

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والثانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد 60 : أكتوبر 2017

✓ مع مواضع العدد 60 : أكتوبر 2017 :

- هل تخضع عقارات الدولة الخاصة للتقادم المكسب؟
- رقابة القضاء الوطني للشرعية الدولية للقوانين.
- التعسف في استعمال الملكية العقارية في الجزائر.
- حماية الطفل من الاستغلال الجنسي في القانون.
- مشكلة تحديد أقصى أمد الحمل بين الفقه والطب.
- سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي المتعسف.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والثانون

صفحة رئيسية | المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك | الإتصال والبراسات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استغلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخزومي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30) ... المزيد	أخبار المجلة
كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديوي عميد جامعة لاهني الدولية (2012/10/21) ... المزيد	أتملوا بنا
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المعاصر : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17) ... المزيد	المدير المسؤول
قراءة في النظام الفكري المصواتي (قانون 02/15) : الأستاذة الشهابية الطيب بن لمقدم محام ببيئة الرباط خمسات (2012/10/14) ... المزيد	شروط النشر
	مقالات فقهية
	مقالات قانونية
	مقالات مقارنة
	مقالات بلقسية
	حوارات علمية
	تقارير خاصة
	المساهمون بالمجلة
	إعداد المجلة
	تتبعنا بالمجلة

العدد الستون : أكتوبر 2017

❖ 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 دكدك : 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 السويسي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي : أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحيا الطالبى : أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 0615-2336

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الستون : لشهر أكتوبر 2017

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 60 لشهر أكتوبر 2017 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكدك.....03

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. مدى خضوع عقارات الدولة للتقادم المكسب "دراسة مقارنة بين القانون الفلسطيني والتونسي" : الدكتور عمر

خضر يونس سعد ، أستاذ مادة القانون المدني المساعد ، الجامعة الإسلامية بغزة - فلسطين.....06

3. مقارنة بين رقابة القضاء الوطني للشرعية الدولية للقوانين الأجنبية وحماية النظام العام الدولي : تعارض أم

تكامل ؟ : الأستاذ سفيان عبدلي ، مختص في القانون الدولي وحقوق الإنسان - الجزائر.....27

4. التعسف في استعمال الملكية العقارية في التشريع الجزائري : ميلود بن حوحو ، طالب دكتوراه بالقانون الخاص

كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الدكتور يحيى فارس ، المدينة - الجزائر.....64

5. حماية الطفل من الاستغلال الجنسي بين القانون الدولي والقانون الداخلي المغربي : هناء الذهبي ، باحثة في

سلك الدكتوراه ، تخصص القانون الدولي والعلاقات الدولية ، كلية الحقوق أكادال ، جامعة محمد الخامس

الرباط - المملكة المغربية.....76

6. أقصى أمد الحمل : الدكتور فايز بن أحمد حابس ، أستاذ مشارك في الفقه وأصوله ، قسم الدراسات الإسلامية

كلية الآداب و العلوم الإنسانية ، جامعة الملك عبد العزيز ، جدة - المملكة العربية السعودية.....91

7. سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي : أمل ملاح ، دكتوراه في القانون الخاص ، مختبر الدراسات في الطفل

والأسرة والتوثيق ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، فاس

المملكة المغربية.....127

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد الستين لشهر أكتوبر 2017



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور: صلاح الدين دكداك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، نضع بين أيديكم العدد الستون لشهر أكتوبر 2017 من مجلة الفقه والقانون الدولية ، وقد سعدنا بالتواصل فيه مع مجموعة من الباحثين الكرام من خيرة الجامعات العربية من بينها : الجامعة الإسلامية بغزة - فلسطين ، كلية الآداب و العلوم الإنسانية ، جامعة املك عبد العزيز ، جدة - المملكة العربية السعودية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الدكتور يحيى فارس ، المدينة - الجزائر ، كلية الحقوق أكرال ، جامعة محمد الخامس الرباط - المملكة المغربية ، ثم جامعة سيدي محمد بن عبد الله ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، فاس بالمملكة المغربية.

وقد شغل العدد الجديد مجموعة من الأبحاث والدراسات الهامة من بينها :

- في ما يخص العقار : ناقش العدد الجديد مدى خضوع عقارات الدولة الخاصة للتقادم الملتسب "دراسة مقارنة بين القانون الفلسطيني والثونسي" ، بالإضافة إلى قضية التعسف في استعمال الملكية العقارية في التشريع الجزائري .
 - في ما يرتبط بالأحوال الشخصية : تناول العدد قضية أقصى أمد الحمل ، وحماية الطفل من الاستغلال الجنسي بين القانون الدولي والقانون الداخلي المغربي .
 - وفي يخص القضاء : ناقش العدد إشكالات المقاربة بين رقابة القضاء الوطني للشرعية الدولية للقوانين الأجنبية وحماية النظام العام الدولي : هل هي تعارض أم تآمل ؟ ثم سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي التعسفي.
- لن أطبل عليكم ، وأثر كلمتكم نتصفحون دراسات وأبحاث العدد الجديد ، سائلين العلي الفدير أن يجعلنا مثل البنبان امرصوص بشدر بعضه بعضا .

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكداك

www.majalah.new.ma

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

مدى خضوع عقارات الدولة للتقادم المكسب "دراسة مقارنة بين القانون الفلسطيني والتونسي"



الدكتور : عمر خضري يونس سعد

أستاذ مادة القانون المدني المساعد

الجامعة الإسلامية بغزة - فلسطين

تمهيد :

تعتبر الحيابة من الموضوعات المهمة في الحياة العملية، فهي ذات صلة وثيقة بالملكية، وكذلك هي الركن الأساسي للتقادم المكسب للملكية العقارية، وتزداد أهمية الحيابة إذا تعلقت بالعقار الذي يعتبر ركيزة من ركائز استقرار المجتمع ونمو اقتصاده لما له من قيمة كبيرة بخلاف المنقول، بل الأمر يتعدى ذلك إلى كون العقار معلماً من معالم السيادة الوطنية، لذلك فقد أحاط المشرع العقار بسياج متين من النصوص، وذلك لما له من أهمية في استقرار المجتمع وازدهار اقتصاده.

وعلاقة الحيابة بالملكية العقارية تبرز من وجهين، فهي قريبة على الملكية العقارية وهذا هو الغالب في الواقع، لكن أحياناً تكون الحيابة لشخص والملكية العقارية لشخص آخر، وإزاء ذلك فإن المشرع ولاعتبارات ترجع في مجملها للصالح العام جعل الحيابة في بعض الحالات سبباً لكسب الملكية بالتقادم، فالمشرع ونتيجة لهذه العلاقة المتداخلة سعى للحفاظ على الأمن الواقعي في المجتمع من خلال حماية الحيابة لذاتها كونها قريبة على الملكية، وكذلك سعى لتحقيق الأمن القانوني للتعامل في المجتمع والذي ينشأ نتيجة الحيابة المستقرة لغير المالك، فقد راعى المشرع ما تعارف عليه الناس وما اعتادوا عليه في تعاملهم، فالناس ينظرون إلى حائز العقار على أنه مالكة أخذاً بالغالب الأعم لاسيما إذا ظهر الحائز أمامهم بمظهر المالك، ما يؤدي إلى قيام المعاملات بينهم على هذا الأساس، ونظراً لهذه العلاقة الوثيقة والمتمثلة باختلاط يد الحائز بيد المالك وما قد يرتبه ذلك من عدم استقرار فقد تدخل المشرع بدايةً وحمى الحيابة لذاتها كونها تفترض الملكية العقارية، ثم ضمناً لتحقيق الأمن القانوني من خلال استقرار التعامل في المجتمع

فقد ارتقى المشرع بمستوى الحماية المؤقتة التي تحمي الحيازة لذاتها وفرض عليها حماية دائمة يجعلها سبباً مستقلاً لكسب الملكية العقارية بالتقادم، ونتيجة للموازنة بين مصلحة الحائز والمالك من جهة ومدى تعارض ذلك أو توافقه مع المصلحة العامة فقد يضيق نطاق العقارات التي تخضع للتقادم المكسب، لذلك يجب أن يتصف العقار الذي يجوز كسبه بالتقادم بصفات يحددها القانون، وأكثر العقارات التي تثير لغطاً في هذا الصدد هي أملاك الدولة والهيئات التابعة لها لاسيما العقارات الخاصة منها، ما يستدعي التعرض لأملاك الدولة والهيئات العامة والوقوف على مدى خضوعها للتقادم المكسب من عدمه، ما يثير إشكالية هذا البحث والمتمثلة في التساؤل التالي: هل تخضع عقارات الدولة الخاصة للتقادم المكسب؟ وللإجابة عن هذا التساؤل لا بد من تناول موضوع البحث بشيء من التفصيل من خلال المنهج التحليلي المقارن للتشريعات الفلسطينية¹ والتونسية² وذلك من خلال ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

- المبحث الأول: فكرة التقادم المكسب :
- المبحث الثاني: شروط التقادم المكسب :
- المبحث الثالث: تقادم عقارات الدولة :

المبحث الأول: فكرة التقادم المكسب :

لفهم فكرة التقادم المكسب لا بد من إلقاء نظرة على تاريخه (أولاً)، وكذلك لا بد من تعريفه (ثانياً)، ثم من الضروري الوقوف على المبررات والأسس التي قام عليها (ثالثاً)، وأخيراً من المهم معرفة نطاقه (رابعاً).
أولاً- لمحة تاريخية :

يعود التقادم المكسب بجذوره إلى القانون الروماني³، حيث جاء في وقت لاحق على التقادم المسقط⁴، وكانت المدة اللازمة لكسب ملكية العقار بالحيازة لا تتجاوز السنتين، وتعتبر هذه المدة قصيرة، لكنها إذا ما قورنت بعدد العقارات الحدود وتواجد أصحابها الدائم قريباً منها، فعندها تبدو مدة كافية ليعلم مالك العقار بالاعتداء الذي وقع على عقاره، ما يدفعه إلى قطع التقادم واسترجاع عقاره من يد الحائز الذي كان يسعى لاكتساب ملكيته بالتقادم⁵، ثم انتقل التقادم المكسب إلى القانون الفرنسي من القانون الروماني، إلى أن وصل إلى معظم التشريعات العربية حيث نظمت بشكل مفصل وأولته اهتماماً على اعتبار أنه أهم وأخطر أثر للحيازة كونه يكسب الحائز ملكية العقار الحاز⁶، ولم تعرف الشريعة الإسلامية التقادم بنوعيه كسب لكسب أو سقوط الحقوق⁷، حيث أن الحقوق لا تسقط ولا تكتسب في

¹ القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012، مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876، قانون الأراضي العثماني لسنة 1858، قانون أملاك الدولة الفلسطيني رقم 5 لسنة 1960.

² مجلة الحقوق العينية التونسية الصادرة بالقانون رقم 5 لسنة 1965، مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية الصادرة بالقانون عدد 130 لسنة 1959، مجلة الالتزامات والعقود التونسية لسنة 1906.

³ علي كحلون، التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحيين، مرجع سابق، ص 203 وما بعدها.

⁴ التقادم المسقط هو "دفع موجه إلى دعوى الدائن يؤدي إلى سقوط حق المطالبة بالدين إذا تمسك به من له مصلحة فيه". مشار إليه أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، مرجع سابق، ص 414 وما بعدها.

⁵ حيث كان للتقادم المكسب في القانون الروماني فائدتين: الأولى تتمثل في تجاوز الصعوبات الخاصة بتسجيل العقار كملكية رومانية صحيحة وذلك من خلال كسب ملكيته بالتقادم، وبالتالي تجاوز هذه الإجراءات المعقدة، والفائدة الثانية هي حماية من يتعامل مع غير المالك، إذ أنه لن يتمكن العقار بالتصرف القانوني لأنه صادر من غير المالك، ولكنه في وجود التقادم المكسب يستطيع أن يحيي نفسه ويحتفظ بالعقار من خلال كسب ملكيته بالتقادم. مشار إليه: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: أسباب كسب الملكية؛ مرجع سابق، ص 989 وما بعدها.

⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: أسباب كسب الملكية؛ مرجع سابق، ص 989 وما بعدها.

⁷ علي كحلون، التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحيين، مرجع سابق، ص 203 وما بعدها.

الشريعة الإسلامية بالتقادم، حيث ورد في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال " لا يَبْطُلُ حَقُّ امْرِئٍ وَإِنْ قَدَّمَ"¹، ورغم ذلك إلا أن التقادم له مفعول مهم في الشريعة يتساوى في نتائجه مع القوانين الوضعية وإن كَانَ لَا يتساوى معها في إسقاط الحق أو كسبه، فلئن كانت الحقوق لا تسقط ولا تكتسب بالتقادم في الشريعة الإسلامية، إلا أن التقادم يعتبر مانعاً من سماع دعوى الحق بسبب مرور مدة طويلة على وضع الحائز يده على العقار والمالك يعلم ولم يحرك ساكناً طوال هذه المدة²، بالتالي فالحيازة قرينة على أن الحائز هو المالك³، وكذلك سكوت المالك طوال هذه المدة يفسر على أنه إما تنازل عن حقه للحائز⁴ أو إقراراً منه بحق الحائز⁵، لذلك لا تسمع دعوى الحق بعد مرور مدة طويلة من الزمن على وضع اليد تصل إلى ثلاثين عام وأحياناً أكثر⁶ وذلك يعود لاعتبارات عديدة وكذلك لاختلاف المذاهب الإسلامية⁷ في المسألة⁸، لكن مجلة الأحكام العدلية الصادرة عن الدولة العثمانية والتي تعتمد على فقه المذهب الحنفي قد استقرت على اعتبار المدة اللازمة لمنع سماع الدعوى⁹ خمسة عشر عاماً¹⁰.

ثانياً: تعريف التقادم المكسب :

فقد عرف القانون الفرنسي التقادم المكسب إلى جانب التقادم المسقط في ذات التعريف وذلك في المادة 2219 حيث نص على أن "التقادم وسيلة مكسبة أو مبرئة بمرور مدة من الزمن ووفق الشروط التي يحددها القانون"¹¹.

¹ عن عثمان بن الحكم عن زهير بن محمد قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا يَبْطُلُ حَقُّ امْرِئٍ وَإِنْ قَدَّمَ». مشار إليه عبد الله بن وهب، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، تحقيق هشام الصبيحي، دار ابن الجوزي، السعودية، ط 2، 1999، ص 77.

² إيداد محمد جاد الحق، مرور الزمان وأثره على الالتزام في المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص 70.

³ محمد البشير، غني طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 199 وما بعدها.

⁴ الهادي سعيد، التشريع العقاري في خدمة الملكية، بحث منشور في مجلة القضاء والتشريع، كتابة الدولة للعدل، تونس، السنة التاسعة، عدد 7، جويلية 1967، ص 87.

⁵ أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، مرجع سابق، ص 415.

⁶ محمد شليبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، مطبعة دار التأليف، مصر، 1962، ص 333 وما بعدها.

⁷ نريد بهذه المذاهب الفقهية مذاهب الفقهاء المجتهدين الأربعة: الحنفي، والمالكي، والشافعي، والحنبلي. وهي المذاهب المعمول بها عند جمهور المسلمين إلى اليوم والتي كتب لها البقاء والتغلب على سواها من مذاهب أهل السنة. كمذهب سفيان الثوري بالكوفة، والحسن البصري بالبصرة. والأوزاعي بالشام. مشار إليه: أحمد تيمور باشا، نظرة تاريخية في حدوث المذاهب الفقهية الأربعة، دار القادري، بيروت، ط 1، 1990، ج 1، ص 47. عبد العظيم شرف الدين، تاريخ التشريع الإسلامي وأحكام الملكية والشفعة والعقد، العربي للنشر، القاهرة، ط 3، 1985، ص 186 وما بعدها.

⁸ العربي الماجري، الحيازة في العقار "الأرض ما اتصل بها من بناء وشجر"، مجلة القضاء والتشريع، مرجع سابق، ص 13 وما بعدها.

⁹ حيث نصت المجلة وفي الباب الثاني المتعلق بحق مرور الزمان وفي المادة (1660) "لا تسمع دعوى الدين والودعية والملك والعقار والميراث وما لا يعود من الدعاوى إلى العامة ولا إلى أصل الوقف في العقارات الموقوفة، كدعوى المقاطعة أو التصرف بالإجارتين والتولية المشروطة والغلة بعد أن تركت خمس عشرة سنة".

¹⁰ رضا عبد الحليم عبد الباري، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، مرجع سابق، ص 275.

¹¹ جامعة القديس يوسف، القانون المدني الفرنسي بالعربية، مرجع سابق، ص 1973. مع الملاحظة أن القانون المدني الفرنسي سنة 2008 أعيد ترتيب بعض المواد القانونية فيه مما أدى لاختلاف أرقام المواد قليلاً فأصبح رقم النص السابق 2258.

وقد عرف بعض¹ الفقه² التقادم المكسب بأنه "وسيلة يكسب بها الحائز ملكية الشيء أو حقاً عينياً آخر عليه بمقتضى حيازة تظل مدة معينة".

يتضح من التعريفات السابقة أن التقادم كوسيلة لكسب الملكية العقارية يستند إلى ركنين أساسيين، فلا تقادم إلا بالحيازة القانونية ومرور مدة من الزمن يحددها المشرع طويلاً وقصراً حسب كل حالة.

ثالثاً- مبررات التقادم المكسب :

ورغم أنه قد يبدو للبعض أن من الظلم أن يجرم شخص من ملكه مجرد تركه، وكذلك من الظلم أن يكتسب شخص ملكية عقار مجرد حيازته لمدة من الزمن، قد يبدو ذلك صحيحاً بالنظر للتقادم كواقعة مادية دون النظر في أسبابه ومبررات وجوده، إن أهمية التقادم المكسب تنبع من الأسس التي يقوم عليها، حيث يرى جانب من الفقه أن المبرر الأساسي للتقادم المكسب هو أن الحائز في الغالب هو نفسه صاحب الحق، لكن في كثير من الأحيان يكون السند الذي اكتسب به الحق عرفي، أو أنه نتيجة لحسن النية وصلة القرابة لم يتسلم السند من الأساس، أو أنه فقده مع طول الزمن، أو نتيجة لحريق أو زلزال أو حرب، فمع كل هذه المخاطر التي تخلق به، كان من الحكمة أن نحمي الحائز في مواجهة الغير، خصوصاً وأن هذا الحائز وضع يده على الحق طوال فترة طويلة ظاهراً بمظهر المالك دون معارضة من أحد، فمن الحكمة حماية هذا الحائز وذلك يجعله يملك هذا الحق بسبب جديد، وبذلك يكون الدفاع عن الحيازة في حقيقته دفاعاً عن الملكية، والتي تعتبر الحيازة قرينة عليها، حيث أن الحائز هو المالك في أغلب الأحيان³.

ويرى جانب آخر من الفقه أن الملكية لها وظيفة اجتماعية، وأنه من الواجب إضفاء الحماية على الحيازة المستمرة لفترة زمنية معينة لأنها تكون بذلك قد حققت الوظيفة الاجتماعية للملكية، وتكون حمايتها يجعل التقادم سبباً لكسب الملكية العقارية، وبذلك يكون التقادم المكسب حافزاً لحث الأفراد على العمل والإنتاج من خلال استغلال العقارات المهملة⁴، فمن يضع يده على عقار حيازة قانونية ويستغله بما يحقق الوظيفة الاجتماعية التي يسعى المشرع لتكريسها كان من الواجب حمايته ومكافئته⁵، وذلك يجعل حيازته سبباً لكسب الملكية من خلال التقادم المكسب⁶.

وكذلك يرى فريق آخر من الفقه أن الأساس الذي يقوم عليه التقادم المكسب هو استقرار المعاملات، ووضع حدٍ للمنازعات المتعلقة بالحق، واحترام الأوضاع الظاهرة، وبث الطمأنينة في نفوس الأفراد⁷، والحفاظة على أمن المجتمع، فلا يعقل أن يبقى الحائز ومن تعامل معه مهدداً في ملكه مدى الحياة، ويتحقق الاستقرار والطمأنينة من خلال

¹ بينما عرفه جانب آخر في إطار الملكية العقارية بأنه "وسيلة يكسب بها الحائز ملكية العقار أو حقاً عينياً آخر عليه، وذلك بمقتضى المحافظة على وضعيته كحائز أصلي له مدة معينة من الزمن"، وكذلك عرفه جانب من الفقه على أنه "هو الحوز المقترن بطول المدة". مشار إليه: نبيلة الكراي الوريحي، حائز العقار، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2001-2002، ص 460. السيد التيجاني عبيد، دعوى الحوز والحيازة في حقوق الارتفاق، مقال منشور في مجلة القضاء والتشريع، وزارة العدل، تونس، السنة الثانية والثلاثون، عدد 6، جوان 1990، ص 27.

² عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، مرجع سابق، ص 581.

³ علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، ص 277.

⁴ محمد المالقي، التقادم، مقال منشور في مجلة القضاء والتشريع، كتابة الدولة للعدل، تونس، السنة السابعة، عدد 6، جوان 1965، ص 29.

⁵ عبد المجيد الزروقي، الأموال "الحقوق العينية الأصلية"، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط 1، 2014، ص 308.

⁶ عبد السلام التركي، التقادم كسبب من أسباب كسب الملكية، مجلة القضاء والتشريع، مرجع سابق، ص 37 وما بعدها.

⁷ محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية، مرجع سابق، ص 54.

تطابق الأوضاع الظاهرة مع المراكز القانونية، فعلى هذا الأساس فإن الحكمة تقضي إقرار التقادم المكسب، كي تتطابق الأوضاع الظاهرة مع المراكز القانونية، وبالتالي لا يتضرر من يتعامل مع الحائز على أساس أنه المالك في حين هو غير مالك، فهو وإن لم يكتسب الملكية من خلال التصرف القانوني الصادر من الحائز غير المالك، فإنه يكتسبها بالتقادم المكسب وبذلك يحدث الاستقرار في التعامل والتطابق في الأوضاع الظاهرة والمراكز القانونية وتبث الطمأنينة في المجتمع¹.

ويرى رأي رابع أن التقادم المكسب يقوم على أساس قرينة مفادها أن سكوت المالك مدة طويلة تصل لخمسة عشر سنة دون أن يجرى ساكناً في مواجهة الحائز فيه دلالة واضحة على أن المالك إما أنه قد تنازل للحائز عن الحق، أو أن المالك وصل إلى حدٍ من الإهمال يستحق معه الحرمان من حقه وتفضيل الحائز النشيط عليه، وهذا ما أكدته فقه القضاء التونسي في قرار له حيث اعتبر أن ترك المالك للحائز طوال مدة الحيازة ينزع عنه الحماية القانونية لإهماله وفيه دلالة على أن المالك قد يكون تخلى عن عقاره للحائز²، وبذلك كان من الحكمة تفضيل الحائز وتمليكه العقار من خلال التقادم المكسب، وفي ذلك تحقيق للوظيفة الاجتماعية للملكية، والتي سعى المشرع لتكريسها من خلال إقراره للتقادم³ المكسب⁴.

رابعاً- نطاق التقادم المكسب :

يعتبر التقادم المكسب أضيق نطاقاً من التقادم المسقط، فهو لا يرد إلا على الحقوق العينية، بعكس التقادم المسقط الذي يرد على الحقوق العينية عدا حق الملكية وكذلك يرد على الحقوق الشخصية⁵، فيجوز أن يرد التقادم المكسب على حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه كحق الارتفاق⁶ الظاهر⁷، وحق الانتفاع وحق الاستعمال والسكنى⁸، فكل ما يصح أن ترد عليه الحيازة القانونية فهو كنتيجة حتمية يصلح أن تكتسب ملكيته بالتقادم⁹، وبما أن هذا البحث سيقترن على التقادم المكسب للملكية العقارية فقط دون الحقوق العينية التي ترد عليه، وبتفحص أنواع الملكية

¹ نبيلة الكراي الوريبي، حائز العقار، مرجع سابق، ص 461.

² قرار تعقيبي مدني عدد 62687، مؤرخ في 2 فيفري 1999، ن.ت، لعام 1999، ج 2، ص 243.

³ وكذلك الحال لم يستقر الفقه على رأي واحد حول الطبيعة القانونية للتقادم المكسب، فقد ذهب بعض الفقه إلى أن الطبيعة القانونية للتقادم المكسب تتمثل في كونه قرينة قانونية على الملكية، فهو بذلك قرينة من ناحيتين، الأولى تتمثل في أن طول المدة في التقادم قرينة على أن الحائز هو المالك، وكذلك فالتقادم قرينة على أن من ترك الحق طوال هذه المدة يكون قد قصد النزول عنه، وهذا الرأي يتفق مع ما ذهب إليه الشريعة الإسلامية، حيث أنها لم تعترف بالتقادم سبباً لكسب الملكية، ولكن بناءً على اعتبارها أن التقادم قرينة قاطعة على الملكية، لم تجز سماع الدعوى من المدعي بعد مضي مدة التقادم على اعتبار أن العرف يكذب هذه الدعوى، بينما ذهب رأي ثاني من الفقه إلى أن الطبيعة القانونية للتقادم تتمثل في كونه وسيلة دفاع في مواجهة مطالبة بحق مر عليه الزمن، وبالتالي كان من الحكمة منع سماع الدعوى إذا دفع الحائز بالتقادم المكسب، بينما يرى رأي ثالث أن التقادم هو سبب مستقل من أسباب كسب الملكية، فلا هو قرينة قانونية قاطعة، ولا هو وسيلة دفاع ضد مطالبة متأخرة بالحق، وهذا الرأي الأخير هو ما أيده تشريعاً المقارنة. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، مرجع سابق، ص 582 وما بعدها. محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية، مرجع سابق، ص 22. عبد العلي العبودي، الحيازة فقهاً وقضاً، مرجع سابق، ص 84 وما بعدها.

⁴ عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، مرجع سابق، ص 582 وما بعدها.

⁵ محمد البشير، غني طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 200 وما بعدها.

⁶ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Droit Civil, Les biens, DEFNOIS, 2ème edition 2005N°1159, P350.

⁷ السيد التيجاني عبيد، دعوى الحوز والحيازة في حقوق الارتفاق، مقال منشور في مجلة القضاء والتشريع، وزارة العدل، تونس، السنة الثانية والثلاثون، عدد 6، جوان 1990، ص 22.

⁸ علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، مرجع سابق، ص 278.

⁹ محمد البشير، غني طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 200 وما بعدها.

العقارية يظهر أن كثيراً منها لا يمكن أن يخضع للتقادم المكسب، وكذلك الحال فإن للتقادم المكسب مجالاً من حيث الأشخاص، حيث يجوز لكل شخص أن يكسب الملكية العقارية بالتقادم وذلك في مواجهة أي شخص، سواء كانوا أشخاصاً معنويين أم أشخاصاً طبيعيين إلا ما ستنى بنص القانون كما جاء في القانون المدني المصري والذي كان بموجبه يمنع على مؤسسة الوقف أن تكسب الحقوق بالتقادم¹.

المبحث الثاني : شروط التقادم المكسب :

نظراً لخطورة التقادم المكسب على الملكية فقد حرص المشرع على وضع شروطٍ دقيقة يستطيع من خلالها الموازنة بين الحيابة والملكية في فرض حمايته التشريعية، فالتقادم المكسب لا يتحقق إلا بتوافر شرطين أساسيين يتمثلان في الحيابة قانونية (أولاً)، والتي تستمر مدة زمنية يحددها القانون (ثانياً).

أولاً : الحيابة القانونية :

حتى تكون الحيابة قانونية لا بد أن تكون أصلية وصحيحة، وتكون الحيابة أصلية إذا توافر عنصريها المادي والمعنوي، وتكون الحيابة صحيحة إذا اتصفت بصفات أشرطها القانون²، وصفات الحيابة التي أشرطها القانون لو تخلفت أو تخلف أحدها فإن الحيابة تصبح معيبة³، وبالتالي لا تصلح لأن تكون سبباً لكسب الملكية، ويفهم من ذلك أن هذه الصفات لو قلبت إلى نقيضها لأصبحت عيوباً للحيابة⁴، حيث أشار القانون الفلسطيني إلى ذلك في الفقرة الثانية من المادة 1073 ق م ف حين نص على أنه "إذا اقترنت الحيابة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيابة أو التبس عليه أمرها، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب"، وكذلك نص القانون التونسي في الفصل 45 م ح ع على أنه "من حاز عقاراً أو حقا عينياً على عقار مدة خمسة عشر عاماً بصفة مالك حوزاً بدون شغب مشاهداً مستمراً وبدون انقطاع ولا التباس كانت له ملكية العقار أو الحق العيني بوجه التقادم، والحوز المعيب لا تأثير له إلا من وقت زوال العيب".

ومن خلال استقراء النصوص السابقة يتضح أن المشرع الفلسطيني ذكر العيوب التي يجب أن تخلوا منها الحيابة حتى ترتب آثارها القانونية، بينما القانون التونسي ذكر صفات الحيابة التي يجب أن تتصف بها حتى تنتج آثارها القانونية، ولا ضير في الاختلاف الاصطلاحي فالمعنى واحد، حيث اشترط كلا التشريعين اتصاف الحيابة بصفات محددة، وتختلف أحد هذه الصفات وذلك بحدوث نقيضها يؤدي إلى إصابة الحيابة بعيب من العيوب وبالتالي عدم قدرة الحيابة على كسب الملكية، وبتفحص النصوص بشكل دقيق يظهر أن المشرع التونسي قد ذكر أربع صفات لا بد للحيابة أن تتصف بها وهي عدم الشغب في الحيابة و المشاهدة للحيابة والاستمرار فيها وعدم اللبس في الحيابة⁵، بينما المشرع الفلسطيني ذكر ثلاثة عيوب، وهي الإكراه في الحيابة والخفاء وكذلك اللبس فيها، ومما سبق يبدو أن المشرع الفلسطيني حين ذكر العيوب أغفل ذكر عيب مهم وهو عيب عدم الاستمرار⁶ وهو انعكاس لصفة

1 عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، مرجع سابق، ص 591 وما بعدها.

2 أنور طلبية، التقادم، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2004، ص 260.

3 فتحي حسن مصطفى، الملكية بوضع اليد، مرجع سابق، ص 43 وما بعدها.

4 أحمد بن طالب، التفويت في ملك الغير، مرجع سابق، ص 549.

5 حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيابة، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 34.

6 أنور طلبية، التقادم، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2004، ص 260.

الاستمرارية في الحيازة التي نص عليها القانون التونسي، ولئن لم يشر المشرع الفلسطيني صراحة إلى عيب عدم الاستمرار في النص السابق إلا أنه في نصوص أخرى أشار إلى ضرورة أن تكون الحيازة مستمرة بصفة منتظمة، حيث أشار إلى ذلك في المادة 1078 ق م ف حين نص على أنه "تعتبر الحيازة مستمرة من بدء ظهورها باستعمال الشيء أو الحق استعمالاً عادياً وبصورة منتظمة"، حيث أشار القانون الفلسطيني لضرورة توافر صفة الاستمرارية في الحيازة من خلال اشتراطه القيام بأعمال تتوافق مع طبيعة الحق بصفة منتظمة، ولعل المبرر الذي دفع المشرع الفلسطيني إلى عدم اشتراط الاستمرار كصفة للحيازة إلى جانب الصفات الأخرى هو أن النص الذي عدد فيه صفات الحيازة ينطبق على الحيازة بشكل عام، بينما صفة الاستمرار لا تشترط في حيازة المنقول إذا كان الحائز حسن النية وحاز بسبب صحيح لأن حائز المنقول في هذه الحالة يكتسب ملكيته بمجرد الحيازة، فحسناً فعل المشرع الفلسطيني بعدم النص على صفة الاستمرار مع الصفات الأخرى للحيازة، والمشرع التونسي حسناً فعل عندما ذكر صفات الحيازة ومنها الاستمرار عند حديثه عن التقادم المكسب، ولكن كان من المستحسن أن يذكر باقي الصفات عدا الاستمرارية ضمن النصوص المنظمة للحيازة لا التقادم المكسب، لأن هذه الصفات يشترط وجودها في الحيازة بشكل عام ومنها كسب المنقول بمجرد الحيازة وليس فقط في التقادم المكسب للملكية العقارية.

