد انتماء المواطن لوطنه ويلتزم بالولاء له ويباشر حقوقه المقررة بالدستور والقانون، ويلتزم بما يفرضه عليه من واجبات. ومن ثم فإن المدلول القانوني للمواطنة يكفل المشاركة في تكوين إرادة الشعب وتقرير الحقوق والواجبات العامة لسائر المواطنين دون تمييز بينهم يرجع إلى الدين أو اللون أو الجنس أو غير ذلك من الاعتبارات التي تتوارى ولا يكون لها محل أمام رابطة المواطنة التي توجب المشاركة وتضمن المساواة بين جميع أفراد الشعب في مباشرة حقوقهم من خلال معيارها القانوني وهو الجنسية المصرية، راجع د. محمود علي أحمد مدني، مرجع سابق، ص 68.

ثم جاءت ثورة 30 يونيو 2013 لتعدل أحكام دستور 2012، وقد ورد بديباجة الدستور المصري المعدل في 18 يناير 2014 " ...انتصر جيشنا الوطني للإرادة الشعبية الجارفة في ثورة " 25 يناير – 30 يونيو" التي دعت إلى العيش بحرية وكرامة إنسانية تحت ظلال العدالة الاجتماعية، واستعادت للوطن إرادته المستقلة. هذه الثورة امتداد لمسيرة نضال وطني كان من أبرز رموزه أحمد عرابي، ومصطفى كامل، ومحمد فريد، وتتويج لثورتين عظيمتين في تاريخنا الحديث: ثورة 1919 التي أزاحت الحماية البريطانية عن كاهل مصر والمصريين، وأرست مبدأ المواطنة والمساواة بين أبناء الجماعة الوطني. "، ثم تطرقت الديباجة إلى مكونات وعناصر ومقومات المواطنة " .. نحن نؤمن بأن لكل مواطن الحق بالعيش على أرض هذا الوطن في أمن وأمان، وأن لكل مواطن حقاً في يومه وفي غده. نحن نؤمن بالديمقراطية طريقاً ومستقبلاً وأسلوب حياة، وبالتعددية السياسية، وبالتداول السلمي للسلطة، ونؤكد على حق الشعب في صنع مستقبله، هو وحده مصدر السلطات، الحرية والكرامة الإنسانية والعدالة الاجتماعية حق لكل مواطن، ولنا ولأجيالنا القادمة السيادة في وطن سيد"⁽¹⁾.

وأكدت المادة الأولى من ذلك الدستور على تبني المشرع الدستوري مبدأ المواطنة كأساس حاكم للدولة المصرية فنصت على أن " جمهورية مصر العربية دولة ذات سيادة، موحدة لا تقبل التجزئة، ولا ينزل عن شيء منها، نظامها جمهوري ديمقراطي، يقوم على أساس المواطنة وسيادة القانون".

يتضح لنا من ذلك أن المشرع الدستوري أراد في ظل العمل بدستور سنة 1971 أن يجعل من المواطنة أساساً لنظام الدولة الديمقراطي، ثم في دستور سنة 2012 حصر معناه في التسوية بين جميع المواطنين في الحقوق والواجبات العامة وجعلها أساساً للنظام السياسي الذي تقوم عليه الدولة، ثم في الدستور المعدل في سنة 2014 جعل من المواطنة أساساً لنظام الدولة الجمهوري الديمقراطي جنباً إلى جنب مع سيادة القانون⁽²⁾.

وعلى الرغم من أهمية النص صراحة في الدستور على مبدأ المواطنة من الناحية النظرية؛ إلا أن إدراجه لا يعني تبني الدولة عملياً لفلسفة المواطنة بكل أبعادها ومضامينها ومتطلباتها، فممارسة مبدأ المواطنة على أرض الواقع يستوجب توفير حد أدنى من الحقوق الأساسية للمواطن، حتى يصبح للمواطنة معنى. إذ لا معنى لوجود حقوق اقتصادية واجتماعية وثقافية وسياسية على الورق، لايتوفر الحد الأدنى من ضمانات ممارستها على أرض الواقع، فالمشكلة في المواطنة في أي بقعة من العالم لا تتمثل في غياب نصوص دستورية أو قانونية تضمن حقوق الإنسان، بل المشكلة تتجلى بوضوح في عدم تطبيق هذه النصوص في الواقع، بحيث تبقى هذه النصوص جامدة، فاقدة لمعناها ومبناها⁽³⁾.

(1) وجدير بالذكر أنه ورد بالمادة (227) من الدستور المعدل في 2014 النص على أن " يشكل الدستور بديباجته وجميع نصوصه نسيجاً مترابطاً، وكلاً لا يتجزأ، وتتكامل أحكامه في وحدة عضوية متماسكة".

(2) د. محمود علي أحمد مدني، مرجع سابق، ص 70.

(3) أ. عبد الوهاب الطراف: أطروحات حول المواطنة، مجلة رهانات، مركز الدراسات والأبحاث الإنسانية، المغرب، عدد(20)، 2011، ص 13. إن التباس المفهوم جعل كل النظم السياسية، وإن كانت من أعنى الدكتاتوريات، تزعم أنها في خدمة الإنسان المواطن الذي له حقوق وواجبات تجاه الدولة، غير أن دائرة هذه الحقوق، وحيز هذه الواجبات، قد يتمدد أو يتقلص أو يستناد إلى هذا النظام أو ذلك. ومن ناحية أخرى، قد تظل هذه الحقوق والواجبات مجرد شعارات يتغنى بها في الخطب السياسية، حبيسة المتن الدستوري والنصوص القانونية المختلفة في الدول ذات الأنظمة الشمولية. وعلى العكس من ذلك، تجد منظومة الحقوق والواجبات المرتبطة بالمواطنة طريقها فسيحاً إلى التطبيق في الدول ذات النظم المنفتحة، وقد حسمت في إشكالية العلاقة بين السلطة والمجتمع، وتبنت المنهج الديمقراطي في تدبير الشأن العام، د. أحمد بودراع: المواطنة حقوق وواجبات، المجلة العربية للعلوم السياسية، لبنان، 2014، ص 145.

المواطنة وأحكام القضاء الدستوري: استخلصت المحكمة الدستورية العليا المفاهيم المرتبطة بالمواطنة ورسخت لها وذلك في أحكام عديدة منها ما قضت به من أن "قيام المجتمع على مزيج من المواطنة والتضامن الاجتماعي يعني أن الجماعة في إيمانها بالانتماء إلى وطن واحد واندماجها في بنیان واحد وتداخل مصالحها واتصال أفرادها بعضها ببعض حتى يكونون كالبنیان المرصوص يشد بعضه أزر بعض"⁽¹⁾، وقضت أيضا بأن "مشاعر الوطنية المصرية التي يجب أن تكون الوهج الذي لا يخبو داخل وجدان كل مصري والشعلة التي تضيء له الطريق أيا كان مكانه في العالم، توجب أن يوفر المشرع لكل مواطن المناخ الذي يشعر فيه بتمسك الوطن به، وإعزازة إياه، ليس فقط بحسبانه فردا مصرية، وإنما أيضا باعتباره عضوا في أسرة مصرية تحفل بها مصر وترعاها وتبارك ولائها حيثما غدت، فيصبح حفظ الأسرة المصرية في اجتماعها هو حفاظ علي الوطنية المصرية في مهج أبنائها"⁽²⁾.

وأكدت المحكمة الدستورية العليا على أن جميع المصريين سواء لا فرق بينهم في تحمل الأعباء والتكاليف العامة فلا فارق بين من يعيش داخل الوطن ومن يعيش خارجه، وذلك في مواطن عديدة منها الحكم بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم 208 لسنة 1994 والخاص بفرض ضريبة علي أجور ومرتبات العاملين بالخارج دون المصريين العاملين في الداخل فقضت بأن "صفة المواطنة ليست حكرا علي الطائفة الأولى وحدها دون الثانية، كما أن التكافل في بناء وتنمية الوطن عن طريق التحمل بعبء الضريبة والتكاليف العامة يشمل المصريين جميعا - كل بحسب قدرته التكميلية"⁽³⁾.

وهو ما أكدته بالنسبة للحقوق السياسية قضى بأن "تحقيق السيادة للشعب، لا يتأتى إلا من خلال كفالة حق المواطنين جميعاً في انتخاب قادتهم وممثلهم في إدارة دفة الحكم، متى توافرت فهم شروط الانتخاب، ويكون لكل مواطن حق إبداء الرأي في الانتخابات والاستفتاءات، ومن ثم لا يجوز حرمان أي مواطن من ممارسة هذا الحق الدستوري، إلا إذا حال بينه وبين ممارسته مبرر موضوعي مؤقت أو دائم. يرتد في أساسه إلى طبيعة حق الاقتراع وما يقتضيه من متطلبات كبلوغ سن معينة تؤهله لتقدير اختياراته، وألا تعتريه عاهة ذهنية تفقده هذه القدرة، كما أن حق المواطنة يستلزم المساواة بين المواطنين في الحقوق والواجبات العامة، ولا يجوز تقييده أو الانتقاص منه إلا لمبرر موضوعي يتطلبه ولا يشكل في حد ذاته مخالفة دستورية"⁽⁴⁾، وفي حكم آخر أكد علي حق مزدوجي الجنسية في الترشح لعضوية المجالس النيابية بقضائه بأن "أفصحت عن أن الحقوق والحريات اللصيقة، بشخص المواطن - ومن بينها حقا الترشح والانتخاب - لا تقبل تعطيلاً ولا انتقاصاً، ولا يجوز لأى قانون ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيد بها يمس أصلها أو جوهرها. كما لا ينال مما تقدم ما ذهبت إليه هيئة قضايا الدولة، ومن قبلها المذكرة الإيضاحية للقانون من أن الشخص الذي يحمل جنسية دولة أخرى بجانب الجنسية المصرية، يكون متعدد الولاء، وهو ما حدا بالمشرع أن يتطلب فيمن يُرشح نفسه نيابة عن الشعب أن يكون غير مشارك في ولائه لمصر ولأى لوطنٍ آخر، وذلك استناداً إلى القسم الذي يؤديه عضو مجلس النواب، فذلك القول مردود بما يلي:- أولاً: أن الولاء أمر يتعلق بالمشاعر، ومحلها القلب، والأصل في المصري الولاء لبلده ووطنه، ولا يجوز افتراض عدم ولائه أو انشطاره إلا بدليل

(1) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 85 لسنة 28 ق. د جلسة 2007/6/10، حكم منشور على موقع بوابة مصر للقانون والقضاء على شبكة الإنترنت: <http://www.laweg.net>.

(2) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 77 لسنة 23 ق. د جلسة 2003/5/11، حكم منشور على موقع بوابة مصر للقانون والقضاء على شبكة الإنترنت: <http://www.laweg.net>.

(3) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 43 لسنة 17 ق. د جلسة 1999/1/2، حكم منشور على موقع بوابة مصر للقانون والقضاء على شبكة الإنترنت: <http://www.laweg.net>.

(4) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في قضية رقم 16 لسنة 37 ق. د بجلسة 2015/3/1، حكم منشور على موقع بوابة مصر للقانون والقضاء على شبكة الإنترنت: <http://www.laweg.net>.

لينحل ذلك الفرض - حال ثبوته - إلى مسألة تتعلق بواجبات العضوية التي يراقب الإخلال بها مجلس النواب ذاته - ولا يترتب على هجرتهم الدائمة أو الموقوتة الإخلال بحقوقهم الدستورية أو القانونية التي يتمتعون بها بوصفهم مصريين طالما ظلوا محتفظين بجنسيتهم المصرية، ولم يتنازلوا عنها⁽¹⁾. وبصدور هذا الحكم أصبحت مسألة جواز ترشح مزدوجي الجنسية للمجالس الشعبية أمر محسوم، لا جدال فيه.

المبحث الثاني: ماهية نظام الكوتا الانتخابية

تمهيد وتقسيم:

تعتبر الكوتا الانتخابية في الدول الديمقراطية، طريقة استثنائية في تكوين المجالس الشعبية والمحلية؛ لأنها تعتمد في الأساس على أسلوب الاقتراع المقيد في اختيار النوعية الاجتماعية الممثلة للشعب، ولذلك من المفترض ألا تطبق هذه الطريقة بصورة دائمة، بل مؤقتة؛ أي تحدد لها فترة زمنية، تشمل عددا معيناً من الفصول التشريعية، بحسب ظروف كل بلد، وهذه الفترة عبارة عن مهلة تعطى، من جهة؛ للمجتمع لكي يألف وجود النوعية الاجتماعية المخصصة لها الكوتا على الساحة السياسية ويوقن ويثق بقدرتها في العمل السياسي، ومن جهة أخرى؛ للفئات الاجتماعية المخصصة لها الكوتا لكي تستطيع الاعتماد على نفسها فيما بعد في النجاح في الانتخابات السياسية ودون كوتا، وسنحاول فيما يلي القاء الضوء حول مفهوم الكوتا، وما يمكن أن تثيره من إشكاليات قانونية خصوصاً في ظل الدستور المصري الحالي المعدل في 2014، مع توضيح وجهة نظرنا في ذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم نظام الكوتا الانتخابية.

المطلب الثاني: الفئات المميزة بالكوتا في الدستور والقانون المصري.

المطلب الثالث: الكوتا الانتخابية ومبدأي المساواة وعدم التمييز ركيزة المواطنة.

المطلب الأول

مفهوم نظام الكوتا الانتخابية

ظهر نظام الكوتا الانتخابية في دول العالم كنظام يضمن بعض الحصص الانتخابية لفئات معينة مهمشة في المجتمع بشكل يسمح لهم تمثيل مصالحهم المختلفة.

الفرع الأول

تعريف نظام الكوتا الانتخابية

انتقل لفظ (Quota) من الإنجليزية إلى العربية في العصر الحديث، مع ظهور المذاهب والنظم الاشتراكية الهادفة إلى حماية الاقتصاد الوطني، وكان قد درج استعمالها في الدول الأوروبية، ضمناً لخطط والبرامج التي تسمح باستيراد أو تصدير كمية معينة من سلعة تجارية أو صناعية محددة، بمعنى تحديد حصة معينة لها في الاستيراد أو التصدير، وفي الولايات المتحدة

(1) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 24 لسنة 37 ق. د جلسة 2015/3/7، حكم منشور على موقع بوابة مصر للقانون والقضاء على شبكة الإنترنت: <http://www.laweg.net>.

الأمريكية ، استعملت لفظ الكوتا في عام 1961 في عهد الرئيس كينيدي ، وذلك عند إلزام الجامعات بتخصيص نسبة معينة للأقلية السوداء ، من بين المقبولين لديها في بعض الاختصاصات ، كالتطب وغيره ، أما في ميدان التمثيل النيابي ، فقد انتشر استعمال الكوتا كمصطلح يعني تخصيص مقاعد في البرلمان لبعض الأقليات العرقية أو الدينية أو لبعض الفئات المجتمعية التي يصعب عليها بطريقة عادية ، الوصول إلى حقها في التمثيل النيابي ، ولو بحثنا في أي قاموس أو معجم عربي عن معنى كلمة كوتا ، لما عثرنا لهذه الكلمة من وجود في اللغة العربية ؛ لأنها ليست عربية في الأساس ، وإنما لاتينية الأصل ، ومعناها اللغوي بالعربية "النصيب" أو "الحصة" (1) .

