

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك / 73 نونبر 2018

❖ من مواضيع العدد 73 : نونبر 2018 :

- حقوق اللاجئين - دراسة فقهية قانونية.
- الحماية القانونية للمصنفات الرقمية.
- فقه الأقليات المسلمة في إباء الزوج الإسلام.
- أسباب انقضاء شركة المحاصة وحسابها الختامي .
- التمييز بين العمل القضائي والاجتهاد القضائي.
- التسرب كآلية جديدة لمواجهة تهريب الأشخاص.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

الصفحة الرئيسية | المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك | الاتصال والبرقيات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

اسم الله الرحمن الرحيم	الصفحة الرئيسية
استغلال الفضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخوي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30) ... المزيد	اللجنة الاستشارية
كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديفي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21) ... المزيد	أهداف المجلة
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المعاصر : الدكتور صلاح الدين دكداك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17) ... المزيد	أخبار المجلة
قراءة في النظام الفكري الموالي (قرون 02/15) : الأستاذ الدكتور الطيب بن لمقدم محام هيئة الرباط خمسات (2012/10/14) ... المزيد	اتصلوا بنا
	المدير المسؤول
	شروط النشر
	مقالات فقهية
	مقالات قانونية
	مقالات مقارنة
	مقالات بلقسية
	حوارات علمية
	تقارير خاصة
	المساهمون بالمجلة
	إعداد المجلة
	توزيع المجلة

العدد الثالث والسبعون : نونبر 2018

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي.(ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال مشتركاً أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (ما يقارب 3000 كلمة).
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكداك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرنسي : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري : أستاذ بكلية الحقوق السويس بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي : أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحياء الطالبى: أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

ردمد : 2336-0615

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الثالث والسبعون : لشهر أونبر 2018

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 73 لشهر نونبر 2018 بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكداك.....03

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. حقوق اللاجئين - دراسة فقهية قانونية : الدكتور عبد المؤمن بن عبد القادر شجاع الدين ، أستاذ و رئيس قسم

الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون جامعة صنعاء - اليمن.....06

3. الحماية القانونية للمصنفات الرقمية : (دراسة في التشريع الجزائري والمقارن) : الدكتور عبد الرحمان خلفي

أستاذ محاضر، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية- الجزائر.....42

4. فقه الأقليات المسلمة في إباء الزوج الإسلام : الدكتور محمد إسماعيل خليل ، أستاذ القضاء الشرعي المشارك

جامعة الجوف كلية العلوم الإدارية والإنسانية قسم الدراسات الإسلامية ، المملكة العربية السعودية.....52

5. أسباب انقضاء شركة المحاصة وحسابها الختامي وفق أحكام قانون الشركات الفلسطيني والفقه الإسلامي - دراسة

تحليلية مقارنة : الدكتور وئام مصطفى محي الدين مطر ، أستاذ القانون التجاري المساعد - جامعة فلسطين.....69

6. العمل القضائي و الاجتهاد القضائي - محاولة للتمييز بين المفهومين : جابر التامري ، خريج ماستر القانون المدني

بكلية الحقوق أكادير ، المملكة المغربية.....82

7. التسرب كآلية مستحدثة لمواجهة تهريب الأشخاص : الدكتور فيصل بوخالفة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة ليامين دباغين- سطيف 2 - الجزائر.....89

ترتيب المقالات يخضع لإعتراف فنية

كل المقالات المنشورة نعبر عن آراء كاتبها ولا نعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

كلمة العدد الثالث والسبعين لشهر نونبر 2018



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور: صلاح الدين دكداك

Email : Sldg55@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، نضع بين أيديكم العدد الثالث والسبعين لشهر نونبر 2018 من مجلة الفقه والقانون الدولية ، وقد شمل العدد الجديد العديد من الدراسات والأبحاث الهامة من عدة جامعات عربية عريقة ونخص بالذكر :

كلية الشريعة والقانون جامعة صنعاء باليمن ، وكلية العلوم الإدارية والإنسانية جامعة الجوف فسم الدراسات الإسلامية بالمملكة العربية السعودية ، وجامعة فلسفين ، وكلية الحقوق أكادير بالمملكة المغربية ، ثم كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة لياميس ، دباغيس ، سلفيف بالجزائر.

فشكرا لجميع الباحثين بالعالم الذين أكرمونا بتوجيهاتهم وبحوثهم ودراساتهم الأكاديمية القيمة الرصينة، وساهموا في مزيد من التفارب والتواصل والتفاعل بين الباحثين في العلوم الشرعية والقانونية.

ومن بين المواضيع القيمة التي نافشها العدد الجديد ما يلي :

- حقوق اللاجئين - دراسة فقهية قانونية.
- الحماية القانونية للمصنعات الرسمية - «دراسة في التشريع الجزائري والمغارن» - الدكتور عبد الرحمان خلعي ، أستاذ محاضر - جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية - الجزائر.
- فقه الأفليات المسلمة في إباء الزوج الإسلام.
- أسباب انفضاء شركة المحاصة وحسابها الختامي وبق أحكام فانون الشركات العلسهينى والبعفد الإسلامى - دراسة تحليلية مفرانة.
- العمل الفضائى والاجتهاد الفضائى - محاولة للتمييز بين المعهوميى.
- التسرب كآلية مستحدثة لمواجهه تهريب الأشخاص.
- ختاما لا تنسوننا من دعائكم وتوجيهاتكم , وجعلنا العلى الفدير مثل البنيان المرصوص يشد بعضه بعضا.

مع تحيات المدير المسؤول
الدكتور صلاح الدين دكداك
www.majalah.be.ma

دراسات وأبحاث بالعربية ✓

حقوق الالجئين - دراسة فقهية قانونية



د. عبد المؤمن بن عبد القادر شجاع الدين
أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن بكلية
الشريعة والقانون جامعة صنعاء - اليمن

مقدمة :

الحمد لله وحده ، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده ، وعلى آله وصحبه أجمعين : أما بعد :

فإن هذه المقدمة تشتمل على مشكلة البحث وفروضه وتساؤلاته ومناهج البحث وتقسيماته، وذلك على النحو الآتي :

أولاً : مشكلة البحث :

تتمثل مشكلة البحث في أن حقوق الالجئين في الفقه الإسلامي والقانون اليمني والقانون الدولي غير مستقرة في أذهان غالبية المعنيين مع أهمية هذا الموضوع لكثرة اللجوء من وإلى اليمن، ويرجع ذلك إلى الفروض الآتية:

تتأثر مفردات هذا الموضوع في قوانين يمنية عدة وكذا في إتفاقيات دولية وكذا في مراجع ومصادر شتى.

إختلاف معالجة هذه المشكلة في القوانين الوطنية والإتفاقيات الدولية.

نظرة غالبية المواطنين إلى حقوق الالجئين على أنها من قبيل أعمال البر والإحسان وليست من قبيل الواجبات الشرعية على الموسرين، وهي حقوق شرعية ثابتة الالجئين

ثانياً : تساؤلات البحث :

يثير البحث في هذا الموضوع تساؤلات عدة أهمها:

من هم اللاجئين؟ وما الفرق بينهم وبين المشردين والنازحين والمهاجرين؟

ما هي أحكام اللاجئين؟ وما هي حقوقهم المنصوص عليها في الفقه الإسلامي والقانون الوطني والدولي؟

ما هي أسباب اللجوء؟

هل يتمكن اللاجئون من الحصول على حقوقهم المكفولة شرعاً وقانوناً؟

ما هي التوصيات المناسبة لتمكين اللاجئين من حقوقهم؟

ثالثاً : مناهج البحث :

استعمل الباحث المنهج الوصفي والمنهج الاستقرائي، إضافة إلى المنهج التحليلي والمقارن بحسب مقتضيات البحث واحتياجاته.

رابعاً : تقسيمات البحث :

يتكون البحث من مقدمة و مبحثين وخاتمة وبيان ذلك كما يأتي :

المقدمة : وتشتمل على مشكلة البحث وفروضه وتساؤلاته ومناهجه وتقسيماته

المبحث الأول : ماهية اللاجئين : ويشتمل على التعريف باللاجئين وبيان الفرق بينهم وبين غيرهم مع ذكر أسباب اللجوء.

المبحث الثاني : حقوق اللاجئين : ويشتمل على حقوق اللاجئين كل حق حدة في الشريعة والقانون اليمني والدولي.

المبحث الأول : ماهية اللاجئين :

ويتكون هذا المبحث من المطالب الآتية :

المطلب الأول : تعريف اللاجئين.

المطلب الثاني : أسباب اللجوء.

المطلب الثالث : الفرق بين اللاجئين والنازحين.

المطلب الأول : تعريف اللاجئين :

ونذكر أولاً التعريف اللغوي للاجئين ثم نذكر (ثانياً) تعريف اللاجئين في الفقه الاسلامي و(ثالثاً) نذكر تعريف اللاجئين في القانون الدولي العام.

أولاً : التعريف اللغوي للاجئين :

كلمة اللاجئين مصدرها الفعل لَجَأَ إلى الشيء والمكان يَلْجَأُ لَجْأً، وَلُجُوءاً وَمَلْجَأً وَلَجِئَ لَجْأً وَالتَّجَأَ وَالتَّجَأُ أَمْرِي إِلَى اللَّهِ أَسَدْتُ، وفي حديث كَعْبِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَنْ دَخَلَ فِي دِيْوَانِ الْمُسْلِمِينَ ثُمَّ تَلَجَّأَ مِنْهُمْ فَقَدْ خَرَجَ مِنْ قُبَّةِ الْإِسْلَامِ (1) يقال لَجَأْتُ إِلَى فُلَانٍ، وَعَنْهُ وَالتَّجَأْتُ وَتَلَجَّأْتُ إِذَا اسْتَنْدَتَ إِلَيْهِ وَاعْتَصَدْتَ بِهِ أَوْ عَدَلْتَ عَنْهُ إِلَى غَيْرِهِ كَأَنَّهُ إِشَارَةٌ إِلَى الْخُرُوجِ وَالْأَنْفِرَادِ عَنِ الْمُسْلِمِينَ، وَاللَّجَأُ إِلَى الشَّيْءِ اضْطِرُّهُ إِلَيْهِ وَاللَّجَأُ عَصَمَهُ وَالتَّلَجُّهُ الْإِكْرَاهُ، قَالَ أَبُو الْهَيْثَمِ التَّلَجُّهُ أَنْ يُلْجَأَكَ أَنْ تَأْتِيَ أَمْرًا بَاطِنُهُ خِلَافُ ظَاهِرِهِ، وَذَلِكَ مِثْلُ إِشْهَادِ عَلِيٍّ أَمْرَ ظَاهِرُهُ خِلَافُ بَاطِنِهِ، وَفِي حَدِيثِ النُّعْمَانَ بْنِ بَشِيرٍ هَذَا تَلَجُّهُ فَأَشْهَدُ عَلَيْهِ غَيْرِي (2)، التَّلَجُّهُ تَفَعَّلَ مِنَ الْإِلْجَاءِ كَأَنَّهُ قَدْ أَلْجَأَكَ إِلَى أَنْ تَأْتِيَ أَمْرًا بَاطِنُهُ خِلَافُ ظَاهِرِهِ وَأَحْوَجَكَ إِلَى أَنْ تَفْعَلَ فِعْلًا تَكْرَهُهُ، وَكَانَ بَشِيرٌ قَدْ أَفْرَدَ ابْنَهُ النُّعْمَانَ بِشَيْءٍ دُونَ إِخْوَتِهِ حَمَلْتَهُ عَلَيْهِ أُمُّهُ، وَالْمَلْجَأُ وَاللَّجَأُ الْمَعْقِلُ وَالْجَمْعُ أَلْجَاءٌ وَيُقَالُ أَلْجَأْتُ فُلَانًا إِلَى الشَّيْءِ إِذَا حَصَّنْتَهُ فِي مَلْجَأٍ وَلَجِئًا وَالتَّجَأْتُ إِلَيْهِ التَّجَاءُ (3).

ثانياً : تعريف اللاجئين في الفقه الاسلامي :

لا يختلف التعريف الفقهي للاجئين عن التعريف اللغوي، حيث وردت في القرآن الكريم ألفاظ تتفق في مدلولها مع لفظ اللاجئين، مثل لفظ الاستجارة في قوله تعالى (وان احد من المشركين استجارك) ولفظ الاضطرار في قوله تعالى (فمن اضطر في مخمصة) وقوله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد) وعلى هذا فإن اللاجئين في الشريعة الإسلامية هم الأشخاص الذين يضطرون لأي سبب إلى مغادرة دولهم الأصلية إلى دول أخرى (4).

ثالثاً : تعريف اللاجئين في القانون الدولي :

عرفت اتفاقية اللجوء الصادرة عام 1951م في مادتها الأولى اللاجئ بأنه: أي شخص يوجد نتيجة لأحداث وقعت قبل الأول من كانون الثاني سنة 1951م وبسبب تخوف له ما يبرره من التعرض لاضطهاده لأسباب ترجع إلى عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه لفئة اجتماعية معينة أو آرائه السياسية خارج دولة جنسيته وغير قادر أو لا يريد بسبب ذلك التخوف أن يستظل بحماية دولته، أو هو كل شخص لا يتمتع بجنسية ويوجد خارج دولة إقامته المعتادة بسبب تلك الظروف ولا يستطيع أو غير راغب بسبب هذا التخوف أن يعود إلى تلك الدولة، وكان مدلول هذا التعريف قاصراً على اللاجئين في أوروبا فقط وتحديداً قبل 1951م، لان الحرب العالمية الثانية التي انتهت عام 1945م كانت اغلب عملياتها قد حدثت في أوروبا وأسفرت عن آثار خطيرة منها ملايين اللاجئين، إلا انه بعد صدور اتفاقية اللجوء عام 1951م حدثت الثورات ضد الاستعمار الأوروبي في قارات آسيا وأفريقيا وأمريكا اللاتينية ونشبت في هذه القارات حروب وصراعات عسكرية أدت إلى لجوء ملايين البشر مما استدعى تعديل تعريف اللاجئين حتى يشمل اللاجئين في العالم وليس في أوروبا فقط وكي يشمل اللاجئين في أي وقت وليس قبل 1951م فقط، ولذلك فقد صدر البروتوكول الخاص باللاجئين عام 1967م الذي كان هدفه الرئيس إعادة صياغة تعريف اللاجئين بحيث يكون عاماً وشاملاً من حيث الزمان والمكان وإضافة أسباباً أخرى للجوء، لان اتفاقية 1951م كانت قد قصرت سبب اللجوء

(1) النهاية في غريب الأثر، المبارك بن محمد بن محمد بن محمد الجزري، مطبعة الحلبي، الطبعة الأولى 1383هـ، 71/3.

(2) سنن أبي داود 41/3.

(3) لسان العرب، ابن منظور، دار صادر بيروت 1992م مادة (لجا).

(4) نظرية الضرورة في الفقه الاسلامي، د. يوسف قاسم، دار النهضة العربية 1983م ص 35.

على الاضطهاد بسبب الدين أو الجنس أو العرق أو الجنسية أو الآراء السياسية أو الانتماء لفئة معينة، وبموجب بروتوكول 1967م فقد صار مفهوم اللاجئين واسعاً.

وبموجب الاتفاقية العربية بشأن اللاجئين في البلدان العربية 1994م واتفاقية منظمة الوحدة الأفريقية بشأن اللاجئين 1969م فقد تم إضافة أسباب لجوء أخرى حيث اتسع مفهوم اللاجئين حيث شمل أيضاً الأشخاص المجبرين على البحث عن الملجأ خارج بلادهم الأصلية، أو بلد الجنسية بسبب العدوان الخارجي أو الاحتلال أو السيطرة الأجنبية أو الأحداث التي تضع النظام العام في خطر في كل أو بعض هذه البلاد(1).

المطلب الثاني : أسباب اللجوء :

ونذكر أولاً أسباب اللجوء في القانون الدولي ثم نذكر تلك الأسباب في الشريعة الإسلامية.

أولاً : أسباب اللجوء في القانون الدولي :

وقد وردت في اتفاقية الأمم المتحدة بخصوص اللاجئين عام 1951 وبروتوكول الأمم المتحدة بشأن الملجأ الإقليمي عام 1967م أسباب اللجوء التي تميز اللاجئين عن غيرهم وهي :

الخوف : وهو حالة نفسية تحدث لدى اللاجئ وتدفعه إلى الهروب من دولته إلى دولة أخرى يشعر فيها بالأمان، ويجب أن يكون لهذا الخوف ما يبرره أي أن يكون معقولاً، والمعيار هناك موضوعي وليس شخصي، فقد يحدث الخوف لشخص معين نتيجة مرض أو سوء تقدير منه لظروفه أو ظروف دولته، كما أن اتفاقية اللجوء قصرت الخوف على الخوف من التعرض للاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو آرائها السياسية، وتبعاً لذلك إذا كان سبب الخوف لا يرجع إلى هذه الأسباب، فلا يكون فعل الشخص لجوءاً ولا تنطبق عليه أحكام اللاجئين وحقوقهم، ومع أن اتفاقية اللجوء قد قصرت الخوف على الأسباب السابق ذكرها إلى أنه المتفق عليه انطباق وصف اللاجئ على الأشخاص الذي يكون سبب خوفهم العدوان الأجنبي لدولهم أو احتلالها أو السيطرة عليها أو أحداث الشغب والصراع المسلح(2)، وعلى هذا الأساس فإن مجرد خوف الإنسان من تعرضه للاضطهاد أو التعذيب للأسباب السابق ذكرها يجعل وصف اللاجئ ينطبق عليه ولو لم يقع الاضطهاد أو التعذيب بالفعل، ومن وجهة نظر الباحث فأنه ينبغي أن يكون الخوف حقيقياً له ما يبرره.

الاضطهاد : المقصود بالاضطهاد هو وقوع الاضطهاد بالفعل وليس الخوف منه، ويقع الاضطهاد أما عن طريق تعذيب الأشخاص تعذيباً مادياً أو نفسياً أو حرمانهم من حقوقهم الإنسانية أو اعتقالهم أو حبسهم بدون حق أو مصادرة أملاكهم والاستيلاء عليها أو إقصائهم من أعمالهم أو وظائفهم أو الاعتداء عليهم أو على ذويهم بأي نوع من أنواع الاعتداء، ويتحقق الاضطهاد بتحريض الناس على بعض الأشخاص أو الفئات أو الجماعات، كما أن أي انتهاك لحقوق الإنسان التي نصت عليها الإعلانات والمواثيق الدولية يعد اضطهاداً.

(1) حق اللجوء بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي للاجئين، د.احمد أبو الوفاء، الرياض 2009م ص12.

(2) تم اعتبار هذه الحالات من قبيل اللجوء بموجب الاتفاقية العربية بشأن اللاجئين واتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية حتى تنسجم أسباب اللجوء واقع الحال في العالم العربي وإفريقيا لأن أسباب اللجوء المحددة في اتفاقية اللجوء 1951م كانت تعبر عن الآثار المترتبة عن الحرب العالمية في أوروبا.

التمييز بسبب العرق والدين والرأي السياسي: والمقصود بالتمييز هو معاملة الأشخاص معاملة مختلفة فيما يتعلق بحقوقهم والفرص المتاحة لهم شريطة أن يكون الباعث على هذا التمييز هو العرق أو الدين أو الانتماء أو الرأي السياسي مما يولد شعوراً بالظلم، ومن المناسب الإشارة إلى معنى مصطلحات التمييز والعرق والدين من وجهة نظر الاتفاقيات الدولية، وذلك على النحو الآتي :

معنى العرق : انتماء الشخص أو الأشخاص إلى فئة اجتماعية متميزة بصفات شخصية معينة تشكل أقلية ضمن مجموعة من السكان(1) .

معنى الدين : هو المعتقد الذي يعتنقه الإنسان.

الانتماء إلى جماعة سياسية : هو انتماء الشخص أو الأشخاص إلى جماعات أو فئات تنعدم الثقة فيما بينها وبين النظام السياسي الحاكم، مما يعرضها للملاحقة والاضطهاد.

الرأي السياسي : هو اعتناق شخص أو أشخاصاً لراء سياسية مخالفة لما يعتنقه النظام السياسي الحاكم.

أسباب اللجوء الأخرى التي قررتها الاتفاقيات الدولية الأخرى (2)، حيث تضمنت هذه الاتفاقيات بنوداً تبسط الحماية للأشخاص الذين تدفعهم للجوء أسباب مشابهة لأسباب التعذيب والاضطهاد والتمييز، ومن هذه الأسباب المشابهة العدوان الخارجي والاحتلال والسيطرة الأجنبية والأحداث التي تضع النظام العام في خطر في كل أو بعض البلاد، وبيان هذه الأسباب على الوجه الآتي :

العدوان الخارجي : وهو العمليات العسكرية والحربية التي تقوم بها دولة على دولة أخرى، ومن الاعتيادي أن يدفع هذا العدوان كثيراً من الأشخاص إلى مغادرة بلدانهم الأصلية.

احتلال دولة لدولة أخرى : وهذا الاحتلال قد يكون للدولة كلها أو لأجزاء منها، وهذا سبب دافع لبعض الأشخاص لمغادرة بلدانهم الأصلية.

السيطرة الأجنبية : وهي سيطرة دولة على دولة أخرى بحيث تحكمها بقراراتها كلها أو بعضها، وهذا يفضي إلى مغادرة بعض الأشخاص لبلدانهم بسبب هذه السيطرة.

الأحداث التي تهدد النظام العام في الدولة: وهذا السبب عام تندرج ضمنه أعمال الشغب والاضطرابات، وهذه الأحداث تدفع بعض الأشخاص إلى مغادرة بلدانهم الأصلية.

ويذهب الدكتور أبو الوفاء إلى أن أسباب اللجوء ينبغي أن تكون بواعثها سياسية.

(1) اتفاقية اللجوء 1951 م ، منشورات مركز دراسات الهجرة واللجئين بجامعة صنعاء 2018م ص2.

(2) المادة (1) من الاتفاقية العربية بشأن وضع اللاجئين في البلدان العربية 1994م وكذا اتفاقية منظمة الوحدة الأفريقية بشأن اللاجئين 1969م.

ثانياً : أسباب اللجوء في الشريعة الإسلامية :

تتلخص هذه الأسباب في الآتي :

هجرة المسلم من دولة لا يستطيع إقامة الشعائر فيها: فمن لم يتمكن من إقامة شعائر الإسلام فيجب عليه أن يهاجر من الدولة التي يقيم فيها إلى الدولة التي يستطيع أن يقيم شعائر الإسلام فيها(1)، وقد دل على ذلك قوله تعالى (ومن يهاجر في سبيل الله يجد في الأرض مراغماً كثيراً وسعة).

فرار الأشخاص من بلدانهم الأصلية خوفاً على حياتهم أو أعضائهم وأموالهم، فإذا خشي الشخص على نفسه من الهلاك أو على عضوه من التلف، فيجب عليه عندئذ أن يخرج من بلده إلى بلد آخر يأمن فيه على نفسه، فحفظ النفس واجب في الشريعة الإسلامية لأنها من مقاصد الشريعة، وكذلك الحال بالنسبة لمن خاف على عرضه من الانتهاك أو على ماله من السلب أو العبث، فالمل والعرض من مقاصد الشريعة وكلياتها وحفظهما واجب.

الفرار من البلاد التي ينتشر فيها الوباء: لأنه يترتب على بقاء الشخص في الأرض الموبوءة هلاك نفسه وأعضاءه من أعضائه، والشريعة أمرت وأوجبت حفظ الأرواح والأعضاء(2).

المطلب الثالث : الفرق بين اللاجئين والنازحين والمهاجرين :

النازحون جمع نازح، والنازح هو الغائب عن بلاده غيبة بعيدة، يقال نزح الرجل عن بلاده أي رحل عنها أو انتقل منها، وهذه الكلمة مشتقة من مصدرها وهو الفعل الثلاثي (نزع) ومشتقاته ينزح نزوحاً فهو نازح. (3)

ومن المصطلحات المرادفة لمصطلح (النازحين) مصطلح (المشردين) والمشردون جمع مشرد وشريد، والشريد هو الطريد الذي يجبر على الفرار (4)، ومن ذلك قوله تعالى (فشرذ بهم من خلفهم) (5)

ومن خلال ما تقدم يظهر أن كلمة (النازحين) في اللغة تطلق على عامة الأشخاص الذين ينتقلون من مكان إقامتهم في وطنهم إلى مكان آخر في نطاق وطنهم بصرف النظر عن الباعث على النزوح فقد يكون الفرار من الحروب والصراعات والكوارث، وقد يكون النزوح مجرد تحسين مستوى المعيشة أو الدخل أو غير ذلك، أما كلمة (الشاردين) أو (المشردين) فهي لا تطلق في اللغة إلا على الأشخاص الذين طردوا أو اجبروا على ترك أماكن إقامتهم أو فروا منها خوفاً على سلامتهم أو حياتهم نتيجة لصراعات أو كوارث (6)، وتبعاً لذلك فمصطلح (المشردين) في اللغة العربية أكثر دقة من مصطلح (النازحين)، وقد أخذ بمصطلح (المشردين) تعريف هيئة الأمم المتحدة للنازحين، إلا أنه قد شاع وانتشر بين الباحثين المعاصرين إطلاق مصطلح (النازحين) على الأشخاص الذين تجبرهم الحروب والصراعات والاضطهاد والكوارث على ترك مناطقهم الأصلية والانتقال إلى مناطق أخرى داخل الدولة، ومن وجهة

(1) حقوق اللاجئين في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، د. صلاح الدين طلب فرج، الجامعة الإسلامية غزة ص8.

(2) المرجع السابق ص9.

(3) المصباح المنير - للعلامة احمد بن محمد بن علي الفيومي المقري - مكتبة لبنان - بيروت 1987م مادة (نزع) ص129.

(4) المرجع السابق مادة (شرذ) ص38.

(5) سورة الأنفال من الآية (57).

(6) مختار الصحاح - العلامة محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي - دار الكتاب العربي بيروت 1981م مادة (نزع) ومادة (شرذ).

نظر الباحث فأن عزوف الباحثين المعاصرين عن استعمال مصطلح (المشردين) والاختصاص بمصطلح (النازحين) يرجع الى ان مصطلح (المشردين) يطلق في العصر الراهن على الأشخاص الذين يفترشون الشوارع ولا مأوى لهم.

أما القوانين اليمنية فلم تتعرض لتعريف النازحين او بيان حقوقهم، ولحدثة هذا المصطلح فلم نقف على تعريف النازحين في الفقه القانوني، أما الاتفاقيات والوثائق الدولية فتعرف النازحين بأنهم (الأشخاص أو مجموعات الأشخاص الذين أرغموا أو اضطروا إلى الفرار أو إلى ترك منازلهم أو أماكن إقامتهم المعتادة وبصفة خاصة بسبب أو رغبة في تجنب آثار النزاع المسلح أو مواقف العنف العام أو انتهاكات حقوق الإنسان أو الكوارث الطبيعية أو التي من صنع الإنسان والذين لم يعبروا الحدود الدولية المعترف بها لإحدى الدول)⁽¹⁾

وهذا التعريف الدولي للنازحين جامع ومانع إذ أنه يبين بوضوح المقصود بالنازحين ويبين الفرق بين النازحين واللاجئين الذين يجبروا أو اضطروا الى عبور حدود الدول وينتقلون من دولة إلى أخرى كما هو الحال بالنسبة للاجئين إلى اليمن من رعايا دول القرن الإفريقي أو العكس، كما أن هذا التعريف يبين الفرق بين (النازحين) وبين المهاجرين داخل الدول من غير إجبار أو اضطراب كالهجرة من الريف إلى المدينة أو الهجرات الموسمية لبعض الأشخاص داخل الدولة بحثاً عن فرص العمل وغير ذلك.

وعلى هذا الأساس فلا ينطبق التعريف الدولي للنازحين إلا على الأشخاص الذين اجبروا أو اضطروا إلى ترك أماكن إقامتهم والانتقال إلى مناطق أخرى داخل الدولة ذاتها بسبب النزاعات المسلحة والحروب والكوارث الطبيعية أو الاضطهاد أو بسبب إقامة المشاريع الكبيرة كالسدود الضخمة أو تحويل مجاري الأنهار التي تغمر مساحات واسعة من الأرض.

ومن خلال ما تقدم تظهر الفروق بين اللاجئين والنازحين والمهاجرين، فيتفق اللاجئون والنازحون في ان تركهم لبلدانهم من غير اختيار منهم في حين أن المهاجرين يختارون الهجرة والانتقال برضاهم، ولكن الفارق الجوهرى بين النازحين واللاجئين هو أن النازحين يتكون منطقة من دولتهم إلى منطقة أخرى في حين أن اللاجئين يغادروا دولهم إلى دول أخرى.

المبحث الثاني : حقوق اللاجئين :

المرجع في تقرير وتحديد حقوق اللاجئين هي اتفاقية اللجوء الصادرة عام 1951م التي تضمنت هذه الحقوق، وقد صدر في اليمن القرار الجمهوري بالقانون رقم (24) لسنة 1978م بالموافقة على انضمام اليمن إلى اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1951م وبروتوكول 1997م بشأن حماية اللاجئين، وبموجب ذلك أنظمت اليمن إلى الاتفاقية والبروتوكول في 8 يناير 1980م دون أية تحفظات، وهذا يعني التزام اليمن بالوفاء بكافة حقوق اللاجئين المنصوص عليها في الاتفاقية والبروتوكول لاسيما وهما لا يخالفا الشريعة الإسلامية⁽²⁾، ومن اشكاليات تطبيق القرار الجمهوري السابق ذكره ان هناك من لا يطبق هذا القرار بالقانون لأنه شطري أي صادر عن الشطر الشمالي لليمن

(1) ورد هذا التعريف في مقدمة المبادئ التوجيهية للمشردين داخلياً، مبادئ توجيهية بشأن التشريد الداخلي - ملحق بتقرير ممثل الأمين العام للأمم المتحدة السيد فرنسيس دنغ إلى الدورة الرابعة والخمسين للجنة حقوق الإنسان - منشورات هيئة الأمم المتحدة - المجلس الاقتصادي والاجتماعي 2002/9/27 م - ص7.

(2) الجريدة الرسمية، العدد السادس 1979م، المكتب القانوني للدولة ص15.

قبل الوحدة فهو غير ملزم، وهذا التعليل غير صحيحلان الشطر الشمالي والجنوبي لليمن قد اندمجا في دولة واحدة (الجمهورية اليمنية) وقد ترتب على ذلك وجود شخص دولي جديد يختلف عن الشطرين الشمالي والجنوبي، لان مبدأ الإستخلاف في القانون الدولي يجعل دولة الخلف مسئولة عن كافة التزامات الدولة أو الدول التي خلفتها.

وسنعرض حقوق اللاجئين كل حق على حدة وفي أثناء ذلك نبين موقف القانون الدولي والقانون اليمني والشريعة الإسلامية من كل حق على حدة، وذلك على الوجه الآتي :

الحق الأول : عدم ملاحقة اللاجئين لدخولهم الدولة بطريقة غير قانونية :

في حالات كثيرة يضطر اللاجئين إلى عبور حدود بلدانهم الأصلية ودخولهم دول أخرى بطريقة غير قانونية من غير تأشيرات أو بدون إذن دخول بل ويتم الدخول من غير المنافذ الرسمية المحددة لدخول الدولة، ودخول الدول من غير إذن ومن غير المنافذ المحددة يعد جريمة طبقاً لقانون دخول الأجانب إقامتهم في اليمن، إلا أن اللاجئين يضطرون إلى دخول الدول خلسة، ولذلك جاء حق اللاجئين في عدم الملاحقة لهم بسبب دخولهم إلى الدولة بصورة غير قانونية، ومفهوم عدم الملاحقة عام يشمل ملاحقة أجهزة الضبط كالشرطة وخفر السواحل، وكذا أجهزة التحقيق كالنيابة العامة، بالإضافة إلى الملاحقة القضائية أمام المحاكم الجزائية وكذا عدم الملاحقة الإدارية من قبل الجهة الإدارية المختصة كمصلحة الجوازات والهجرة، وسوف نبين هذا الحق في القانون الدولي والقانون اليمني والشريعة الإسلامية وذلك على النحو الآتي :

أولاً : حق اللاجئين في عدم ملاحقتهم أو مسائلتهم لدخولهم الدول بصورة غير مشروعة في القانون الدولي :

وفي هذا الشأن نصت المادة (31) من اتفاقية اللجوء الصادرة عام 1951م على ان (تمتنع الدول المتعاقدة عن فرض عقوبات جزائية بسبب دخول لاجئين، أو وجودهم غير القانوني، كما تمتنع الدول المتعاقدة عن فرض قيود غير ضرورية على تنقلات اللاجئين)، فبموجب هذا النص يجب على الدول أن تسمح للاجئين بدخول أراضيها حتى من غير المنافذ القانونية المحددة لدخول أراضيها، كما يجب على الدول ألا تفرض عليهم عقوبات لدخولهم أراضيها بصورة غير قانونية كما على الدول ألا تمنعهم من التنقل داخل أراضي الدول التي لجأوا إليها⁽¹⁾.

ثانياً : حق اللاجئين في عدم الملاحقة في القانون اليمني :

نظم القانون رقم (47) لسنة 1991م بشأن دخول وإقامة الأجانب ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار الجمهوري رقم (4) لسنة 1994م دخول وإقامة الأجانب في اليمن، فقد نصت المادة (3) من هذا القانون على انه لا يجوز للأجنبي دخول اليمن إلا إذا كان حاصلاً على جواز سفر ساري المفعول يخول لصاحبه حق العودة إلى بلده، كما نصت المادة (6) من ذلك القانون على انه لا يجوز لأجنبي دخول اليمن أو الخروج منها إلا من الأماكن التي يحددها وزير الداخلية، ونصت المادة (45) من هذا القانون على جواز القبض على من يدخل اليمن بدون إذن ووضعه تحت الحراسة، إلا أن المادة (38) حددت الفئات المعفية من تطبيق هذا القانون ومن ضمن ذلك ما ورد في الفقرة (4) وهم

(1) اتفاقية اللجوء 1951م، منشورات مركز دراسات الهجرة ص2.

(المعفون بموجب اتفاقيات دولية تكون اليمن طرفاً فيها في حدود تلك الاتفاقيات)(1) وقد ذكرنا سابقاً ان اليمن قد وافقت وانضمت إلى اتفاقية اللجوء 1951م وهذه الاتفاقية قررت عدم ملاحقة اللاجئين لدخولهم الدول بصورة غير قانونية، وعلى هذا الأساس فإن حق عدم ملاحقة اللاجئين لدخولهم الدول بصورة غير قانونية مكفول في القانون اليمني.

ثالثاً: حق اللاجئين في عدم الملاحقة في الشريعة الإسلامية :

وهذا الحق مكفول أيضاً في الشريعة الإسلامية التي قررت حماية النفس البشرية وإجارة المستجير ونجدة الملهوف، كما أن اللاجئين مضطرون لمغادرة دولهم ومضطرون أيضاً لدخول الدول الأخرى بدون إذن خلافاً للقوانين، والمضطر في الشريعة الإسلامية مستثنى عملاً بقوله تعالى: (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه)(2).

الحق الثاني: حق اللاجئين في السكن :

السكن هو المكان الذي يستطيع فيه الإنسان أن يأمن على نفسه ويسكن إليه ويجد الراحة فيه، وهناك شروط في السكن منها ان يكون في مكان يأمن فيه اللاجئ على نفسه وان يكون صحيحاً تتوفر فيه الشروط الصحية وان يحفظ خصوصية اللاجئ وان يكون مقفلاً يستطيع فيه اللاجئ ان يختلي بنفسه أو بأهله، وتختلف شروط السكن باختلاف الظروف والأحوال والإمكانات سوء كانت الظروف هذه متعلقة باللاجئين أو بإمكانات الدولة التي لجأ إليها اللاجئين أو المحافظة أو المكان الذي نزل فيه اللاجئين، حيث يجب على الدول ان توفر السكن او المأوى المناسب للاجئين بحسب ظروف وإمكانات الدول وظروف اللاجئين، فقد يكون هذا السكن فردياً كما قد يكون جماعياً كالمخيمات، وحق اللاجئين في السكن من اهم حقوق اللاجئين حيث انه من الضروريات فهو يحمي اللاجئين من الحر والبرد ولسع الهوام والحشرات، والحق في السكن مكفول في القانون الدولي والوطني وكذا في الشريعة الإسلامية، وبيان ذلك على الوجه الآتي :

أولاً: حق اللاجئين في السكن في القانون الدولي :

بينت ذلك المادة (21) من اتفاقية اللجوء حيث نصت هذه المادة على انه (فيما يخص الإسكان، وبقدر ما يكون هذا الموضوع خاضعاً للقوانين أو الأنظمة أو خاضعاً لإشراف السلطات العامة، تمنح الدول المتعاقدة للاجئين المقيمين بصورة نظامية في إقليمها أفضل معاملة ممكنة، علي ألا تكون في أي حال أقل رعاية من تلك الممنوحة للأجانب عامة في نفس الظروف)(3).

ثانياً: حق اللاجئين في السكن في القانون اليمني :

تنص المادة (6) من الدستور اليمني على أن (تؤكد الدولة العمل بميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان وميثاق جامعة الدول العربية وقواعد القانون الدولي)(4) ولاشك أن اتفاقية اللجوء 1951م وبرتوكول

(1) قانون دخول وإقامة الأجانب ولائحته التنفيذية، وزارة الشؤون القانونية ، مطابع دائرة التوجيه، نوفمبر 2004م ص18.

(2) سورة البقرة الآية (183).

(3) اتفاقية اللجوء ص3.

(4) دستور الجمهورية اليمنية، العدد السابع (الجزء الثاني من الجريدة الرسمية 2001م ، مطابع دائرة التوجيه المعنوي ص6.

1967م يعد من قواعد القانون الدولي التي نص الدستور على العمل بها، كما أنه قد سبق القول بأن اليمن قد صادقت وأنضمت إلى الإتفاقية المشار إليهما التي كفلت حق اللاجئين في السكن.

ثالثاً: حق اللاجئين في السكن في الشريعة الإسلامية :

حق اللاجئين في السكن مكفول في الشريعة الإسلامية، فعندما لجأ المسلمون من مكة إلى المدينة اقطع رسول الله دور المدينة للمهاجرين حيث نزل المهاجرون في مساكن أخوانهم الأنصار، وعقد النبي صلى الله عليه وسلم نظام المؤاخاة بين المهاجرين والأنصار(1)، وقد مدح الله سبحانه وتعالى صنيع الأنصار هذا بقوله تعالى(والذين تبوءوا الدار والإيمان من قبلهم يحبون من هاجر إليهم ولا يجدون في صدورهم حاجة مما أوتوا ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون)(2).

كما أن السكن من ضروريات الحياة إذ لا يستطيع الإنسان العيش بدونه، والضروريات الدولة الإسلامية مسئولة عن توفيرها لرعاياها وضيوفهم ومن يضطر إلى اللجوء إليها والإقامة فيها، إضافة إلى أن الشريعة الإسلامية قد أمرت بالوفاء بالعهود والمواثيق وذلك ثابت في نصوص كثيرة ومن ذلك قوله تعالى(وأوفوا بالعقود) وقوله تعالى (وأوفوا بالعهد) ولاريب أن اتفاقية اللجوء والبروتوكول الملحق بها يندرجا ضمن هذه المواثيق والعهود التي يجب على الدول والشعوب الإسلامية الوفاء بها.