ثانياً: المدة القانونية :

تعتبر المدة الركن الأساس الذي يقوم عليه التقادم المكسب، فمدة التقادم مرهونة بنية الحائز إضافة لاستناد حيازته إلى سبب صحيح من عدمه، فبعثاً لذلك قد يصبح التقادم طويل (أ)، أو قصير (ب).

أ: التقادم المكسب الطويل :

ويعرف أيضاً بالتقادم العام¹، لأنه الأصل لغيره من أنواع التقادم، حيث إن التقادم العام هو الوضع الطبيعي، فإذا ذكر التقادم ينصرف المقصود إلى التقادم العام، لأن غيره من أنواع التقادم تمثل حالات خاصة تحتاج لاعتبارات معينة بالإضافة للشروط المطلوبة في التقادم العام، والتقادم العام باعتباره سبباً لكسب الملكية العقارية فإنه يجب أن يتوافر فيه شرطين، هما الحيازة القانونية إضافة لمرور المدة الزمنية المطلوبة فيه، ويكفي هذين الشرطين لتمكين الحائز من كسب ملكية العقار بالتقادم، فلا يلزم في التقادم الطويل حسن النية ولا السبب الصحيح، ما يعني أنه في الغالب ما يلجأ سبب النية إلى هذا النوع من التقادم.

إذا وحتى يستطيع الحائز كسب الملكية العقارية بالتقادم الطويل لا بد أن تكون حيازته القانونية واردة على عقار خاص غير مقيد في السجل العيني وأن تستمر الحيازة مدة خمسة عشر عاماً دون أن يشوبها عيب يوقفها أو يقطعها، فقد أشار القانون الفلسطيني إلى ذلك في المادة 1091 ق م ف حين نص على أنه "من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً على عقار، غير.....، حيازة قانونية، واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة كان له أن يكسب ملكية العقار....."، وكذلك فعل القانون التونسي حين أشار إلى ذلك في الفصل 45 م ح ع حيث نص على أنه "من حاز عقاراً أو حقاً عينياً على عقار مدة خمسة عشر عاماً بصفة مالك حوزاً بدون شغب مشاهداً مستمراً وبدون انقطاع ولا التباس كانت له ملكية العقار....."، يتضح من النصوص السابقة أن تشريعي المقارنة اتفقا في المدة

¹ التقادم الطويل سواء كان في التقادم المسقط أو المكسب، فإنه يطلق على مدة التقادم التي تبلغ خمسة عشر عاماً، حيث يعتبر الأصل والقاعدة العامة لباقي مدد التقادم، لذلك يطلق عليه أيضاً التقادم العام أو التقادم العادي وأحياناً يطلق عليه التقادم الأصلي. مشار إليه أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، مرجع سابق، ص 415.

اللازمة للتقادم الطويل، ومدة الخمسة عشر عاماً اللازمة للتقادم الطويل تتفق فيها معظم التشريعات¹ بما فيها تشريعي المقارنة².

وقد يتشدد المشرع في المدة السابقة فيرفعها وذلك نظراً للطبيعة الخاصة للعقارات التي يرد عليها التقادم، فقام المشرع بالتشديد في مثل هذه الحالات، حيث وصل التشديد من بعض التشريعات حد المنع من كسب ملكية هذه العقارات بالتقادم، ومن هذه العقارات ذات الطبيعة الخاصة والتي تخضع للتقادم المشدد تلك العقارات الناجمة عن الميراث فيما بين الورثة، فالعلاقة بين الورثة حساسة وتنطوي على التسامح نظراً لصلة القرابة بينهم، وكذلك تلك العقارات المشتركة على الشيوع، فإن لها خصوصية راجعة لطبيعة العلاقة التي بين الشركاء، مما يجعلهم يحملون سيطرة بعضهم على العقار بحسن نية وعلى سبيل التسامح، فقد أكد المشرع التونسي على ذلك، حيث أشار إلى هذه المسألة في الفصل 47 م ح ع حين نص على أنه "ترفع مدة التقادم إلى ثلاثين عاماً فيما بين الورثة والشركاء"، ولا مقابل لهذا النص في القانون الفلسطيني لأن المشرع الفلسطيني بالغ في التشديد على هذه الحالات مانعاً إياها من الاستفادة من التقادم المكسب، حيث أشار إلى ذلك في الفقرة الأولى من المادة 1093 ق م ف حين نص على أنه "لا يسري التقادم فيما يتعلق بحقوق الإرث بين الورثة".

ويبدو أن المشرع التونسي أصاب في توجهه بالتشدد على الشركاء والورثة وذلك يجعل المدة اللازمة للتقادم تصل إلى ثلاثين سنة وهي ضعف المدة الأصلية، وقد أتفق في ذلك مع ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية حيث جعلت الحيازة تسري بين الورثة والشركاء والأقارب لكنها تشددت في المدة أيضاً وجعلتها تصل في بعض الحالات إلى أربعين سنة أو يزيد³، وكذلك اشترطت في الأفعال المكونة للحوز في مواجهة بعضهم أن تكون مهمة حتى يتنبه المالك إلى نية الحائز كالهدم والبناء والتصرفات القانونية، أما مجرد السكنى والزرع من قبل الحائز فلا تصلح لحيازة الوارث أو الشريك وذلك لأن المالك سيحملها على سبيل التسامح نتيجة لعلاقة القرابة التي بينهم، فالشريعة الإسلامية والقانون التونسي تشددوا في حيازة هؤلاء نتيجة للطبيعة الخاصة للعلاقة القائمة بينهم والتي قد تجعلهم يحملوا تصرفات بعضهم على حسن النية⁴، مما يجعل طول المدة ونوع التصرف المطلوب لقيام الحيازة ضماناً بأن يكتشف المالك سوء نية الحائز⁵، ومن باب الموازنة في الحماية التشريعية بين الحائز والمالك والتي تعتمد على النية ومدى تحقيق الوظيفة الاجتماعية، كان الأولى بالمشرع الفلسطيني أن يسمح للتقادم بأن يرتب آثاره في مواجهة عقارات التركة مع رفع المدة اللازمة لذلك، كما فعلت الشريعة الإسلامية والقانون التونسي، لأن في ذلك حماية للحائز الذي يحقق الوظيفة الاجتماعية، وما ترفيع المدة إلى ثلاثين عام إلا من باب حماية المالك كون الوارث سيء النية في حيازته، وكذلك كان من الأفضل للمشرع الفلسطيني وحماية للشريك المالك في مواجهة الشريك الحائز سيء النية أن يرفع

¹ معظم التشريعات العربية تعتمد مدة خمسة عشر عاماً كمدة أصلية سواء في التقادم المكسب أو المسقط وكذلك تبنت هذه المدة مجلة الأحكام العدلية، إلا أن القانون المدني الفرنسي جعلها ثلاثين عاماً. مشار إليه محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، مركز النشر الجامعي، تونس، ط 2، 2003، ص 314.

² حيث المشرع الفلسطيني على أنه "من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً على عقار، غير مسجل في دائرة التسجيل، حيازة قانونية، واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة كان له أن يكسب ملكية العقار أو الحق العيني". وكذلك نص المشرع التونسي على أنه "من حاز عقاراً أو حقاً عينياً على عقار مدة خمسة عشر عاماً بصفة مالك حوزا بدون، شغب مشاهدا مستمرا وبدون انقطاع ولا التباس كانت له ملكية العقار أو الحق العيني بوجه التقادم، والحوز المعيب لا تأثير له إلا من وقت زوال العيب". نبيلة الكراي الوريبي، حائز العقار، ص 507.

³ العربي الماجري، الحيازة في العقار "الأرض ما أتصل بها من بناء وشجر"، م ق ت، مرجع سابق، ص 14.

⁴ محمدي فريدة، الحيازة والتقادم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ت، ص 90 وما بعدها.

⁵ العربي الماجري، الحيازة في العقار "الأرض ما أتصل بها من بناء وشجر"، م ق ت، مرجع سابق، ص 14.

مدة التقادم اللازمة إلى ثلاثين عاماً أسوة بالشرعية والمشرع التونسي وذلك من باب التوازن وحماية للمالك من سوء نية الحائز.

ب : التقادم المكسب القصير :

يعرف كذلك بالتقادم المخفض، وحتى يتمكن الحائز من كسب الملكية بالتقادم القصير لا بد أن يتوافر له من الشروط ما يشترط في التقادم الطويل؛ فيجب أن تكون حيازته قانونية، وكذلك لا بد أن تستمر مدة زمنية معينة، وفي التقادم القصير تختلف المدة نظراً للطبيعة الخاصة له، وحتى يستفيد الحائز من التقادم القصير لا بد أن يكون حسن النية ويستند في حيازته إلى سبب صحيح، فإذا توافر ذلك للحائز فإن مدة التقادم تُخفض وتصبح خمس سنوات في القانون الفلسطيني، وعشر سنوات في القانون التونسي، بدلاً من خمسة عشر سنة في التقادم الطويل، فرعاية من المشرع لهذه الاعتبارات التي قامت عليها الحيازة قرر المشرع أن يُخفض مدة التقادم العام¹ في هذه الحالة، وهذا ما أشار القانون الفلسطيني إلى ذلك في المادة 1092 ق م ف حين نص على أنه حيث نصت على أنه "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني على عقار وكانت مقترنة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن المدة اللازمة لكسب هذا الحق تكون خمس سنوات"، وكذلك فعل القانون التونسي حين أشار إلى ذلك في الفصل 46 م ح ع فنص على أنه "تُخفض مدة التقادم إلى عشر سنوات إذا انجر الحوز بحسن نية وبمقتضى عمل قانوني من شأنه أن تنتقل به الملكية لو صدر ممن له الحق"، ولئن اختلف تشريعاً المقارنة في المدة اللازمة للتقادم القصير إلا أنهم اتفقوا في باقي الأحكام، والاختلاف في المدة طويلاً وقصراً ليس خلافاً جوهرياً، إنما يرجع ذلك لاعتبارات السياسة التشريعية وظروف كلاً من البلدين، وقد يلتبس الأمر بين التقادم القصير وبين التقادم الخاص بالعقارات الفلاحية والمستند إلى شهادة الحوز كونهما يشتركان في مدة العشر سنوات وهذا ما سيتم توضيحه بالتفصيل عند التعرض للتقادم المستند لشهادة الحوز².

المبحث الثالث : تقادم عقارات الدولة :

نظراً لاتساع أملاك الدولة وانتشارها فإن اعتداءات الأفراد كثيراً ما تقع عليها، ونظراً لتشعبها وتناثرها في أرجاء البلاد فإنه يصعب على الدولة أو الهيئات العامة أن تدفع الاعتداء عنها في الوقت المناسب، وهذه الأملاك تعود للدولة (أولاً)، أو لإحدى هيئاتها العامة (ثانياً).

أولاً : أملاك الدولة والتقادم المكسب :

تتنوع أملاك الدولة بين أملاك عامة مسخرة لخدمة الصالح العام، وأملاك خاصة ليس لها علاقة بالصالح العام، ما يوجب التعرض لتقادم أملاك الدولة العامة (أ)، والخاصة (ب).

¹ علي كحلون، التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحيين، ص 215 وما بعدها.

² تم الإشارة إليه عند الحديث عن نطاق التقادم المكسب في العقارات الخاصة.

أ : أملاك الدولة العامة :

تعتبر أملاك الدولة العامة غير خاضعة للحيازة وبالتالي غير خاضعة للتقادم المكسب¹، وهذا ما تجمع عليه التشريعات المختلفة، وذلك نظراً للغاية التي خصص من أجلها ملك الدولة العام²، ويُعرّف القانون الفلسطيني الأموال العامة في المادة 71 ق م ف حيث نص على أنه "تعد أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون"، ولم يورد القانون التونسي تعريفاً للأموال العامة كما فعل القانون الفلسطيني، لكنه اعتمد على ذكر ما يعتبر من المال العام على سبيل المثال وذلك في أمر 24 سبتمبر لسنة 1885 الذي ينظم الأملاك العامة في تونس، وطالما أن الغاية من الأملاك العامة هو تحقيق النفع العام فقد منع القانون كسب ملكيتها بالتقادم، حيث أشار القانون الفلسطيني إلى ذلك في الفقرة الثانية من المادة 1093 ق م ف حين نص على أنه "لا يجوز تملك الأموال المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، أو الوقف، أو كسب أي حق عيني على هذه الأموال بالتقادم"، والقانون التونسي وإن لم يحظر كسب أملاك الدولة العامة في مجلة الحقوق العينية كما فعل القانون الفلسطيني، إلا أنه نص على ذلك في الأمر المؤرخ في 24 سبتمبر 1885 الذي ينظم ملك الدولة العام، فقرر هذا الأمر عند ذكره لخصائص ملك الدولة العام، حيث ذكر أنه لا يجوز التفويت³ فيه ولا ملكه بطول مدة الحوز، فلا يجوز لفرد أن يستأثر بما هو مخصص للمنفعة العامة⁴، وخشية من تفويت المنفعة المرجوة من الأملاك العامة فقد أغلق تشريعاً المقارنة هذا الباب بشكل مطلق، وبذلك منعوا الأفراد من حيازتها وكسبها بالتقادم⁵، ولم يرد تحديد في القوانين لأنواع الأملاك العامة، إذ أن ذلك لا يمكن حصره وبقى من عمل الفقه القانوني، إلا أن التشريعات نصت على ما يميز المال العام، فيعتبر من الأملاك العامة كل ما هو مملوك للدولة ومخصص للمنفعة العامة، كالجسور والطرق العامة والحدائق والبحار والأنهار والشواطئ⁶، وبناءً على ذلك فإنه يعتبر من الملك العام كل ما لا يمكن للأفراد تملكه سواء لطبيعته أو بسبب الهدف الذي خصص من أجله⁷، وهذا ما أكده فقه القضاء، حيث أقرت محكمة التعقيب هذا المبدأ في قرار لها "إذ يمنع وبصفة مطلقة اكتساب أملاك الدولة العامة وتوابعها بالحوز الطويل أو بالأحرى بالحوز القصير"⁸.

ب : أملاك الدولة الخاصة :

تثير أملاك الدولة الخاصة الكثير من الخلاف حول إمكانية حيازتها وبالتالي كسب ملكيتها بالتقادم، وهذا الخلاف واضح بين الفقه والتشريعات، مما يؤثر على أحكام القضاء فيصيبها بشيء من التناقض، وتشمل أملاك الدولة الخاصة الكثير من العقارات التي تضم الأراضي والمنشآت غير المخصصة للمنفعة العامة وغالبية الغابات والجبال والصحاري، وكل العقارات غير المملوكة للأفراد، وكذلك الأراضي الموات فهي مملوكة للدولة دون الحاجة إلى سند ملكية، حيث أشار القانون الفلسطيني إلى ذلك في المادة 993 ق م ف حين نص على أن "الأراضي الموات والتي لا

¹ فتحي حسن مصطفى، الملكية بوضع اليد، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1990، ص 9.

² أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، ط 1، 1970، ص 15.

³ التفويت: مصطلح تونسي يقصد به التصرف.

⁴ محمد البشير، غني طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 201 وما بعدها.

⁵ أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، مرجع سابق، ص 15 وما بعدها.

⁶ حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق مقارنة بالقانون المدني المصري والسوري، مرجع سابق، ص 308.

⁷ Dufau Jean : Le domaine public Tome 1. Collection l'actualité juridique 3ème édition. Paris 1990, p 35.

⁸ قرار تعقيبي مدني مدني عدد 10521 مؤرخ في 9 ديسمبر 1985، ن. ت، ج 2 القسم المدني، ص 319.

مالك لها تكون ملكا للدولة"، وكذلك فعل القانون التونسي في الفصل 23 م ح ع حين نص على أن "العقارات التي لا مالك لها ملك للدولة"، وكذلك فإن كل عقار مملوك للدولة وغير مخصص للنفع العام يدخل في الأملاك الخاصة للدولة¹، وحتى تلك العقارات والأملاك العامة والتي انتهى تخصيصها للنفع العام تعود إلى ملك الدولة الخاص²، وهذا ما أشار إليه القانون الفلسطيني في المادة 72 ق م ف حين نص على أنه "تفقد الأموال العامة هذه الصفة بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة، وينتهي هذا التخصيص بمقتضى القانون، أو بالفعل، أو بانتهاء الغرض الذي خصصت من أجله تلك الأموال للمنفعة العامة".

يبدو أن تشريعي المقارنة لم يكونا واضحين بشأن تملك الأملاك الخاصة بالتقادم كما كانا في شأن الأملاك العامة للدولة، ويظهر عدم الوضوح باستقراء النصوص التشريعية بشكل عام، حيث أشار القانون الفلسطيني في المادة 1093 ق م ف بأنه "لا يجوز تملك الأموال المملوكة للدولة،"، وبذلك لم يفرق النص بين الأملاك العامة والخاصة فكلاهما من أملاك الدولة وبالتالي يخضعان لنفس الحكم من حيث عدم جواز حيازتهما وكسب ملكيتهما بالتقادم، وقد أشار القانون الفلسطيني إلى ذلك مرة أخرى في معرض حديثه عن الأراضي التي لا مالك لها والأراضي الموات، والتي تعتبر من قبيل أملاك الدولة الخاصة، حيث نص في الفقرة الثانية من المادة 993 ق م ف على أنه "لا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للقانون"، وهذه إشارة أخرى من القانون الفلسطيني للدلالة على أن أملاك الدولة الخاصة لا يجوز حيازتها وكسبها بالتقادم، وإن كان الحال يتسم بالضبابية فيما يتعلق بالقانون المدني الفلسطيني الذي ينظم موضوع الحيازة، إلا أنه وبتفحص تشريعات فلسطينية أخرى صدرت في فترة الحكم المصري لقطاع غزة³، يظهر أن القانون رقم 5 لسنة 1960 والخاص بأملاك الدولة الخاصة يمنع وبشكل صريح تملك هذه الأموال بالتقادم حيث أشار إلى ذلك في المادة الأولى منه حين نص على أنه "لا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للحكومة أو الأشخاص الاعتبارية العامة، وكذلك أموال الأوقاف الخيرية، أو كسب أي حق عيني عليها بالتقادم. كما لا يجوز التعدي عليها وفي حالة حصول التعدي يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إدارياً بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة"، ويبدو أن المشرع الفلسطيني والذي كان يخضع وقت إصداره لهذا القانون للإدارة المصرية قد تأثر بشكل كبير بالمشرع المصري في هذا الجانب، لدرجة أنه اقتبس هذا النص المتعلق بأملاك الدولة الخاصة كما هو، فقد نص المشرع المصري على ذلك في الفقرة الثانية من المادة 970 من القانون المدني⁴ والمعدلة بالقانون رقم 147 لسنة 1957 على أنه "لا يجوز تملك الاموال الخاصة المملوكة للدولة أو الاشخاص الاعتبارية العامة، وكذلك اموال الاوقاف الخيرية، أو كسب أي حق عيني عليها بالتقادم، كما لا يجوز التعدي عليها وفي حالة حصول التعدي يكون للجهة صاحبة الشأن حق ازالته ادارياً بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة"، وبذلك يكون

¹ رضا عبد الحليم عبد الباري، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، مرجع سابق، ص 251.

² أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، مرجع سابق، ص 25 وما بعدها.

³ حيث أن الوضع القانوني في فلسطيني يتسم بالتشتت والضبابية وعدم الاستقرار وذلك نتيجة لعدة عوامل؛ أهمها الاحتلال الإسرائيلي وما نتج عنه من فصل جغرافي بين ما تبقى من فلسطيني، وما زاد الأمر تعقيداً هو حالة الانقسام بين الاحزاب الحاكمة في الساحة الفلسطينية، وما زاد الأمر تعقيداً هو أن فلسطين خضعت في القرن الماضي للحكم العثماني ثم للانتداب البريطاني وكذلك للحكم المصري "لقطاع غزة"، والأردني "للضفة الغربية" ثم للاحتلال الإسرائيلي ثم قدوم السلطة الفلسطينية عام 1994، ورغم ذلك استمر نفوذ الاحتلال الاسرائيلي وكذلك استمر تأثير القوانين الأردنية والمصرية نتيجة الارتباط الجغرافي والتبعية السياسية، كل ذلك أدى إلى التشتت والضبابية وعدم الاستقرار التشريعي في الأراضي الفلسطينية. فتجد بعض القوانين السارية من زمن الدولة العثمانية وبعضها من زمن الانتداب البريطاني وبعضها يرجع لزمن الحكم المصري وهكذا. مشار اليه محمد عابد، الدليل المرشد للتشريعات الفلسطينية، ديوان الفتوى والتشريع، وزارة العدل، فلسطين، 2009، ص 8 وما بعدها.

⁴ القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

المشرع المصري وكذلك الفلسطيني قد حسموا الأمر بمنح حيازة أملاك الدولة الخاصة، وبالتالي عدم خضوعها للتقادم المكسب، وبهذا يكون المشرع الفلسطيني قد أسبغ على أملاك الدولة الخاصة نفس الحماية والحصانة التي لأملاك الدولة العامة، وقد بالغ المشرع الفلسطيني في فرض الحماية والحصانة على أملاك الدولة الخاصة حين منح للدولة حق إزالة أي تعديت على هذه الأملاك إدارياً دون الرجوع للقضاء، كما لو كان الاعتداء واقعاً على أملاك الدولة العامة.

لكن الحال يختلف في القانون التونسي حيث لا يوجد نص واضح ينظم هذه المسألة، حيث تخضع أموال الدولة الخاصة في تونس إلى الأمر المؤرخ في 18 جوان 1918، ويتفحص نصوص هذا الأمر، لاسيما الفصل 15 منه والذي يمنع استغلال أملاك الدولة الخاصة دون الحصول على ترخيص مسبق من الدولة، وكذلك الفصل الأول من الأمر والذي ينص على أن "ملك الدولة الخاص هو عبارة عما للدولة من الربيع والعقار...، سواء كان في حوزها وتصرفها الآن أو لم يكن كذلك غير أن في إمكانها القيام باستحقاقه لكونه بيد أفراد لا حق لهم عليه"، يتضح من هذين الفصلين أن ملك الدولة الخاص لا يجوز استغلاله إلا بترخيص من الدولة وبالتالي لا يجوز كسبه بالتقادم، كذلك أشار الفصل الأول من الأمر إلى إمكانية قيام الدولة باسترداد أملاكها التي في حيازة الأفراد دون مسوغ قانوني ودون وجه حق، وكذلك فقد أشار القسم الثاني من الأمر السابق إلى جواز اكتساب حق انتفاع بالتقادم على أملاك الدولة الخاصة ما يعني وبمفهوم المخالفة أنه لا يجوز اكتساب ملكية هذا النوع من الأملاك بالتقادم.¹

من خلال استقراء النصوص السابقة يظهر أن المشرع التونسي وإن لم يشر صراحة إلى عدم جواز حيازة أملاك الدولة الخاصة إلا أن ذلك يفهم ضمناً من نصوص الأمر السابق، وما يدعم هذا التفسير ما أورده فقه قضاء محكمة التعقيب من رفض أحكام القضاء التي أجازت للأفراد كسب أملاك الدولة الخاصة بالحيازة، وأكد على عدم جواز حيازة أملاك الدولة بغض النظر كانت عامة أو خاصة²، لكن رغم ذلك ونتيجة لعدم وجود نص واضح يفصل في المسألة، فقد تضاربت قرارات التعقيب، حيث ذهبت محكمة التعقيب في قرار آخر لها بعكس ما جاء به القرار السابق، حيث اعتبرت أنه يجوز اكتساب أملاك الدولة الخاصة بالتقادم متى توافرت شروطه³، وكذلك ذهب بعض الفقه في تونس⁴ وغيرها⁵ إلى جواز اكتساب أملاك الدولة الخاصة بالحيازة، نظراً لطبيعتها وكذلك لاتحاد العلة بينها وبين الأملاك الخاصة بالأفراد، وما يعزز موقف الرأي الثاني القائل بإمكانية كسب أملاك الدولة الخاصة بالتقادم هو ما ذهبت إليه محكمة التعقيب في أحد قراراتها حيث اعتبرت أنه يستشف من الفصلين 12 و14 من مجلة الغابات⁶

¹ هاجر فطناسي، ملكية المنقول، مرجع سابق، ص 171 وما بعدها.

² قرار تعقيبي مدني مدني عدد 12354 مؤرخ في 16 ديسمبر 1985، ن.ت، ج.2، القسم المدني، ص 326.

³ قرار تعقيبي مدني عدد 11281، مؤرخ في 5 نوفمبر 2007، ن.ت، لعام 2007، ج 1، ص 243.

⁴ الهادي سعيد، تطور الملكية العقارية وأثره في تونس، مرجع سابق، ص 297.

⁵ حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق مقارنة بالقانون المدني المصري والسوري، مرجع سابق، ص 39.

⁶ مجلة الغابات التونسية عدد 20 لسنة 1988، حيث نص الفصل 12 منها على "يشمل ملك الدولة للغابات ما يلي : العقارات الغابية المسجلة لفائدة الغابات، وأراضي الغابات ذات الصبغة الغابية أو المزمع إعادة تشجيرها والمكتسبة عن طريق الشراء بالمرضاة أو بواسطة الانتزاع، والأراضي غير المسجلة المنصوص عليها بالفصل 3 (الفقرتان 1 و2) من هذه المجلة والمحتمل أنها من أملاك الدولة"، وكذلك نص الفصل 14 من نفس المجلة على أنه "أملاك الدولة للغابات غير قابلة للتفويت ولا ينالها مفعول الحيازة بمرور الزمن بعد تسجيلها ولا يمكن تغيير وصفها. ولا يمكن إخراجها من حضيرة أملاك الغابات إلا في الحالات المنصوص عليها في هذه المجلة".

أن أراضي الغابات لا تكون محمية من الحيازة المكسبة إلا إذا كانت مسجلة¹، ما يعني أملاك الدولة الخاصة تكسب بالتقادم إذا لم تكن مسجلة، وبعد هذا التضارب بين قرارات محكمة التعقيب فقد استقر فقه القضاء التونسي حديثاً على أن أملاك الدولة الخاصة تخضع للتقادم المكسب، فقد قررت محكمة التعقيب في عدة قراراتٍ حديثة على جواز اكتساب أملاك الدولة الخاصة بالحيازة إلا إذا كانت مسجلة²، ما يعني أن التوجه الحالي لدى فقه القضاء التونسي يتماشى مع اعتبار أملاك الدولة الخاصة خاضعة للتقادم المكسب³، لذلك كان من الأجدر بالمشرع التونسي أن يكون واضحاً في شأن أملاك الدولة الخاصة وذلك منعاً للالتباس وتوضيحاً لموقفه بشكل واضح، ورغم هذه الضبابية إلا أن المشرع التونسي سعى لحماية أملاك الدولة الخاصة من الاعتداءات، حيث عمل على تحديدها وحصرها وبالتالي تسجيلها استناداً إلى أمر 18 جوان 1918، وبعد ذلك تصبح العقارات المسجلة باسم الدولة محمية بشكل مطلق من كل اعتداء، نظراً للحماية التي يضيفه التسجيل على هذه الأملاك⁴.

ويبقى نوعاً من العقارات له طبيعة خاصة، وهو ما يعرف في تونس بالعقارات الجماعية أو العقارات الاشتراكية، حيث اعتبر في بداية الأمر من أملاك الدولة الخاصة وذلك بموجب الأمر المؤرخ في 14 جانفي 1901، وتدرج الأمر إلى أن أصبحت هذه الأراضي ملكاً جماعياً شائعاً بين أفراد المجموعة، وتطور الأمر إلى أن اعترف المشرع للمجموعة بالشخصية المعنوية على هذا النوع من الأراضي، حيث عرف القانون عدد 28 لسنة 1964 الأراضي الاشتراكية حين أشار إلى ذلك في الفصل الأول منه حيث نص على أن "الأراضي الاشتراكية عقار غير قابل للحجز والتفويت فيه وسقوط الحق بمرور الزمن، وهي راجعة تحت الإشراف الإداري للدولة إلى المجموعة التي تتصرف فيها حسب الشروط المبسطة في القانون، وتشمل الأراضي الاشتراكية كافة الأراضي التي تتصرف فيها المجموعة بصفة مشتركة، أو الأراضي التي اقتسم أفراد المجموعة التصرف فيها بوجه عائلي أو شخصي"، ثم ما لبث الأمر أن تطور لتعمل الدولة على إسناد هذا النوع من العقارات على وجه الملكية الخاصة وذلك من خلال إصدار القانون عدد 7 لسنة 1971⁵، وذلك بهدف تحقيق العديد من الأهداف الاقتصادية والاجتماعية تتعلق بإحياء هذه الأراضي واستغلالها لتحقيق الوظيفة الاجتماعية للملكية، وكذلك بهدف تثبيت سكان هذه المناطق فيها منعاً من هجرتهم باتجاه المدن، ورغم ذلك لم يتم إسناد كل الأراضي الاشتراكية على وجه الملكية الخاصة نتيجة للعديد من الصعوبات، ومن خلال ما سبق يظهر كيف تدرج المشرع مع هذا النوع من العقارات من اعتباره ملكاً خاصاً للدولة إلى أن أصبح ملكاً للمجموعة تحت إشراف الدولة وفي الحالتين السابقتين كانت له من الحصانة ما يمنع كسبها بالتقادم، لكن سرعان من تم إسناد هذا النوع من العقارات على وجه الملكية الخاصة وذلك في إطار السعي لتحقيق تنمية شاملة من خلال تشجيع الأفراد على استغلال العقارات كونها أصبحت ملكاً خاصاً لهم⁶، وبالتالي فإن الأراضي الاشتراكية لا

¹ قرار تعقيبي مدني عدد 60508، مؤرخ في 5 جانفي 1999، ن. ت. لعام 1999، ج 2، ص 287.

² قرار تعقيبي مدني عدد 2483، مؤرخ في 4 نوفمبر 2013، م ق ت، لعام 2014، عدد 2، ص 139.

-قرار تعقيبي مدني عدد 59903، مؤرخ في 27 ديسمبر 2011، م ق ت، لعام 2013، عدد 10، ص 143.

-قرار تعقيبي مدني عدد 54983، مؤرخ في 28 فيفري 2012، م ق ت، لعام 2013، عدد 2، ص 135.

³ LIPTAZ Leonard Le domaine public en tunisie : Thèse de doctorat en droit Paris 1954, p11.

⁴ علي كحلون، القانون العقاري الخاص، مرجع سابق، ص 95 وما بعدها.

⁵ تم تنقيحه حديثاً بالقانون عدد 69 لسنة 2016 مؤرخ في 10 أوت 2016.

⁶ علي كحلون، القانون العقاري الخاص، مرجع سابق، ص 75 وما بعدها.

تقبل التقادم المكسب إلا من وقت صيرورتها ملكاً خاصاً¹، وهذا ما أكد عليه فقه القضاء التونسي²، حيث اعتبر أن الأراضي الاشتراكية لا تصلح للتقادم المكسب إلا من تاريخ خروجها من هذا النظام وصدور قرار الإسناد بذلك³، ومن خلال ما سبق يتضح كيف وصل المشرع إلى قناعته بأن اسناد هذا النوع من العقارات على وجه الملكية الخاصة وبالتالي خضوعه للتقادم المكسب له الأثر الكبير في انعاش الاقتصاد، مما يعزز التوجه المناهض بإخضاع أملاك الدولة الخاصة للتقادم المكسب وذلك تحقيقاً للتنمية الاقتصادية التي تصبوا إليها الدولة وذلك من خلال تبنيها للوظيفة الاجتماعية للملكية.