الفرع الثاني

أنواع الكوتا الانتخابية

تتنوع طرق تنفيذ الكوتا وتعدد أنماطها من دولة إلى أخرى ؛ إلا أنه يمكن حصرها في نمطين هامين ؛ النمط الأول : الكوتا الاجبارية ؛ الذي يفسح المجال أمام تطبيق إما الكوتا "المغلقة" وإما الكوتا "المفتوحة" والنمط الثاني : الكوتا الاختيارية ؛ هونمط الكوتا الحزبية بأشكالها المتنوعة كما أنه هناك الكوتا الضامنة لتحقيق نتائجها ، والكوتا غير الضامنة .

أولاً : الكوتا الاجبارية ؛ وهي أما أن تكون كوتا دستورية ؛ قائمة على الدستور القانون الأعلى في الدولة ، وهذه الكوتا إلزامية لكل الأحزاب والحكومة ، أو أن تكون كوتا تشريعية ؛ من خلال التشريعات التي تخصص للمراد تمييزه تميزاً ايجابياً عدداً محدداً من المقاعد في الكيانات السياسية ، وهذه الكوتا الإلزامية منها كوتا مفتوحة تسمح لمن خصص لهم الحصص التمييزية من فئات المجتمع بالترشح دون التقييد بهذه الحصص ، وكوتا مغلقة لا تسمح بذلك .

ثانياً : الكوتا الاختيارية ؛ وهي التي تقدمها الأحزاب السياسية المختلفة عادة ، وتكون نابعة من اقتناع وإيمان الحزب بنظام الكوتا ، ولا تكون مبادرة هذا الحزب مرتبطة بأنظمة وتشريعات محددة (2) .

(1) د.هنا صوفي عبد الحي : الكوتا النيابية النسائية بين التأييد الدولي والمواقف العربية المتناقضة ، المجلة العربية للعلوم السياسية ، لبنان ، عدد (23) ، يوليو 2009 ، ص 48 ، دهاني عبد الكريم أخو إرشيدة : أثر الكوتا النسائية على مشاركة المرأة الأردنية في قانون البلديات لعام 2007م : بلدية رحاب الجديدة - المرفق : دراسة حالة ، مجلة المنارة للبحوث والدراسات - الأردن ، عدد (3) ، 2010 ، ص 223 ، أ. بسنت محمد علي موسى : تمثيل المرأة في مجلس الشعب المصري دراسة في انتخابات 2000 ، 2005 ، رسالة ماجستير ، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية ، قسم علوم سياسية ، جامعة القاهرة ، 2010 ، ص 118 ، أ.عصام بن الشيخ : تمكين المرأة المغاربية في ظلّ النظم الانتخابية المعتمدة الفرص والقيود ، مجلة دفاتر السياسة والقانون - الجزائر ، عدد خاص ، أبريل 2011 ، ص 274 .

(2) راجع د. أميرة المعاييرجي : تمثيل المرأة في المجالس النيابية دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، 2010 ، ص 10 ، أ. نجوى فلكاوي ، مرجع سابق ، ص 353 ، أ.عصام بن الشيخ ، مرجع سابق ، ص 274 ، 275 .

ويمكن أن تستخدم الكوتا الحزبية في تشكيل هيكل الحزب وهذا النمط من الكوتا الحزبية للمرة الأولى في سبعينيات القرن الماضي ، في النرويج ، مع الحزبين الاشتراكي والليبرالي . وتطبقه اليوم الأغلبية الساحقة من الأحزاب السياسية النروجية في تشكيل المجموعات القيادية على جميع المستويات ، أي أن الأحزاب النروجية اعتمدت الكوتا الحزبية بطريقة إرادية طوعية ، دون أي قانون خاص يرمي إلى ذلك ، كما يمكن أن تستخدم الكوتا عند إعداد القوائم الخاصة بالترشح عن الحزب عن طريق التزام الحزب ، طواعية وبمبادرة منه ، باعتماد كوتا محددة لفئات معينة من المجتمع في قائمة ترشيحاته الانتخابية ، إلى جانب مرشحيه الآخرين ، راجع في تفاصيل ذلك د. هنا صوفي عبد الحي ، مرجع سابق ، ص 52 ، وما بعدها .

حيث أن الواقع أثبت أن اتباع الكوتا الاجبارية لم يحقق على أرض الواقع تمييزاً للفئات المميزة به ولو يرفع من نسبة تمثيلها الحقيقية عند الغاء الكوتا ، أي لم يغير من المفاهيم المجتمعية بالنسبة للفئات المميزة بها وبالتالي لم يحقق النتائج المرجوة من فرضة ؛ في حين أن ذلك لم يحدث مع الكوتا الاختيارية ، راجع أ. نجوى فلكاوي ، مرجع سابق ، ص 10 .

وتنقسم الكوتا من حيث ضمان تحقيق نتائجها أو عدم ضمانها ذلك إلى قسمين⁽¹⁾:

أولاً: الكوتا الضامنة: وهي تضمن وجود عدد معين من المقاعد للفئات المميزة بها في المجالس المنتخبة وذلك من خلال نص دستوري أو قانوني ملزم، يحدد مقاعد محددة لهذه الفئات كنسبة من عدد المقاعد الكلية المتنافس عليها في الانتخابات، كما تتحقق من خلال التعيين بواسطة نص دستوري أو قانوني يسمح بذلك.

ثانياً: الكوتا غير الضامنة: وهذه الكوتا تستهدف وضع الفئات المميزة بها ضمن المرشحين على قوائم الأحزاب بقواعد فضفاضة، كأن يقال مثلاً يخصص 20% من عدد المرشحين على قوائم الحزب لفئة كذا أو لفئات كذا، دون الاهتمام بالمكان الذي ستوضع فيه هذه النسبة في القائمة الحزبية المتقدمة للانتخابات، وبالتالي يمكن وضعها في ذيل القائمة الانتخابية بما لا يضمن تحقيق النسبة المرجوة من تقريرها.

الكوتا الانتخابية اجبارية في مصر: درجت الدساتير المصرية منذ قيام ثورة 23 يوليو 1952 علي تمييز بعض الفئات المجتمعية بإعطائهم مقاعد مفروضة وثابته في المجالس النيابية من هذه الفئات العمال والفلاحين والمرأة، وبعد قيام ثورة 25 يناير 2011 تم الغاء هذا التمييز الدستوري في ظل دستور 2012 حتى قامت ثورة 30 يونيو 2013 التي أعادت بالدستور المعدل عام 2014 التمييز لفئات معينة وإن كان هذا التمييز منصوص عليه لفترة زمنية معينة في ظل المجالس النيابية، مستمرا في ظل المجالس المحلية، فقد نصت المادة 243 علي أن "تعمل الدولة على تمثيل العمال والفلاحين تمثيلاً ملائماً في أول مجلس للنواب يُنتخب بعد إقرار هذا الدستور، وذلك على النحو الذي يحدده القانون"، وتنص المادة 244 علي أن "تعمل الدولة على تمثيل الشباب والمسيحيين والاشخاص ذوي الإعاقة والمصريين المقيمين في الخارج، تمثيلاً ملائماً في أول مجلس للنواب يُنتخب بعد إقرار هذا الدستور، وذلك على النحو الذي يحدده القانون"، بينما تنص المادة 180 منه علي أن "تنتخب كل وحدة محلية مجلساً بالاقتراع العام السري المباشر، لمدة أربع سنوات، ويشترط في المترشح ألا يقل سنه عن إحدى وعشرين سنة ميلادية، وينظم القانون شروط الترشح الأخرى، وإجراءات الانتخاب، على أن يُخصص ربع عدد المقاعد للشباب دون سن خمس وثلاثين سنة، وربع العدد للمرأة، على ألا تقل نسبة تمثيل العمال والفلاحين عن خمسين بالمائة من إجمالي عدد المقاعد، وأن تتضمن تلك النسبة تمثيلاً مناسباً للمسيحيين وذوي الإعاقة".

نخلص من ذلك أن الكوتا في مصر في ظل النصوص الدستورية هي كوتا إلزامية لورود النص عليها في الدستور، وبالتالي يصبح على المشرع العادي عند وضعه لقانون ينظم الانتخابات أن يقوم بمراعاة النسب التمييزية لبعض فئات المواطنين، فالمشرع ملزم بما يكون الدستور اختاره له من بين نظم الانتخاب المختلفة، ولا يستطيع أن يخرج هذا الاختيار إلا عن طريق تعديل الدستور نفسه⁽²⁾.

وقد ورد بالفعل بأول قانون ينظم انتخابات مجلس النواب بعد تعديل الدستور في عام 2014، والصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 46 لسنة 2014 بإصدار قانون مجلس النواب المنشور بالجريدة الرسمية العدد (33) تابع في 5 يونيو 2014 النص في مادته (5) على أن "يجب أن تتضمن كل قائمة انتخابية عدداً من المترشحين يساوي العدد المطلوب انتخابه في الدائرة وعدداً

(1) أ. ستينا لارسود، أ. ريتا تافرون: التصميم من أجل المساواة النظم الانتخابية ونظام الكوتا: الخيارات المناسبة والخيارات غير المناسبة، ترجمة أ. عماد يوسف، بحث منشور بمعرفة المعهد الدولي للديمقراطية والانتخابات (IDEA)، ص 9، 10، متاح شبكة الانترنت على موقع: WWW.ihc.iq

(2) د. زكي محمد النجار: الدستور والإدارة المحلية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1995، ص 224، 225.

من الاحتياطيين مساويا له. وفي أول انتخابات لمجلس النواب تجرى بعد العمل بهذا القانون يتعين أن تتضمن كل قائمة مخصص لها عدد 15 مقعدا الأعداد والصفات الآتية على الأقل:

.ثلاثة مترشحين من المسيحيين.

.مترشحين اثنين من العمال والفلاحين.

.مترشحين اثنين من الشباب.

.مترشح من الأشخاص ذوي الإعاقة.

مترشح من المصريين المقيمين في الخارج، على أن يكون من بين أصحاب هذه الصفات أو من غيرهم سبع نساء على الأقل ويتعين أن تتضمن كل قائمة مخصص لها عدد 45 الأعداد والصفات الآتية على الأقل.

.تسعة مترشحين من المسيحيين

.سنة مترشحين من العمال والفلاحين

.سنة مترشحين من الشباب

.ثلاثة مترشحين من الأشخاص ذوي الإعاقة

.ثلاثة مترشحين من المصريين المقيمين في الخارج على أن يكون من بين أصحاب هذه الصفات أو من غيرهم إحدى وعشرون من النساء على الأقل، وفي جميع الأحوال يجب أن يتوافر في المرشحين الاحتياطيين ذات الأعداد والصفات المشار إليها، ولاتقبل القائمة غير المستوفية أي من الشروط والأحكام المشار إليها في هذه المادة. ويجوز أن تتضمن القائمة الواحدة مترشحي أكثر من حزب كما يجوز أن تشكل القائمة من مترشحين مستقلين غير منتمين لأحزاب أو أن تجمع بينهم⁽¹⁾.

الفرع الثالث

موقف الفقه القانوني من نظام الكوتا الانتخابية

شغل الفقه القانوني بمعضلة تمثيل الأقليات لفترة طويلة في محاولة منه للحد من ظاهرة التمثيل النيابي على الحاصلين على أغلبية أصوات الناخبين وما يتبعه من حرمان للأقليات من حقها الطبيعي في التمثيل، وترجع فكرة التمثيل النسبي إلى أفكار العديد من الفقهاء الأوروبيين الليبراليين منهم Aristote, Saint Just الذين نادوا بأن تكون الجمعية الوطنية انعكاسا حقيقيا لطبقات المجتمع سياسيا واقتصاديا وايدولوجيا، وفي النصف الثاني للقرن التاسع عشر بدأت محاولات جادة من قبل رجال السياسة والمهتمين بعلم الرياضة في إيجاد نظم انتخابية تحترم بقدر الإمكان التناسب في علاقات القوى بين الأحزاب المختلفة، وقد أخذت معظم الدول الأوروبية بنظام التمثيل النسبي في الانتخابات بشكل تدريجي حتى أصبح مطبقا فيها جميعا مع نهاية

(1) ورغبة من المشرع في دعم هذه الفئات جعل لرئيس الجمهورية تعيين (5%) من أعضاء مجلس النواب لو لم تأتى الانتخابات بالنسبة المخصصة لهذه الفئات فنص المشرع في المادة (1) على أن "يشكل أول مجلس نواب بعد العمل بالدستور الصادر في 18 من يناير 2014 من 540 عضوا، ينتخبون بالاقتراع العام السري المباشر. ويجوز لرئيس الجمهورية تعيين ما لا يزيد على (5%) من الأعضاء وفق الضوابط المنصوص عليها في هذا القانون".

هذا وقد أصدر الرئيس / عبد الفتاح السيسي القرار الجمهوري رقم 560 لسنة 2015 مطبقا النص السابق بتعيين 28 عضواً بمجلس النواب منهم معاق، ثلاثة أقباط بتاريخ 2015/12/31 وتم تقسيم ل 28 عضو إلى 14 رجل و 14 امرأة.

القرن التاسع عشر⁽¹⁾، وسنحاول عرض آراء الفقه المؤيد لنظام الكوتا الانتخابية، وكذا الفقه المعارض، مع توضيح رأينا في هذه المسألة في الآتي:

أولاً: الآراء الفقهية المؤيدة لنظام الكوتا الانتخابية⁽²⁾ :

- 1- أن تمييز فئات معينة من المجتمع بفرض وجودها في الكيانات السياسية المشكلة عن طريق الانتخابات ، سيسهم في إحداث تغيير تدريجي في نظرة المجتمع لهذه الفئات ، والتعرف على مقدرتهم على حل المشكلات المجتمعية وأداء الوظائف المنوطة بالمنتخبين من الشعب ، فمشاركة هذه الفئات ستيح لهم الفرصة للتعرض المباشر للجمهور والرأي العام وهذا سيخلق حالة من الاعتياد والتقبل للمشاركة السياسية لها.
- 2- التمييز الايجابي محاولة لمعالجة ضعف مشاركة الفئات المميزة انتخابياً على المستوى السياسي بصفة عامة، كما سيحسن من صورة الدولة أمام العالم ويظهر تجربتها الديمقراطية بشكل يجعلها في مصاف الدول المتحضر.
- 3- تخصيص نسبة من المقاعد للفئات المميزة ايجابياً يتفق مع كون تلك الفئات تمثل نسبة من المجتمع، ولذلك يكون من الظلم حرمان هذه النسبة من فرصة التمثيل في ظل ما تعانيه هذه الفئات، من معوقات حياتية تتراوح بين ضعف في الدخل والثروة ، وضآلة في التعليم ، وعدم تولي المناصب الحكومية القيادية وغير ذلك من المعوقات، فيكون من العدل تعويضها عن ذلك كله عن طريق تحديد حد أدنى من المقاعد الانتخابية لهم. فالمساواة تستلزم أن تكون الفئات المنتخبة ممثلة ومتناسبة مع عدد السكان متناسبة⁽³⁾.
- 4- تمثيل الفئات التي تقرر القوانين كوتا لها يجعل تشكيل المجالس السياسية بالنسبة لمجموع الناخبين أشبه بالخريطة الجغرافية التي تعطى صورة مصغرة للإقليم بكل عناصره ، وهو ما يحمل الناخبين المنتمين لهذه الفئات إلى الاهتمام بالشئون العامة لأنهم يضمنون فائدة من وراء التصويت في الانتخابات، بإمكانية نجاح من يمثل مصالحهم داخل تلك المجالس⁽⁴⁾.

ثانياً: الآراء الفقهية المعارضة لنظام الكوتا الانتخابية:

- 1- أن هذه الكوتا تعد تمييز لفئات من المجتمع يجب وصولهم للمقاعد النيابية دون منة من أحد أو تدابير خاصة، كما أن الكوتا مخالفة للنظام الأساسي للدولة لأنها تخل بمبدأ المساواة ، وتتعارض مع مبدأ الديمقراطية والتنافس الحر، والمساواة القانونية⁽⁵⁾.