الحق الثالث : حق اللاجئين في العمل :

ومفهوم هذا الحق أن تضمن الدولة التي لجأ إليها اللاجئين حقهم في العمل في مجال تخصصهم حتى يتمكن اللاجئين من الحصول على مصدر رزق دائم، سواء أكان العمل لدى الدولة أو لدى القطاع الخاص، كما يندرج ضمن هذا الحق قيام اللاجئين بممارسة الأعمال الحرة كإنشاء الشركات والمشاريع المختلفة، وكذا ممارسة المهن الحرة كالحاماة والهندسة وغيرها، وهذا الحق ليس كحق المواطن في العمل وإنما يتم التعامل مع اللاجئين فيما يخص هذا الحق مثلما تتعامل الدولة مع الأجانب الوافدين إلى الدولة من غير اللاجئين، ومقتضى هذا الحق إلا تضع الدولة التي يوجد بها اللاجئين قيوداً على عمل اللاجئين إلا بالقدر الذي تقرره الدولة بالنسبة للأجانب من غير اللاجئين، وحق اللاجئين في العمل مكفول سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون الدولي أو الوطني، وبيان ذلك على النحو الآتي :

أولاً: حق اللاجئين في العمل في القانون الدولي :

وقد ورد هذا الحق في المادة (17) من إتفاقية اللجوء التي نصت على أن (تمنح الدول المتعاقدة اللاجئين المقيمين بصورة نظامية في إقليمها أفضل معاملة ممكنة تمنح في نفس الظروف لمواطني بلد أجنبي فيما يتعلق بحق ممارسة عمل مأجور.

وفي أي حال لا تطبق علي اللاجئين التدابير التقييدية المفروضة علي الأجانب أو علي استخدام الأجانب من أجل حماية سوق العمل الوطنية إذا كان قد أعفي منها قبل تاريخ بدء نفاذ هذه الاتفاقية إزاء الدولة المتعاقدة المعنية، أو إذا كان مستوفياً أحد الشروط التالية :

(1) فتح الباري، ابن حجر العسقلاني، 6/125.

(2) سورة الحشر الآية (9).

(أ) أن يكون قد استكمل ثلاث سنوات من الإقامة في البلد.

(ب) أن يكون له زوج يحمل جنسية بلد إقامته. علي أن اللاجئ لا يستطيع أن يتذرع بانطباق هذا الحكم عليه إذا كان قد هجر زوجته.

(ج) أن يكون له ولد أو أكثر يحمل جنسية بلد إقامته.

تنظر الدول المتعاقدة بعين العطف في أمر اتخاذ تدابير لمساواة حقوق جميع اللاجئين بحقوق مواطنيها من حيث العمل المأجور، وعلي وجه الخصوص حقوق أولئك اللاجئين الذي دخلوا أراضيها بمقتضى برامج لجلب اليد العاملة أو خطط لاستقدام مهاجرين⁽¹⁾.

وفي السياق ذاته نصت المادة (18) من الإتفاقية على أن (تمنح الدول المتعاقدة اللاجئين المقيمين بصورة نظامية في إقليمها أفضل معاملة ممكنة، وعلى ألا تكون في أي حال أقل رعاية من تلك الممنوحة للأجانب عامة في نفس الظروف في ما يتعلق بممارستهم عملا لحسابهم الخاص في الزراعة والصناعة والحرف اليدوية والتجارة، وكذلك في إنشاء شركات تجارية وصناعية)، كما نصت المادة (19) على أن: (تمنح الدول المتعاقدة اللاجئين المقيمين بصورة نظامية في إقليمها، إذا كانوا يحملون شهادات معترفا بها من قبل السلطات المختصة في الدولة ويرغبون في ممارسة مهنة حرة أفضل معاملة ممكنة، على ألا تكون في أي حال أقل رعاية من تلك الممنوحة للأجانب عامة في نفس الظروف)⁽²⁾.

ثانياً: حق اللاجئين في العمل في القانون اليمني :

الوظيفة العامة وفقاًلقانون الخدمة المدنية حق خاص بالمواطنين اليمنيين، فمن شروط شغلها أن يكون الموظف يني الجنسية⁽³⁾، ولكن يجوز لأجهزة الدولة أن تتعاقد مع أجانب كموظفين متعاقدين، ومن هؤلاء اللاجئين⁽⁴⁾.

أما قانون العمل اليمني الذي ينظم العمالة لدى القطاع الخاص فقد تضمن قيوداً كثيرة على عمل الأجانب ومن ضمنهم اللاجئين حيث نصت المادة (19) من قانون العمل اليمني رقم (5) لسنة 1995م على أنه (لا يجوز للعامل غير اليمني أن يزاوّل عملاً إلا إذا كان حاصلًا على ترخيص عمل رسمي من الوزارة أو احد مكاتبها، كما يمنع أي صاحب عمل من تشغيل غير اليمني إلا إذا كان حائزًا على ذلك الترخيص.

تسري أحكام هذه المادة على العمال غير اليمنيين العاملين في القطاعات غير المشمولة بإحكام هذا القانون) وهذا يعني سريان هذا الحكم على العمال في الزراعة والمراعي وخدم المنازل والسواقين والعاملين في الأعمال العرضية، وهذا القيد خطير، ومن وجهة نظر الباحث : فأن هذه القيود والإجراءات يمكن تجاوزها بالنسبة للاجئين، لأن اليمن قد وافقت وأنضمت إلى اتفاقية اللجوء التي قضت بأنه على الدول المتعاقدة إزالة القيود والإجراءات التي تحول دون

⁽¹⁾ اتفاقية اللجوء، مركز دراسات الهجرة ص4.

⁽²⁾ اتفاقية اللجوء، مركز دراسات الهجرة ص7.

⁽³⁾ المادة (22) من قانون الخدمة المدنية.

⁽⁴⁾ تنص المادة (52) من لائحة قانون الخدمة المدنية على انه (يجوز التعاقد بصورة مؤقتة مع غير اليمنيين لشغل وظيفة دائمة أو مؤقتة)

عمل اللاجئيين، كما نصت المادة (20) من القانون ذاته على أنه (يشترط لاستكمال تشغيل غير اليمينيين استيفاء الشروط التالية :

- حيازة ترخيص بالإقامة والعمل.
- استيفاء شروط شغل المهنة وان يكون المصرح له بالعمل في لياقة صحية تامة.
- أن يزاول المهنة المرخص له بمزاولتها.
- أن يكون حائزا على ترخيص مزاولة المهنة وذلك للمهنة التي تتطلب وجود ترخيص خاص بمزاولتها.
- أن يكون التشغيل في حرفة او مهنة لا تتوافر فيها الخبرات اليمينية) كما تضمنت المواد 22 و23 و24 و25 إجراءات وقيود كثيرة على عمل الأجانب، إلا أنه من المثير للدهشة بالنسبة لعمل اللاجئيين هو ما ورد في المادة (26) من هذا القانون التي نصت على أنه يحظر تشغيل غير اليمينيين في حالة إذا كان دخوله اليمن بغرض آخر غير العمل، وهذا قيد خطير على عمل اللاجئيين حيث أن دخولهم إلى اليمن بغرض اللجوء وليس العمل، ولذلك وغيره فإنه ينبغي النص في قانون العمل على استثناء اللاجئيين من بعض القيود التي ترد على عمل الاجانب.

ثالثاً: حق اللاجئيين في العمل في الشريعة الإسلامية :

العمل مصدر رزق دائم وشريف للاجئيين حتى يستطيع هؤلاء توفير الضروريات والحاجيات اللازمة لحياتهم، ولذلك فالعمل من الأشياء الضرورية للاجئيين، والضروريات في الشريعة الإسلامية يجب تحصيلها حفظاً للأنفس من الهلاك، ومن المقرر شرعاً أيضاً أن الحاجيات تنزل بمنزلة الضروريات، لأن اللاجئيين تلحقهم المشقة والضيق إذا لم يحصلوا على الحاجيات، وعلى هذا الأساس فإن الشريعة الإسلامية تنظر إلى حق اللاجئيين في العمل على أنه من الضروريات والحاجيات التي يجب تحصيلها(1).

الحق الرابع : حق اللاجئيين في التعليم :

المقصود بالتعليم هنا التعليم الاولي الذي يؤهل اللاجئيين لأداء بعض الاعمال والوظائف والوفاء ببعض الواجبات المقررة عليهم بالإضافة إلى التعليم الجامعي أو التعليم العالي، وكذا الدورات التدريبية، وحق اللاجئيين في التعليم مكفول في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي والوطني، ونشير إلى ذلك على الوجه الآتي :

أولاً : حق اللاجئيين في التعليم في القانون الدولي :

وقد ذكرت هذا الحق المادة (22) من اتفاقية اللجوء التي نصت على أن : (تمنح الدول المتعاقدة للاجئيين نفس المعاملة الممنوحة لمواطنيها في ما يخص التعليم الأولي).

تمنح الدول المتعاقدة للاجئيين أفضل معاملة ممكنة، علي ألا تكون في أي حال أقل رعاية من تلك الممنوحة للأجانب عامة في نفس الظروف فيما يخص فروع التعليم غير الأولي، وخاصة علي صعيد متابعة الدراسة، والاعتراف

(1) نظرية الضرورة، د. يوسف قاسم ص 87.

بالمصدقات والشهادات المدرسية والدرجات العلمية الممنوحة في الخارج، والإعفاء من الرسوم والتكاليف، وتقديم المنح الدراسية⁽¹⁾.

ثانياً: حق اللاجئين في التعليم في القانون اليمني :

قانون التعليم اليمني أجاز للأجنبي الإلتحاق بالتعليم الأساسي على قدم المساواة مع اليمني، إلا انه بالنسبة للتعليم الجامعي والدراسات العليا تكون رسوم الدراسة للاجئين باهضة وهذا النظام معمول به في غالبية الدول.

ثالثاً: حق اللاجئين في التعليم في الشريعة الإسلامية :

التعليم في الشريعة الإسلامية واجب حتى يعرف الإنسان واجباته الدينية والدينية وكذا حقوقه، بل أن بعض آيات اللجوء في القرآن الكريم قد أشارت إلى حق اللاجئين في التعليم وهي قوله تعالى (وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه ذلك بأنهم قوم لا يعلمون)⁽²⁾ فقد ذكر المفسرون في تفسير هذه الآية أن المقصود بذلك المستجير أو اللاجئ حتى وأن كان غير مسلم فإنه ينبغي تعليمه العلوم حتى يستطيع أن يفهم كلام الله.

الحق الخامس : حق اللاجئين في الحصول على بطاقات الهوية ووثائق السفر :

اللجوء ظرف قهري يجعل أغلب اللاجئين بدون وثائق هوية أو سفر، حيث يصل كثير من اللاجئين إلى دولة الملجأ من غير أن تكون لديهم وثائق تثبت هوياتهم وشخصياتهم، وعندئذ يتعذر عليهم السفر أو الإنتقال أو العمل بدون هذه الوثائق، ولذلك صار الحصول على بطاقات الهوية ووثائق السفر حقاً للاجئين مكفولاً في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي والوطني، ونبين ذلك على الوجه الآتي :

أولاً: حق اللاجئين في الحصول على بطاقات الهوية ووثائق السفر في القانون الدولي :

وقد ورد هذا الحق في المادتين (27) و(28) من اتفاقية اللجوء حيث نصت المادة (27) على أن(تصدر الدول المتعاقدة بطاقة هوية شخصية لكل لاجئ موجود في إقليمها لا يملك وثيقة سفر صالحة)⁽³⁾ وكذا نصت المادة (28) من الاتفاقية على أن(تصدر الدول المتعاقدة للاجئين المقيمين بصورة نظامية في إقليمها وثائق سفر لتمكينهم من السفر إلى خارج هذا الإقليم، ما لم تتطلب خلاف ذلك أسباب قاهرة تتصل بالأمن الوطني أو النظام العام. وتنطبق أحكام ملحق هذه الاتفاقية بصدد الوثائق المذكورة. وللدول المتعاقدة إصدار وثيقة سفر من هذا النوع لكل لاجئ آخر فيها. وعليها خصوصاً أن تنظر بعين العطف إلى إصدار وثيقة سفر من هذا النوع لمن يتعذر عليهم الحصول علي وثيقة سفر من بلد إقامتهم النظامية من اللاجئين الموجودين في إقليمها.

(1) اتفاقية اللجوء، مركز دراسات الهجرة ص9.

(2) سورة التوبة الآية (6).

(3) اتفاقية اللجوء، مركز دراسات الهجرة ص8.

تعترف الدول المتعاقدة بوثائق السفر التي أصدرها أطراف الاتفاقات الدولية السابقة في ظل هذه الاتفاقات، وتعاملها كما لو كانت قد صدرت بمقتضى أحكام هذه المادة(1)

ثانياً : حق اللاجئيين في الحصول على بطاقات الهوية ووثائق السفر في القانون اليمني :

وفي هذا الشأن نصت المادة (8) من قانون دخول وإقامة الأجانب على أنه يجب على (ربابنة السفن والطائرات منع الركاب الذين لا يحملون جوازات سفر من مغادرة السفن أو الطائرات وأن يقدم الرابنة البيانات اللازمة عن هؤلاء المسافرين إلى الضابط المختص الموجود في المطار أو ميناء الدخول)، وهذا النص ينطبق على بعض اللاجئيين، كما نصت المادة (27) من ذلك القانون على أن يحدد أشكال وأوضاع ووثائق السفر التي تعطى لبعض فئات الأجانب واللاجئيين وشروط وإجراءات منحها، ولم تتعرض لائحة هذا القانون لإجراءات وشروط منح ووثائق السفر تلك(2).

ثالثاً : حق اللاجئيين في الحصول على بطاقات الهوية ووثائق السفر في الشريعة الإسلامية :

بطاقات الهوية ووثائق السفر من أهم الوثائق، إذ يتعذر على الأشخاص الحصول على حقوقهم وأداء واجباتهم إلا بعد أن يتم التأكد من هويتهم، بواسطة هذه الوثائق ، ومن القواعد الشرعية قاعدة (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب) (3) ولذلك فإنه يجب وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية منح اللاجئيين الوثائق اللازمة لإثبات هويتهم ووثائق السفر حتى يستطيع هؤلاء الحصول على حقوقهم وأداء واجباتهم.

الحق السادس : حق اللاجئيين في الحصول على المنتجات والمساعدات والضمان الاجتماعي :

وهذا الحق يشمل حصول اللاجئيين على المنتجات التي تقوم الدول بتوزيعها على مواطنيها مجاناً أو بسعر رمزي مثل الحصص التموينية في العراق، كما يشمل المساعدات الإغاثية التي تقدمها الدولة لمواطنيها المحتاجين مثل المساعدات التي تقدمها الدول لمواطنيها النازحين، وكذا يشمل هذا الحق مساعدات الضمان الاجتماعي والعينية والمالية التي تقدمها الدولة لمواطنيها، وكذا حق التعويض في حالة وفاة اللاجئ نتيجة إصابة عمل أو مرض مهني، ويدخل ضمن هذا الحق أيضاً حق اللاجئيين في الحصول على المساعدة الإدارية من سلطات الدولة التي لجأوا إليها مثل إصدار الوثائق والشهادات وغير ذلك، وهذا الحق مقرر في القانون الدولي والشريعة الإسلامية والقانون اليمني، ونشير إلى ذلك على النحو الآتي :

أولاً : حق اللاجئيين في الحصول على المنتجات والمساعدات والضمان الاجتماعي في القانون الدولي :

وقد بينت ذلك المواد 20 و23 و24 و25 من إتفاقية اللجوء حيث نصت المادة (20) على أن (حيثما وجد نظام تقنين ينطبق علي عموم السكان ويخضع له التوزيع العمومي للمنتجات غير المتوفرة بالقدر الكافي، يعامل اللاجئون معاملة المواطنين). كما نصت المادة (23) على أن (تمنح الدول المتعاقدة اللاجئيين المقيمين بصورة نظامية في إقليمها نفس المعاملة الممنوحة لمواطنيها في مجال الإغاثة والمساعدة العامة)(4) وكذا نصت المادة (24) على أن (1- تمنح الدول

(1) المرجع السابق ص9.

(2) قانون دخول وإقامة الأجانب ص23.

(3) كشف الأسرار، عبد العزيز بن احمد البزدوي، دار الكتاب الاسلامي، 33/2.

(4) إتفاقية اللجوء، مركز دراسات الهجرة ص10.

المتعاقدة اللاجئين المقيمين بصورة نظامية في إقليمها نفس المعاملة الممنوحة للمواطنين فيما يخص الأمور التالية: (أ) في حدود كون هذه الشؤون خاضعة للقوانين والأنظمة أو لإشراف السلطات الإدارية: الأجر بما فيه الإعانات العائلية إذا كانت تشكل جزءا من الأجر، وساعات العمل، والترتيبات الخاصة بساعات العمل الإضافية، والأجازات المدفوعة الأجر، والقيود علي العمل في المنزل، والحد الأدنى لسن العمل، والتلمذة والتدريب المهني، وعمل النساء والأحداث، والاستفادة من المزايا التي توفرها عقود العمل الجماعية،

(ب) الضمان الاجتماعي الأحكام القانونية الخاصة بإصابات العمل والأمراض المهنية والأمومة والمرض والعجز والشيخوخة والوفاة والبطالة والأعباء العائلية، وأية طوارئ أخرى تنص القوانين والأنظمة علي جعلها مشمولة بنظام الضمان الاجتماعي، رهنا بالقيود التي قد تفرضها:

"1" ترتيبات ملائمة تهدف للحفاظ علي الحقوق المكتسبة أو التي هي قيد الاكتساب،

"2" قوانين أو أنظمة خاصة ببلد الإقامة قد تفرض أحكاما خاصة بشأن الإعانة الحكومية الكلية أو الجزئية المدفوعة بكاملها من الأموال العامة، وبشأن الإعانات المدفوعة للأشخاص الذين لا يستوفون شروط المساهمة المفروضة لمنح راتب تقاعدي عادي .

إن حق التعويض عن وفاة لاجئ بنتيجة إصابة عمل أو مرض مهني لا يتأثر بوقوع مكان إقامة المستحق خارج إقليم الدولة المتعاقدة.

تجعل الدول المتعاقدة المزايا الناجمة عن الاتفاقات التي عقدتها أو التي يمكن أن تعقدتها، والخاصة بالحفاظ علي الحقوق المكتسبة أو التي هي قيد الاكتساب علي سعيد الضمان الاجتماعي، شاملة للاجئين، دون أن يرتهن ذلك إلا باستيفاء اللاجئ للشروط المطلوبة من مواطني الدول الموقعة علي الاتفاقات المعنية.

تنظر الدول المتعاقدة بعين العطف في إمكانية جعل الاتفاقات المماثلة النافذة المفعول أو التي قد تصبح نافذة المفعول بين هذه الدول المتعاقدة ودول غير متعاقدة، بقدر الإمكان، شاملة للاجئين) وفي السياق ذاته نصت المادة (25) على أنه (عندما يكون من شأن ممارسة اللاجئ حقا له أن تتطلب عادة مساعدة سلطات بلد أجنبي يتعذر عليه الرجوع إليه، تعمل الدول المتعاقدة التي يقيم اللاجئ علي أراضيها علي تأمين هذه المساعدة إما بواسطة سلطاتها أو بواسطة سلطة دولية.

تصدر السلطة أو السلطات المذكورة في الفقرة الأولى للاجئين، أو تستصدر لهم بإشرافها، الوثائق أو الشهادات التي يجري إصدارها للأجنبي عادة من قبل سلطاته الوطنية أو بواسطتها.

تقوم الوثائق أو الشهادات الصادرة علي هذا النحو مقام الصكوك الرسمية التي تسلم للأجانب من قبل سلطاتهم الوطنية أو بواسطتها، وتظل معتمدة إلي أن يثبت عدم صحتها.

رهنا بالحالات التي يمكن أن يستثنى فيها المعوزون، يجوز استيفاء رسوم لقاء الخدمات المذكورة في هذه المادة، ولكن ينبغي أن تكون هذه الرسوم معتدلة ومتكافئة مع ما يفرض علي المواطنين من رسوم لقاء الخدمات المماثلة(1) .

(1) اتفاقية اللجوء، مركز دراسات الهجرة ص10.

ثانياً : حق اللاجئين في الحصول على المنتجات والمساعدات والضمان الاجتماعي في القانون اليمني :

أشار قانون دخول وإقامة الأجانب إلى قيام وزارة الداخلية بتقديم المساعدة للاجئين فيما يتعلق بوثائق الهوية(1)، وكذا قانون التأمينات الاجتماعية الذي يسري على العمال في القطاع الخاص، فقد أشار هذا القانون إلى التأمين على العمال الأجانب ومن ضمنهم اللاجئين(2)، وكذا قانون العمل الذي اوجب التأمين على العمال الأجانب، ومن ضمن ذلك اللاجئ الذي يجوز التأمين عليه وتعويضه عن أية إصابات عمل أو مرض مهني(3)، أما قانون الرعاية الاجتماعية رقم (31) لسنة 1996م فقد حدد المساعدات الاجتماعية ومساعدات الإغاثة وبين المقصود بالفقراء والمساكين والمستحقين للمساعدات والرعاية الاجتماعية وهم الفقراء والمساكين والأيتام والمرأة التي لا عائل لها والمصابون بالعجز الكلي والجزئي وأسرة الغائب أو المفقود أو المسجون، وقرر هذا القانون المساعدات التي تصرف دفعة واحدة للأشخاص الذين يتعرضون لظروف قهرية وغير ذلك، ولم يرد ذكر اللاجئين في هذا القانون(4)، ومع هذا وذاك فإن حق اللاجئين في الحصول على المنتجات والمساعدات والتأمينات الاجتماعية والإدارية مكفول في القانون اليمني بموجب القانون الخاص بموافقة اليمن وانضمامها إلى اتفاقية اللجوء.

ومن وجهة نظر الباحث فإنه من الضروري صدور قانون وطني بشأن اللاجئين يبين أحكامهم وحقوقهم وواجباتهم والتزامات الحكومة اليمنية والمنظمات الدولية وأن يتضمن أوجه التنسيق بين الأطراف المعنية بشئون اللاجئين، لأن حقوق اللاجئين متناثرة في قوانين كثيرة ومناطة بجهات عدة.

ثالثاً : حق اللاجئين في الحصول على المنتجات والمساعدات والضمان الاجتماعي في الشريعة الإسلامية :

هذا الحق مقرر في الشريعة الإسلامية باعتبار مفهوم الفقراء والمساكين وعابري السبيل يشمل اللاجئين، والنصوص الشرعية في هذا الشأن كثيرة منها قوله تعالى (إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله)(5) فهذه الآية تقرر حق اللاجئين في الحصول على نصيبهم من الزكاة، كما أن اللاجئين يستحقون من كفارة اليمين المبينة في قوله تعالى (فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم)(6) وكذا اللاجئين حق في سائر الكفارات مثل كفارة الظهار، كما أن اللاجئين يستحقون قسطاً من خمس الركاز وهي المعادن التي يتم استخراجها من باطن الأرض لان اللاجئين من الفقراء والمساكين(7)، كما أن الشريعة الإسلامية توجب على الدولة مساعدة ورعاية كل الأشخاص الذي يقيمون في إقليم الدولة الإسلامية وتقرر الشريعة مسؤولية الحكام إذا لم يقوموا بهذا الواجب الشرعي عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم (كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته)(8).

(1) انظر المادة (29) من قانون دخول الأجانب والمادة (11) و(15) و(19) من اللائحة التنفيذية لقانون دخول الأجانب.

(2) انظر قانون التأمينات الاجتماعية المواد (3) و(4) و(9) و(27) و(77) و(78) و(104) و(110) و(119).

(3) انظر قانون العمل المادة (3) و(24).

(4) قانون الرعاية الاجتماعية، الجريدة الرسمية، وزارة الشؤون القانونية، العدد الثاني 1996م انظر المواد (2) و(6) و(8) و(9) و(10).

(5) سورة التوبة الآية (24).

(6) سورة المائدة الآية (89).

(7) الأم، الأمام محمد بن إدريس الشافعي، دار أبو الوفاء، 1422هـ / 132/4.

(8) صحيح البخاري، كتاب العتق، باب العبد راع في مال سيده.

الحق السابع : حق اللاجئين في الإعفاء من المعاملة بالمثل :

من المبادئ المستقرة في العلاقات الدولية (مبدأ المعاملة بالمثل) الذي يعني أنه ينبغي على كل دولة معاملة الدول الأخرى أو رعايا هذه الدول بمثل المعاملة التي تتعامل بها هذه الدول مع الدولة ورعاياها⁽¹⁾، وهذا المبدأ هو الأصل ولكن يرد عليه إستثناء اللاجئين من المعاملة وفقاً لهذا المبدأ إذ يتوجب على الدولة أن تتعامل مع اللاجئين وفقاً للنصوص المقررة في اتفاقية اللجوء التي تكفل حقوقهم ورعايتهم فلا يحق للدولة أن تتعذر بمبدأ المعاملة بالمثل في مواجهة اللاجئين، فعلى الدولة أن تمكن اللاجئين من حقوقهم المنصوص عليها في اتفاقية اللجوء حتى ولو كانت الدولة التي لجأ منها تعامل رعايا الدولة التي لجأوا إليها اللاجئين معاملة سيئة، وإستثناء اللاجئين من مبدأ المعاملة بالمثل له ما يبرره حيث أن علاقة اللاجئين بدولتهم التي لجأوا منها سيئة ولا علاقة لهم أو خيار بمعاملة دولتهم الأصلية لرعايا الدولة التي لجأوا إليها، كما أن الإعفاء من مبدأ المعاملة بالمثل يعني أيضاً معاملة دول الملجأ للاجئين معاملة الأجانب إذ لم يكن هناك نص يقرر معاملة اللاجئين معاملة أفضل، ومعاملة دولة الملجأ للاجئين لها مظاهر وأوجه عدة منها معاملة دخولهم إلى بلد الملجأ وشروط الإقامة فيها وتراخيصها والتنقل والعمل والتملك فيها وغير ذلك، ولذلك يكتسب هذا الحق أهمية بالغة في نطاق حقوق اللاجئين، وسنذكر هذا الحق في القانون الدولي والشريعة الإسلامية والقانون اليمني وعلى النحو الآتي :

أولاً : حق اللاجئين في الإعفاء من المعاملة بالمثل في القانون الدولي :

نظمت هذا الحق اتفاقية اللجوء حيث نصت المادة (7) من هذه الاتفاقية على أنه (حيثما لا تنص هذه الاتفاقية على منح اللاجئين معاملة أفضل، تعاملهم الدولة المتعاقدة معاملة للأجانب عامة).

يتمتع جميع اللاجئين بعد مرور ثلاث سنوات على إقامتهم بالإعفاء على أرض الدول المتعاقدة من شرط المعاملة التشريعية بالمثل.

تواصل كل دولة متعاقدة منح اللاجئين الحقوق والمزايا التي كانوا مؤهلين لها فعلاً، مع عدم توفر معاملة بالمثل، بتاريخ بدء نفاذ هذه الاتفاقية إزاء الدولة المذكورة.

تنظر الدول المتعاقدة بعين العطف في إمكانية منح اللاجئين، مع عدم توفر معاملة بالمثل، حقوقاً ومزايا بالإضافة إلى تلك التي تؤهلهم لها الفقرتان 2 و 3، وكذلك في إمكانية جعل الإعفاء من المعاملة بالمثل يشمل لاجئين لا يستوفون الشروط المنصوص عليها في الفقرتين 2 و 3⁽²⁾.

ثانياً : حق اللاجئين في الإعفاء من المعاملة بالمثل في القانون اليمني :

لم يرد ذكر هذا الحق في أي من القوانين والتشريعات اليمنية ولكن مع هذا فإن هذا الحق مكفول في القانون الوطني، لأن اليمن قد وافقت على اتفاقية اللجوء وانضمت إليها بموجب قانون وطني صادر فيها، وبموجب ذلك فقد صارت هذه الاتفاقية في حكم القانون الوطني.

(1) مبدأ المعاملة بالمثل بين الدول المضيفة في إطار القانون الدولي، د. زينب محمد عبد السلام، دار الكتب المصرية، الطبعة الأولى 2014م ص52.

(2) اتفاقية اللجوء، مركز دراسات الهجرة ص11.

ثالثاً : حق اللاجئين في الإعفاء من المعاملة بالمثل في الشريعة الإسلامية :

من القواعد الشرعية الأكيدة عدم جواز مؤاخنة الإنسان بفعل غيره فقد قال تعالى (ولاتزر وازرة وزر أخرى)(1) وقد ردد القرآن الكريم هذه الآية لأهميتها أكثر من أربع مرات، ومعنى هذه الآية ظاهر يدل قطعاً على عدم جواز معاملة أو مؤاخنة اللاجئين بالمعاملة التي تعامل بها دولتهم الأصلية رعايا الدولة التي لجأ إليها اللاجئين، وفي هذا المعنى أيضاً جاء قوله تعالى (كل امرئ بما كسب رهين)(2) وفي هذا المعنى وردت نصوص شرعية كثيرة في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة.

الحق الثامن : حق اللاجئين في إعفائهم من التدابير الإستثنائية :

التدابير الإستثنائية هي تلك التدابير التي تتخذها دولة الملجأ في مواجهة مواطني أو ممتلكات بعض الدول أما لان هذه الدول معادية لدولة الملجأ أو لان الفوضى تسود هذه الدول وتنتشر فيها العصابات وتجارة المخدرات وغسل الأموال والإرهاب حيث تتخذ دولة الملجأ إجراءات وتدابير استثنائية في مواجهة الأشخاص أو الأموال القادمة من تلك الدول، وهذه الإجراءات لا تثريب عليها في مواجهة غير اللاجئين أما اللاجئين فقد نصت اتفاقية اللجوء على إعفائهم من هذه التدابير الإستثنائية مراعاة لظروف اللاجئين وأحوالهم، إلا أنه يحق لدولة الملجأ ألا تعفى اللاجئين من هذه التدابير إذا كانت ضرورية لحماية الأمن القومي لدولة الملجأ، وسنذكر هذا الحق في القانون الدولي والوطني والشريعة الإسلامية، وذلك على النحو الآتي :

أولاً : حق اللاجئين في إعفائهم من التدابير الإستثنائية في القانون الدولي :

نظمت اتفاقية اللجوء هذا الحق في المادتين 8 و9، حيث نصت المادة (8) على أنه (حين يتعلق الأمر بالتدابير الاستثنائية التي يمكن أن تتخذ ضد أشخاص أو ممتلكات أو مصالح مواطني دولة أجنبية معينة، تمتنع الدول المتعاقدة عن تطبيق هذه التدابير على أي لاجئ يحمل رسمياً جنسية تلك الدولة مجرد كونه يحمل هذه الجنسية. وعلى الدول المتعاقدة التي لا تستطيع بمقتضى تشريعها تطبيق المبدأ العام المنصوص عليه في هذه المادة أن تقوم في الحالات المناسبة بمنح إعفاءات لمثل هؤلاء اللاجئين)، ونصت المادة (9) على أنه (ليس في أي من أحكام هذه الاتفاقية ما يمنع دولة متعاقدة في زمن الحرب أو في غيره من الظروف الخطيرة والاستثنائية، من أن تتخذ مؤقتاً من التدابير بحق شخص معين ما تعتبره أساسياً لأمنها القومي، ريثما يثبت لتلك الدولة المتعاقدة أن هذا الشخص لاجئ بالفعل وأن الإبقاء على تلك التدابير ضروري في حالته لصالح أمنها القومي)(3).

ثانياً : حق اللاجئين في إعفائهم من التدابير الإستثنائية في القانون الوطني :

لم ينص أي من القوانين والتشريعات اليمنية على إعفاء اللاجئين من هذا الحق، إلا أن هذا الحق مكفول بموجب القانون اليمني الذي قضى بموافقة اليمن وإنضمامها إلى اتفاقية اللجوء حيث صارت هذه الاتفاقية بمثابة قانون وطني.

(1) سورة الزمر الآية (7).

(2) سورة الطور الآية (21).

(3) اتفاقية اللجوء، مركز دراسات الهجرة ص12.

ثالثاً : حق اللاجئين في إعفائهم من التدابير الإستثنائية في الشريعة الإسلامية :

التدابير الإستثنائية التي تتخذها الدول الغاية منها حماية الدولة من أخطار محتملة الوقوع، واللجوء حالة واقعية قد وقعت وحدثت بالفعل، فاللجوء واقع حقيقي والمخاطر احتمالية، وفقه الموازنات في الشريعة الإسلامية يقتضي بتقديم الواقعي على الإحتمالي⁽¹⁾، كما أن حماية دولة الملجأ من الأخطار يمكن أن يتحقق بوسائل أخرى غير فرض هذه التدابير على اللاجئين.

الحق التاسع : حق اللاجئين في التجنس بجنسية بلد الملجأ :

في أحيان كثيرة تطول الأسباب التي دفعت اللاجئين إلى اللجوء، فلا يستطيعون العودة إلى بلدانهم الأصلية فيقيمون في بلد الملجأ لمدة طويلة وعندئذ تنطبق عليهم شروط التجنس في البلدان التي لجأوا إليها، ونظراً لظروف اللاجئين وتقديراً لها ينبغي على دولة الملجأ أن لا تشترط لتجنس اللاجئين بجنسيتها إلا الحد الأدنى من شروط التجنس، فمثلاً ينبغي على هذه الدول أن تغض الطرف عن اشتراط المدة الطويلة المتصلة لإقامة اللاجئ طالب التجنس في بلد الملجأ، وسنذكر هذا الحق في القانون الدولي والوطني والشريعة الإسلامية، وعلى النحو الآتي :

أولاً : حق اللاجئين في التجنس بجنسية بلد الملجأ في القانون الدولي :

ذكرت هذا الحق اتفاقية اللجوء في المادتين (10) و (34) حيث نصت المادة (10) على أنه (1- حين يكون اللاجئ قد أبعده قسراً خلال الحرب العالمية الثانية ونقل إلى ارض دولة متعاقدة ويكون مقيماً فيها، تعتبر فترة مكوثه القسري هذه بمثابة إقامة شرعية في أرض هذه الدولة. 2- حين يكون اللاجئ قد أبعده قسراً أثناء الحرب العالمية الثانية عن أرض دولة متعاقدة، ثم عاد إليها قبل بدء نفاذ هذه الاتفاقية ليتخذ مقاماً فيها، تعتبر فترة إقامته السابقة واللاحقة لهذا الإبعاد القسري، من أجل أية أغراض تتطلب إقامة غير منقطعة، بمثابة فترة واحدة غير منقطعة)، وفي السياق ذاته نصت المادة (34) على أن (تسهل الدول المتعاقدة بقدر الإمكان استيعاب اللاجئين ومنحهم جنسيتها، وتبذل علي الخصوص كل ما في وسعها لتعجيل إجراءات التجنس وتخفيض أعباء ورسوم هذه الإجراءات إلي أدنى حد ممكن)⁽²⁾.

ثانياً : حق اللاجئين في التجنس بجنسية بلد الملجأ في القانون اليمني :

حدد قانون الجنسية اليمني رقم (6) لسنة 1990م وتعديلاته حدد حالات التجنس بالنسبة لغير اليمنيين الأصول وذكر القانون حالات التجنس وشروطه في المواد 4 و5 و6 و7 و8 و9 و10 وبيان نصوص هذه المواد على النحو الآتي :

المادة (4) : يجوز بقرار جمهوري بناء على عرض الوزير منح الجنسية اليمنية في أي من الحالات التالية :

من ولد في الخارج من أم تحمل هذه الجنسية وأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له، وذلك بشرط أن يكون قد جعل إقامته العادية بصفة مشروعة في اليمن مدة عشر سنوات متتاليات على الأقل سابقة على بلوغه سن الرشد وان يكون اختياره الجنسية اليمنية قد قدم خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد.

(1) فقه الأولويات، ديوسف القرضاوي، دار سوق عكاظ 1995م ص17.

(2) اتفاقية اللجوء، مركز دراسات الهجرة ص11.

من ولد في اليمن لأبوين أجنبيين وأقام فيها حتى بلوغه سن الرشد وكان ملماً باللغة العربية سليم العقل غير مصاب بعاهة تجعله عالة على المجتمع وكان محمود السيرة والسمعة ولم يسبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالنظام العام والآداب العامة إلا إذا كان قد رد إليه اعتباره و بشرط أن يقدم طلباً للحصول على الجنسية اليمنية خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد.

من ولد في اليمن لأب أجنبي ولد أيضاً فيه.

من يكون أدي للدولة أو للأمة العربية خدمة جليلة.

من ينتمي إلى الأصل اليمني متى تقدم بطلب الحصول على الجنسية اليمنية بعد خمس سنوات من جعل إقامته فيها بشرط ثبوت إقامة جده الأقرب لأبيه في اليمن وتنازله عن اتصافه بأية جنسية أخرى عند منحه الجنسية(1).

المادة (5) : يجوز بقرار جمهوري بناء على عرض الوزير منح الجنسية اليمنية للعربي وللأجنبي المسلم الذي لا تنطبق عليه أحكام المادة السابقة وذلك متى توافرت في شأنه الشروط الآتية:

أن يكون بالغاً سن الرشد.

أن تكون إقامته العادية في الجمهورية بطريقة مشروعة لمدة عشر سنوات متتاليات.

أن يكون حسن السلوك محمود السيرة ولم يسبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالنظام العام والآداب العامة ما لم يكن قد رد إليه اعتباره.

أن تكون له وسيلة مشروعة لكسب العيش.

أن يكون ملماً باللغة العربية.

أن يكون ذا كفاءة تحتاج إليها البلاد . ويجوز في هذه الحالة إعفائه من شرط الإلمام باللغة العربية(2).

مادة (6) : تخفف المدة المنصوص عليها في البند (2) من المادة السابقة إلى خمس سنوات متتاليات بالنسبة إلى الأجنبي الذي يحصل على إذن من الوزير بالتوطن في اليمن بقصد التجنس لضرورات ملحة ويشترط إقامته هذه المدة فعلاً في اليمن بعد الإذن وتقديمه طلب التجنس خلال الثلاثة شهور التالية لانقضاء المدة المذكورة وإذا مات - المأذون له قبل منحه الجنسية اليمنية جاز لزوجته ولأولاده القصر الذين كانوا موجودين معه وقت صدور الإذن واستمروا مقيمين معه إلى وقت وفاته أن ينتفعوا بالإقامة وبالمدة التي يكون المتوفى قد أقامها في اليمن.

مادة (7) : يجوز بقرار جمهوري بناء على عرض الوزير تحديد العدد المسموح بترشيحهم لحمل الجنسية اليمنية سنوياً.

مادة (8) : تشكل بقرار من الوزير لجنة تكون مهمتها ترشيح من ترى منحهم شهادات التجنس في حدود العدد المسموح به سنوياً.

(1) قانون الجنسية، وزارة الشؤون القانونية، نوفمبر 2004م ص7.

(2) قانون الجنسية ص8.

مادة (9): لا تكسب زوجة المتجنس الجنسية اليمنية بطريقة التبعية لزوجها إلا إذا طلبت ذلك ونشر طلبها في إحدى الصحف المحلية واستمرت الزوجية قائمة لمدة أربع سنوات من تاريخ هذا الطلب ولم يعترض الوزير على ذلك خلال المدة المذكورة أما الأولاد القصر للمتجنس المذكور، فيكتسبون الجنسية اليمنية بطريق التبعية لأبيهم إذا كانت إقامتهم العادية مع أبيهم في اليمن ولهم أن يقرروا اختيار جنسيتهم الأصلية خلال السنة التالية لبلوغهم سن الرشد شريطة الإيفاء بما خسرته الدولة عليهم من نفقات في سبيل نشأتهم وتعليمهم.

مادة (10): المرأة اليمنية التي تتزوج من أجنبي مسلم تحتفظ بالجنسية اليمنية إلا إذا رغبت في التخلي عن جنسيتها وأثبتت هذه الرغبة عند الزواج أو أثناء قيام الزوجية وكان قانون بلد زوجها يدخلها في جنسيته، وإذا كان عقد زواج هذه المرأة باطلاً شرعاً فإنها تظل محتفظة بالجنسية اليمنية).

وقد صرح قانون الجنسية اليمني في (25) بالعمل بجميع المعاهدات والاتفاقيات الدولية حيث نصت هذه المادة على أن (يعمل بأحكام جميع المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي أبرمت أو تبرم بين اليمن والدول الأجنبية في مسائل الجنسية بعد مصادقة مجلس النواب)، وقد ذكرنا أن اليمن قد صادقت على اتفاقية اللجوء عام 1978م قبل إنشاء مجلس النواب، وعلى هذا الأساس فإن حق اللاجئ في التجنس مكفول في القانون الوطني.