كذلك الحال فهناك نوعٌ من الأراضي في فلسطين له طبيعة خاصة، وهو ما يعرف بالأراضي الأميرية⁴، وهي التي تقع خارج المدن والقرى، حيث أن الكثير من هذه الأراضي موجودة في أيدي الناس ولكن ملكيتها راجعة للدولة⁵، ويعود أصلها لزمن الفتح الإسلامي زمن الخليفة عمر بن الخطاب، فهذه الأراضي وإن بقيت ملكية الرقبة فيها للدولة إلا أنها في أيدي الأفراد منذ زمن بعيد يزرعونها ويسكنونها وينتفعوا بها، وقد درج التعامل بين الناس منذ زمن على أن يتصرفوا فيها بيعاً وشراءً حتى أصبحت في عرف الناس كالملكية الخاصة، لكن ذلك وإن كان واقعاً إلا أنه لا يغير من طبيعة هذه الأرض والتي ترجع ملكية الرقبة فيها للدولة وملكيتها المنفعة فقط للأفراد تحت مسمى حق التصرف⁶، فلهم أن ينتفعوا بها وكذلك لهم أن يتصرفوا بها على سبيل بيع المنفعة لا بيع الرقبة⁷، ونتيجة لهذا الواقع وكون هذا النوع من الأراضي يرجع لملك الدولة الخاص فإن الدولة ملكت بعض الأفراد هذا النوع من الأراضي، حيث أن قانون الأراضي العثماني⁸ اعتبر أن الأراضي الأميرية التي ملكت تمليكاً صحيحاً تعتبر من الأملاك الخاصة بالأفراد⁹، وكون بعض الأراضي الأميرية أصبحت ملكية خاصة للأفراد فإنها تخضع لما تخضع له الأملاك العقارية الخاصة من الأحكام ومنها خضوعها للتقادم المكسب¹⁰، وهذا ما أكد عليه قانون التصرف بالأموال غير المنقولة لسنة 1913، وكذلك فإن التشريعات المتعاقبة سمحت أحياناً للأشخاص المعنوية من شركات ومجموعات زراعية وجمعيات بالتصرف بهذا النوع من الأراضي بهدف انعاش الاقتصاد وهذا ما أكد عليه قانون تصرف

¹ أحمد بن طالب، التفويت في ملك الغير، مرجع سابق، ص 548.

² قرار تعقيبي مدني عدد 43938، مؤرخ في 22 أكتوبر 1996، ن ت، لعام 1996، ج 2، ص 325.

³ قرار تعقيبي مدني عدد 1376، مؤرخ في 14 جويلية 2000، ن.ت، لعام 2000، ج 1، ص 239.

⁴ يرجع أصلها للأراضي التي فتحت في عهد سيدنا عمر بن الخطاب وتركها ومن بعده في أيدي أهلها وعلينهم فيها الخراج وسمت أراضي السواد وبقيت ملكاً لأهلها بدون منازع، يملكونها ويتصرفون فيها حسب مصالحهم، وذلك دون اعتراض من الأفراد أو الدولة، واشتراها المسلمون وتوارثوها حسب نظام الإرث الإسلامي بإقرار الدولة الإسلامية على مَرَّ العصور، ثم حصل النزاع عليها أثناء حكم العثمانيين، فالبعض اعتبرها وقفاً للمسلمين وهي في يد المتصرفين فيها مقابل أجره يدفعونها للدولة تمثل خراجها، واعتبرها آخرون ملكاً لأصحابها بتملك سيدنا عمر وتأخذ الدولة ضريبة هي الخراج ولأصحابها حق بيعها وتوارثها كباقي الأموال، ومنهم من قال أنها ملك للدولة ويملك أصحابها التصرف فيها على سبيل الأجرة التي هي خراجها. مشار إليه في موسوعة القانون جورسبيديا على الانترنت، بتاريخ 2016/12/29. (<http://ar.jurispedia.org/index.php>).

⁵ حامد النعناوي، حقوق الملكية العقارية بفلسطين، دار الميزان للنشر، تونس، ط 1، 2006، ص 23.

⁶ نظم المشرع الفلسطيني حق التصرف كحق عيني متفرع عن حق الملكية يعطي صاحبه حق استعمال واستغلال العقار والتصرف في منفعته وتبقى ملكية الرقبة للدولة، ولا يرد هذا الحق إلا على الأراضي الأميرية.

⁷ جورج شدراوي، الوجيز في التحديد والتحرير والسجل العقاري، مرجع سابق، ص 10 وما بعدها.

⁸ قانون الأراضي العثماني لسنة 1858، حيث أنه ما زال سارياً لأن في فلسطين.

⁹ حيث نصت المادة الثانية من قانون الأراضي العثماني على أن "الأراضي المملوكة أربعة أنواع:.....،

النوع الثاني: الأراضي التي افرزت من الأراضي الاميرية وملكت تمليكاً صحيحاً بناء على المسوغ الشرعي على ان يحصل التصرف بها بانواع اوجه الملكية".

¹⁰ خليل قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، ج 1، حق الملكية، مرجع سابق، ص 98.

الأشخاص المعنويين بالأموال الغير المنقولة لسنة 1913، وبهذا يظهر أن الأراضي الأميرية ذات طبيعة خاصة، فما كان مملوكاً منها للدولة يخضع لما تخضع له أملاك الدولة الخاصة، وما تم تملكه للأشخاص يخضع للأحكام التي تخضع لها الملكية الخاصة في شأن خضوعها للتقادم المكسب، إلا أن قضاء النقض المصري وفي قرار له قد اعتبر أن الأراضي غير المنزرعة "الأميرية" يمكن أن تخضع للتقادم المكسب وذلك لطبيعتها الخاصة، وبذلك يتضح أن القضاء المصري فرق بينها وبين أملاك الدولة الخاصة والتي منع كسبها بالتقادم¹.

ومن خلال ما سبق وبالرجوع لمعيار الموازنة بين الحيابة والملكية والذي يستند إلى تحقيق وظيفة الملكية بالإضافة إلى نية الحائز فإنه يمكن الوقوف على بعض الملاحظات، فبغض النظر أكانت الحصانة الممنوحة للأملاك الدولة الخاصة ضمنية كما في القانون التونسي أو صريحة كما في القانون الفلسطيني، فإن في هذه الحصانة مبالغة ومجانبة للصواب وتعارضاً مع السياسة التشريعية التي سعى من خلالها المشرع لتكريس الوظيفة الاجتماعية للملكية بهدف دعم الاقتصاد الوطني وازدهاره، وكذلك فإن الدولة وكما تكون في بعض الأحيان صاحبة سلطة وسيادة، فهي في بعض الأحيان والتصرفات المدنية تكون كما الأفراد العاديين، ترمم التصرفات القانونية بيعاً وشراءً، والأصل أن تبقى أملاكها الخاصة خاضعة لنفس المعيار الذي تخضع له الملكية الخاصة بالأفراد²، حيث أن حق الدولة على أملاكها الخاصة حق مدني محض ولا علاقة له بالإدارة العامة كونه غير مخصص للنفع العام³، وهذه الضبابية في موقف المشرع دفعت القضاء التونسي إلى الحكم بصحة الحيابة المكسبة والواقعة على أرض للدولة في مواجهة مشتري من الدولة، إلا أن محكمة التعقيب نقضت الحكم واعتبرت أن الحيابة لا تصلح لمعارضة عقد شراء الأرض من الدولة⁴، وفي ذلك تناقض واضح، إذ كيف للدولة أن تبيع العقار باعتبارها شخصاً عادياً ثم تحصن هذا العقار من الحيابة المكسبة بما للدولة من حصانة، وكان الأحرى بالمشرع وتماشياً مع سياسته التشريعية الهادفة إلى تكريس الوظيفة الاجتماعية للملكية أن يسمح بخضوع أملاك الدولة الخاصة للتقادم المكسب، وطالما أن هذه الأملاك غير مخصص للنفع العام فما الذي يمنع كسب ملكيتها بالتقادم إذا ما أهملتها الدولة وتركتها ولم تستغلها بإدخالها في الدورة الاقتصادية؟.

قد يسوق بعض الفقه مبررات لفرض الدولة حمايةً على أملاكها الخاصة كتبعثر أملاك الدولة وكثرتها وبالتالي لا تستطيع حمايتها في الوقت المناسب في مواجهة حيابة الأفراد، هذا وإن كان مبرراً واقعياً لكنه غير كافي لفرض هذه الحماية، لاسيما بالنظر إليه في ضوء النفع الاقتصادي الذي سيتحقق بإدخال هذا النوع من العقارات في الدورة الاقتصادية، وكذلك فإن هنالك من الأفراد من يمتلكون الكثير من العقارات فهل هذا مبرراً لهم لعدم سريان التقادم في مواجهة أملاكهم، ثم إن الحيابة لها أهدافاً اجتماعية واقتصادية تعود بالنفع على المجتمع، ومن شأن منع حيابة أملاك الدولة الخاصة إشاعة عدم الاستقرار في التعامل والتأثير على الاقتصاد الوطني، وذلك بسبب ترك الدولة لأملاكها مهملة دون استغلال وكذلك منعها للأفراد من حيابة هذه العقارات، وكما سمح المشرع التونسي بخضوع العقارات الاشتراكية للتقادم بهدف تنمية الاقتصاد الوطني كان الأجدر بتشريعي المقارنة أن يسمح بكسب أملاك الدولة الخاصة بالتقادم أسوة بالأملاك الخاصة للأفراد لاسيما إذا كان الحائز حسن النية وذلك تحقيقاً للوظيفة

¹ قرار نقض مدني مصري رقم 122، سنة 27 ق، جلسة 1962/11/8، ص 13، 981. مشار اليه سعيد أحمد شعله، قضاء النقض المدني في التقادم، مرجع سابق، ص 99.

² علي كحلون، القانون العقاري الخاص، مرجع سابق، ص 101.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني؛ حق الملكية؛ مع شرح مفصل للأشياء والأموال، ج 8، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ص 166 وما بعدها.

⁴ قرار تعقيبي مدني عدد 5852، مؤرخ في 1982/3/16، ن.ت، لعام 1982، ج 2، ص 271.

الاجتماعية للملكية التي تتبناها ودعمًا لاستقرار المعاملات وحفاظاً على ازدهار الاقتصاد في المجتمع¹، وفي المقابل فإن الدولة بقدراتها وإمكاناتها قادرة على أن تقرر من الأساليب والأليات ما يضمن قطع التقادم في مواجهة الأفراد الذين يجوزون هذه الأملاك².

ثانياً : أملاك الهيئات العامة والتقادم المكسب :

تقوم الهيئات العامة بدور مهم في تحقيق النفع العام في المجتمع، وتبعاً لذلك فإن لها من الأملاك والعقارات ما يصعب عليها حمايتها من مشاغبات الأفراد، ما يوجب البحث في مدى خضوع هذا النوع من العقارات للتقادم المكسب، ما يعني التعرض لأبرز هذه الهيئات متمثلةً بأملاك الوقف (أ)، وأملاك البلديات (ب).

أ : أملاك الوقف :

تعتبر العقارات التابعة للوقف محل خلاف بين التشريعات من حيث صلاحيتها للخضوع للتقادم المكسب، حيث تعرف عقارات الوقف بأنها الأملاك المحبسة عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه الخير³، ويعرف الوقف كذلك بأنه تحبيس الأصل وتسييل المنفعة أو الثمرة⁴، ونظراً للخصوصية التي تحيط بالعقارات الموقوفة بسبب طبيعتها ونتيجة لنفعها الذي يعود على فئة من المجتمع⁵ أو على وجه من أوجه الخير⁶ فقد اختلفت التشريعات بشأنها فمنها من أسبغ عليها حماية خاصة يجعل المدة اللازمة لكسب ملكيتها بالتقادم طويلة جداً، ومنهم من أسبغ عليها حماية مطلقة فمنع التقادم أن يرتب أي أثر في مواجهتها⁷، فالمشرع الفلسطيني أخذ بالحماية المطلقة للعقارات الموقوفة أسوةً بعقارات الدولة الخاصة والعامة، فقد أشار إلى ذلك في الفقرة الثانية من المادة 1093 ق م ف حين نص على أنه "لا يجوز تملك الأموال المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، أو الوقف، أو كسب أي حق عيني على هذه الأموال بالتقادم"، بينما لا يوجد في القانون التونسي مقابل لهذا النص، وذلك لأن الوقف ألغي⁸ في تونس، حيث ألغيت الأوقاف العامة بموجب الأمر المؤرخ بتاريخ 31 ماي 1956، وكذلك ألغيت الأوقاف الخاصة والمشاركة بموجب الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957، وبذلك تكون جميع الأوقاف قد ألغيت، وقد منع بموجب هذا الأمر إنشاء أوقاف جديدة في المستقبل، ووزعت هذه الأوقاف بحسب نوعها، إما على المنتفعين منها إذا كانت أوقاف خاصة، أو عادت ملكيتها إلى أملاك الدولة الخاصة إذا كانت أوقاف عامة⁹، ما يعني أن أملاك الوقف ومن تاريخ إلغائه يجوز تملكها بالحيازة إذا أصبحت ملكية خاصة¹⁰، وهذا ما أكدته فقه القضاء التونسي

¹ محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية، مرجع سابق، ص 54.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني؛ أسباب كسب الملكية؛ مرجع سابق، ص 999.

³ حامد النعناعوي، الوجيز في قانون السجل العيني، دار الميزان، تونس، ط 1، 2002، ص 249 وما بعدها. قادري نادية، النطاق القانوني للحيازة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 32.

⁴ خليل قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، ج 1، حق الملكية، مرجع سابق، ص 101.

⁵ عبد العلي العبودي، الحيازة فقهاً وقضياً، مرجع سابق، ص 109 وما بعدها.

⁶ حامد النعناعوي، حقوق الملكية العقارية بفلسطين، دار الميزان للنشر، تونس، ط 1، 2006، ص 27.

⁷ حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 26.

⁸ أمر علي مؤرخ في 18 جويلية 1957، والذي يتعلق بإلغاء نظام الأعباس الخاصة والمشاركة، منشور في الرائد الرسمي، عدد 58 بتاريخ 19 جويلية 1957.

⁹ حامد النعناعوي، الوجيز في قانون السجل العيني، دار الميزان، تونس، ط 1، 2002، ص 249 وما بعدها.

¹⁰ علي كحلون، القانون العقاري الخاص، مرجع سابق، ص 83 وما بعدها.

في قرار له حيث اعتبر أن الحيابة القانونية تصلح لاكتساب أملاك الوقف بعد إلغائه و صيرورتها أملاكاً خاصة¹، لكن الأمر يختلف في مجلة الأحكام العدلية حيث أنها تجيز حيازة أملاك الوقف لكنها رفعت المانعة من سماع دعوى الحق إلى ست وثلاثين سنة نظراً لطبيعة هذه العقارات².

ب : أملاك البلديات :

للبلديات أو الهيئات العامة الأخرى أملاك خاصة بها، وهذه الأملاك قد تكون أملاك عامة أو أملاك خاصة لا علاقة لها بالنفع العام، فما هو حكم كسب هذه الأملاك بالتقادم؟ أجاب القانون الفلسطيني على ذلك في القانون رقم 5 لسنة 1960 حين نص على أنه "لا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للحكومة أو الأشخاص الاعتبارية العامة، وكذلك أموال الأوقاف الخيرية، أو كسب أي حق عيني عليها بالتقادم. كما لا يجوز التعدي عليها وفي حالة حصول التعدي يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إدارياً بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة"، وكذلك فعل المشرع التونسي في القانون الأساسي للبلديات³، حين نص في الفصل 122 منه على أن ملك البلدية العام لا يقبل التفويت ولا التملك بالحيابة مهما طالت المدة، وبذلك يبدو أن تشريعي المقارنة منحت أملاك البلدية والهيئات العامة التي في حكمها نفس الحكم الذي لأملاك الدولة العامة، ما يعني أن المشرع أضفى حمايته على أملاك الهيئات العامة أسوة بأملاك الدولة العامة لاتحادهما في الهدف والغاية، بالتالي لا يمكن أن تخضع للتقادم المكسب⁴.

والأمر كذلك بالنسبة للأملاك الخاصة بالهيئات العامة كالبلديات، حيث إن النصوص المنظمة للأملاك الدولة، قد أسبغت الحماية على أملاك الهيئات العامة كالبلديات سواء كانت أملاك خاصة أو عامة، فقد أشار إلى ذلك المشرع الفلسطيني في المادة السابقة من القانون رقم 5 لسنة 1960، وكذلك فعل المشرع التونسي حيث أحال في الفصل 127 من قانون البلديات أحكام الأملاك الخاصة للبلديات سواء في إدارتها أو التفويت فيها إلى أحكام الأمر المؤرخ في 24 سبتمبر 1885 والمنظم للملك العمومي للدولة، وبالتالي أسبغ عليها نفس الحماية التي تحظى بها أملاك الدولة العامة، ما يعني عدم خضوع أملاك البلديات الخاصة للتقادم المكسب.

مما سبق يتضح أن تشريعي المقارنة قد بالغوا في منع التقادم في مواجهة العقارات الخاصة بالهيئات العامة، ويبدو أنه من المستحسن أن يسمح المشرع بخضوع هذا النوع من العقارات كما أملاك الدولة الخاصة للتقادم المكسب وذلك بهدف تحقيق الوظيفة الاجتماعية للملكية لاسيما إن كان الحائز حسن النية، وهذا ما يسعى المشرع لتحقيقه من خلال إقرار التقادم المكسب وذلك لتحقيق الاستقرار في التعامل وتنمية الاقتصاد.

• نتيجة البحث الأساسية :

تتلخص نتيجة البحث الأساسية في أن العقارات العامة سواء كانت للدولة أو لأحدى هيئاتها العامة لا يجوز كسب ملكيتها بالتقادم المكسب سواء في القانون الفلسطيني أو التونسي، بينما في العقارات الخاصة المملوكة للدولة أو

¹ قرار تعقيبي مدني عدد 2431، مؤرخ في 23 مارس 1981، نشرية محكمة التعقيب، لعام 1981، ج 1، ص 131. مشار إليه: مصطفى صخري، مجلة الحقوق العينية مبحنة وفقاً للقانون عدد 34 لسنة 2010، ومعلق عليها بأحدث قرارات التعقيب، دار النهى، تونس، 2013، ص 64.

² حيث أشارت مجلة الأحكام على ذلك في المادة (1661) حيث نصت على أنه "تسمع دعوى المتولي والمرتقة التي هي في حق أصل الوقف إلى ست وثلاثين سنة ولا تسمع بعد مرور ست وثلاثين سنة. مثلاً إذا تصرف أحد في ملك ستاً وثلاثين سنة ثم ادعى متولي وقف أنه من مستغلات وقفي فلا تسمع دعواه".

³ القانون الأساسي للبلديات المؤرخ في 14 ماي 1975، منشور في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 34، 20 ماي 1975، ص 1260.

⁴ عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: أسباب كسب الملكية؛ مرجع سابق، ص 998.

لإحدى هيئاتها العامة لم يتفق التشريعيان، فالمرجع الفلسطيني اعتبر أن العقارات الخاصة والمملوكة للدولة أو لإحدى هيئاتها العامة تعامل مثل أملاك الدولة العامة بالتالي لا يجوز كسبها بالتقادم مطلقاً، لكن في القانون التونسي فالغموض سيد الموقف، فلا يوجد نص واضح يمنع أملاك الدولة الخاصة من الخضوع للتقادم المكسب ما سبب تضارباً في قرارات محكمة التعقيب التونسية، التي منعت سريان التقادم على عقارات الدولة الخاصة في بعض أحكامها وسمحت به في أحكام أخرى.

• توصية البحث الأساسية :

من المستحسن أن يكون المرجع التونسي واضحاً فيما يتعلق بأملاك الدولة الخاصة، وذلك بالسماح بخضوع أملاك الدولة الخاصة للتقادم المكسب، وكذلك من المستحسن أن يسمح المرجع الفلسطيني بخضوع هذا النوع من العقارات للتقادم المكسب، وذلك أسوة بالعقارات الخاصة بالأفراد حيث أن كلاهما يخضع لنفس الأحكام القانونية بيعاً وشراءً، وكذلك فإن أملاك الدولة الخاصة كثيرة جداً، ومهملة من جانب الدولة غالباً، وفي إخضاعها للتقادم المكسب مصلحة للمجتمع بحيث يقوم الأفراد بمجازتها واستغلالها وإدخالها في الدورة الاقتصادية للبلاد، وهذا ما يدفع الدولة إلى استغلال عقاراتها والحفاظ عليها خوفاً من كسب الأفراد للملكية بالتقادم، وفي كلا الحالتين فإن المصلحة ستعود على المجتمع من خلال تنافس الدولة والأفراد على استغلال العقارات المهملة والمتروكة، لذلك يبدو من المستحسن أن يقوم المرجع الفلسطيني والتونسي بالسماح للتقادم بأن يسري على الأملاك الخاصة المملوكة للدولة أو لإحدى هيئاتها العامة أسوة بما فعلا مع الأملاك الخاصة بالأفراد.

✓ المصادر والمراجع :

- أحمد فتحي زغلول، شرح القانون المدني، المطابع الأميرية، مصر، 1913.
- أحمد تيمور باشا، نظرة تاريخية في حدوث المذاهب الفقهية الأربعة، دار القادري، بيروت، ج1، ط 1، 1990.
- أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، ط 1، 1970.
- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.
- أنور طلبة، التقادم، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2004.
- الهادي سعيد، تطور الملكية العقارية وأثره في تونس، مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل، تونس، 1996.
- إياد محمد جاد الحق، مرور الزمان وأثره على الالتزام في المعاملات المدنية، مكتبة جامعة الأزهر، فلسطين، ط 1، 2012.
- خليل قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني، ج 1، حق الملكية، مكتبة جامعة الأزهر، فلسطين، ط 3، 2011 - 2012.
- رضا عبد الحلیم عبد الباري، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، مركز التعليم المفتوح "جامعة بنها"، مصر، 2009.
- سعيد أحمد شعله، قضاء النقص المدني في التقادم، منشأة المعارف، الاسكندرية، د.ت.
- عبد العلي العبودي، الحياة فقهياً وقضياً، المركز الثقافي العربي، المغرب، الطبعة الأولى، 1996.

- علي كحلون، القانون العقاري الخاص، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، طبعة ثانية مزيدة ومنقحة، 2010.
- عبد العظيم شرف الدين، تاريخ التشريع الاسلامي وأحكام الملكية والشفعة والعقد، العربي للنشر، القاهرة، ط 3، 1985.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني؛ حق الملكية؛ مع شرح مفصل للأشياء والأموال، ج 8، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، د.ت.
- الوسيط في شرح القانون المدني؛ أسباب كسب الملكية؛ مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية "حق الانتفاع وحق الارتفاق"، ج 9، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، د.ت.
- عبد المجيد الزروقي، الأموال "الحقوق العينية الأصلية"، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط 1، 2014.
- عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثالثة، 1967.
- عبد الله بن وهب، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، تحقيق هشام الصيني، دار ابن الجوزي، السعودية، ط 2، 1999.
- عبد الوهاب عرفة، الموسوعة الشاملة في الملكية العقارية والعقود وتسجيلها في الشهر العقاري، الإشعاع للنشر، مصر، 1991.
- علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، دار صادر بيروت، لبنان، 1969.
- محمد شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، مطبعة دار التأليف، مصر، 1962.
- محمد البشير، غني طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ج 1، مطابع وزارة التربية والتعليم، العراق، د.ت.
- محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد "حق الملكية"، ج 1، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ط 2، 1952.
- محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، مركز النشر الجامعي، تونس، ط 2، 2003.
- جورج ش دراوي، الوجيز في التحديد والتحرير والسجل العقاري، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط 2، 2005.
- حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة، دار هومة، الجزائر، 2004.
- حامد النقاوي : حقوق الملكية العقارية بفلسطين، دار الميزان للنشر، تونس، ط 1، 2006.
- الوجيز في قانون السجل العيني، دار الميزان، سوسة، ط 1، 2002.
- حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق مقارنة بالقانون المدني المصري والسوري، مطبعة لجنة البيان العربي، بغداد، ج 1، 1964.
- فتحي حسن مصطفى، الملكية بوضع اليد، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1990.
- محمد سليمان الأحمدي، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 2001.
- أحمد بن طالب، التفويت في ملك الغير، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، دار الميزان، تونس، ط 1، 2009.

- نبيلة الكراي الوريمي، حائز العقار، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2001-2002.
- هاجر فطناسي، ملكية المنقول، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2005-2006.
- السيد التيجاني عبيد، دعوى الحوز والحيازة في حقوق الارتفاق، مقال منشور في مجلة القضاء والتشريع، وزارة العدل، تونس، السنة الثانية والثلاثون، عدد 6، جوان 1990، ص 22.
- العربي الماجري، الحيازة في العقار "الأرض ما أتصل بها من بناء وشجر"، مجلة القضاء والتشريع، وزارة العدل، الجمهورية التونسية، العدد 5، السنة الأولى، ماي 1959، ص 10.
- محمد المالقي، التقادم، مقال منشور في مجلة القضاء والتشريع، كتابة الدولة للعدل، تونس، السنة السابعة، عدد 6، جوان 1965، ص 29.
- جامعة القديس يوسف، القانون المدني الفرنسي بالعربية معلق عليه، دالوز للطباعة والنشر، لبنان، 2009.
- علي كحلون، التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحيين، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط3، 2014.
- مصطفى صخري، مجلة الحقوق العينية محينة وفقاً للقانون عدد 34 لسنة 2010، ومعلق عليها بأحدث قرارات التعقيب، دار النهى، تونس، 2013.
- التشريعات :
 - القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.
 - مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876.
 - قانون الأراضي العثماني لسنة 1858.
 - قانون أملاك الدولة الفلسطيني رقم 5 لسنة 1960.
 - قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001.
 - مجلة الحقوق العينية التونسية الصادرة بالقانون رقم 5 لسنة 1965.
 - مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية الصادرة بالقانون عدد 130 لسنة 1959.
 - مجلة الالتزامات والعقود التونسية لسنة 1906.
 - القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
 - القانون المدني الفرنسي 1804 وتعديلاته.
- مواقع الإنترنت :
 - موقع منظومة القضاء والتشريع "المقتفي" (<http://muqtafi.birzeit.edu>).
 - موقع موسوعة جورسيديا للقانون (<http://ar.jurispedia.org>).

• مراجع فرنسية :

- Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Droit Civil, Les biens, DEFRNOIS, 2ème edition 2005 N°1159 .
- Dufau Jean : Le domaine public Tome 1. Collection l'actualité juridique 3ème édition. Paris 1990.
- LIPTAZ leonard Le domaine public en tunisie : Thèse de doctorat en droit Paris 1954.

مقاربة بين رقابة القضاء الوطني للشرعية الدولية للقوانين الأجنبية وحماية النظام العام الدولي: تعارض أم تكامل؟



من إعداد : الأستاذ سفيان عبدلي ، مختص
في القانون الدولي وحقوق الإنسان - الجزائر

مقدمة :

في مجال القانون الدولي الخاص، قد يتدخل القاضي الوطني لتطبيق القوانين الأجنبية وتفسيرها. لا تخلو المسألة من الصعوبات التقنية التي كثيرا ما أسهم القضاء في إبتداع الحلول لها. وهكذا، تطورت السلطات الممنوحة للقضاء في مجال الرقابة الممارسة على تطبيق القانون الأجنبي بمناسبة تنازع القوانين من حيث المكان، وكثيرا ما تبنى المشرعون الحلول القضائية في هذا الشأن لتنظيم مختلف المسائل ذات الصلة.

من بين أبرز التقنيات الممارسة في مجال الرقابة على تطبيق القوانين الأجنبية هي حماية النظام العام أو النظام العام الدولي. وتهدف هذه التقنية إلى ضمان المقومات والمفاهيم الأساسية للنظام القانوني في دولة القاضي عبر إحباط تطبيق المقتضيات القانونية الأجنبية التي تتجاوز هذه الأسس الوطنية. وكذلك تقنية رقابة الشرعية الدولية على القوانين الأجنبية التي ترمي إلى حماية مبدأ تدرجية القواعد والنصوص القانونية في الدولة الأجنبية وضمن سمو القانون الدولي، بوجه عام.

كثيرا ما حاول الإجتهد القضائي لبعض الدول تجنب ممارسة رقابة الشرعية الدولية على القوانين الأجنبية وإستعاض عنها بتقنية الدفع بالنظام العام، ولعل تشابه التقنيتين، وتفادي تعقيدات الخوض في رقابة الشرعية الدولية على القوانين الأجنبية المتعلقة بالقانون الدولي العام والإكتفاء بمفاهيم النظام العام ذات النفس الوطني، كانت من بين أبرز الأسباب لعدم بروز وإعمال كلا نوعي الرقابة.

من هنا تبرز الإشكالية الرئيسية لهذه الدراسة كما يلي: إلى أي مدى يمكن تطبيق رقابة الشرعية الدولية على القوانين الأجنبية بالتزامن مع رقابة النظام العام الدولي، في مجال القانون الدولي الخاص؟ ثم، هل يمكن أن تشكل إحدى هاتين الرقابتين بديلا عن الأخرى؟

وهكذا، وفي حال تعارض أحكام المعاهدة أو الاتفاقية الدولية التي صادقت عليها الدولة الأجنبية مع مضمون قانونها الداخلي، فماذا يطبق القاضي الوطني الذي عينت له قاعدة تنازع الوطنية ذلك القانون الأجنبي كقانون واجب التطبيق؟ وهل بإمكانه استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المشار إليه لتعارضه مع أحكام القانون الدولي؟

إن تحليل كل ذلك، يقتضي من حيث المبدأ الجواب حول مدى إختصاص القاضي، أصلا، بمراقبة احترام الدول الأجنبية للقانون الدولي حال تشريعها لقوانينها؟ ألا يعد ذلك بمثابة مساسا بسيادة تلك الدول؟ وبأكثر دقة، هل يعد القاضي الوطني مُراقبا للشرعية الدولية؟ هل بإمكان القاضي الوطني ضمان سمو القانون الدولي على القانون الداخلي الأجنبي؟ ثم هل توجد قاعدة آمرة أو مانعة أو مجيزة في القانون الدولي تحول القاضي الوطني مراقبة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية؟

هذا ما ستحاول هذه الدراسة الإجابة عنه من خلال المقاربة بين رقابة القضاء الوطني للشرعية الدولية للقوانين الأجنبية وحماية النظام العام الدولي: تعارض أم تكامل.

هذه المقاربة لا تتأتى إلا من خلال دراسة مختلف الأدوات المستخدمة في كلا نوعي الرقابة والآثار المترتبة عنهما. وسنحاول الإجابة عن إشكاليات هذا البحث بداية بتناول الأساس القانوني لتدخل القاضي الوطني لتطبيق القوانين الأجنبية و تفسيرها (المحور الأول) ثم نتناول سلطة القضاء الوطني في مجال ممارسة رقابة الشرعية الدولية على القوانين الأجنبية (المحور الثاني) ثم نعالج مسألة الرقابة على تطبيق القوانين الأجنبية من خلال حماية النظام العام الدولي في دولة القاضي (المحور الثالث) لنصل في النهاية إلى محاولة المقاربة بين رقابة القضاء الوطني للشرعية الدولية للقوانين الأجنبية وحماية النظام العام الدولي: تعارض أم تكامل (المحور الرابع).

المحور الأول: مفاهيم حول تدخل القاضي الوطني في مجال تطبيق وتفسير القوانين الأجنبية.

نعالج هنا، أساسا، علاقة القاضي الوطني بالقانون الأجنبي في مجال تطبيقه (أولا) و تفسيره (ثانيا).

أولا. تطبيق القانون الأجنبي من طرف القضاء الوطني.

الأصل، أن القاضي الوطني يطبق قانونه الداخلي، وقد يتدخل لتطبيق القانون الأجنبي حال وجود تنازع في القوانين من حيث المكان. وهو ما يعرف لدى الفقه بالنظرية العامة لتنازع القوانين، أو القانون الدولي الخاص المعروف بتعقيده و عدم يقينته¹.

1- وهذا ما جعل تدريس هذه المادة في أكاديمية القانون الدولي بلاهاي يبدأ بالعناصر الأولية البسيطة و اليقينيات: أي القواعد الأساسية. ويقوم القانون الدولي الخاص على ظاهرتين أساسيتين: تنوع الأنظمة القانونية الوطنية ودولية الكثير من حالات الحياة القانونية. أنظر:

يتولد تنازع القوانين بفعل تواجد العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية، أي إرتباط النزاع بأكثر من دولة. وكل قانون لهاته الدول مُرشد لحكم المسألة القانونية. وهكذا، يعمل القانون الدولي الخاص على حل تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق وهذا بفضل قواعد التنازع (قواعد الإسناد) الوطنية¹؛ أي تلك المنصوص عليها في قانون دولة القاضي.