(1) راجع د. فاطمة حمادة عبد العظيم عمران: النظام الانتخابي في جمهورية مصر العربية " دراسة نظرية وتطبيقية"، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 2017، ص 158، 159.

(2) راجع قريب من هذا المعنى كلا من د. هنا صوفي عبد العلي، مرجع سابق، ص 67، د. نرمن يوسف غوانمة، د. قاسم جميل الثبيات: اتجاهات النخب السياسية حول مشاركة المرأة من خلال الكوتا" دراسة ميدانية"، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، الأردن، عدد(3)، 2011، ص 237، أ. عصام الشيخ، مرجع سابق، ص 275.

(3) راجع في ذلك المعنى أ. ربما كتانة نزال: المرأة والانتخابات المحلية قصص نجاح، المبادرة الفلسطينية لتعميق الحوار العالمي والديمقراطية" افتتاح"، نابلس، فلسطين، ط.1، يناير 2006، ص 28، وما بعدها، أ. بسنت محمد علي موسي، مرجع سابق، ص 121، د. فاطمة حمادة عبد العظيم عمران، مرجع سابق، ص 561.

(4) راجع في ذات السياق د. سليمان محمد الطماوي: النظم السياسية والقانون الدستوري " دراسة مقارنة"، د. ن، 1988، ص 227، 228، د. محمد عبد العزيز محمد علي حجازي: نظام الانتخابات وأثره في تكوين الأحزاب السياسية " دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 1997، ص 123.

(5) راجع قريب من هذا المعنى د. هنا صوفي عبد العلي، مرجع سابق، ص 66.

- 2- أن ضعف مشاركة هذه الفئات سياسيا يرجع إلى هذه الفئات ، فهذه الفئات للأسف لا تنتخب من يمثلوها فنجدها عدوة نفسها، وأكبر دليل على ذلك أن والمرأة لا تنتخب المرأة مثلا⁽¹⁾.
- 3- أن نظام الكوتا يترتب عليه حشو القوائم الانتخابية بالعدد المطلوب من الفئات المجتمعية المميزة بها ، دون مراعاة لمستواهم الثقافي أو تاريخهم النضالي ضمن التشكيلات السياسية المشاركة في الانتخابات ، وإنما فقط تطبيقا على مضمض لأحكام القانون ، مما يشكل عائقا في تنمية الحياة السياسية في الدولة⁽²⁾.
- 4- الكوتا لا تحمل تغيير في المفاهيم الاجتماعية بشكل حقيقي لأن نجاح هذه الفئات لن يكون من خلال إفراس طبيعي للعملية الديمقراطية الجارية، لأن نجاح هذه الفئات لن يكون من خلال رضاء الناخبين عنهم⁽³⁾.
- 5- أن التطبيق العملي للكوتا بالنسبة لبعض الفئات التي قررت لها منذ فترة طويلة جدا من الزمن مثل " المرأة والعمال والفلاحين " ، لم يحدث تغييرا جذريا علي وضعها الانتخاب⁽⁴⁾ ، فالتمثيل الإيجابي لهم لم يغير من الأمر شيئا، كما أنه علي صعيد أداءهم البرلماني والقضايا التي أثاروها والادوات التشريعية والرقابية التي استخدموها، نجد أن أداءهم تميز بالضعف الشديد علي الصعيد التشريعي والرقابي فيما يخص القضايا التي تناولتها، هذا بالإضافة أنه لا توجد علاقة ارتباط قوية بين عدد الأعضاء من فئات الكوتا، وبين عدد القضايا التي قاموا بإثارتها، وبالتالي لا يجوز فرض هذه الفئات علي الناخب من خلال تخصيص المقاعد لهم، حيث أن المسوغ الوحيد لانتخابها هو كفاءة أداءها السياسي وأن عليهم العمل علي تحقيق ذلك⁽⁵⁾.
- 6- إن نظام الحصص الإجبارية ما هو إلا مجرد مسكن مؤقت ، فالعبرة ليست في الكم بل في الكيف ، وفي قدرة هذه الفئات على التعبير عن قضايا وهموم المجتمع⁽⁶⁾.
- 7- نظام الكوتا كنظام الغرض منه أن يجعل هناك ممثلين لكل فئات وطوائف المجتمع ، يتفق والمجالس التي ليست لها إلا اختصاصات استشارية بحتة ، لا تلك المجالس التي تمارس وظائف السيادة بالدولة⁽⁷⁾.
- ونحن من جانبنا نرى ترجيح كفة الرأي المعارض لنظام الكوتا الانتخابية لما يستند إليه من أسانيد يؤديها التطبيق العملي علي أرض الواقع، والذي أظهر أن رفع التمييز القانوني عن تلك الفئات صاحبه تراجع في نسبة المقاعد التي حصلت عليها في الانتخابات على الرغم من طول فترة ذلك الدعم القانوني لهذه الفئات، كما أن تواجد نظام الكوتا الانتخابية داعما لفئات

(1) راجع قريب من هذا المعنى د. إيمان بيبرس وآخرين: المشاركة السياسية للمرأة في الوطن العربي، ص17، وما بعدها بحث منشور ومتاح على شبكة الإنترنت على موقع:

www.parliament.gov.sy/SD08/msf/1432529550_.pdf

(2) راجع قريب من هذا المعنى أ. كانوني سفيان: المشاركة السياسية للمرأة في المجالس المحلية المنتخبة بين آليات التمكين السياسي وفعالية العضوية" دراسة ميدانية بالمجلس الشعبي الولائي لولاية سطيف" بحث مقدم للندوة العلمية الوطنية المنعقدة يوم 15 مارس 2016، تحت عنوان المشاركة السياسية للمرأة الجزائرية دراسات وأبحاث، والمنعقدة بجامعة محمد لىن دباغين، سطيف، الجزائر، منشور بمعرفة مؤسسة حسين رأس الجبل للنشر والتوزيع، القسطنطينية، الجزائر، 2016، ص388.

(3) د. نرمن يوسف غوانمة، د. قاسم جميل الثبيات، مرجع سابق، ص237، 238.

(4) راجع قريب من هذا المعنى د. مدحت أحمد محمد يوسف غنايم: تفعيل دور المرأة في المشاركة السياسية دراسة تأصيلية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2014، ص37، وما بعدها.

(5) راجع قريب من هذا المعنى أ. بسنت محمد علي موسي، مرجع سابق، ص124، وما بعدها.

(6) راجع قريب من هذا المعنى أ. كانوني سفيان، مرجع سابق، ص389.

(7) راجع في ذات المعنى د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص226، د. محمد عبد العزيز محمد علي حجازي، مرجع سابق، ص121.

معينة، لم يحسن من أوضاع تلك الفئات من الناحية القانونية والناحية الفعلية بل أغلب القوانين الضار بهم جاءت في ظل هذا التمييز.

المطلب الثاني

الفئات المحددة بنظام الكوتا الانتخابية في الدستور والتشريع المصري

نادي الفيلسوف "جون ستيوارت ميل في كتابة الحكومة النيابية" إلى فكرة تمثيل الأقليات السياسية تمثيلاً كافياً ، مستندا في ذلك إلى أن من دعائم الديمقراطية حكم الشعب بواسطة أغلبية الشعب وليس حكم الشعب بواسطة الشعب ، مضيفاً إلى أن الحكم النيابي الذي لا يضمن الطريق لأن تكون الأقليات ممثلة لا يمكن اعتباره حكماً ديمقراطياً لأنه يحرم كثيرين من أفراد الشعب من أن يكون لهم نواب لمجرد أنهم أقلية في دوائهم⁽¹⁾.

وهناك عدد من الفئات المجتمعية التي ميزها الدستور المصري الحالي عندما جاء لينظم كيفية تشكيل المجلس النيابي ، والمجالس المحلية ، منها ما هو قديم قرر في نصوص قانونية سابقة عليها ، ومنها ما هو مستحدث جاء به الدستور الحالي أكثر من أثار ثورتي 25 يناير 2011 ، 30 يونيو 2013 ، فقد ورد بالدستور المعدل في عام 2014 في المادة 243 منه النص على أن " تعمل الدولة على تمثيل العمال والفلاحين تمثيلاً ملائماً في أول مجلس للنواب يُنتخب بعد إقرار هذا الدستور ، وذلك على النحو الذي يحدده القانون" ، وجاء في المادة 244 بالنص على تمييز فئات أخرى فجاء نصها على أن " تعمل الدولة على تمثيل الشباب والمسيحيين والأشخاص ذوي الإعاقة والمصريين المقيمين في الخارج ، تمثيلاً ملائماً في أول مجلس للنواب يُنتخب بعد إقرار هذا الدستور ، وذلك على النحو الذي يحدده القانون " ، وإن كانت النصوص السابقة لم تحدد لهذه الفئات الميزة بها أي نسب لتمثيلهم ، وتركت للمشرع أن يحدد النسبة التي سيكون بها تمثيلهم ملائماً .

إلا أن المشرع الدستوري انتحى جانباً آخر عند حديثه عن الانتخابات المحلية فتخلي عن عبارة التمثيل الملائم للفئات التي يرغب في تمييزها ، وتصدي بنفسه بتحديد النسب التي يري أنها ملائمة لتمثيل هذه الفئات فنص في المادة 180 من ذات الدستور على أن " تنتخب كل وحدة محلية مجلساً بالاقتراع العام السري المباشر ، لمدة أربع سنوات ، ويشترط في المترشح ألا يقل سنه عن إحدى وعشرين سنة ميلادية ، وينظم القانون شروط الترشح الأخرى ، وإجراءات الانتخاب ، على أن يُخصص ربع عدد المقاعد للشباب دون سن خمس وثلاثين سنة ، وربع العدد للمرأة ، على ألا تقل نسبة تمثيل العمال والفلاحين عن خمسين بالمائة من إجمالي عدد المقاعد ، وأن تتضمن تلك النسبة تمثيلاً مناسباً للمسيحيين وذوي الإعاقة " .

أولاً : الكوتا الخاصة بالعمال والفلاحين : وهي تعد الكوتا الأسبق والأقدم في الدساتير المصرية والتي أبقى عليها الدستوري بالنص على أن يمثلوا في المجالس النيابية تمثيلاً ملائماً في أول انتخابات له ، بعد أن كانوا يمثلوا في ظل الدستور السابق دستور 1971 بنسبة (50%) ، وجاء في القانون الخاص بانتخابات مجلس النواب 46 لسنة 2014 تمثيلهم في القائمة الواحدة بعدد (2) لو كانت القائمة (15) مرشح ، (6) لو كانت القائمة (45) مرشح ، وهو نرى فيه الغاء للنسبة المقررة لهم منذ سنوات طوال ، وهو ما يحسب للدستور الحالي .

(1) د. محمد عبد العزيز محمد علي حجازي ، مرجع سابق ، ص 120 .

إلا أنه يؤخذ علي الدستور الحالي الإبقاء علي نسبة النصف (50%) في تشكيل المجالس المحلية ككيد دستوري دون وجود أي مبرر قانوني أو شعبي أو اجتماعي ، وكأن المشرع الدستوري يناقض نفسه ، يلغيا في مجالس تقوم علي الانتخاب ، ويقررها مرة أخرى في مجالس أيضا تقوم علي الانتخاب ، فهذا القيد طبقا لما يراه جانب كبير من الفقه يجعل ما تسفر عنه العملية الانتخابية من نتائج غير معبرا تعبيرا دقيقا عن الإرادة الحرة للناخبين طالما أنه يفرض عليهم أن يختاروا نصف المرشحين عمال وفلاحين ، مع صعوبة وضع تعريف محدد ودقيق لمفهوم العامل والفلاح يميزهما عن سائر فئات المجتمع بشكل مستقر وثابت ، لا يتغير مع تغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية المختلفة للدولة ، فهذا القيد يساعد السلطة التنفيذية علي تعديل اتجاه أصواتهم تعديلا يجعل نتيجة الانتخابات غير معبرة تعبيرا دقيقا عن إرادتهم الحقيقية⁽¹⁾.

(1) د. محمد صلاح عبد البديع السيد: نظام الإدارة المحلية في مصر بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، ط1، 1996، ص 117، 118، وفي مبررات الغاء نسبة العمال والفلاحين راجع بالتفصيل د. شريف محمد شاكر محمد: الإصلاح السياسي في ظل التطورات الدستورية في مصر عقب ثورتي 25 يناير و30 يونية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 2016، ص 66، وما بعدها. وذلك على الرغم من وجود تعريف للعامل والفلاح وارد بنص المادة الثانية من القرار بقانون رقم 46 لسنة 2014 والخاص بانتخابات مجلس النواب والذي جاء فيها "في تطبيق أحكام هذا القانون، يقصد بالصفات التالية المعاني المبينة قرين كل منها: الفلاح: من تكون الزراعة عمله الوحيد ومصدر رزقه الرئيس لمدة عشر سنوات على الأقل سابقة على ترشحه لعضوية مجلس النواب ويكون مقيما في الريف وبشرط ألا تتجاوز حيازته الزراعية هو وزوجه وأولاده القصر ملكا أو إيجارا أكثر من عشرة أفدنة. العامل: من يعتمد بصفة رئيسة على دخله بسبب عمله اليدوي ولا يكون منضمًا إلى نقابة مهنية أو مقيدا في السجل التجاري وأمن حملة المؤهلات العليا ويستثنى من ذلك أعضاء النقابات المهنية من غير حملة المؤهلات العليا وكذلك من بدأ حياته عاملا وحصل على مؤهل عال وفي الحالتين يجب لاعتبار الشخص عاملا أن يكون مقيدا في نقابة عمالية". وهناك العديد من الأحكام القضائية الصادرة من مجلس الدولة المصري تناولت هذه المسألة منها ما ورد به أن "المشرع تطلب صراحة أن يكون نصف عدد أعضاء المجالس الشعبية المحلية على الأقل من العمال والفلاحين، وأحال في تحديد صفة كل من العامل والفلاح إلى التعريف الوارد في القانون رقم 38 لسنة 1972 بشأن مجلس الشعب، ووفقاً لهذا التعريف يشترط لاعتبار المرشح عاملاً عدة شروط هي: 1- أن يمارس عملاً يدوياً أو ذهنياً في الزراعة أو الصناعة أو الخدمات. 2- أن يعتمد بصفة رئيسية على دخله الناتج من هذا العمل. 3- ألا يكون منضمًا إلى نقابة مهنية أو مقيداً بالسجل التجاري أو من حملة المؤهلات العليا.