ثالثاً: حق اللاجئ في التجنس في الشريعة الإسلامية :

الأصل بالنسبة للمسلم أنه يتجنس بجنسية الدولة المسلمة التي يلجأ إليها لأن دار الإسلام واحدة ولم يقل بجواز تعدد الأقطار الإسلامية إلا المعتزلة، أما غير المسلم فتتطبق عليه أحكام الأمان فلا مانع في الشريعة من ذلك(1).

الحق العاشر: حق اللاجئ فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية :

تختلف الأحوال الشخصية للأشخاص باختلاف دولهم وأديانهم وأوطانهم، والأحوال الشخصية من الحقوق اللصيقة بالشخصية التي ينبغي على الدول احترامها، والأحوال الشخصية تتضمن أحوال الأشخاص من حيث الزواج والطلاق والفسخ والمهر والنفقة والميراث والهبة والوقف.....ألخ، وسنذكر هذا الحق في القانون الدولي والوطني والشريعة الإسلامية وعلى الوجه الآتي :

أولاً: الأحوال الشخصية للاجئين في القانون الدولي :

أشارت إلى ذلك المادة (12) من اتفاقية اللجوء التي نصت على أن (تخضع أحوال اللاجئ الشخصية لقانون بلد موطنه، أو لقانون بلد إقامته إذا لم يكن له موطن.

تحتزم الدولة المتعاقدة حقوق اللاجئ المكتسبة والناجمة عن أحواله الشخصية ولاسيما الحقوق المرتبطة بالزواج، علي أن يخضع ذلك عند الاقتضاء لاستكمال الشكليات المنصوص عليها في قوانين تلك الدولة، ولكن شريطة أن يكون الحق المعني واحد من الحقوق التي كان سيعترف بها تشريع الدولة المذكورة لو لم يصبح صاحبه لاجئاً(2).

(1) أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، د. عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة ص192.

(2) اتفاقية اللجوء، مركز دراسات الهجرة ص10.

ثانياً : الأحوال الشخصية للاجئين في القانون اليمني :

تنطبق على اللاجئين القوانين اليمنية باعتبارهم أجنب غير يمينين، وذلك يثير التنازع بين القوانين اليمنية وقوانين الجنسية الأصلية لهؤلاء اللاجئين، وقد نظم القانون المدني اليمني ذلك في المواد من (23) إلى (35)، وبيان ذلك على النحو الآتي :

المادة(23) : القانون اليمني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقة في قضية تتنازع فيها القوانين وذلك لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها.

المادة(24) : يرجع في الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم إلى قانون جنسيتهم ومع ذلك فإنه بالنسبة للتصرفات المالية التي تعقد في الجمهورية وتترتب أثارها فيها، إذا كان نقص أهلية الطرف الأجنبي الراجع إلى قانون بلده فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه وكان كامل الأهلية بحسب القانون اليمني فإنه لا يؤبه بنقص أهليته، ويرجع في نظام الأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات وغيرها إلى قانون الدولة التي اتخذت فيها مركز إدارتها الرئيسي الفعلي ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في الجمهورية فإن القانون اليمني هو الذي يسري.

المادة(25) : يرجع في الزواج، والطلاق، والفسخ، والنفقات إلى القانون اليمني للأحوال الشخصية عند المرافعة، وهذا يعني أن القانون اليمني هو الذي يسري على الأحوال الشخصية للاجئين.

المادة(26) : يرجع في المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية القصار والمحجوزين والغائبين إلى القانون اليمني، وهذا يعني أيضاً سريان القانون اليمني على الأحوال الشخصية للاجئين.

المادة(27) : يرجع في الميراث والوصية وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت إلى قانون الأحوال الشخصية اليمني وهذا يعني أيضاً سريان القانون اليمني على الأحوال الشخصية للاجئين.

المادة(29) : يرجع في الآثار المترتبة على العقود إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلف موطن كل منهما فيالي قانون البلد الذي تم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على قانون آخر او يتبين من ظروف الحال أنهما قصدا تطبيق قانون آخر وذلك باستثناء العقود التي تبرم في شأن مال غير منقول (عقار) فإنه يطبق قانون موقع المال (العقار).

المادة(30) : يرجع في شكل العقود إلى قانون البلد الذي تمت فيه او القانون الذي يحكم موضوعها او قانون موطن المتعاقدين المشترك او قانونهما المشترك.

المادة(33) : لا تخل الأحكام المتقدمة بتطبيق القواعد التي ينص عليها قانون خاص او اتفاق دولي او معاهدة دولية نافذة في الجمهورية فأنها تطبق دون أحكام المواد السابقة وإذا لم يوجد نص في قوانين الجمهورية يحكم مسألة تنازع القوانين المعروضة على القضاء فيرجع إلى قواعد القانون الدولي الخاص المتعارف عليها دولياً ما لم يتعارض أي من ذلك مع أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا النص صريح في تطبيق اتفاقية اللجوء فيما يتعلق بالأحوال الشخصية للاجئين.

المادة (34): يعيّن القاضي قانون الجنسية الواجب تطبيقه في حالة الشخص الذي لا تعرف جنسيته او تكون له جنسيات متعددة في وقت واحد، ومع ذلك إذا كانت إحدى الجنسيات المتعددة هي الجنسية اليمنية فان القانون اليمني وحده هو الذي يطبق.

المادة (35): لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي تعين تطبيقه طبقاً للنصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف أحكام الشريعة الإسلامية او الآداب العامة في الجمهورية(1).

ثالثاً: الأحوال الشخصية للاجئين في الشريعة الإسلامية :

تحتزم الشريعة الإسلامية الحقوق الشخصية للأشخاص حتى ولو كانوا غير مسلمين، ويسري هذا الأمر الشرعي على اللاجئين الذين تحتزم الشريعة الإسلامية أحوالهم وحقوقهم الشخصية من زواج وطلاق وأرث وغيرها، فقد ظلت الأقليات الغير مسلمة تعيش في كنف الدولة الإسلامية منذ ظهور الإسلام دون أن يتعرض لأحوالهم أو شؤونهم الشخصية معترض(2).

الحق الحادي عشر: حق اللاجئين في معاملتهم بدون تمييز :

حقوق اللاجئين كثيرة والقانون الدولي والوطني والشريعة الإسلامية تكفل هذه الحقوق، ولا يكفي ذلك، إذ ينبغي أن تتعامل دولة الملجأ مع اللاجئين كافة معاملة متساوية دون تمييز بينهم بسبب الدين أو العرق أو الجنس أو اللون أو غيره، فينبغي على دولة الملجأ أن تمكن اللاجئين كافة من حقوقهم على قدم المساواة دون نظر إلى أي اعتبار عدا أنهم بشر، فالتمييز في المعاملة له آثار غاية في القسوة على الأشخاص الذين يقع التمييز عليهم أو على المجتمعات التي يعيشون منها مثل شيوع الحسد والحقد والضغينة سواءً بين اللاجئين أو في أوساط المجتمع الذي يعيشون فيه ولذلك فقد منعت الشريعة الإسلامية والقانون الوطني والدولي التمييز بين اللاجئين، وسنذكر ذلك على النحو الآتي :

أولاً: حق اللاجئين في معاملتهم بدون تمييز في القانون الدولي :

قررت اتفاقية اللجوء هذا الحق في المادة (3) من هذه الإتفاقية التي نصت على أنه (تطبق الدول المتعاقدة أحكام هذه الاتفاقية على اللاجئين دون تمييز بسبب العرق أو الدين أو بلد المنشأ)(3).

ثانياً: حق اللاجئين في معاملتهم بدون تمييز في القانون الوطني :

مبدأ المساواة من المبادئ التي قررها الدستور اليمني والقوانين الوطنية، وهذا المبدأ يسري على اللاجئين، ولأن هذا المبدأ من المعلوم يقيناً فلا حاجة إلى الإشارة إلى النصوص التي ذكرته.

(1) القانون المدني، وزارة الشؤون القانونية، مطابع التوجيه المعنوي 2009م.

(2) أحكام الذميين والمستأمنين ص135.

(3) اتفاقية اللجوء، مركز دراسات الهجرة ص10.

ثالثاً : حق اللاجئين في معاملتهم بدون تمييز في الشريعة الإسلامية :

الدين الإسلامي دين المعاملة والمساواة، ولذلك كان الدين عقيدة وشريعة، فلا مجال في الشريعة الإسلامية للمفاضلة والتمييز بين الناس، فالإسلام دين المساواة الذي لا يفرق بسبب الدين أو الجنس أو اللون أو النسب قال تعالى (يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم)(1).

الحق الثاني عشر : حق اللاجئين في حفظ أموالهم وحيازتها :

المقصود بالأموال في هذا الشأن الأموال النقدية والعينية والمنقولات، إضافة الى الأموال المعنوية كبراءات الإختراع والحق الفكري، ويشمل هذا الحق أيضاً ضمان نقل وإنتقال اللاجئين بهذه الأموال وحق اللاجئين في إخراج هذه الأموال من دولة الملجأ إلى غيرها والتصرف فيها بالبيع أو الإجارة أو الإعارة وكذا حق اللاجئين في تملك هذه الأموال، وهذا الحق مكفول في القانون الدولي والوطني والشريعة الإسلامية، وسنبين ذلك على النحو الآتي :

أولاً : حق اللاجئين في حفظ أموالهم وحيازتها ونقلها في القانون الدولي :

ضمنت هذا الحق اتفاقية اللجوء في المواد 13 و14 و30 حيث نصت المادة (13) على أن(تمنح الدول المتعاقدة كل لاجئ أفضل معاملة ممكنة، لا تكون في أي حال أدنى رعاية من تلك الممنوحة في نفس الظروف للأجانب عامة، فيما يتعلق بجيازة الأموال المنقولة وغير المنقولة والحقوق الأخرى المرتبطة بها، وبالإيجار وغيره من العقود المتصلة بملكية الأموال المنقولة وغير المنقولة) كما نصت المادة (14) على أنه (في مجال حماية الملكية الصناعية، كالاختراعات والتصاميم أو النماذج والعلامات المسجلة والأسماء التجارية، وفي مجال حماية الحقوق على الأعمال الأدبية والفنية والعلمية، يمنح اللاجئ في بلد إقامته المعتادة نفس الحماية الممنوحة لمواطني ذلك البلد، ويمنح في إقليم أي من الدول المتعاقدة الأخرى نفس الحماية الممنوحة في ذلك الإقليم لمواطني بلد إقامته المعتادة) وبشأن نقل الموجودات نصت المادة (30) على أن : (تسمح الدول المتعاقدة للاجئين، وفقاً لقوانينها وأنظمتها، بنقل ما حملوه إلي أرضها من موجودات إلى بلد آخر سمح لهم بالانتقال إليه بقصد الاستقرار فيه)(2)

.تنظر الدول المتعاقدة بعين العطف إلي الطلبات التي يقدمها اللاجئون للسماح لهم بنقل أي موجودات أخرى لهم أينما وجدت، يحتاجون إليها للاستقرار في بلد آخر سمح لهم بالانتقال إليه).

ثانياً : حق اللاجئين في حفظ أموالهم وحيازتها ونقلها في القانون اليمني :

هذا الحق مكفول في القوانين اليمنية التي تسمح للأجانب بمن فيهم اللاجئين أن يملكوا المنقولات وأن يتصرفوا بها بيعاً وتأجيراً وشراءً، وقد كان القانون اليمني يمنح الأجانب من تملك العقارات حتى عام 2010م حينما صدر قانون الإستثمار الذي سمح للأجانب بتملك العقارات، حيث نصت المادة (5) من هذا القانون على انه (يحق للمستثمر أن يشتري أو يستأجر وان يحصل على حقوق الانتفاع بالأراضي والمباني سواء مملوكة ملكية خاصة أو عامة)(3).

(1) سورة الحجرات الآية (13).

(2) اتفاقية اللجوء، مركز دراسات الهجرة ص11.

(3) القانون رقم (15) لسنة 2010م بشأن الاستثمار، وزارة الشؤون القانونية، مطابع التوجيه المعنوي صنعاء 2010م.

ثالثاً: حق اللاجئين في تملك الأموال وحيازتها ونقلها في الشريعة الإسلامية :

تقرر الشريعة الإسلامية للأفراد حرية تملك الأموال وحيازتها ونقلها والتصرف فيها طالما وهذه الأموال ليست محرمة في الشريعة الإسلامية، ومن الثابت لجوء اليهود من أوروبا خلال القرون الوسطى وما بعدها إلى الدولة العثمانية بولاياتها المختلفة حيث تملكوا الأموال وصاروا من أغنياء الدولة العثمانية وكان يطلق عليهم في تركيا يهود الدوغة(1).

الحق الثالث عشر : حق اللاجئين في التقاضي :

لا يستطيع اللاجئين الانتفاع بحقوقهم أو الدفاع عنها أو المطالبة بها ما لم يكن حق التقاضي مكفولاً لهم، ولذلك يكتسب حق اللاجئين في التقاضي أهميته البالغة وحق التقاضي له أدوات ووسائل كثيرة منها حق اللاجئين في تقديم البلاغات والشكاوى عن الجرائم التي قد تقع عليهم وكذا حقهم في رفع الدعوى المدنية التبعية للمطالبة بالتعويضات عن الجرائم التي تقع عليهم وكذا حقهم في رفع الدعوى المدنية والتجارية والشخصية للمطالبة بحقوقهم المدنية والتجارية والشخصية ، كما ان حق اللاجئين في التقاضي يعني حقهم في الدفاع والمساعدة القضائية في مواجهة البلاغات والشكاوى والدعوى التي قد يتم رفعها عليهم سواء امام مأموري الضبط القضائي أو النيابة والمحاكم بمختلف درجاتها وسنذكر هذا الحق في القانونين الدولي واليميني والشريعة الإسلامية وذلك على النحو الآتي :

أولاً: حق اللاجئين في التقاضي في القانون الدولي :

ورد هذا الحق في اتفاقية اللجوء وذلك في المادة (16) التي نصت على أن (يكون لكل لاجئ، على أراضي جميع الدول المتعاقدة، حق التقاضي الحر أمام المحاكم.

يتمتع كل لاجئ، في الدولة المتعاقدة محل إقامته المعتادة، بنفس المعاملة التي يتمتع بها المواطن من حيث حق التقاضي أمام المحاكم، بما في ذلك المساعدة القضائية، والإعفاء من ضمان أداء المحكوم به.

فيما يتعلق بالأمر التي تتناولها الفقرة (2)، يمنح كل لاجئ، في غير بلد إقامته المعتادة من بلدان الدول المتعاقدة، نفس المعاملة الممنوحة فيها لمواطني بلد إقامته المعتادة(2).

ثانياً: حق اللاجئين في التقاضي في القانون اليمني :

مبدأ إقليمية القوانين يقتضي ان يتم تطبيق القوانين والتشريعات الوطنية على كل من يقيم على إقليم الجمهورية اليمنية بمن فيهم اللاجئين، سواء كانت قضايا اللاجئين مدنية أو جنائية أو شخصية، وبيان ذلك على النحو الآتي:

- معالجة التشريعات الوطنية لقضايا اللاجئين المدنية :

القضايا المدنية هي المسائل التي يكون محلها التصرفات المدنية والتجارية والشخصية التي يكون اللاجئ طرفاً فيها مثل مسائل البيع والشراء والإيجار والعارية والشراكة والزواج والطلاق والفسخ وغيرها، وتنطبق على اللاجئين

(1) تاريخ الدولة العثمانية، يلماز اوز توزا، المحقق محمود الأنصاري، الناشر مؤسسة فيصل للتمويل تركيا 1408م 282/2.

(2) اتفاقية اللجوء، مركز دراسات الهجرة ص9.

القوانين اليمينية باعتبارهم أجنب غير يمينين وذلك يثير التنازع بين القوانين اليمينية وقوانين الجنسية الأصلية لهؤلاء اللاجئين، وقد نظم القانون المدني اليميني ذلك في المواد من (23) إلى (35)، وبيان ذلك على النحو الآتي:

المادة(23) : القانون اليميني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقة في قضية تتنازع فيها القوانين وذلك لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها.

المادة(24) : يرجع في الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم إلى قانون جنسيتهم ومع ذلك فإنه بالنسبة للتصرفات المالية التي تعقد في الجمهورية وتترتب آثارها فيها، إذا كان نقص أهلية الطرف الأجنبي الراجع إلى قانون بلده فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه وكان كامل الأهلية بحسب القانون اليميني فإنه لا يؤبه بنقص أهليته، ويرجع في نظام الأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات وغيرها إلى قانون الدولة التي اتخذت فيها مركز إدارتها الرئيسي الفعلي ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في الجمهورية فإن القانون اليميني هو الذي يسري.

المادة(25) : يرجع في الزواج والطلاق والفسخ والنفقات إلى القانون اليميني للأحوال الشخصية عند المرافعة.

المادة(26) : يرجع في المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية القصار والمحجوزين والغائبين إلى القانون اليميني.

المادة(27) : يرجع في الميراث والوصية وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت إلى قانون الأحوال الشخصية اليميني.

المادة(28) : يرجع في الحيازة والملكية والانتفاع والحقوق العينية الأخرى إلى قانون موقع المال إذا كان غير منقول (عقار) وإلى قانون المكان الذي يوجد به المال المنقول وقت تحقق سبب الحيازة أو الملكية أو الانتفاع أو أي حق عيني آخر أو سبب فقدها.

المادة(29) : يرجع في الآثار المترتبة على العقود إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطننا فإن اختلف موطن كل منهما في قانون البلد الذي تم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على قانون آخر أو يتبين من ظروف الحال أنهما قصدا تطبيق قانون آخر وذلك باستثناء العقود التي تبرم في شأن مال غير منقول (عقار) فإنه يطبق قانون موقع المال (العقار).

المادة(30) : يرجع في شكل العقود إلى قانون البلد الذي تمت فيه أو القانون الذي يحكم موضوعها أو قانون موطن المتعاقدين المشترك أو قانونهما المشترك.

المادة(31) : يرجع في ضمان ما ينشأ عن فعل غير تعاقدية أو في غرامته إذا وقع في الخارج إلى القانون اليميني.

المادة(32) : يرجع في قواعد الاختصاص والمسائل الخاصة بالإجراءات القضائية إلى قانون البلد الذي ترفع فيه الدعوى.

المادة(33) : لا تخل الأحكام المتقدمة بتطبيق القواعد التي ينص عليها قانون خاص أو اتفاق دولي أو معاهدة دولية نافذة في الجمهورية فأنها تطبق دون أحكام المواد السابقة وإذا لم يوجد نص في قوانين الجمهورية يحكم مسألة تنازع

القوانين المعروضة على القضاء فيرجع إلى قواعد القانون الدولي الخاص المتعارف عليها دولياً ما لم يتعارض أي من ذلك مع أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا يعني تطبيق اتفاقية اللجوء التي وافقت عليها اليمن.

المادة (34): يعين القاضي قانون الجنسية الواجب تطبيقه في حالة الشخص الذي لا تعرف جنسيته او تكون له جنسيات متعددة في وقت واحد، ومع ذلك إذا كانت إحدى الجنسيات المتعددة هي الجنسية اليمنية فان القانون اليمني وحده هو الذي يطبق.

المادة (35): لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي تعين تطبيقه طبقاً للنصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف أحكام الشريعة الإسلامية او الآداب العامة في الجمهورية.

- معالجة التشريعات الوطنية لقضايا اللاجئين الجزائرية :

مبدأ إقليمية القانون الجزائري من المبادئ التي اعتنقها القانون اليمني، فالأصل طبقاً لهذا المبدأ اليمني ان كل جريمة تقع في الإقليم اليمني يطبق عليها القانون اليمني ويختص بنظرها القضاء اليمني بصرف النظر عن مرتكبها سواء كان يمينياً أم اجنبياً لاجئاً أم غير لاجي، وفي هذا الشأن نصت المادة (3) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على انه (يسري هذا القانون على كافة الجرائم التي تقع على إقليم الدولة أياً كانت جنسية مرتكبها وتعد الجريمة مقترفة في إقليم الدولة إذا وقع فيه عمل من الأعمال المكونة لها ومتى وقعت الجريمة كلها او بعضها في إقليم الدولة يسري هذا القانون على من ساهم فيها ولو وقعت مساهمته في الخارج)(1).

وفي السياق ذاته تنص المادة (17) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني على انه (يسري قانون الإجراءات الجزائية على كل عمل إجرائي يتخذ في إقليم الجمهورية).

تسري قوانين الإجراءات الجزائية على المواطنين، وكذلك على رعايا الدول الأجنبية والأشخاص عديمي الجنسية)(2).

الوسائل والأدوات القضائية التي يستعملها اللاجئين للدفاع عن حقوقهم ومصالحهم :

الوسائل والأدوات القضائية التي يستعملها اللاجئين للدفاع عن حقوقهم ومصالحهم: هي الدعاوي والشكاوى والبلاغات التي يكون اللاجئ طرفاً فيها.

فالقوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية تكفل حقوق اللاجئين، وبموجب ذلك أيضاً تترتب على اللاجئين واجبات، كما انه ينبغي على اللاجئين احترام التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وعدم مخالفتها وإلا كانوا عرضة للمسائلة المدنية والجنائية.

وحتى يتمكن اللاجئين من حماية حقوقهم فإن لهم تقديم الدعاوي المدنية الأصلية أمام المحاكم المدنية المختصة لحماية أموالهم وأملاكهم وأجورهم وحقوقهم، كما انه يحق للاجئين أن يتقدموا بدعاوي الحق الشخصي والمدني أمام القضاء الجزائري للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بهم جراء الجرائم التي تقع عليهم او على ذويهم، وهذه الدعاوى مدنية تبعية يتم رفعها أمام القضاء الجزائري تبعاً للدعاوي الجزائرية، كما يحق للاجئين أن يرفعوا أمام قضاة

(1) قانون الجرائم والعقوبات، وزارة الشؤون القانونية، مطابع التوجيه المعنوي 2006م ص123.

(2) قانون الإجراءات الجزائية، وزارة الشؤون القانونية، مطابع التوجيه المعنوي 2006م ص3.

الأحوال الشخصية الدعاوي الشخصية كدعاو الزواج والطلاق والفسخ والنفقة والحضانة وغيرها، كما ان هذه الدعاوي الشخصية قد ترفع ضد اللاجئين من بعضهم او من غير اللاجئين.

كما يستطيع اللاجئين ان يتقدموا امام مراكز الشرطة والنيابة العامة بالشكاوى عن الجرائم والمخالفات التي تقع عليهم او على أموالهم وحقوقهم، ومن ناحية ثانية فإنه يحق للاجئين تقديم البلاغات الوجوبية والجوازية للإبلاغ عن الجرائم والمخالفات التي تقع على غير اللاجئين المبلغين.

وإذا قام اللاجئين بمخالفة التشريعات الوطنية او الاتفاقيات الدولية وترتب على ذلك الاعتداء على الأشخاص والأموال والحقوق فإن اللاجئين يكونوا محلاً للدعاوي والبلاغات والشكاوى التي يوجهها المجني عليهم إلى اللاجئين، فيكون اللاجئين طرفاً في هذه الدعاوي والشكاوى والبلاغات حيث يكون اللاجئ مدع عليه او مشكو به او مبلغ به.

الحق الرابع عشر : حق اللاجئين في الانتماء للجمعيات :

المقصود بالجمعيات هنا الجمعيات التي لا تستهدف الربح، فقد تكون هذه الجمعيات خيرية تستهدف رعاية وتنظيم اللاجئين، كما قد تكون خاصة باللاجئين وقد تكون مهنية تنظم شئون مهنة معينة ينتمي إلى عضويتها اللاجئين وغيرهم، وهذا الحق المقرر للاجئين لا يقتصر على مجرد الإنتماء إلى عضوية هذه الجمعيات بل يشمل أيضاً ممارسة اللاجئين لأنشطتهم وحقوقهم في نطاق هذه الجمعيات ومن ذلك حق الترشيح والانتخاب وكافة الأنشطة والفعاليات التي تدخل ضمن أغراض الجمعية، وحق اللاجئين في الإنتماء إلى الجمعيات مقرر في القانون الدولي والوطني والشريعة الإسلامية، وبيان ذلك على الوجه الآتي :

أولاً: حق اللاجئين في الإنتماء للجمعيات في القانون الدولي :

هذا الحق مقرر في المادة (15) من اتفاقية اللجوء حيث نصت هذه المادة على أن (تمنح الدول المتعاقدة للاجئين المقيمين بصورة نظامية في إقليمها، بصدد الجمعيات غير السياسية وغير المستهدفة للربح والنقابات المهنية، أفضل معاملة ممكنة تمنح، في نفس الظروف لمواطني بلد أجنبي)(1).

ثانياً: حق اللاجئين في الإنتماء للجمعيات في القانون الوطني :

لا يمنع قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية اليمني اللاجئين من تنظيم أنفسهم في جمعيات أو مؤسسات أهلية خاصة بهم أو الألتحاق في جمعيات نوعية أو مهنية.

(1) اتفاقية اللجوء، مركز دراسات الهجرة ص8.

ثالثاً : حق اللاجئين في الإنتماء للجمعيات في الشريعة الإسلامية :

الجمعيات من أهدافها وأغراضها حماية الحقوق وتنظيم الخدمات وترشيدها لجماعة من الناس (1) بدلاً من الفوضى والإرتجال والعشوائية التي تصاحب مطالبة كل فرد بحقوقه أو خدماته على حدة، وهذه التنظيمات بما فيها الجمعيات من أبواب السياسة الشرعية الجائزة في الشريعة الإسلامية لما تحقق للمسلمين من مصالح ولما تدفع عنهم من مفسد.

الحق الخامس عشر : حق اللاجئين في التنقل في دولة الملجأ :

يحتاج اللاجئون إلى التنقل داخل حدود دولة الملجأ بين مدينة وأخرى أو من وإلى الأماكن المحددة لإقامة اللاجئين أو من أماكن إقامة اللاجئين إلى الأماكن التي يعملون بها وقد يكون التنقل طلباً للمساعدة والعلاج أو استكمال معاملات لدى جهات إدارية أو غير ذلك من ضروريات واحتياجات اللاجئين، ولكن هذا الحق لا يخل بحق دولة الملجأ في التثبت من هوية اللاجئ، وحق اللاجئين في التنقل مقرر في القانون الدولي والقانون الوطني والشريعة الإسلامية، وبيان ذلك على الوجه الآتي :

أولاً : حق اللاجئين في التنقل في القانون الدولي :

نظمت اتفاقية اللجوء هذا الحق في المادة (26) التي نصت على أن (تمنح كل من الدول المتعاقدة اللاجئين المقيمين بصورة نظامية في إقليمها حق اختيار محل إقامتهم والتنقل الحر ضمن أراضيها، علي أن يكون ذلك رهنا بأية أنظمة تنطبق علي الأجانب عامة في نفس الظروف). (2)

ثانياً : حق اللاجئين في التنقل في القانون اليمني :

حرية التنقل من الحقوق الأساسية المنصوص عليها في دستور الجمهورية اليمنية وكذا في قانون إقامة الأجانب الذي أجاز للأجانب عامة ومن ضمنهم اللاجئين بالتنقل شريطة أن يصطحبوا معهم جوازات أو وثائق السفر وأذن الإقامة حسبما ورد في المادة (14) من ذلك القانون (3).

ثالثاً : حق اللاجئين في التنقل في الشريعة الإسلامية :

سبق أن ذكرنا أن أغراض تنقل اللاجئين قد تكون طلباً للرزق كما قد تكون بغرض العلاج أو قد يكون الغرض من ذلك قضاء حاجة من الحاجيات، وخلاصة الأمر أن تنقل اللاجئين قد يكون لتحصيل الضروريات أو قضاء الحاجيات، والحاجة تنزل بمنزلة الضرورة في الشرع (4)، فتنقل اللاجئين وسيلة لتحصيل الضروريات والحاجات وذلك واجب في الشريعة، فإذا كانت الشريعة الإسلامية توجب التنقل للحصول على الضروريات والحاجيات فأن ما دون ذلك يكون مباحاً.

(1) انظر القانون رقم (1) لسنة 2001م بشأن الجمعيات والمؤسسات الأهلية، الجريدة الرسمية، العدد الأول 2001م، وزارة الشؤون القانونية، المواد (2) و(3) و(4) و(21) و(23).

(2) اتفاقية اللجوء، مركز دراسات الهجرة ص8.

(3) قانون تنظيم دخول وإقامة الأجانب ص13.

(4) ضوابط الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة، وليد صلاح الدين الزير، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانون 2009م ص132.

الحق السادس عشر : حق اللاجئين في عدم فرض الرسوم والأعباء المالية عليهم :

اللاجئون دفعتهم الضرورة والجاتهم الحاجة لمغادرة بلدانهم الأصلية طلباً للنجاة وتركوا أموالهم وأملاكهم في بلدانهم الأصلية، فهم عادة من الفقراء المعدمين، ولذلك من الحقوق الأصلية للاجئين أن لا تقوم دولة الملجأ بفرض أية رسوم أو ضرائب على اللاجئين، ولا يستثنى من ذلك إلا الرسوم التي تتحصلها دولة الملجأ من اللاجئين عند منحهم الوثائق الإدارية، ومن المناسب الإشارة إلى هذا الحق في القانون الدولي والوطني والشريعة الإسلامية، وذلك على النحو الآتي :

أولاً : حق اللاجئين في عدم فرض الرسوم والضرائب عليهم في القانون الدولي :

نظمت هذا الحق المادة (29) من اتفاقية اللجوء التي نصت على أن (تمتنع الدول المتعاقدة عن تحميل اللاجئين أية أعباء أو رسوم أو ضرائب، أيا كانت تسميتها تغاير أو تفوق تلك المستوفاة أو التي قد يصار إلي استيفائها في أحوال مماثلة.

ليس في أحكام الفقرة السابقة ما يحول دون أن تطبق علي اللاجئين القوانين والأنظمة المتعلقة بالرسوم المتصلة بإصدار الوثائق الإدارية، بما فيها بطاقات الهوية.(1)

ثانياً : حق اللاجئين في عدم فرض الضرائب والرسوم عليهم في القانون الوطني :

لم يرد ذكر أي إعفاء ضريبي للاجئين في القوانين والتشريعات الوطنية إلا أن اتفاقية اللجوء قد صارت بمثابة قانون وطني بعد أن صدر قانون بالموافقة عليها ومصادقة اليمن عليها.

ثالثاً : حق اللاجئين في امتناع دولة الملجأ عن فرض الضرائب والرسوم في الشريعة الإسلامية :

اللاجئون هم في غالبهم من الفقراء والمساكين وعابري سبيل، وعلى ذلك فهم مستحقون للصدقات فكيف تجبى الدولة منهم الضريبة؟ فذلك غير جائز، إضافة إلى أن تقرير الضرائب محل خلاف بين الفقهاء من حيث وجوبها، فيذهب بعض الفقهاء إلا أنها من قبيل المكوس المحرمة(2).

وعلى هذا الأساس فإن الشريعة لا تمنع الدولة من فرض الضرائب والرسوم على اللاجئين.

الحق السابع عشر : حق اللاجئين في عدم طردهم أو إبعادهم من الدول التي لجأوا إليها :

اللاجئون أشخاص تقطعت بهم السبل فلا يستطيعون العودة إلى بلدانهم الأصلية التي فروا منهم خشية الإضطهاد والتعذيب، ولذلك فإن طردهم أو إبعادهم من الدول التي لجأوا إليها له مخاطر كثيرة، ولذلك ينبغي إحاطة الطرد والإبعاد بضمانات كثيرة لحماية اللاجئين، وسنذكر هذا الحق على النحو الآتي :

(1) اتفاقية اللجوء، مركز دراسات الهجرة ص11.

(2) الزكاة والضرائب، د. محمد عثمان شبير، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، كلية الشريعة، جامعة الكويت 1996م ص107.

أولاً : حق اللاجئين في عدم طردهم أو إبعادهم من الدول التي لجأوا إليها في القانون الدولي :

وقد ورد هذا الحق في المادة 32 و33 من اتفاقية اللجوء حيث نصت المادة (32) على أنه (لا تطرد الدولة المتعاقدة لاجئاً موجوداً في إقليمها بصورة نظامية إلا لأسباب تتعلق بالأمن الوطني أو النظام العام

لا ينفذ طرد مثل هذا اللاجئ إلا تطبيقاً لقرار متخذ وفقاً للأصول الإجرائية التي ينص عليها القانون. ويجب أن يسمح للاجئ ما لم تتطلب خلاف ذلك أسباب قاهرة تتصل بالأمن الوطني، بأن يقدم بينات لإثبات براءته، وبأن يمارس حق الاستئناف ويكون له وكيل يمثله لهذا الغرض أمام سلطة مختصة أو أمام شخص أو أكثر معينين خصيصاً من قبل السلطة المختصة.

تمنح الدولة المتعاقدة مثل هذا اللاجئ مهلة معقولة ليلتمس خلالها قبوله بصورة قانونية في بلد آخر. وتحتفظ الدولة المتعاقدة بحقها في أن تطبق خلال هذه المهلة، ما تراه ضرورياً من التدابير الداخلية) وفي السياق ذاته نصت المادة (33) على أنه (لا يجوز لأية دولة متعاقدة أن تطرد لاجئاً أو ترده بأية صورة من الصور إلى حدود الأقاليم التي تكون حياته أو حريته مهددتين فيها بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو بسبب آرائه السياسية.

على أنه لا يسمح بالاحتجاج بهذا الحق لأي لاجئ تتوفر دواع معقولة لاعتباره خطراً علي أمن البلد الذي يوجد فيه أو لاعتباره يمثل نظراً لسبق صدور حكم نهائي عليه لارتكابه جرماً استثنائي الخطورة يعد خطراً علي مجتمع ذلك البلد(1).

ثانياً : حق اللاجئين في عدم طردهم أو إبعادهم من الدول التي لجأوا إليها في القانون الوطني :

نظم القرار الجمهوري بالقانون رقم (47) لسنة 1991م بشأن دخول وإقامة الأجانب إبعاد وطردهم الأجانب المخالفين عامة وذلك في المواد من 29 إلى نهاية المادة (38) وذلك على النحو الآتي (2) :

المادة (29) : يصدر من وزير الداخلية قراراً بأشكال الأوضاع بطاقات الإقامة والنماذج المنصوص عليها في هذا القانون والبيانات التي تتضمنها تلك النماذج والإقرارات .

المادة (30) : يحق للوزير بقرار منه أبعاداً أجنبي بناء على قرار بأبعاده من لجنة الإبعاد.

المادة (31) : لا يجوز أبعاد الأجنبي ذو الإقامة الخاصة إلا إذا كان في وجوده ما يهدد أمن الدولة وسلامتها في الداخل أو في الخارج أو اقتصادها القومي أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو كان عالة على الدولة ويصدر قرار الوزير بالإبعاد بعد عرض الأمر على اللجنة المنصوص عليها في المادة (34) وبعد موافقة رئيس الوزراء .

المادة (32) : مع مراعاة الإجراءات القانونية لوزير الداخلية والأمنياً أمر بحجز من يرى أبعاده حتى تتم إجراءات الإبعاد .

المادة (33) : يبين الوزير بقرار منه الإجراءات التي تتبع في إصدار قرار الإبعاد وإعلانها وتنفيذه .

(1) اتفاقية اللجوء، مركز دراسات الهجرة ص10.

(2) قانون دخول وإقامة الأجانب، وزارة الشؤون القانونية ص48.

المادة(34): تشكل لجنة الإبعاد على النحو التالي :

- 1- وكيل وزارة الداخلية المختص رئيسا
 - 2- وكيل وزارة الداخلية لقطاع الأمن الداخلي عضوا
 - 3- رئيس مصلحة الهجرة والجوازات والجنسية عضوا
 - 4- مدير عام الشئون القانونية بوزارة الداخلية عضوا
 - 5- مدير عام الشئون العربية والأجنبية بالمصلحة عضوا ومقررا
- وتنعتقد اللجنة بناء على طلب رئيسها ويشترط لصحة انعقاد اللجنة حضور الرئيس وثلاثة أعضاء على الأقل وتصدر القرارات بأغلبية الأعضاء الحاضرين وعند تساوي الأصوات يرجح الجانب الذي منه الرئيس ويبلغ رأيها للوزير على وجه السرعة .

المادة(35): على المصلحة إخطارالأجنبي الصادر بشأنه قرار الإبعاد كتابيا وتبين اللائحة شكل الإخطار والمدة التي يجب على الأجنبي المغادرة خلالها .

المادة(36): لا يسمح للأجنبي الذي سبق إبعاده بالعودة إلىأراضي الجمهورية إلا بقرار الوزير .

المادة(37): للمصلحة او من تخوله حق أخراجأجنبي يتمكن من الدخول إلىأراضي الجمهورية بأي طريقة كانت .

المادة(38): لا تسري أحكام دخول وإقامةالأجانب على :

- 1- أعضاء السلك الدبلوماسي والقنصلي الأجنبي المعتمدين في الجمهورية طالما كانوا في خدمة الدولة التي يمثلونها وفقا للقانون الدولي ، أماأعضاء السلكين الدبلوماسي والقنصلي غير المعتمدين في الجمهورية فتتبع بشأنهمبدأ المعاملة بالمثل .
- 2- ملاحي السفن والطائرات القادمة إلى الجمهورية الذين يحملون وثائق سفر بحرية او جوية من السلطات المختصة التابعين لها ويجب التأشير على هذه الوثائق من سلطات الجوازات بالموانئ والمطارات عند دخولهم أراضي الجمهورية او النزول فيها او مغادرتها ولا تخول هذه التأشيرة حق الإقامةإلا خلال مدة بقاء السفينة او الطائرات في المطار .
- 3- ركاب السفن والطائرات التي ترسو وتهبط في موانئ ومطارات الجمهورية الذين ترخص لهم السلطات المختصة بالنزول والبقاء مؤقتا في أراضيها خلال مدة بقاء السفينة او الطائرة في المطار على أن لا يتجاوز ذلك مدة أسبوع ويجب على ربانة السفن والطائرات قبل الرحيل إبلاغأدارة الهجرة عن تخلف أي راكب غادر السفينة او الطائرة وتسليمها جواز سفره فان لم يكتشف أمرهإلا بعد الرحيل وجب عليهم أن يبلغوا تلك السلطات بأسماء المتخلفين وجنسياتهم برقيا وان يرسلوا وثائق سفرهم بأسرع الوسائل من أول ميناء او مطار يصلون إليه .
- 4- المعفون بموجب اتفاقيات دولية تكون الجمهورية طرفا فيها وذلك في حدود تلك الاتفاقيات .
- 5- من يرى الوزير إعفائهمإذن خاص لاعتبارات خاصة بالمجالات الدولية(1).

(1) قانون دخول وإقامة الأجانب ص49.

ومن خلال مطالعتنا للفقرة (5) من المادة (38) السابق ذكرها تأكد لنا أنه القانون اليمني السابق ذكره لا يجيز طرد أو إبعاد اللاجئين لأن اليمن طرفاً في اتفاقية اللجوء السابق ذكرها.

ثالثاً: حق اللاجئين في عدم طردهم من دولة الملجأ في الشريعة الإسلامية :

ذكرنا أن هناك مخاطر وأضرار كثيرة تلحق باللاجئين إذا تم طردهم مثل إعادتهم للوقوع تحت التعذيب والاضطهاد أو سجنهم في دولهم الأصلية إضافة إلى مخاطر اجتيازهم لحدود دول ملجأ أخرى، والخلاصة أن في طرد اللاجئين مفساد وأضرار، والشريعة الإسلامية تمنح الضرر والأضرار وفقاً للقاعدة المعتمدة (لا ضرر ولا ضرار)⁽¹⁾

خاتمة البحث :

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات الذي وفقني إلى إتمام هذا البحث الذي خلصت فيه إلى نتائج وتوصيات عدة بيان أهمها على الوجه الآتي :

أولاً: نتائج البحث :

اللاجئون هم الأشخاص الذي يضطرون إلى مغادرة دولهم الأصلية نتيجة التعذيب والاضطهاد أو الخوف منهما، وقد قامت المنظمات الدولية الإقليمية بتوسيع مفهوم اللاجئين كي يشمل العدوان الخارجي على الدول أو السيطرة عليها ووجود أحداث تجعل الأمن العام والسكينة العامة في خطر.