في الجزائر، تجد قواعد التنازع مصدرها في التشريع. في حين أنه في فرنسا، قد يكون مصدرها في الكثير من الحالات هو الاجتهاد القضائي.

إن منهج التنازع يقتضي، مبدئياً، المرور بمرحلتين ذهنيّتين. يقوم القاضي في الأولى، بتحديد الطائفة التي ينتمي إليها النزاع وذلك عبر تكييف العلاقة القانونية المتنازعة و وصفها قانوناً وإدخالها ضمن إحدى فئات الإسناد لمعرفة إشارة ضابط الإسناد إلى القانون الواجب التطبيق تمهيدا للمرحلة التالية و هي تطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع².

إن القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع قد يكون وطنياً أو أجنبياً. فبفضل حيادية قاعدة التنازع³ فليس بإمكان القاضي توقع نتيجة الإسناد سلفاً.

1- قواعد التنازع هي عادة قواعد مزدوجة *Bilatérales* لا تشير إلى قانون معين، وطني أو أجنبي، فنتيجة الإسناد قد تؤدي بالقاضي الوطني إلى تطبيق قانون أجنبي أو تطبيق قانونه الوطني. تدرس هذه القواعد في إطار المنهج المزدوج، الذي نظّر له الأستاذ Savigny (1779-1861): فمنهج قاعدة التنازع يقوم على التركيز المكاني للعلاقات القانونية بتحديد نطاقها الطبيعي وبعدها بتطبيق قانون هذا النطاق على مختلف الأنظمة (المسائل) القانونية، مع افتراض تشريعي بأنه القانون الأكثر ملائمة. وهكذا، يقوم هذا المنهج على أساسين بداية بتحديد فئة الإسناد (مثل الحالة، أهلية الأشخاص، الطلاق...) وبعدها بوضع معيار لكل فئة من تلك الفئات يسمى ضابط الإسناد (الجنسية، الموطن...) وهذا الضابط الإسنادي قد يؤدي بنا إلى تطبيق القانون الوطني أو الأجنبي. الهدف من هذا المنهج، في أساسه، هو ضمان التناسق الدولي للحلول. الفكرة بسيطة؛ إذا تبنت كل الدول هذا المنهج، فالحل سيكون نفسه أياً كان القاضي الذي سترفع أمامه الدعوى. وهكذا، يكون لقاعدة التنازع خاصيتين: الأولى، أنها قاعدة غير مباشرة، لا تعطينا حلاً مادياً (موضوعياً) مباشراً للنزاع. فهي تؤدي بنا نحو حل تنازعي نقوم من خلاله بإختيار أحد القوانين المتنازعة. فحل النزاع لا يمكن معرفته إلا بعد تطبيق القانون الذي عيّنته قاعدة التنازع. ومن جهة أخرى، فقاعدة التنازع حيادية؛ فلها صبغة آلية و هي بذلك تعين القانون الواجب التطبيق بتفعيل إسناد مُجرد دون الأخذ بعين الاعتبار لمضمون القانون الأجنبي. هذه الحيادية، حسب سافيني، تبررها في أوروبا على الأقل، فكرة وحدة القانون بأصله الروماني ووحدة الديانة. هذه الوحدة تضمن المساواة بين القوانين المتواجدة على نفس خط الإنطلاق.

أما قواعد التنازع المفردة *Unilatérales* تشير إلى نطاق تطبيق القانون الوطني؛ أي تحصر حالات تطبيق قانون دولة القاضي. و الهدف من هذه القواعد هو تفادي تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي الذي لا يجب أن يكون محل تطبيق. إن الهدف، إذن، هو حماية سيادة الدولة باحترام إرادة كل مشروع وطني برؤية قانونه الوطني يطبق أم لا. أنظر:

François MELIN. *Droit International Privé*. Casbah Editions. 2004. pp. 97-104.

2- Michel PELICHET. *Le juge et les conflits des lois*. In: le juge et le droit international. Editions du Conseil de l'Europe. Allemagne. Septembre 1998. p.95.

3- غير أن مبدأ حيادية قاعدة التنازع نتجت عنه أزمات في تطبيقه وعدم عقلانية بعض الحلول التي ترتبت عنه، وهو ما عرف بأزمة منهج تنازع القوانين. وقد ظهرت عدة تحولات وتطوراتي هذا المنهج. فاقترح العديد من الفقهاء الأمريكيون منهجاً جديداً عند إختيار القانون الواجب التطبيق، بالأخذ بعين الاعتبار المضمون المادي للقوانين المتنازعة فهذا المنهج يعطى الاختصاص لقانون ما نظراً لمضمونه المادي الأكثر ملائمة لحل النزاع. وهكذا إقترح البروفيسور الأمريكي =

=الشهير David Cavers منهنجا جديدا في ثلاثينات القرن الماضي يسمى «منهج تفعيل النتيجة»: «*result selective method*» أو بالفرنسية «*la méthode en fonction du résultat*» وأساس القواعد ذات الصبغة أو الغاية المادية المحددة. فالاختصاص يعطى لقانون ما لتحقيق نتيجة محددة أرادها المشرع. وفي ذلك تعامل مباشر مع مضامين القوانين المتنازعة.

الدكتور كيرج كيجل Kegel Gerhard، في درسه في أكاديمية القانون الدولي بلاهاي العام 1965 كتب «أزمة تنازع القوانين»، وعرض فيها كل الانتقادات الموجهة للمنهج المزدوج وأجاب عنها. فذكر أن حيادية قاعدة التنازع القوانين لا يجب أن تجعلنا نعتقد أننا بصدد منح يطبق آليا، بغير واقعية، وبصفة مجردة من كل إعتبار للعدالة. لعل أبرز مثال عن هذا الجيل الجديد من قواعد التنازع؛ ذات الغاية المادية المحددة، تلك الواردة في القانون المدني الفرنسي في المادتين 16-311-فقرة 1 و 17-311، والتي يقصد من وراءها المشرع غرضا محددا. فالمادة 16-311-فقرة 1 تنص على أن: "الزواج يعد مشروعاً، في يوم إظهار القران، سواء نص على ذلك القانون المنظم لأثار الزواج أو القانون الشخصي لأحد الزوجين أو القانون الشخصي للطفل". أما المادة 17-311 فتتضمن أن: "الإعتراف الإرادي بالأبوة أو بالأمومة يكون صحيحاً إذا ما تم وفقا للقانون الشخصي للمقرر أو القانون الشخصي للطفل".

حسب المنهج المزدوج الكلاسيكي، فالمشرع يعطي الاختصاص لقانون من المحتمل أن يكون أجنبيا، لحل النزاع. هنا، على العكس، المشرع يرمي إلى نتيجة محدّدة: وهي إضفاء المشروعية في حالة المادة 16-311-فقرة 1، وصحة الإعتراف في حالة المادة 17-311. ويكفي لذلك أن يسمح واحد من القوانين المحددة فقط بتحقيق هذه النتيجة ليأخذ به القاضي. فمضمون القانون هنا هو ما سيجعله محل تطبيق. وهذا المضمون هو المقصود بذاته ويسمح بالوصول إلى الهدف المراد من طرف المشرع.

إن المشرع، في سياسته، في المادتين أعلاه، يريد ضمان حد أقصى من حالات الاعتراف بالنسب وصحة عقود الزواج، عبر قاعدة تنازع تتضمن حلا اختيارية. وظهرت أيضا نظرية « القانون الملثم » الأمريكية المنشأ «*proper law*». وهي تعطي سلطة للقاضي لفحص النزاعات حالة بحالة وإختيار القانون الأنسب والأكثر ملائمة لحل النزاع. وتبنت الأنظمة الأنجلوساكسونية هذا المنهج للإعتقاد السائد بأن منح تنازع القوانين يؤدي إلى تطبيق قوانين غير ملائمة، مبتورة وغير كافية تؤدي بالنتيجة لحلول غير متقبلة وصادمة وبعيدة عن العدالة.

مثلا، عائلتين فرنسيتين قدمتا من مارسيليا لزيارة جمهورية الدومينيكا كل عائلة على حدى في سيارتها الخاصة. ووقع حادث بينهما. ترفع قضية من إحدى العائلتين ضد الأخرى. إذا ما رفعت القضية أمام القاضي الفرنسي، وبعد تكييفه للنزاع وتحديد القانون الواجب التطبيق سيعطي الاختصاص للقانون الدومينيكي، لأنه في مادة المسؤولية التقصيرية يعود الاختصاص إلى قانون مكان وقوع الفعل الضار *lex loci delicti*، وهذا هو الحل المنتقد، كون أن القانون الفرنسي هو قانون جنسية الضحايا وقانون موطنهم وهو القانون الساري على عقد تأمين سياراتهم. فلا محل للقول بتطبيق القانون الدومينيكي الذي هو على علاقة ضعيفة بالقضية ولا مجال لاقحامه في حكمها.

ذلك، ما جعل القضاء الأمريكي يرفض منح تنازع القوانين. فمتى عرض على القاضي نزاع يتعلق بالعلاقات الخاصة الدولية، فيرجع للظروف الواقعية للنزاع ويبحث عن القانون الذي يظهر بأنه الأكثر ملائمة لحل النزاع. بأكثر دقة، يجب أن يفتش عن كل عناصر المسألة القانونية، بمعنى كل نقاط الإتصال التي تربط المسألة القانونية بعدة أنظمة قانونية لإستخلاص القانون الأفضل لتبنيه في حل النزاع. فنظرية القانون الملثم تعالج النزاعات حالة بحالة.

تاريخيا، ظهرت نظرية القانون الملثم إثر حادثة تاريخية في قرار *Babcock* ضد *Jackson* الصادر عن المحكمة العليا الأمريكية في العام 1963، حال فصلها في قضية حادث سير وقع في ولاية *Illinois* وجد في السيارة شخصان يقطنان بولاية *New York*، وبتطبيق منح القانون الملثم؛ أي منح تجميع نقاط الاتصال يقوم القاضي بتفكيك العلاقة القانونية والبحث عن الولاية الأمريكية التي قانونها يملك نقاط الاتصال الأكثر ارتباطا. وهو في هذا النزاع قانون ولاية نيويورك كونه: قانون إقامة الضحايا وقانون تسجيل السيارة فضلا على أنه قانون الشركة المؤمنة على السيارة. إذن، فهذا المنهج كمي يقوم على موازنة بين العناصر التي تربط العلاقة القانونية بالقوانين المتنازعة.

وقد إنتقد هذا المنهج بسبب طابعه التجريبي، الذي يتطلب إنتظار القاضي حتى يفصل في النزاع لمعرفة القانون المطبق. فلا يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق مسبقا، وهو ما يمكن أن يؤدي إلى تحكمية وتعسف القاضي. أنظر: François MELIN. *Droit International Privé*. Op.cit. pp. 99-100.

إذا ما أشارت قاعدة التنازع الوطنية إلى قانون القاضي كقانون واجب التطبيق فلا تطرح أي إشكالية بالنسبة لهذا التطبيق، فالقاضي يطبق قانونه كما يطبق على أي نزاع آخر. ولكن، تطبيق القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة التنازع الوطنية يثير العديد من الإشكاليات.

فمن حيث المبدأ، هل يطبق القاضي القانون الأجنبي ككل من حيث قواعده الموضوعية و قواعدها التنازعية أم أن التطبيق يقتصر فقط على القواعد المادية للقانون الأجنبي دون تلك المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان؟ الجواب عن ذلك مرتبط بأخذ النظام القانوني بالإحالة من عدمه. وفي الجزائر، هناك خلاف حولتبنى المشرع الجزائري لنظام الإحالة من عدمه. فمن حيث الشكل، فقواعد تنازع القوانين من حيث المكان جاءت في الفصل الثاني المدرج في الباب الأول المعنون بـ (آثار القوانين و تطبيقاتها)؛ أي قبل القواعد الموضوعية، مما يوحي بتطبيقها بالأولوية. في حين أن المادة 23 مكررا 1 من القانون المدني تنص على أنه " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون تلك المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

ثانيا. تفسير القانون الأجنبي من طرف القضاء الوطني.

يفسر قاضي الموضوع، بكل سيادة، القانون الأجنبي. ويمكنه أن يقدر نوعية وموثوقية العناصر التي يتلقاها ولو كان مصدرها الهيئات الرسمية الأجنبية أو الخبراء. ويأخذ بعين الاعتبار، فضلا عن النصوص القانونية، المصادر العرفية والقضائية. كما يستعين القاضي في عملية تفسير القانون الأجنبي بمختلف الأعمال التوضيحية في ذلك النظام القانوني¹. وإذا لم يتوصل القاضي الفرنسي إلى حل مؤسس في القانون الأجنبي فله أن يحاول مساندة الحلول التي يتبناها زميله القاضي الأجنبي. وفي كل الحالات يبقى القاضي سيديا².

في الواقع، محكمة النقض لا تراقب، من حيث المبدأ، التفسير المعطى من طرف القاضي الفرنسي سواء تعلق الأمر بالقانون الموضوعي أو القانون الدولي الخاص الأجنبي. هذا التوجه لا يفسر بإعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة. ولكن، لإعتبار أن محكمة النقض ليس من مهامها المساهمة في تأسيس القانون الأجنبي³. فدورها يعرف ضوابط معينة.

غير أن محكمة النقض تراقب تحريف مضمون (تشويه) القانون الأجنبي *la dénaturation de la loi étrangère* هناك مبرر خاص لقبول محكمة النقض ممارسة هذه الرقابة في حال تحريف القانون الأجنبي مستلهم من الإجتهد

=وتجدر الإشارة، إلى أن المشرع الجزائري تبني منهج القانون الملثم في مجال التحكيم. فطبقا للمادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد أجاز المشرع للهيئة التحكيمية، إختيار القانون الذي تراه "الأكثر ملائمة" لحل النزاع، وذلك بتفكيك العناصر المركبة للنزاع و القيام بعملية حسابية بموازنة إرتباط تلك العناصر المشكلة للمسألة القانونية بقانون دولة ما أكثر من بقية القوانين الأخرى (جنسية الأطراف، الموطن، مكان الإبرام، مكان التنفيذ، عملة الدفع...)، إن هذا المنهج كمي فالقانون الملثم هو الذي يتمركز فيه العدد الأكبر من العناصر المكونة للنزاع. وإذا ما أسفرت هذه العملية الحسابية عن مساواة عددية في عناصر الارتباط بقانونين أو أكثر كأن يرتبط كل قانون مرشح مع النزاع بعنصرين، فهنا يلجأ القاضي إلى المعيار الكيفي أو النوعي وهذا بالبحث عن العنصر الأهم والأكثر تأثيرا في العقد كالنزاع حول تنفيذ العقد، فيكون العنصر الأكثر تأثيرا هو مكان التسليم فيطبق قانون هذا الأخير.

1- Marie-Christine Meyzeaud-Garaud. *Droit international privé*. 2^e édition. Bréal. 2008. p.67.

2- Daniel Gutmann. *Droit international privé*. 5^e édition. Dalloz. Paris. 2007. pp.101-102.

3- دور محكمة النقض هو، أساسا، ضمان وحدة تفسير القانون الفرنسي في الإقليم الفرنسي.

القضائي الذي يخول لمحكمة النقض صلاحية مراقبة تحريف العقود *la dénaturaton des contrats* من طرف قضاة الموضوع، وهو المربر الذي تأكد لأول مرة في قرار *Montefiore* المؤرخ في 21 نوفمبر 1961، والذي بموجبه تم نقض القرار الذي " تنكر وحرّف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة تشريعية"¹.

بتاريخ 01 جويلية 1997، صدر عن محكمة النقض قرار يبدو من خلاله رغبتها في نيل بعض من هامش المناورة. فأعابت على قضاة محكمة الإستئناف بباريس تنكرهم للمعنى الحرفي للقانون السنغالي "دون وجود أي مصدر آخر من مصادر القانون السنغالي يعطي للنص محل النزاع المعنى الذي منحت له محكمة الإستئناف". بشكل غير مباشر، إذن، محكمة النقض وضعت على عاتق القضاة الموضوع إلتزام بتبرير منحهم للنصوص التشريعية الأجنبية تفسيراً آخر غير ذلك المستمد من المعنى الظاهر لها، وذلك بالإستناد إلى مصادر أخرى للقانون.

هذا التحليل، بحد ذاته، ليس جديداً. فهو يسمح عملياً بتوسيع رقابة محكمة النقض، بأن يدرج في موضوعها تسبب قرار محكمة الإستئناف. محكمة النقض غيرت التأسيس القانوني للنقض. فيلإ حد اليوم أسست محكمة النقض قراراتها على المادة 1134 من القانون المدني، بإستعارة فكرة تحريف العقود. ثم على المادة 03 من القانون المدني، مكرسة بها فكرة مفادها أن تحريف القانون الأجنبي يشكل خرقاً لقاعدة التنزع الوطنية، بحد ذاتها، وليس فقط للنص التشريعي الأجنبي. وقد صدر عن محكمة النقض أيضاً قرار تأكد فيه أن "تطبيق القاضي للقانون الأجنبي، أيا كان مصدره، تشريعياً أو قضائياً، يُحجب - إلا في حالة التحريف - عن رقابة محكمة النقض"². وفي قرارات أحدث، أدرجت محكمة النقض ضمن تأثيراتها، فضلاً عن المادة 03 من القانون المدني، أحكام القانون الأجنبي المختص والتي يُعاب على قضاة الموضوع تحريفها³.

المحور الثاني: سُلطة القاضي الوطني في مراقبة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية.

تنطلق فكرة مراقبة القاضي الوطني للشرعية الدولية للقوانين الأجنبية من إفتراض منطقي مفاده أن النظام القانوني للدولة الأجنبية يجعل من المعاهدة الدولية في مرتبة تسموعلى القانون. لا يطرح الإشكال، هنا، إذا ما كان النظام القانوني للدولة الأجنبية يعطي للإتفاقيات الدولية قوة القانون نفسه أو مرتبة تدنو التشريع⁴.

ومن ثمّ فالقاضي ولدى تعيين قاعدة التنزع الوطنية لذلك القانون الأجنبي كقانون واجب التطبيق فإنه يطبق ذلك القانون بكل أحكامه؛ فالإلتزامات الدولية للبلد الأجنبي هي في حقيقتها مجموعة أحكام ونصوص قانونية،

1- Daniel Gutmann. *Droit international privé*. Op.cit. p.102.

2- Ibid. p.103.

3- Marie-Christine Meyzeaud-Garaud. *Droit international privé*. Op.cit. p.67.

4- فالقاضي هنا، ومتى كان الدستور يعطي للمعاهدة الدولية قوة القانون العادي نفسها، وفي حال التعارض، سيطبق القواعد المعتادة في تطبيق وتفسير القانون: كقاعدة القانون (النص) السابق يلغي اللاحق *lex posterior derogat priori* والخاص يقيد العام *lex specialis derogat lege generali*. أما إذا كان الدستور يمنح للقانون سلطة تعلو الإتفاقيات الدولية فيستبعد القاضي الإتفاقية الدولية المتعارضة مع القانون، من حيث المبدأ. أنظر: سفيان عبدلي. دور القاضي الوطني في تطبيق وتفسير الإتفاقيات الدولية. دار نور للنشر. ألمانيا. 2017. ص.136.

تندرج ضمن النظام القانوني لتلك الدولة، وتكون قابلة للتطبيق المباشر¹، شأنها شأن باقي أحكام القانون وبالأولوية عليه.

وهكذا، في حال تعارض أحكام المعاهدة أو الاتفاقية الدولية التي صادقت عليها الدولة الأجنبية مع مضمون قانونها الداخلي فماذا يطبق القاضي الوطني الذي عينت له قاعدة تنازع الوطنية ذلك القانون الأجنبي كقانون واجب التطبيق؟ وهل بإمكانه استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المشار إليه لتعارضه مع أحكام معاهدة دولية أعلى مرتبة منها؟

إن تحليل كل ذلك، يقتضي من حيث المبدأ الجواب حول مدى إختصاص القاضي الداخلي، أصلاً، بمراقبة احترام الدول الأجنبية للمعاهدات الدولية حال تشريعها لقوانينها؟ ألا يعد ذلك بمثابة مساس بسيادة تلك الدول؟ وبأكثر دقة، هل يعد القاضي الوطني مراقباً للشرعية الدولية؟

إن أهمية الجواب عن ذلك ليست نظرية بحتة فحسب. ولكنها، تكتسي أهمية عملية خاصة. فمن ناحية عملية، قد يحدث في ظل نزاع أمام قاض جزائري أن يطبق هذا الأخير قانوناً أجنبياً أشارت إليه إحدى قواعد التنازع المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري، ويدفع أحد الأطراف باستبعاد تطبيق ذلك النص القانوني لمخالفته لمعاهدة دولية -أولى بالتطبيق- صادقت عليها الدولة الأجنبية فكيف يكون موقف القاضي من ذلك؟ أي هل هو مختص بمراقبة إتفاقية القانون الأجنبي المطلوب تطبيقه مع القانون الدولي؟ وأكثر من ذلك، هل يمكن للقاضي الوطني استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للقواعد العرفية في القانون الدولي؟

قد سنحت الفرصة لمحاكم النظام الداخلي، بلعب دور بارز في تطوير القانون الدولي : فقراراتها تشكل مصدراً للقانون الدولي، حسب المادة 38 من القانون الأساسي لحكمة العدل الدولية. و علاوة على ذلك، وبطريقة غير مباشرة، و لكن مؤكدة، الإجتهد القضائي يمكن إستعماله كعنصر لإثبات ممارسات الدول لإثبات وجود قاعدة غير مكتوبة للقانون الدولي : عرفا كانت أو مبدأ عاماً في القانون.

إن المحاكم الداخلية، تلعب دوراً أساسياً في تطبيق القانون الدولي. هذا الأخير في مجموعه يشكل عنصراً رفيعاً للشرعية الداخلية؛ وفي هذا الإطار، فللمحاكم الوطنية تفسيره، و ترتيب آثاره على النزاعات التي تفصل فيها. لكن، هل بإمكان القاضي الوطني ضمان سمو القانون الدولي على القانون الداخلي الأجنبي؟ متى كان الجواب بالإيجاب، فنستنتج وجود درجة حماية إضافية معززة للمتقاضين. وفي حالة النفي، فلا يبقى للمتقاضين سوى الرجوع لدولهم الوطنية لتفعيل حماية دبلوماسية عبر آلية المسؤولية الدولية للغير من الدول المخطئة.

أحياناً، يمنح القانون الداخلي نفسه للقاضي الوطني الحق في معارضة إنتهاكات القانون الدولي التي ترتكب من طرف الأجانب أو دولهم. و كمثل تاريخي، صوت الكونغرس الأمريكي في العام 1789 على قانون (Alien Tort Claims Act - A.T.C.A.) الذي يعطي "الاختصاص العالمي" للمحاكم الفيدرالية الأمريكية للفصل في الدعاوى المدنية المؤسسة على إنتهاك "قانون الأمم law of nations". و ليس ببعيد من الآن، منحت أغلب الدول، وبآليات مختلفة، الإختصاص لمحاكمها للمتابعات الجزائية لـ "الجرائم ضد الانسانية".

1-لتفاصيل أكثر حول مفهوم قابلية التطبيق المباشر للبنود الدولية أنظر: سفيان عبدلي. دور القاضي الوطني في تطبيق وتفسير الإتفاقيات الدولية. مرجع سابق.

أما فيما يتعلق بإمكانية القاضي الوطني إستبعاد القانون الأجنبي بسبب عدم مطابقته للقانون الدولي المكتوب أو غير المكتوب فالمثال الآتي، ولكثرة حدوثه، يبين لنا حجم الإشكالية: فـشركة أجنبية تستغل إحدى الثروات الوطنية لدولة معينة (المناجم مثلا) ثم يتم تأميمها من طرف الدولة، وتحول أملاكها وأصولها وتجهيزاتها إلى مؤسسة عمومية محلية: تستمر في استغلال وبيع المنتجات للمشتريين الأجانب؛ فتطلب الشركة المؤممة حجز تلك الشحنات في الدول "الغير" بحجة كونها المالك الشرعي لتلك المنتجات، وأنها ضحية تأميم مناقض لأحكام القانون الدولي المعمول بها في المجال نفسه؟ فهل بإمكان قضاة الموضوع للدولة "الغير" مراقبة مطابقة قانون التأميم الأجنبي لأحكام القانون الدولي؟¹

من حيث المصطلحات، نجد أن مصطلح الشرعية الدولية يستخدم كمرادف للنظامية الدولية *La régularité internationale* حال مطابقة قواعد القانون الأجنبي لأحكام القانون الدولي.

تاريخيا، وبعد أن أعلنت إيران عن تأميم النفط في العام 1951، قامت الشركة الأنجلو-أمريكية بإستغلال تواجد باخرة في ميناء عدن تحمل على سطحها شحنات بترولية خام إشتراها مستوردون إيطاليون من إيران، بعد تأميمها، فطلبت من محاكم عدن التصريح لها بكونها "المالك الوحيد" و"النظامي" لتلك الشحنات وطلبت بإسترجاعها؛ فهل محاكم عدن لها السلطة لفحص نظامية إجراءات التأميم بالنظر للقانون الدولي والتي اتخذتها إيران بالنسبة للأملاك المتواجدة على الإقليم الإيراني؟

وفي حالة مشابهة، قامت شركة بمنازعة أخرى هذه المرة ليست ضد المنتجات المؤممة في حد ذاتها و لكن ضد دفع ثمنها، وهذا بعد تأميم الحكومة الشيلية للنحاس. فطلبت شركة أمريكية من القضاء الفرنسي ضرب حجز تنفيذي على المبالغ المدفوعة من الشركة الفرنسية المشترية للنحاس من الهيئة العمومية الشيلية؛ خلفها السابق في مُستغلاتها: كما دفعت الشركة الأمريكية كذلك بعدم الشرعية الدولية للتأميم، وهنا كذلك سيتساءل القاضي حول سلطته في ممارسة الرقابة على النظامية الدولية لعمل قانوني اتخذته دولة أجنبية في مواجهة ممتلكات متواجدة على أراضيها.

إن هاته الوضعيات ليست بسيطة دائما، لاسيما حين تُخطر المحاكم الوطنية بقضايا غاية في التعقيد. فحين قامت كوبا بتأميم مصانع السكر الأمريكية العائدة للبنوك الأمريكية، قام البنكالوطني الأول الأمريكي (المركزي) *The First National City Bank* الذي سبق وأن منح قرضا للهيئة العمومية الكوبية مقابل إيداع أصول ضمان، ببيع هذه الأصول في نيويورك. عملية البيع التي تمت لصالح البنك الأول المركزي كانت بمبلغ جد هام يتجاوز ذلك المستحق لكوبا بعنوان سداد القرض. فقام البنك الوطني الكوبي بمقاضاة البنك المركزي الأمريكي أمام المحاكم الأمريكية مطالبا بإرجاع المبالغ الزائدة. وبطلب مقابل، إلتمس البنك الأول الأمريكي تعويضا من كوبا كونه ضحية انتزاع أملاكه مخالفة للشرعية الدولية؛ مع ملاحظة أن المبلغ المطالب به من طرف البنك الأول الأمريكي، في هذا الإطار،

1- Dominique Carreau, Fabrizio Marrella. *Droit international*. 11^{ème} édition. Paris. Pedone. 2012. p.692.

نظريا، سنعتمد على دراسة شهيرة للأستاذ Prosper WEIL في هذا المجال. أنظر:

Weil Prosper. *Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers*.in: Annuaire Français de Droit International. Volume 23. 1977.

يتجاوز ذلك المطالب به من طرف البنك الوطني الكوبي. وهكذا، قرر القضاء الأمريكي الفصل في الطلبين الأصلي والمقابل عبر فحص أولي لمشكلة مراقبة القاضي الوطني للشرعية الدولية لإجراءات التأميم المتخذة في دول أجنبية.

إذن، فالدعاوى أعلاه، تجري بين الملاك السابقين والدولة القائمة بانتزاع الملكية وذلك لما يُعارض المالك السابق أحد المستوردين أو الحائزين لمنتوج ما أو لثمنه. فهنا المالك السابق هو رافع الدعوى، والدولة المتخذة للإجراء (الانتزاعي) هي المدعى عليها.

مع ذلك، وفي حالات أخرى، فالدعوى قد ترفع أمام محاكم دولة المالك المنتزعة ملكيته. و في حالات أخرى أمام محاكم الدولة "الغير"¹ الأجنبية، وكذلك أمام محاكم الدولة القائمة بالأجراء الانتزاعي المنازع في شرعيته الدولية و كذا أمام محاكم الدولة ضحية الإجراء. وقد تتولد مسألة النظامية الدولية للعمل القانوني للدولة الأجنبية عن الدفوع المقابلة. فتعدد أطراف المنازعة، ترابط حقوقهم، تعدد جنسياتهم: كلها تشكل عناصر مغيرة للمخطط الأولي البسيط للمنازعة نحو التعقيد و هو ما يفسر عدم إمكانية معالجة قضية معينة في نفس سياق أخرى. فالإشكاليات المطروحة في مواجهة القضاة ليست نفسها. و كمثل على ذلك، الدعاوى التي رفعتها الشركة الإنجلو-إيرانية عقب تأميمها في إيران سنة 1951 أمام محاكم عدن، إيطاليا واليابان؛ و الدعاوى التي رفعتها الشركات الهولندية المتضررة من التأميمات الأندونيسية في سنة 1959 أمام المحاكم الهولندية والألمانية؛ و المنازعات التي حركت في الولايات المتحدة بعد تأميم شركات السكر، البنوك والتبغ في كوبا بين 1959 و 1960؛ و الملاحقات القضائية التي بوشرت عقب تأميم النحاس في الشيلي سنة 1971 من طرف قدماء المستغلين الأمريكيين؛ و الدعاوى التي رفعتها الشركات البترولية الأمريكية والبريطانية المتضررة في ليبيا سنتي 1971 و 1973 أمام المحاكم الإيطالية و محاكم أخرى.

في كل مرة، كان السؤال الرئيسي المطروح في هاته المنازعات يتعلق بمراقبة الشرعية الدولية لأعمال الدولة الأجنبية من طرف القاضي الوطني هو قلب المناقشات².

أمام هاته الإشكالية العويصة والفريدة، و بين فقه منقسم و قضاء متذبذب، لا يسعنا سوى أن نتطرق لما يلي، محاولين بذلك إيجاد بعض العناصر المركبة للحل.

I. عرض لحدود المشكلة و تصور للحلول.

في المقام الأول، يواجه القاضي، حال معالجته لإشكالية مطابقة العمل الأجنبي للقانون الدولي، مسألة طبيعة العمل القانوني: هل هو دستور، قانون، أو عمل إداري صادر عن السلطة التنفيذية؛ لدولة أجنبية.

وهكذا، فالقاضي الوطني، الذي لا يملك في إطار نظامه القانوني داخل الدولة، سلطة إستبعاد عمل صادر عن دولته لمخالفته القانون الدولي فمن الصعب جدا عليه إسقاط عدم الشرعية الدولية للعمل الصادر عن دول أجنبية. ومن جهة أخرى، لما يعلن القاضي الوطني بأن القانون الدولي في مجمله غير مندرج برمته *in toto* في القانون الوطني. هذين المشكلين هما حدث بالضبط ما حدث في القضية الشهيرة المسماة *Rose Mary*.

1- الدولة الغير هي كل دولة بإستثناء دول طرفي النزاع، ترتبط بشكل ما بالنزاع.

2-Weil Prosper. *Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers*.in: Annuaire Français de Droit International. Volume 23. 1977. p.11-13.

وفي المقام الثاني، فالمسألة التي تطرح خصوصاً على القاضي تتعلق بالشرعية الدولية للعمل الأجنبي، وهي مسألة كلاسيكية في القانون الدولي الخاص¹.