استثنى المشرع من هذا الشرط فئتين: الأولى أعضاء النقابات المهنية من غير حملة المؤهلات العليا، والثانية من بدأ حياته عاملاً ثم حصل على مؤهل عال، بيد أن المشرع استلزم لإعمال الاستثناء بالنسبة إلى هاتين الفئتين أن يبقى الشخص مقيداً بنقابته العمالية - العبرة بتوافر الصفة في المتقدم للترشيح هي بيوم تقديم طلب ترشيحه، ومن ناحية أخرى ، فقد توافر هذا القضاء على أن صفة العامل تثبت للمرشح إذا ما قامت علاقة عمل بينه وبين صاحب عمل ، وأن هذه العلاقة قد تكون علاقة تبعية إذا ما كان يربطه بمن يعمل لديه علاقة عمل أو علاقة لائحية إذا كان يعمل في الجهاز الإداري، أما إذا كان المرشح لا تقوم بشأنه هذه العلاقة فلا تتوافر له صفة "العامل" إذ يكون في هذه الحالة يمارس أعمالاً حرة ، وبالتالي يندرج في الأصل وهو " الفئات " راجع حكما المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 8175 ، 9771 لسنة 49 ق. ع جلسة 2004/4/3، حكم منشور علي موقع مجلس الدولة المصري علي شبكة الإنترنت: <http://news.ecs.eg>

ومنها أيضا ما أوضحت كيفية اثبات صفة الفلاح مثلا فقضت بأن " حق الترشيح من الحقوق العامة التي حرص الدستور على كفالها وتمكين المواطنين من ممارستها لضمان الانتظام في الحياة السياسية والاجتماعية - استوجب الدستور أن يتم تشكيل المجالس الشعبية المحلية على مستوى الوحدات عن طريق الانتخاب المباشر على أن يكون نصف عدد الأعضاء على الأقل من العمال والفلاحين - عهد قانون الإدارة المحلية في تعريف العامل والفلاح إلى التعريف المنصوص عليه في القانون رقم 38 لسنة 1972 بشأن مجلس الشعب. حدد قرار وزير الداخلية رقم 4390 لسنة 2002 بشأن المستندات المطلوبة مع طلب الترشيح لعضوية المجالس الشعبية المحلية بتقديم مستند حيازة الأرض الزراعية التي يحوزها مقدم الطلب هو وزوجته وأولاده القصر كما تقدم شهادة من مأمور المركز أو القسم بأن الزراعة مصدر رزقه وعمله الوحيد وأنه يقيم بالريف" ، راجع حكم محكمة

خصوصاً وأن هذا التمييز عندما قرر بداية من دستور 1964 كان له ما يبرره ، أما الآن فقد ذهبت كل مبرراته أدراج الرياح⁽¹⁾ ، فالسبب المعلن آنذاك كان تخصيص نسبة معينة من المقاعد للعمال والفلاحين لأن هذه الفئة تشكل أغلبية ظلت فترة طويلة محرومة من حقها في صنع مستقبلها، وقد مضى أكثر من 53 عاماً علي تقرير هذه النسبة لهم فمن المفترض أن يكون تمثيلهم بهذه النسبة في المجالس النيابية ، قد مكثهم من إصدار القوانين التي تمكنهم من استعادة حقوقهم ، وتحقق للعمال والفلاحين فرصة المشاركة في صنع مستقبلهم ، وبالتالي لم يعد هناك مبرر لاستمرار هذا القيد في تشكيل المجالس أياً كان نوعها طالما تشكلها يكون بالانتخاب والاحتكام لإرادة الشعب ، كما أن كل المكاسب التي حصل عليها العمال والفلاحين نتيجة لتخصيص هذه النسبة لهم في المجالس النيابية مثل التوسع في قاعدة القطاع العام، وامتداد العقود الزراعية ، تم التراجع عنها بقوانين صادرة من مجالس مثل فيها العمال والفلاحين بذات النسبة ، مما يعنى أن تخصيص هذه النسبة لهم لم يحقق أي مكسب حقيقي لهذه الفئات ، بل يمكن في وجودهم أن يشرع لغير صالحهم وهو ما كان⁽²⁾ ، فضلاً عن أن هناك مناطق ودوائر انتخابية الآن لا يوجد بها فلاحين ولا عمال مثل المدن والأحياء الراقية في عدد من المحافظات المصرية ، أو قد تتوافر فيها أحد الفئتين دون الأخرى فما هو الحل إذا ؟ هل تظل مجالس تلك الهيئات بلا تشكيل ؟ ، أم سنجد من يدعى أنه عامل أو فلاح وهو ليس بذلك للحصول على عضوية تلك المجالس كما كان يحدث سابقاً بالمجالس النيابية .

ثانياً : الكوتا الخاصة بالشباب : فرض المشرع الدستوري تمثيل الشباب في أول انتخابات نيابية تمثيلاً ملائماً وقد فرض لهم في قانون انتخابات مجلس النواب رقم 46 لسنة 2014 تمثيلهم في القائمة الواحدة بعدد (2) لو كانت القائمة (15) مرشح، (6) لو كانت القائمة (45) مرشح ، ثم نسبة الربع (25%) في تشكيل المجالس المحلية للشباب دون سن 35 سنة ، هي كوتا مستحدثة في دستور 2014، وذلك تشجيعاً من المشرع الدستوري للشباب ، وتمكيناً لهم في الدولة باعتبارهم هم الأساس في ثورتنا 25 يناير، 30 يونيو، والتي ورد التأكيد علي دورهم في دياجعة دستور 2014 والتي جاء بها أن " ثورة 25 يناير ، 30 يونيو فريدة بين الثورات الكبرى في تاريخ الإنسانية ، بكثافة – المشاركة الشعبية التي قدرت بعشرات الملايين ، وبدور بارز لشباب متطلع لمستقبل مشرق ، وبتجاوز الجماهير للطبقات والإيديولوجيات نحو أفاق وطنية وإنسانية أكثر رحابة " (3) .

القضاء الإداري في الطعن رقم 9354 لسنة 56 ق جلسة 2002/4/6، حكم منشور علي موقع مجلس الدولة المصري علي شبكة الإنترنت: <http://news.ecs.eg>

(1) فقد جاء هذا التمييز كترجمة لما ورد بالميثاق الوطني الصادر عن المؤتمر الوطني للقوى الشعبية في 1962/6/30 والذي صدر ليكون إطاراً لحياة الشعب المصري، وطريقاً لثورته، ودليلاً لعمله من أجل المستقبل ، وقد قرر المشرع صراحة " أن الميثاق وهو يرسى المبادئ والأسس التي يقوم عليها المجتمع يعتبر أساساً لوضع الدستور ولوضع القانون. فالميثاق يتزل من الدستور منزلة الأبوة"، وقد ورد به ضرورة أن يضمن الدستور " للفلاحين والعمال نصف مقاعد التنظيمات الشعبية والسياسية علي جميع مستوياتها، بما فيها المجلس النيابي، باعتبارهم أغلبية الشعب، كما أنها الأغلبية التي طال حرمانها من حقها الأساسي في صنع مستقبلها وتوجيهه".

إلا أن الفقه يري – بحق- أن هذا الميثاق ألغي بما أعقبه من استفتاءات فهناك استفتاء 30 مارس 1968 والذي وافق عليه الشعب وليس ممثلو الشعب كما في الميثاق سالف الذكر، ثم دستور 1971 والصادر في 11 سبتمبر من ذات العام والذي وافق عليه أغلبية الشعب في استفتاء عام في تاريخ سابق لصدور ثم ما أعقبه من دساتير حتى الدستور الحالي الصادر في 2014 مما يعنى أن ما ورد به أصبح في ذمة التاريخ، راجع في القيمة الدستورية للميثاق الوطني كلا من د. رمزي طه الشاعر: القانون الدستوري، مكتبة الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر، 2002، ص 136، وما بعدها، د. محمد أبوزيد محمد علي: القضاء الإداري، ط. 2، د. ن، 2009، ص 85، وما بعدها.

(2) راجع في تفاصيل ذلك د. فتحي فكرى: القانون الدستوري، الكتاب الثاني، دار النهضة، 2000، ص 254، 255.

(3) وعرف القانون 46 لسنة 2014 الشباب في نص المادة (2) منه بأنهم " الشباب: من بلغت سنه خمساً وعشرين سنة ميلادية في يوم فتح باب الترشح ولم يبلغ الخامسة والثلاثين سنة في التاريخ ذاته وإن تجاوز هذه السن طوال مدة عضويته".

ثالثاً: الكوتا الخاصة بالمسيحيين: نص المشرع الدستوري في الدستور الجديد على تمثيل المسيحيين بنسبة تمثيل ملائمة في المجالس النيابية، ثم أكد علي ذلك بالنص عليه في النص الخاص تشكيل المجالس المحلية دون تحديد نسبة معينة التي تعد ملائمة، وجاء القانون انتخابات مجلس النواب رقم 46 لسنة 2014 بالنص على تمثيلهم في القائمة الواحدة بعدد (3) لو كانت القائمة (15) مرشح، و (9) لو كانت القائمة (45) مرشح⁽¹⁾، وظهر نقص عدد الأقباط المنتخبين في المجالس النيابية منذ النصف الثاني من القرن العشرين، وهذا النقص في الأقباط المنتخبين جعل بعض الدول في الغرب تضغط علي الحكومات المصرية بورقتهم باعتبارهم مضطهدين في مصر، مع ترويج بعض الأقباط في المهجر لتلك الادعاءات الكاذبة، ودرنا لذلك تم تبنى فكرة تخصيص كوتا انتخابية لهم باعتبارهم أقلية؛ إلا أن تخصيص هذه الكوتا قد يضعف من مصداقية الصورة السياسية للأقباط، حيث يصبح المواطن المصري تدريجياً يعبر عن هويته السياسية من خلال هويته الدينية⁽²⁾.

وهو من - وجهة نظرنا - يتعارض مع ظهور معالم الوحدة الوطنية في مصر في أعظم صورها في فترات الكفاح الوطني والتي ظهرت في أبي صورها في مقاومة الاحتلال الإنجليزي، حيث سارع الأقباط المسيحيين بالانضمام إلى " قيادة الحركة الوطنية " ضمن الوفد المصري الذي قابل المندوب السامي البريطاني في 13 نوفمبر عام 1918 ممثلين بثلاثة زعماء منهم هم: واصف بطرس غالي، وسينوت حنا، وجورج خياط - تدعيماً للوحدة الوطنية ضد المستعمر"، كما قامت الصحافة القبطية بمهاجمة التحفظ الثالث الذي تضمنه تصريح 28 فبراير 1922 " بحماية إنجلترا للأجانب والأقليات في مصر" مؤكدة أن الأقليات لم تلتزم الحماية من أحد لأنها جزء لا يتجزأ من نسيج مصر، وبالطبع تضحيات الأقباط المسيحيين كمواطنين مصريين لا تعد ولا تحصى ومستمرة ما بقيت مصر، كما أنهم رفضوا أن يكون لهم نسبة أو حصة معينة من المقاعد للأقليات في الجمعية التشريعية وقت الاحتلال الإنجليزي - مؤكدين أن الاقباط مثل المسلمين لهم نفس الحقوق وعليهم نفس الالتزام لافرق بين مسلم وقبطي فكلاهما مصري قبل كل شيء وبعد كل شيء⁽³⁾، فهل يعقل أن نقوم الآن بعد مرور قرن من الزمان بذلك؟

بل ينادى البعض -بحق- إلى إلغاء تلك الكوتا المقوتة باعتبارها تؤسس للفتنة الطائفية التي تحدث عندما يتم استخدام اختلاف العقائد الدينية للإخلال بمبدأ المساواة بين المواطنين في الحقوق والواجبات، أو بعبارة أخرى التمييز بين المواطنين على أساس الدين⁽⁴⁾، وهو ما يؤدي إلى إضعاف تماسك الوطن، والترسيخ لفكرة وجود صراع أبدي بينهما يهدد الوحدة الحضارية والثقافية لمصر⁽⁵⁾.

رابعاً: الكوتا الخاصة بالمعوقين: يوجد في مصر الآن حوالي 10 مليون معاق بنسبة 10-12% من السكان طبقاً لتقرير منظمة الصحة العالمية، تتعرض تلك الفئة إلى التهميش وإهدار الحقوق من قبل المجتمع بأكمله رغم كونها قوة بشرية هائلة تستطيع

(1) وتعد مصر من أكبر الأقطار العربية المتجانسة اثناً حيث تصل نسبة المسلمين المصريين فيها إلى 90% من مجموع السكان، 8% أقباط مسيحيين أرثوذكس، وهم مندمجون اجتماعياً واقتصادياً في نسيج المجتمع المصري، راجع د. قايد دياب، مرجع سابق، ص 224.

وتختلف تقديرات الجهات الرسمية وتقديرات الكنيسة حيث تقول المصادر القبطية أن نسبتهم حوالي 15% من تعداد السكان، وتقول المصادر الحكومية أن نسبتهم لا تتعدى 10% وهذه النسبة تشمل الأقباط الأرثوذكس والكاثوليك والبروتستانت وغيرهم من الطوائف المسيحية وذلك طبقاً لتقارير الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء، أ. حنان كمال عبد الغنى أبوسكين، مرجع سابق، ص 79.

(2) أ. حنان كمال عبد الغنى أبوسكين، مرجع سابق، ص 79، وما بعدها.

(3) راجع د. جمعة عبد الحميد سعودي: القانون في مصر بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 1995، ص 188.

(4) د. قايد دياب، مرجع سابق، ص 225.

(5) أ. حنان كمال عبد الغنى أبوسكين، مرجع سابق، ص 79.

إحداث فارق في نمو ورفاهية المجتمع لو تم استغلالها وتوظيف امكانياتها⁽¹⁾، وقد جاء دستور الحالي المعدل في عام 2014 ليرسخ لتمييز هذه الفئة وأكد علي ذلك القانون 46 لسنة 2014 الخاص بمجلس الشعب الذي ألزم أن يكون في كل قائمة مكونة من (15) مرشح علي الأقل معاق يرشح عليها، وفي كل قائمة مكونة من (45) مرشح علي الأقل ثلاثة معاقين يرشحون عليها، وقد عرف القانون رقم 46 لسنة 2014 المعاق الذي له حق الترشح في الانتخابات في المادة (2) منه بأنه "المواطن ذو الإعاقة: من يعاني من إعاقة لا تمنعه من القيام بمباشرة حقوقه المدنية والسياسية على نحو ما يحدده تقرير طبي يصدر، وفق الشروط والضوابط التي تضعها اللجنة العليا للانتخابات ، بعد أخذ رأي المجلس القومي للأشخاص ذوي الإعاقة " ، كما أن النص الدستوري الخاص بتشكيل المجالس المحلية قد نص علي مراعاة تمثيلهم هم والأقباط⁽²⁾ .

(¹) في حقيقة الامر عاني ذوي الاحتياجات الخاصة قبل ثورة ٢٥ يناير من الاهمال وعدم المساواة وعدم تكافؤ الفرص وعدم تحقيق مطالبهم وحصولهم علي حقوقهم المشروعة ، و بعد قيام الثورة التي نادى بالعدالة الاجتماعية وجدنا أن هناك ارتفاعا نسبياً في تحقيق آمال وطموحات ذوي الاحتياجات الخاصة في عيشة كريمة بدءاً من إنشاء المجلس القومي لشئون ذوي الاعاقة في ٢٠١٢ . واتجاه مجلس الشعب في ٢٠١٢ إلي إقرار أول قانون لذوي الاحتياجات الخاصة بعد مطالبات عديده بقانون موحد لهم، ولكنه تم حل البرلمان قبل الانتهاء من مشروع القانون ، ثم جاء دستور ٢٠١٣ لينص على مادة كاملة خاصة بحقوق المعاقين مقارنة بدستور ١٩٧١ ، ثم صدر دستور ٢٠١٤ ليزيد مساحة ذوي الاحتياجات الخاصة في الحصول علي حقوقهم السياسية والمدنية والاقتصادية والاجتماعية ، ثم صدر قانون مجلس النواب ليخصص مقاعد الزامية في القوائم لذوي الاحتياجات الخاصة ، واتجهت الحكومة المصرية الي الالتزام بتعيين نسبة ٥% من المعاقين في الوظائف الحكومية حيث قامت بتعيين ٣٠٧١٧ معاقاً في عام 2014، راجع تقرير مركز هرديو (herdo center) لدعم التعبير الرقمي في اليوم العالمي لذوي الاحتياجات الخاصة تحت عنوان: حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة، ص6، وما بعدها منشور علي شبكة الإنترنت علي موقع: <http://hrdoegypt.org>

(²) راجع د. فاطمة حمادة عبد العظيم عمران، مرجع سابق، ص666.
وعرف قانون تأهيل المعاقين رقم (39) لسنة 1975 والمعدل بالقانون رقم (49) لسنة 1982 في المادة (8) منه المعوق بأنه "كل شخص أصبح غير قادر على الاعتماد على نفسه في مزاولة عمله أو القيام بعمل آخر والاستقرار فيه أو نقصت قدرته على ذلك نتيجة لقصور عضوي أو عقلي أو حسي نتيجة عجز خلقي منذ الولادة".