تتلخص أسباب اللجوء في القانون الدولي في التعذيب والاضطهاد الذي يقع على بعض الأفراد والجماعات بسبب الدين أو العنصر أو الإنتماء السياسي، وقد أضافت الإتفاقية العربية لشؤون اللاجئين واتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية لشؤون اللاجئين أسباب لجوء أخرى كالعدوان الخارجي والإحتلال والسيطرة الأجنبية.

حقوق اللاجئين حددتها اتفاقية اللجوء عام 1951م وتتلخص هذه الحقوق في عدم ملاحقة اللاجئين ومسايلتهم عن دخولهم دولة الملجأ وإقامتهم فيها بطريقة غير قانونية وإعفاء اللاجئين من المعاملة بالمثل ومن التدابير الإستثنائية واحتفاظ اللاجئين بأحوالهم الشخصية طبقاً لقوانين دولهم الأصلية واحتفاظهم بملكياتهم للأموال وحقوق الملكية الفكرية والصناعية وكذا حق الإنتماء إلى الجمعيات وحق التقاضي وحق العمل وحق السكن وحق التعليم والحق في المساعدات الإغاثية والضمان الاجتماعي وحق التنقل والحصول على وثائق السفر والإعفاء من الضرائب وعدم إبعادهم أو طردهم من الدولة التي لجأوا إليها.

حقوق اللاجئين من اسمها ووفقاً للاتفاقيات الدولية والقانون الوطني والشريعة الإسلامية هي حقوق ثابتة وينبغي النظر إليها والتعامل معها على هذا الأساس وتبعاً لذلك ينبغي التمكين الفعلي للاجئين منها، ويجب على دولة الملجأ ومواطنيها الوفاء بهذه الحقوق، فليست من قبيل الفضل أو الإحسان.

لم يرد ذكر الرعاية الصحية صراحة ضمن حقوق اللاجئين في الاتفاقية الدولية للجوء 1951م مع أهمية حق الرعاية الصحية.

(1) قاعدة لا ضرر ولا ضرار وتطبيقاتها الطبية، عايش عبد الله الشهراني، الرياض 1429هـ ص25.

صدر في اليمن قانون بالموافقة على إتفاقية اللجوء وبموجب ذلك صارت هذه الإتفاقية بمثابة قانون وطني.

حقوق اللاجئين متناثرة في القوانين والتشريعات اليمنية المختلفة وليس هناك قانون وطني ينظم شؤون اللاجئين ويبين أسباب اللجوء وحقوق اللاجئين وواجباتهم، وقد كانت هناك محاولات لإعداد مشروع قانون بهذا الا انها باءت بالفشل.

ليس هناك في اليمن جهة معينة بشؤون اللاجئين تقوم برعاية شؤونهم والتنسيق بين الجهات المختلفة لضمان تمكين اللاجئين من حقوقهم علماً بأنه قد صدر القرار الجمهوري رقم (381) لسنة 2000م بإنشاء اللجنة الوطنية لشئون اللاجئين برئاسة نائب وزير الخارجية وعضوية وكلاء بعض الوزارات المختصة وانشاء لجنة فرعية بوزارة الخارجية الا ان شئون اللاجئين تحتاج إلى وحدة تنفيذية دائمة على غرار الوحدة التنفيذية لشئون النازحين.

ليس هناك أية إستراتيجيات أو خطط أو برامج وطنية بشأن اللاجئين لعدم وجود جهة تنفيذية دائمة تعمل على ذلك بصفة مستمرة.

ثانياً: توصيات البحث :

تتلخص أهم توصيات البحث في الآتي :

إصدار قانون وطني بشأن اللجوء واللاجئين يبين أسباب اللجوء وحقوق وشؤون اللاجئين وإجراءات التعامل معهم. إنشاء وحدة تنفيذية دائمة تهتم بشؤون اللاجئين وتتولى رعاية مصالح وحقوق اللاجئين وتمكينهم من حقوقهم والإشراف على شؤونهم والتنسيق بين الجهات المختلفة المعنية بشؤون اللاجئين. إعتبار الرعاية الصحية من الحقوق الأساسية للاجئين.

إصدار قانون من مجلس النواب بالموافقة على إتفاقية اللجوء، لأن الموافقة السابقة على هذه الإتفاقية تمت بموجب قرار جمهوري بقانون عام 1978م حتى يحسم النزاع بشأن الوضعية القانونية للقرار الجمهوري لقانون المشار اليه. تضمين قانون العمل استثناء اللاجئين من بعض القيود التي ترد على عمل الأجانب.

(ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ربنا ولا تحمل علينا إصراً كما حملته على الذين من قبلنا ربنا ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به وأعف عنا وأغفر لنا وأرحمنا أنت مولانا فأنصرنا على القوم الكافرين) صدق الله العظيم

✓ قائمة المراجع :

- الاتفاقية العربية بشأن وضع اللاجئين في البلدان العربية 1994م منشورات الإجماع المشترك لوزراء العدل والداخلية العرب القاهرة 1994م
- اتفاقية منظمة الوحدة الأفريقية بشأن اللاجئين 1969م، مكتبة حقوق الإنسان جامعة منيسوتا.
- الأم، الأمام محمد بن إدريس الشافعي، دار أبو الوفاء، 1422هـ.
- اتفاقية اللجوء 1951م ، منشورات مركز دراسات الهجرة واللاجئين بجامعة صنعاء 2018م.
- أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، د. عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة.

- تاريخ الدولة العثمانية، يلماز اوز توزا، المحقق محمود الأنصاري، الناشر مؤسسة فيصل للتمويل تركيا 1408م.
- حق اللجوء بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي للاجئين، د.احمد ابو الوفاء، الرياض 2009م.
- حقوق اللاجئين في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، د. صلاح الدين طلب فرج، الجامعة الإسلامية غزة.
- دستور الجمهورية اليمنية، العدد السابع (الجزء الثاني من الجريدة الرسمية 2001م ، مطابع دائرة التوجيه المعنوي).
- دليل التدريب على رصد حقوق الإنسان - جامعة منيسوتا - الفصل الحادي عشر رصد وحماية حقوق الإنسان الخاصة بالعائدين والمشردين داخلياً.
- الزكاة والضرائب، د. محمد عثمان شبير، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، كلية الشريعة، جامعة الكويت 1996م.
- سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السجستاني المتوفي 275هـ المكتبة العصرية - صيدا بيروت.
- صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، دار ابن كثير دمشق 1423هـ.
- ضوابط الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة، وليد صلاح الدين الزير، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانون 2009م.
- فتح الباري شرح صحيح البخاري، علي بن احمد بن حجر العسقلاني، تحقيق محب الدين الخطيب، 1985م.
- فقه الأولويات، د.يوسف القرضاوي، دار سوق عكاظ 1995م.
- القانون رقم (1) لسنة 2001م بشأن الجمعيات والمؤسسات الأهلية، الجريدة الرسمية، العدد الأول 2001م، وزارة الشؤون القانونية.
- القانون رقم (15) لسنة 2010م بشأن الاستثمار، وزارة الشؤون القانونية، مطابع التوجيه المعنوي صنعاء 2010م.
- القانون المدني، وزارة الشؤون القانونية، مطابع التوجيه المعنوي 2009م.
- القرار الجمهوري رقم (24) لسنة 1978م بالموافقة على أنضمام اليمن إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن اللاجئين، الجريدة الرسمية، العدد السادس 1979م، المكتب القانوني للدولة.
- قانون الإجراءات الجزائية، وزارة الشؤون القانونية، مطابع التوجيه المعنوي 2006م.
- قانون التأمينات الاجتماعية، وزارة الشؤون القانونية، مطابع التوجيه المعنوي 2006م.
- قانون الجرائم والعقوبات، وزارة الشؤون القانونية، مطابع التوجيه المعنوي 2006م.
- قانون الجنسية، وزارة الشؤون القانونية، نوفمبر 2004م.
- قانون دخول وإقامة الأجانب ولائحته التنفيذية، وزارة الشؤون القانونية ، مطابع دائرة التوجيه، نوفمبر 2004م.
- قانون الرعاية الاجتماعية، الجريدة الرسمية، وزارة الشؤون القانونية، العدد الثاني 1996م.
- قانون العمل، وزارة الشؤون القانونية مطابع التوجيه المعنوي 2008م.
- قاعدة لا ضرر ولا ضرار وتطبيقاتها الطبية، عايض عبد الله الشهراني، الرياض 1429هـ.
- كشف الأسرار، عبد العزيز بن احمد البزدوي، دار الكتاب الاسلامي.

- لسان العرب، ابن منظور، دار صادر بيروت 1992م.
- مبدأ المعاملة بالمثل بين الدول المضيفة في إطار القانون الدولي، د. زينب محمد عبد السلام، دار الكتب المصرية، الطبعة الأولى 2014م.
- المصباح المنير - احمد بن محمد بن علي الفيومي المقري - مكتبة لبنان - بيروت 1987م.
- مختار الصحاح - محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي - دار الكتاب العربي بيروت 1981م مادة (نرح) ومادة (شرد).
- مبادئ توجيهية بشأن التشريد الداخلي - ملحق بتقرير ممثل الأمين العام للأمم المتحدة السيد فرنسيس دنغ إلى الدورة الرابعة والخمسين للجنة حقوق الإنسان - منشورات هيئة الأمم المتحدة - المجلس الاقتصادي والاجتماعي 2002/9/27م -7.
- نظرية الضرورة في الفقه الاسلامي، د. يوسف قاسم، دار النهضة العربية 1983م.
- النهاية في غريب الأثر، المبارك بن محمد بن محمد الجزري، مطبعة الجبلي، الطبعة الأولى 1383هـ/71/3.

الحماية القانونية للمصنفات الرقمية : (دراسة في التشريع الجزائري والمقارن)



الدكتور : عبد الرحمان خلفي

أستاذ محاضر : جامعة عبد

الرحمان ميرة بجاية-الجزائر

مقدمة :

كان من المستقر عليه في زمن ليس ببعيد أن موضوعات حقوق المؤلف كانت تعنى بحماية المصنفات الموثقة ماديا مثل الكتب و المجلات و الرسوم... ، أو الملموسة حسيا مثل المحاضرات و الألحان الموسيقية و المسرحيات ... أما المنتجات الرقمية فهي غمط جديد من أوعية المعرفة لها خصوصياتها، و أهم ما يميزها سهولة تداولها واستنساخها(1)، و هو ما جاء به عصر الثورة المعلوماتية إذ طرحت لأول مرة مشكلة التعامل مع شكل جديد من أشكال الملكيات يعرف بالملكية الرقمية(2)، وهي تشمل البرمجيات الحاسوبية، البيانات المنطقية، الكتب و المقالات الإلكترونية، صفحات الواب ... و غيرها.

و لقد كانت المكونات البرمجية بالذات محل جدل في فترة السبعينات و حتى منتصف الثمانينات حول تحديد النظام الذي يجب أن يحمى بموجبه، فهل تحمى بموجب قانون حق المؤلف أم تحمى بموجب قانون براءات الاختراع ؟ أم أن طبيعة برامج الحاسب الآلي تفرض علينا الاعتراف بنوع جديد و فريد من أنظمة الحماية. و استمر الجدل في ذلك حتى انعقاد لجنة الخبراء المشتركة المكونة من المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) و منظمة الأمم المتحدة للتربية و العلوم الثقافية (UNESCO) في شهر فيفري و مارس سنة 1985 و التي خلصت بشكل قاطع إلى اعتبار برامج الحاسب الآلي ضربا من المصنفات الأدبية التي تُحمى بموجب حق المؤلف⁽³⁾.

وفي وطننا هذا كان المشرع الجزائري إلى سنوات قريبة يجهل هذا النوع الجديد من أوعية المعرفة الفكرية ، و ما إن تكاثرت و طرحت مشاكلها حتى سارع إلى إيجاد مخرج قانوني يحمى به هذه الملكيات، فظهر إلى الوجود الأمر 10/97 الصادر بتاريخ 1997/03/06 و المتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة، ثم تلاه القانون 17/03 الصادر

بتاريخ 2003/11/04 و الملغى للقانون السالف الذكر و الصادر بتاريخ 2003/11/04 و المتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة كذلك⁽⁴⁾، وأخيرا القانون 15/04 و الصادر بتاريخ 2004/11/10 المتضمن تعديل قانون العقوبات 66 - 156 .

فإلى أي حد يمكن تصور حماية كافية لحماية الممتلكات الرقمية في ظل النصوص الحالية ؟

بمعنى أكثر دقة هل أجاب المشرع طموحات دعاة الرقمنة حول ضرورة إيجاد حماية تشريعية لممتلكاتهم الرقمية؟

و قبل الحديث عن ضرورة الحماية القانونية للمصنفات الرقمية لابد من دراسة واقع حقوق المصنفات في الجزائر ثم كيفية ظهور فكرة الحماية و شروطها و أخيرا صورها.

1/ مفهوم المصنف الرقمي :

لم يعرف المشرع الجزائري المصنف في قانون 17/03⁽⁵⁾ كما فعلت بعض التشريعات، إلا أن الفقه و كعادته لم يتخلف عن هذا الأمر، فيعرفه المنشاوي⁽⁶⁾ بأنه " ابتكار الذهن البشري" و يعرفه إبراهيم الوالي⁽⁷⁾ بأنه " ... الإنتاج الذهني المبتكر الذي يصدر عن المؤلف في المجالات المختلفة وهو الوعاء الذي يحتوي ابتكار المؤلف".

من خلال هذين التعريفين على الأقل، نستنتج بأنه ليس كل عمل تألفي يتمتع بالحماية، فلا بد من توافر العمل الذهني من جهة، و من جهة أخرى أن يحمل هذا العمل الطابع الابتكاري.

والمصنف الرقمي لا يختلف عن باقي المصنفات فهو كذلك مجهود فكري، ولكن في شكل رقمي إنما يشترط فيه أن يكون نتاج عمل ذهني، وأن يحمل الطابع الابتكاري، و يسمى صاحب المنتج الرقمي بالمؤلف مهما كان مضمون أو محتوى المصنف الرقمي، ويتمتع بعد ذلك بحقوق تسمى حقوق المؤلف، و كل ما يترتب على ذلك من امتيازات.

2/ واقع حقوق المصنفات الرقمية في الجزائر :

رغم التطور المذهل الحاصل في مجال المعلوماتية و الذي أكتسح جميع بلدان العالم، يكاد لا يخلو بيت من وبر و لا مدر في هذه المعمورة إلا و فيه حاسب آلي أو أكثر، يتم من خلاله التفاعل مع معطيات رقمية سواء بالسلب أو بالإيجاب⁽⁸⁾.

و بالرجوع إلى مجتمعنا نجد تناقضا صارخا بين قيمنا و تعاملاتنا اليومية مع المنتج الرقمي، بحيث نجد الكثير من المشتغلين في المجال المعلوماتي سواء كمهنيين أو كهواة يستبيحون انتهاك حقوق الغير في جهودهم و عملهم الفكري عن طريق قرصنة أعمالهم، بل نجد هذا التصرفات للأسف الشديد صادرة من طبقة مثقفة في المجتمع أو نحسبها كذلك⁽⁹⁾.

و يرجع هذا الأمر - في رأبي - إلى نقص الوعي و عدم قابلية فكرة كون مجرد الاطلاع على مصنف إلكتروني أو تثبيته على دعامة أو طبعه على الورق أو توزيعه أو نشره أو إرساله إلى الغير دون إذن صاحبه يعد من قبيل الاعتداء على حقوق الغير على مصنفاتهم، شأنه شأن السرقة و النهب و الخطف و ما إلى ذلك.

و الأخطر من هذا أن عملية الانتهاكات في تزايد مستمر مع تزايد الوسائط الإلكترونية و ضخامة استيعابها و سهولة التفاعل معها، و العيب لا يرجع سببه إلى عدم فعالية القوانين - و إن كان للدولة نصيب في حالة التردي هذه التي نعيشها - ولكن العيب هو في عدم الالتزام بالأداب و الأخلاق التي تحكم البيئة الإلكترونية⁽¹⁰⁾، وكما يقول أحدهم " إن حماية الحق الفكري مسألة أخلاقية لا يمكن لأكثر القوانين تشددا أن تفرضها على مجتمع لا يؤمن بها، و لم ترسخ في ضميره و تستقر في وجدانه بوصفها حقا طبيعيا من حقوق الإنسان"⁽¹¹⁾.

وإن تجاهل المستهلك الفكري هذه الأمور و إصراره على قرصنته يعتبر عدوانا على هذه الحقوق، و عملا غير مشروع يدرج في عداد السرقة و أكل مال الحرام.

أما و إن قام بها و حاكه في نفسه شعور بالإثم و الخزي و عار الجريمة، و بأن يشعر كذلك عندما تمتد يده إلى منتج رقمي مقلد و كأنها امتدت إلى سرقة سلعة أو حلي لا يملكها سواء بسواء، عند ذلك يصبح للقانون معنى و يصبح قابلا للتطبيق.

و أمام هذا الوضع لا نجد أنفسنا إلا مطالبين بنشر آداب المعاملات الإلكترونية من خلال الملتقيات و الندوات و المحاضرات في الوسط الطلابي و كذا المساهمة في بعض الحصص الإذاعية و التلفزيونية عساها تجد صدی عند السامع.

3/ فكرة الحماية القانونية للمنتوج الرقمي :

لم تكن حماية المنتوج الرقمي بالفكرة السهلة المثال، بل كانت نتيجة مخاض عسير بين فقهاء متشبثين بالفكر التقليدي و آثاره و آخرين ينادون بضرورة تحديث النصوص القانونية لتتماشى و النظرة الجديدة للواقع الافتراضي، الذي فرض نفسه من خلال أداة تعرف بالحاسب الآلي⁽¹²⁾، هذا الأخير الذي يعد نتاج ثمره تطور صناعي كبير وصل إليه العقل الإنساني في القرن الماضي.

وفي سبيل حماية المنتجات الرقمية تم ابتكار طريقتين في العالم كانتا ولا تزالان لحد الآن معتمدة من أجل الحماية القانونية و التقنية.

أ/ الحماية القانونية المنطقية :

وهذه الطريقة منتشرة بشكل واسع في الدول الأنجلوسكسونية خاصة بالولايات المتحدة الأمريكية، بحيث تعتمد هذه الأخيرة على تحذير المستخدم المعلوماتي قبل الاستخدام، ثم المعاقبة بعد إساءة الاستخدام دون وضع عقبات تقنية، وهذه الطريقة تكاد لا تعطي ثمارها بطريقة جيدة.

ب/ الحماية التقنية الفيزيائية :

أما هذه الطريقة فهي منتشرة في معظم دول أوروبا و كثير من دول العالم الثالث، بحيث تعتمد على وضع عقبات تقنية تمنع أو تعيق إساءة الاستخدام و ذلك عبر مفاتيح إلكترونية أو وضع كلمات سر، و تبقى هذه الطريقة الأنجع إلى حد الآن خاصة في غياب نظام أخلاقي معلوماتي.

أما في المجال التشريعي، فقد اختلفت الخطط في تحديد موضع النص في الحماية القانونية للمنتوج الرقمي، فمنها من يرى ضرورة إصدار قانون خاص يتناول كل جوانب الكمبيوتر و كذا المنتجات الرقمية بصورها، و يضع المحظورات و يحدد العقوبات المتعلقة بجرائم الكمبيوتر.

و اتجاه آخر يرى إدخال تعديلات فقط على النصوص التشريعية الحالية على نحو يؤدي إلى استيعابها الصور المستحدثة من القوانين الإلكترونية، من بينها صور الاعتداء على المنتجات الرقمية.

و اتجاه ثالث تقليدي لازال لم يضع نصوص خاصة بالمستخدمات الجديدة في العالم الإلكتروني، بل يكفي بالنصوص الحالية ويراها لازالت كافية وتستوعب المنتجات الرقمية⁽¹³⁾.

أما المشرع الجزائري، فلم يضع قانونا خاصا بحماية المنتجات الرقمية بل أدمجها مع قانون حقوق المؤلف و اعتبرها جزء لا يتجزأ منها، و نجدها في نص المادة 04 من القانون السالف الذكر تحت عنوان المصنفات المحمية " تعتبر على الخصوص كمصنفات أدبية ... ما يلي :

- المصنفات الأدبية المكتوبة مثل ... برامج الحاسوب ... وباقي المصنفات التي تماثلها ..."

كما تنص المادة 05 " تعتبر أيضا مصنفات محمية الأعمال الآتية: المجموعات و المخترعات من المصنفات ... وقواعد البيانات سواء كانت مستنسخة على دعامة قابلة للاستغلال بواسطة آلة أو بأي شكل من الأشكال الأخرى و التي تتأتى أصالتها من انتفاء موادها أو ترتيبها ".

إذن لو التزمنا بالتفسير الحرفي للنص نجد أن المشرع الجزائري لم يأت على حماية المصنفات الرقمية إلا ما تعلق منها ببرامج الحاسوب و قواعد البيانات، وما عدا ذلك فلا توجد مصنفات رقمية أخرى مشمولة بالحماية.

و لكن تبقى هذه النظرة سطحية، لأنه - حسب نظري - مادام أن نص المادة 04 جاء في ذكر المصنفات المحمية على سبيل المثال فحسب، وذلك بالنص في آخر الفقرة " ... وباقي المصنفات التي تماثلها " وأن ما يماثل المصنفات المذكورة تلك الكتب و المقالات الرقمية وغيرها مما لم يأت النص صراحة على ذكرها.

و رغم ذلك إنه لا يوجد ما يمنع المشرع الجزائري من ذكر باقي المصنفات صراحة حتى يرفع اللبس، خاصة إذا تعلق الأمر بتطبيق نصوص جزائية أين يجب على القاضي الجزائري أن يدقق و يتشدد مع كلمات النص⁽¹⁴⁾.

4/ شروط حماية المصنفات الرقمية :

تعد المصنفات الرقمية مثلها مثل المصنفات المكتوبة في عداد المنتجات الفكرية التي تُحمى بموجب نصوص قانون حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة، الذي يحمل رقم 17/03 المؤرخ في 2003/11/04 و المصادق على الأمر 05/03 الصادر بتاريخ 2003/07/19.

لكن ليست كل المصنفات الرقمية مشمولة بالحماية، بل لابد من توافر شروط محددة بالنص السالف الذكر حتى يبسط القانون حماية عليها، و نحاول أن نوردها على التوضيح التالي :

أ/ الشروط الشكلية :

حتى يصل المنتج الفكري - و بصفة عامة - إلى علم الجمهور و ينتفع به، يجب أن يفرغ في صورة مادية يبرز من خلالها إلى الوجود، و يكون معدا للنشر لا أن يكون مجرد فكرة دون إطار تتجسم فيه، و لا يهم بعد ذلك نوع المصنف و نمط تعبيره و درجة استحقاقه ووجهته، حسب تعبير نص المادة 03 من القانون 17/03، لأن من هذه المصنفات ما يتم التعبير عنه بالكتابة مثل المصنفات الأدبية و العلمية و منها ما يكون مظهر التعبير عنها هو الصوت مثل المصنفات الموسيقية و المصنفات التي تلقى شفويا كالمحاضرات و الخطب و المواعظ.

و المصنفات الرقمية بالذات و نظرا لخصوصيتها، فإنه يشترط أن تشغل حيزا معينا في العالم الرقمي سواء كانت على مستوى البيئة الافتراضية في عالم الإنترنت⁽¹⁵⁾ أو في حيز محدود كالأقراص المضغوطة أو اللينة أو داخل القرص الصلب أو بأي صورة من الوسائط التي تظهر في كل يوم في شكل متميز و مختلف عن الذي سبقه، لا أن تبقى مجرد فكرة داخل ذهن صاحبها مهما كانت عبقريتها، فالأفكار لوحدها لا تشملها الحماية، ولا تخضع لأي تقدير من القاضي بالنظر إلى مضمون حقوق المؤلف، وهذا تنص عليه المادة 07 من القانون 17/03 " لا تكفل الحماية للأفكار ... "

ب/ الشروط الموضوعية :

و نقصد بذلك أن يضفي صاحب المصنف على مصنفه شيئا من الابتكار، وهو ما يعرف بالطابع الشخصي الذي يعطيه المؤلف لمصنفه، أي أن يخلع عليه شيئا من شخصيته، و هو الأساس الذي تقوم عليه حماية حقوق المؤلف و الشيء الذي تشتري به⁽¹⁶⁾.

كما أنه لا يجب البحث في العناصر الجمالية في المصنف لتحديد معيار الابتكار، و ألا نقع في خطأ التقدير وفقا للمزايا الفردية و الأذواق الشخصية مما يعرض المتقاضين للمخاطرة، فالقاضي في تقديره لشروط الابتكار ليس له تقدير القيمة العلمية و الفنية للمصنف⁽¹⁷⁾.

كما لا يشترط فقط حماية الإبداع المتفوق، لأن الأمر لو كان كذلك لكان قانون حقوق المؤلف موضوعا لحماية الأقليات المتميزة، في حين أنه قانون وجد لحماية الكل دون استثناء⁽¹⁸⁾.

كما لا يجب رفض حقه بالابتكار على أساس أن العمل تافه و سخيف، فالقانون يحمي المصنف مهما كانت قيمته و أهميته⁽¹⁹⁾.

و المشرع الجزائري عند منحه الحماية لم يشترط أن يحمل المصنف هدفا معينا أو وجهة معينة لأنه لا يهم مضمون الأعمال المقدمة و أهدافها، بل يكفي أن تتوافق مع الشروط المطلوبة للحماية و دون مخالفة النظام العام و الآداب العامة، حتى و إن لم ينص على ذلك المشرع صراحة.

و أخيرا إن الابتكار لا يعني الجودة أو الإتيان بالجديد، لأنه قد يتوافق الابتكار مع العمل الجديد وقد لا يتوافق معه، فقد يضع المؤلف عملا مميزا و مبتكرا جديدا و قد يضع مؤلف آخر عملا قديما، ولكن في قالب يضفي عليه شخصيته فكلاهما عمل مبتكر.

5/ صور حماية المصنف الرقمي :

لقد وضع المشرع الجزائري طبقا لقانون حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة صنفين من الحماية، الحماية المدنية و التي تقام بموجب دعوى مدنية، و الحماية الجزائية التي تقام بموجب دعوى جزائية، كما أنه لم يكتف بواحدة دون الأخرى بل ترك المجال أمام صاحب المنتجات الرقمية، و الذي يرى أن أحد حقوقه قد تم انتهاكه بأن يسلك الطريق الذي يراه أنجع و أيسر و أحسن و أضمن لما يرغب في الوصول إليه.

و نحاول أن نشرح هذين الصنفين من الحماية و نذكر أهم ما يميزهما :

أ/ الحماية المدنية :

كلما تعرض منتج رقمي لاستغلال غير مرخص به كلما جاز لصاحبه أن يرفع دعوى قضائية أمام القسم المدني يكون موضوعها التعويض عن الضرر الناتج عن الاستغلال غير المشروع، وهذا ما حددته نص المادة 143 من القانون السالف الذكر، و دون أن يحدد المشرع الاختصاص المحلي للمحكمة، مما يجعلنا نرجع إلى القواعد العامة الواردة بقانون الإجراءات المدنية و هي موطن المدعى عليه.

و يتم تقدير التعويضات من طرف الجهة القضائية طبقا لقواعد القانون المدني، أي ما فات المتضرر من كسب و ما لحقه من خسارة، هذا ناهيك عن التعويض عن المساس بالحقوق الأدبية التي تخضع لتقدير جزافي من طرف القاضي.

و تتم معارضة المخالفات الماسة بحقوق أصحاب المصنفات الرقمية من طرف ضباط الشرطة القضائية أو الأعوان المحلفين التابعين للديوان الوطني لحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة.

كما يمكنهم القيام بإجراءات تحفظية تتمثل في حجز نسخ من دعائم المصنفات و وضعها تحت حراسة الديوان إلى غاية الفصل في الدعوى المدنية، إلا أنه يجب تبليغ رئيس المحكمة بذلك فوراً بناء على محضر مؤرخ و موقع قانوناً يثبت النسخ المقلدة المحجوزة، و يمكن بعد ذلك لصاحب الحقوق أن يطلب الحجز التحفظي على النسخ المقلدة خلال 03 أيام على الأكثر من تاريخ إخطاره من الديوان، و لرئيس المحكمة أن يأمر بذلك، كما يمكنه أن يأمر بإيقاف كل عملية نسخ جارية ترمي إلى الاستنساخ غير مشروع أو حجز كل عتاد استخدم أساساً لصنع الدعائم المقلدة.

إلا أنه و في المقابل و عندما يأمر رئيس المحكمة بهذه الإجراءات التحفظية و بناء على طلب المتضرر صاحب المصنفات الرقمية فعلى هذا الأخير أن يعلم الجهة القضائية التي تفصل في المواد المدنية (دعوى الموضوع) و إلا جاز لرئيس المحكمة أن يرفع يد المؤلف إذا طلب ذلك صاحب الشأن.

ب/ الحماية الجزائية :

لم يكتف المشرع الجزائري في حماية المصنفات الرقمية بالطريق المدني، الذي قد ينتهي و قد لا ينته بصدور حكم يقضي بدفع التعويضات المدنية، و هذه الأخيرة قد تسدد في حالة يسر المحكوم عليه و قد لا تسدد لعسر هذا الأخير أو لتهربه بأي حيلة من الحيل القانونية، وحتى أن المبالغ المحكوم بها تكون زهيدة بالمقارنة مع الأرباح الطائلة

التي يجنيها المقلد خاصة في أنظمة الكمبيوتر⁽²⁰⁾، فالكثيرين منهم لا يأنهون بالتعويضات المدنية، و هذا ناهيك على كون الطريق المدني طريق طويل و شاق و مملوء بكثرة المصاريف و الذي يسلكه الطرف المضرور في نطاق المسؤولية المدنية⁽²¹⁾.

لأجل هذا كله و لأسباب أخرى تكون قد فرضتها الاقتصادية و السياسية و ضرورات العولمة لجأ المشرع الجزائري إلى طريق آخر هو الطريق الجنائي، و الذي يبدو من خلال نصوصه العقابية رادعا بحق، و نجد هذه النصوص مغروسة في متن قانون حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة و كذا التعديلات الأخيرة الواردة على قانون العقوبات.

ب/1 أما بالنسبة للنصوص الواردة في قانون حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة :

لقد شملتها المواد من 151 إلى 160 تحت اسم جنحة التقليد، و يقصد بالتقليد حسب الفقه الفرنسي " بأنه عبارة عن عملية نقل لمصنف لم يسقط في الملك العام من غير إذن صاحبه " ⁽²²⁾ و يعرفها آخرون بما يلي " تكون جريمة التقليد بالاعتداء على قوق المؤلف عن طريق القيام بنشر أو استغلال المصنف دون إذن المؤلف أو خلفه ... و تكون كذلك بعرض المصنف المقلد للبيع مع العلم بأمره أو إدخال أو إخراج المصنفات إلى بلده " ⁽²³⁾. و في مجال المصنفات الرقمية فيعد من التقليد نسخ كل منتج فكري في شكل رقمي دون إذن صاحبه، و المشرع الجزائري حدد جنح التقليد في نص المادة 151 - 152 و ذكرها كما يلي :

- 1) الكشف غير المشروع للمصنف (الرقمي).
 - 2) المساس بسلامة المصنف (الرقمي).
 - 3) استنساخ مصنف (رقمي) بأي أسلوب من الأساليب في شكل نسخ مقلده .
 - 4) استيراد أو تصدير نسخ من مصنف (رقمي).
 - 5) بيع نسخ مقلدة لمصنف (رقمي).
 - 6) تأجير أو وضع رهن التداول لنسخ مقلدة لمصنف (رقمي).
 - 7) تبليغ المصنف (الرقمي) بأي منظومة معالجة معلوماتية.
- و بالنظر إلى هذه التصرفات غير المشروعة نجد أن المشرع الجزائري قد جمعها و مثلها في صورتين:
- الصورة الأولى : وهي الصورة المثلى لجنحة التقليد و المتمثلة في الكشف غير المشروع و المساس بسلامة المصنف الرقمي و استنساخه و تبليغه بأي طريقة من الطرق.

- أما الصورة الثانية : فهي مجموعة من الأفعال التي اعتبرها المشرع الجزائري مماثلة للتقليد و هي استيراد أو تصدير النسخ المقلدة من مصنف رقمي و كذلك بيعها أو تأجيرها أو وضعها رهن التداول.

و قد وضع المشرع لمرتكب جنحة التقليد عقوبة الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من خمسمائة ألف دينار (500.000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000) سواء كان الفعل قد حصل في الجزائر أو في الخارج.

و كل من شارك بعمله أو بالوسائل التي يجوزها لارتكاب الأفعال المذكورة أعلاه يعد مرتكبا كذلك جنحة التقليد و يستحق نفس العقوبة.

و إذا كان المقلد في حالة عود فتضاعف العقوبة مرتين، وهذا يتحقق بتحقيق شروط العود و هي سبق الحكم بالإدانة بموجب حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه في جريمة تقليد المصنف الرقمي و إعادة متابعة الشخص بنفس الجرم خلال مدة خمس سنوات⁽²⁴⁾.

ب/2 أما بالنسبة لتعديل 15/04 المتعلق بقانون العقوبات :

فقد جاء في نص المادتين 394 مكرر و 394 مكرر 1 تحت قسم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات :

- جريمة الدخول أو البقاء عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للمعطيات.

- جريمة إدخال بطريق الغش معطيات في نظام.

- جريمة إزالة بعض المعطيات في نظام.

- جريمة تعديل بعض المعطيات في نظام.

- جريمة تصميم أو بحث أو تجميع أو توفير أو نشر أو الإيجار في معطيات مخزنة أو معالجة أو مرسلية عن طريق منظومة معلوماتية يمكن أن ترتكب بها الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم (و يقصد به قسم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات) .

وقد جعل المشرع لهذه الجرائم وصف الجنحة وعاقب حتى على الشروع فيها، مما يؤكد حرص المشرع في تعاطيه مع هذه الجرائم بشيء من الشدة و الحزم.

خاتمة :

لا نخفي على المشرع حرصه الشديد على حماية المصنفات الرقمية بجميع أشكالها، كما لا نجهل تعاطي بعض النخب داخل المجتمع مع العالم الرقمي بشكل يستحق التقدير، إلا أنه لنا بعض الملاحظات نسجلها على كليهما، و هو وجوب قيام كل واحد منهما بدوره كما يلي؛

- على المشرع أفراد باب خاص صلب قانون حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة يتعلق بالمساس بالمصنفات الرقمية لا أن يدمجها ضمن المصنفات الأدبية.

- و أكثر من ذلك على المشرع أن يحدد أو يعدد على الأقل المصنفات الرقمية المنتشرة داخل ساحة المعلوماتيين - إن صح هذا التعبير - و يترك بعده المجال لاستعمال تقنية التشريع على بياض التي تترك للسلطة التنفيذية في إمكانية إضافة أي مصنف رقمي يطرأ في ظل التطور العلمي.

- على النخبة من رجالات الجامعة و الشريعة الإسلامية من أساتذة ومفكرين و فقهاء و باحثين و إعلاميين المساهمة في زرع أخلاق التعامل مع المصنفات الرقمية و كذا الانترنت، و بضرورة احترام كل الأداءات الفكرية، وهذا من خلال تكثيف الملتقيات و الندوات داخل الجامعة و خارجها و بالحرص الإذاعية و التلفزيونية و كتابة بعض النشرات ... و غيرها من الوسائل المتاحة من أجل توعية النشء حتى لا يتربى على استباحة المعلومة الرقمية مهما كان مصدرها.

الهوامش :

- 1 (عارف الطرابيشي، مستجدات حقوق الملكية الفكرية في تقانات المعلومات وصناعة البرمجيات الحاسوبية، مقال إلكتروني على الموقع : www.Arabpip.Org .
- 2 (عبد الرحمان خلفي، الحماية الجزائية لحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، سنة 2007، ص 31.
- 3 (عبد العزيز العساف، حماية برامج الحاسب الآلي دوليا (حماية أسباب التطور والابتكار) مقال إلكتروني على الموقع: www.hayet.net
- 4 (الجريدة رسمية عدد 44 من سنة 2003 .
- 5 (هذا بخلاف الأمر الحامل لرقم 14/73 الصادر بتاريخ 1973/04/04 و المتعلق بحقوق المؤلف، الملغى بالأمر 10/97 الصادر بتاريخ 1997/03/06 و الذي يعرف المصنف و بالضبط في نص المادة الأولى منه بأنه " ... كل إنتاج فكري مهما كان نوعه و صورته و تعبيره و مهما كانت قيمته و مقصده و أن يخول لصاحبه حقا يسمى حق المؤلف " .
- 6 (عبد الحميد المشاوي، حماية الملكية الفكرية، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2001، ص 18.
- 7 (محمود إبراهيم الوالي، حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1983، ص 144.
- 8 (عبد الرحمان خلفي، الأنترنت و القانون، مقال بنشرة المحامي الصادرة عن المنظمة الجهوية بسطيف، الجزائر، عدد 00 ، ماي 2005.
- 9 (و لا نستغرب أن مجتمعا مثل المجتمع الفرنسي لديهم هذا المشكل و بحلة، بحيث نجد أكثر من ثمانية مليون فرنسي يتعاملون مع المنتج الرقمي باستباحة تامة و هذا ما وجدناه في مقال إلكتروني بعنوان: ثمانية ملايين جانح (مجرم) هل توجد ثقافة دون مقابل في الأنترنت? 8 millions de délinquants WWW.INTERNETACTU.NET على الموقع 1- Y a-t-il une « culture du gratuit » sur l'interne ? كتابة المؤلف DANIEL KAPLAN بتاريخ 2004/01/28 ، زيارة الموقع 2007/05/09 .
- 10 (كمال بطوش، الجريمة الإلكترونية (بيئة متطورة للاعتداء على الخصوصية) مقال منشور بنشرة المحامي للمنظمة الجهوية بسطيف، الجزائر، عدد 05 مارس 2007 ، ص 73.
- 11 (محمد عدنان سالم، سلبات استباحة حقوق المؤلف، ندوة وزارة الإعلام في الرياض بتاريخ 16-17 أبريل 2003، مقال إلكتروني على الموقع: www.Arabpip.Org .
- 12 (الحاسب الآلي عبارة عن آلة حاسبة إلكترونية و ليس عقلا إلكترونيا كما يظن البعض، حيث أن من سمات العقل القدرة على التفكير و الابتكار، و هذه الملكات لا يمكن للحاسب الآلي القيام بها، فلحاسب يستقبل البيانات أو المعطيات و يخترنها في ذاكرته إلى حين الحاجة إليها، كما يقوم بمعالجتها على النحو المطلوب بغية الوصول إلى نتائج محددة (جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي و التكنولوجيا الحديثة، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1992، ص 4 ، نقلا عن السيد محمد خشبة، مقدمة في الحاسبات الإلكترونية، دون ذكر الدار، و البلد، سنة 1984، ص 21.
- 13 (أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2006، ص 9،
- 14 (عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق ، ص 46.
- 15 (عبد الرحمان خلفي، حماية الملكية الرقمية، مقال منشور على نشرة المحامي الصادرة عن المنظمة الجهوية بسطيف، الجزائر، العدد 01، ديسمبر 2005.

- مجلة الفقه والقانون ، العدد الثالث والسبعون ، نونبر 2018 / ردمد 0615-2336.....
- 17/16) عبد الرزاق أحمد السنهوري (رحمه الله) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (حق الملكية) الطبعة الثالثة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، الجزء الثامن، سنة 1998، ص 291 إلى 293.
- 19/18) نعيم مغيب، الملكية الأدبية و الفنية والحقوق المجاورة (دراسة في القانون المقارن) طبعة أولى، دون ذكر دار النشر، لبنان، سنة 2000، ص 23-24.
- 20) محمد ناجي، كيف نواجه تحديات الجريمة الإلكترونية، مجلة الشرطة، الإمارات، العدد 342، جويلية 1999، ص 30.
- 21) حازم عبد لسلام المجالي، حماية الحق المالي للمؤلف في القانون الأردني، دون طبعة، مطبوعات وزارة الثقافة، عمان، سنة 1999، ص 198.
- Claude COLOMBET, Propriété Littéraire Et Artistique, Précis Dalloz, P288.22
- 23) حازم عبد السلام المجالي، المرجع السابق، ص 199.
- 24) محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، دون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1985، ص 106.