أما القطعة الثالثة المركبة للمشكلة، فهي مسألة موضوع تتعلق بتطبيق العمل الأجنبي التي تتطلب حلاً للنزاع المعروض على القاضي الوطني والذي صرح مسبقاً باختصاصه بالفصل فيه، وليست مسألة قابلية *recevabilité* أو إختصاص. فالشرعية الدولية للعمل الأجنبي لا تشكل موضوعاً مباشراً للدعوى القضائية و لكن تنشأ أحد نقاط الحل للنزاع محل التفكيك؛ أي المسألة محل التحليل، وبعبارة أخرى تعتبر مسألة عارضة *une question incidente*.

المركب الرابع والأخير للإشكالية، فيتعلق بتحديد سلطة القاضي الوطني على أساس القانون الدولي نفسه، أي استطلاع نظرة هذا الأخير لهذه السلطة. وهكذا، توجد نقطة بحث حول القانون الوطني للقاضي هل يسمح، يفرض أو يمنع مراقبة الشرعية الدولية للعمل الأجنبي، ولكن في حالة ما إذا كان القانون الدولي يتضمن قاعدة تسمح، تفرض أو تحظر تفعيل رقابة معينة.

هناك إجابتين مفترضتين لهذا التساؤل. الأولى، أن القانون الدولي لا يتضمن أي قاعدة في موضوع إختصاص المحاكم الوطنية في ممارسة رقابة على الشرعية الدولية لأعمال الدول الأجنبية؛ هذا الإختصاص موجود، حصراً ومحدد، بموجب القانون الداخلي لكل دولة و يختلف من دولة أخرى. أما الجواب الثاني: أن القانون الدولي يتضمن قاعدة في هذا الموضوع يمكن أن تكون تحت شكل:

- إما قاعدة أمرة *règle impérative* : فالقاضي الوطني يجب عليه تفعيل هذه الرقابة، و في حالة رفضه لإتخاذ هذا الاجراء فيعد بأنه قد خرق القانون الدولي؛
- إما قاعدة مانعة *règle prohibitive* : تحظر على القاضي الوطني وتمنعه من ممارسة هاته الرقابة، و يعد مرتكباً لعمل غير شرعي دولياً، إذا ما مارسها؛
- إما قاعدة مجيزة *règle permissive* : القانون الدولي رخص و سمح بممارسة الرقابة أو برفضها. فطبقاً للقانون الوطني لكل دولة، وضمن الشروط التي يحددها هذا الأخير، يقوم القاضي الوطني بكل حرية بمعالجة هذا المشكل وفقاً لتشريعته الداخلي.

من وجهة نظر مجردة، هاتين الإجابتين تصبحان بكل تأكيد مختلفتان: فإذا كان في الأولى يفحص، فالمشكل المطروح ينتهي ببساطة كون القضاة الوطنيين في مواجهة أعمال الدول الأجنبية لا يكونون مقيدين إلا بالأحكام الداخلية في ظل غياب لكل قاعدة من القانون الدولي؛ أما الإجابة الثانية، فعلى العكس، تؤدي بالقضاة الوطنيين إلى النظر إلى إملاءات الوضع عبر قاعدة من القانون الدولي وهو ما سنحلله في هذا المحور عبر البحث عن قاعدة دولية تسمح، تأمر أو تمنع بهكذا نوع من الرقابة.

1- Le problème du contrôle par le *juge dufor* de la constitutionnalité de la loi étrangère applicable en vertu de la règle de conflit est classique en droit international privé.

ونشير في هذا الصدد، إلى أن مسألة مراقبة القاضي الوطني لصحة العمل الصادر عن دولة أجنبية بالمرجع الى قواعد معينة قد تم استبعاده بفعل نظرية عمل الدولة *Act of State*. مع ملاحظة أن القضاء الأمريكي يستبعد تطبيق هذه النظرية للدولة التي يكون تصرفها ذو طابع تجاري خالص *purement commercial* أي التي تتصرف فيها كتاجر وليس كدولة تتمتع بامتيازات السيادة والسلطة العامة.

في النهاية، لا يوجد سوى ثلاث حلول ممكنة للاختصاص الممنوح من القانون الدولي للقاضي الوطني فيما يتعلق بالشرعية الدولية لأعمال الدول الأجنبية :

- قد يكون القانون الدولي يسمح *autorise* للقاضي الوطني بممارسة هذه الرقابة (سواء عبر وسيلة القاعدة الصريحة ذات الطابع المجيز أو بسبب غياب أي قاعدة) ولكن دون أن يفرضها عليه؛
 - قد يكون القانون الدولية يُلزم *fait obligation* القاضي الوطني بممارسة هاته الرقابة؛
 - و أخيراً، قد يكون القانون الدولي يحظر *interdit* هذه الرقابة على القاضي الوطني.
- قاعدة مجيزة، قاعدة أمرة أو قاعدة مانعة: في أي شكل من هذه الأشكال يكمن الحل؟

II. مواقف قضاء متذبذبة.

مقاربة براغماتية، وحلول توسعية، تقودنا نحو العديد من الاجتهادات القضائية المختلفة للمحاكم الوطنية وبطريقة لا تؤدي لضبط المشكلة والعثور على الحل الملائم لها.

إن الخلل الذي يثيره مفهوم النظام العام وعدم يقينية الاجتهادات القضائية الإنجلو-أمريكية وعدم استقرارها في مادة "عمل الدولة السيادي *l'Act of State*" كافية لتوضيح صعوبات استكشاف وتدقيق معطيات الاجتهاد القضائي، بمختلف زواياه.

1. الشرعية الدولية و النظام العام الوطني.

من وجهة نظر مجردة، يجب التأكيد، على تمييز جوهري بين رقابة الشرعية الدولية لعمل الدولة الأجنبية ومطابقة هذا العمل للنظام العام الوطني: ففي الحالة الأولى المسألة تتعلق بالقانون الدولي العام أين يكون القاضي مدعوا لحلها، يجب القيام بمواجهة العمل الأجنبي بقواعد القانون الدولي المحددة مسبقا من حيث وجودها ومضمونها؛ وفي الحالة الثانية، على العكس، فالقاضي لا يتجاوز أفق القانون الداخلي، لأنه مقيد، و لا يبحث في تحديد موقعه في ميدان النظام القانوني الدولي، فالقاضي يحسم، فقط، في توافق العمل الأجنبي مع النظام العام في دولته.

ومن حيث الممارسة القضائية، هناك نوعين من التطبيق. الأول: يقوم بإحلال مراقبة المطابقة مع النظام العام محل رقابة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية، فهاته الأخيرة يتم حجُبها. و الثاني: يرى في مراقبة المطابقة مع النظام العام رقابة تمارس بالتوازي مع رقابة الشرعية الدولية فهي ليست عملا مربكا لها بل هي مُكملة و مُعززة لها.

● كرقابة حلول *Contrôle de substitution*، يذهب القضاء الفرنسي، في مجال رقابة عمل الدولة الأجنبية، ولاسيما لما يتعلق الأمر بقانون أجنبي عينته قاعدة التنازع الفرنسية كقانون واجب التطبيق، إلى البحث في ميدان مطابقتها للنظام العام الفرنسي، بعيدا عن فكرة مراقبة الشرعية الدولية. وبمعنى أوضح، فالقضاة الفرنسيون يعملون على صيانة النظام العام الوطني كميدان تقليدي أكثر رُسوخا، بدل المغامرة ببحث و تفحص مجالات القانون الدولي المُعقدة والواسعة. وهي نفس المعالجة التي تخضع لها كل أعمال الدول الأجنبية، دون تمييز. وهكذا، تقوم المحاكم الفرنسية، بمنع توليد آثار على الإقليم الفرنسي، لإجراءات نزاع الملكية التي اتخذت من طرف ألمانيا أو الاتحاد السوفياتي في مواجهة أشخاص خاضعين لحمايتها. أو تلك التي إتخذت من طرف الجزائر في مواجهة

أجانب تحت حمايتها¹. وبلاستناد على نفس الفكرة، قضت محكمة باريس، بعد نتائج الخبرة القضائية حول أحقية التعويض، بأن القانون الشيلي المتعلق بتأميم الشركات الأمريكية للنحاس يخالف النظام العام في فرنسا. إذن، يعتمد القضاء الفرنسي على المبادئ الكلاسيكية المتعلقة بمراقبة شرط النظام العام لاستبعاد تطبيق أو ترتيب آثار للقوانين الأجنبية على الإقليم الفرنسي، مع تجنب كلي لمناقشة الشرعية الدولية لتلك القوانين².

وكذلك القضاء الألماني والياباني، سارا على نفس النهج الفرنسي، لكن متى أثرت أمامهما المسألة. فيفضلان رقابة المطابقة مع النظام العام كرقابة كلاسيكية، هادئة و مضمونة تتعلق بالقانون الدولي الخاص على رقابة الشرعية الدولية و التي تعتبر رقابة أكثر جرأة لتعلقها بالقانون الدولي العام³.

• في المقاربة الثانية وبدل أن يتم إحلال "رقابة المطابقة مع النظام العام لدولة القاضي" مكان "رقابة الشرعية الدولية"، تقوم المحاكم الوطنية بتطبيق قانونها الوطني فقط ويندرج ضمن هذا الأخير القانون الدولي بقوة القانون، ومن تلقاء نفسه *ipso facto*: فالمواجهة بقواعد القانون الدولي يتأكد تفعيلها لكن في إطار القانون الوطني الذي ينظر من خلاله للقواعد الدولية باعتبارها مندرجة ضمنه⁴. تلك هي الممارسة القضائية البارعة التي طبعت قضاء مجلس قضاء عدن في قضية *Rose Mary*، حيث رفضت الاعتراف بصحة قانون التأميم الإيراني. وفي قضاء مماثل لمحكمة روما، حول تأميم النفط في إيران، في قضية *Miriella*: قام القضاة الإيطاليون بفحص المسألة، بالمرور عبر المادة 10 من الدستور الإيطالي، بالقول بأن القانون الإيطالي يتطابق مع القواعد العامة

1- وهكذا، ذهب القضاء الفرنسي، في مادة الثروات الوطنية، بأن نزع الملكية أو التأميم المصرح به في الخارج، والذي لا يكون مقترنا بـ «تعويض محدد مسبقا وعادل»، يعد مخالفا للنظام العام الدولي في فرنسا. أنظر، على سبيل المثال:

Cass. civ. 23 avril 1969.

Gaudemet-Tallon Hélène. *La reconnaissance des jugements étrangers portant sur une somme d'argent, en matière civile et commerciale*. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 38 N°2, Avril-juin 1986. Études de droit contemporain. Contributions françaises au 12^e Congrès international de droit comparé (Sydney-Melbourne, 18-26 août 1986) p.495.

2- حسب الأستاذ P.Weil، فإنه: "ليس سوى إستثناء -بل ومن قبيل الصدفة تقريبا- وجود أحكام فرنسية فصلت بعدم مطابقة أعمال قانونية أجنبية مع القانون الدولي. وهكذا، إستبعد القضاء الفرنسي من التطبيق قانونا برازيليا منح الجنسية البرازيلية لكل الأجانب الذي تواجدوا في البرازيل بتاريخ معين، وذلك بمرر أن هذا النص يتجاوز أحكام القانون الدولي العام. وكذلك رفضت محكمة النقض توليد آثار قانون أجنبي ألماني يتضمن إلحاق إقليم الألزاس بألمانيا بعد 1940 لأن هذا الضم تم خرقا لقانون الشعوب وخرقا لبنود اتفاقية الهدنة المؤرخة في 23 جوان 1940. وكذلك، رفضت محكمة الاستئناف ترتيب آثار تعيين رئيس بلدية في الألزاس من طرف السلطات الألمانية لأن هذا الإجراء يشكل خرقا لاتفاقية الهدنة وخرقا لاتفاقية لاهاي لسنة 1899.

3- Weil Prosper. *Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers*. Op.cit. p.24.

4- ("...") following international law as incorporated in the domestic law of Aden, this court must refuse validity to the Persian [Iranian] Oil Nationalization Law in so far as it relates to nationalized property of the plaintiffs which may come within its territorial jurisdiction. I find the oil in dispute to be still the property of the plaintiffs".

Gross Leo. *International Law in the Twentieth Century*. New York: Appleton-century-crofts. 1969. p.426.

فالقانون الأجنبي المناقض للقانون الدولي لا ينبغي أن يلتفت إليه أو أخذه بعين الإعتبار.

James Crawford, Vaughan Lowe. *British Year Book of International Law 2008*. Volume 79. Oxford University Press. USA. 2009. p.40.

للقانون الدولي. في هذا النزاع، وعلى عكس الحل المتبنى من طرف مجلس قضاء عدن، فالقانون الإيراني لم يعتبر متناقضا مع القانون الدولي المدرج في القانون الداخلي.

وهكذا، نلاحظ في ظل هذا التوجه، أنه يتم اعتبار القانون الدولي كجزء مندرج ضمن القانون الوطني، وتتم رقابة مطابقة القانون الأجنبي بالاستناد إلى هذا الأخير.

مما ورد أعلاه، نستخلص بأن رقابة الشرعية الدولية - لم تمارس بعد - سواء في القضاء الفرنسي، الألماني و الياباني، أو أنها إندجت وإنصهرت في رقابة المطابقة مع النظام العام كما في قضايا *Miriella* و *Rose Mary*.

إن رقابة المطابقة مع النظام العام لدولة القاضي تستند على أسس خاطئة من ناحيتين. الأولى: أن القاعدة المرجعية *la norme de référence* مختلفة فبدل الاستناد إلى النظام القانوني الدولي يتم الرجوع إلى النظام القانوني الداخلي؛ وكذلك، لأن حكم القاضي الوطني يجد مصدره وحدوده فقط في القانون الوطني للقاضي. إن المسألة لم تضبط بشكل جيد من طرف القاضي باعتبارها مسألة من القانون الدولي، بدليل أن الاجتهادات التي سبق لنا عرضها، لا تميز في معالجتها لرقابة المطابقة مع النظام العام الوطني، الأعمال الأجنبية التي تعني الوطنيين في الدولة التي أصدرتها من تلك التي تعني الأجانب التابعين لإختصاصها.

و على حد تعبير الأستاذ P. WEIL، فإن نقل النقاش من ميدان القانون الدولي نحو النظام العام لدولة القاضي أغرى عدد كبير من المحاكم على تبني هذه التقنية التي تسمح لهم بتجنب الفخاخ والمطبات الشائكة لمراقبة الشرعية الدولية؛ و في نفس الوقت بالوصول إلى نتائج متشابهة تقريبا. ومع ذلك، يجب التأكيد بأن هذه التقنية متقدمة ولا يمكن ان تكون بديلا عن رقابة الشرعية الدولية، ولا سبيلا للدخول إليها. كما أن فكرة النظام العام الوطني تتحكم فيها و تشغلها متطلبات مختلفة ذات نفس وطني، ومن الصعب ضبطها وبذلك تتضارب المواقف الوطنية لكل دولة، باختلاف مضمون فكرة النظام العام، إزاء نفس قوانين التأميم المتقدمة. وهكذا أصبح وعلى حد تعبير إحدى المحاكم الأمريكية: نقوم بـ "موطنة، حل نزاع، من الواضح أنه دولي":

¹ «a nationalistic, or municipal, solution of a problem which is clearly international»

و لعل الحل الأكثر إثارة للدهشة ذلك الذي اتبعه مجلس قضاء هامبورغ في قراره لسنة 1973 بشأن تأميم النحاس الشيلي والذي أظهر إنزلاقا غير مقبول في حل المشكلة كما يلي:

- (1) القاضي الألماني غير ملزم، بموجب القانون الدولي، باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يخرق القانون الدولي؛
- (2) لكنه، يجب أن يفحص طبقا للمادة 30 من القانون المدني الألماني، ما إذا كان القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام الألماني؛
- (3) تأميم النحاس من طرف دولة الشيلي مخالف للنظام العام في ألمانيا؛
- (4) هذه المخالفة للنظام العام، لا تؤدي إلى استبعاد القانون الشيلي، لأن النزاع ليس له إرتباط كافٍ و قوِي مع المصالح الألمانية.

1- Weil Prosper. *Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers*. Op.cit. p.25.

إن هذا الحل منحرف. ففي حقيقة الأمر القانون الشيلي المتعلق بالتأميم يتعارض مع القانون الدولي، و القاضي الألماني أعلن ذلك لكن تحت غطاء النظام العام الألماني، لينتهي إلى عدم ترتيب أي نتيجة عن ذلك لأن النزاع لا يعني المصالح المباشرة للنظام الألماني!

2. نظرية عمل الدولة السيادي *La théorie de l'Act of State*

يلجأ القضاء الإنجلو-الأمريكي -وخاصة الأمريكي- إلى حلول ملفتة للنظر عبر نظرية عمل الدولة السيادي *l'act of state*: إجتهد كثير من قضاة قضاة قليلة، لكن ما يميزها هو معالجتها المباشرة للمشكلة.

عبر قرار شهير للمحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، يسمى *Underhill v. Fernandez* تم التأسيس لمبدأ مفاده أنه: "يتعين على كل دولة ذات سيادة احترام إستقلالية سيادات كل الدول الأخرى، ومحاكم دولة ما لا يمكنها الفصل في أحكامها ضد أعمال حكومة أخرى قامت بها على إقليمها".

«*Every sovereign State is bound to respect the independence of every othersovereign State, and the Courts of one country will not sit in judgement on the acts of the government of another done within its own territory*»¹

الحل واضح إذن، فالمحاكم الأمريكية ترفض فحص مدى صحة عمل إتحذته حكومة أجنبية على أراضيها. لكن، وبالنظر عن كتب فارتباط هذه النظرية بموضوع المشكل واهن. هذا الغموض يظهر على مستويين. الأول أن فقه نظرية "عمل الدولة/السيادي" لا يلتقي بروح مشكلة رقابة الشرعية الدولية. فإذا منعنا رقابة الشرعية الدولية للعمل الأجنبي يتعين علينا، بالمنطق نفسه، حظر كل رقابة على العمل الأجنبي أيًا كان مرجعها: سواء القانون الداخلي للدولة مُصدرة العمل وكذلك النظام العام لدولة القاضي. فهذه الرقابة، وبنفس المصطلحات التي استعملتها المحكمة العليا الأمريكية، تعتبر "إستثناء على القاعدة العامة التي وضعتها المحكمة الولايات المتحدة ستفصل في القضايا قبل أن تختار القواعد الملائمة لقرارها بالرجوع للمصادر المتنوعة للقانون بما فيها القانون الدولي".

وهكذا، فالقانون الأجنبي يستفيد من قرينة صحة مطلقة وغير قابلة لإثبات العكس في مواجهة كل القواعد المرجعية أيًا كانت؛ ويتمتع بنظام إمتيازي غير قابل للطعن فيه أو بعبارة الأستاذ *Mann* فهو يتمتع بالقدسية «*sacrosanctity*». وبالتالي، فالرقابة على الشرعية الدولية للعمل الأجنبي لا تستفيد في ظل هذا المنهج من أية معالجة خاصة: فهي مُقصاة كما في غيره.

طوال 15 سنة كان هذا هو الاتجاه السائد في الولايات المتحدة الأمريكية. وبعده تم التوجه نحو الإعراف الجزئي بالرقابة على الشرعية الدولية لأعمال الدولة الأجنبية من طرف القاضي الوطني في حالات محددة. وهكذا، صدرت قرارات عن المحكمة العليا الأمريكية في قضايا *Sabbatino* والبنك الوطني الأول *First National City Bank*، في ظل القانون الذي صادق عليه الكونجرس الأمريكي² والذي عرف باسم *Amendment Hickenlooper* أو *Amendment Sabbatino* والذي يلزم المحاكم الأمريكية، في حالات محددة، وما لم تعترض الحكومة، بمراقبة الشرعية الدولية كل ذلك دون المساس بالرقابات النظامية الأخرى.

1- Antonio Cassese. *International Law*. 2nd edition. Oxford University Press. 2005. p.99.

2- صوت الكونجرس الأمريكي على هذا القانون تحت ضغط بعض رجال الأعمال، رغم الموقف المعارض للسلطة التنفيذية.

سنة 1972، صدر قرار *First National City Bank* عن المحكمة العليا الأمريكية ورغم أن النزاع لا يدخل ضمن نطاق تطبيق قانون *Hickenlooper* المشار إليه أعلاه، أعلنت أن رقابة الشرعية الدولية لا تمس بالسير القضائي العادي للمحاكم «*normal adjudicative processes of the courts*» فالرقابة هنا أصبحت ملزمة.

ثم بعد ذلك و في قرار *Dunhill* للمحكمة العليا الأمريكية سنة 1976، فقد تم تضييق نطاق تطبيق نظرية عمل الدولة السيادي *act of state* لتشمل فقط الأعمال "العامة" و"الحكومية" للدول الأجنبية، وقد إستثنت الأعمال ذات الطابع التجاري المحض. فكل عمل لدولة أجنبية، يحمل طابعا تجاريا خالصا، يكون خاضعا لرقابة الشرعية الدولية و يخضع كذلك لرقابة مطابقته مع القانون الداخلي للدولة الأجنبية وأيضا مع النظام العام الأمريكي. فالحاكم ملزمة بممارسة الرقابة طبقا لمبدأ سيادة القانون *rule of law*.

إن نظرية عمل الدولة السيادي تجد لها أساسين نظريين. الأول، يتمثل في قواعد اللياقة الدولية *courtoisie internationale* أو "*comitas gentium*" وقد جاء في قرار *Underhill ضد Fernandez* لأول مرة إشارة لذلك فالقيام بمراقبة الشرعية الدولية لقانون دولة أخرى "يعرض العلاقات الودية بين الدول للخطر ويربك السلم الأممي... فالبدء، أن العمل الذي تتخذه حكومة مستقلة لا يمكن أن يكون محل مساءلة في محاكم دولة أخرى... فلا يمكن السماح بفحص أعمال دولة ذات سيادة و إعادة تقديرها من طرف محاكم أجنبية للاعتبارات العليا للمجاملات الدولية":

«*The principle that the conduct of one independent government cannot be successfully questioned in the courts of another is as applicable to a case involving the title to property brought within the custody of a court ... for its [sic] rests at last upon the highest considerations of international comity and expediency. To permit the validity of the acts of one sovereign state to be reexamined and perhaps condemned by the courts of another would very certainly 'imperil the amicable relations between governments and vex the peace of nations'*»¹.

والأساس الثاني، وأشارت إليه كذلك المحكمة العليا الأمريكية: فنظرية عمل الدولة السيادي تجد أساسها أيضا في ظل النظام الدستوري: ليس في الدستور بحد ذاته، ولكن على الأقل في الأسس ذات الطابع الدستوري كمبدأ فصل السلطات؛ وتوزيع الوظائف بين السلطة القضائية والتنفيذية². إن تقدير نظامية أعمال الحكومات الأجنبية من قبل المحاكم قد يعكس صفو العلاقات بين الحكومات. هذا هو الشيء الأساسي الذي حرصت المحكمة العليا الأمريكية على تأكيده في القضايا الثلاث الكبرى التي عرضت عليها: *Sabbatino* و *First National City Bank* و *Dunhill* عبر فكرة مفادها أن السلطة القضائية لا يجب أن تورط *embarrasser* السلطة التنفيذية في علاقاتها الدولية. وبذلك فالحاكم الأمريكية تلتزم بتحفظات تقليدية في مواجهة أي رقابة لشرعية الأعمال الأجنبية التي سوف تطبقها.

وحسب العديد من المؤلفين الأمريكيين، فإن فلسفة نظرية العمل السيادي للدولة تفعل سياسة قضائية "متحفظة" في مواجهة صلاحيات الحكومة في مادة العلاقات الخارجية. وعلى حد تعبير الأستاذ *Mann* فعدم إعاقه الولايات المتحدة للدول الأجنبية هو الأساس.

1- FRANK WALSH. *Flipping The Act Of State Presumption: Protecting America's International Investors From Foreign Nationalization Programs*. Texas Review of Law and Politics. Volume 12. Number 2. Spring 2008. p.374.

2- Stephen G. Wolfe. *Rationalizing the Federal Act of State Doctrine and Evolving Judicial Exceptions*. Fordham Law Review. Volume 46. 1977. p.304.

عبر نظرة شاملة، نجد أن قضاء الدول متضارب في مسألة الرقابة على الشرعية الدولية للأعمال الأجنبية:

• فقد ذهب القضاء في طوكيو في قضية *Nissho Maru* إلى وجود قاعدة من القانون الدولية تحظر ممارسة هذه الرقابة. وذهب المحكمة العليا الأسترالية في 1958 و 1965 وكذلك المحكمة العليا للعدل البريطانية في قضية *Helbert Wag* في 1955 في نفس الاتجاه. ففي القرار الأخير جاء في تسببه الاستناد إلى "إعتبارات القانون الدولي" والتي تعد بمثابة "إعتبارات للسياسة الأمنية *considerations of policy*" و بموجب هذه الأطروحة فلا وجود لأي مبدأ يسمح لمحكمة باستبعاد قانون تأميمي أجنبي بسبب خرقه للقانون الدولي.

• وذهب القضاء الألماني، إلى عدم وجود قاعدة أمرت بقرابة الشرعية الدولية للأعمال الأجنبية. هذه الصياغة الغامضة والتي يمكن أن تؤدي بنا للقول و بنفس المعنى إلى وجود قاعدة مجيزة *permissive* لهذه الرقابة. ونفس الموقف بالنسبة لقضاء محكمة *Brème* الألمانية في قرارها سنة 1959 المتعلق بالتأميمات الأندونيسية ومجلس هامبورغ في قراره سنة 1973 المتعلق بالتأميمات الشيلية. هذا الأخير، أكد بوضوح "بأنه في ظل القانون الدولي الحديث، لا وجود لمبدأ عام، يلزم دولة ما، بموجب القانون الدولي، بإبطال أو الغاء عمل لدولة أجنبية ذات سيادة لخرقه لأحكام القانون الدولي".

• القضاء الهولندي، ذهب لوجود قاعدة شبه أمرت *quasi-impérative* فالقاضي الوطني يجب أن يمتنع عن رقابة نظامية الأعمال الأجنبية؛ لكن موقف الامتناع هذا يجب أن يعتبر كاستثناء، وبذلك تظهر ممارسة هذه الرقابة على أنها ملزمة يتعين من خلالها مراقبة مطابقة الأعمال الأجنبية للقانون الدولي. وهذا ما عبرت عنه محكمة لاهاي في سنة 1962 بالقول :

« *...in a dispute of private law the courts should as a rule refrain from expressing any opinion as to the lawfulness of acts performed jure imperil by a foreign Government. However, this internationally accepted principle cannot be deemed applicable to cases in which the foreign Government, intaking its measures, is clearly acting at variance with what must be regarded as lawful and justified in international law in accordance with widely cherished views: for a Court can hardly be held to be dispensing justice in accordance with international law if it gives legal effect to acts which have been performed contrary to international law*»

ورغم تعقيد هذه الصياغة، إلا أنه يمكننا أن نستخلص منها وجود قاعدة دولية ذات طابع مجيز بدرجة أقل ويغلب عليها دون شك الطابع الملزم.

• أما التوجه الأمريكي، فيقول بوجود قاعدة متأرجحة من الحظر نحو الإلزام *Unerègle basculant petit à petit du prohibitif à l'impératif* : وهذا ما يمكننا استخلاصه من التطور الذي سبق لنا عرضه لنظرية عمل الدولة السيادي.

لينتهي الأمر لدى الأمريكيين إلى إعتبار نظرية عمل الدولة السيادي كخروج عن المبدأ العام لسيادة القانون ولا تطبق إلا على الأعمال "العامة" و "الحكومية" للدولة الأجنبية. أما الأعمال التجارية الخالصة فتخضع بشكل عادي لرقابة نظاميتها بالإستناد لكل القواعد المرجعية؛ ولو "عامة" و "حكومية" فتمارس عليها رقابة الشرعية الدولية، في إطار الشروط التالية :

أ. هذه الرقابة ملزمة للقضاة، لما تكون في نطاق تطبيق قانون *Hickenlooper*، إلا إذا إعتضت «*feu rouge*» الحكومة. وتكون الرقابة ملزمة كذلك، خارج حالات تطبيق قانون *Hickenlooper* شرط "موافقة" «*feu vert*» الحكومة؛

ب. هذه الرقابة ممكنة للقضاة، لما تكون خارج نطاق تطبيق قانون *Hickenlooper*، ولو لا يوجد قبول «*feu vert*» حكومي؛ لما يكون هنالك خرق لقاعدة دولية مستقرة و لا تكون متصلة بمادة جد حساسة بمصالح الدولة؛
ت. هذه الرقابة محظورة على القضاة، كلما كان هناك إعتراض «*feu rouge*» حكومي، سواء في مجال تطبيق قانون *Hickenlooper* أو خارجه.

إذ ما إنطلقنا من هذه العناصر الثلاث و قمنا بتحليل التقلبات في المواقف القضائية في القضايا الكبرى التي عُرِضت على القضاء الأمريكي في هذا المجال فإننا سنجد أن الإعتبارات الداخلية هي من تتحكم، دوغما شك، في التوجه القضائي الأمريكي: فقانون *Hickenlooper* قد صدر بمناسبة قرار *Sabbatino*، و "عدم الاعتراض الحكومي" في قضية *First National City Bank*. وجاءت فكرة أن "التدخل القضائي لا يجب أن يورط الحكومة" في قرار *Dunhill*.

تصرفات الحكومة الأمريكية في القضايا الثلاث كانت كالتالي: في قضية *Sabbatino* الحكومة تؤيد فقه نظرية عمل الدولة السيادي و بالتالي فهي معارضة لمراقبة الشرعية الدولية للتأميمات الكوبية. و بعد قرار 1964، الحكومة بذلت جهودا واسعة لعدم التصويت على قانون *Hickenlooper*. وفي قرارات *First National City Bank* و *Dunhill* الحكومة كانت مع ممارسة رقابة الشرعية الدولية على القوانين الأجنبية.

من خلال ما سبق، لا يمكننا إلا القول أن الاعتبارات الداخلية و مصالح الولايات المتحدة هي المحرك الوحيد لممارسة رقابة الشرعية الدولية أو إغفالها و هي الدافع الرئيسي لتطبيق نظرية عمل الدولة السيادي أو التخلي عنها، و التي يبدو من التحليل ملامح توجه نحو أفولها.

و رغم تعقيد التحليل السابق، إلا أن خلاصته حسب رأينا بسيطة. معيار واحد لكل تلك الممارسات القضائية هو: المصالح العليا لدولة الولايات المتحدة الأمريكية.

لذا يتعين القول من خلال هذه الدراسة، أنه على القاضي الجزائري، وحال تفكيره في تبني معايير تمكنه من ممارسة رقابة الشرعية الدولية أن لا يتناسى مصالح دولته¹.

1- فالجزائر دولة مؤممة (مارست التأميم) وتمت ملاحقة منتجاتها البترولية في الخارج وطلب ضرب حجوز تنفيذية عليها.

لو فرضنا، مثلا، أن الدولة "x" أصبحت دولة مستقلة وقامت بتأميم ثروات طبيعية أو شركات متواجدة على إقليمها، وحال تصديرها لتلك المنتجات نحو الجزائر تقدم أحد الملاك السابقين بطلب حجز تلك المنتجات لأنه المالك الوحيد لها وبأن ملكيته إنتزعت في الدولة "x" بموجب قانون و دون أن يحصل على تعويض مسبق وعادل و هو ما يخالف أحكام القانون الدولي، ويطلب استبعاد القانون التأميمي من التطبيق، وضرب حجز تنفيذي على تلك المنتجات.

هنا يمكن للقاضي الجزائري، مراعاة لمصالح الجزائر (علاقتها السياسية والاقتصادية بالدولة "x")، رفض الطلب بحجة عدم وجود قاعدة دولية تسمح له أو تلزمه بممارسة رقابة على الشرعية لقانون أجنبي صادر في إقليم دولة أجنبية. ومع ذلك يمكن للقاضي الجزائري، وفي نزاع آخر، اللجوء لممارسة الرقابة على الشرعية الدولية لقانون أجنبي، بالإستناد لحجة أخرى، مما ورد أعلاه، متى كانت مصالح الجزائر، تقتضي ذلك.

وهكذا، يتكيف الاجتهاد القضائي للدولع مصالحها. فالاعتبارات البراغماتية أصبحت هي أساس تطوير وتغيير الاجتهادات. ومن خلال دراساتنا، مثلا، لإجتهادات محكمة النقض الفرنسية نلمس أثر مصالح الدولة في تغير الاجتهاد القضائي.