وعرفت اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المعوق تعريفاً عاماً يشمل المعوق ذهنياً وأغبره، حيث تنص المادة (2/1) من الاتفاقية الدولية المشار إليها على أن "الأشخاص ذوي الإعاقة هم كل من يعاني من عاهات طويلة الأمد بدنية أو عقلية أو ذهنية أو حسية قد تمنعهم من المشاركة بصورة كاملة وفعالة في المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين" ، وقد ورد بالفقرة هـ من ديباجة الاتفاقية من تأكيد على أن مفهوم الإعاقة لا زال لم يتضح بعد من خلال نصها بأن "وإذ تدرك أن الإعاقة تشكل مفهوماً لا يزال قيد التطور وأن الإعاقة تحدث بسبب التفاعل بين الأشخاص المصابين بعاهة والحوادث في المواقف والبيئات المحيطة التي تحول دون مشاركتهم مشاركة كاملة فعالة في مجتمعهم على قدم المساواة مع الآخرين " .

وتعد اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة التي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر ٢٠٠٦ ودخلت حيز النفاذ في 13 مايو ٢٠٠٨ نقطة تحول في الفلسفة والمفاهيم التي تقوم عليها السياسات والبرامج والخطط التي تتعاطى مع قضايا الإعاقة على المستويات المختلفة ، في اتمن المستقر عليه أن التوجه القائم على الحقوق الذي ينظر إلى الإعاقة على أنها حالة متغيرة من تداخل وتفاعل العوامل الشخصية والعوائق البيئية بمعناها الواسع هو النموذج الذي يجب أن يشكل الإطار النظري والفلسفي للتشريعات والسياسات والخطط والبرامج الدولية والإقليمية والوطنية على حد سواء ، راجع د . مهند العزة : اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة بين متطلبات التنفيذ والرصد الفعال ، سلسلة الدراسات الاجتماعية ، تصدر عن المكتب التنفيذي لمجلس وزراء الشؤون الاجتماعية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، 2011 ، ص10.

وعرفت منظمة الصحة العالمية الإعاقة ذاتها دون التطرق للشخص المعاق بأنها " حالة من القصور أو الخلل في القدرات الجسمية أو الذهنية ترجع إلى عوامل وراثية أو بيئية، تعوق الفرد عن تعلم بعض الأنشطة التي يقوم بها الفرد السليم المماثل له في السن. وترجع الإعاقة إلى عوامل وراثية أو سوء تغذية للطفل أو للأم أثناء الحمل أو للولادات غير الآمنة أو المرض أثناء الحمل أو التدخين أو لزواج الأقارب، كما تحدث نتيجة تعرض الطفل لبعض الأمراض، أو الكوارث، أو الحوادث، أو الحروب أو أعمال العنف، أو عوامل ترجع إلى تلوث البيئة، وهي ظاهرة من الظواهر الجسمية أو الحسية أو العقلية ينجم عنها آثار نفسية واقتصادية واجتماعية" ، راجع د. عبد البر أحمد مصطفى فضل: الحماية الجنائية لحقوق الطفل في القانون الدولي، رسالة دكتوراه، حقوق أسيوط، 2016، ص49، 48.

خامساً: الكوتا الخاصة بالمصريين المقيمين في الخارج: جاء الدستور الحالي المعدل في عام 2014 ليعطي المصريين المقيمين في الخارج ميزة لم تعطي لهم من قبل، فجاء نص المادة 88 منه على أن "تلتزم الدولة برعاية مصالح المصريين المقيمين بالخارج، وحمايتهم وكفالة حقوقهم وحررياتهم، وتمكينهم من أداء واجباتهم العامة نحو الدولة والمجتمع وإسهامهم في تنمية الوطن. وينظم القانون مشاركتهم في الانتخابات والاستفتاءات، بما يتفق والأوضاع الخاصة بهم، دون التقييد في ذلك بأحكام الاقتراع والفرز وإعلان النتائج المقررة بهذا الدستور، وذلك كله مع توفير الضمانات التي تكفل نزاهة عملية الانتخاب أو الاستفتاء وحيادها"، وبالفعل منح القانون رقم 46 لسنة 2014 حصة في قوائم تشكيل مجلس النواب فنص على وجوب أن يكون هناك مصري مقيم في الخارج على الأقل في القوائم المشكلة من (15) مرشح، وثلاثة مرشحين في القوائم المكونة من (45) مرشح، وذلك بعد أن عرّف في المادة (2) منه من هو المصري المقيم في الخارج بالنص على أن "المصري المقيم في الخارج: من جعل إقامته العادية خارج جمهورية مصر العربية بصفة دائمة بأن حصل على إذن بالإقامة الدائمة في دولة أجنبية أو أقام بالخارج مدة لا تقل عن عشر سنوات سابقة على تاريخ فتح باب الترشح. ولا يعتبر مقيماً في الخارج في تطبيق أحكام هذا القانون الدارس أو المعار أو المنتدب في الخارج"⁽¹⁾.

وذلك باعتبار أن مساعدة المصري المقيم في الخارج في ممارسة حقوقه السياسية فيه تحقيق لمصلحة عامة للدولة، وأن اغتراب المصري لا يمنع ارتباطه وانتمائه لوطنه، فالمصري كما قيل لا يهاجر عن وطنه، وإن هاجر منه⁽²⁾.

(1) د. فاطمة حمادة عبد العظيم عمران، مرجع سابق، ص 666، 667.

(2) راجع د. جورج شفيق ساري: دراسات وبحوث حول الترشح للمجالس النيابية شروط وضمانات الترشح للمجالس النيابية مشكلة ازدواج الجنسية وتغيير الهوية السياسية للمرشح بعد الفوز في الانتخابات دراسة عملية نقدية، دار النهضة العربية، 2001، ص 62. وهو ما يتوافق مع ما نصت عليه المادة الأولى من قانون الهجرة ورعاية المصريين في الخارج رقم 111 لسنة 1983 من أن "للمصريين فرادي أو جماعات حق الهجرة الدائمة أو الموقوتة إلى الخارج وسواء أكان الغرض من هذه الهجرة مما يقتضي الإقامة الدائمة أو الموقوتة في الخارج وفقاً لأحكام هذا القانون وغيره من القوانين المعمول بها. ويظلون محتفظين بجنسيتهم المصرية طبقاً لأحكام القانون الخاص بالجنسية المصرية. ولا يترتب على هجرتهم الدائمة أو الموقوتة الإخلال بحقوقهم الدستورية أو القانونية التي يتمتعون بها بوصفهم مصريين طالما ظلوا محتفظين بجنسيتهم المصرية".

فلم يكن للمصري المقيم بالخارج أي حقوق سياسية قبل ثورة 25 يناير 2011 وبدأ إعطائهم حق التصويت في الخارج بداية من المرسوم بقانون رقم 130 لسنة 2011 والذي نص في المادة (1) منه على أن "كفل الدولة للمصريين المقيمين خارج البلاد ممارسة حقي الاقتراع في الانتخابات العامة وإبداء الرأي في الاستفتاء وفقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون..."، وتطبيق لذلك الحق نص في المادة (2) على أن "على من يرغب من المصريين المقيمين خارج البلاد المقيدين بقاعدة بيانات الناخبين في ممارسة حق الاقتراع وإبداء الرأي خارج البلاد إبداء رغبتهم بطلب يقدم لفرنسية جمهورية مصر العربية في الدولة التي يقيم بها. وينشأ بكل قنصلية سجل لقيود تلك الطلبات، بما في ذلك التسجيل الإلكتروني، وتصدر لجنة الانتخابات الرئاسية أو اللجنة العليا للانتخابات على حسب الأحوال قراراً بمواعيد التسجيل وإجراءاته وكيفية إعداد كشوف الناخبين وطريقة عرضها ومواعيد ومكان العرض".

هذا القانون جاء نتيجة حكم محكمة القضاء الإداري القاضي بالزام الحكومة المصرية بتمكين المصريين في الخارج من التصويت ففرضي بأن المصريين في الخارج ممن تنطبق عليهم شروط الانتخاب تنطبق عليهم أيضاً عقوبات الامتناع عن الاقتراع، والقانون أوجب على كل مصري بلغ 18 عاماً الإدلاء بصوته في الاستفتاءات والانتخابات ولم يفرق بين من يقيم داخل البلاد أو خارجها - وعلي اللجنة العليا للانتخاب وفقاً للقانون اتخاذ جميع الإجراءات الكفيلة بتمكين المواطنين المقيمين في الخارج بالإدلاء بأصواتهم- فالمصريون في الخارج هم من هيئة الناخبين الذين تنطبق عليهم الأحكام التي توقع عقوبات علي من لم يدل بصوته في الانتخابات وبالتالي يجب توفير السبل كي يتمكنوا من الإدلاء بأصواتهم" راجع حكم محكمة القضاء الإداري في الطعن رقم 56267 لسنة 65 ق بجلسة 2011/10/25، حكم منشور علي موقع مجلس الدولة المصري علي شبكة الإنترنت:

سادساً : الكوتا الخاصة بالمرأة : أعطى القانون رقم 46 لسنة 2014 الخاص بانتخابات مجلس النواب تمييزاً خاصاً للنساء فاق كل نسب الكوتا الممنوحة للفئات الأخرى ، فقد أوجب أن يكون من بين المرشحين في القائمة المكونة من (15) مرشح سبعة من النساء ، وفي القائمة المكونة من (45) مرشح واحد وعشرون من النساء ، كما قرر المشرع الدستوري نسبة الربع (25%) في تشكيل المجالس المحلية للنساء وهي نسبة مستحدثة في ظل الدستور الحالي ، وأغلب ظني أن المشرع الدستوري انحاز إلى الآراء الفقهية التي نادى بتمييز المرأة بشكل إيجابي في كافة الانتخابات⁽¹⁾.

وذلك علي الرغم أن الدستور الحالي قبل وبعد تعديل ، لم يتحدث عن نسبة للنساء في نصوصه الخاصة بالانتخابات النيابية، وكل ما نصت عليه هو نسبة (25%) الخاصة بانتخابات المجالس المحلية ، وذلك لقناعات لجنة الخمسين لإعداد المشروع النهائي للتعديلات الدستورية في 4 نوفمبر 2013 ، والذي قرروا فيه أن " المرأة ليست كوته لأنها ليست فئة أو طائفة فهي نصف المجتمع ، ولذلك ليس في دساتير العالم الآن كوتا للمرأة ، منذ تخصيص مقعد للنساء في انتخابات 1984 لأول مرة بالقوائم سميت علي غير الحقيقة أنها كوتا ، ولولا تبني دستور 2012 المعدل عام 2014 إلغاء الكوتا الخاصة بالمرأة لتحول البرلمان في مصر إلي مسرحا يتصارع عليه كل فئة تجد في نفسها الشروط التي دعت إل تقرير نظام كوتا للمرأة ، وهو ما كان سينعكس

(¹) راجع في كوتت المرأة أ.ريما ككتانة نزال، مرجع سابق، ص 28، وما بعدها، أ. بسنت محمد علي موسي، مرجع سابق، ص 121، د. فاطمة حماده عبد العظيم عمران، مرجع سابق، ص 561.

وبمراجعة تاريخ تمكين المرأة المصرية سياسياً من خلال التعيين ومن خلال التشريعات المختلفة يتبين أن الرئيس/ جمال عبد الناصر عين خمس سيدات عضوات بمجلس الأمة عام 1957، ثم في المجلس المشكل عقب الانفصال عن سوريا المشكل بعد صدور 1964 عين ثمانية سيدات، ثم فشلت المرأة في انتخابات المجلس عام 1969 فلم يفوز بالانتخابات سوى ثلاثة سيدات فقط، ثم جاء القانون رقم 21 لسنة 1979 ليعدل قانون مجلس الشعب رقم 38 لسنة 1972 لينص علي وجوب تمثيل المرأة وجوباً بمجلس الشعب بحد أدنى قدره ثلاثون مقعداً للمرأة، وذلك عندما نص في المادة 1/3 منه علي أن " تقسم جمهورية مصر العربية إلي مائة وستة وسبعين دائرة انتخابية، وتحدد الدوائر الانتخابية بقانون، وينتخب عن كل دائرة عضوان في مجلس الشعب يكون أحدهما علي الأقل من العمال والفلاحين باستثناء ثلاثين دائرة انتخابية.. ينتخب عن كل منها – بالإضافة إلي العضوين – عضو ثالث من النساء.."، ثم عدلت النسبة لواحد وثلاثون مقعداً بالقانون رقم 114 لسنة 1983، ثم تم تعديل ذلك بشغل المقاعد المخصصة للمرأة في الدوائر الانتخابية من مقاعد الحزب الحاصل علي أكبر عدد من الأصوات الصحيحة، ثم صدر القانون 188 لسنة 1986 ليلغي التمييز الذي تحصل عليه المرأة بتخصيص مقاعد لها، ثم مع التحول للانتخاب الفردي والغاء نظام الانتخاب بالقائمة بموجب القانون 201 لسنة 1990 ظهر ضعف المرأة في الانتخابات حيث لم يستطع الفوز في الانتخابات سوى سبع سيدات وعين رئيس الجمهورية ثلاثة أخريات، ثم في انتخابات 1995 نجحت خمس سيدات فقط وعين رئيس الجمهورية أربعة مما يعني تراجع تمثيل المرأة والذي ظهر بوضوح في انتخابات عام 2000 فعلي الرغم من دخول المرأة المصرية بأعداد كبيرة من المرشحات إلا أن نجاحها تمثل في فوز سبع سيدات فقط وتعيين أربعة بمعرفه رئيس الجمهورية، ثم في عام 2005 شغلت المرأة أربع مقاعد بالانتخاب وخمسة بالتعيين، ثم في مجلس 2012 مجلس الثورة علي الرغم من ترشح الكثير من النساء علي قوائم الأحزاب إلا أن تمثيل المرأة وصل إلي 2% فقط من عدد الأعضاء في مجلس الشعب، راجع في ذلك السرد التاريخي د. مدحت أحمد محمد يوسف غنايم، مرجع سابق، ص 37، وما بعدها.

ثم ارتفعت نسبة تمثيل المرأة في ظل الدستور المعدل في 2014 الذي يعطى كوته تمييزية للمرأة والتي ظهرت آثارها في انتخابات مجلس الشعب عام 2015، فوصلت إلى ما صرح به اللواء رفعت قمصان مستشار رئيس مجلس الوزراء إلى 89 نائبة منهم 75 منتخبين و 14 معينين، راجع أ. عبد اللطيف صبح: مقال صحفي بعنوان: اللواء رفعت قمصان لـ"النواب": نسبة الشباب والمرأة داخل البرلمان هي الأعلى في تاريخ مصر. وهناك من يكافح من أجل "المحروسة" بالخارج تويتات". ونسعى إلى تطبيق التصويت الإلكتروني أقرب فرصة، جريدة اليوم السابع، العدد الصادر في 2016/1/3، متاح على شبكة الانترنت على موقع: <http://www.youm7.com>

ومن -وجهة نظرنا -جاءت زيادة نسبة النساء في برلمان 2016 بهذا الشكل الكبير، ليس بسبب نضج المجتمع أو قدرات المرأة السياسية وظهورها بقوة علي الساحة نتيجة تمكينها لسنوات عديدة بالكوتا، بل بسبب القانون رقم 46 لسنة 2014 الذي ميزها بكوته كبيرة تفوق كل الفئات المميزة به، كما ميزها قرار التعيين الصادر من السيد / عبد الفتاح السيسي بتعيينه 14 أمرة من واقع 28 معين طبقاً للقانون.