فقه الأقليات المسلمة في إباء الزوج الإسلام



الدكتور محمد إسماعيل خليل
أستاذ القضاء الشرعي المشارك
جامعة الجوف¹ - السعودية

ملخص :

تناولت هذه الدراسة موضوع فقه الأقليات المسلمة في إباء الزوج الإسلام ولقد رتبت هذه الدراسة إلى مبحثين وخاتمة كما يلي :

المبحث الأول : التفريق بين الزوجين بسبب إباء أحد الزوجين الإسلام :

المطلب الأول : محل اتفاق واختلاف الفقهاء في إباء أحد الزوجين الإسلام.

المسألة الأولى : محل اتفاق الفقهاء.

المسألة الثانية : محل اختلاف الفقهاء.

المطلب الثاني : وقت وقوع الفرقة بسبب إباء أحد الزوجين الإسلام.

المطلب الثالث : وقوع الفرقة طلاقاً أو فسخاً بسبب إباء أحد الزوجين الإسلام.

المطلب الرابع : فرقة إباء أحد الزوجين الإسلام ومدى حاجتها لحكم القضاء.

المبحث الثاني : إباء الزوج الإسلام في فقه الأقليات المسلمة.

وأرجح أن مسألة إباء الزوج الإسلام هي مسألة خارج نطاق الاجتهاد المعاصر. واعتمدت في دراستي هذه على المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن القائم على استقراء آراء الفقهاء في هذه المسألة معتمداً في ذلك على المصادر الأصلية في كل مذهب ثم تحليل هذه الآراء وتدعيمها بالأدلة النقلية والعقلية وعزوها إلى مظانها، لتحقيق الأقوال

¹ - كلية العلوم الإدارية والإنسانية قسم الدراسات الإسلامية.

وأدلتها والوقوف على جوانب القوة والضعف فيها بصورة المقارنة بينها والموازنة والنقد في ضوء القواعد العلمية الصحيحة ومن ثم الترجيح بين هذه الآراء لما يدعمه ويقويه الدليل.

المبحث الأول: التفريق بين الزوجين بسبب إباء أحد الزوجين الإسلام.

من المقرر في الشريعة الإسلامية أنه يحرم على المسلمة أن تتزوج بغير المسلم باتفاق العلماء، ولكن يحل للمسلم أن يتزوج إكتابية لقوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَحِلَّ لَكُمْ الْطَّيِّبَاتِ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْحَصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْحَصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾⁽¹⁾.

وكذلك يحرم على المسلم الزواج بمن لا تدين بدين سماوي فلا يحل زواج المسلم من المشركة أو البوذية، أو الوثنية، لأنه ليس هن كتاب سماوي معروف.

فصورة المسألة التي نحن بصدد تأصيلها الشرعي هي أن يكون الزوجان كافرين ابتداءً سواء أكانا كتابيين، أم غير كتابيين، أو كان أحدهما كتابياً والآخر غير كتابي فأسلم أحدهما وأبى الآخر الإسلام فإما أن يكون الأول هو الزوج أو الزوجة أو يمكن أن يسلموا معاً فعلى ذلك لا تخلو صور إباء أحد الزوجين الإسلام عن ثلاث صور:

الأولى: إسلام الزوجين معاً.

الثانية: إسلام الزوج وإباء زوجته الإسلام ولها حالتان:

الحالة الأولى: أن تكون الزوجة كتابية.

الحالة الثانية: أن تكون الزوجة غير كتابية.

الثالثة: إسلام الزوجة وإباء زوجها الإسلام وفي هذه الصورة يستوي أن يكون الزوج كتابياً أو غير كتابي لأن الكفر ملة واحدة.

فما هو محل الاتفاق ومحل الاختلاف بين الفقهاء في هذه الصور وهذا ما سأبحثه في المطلب الآتي:

المطلب الأول: محل اتفاق واختلاف الفقهاء في إباء أحد الزوجين الإسلام.

المسألة الأولى: محل اتفاق الفقهاء.

اتفق الفقهاء في مسألة إباء أحد الزوجين الإسلام على أربع صور وهي:

الصورة الأولى: صورة إسلام الزوجين معاً.

إذا أسلم الزوجان معاً فهما على النكاح سواء أكان ذلك قبل الدخول أم بعده وذلك بالإجماع كما نقله ابن المنذر وابن عبد البر، لأن الفرقة تقع باختلاف الدين ولم يختلف دينهما في الكفر ولا في الإسلام فيبقى النكاح بينهما.⁽²⁾

(1) سورة المائدة، الآية (5).

(2) البائري، العناية شرح الهداية 43/3. الخرخشي، شرح مختصر خليل 229/3. الشربيني، مغني المحتاج 323/4. الهوتي، كشاف القناع 117/5.

فقد روى ابن عباس قال : " أسلمت امرأة على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فتزوجت فجاء زوجها إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال يا رسول الله : إني قد كنت أسلمت وَعَلِمْتُ بِإِسْلَامِي، فانتزعتها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وردها إلى زوجها الأول".⁽¹⁾

وجه الدلالة : أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يأمر الزوجين بتجديد النكاح وذلك لعدم وجود سبب للفسخ بينهما، فالفرقة جاءت بسبب اختلاف الدين ولم يختلف دينهما، فبقي النكاح بينهما.

يقول ابن قدامة : " أنكحة الكفار صحيحة يقرون عليها إذا أسلموا وتحاكموا إلينا، إذا كانت المرأة ممن يجوز ابتداء نكاحها في الحال، ولا ينظر إلى صفة عقدهم وكيفيته، ولا يعتبر له شروط أنكحة المسلمين من الولي والشهود وصيغة الإيجاب والقبول وأشبه ذلك بلا خلاف بين المسلمين، قال ابن عبد البر : " أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معاً في حال واحدة أن لهما المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب أو رضاع".⁽²⁾

الصورة الثانية : صورة إسلام الزوج وإبلاء زوجته الكتابية الإسلام .

إذا أسلم الزوج وأبت زوجته الكتابية التي تكون على صفة يجوز له التزوج بها ابتداءً بأن لا تكون محرمة عليه لنسب، أو رضاع، أو غير ذلك، فإن النكاح باق على حاله. ولا يفرق بينهما لأن الزوج ممن يجل له التزوج بالكتابية ابتداءً فكذا في الدوام من باب أولى، ولا داعي لفسخ نكاحه ثم تكليفه بتجديده ثانية وهذا باتفاق الفقهاء⁽³⁾ لقوله تعالى : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ ﴾.⁽⁴⁾ فيدل على إباحة نكاح الحرائر منهن إذا كن ذميات فهذا لا خلاف بين السلف وفقهاء الأمصار فيه.⁽⁵⁾

الصورة الثالثة : صورة إسلام الزوج وإبلاء زوجته غير الكتابية الإسلام .

أما إذا أسلم الزوج وأبت الزوجة غير الكتابية كأن تكون مشركة، أو مجوسية، أو وثنية، أو بوذية، ولا تدين بدين سماوي، فهنا يفسخ النكاح بينهما لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ تُؤْمِنَ وَلَا أُمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ حَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَا أَعْجَبَتِكُمْ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَلَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾.⁽⁶⁾ وهذا تحريم من الله عز وجل على المؤمنين أن يتزوجوا المشركات من عبدة الأوثان، ثم إن كان عمومها مراداً فإنه يدخل فيها كل مشركة من كتابية ووثنية ثم خص من ذلك نساء أهل الكتاب بقوله تعالى : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ ﴾.⁽⁷⁾

(1) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب إذا أسلم أحد الزوجين، حديث رقم (2239)، 271/2. قال الألباني: "هذا حديث ضعيف". انظر الألباني، إرواء الغليل، حديث رقم (2239)، 65/8.

(2) ابن قدامة، المغني 116/7.

(3) ابن الهمام، شرح فتح القدير 420/3. الخرشبي، شرح مختصر خليل 228/3. الشريبي، مغني المحتاج 319/4. الهوتي، شرح منتهى الإرادات 684/2.

(4) سورة المائدة، الآية (5).

(5) الجصاص، أحكام القرآن 460/2.

(6) سورة البقرة، الآية (221).

(7) ابن كثير، عماد الدين أبي الفداء اسماعيل، (ت 774هـ)، مختصر تفسير ابن كثير، ط3، 3م، (تحقيق محمد علي الصابوني)، دار القرآن الكريم، بيروت ،

1399هـ، 194/1.

الصورة الرابعة : صورة إسلام الزوجة وإبلاء زوجها الإسلام.

ففي هذه الصورة إذا أسلمت الزوجة وأبى زوجها الإسلام ويستوي فيها أن يكون الزوج كتاباً أو غير كتابي لأن الكفر ملة واحدة، فهنا يجب التفريق بينهما لأنه لا يجوز للمسلمة أن تتزوج غير المسلم، ولا يجوز أن تكون المسلمة تحت نكاح الكافر، ولهذا لم يجز نكاح الكافر المسلمة ابتداءً فكذا في البقاء عليه وهذا باتفاق الفقهاء⁽¹⁾ لقوله تعالى : ﴿ يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَأَمْتَحِنُوهُنَّ ۚ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَءَاتُوهُنَّ مَّا أَنفَقُوا ۚ ﴾⁽²⁾.
وجه الدلالة من الآية: "إن الله قد حكم بوقوع الفرقة بينهما ولو كانت الزوجية باقية لكان الزوج أولى بها بأن تكون معه حيث أراد وقوله : ﴿ وَءَاتُوهُنَّ مَّا أَنفَقُوا ۚ ﴾ يدل على أنه أمر برد مهرها على الزوج ولو كانت الزوجية باقية لما استحق الزوج رد المهر لأنه لا يجوز أن يستحق البضع وبدله"⁽³⁾.

مما سبق يتبين لنا بوضوح أن الفقهاء متفقون على أمرين :

الأول: إقرار الزوجين على نكاحهما وبقاء عقدهما وهذا في حالتين :

أ. حالة إسلام الزوجين معاً.

ب. حالة إسلام الزوج وإبلاء زوجته الكتابية الإسلام.

الثاني: وجوب التفريق بين الزوجين وهذا في حالتين:

أ. حالة إسلام الزوج وإبلاء زوجته غير الكتابية الإسلام.

ب. حالة إسلام الزوجة وإبلاء زوجها الإسلام.

المسألة الثانية : محل اختلاف الفقهاء.

رغم اتفاق العلماء على وجوب التفريق بين الزوجين في حالة إسلام الزوج وإبلاء زوجته غير الكتابية الإسلام وحالة إسلام الزوجة وإبلاء زوجها الإسلام إلا أنهم اختلفوا في وقت وقوع هذه الفرقة والتكييف الفقهي لها وهذا ما سأتناوله في المطلبين الآتين.

المطلب الثاني : وقت وقوع الفرقة بسبب إبلاء أحد الزوجين الإسلام.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على اتجاهين :

الاتجاه الأول: ذهب الحنفية⁽⁴⁾ إلى أنه إذا أسلمت المرأة وأبى زوجها الإسلام أو أسلم الزوج وأبت زوجته غير الكتابية الإسلام أن الفرقة لا تقع بنفس الإسلام ولكن يُعرض على الزوج الإسلام فإن أسلم بقيا على النكاح وأن أبى فرق القاضي بينهما وكذلك الحال في إسلام الزوجة ولكنهم اشترطوا أن يكون ذلك في دار الإسلام، أما في دار

(1) الكاساني، بدائع الصنائع 336/2. الخريشي، شرح مختصر خليل 288/3. الشافعي، الأم 204/4. ابن قدامة، المغني 117/7.

(2) سورة الممتحنة، الآية (10).

(3) الجصاص، أحكام القرآن 655/3. القرطبي، تفسير القرطبي 65/18.

(4) ابن الهمام، شرح فتح القدير 420/3. الزيلعي، تبين الحقائق 174/2. الكاساني، بدائع الصنائع 336/2.

الحرب فلا تقع الفرقة في الحال بل تقف على مضي العدة فإن أسلم الباقي منهما في هذه المدة فهما على النكاح وإن لم يسلم حتى مضت المدة وقعت الفرقة واستدلوا بما يلي : -

1. بما روى أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فرق بين نصراني ونصرانية بإبائه الإسلام وظهر حكمه بين الصحابة ولم ينقل إلينا خلاف ذلك فكان إجماعاً.⁽¹⁾

2. لا بد من سبب تضاف الفرقة إليه والإسلام عاصم، فقد روى أبو هريرة عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قال: أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم وحسابها على الله عز وجل".⁽²⁾ واختلاف الدين منتقض بتزوج المسلم كتابية ، ولأنه يرجع إلى إسلام المسلم، لأنه الذي به حصل الاختلاف، وكفر المصر لا يمنع وإلا لم يصح النكاح من الأصل فلم يبق إلا إباء الإسلام لأنه لا يصلح قاطعاً فأضفنا انقطاع النكاح إليه فكان هو المناسب.⁽³⁾

3. لأن بإسلام أحد الزوجين وإباء الآخر لا تبقى مقاصد النكاح بين الزوجين ومن هذه المقاصد الملك والازدواج وقضاء الشهوة والتوالد ونحوها فلا بد من سبب يبني عليه فوات الملك، والإسلام طاعة سبب لثبوت العصمة لا لانقطاعها وإباء الزوج معصية تناسب زوال العصمة.⁽⁴⁾

4. أما الفرق بين إباء أحد الزوجين الإسلام في دار الإسلام ودار الحرب لأن في دار الإسلام للقاضي ولاية التفريق فإذا أبى أحد الزوجين الإسلام عرض القاضي عليه الإسلام وإلا فرق بينهما، أما في دار الحرب فالعرض على الإسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعاً للفساد وأقمنا شرطها وهو مضي العدة مقام السبب، فتوقف انتهاء النكاح على انقضاء المدة فإن لم يسلم الآخر وقعت الفرقة وجعل آياً حكماً.⁽⁵⁾

الاتجاه الثاني: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية⁽⁶⁾ والشافعية⁽⁷⁾ والحنابلة⁽⁸⁾ إلى أنه إذا أسلمت الزوجة وأبى زوجها الإسلام أو أسلم الزوج وأبت زوجته غير الكتابية الإسلام فإنه يفرق بين حالتين: حالة إذا أسلم أحدهما قبل الدخول ففي هذه الحالة يفسخ النكاح في الحال، وحالة إذا أسلم أحدهما بعد الدخول ففي هذه الحالة ينتظر من الزوج الإسلام ما دامت في العدة، فإن أسلم خلال العدة فهي زوجته وأن لم يسلم يفرق بينهما بمضي المدة، سواء أحصل الإباء في دار الإسلام أم في دار الحرب. واستدلوا بما يلي : -

1. قوله تعالى: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ﴾.⁽⁹⁾

(1) الزيلعي، تبين الحقائق 174/2.

(2) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ، مسند أبي هريرة، حديث رقم (10161) 475/2. قال الألباني: "هذا حديث صحيح". انظر الألباني، إرواء الغليل، حديث رقم (2475)، 80/8.

(3) ابن الهمام، شرح فتح القدير 420/3.

(4) السرخسي، المبسوط 201/5. الزيلعي، تبين الحقائق 174/2.

(5) ابن نجيم، البحر الرائق 227/3.

(6) الخرخشي، شرح مختصر خليل 228/3.

(7) الشريبي، مغني المحتاج 319/4.

(8) البهوتي، شرح منتهى الإرادات 685-684/2.

(9) سورة البقرة، الآية (228).

وجه الدلالة : إن الله عز وجل جعل للزوج الحق في ردّ زوجته أثناء عدتها منه والزوج سواء أكان مؤمناً أم كافراً في دار الحرب أو في دار الإسلام فهو بعل أحق برّد زوجته إما بالرجعة قولاً بعد فرقة الطلاق أو الرجعة فعلاً بدخوله في الإسلام في فترة عدتها.⁽¹⁾

2. روى الإمام مالك في الموطأ قال : " كان بين إسلام صفوان بن أمية وامرأته بنت الوليد بن المغيرة نحو من شهر أسلمت يوم الفتح وبقي صفوان حتى شهد حنيناً والطائف وهو كافر ثم أسلم فلم يفرّق النبي - صلى الله عليه وسلم - بينهما واستقرت عنده امرأته ذلك النكاح."

وفي رواية: " كان بين إسلام صفوان وبين إسلام امرأته نحو من شهر، قال ابن شهاب: ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى الله ورسوله وزوجها كافر مقيم بدار الكفر إلا فرّقت الهجرة بينها وبين زوجها إلا أن يقدم زوجها مهاجراً قبل أن تنقضي عدتها".⁽²⁾

يدل الحديث على أن صفوان كان كافراً ثم أسلم قبل انقضاء عدة زوجته ولم يفرق الرسول -عليه السلام- بينهما.⁽³⁾ يقول ابن شبرمة: كان الناس على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته فإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما وهذا بخلاف ما قبل الدخول فإنه لا عدة عليها فتعجل البيونة كالمطلقة.⁽⁴⁾

3. روى الامام الشافعي أن صفوان بن أمية وعكرمة بن أبي جهل وحكيم بن حزام أسلمت زوجة كل منهم قبله ثم أسلم بعدها بنحو شهر واستقروا على النكاح.⁽⁵⁾ وهذا معروف عند أهل العلم بالمغازي.⁽⁶⁾

4. أما من المعقول فقالوا : إن أحد الزوجين إذا أسلم قبل الدخول فهذا اختلاف دين يمنع الإقرار على النكاح فإذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرقة كالرّة ولا يجوز لكافر ابتداء نكاح مسلمة لأن اختلاف الدين يسبب العداوة والبغضاء ومقصود النكاح الاتفاق والاتلاف فلذا تعجلت الفرقة قبل الدخول، وإذا أسلمت الزوجة بعد الدخول كان الزوج أحق بها إن أسلم في العدة وإن أسلم بعدها لا يقر عليها لأن إسلامه كالرجعة ولا رجعة بعد انقضاء العدة.⁽⁷⁾

(1) الطبري، تفسير الطبري 438/2.

(2) أخرجه الإمام مالك في موطئه، باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله، حديث رقم (1133)، 544/2 . قال الألباني: "هذا حديث ضعيف"، انظر الألباني، إرواء الغليل، حديث رقم (1919)، 98/6.

(3) الباجي، المنتقى شرح الموطأ 343/3.

(4) الهوتي، شرح منتهى الإرادات 685/2. الشوكاني، نيل الأوطار 195/6.

(5) الشافعي، محمد بن إدريس، (ت 204هـ)، مسند الشافعي، ط1، م1، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 219.

(6) الشريبي، مغني المحتاج 320/4.

(7) النفاوي، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا، (ت 1120هـ)، الفواكه الدواني، ط1، م2، دار الفكر 26/2. ابن قدامة، المغني 117/7. الهوتي، شرح منتهى

الإرادات 684/2.

ويمكن الرد على أدلة الحنفية بما يلي :

1. أما بالنسبة للأثر المروي عن عمر بن الخطاب فإن صح فهو غير صريح بأنه فرق فور العرض للإسلام، ويحتمل أنه فرق بعد العدة وهذا الأثر يخالف ما رواه أصحاب المغازي أن الرسول - عليه السلام - لم يفرق بين صفوان وعكرمة وحكيم وغيرهم وكانوا قد أسلموا قبل انقضاء العدة فلذلك فدعوى الاجماع باطلة.⁽¹⁾
2. إن سبب التفريق هو اختلاف الدين بين الزوجين، ولما كان الإسلام يقرهم على دينهم ابتداء فلا يمكن جعله سبباً للفرقة وإلا لم يصح زواجهم أصلاً.⁽²⁾
3. أما التذرع بأن الإسلام عاصم فلا حجة لكم لأن الإسلام عاصم للدماء من القتال والأموال ولا يمكن سحبه أنه لا يمكن التفريق بسبب اختلاف الدين، فالإسلام عاصم للمسلمة أن يكون للكافر عليها سبيل وعاصم للمسلم أن يتمسك بعصم الكوافر.⁽³⁾
4. لا داعي للتفريق بين إسلام أحد الزوجين وإبائه الآخر في دار الحرب ودار الإسلام ولو ثبتت الفرقة باختلاف الدارين لما رجع الكفار إلى زوجاتهم في العدة بل لجدد النكاح، ولأن تأثير اختلاف الدارين في انقطاع الولاية وانقطاع الولاية لا يوجب انقطاع النكاح، فإن النكاح يبقى بين أهل العدل والبغي والولاية منقطعة.⁽⁴⁾

ويمكن الرد على أدلة الجمهور بما يلي :

1. أما بالنسبة لقوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ فهذه الآية خاصة بالمطلقين والمطلقات وموضوعنا هو اختلاف الدين فافترقا.⁽⁵⁾
2. أما حديث صفوان وعكرمة وحكيم - فإن عكرمة وحكيم هربا إلى الساحل وهو من حدود مكة فلم تتباين دارهم فلا يصح الاستدلال بهذه الروايات.⁽⁶⁾

ويمكن الرد على هذه الردود بما يلي :

1. ادعاء الخصوصية بالمطلقات، لا دليل عليه، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب فهي عامة في اعطاء الزوج حق رد زوجاتهم في العدة.⁽⁷⁾

(1) الشريبي، مغني المحتاج 319/4.

(2) الهوتي، شرح منتهى الإرادات 685/2.

(3) النفراوي، الفواكه الدواني 26/2.

(4) الباجي، المنتقى شرح الموطأ 343/3.

(5) ابن الهمام، شرح فتح القدير 425/3.

(6) ابن نجيم، البحر الرائق 227/3.

(7) ابن قدامة، المغني 118/7.

2. أما أن عكرمة وحكيم كانا في دار الإسلام فهذا مردود لأن الروايات نصت على أن إسلام أم حكيم بنت الحارث يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة إلى اليمن ودعته إلى الإسلام فأسلم وقدم على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأبقاهما على نكاحهما ذلك⁽¹⁾ ولا يصلح أن يكون اختلاف الدار حجة لتعيير الحكم⁽²⁾.

الرأي الرَّاجح :

بعد استعراض أدلة كلا الطرفين نجد أن رأي جمهور الفقهاء أولى بالاعتبار وذلك لسلامة أدلتهم ووضوحها فإن ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فيفسخ في الحال بدليل أن المرأة تبين بطلقة واحدة ولأنه اختلاف دين فأشبه الرِّدَّةَ فيمنع الإقرار، أما عرض الإسلام على الأبى قبل الدخول فهذا تعرّض لأهل الذمة وقد ضمنا ألا نتعرض لهم فلذلك ينقطع النكاح بين الزوجين قبل الدخول بنفس الإسلام. أما بعد الدخول فيتأجل الفسخ إلى انقضاء ثلاثة قروء كما في الطلاق وشهدت بذلك الوقائع الكثيرة بأن الرسول - عليه السلام - لم يفرّق بين الأزواج حتى تنقضي العدة فعلى ذلك يكون إباء أحد الزوجين الإسلام قبل الدخول أشبه بالرِّدَّةَ فيفسخ النكاح حالاً أما بعد الدخول فهو أشبه بالطلاق فيؤجل حين انقضاء العدة.

المطلب الثالث : وقوع الفرقة طلاقاً أو فسخاً بسبب إباء أحد الزوجين الإسلام .

إذا أبى أحد الزوجين الإسلام ووقعت الفرقة بينهما فهل تعدّ هذه الفرقة طلاقاً، أم فسخاً؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على اتجاهين :

الاتجاه الأول : ذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن من الحنفية⁽³⁾ إلى أن الفرقة تعتبر طلاقاً إذا كانت من جانب الرجل بأن أسلمت المرأة وأبى الرجل الإسلام، أما إذا كانت من جانب المرأة بأن أسلم الزوج وأبت الزوجة كان ذلك فسخاً.

وحجتهم في ذلك : إذا كانت الفرقة من جانب الرجل بأن أسلمت المرأة وأبى الرجل الإسلام فهذا طلاق وذلك للأسباب الآتية :

1. ان سبب الفرقة هو إباء الزوج الإسلام وليس إسلامها والإسلام - كما مر معنا- لا يمكن أن نعتبره سبباً من اسباب فسخ النكاح بحال، لأن الإسلام نعمة فلا يمكن أن يكون نقمة حيث أن فسخ الزواج نقمة على الزوجين معاً. فكان سبب الفرقة هو الزوج فيكون بمنزلة إيقاع الطلاق⁽⁴⁾.

2. لأنه يفوت الإمساك بالمعروف بسبب إباء الرجل الإسلام فيتعين التسريح بإحسان والتسريح طلاق فأشبه الفرقة بين العين وامراته فتجعل طلاقاً⁽⁵⁾.

(1) أخرجه الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب، (ت 360هـ)، المعجم الكبير، ط1، 20م، (راجع حمدي بن عبدالمجيد السلفي)، مكتبة العلوم والحكم، الموصل، 1983م، باب من اسمه عكرمة، حديث رقم (1019)، 372/17. وأخرجه الحاكم في مستدركه، باب ذكر مناقب عكرمة بن أبي جهل، حديث رقم (5055)، 269/3. وقال الحاكم: "حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه". انظر الحاكم، المستدرک على الصحيحين، 269/3.

(2) ابن قدامة، المغني 118/7.

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين 190/3.

(4) الزيلعي، تبين الحقائق 174/2.

(5) البابرتي، العناية شرح الهداية 421/3.

3. إباء الرجل الإسلام لا ينافي النكاح ابتداءً لأن الفرقة لا تقع إلا بقضاء القاضي والفرقة بسبب غير مناف للنكاح إذا كان مضافاً إلى الزوج يكون طلاقاً.⁽¹⁾

أما إذا كانت الفرقة من جانب المرأة بأن أسلم الزوج وأبت الزوجة الإسلام كان ذلك فسخاً وذلك للأسباب الآتية :-

1. لأن الفرقة من جانب المرأة لا تصلح أن تكون طلاقاً، لأنها لا تلي الطلاق فيجعل فسخاً، أي أن المرأة ليست أهلاً للطلاق فيكون فسخاً.⁽²⁾

2. إن الفسخ رفع للعقد فلا يقع الطلاق في عدته.⁽³⁾

الاتجاه الثاني : ذهب أبو يوسف من الحنفية⁽⁴⁾ والمالكية⁽⁵⁾ والشافعية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾ إلى أن كل فرقة كانت بسبب إسلام أحد الزوجين فهي فسخ واستدلوا بما يلي:-

1. لأنها وقعت بسبب نشوء حرمة كل منهما على الآخر بحيث لا يستطيعان المضي معاً فكانت فسخاً.⁽⁸⁾

2. إن الفرقة بإباء أحد الزوجين الإسلام ليست من نكاح صحيح شرعاً، وما كان كذلك فطريقه الفسخ سواء أكانت من قبل الزوج أو من قبل الزوجة.⁽⁹⁾

3. لأنها فرقة وقعت بسبب اختلاف الدين سواء أكانت بإسلام أحد الزوجين وإباء الآخر، أو بسبب ردة أحدهما، فهي فسخ، لأنها فرقة وقعت بغير لفظ الزوج حقيقة، أو حكماً.⁽¹⁰⁾

4. إن سبب هذه الفرقة يشترك فيه الزوجان على معنى أنه يتحقق من كل واحد منهما- وهو الإباء والردة- ومثل هذه الفرقة تكون بغير طلاق كالفرقة الواقعة بالمحرمة وملاك أحد الزوجين صاحبه وهذا لأنه ليس إليها من الطلاق شيء فكل سبب للفرقة يتحقق من جهتها يعلم أنه ليس بسبب للطلاق.⁽¹¹⁾

الرأي الرَّاجح :

الناظر في التكييف الفقهي لإباء أحد الزوجين الإسلام يجد أن الفقهاء قد اتفقوا على أن الفرقة إذا جاءت من جانب المرأة بأن أسلم الزوج وأبت الزوجة الإسلام كان ذلك فسخاً بلا خلاف.

(1) السرخسي، المبسوط 47/5.

(2) منلا خسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام، 353/1. الكاساني، بدائع الصنائع 336/2.

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين 190/3.

(4) البابرتي، العناية شرح الهداية 421/3.

(5) الخرشي، شرح مختصر خليل 229/3.

(6) الشربيني، مغني المحتاج 320/4.

(7) الهوتي، كشاف القناع 119/5.

(8) الدسوقي، حاشية الدسوقي 269/2.

(9) الخرشي، شرح مختصر خليل 229/3.

(10) ابن قدامة، المغني 117/7. المرادوي، الإنصاف 211/8.

(11) السرخسي، المبسوط 47/5.

أما إذا جاءت الفرقة من جانب الرجل بأن أسلمت الزوجة وأبى الزوج الإسلام فذهب الطرفان من الحنفية - أبو حنيفة و محمد - أنها طلاق وذهب جمهور الفقهاء أنها فسخ والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بأن الفرقة بسبب إباء أحد الزوجين الإسلام سواء أكان الزوج أم الزوجة هي فسخ وذلك بسبب نشوء حرمة كل منهما على الآخر فلا يستطيعان البقاء مع بعضهما ولا يقران على ذلك النكاح، ولأنها فرقة بحكم الشرع فكانت فسخاً لا طلاقاً.

المطلب الرابع : فرقة إبله أحد الزوجين الإسلام ومدى حاجتها لحكم القضاء.

إن الفقهاء قد وضعوا ضابطاً للفصل بين الفرق التي تتوقف على قضاء والفرق التي لا تتوقف على قضاء. فقالوا: إن كل فرقة كان سبب وقوعها أمراً جلياً ظاهراً لا خفاء فيه فلا تتوقف على قضاء القاضي لأن أسبابها واضحة لا تحتاج إلى بحث وتمحيص أما الفرقة إن كان سبب وقوعها أمراً خفياً غير ظاهر فهي متوقفة على القاضي.⁽¹⁾ ولذلك اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب الحنفية⁽²⁾ إلى أن الفرقة تقع بإبائه أحد الزوجين الإسلام وتحقق الإبائه لا بد له من عرض الإسلام على غير المسلم وهو من صلاحية القضاء لحاجته إلى الولاية، فإذا أسلم أحد الزوجين عرض القاضي الإسلام على الآخر فإن أسلم فيها ونعمت وإن أبى حكم القاضي بالفرقة بينهما، وتعتبر الفرقة واقعة من وقت الحكم لا قبله. فإن سكت الأبى منهما ولم يجب بشيء عرض القاضي عليه الإسلام ثانية وثالثة، فإن سكت عدّاً أبياً حكماً، وحكم بالتفريق بينهما، والحكم عند الحنفية شرط لوقوع الفرقة وهذا كله في دار الإسلام لأن للقاضي ولاية التفريق بينهما.⁽³⁾

أما إذا لم تتمكن من عرض الإسلام على الأبى من الزوجين لكون أحدهما في دار الحرب، بانتهى الزوج بمجرّد انتهاء المدة التي تساوي عدتها حكماً دون قضاء لأن يد إمام المسلمين لا تصل إلى المصرّ منهما، ليعرض عليه الإسلام، ويحكم بالفرقة عند إبائه فقام ثلاث حيضات مقام ثلاث عرضات في تقرر سبب الفرقة، ولأنه صار غير مرید لها حين لم يساعدها على الإسلام، وبعدها صار غير مرید لها تقع بانقضاء ثلاث حيضات.⁽⁴⁾

يقول الزيلعي : " وفي دار الحرب لا يتأتى العرض لانقطاع الولاية فأقيم شرط الفرقة وهو مضي ثلاثة قروء مقام السبب كما في حفر البئر إذا وقع فيها إنسان ولم يكن إضافة الحكم إلى العلة فأضيف إلى الشرط وهو الحفر فكذا هنا مست الحاجة إلى الفرقة تخليصاً للمسلمة من ذل الكفر فأقمنا شرط البيونة في الطلاق الرجعي مقام عرضات القاضي وتفريقه عند تعذر اعتبار العلة." ⁽⁵⁾

(1) الطحطاوي، حاشية الطحطاوي 36/2. الدسوقي، حاشية الدسوقي 239/2. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 290. الهوتي، كشاف القناع 112/5.

(2) ابن الهمام، شرح فتح القدير 420/3. الزيلعي، تبين الحقائق 174/2. الكاساني، بدائع الصنائع 336/2.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق 227/3.

(4) السرخسي، المبسوط 56-57. الكاساني، بدائع الصنائع 338/2.

(5) الزيلعي، تبين الحقائق 175/2.

الرأي الثاني : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ إلى أنه لا حاجة إلى قضاء القاضي في إباء أحد الزوجين الإسلام لأن سبب وقوع الفرقة بينهما أمر جلي ظاهر لا خفاء فيه.

فإن كان الإباء قبل الدخول فسخ النكاح في الحال لقيام سببه وهو الإسلام أو اختلاف الدين، وإن كان الإباء بعد الدخول انتظر حتى انتهاء العدة فإن أسلم الأبى فبها ونعمت خلال العدة وإن لم يسلم يفرق بينهما بمضي المدة لأن انقضاء العدة وانتهاء مدتها سبب في الفرقة فلذلك لا تحتاج إلى قضاء قاض.

الرأي الرابع :

والرابع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في أن إباء أحد الزوجين الإسلام يقف على أسباب ظاهرة جلية وواضحة فلا يحتاج إلى قضاء قاض لأن الفرقة بسبب إباء أحد الزوجين الإسلام أو كليهما إنما تقع لحق الشرع فيفسخ النكاح من تلقاء نفسه وذلك لقيام الحرمة بين الزوجين من غير توقف على قضاء أو رضی أحد الزوجين أو كليهما وإنما يفسخ النكاح بحكم الشرع قهراً.

المبحث الثاني : إباء الزوج الإسلام في فقه الأقليات المسلمة.

من الملاحظ في الغرب أن المرأة التي تعيش خارج دار الإسلام وتحمل جنسية دولة غير مسلمة سواء أكانت كتابية أو غير كتابية أكثر إقبالا على الدخول في الإسلام من الرجال وهذه الظاهرة معروفة فإذا كانت المرأة غير متزوجة فلا إشكال إلا من حيث حاجتها إلى الزواج من رجل مسلم.

ولكن يكمن الإشكال إذا كانت المرأة متزوجة ودخلت في الإسلام طائعة وأبى زوجها الدخول في الإسلام وهي تحبه ويحبها، وبينهما عشرة طيبة طويلة وربما كان بينهما ذرية فماذا تفعل في هذه الحالة؟

إن عامة أهل العلم قديما وحديثا يفتون تلك المرأة وأمثالها بوجوب فسخ عقد النكاح بينها وبين زوجها سواء بمجرد إسلامها أو بمجرد انقضاء عدتها، ولكن وجدنا بعض العلماء المعاصرين يفتون بخلاف ذلك وبقاء الزوجة تحت عصمة زوجها الكافر فما دليلهم وحجتهم في ذلك؟

ذهب الشيخ يوسف القرضاوي⁽⁴⁾ وحسن الترابي⁽⁵⁾ وغيرهم إلى جواز بقاء الزوجة تحت عصمة زوجها الكافر واستدلوا بما يلي :-

1. قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ تُؤْمِنَ ۚ وَلَا أُمَّةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ۗ ﴾⁽⁶⁾.

فنحن منهيون ابتداء أن نزوج المرأة لكافر وهذا مما لا يجوز التهاون فيه، فلا نزوج مسلمة ابتداء لغير المسلم ولكن نحن هنا لم نزوجها، بل وجدناها متزوجة قبل أن تدخل في ديننا ويحكم عليها شرعنا، وهنا يختلف الأمر

(1) الخرخشي، شرح مختصر خليل 288/3.

(2) الشربيني، مغني المحتاج 319/4.

(3) الهوتي، شرح منتهى الإرادات 685-684/2.

(4) القرضاوي، يوسف، في فقه الأقليات المسلمة، ط1، دار الشروق، 2001م، ص 121. والقرضاوي، يوسف، إسلام المرأة دون زوجها على موقع

www.islamonline.net ، ص 1.

(5) الترابي، حسن، جواز بقاء المسلمة تحت زوجها الكافر على موقع www.libya-watanona.com ، ص 1. الجديع، عبدالله، بحث بعنوان إسلام المرأة دون زوجها

قدم للمجلس الأردني للإفتاء والبحوث، نقلا عن القرضاوي، في فقه الأقليات المسلمة، ص 124.

(6) سورة البقرة، الآية (221).

في البقاء عنه في الابتداء وهذه قاعدة فقهية مقررة ولها تطبيقات فرعية كثيرة وهي التفريق بين الابتداء والانتهاه، يتسامح في البقاء والانتهاه ما لا يتسامح في الابتداء، وهذا تيسير عظيم للمسلمات الجدد وإن كان يشق على الكثير من أهل العلم لأنه خلاف ما ألفوه وتوارثوه.⁽¹⁾

2. استدلوا بروايات عن علي بن أبي طالب وعمر بن الخطاب والشعبي وإبراهيم النخعي أوردها ابن أبي شيبه في مصنفه⁽²⁾ ومنها: -

أ. عن علي قال: " إِذَا أَسْلَمَتِ النَّصْرَانِيَّةُ امْرَأَةً الْيَهُودِيَّةَ، أَوْ النَّصْرَانِيَّ كَانَ أَحَقَّ بِبُضْعِهَا لَأَنَّ لَهُ عَهْدًا"⁽³⁾ وفي رواية عنه قال: " هُوَ أَحَقُّ بِهَا مَا دَامَا فِي دَارِ الْهَجْرَةِ "⁽⁴⁾ وفي رواية عنه قال: " هو أحق بها ما لم يخرجها من مصرها".

ب. وعن الشعبي قال: " هو أحق بها ما كانت في المصر".

ج. وعن إبراهيم النخعي قال: " يقران على نكاحهما"، ومثله روى عن الزهري.

د. وعن عمر بن الخطاب: " إن هانئ بن قبيصة الشيباني وكان نصرانيا كان عنده أربع نسوة فأسلمن فكتب عمر بن الخطاب أن يقرن عنده".

هـ. وعن الحسن قال: " أن نصرانية أسلمت تحت نصراني فأرادوا أن ينزعوها منه فرحلوا إليها فخيرها".

و. وعن عبدالله بن يزيد الخطمي أن عمر كتب يخيرهن".

يقول القرضاوي: " بعد ما أورد هذه الأدلة فلدينا إذن ثلاثة أقوال معتبرة يمكن لأهل الفتوى الاستناد إليها لعلاج هذه المشكلة التي تقف عقبة في سبيل دخول الكثيرات في الإسلام:

القول الأول: هو قول سيدنا - علي رضي الله عنه - أن زوجها أحق بها ما لم تخرج من مصرها، وهنا نجد المرأة باقية في وطنها ومصرها ولم تهجر منه لا إلى دار الإسلام ولا غيرها، وقول علي هذا ثابت عنه، لم يختلف عليه فيه ووافق عليه اثنان من أئمة التابعين: الشعبي، وإبراهيم.

القول الثاني: هو ما وروى عن سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - من إقراره بعض النساء إذا أسلمن عند أزواجهن غير المسلمين أو تخيرهن.

القول الثالث: وهو قول الزهري، إنهما على نكاحهما ما لم يفرق بينهما سلطان أي ما لم يصدر حكم قضائي بالتفريق بينهما"⁽⁵⁾.

3. من المعقول: إن المرأة إذا علمت أنه بمجرد الإسلام يزول النكاح وتفارق من تحب، نفرت عن الدخول في الإسلام بخلاف ما إذا علمت أنه إذا أسلمت فالنكاح بحاله ولا فراق بينهما كان في ذلك من الترغيب في الإسلام ومحبتته ما هو ادعى إلى الدخول فيه، فصار إبقاء النكاح جائزا فيه مصلحة راجحة للزوجين في الدين

(1) القرضاوي، في فقه الأقليات المسلمة، ص 121.