ولعلنا نجد في دراسة نشرها أحد المؤلفين الأمريكيين، سبق لنا التعرض لها، نفس الفكرة في دراسة عنوانها: "قلب قرينة عمل الدولة السيادي: حماية لمستثمري أمريكا الدوليين من برامج التأميمات الأجنبية" والتي يدعو من خلالها المؤلف القضاء الأمريكي إلى حماية المستثمرين الأمريكيين من الطموحات ذات النزعة التأميمية التي تمارسها بعض أنظمة الدول الاشتراكية¹.

III. الفقه : معسكرين مختلفين².

الفقه منقسم بين مؤيد و معارض لمراقبة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية من طرف القاضي الوطني. و قد صاغ كل فريق من الفقهاء نظرتهم وحججه. هذا ما سنتعرض له فيما يلي.

1. حجج مؤيدي ممارسة رقابة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية.

تدور أفكار مؤيدي هذا النوع من الرقابة حول موضوعين أساسيين. الأول، ينطلق من فكرة سمو القانون الدولي. وهكذا، فمن غير المتقبل أن يُطبق القاضي قانوناً يخالف القانون الدولي. قاعدة التنازع، لا يمكن أن تؤدي بنا إلى تطبيق قانون أجنبي إلا إذا ثبتت شرعيته الدولية. كما أن العمل الأجنبي لا يمكن أن يولد آثاراً قانونية على إقليم آخر لخرقه للقانون الدولي. إن الدولة التي لاتعاقب على خرق القانون الدولي لا يمكنها أن تنتظر من قضاة الدول الأخرى بأن يسمحوا بتوليد آثار لأعمالها دون فحص لشرعيتها. أيضاً، الدولة التي صدر عنها العمل لا يمكنها أن تفضل تطبيق قانون الداخلي لتتنصل من التزاماتها المفروضة بموجب القانون الدولي، و تتخذ أعمالاً هي من ناحية دولية غير شرعية فهي تتجاوز حدود سلطتها و تتصرف خارج اختصاصها *ultra vires*، و محاكم الدول الأخرى سوف لن تعطي أي أثر لتلك الأعمال.

لكن، وحسب مؤلفين آخرين، فكيف لنا أن نتصور، استبعاد عمل غير شرعي دولياً للدولة "ب"، من طرف قاضي الدولة "أ"؛ ألا يكون هذا الأخير قد تجاوز اختصاصه؟ فالقاعدة أنه "لا يجب أن يكون هناك خرق للقانون الدولي لتطبيق القانون الدولي":

«*it should not be a breach of international law to apply international law*»³

لكن، ألا يمكن أن نعتبر بأن القانون الدولي يُجبر القضاة الوطنيين، الذين يطبقونه على خرقه في حد ذاته؟

«*such a supposed attitude of international law would be nothing less than self-destructive*»

FRANK WALSH. *Flipping The Act Of State Presumption: Protecting America's International Investors From Foreign Nationalization Programs*. -1 Texas Review of Law and Politics. Volume 12. Number 2. 2008.

Weil Prosper. *Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers*. Op.cit. p.36.-2

3- يقصد بهذه الفكرة أن القاضي بمراقبته للشرعية الدولية لقانون أجنبي لدولة ذات سيادة، يخالف القانون الدولي بهذه الممارسة، ويضمن بها في ذات الوقت تطبيق وسمو القانون الدولي نفسه.

وهذا ما جعل رقابة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية، لدى الكثير من الكتاب، مجرد "مكنة بسيطة" *une simple faculté* : وهو ما جعل القضاة يعضون أبصارهم عن تلك الأعمال غير الشرعية¹ *close their eyes to a lawless act*»

أما الموضوع الثاني، فيتعلق بسمو القانون الدولي وعلويته *la suprématie du droit international* فذهب مؤيدو رقابة الشرعية الدولية على القوانين الأجنبية إلى ضرورة تعاون المحاكم الوطنية في تطبيق و تطوير القانون الدولي. وفي غياب ميكانيزمات قضائية كافية في النظام القانوني الدولي فيمكن القول أنه يتعين على المحاكم الداخلية لمختلف الدول معاقبة كل خرق للقانون الدولي لحين إثبات العكس؛ وإذا ما كانت قاعدة القانون الدولي المطبقة غير ثابتة بما فيه الكفاية فيجب على القضاة أنفسهم إعطاء تعريف لها عبر تقنية التفسير المنشئ. ففي الحال الراهنة للمجتمع الدولي، مراقبة الشرعية الدولية لأعمال الدول الأجنبية تشكل إحدى الوسائل الضامنة للقانون الدولي، والقضاة الوطنيون بإمتناعهم عنها يكونون قد خالفوا إلتزامات مهنتهم كمساعدين حقيقيين للعدالة الدولية *desvériables collaborateurs de la justice internationale* .

هذين الموضوعين المركزيين، تم توسيعهما عبر إعتبرات الملائمة المستمدة من حماية الإستثمارات الأجنبية. فلما تُترك الوسائل الدبلوماسية لإرادة الدولة الوطنية، تصبح غير كافية، وتصبح الطعون أمام قضاء الدولة - المدانة - مجرد أوهام، خالية من كل فعالية، ويصبح التحكيم مستحيلا، فكيف يمكن إسترجاع الحقوق بغير رفع الدعوى أمام محاكم دولة الشخص المتضرر أو دولة الغير المتواجد على إقليمها بعض الأملاك المصادرة؟

هي معالجة ذات فعالية نسبية، مؤكدة، لكن هذا القليل الموجود يمكن أن يحث الدولة - المدانة - على اللجوء إلى تسوية تسمح لها بالتخلص من المتابعات رغم كل المضايقات.

لمثل هذا، نضيف بأن الحد الأدنى من الثبات والتوقع المطلوبين في الحركية التجارية الدولية ستتم تسويته بتغليب قاعدة مانعة تسمح لكل عمل دولة بعرضه على الفحص *topassmuster* « أمام المحاكم الوطنية للدول الأخرى دونما فحص شرعيته الدولية. نفهم من هذه الشروط، وجود مصالح أمريكية، كانت محل نظر، في حكم *Sabbatino* سنة 1964 تفسر الموقف الصارم بل الضربة القاضية *body-blow* » للمستثمرين الأمريكيين في الخارج. ولذلك فعلوا كل ما في وسعهم للحصول على نص تشريعي لإعادة تأمينهم².

2. حجج معارضي ممارسة رقابة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية.

حسب هذا الفريق، فإنه يتعين و قبل التطرق لموضوع علوية القانون الدولي يجب أن نناقش بالأولوية موضوع سيادة الدولة الأجنبية. فعلى أي أساس نمنح الهيئات القضائية لدولة ما الحق في إحباط قرارات دولة أخرى وإعاقة تطبيقها؟ لا يمكن الإستناد لفكرة سمو القانون الدولي لتبرير ذلك؛ إن ذلك يخرق مبدأ المساواة بين سيادات الدول؟ إن ذلك يعد مخاطرة بالمساس بالشؤون الداخلية للدولة الأجنبية، و يكون هذا الخطر، أكثر إعتبارا، إذا ما كانت تلك القرارات تترجم سياسة اقتصادية أو اجتماعية، مما يُضعف من إلتزام تبادل المجاملات والإحترام بين

1-Weil Prosper. *Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers*.Op.cit. p.38.

2- Weil Prosper. *Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers*.Op.cit. p.39.

الدول. إن الفكرة بسيطة، فعلى حد تعبير FALK، "يجب أن نعرف سيادة جارنا في منزله الخاص" *"we must recognize our neighbor's supremacy"* أو بعبارة الأستاذ WEIL فالفحام سيد في بيته *charbonnier est maître dans sa maison*.

من هنا نستخلص حجج المناهضين لفكرة الرقابة، من فكرة عمل الدولة السيادي و مفهوم الإختصاص الإقليمي: فعمل الدولة الأجنبية يجب أن يحترم "كظاهرة سيادية أجنبية ضمن الحدود الدولية المعترف بها لإختصاصها". وبعبارة أخرى، فبتصريحه بأن عمل دولة أجنبية ما يخالف للقانون الدولي يكون القاضي الوطني قد إغتصب وظائف دولية متجاوزا حدود سلطته القضائية الدولية وخاطر بإمكانية تحريك المسؤولية الدولية لدولته مع الدولة الأجنبية. هذا التعدي لقاضي الدولة "أ" على سيادة الدولة "ب" هو أصلا غير مقبول لما يكون محل النزاع مصالح وطنية تتعلق بالدولة "أ"؛ فضلا على أن القاضي "أ" لما يفصل في الشرعية الدولية لعمل الدولة "ب" بناء على طلب شخص من الدولة "ج" إنتزعت أملاكه في الدولة "ب": فبأي حق، مثلا، يرفض القاضي الفرنسي تطبيق القانون الشيلي على أملاك أو مصالح أمريكية؟

وبالنسبة لموضوع التعاون بين المحاكم الوطنية في تطبيق القانون الدولي فإنه يحمل صدى لا-مركزية و أفقية المجتمع الدولي. ففي ظل مجتمع دولي متوازي الدول متعدد الأنظمة *juxtaposition d'états*، لكنها متساوية في مواجهة بعضها البعض من حيث السيادة، فلا يمكن الادعاء بمنح محاكم دولة ما سلطة فرض مفهومها للقانون الدولي على دولة أخرى. في الحالة الراهنة للمجتمع الدولي، فخصوم رقابة الشرعية الدولية يثيرون نتيجة أصولية في مواجه المؤيدين لها؛ فبدل تشجيع القضاة الوطنيين على الاضطلاع بمهمة دولية يتم حثهم على إتخاذ موقف متحفظ تقليدي ومتواضع.

وبعيدا عن الإتهام بأنه موقف تراجعى و بأنه مذهب ذو نظرة متخلفة «back Ward looking doctrine» حسب تعبير أحد قضاة المحكمة العليا الأمريكية¹، فإنرفض رقابة الشرعية مؤسس على نظرة واقعية للمجتمع الدولي؛ قائمة على وظيفة ثمينة في المجتمع الدولي، تسمح بممارسة أفضل من رقابة غير معتبرة، وهي ضمان رقي القانون الدولي.

ويضيف معارضي الرقابة، أن يجب التوقف عن النظر إلى المحاكم الوطنية كمتدى ملائم لتطبيق القانون الدولي لأن هذا الأخير متقلب وغير دقيق: لدرجة أن البعض وصفه بالعالم الضبابي الغامض. مؤلفون وقضاة أمريكيون أخوا على الطابع غير اليقيني للقانون الدولي في مادة التأميمات: فهل يعقل ترك التقدير للقضاة الوطنيين لتطبيق القانون الدولي في مجال نادرا ما توجد بها قاعدة غير منتقدة إما هنا أو هناك ولا يلمس مباشرة، كما جاء فيقرار *Sabbatino*، حساسية الدول التي لكل منها نظرة جد مختلفة عن الأخرى؟

إن خطر التأميماتأصل، والزعم بتعاون المحاكم الوطنية في تطبيق القانون الدولي غير حقيقي. فنظرة قضاء الدولة المؤممة-أو المدانة- لن تكون نفسها لقضاء جنسية-الضحية.

إن الحلول القضائية أثبتت أنها ذات "نفس سياسي" في مادة القاعدة القانونية فيها غير مؤكدة: فكيف لنا أن ننتظر في حال كهذه سوى قرارات "تعسفية و متناقضة"؟ بعيدة عن ضمان سمو القانون الدولي والسعي لرقية، أحكام وطنية مختلفة و *égoïstes* ومبعثرة للقانون الدولي و تضيف أيضا "اللاأمن وعدم اليقينية للمادة". فالمؤكد هو أن الحلول القضائية الصادرة عن محاكم الدول الصناعية لن تكون مقبولة في الدول الإشتراكية والدول السائرة

1- Weil Prosper. *Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers*. Op.cit. p.40.

في طريق النمو كقواعد قانون دولي عالمية التطبيق. فلن تكون إلا كمقاربات ترقيعية¹ « patchwork approach » فهل نأمل بأن تكون عاملا في تطوير القانون الدولي: إن هذا تفكير ريفي و ليس تفكيراً دولياً² « *this is provincialism, not internationalism* ».

أما بالنسبة لحجج الملازمة التي قدمها مؤيدو الرقابة فرغم تبريرها النظري فهي غير فعالة و خطيرة. غير فعالة، لأنها معزولة و مشتتة. جاءت صدفة لتواجد شحنة في ميناء أو آخر. وهي غير كافية لثني الدولة - المدانة - عن تصرفها. فما قد يأخذ الضحية من مقابل في دولة ما قد يفشل في الحصول عليه في أخرى. أليس خداعاً الاعتقاد بأن رفع بعض الدعوى الحمائية للإستثمارات يُعني عن الحماية الدبلوماسية؟ ونادراً ما يكون القرار القضائي للضحية قابلاً للتنفيذ خارج دولة القاضي مما يجعله دون معنى. خطرة، لأن التصريح بعدم الشرعية الدولية يربك دائماً الحركة التجارية الدولية للدولة المعنية و سندات الملكية على الأملاك المؤممة تشوه الحقوق المكتسبة للمشتريين. و بعيداً عن ضمان أمن التجارة الدولية فممارسة الرقابة إعتبر لدى الكثيرين كمولد للضغط *générateur de tensions* فهو يخلق عداوات دولية و يشيع الفوضى³.

ويضيف المعارضون أن التصريح القضائي بعدم الشرعية يسيء للعلاقات الحكومية لدولة القاضي مع الدولة الأجنبية و الذي يمكن أن يعتبر كإهانة *offense* و العكس فالتصريح بالشرعية قد يضعف من موقف حكومة دولة القاضي في مواجهة الدولة الأجنبية.

IV. محاولة حل الإشكالية⁴.

جميع الحلول السابقة تزعم حماية تطوير النظام القانوني الدولي: هؤلاء، عبر سمو القانون الدولي والتعاون بين المحاكم الوطنية في تطبيقه، وأولئك، عبر الإحترام الصارم للمساواة السيادية للدول و نظرة واقعية للمجتمع الدولي و تقليص الدور الذي تلعبه المحاكم الوطنية. الكل يبحثون عن ضمان لأمن و ثبات التجارة الدولية: هؤلاء بالوقوف إلى جانب المستثمرين، و أولئك إلى جانب الدول النامية. هؤلاء بالدعوة إلى رقابة دون كبح و دون تردد؛ لكنها حذرة و براغماتية بالنسبة لأولئك.

عبر هذه المواقف المتناقضة، أورد الأستاذ WEIL النقاط و المعينات الآتية :

أ. لا وجود لقاعدة مانعة.

المعينة الأولى المستخلصة من كل المواقف السابقة، بأنه لا يوجد سبب حاسم و قطعي يثبت بشكل فاصل وجود قاعدة دولية تمنع مبدأ الرقابة على الشرعية الدولية لأعمال الدول الأجنبية، حتى من طرف المحاكم الوطنية.

الحجج المتمحورة حول مساس الرقابة بسيادة الدولة الأجنبية تذهب بعيداً و تتجاوز هدفها لأن القبول بذلك يعني بأن كل رقابة نظامية على القانون الأجنبي - أي حتى في مواجهة القانون الداخلي للدولة الأجنبية و

1- ورد هذا المصطلح في قرار *Sabbatino*.

2- Weil Prosper. *Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers*. Op.cit. p.42.

3- « *it creates international animosities and breeds chaos* ». Weil Prosper. *Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers*. Op.cit. p.42.

4- Ibid. p.43.

للنظام العام لدولة القاضي - ستكون مرفوضة بقوة القانون *ipso facto*: وهذا مؤشر على أن نظرية عمل الدولة السيادي يجب أن تفرض من طرف القانون الدولي، وهو ما لا يخاطر بقوله حتى أنصارها؛ وهذا يشير كذلك إلى أن الأنظمة الوطنية للقانون الدولي الخاص التي تربط تطبيق القانون الأجنبي بشرط دستوريته تخالف قاعدة من القانون الدولي العام. لكن هذه الحجج سرعان ما تدمر نفسها تلقائياً، لأنه إذا كانت فكرة السيادة تفترض أن محاكم الدولة لا تنتقد أعمال دولة أخرى ففي الوقت نفسه و بالمنطق نفسه فإن محاكم الدولة لا يمكن أن يفرض عليها من دولة أخرى تطبيق أعمال مخالفة للقانون الدولي. إن سيادة الدولة الأجنبية لا تصبح منتهكة إلا إذا صرح القاضي الوطني بإبطال أحد أعمالها؛ ولكن القاضي الوطني لا يقوم إلا باستبعاد آثار العمل المتخذ من طرف الدولة الأجنبية من توليد آثار على إقليمه؛ فالإبطال لم يكن أبداً مثار المشكلة.

إن رفض ممارسة الرقابة بحجة الطابع اللامركزي والأفقي للمجتمع الدولي غير مقنع أيضاً. فالأنظمة القانونية الوطنية تتعاون باستمرار مع النظام القانوني الدولي، حتى في الحالة الحالية للمجتمع الدولي. فإذا كان صحيحاً أن الإحالة من طرف القانون الدولي إلى القانون الداخلي تشكل بالنسبة للقانون الدولي مصدر "تطوير" و "إثراء"، فلماذا يتم رفض "تطوير" و "إغناء" القانون الدولي عبر تطبيق قواعده من طرف القاضي الوطني؟ فتطبيق ما سيصبح شيئاً مكتسباً بمرور الزمن. ومؤخراً، ذهبت المحكمة العدل الدولية إلى أن: "الإجتهد القضائي الأمريكي يؤكد بأن المحاكم الأمريكية مختصة، عند الإقتضاء، بتطبيق القانون الدولي في أحكامها". إن هذا ليس ظاهرة علمية أمريكية: فمجموع الممارسات الراسخة عبر عدة سنوات، و مجالات الإجتهدات القضائية الوطنية في مادة القانون الدولي تؤكد ذلك بوضوح.

أما الحجة القائلة بالطابع غير الدقيق وغير الكامل للقانون الدولي تنهار أمام نفس الفكرة: فإذا كان ذلك صحيحاً سيمنع كل تطبيق للقانون الدولي من طرف المحاكم الداخلية. ولذلك، فتطبيق قواعد القانون الدولي من طرف المحاكم الوطنية لا يؤدي بنا كمبدأ للمسألة العارضة *question préjudicielle*: فالقاضي الوطني هو نفسه من يفصل في المسألة، دونما إحالتها لجهة أخرى.

في كل مرة يطبق فيها القاضي الوطني قاعدة من القانون الدولي يتعين عليه هو نفسه تحديد مضمونها و تفسيرها عند الإقتضاء: فالإختصاص الكامل للقاضي الداخلي مضمون. يعني ذلك، وبعبارة البروفيسور Reuter أن "المحاكم الوطنية لا يمكنها أن تتجاهل القانون الدولي"¹. فهي مختصة في نظر النظام الدولي بتطبيق قواعد القانون الدولي. وهكذا، فالمحاكم الوطنية لا يمكنها أن ترفض هذا الاختصاص، باسم لامركزية النظام الدولي، وهنا تظهر سلطة ضمان الجزاء كوجه للتعاون الدولي.

وبالنسبة لما يثيره معارضو الرقابة من عدم فعاليتها، وبأن القاضي الوطني لا يملك أي وسيلة لتوليد آثار لقراره خارج الإقليم الوطني، فهذا صحيح. لكن، اختصاص المحاكم الداخلية لم يرتبط يوماً بأهليتها بجعل قراراتها قابلة للتنفيذ في الدول الأخرى؟.

أما بخصوص عدم فعالية الرقابة لضمان حماية الإستثمارات من كل مساءلة، هذا صحيح أيضاً. و لكن أليس وجود رقابة ضعيفة أفضل من عدم وجودها أصلاً؟

1- Weil Prosper. Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers. Op. cit. p.45.

وهكذا، فالقول بوجود قاعدة من القانون الدولي تمنع المحاكم الداخلية من مراقبة الشرعية الدولية للأعمال الأجنبية يبدو من الصعب إثباته: في حالة جعلت من المحاكم الوطنية تؤسس تطبيق أعمال الدول الأجنبية على مطابقتها للقانون الدولي. إن الممارسة تثبت صحة هذه المعايير؛ فالفقه لاحظ عدم وجود أي دولة تحتج على عدم تطبيق قانونها من طرف محاكم دولة أخرى.

ب. لا وجود لقاعدة أمرة.

بعد إستبعادنا لفرضية القاعدة المانعة، فهل توجد في القانون الدولي قاعدة أمرة بشأن موضوع هذه الدراسة؟

إن هاجس حماية سمو القانون الدولي دفع بالعديد من المؤلفين، وبمفهوم راديكالي أيضا، إلى هذا التوجه. ولا غرابة في ذلك لقراءة تلك الأوساط القانونية للمستثمرين في عالم الصناعة. كيف نفسر عدم أخذ المحاكم الوطنية بالتفسير القائل بوجود قاعدة أمرة؟ هل يعقل وجود قاعدة أمرة في القانون الدولي تلزم القضاة الوطنيين بممارسة رقابة الشرعية الدولية على القوانين الأجنبية دون أن يتفطنوا لها؟ أهي نظرة سيئة من هيئات وطنية مكلفة بتطبيقها؟ الأكد أنه لا وجود لمثل تلك القاعدة إلا إذا وجد نص صريح في القانون الوضعي.

أيضا، هناك من يرغبون في أن تصبح رقابة الشرعية الدولية على القوانين الأجنبية من طرف المحاكم الوطنية متهورة، في الحالة الراهنة للمجتمع الدولي، فيرون بأنها إلتزام دولي على المحاكم: مفهوم هو الآخر متطرف و يمكن أن يبرر في ظل مجتمع دولي مندمج و عمودي؛ من الصعب جدا قبوله في عالمنا هذا. فلا يمكننا أن نفسر في ظل النظام القانوني الدولي قواعد ستصبح غير متطابقة مع معطياته الأساسية: ودون شك، فاندماج المجتمع الدولي ليس بدرجة كافية لأن النظام القانون الدولي يفرض على المحاكم الوطنية ضمان سموه في كل الحالات: فأيهما يعتبر مناقضا للقانون الدولي الاجتهاد القضائي الأمريكي المستند على نظرية عمل الدولة السيادي أم الاجتهاد القضائي الفرنسي المؤسس على النظام العام؟

ج. قاعدة مجيزة لما تكون الرقابة هي المبدأ.

Une Règle Permissive Ou Le Contrôle Serait Le Principe.

لا محظورة ولا مفروضة من طرف القانون الدولي، الرقابة من طرف المحاكم الوطنية على الشرعية الدولية لأعمال الدول الأجنبية تجد أساسها في قاعدة من القانون الدولي ذات طابع مجيز.

إن ممارسة الرقابة يجب أن ينظر إليها على أنها المبدأ *le principe* أو أنها نقطة الإنطلاق *le point de départ* أو على أنها القرينة *la présomption* وهذا فقط من أجل وضع حصة اللامركزية الحالية للمجتمع الدولي والتي تسمح لنا بمنح كل نظام قانوني، لإعتباره داخليا، بتكليف الرقابة و تفضيل أي نوع منها بالأخذ بها أو إستبعادها.

إذن، فالرقابة تشكل المبدأ و عدم الرقابة هي الإستثناء: فنحن أمام "قاعدة مجيزة لكنها مائلة نحو كفة الرقابة" أو "قاعدة أمرة تحمل بعض الإستثناءات".

د. رقابة الشرعية الدولية والطابع غير الكامل للقانون الدولي.

حسب الاعتراضات السابقة، يعهد للمحاكم الوطنية بممارسة الرقابة و تحديد القاعدة الدولية المطبقة و تفسيرها في حال غموضها أو تناقضها.

إن التفكير في الصعوبات المتولدة عن الطابع غير المؤكد و غير الكامل لقواعد القانون الدولي حال تطبيقها من طرف المحاكم الوطنية على الأجانب يؤدي بنا إلى مشكلة الطابع المجيز، المانع أو الأمر للقاعدة محل البحث.

إن القاضي الوطني، المدعو لمواجهة العمل الأجنبي بقواعد القانون الدولي، سوف يجد نفسه في الحقيقة في مواجهة إحدى الحالتين الآتيتين. إما معاينة وجود قاعدة دولية تنظم المادة؛ وفي هذه الحالة، ستؤدي المواجهة إلى التصريح بأن العمل شرعي أو غير شرعي، حسب الحالة. وإما، العكس، في مادة لا توجد بها قاعدة من القانون الدولي مؤسسة بوضوح، وفي هذه الحالة، فلا وجود لخرق للقانون الدولي؛ فالعمل لا يمكن أن يصرح بعدم شرعيته دولياً.

واقعيًا، من الواضح، بموجب قرينة النظامية (قرينة الصحة) المرتبطة بأعمال الدولة **فالعامل الأجنبي**، في غياب خرقه لقاعدة ثابتة بوضوح في القانون الدولي، يفترض بأنه شرعي دولياً، ويعتبر قابلاً لتطبيقه أمام القاضي الوطني. إن مفهوم قرينة النظامية كافٍ لمعالجة الصعوبات دون الحاجة للرجوع إلى مفاهيم متناقضة، لغياب النص أو للثغرات التي تتخلله أو بالاستناد على أسس متقدمة من فئة "كل ما ليس ممنوعاً فهو مسموح به".

من خلال هذا التحليل، فإن مسألة قياس درجة دقة القاعدة الدولية المتدخلة، ليست في مستوى قابليتها للرقابة، ولكن في مستوى مضمونها ونتيجتها. فالرقابة تمارس أو لا تمارس لأسباب مستقلة عن وجود قاعدة ثابتة بوضوح في القانون الدولي تنظم المادة؛ لكن، و فقط، في الحالة التي تكون فيها قاعدة ما محل إنتهاك فالقاضي الوطني يصبح ملزماً بالتصريح بعدم الشرعية الدولية للعمل الأجنبي.

إن هذا التحليل يسمح لنا بالخروج من المأزق بأكمله. من جهة أولى، الفهم السيء لدور القاضي الوطني بأنه ملزم بإحباط إنتهاك عمل الدولة الأجنبية، لقاعدة مترسخة في القانون الدولي: الحجج السالفة، لوجهة النظر هاته، من طرف مؤيدي الرقابة، تأخذ هنا كامل قيمتها. ومن جهة أخرى، فمن غير المنطقي، أن يعيق القاضي الوطني تطبيق عمل الدولة الأجنبية بحجة أن هذا العمل يتعارض مع قاعدة في القانون الدولي يجب أن يثبت وجودها و مضمونها في حكم القاضي: فخصوم الرقابة لم يكونوا على خطأ من تنكرهم لبنية المجتمع الدولي، إلى الشوفينية القضائية *chauvinisme judiciaire* وإلى تشتت القانون الدولي. وهكذا، فمن المستساغ أن الجهات القضائية الداخلية تطبق و تحترم قواعد القانون الدولي في حال ثبت وجودها بدرجة كافية من الدقة، في حين يصبح من غير المبرر ترك ترسيخ قواعد القانون الدولي للقضاء الوطني كون المصادر المكيفة والملائمة للنظام الدولي لن تصبح حاملة لمفهوم "الدولية *l'internationalisme*" المفروض في الحالة الأولى، و مفهوم "الكبح القضائي الذاتي *judicial self-restraint*" في الحالة الثانية.

ليست صعوبات النظام النظري هي فقط من تكون محل إعتبار ومعالجة هنا : فالمتطلبات العملية المتناقضة تجد هي الأخرى محلاً لها. وهكذا، فخصوم الرقابة هم على حق لما أشاروا إلى أن أمن الحركة التجارية للدول "المؤممة" موضع خطر، بحجة خرق قاعدة من القانون الدولي وجودها و مضمونها محل تشكيك. وكذلك، أنصار

الرقابة لم يخطئوا لما أثاروا معاناة مصالح المستثمرين تحت غطاء التطبيق الآلي لقواعد متناقضة بطريقة متلبسة بقواعد واضحة الرسوخ في القانون الدولي.

حل وسط يراه الأستاذ WEIL لا يعترف لا بمصالح الدولة السائرة في طريق النمو و لا بمصالح مستثمري العالم الصناعي. صياغة الحل المقترحة، تجد محلا سابقا لها في الفقه والقضاء. و أيضا لدى مدافع متحمس عن القاعدة الأمرة في هذا المجال و هو الأستاذ Mann والذي كتب بدقة بأن: "القاضي الذي لا يصرح بالطابع الدولي التقصيري للقانون الأجنبي المخالف، يكون قد خرق بوضوح التزاما دوليا واضحا".

«a judge will not attribute the character of an international delinquency to a foreign law unless there has been a clear breach of a clear international duty»¹

وأيضا لدى معارض شرس للرقابة وهو البروفيسور Falk الذي قبل بالرقابة إذا كان العمل الأجنبي يخرق قاعدة من القانون الدولي هي محل وجود وإجماع حقيقي عليها. إن قرار Sabbatino لا يذهب نحو نفس هذا الاتجاه؟ فهو يستبعد الرقابة في حالة النزاع لأن المحكمة العليا لا يمكنها إثارة خرق "معاهدة أو إتفاقية واضحة أخرى لاعتبارات مراقبة المبادئ القانونية" ثم يضيف القرار بأكثر دقة بأن: "الدرجة الكبيرة للتقنين ولإجماع عدة دول بخصوص مسائل القانون الدولي، فالرأي الأكثر ملائمة هو الذي يتجه نحو منح القضاء سلطة النطق بقرارات حوله؛ أي بخصوص القانون الدولي".

«the greater the degree of codification or consensus concerning a particular area of international law, the more appropriate it is for the judiciary to render decisions regarding it».

والرأي الذي قرره القاضي White في هاته القضية لا يرمي لغير ذلك: "لما يكون هناك خرق للقانون الدولي غير الثابت، أنا أوافق على مبدأ المجاملة المسوغ للإعتراف و تطبيق القانون الأجنبي".

«Were a clear violation of international law not demonstrated, I would agree that principles of comity... warrant recognition and enforcement of the foreign law»

بين الصياغات السابقة و هاته الأخيرة فرق جوهري ومهم. فبدل النظر في درجة دقة القاعدة الدولية فهناك عامل مهم يلعب لصالح أو ضد ممارسة الرقابة نفسها- مدى قابليتها- فيثار هذا العامل في ميدان الموضوع و بهذا المعنى فكلما تم قبولها من حيث المبدأ فالرقابة تقودنا إلى نتائج مختلفة بحسب وجود قاعدة دولية أم لا و التي سيعرض عليها العمل الأجنبي.

الحل المقترح، ودون شك، لن يكون كافيا لتذليل كل الصعوبات. فهناك عائقين لا يمكن أن نستخف مطلقا بأهميتهما.

1- Weil Prosper. *Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers*. Op.cit. p.49.

بداية، إلى أي درجة من الرسوخ، يمكن الوصول إليها، لينظر إلى قاعدة قانون دولي ما بأنها واضحة الرسوخ؟ قرار *Sabbatino* يشير إلى كل "معاهدة أو إتفاقية أخرى منزوعة الغموض *traité ou un autre accord dépourvu d'ambiguïté*".

وكذلك الأمر بالنسبة لخرق قاعدة من القانون الدولي العرفي؛ فهناك من ينظر إليه بأنه محل "إجماع *consensus*". فهل يجب إذا إقامة تمييز على أساس المصادر؟. من حيث المبدأ، فالقانون الدولي واحد، ويتعين على القاضي الأخذ به كقاعدة مرجعية دون تمييز بين القاعدة ذات الأصل الإتفاقي، العرفي أو القضائي: أو التمييز بين وجود القاعدة ووجوب مواجهة العمل الأجنبي بها؛ أو عدم وجودها. في الحقيقة، قد يتعدّد الوضع قليلاً: فالقاعدة الإتفاقية تشكل قاعدة مرجعية مؤكدة أكثر من تلك العرفية التي تكون مثار نقاش أو من ممارسة دولة حديثة النشأة أو من قضاء منقسم. وعلى كل حال، يعد تجاوزاً، حتى في حالة المصدر غير الإتفاقي، إشتراط إجماع عالمي *un consensus universel* غير منقوص *Sans faille*: وهذا ما يسميه الأستاذ Mann "المستوى المعقول من الإجماع *areasonable level of agreement*" يظهر بشكل كاف قيادة منعزلة في مسلك معاكس، ضد رؤيته ليس كشاهد على غياب القاعدة، ولكن كإخلاف لهاته القاعدة.