بالطبع علي الأداء التشريعي في مصر، إذ ستصبح الفئات النوعية هي التي تعبر عن ذاتها داخل البرلمان بحسب مرجعية وانتماء كل فئة، ولن يصبح بالتالي البرلمان الأداة الحقيقية للشعب بأكمله الذي يعرف أولوياته ويصدر القوانين وفقاً لتلك الأولوية⁽¹⁾. ومن وجهة نظر الباحث أنه لم تكن هناك حاجة لتمييز المرأة بموجب نصوص الدستور الحالي الخاصة بالانتخابات فالمادة (11) من ذات الدستور جاء نصها على أن "تكفل الدولة تحقيق المساواة بين المرأة والرجل في جميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وفقاً لأحكام الدستور. وتعمل الدولة على اتخاذ التدابير الكفيلة بضمان تمثيل المرأة تمثيلاً مناسباً في المجالس النيابية، على النحو الذي يحدده القانون..."، فوجود هذه المادة كافياً جداً لتحقيق التمييز الإيجابي للمرأة في الانتخابات المحلية عن طريق القانون.

كما أن دور المرأة بصفة عامة في المجتمع لن يتم تفعيله بكونها انتخابية بل سيتم تفعيله، عندما يقوم المجلس القومي للمرأة المنشأ عام 2000 بالقيام بدوره، نحو تمكين المرأة وتفعيل حقوق المواطنة لها في كافة الجوانب السياسية والاقتصادية والاجتماعية على نحو سواء، خصوصاً وأن للمجلس القومي للمرأة فروعاً في كل محافظة من محافظات الجمهورية، هذه الفروع التي تعد أذرعاً لتنفيذ السياسات العامة للمجلس، والتي يجب أن يكون لها دور كبير في دمج المرأة في سياسات التنمية بالمحافظة⁽²⁾.

المبحث الثالث

أثر الكوتا الانتخابية على مبدأ المواطنة

تمهيد تقسيم:

يرتكز مبدأ المواطنة على عدد من الركائز، والتي من أهمها مبدأ المساواة وعدم التمييز للذات يعدان الركيزتين الأساسيتين لمبدأ المواطنة، وبإنتهاكهما تصبح المواطنة أسم بلا معنى ولا مضمون، وسنحاول فيما يلي توضيح مدى التعارض أو التوافق بين تحديد حصص انتخابية بنصوص قانونية لفئات معينة بالمجتمع، ومبدأ المساواة وعدم التمييز الدستوري سواء في نصوص الدستور أو أحكام القضاء الدستوري.

المطلب الأول: نظام الكوتا الانتخابية ونصوص الدستور المصري.

المطلب الثاني: نظام الكوتا الانتخابية والفقهاء القانونيون أحكام المحكمة الدستورية العليا.

المطلب الأول

نظام الكوتا الانتخابية ونصوص الدستور المصري

يشكل الدستور السياق والإطار القانوني للدولة الذي من خلاله تتحدد طريقة تشكيل وتكوين تنظيمات وهيئات الدولة المختلفة، موضحاً الفلسفة المجتمعية والخلفية الثقافية له، وسنتناول مدى اتفاق أو تعارض فكرة الكوتا الانتخابية مع ديباجة الدستور المصري ونصوصه المختلفة، وذلك في إطار نص المادة (227) من الدستور المصري المعدل في عام 2014، والتي تنص على أن "يشكل الدستور بديباخته وجميع نصوصه نسيجاً مترابطاً، وكلاً لا يتجزأ، وتتكامل أحكامه في وحدة عضوية متماسكة".

(1) د. شريف محمد شاکر محمد عفيفي، مرجع سابق، ص 69، 70.

(2) أ. حنان كمال عبد الغني أبوسكين، مرجع سابق، ص 107.

نظام الكوتا الانتخابية في ظل مقدمة دستور المصري المعدل في عام 2014: تعرف مقدمات الدساتير بأنها " مجموعة من المبادئ والأسس العامة التي تنظم المجتمع بصفة عامة، وتوضح حقوق وواجبات الأفراد، فهي تعتبر بمثابة الإطار العام لما يجب أن يكون عليه المجتمع، كما تعتبر بمثابة توجهات يجب أن تسيير على هديها النصوص الدستورية، فهي توضح الاتجاهات الفلسفية والاجتماعية والسياسية التي يجب أن تقوم عليها السلطة في الدولة"⁽¹⁾، وقد اختلف الفقه الدستوري في مدى قوة والزامية مقدمات الدساتير فذهب البعض إلى أن " ديباجة الدستور هي جزء من الدستور متصل به مر بنفس المراحل التي مر بها وضع الدستور وإقراره، لذلك كان من المنطقي أن يكون لهذه المقدمات قوة الدستور ذاته"، كما فرق البعض في المرتبة القانونية لمقدمات الدساتير فالبعض: غالي فأعطى لها قيمة أعلي من قيمة الدستور ذاته، وبالتالي فهي تلزم المشرع الدستوري والمشرع العادي، والبعض الآخر: اعتبرها مساوية لقيمة الدستور، والبعض الآخر: وضعها في مرتبة القانون العادي، ومن ثم تملك السلطة التشريعية تعديلها أو إلغاؤها⁽²⁾، وجانب آخر: فرق بين نوعين من المبادئ التي تتضمنها هذه الديباجة الدستورية فقرر أن المبادئ التي ترد في شكل قواعد قانونية قابلة للتطبيق، وتتضمن إنشاء مراكز قانونية معينة وتنص صراحة علي الزاميتها، وهذا النوع منها يعد ملزما قانونيا، سواء عند من يري أن تكون مرتبتها أعلي من الدستور أو عند من يري أن يكون لها مرتبة القواعد الدستورية؛ أما ما لم يتم صياغته في شكل قواعد قانونية بل تقتصر علي نصوص تعبر فقط عن التوجيهات والأهداف والمثل العليا للدولة فهي تتجرد من كل قيمة قانونية ملزمة وتقتصر أهميتها علي أن يكون لها قيمة أدبية؛ أما الرأي الأخير فينكر كل قيمة قانونية لهذه المبادئ لأنها لا تؤدي إلي انشاء مراكز قانونية بل هي مجرد اعلان عن مبادئ فلسفية وسياسية تعبر عن أهداف ومثل للدولة فلها قيمة أدبية فقط⁽³⁾.

وبعد استعراض الآراء الفقهية السابقة الخاصة بالقيمة الدستورية لمقدمات الدساتير، كان لزاما علينا أن نراجع ما ورد بديباجة الدستور المعدل في عام 2014 بالنسبة لمبدأي المساواة وعدم التمييز تلاحظ الآتي " ... نكتب دستورا يحقق المساواة بيننا في الحقوق والواجبات دون أي تمييز"، مما يعني أن الكوتا الانتخابية وهي نظام تمييزي يخالف ترسيخ مبدأ المساواة المنصوص عليه في ديباجة الدستور.

نظام الكوتا الانتخابية في ظل الدستور المصري المعدل في عام 2014: عندما تفسر النصوص الدستورية يتم تفسيرها في ضوء ما انتهى إليه القضاء الدستوري من أنها " تفسر بافتراض تكاملها باعتبار أن كلا منها لا ينعزل عن غيره، وإنما تجمعها تلك الوحدة العضوية التي تستخلص منها مراميها، ويتعين بالتالي التوفيق بينها، بما يزيل شبهة تعارضها ويكفل اتصال معانيها وتضامها، وترابط توجهاتها وتساندها، ليكون ادعاء تماحها لغوا، والقول بتأكلها ههنا؛ وكان مضمون الحقوق السياسية التي يثيرها النزاع الراهن، إنما يتحدد على ضوء اتصال هذه الحقوق بمبدأ تكافؤ الفرص، وبإعمال مبدأ المساواة أمام القانون"⁽⁴⁾.

ومن هذا المنطلق وبمراجعة نصوص الدستور وجدنا أن نظام الكوتا الانتخابية يتعارض مع نص المادتين (9)، (53) من ذات الدستور والتي قررت الأولى أن " تلتزم الدولة بتحقيق تكافؤ الفرص بين جميع المواطنين، دون تمييز"، في حين جاء نص الأخيرة كالآتي " المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب

(1) راجع د. محمد أبو زيد محمد علي، مرجع سابق، ص 81.

(2) راجع د. رمزي طه الشاعر، مرجع سابق، ص 128، وما بعدها.

(3) راجع في تفاصيل الآراء الفقهية د. محمد أبو زيد محمد علي، مرجع سابق، ص 82، وما بعدها.

(4) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 17 لسنة 14 ق. د جلسة 14/1/1995، حكم منشور على موقع بوابة مصر للقانون والقضاء على شبكة الإنترنت: <http://www.laweg.net>.

الدين، أو العقيدة، أو الجنس، أو الأصل، أو العرق، أو اللون، أو اللغة، أو الإعاقة، أو المستوى الاجتماعي، أو الانتماء السياسي أو الجغرافي، أو السن، أو لأي سبب آخر".

فالمشرع الدستوري قد وضع تمييز إيجابي لفئات معينة بالمجتمع، مما يُظهر انفصال النصوص الدستورية في الدستور الحالي وعدم تكاملها بل وتعارضها في بعض الأحيان، وهو ما يخالف ما استقر عليه أحكام المحكمة الدستورية العليا من أن "الأصل في النصوص التي يتضمنها الدستور هو تساندها فيما بينها، واتفاقها مع بعضها البعض في صون القيم والمثل العليا التي احتضنها الدستور ولا يتصور بالتالي تعارضها أو تماحها، ولا علو بعضها على بعض، بل جمعها تلك الوحدة العضوية التي تقيم من بنائها نسيجاً متصافراً يحول دون تدهمها"⁽¹⁾، كما أن "الأصل في النصوص الدستورية أنها تعمل في إطار وحدة عضوية تجعل من أحكامها نسيجاً متألفاً متماسكاً، بما مؤداه أن يكون لكل نص منها مضمون محدد يستقل به عن غيره من النصوص استقلالاً لا يعزلها عن بعضها البعض، وإنما يقيم منها في مجموعها ذلك البنيان الذي يعكس ما ارتأته الإرادة الشعبية أقوم لدعم مصالحها في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ولا يجوز بالتالي أن تفسر النصوص الدستورية بما يتعد بها عن الغاية النهائية المقصودة منها، ولأن ينظر إليها بوصفها هائمة في الفراغ، أو باعتبارها قيماً مثالية منفصلة عن محيطها الاجتماعي"⁽²⁾.

المطلب الثاني

نظام الكوتا الانتخابية والفقہ القانوني أحكام المحكمة الدستورية العليا

أولاً: أكدت المحكمة الدستورية العليا النهج التاريخي للمشرع الدستوري في تقريره لمبدأ المساواة وأهمية هذا المبدأ في الحفاظ على المجتمع بقضائها بين "الدساتير المصرية جميعها بدءاً بدستور سنة 1923، وانتهاء بالدستور القائم، رددت جميعها مبدأ المساواة أمام القانون de Jure، وكفلت تطبيقه على المواطنين كافة باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعي، وعلى تقدير أن الغاية التي يستهدفها تمثل أصلاً في صون حقوق المواطنين وحريةهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيدها ممارستها، وأضحى هذا المبدأ - في جوهره - وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر نطاق تطبيقها على الحقوق والحرية المنصوص عليها في الدستور، بل يمتد مجال أعمالها كذلك، إلى تلك التي كفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية، فقيمة التكافؤ في فرص الحياة كقيمة سياسية تعنى النظر إلى الأفراد بوصفهم كائنات بشرية متوازنة أمام أهداف محددة دون الأخذ في الاعتبار بقوتهم السياسية والاقتصادية أو بخصائصهم الدينية والعرقية والثقافية، أي أن كل الناس سواء والأجدر منهم وفقاً لشروط موضوعية هو الأحق بالوصول إلى أهدافه أو فرصه في الحياة، فإعطاء الجميع فرصاً متكافئة هو الذي يظهر الفروق بين الناس من حيث الأخلاق والقدرة العقلية"⁽³⁾.

ثانياً: لا يمكن قبول ما يروج له البعض من أن الكوتا يمكن اعتبارها تطوراً للمفهوم الليبرالي التقليدي لمفهوم المساواة والذي يقوم على مبدأ تكافؤ الفرص ليتحول إلى تكافؤ النتائج بدلاً من تكافؤ الفرص والذي يقوم على أساس أن إسقاط الحواجز

(1) راجع حكماً المحكمة الدستورية العليا في القضيتين رقمًا 144 لسنة 18 ق. د بجلسة 1997/9/1، 163 لسنة 20 ق. د جلسة 2000/6/5، حكم منشور على موقع بوابة مصر للقانون والقضاء على شبكة الإنترنت: <http://www.laweg.net>.

(2) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 11 لسنة 13 ق. د جلسة 2000/7/8، حكم منشور على موقع بوابة مصر للقانون والقضاء على شبكة الإنترنت: <http://www.laweg.net>.

(3) د. وهدان محمد رشاد: القيم السياسية في المجتمع المحلي، بحث مقدم للمؤتمر السنوي الثامن للبحوث السياسية المنظم بكلية الاقتصاد والعلوم السياسية جامعة القاهرة، خلال الفترة من 3-5 ديسمبر 1994، والمنشور بمعرفة مركز البحوث والدراسات السياسية بذات الكلية وبذات الجامعة، ط. 1، 1995، ص 181.

الرسمية ليس كافيا في ظل معوقات واقعية وعملية وذات أبعاد اجتماعية واقتصادية وثقافية، وبالتالي يعد نظام تخصيص المقاعد وسيلة لتحقيق تكافؤ النتائج والقفز فوق المعوقات الحقيقية العلني منها والخفي⁽¹⁾، لأن ذلك يتناقض مع أحكام المحكمة الدستورية العليا المستقرة علي أن " ما يصون مبدأ المساواة ولا ينقض محتواه هو التنظيم الذي يقيم تقسيما تشريعيًا ترتبط فيه النصوص القانونية التي يضمها، بالأغراض المشروعة التي يتوخاها، فإذا قام الدليل علي انفصال هذه النصوص عن أهدافها، أو كان اتصال الوسائل بالمقاصد واهيا كان التمييز انفلاتا وتعسفا، فلا يكون مشروعًا دستوريًا⁽²⁾.

ثالثًا: إن كان مبدأ المساواة أمام القانون لا يعنى معاملة المواطنين جميعًا وفق قواعد موحدة، ذلك أن التنظيم التشريعي قد ينطوي علي تقسيم أو تصنيف أو تمييز سواء من خلال الأعباء التي يلقيها علي البعض أو من خلال المزايا التي يمنحها لفئة دون غيرها، إلا أن منطوق دستورية هذا التنظيم ألا تنفصل نصوصه التي ينظم بها المشرع موضوعًا معينًا عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التي استوجب تحقيقها بالوسائل التي لجأ إليها منطوقًا وليس واهيا أو واهنا أو منتحلًا بما يخل بالأسس التي يقوم عليها التمييز المبرر دستوريًا، ومن ثم فإذا ما قام التماثل في المراكز القانونية التي تنتظم بعض فئات المواطنين وتساوهم بالتالي في العناصر التي تكونها، استوجب ذلك وحدة القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها في حقهم، فإن خرج المشرع في ذلك سقط في حماة المخالفة الدستورية، سواء كان خروجه هذا مقصودًا أم واقع⁽³⁾.