(2) ابن أبي شيبه، المصنف، باب ما قالوا في المرأة تسلم قبل زوجها، من قال: إذا أسلمت ولم يسلم لم تنزع منه 70/4-71.

(3) أخرجه ابن أبي شيبه في مصنفه حديث رقم (18307)، 4/106.

(4) أخرجه ابن أبي شيبه في مصنفه حديث رقم (18308)، 4/106.

(5) القرضاوي، في فقه الأقليات المسلمة ص 121-122.

والدنيا من غير مفسدة وما كان هكذا فإن الشريعة لا تأتي بتحريمه وهذا مقتضى المصالح التي ترجحها حاجة المسلمة الجديدة إلى البقاء مع زوجها ولا سيما إذا كان لها منه أولاد وترجو إسلامهم جميعاً⁽¹⁾.

4. إن عقود النكاح الواقعة قبل الإسلام صحيحة معتبرة بعد الإسلام ولا تبطل إلا بيقين، وليس اختلاف الدين مبطلاً بيقين لعدم وجود النص ولوجود الخلاف⁽²⁾.

وقد تصدى العلماء المعاصرون لهذه الفتوى وفندوها ومن ذلك الشيخ عبدالعظيم المطعني والشيخ فيصل مولوي⁽³⁾ وغيرهم وملخص ردودهم ما يلي : -
أولاً : الرد على الاستدلال بالآية فمن ثلاثة وجوه :

1. الآية الكريمة عندما تمنع نكاح المسلمة من غير المسلم تمنع العقد والوطء معاً، فإذا أسلمت المرأة وكانت مرتبطة بعقد زواج سابق صحيح، لم يعد الأمر في الآية متعلقاً بمنع إجراء العقد، لأنه قائم والبحث يدور حول شرعية استمراره أو وجوب ابطاله، فإذا كان استمراره مشروعاً بقي الوطء مباحاً، وإذا كان استمراره غير مشروع صار الوطء محرماً حتى لو ظل العقد قائماً ولم يكن بالإمكان فسخه.

2. إن التحريم والمنع الوارد في الآية يتناول المستقبل بلا جدال، لأن إباحة الاستمرار تعني هنا مناقضة النص، ولأن التحريم هنا حدد إلى غاية وهي الإيمان ﴿ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ﴾، فلا يجوز النكاح بين المسلمة وغير المسلم حتى يدخل في الإسلام، فحين يستمر النكاح السابق دون إسلام المشرك نكون قد وقعنا في مخالفة صريحة للنص القاطع.

3. أما القاعدة الفقهية التي استدلت بها القرضاوي ومن تبعه وهي: "البقاء أسهل من الابتداء" و "يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء". فقد أعمل الفقهاء هذه القاعدة في عقود النكاح إذا أسلم أحد الزوجين فيما إذا كان سبب إبطال الزواج يعود إلى أمور لا تتعلق بصلب العقد وذلك لعدم وجود النص الذي يمنع أعمال هذه القاعدة كما لو تم عقد الزواج في زمن الكفر بلا ولي أو بلا شاهدين.

أما إذا كان سبب البطلان يعود إلى صلب العقد كأن تكون المرأة غير صالحة لتكون محلاً للزواج كما لو كانت محرمة عليه بسبب نسب أو مصاهرة، فإن منع نكاح المسلمة من مشرك يتعلق بصلب العقد، وبأهلية المرأة لأن تكون محلاً للزواج من رجل غير مسلم، فإذا أعملنا القاعدة السابقة فقد وقعنا في مخالفة النص الصريح.

ثانياً : الرد على الاستدلال بالأثار:

1. إذا صحت نسبة القول " إذا أسلمت النصرانية، كان زوجها أحق بوضعها لأن له عهداً " إلى أمير المؤمنين علي بن أبي طالب من حيث السند فإنه غير مقبول من حيث المتن وذلك لما يلي:
أ. لأن عهد الزمة لا يصلح تعليلاً لمخالفة حكم شرعي وهو لا يعقد أصلاً إلا على شرط خضوعهم لأحكامنا الشرعية في غير العبادات.

(1) القرضاوي، في فقه الأقليات المسلمة ص 116. الترابي، جواز إبقاء المسلمة تحت زوجها الكافر، ص 1.

(2) الجديد، إسلام المرأة دون زوجها، ص 125. الترابي، جواز إبقاء المسلمة تحت زوجها الكافر، ص 1.

(3) المطعني، عبدالعظيم، ومولوي، فيصل، إسلام المرأة دون زوجها، بحث مطروح على المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث على موقع www.islamonline.net ، ص 1 وما بعدها.

ب. لأن آية الممتحنة نزلت بمناسبة صلح الحديبية لتبين عدم جواز العهد في هذه المسألة.

ج. إن الشيعة بكل مذاهبهم -فضلا عن السنة- لم يأخذوا بهذا القول ووافقوا المذاهب السنية على تحريم بقاء المسلمة عند غير المسلم وهم يخالفون في الكثير من آرائهم أهل السنة.

2. الروايات المنسوبة لأمير المؤمنين عمر بن الخطاب متناقضة فبعضها يخيّر المرأة المسلمة بين مفارقة زوجها أو القرار عنده، والبعض الآخر يحكم بالتفريق إذا أبى الزوج أن يسلم والروايتان لا يمكن التوفيق بينهما.

3. أما فتوى ابن شهاب: "هما على نكاحهما ما لم يفرق بينهما سلطان" فهذه الفتوى معلولة لأنها جعلت حل نكاح غير المسلم للمسلمة أو تحريمه بيد السلطان مع أن الله قضى بتحريمه قطعاً.

ثالثاً: الرد على المعقول:

إن المسلمة مطالبة بتنفيذ حكم الله وهو عدم الحلّة لغير المسلم وبما أن حكم الله لا يقبل التغيير أو الالغاء، فلم يعد هناك خيار أمام المسلمة إلا فسخ العقد ولا يجوز لها أن تتمسك بزواج كافر، فالعواطف مهما كانت نبيلة فيأضة بالخير لا يمكن اعتبارها من أدلة الأحكام، والترغيب في الإسلام يكون بالتزام مبادئ وقيم الإسلام ومحاسنه لا بالمساس بأحكامه وشريعته.

رابعاً: الرد على عقود النكاح قبل الإسلام صحيحة ولا تبطل إلا بيقين واختلاف الدين ليس مبطلاً:

1. إن الشريعة الإسلامية صححت من حيث الاصل عقود الزواج المعقودة بين الكفار ولكن إذا أسلم الزوجان يصبح العقد خاضعاً للأحكام الشرعية، فإذا أسلمت المرأة يصبح العقد خاضعاً للأحكام الشرعية بينهما وعليها السعي لتصحيح العقد إما بإسلام زوجها أو إبطال وفسخ عقدها.

2. إن علة التحريم لنكاح المسلمة بغير المسلم هي اختلاف الدين وهذه العلة موجودة في عقود الزواج السابقة إذا أسلمت المرأة وبقي زوجها على دينه، والحكم كما هو معروف يدور مع علته وجوداً وعدمًا فيقتضي لذلك إبطال العقود السابقة لهذا السبب كما يجب منع العقود الجديدة.

الرأي الراجح:

وبعد استعراض أدلة المجيزين في بقاء المرأة تحت زوج كافر والمفنديين لهذه الفتوى لا يسعني في هذا المقام إلا أن أرحب قول المانعين من بقاء المرأة تحت زوج كافر فإنها تلحق بالعقود التي ينبغي إبطالها لحرمة المحل، وعملاً بآية البقرة والممتحنة القاضية بتحريم هذا البقاء، وعلى الزوجة دعوة زوجها للإسلام وإذا لم يسلم حتى انقضاء عدتها، تؤكد حكم تحريم المعاشرة الزوجية بينهما، وأرجح أن مسألة إباء الزوج للإسلام هي مسألة خارج نطاق الاجتهاد المعاصر.

الخاتمة:

وفي نهاية البحث أضع بين يدي القارئ أهم النتائج ألخصها بالنقاط التالية:

1. مما سبق يتبين لنا بوضوح أن الفقهاء متفقون على أمرين: الأول: إقرار الزوجين على نكاحهما وبقاء عقدهما وهذا في حالتين: حالة إسلام الزوجين معاً وحالة إسلام الزوج وإبائه زوجته الكتابية للإسلام. الثاني: وجوب التفريق بين الزوجين وهذا في حالتين: حالة إسلام الزوج وإبائه زوجته غير الكتابية للإسلام. وحالة إسلام الزوجة وإبائه زوجها للإسلام.

2. إباء أحد الزوجين الإسلام قبل الدخول أشبه بالردة فيفسخ النكاح حالاً أما بعد الدخول فهو أشبه بالطلاق فيؤجل لحين انقضاء العلة.
3. الناظر في التكييف الفقهي لإباء أحد الزوجين الإسلام يجد أن الفقهاء قد اتفقوا على أن الفرقة إذا جاءت من جانب المرأة بأن أسلم الزوج وأبت الزوجة الإسلام كان ذلك فسخاً بلا خلاف. أما إذا جاءت الفرقة من جانب الرجل بأن أسلمت الزوجة وأبى الزوج الإسلام والراجح - والله أعلم - أن الفرقة بسبب إباء أحد الزوجين الإسلام سواء أكان الزوج أم الزوجة هي فسخ وهي فسخ وذلك بسبب نشوء حرمة كل منهما على الآخر فلا يستطيعان البقاء مع بعضهما ولا يقران على ذلك النكاح، ولأنها فرقة بحكم الشرع فكانت فسخاً لا طلاقاً.
4. إباء أحد الزوجين الإسلام يقف على أسباب ظاهرة جلية وواضحة فلا يحتاج إلى قضاء قاض لأن الفرقة بسبب إباء أحد الزوجين الإسلام أو كليهما إنما تقع لحق الشرع فيفسخ النكاح من تلقاء نفسه وذلك لقيام الحرمة بين الزوجين من غير توقف على قضاء أو رضی أحد الزوجين أو كليهما وإنما يفسخ النكاح بحكم الشرع قهراً.
5. وبعد استعراض أدلة المجيزين في بقاء المرأة تحت زوج كافر والمفندين لهذه الفتوى لا يسعني في هذا المقام إلا أن أرحح قول المانعين من بقاء المرأة تحت زوج كافر فإنها تلحق بالعقود التي ينبغي إبطالها لحرمة المحل، وعملاً بآية البقرة والمنتحنة القاضية بتحريم هذا البقاء، وعلى الزوجة دعوة زوجها للإسلام وإذا لم يسلم حتى انقضاء عدتها، تؤكد حكم تحريم المعاشرة الزوجية بينهما، وأرحح أن مسألة إباء الزوج الإسلام هي مسألة خارج نطاق الاجتهاد المعاصر.

✓ ثبت المراجع :

- ابن أبي شيبة، أبو بكر عبدالله بن محمد ، (ت 235هـ)، المصنّف، ط1، 8م، دار الفكر- بيروت، 2001م.
- الأصبحي، مالك بن أنس بن مالك، (ت 179هـ)، الموطأ، ط1، 2م، (مراجعة محمد فؤاد عبدالباقي)، دار إحياء التراث العربي، مصر، 1999م.
- البابرقي، محمد بن محمد بن محمود، (ت 786هـ)، العناية شرح الهداية، ط1، 10م، وهو شرح لكتاب " الهداية شرح بداية المبتدي " للمرغيناني - دار الفكر، بيروت، 1995م.
- الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، (ت 474هـ)، المنتقى شرح الموطأ، ط1، 7م، وهو شرح لموطأ الإمام مالك ، (ت 179هـ)، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، 1994م.
- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس (ت 1051هـ):-
- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى (شرح منتهى الإرادات) ، ط1، 3م، وهو شرح لمختصر الإرادات لابن النجار، (ت 972هـ)، عالم الكتب، بيروت، 1993م.
- كشف القناع عن متن الإقناع، ط1، 6م، وهو شرح لمتن الإقناع لشرف الدين أبي النجار موسى بن أحمد بن موسى، (ت 960هـ)، (تحقيق هلال مصيلحي ومصطفى هلال)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993م.
- الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، (ت 370هـ)، أحكام القرآن، ط1، 3م، دار الفكر، بيروت، 1980م.

- الحاكم، أبو عبدالله محمد بن عبدالله ، (ت 405هـ)، المستدرک علی الصحیحین، ط1، 4م، (مراجعة مصطفى عبدالقادر عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990م.
- الخرخشي، محمد بن عبدالله (ت 1101هـ)، شرح مختصر خليل، ط1، 8م، وهو شرح لمختصر أبي الضياء سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، 1985م.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث، (ت 275هـ)، سنن أبي داود، ط1، 4م، (راجعته محي الدين عبدالحميد)، دار الفكر، بيروت، 1975م.
- الدسوقي، شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة، (ت 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط1، 4م، وهو شرح لكتاب الشرح الكبير للرددير، (ت 1201هـ)، دار إحياء الكتب العلمية، بيروت، 1975م.
- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، (ت 743هـ)، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1، 6م، وهو شرح كتاب كنز الدقائق لأبي البركات النسفي، دار الكتاب الإسلامي، عمان، 1978م.
- السرخسي، شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، (ت 483هـ)، المبسوط، ط1، 30م، وهو شرح لكتاب الكافي للحاكم المروزي، دار المعرفة، بيروت، 1966م.
- الشافعي، محمد بن إدريس، (ت 204هـ):
- الأم، ط1، 8م، دار المعرفة، بيروت، 1975م.
- مسند الشافعي، ط1، 1م، دار الكتب العلمية، بيروت، 1976م.
- الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، (ت 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، 6م، وهو شرح كتاب منهاج الطالبين للإمام النووي، (ت 676هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986م.
- الشوكاني، محمد بن علي، (ت 1250هـ)، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ط1، 8م، وهو شرح لكتاب المنتقى من أخبار المصطفى لابن تيمية الحراني، (ت 653هـ)، دار الحديث، المدينة المنورة، 1976م.
- الشيباني، أبو عبدالله أحمد بن حنبل (ت 241هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ط1، 6م، مؤسسة قرطبة، مصر، 1965م.
- الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب، (ت 360هـ)، المعجم الكبير، ط1، 20م، (راجعته حمدي بن عبدالمجيد السلفي)، مكتبة العلوم والحكم، الموصل، 1983م.
- الطبري، محمد بن جرير بن يزيد، (ت 310هـ)، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ط1، 30م، دار الفكر، بيروت، 1985م.
- الطحطاوي، أحمد بن محمد بن إسماعيل، (ت 1231هـ)، حاشية الطحطاوي على الدر المختار، ط1، 6م، والكتاب حاشية على الدر المختار للحصفي (ت 1088هـ)، والدر المختار شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي (ت 1004هـ)، دار المعرفة، بيروت، 1975م.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، (ت 1252هـ)، رد المختار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، ط1، 6م، والكتاب حاشية على الدر المختار للحصفي، (ت 1088هـ)، والدر المختار شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي (ت 1004هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1980م.

- ابن قدامة، موفق الدين عبدالله بن أحمد، (ت 620هـ)، المغني، ط1، 10م، وهو شرح للمختصر الموجز الجامع (مختصر الخرقى)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1966م.
- القرضاوي، يوسف، (2001م)، في فقه الأقليات المسلمة، ط1، 1م، عمان، دار الشروق.
- القرطبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري، (ت 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن، ط2، 20م، (تحقيق أحمد عبدالعليم البردوني)، دار الشعب، القاهرة، 1953م.
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد، (ت 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، 7م، وهو شرح لكتاب تحفة الفقهاء للسمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986م.
- ابن كثير، عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر، (ت 774هـ)، مختصر تفسير ابن كثير، ط3، 3م، (تحقيق محمد علي الصابوني)، دار القرآن الكريم، بيروت، 1979م.
- المرادوي، علاء الدين أبو الحسن بن سليمان بن أحمد، (ت 885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط1، 12م، وهو تصحيح لكتاب المقنع لابن قدامة، (ت 620هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1965م.
- منلا خسرو، القاضي محمد بن فراموز، (ت 885هـ)، در الحكام شرح غرر الأحكام، ط1، 2م، المتن والشرح للمصنف، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، 1967م.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت 970هـ):
 - الأشباه والنظائر، ط1، 1م، (تحقيق مطيع الحافظ)، دار الفكر، دمشق، 1983م.
 - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط1، 8م، وهو شرح لكنز الدقائق لأبي البركات النسفي، دار الكتاب الإسلامي، عمان، 1982م.
- النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا، (ت 1125هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ط1، 2م، وهو شرح لرسالة الإمام أبي محمد القيرواني الملقبة بباكورة السعد وبزبدة المذهب، دار الفكر، بيروت، 1988م.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد، (ت 861هـ)، فتح القدير، ط1، 10م، وهو شرح لكتاب " الهداية شرح بداية المبتدي " للمرغيناني، دار الفكر، بيروت، 1970م.
 - شبكة الاتصال الالكترونية (الانترنت) :
- الترابي، حسن، جواز إبقاء المسلمة تحت زوجها الكافر على موقع (www.libya.watanona.com).
- المطعني، عبدالعظيم ومولوي، فيصل، والقرضاوي، يوسف، إسلام المرأة دون زوجها على موقع (www.islamonline.net).
- مولوي، فيصل ، إسلام المرأة دون زوجها ، بحث مطروح على المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث على موقع (www.mawlawi.net).

أسباب انقضاء شركة المحاصة وحسابها الختامي وفق أحكام قانون الشركات الفلسطيني والفقه الإسلامي "دراسة تحليلية مقارنة"



الدكتور : ونام مصطفى محي الدين مطر

أستاذ القانون التجاري المساعد - جامعة فلسطين

تمهيد :

سن المشرع الفلسطيني قانوناً جديداً للشركات وهو القانون رقم "7" لسنة "2012" وأصبح هو النافذ في قطاع غزة بعد تعاقب عدة قوانين خضعت لها الشركات التجارية في قطاع غزة، واللافت للانتباه هو تخصيص مساحة في القانون الجديد لشركة المحاصة التي لم يتم التطرق لها في القوانين المنتهية السابقة على صدور قانون الشركات الفلسطيني سابق الذكر، إذ أفرد القانون الجديد لشركة المحاصة العديد من الأحكام الجديدة، وبالاطلاع والبحث في نصوص القانون بشأن شركة المحاصة وجدناها قد انتشرت بشكل كبير في أوساط التجار في قطاع غزة، لكن دون أن يعرف هؤلاء التجار بأن ما يمارسونه من تجارة بينهم يخضع لأحكام شركة المحاصة في القانون الفلسطيني. ولشركة المحاصة أهميتها في الحياة العملية، فهي تشكل ركيزة أساسية في الاقتصاد الوطني، على اعتبار أنها شركة من شركات الأشخاص التي نصت عليها القوانين ومنها القانون الفلسطيني، والتي تقوم على الاعتبار الشخصي، وقد أقر القانون الفلسطيني النافذ في قطاع غزة هذه الشركة أسوة بغالبية التشريعات العربية، أما قانون الشركات في الضفة الغربية المحتلة والتي تخضع لإدارة السلطة الفلسطينية المنبثقة عن منظمة التحرير الفلسطينية، فلم يعترف بشركة المحاصة ولم يتطرق في نصوصه لهذه الشركة، وبالتالي لا يمكن لأي شخص طبيعي كان أو اعتباري أن يؤسس هذه الشركة، فإذا اتفق أشخاص على تأسيسها اعتماداً على أنها شركة خفية لا يعلم بها أحد ولا تسجل ولا يلزم لتأسيسها الحصول على ترخيص، فإن أي نزاع ينشب بين أطرافها ويرفع للقضاء لا يمكن أن يطبق بشأنها أحكام قانون الشركات، إنما يخضع النزاع لأحكام القانون المدني كون هذه الشركة لم ينص عليها القانون في الضفة الغربية المحتلة، وعدم الاعتراف بشركة المحاصة من قبل القانون الفلسطيني في الضفة الغربية يرجع سببه إلى أن القانون تم تشريعه منذ القدم، ولم يتم تطويره ولا استبداله عبر سن تشريع جديد كما حصل في قطاع غزة الذي كان

يخضع حين سن هذا التشريع لإدارة الحكومة الفلسطينية المنتخبة التي أقالها الرئيس الفلسطيني بسبب الانقسام. إن البحث في شركة المحاصة يعتبر ذو أهمية باعتبار الأحكام الواردة في قانون الشركات الجديد بشأن شركة المحاصة متعددة وجديدة إلى حد ما، وعلى اعتبار أن هذا النوع من الشركات لم يمنحه الباحثون الإسلاميون أهمية كبيرة.

ومن ضمن الموضوعات الهامة التي نص عليها القانون الفلسطيني ما يتعلق بأسباب انقضاء شركة المحاصة، فإذا تحقق سبب من أسباب انقضائها فإنها تنقضي، وإذا انقضت شركة المحاصة فإن الشركاء يستعينوا بخبير لتصفية الشركة (تبيان حسابها الختامي).

وقد أحال المشرع الفلسطيني أسباب انقضاء شركة المحاصة لأسباب انقضاء شركة التضامن برمتها، إذ تشير هذه الإحالة إشكالية البحث المتمثلة في السؤال عن مدى إمكانية تصور انقضاء شركة المحاصة بكافة أسباب انقضاء شركة التضامن؟ وللإجابة على هذا السؤال كان لا بد من البحث في أسباب انقضاء شركة المحاصة وحسابها الختامي باستخدام المنهج التحليلي المقارن بين القانون الفلسطيني والفقه الإسلامي وذلك في مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: أسباب انقضاء شركة المحاصة.

المبحث الثاني: الحساب الختامي لشركة المحاصة.

المبحث الأول: انقضاه شركة المحاصة:

نص القانون الفلسطيني على أن شركة المحاصة تنقضي بالطريقة ذاتها التي تنقضي بها شركة التضامن⁽¹⁾ أي بنفس أسباب انقضاء شركة التضامن وفق أحكام القانون الفلسطيني، وأسباب انقضاء شركة التضامن كما نص عليها القانون الفلسطيني هي⁽²⁾:

أولاً: اتفاق الشركاء جميعهم على حل الشركة أو دمجها في شركة أخرى.

ثانياً: انتهاء المدة المحددة للشركة سواء أكانت المدة الأصلية أم التي مددت إليها بالاتفاق.

ثالثاً: انتهاء الغرض الذي أسست من أجله.

رابعاً: قاء شريك واحد فيها، مع مراعاة ما ورد في البند (4) من المادة (24) من هذا القانون.

خامساً: شهر إفلاس الشركة، وفي هذه الحالة يترتب على إفلاس الشركة إفلاس الشركاء.

سادساً: شهر إفلاس أحد الشركاء أو الحجر عليه، ما لم يقرر باقي الشركاء استمرار الشركة بينهم.

سابعاً: صدور حكم قضائي.

ثامناً: شطب تسجيل الشركة بقرار من المراقب بمقتضى أحكام هذا القانون.

ونفصل الحديث عن هذه الأسباب التي تتعلق بشكل مباشر بشركة التضامن في القانون الفلسطيني، وتطبيقها على شركة المحاصة، مع بيان بعض الأسباب التي ذكرت ولا تصلح لتطبيقها على شركة المحاصة، حيث أخطأ المشرع الفلسطيني في النص على تطبيق كافة الأسباب على شركة المحاصة:

أولاً: اتفاق الشركاء على حل شركة المحاصة:

نص القانون الفلسطيني على أن شركة المحاصة تنقضي بأحد أسباب شركة التضامن⁽³⁾، وقد نص كذلك على

(1) أنظر: م 63 فقرة 1 من قانون الشركات الفلسطيني رقم 7 لسنة 2012.

(2) م 40 من قانون الشركات الفلسطيني.

(3) نصت المادة 63 فقرة 1 من قانون الشركات الفلسطيني على أنه: "تنقضي شركة المحاصة بالطرق نفسها التي تنقضي بها شركة التضامن".

أن اتفاق الشركاء على حل شركة التضامن يعني انقضاء الشركة⁽¹⁾، وبتطبيق هذا النص على شركة المحاصة يعني أن اتفاق الشركاء المحاصين في شركة المحاصة على حل الشركة بينهم يؤدي إلى انقضائها.

وانقضاء الشركة يعني انحلال الرابطة القانونية التي أوجدها عقد الشركة بين مجموع الشركاء⁽²⁾. وشركة المحاصة تتكون من عدد من الشركاء لا يقل عن اثنين كما ورد في القانون الفلسطيني⁽³⁾، وتأسيساً على ذلك إذا أجمع الشركاء على حل الشركة فإنها تنحل، ويمكن أن تنحل أيضاً إذا نص عقد شركة المحاصة على أقل من الإجماع، كما لو نص على أن شركة المحاصة تنقضي بالأغلبية أو بأصوات الثلثين أو غير ذلك لأن الأصل في شركة المحاصة هو الاتفاق بين الشركاء، وهذا النوع من الشركات يميل إلى العقد أكثر من النظام، حيث يركز في معظم أحكامه إلى اتفاق الشركاء كون الشركة شركة خفية مستترة، وهذا يعني أن اتفاق الشركاء في هذه الشركة هو الغالب. واتفاق الشركاء على حل شركة المحاصة لا يتطلب بعد ذلك سوى الاستعانة بجنير لتسوية الحساب الختامي بينهم، ولا توجد أية إجراءات أخرى كما هو الحال بالنسبة لباقي الشركات لأنها لا تسجل ولم يكن ليعلم بها أحد. وإذا كانت شركة المحاصة مكونة من اثنين فقط فإن الشركة تنحل إذا وافقا على حلها معاً، لكن إذا تم النص في عقد شركة المحاصة على أن رغبة أحدهما بحل الشركة تكفي فإن الشركة تنقضي برغبته.

ويجب التنويه بأن ما تم الاتفاق عليه في عقد تأسيس شركة المحاصة هو الذي يسري في حق الشركاء، فإذا كان العقد ينص على الإجماع فلا تنقض الشركة إلا بالإجماع، وإذا كان العقد ينص على الأغلبية فإن الشركة تنقضي بالأغلبية، والقانون تدخل لينص على الإجماع فقط في حالة عدم النص على ذلك في عقد تأسيس شركة المحاصة. هذا كله في حالة وجود عقد محاصة مكتوب، لكن على فرض أن الشركاء في شركة المحاصة لم يكتبوا عقد الشركة، والقانون لم يفرض على الشركاء كتابة عقد شركة المحاصة، إنما بالإمكان الاتفاق على تأسيس شركة المحاصة دون كتابة عقد خاص بها، في هذه الحالة النادرة، إذ إن الشركاء غالباً يكتبون عقد شركة المحاصة فيما بينهم، لكن على فرض أنهم لم يكتبوا العقد فإن الشركة تنقضي أيضاً بإجماع الشركاء على حلها، هذا في حالة عدم وجود اتفاق بينهم ولو شفهي على غير ذلك.

وفي الواقع فإنه من غير المتصور الاتفاق على تأسيس شركة محاصة دون أن يتم كتابة عقدها، بل أن الأفضل هو أن يتدخل المشرع فيعدل النص الخاص بحرية الكتابة من عدمها إلى إجبار الأطراف في شركة المحاصة على كتابة عقدها فيما بينهم تجنباً لحدوث خلافات تهدد بقاء واستمرار الشركة.

فإذا لم ينص العقد على حل شركة المحاصة من قبل الشركاء، ولم يتفق كافة الشركاء على حلها وأراد البعض حل الشركة، فإنهم يرفعون الأمر للقضاء وهو ما سنتحدث عنه فيما بعد.

أما في الفقه الإسلامي فالاتفاق على إنهاء الشركة غير ممنوع، ذلك أنه ما دام يسمح للشريك الواحد أن يفسخ الشركة، فمن باب أولى يجوز للجميع أن يجمعوا على حلها وانتهائها، وبالتالي تكون قد انقضت، وهذا الاتفاق لا يعتبر إذا كان يضر بالتعاملين مع الشركة، أو كان يهدد اقتصاد الأمة، كالشركات الكبيرة التي تتولى إنجاز المشاريع

⁽¹⁾ نصت المادة 40 من قانون الشركات الفلسطيني على أنه: "تنقضي شركة التضامن في أي من الحالات الآتية: 1- اتفاق الشركاء جميعهم على حل الشركة أو دمجها في شركة أخرى".

⁽²⁾ أنظر: بارود، حمدي محمود، أحكام القانون التجاري الفلسطيني، الشركات التجارية، دراسة في قانون الشركات الفلسطيني رقم 7 لسنة 2012، ص 87، وانظر: بوذياب سلمان، القانون التجاري في التجارة والتاجر والمؤسسة التجارية، النظرية العامة للشركات، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1415هـ، 1995م، ص 235.

⁽³⁾ نصت المادة 59 من قانون الشركات الفلسطيني على أنه: "شركة المحاصة شركة تنعقد بين شخصين أو أكثر يمارس أعمالها شريك ظاهر يتعامل مع الغير، بحيث تكون الشركة مقتصرة على العلاقة الخاصة بين الشركاء".

الكبرى التي يقوم عليها اقتصاد البلاد، فمن حق الدولة المسلمة أن تتدخل في ذلك بما يحقق المصلحة العامة⁽¹⁾. وقد يرى الشركاء أن أحدهم لا يستحق البقاء معهم نتيجة لإساءته التصرف، أو تقصيره في حق الشركة، وعندئذ فللشركاء أن يقوموا بعزل شريكهم، ويستمتروا على شركتهم بعقد جديد⁽²⁾.

ثانياً: دمج شركة المحاصة:

نص القانون الفلسطيني على أن دمج شركة التضامن يؤدي إلى انتهائها، وبتطبيق ذلك يعني أن شركة المحاصة تنقضي بالدمج، وقد تعددت التعريفات الخاصة بالاندماج الشركات بما في ذلك شركة المحاصة، ومن هذه التعريفات: "ضم شركتين قائمتين بإدماج احدهما في الأخرى أو بفناء الشركتين ليكونا معاً شركة جديدة"⁽³⁾.

كما عرف أيضاً بأنه: "تدبير يقصد منه توحيد عدة شركات مستقلة عن بعضها في شخص اعتباري واحد، سواء عن طريق شخصية اعتبارية جديدة، أو عن طريق ادغام شركة أو أكثر في شركة قائمة"⁽⁴⁾.

أما القانون الفلسطيني فلم يعرف اندماج الشركات، بل تطرق لأنواع الاندماج، ويحمل نص ذكر الأنواع في طياته تعريفاً لاندماج الشركات، وبناءً على ذلك ووفقاً للقانون الفلسطيني يمكن تعريف اندماج الشركات بأنه: "اندماج شركة أو أكثر مع شركات أخرى تزول معها الشخصية الاعتبارية للشركات المندجة، أو اندماج شركتين أو أكثر لتأسيس شركة جديدة تزول معها الشخصية الاعتبارية لكافة الشركات أو اندماج فروع ووكالات الشركات الأجنبية العاملة في فلسطين في شركة فلسطينية قائمة أو جديدة تزول معها الشخصية الاعتبارية لهذه الفروع والوكالات".

والاندماج حسب القانون الفلسطيني يتم بإحدى صور ثلاثة هي:

الصورة الأولى: الاندماج عن طريق الضم.

يتم هذا الاندماج من خلال انضمام شركة أو أكثر (الشركات المندجة)، لشركات أخرى (الشركات الداخلة)، بحيث تنتهي الشخصية الاعتبارية للشركات المندجة، بمعنى أن الشركة أو الشركات الداخلة تبقى قائمة، ولا تتأثر وتبقى شخصيتها الاعتبارية قائمة، أما الشركات التي اندمجت فيها فإنها تنقضي، وتنقضي معها شخصيتها الاعتبارية وتصبح في حكم العدم.

وحيث أن الشركة أو الشركات الداخلة تبقى قائمة، فإن ذلك يستدعي تعديل نظام الشركة الباقية لزيادة رأس مالها بالقدر الذي يستوعب الحصص أو الأسهم الجديدة التي ستعطى لمن كانوا شركاء أو مساهمين في الشركة المندجة⁽⁵⁾.

إن هذه الصورة تصلح لكافة أنواع الشركات باستثناء شركة المحاصة، وقد أخطأ المشرع الفلسطيني حينما اعتبر الاندماج سبب من أسباب انقضاء شركة المحاصة، لأن مناط استخدام الاندماج هو الشخصية الاعتبارية، وشركة المحاصة لا تكتسب الشخصية الاعتبارية، كذلك فإن شركة المحاصة هي شركة خفية مستترة لا يعلم بها سوى الشركاء، والاندماج في شركة أخرى يعني أن هذه الشركة الأخرى أصبحت ظاهرة وهو ما يتنافى مع ميزة التستر والخفية.

(1) أنظر: الموسى، محمد بن إبراهيم، شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، الرياض، دار العاصمة للنشر والتوزيع، 1419هـ، 1998م، ص359.

(2) تكملة المجموع للمطيعي 14/89، دار الفكر، والمغني لابن قدامة 25/5، مكتبة الرياض الحديثة، 1981، مشار إليهما في شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي وقانون الإمارات مع التركيز على شركة المحاصة، البريكي، محمد بن سالم صالح با يوسف، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، بيروت، شركة دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، 1426هـ، 2005م، ص307.

(3) أنظر: عناية، حسن، الشركات التجارية، الجزء الثاني، القاهرة، دار محمود، ص361.

(4) المحيسن، أسامة، الوجيز في الشركات التجارية والافلاس، عمان، دار الثقافة، 2008، ص66.

(5) أنظر: حماد، آلاء محمد فارس، اندماج الشركات وأثره على عقود الشركة المندجة، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، ص40.

الصورة الثانية : الاندماج عن طريق المزج.

تتم هذه الصورة من خلال اندماج شركتين أو أكثر لتأسيس شركة جديدة تكون هي الشركة الناتجة عن الاندماج وتنقضي الشركات التي اندمجت بالشركة الجديدة وتزول الشخصية الاعتبارية لكل منها. معنى ذلك أن كافة الشركات تنقضي ولا وجود لشركات داخلة وشركات مندوجة، وتبعاً لذلك تزول الشخصية الاعتبارية لكافة الشركات، وتؤسس شركة جديدة بشخصية اعتبارية جديدة.

ويؤخذ بعين الاعتبار في شأنها جميع قواعد التأسيس واجراءاته لأنها ليست استمراراً للشركات السابقة والتي تعتبر منتهية بمجرد نشوء الأخيرة بل انها تعتبر شركة قانونية جديدة⁽¹⁾.

وهذه الصورة لا تختلف أيضاً عن الصورة السابقة، حيث لا تكتسب شركة المحاصة الشخصية الاعتبارية، وما على الشركاء في شركات المحاصة إذا رغبوا في الاندماج إلا أن يقوموا بالشراكة من جديد لتأسيس شركة محاصة واحدة، دون الخضوع لأي من إجراءات اندماج الشركات التي نص عليها القانون بالنسبة للشركات الأخرى دون شركة المحاصة.

ثالثاً : انتهاء مدة شركة المحاصة :

تطبيقاً للنصوص الفلسطينية فإن شركة المحاصة شأنها شأن باقي الشركات قد يتفق فيها الشركاء على مدة محددة تنقضي بانقضائها الشركة، فإذا اتفق الشركاء على مدة محددة لانقضاء الشركة فإنها تنقضي بمجرد انتهاء المدة⁽²⁾.

وإذا أراد الشركاء تمديد المدة بإمكانهم ذلك قبل انتهاء هذه المدة، وتمديد المدة يتطلب إجماع كافة شركاء المحاصة ما لم ينص في عقد تأسيس الشركة على غير ذلك، فقد ينص في عقد التأسيس على أن الأغلبية العديدة تكفي لتمديد عقد الشركة، أما إذا انتهى الغرض الذي قامت من أجله الشركة قبل انتهاء الموعد المحدد فإن الشركة تنقضي ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك، أما إذا لم يتم الاتفاق بين الشركاء على مدة محددة ولم ينص في العقد على ذلك، فإن شركة المحاصة تستمر إلى أن يتم الانتهاء من الغرض الذي قامت من أجله، ويترتب على تحديد المدة أن الشريك في شركة المحاصة إذا أراد الانسحاب من الشركة محددة المدة فإنه لا يستطيع إلا وفقاً لما نص عليه عقد شركة المحاصة بموافقة الشركاء، فإذا أراد الشريك المحاص الانسحاب من الشركة غير محددة المدة فله ذلك بإرادته المنفردة.

وبناءً على ما سبق فإن انتهاء مدة عقد شركة المحاصة يؤدي إلى انقضائها، ولا يشترط أن تكون المدة مكتوبة لأن القانون في الأصل لم يشترط كتابة عقد المحاصة، وعليه فاتفق الشركاء على المدة قد يكون شفهيّاً، وإن كان من المفضل كتابة كل ما يتعلق بشركة المحاصة كما أسلفنا حتى لا يقع الشركاء في الخلافات، وكون الشركات بشكل عام ومن ضمنها شركة المحاصة لها تفصيلات كثيرة وبنود كثيرة مما قد يؤدي إلى نسيان ما تم الاتفاق عليه، أو تعمد النسيان بمعنى إنكار الاتفاق على بعض الشروط ، فالكتابة تجنب الشركاء الوقوع في هذا الخلاف.

وفي رأينا أن الغالب في شركة المحاصة الاتفاق على غرض الشركة وانتهائها بانتهاء الغرض، وليس الاتفاق على مدة محددة، لأن شركة المحاصة قامت في الأساس للقيام بمشروع مالي واحد أو مشاريع عدة لا تستغرق وقتاً طويلاً، ويإنجاز هذا المشروع تنتهي معه الشركة إلا إذا اتفق الشركاء على تمديدها والقيام بمشروع آخر أو مشاريع أخرى، فإذا كان الأمر كذلك فلماذا الاتفاق على تحديد مدة؟ إجابة هذا السؤال قد تبدو في حرص الشركاء على إنجاز مشروعهم

(1) أنظر: حماد، آلاء محمد فارس، اندماج الشركات وأثره على عقود الشركة المندمجة، مرجع سابق، ص 41

(2) نصت المادة 40 من قانون الشركات الفلسطيني على أنه: "تنقضي شركة التضامن في أي من الحالات الآتية: انتهاء المدة المحددة للشركة سواء كانت المدة الأصلية لها، أم التي مددت لها باتفاق جميع الشركاء".

في مدة محددة لكسب الأرباح أو القيام بمشاريع أخرى، وتحديد المدة يشجع الشركاء على إنجاز العمل خلالها وعدم التقاعس.

وفي الفقه الإسلامي فقد ورد قول لبعض الفقهاء بجواز تحديد وقت معين لانتهاء الشركة وأنها ببلوغه تنتهي⁽¹⁾.

جاء في البحر الرائق: "روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنها تتوقت حتى لا تبقى الشركة بعد مضي الوقت"⁽²⁾.

رابعاً: انتهاء غرض شركة المحاصة :

يجب على الشركاء بداية الاتفاق على غرض تأسيس شركة المحاصة، وهذا الغرض قد يكون مشروع مالي أو عدة مشاريع، فإذا تحقق المشروع أو المشاريع فإن شركة المحاصة تنقضي⁽³⁾، ولذلك يجب أن يكون تحقيق المشروع ممكناً، فإذا كان مستحيلًا تبطل الشركة، وغرض الشركة هذا يتم النص عليه في عقد شركة المحاصة في حال كتابته، فقد نص قانون الشركات الفلسطيني على: "يحدد عقد شركة المحاصة أغراضها وطريقة إدارتها وحقوق الشركاء والتزاماتهم وكيفية توزيع الأرباح والخسائر، ومدى رقابة الشريك المحاص على الإدارة وأية أمور أخرى يتفق عليها الشركاء"⁽⁴⁾.

والمشروع المالي كأن يتفق أشخاص على تأسيس شركة محاصة على أن يقوم الشركاء باستيراد بضاعة من الصين وبيعها في فلسطين ثم يقوموا باقتسام ما نتج عن ذلك من أرباح أو خسائر. أو كأن يتفق اثنان على أن يدفع كل منهما مبلغاً نقدياً من المال على أن يقوم أحدهما بالتجارة في قطع غيار السيارات المستوردة وأن يكون هو الشريك المحاص الظاهر وأن يكون الآخر غير ظاهر، ويتفقا على أن يتم تقاسم الأرباح والخسائر.