إن التقديرات يجب أن تتعد عن مدى وجود القاعدة في الحالة الواقعية التي أخطر بها القاضي: بدليل أنه في مادة التأميمات البعض اعتبر أن هناك سلطة مستمدة من وجود قواعد في القانون الدولي راسخة الثبوت. في حين أن آخرين، إعتبروا أنه يجب أن تكون ظاهرة مع استثناء ثغرات القانون الدولي، و بالنسبة للجميع، فالقاعدة غير ثابتة بوضوح لحد الآن.

أما الصعوبة التي قد تواجهنا فتتعلق بالقياس، ولكنها لا تختلف مع تلك التي تواجهنا كل مرة لما يطبق القاضي الوطني القانون الدولي في ظل غياب ميكانيزم الإحالة الأولية *renvoi préjudiciel* على هيئة دولية يفرض على القاضي الوطني عرض المسألة عليها للفصل في وجود قاعدة دولية ثابتة بوضوح في المادة تؤدي لممارسة رقابة الشرعية على العمل نحو إعلان عدم شرعيته. إذن، فهناك هامش معتبر للتقدير تملكه الجهات القضائية.

ويبقى مشكل آخر يتعلق بكيفية إخطار القضاة الوطنيين بوجود قاعدة دولية و بمضمونها؟ كيف يمكن للقضاة الوطنيين تحديد مدى وجود قاعدة دولية واضحة الرسوخ في القانون الدولي تحكم المادة؟ السؤال هنا ليس بالجديد و لا بالخاص: فهو يلوح في كل مرة يكون القاضي الوطني فيها مدعوا للفصل في نقطة تتعلق بالقانون الدولي (مثلاً لما يفضل القاضي الفرنسي في مطابقة عمل إداري فرنسي للقانون الدولي) وخاصة كما لاحظ الأستاذ Reuter في دولة كالولايات المتحدة الأمريكية أين يكون القانون الدولي مندمجاً في القانون الداخلي.

في غياب لآلية الإحالة الأولية أمام المحاكم الدولية فالقاضي الوطني لا يمكنه هنا إلا الاعتماد على نفسه: وهذا طبيعي، وهو ما يفعله حال البحث عن القانون الواجب التطبيق. لكن، هل الرجوع للخبراء أو للشهود -مثل المختصين في القانون الدولي- ممكن؟ كقاعدة عامة، لا يمكن الرجوع للخبراء و الشهود إلا لإثبات مسائل الواقع. ومن المعلوم أنه في ظل القانون الدولي الخاص، و لإثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة التنازع، فالقضاة الوطنيون يلجأون في كثير من الأحيان للشهود أو الخبراء: هل هذا الحل ممكن التعميم؟ هل هناك موجب يتطلب أحكاماً مكتوبة؟

في ظل النقاش الفقهي، تم اقتراح اللجوء إلى مختصين ليقدموا شهادات بوجود قاعدة عرفية؛ ويطلب منهم كذلك إلزاما بيان الآراء المعاكسة والسابقة المختلفة الاتجاه: الفكرة نفسها بلورها مدرسو القانون الدولي. وإذا كانت الممارسة القضائية الأمريكية تقدم لنا بعض النماذج، الممزوجة بالمصالح، بالرجوع إلى الشهادات التصريحية للمختصين، فإن المسألة تستحق معالجة أعمق.

ويخلص الفقيه WEIL في تحليله من خلال دراسته الشهيرة لإشكالية رقابة القاضي الوطني على شرعية أعمال الدولة الأجنبية إلى أن صعوبة التخلص من هذا الإشكال مرجعه الأساسي صعوبة ضبطه. فعلى مستوى القانون الدولي، لاشيء يمنع القاضي الوطني من ممارسة الرقابة على الشرعية الدولية للأعمال الأجنبية مما يجعلها هي المبدأ، مع بعض الإعتبارات الخاصة في النظام القانوني الداخلي التي يمكنها الحد من هذه الرقابة أو منعها في حالات معينة.

ومع ذلك، فمجرد القبول بمبدأ الرقابة لا يعني أن هذا الرقابة سيتولد عنها تصريح بعدم الشرعية الدولية، تلقائيا، إلا في الحالة التي يعاين فيها القاضي خرق قاعدة دولية واضحة أو بيّنة الثبوت. وفي الحالة العكسية، تتمتع أعمال الدولة الأجنبية بقريئة الصحة و النظامية بما يتعارض مع التصريح بعدم شرعيتها.

إذن، فالطابع غير الدقيق وغير المتكامل للقانون الدولي لا يشكل عائقا لقبول الرقابة من حيث المبدأ، و لكن يؤدي بالقاضي إلى إلزام الحذر لما يكون في مواجهة مادة لا تتضمن قواعدا دولية واضحة الثبوت؛ فالطابع غير الدقيق وغير الكامل للقانون الدولي يستثار، ليس في ميدان تقبل فكرة الرقابة، ولكن في ممارسة هذه الرقابة من حيث الموضوع.

حل فقهي كهذا، يسمح على الأقل ببعث الأمل في ضرورة تعاون المحاكم الوطنية في حماية علوية وسمو القانون الدولي وليس بقليل أيضا ضرورة الإحتفاظ للمحاكم، في الحالة الراهنة للمجتمع الدولي، بالفصل في عديد المسائل أين نجد القانون الدولي متناقضا¹.

المحور الثالث : الرقابة على تطبيق القوانين الأجنبية من خلال حماية النظام العام الدولي في دولة القاضي.

هنا فرق جوهري، كما سبقت لنا الإشارة أعلاه، بين رقابة القضاء الوطني على الشرعية الدولية لقوانين الدولة الأجنبية ومطابقة هذه الأخيرة للنظام العام الوطني: ففي الحالة الأولى المسألة تتعلق بالقانون الدولي العام ويكون القاضي مدعوا لحلها عبر القيام بمواجهة العمل القانوني الأجنبي بقواعد القانون الدولي المحددة مسبقا من حيث وجودها ومضمونها؛ وفي الحالة الثانية، على العكس، فالقاضي لا يتجاوز أفق القانون الداخلي، إذ يحسم، فقط، في توافقية العمل القانوني الأجنبي مع النظام العام في دولته.

1- Weil Prosper. *Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers*. Op.cit. p.52.

يقوم تطبيق القانون الدولي الخاص على فكرة البحث عن توازن بين متطلبات إستقبال القوانين والمراكز القانونية الأجنبية وضمن تناسق وتلاحم النظام القانوني الوطني، ويعتبر النظام العام هو الضامن لهذا التكامل¹، على حد تعبير البروفيسور Léna Gannagé.

تعمل تقنية الدفع بالنظام العام الدولي على ضمان منع الإضطراب الذي قد يطرأ بفعل تطبيق أو الإعتراف بقواعد ونظم قانونية أجنبية تتناقض في مضمونها مع المفاهيم السائدة في النظام القانوني لدولة القاضي². الأصل أن تطبيق القانون الأجنبي المشار له من طرف قاعدة التنازع الوطنية يتم بالإستقلال عن مضمونه. غير أن الأمر قد يثير الكثير من الإشكاليات والصعوبات.

وهكذا، فقاعدة التنازع الوطنية لما تشير الى القانون الأجنبي كقانون واجب التطبيق، لا تقوم بفحص مسبق لمضمونه وهو ما جعل منهج التنازع يوصف بأنه منهج غير متبصر (أعمى)³ لأنه قد يؤدي بالقاضي الوطني، و بأمر من قاعدة التنازع الوطنية، إلى تطبيق قانون أجنبي مخالف للمفاهيم الأساسية السائدة في دولته.

حال رجوع القاضي الوطني للقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي فقد يصطدم بمفاهيم غريبة عن نظامه القانوني أو غير متلائمة معه، وهو الأمر الذي يؤدي به دون شك لاستبعادها لمخالفتها النظام العام (المادة 24 من القانون المدني) أو النظام العام الدولي في بلد القاضي.

فالأصل، أنه عندما تحدد قاعدة التنازع الوطنية قانوناً أجنبياً كقانون واجب التطبيق فالقاضي يتعين عليه تطبيقه مهما كانت النتيجة المترتبة عنه. مع ذلك، فإذا كانت الحلول التي يقدمها القانون الأجنبي تنتهك القيم الأساسية للمجتمع، فرد فعل النظام العام يكون باستبعاد هذا القانون وإحلال القانون الداخلي محله.

إن الإلمام بمفهوم النظام العام الدولي صعب. فضلا عن كونه مفهوم خالص للقانون الدولي الخاص، أو ما يسمى بـ "النظام العام الخالص للقانون الدولي الخاص". غير أن المؤكد أن النظام العام الدولي يعمل على مواجهة الحلول غير المحتملة (أو غير المتقبلة) التي يولدها تطبيق القانون الأجنبي⁴.

يتمظهر النظام العام الدولي، بشكل إيجابي، لما يطبق القاضي الفرنسي، مباشرة، القانون الأجنبي أو قوانين (لوائح) الشرطة والضبط الفرنسية. في حين يبرز الوجه السلبي للنظام العام الدولي حال توليد آثار مركز قانوني ذو منشأ أجنبي، في فرنسا؛ كتطبيق قرار أجنبي أو الإعتراف به، لاسيما بشكل عرضي⁵. وهكذا، ضبطت محكمة النقض

1- Léna Gannagé. *L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des Valeurs*. In: Travaux du comité français de droit international privé, années 2006-2008. Editions Pedone. Paris. 2009. p. 205.

2-Cour de cassation française. *Rapport annuel 2013*. La documentation française. Paris. 2014. p.128.

3- Frédéric LECLERC. *Cours de droit international privé*. Op.cit. P.73.

4- Andreas BUCHER. *L'ordre public et le but social des lois en droit internationale privé*. Académie de Droit International de La Haye. Martinus Nijhoff Publishers. Lille–France. 1994.P.23.

5- Cour de cassation française. *Rapport annuel 2013*. Op.cit. p.128.

الفرنسية¹ شروط الاعتراف بالأحكام الأجنبية بأن تكون متوافقة مع النظام العام الدولي من حيث الموضوع والإجراءات.

ولئن كان الاجتهاد القضائي لحكمة النقض الفرنسية، لا يعطي تعريفا للمفهوم الفرنسي للنظام العام، إلا أن القرارات الصادر عنها رسمت الخطوط العريضة لهذا المفهوم. ففي قرار شهير² صدر عن محكمة النقض، عرّف النظام العام الدولي بأنه مجموع "مبادئ العدالة العالمية المعتمدة لدى الرأي العام الفرنسي، كمبادئ ذات قيمة دولية مطلقة". ومبادئ العدالة العالمية تلك تتضمن مجموع الحقوق التي تهدف لحماية شخص الإنسان وكرامته، المبادئ الجوهرية في القانون الفرنسي، وكذلك الحقوق الأساسية. كما أن هذه المبادئ مرتبطة بالأسس السياسية، العائلية و الاجتماعية للمجتمع الفرنسي تستثير الدفع النظام العام.

وهكذا، يشمل النظام العام الدولي من حيث مفهومه، حسب المفاهيم الفرنسية، ثلاث مجالات رئيسية. الأولى، تتضمن "مبادئ العدالة العالمية المعتمدة لدى الرأي العام الفرنسي ذات القيمة الدولية المطلقة" لا سيما تلك المتعلقة بحظر الاستعباد والتعذيب والتمييز العنصري و المساواة. وبوجه عام المبادئ العامة التي تضمنتها إتفاقيات حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية والتي تندرج في النظام العام الدولي. والاجتهاد القضائي في هذا الشأن غزير³.

أما المجال الثاني فيشمل المقومات والأسس السياسية و الاجتماعية للحضارة الفرنسية و أهم المبادئ المتبناة في هذا الشأن كاللائكية والزواج المفرد (غير المتعدد). إن رد فعل الرأي العام الفرنسي هنا محل إعتبار كعدم تقبل وضعية ما أو الصدمة منها.

ويتضمن المجال الثالث حماية بعض السياسات التشريعية و كمثال على ذلك الحظر المطلق للطلاق لغاية العام 1884 و الحد من حالات الاعتراف بالأبوة الطبيعية إلى غاية العام 1993.

وهكذا، يتجلى مما سبق⁴ غموض مفهوم النظام العام و عدم إمكانية حصر حالاته في قائمة محددة تتضمن كل فرضياته. بل و الأكثر من ذلك، فالقيم و المفاهيم الأساسية للمجتمع الفرنسي في تحول مستمر. فهي نسبية زمانا و مكانا. فماهو محظور اليوم قد يكون مقبلا غدا. وهو ما يظهر لنا مبدأ آنية النظام العام⁵ الذي يلزم القاضي بأخذ النظام العام بالحالة التي يكون عليها لحظة الفصل في النزاع. فالقاضي الفرنسي يقبل في حقيقة الأمر الدفع بالنظام

1-Cass. 1^{re} Civ. 20 février 2007. Pourvoi n° 05-14.082.

2- Cass. 1^{re} Civ. 25 mai 1948.pourvoi n° 37.414.

3- على سبيل الذكر، فالقوانين الأجنبية التي تمنح لأحد الزوجين حق الطلاق بإرادة منفردة تعد متناقضة والمبدأ الأوروبي المساواة بين الزوجين.

Cass. 1^{re} Civ. 17 février 2004.

4- Marie-Christine Meyzeaud-Garaud. *Droit international privé*. 2^e édition. Bréal. 2008. p.86.

5- Daniel Gutmann. *Droit international privé*. 5^e édition. Dalloz. Paris. 2007. p.106.

العام لما تكون النتيجة المتولدة عن تطبيق القانون الأجنبي لا تتوافق مع المفهوم الحالي للنظام العام في دولة القاضي، يوم الفصل في النزاع، مع الأخذ بالإعتبار لطابعه التطوري.

وكما سبق بيانه، فإن تدخل النظام العام يؤثر على السير "العادي" لقواعد تنازع القوانين، حفاظا على المفاهيم الأساسية للنظام القانوني لدولة القاضي. وحسب إعتقادي، فالمفاهيم الأساسية للقانون الوطني في الجزائر، تجد مكانها في الدستور الجزائري وفي الصكوك الدولية المختلفة التي صادقت عليها الجزائر لاسيما ما تعلق منها بمعاهدات حقوق الإنسان وتشمل القواعد الأساسية للشكل والموضوع والإجراءات: احترام حق الملكية، المساواة بين الرجل والمرأة، عدم التمييز على أساس الدين، ترقية حقوق المرأة، حماية المصالح الفضلى للطفل وحماية النظام العام الإجرائي: حق الدفاع والإجراءات الوجيهة...الخ.

وهكذا، و باستبعاده للقانون الأجنبي لتعارضه مع المفاهيم الأساسية لقانونه الوطني¹، يلعب القاضي الوطني دور الحامي للنظام العام، الدولي أو الداخلي، حسب المفهوم الاجتهادي المعطى له.

يتبنى المشرع الجزائري، في مجال تنازع القوانين، مفهوم النظام العام في الجزائر، لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص، طبقا للمادة 24 من القانون المدني. وفي مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية، استعمل المشرع كذلك مصطلح "النظام العام في الجزائر" حسب المادة 605 فقرة 04 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. في حين نجد المشرع الجزائري، يستخدم مصطلح "النظام العام الدولي" في مجال الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها في الجزائر، طبقا للمادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يجب التأكيد، في مجال التمييز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي أن هذا الأخير هو "ذو مصدر وطني"؛ فكل دولة، وبصفة مستقلة، تحدد مفهوم نظامها العام الدولي². وهو ما عبرت عنه محكمة النقض بـ "المفهوم الفرنسي للنظام العام الدولي" الذي يتدخل في العلاقات الدولية في القانون الخاص³.

إن المقارنة بين النظام العام الدولي و النظام العام الداخلي تظهر لنا تباعدا في المفهوم والآثار. فمجال النظام العام الدولي ضيق و أكثر محدودية مقارنة بالنظام العام الداخلي. ففرنسا مثلا ليس بإمكانها فرض كل مبادئ حضارتها على كل الحجر. فلا توجد إذا غير تقنية النظام العام الدولي لمواجهة الحالات الصادمة أو تلك التي على درجة عالية من عدم التقبل. إن النظام العام الدولي هو النواة الصلبة للنظام العام الداخلي *le noyau dur de l'ordre public interne*.

هناك عنصرين يُولدان الأثر الاستبعادي النمطي لآلية الدفع بالنظام العام الدولي و هما⁴:

1- إن ضرورة التوافق بين القانون الأجنبي والسياسة التشريعية الداخلية لا يجب أن يفسر بشكل خاطئ. فليس كل إختلاف بين مضامين القانون الفرنسي والقانون الأجنبي يعتبر مخالفا للنظام العام. فالقانون الدولي الخاص يسمح بحد أدنى من التنسيق بين النظم القانونية الوطنية. يجب أن يتحلى القاضي بنوع من المرونة. فليس كل ما يعد من النظام العام الداخلي هو بالضرورة من النظام العام الدولي.

Daniel Gutmann. *Droit international privé*. Op.cit. p.106.

2- Andreas BUCHER. *L'ordre public et le but social des lois en droit internationale privé*. Op.cit. p.24.

3- ولذلك، يعبر عنه في مفاهيم محكمة النقض الفرنسية، بـ (النظام العام الدولي "الفرنسي").

4- Marie-Christine Meyzeaud-Garaud. *Droit international privé*. Op.cit. pp 87-88.

1. النتيجة الواقعية غير المطابقة : أو النتيجة الملموسة غير المحتملة *un résultat concret intolérable* وهي تلك الوضعية غير المتقبلة في نظر المجتمع الفرنسي بفعل تطبيق القانون الأجنبي على أرض الواقع و المثال الأكثر شهرة هو قرار *Patino* الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 ماي 1963: بحيث أن زوجين بولفيين تزوجا في إسبانيا، ثم قررا الانفصال. قاعدة التنازع الفرنسية تعطي الاختصاص للقانون البوليفي (القانون الوطني المشترك). هذا الأخير، يجهل نظام الانفصال الجسماني، و يخضع طلاق المتزوجين في دولة في الخارج لشرط قبوله من طرف قانون محل إبرام الزواج. في حين أن القانون الإسباني المختص كذلك لا يعترف، آنذاك، بالطلاق. هنا، التطبيق المنفصل للقانونين البوليفي والاسباني لا يؤدي إلى أي نتيجة صادمة. لكن، بتطبيق كلا القانونين مجتمعين يؤدي إلى ذلك. فواقعيا، التطبيق التجميعي للقانونين لا يسمح للزوجين *Patino* بفك الرابطة الزوجية مطلقا. وهو ما جعل محكمة النقض الفرنسية تفعل آلية الدفع بالنظام العام الدولي لإستبعاد التطبيق المركب للقانونين مجتمعين.
2. القرب من دولة القاضي *la proximité avec le for* : يتأثر النظام العام، زيادة أو نقصانا، بحسب قرب أو بُعد المسألة القانونية التي أثارت تطبيق قاعدة التنازع، ماديا، من النظام العام في دولة القاضي. كما تخف حدة الدفع بالنظام العام بحسب درجة إرتباط الحالة التنازعية مع قانون دولة القاضي.

أ- نظرية النظام العام بالقرب.

هي نظرية ألمانية تسمى *Inlandsbeziehung*. وتم إقتباسها في فرنسا تحت تسمية النظام العام بالقرب " *Ordre public de proximité*". يعود فضل طرح الفكرة إلى الفقيه الألماني "كان" نهاية القرن التاسع عشر؛ مضمون الفكرة أن الدفع بالنظام العام يتم إعماله، تناسبيا، مع كثافة الإرتباط بين النزاع و بين إقليم دولة القاضي¹. إن ردة الفعل في مواجهة القانون الأجنبي يزداد الإلحاح عليها كلما كان أحد أطراف النزاع من جنسية فرنسية أو متوطنا بصفة معتادة في فرنسا، فكلما كان أحد هؤلاء هو المعني بشكل مباشر بالوضعية الصادمة في جوهرها كان إعمال النظام أسهل في مواجهتها².

1- Daniel Gutmann. *Droit international privé*. Op.cit. p.108.

2- لا تخلو هذه الفكرة من المفارقة والنقد. كيف لفرنسا أن تدعي أنها تحمل وتبني قيم عالمية إذا كانت تطبقها بشكل نسبي؟ الجواب، دونما شك، لا يتعلق بالمنطق ولا بالفلسفة، على الأقل لكون هذين الأخيرين لا يقبلان بكون البراغماتية (الممارسة النفعية) هي في حد ذاتها قيمة. أنظر:

Daniel Gutmann. *Droit international privé*. Op.cit. p.108.

يقوم القاضي بإقصاء القانون الأجنبي المختص ويطبق قانونه الداخلي¹ متى كان تطبيق القانون الأجنبي يتعلق بأحد الوطنيين أو المقيمين بصفة معتادة في فرنسا. ومع ذلك، فالقاضي الفرنسي يمكنه أن يطبق القانون الأجنبي في الفرضية التي يكون فيها النزاع على علاقة ضعيفة بفرنسا (بإنتفاء حالي الجنسية الفرنسية والإقامة المعتادة في فرنسا)² لأن كثافة تأثير النظام العام في هكذا حالة تكون أقل، نظرا لبعده المسألة، مكانيا، عن دولة القاضي.

ب- نظرية الأثر المخفف للنظام العام.

في ظل فكرة النظام العام المخفف *Ordre public atténué*، تكون الحقوق المكتسبة في الخارج أخف تأثيرا على النظام القانوني الفرنسي. وفي هكذا حالات، يتعيّن وجود درجة عالية من التعارض بين القانون الأجنبي وبين المفاهيم الفرنسية لتبرير تدخل النظام العام.

تقوم هذه النظرية على فكرة مفادها أنه "لا يمكن أن تتعارض مع النظام العام في فرنسا المراكز القانونية المنشأة في الخارج في حين أن إنشاء تلك المراكز القانونية في فرنسا يتعارض مع النظام العام"³.

وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية بهذا التمييز بين النظام العام الكامل والنظام العام المخفف في قرارها الصادر بتاريخ 17 أبريل 1953 والذي جاء فيه أن "رد الفعل في مواجهة مقتضيات قانونية مخالفة للنظام العام ليست

1- على سبيل المثال، في مجال الأحوال الشخصية، عرف القضاء العديد من التطبيقات لميكانيزم النظام العام بالقرب. فالقوانين الأجنبية التي ترفض قبول دعاوى إثبات النسب الطبيعي لا تعد متعارضة مع المفاهيم الفرنسية للنظام العام الدولي. وهكذا، قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 10/02/1993 أنه: طالما كانت تلك القوانين الأجنبية في آثارها لا تحرم طفلا فرنسيا أو مقيما إقامة معتادة في فرنسا من إثبات نسبه، فهي غير متعارضة مع النظام العام الدولي في فرنسا. وهذا الحل تأكد لاحقا في قرار الغرفة المدنية لمحكمة النقض بتاريخ 10 ماي 2006.

وفي قرارات متتالية، صدرت يوم 17 فيفري 2004، رفضت محكمة النقض الفرنسية ترتيب آثار في فرنسا، لأحكام طلاق بين جزائريين، مسلمين، مخالفة للمبدأ الأوروبي (المساواة بين الجنسين) الذي يشكل أحد المفاهيم الأساسية في القانون الفرنسي، كونها صادرة بإرادة منفردة للزوج. ومبرر إثارة النظام العام الدولي، هنا، هو أن أحد الزوجين يقيم بصفة معتادة بفرنسا أو يحمل الجنسية الفرنسية؛ أي هناك ارتباط للمسألة القانونية بفرنسا.

إن الحل الذي تبنته محكمة النقض ينم عن خطأ في التحليل. فالطلاق بإرادة منفردة للزوج يكون مخالفا مخالفة للمبدأ الأوروبي (المساواة بين الزوجين) متى كان دون مقابل مادي أو إجرائي آخر. فالطلاق لا يقع إلا بحكم، وتحت مراقبة القاضي. إن الزوج المتعسف في إيقاع الطلاق يلزم بدفع تعويض مادي للزوجة كمقابل عن الطلاق التعسفي هذا من جهة. ومن جهة أخرى، وبالتدقيق في نظام إنهاء الرابطة الزوجية، في القانون الجزائري، والمستمد من مفاهيم الدين الإسلامي أساسا، فإن حق الطلاق بإرادة منفردة للزوج يقابله حق الزوجة بإنهاء الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة أيضا ودون تسبب في إطار نظام الخلع. إن هذه المقارنة البسيطة، تجعل من فكرة عدم المساواة في الحقوق الإجرائية المخولة لكلا الزوجية غير واردة. إن الحقوق متقابلة و متساوية. والاجتهاد الفرنسي لم يستوعب بدقة نظام فك الرابطة الزوجية الإسلامي بأكمله.

رغم ذلك، رفضت محكمة النقض في قرار صدر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 19 أكتوبر 1999، تطبيق النظام العام الأقرب في مواجهة القانون المغربي الذي يحظر التبني رغم أن الطفل المغربي مقيم في فرنسا.

Voir: Bertrand Ancel. *Cours de droit international privé*. Université PANTHON-ASSAS (PARIS II). 2005-2006. p.18.

Marie-Christine Meyzeaud-Garaud. *Droit international privé*. Op.cit. p.88.

2- François MELIN. *Droit International Privé*. Op.cit. p.133.

3- Daniel Gutmann. *Droit international privé*. Op.cit. p.109.

نفسها في حال إعاقه إكتساب حق في فرنسا أو في حال تركها تولد في فرنسا آثارا لحق إكتساب في الخارج، دون غش"¹.

المحور الرابع : رقابة القضاء الوطني للشرعية الدولية للقوانين الأجنبية وحماية النظام العام الدولي : تعارض أم تكامل.

إن التطور المفاهيمي لفكرة النظام العام الدولي في فرنسا في مجال القانون الدولي الخاص جعل من هذه التقنية ضيقة التطبيق مقارنة بالنظام العام الداخلي. فإعمال آلية الدفع بالنظام العام الدولي في مواجهة القانون الأجنبي يتطلب بلوغ هذا الأخير عتبة معينة لا تطاق، ليتم إستبعاده. كما أن شروط إعمال النظام العام محتومة بالإعتبارات البراغمة². ثم إن فعالية ميكانيزم الدفع بالنظام العام الدولي في مواجهة القانون الأجنبي مشروط كذلك بالنتيجة الواقعية الملموسة، فالتعارض النظري بين المفاهيم الأساسية للقانون الوطني في دولة القاضي وبين مضمون القانون الأجنبي لا يعني إستبعاد هذا الأخير آليا ما لم تتولد عن ذلك في أرض الواقع حالة جديرة بالإهتمام تضررت من تطبيق أحكام القانون الأجنبي. وعادة ما يتم إنفاذ الأثر الإستبعادي (الإقصائي) للقانون الأجنبي (عبر تقنية النظام العام الدولي) لفائدة الوطنيين أو المقيمين بشكل معتاد في إقليم دولة القاضي، مع حرمان غيرهم من ذلك الأثر. وكثيرا ما تسامح القضاء مع ترتيب بعض آثار المراكز القانونية الأجنبية (المنشأة في الخارج) في إقليم دولة القاضي، برغم تعارضها مع النظام العام الدولي الفرنسي، عملا بالأثر المخفف للنظام العام، في حين لم يكن القضاء يسمح بإنشائها أصلا على ذات الإقليم.

تقنية مراقبة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية، تقوم على مراقبة القاضي لمضمون القانون الأجنبي الذي عيّنته قاعدة التنازع الوطنية³ في مواجهة الإلتزامات الدولية لتلك الدولة. فقاعدة التنازع الوطنية تشير إلى القانون الأجنبي، كقانون واجب التطبيق، وبالنسبة، فليست القواعد ذات المنشأ الوطني هي وحدها المعنية، وإنما تعتبر الأحكام ذات المنشأ الدولي (الإتفاقي أو العرفي) من ضمن مجموع القواعد التي تندرج ضمن النظام القانوني الوطني. هنا، يجب التأكيد على إفتراض كون النظام القانوني الأجنبي يمنح للقانون الدولي مرتبة تسمو على القانون. في هكذا حالة، يكون القاضي الوطني ملزما بإعمال القاعدة الأسمى (القاعدة الإتفاقية الدولية) في حال تعارضها مع القاعدة الأدنى (التشريعية).

إن إقصاء أحكام تشريعية أجنبية من التطبيق لمخالفتها للإلتزامات الدولية لتلك الدولة الأجنبية، يعني أن القاضي الوطني يمارس رقابة إتفاقية القانون الأجنبي، الذي عيّنته قاعدة التنازع الوطنية، مع الإتفاقيات الدولية الملزمة لتلك الدولة.

الحقيقة أنه في كلا تقنيتي الرقابة يتعامل القاضي مباشرة مع مضمون القانون الأجنبي. فبعد إعمال المنهج التنازعي، وتعيين قاعدة التنازع الوطنية للقانون الأجنبي كقانون واجب التطبيق، يقوم القاضي بفحص مضمون القانون الأجنبي المعين إستنادا إلى المفاهيم الأساسية للنظام العام في دولته أو في مواجهة الإلتزامات الدولية للدولة الأجنبية.

1- Cass. 1^{er} Civ. 17 avril 1953. pourvoi n° 2.520.

2- Daniel Gutmann. *Droit international privé*. Op.cit. p.107.

3- لا بد من التأكيد هنا على أن الأمر يتعلق بقاعدة التنازع المزدوجة، لأن قاعدة التنازع المفردة لا تحدد سوى مجال تطبيق القانون الوطني.

من حيث طبيعة ممارسة الرقابة : ففي مجال حماية النظام العام الدولي، تبدو فكرة الرقابة على مضمون القانون الأجنبي كخروج عن مبدأ حياد قاعدة التنازع الوطنية؛ والذي يقتضي أن القانون الأجنبي يعلن مختصا بقطع النظر عن مضمونه. فقاعدة التنازع لا تتعامل، في الأصل، بشكل مباشر مع مضامين القوانين المرشحة لحكم المسألة القانونية وهذا ما تولد عنه ما يسمى بالإسناد غير المتبصر. أما في مجال مراقبة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية فالرقابة هنا ليست إستثناء. بل هي رقابة أصيلة مرتبطة بالمبادئ العامة للقانون. فالقاضي يطبق القواعد القانونية بشكل تراثي (هرمي) فتقصى القاعدة القانونية الأدنى لصالح القاعدة الأعلى في حالة التعارض وهكذا. ومن ثم فتعامل القاضي الوطني مع مضمون القانون الأجنبي وقياس درجة توافقيته مع الإلتزامات الدولية للدولة الأجنبية لا يخرج عن دوره الأصيل في مجال فحص القوة المعيارية للنصوص.

من حيث أساس ممارسة الرقابة : تتعلق مراقبة النظام العام الدولي، بتطبيق القانون الدولي الخاص. في حين أن رقابة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية تتعلق بالقانون الدولي العام؛ فلئن كان تطبيق القانون الأجنبي المختص هو نتاج إعمال قواعد القانون الدولي الخاص الوطنية، فإن مراقبة إتفاقيّة القانون الأجنبي المختص مع الإلتزامات الدولية للدولة الأجنبية يتعلق دون شك بالقانون الدولي العام.

أما من حيث القواعد المرجعية : فيعد النظام القانوني الداخلي هو المرجع في عملية رقابة المطابقة مع النظام العام. هذا الأخير ذو مفهوم "وطني" بالأساس¹ ويستند في مقوماته على المفاهيم الوطنية². في حين أن المرجع في ممارسة الرقابة على الشرعية الدولية للقانون الأجنبي، هو القانون الدولي الملزم للدولة الأجنبية والذي يمنحه دستورها مرتبة تعلق القانون الداخلي نفسه. إذن، الإلتزامات الدولية للدولة الأجنبية هي المرجع في مراقبة الشرعية الدولية للقانون الأجنبي وليست الإلتزامات الدولية لدولة القاضي. هذه الأخيرة، حتى ولو أدرجها الإجتهد القضائي ضمن المفهوم الممنوح للنظام العام كمرجع لمراقبة القانون الأجنبي، لا يمكن أن تغني عن مراقبة الشرعية الدولية له.