أي أن التمييز الذي أقرته تلك الأحكام لا بد أن يستند إلى ما يبرره ويجب أن يكون هذا المبرر حقيقيًا ومنطوقًا وليس واهيا أو منتحلًا، فلا يوجد من وجهة نظرنا ما يبرر حقيقة هذا التمييز الفج لبعض فئات المجتمع اللهم إلا أن الهدف منه إرضاء بعض فئات الشعب المصري فقط، وهو ما يتناقض كليًا مع المبدأ الديمقراطي الذي لا يعتد إلا بصفة المواطنة فقط⁽⁴⁾.

رابعًا: مخالفة النص الدستوري محل الدراسة لمبدأ المساواة بين كافة المواطنين ينحصر في عدم التمييز بين من تتساوى مراكزهم القانونية من خلال تطابق العناصر التي يقوم عليها، وبالتالي أضحي هذا المبدأ في جوهره وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر تطبيقها على حقوق الأفراد وحرمانهم المقررة في الدستور فحسب، بل ينسحب مجال أعمالها كذلك إلى الحقوق التي يكفلها المشرع لهم في حدود سلطته التقديرية⁽⁵⁾.

خامسًا: ارتباط مبدأ المساواة وعدم التمييز بمفهوم الديمقراطية، فلا يجوز في إطار إنفاذ التمييز بين المواطنين بعضهم البعض في شأن الحقوق السياسية التي يمارسونها كالاقتراع والترشيح وإبداء الرأي في الاستفتاء⁽⁶⁾، وهو ما أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا في حكم حديث لها عندما قضت بأن " دستور 2014 قد أولي مبدأ المساواة أهمية كبرى بوجود نص المادة

(1) أ. بسنت محمد علي موسي، مرجع سابق، ص 119.

(2) راجع أحكام المحاكم الدستورية العليا في القضايا أرقام 34 لسنة 13 ق. د جلسة 4/6/1994، 72 لسنة 20 ق. د بجلصة 6/11/1999، 219

لسنة 21 ق. د جلسة 22/9/2002، حكم منشور على موقع بوابة مصر للقانون والقضاء على شبكة الإنترنت: <http://www.laweg.net>.

(3) راجع حكما المحكمة الدستورية العليا في القضيتين رقمًا 155 لسنة 18 ق. د جلسة 6/3/1999، 195 لسنة 20 ق. د جلسة 1/1/2000، حكم منشور على موقع بوابة مصر للقانون والقضاء على شبكة الإنترنت: <http://www.laweg.net>.

(4) د. حسين عثمان محمد عثمان: الإدارة الحرة للوحدات المحلية دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2015، ص 195.

(5) راجع أحكام المحكمة الدستورية العليا في القضايا أرقام 21 لسنة 16 ق. د جلسة 3/2/1996، ورقم 6 لسنة 13 ق. د جلسة 16/5/1992، ورقم 37 لسنة 9 ق. د جلسة 19/5/1990، ورقم 21 لسنة 7 ق. د جلسة 29/4/1989، حكم منشور على موقع بوابة مصر للقانون والقضاء على شبكة الإنترنت: <http://www.laweg.net>.

(6) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 2 لسنة 7 ق. د جلسة 3/2/1996، حكم منشور على موقع بوابة مصر للقانون والقضاء على شبكة الإنترنت: <http://www.laweg.net>.

(53) منه بين دفتيه وأظهرت في حكمها أهمية "هذا المبدأ باعتباره ركيزة أساسية للحقوق والحريات في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيده ممارستها، باعتباره وسيلة لتقرير الحماية المتكافئة بين المراكز القانونية التي تنظم بعض فئات المواطنين وتساوهم بالتالي في العناصر التي تكونها، استوجب ذلك وحدة القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها في حقهم، فإن خرج المشرع على ذلك سقط في حمأة المخالفة الدستورية"⁽¹⁾.

سادساً: أن صور التمييز بين المواطنين التي قصد الدستور -وإن تعذر حصرها، إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعاد ينال بصورة تحكومية من الحقوق أو الحريات التي كفلها الدستور أو القانون. وعلى رأسها - وفي مركز الصدارة منها - حقاً الاقتراع والترشيح باعتبارهما محور السيادة الشعبية وقاعدة بنيانها - فلا يجوز إنكار أصل وجودها أو تقييد آثارها بما يحول دون مباشرتها على قدم من المساواة الكاملة بين المؤهلين قانوناً لممارستها أو الانتفاع بها.⁽²⁾

سابعاً: مخالفة الكوتا لحق المواطنين في اختيار المرشحين وذلك بتضييق نطاق الاختيار في عدد محدد من المرشحين وهو ما يفرض على المواطن أما اختيار ذلك المرشح أو مقاطعة الانتخابات وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن "أن حق المرشحين في الفوز بعضوية المجالس التي كفل الدستور والقانون صفحتها التمثيلية، لا ينفصل عن حق الناخبين في الإدلاء بأصواتهم لاختيار من يثقون فيه من بينهم، ذلك أن هذين الحقين مرتبطان، ويتبادلان التأثير فيما بينهما ولا يجوز بالتالي أن تفرض على مباشرة أيهما تلك القيود التي لاتتصل بتكامل العملية الانتخابية وضمنان مصداقيتها Integrity and Reliability of the Electoral Process أو بما يكون كافلاً إنصافاً، وتدقق الحقائق الموضوعية المتعلقة بها، بل يجب أن تتوافر لها بوجه عام أسس ضبطها، بما يصون حيديتها، ويحقق الفرص المتكافئة بين المتزاحمين فيها، ومن ثم تقع هذه القيود في حمأة المخالفة الدستورية، إذا كان مضمونها وهدفها مجرد حرمان فئة من المواطنين -ودون أسس موضوعية - من فرص الترشيح لعضوية تلك المجالس أو تقييدها"⁽³⁾، كما قضت أيضاً بأن "إن حقي الترشيح والانتخاب من الحقوق الأساسية التي كفلها الدستور، وهما باعتبارهما كذلك، لا يجوز المساس بهما، أو تفسير النصوص التشريعية التي تنظمهما على نحو يؤدي إلى الانتقاص من محتوَاهما، بل يتعين تفسيرها تفسيراً ضيقاً يؤدي إلى عدم مصادرة حق الناخبين في اختيار المرشح الذي يَرَوْن أنه أهلاً لتمثيلهم في مجلس الشعب، وفتح باب الترشيح أمام كل من يرغب في الترشيح لعضوية ذلك المجلس، وفتح باب الترشيح أمام كل من يرغب في الترشيح لعضوية ذلك المجلس، وتحقق ذلك يدعم حقي الانتخاب والترشيح معاً"⁽⁴⁾.

ثامناً: نظام الحصص بوصفها فرض من القيادة السياسية لا تعكس بالضرورة دراسة حقيقية للاحتياجات أو النظر في البيئة الحالية، فإدخال نظام الحصص بالنسبة لهم يعبر إلى حد كبير عن رغبة شخصية من النخبة، وبالتالي فلا يمكن اعتباره تعبيراً طبيعياً عن الوضع الاجتماعي السائد أو عن المصلحة الوطنية⁽⁵⁾، كما أنه يتناقض مع فكرة التضامن الاجتماعي بين أفراد المجتمع وهو ما قرره المحكمة الدستورية العليا عندما قضت بأن "أن ما نص عليه الدستور ... من قيام المجتمع على

(1) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 34 لسنة 31 ق. د جلسة 2015/1/10، حكم منشور على موقع بوابة مصر للقانون والقضاء على شبكة الإنترنت: <http://www.laweg.net>.

(2) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 2 لسنة 16 ق. د جلسة 1996/2/3، حكم منشور على موقع بوابة مصر للقانون والقضاء على شبكة الإنترنت: <http://www.laweg.net>.

(3) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 2 لسنة 16 ق. د جلسة 1996/2/3، حكم منشور على موقع بوابة مصر للقانون والقضاء على شبكة الإنترنت: <http://www.laweg.net>.

(4) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 1 لسنة 36 ق. د تفسير جلسة 2004/3/7، حكم منشور على موقع بوابة مصر للقانون والقضاء على شبكة الإنترنت: <http://www.laweg.net>.

(5) أ. بسنت محمد علي موسي، مرجع سابق، ص 122.

أساس من التضامن الاجتماعي ، يعنى وحدة الجماعة في بنائها وتداخل مصالحها لا تصادمها ، وإمكان التوفيق بينها ، ومزاجتها ببعض عند تعارضها ، واتصال أفرادها وترابطهم بما يرضى القيم التي تؤمن بها ، ليكون بعضهم لبعض ظهيراً فلا يتفرون بدياً. وهم بذلك شركاء في مسئوليتهم قبلها ، لا يعلو بعضهم على بعض ، ولا يتقدم فريق منهم على غيره في الحقوق التي يباشرها ، ولا ينال قادراً منها يكون بها أكثر امتياز من سواه ، بل يتمتعون جميعهم - وبغض النظر عن آرائهم ما كان منها سياسياً أو رمزياً أو متخذاً غير ذلك من الأشكال - بالحقوق عينها - التي تتكافأ مراكزهم القانونية قبلها ، وبالوسائل ذاتها التي تعينهم على ممارستها. ولا يجوز بالتالي - وفي نطاق المجالس الشعبية المحلية - أن يقبض المشرع يده عن نفر من المواطنين ليكون صوتهم فيها خافتاً ، وموقفهم متراجعاً ، وأن يبسطها على غيرهم لتكون أكثر تمثيلاً لمصالحهم ، وأحفل بشئونهم⁽¹⁾.

تاسعاً: من الواضح أن مبتدعي نظام الحصص كانوا يريدون به استمالة طوائف معينة من الشعب لترسيخ لحكمهم ؛ وتسأل الفقه كيف لنظام سياسي يلغي الدعم الاقتصادي للسلع والخدمات ، ويقبل فكرة الدعم السياسي لفئات معينة من المجتمع أصبحت قادرة علي التأثير بغير دعم ؟ ، كما أن فكرة هذا التمييز يؤدي لوضع حواجز اجتماعية في مجتمع يسعى لأن يكون مجتمعاً ديمقراطياً للمواطن فيه حرية الحركة بين مجموعاته ، وحرية اختيار ما يريد من عمل ، فالظروف الحالية والأوضاع التي يعيشها مجتمعنا والحقائق التي يشهدها عصرنا والأهداف التي نسعي إليها كلها أصبحت تدعو لإلغاء بدعة هذا التمييز السياسي الذي لا مثيل له في دول العالم ، فكل فئة ستسعي لتحقيق مصالحها علي حساب مصالح الآخرين بل علي حساب المصلحة العامة ، أي أن نظام الحصص قد يتسبب في اعلاء المصلحة الخاصة علي المصلحة العامة⁽²⁾

عاشراً: ضمان نسبة تمثيل معينة لأحد الطوائف أو الفئات يفتح الباب أمام مطالبات مناظرة من الفئات والطوائف الأخرى ، وهو ما لا يمكن عده في ميزان وحدة الدولة واستقرارها ، وهو ما اثبتته الأحداث التاريخية فقد كان من بين الأسباب التي أدت إلى قيام الثورة الفرنسية أن البرلمان الموجود عام 1789 والمعروف باسم des ETAT généraux كان قائم على تمثيل أربع فئات هم الأشراف ، ورجال الدين ، وسكان المدن ، والفلاحين ، فالتفرقة بين الطبقات كانت أحد أسباب الثورة الفرنسية التي رفعت مبدأ المساواة إلى جانب الحرية والإخاء⁽³⁾.

حادي عشر: هناك بالفعل مجالس قومية متخصصة منشأة بنصوص الدستور الحالي دستور 2014 أنشئت خصيصاً بغرض حماية الفئات المميزة إيجابياً في الانتخابات ، وتقديم الدعم المادي والمعنوي لهم بغرض تعزيز فرصهم بالمجتمع وتعضيدها ، وذلك بنص المادة (214) من الدستور والتي جاء نصها بأن "يحدد القانون المجالس القومية المستقلة، ومنها المجلس القومي لحقوق الإنسان ، والمجلس القومي للمرأة ، والمجلس القومي للطفولة والأمومة ، والمجلس القومي للأشخاص ذوي الإعاقة ، وبين القانون كيفية تشكيل كل منها، واختصاصاتها، وضمانات استقلال وحياد أعضائها ، ولها الحق في إبلاغ السلطات العامة عن أي انتهاك يتعلق بمجال عملها ، وتمتع تلك المجالس بالشخصية الاعتبارية والاستقلال الفني والمالي والإداري ، ويُؤخذ رأيها في مشروعات القوانين، واللوائح المتعلقة بها، وبمجال أعمالها " ، وهو ما ينفي الحاجة لوجود نظام الكوتا الانتخابية فعلي تلك المجالس أن تقوم بتأهيل الفئات المختصة بها تأهيلاً سياسياً، والسعي لتغيير ثقافة المجتمع بفرض واقع جديد على الجميع أن يعترف بقدرات تلك الفئات ويدعم فوزهم في الانتخابات.

(1) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 2 لسنة 16 ق. دجلة 2/3/1996. حكم منشور على موقع بوابة مصر للقانون

والقضاء على شبكة الإنترنت: <http://www.laweg.net>.

(2) د. زكي محمد النجار، مرجع سابق، ص 256، وما بعدها.

(3) د. فتحي فكرى، مرجع سابق، ص 258.