ولكن قد يحدث أن يتفق الشركاء على القيام من قبل كل منهم منفرداً بعمليات تجارية غير معينة فيتم البحث من قبل الشركاء كل على حدة على اقتناص الصفقات ثم يعلم الشركاء عنها ويتم الاتفاق على الدخول فيها ومن ثم تقسيم ما ينتج عنها من أرباح وخسائر.

وعليه فالمشروع إن لم يكن معيناً فيجب أن يكون قابلاً للتعين كمثالنا السابق.

وفي الفقه الإسلامي "لم يرد ذكر ذلك ولكن ليس هناك ما يمنع القول بأن انتهاء الغرض الذي قامت من أجله الشركة سبب من أسباب الانقضاء لها لأن ذلك بمثابة توقيتها بمدة معينة وقد سبق ووضحنا رأي الفقهاء في ذلك، كما انه لا مانع من استمرارها بعد انتهاء الغرض الذي أسست من أجله إذا كان ذلك مبنياً على رغبة الشركاء واتفاقهم ما لم تكن قد قسمت الشركة، فإنه يلزم عند ذلك استئناف عقد جديد"⁽⁵⁾.

(1) أنظر: الموسى، محمد بن إبراهيم، شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 353

(2) الحنفي، ابن نجيم، البحر الرائق، 188/5 مشار إليه في شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون، الموسى، محمد بن إبراهيم، مرجع سابق، ص 353

(3) نصت المادة 40 من قانون الشركات الفلسطيني على أنه: "تنقضي شركة التضامن في أي من الحالات الآتية: انتهاء الغرض الذي أسست من أجله".

(4) نصت المادة 62 فقرة 1 من قانون الشركات الفلسطيني على أنه: "ليس للغير حق الرجوع إلا على الشريك الذي تعامل معه في شركة المحاصة فإذا أقر الشركاء

فيها بوجود الشركة أو صدر عنهم ما يدل الغير على وجودها بين الشركاء، جاز اعتبارها شركة قائمة فعلاً، ويكون الشركاء فيها مسئولين تجاه ذلك الغير على وجه

التضامن.

(5) الموسى، محمد بن إبراهيم، شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 355

خامساً : انهيار ركن تعدد شركة المحاصة :

تنقضي شركة المحاصة إذا انهار ركن التعدد بأن يبقى في الشركة شخص واحد فقط¹، وشركة المحاصة كما نعرف يجب أن تتكون من شخصين فأكثر كما نص على ذلك القانون الفلسطيني²، فإذا كانت شركة المحاصة تتكون من شخصين وانسحب أحدهما بموافقة الشريك الآخر في شركة محاصة محددة المدة، أو بإرادته المنفردة في شركة المحاصة غير محددة المدة فإن الشركة تنقضي بسبب بقاء شخص واحد فيها وبالتالي انهيار ركن التعدد، حيث لا يمكن للشركة أن تستمر وفقاً للقانون بشخص واحد، وقد يبقى شريك واحد في شركة المحاصة في حالة وفاة الشريك الآخر ولا يرغب الورثة بالاستمرار أو كانوا قاصرين أو لا يرغب هو بإدخال الورثة فهنا تنقضي شركة المحاصة لانهيار ركن التعدد.

وقد يحدث أن يكون عدد الشركاء في شركة المحاصة يفوق الإثنين، فقد يكون العدد مكون من عشرة مثلاً، وبانسحاب الشريك تلو الآخر يبقى شريك واحد فقط وبالتالي ينهار ركن التعدد وتنقضي شركة المحاصة، لكن يمكن الاستمرار في الشركة إذا قام الشريك المتبقي بإدخال شريك آخر⁽³⁾.

وبناءً على النص السابق فإن انقضاء شركة التضامن وبالتالي قياساً عليها شركة المحاصة لا يكون بمجرد الانسحاب إذا كانت الشركة مكونة من شخصين، بل يكون على الشريك الذي تبقى أن يقوم بإدخال شريك آخر أو أكثر عوضاً عن الشريك المنسحب خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الانسحاب وإلا تحل الشركة.

وتأسيساً على ما سبق وفي التطبيق على شركة المحاصة وكونها شركة خفية ولا تسجل ولا إجراءات تتخذ فيها كما الشركات الأخرى فإن انسحاب الشريك أو الشركاء يؤدي إلى انهيار الشركة، فإذا أراد الشريك المتبقي إضافة شريك أو شركاء بدل الشريك المنسحب أو الشركاء المنسحبون فقد يكون من المستحسن كتابة عقد جديد لشركة محاصة جديدة، حيث أن الأمر سيان في حالتي تعديل العقد الأول وكتابة عقد جديد، بل الأيسر هو كتابة عقد جديد باتفاق جديد ينسجم مع رغبة كافة الشركاء، وما النص السابق قد وضع إلا لتجنب اتباع إجراءات تأسيس شركة جديدة وهي إجراءات تحتاج لوقت وجهد ومال، خلاف ما هو عليه الحال في شركة المحاصة التي لا تتطلب ذلك وكل ما في الأمر هو اتفاق شفهي أو مكتوب فقط.

وفي الفقه الإسلامي فإن الأصل في العقود التي تتم بتوافق إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول أن يتعدد العقاد، ليتحقق وجود الإرادتين، والربط بين الكلامين، ولأن الأصل أن الشخص الواحد لا قدرة شرعية له إلا في جانب العقد أو شطره الذين يتكون من طرفين أو جانبين أو شطرين⁽⁴⁾.

سادساً : إفلاس أحد الشركاء المحاصينأ شركة المحاصة :

إذا أفلس أحد الشركاء المحاصين وكانت الشركة مكونة من اثنين فقط فإنها تنقضي، أما إذا كانت مكونة من أكثر من اثنين فإنها تنقضي أيضاً إذا لم يتفق الشركاء على استمرارها فالوفاة والحجر والإفلاس والإعسار

(1) نصت المادة 40 من قانون الشركات الفلسطيني على أنه: "تنقضي شركة التضامن في أي من الحالات الآتية: بقاء شريك واحد فيها مع مراعاة ما ورد في البند 4 من المادة 24 من هذا القانون".

(2) نصت المادة 59 من قانون الشركات الفلسطيني على أنه: "شركة المحاصة شركة تتعقد بين شخصين أو أكثر يمارس أعمالها شريك ظاهر يتعامل مع الغير، بحيث تكون الشركة مقتصرة على العلاقة الخاصة بين الشركاء".

(3) نص قانون الشركات الفلسطيني في شركة التضامن على: "وفي حالة انسحاب أحد الشركاء وفقاً لأحكام البند (1) من هذه المادة، وكانت الشركة مكونة من شخصين اثنين، فلا يؤدي ذلك إلى حل الشركة، ولكن يترتب على الشريك الباقي إدخال شريك جديد أو أكثر عوضاً عن الشريك المنسحب خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الانسحاب، وإذا لم يتم ذلك خلال هذه المدة تحل الشركة حكماً".

(4) أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، القاهرة، دار الفكر العربي، د. ط، 1996، ص 343.

والانسحاب أسباب تؤدي إلى انقضاء شركة المحاصة كونها شركة قائمة على الاعتبار الشخصي للشركاء، وإفلاس الشريك أو وفاته أو انسحابه يهدم هذا الاعتبار، لكن يستطيع الشريك أن يدخل شريك آخر أو شركاء آخرين إذا كانت شركة المحاصة مكونة من أكثر من شريكين، لكنها إذا كانت مكونة فقط من شريكين ففي كل الأحوال تنقضي. وإفلاس الشريك يعني عدم قدرته على الوفاء بالتزاماته.

وقد نص القانون الفلسطيني على أن الإفلاس سبب من أسباب انقضاء شركة المحاصة وذلك عندما قرر أن تكون الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء شركة التضامن هي نفسها الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء شركة المحاصة، وقد ذكر من بين هذه الأسباب إفلاس الشريك⁽¹⁾.

أما بشأن إفلاس شركة المحاصة فقد ورد هذا السبب ضمن أسباب انقضاء شركة التضامن التي بها تنقضي شركة المحاصة حسب النص الفلسطيني⁽²⁾، رغم عدم تصور إفلاس شركة المحاصة كونها لا تكتسب الشخصية الاعتبارية ولا تسجل، وبالتالي فقد أخطأ المشرع الفلسطيني هنا إذ أن المتصور هو إفلاس الشركاء وليس إفلاس شركة المحاصة.

وفي الفقه الإسلامي "فإن الشريك إذا حجر عليه بسبب سفهه أو بسبب إفلاسه، فالشركة تنقضي، أما التفليس فإن إفلاس الشريك يؤدي إلى انتهاء الشركة عند المالكية والشفاعية والحنابلة"⁽³⁾.

"أما أبو حنيفة فلا يرى الحجر للتفليس، ويرى الصاحبان الحجر للدين، وذلك بمنع المدين من التصرفات والإقرار حتى لا يضر بالغماء بناءً على طلب غرماء المفلس الحجر عليه من القاضي، كما يرى الصاحبان الحجر على السفه ومنعه من التصرف خلافاً لأبي حنيفة في ذلك"⁽⁴⁾.

ويأخذ الحجر على الشريك في شركة المحاصة حكم الإفلاس حيث تنتهي الشركة بالحجر حسب النص الفلسطيني سابق الذكر.

سابعاً : تأثير وفاة أحد الشركاء على شركة المحاصة :

إن وفاة أحد الشركاء في شركة المحاصة تؤدي إلى انقضاء الشركة انطلاقاً من كونها تقوم على الاعتبار الشخصي، ولكن يجوز لباقي الشركاء أن يتفقوا بداية في عقد الشركة على استمرارها في حال وفاة أحدهم⁽⁵⁾. ويجوز للشركاء أن يتفقوا في عقد شركة المحاصة على إعادة حصة الشريك المتوفى للورثة، ويجوز أن يضموا ورثة الشريك للشركة ما لم يوجد بينهم قاصر، أو فاقد للأهلية، إذ يجب أن تتوفر الأهلية القانونية في جميع الشركاء على اعتبار أن الأهلية هي من الشروط الموضوعية العامة التي يقتضي توفرها في كل عقد⁽⁶⁾.

(1) نصت المادة 40 من قانون الشركات الفلسطيني على أنه: "تنقضي شركة التضامن في أي من الحالات الآتية: شهر إفلاس أحد الشركاء فيها أو بالحجر عليه، ما لم يقرر باقي الشركاء استمرار الشركة بينهم، ما لم يوجد في عقد الشركة ما يمنع ذلك.

(2) نصت المادة 40 من قانون الشركات الفلسطيني على أنه: "تنقضي شركة التضامن في أي من الحالات الآتية: شهر إفلاس الشركة، وفي هذه الحالة يترتب على إفلاس الشركة إفلاس الشركاء".

(3) فتح القدير لابن الهمام، 181/6، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995، مشار إليه في شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي وقانون الإمارات مع التركيز على شركة المحاصة، البريكي، محمد بن سالم صالح با يوسف، ص 307.

(4) تكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده 265/9، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1995، مشار إليه في شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي وقانون الإمارات مع التركيز على شركة المحاصة، البريكي، محمد بن سالم صالح با يوسف، ص 307.

(5) ناصيف، إلياس، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الرابع، شركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة، 1996م، ص 247.

(6) المرجع السابق، ناصيف، إلياس، ص 247.

ثامناً : صدور حكم قضائي بإنهاء شركة المحاصة :

نص القانون الفلسطيني على أن شركة التضامن تنقضي بصدور حكم قضائي، وعليه فإن شركة المحاصة كذلك تنقضي إذا صدر حكم قضائي بجلها⁽¹⁾.

فإذا قام أي شريك في شركة المحاصة برفع طلب للقضاء بجل الشركة، في حال حدث نزاع بين الشركاء خلال عمل شركة المحاصة، فإن القضاء له سلطة تقديرية ومن هذه السلطة إصدار قرار بإنهاء الشركة وحلها.

المبحث الثاني : الحساب الختامي لشركة المحاصة :

(عدم خضوع شركة المحاصة لإجراءات التصفية)

شركة المحاصة تختلف عن باقي الشركات إذ أفرد لها القانون حكماً خاصاً بها فلا يتبع بشأنها إجراءات التصفية العادية، إنما يكفي القيام بإجراء حساب ختامي⁽²⁾.

وعليه فلا مجال للقول في شركة المحاصة بوجود التصفية شأنها شأن باقي الشركات حيث لا تخلو شركة من الشركات التجارية سواء شركات الأشخاص أو الأموال أو الشركات المختلطة من عملية التصفية التي تعقب انقضائها، لكن شركة المحاصة لا حاجة لها بذلك وكل العملية تتعلق بحساب ختامي يقوم عليه خبير تعينه المحكمة عند النزاع بين أطرافها.

فشركة المحاصة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية وبالتالي لا تتمتع برأس مال خاص بها ولذلك تقتصر تصفية الشركة على مجرد المحاسبة بين الأطراف⁽³⁾.

ولم يشترط القانون الفلسطيني تعيين محاسب أو مصف أو خلافه إلا لو وقع نزاع بين الأطراف، حيث تتولى المحكمة تعيين خبير لذلك، لكن لو لم يقع أي خلاف فإن الأطراف بإمكانهم التحاسب بأي طريقة يرونها مناسبة، سواء قاموا هم بعملية المحاسبة أو قام المدير المحاسب بذلك، أو أي من الشركاء، أو جاءوا بخبير أو محكم أو محاسب أو خلاف ذلك طالما أن الأمر يخضع بينهم للاتفاق.

ويتجه الرأي السائد في الفقه والقضاء إلى أن مدير شركة المحاصة يمتلك وكالة ضمنية تؤهله القيام بتنظيم المحاسبة بين الأطراف، ولا مبرر بالتالي لتعيين مصف آخر إلا إذا استحال على المدير القيام بهذه المهمة، أو إذا تم الاتفاق بين الأطراف على عدم تمكين المدير المحاسب من هذه المهمة، وكما سبق القول فقد ينص عقد الشركة على تعيين مصف أو حكم غير المدير وإذا لم يرد نص في العقد بشأن ذلك يمكن الاتفاق على تعيين مصف لاحق بالإجماع⁽⁴⁾.

وليس معنى عدم خضوع شركة المحاصة لعملية تصفية ألا يقوم المدير أو الشخص الذي تم تعيينه للمحاسبة بعدم اتخاذ خطوات من أجل إتمام هذه العملية، بل له اتخاذ كافة ما يلزم من خطوات لتمام ذلك، وعليه فيستطيع القيام بعمليات من أجل إنهاء عمليات قائمة، وليس له أن يقوم بأي عمليات جديدة لأن الشركة قد انقضت، ويجب عليه أن يقوم بحصر كافة التزامات وديون الشركاء التي ترتبت نتيجة لعملهم في الشركة، ويقوم بسداد هذه الديون كافة، كما يجب عليه حصر كافة الموجودات المتعلقة بعملهم في الشركة، ويجب عليه أيضاً حصر كافة حقوق الشركاء

(1) نصت المادة 40 من قانون الشركات الفلسطيني على أنه: "تنقضي شركة التضامن في أي من الحالات الآتية: صدور حكم قضائي".

(2) نصت المادة 63 فقرة 2 من قانون الشركات الفلسطيني على أنه: "لا يعقب انقضاء شركة المحاصة تصفية وإنما يعقبه حساب ختامي بين الشركاء يتولى تسويته عند النزاع خبير تعينه المحكمة".

(3) أنظر: ناصيف، إلياس، موسوعة الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 344.

(4) ناصيف، إلياس، موسوعة الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 344.

وما لهم من ديون في ذمة الآخرين ترتبت بناءً على عملهم في الشركة، والعمل على استرداد هذه الديون. وإذا عين غير المدير مصفياً كانت سلطته أقل شمولاً من سلطة المصفي فيما لو كان المدير المحاص، ويعود ذلك إلى طبيعة العلاقة التي تربط بين المدير وغيره حيث لا يتمتع بها غيره، ومن أهم ما يميز سلطات المدير لو كان مصفياً عن غيره من الأشخاص أنه لا يحق لغيره أن يحل محل مدير المحاصة لإتمام العمليات السابقة على انقضاء الشركة، كما أنه لا يستطيع تحصيل الديون وتنفيذ الالتزامات التي أبرمها المدير مع الغير لأن المدير إنما أبرم هذه الالتزامات باسمه الشخصي ولأن الغير لا يتعرف إلا على المدير الذي تعاقده معه بصفة شخصية، وليس بوصفه ممثلاً للشركة، ولا يستطيع المصفي سواء كان مديراً أو غيره أن يمثل الشركة أمام القضاء لانعدام شخصيتها الاعتبارية واستتارها عن الغير، ولكن تحدث المقاضاة باسمه الشخصي أو باسم الشركاء في حال حصوله على وكالة بذلك، ولا يستطيع أن يذكر في الدعوى سوى اسم الشريك الذي قام بالتعامل مع الغير لأنه لا صفة لسائر الشركاء لمخاصمة الغير، وإذا كان المصفي غير المدير فله أن يذكر في الدعوى اسم هذا المدير إذا كان المنازع فيه صادراً من المدير، ولا يحق للدائنين أن يرفعوا الدعوى إلا بوجه الشريك الذي تعاقدوا معه، فلا يستطيعوا مخاصمة المدير إذا لم يكن هو الشخص الذي تعاقد معهم، ولا يعتبر المصفي ممثلاً للدائنين الذين تعاقد معهم المدير كي يطالب باقي الشركاء المحاصين بتسديد الديون الناتجة عن هذا التعامل، لكن يجوز للدائنين أن يرفعوا دعوى غير مباشرة على الشركاء المحاصين لاستيفاء حقوقهم، كما لا يجوز للمصفي مخاصمة بعض الشركاء لمصلحة شركاء آخرين إلا إذا كانت معه وكالة خاصة بذلك⁽¹⁾.

إن تسوية الحساب بين الشركاء في شركة المحاصة تتطلب حساباً عملياً، ولا يحتاج الأمر لبيع أموال وموجودات الشركة، فالشركاء في شركة المحاصة يقدمون حصصهم على سبيل الانتفاع وليس التملك، فيحتفظوا بملكية حصصهم، وبالتالي يسترجعون قيمة هذه الحصص عيناً⁽²⁾.

والتسوية في شركة المحاصة لا يختلف عليها جميع شراح القانون إلا أن السؤال حول موجودات الشركة والقيمة السوقية للمنشأة حال كونها مؤسسة فردية هل هي ضمن التسوية أم لا، علماً بأن القضاء الفرنسي والمصري يجيزان تعيين مصف لشركة المحاصة بشرط انحصار مهمته فيما يتفق مع طبيعتها، كما أن نماء الشركة وقيمتها السوقية حق الشركاء دون استثناء وهو حق مشروع مكفول بالشرع والنظام، كما أن شركة المحاصة تنقلب فور كشفها كشركة بأي صورة إلى شركة تضامن واقعية يجب شهرها⁽³⁾.

وتختلف كيفية إجراء تسوية الحساب الختامي بين الأطراف تبعاً لما إذا كان كل شريك قد احتفظ بملكية حصته، أم كانت ملكية حصص الشركاء قد انتقلت إلى أحد الشركاء، أم كانت ملكية الحصص على الشيوخ:

الصورة الأولى: احتفاظ كل شريك بملكية حصته:

في حالة احتفاظ كل شريك بملكية حصته يسترد كل شريك حصته عيناً لأنها ما زالت مملوكة له، فإذا لم يستطع الحصول عليها عيناً يحصل على قيمتها⁽⁴⁾.

بمعنى أن الحصة لو لم تكن موجودة عيناً، أو كانت قد تبدلت فيسترد قيمتها إما نقداً أو عيناً من الموجودات

(1) أنظر: ناصيف، إلياس، موسوعة الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 346

(2) أنظر: حمزة، سلام، النظام القانوني لشركة المحاصة، رسالة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، ص 36.

(3) العنقري، خالد بن محمد، شركة المحاصة بين التصفية والتسوية، مقال على موقع: http://www.aleqt.com/2016/01/05/article_1019261.html

(4) أنظر: البريكي، محمد بن سالم صالح با يوسف، شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي وقانون الإمارات مع التركيز على شركة المحاصة، مرجع سابق، ص 267

الأخرى للشركة⁽¹⁾.

الصورة الثانية : انتقال ملكية الحصص إلى أحد الشركاء :

في حالة انتقال ملكية الحصص إلى أحد الشركاء أو إلى المدير يكون الشريك أو المدير الذي انتقلت إليه ملكية الحصص مسؤولاً عن كل هذه الحصص في مواجهة صاحبها، ومن ثم فإن هذا الشريك أو المدير يلتزم بأن يعطي كل شريك من الشركاء قيمة حصته، على أن يؤخذ بعين الاعتبار ما طرأ عليها من زيادة أو نقصان⁽²⁾.

ثالثاً: إذا كانت ملكية الحصص على الشيوع

أما إذا كانت ملكية حصص الشركاء على الشيوع فيما بينهم فإن هذا المال يقسم بين الشركاء بنسبة حصة كل منهم، وإذا تعذر تقسيم المال الشائع بيع بالمزاد العلني واقتسم ثمنه بين الشركاء بنسبة حصصهم⁽³⁾.

غير أن الشريك لا يستطيع استرداد حصته في أي من الحالات السابقة إلا بعد دفع ما يتوجب عليه من الخسارة في حال وقوعها على اعتبار أن مساهمة الشركاء في تحمل الخسارة تعتبر شرطاً أساسياً من شروط عقد شركة المحاصة، ولذلك لا يحق لأي شريك أن يدعي بأنه دائن للمدير عند حل الشركة ما لم يضع المدير حساباً للأرباح والخسائر يظهر بعدها أن الشريك لا يتحمل خسارة⁽⁴⁾.

فإذا لم يكن هناك خسائر واسترد الشركاء مقدماتهم أي أنه تبقى أموال بعد حساب الأرباح والخسائر فإن هذه الأموال تشكل أرباحاً أو فائضاً⁽⁵⁾ يجري توزيعها بين الشركاء بالنسبة المتفق عليها في العقد فإن لم تكن موجودة في العقد فتجري حسب نسبة حصة كل منهم⁽⁶⁾.

والحساب الختامي في الفقه الإسلامي هو المسمى بالقسمة وقد تحدث الفقه باستفاضة عن القسمة فجاء تعريفها بأنها: "تمييز الحقوق وتعديل الانصباء"⁽⁷⁾.

"إن الفقهاء قد تناولوا القسمة في الشركات وغيرها بالتفصيل، وعلى هذا فإن الأموال المتبقية تقسم على الشركاء بقدر ما دفعه من رأس المال فإن تبين وجود أرباح وزعت بينهم على حسب ما اتفقوا عليه من شروط وإن لم يوجد ربح فكل شريك يأخذ قيمة ما دفعه في رأس مال الشركة إذا كان قد قدمها نقداً، أما لو كانت عملاً فينتهي التزامه، فإذا وجدت الخسارة توزع بينهم حسب تنصيب كل منهم في رأس مال الشركة، وبهذا يتفق القانون مع الشريعة الإسلامية في القسمة"⁽⁸⁾.

(1) أنظر: ناصيف، إلياس، موسوعة الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 347

(2) أنظر: البريكي، محمد بن سالم صالح با يوسف، شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي وقانون الإمارات مع التركيز على شركة المحاصة، مرجع سابق، ص 267، وناصيف، إلياس، موسوعة الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 347.

(3) أنظر: البريكي، محمد بن سالم صالح با يوسف، شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي وقانون الإمارات مع التركيز على شركة المحاصة، مرجع سابق، ص 268، وناصيف، إلياس، موسوعة الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 347.

(4) أنظر: ناصيف، إلياس، موسوعة الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 348.

(5) أنظر: البريكي، محمد بن سالم صالح با يوسف، شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي وقانون الإمارات مع التركيز على شركة المحاصة، مرجع سابق، ص 268

(6) أنظر: ناصيف، إلياس، موسوعة الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 348.

(7) أنظر: القدوري، أبي الحسن علي مختصر، شرح الجوهرة، 2/246، مشار إليه في شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون، الموسى، محمد بن إبراهيم، مرجع سابق، ص 369.

(8) الموسى، محمد بن إبراهيم، شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 369

■ النتائج :

أولاً : نجم عن الانقسام الفلسطيني وجود حالة من الانقسام التشريعي، فصدر قانون الشركات الفلسطيني رقم 7 لسنة 2012 في غزة بمعزل عن الضفة الغربية المحتلة، وعلى أثره تم الاعتراف بشركة المحاصة في غزة دون الضفة التي لا وجود فيها لهذا النوع من الشركات.

ثانياً: شركة المحاصة بهذا المصطلح تم ادراجها تحت أنواع شركة العنان في الفقه الإسلامي، ورغم ذلك فإن البحث فيها كان معدوماً، وعلى الرغم من ذلك اتفق الفقه الإسلامي مع القانون على أسباب الانقضاء سابقة الذكر.

ثالثاً: عدم اكتساب شركة المحاصة للشخصية الاعتبارية حرماً من تطبيق الكثير من الأحكام التي ترتبط بهذه الشخصية والتي تخضع لها كافة أنواع الشركات سواء كانت شركات أشخاص، أم شركات أموال، أم شركات مختلطة، ومن ذلك أنه لا مجال للقول بإفلاس الشركة كسبب من أسباب الانقضاء، على أنه يمكن إفلاس الشركاء، كما ينجم عن عدم اكتساب الشخصية الاعتبارية عدم خضوعها لإجراءات التصفية التي تخضع لها كافة أنواع الشركات، ويقتصر الأمر على القيام بإجراء حساب ختامي.

■ المقترحات :

أولاً : تعديل النص المتعلق بأسباب انقضاء شركة المحاصة، بأن يتم ذكر الأسباب واحداً تلو الآخر كما هو الشأن بالنسبة لباقي الشركات، وإلغاء الإحالة لأسباب انقضاء شركة التضامن.

ثانياً : شطب إفلاس شركة المحاصة من أسباب انقضائها، إذ لا يتصور إفلاس شركة المحاصة التي لا تكتسب الشخصية الاعتبارية.

ثالثاً : شطب الاندماج كسبب من أسباب انقضاء شركة المحاصة، إذ أن ما تتميز به من خفية واستتار يمنع وجود هذا السبب.

رابعاً: لا يتصور وجود سبب شطب قيد شركة المحاصة من السجل التجاري، كون الشركة خفية لا تسجل ولا تقيد في السجل التجاري، لذا يجب شطب هذا السبب من بين أسباب الانقضاء.

خامساً: ضرورة التفصيل أكثر بشأن الحساب الختامي الذي أقره المشرع عقب انقضاء شركة المحاصة.

✓ المصادر والمراجع :

- أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، القاهرة، دار الفكر العربي، د. ط، 1996
- البريكي، محمد بن سالم صالح با يوسف، شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي وقانون الامارات مع التركيز على شركة المحاصة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، بيروت، شركة دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، 1426هـ، 2005م.
- المحيسن، أسامة، الوجيز في الشركات التجارية والافلاس، عمان، دار الثقافة، 2008
- الموسى، محمد بن إبراهيم، شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، الرياض، دار العاصمة للنشر والتوزيع، 1419هـ، 1998م
- بارود، حمدي محمود، أحكام القانون التجاري الفلسطيني، الشركات التجارية، دراسة في قانون الشركات الفلسطيني رقم 7 لسنة 2012
- بو ذياب سلمان، القانون التجاري في التجارة والتاجر والمؤسسة التجارية، النظرية العامة للشركات، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1415هـ، 1995م
- حماد، آلاء محمد فارس، اندماج الشركات وأثره على عقود الشركة المندجة، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت

- حمزة، سلام، النظام القانوني لشركة المحاصة، رسالة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، ص36.
- عناية، حسن، الشركات التجارية، الجزء الثاني، القاهرة، دار محمود
- ناصيف، إلياس، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الرابع، شركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة، 1996م

● التشريعات :

- قانون الشركات الفلسطيني رقم 7 لسنة 2012

مواقع الانترنت :

- العنقري، خالد بن محمد، شركة المحاصة بين التصفية والتسوية، مقال على موقع :
- http://www.aleqt.com/2016/01/05/article_1019261.html

العمل القضائي والاجتهاد القضائي؛ محاولة للتمييز بين المفهومين



إعداد : جابر التامري ، خريج ماستر

القانون المدني بكلية الحقوق - أكادير

مقدمة :

درج معظم الباحثين و المهتمين بدراسة المواضيع القانونية على استعمال مفهومي العمل القضائي و الاجتهاد القضائي للدلالة على معنى واحد في ذاته، إلا أنه بتدقيق النظر في كلا المفهومين وتمحيص بنيتهما اللغوية و الاصطلاحية يتضح على أن مدلول مفهوم العمل القضائي لا ينصرف بالضرورة إلى ما يقصد بالاجتهاد القضائي.

و إذا سلمنا بذلك، فإن البحث بشكل دقيق في كلا المفهومين يوصل إلى نتيجة مفادها أن لكل واحد منهما معناه الخاص، قد يفهم بشكل ضمني انطلاقاً من سياق التعبير عنه، كما قد يفهم وضوحاً عن طريق توظيفه للدلالة على المعنى الذي يحمله في ذاته.

و يحاول الموضوع تبني طرح فريد مفاده البحث في معايير التمييز و مستويات الاختلاف بين مفهومي العمل القضائي و الاجتهاد القضائي (المحور الثاني) بعد أن يكون قد عرج على المقصود بكلا المفهومين حتى تتسنى عملية التمييز بشكل دقيق (المحور الأول).

و بهذا يكون تقسيم الموضوع وفقاً للنسق الآتي :

المحور الأول : مفهوم الاجتهاد القضائي و العمل القضائي.

المحور الثاني : التمييز بين العمل القضائي و الاجتهاد القضائي.

المحور الأول : مفهوم الاجتهاد القضائي و العمل القضائي :

يدور الحديث في هذا المحور أساسا حول البحث في المقصود بكل من العمل القضائي و الاجتهاد القضائي، فالإمام بمعاني كل مفهوم ييسر بشكل منهجي عملية البحث فيما يميزه عن غيره من خصيصات.

أولا : مفهوم الاجتهاد القضائي jurisprudence :

ينبع الاجتهاد لغة من مصدره اجتهد و أصله جهد و الجهد بفتح الميم و ضمها: الطاقة، و الجهد بالفتح: المشقة، و الاجتهاد و التجاهد بذل الوسع و المجهود¹.

أما اصطلاحا، فقد عرفه الرازي في محصولة بأنه استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم مع استفراغ الوسع فيه².

و يقصد بالقضاء لغة الحكم، و جمعه أقضية، و القاضي في اللغة معناه القاطع للأمور المحكم لها، و يقال قضى يقضي قضاء، فهو قاضي إذا حكم و فصل³.

و في الاصطلاح الشرعي فقد عرفه ابن فرحون بالإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام، و يعرفه فقهاء الشافعية بفصل الخصومة بين خصمين أو أكثر بحكم الله تعالى، أما الاصطلاح القانوني فيقصد بالقضاء عملية النظر بين المترافعين بالإلزام و فصل الخصومات⁴.

حاولنا فيما سبق تفكيك تركيب مفهوم الاجتهاد القضائي، و ذلك قصد الإلمام أكثر بدلالاته في الاصطلاح القانوني. و بالبحث في التعاريف المعطاة لهذا المفهوم نجدتها قد تعددت و تنوعت، و إن كانت مختلفة من حيث المبنى فإنها تشابهت كثيرا من حيث المعنى.

يعرف الاجتهاد القضائي بأنه مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من الأحكام التي تصدرها المحاكم في المسائل التي تفصل فيها، و المبادئ القانونية التي تعتبر مصدرا قانونيا هي المبادئ التي تفصل في مسائل لا يحكمها نص قانوني واضح و يستقر القضاء على اتباعها⁵.

¹ ابن منظور، لسان العرب، الجزء 15، دار صادر للطباعة و النشر، بيروت، 1968، مادة جهد.

² الرازي، المحصول، الجزء الرابع، 1364، أورده أحمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص و تطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني -دراسة أصولية مقارنة- أطروحة دكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، السنة الجامعية 2005، ص 10.

³ ابن منظور، مرجع سابق، ص 186.

⁴ أحمد العجلوني، مرجع سابق، ص 15/14.

⁵ محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي و تطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الاسلامية، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الانسانية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، السنة الجامعية 2008/2009، ص 231.

كما يعرف كذلك بأنه عملية ذهنية إبداعية يباشرها القاضي في الحالات التي يكون فيها النص غامضا أو حالة عدم كفايته أو انعدامه، وذلك بهدف إيجاد حل للنزاع المعروض عليه، وذلك بغض النظر عن درجة المحكمة التي يصدر فيها القرار أو الحكم¹.

و يعرف أيضا بمجموع الحلول القانونية التي تتوصل إليها المحاكم بمناسبة معالجتها للإشكالات القانونية، أو بشكل أكثر تحديدا الحل الذي تتخذه جهة قضائية في قضية معروضة أمامها في حالة عدم وجود النص القانوني واجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته².

و عموما يعرف الاجتهاد القضائي بمجموعة الحلول القانونية المتوصل إليها بمناسبة البت في نازلة معينة، إما بمناسبة تفسير نص قانوني غامض، أو إتمام نص جاءت صياغته ناقصة، أو حتى في معرض المساهمة في خلق القاعدة القانونية المناسبة عندما لا ينظم المشرع وضعية قانونية معينة³.

ثانيا : مفهوم العمل القضائي L'acte juridictionnel :

اختلف الفقه بشأن تحديد المقصود بالعمل القضائي، و بناء على ذلك فإن الإحاطة بهذا المفهوم تقتضي الانطلاق من الاتجاهات الفقهية الثلاثة المنطرة له.

1- الاتجاه الشكلي :

أسس لهذا الاتجاه كل من " كاريه دي مالبرغ" و "كلن" و "جيز"، و بهذا فإنهم يتفقون على أن العمل القضائي هو الذي يصدر عن جهة منحها القانون ولاية القضاء وفق إجراءات معينة⁴.

و بناء على هذا التعريف فإن العمل القضائي هو الذي يصدر عن سلطة القضاء، أي المحاكم بوصفها سلطة متميزة عن سلطات الدولة، و ذلك مع ضرورة توافر إجراءات شكلية معينة كضرورة صدوره عن قاضي جالس للفصل في النزاع، و تقديم كل طرف لإدعاءاته و تسبيب الأحكام...⁵

2- الاتجاه الموضوعي :

يتزعم هذا الاتجاه الفقيه "ديجي" الذي يرى بأن تحديد العمل القضائي يتم من خلال البحث في عناصره و مكوناته، هذه العناصر و المكونات حددها "ديجي" في :

¹ عبد الرحمان اللمتوني، الاجتهاد القضائي التطوري و دوره في دعم التنافسية المعيارية، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية و القضائية، العدد الأول، سنة 2015، ص 42.

² محمد عبد النباوي، تعميم الاجتهاد القضائي، مساهمة في خدمة العدالة، مقال منشور بمجلة سلسلة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، ماي 2011، ص 7.

³ عبد العالي دقوقي، بعض مظاهر اضطراب الاجتهاد القضائي في مادة التحفيظ العقاري، مقال منشور بالمجلة المغربية للأنظمة القانونية و السياسية، العدد الثامن، يوليوز 2007، ص 13. للمزيد من التعاريف حول الاجتهاد القضائي ينظر: عبد العزيز فتحاوي، هل ولى زمن الاجتهاد، مقال منشور بمجلة الودادية الحسنية للقضاة، العدد الثاني، 2010، ص 112.

⁴ هشام خالد، مفهوم العمل القضائي في ضوء الفقه و أحكام القضاء -دراسات في قانون المرافعات- مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية 1990، ص 18.

⁵ صلاح الدين عبد الوهاب، العمل القضائي، مقال منشور بمجلة المحاماة، العدد التاسع، السنة الرابعة و الثلاثون، 1954، أخذنا عن موقع منتدى المحامين العرب www.mohamoon.com اطلع عليه بتاريخ 1 يوليوز 2015، على الساعة 23h30.

- ✓ وجود ادعاء بمخالفة القانون, يقدمه صاحب المصلحة للقاضي (فكرة وجود النزاع)
- ✓ إعداد تقرير من قبل القاضي عند عرض الادعاء عليه, يقوم فيه بعرض وجود أو عدم وجود مخالفة القانون.
- ✓ صدور قرار كنتيجة حتمية للتقرير الذي انتهى إليه القاضي¹.

و نشير إلى أن العنصرين الثاني و الثالث يدخلان في فكرة تحليل مبنى العمل القضائي².

3- الاتجاه المختلط :

يقوم هذا الاتجاه حسب رائديه "كوش" و "جان فانست", و انطلاقا من تسميته على الجمع بين الاتجاهين السابقين في تحديد ماهية العمل القضائي, و بذلك يعرفه على أنه تقرير قانوني يؤديه باسم الدولة عضو مستقل و محايد في نطاق اجراءات خاصة تعرف بالإجراءات القضائية, و لهذا التقرير قوة الحقيقة القانونية³.

كما يعرفه كذلك بكونه العمل الذي يحدد مركز أخلاقي (قانوني) ناتج عن تطبيق القانون في الحياة العملية, تقوم به هيئة تعتبر في حكم الغير في نطاق إجراءات تكفل للأفراد ضمانات معينة⁴.

و الجمع بين التعريفين يجعل العمل القضائي قائما على المرتكزات الآتية :

- ✓ عنصر المنازعة, كعنصر رئيس في العمل القضائي.
- ✓ انعدام مصلحة القضاء في القرار المعني.
- ✓ دور الإجراءات القضائية في ضمان قيام الجهاز القضائي بأداء واجبه⁵.

انطلاقا من دراسة الاتجاهات الثلاثة سالفة الذكر يمكن أن نخلص إلى أن المقصود بالعمل القضائي حسب الأستاذ إبراهيم بحماني هو تلك العملية سواء فيما يتعلق بإجراءات تقديم الدعوى وإجراءات التحقيق أو تحديد وسائل الإثبات و طرق الطعن في الأحكام الصادرة بشأنها⁶.

المحور الثاني : التمييز بين العمل القضائي و الاجتهاد القضائي :

بعد أن وقفنا على المقصود بكل من الاجتهاد القضائي و العمل القضائي, سنحاول في مقام ثان البحث في مجموعة من النقاط التي تعتبر في جوهرها مظاهر للتمييز بينهما, مستحضرين في ذلك نذرة الكتابات التي تطرقت لهذا التمييز, الأمر الذي يفتح لنا باب الاجتهاد في ملامسة بعض مظاهره.

¹ هشام خالد, مرجع سابق, ص 36.

² صلاح الدين عبد الوهاب, مرجع سابق.

³ هشام خالد, مرجع سابق, ص 59.

⁴ نفسه, ص 59.

⁵ نفسه, ص 60.

⁶ إبراهيم بحماني, العمل القضائي في قضايا الأسرة مرتكزاته و مستجداته في مدونة الأحوال الشخصية و مدونة الأسرة, مكتبة دار السلام, المجلد الأول, طبعة

أولا : من حيث المضمون :

بتمحيص النظر في مفهومي كل من الاجتهاد القضائي و العمل القضائي, يتضح جليا اختلافاهما من حيث الكنه و الجوهر, فإذا كان الاجتهاد القضائي ينصرف إلى كل عملية ذهنية إبداعية يباشرها القضاة في حالات خاصة, و هي حالات غموض النص القانوني أو انعدامه أو عدم كفايته, فإن المقصود بالعمل القضائي مجموع العمليات التي أطرها القانون و نظمها بغية الفصل في النزاعات المعروضة على مجلس القضاء, و ذلك باتباع سلسلة من الإجراءات منذ رفع الدعوى إلى غاية إصدار حكم فيها, مرورا بمقارعة الحجج و الأدلة و إجراءات التحقيق و آجال البت...