الخاتمة

تناولنا في بحثنا هذا ماهية مبدأ المواطنة باعتبارها أساسها الولاء والانتماء للمجتمع ، وقمنا بدراسة تلك الفكرة في ضوء تطورها التاريخي عبر مراحل الحضارة الإنسانية ، حتى وصل مفهومها لنا بصورته الحالية ، ثم تطرقنا للمفهوم اللغوي والفقهية ماهية مبدأ المواطنة ، وتتبعنا فكرة المواطنة في الدساتير المصرية ، وأحكام المحكمة الدستورية العليا، ثم تطرقنا في البحث ماهية الكوتا الانتخابية من حيث المفهوم ، وأنواعها، والفئات المميزة بالنص عليه في الدستور المصري الحالي المعدل عام 2014 ، من تمييز بعض فئات المجتمع المصري ، منهم من كان مميزا بنصوص دستورية قديمة ، ومنهم من استحدث تمييزه ، وتتمثل الفئات القديمة في الفلاحين ، والعمال ، والمرأة ، بينما تتمثل الفئات المستحدثة في الشباب ، والأقباط ، والمصريين المقيمين في الخارج ، والمعاقين ، وعرجنا على الآراء الفقهية المؤيدة والمعارضة للكوتا الانتخابية ، وانضممنا إلي الرأي المعارض لفكرة الكوتا الانتخابية ، ثم تناولنا الإشكاليات التي يمكن تثيرها فكرة الكوتا الانتخابية وأثرها علي مبدأ المساواة وعدم التمييز التي يستند عليها مبدأ المواطنة ، ومدى تعارض نظام الكوتا الانتخابية مع نصوص الدستور المصري ودباجته المتعلقة بالمساواة بين المواطنين ، وأحكام المحكمة الدستورية العليا ، وخلصنا في نهاية بحثنا للنتائج التالية :

- 1- لا أهمية للنص على مبدأ المواطنة في الدستور فلا معنى لوجود حقوق اقتصادية واجتماعية وثقافية وسياسية على الورق ، لايتوفر فيها الحد الأدنى من ضمانات ممارستها وتطبيقها على أرض الواقع ، فالمشكلة في المواطنة في أي بقعة من العالم لا تتمثل في غياب نصوص دستورية أو قانونية تضمن حقوق الإنسان ، بل المشكلة تتجلى بوضوح في عدم تطبيق هذه النصوص في الواقع ، بحيث تبقى هذه النصوص جامدة ، فاقدة لمعناها ومبناها.
- 2- نظام الكوتا الانتخابية عرفته الدساتير المصرية منذ ثورة يوليو 1952 بالنسبة لبعض الفئات التي عانت في فترة الملكية ، وهم العمال والفلاحين فقررت النصوص الدستورية لهم نسبة 50% المجالس الشعبية، كما قررت بعض التشريعات الانتخابية كوتا انتخابية للمرأة .
- 3- لم يحقق نظام الكوتا الانتخابية الأهداف المرجوة منه بل على العكس فلم تسن خلال فترة تخصيص مقاعد لفئات معينة مثل العمال والفلاحين أي تشريعات تحمي هذه الفئات بل كل القوانين التي صدرت خلال تلك الفترة كانت ضد مصالحهم ، كما لم يحقق نظام الكوتا الخاص بالمرأة أي تغيير في نظرة المجتمع بالنسبة لها، فعند رفع الكوتا عن المرأة لم يتغير عدد الناجحات في الانتخابات بالزيادة بل حدث تراجع في عددهن على الرغم من تطبيق نظام الكوتا النسائية لفترة زمنية ليست بالقصيرة.
- 4- إضافة إلى مخالفة نظام الكوتا الانتخابية لمبدأي المساواة ، وعدم التمييز ، وإتاحة تكافؤ الفرض بين المواطنين والمقررين بدباجة الدستور الحالي ونصوصه ، والذي ميز بعض الفئات بالكوتا الانتخابية سواء أكان التمييز لفترة زمنية ما ، أم تمييزا مطلقا، مما يظهر منه انفصال النصوص الدستورية في الدستور الحالي وعدم تكاملها بل وتعارضها في بعض الأحيان، وهو أمر غير مقبول ، فلا بد أن تتكامل أحكامه في وحدة عضوية متماسكة.
- 5- إضافة إلى مخالفة نظام الكوتا الانتخابية لما استقرت عليه أحكام المحكمة الدستورية العليا من بطلان أي نصوص قانونية يستشم أو يفهم منها مخالفتها لمبدأي المساواة وعدم التمييز.
- 6- طبقا لما هو مستقر عليه من نصوص الدستور وأحكام المحكمة الدستورية العليا لا بد أن تتكامل نصوص الدستور مع بعضها البعض بحيث تصبح نسيجاً واحداً، فوجود نصوص تميز بين بعض فئات المجتمع تميزاً إيجابياً بالنسبة للحق في الترشح للانتخابات ، يخالف ما هو مستقر عليه من مبدأ دستوري يتعلق بمساواة جميع المواطنين في

الحقوق والواجبات ، الأمر الذي نرى معه وجوب تعديل كل النصوص الواردة في الدستور الحالي التي تقرر أي تمييز إيجابي لأي فئة من فئات المجتمع ، حتى يظهر الدستور الحالي بمظهر النسيج المتكامل الذي لا وجود للتناقض فيه .
7- الغاء نظام الكوتا الانتخابية لن يخل بحقوق فئات المجتمع المهمشة أو صاحبة الأقلية ، ففي ظل وجود مجالس قومية متخصصة منشأة بموجب نصوص الدستور الحالي لها فروع في كل محافظات مصر ، تختص بالاهتمام بكل ما يتعلق ببعض الفئات المميزة بنظام الكوتا الانتخابية ، فيمكن لهذه المجالس من خلال فروعها أن تحقق ما تسعى الكوتا الانتخابية لتحقيقه للفئات المميزة بها إيجابيا ، حيث تسعى لتحسين صورة هذه الفئات والترويج لهم في المجتمع ودعمهم ماليا ومعنويا، وثقافيا وتعليميا، مما يتيح انتخابهم دون نظام الكوتا الانتخابية.

وفي النهاية لا يخالجي شك في أن هذه الدراسة المتواضعة قد اعتورها بعض الأخطاء ، وعذري أنني بشر، يصيب ويخطأ، فالكمال لله وحده سبحانه وتعالى ، والخطأ والقصور هما من سمات الإنسان مهما أبدع وأتقن وجد واجتهد ، وغاية ما ينشده كل باحث في عمله هو تجويد هذا العمل ، ومحاولة إتقانه فحسب ، فإن كنت قد قاربت ما أنشده أو شارفت عليه فهذا فضل من الله ونعمه ، وإن كانت الأخرى فعذري كما قلت أنني بشر الخطأ سماته ، والعجز ديدنه ، وما نشدت إلا الإتيان ، وما ابتغيت إلا الصواب وما أردت إلا الإصلاح ما استطعت، وأخيراً أحمد الله تعالى الذي هيا لي من الأسباب التي مكنتني من إتمام هذا العمل.

وفي الختام أذكر قول الإمام الشافعي عندما قال:

كلما أدبني الدهر أراني نقص عقلي
وإذا ما ازددت علماً زادني علماً بجهلي

قائمة المصادر والمراجع:

المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم المصرية، 2002.

المراجع باللغة العربية:

د. أحمد بودراع: المواطنة حقوق وواجبات، المجلة العربية للعلوم السياسية، لبنان، 2014.

د. أحمد محمد محمد إسماعيل: الحماية الجنائية لحقوق المواطنة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق حلوان، 2012.

أ. ألان تورين: ما هي الديمقراطية؟ حكم الأكثرية أم ضمانات الأقلية؟، ترجمة أ. حسن قبيسي، دار الساق، بيروت، لبنان، ط2، 2001.

د. أميرة المعاييرجي: تمثيل المرأة في المجالس النيابية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2010.

د. إيمان بيبس وآخرين: المشاركة السياسية للمرأة في الوطن العربي، ص17، وما بعدها بحث منشور ومتاح على شبكة الإنترنت على موقع: www.parliament.gov.sy/SD08/msf/1432529550_.pdf

أ. بسنت محمد علي موسى: تمثيل المرأة في مجلس الشعب المصري دراسة في انتخابات 2000، 2005، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، قسم علوم سياسية، جامعة القاهرة، 2010.

- أ. جان توشار وأخريين: تاريخ الفكر السياسي، ترجمة د. علي مقلد، الدار العالمية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط2، 1983.
- د. جاسم الشيخ زيني: الإسلاميون ومقتضيات المواطنة، مجلة المنتدى، العراق، عدد(4)، 2009.
- د. جمعة عبد الحميد سعودي: القانون في مصر بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 1995.
- د. جورج شفيق ساري: دراسات وبحوث حول الترشح للمجالس النيابية شروط وضمانات الترشح للمجالس النيابية مشكلة ازدواج الجنسية وتغيير الهوية السياسية للمرشح بعد الفوز في الانتخابات دراسة عملية نقدية، دار النهضة العربية، 2001.
- د. حسين عثمان محمد عثمان: الإدارة الحرة للوحدات المحلية دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2015.
- أ. حنان كمال عبد الغنى أبو سكين: المواطنة والإصلاح السياسي دراسة النظام السياسي المصري (2003-2008) رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 2009.
- د. دينا محمد حسن وفا، المواطنة الفعالة كمدخل لتحسين الأداء في الجهاز الحكومي: مع التطبيق على الحالة المصرية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 2010.
- د. دينا محمد حسن وفا: دور المواطن في مراقبة الجهاز الإداري في مصر تجارب من الخبرات الدولية (التجربة الأمريكية والبريطانية)، دار النهضة العربية، 2010.
- أ. رضا عطية إبراهيم: المواطنة والانتماء وأثرهما علي الدولة والمجتمع والأسرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مكتبة الأسرة، 2006.
- د. رمزي طه الشاعر: القانون الدستوري، مكتبة الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر، 2002.
- أ. ريماء كتانة نزال: المرأة والانتخابات المحلية قصص نجاح، المبادرة الفلسطينية لتعميق الحوار العالمي والديمقراطية "مفتاح"، نابلس، فلسطين، ط1، يناير 2006.
- د. زكي محمد النجار: الدستور والإدارة المحلية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1995.
- أ. ستينا لارسود، أ. ريتا تافرون: التصميم من أجل المساواة النظم الانتخابية ونظام الكوتا: الخيارات المناسبة والخيارات غير المناسبة، ترجمة أ. عماد يوسف، بحث منشور بمعرفة المعهد الدولي للديمقراطية والانتخابات (IDEA)، متاح شبكة الانترنت على موقع: WWW.ihec.iq
- د. سليمان محمد الطماوي: النظم السياسية والقانون الدستوري "دراسة مقارنة"، د. ن، 1988.
- د. سمير مرقص: المواطنة الثقافية اندماج وتعددية بناء دور العبادة نموذجاً، بحث مقدم لمؤتمر المواطنة: عدالة ومساواة، المنظم بمعرفة المجلس القومي لحقوق الإنسان، مصر، 25 فبراير، 2007.
- د. شريف محمد شاكر محمد: الإصلاح السياسي في ظل التطورات الدستورية في مصر عقب ثورتي 25 يناير و30 يونية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 2016.
- د. عبد البر أحمد مصطفى فضل: الحماية الجنائية لحقوق الطفل في القانون الدولي، رسالة دكتوراه، حقوق أسيوط، 2016.

- أ. عبد اللطيف صبح: مقال صحفي بعنوان: اللواء رفعت قمصان لـ "النواب": نسبة الشباب والمرأة داخل البرلمان هي الأعلى في تاريخ مصر. وهناك من يكافح من أجل "المحروسة" بالخارج تويتات". ونسعى إلى تطبيق التصويت الإلكتروني أقرب فرصة، جريدة اليوم السابع، العدد الصادر في 2016/1/3، متاح على شبكة الانترنت على موقع: <http://www.youm7.com>
- أ. عبد الوهاب الطراف: طروحات حول المواطنة، مجلة رهانات، مركز الدراسات والأبحاث الإنسانية، المغرب، عدد(20)، 2011.
- أ. عصام بن الشيخ: تمكين المرأة المغربية في ظلّ النظم الانتخابية المعتمدة الفرص والقيود، مجلة دفاتر السياسة والقانون - الجزائر، عدد خاص، أبريل 2011.
- د. علي ليلة: المواطنة بين السياق القومي والعالمي، مجلة الديمقراطية، وكالة الأهرام، مصر، عدد(33)، يناير 2009.
- د. علي محمد مصطفى ديهوم: الإنسان وقضايا المواطنة رؤية إسلامية، مجلة العلوم الإنسانية والتطبيقية، كلية العلوم الإنسانية والتطبيقية، الجامعة الاسمية الإسلامية، زلتين، ليبيا، عدد(27)، 2015.
- د. فاطمة حماده عبد العظيم عمران: النظام الانتخابي في جمهورية مصر العربية "دراسة نظرية وتطبيقية"، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 2017.
- د. فتحي فكري: القانون الدستوري، الكتاب الثاني، دار النهضة، 2000.
- أ. كانوني سفيان: المشاركة السياسية للمرأة في المجالس المحلية المنتخبة بين آليات التمكين السياسي وفعالية العضوية" دراسة ميدانية بالمجلس الشعبي الولائي لولاية سطيف" بحث مقدم للندوة العلمية الوطنية المنعقدة يوم 15 مارس 2016، تحت عنوان المشاركة السياسية للمرأة الجزائرية دراسات وأبحاث، والمنعقدة بجامعة محمد لمين دباغين، سطيف، الجزائر، منشور بمعرفة مؤسسة حسين رأس الجبل للنشر والتوزيع، القسطنطينية، الجزائر، 2016.
- د. مدحت أحمد محمد يوسف غنايم: تفعيل دور المرأة في المشاركة السياسية دراسة تأصيلية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2014.
- أ. محمد إبراهيم مبروك: إشكالية المواطنة بين الليبراليين والإسلاميين، التقرير الاستراتيجي العاشر الصادر عن مجلة البيان " بعنوان: واقع الأمة بين الثورات والمراحل الانتقالية"، الرياض، السعودية، 2013.
- د. محمد أبو زيد محمد علي: القضاء الإداري، ط2، د. ن، 2009.
- أ. محمد أحمد درويش: العولمة والمواطنة والانتماء الوطني، عالم الكتب، ط1، 2009.
- د. محمد صلاح عبد البديع السيد: نظام الإدارة المحلية في مصر بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، ط1، 1996.
- د. محمد عبد العزيز محمد علي حجازي: نظام الانتخابات وأثره في تكوين الأحزاب السياسية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 1997.
- د. محمد عمارة: المواطنة، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، العدد(17)، 2010.
- د. محمود علي أحمد مدني: دور المحكمة الدستورية العليا في استجلاء المفاهيم الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني المصري "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، حقوق حلوان، 2015.

- د. مهند العزة: اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة بين متطلبات التنفيذ والرصد الفعال ، سلسلة الدراسات الاجتماعية ، تصدر عن المكتب التنفيذي لمجلس وزراء الشؤون الاجتماعية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، 2011.
- د. ناصر أحمد الخوالدة: المواطنة بين الشعارات والممارسات، مجلة رسالة المعلم، الأردن، العدد الثاني والثالث، يوليو 2012.
- د. نرمين يوسف غوانمة، د. قاسم جميل الثبيات: اتجاهات النخب السياسية حول مشاركة المرأة من خلال الكوتا" دراسة ميدانية"، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، الأردن، عدد(3)، 2011.
- د.هاني عبدالكريم أخوارشيدة : أثر الكوتا النسائية على مشاركة المرأة الأردنية في قانون البلديات لعام 2007م: بلدية رحاب الجديدة – المفرق: دراسة حالة ، مجلة المنارة للبحوث والدراسات – الأردن، عدد(3)، 2010.
- د.هنا صوفي عبد الحي : الكوتا النيابية النسائية بين التأييد الدولي والمواقف العربية المتناقضة ، المجلة العربية للعلوم السياسية ، لبنان ، عدد(23) ، يوليو 2009.
- د. هند خالد الخليفة: الأطفال والمواطنة بعض المتغيرات الثقافية في التربية الوطنية، مجلة الطفولة والتنمية، مصر، عدد(18)، أكتوبر 2011.
- د. وليم سليمان قلادة: المواطنة المصرية حركة المحكومين نحو المساواة والمشاركة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مكتبة الأسرة، 2015.
- د. وهدان محمد رشاد: القيم السياسية في المجتمع المحلي، بحث مقدم للمؤتمر السنوي الثامن للبحوث السياسية المنظم بكلية الاقتصاد والعلوم السياسية جامعة القاهرة، خلال الفترة من 3-5 ديسمبر 1994، والمنشور بمعرفة مركز البحوث والدراسات السياسية بذات الكلية وبذات الجامعة، ط.1، 1995.

المراجع الأجنبية:

- Barker Ernest: Greek political theory-plato and his predecessors- Published by Methuen - Barnes & Noble, London, 2015.
- Charles pattie and Patrick seyde, Citizenship and Civil Engagement : Attitudes and Behaviour in Britain ,Political studies,2003 VoL 51.
- Dahll(Robert):On Democracy-New York-Yale university press ; 1 edition August 11, 2000.
- Thomas Janoski,Citizenship and civil society,aFramework of rights and obligations in Liberal Traditional and social democratic regimes , Cambridge press,1998.



مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة ISSN 2414-7931
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2018