ثانيا : من حيث التنظيم :

عمدت جل تشريعات العالم إلى تنظيم العمل القضائي قانونا, و ذلك في قوانين المساطر والمرافعات أو القوانين الإجرائية (سواء ما تعلق بإجراءات الدعوى أو آليات التحقيق أو وسائل الإثبات و طرق الطعن...) في حين لم تخصص للاجتهاد القضائي قواعد محددة بشكل مسبق, نظرا لكون هذا الاجتهاد يساهم هو نفسه في خلق القواعد المنظمة للعمل القضائي¹.

و يتمظهر هذا التمييز بشكل جلي في الأنظمة الأنجلوساكسونية (الكومون لو) التي لا تعتمد بشكل كبير على القوانين المكتوبة, بحيث يلعب الاجتهاد القضائي دورا بارزا في خلق القاعدة القانونية.

ثالثا : من حيث النطاق :

بمقارنة نطاق كل من الاجتهاد القضائي و العمل القضائي, يبدو جليا أن هذا الأخير أوسع نطاقا من سابقه. فالاجتهاد القضائي باعتباره عملا ذهنيا إبداعيا يلجأ إليه القاضي حالة انعدام النص القانوني أو نقصانه أو غموضه يشكل جزءا أصيلا من العمل القضائي, و هذا ما أكده الأستاذ إبراهيم بحماني عندما ذهب إلى أن الاجتهاد القضائي تلزمه شروطه و ضوابطه و يقتضي التأسيس و التواتر و الاستقرار².

و ما يجعل مفهوم العمل القضائي أوسع من الاجتهاد القضائي من الوجهة القانونية هو أن الأول يشمل جميع أعمال القضاء الصادرة بغية الفصل في نزاع أو خصومة معروضة عليه وفق الإجراءات المسطرية المحددة, ابتداء من تاريخ تحديد الجلسة و استدعاء الأطراف و إجراءات البحث و التحقيق و الخبرة, إلى غاية إصدار الحكم أو القرار في القضية³.

رابعا : من حيث الأدوار :

يرمي العمل القضائي أساسا إلى اقتضاء جميع الإجراءات المسطرية المتعلقة بالدعوى و إصدار أحكام ملزمة فيها لوضع حد لدابر النزاع المعروض على مجلس القضاء, و هو بذلك يحقق العدالة في تصورها العام و الشمولي.

¹ محمد عبد النباوي, مرجع سابق, ص 11.

² إبراهيم بحماني, مرجع سابق, ص 8.

³ الحسن بن دالي, المرشد العملي و القانوني لقاضي الأسرة المكلف بالزواج, مطابع الرباط, طبعة 2013, ص 37.

أما الاجتهاد القضائي فيلج جانب تحقيقه للعدالة القضائية، فإنه يعتبر أداة فعالة لخلق القاعدة القانونية نظرا لاعتبار وظيفة القضاء أسبق وجودا من فكرة القاعدة القانونية، و بذلك تعتبر وظيفة خلق القواعد القانونية جزءا لا يتجزأ من وظيفة القضاء.

إلى جانب ذلك فإن الاجتهاد القضائي يعد مصدرا مباشرا للقانون، بمعنى أن القوانين التي تصنعها المحاكم تبقى قوانين واقعية و متحركة و حقيقية، و أبرز مثال على ذلك قرار المجلس الأعلى بتاريخ 10 أبريل 1991 الذي أكد تعديل الشرط الجزائي، خروجاً منه على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليها في الفصل 230 من ق ل ع، و هذا ما سار عليه المشرع المغربي في معرض تعديله للفصل 264 سنة 1995.

نضيف إلى ما سبق أن الاجتهاد القضائي يؤدي دورا بارزا في تفسير النص القانوني حالة غموضه، فالقاضي يتمكن من قواعد التفسير و ضوابطه يساهم بشكل مباشر في تطوير القانون¹.

خاتمة :

كانت هذه وقفة موجزة مع مجموعة من الأحكام و المقتضيات المتعلقة بمفهوم العمل القضائي و الاجتهاد القضائي، حاول الموضوع من خلالها الإحاطة قدر الإمكان بدلالة مفهوم كل منهما، مستأنسا في ذلك بالمعاني اللغوية و الاصطلاحية و كذا المدارس الفقهية الرائدة في التنظير لهما.

كما تناول الموضوع بالدرس و التحليل مجموعة من النقاط التي تعتبر في كنهها نقاط لاختلاف كل مفهوم عن الآخر، و ذلك باستقراء عام لجوهر كل مفهوم و محاولة مقارنته بالمفهوم الآخر لملازمة جوانب التمييز بينهما، خلصنا من خلالها إلى أن المفهومين يختلفان من حيث المضمون و التنظيم و كذا النطاق، إلى جانب اختلافهما من حيث الأدوار المنوطة بهما.

✓ المراجع المعتمدة :

الكتب :

- ابن منظور، لسان العرب، الجزء 15، دار صادر للطباعة و النشر، بيروت، 1968.
- إبراهيم بحماني، العمل القضائي في قضايا الأسرة مرتكزاته و مستجداته في مدونة الأحوال الشخصية و مدونة الأسرة، مكتبة دار السلام، المجلد الأول، طبعة 2008.
- هشام خالد، مفهوم العمل القضائي في ضوء الفقه و أحكام القضاء -دراسات في قانون المرافعات - مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية 1990.
- الحسن بن دالي، المرشد العملي و القانوني لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، مطابع الرباط، طبعة 2013.

الأطاريح :

- أحمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص و تطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني -دراسة أصولية مقارنة- أطروحة دكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، السنة الجامعية 2005.

¹ محمد عبد النباوي، مرجع سابق، ص 11 و ما بعدها.

- محفوظ بن صغير, الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي و تطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري, اطروحة دكتوراه في العلوم الاسلامية, كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الانسانية, جامعة الحاج لخضر, باتنة, الجزائر, السنة الجامعية 2009/2008.

المقالات :

- عبد الرحمان اللمتوني, الاجتهاد القضائي التطوري و دوره في دعم التنافسية المعيارية, مجلة العلوم القانونية و القضائية, العدد الأول, سنة 2015.
- محمد عبد النباوي, تعميم الاجتهاد القضائي, مساهمة في خدمة العدالة, مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي, العدد الثاني, ماي 2011.
- عبد العالي دقوقي, بعض مظاهر اضطراب الاجتهاد القضائي في مادة التحفيظ العقاري, مجلة المغربية للأنظمة القانونية و السياسية, العدد الثامن, يوليوز 2007.
- عبد العزيز فتحاوي, هل ولى زمن الاجتهاد, مجلة الودادية الحسنية للقضاة, العدد الثاني, 2010.
- صلاح الدين عبد الوهاب, العمل القضائي, مجلة المحاماة, العدد التاسع, السنة الرابعة و الثلاثون, 1954.

التسرب كآلية مستحدثة لمواجهة تهريب الأشخاص



إعداد : الدكتور فيصل بوخالفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة ليامين دباغين - سطيف 2

Email : boukhelfafaycel@gmail.com

مقدمة :

تعاني الجزائر وعلى غرار العديد من دول العالم من ظاهرة تهريب الأشخاص التي تقوم بها شبكات التهريب، مستغلة في ذلك الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية التي يعيشها الأفراد هذا بنقل الأشخاص من دولة إلى أخرى بطرق غير قانونية، من أجل الهجرة بحثا عن مستقبل أفضل مقابل دفع أموال باهظة، إلا أن النشاط الذي تقوم به الشبكات في تهريب تكتنفه العديد من المخاطر على حياة المهربين، الذين غالبا ما تنتهي حياتهم بالغرق في وسط البحر ، أو استغلالهم في الجنس أو الدعارة وبيعهم في سوق العبيد أو الرقيق أو الاتجار بهم أو بأعضائهم البشرية، وغالبا ما يكون أكثر الضحايا هم من الأطفال والنساء الذين يعتبرون الطبقة الضعيفة في المجتمع.

لذا و قصد التصدي لهذه الظاهرة الخطيرة لجأ المشرع الجزائري إلى تعديل قانون الإجراءات الجزائية سنة 2006⁽¹⁾، حيث عزز بموجبه من سلطات و اختصاصات الضبطية القضائية⁽²⁾، خاصة ما تعلق منها باستعمال أساليب التحري

¹ - أنظر القانون رقم 22/06 المؤرخ في 20/ديسمبر/2006 المعدل للأمر 156/66 المؤرخ في 20/جويلية/1966 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية، جريدة رسمية عدد 14 الصادرة في 24/ديسمبر/2006.

² - لقد جاء في تعديل قانون الإجراءات الجزائية لسنة 2017 رقم 07/17 المؤرخ في 27/03/2017 تغيير تسمية مصطلح "الضبطية القضائية" بـ "الشرطة القضائية" من خلال ما جاءت به المادة 04 منه والتي تعدل المادة 12 من الأمر 156/66 المؤرخ في 20/جويلية/1966، جريدة رسمية عدد 20 بتاريخ 29/مارس/2017.

الخاصة للبحث والتحري و التحقيق في بعض الجرائم الخطيرة و التي من بينها تقنية "التسرب" ، أو "الإختراق"⁽¹⁾ ، مواكبة لما أقرته هيئة الأمم المتحدة في مجال مكافحة تهريب الأشخاص من خلال اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والتي تعرف باسم " إتفاقية باليرمو"⁽²⁾ ، وبروتوكولاتها المكملة لها التي صادقت عليها الجزائر⁽³⁾.

من خلال ما سبق يمكن طرح الإشكالية الآتية :ما مدى نجاعة تقنية التسرب في مكافحة تهريب الأشخاص كجريمة منظمة؟ وهل أحاط المشرع هذه التقنية بكل الضمانات التي تكفل الحماية لمستعملها؟

و للإجابة عن هذه الإشكالية سيتم التطرق بداية إلى ظاهرة تهريب الأشخاص ، ثم سنعكف على دراسة تقنية التسرب كأسلوب من أساليب التحري الخاصة لمكافحة تهريب الأشخاص.

المطلب الأول : ظاهرة تهريب الأشخاص.

سوف نتناول ماهية تهريب الأشخاص في فرع أول ، ثم تهريب الأشخاص المهجرة غير المشروعة في فرع ثان .

الفرع الأول: ماهية تهريب الأشخاص.

لمعرفة ظاهرة تهريب الأشخاص سيتم التطرق بداية إلى التطور التاريخي لهذه الظاهرة، لنعكف بعدها على تعريفها.

أولا : لمحة تاريخية موجزة عن التهريب البشري.

لقد ظهرت ظاهرت التهريب البشري بعد الحرب العالمية الثانية، ومع سيادة الدول على أراضيها ومعاييرها البرية والبحرية، إذ عرف نشاط هذه الظاهرة في الدول الفقيرة كالدول الإفريقية وبعض الدول الآسيوية ودول أمريكا الجنوبية، كما عرف هذا النشاط صورتين يتم من خلالهما، نشاط فردي من خلال قيام بعض الأشخاص وبمفردهم أو في شكل مجموعات صغيرة بإستعمال قوارب التهريب مقابل مبالغ مالية معينة، أو الصعود في السفن البحرية أو التجارية خلسة ، كما قد تتم بإستخدام الممرات البرية التي تقل فيها نقاط المراقبة، ونشاط مهني منظم من خلال التهريب البشري عن طريق عصابات منظمة مقابل كسب مادي ، في شكل شبكات التهريب العالمية والتي يتصف فيها أعضائها بالإحتراافية والخبرة في ميدان المهجرة.

¹ - كما استعمل المشرع الجزائري مصطلح "الاختراق" في نص المادة 56 من القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20/فيفري/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 14 الصادرة بتاريخ 20/فيفري/2006.

² - إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، تم إعتماها بتاريخ 15/نوفمبر/2000 وصادقت عليها الجزائر في 05/فيفري/2002، جريدة رسمية عدد 09 بتاريخ 10/فيفري/2002.

³ - بروتوكول منع وقمع الاتجار بالأشخاص بخاصة النساء والأطفال المكمل لإتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الذي تم إعتماها بتاريخ 15/نوفمبر/2000 والذي صادقت عليه الجزائر بتاريخ 09/نوفمبر/2003 ، ج ر ع 69 ليوم 12/نوفمبر/2003، وبروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكمل لإتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الذي تم إعتماها بتاريخ 15/نوفمبر/2000 والذي صادقت عليه الجزائر بتاريخ 09/نوفمبر/2003 ، جريدة رسمية عدد69 بتاريخ 12/نوفمبر/2003 .

إذ يستعمل أعضائها في عملية تهريب البشر الممرات البرية والبحرية الغير خاضعة للرقابة والتفتيش، دون تقديم ضمانات خلال رحلات التهريب التي كثيرا ما تنتهي بالغرق في البحر، أو إستغلال الأشخاص في الدعارة أو التجارة في أعضائهم البشرية⁽¹⁾.

ثانيا : تعريف تهريب الأشخاص.

يعرف تهريب الأشخاص او تهريب المهاجرين على أنه:" تدبير الدخول غير المشروع لشخص ما إلى دولة أخرى ليست موطنها له أو لا يعد من المقيمين الدائمين فيها من اجل الحصول بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو منفعة أخرى"⁽²⁾، أو انه: " جلب ونقل الأشخاص من دولة إلى دولة أخرى بطريقة غير قانونية بهدف تحقيق الربح المادي، ويأخذ تهريب البشر عدة أشكال تبدأ من التعريب الذي يأخذ الشكل التقليدي كما هو الحال في تهريب البشر عبر الطرق البرية والبحرية، سواء كان ذلك بإستخدام وسائل النقل البدائية أو المتطورة، وإنهاء بذلك الشكل الذي يعتمد على التزوير كما هو الحال في تزوير جوازات السفر والتأشيرات. والذي غالبا ما يستخدم وسائل النقل الجوية"⁽³⁾.

كما عرفته المادة الثانية من بروتوكول قمع ومعاينة الإتجار بالأشخاص بخاصة النساء والأطفال المكمل لإتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية على أن:" الإتجار بالأشخاص تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقلهم أو إيوائهم أو إستقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو إستعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الإحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة استغلال حالة استضعاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال، ويشمل الاستغلال كحد أدنى استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسرا، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء".

الفرع الثاني : تهريب الأشخاص والهجرة غير المشروعة :

سوف نتعرف على ماهية الهجرة غير المشروعة (أولا)، ثم الأخطار المختلفة للهجرة غير المشروعة (ثانيا)، ثم العلاقة بين الهجرة غير المشروعة وتهريب البشر(ثالثا)، و(رابعا) التعرف على الفرق بين تهريب البشر والهجرة غير المشروعة وهذا كما يلي :

¹ - عثمان الحسن محمد نور، ياسر عوض الكريم المبارك، الهجرة غير المشروعة والجريمة. دون طبعة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، 2008، ص ص 18، 19.

² - مرجع نفسه، ص. 18.

³ - خالد بن سليم الحربي، ضحايا التهريب البشري من الأطفال، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2011، ص 16.

أولاً : تعريف الهجرة غير المشروعة :

تعرف على أنها : " إنتقال المهاجر من دولة إلى أخرى تسلا دون تأشيرة أو إذن دخول مسبق"⁽¹⁾، كما أنها " تلك الهجرة التي تتم بطرق غير قانونية نظرا لصعوبة السفر وصعوبة الهجرة الشرعية، حيث تعقدت إجراءات السفر وأصبحت الهجرة الشرعية فيها مستحيلة"⁽²⁾.

ثانيا : الأخطار المختلفة للهجرة غير المشروعة.

تنطوي الهجرة غير المشروعة على أخطار مختلفة ممثلة في أخطار اقتصادية وأخرى اجتماعية و أمنية.

01/ الأخطار الاقتصادية للهجرة غير المشروعة: إن المهاجر غير الشرعي يشكل عبئا على اقتصاد الدولة التي هاجر إليها، أين يستغل الخدمات المقدمة لمواطني الدولة ويؤدي الى استهلاكها، كما أن العمالة الوافدة تظهر نوعا من الإتكالية والكسل لدى المواطنين، لذا تكمن أخطارها في :

- التأثير على حجم الانتاج والنتاج القومي.
- هدر رأس المال البشري.
- هدر الموارد التي انفقت على تعليم المواطنين.
- إنتشار الفساد في بعض الأجهزة الأمنية بالرشاوي والوساطة قصد التغاضي عن المهاجرين.
- إنخفاض مستوى المعيشة.
- إنتشار العمالة العشوائية.

02/ الأخطار الإجتماعية للهجرة غير المشروعة من بينها :

- التفكك الأسري والانحراف الأخلاقي.
- زيادة نسبة الإعالة في المجتمع.
- معاناة المهاجرين غير الشرعيين من ظاهرة الإغتراب.
- زيادة الضغط على الخدمات والمرافق في مناطق العمل.
- ظهور الاحياء العشوائية وما لها من سلبيات.

¹ - عبد الله سعود السراني، (العلاقة بين الهجرة غير المشروعة وجريمة تهريب البشر والإتجار بهم)، ورقة عمل مقدمة إلى الندوة العلمية "مكافحة الهجرة غير المشروعة" المنعقدة خلال الفترة من 08-10/02/2010، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010، ص 104.

² - أحمد عبد العزيز الأصفر، (الهجرة غير المشروعة، الإنتشار والأشكال والأساليب المتبعة)، ورقة عمل مقدمة إلى الندوة العلمية "مكافحة الهجرة غير المشروعة" المنعقدة خلال الفترة من 08-10/02/2010، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010، ص 10.

- ظهور عادات غريبة على المجتمع⁽¹⁾.

03/ الأخطار الأمنية للهجرة غير المشروعة: تعد خطرا على الأمن الوطني والسياسي بسبب توغل بعض العملاء وسط المهاجرين، مما يؤدي إلى ظهور خلايا إرهابية بالدولة، كما تساعد الهجرة غير المشروعة على دخول أسلحة بمختلف أنواعها وظهور الأفكار المتطرفة، التي قد يستغل بعض أطرافها المعادية للدولة لزعزعة أمنها واستقرارها.

- الترويج للأفكار المنافية للأداب وخرق القانون.

- الزيادة من جرائم السرقة والنصب والكسب غير المشروع وترويج المخدرات.

- تكييد الدولة أعباء مادية إضافية قصد ملاحقة المخالفين⁽²⁾.

ثالثا: العلاقة بين تهريب البشر والهجرة غير المشروعة .

هناك علاقة وطيدة بين تهريب البشر والهجرة غير المشروعة، التي تكمن في أن غالبية المهاجرين غير الشرعيين يتم تهريبهم عن طريق عصابات تهريب البشر، التي تستغل بعض السواحل التي تنقص فيها المراقبة لتهريبهم وتنظيم هروبهم إلى الدول التي يرغبون الذهاب إليها مقابل مبالغ مالية.

لكن غالبا ما تكون الرحلة في البحر محفوفة بمخاطر كثيرة بدءا بالمبالغ الخيالية والمرتفعة التي تطلبها عصابات التهريب من الأشخاص المهريين، كما ان حياة هؤلاء الأشخاص معرضة للخطر نتيجة إمكانية غرقهم، إلى جانب أن العصابات أو شبكات التهريب عادة ما يلجؤون وفي حالة الحمولة الزائدة إلى رمي بعض المهاجرين في البحر لتخفيفها، أو تقوم بتخدير البعض منهم خلال الرحلة بوضع المخدر في الأكل أو المشروبات قصد إستغلالهم في التجارة بأعضائهم، وتسليمهم للعصابات المتخصصة في ذلك لتستولي على أعضائهم لزراعتها مقابل مبالغ مالية ضخمة⁽³⁾.

رابعا: الفرق بين تهريب البشر والهجرة غير المشروعة.

تهريب البشر والهجرة غير المشروعة مفهومان مختلفان، حيث أن الأول هدفه استغلال الشخص في حين الثاني يتضمن المشاركة في الهجرة غير المشروعة، كما أن تهريب البشر إجراء يتم بموجبه نقل شخص داخل الدولة نفسها أو إلى دولة أخرى لاستغلاله .

إلا أنهما يختلفان في النقاط التالية :

- يتم تهريب البشر عبر الحدود بطريقة غير قانونية عكس الهجرة غير المشروعة التي تكون بطرق قانونية (بجواز سفر مثلا).

¹ - عبد الله سعود السراني، المرجع السابق، ص ص 109، 110.

² - عثمان الحسن محمد نور، ياسر عوض الكريم المبارك، المرجع السابق، ص ص 81، 82.

³ - عبد الله سعود السراني، المرجع السابق، ص ص 115.

- الهجرة غير المشروعة تكون بمبادرة شخصية وإرادية حتى ولو كانت الوسيلة المستعملة في ذلك تشكل خطرا عليه، عكس التهريب البشري الذي تنعدم فيه الموافقة الشخصية للمهريين، حيث يتم تغليطهم من طرف الشبكات الخاصة بالتهريب.

- تهريب البشر يكون من أجل استغلال الضحايا في البلدان المستقبلية لفائدة المهريين، عكس الهجرة غير الشرعية التي تنتهي علاقة المهاجرين بعناصر التهريب البشري بمجرد وصولهم إلى البلدان المتجهين إليها.

- الهجرة غير الشرعية تعتبر جريمة ضد الدولة ولا تعد بمثابة إعتداء على حقوق الإنسان، على عكس التهريب البشري الذي يعد بمثابة إعتداء على حقوق الإنسان الذي ينتج عنه إلزامية وضع إجراءات خاصة غرضها توفير الحماية اللازمة لضحايا التهريب البشري⁽¹⁾.

المطلب الثاني : استعمال تقنية التسرب كأسلوب من أساليب التحري الخاصة لمكافحة تهريب الأشخاص.

للتعرف على تقنية التسرب والأحكام المتعلقة باستعمالها، سيتم التعرف بداية على أساليب التحري الخاصة في فرع أول، وفي الفرع الثاني نتطرق إلى التسرب او الاختراق.

- الفرع الأول : أساليب التحري الخاصة.

لقد ورد استعمال أساليب التحري الخاصة لمكافحة تهريب البشر كجريمة منظمة عبر الوطنية، في المادة 20 من إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية وأوصت باستعمالها في هذا الغرض، التي نصت على أنه: "يتعين على كل دولة طرف، إذا كانت المبادئ الأساسية لنظامها القانوني الداخلي تسمح بذلك، أن تقوم ضمن حدود إمكانياتها ووفقا للشروط المنصوص عليها في قانونها الداخلي، بإتخاذ ما يلزم من تدابير لإتاحة الاستخدام المناسب لأسلوب التسليم المراقب وكذلك ما تراه مناسبا من استخدام أساليب تحر خاصة، مثل المراقبة الإلكترونية أو غيرها من أشكال المراقبة، والعمليات المستترة، من جانب سلطاتها المختصة داخل إقليمها لغرض مكافحة الجريمة المنظمة مكافحة فعالة".

كما جاء المشرع الجزائري بهذه الأساليب لمحاربة هذه الجريمة خلال تعديل قانون الإجراءات الجزائية سنة 2006، بموجب القانون 06/22 المؤرخ في 0/ديسمبر/2006 المعدل للأمر 156/66 المؤرخ في 20/جويلية/1966 ، في الفصل الرابع منه الباب الثاني المادة 65 مكرر 05 تحت عنوان "في إعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات وإلتقاط الصور"، وفي الفصل الخامس منه المادة 65 مكرر 11 تحت عنوان "التسرب".

¹ - Matiada Ngalikpima , esclavage en Europe, le traite des êtres humaines, mémoire pour le diplôme d'université de 3^{eme} cycle, analyse des menaces criminelles contemporaines, année universitaire 2003/2004, p p 15, 16.

أولا : تعريف أساليب التحري الخاصة :

تعرف على أنها: " تلك العمليات أو الإجراءات أو التقنيات التي تستخدمها الضبطية القضائية تحت المراقبة وإشراف السلطة القضائية، بغية البحث والتحري عن الجرائم الخطيرة المقررة في قانون العقوبات، وجمع الأدلة عنها والكشف عن مرتكبيها، وذلك دون علم ورضا الأشخاص المعنيين⁽¹⁾ .

ثانيا : صور أساليب التحري الخاصة في الجزائر :

بالرجوع على نص المادتين 65 مكرر 05⁽²⁾ و 65 مكرر 11⁽³⁾ من القانون 22/06 المؤرخ في 20/ديسمبر/2006، نجد أن المشرع أدرج عدة صور للبحث و التحري: المراقبة، و إعتراض المراسلات و الأصوات، إلتقاط الصور، التسرب.

كما جاء بصور أخرى في نص المادة 56 من القانون 01/06 المؤرخ في 20/فيفري/ 2006، و المتمثلة في: التسليم المراقب ، التردد الإلكتروني ، الإختراق. وقد حصر مجال تطبيقها في سبعة فئات من الجرائم التي هي: جرائم المخدرات الواردة في قانون الوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية تحت رقم 18/04 المؤرخ في 25/ديسمبر/2004 ، جرائم تبييض الأموال، الجرائم الإرهابية والأعمال التخريبية الواردة في القانون رقم 01/05 المؤرخ في 06/فيفري/2005 الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات الواردة في القانون رقم 04/09 المؤرخ في 05/أوت/2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام و الإتصال و مكافحتها، الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية الواردة في قانون العقوبات العام، جرائم الصرف الواردة في قانون الصرف وحرمة رؤوس الأموال من وإلى الخارج الواردة بالأمر رقم 01/03 المؤرخ في 19/فيفري/2003 وجرائم الفساد الواردة في القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته تحت رقم 01/06 المؤرخ في 20/فيفري/2006.

الفرع الثاني : التسرب أو الإختراق :

سيتم التطرق بداية لتعريف تقنية التسرب، ثم نعكف على إدراج الشروط الشكلية و الموضوعية التي تتطلب لإجرائها مع إدراج الحماية المقررة لمنفذها.

أولا : تعريف التسرب :

من الناحية اللغوية : التسرب : تسرب : تسربا [سرب] من الماء، دخل في البلاد: دخلها خفية كقولك : " تسربت الجواسيس"⁽⁴⁾ .

¹ - ياسر الأمير فاروق، مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص 194.

² - أنظر المادة 65 مكرر 05 من القانون 22/06 المؤرخ في 20/ديسمبر/2006، المرجع السابق.

³ - أنظر المادة من القانون 01/06 المؤرخ في 20/فيفري/2006، المرجع السابق.

⁴ - المنجد الأبجدي: دار المشرق للتوزيع، الطبعة الثامنة، لبنان، 1980، ص 250.

ولكلمة التسرب كلمة مرادفة لها هي: "الإختراق"، وتعني إختراق: يخرق، إختراقا، الناس، مشى وسطهم⁽¹⁾. والتسرب كذلك مشتق من الفعل تسرب، تسربا، اي دخل و إنتقل خفية ، وهي الولوج والدخول بطريقة او بأخرى إلى مكان أو جماعة⁽²⁾.

من الناحية الفقهية: عرفه البعض على أنه: "تقنية من تقنيات التحري والتحقيق الخاصة تسمح لضابط أو عون شرطة قضائية بالتوغل داخل جماعة إجرامية، وذلك تحت مسؤولية ضابط شرطة قضائية آخر مكلف بتنسيق عملية التسرب، بهدف مراقبة أشخاص مشتبه فيهم وكشف أنشطتهم الإجرامية، وذلك بإخفاء الهوية الحقيقية و تقديم المتسرب لنفسه على أنه فاعل أو شريك"⁽³⁾.

أما من الناحية القانونية فقد عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 65 مكر 12 من القانون رقم 22/06 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية على أنه: "يقصد بالتسرب قيام ضابط أو عون الشرطة القضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جناية او جنحة بإيهامهم أنه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف".

فمن خلال التعاريف السابقة، يمكن نحن تعريف التسرب بأنه: " وسيلة أو إجراء قانوني مخول لضباط الشرطة القضائية خلال القيام بمهمة البحث والتحري الخاصة عن بعض الجرائم الخطيرة والحديثة، وهذا بإذن من النيابة العامة وتحت إشراف ومراقبة السلطة القضائية، حيث تستخدم من خلاله بعض التقنيات والتسرب او التوغل داخل الجماعة الإجرامية والتظاهر بالإشتراك في الجريمة قصد جمع الأدلة عنها والكشف عن مرتكبيها".

ثانيا : الشروط الشكلية والموضوعية لإجراء عملية التسرب.

من خلال إستعراضنا لنص المادتين 65 مكرر 11⁽⁴⁾ و 65 مكرر 05⁽⁵⁾ من القانون رقم 22/06 المؤرخ في 20/ديسمبر/2006 يتضح لنا أن المشرع الجزائري، قد وضع شروطا لإجراء عملية البحث والتحري عن الجرائم الخطيرة، لا سيما في جريمة تهريب الأشخاص كجريمة منظمة عابرة للحدود الوطنية، إذ ألزم أن يتم استصدار إذن من طرف وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق بعد إخطار وكيل الجمهورية، والذي يجب أن يكون مكتوبا ومسيبا، ويحمل كامل المعلومات الخاصة بالجريمة التي أستصدر من اجله، وذكر هوية ضابط الشرطة القضائية المسؤول عن العملية ومدة العملية التي لا يمكن أن تتعدى 04 أشهر⁽⁶⁾، وهذه الشروط كلها تدخل ضمن الشروط الشكلية لإجراء التسرب.

كما حدد المشرع الجزائري أيضا شروطا أخرى لإجراء التسرب إلى جانب الشروط السابق ذكرها، من خلال ما جاء في نص المادة 65 مكرر 11⁽⁷⁾ من القانون رقم 22/06 المؤرخ في 20/ديسمبر/2006 ، الذي يتطلب وجود حالة

¹- علي بن هادية وآخرون ،القاموس الجديد للطلاب ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د ون تاريخ نشر، ص 20

²- سهيل حسيب سماحة، معجم باللغة العربية، الطبعة الأولى، مكتبة سمير، 1984، ص 130.

³- عبد الرحمان خلفي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري والمقارن، الطبعة الثانية، دار بلقيس للنشر، الجزائر 2016، ص105.

⁴- المادة 65 مكرر 11 من القانون 22/06 المؤرخ في 20/ديسمبر/2006 ، المرجع السابق.

⁵- مرجع نفسه ، المادة 65 مكرر .

⁶- مرجع نفسه ، أنظر المادة 65 مكرر 15 فقرة 01 .

⁷- مرجع نفسه ، المادة 65 مكرر 11 .

ضرورة تلزم اللجوء إلى إستعمال هذه التقنية، كما ألزم ان يكون التسرب تحت مسؤولية ضابط شرطة قضائية منسق للعملية، هذا إلى جانب إمكانية إدراج أو الإستعانة بأشخاص آخرين في العملية، كالفنيين والتقنيين والمخبريين، والتي هي الشروط الموضوعية لإجراء التسرب.

ومن خلال الشروط التي وضعها المشرع الجزائري لإجراء التسرب¹ نستخلص أن المشرع الجزائري قد جاء فقط بالشروط المطلوبة لإجراءه في حالة البحث والتحري عن جريمة تهريب الأشخاص داخل القطر الجزائري، دون التطرق إلى حالة التحقيق في الجريمة وإجراء التسرب خارج إقليم الدولة من طرف ضباط الشرطة القضائية الجزائريين، والعكس في حالة إجراء التسرب من طرف ضباط الشرطة القضائية الأجانب داخل الدولة الجزائرية، بما أن ظاهرة تهريب البشر هي عبارة عن جريمة عابرة للحدود الوطنية، مما يتطلب وضع أحكاما لهذه الحالات لإجراء التسرب، وهذا في إطار احترام الإتفاقيات الدولية المبرمة بين الدول وإحترام سيادة الدول على أراضيها.

ثالثا : حماية الأشخاص المسندة إليهم إجراء عملية التسرب داخل شبكات التهريب.

لقد ضمن المشرع الجزائري حماية الأشخاص المسندة لهم عملية التسرب بعد إنتهائها، بالإضافة إلى توفيره الحماية اللازمة لأسرهم و المتمثلة في إعفاء ضباط وأعوان الشرطة القضائية المأذون لهم تنفيذ العملية من المسؤولية الجنائية في حالة :

- إقتناء أو حيازة أو نقل أو تسليم أو إعطاء مواد أو أموال أو متوجات أو وثائق أو معلومات متحصل عليها من ارتكاب الجرائم أو مستعملة في ارتكابها.

- إستعمال أو وضع تحت تصرف مرتكبي هذه الجرائم الوسائل ذات الطابع القانوني أو المالي، وكذا وسائل النقل أو التخزين أو الإيواء، أو الحفظ أو الإتصال" ، وهذا ما نستخلصه من نص المادة 65 مكرر 14 من القانون 66/22 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري⁽¹⁾، حيث جعل المشرع هذه الأفعال مباحة ومبررة غير معاقب عليها وفقا لنص المادة 01/39 من الأمر 156/66 المؤرخ في 08/جويلية/1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم⁽²⁾.

هذا إلى جانب معاقبة كل شخص كشف عن هوية منفعدي عملية التسرب، بعقوبات تتمثل في الحبس من سنتين (02) إلى خمسة (05) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج، وتشدد العقوبة التي تسبب هذا الكشف عن الهوية في أعمال عنف أو ضرب أو جرح على احد هؤلاء الأشخاص أو أزواجهم او اصولهم المباشرين تكون العقوبة بالحبس من خمسة (05) سنوات إلى عشرة (10) سنوات والغرامة من 200.000 دج إلى 500.000 دج وإذا تسبب هذا الكشف في وفاة أحد هؤلاء الأشخاص تكون العقوبة من عشرة (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة والغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج وهذا ما نستخلصه من نص المادة 65 مكرر 16 من القانون 66/22 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري⁽³⁾.

¹- المادة 65 مكرر 14 من القانون 22/06 المؤرخ في 20/ديسمبر/2006 ،

²-المادة 01/39 من الأمر 156/66 المؤرخ في 08/جويلية/1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 49 الصادرة بتاريخ 11/جويلية/1966.

³- المادة 65 مكرر 16 من القانون 22/06 المؤرخ في 20/ديسمبر/2006 .

من خلال ما سبق نستنتج أن المشرع قد شدد في العقوبة المقررة للشخص الذي يكشف عن هوية منفعلي عملية التسرب، لكن ما يأخذ عليه مساواته لعقوبة الشخص المسخر لعملية التسرب مع تلك المقررة للأشخاص الآخرين وهو أمر يتنافى و مقتضيات العدالة باعتبار أن الشخص المسخر على دراية تامة بضابط أو عون الشرطة القضائية المتسرب.

و قد تم توفير الحماية لمنفعلي عملية التسرب من خلال عدم جواز الاستماع إلى أقوال ضابط أو عون الشرطة القضائية المتسرب كشاهد للإدلاء بشهادته، وإنما يجوز فقط سماع لضابط الشرطة القضائية الذي تجرى العملية تحت مسؤوليته بوصفه شاهدا عن العملية حفاظا على حياة العون و حياة أسرته، وهذا ما أكدته المادة 65 مكرر 18 من القانون 06/22 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية⁽¹⁾.

خاتمة :

تصدى المشرع الجزائري لظاهرة تهريب الأشخاص باعتبارها جريمة منظمة عابرة للحدود الوطنية، مواكبة منه في ذلك للتطورات التي شهدتها السياسة العقابية الحديثة في هذا المجال، و لما جاء كذلك في اتفاقية الأمم المتحدة لمحاربة الجريمة والبروتوكولات المكملة لها المصادق عليها ، وقد استعمل في ذلك وسيلة "التسرب" التي تضمنها تعديل قانون الإجراءات الجزائية لسنة 2006، حيث تم تقييدها بمجموعة من الشروط الإجرائية في مقابل توفير العديد من الضمانات لفائدة منفعليها .

و استحداث تقنية التسرب في التشريع الجزائري فتية مقارنة بالتشريعات العقابية الأخرى، و من ثم فإن الغموض لازل يكتنفها سيما أنها لم تفعل إلا في حالات نادرة بالنظر إلى الخطورة التي يمكن أن تلحق منفعليها من جهة، و من جهة أخرى التكاليف الباهظة التي يمكن أن تتطلبها للوصول إلى معرفة عناصر شبكات التهريب البشري والإطاحة بهم.

و لأجل تفادي مثالب النظام القانوني الذي انتاب تقنية التسرب يمكن إدراج التوصيات الآتية :

- بما أن ظاهرة تهريب الأشخاص تعد كجريمة منظمة عابرة للحدود الوطنية التي تقوم بها شبكات إجرامية دولية منظمة ومحترفة تتعدى حدود الدول، فإن القيام بعملية التسرب من طرف أعوان الشرطة القضائية الجزائريين والمسخرين لها، قد تتعدى حدود الدولة الجزائرية، غلى جانب عملية التسرب التي يقوم بها أفراد الشرطة القضائية الأجانب داخل الدولة الجزائرية، والمشرع الجزائري أغفل في ذكر هذه الحالات ضمن تعديل سنة 2006، مما يستلزم وضع أحكاما خاصة بهاتين الحالتين.

و لتفادي المثالب السالف ذكرها يمكن تقديم التوصيات الآتية ذكرها :

- يلتمس من المشرع إقرار إمكانية سماع أقوال عون الشرطة القضائية كشاهد، خاصة إذا كانت أقواله ضرورية في التحقيق، وهذا باستعمال التقنيات الحديثة في الصوت والصورة التي تمكن من إخفاء هويته دون تعريضه للخطر.

¹ - المادة 65 مكرر 18 من القانون 06/22 ، المرجع السابق .

- لأجل تحقيق فعالية أفضل لتقنية التسرب يمكن الاستعانة ببعض الأشخاص العاديين أو معتادي الإجرام الذين كانوا ضمن شبكات تهريب البشر لاعتبارات مردها درايتهم التامة بشبكات التهريب.
- يلتمس تكثيف استعمال وسيلة التسرب في محاربة ظاهرة تهريب البشر، لما تحققه عملية التوغل داخل شبكات التهريب من نتائج جد هامة يمكن استغلالها من طرف القضاء في كشف أغوار الجريمة، في مقابل توفير الحماية للعناصر المسند إليها القيام بالعملية وتحفيزها ماديا.
- تكثيف الدورات التدريبية للمتسربين داخل الوطن و خارجه قصد الإطلاع على آخر ما توصلت إليه النظم العقابية في محاربة جريمة تهريب البشر، وفي هذا الإطار لابد من إبرام اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف بين الجزائر والدول الأخرى، خاصة الدول التي لها علاقة مباشرة بتهريب الأشخاص مع الجزائر ووضع أحكاما مشتركة في استعمال تقنية التسرب، والتعاون في هذا المجال لمحاربة ظاهرة تهريب البشر.

✓ قائمة المصادر و المراجع.

- المنجد الأبجدي : دار المشرق للتوزيع، الطبعة الثامنة، لبنان، 1980.
- علي بن هادية وآخرون القاموس الجديد للطلاب ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دون تاريخ نشر.
- سهيل حسيب سماحة، معجم اللغة العربية، الطبعة الأولى، مكتبة سمير، 1984.
- خالد بن سليم الحربي، ضحايا التهريب البشري من الأطفال، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2011
- عثمان الحسن محمد نور، ياسر عوض الكريم المبارك، الهجرة غير المشروعة والجريمة، دون طبعة ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث الرياض، 2008.
- ياسر الأمير فاروق، مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية، الطبعة الأولى دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009.
- عبد الرحمان خلفي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري والمقارن، الطبعة الثانية، دار بلقيس للنشر ، الجزائر 2016.
- عبد الله سعود السراني، العلاقة بين الهجرة غير المشروعة وجريمة تهريب البشر والاتجار بهم، ورقة عمل مقدمة إلى الندوة العلمية "مكافحة الهجرة غير المشروعة" ، المنعقدة خلال الفترة من 08-10/02/2010، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010.
- أحمد عبد العزيز الأصفر، الهجرة غير المشروعة، الإنتشار والأشكال والأساليب المتبعة، ورقة عمل مقدمة إلى الندوة العلمية "مكافحة الهجرة غير المشروعة" المنعقدة خلال الفترة من 08-10/02/2010، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010
- Matiada Ngalikpima , esclavage en Europe, le traite des êtres humaines, mémoire pour le diplôme d'université de 3^{eme} cycle, analyse des menaces criminelles contemporaines, année universitaire 2003/2004.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

ردمد : 2336-0615