من حيث أدوات الرقابة: فممارسة مراقبة الشرعية الدولية للقانون الأجنبي المرشح لحكم النزاع يكون فقط بالإستناد على مضمونه المجرد في مواجهة الإلتزامات الدولية للدولة الأجنبية نفسها. في حين أن مراقبة النظام العام الدولي كثيرا ما كانت مشروطة بالنتيجة الواقعية الملموسة بوجود حالة خاصة متضررة بشكل لا يطاق من تطبيق القانون الأجنبي.

في حال ممارسة القاضي الوطني للرقابة على شرعية القانون الأجنبي، وبمجرد ثبوت مخالفة أحد الأحكام التشريعية لنص إتفاقي دولي ملزم للدولة الأجنبية، يستبعد القاضي النص التشريعي ويطبق بالأولوية النص الإتفاقي الدولي لكونه الأعلى. في حين أن مراقبة النظام العام الدولي يكون بمواجهة مضمون القانون الأجنبي المعين لحكم النزاع بالمفاهيم السائدة لفكرة النظام العام في دولة القاضي، بما يجعل مضمون القانون الأجنبي يفلت في كثير من الأحيان من الإقصاء من التطبيق طالما أنه لم يتجاوز النظام العام في دولة القاضي ولو كان يخرق إلتزامات الدولة الأجنبية التي تسمو على القانون نفسه، لا سيما إذا كانت النصوص الدولية المرجعية في عملية الرقابة ليست نفسها تلك الملزمة لدولة القاضي والدولة الأجنبية.

1- فالدراسات الفقهية و الإجتهدات القضائية الفرنسية تتحدث، مثلا، عن "النظام العام الدولي (الفرنسي)". وبعض التشريعات الوطنية على غرار التشريع الجزائري تتناول عن مفهوم "النظام العام في الجزائر". فمفهوم النظام العام هو مفهوم وطني بالأساس.

2- غير أن الإجتهد القضائي الفرنسي وسّع مفهوم النظام العام الدولي ليشمل "المبادئ العالمية المعتمدة لدبالشعور العامالفرنسيذاتالقيمة الدولية المطلقة".

من جهة أخرى، وفي ظل رقابة مطابقة القانون الأجنبي مع النظام العام في دولة القاضي، كثيرا ما يطبق القانون الأجنبي، ولو كان متعارضاً مع النظام العام، طالما أنه لا يمس بمصالح الوطنيين أو المقيمين بشكل معتاد في إقليم دولة القاضي. وفي هذا مخاطرة كبيرة بالسماح بتطبيق أحكام قانون أجنبي ينتهك الإلتزامات الدولية في الدولة الأجنبية بل وفي دولة القاضي، مجرد أنه لا يعني الوطنيين أو المقيمين في دولة القاضي، وهو ما من شأنه أن يجعل تطبيق القانون الدولي وحماية حقوق الإنسان رهنا بمصالح ضيقة وبممارسات براغماتية (نفعية) يمارسها قضاء الدول.

من غير المتقبل أن يتم الإقرار بأن القانون الأجنبي مخالف للنظام العام الدولي ثم يعلن عن تطبيقه لكونه لا يمس بالمصالح الوطنية لدولة القاضي، ولو كان مخالف للإلتزامات الدولية للدولة الأجنبية. لا يوجد مبرر شرعي يسمح بهكذا نتيجة. إن عدم عقلانية هذا الحل تجرد مسوغاتها في القانون الدولي كما على المستوى الداخلي. فعلى مستوى القانون الدولي لا يقبل من الدول الإحتجاج بأحكام قوانينها الداخلية لخرق إلتزاماتها الدولية فكيف يطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي رغم إنتهاكه للقانون الدولي الأسمى منه؟ وعلى المستوى الداخلي فالقاضي الأجنبي نفسه وفي ظل أي نزاع داخلي، لا يتعلق بالعلاقات الخاصة الدولية أو بتطبيق القانون الدولي الخاص، كان سيطبق في حالة التعارض قواعد القانون الدولي كونها تسمو على تشريعه الداخلي. فكيف يتصور أن يطبق القاضي الوطني نص قانوني أجنبي، حتى قاضيه الأصلي ما كان ليطبقه في مواجهة نص إتفاقي دولي، أثناء نظر نزاع وطني بحت؟

كما أنه وفي حال إقصاء القانون الأجنبي من التطبيق نظرا لمخالفته للنظام العام، فسيتم تطبيق القانون الوطني مكانه، كحل إحتياطي. مثل هذا الحل لا تحتفي معه مخاطر إنتهاك القانون الدولي فلا شيء يضمن عدم مخالفة القانون الوطني لدولة القاضي للقانون الدولي. أما لما يتعلق الأمر بمراقبة الشرعية الدولية للقانون الأجنبي فالحل مضمون مبدئياً إذ أن القاضي لما يستبعد القانون الأجنبي من التطبيق سيطبق مباشرة أحكام النص الإتفاقي الدولي الذي تم على أساسه إستبعاد القانون الأجنبي.

خلاصة القول: أن القيام بمراقبة الشرعية الدولية للقانون الأجنبي قبل تطبيقه تضمن حماية النظام العام العالمي. وبوصف أدق، حماية المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية التي تحميها مختلف الصكوك الدولية. في حين أن حماية النظام العام هو، في جوهره، حماية للمفاهيم الأساسية والأسس التشريعية في دولة القاضي. بل ويبقى مفهوم النظام العام الدولي غامضاً ومرتبباً في ضبط مفهومه بالإجتهد القضائي الوطني وبالإعتبارات البراغماتية.

خاتمة :

خلصت الدراسة إلى أنه لا يمكن إحلال رقابة النظام العام محل مراقبة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية. رغم التشابه بين كلا آليتي الرقابة إلا نستنتج أن الرقابة على الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية هي الأكثر موضوعية، والأكثر بعداً عن الإعتبارات الذاتية والبراغماتية، من حيث المبدأ.

تمارس تقنية الدفع بالنظام العام الدولي في مواجهة القانون الأجنبي الواجب التطبيق، إعمالاً لأحكام القانون الدولي الخاص، في ظل ممارسات براغماتية يحتمل جعل منها أقل فعالية من حيث ضمان سمو أحكام القانون الدولي.

من الواضح هنا أن تقنية النظام العام الدولي لا يمكن أن تكون بديلاً عن مراقبة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية. أدوات الرقابة والآثار ليست نفسها. كلا آليتي الرقابة تمارسان جنباً إلى جنب وتكمل إحداها الأخرى.

و على حد تعبير الأستاذ P. WEIL، فإن نقل النقاش من ميدان القانون الدولي نحو النظام العام لدولة القاضي أغرى عدد كبير من المحاكم على تبني هذه التقنية التي تسمح لهم بتجنب الفخاخ والمطبات الشائكة لمراقبة الشرعية الدولية؛ و في نفس الوقت بالوصول إلى نتائج متشابهة تقريبا. ومع ذلك، يجب التأكيد بأن هذه التقنية مُنتقدة ولا يمكن ان تكون بديلا عن رقابة الشرعية الدولية، ولا سبيلا للدخول إليها. كما أن فكرة النظام العام الوطني تتحكم فيها و تشغلها متطلبات مختلفة ذات نفس وطني، ومن الصعب ضبطها وبذلك تتضارب المواقف الوطنية لكل دولة، بإختلاف مضمون فكرة النظام العام، إزاء نفس القوانين المنتقدة.

إن فكرة ضمان سُمُو القانون الدولي تجعل من غير المُتقبل أن يُطبق القاضي قانونا يُخالف القانون الدولي. قاعدة التنازع، لا يمكن أن تؤدي بنا إلى تطبيق قانون أجنبي إلا إذا ثبتت شرعيته الدولية.

ومع ذلك ففكرة السيادة تفترض أن محاكم الدولة لا يمكن أن تنتقد أعمال دولة أخرى أو أن تلغيها. إلا أنه وفي الوقت نفسه، و بالمنطق نفسه، فإن محاكم الدولة لا يمكن أن يفرض عليها من دولة أخرى تطبيق أعمال قانونية مخالفة للقانون الدولي.

إن سيادة الدولة الأجنبية لا تصبح منتهكة إلا إذا صرح القاضي الوطني بإبطال أحد أعمالها؛ ولكن القاضي الوطني لا يقوم إلا بإستبعاد آثار العمل المتخذ من طرف الدولة الأجنبية من توليد آثار على إقليمه؛ فالإبطال لم يكن أبدا مثار المشكلة.

على مستوى القانون الدولي، لا شيء يمنع القاضي الوطني من ممارسة الرقابة على الشرعية الدولية للأعمال الأجنبية مما يجعلها هي المبدأ، مع بعض الإعتبارات الخاصة في النظام القانوني الداخلي التي يمكنها الحد من هذه الرقابة أو منعها في حالات معينة. ومع ذلك، فمجرد القبول بمبدأ الرقابة لا يعني أن هذه الرقابة سيتولد عنها تصريح بعدم الشرعية الدولية، تلقائيا، إلا في الحالة التي يعاين فيها القاضي خرق قاعدة دولية واضحة أو بيّنة الثبوت. وفي الحالة العكسية، تتمتع أعمال الدولة الأجنبية بقرينة الصحة و النظامية بما يتعارض مع التصريح بعدم شرعيته.

إذن، فالطابع غير الدقيق وغير المتكامل للقانون الدولي لا يشكل عائقا لقبول فكرة ممارسة الرقابة من حيث المبدأ، و لكن يؤدي بالقاضي إلى إلزام الحذر لما يكون في مواجهة مادة لا تتضمن قواعد دولية واضحة الثبوت؛ فالطابع غير الدقيق وغير الكامل للقانون الدولي يستتار، ليس في ميدان تقبل فكرة الرقابة، ولكن في ممارسة هذه الرقابة من حيث الموضوع.

في نهاية المطاف، لا مفر من اللجوء إلى كلا آليتي الرقابة لضمان الحد الأقصى من الحماية لمختلف أحكام القانون الدولي. فلا مجال لتطبيق إحداهما والإستغناء عن الأخرى نظرا للإعتبارات المختلفة التي تسعى كلا هذين التقنيتين لحمايتها.

قائمة المراجع :

- Andreas BUCHER. *L'ordre public et le but social des lois en droit internationale privé*. Academie de Droit International de La Haye. Martinus Nijhoff Publishers. Lille–France. 1994.
- Andreas BUCHER. *La dimension sociale du droit international privé*. Académie de Droit International de La Haye. Hollande. 2011.
- Antonio Cassese. *International Law*. 2nd edition. Oxford University Press. 2005.
- Bertrand Ancel. *Cours de droit international privé*. Université PANTHON-ASSAS (PARIS II). 2005-2006.
- Cour de cassation française. *Rapport annuel 2013*. La documentation française. Paris. 2014.
- Daniel Gutmann. *Droit international privé*. 5^e édition. Dalloz. Paris. 2007.
- Dominique Carreau, Fabrizio Marrella. *Droit international*. 11^{ème} édition. Paris. Pedone. 2012.
- François MELIN. *Droit International Privé*. Casbah Editions. 2004.
- FRANK WALSH. *Flipping The Act Of State Presumption: Protecting America's International Investors From Foreign Nationalization Programs*. Texas Review of Law and Politics. Volume 12. Number 2. 2008.
- Frédéric LECLERC. *Cours de droit international privé*. Université des Antilles et de la Guyane. 2014.
- Gaudemet-Tallon Hélène. *La reconnaissance des jugements étrangers portant sur une somme d'argent, en matière civile et commerciale*. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 38 N°2, Avril-juin 1986. Études de droit contemporain. Contributions françaises au 12^e Congrès international de droit comparé (Sydney-Melbourne, 18-26 août 1986).
- Gross Leo. *International Law in the Twentieth Century*. New York: Appleton-century-crofts. 1969.
- James Crawford, Vaughan Lowe. *British Year Book of International Law 2008*. Volume 79. Oxford University Press. USA. 2009.
- Léna Gannagé. *L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des Valeurs*. In: Travaux du comité français de droit international privé. années 2006-2008. Editions Pedone. Paris. 2009.
- Marie-Christine Meyzeaud-Garaud. *Droit international privé*. 2^e édition. Bréal. 2008.
- Michel PELICHET. *Le juge et les conflits des lois*. In *le juge et le droit international*. Editions du Conseil de l'Europe. Allemagne. Septembre 1998.
- Stephen G. Wolfe. *Rationalizing the Federal Act of State Doctrine and Evolving Judicial Exceptions*. Fordham Law Review. Volume 46. 1977.
- Weil Prosper. *Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers*. in: Annuaire Français de Droit International. Volume 23. 1977.
- سفيان عبدلي. دور القاضي الوطني في تطبيق وتفسير الإتفاقيات الدولية. دار نور للنشر. ألمانيا. 2017.

التعسف في استعمال الملكية العقارية في التشريع الجزائري



ميلود بن حوحو : طالب دكتوراه
بالقانون الخاص ، كلية الحقوق
والعلوم السياسية جامعة الدكتور
يحيى فارس ، المدينة - الجزائر

الملخص:

من خلال هذا البحث نتطرق لموضوع التعسف في استعمال الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مبرزين مفهومه الذي يتحدد من خلال تعريف التعسف، تحديد طبيعته القانونية، والمعايير العامة له، بالإضافة إلى بيان صور وتطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية، كل ذلك دون أن نُغفل مسألة إثبات التعسف والجزاء المترتب عنه.

Abstract :

In this paper, we address the issue of the abuse of real property in Algerian legislation, highlighting its concept, which is determined by definition of arbitrariness, defining its legal nature and general standards, as well as the forms and applications of the theory of abuse of the right in the field of real property. Without overlooking the issue of proof of arbitrariness and its consequences.

لقد حظيت الملكية العقارية الخاصة باهتمام المشرع الجزائري فكفلها للفرد في أسمى وثيقة قانونية في البلاد ألا وهي الدستور¹، فنص في المادة 64 منه على أن : (الملكية الخاصة مضمونة)، وبما أن حق الملكية يخول لصاحبه سلطة على الشيء المملوك له؛ فله أن يستعمله أو يستغله أو يتصرف فيه.

غير أن المشرع الجزائري في نص المادة 674 من القانون المدني² نص على أن: (الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة).

لذا فإن القانون في تنظيمه للحقوق وتحديد مضمونها أو السلطات التي تخولها لأصحابها يوفق بين كافة المصالح، سواء كانت مصلحة عامة أو مصلحة خاصة، ولذلك فإن للشخص أن يستعمل حقه في الحدود التي أجازها القانون دون أن يتجاوزها؛ وإذا حصل ذلك تقوم مسؤوليته عنه، غير أنه قد يحصل أن يستعمل الشخص حقه في الحدود التي رسمها القانون له، ومع ذلك يترتب على هذا الاستعمال ضرر للغير وهنا نكون بصدد التعسف في استعمال الحق.

ومما لا شك فيه أن التعسف في استعمال الحق تتزايد حدته كلما تعلق الحال بحق الملكية العقارية، كونه يعتبر أهم الحقوق الفردية والتي قد تجعل منه وسيلة للإضرار بالغير. من هنا تظهر أهمية البحث في هكذا موضوع. من خلال ماسبق يمكن طرح الإشكالية الآتية :

- ما مدى تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية نتبع الخطة الآتية: مفهوم التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري (أولا)، صور التعسف في استعمال حق الملكية العقارية في التشريع الجزائري (ثانيا)، وإثبات التعسف وجزائه (ثالثا).

أولا: مفهوم التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري :

يتحدد مفهوم التعسف في استعمال الحق من خلال تعريفه (1)، بيان طبيعته القانونية (2)، والمعايير العامة التي تحكمه (3).

¹ دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 76، المؤرخة في 08 ديسمبر 1996، المعدل ب: القانون رقم 03-02 المؤرخ في 10 أبريل 2002، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 25، المؤرخة في 14 أبريل 2002، والقانون رقم 19-08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 63، المؤرخة في 26 نوفمبر 2008، القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

² الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

1. تعريف التعسف في استعمال الحق :

يقصد بالتعسف في اللغة : أخذ الشيء على غير طريقته فيقال: عسفه عسفا أي أخذه بالقوة، وعسف الأمر أي فعله بلا روية ولا تدبر، ويقال : عسف السلطان أي ظلم¹.

أما في الاصطلاح : فالتعسف في استعمال الحق هو أن يستعمل الإنسان حقه على وجه غير مشروع، والفرق بينه وبين استعمال الإنسان لما ليس من حقه، هو أن التعسف في استعمال الحق مزاولة الإنسان لحقه لكن بطريقة غير مشروعة، وأما استعمال الإنسان لما ليس من حقه، فهو مزاولة الإنسان لما ليس من حقه من أول الأمر².

كما يراد بالتعسف في استعمال الحق هو ذلك الاستعمال على وجه غير مشروع بمعنى مجاوزة الحق حين مزاولة الإنسان له³. أو هو الإنحراف بالحق عن غايته أو استعماله على وجه غير مشروع⁴.

2. الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق :

لقد اختلف في الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق بين من يرى أن التعسف في استعمال الحق نظرية مستقلة بحد ذاتها، ومن يرى أن التعسف في استعمال الحق ليس إلا أحد صور وتطبيقات المسؤولية التقصيرية، على النحو الآتي بيانه :

أ. نظرية التعسف في استعمال الحق مستقلة عن نظرية العمل غير المشروع :

إن هذا الرأي في الفقه يرى أن لنظرية التعسف في استعمال الحق كيانا مستقلا بحيث لا تستند إلى القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، وهو الرأي السائد قبل تعديل القانون المدني سنة 2005، ومن بين الفقهاء القائلين بهذا الرأي الأستاذ علي علي سليمان لعدة حجج منها :

✓ أن المشرع فصل النص المتعلق بالتعسف عن النصوص المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية، والحقيقة أن هذه الحجة تنطبق على نص المادة 41 من القانون المدني الجزائري والتي تم إلغاؤها إثر التعديل الحاصل سنة 2005 واستبدالها بنص المادة 124 مكرر.

✓ بالنظر إلى المصدر التاريخي لنظرية التعسف، نجد أن قوانين الدول العربية استمدت نظرية التعسف من الفقه الإسلامي، الذي لا يقيمها على الخطأ، بل ينظر إليها نظرة موضوعية تعتمد على ركن الضرر.

✓ إن الغالب في الجزاء عن التعسف هو التعويض العيني، بينما يغلب الجزاء النقدي في المسؤولية التقصيرية⁵.

¹ ابن المنصور، لسان العرب، بدون طبعة، المجلد الرابع، دار المعارف، مصر- القاهرة، 1981، ص 2943.

² محمد رأفت عثمان، " التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون، دورية مجلة الشريعة والقانون"، العدد 01، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر، ص 04.

³ عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية - دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية-، رسالة دكتوراه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، 2010، ص 67.

⁴ عمار حنتيت، التعسف في استعمال حق الفسخ في العقود، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2015، ص 20.

⁵ رشيد شمشيم، التعسف في استعمال الملكية العقارية - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية-، بدون طبعة، دار الخلدونية، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 52-54. منى مقلاتي، " التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة"، بحث مقدم للملتقى الوطني حول: " الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري"، جامعة 08 ماي 1945، قائمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يومي 25 و26 سبتمبر 2013، الجزائر، ص 61.

ب. التعسف تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية :

وهذا الرأي يرى بأن التعسف ماهو إلا تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية، غير أنهم ينقسمون في أساس ذلك إلى ثلاثة اتجاهات :

✓ الاتجاه الأول : ويتزعمه الفقيه الفرنسي " بلانيول Planiol " حيث يذهب إلى القول بأن التعسف في استعمال الحق، لا يعدو أن يكون تجاوزا للحق، وله بهذا الخصوص قول ذائع الصيت: (إن الحق ينتهي من حيث يبدأ التعسف). فقيام التعسف حسب رأيه يتحقق عند مجاوزة حدود الحق¹. ولكن هذا الرأي انتقد نظرا لما يشوبه من خلط بين مفهومين مختلفين وهما المجاوزة والتعسف².

✓ الاتجاه الثاني : ومنهم الفقيه "جوسران" ويرون بأن التعسف هو خطأ من نوع خاص، يتمثل في الانحراف بالحق عن غايته الاجتماعية، فاستعمال الحق لا يكون مشروعاً إلا إذا كان متفقاً مع غاية الحق وروحه، وهو ما يخرج التعسف من مدلول الخطأ العادي، ويثير مشكلة ضمير جماعي لا ضمير فردي كما في الخطأ التقليدي³.

✓ الاتجاه الثالث : ويرى أن التعسف صورة حديثة من صور الخطأ والتي مؤداها الإخلال بحق الغير أثناء استعمال صاحب الحق لحقه ملتزماً بحدود هذا الحق⁴.

3. المعايير العامة للتعسف في استعمال الحق:

بالرجوع إلى نص المادة 124 مكرر من القانون المدني نجدتها تنص على أنه: (يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية :

- ✓ إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،
- ✓ إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،
- ✓ إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة).

وتفصيل ذلك على النحو الآتي :

أ. قصد الإضرار بالغير :

تعد هذه الصورة أول صورة من صور التعسف، وهي أكثر الصور وضوحاً. فلو أن المالك، وهو يستعمل حق الملكية كان الدافع له على ذلك هو إحداث ضرر للجار دون أن يصيب منفعة من ذلك، كان استعماله لحق الملكية على هذا النحو تعسفاً يستوجب مسؤوليته. ومثال ذلك أن يغرس المالك أشجاراً في أرضه بقصد حجب النور عن

¹ - عواطف زارة، عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة في النظام القانوني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، كلية الحقوق، 2008، ص 43.

² - رشيد شمشيم، المرجع السابق، ص 55.

³ - منى مقلاتي، المرجع السابق، ص 62.

⁴ - ذلك أن الصورة التقليدية للخطأ تعني الإخلال بحق الغير مع الخروج عن حدود الرخصة التي أباحها القانون أو الخروج عن حدود الحق، راجع: شمشيم رشيد، المرجع السابق، ص 56 وما بعدها.

جاره. ويؤخذ قرينة على قصد المالك الإضرار بجاره ألا يكون له نفع ظاهر من استعمال حقه على هذا النحو الذي اختاره مع علمه بالضرر الذي يلحق جاره¹.

ب. قلة الفائدة المتحصل عليها مقارنة بالضرر اللاحق بالغير :

تعتبر هذه الصورة الثانية من صور التعسف، لا يتبين فيها على وجه قاطع قصد الإضرار بالغير ولكن يثبت أن المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، حيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ومن يفعل ذلك فهو إما عابث مستهتر لا يبالي بما يصيب الناس من ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة يصيبها لنفسه، وإما منطو على نية خفية يضمم الإضرار بالغير تحت ستار من مصلحة غير جدية أو محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى لها، وفي الحالتين يكون قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي، وارتكب خطأ يستوجب مسؤوليته².

ومثال ذلك ما قضت به المادة 02/708 من القانون المدني بأنه: (ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قانوني إذا كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط).

وما نصت عليه المادة 881 من القانون المدني بقولها: (يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الإرتفاق كله أو بعضه إذا فقد الإرتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به).

ج. عدم مشروعية الفائدة المراد الحصول عليها من الاستعمال :

في هذه الصورة من صور التعسف لا يسعى المستعمل لحقه إلى الإضرار بالغير ولا إلى جني فائدة قليلة بالنظر إلى ما يلحق الغير من ضرر، بل إنه يرمي ويقصد إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة. ومما لا شك فيه أنه يعتبر في مثل هذه الحالة متعسفا وتثور مسؤوليته تبعا لذلك تجاه من أضر به³.

ومثال ذلك المالك الذي يضع أسلاكاً شائكة أو أعمدة مدببة في حدود ملكه، حتى يفرض على شركة طيران تهبط طائراتها في أرض مجاورة أن تشتري منه أرضه بثمان مرتفع، فهو بهذا العمل متعسف في استعمال حقه ويلزم بإزالة الأسلاك الشائكة أو الأعمدة المدببة⁴.

وخلاصة القول : أن على صاحب الحق أن يستعمل حقه وفقاً لما تقضي به التشريعات والأنظمة والقوانين، فلا يكون القصد من استعماله إلحاق الضرر بالغير، ولا السعي وراء الحصول على منفعة تافهة وضئيلة في مقابل ضرر جسيم وبلغ يصيب غيره، فضلاً عن ذلك عليه أن لا يبتغي من استعماله لحقه مصلحة غير مشروعة مخالفاً بذلك النظام العام والآداب العامة.

¹ - عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، بدون طبعة، الجزء الثامن (حق الملكية مع شرح مفصل للأموال والأشياء)، دار إحياء التراث العربي، لبنان- بيروت، بدون سنة نشر، ص 689-690.

² - المرجع نفسه، 690-691.

³ - إهاب علي محمد عبد العزيز، نظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، 2012، ص

96.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 692.

ثانيا : صور التعسف في استعمال حق الملكية العقارية في التشريع الجزائري :

للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية صور متعددة نذكر منها: مضار الجوار غير المألوفة (1)، والتعسف في استعمال الحق المرتبط بموارد المياه (2)، وعدم استثمار الأراضي الفلاحية كفعل تعسفي (3).

1. مضار الجوار غير المألوفة :

لقد طبق المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق على حق الملكية العقارية الخاصة في المادة 01/691 من القانون المدني، وذلك عندما نص على أنه: (يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار).

أما الفقرة الثانية من نفس المادة فقد نصت على أنه: (ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له).

وعليه فإنه يجب على المالك ألا يغلو في استعمال حقه وإلا عد مسؤولا عما يؤدي إليه استعماله لحقه من أضرار فاحشة تصيب الجار¹، وهي التي عبر عنها المشرع الجزائري بالأضرار غير المألوفة أما الضرر المألوف فيتعين على الجار تحمله، ويراعي القاضي في مدى اعتبار الضرر ضرا غير مألوف عدة اعتبارات وهي:

✓ العرف : أي ما عتاد الناس على تحمله من مضار وما لم يعتادوا عليه، كأن يخرج المالك من داره في وقت مبكر، أو يرجع إليها في وقت متأخر، فيحدث حركة محسوسة بسيارته، أو كأن تكثر في بيته المناسبات الأفراح والمآتم، كل هذه الأضرار مألوفة لا يمكن تجنبها وعلى الجيران أن يتحملوها².

كما يعتبر أيضا من العرف ظرف المكان، فما يعتبر ضرا مألوف في الريف قد يعتبر ضرا غير مألوف في المدن، وكذلك الزمان فالضوضاء في النهار غير الضوضاء في الليل، ومن هنا يظهر أن للعرف دور جوهري في تحديد مفهوم الأضرار³.

✓ طبيعة العقارات : لطبيعة العقار اعتبار في تقدير الضرر غير المألوف. فما يعتبر ضرا مألوف بالنسبة إلى مصنع تدور فيه الآلات ويحتشد فيه العمال وتشتد فيه الضوضاء، قد يعتبر ضرا غير مألوف بالنسبة إلى مستشفى أو مدرسة.

✓ موقع كل عقار بالنسبة إلى العقار الآخر : وهذا المعيار أيضا من الأهمية بمكان، فصاحب السفلى يجب بطبيعة موقعه من العلو، أن يتحمل من العلو ما لا يتحملة العلو من السفلى⁴.

¹ - سهام عباس، "دور التلاصق في الجوار في تقييد الملكية العقارية الخاصة - دراسة في ظل التشريع العقاري الجزائري-"، بحث مقدم للملتقى الوطني حول: " الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري"، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يومي 25 و 26 سبتمبر 2013، الجزائر، ص 187-188.

² - رشيد شمشيم، المرجع السابق، ص 148.

³ - عواطف زارة، المرجع السابق، ص 66.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 698.

✓ الغرض الذي خصص له العقار : إن العقار الذي خصص للسكن الهادئ غير العقار الذي خصص لأغراض تجارية، كالحل والمصنع حيث تقتضي دوام الحركة والضجة. ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون ممارسة هذا الحق، أي أن الترخيص الصادر من جهة الإدارة لا يمنع من أن يكون الضرر الناتج من الاستعمال ضررا غير مألوف وبالتالي تقوم مسؤولية المالك قبل الجار الذي حدث له الضرر¹.

2. التعسف في استعمال الحق المرتبط بموارد المياه: وله عدة صور وهي :

أ. حق الشرب :

حق الشرب في الاصطلاح القانوني هو نوبة الانتفاع بالماء سقيا للأرض أو الزرع أو الشجر، ويرتبط بحق الشرب حق الشفة أي حق الشرب للإنسان والدواب وسمي بذلك لتناول الإنسان والدواب الماء بالشفاه. ويعرف أيضا بأنه حق الشخص أن يروي أرضه من مسقاة خاصة مملوكة لجاره.

وبموجب حق الشرب يمكن لغير مالك المسقاة أن يستفيد منها ويسقي أرضه وذلك بتوافر شرطين: الأول أن يستوفي المالك حاجته من الماء، والثاني أن يكون المستفيد جارا للمالك أي أرضه مجاورة للمسقاة ويتوسع البعض للقول أن حق الشرب يمنح لمجاورين لأرض مالك المسقاة، وإن كانت أراضيهم غير ملاصقة للمسقاة².

وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 53572 الصادر بتاريخ 1988/05/11 أنه: "من المقرر قانونا أن جميع موارد المياه تعتبر ملكا للجماعة الوطنية، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه.

لما كان ثابتا في قضية الحال أن قضية الموضوع لما حكموا على الطاعن بالسماح للمطعون ضده بسقي أرضه وبستانه من مجرى المياه المتنازع فيه، يكونون قد طبقوا القانون التطبيق الصحيح، ومتى كان ذلك، استوجب رفض الطعن"³.

ب. حق المجرى :

هو حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه في أن تمر بأرض غيره المياه الكافية لري أرضه، ويجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن مورد المياه بشرط أن يعرض عن ذلك تعويضا عادلا⁴.

ويشترط للاستفادة من هذا الحق ما يلي :

✓ أن تكون الأرض بعيدة عن مأخذ المياه ولا سبيل لمرور المياه بها.

¹ - عواطف زارة، المرجع السابق، ص 67-68.

² - عصام نجاح، "حقوق الارتفاق الراجعة للانتفاع بالمياه"، بحث مقدم للملتقى الوطني حول: " الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري"، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يومي 25 و26 سبتمبر 2013، الجزائر، ص 166.

³ - ذكرته عواطف زارة، المرجع السابق، ص 79-80. نقلا عن: أحمد لعور ونبيل صقر، القانون المدني نصوص وتطبيقا - طبعا لأحدث التعديلات بالقانون 07-05، بدون طبعة، دار الهدى، الجزائر- عين مليلة، بدون سنة نشر، ص 272.

⁴ - سعاد بلجورابي، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق، 2014، ص 78.

- ✓ ألا ينجر عن استعمال هذا الحق ضرر فاحش لصاحب الأرض مجرى الماء.
- ✓ أن يدفع المستفيد تعويضا لصاحب الأرض نظير استخدام أرضه¹.

ج. حق الصرف والمسيل :

حق المسيل هو حق مرور المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة من ملك الغير، سواء أكان ذلك الماء مسيلا من البيوت أم ماء الأمطار، أم ماء غير صالح لري الأراضي الزراعية²، وعليه فإن حق الصرف أو المسيل هو حق مالك الأرض الزراعية البعيدة عن المصرف العام في صرف الماء الزائد عن حاجة أرضه، فيجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عمومي بشرط أن يحصل المالك على تعويض³.

3. عدم استثمار الأراضي الفلاحية فعل تعسفي :

اعتبر المشرع الجزائري أن عدم استثمار الأراضي الفلاحية يشكل فعلا تعسفيا، حيث نصت المادة 01/48 من قانون التوجيه العقاري⁴ على أنه : (يشكل عدم استثمار الأراضي الفلاحية فعلا تعسفيا في استعمال الحق، نظرا إلى الأهمية الاقتصادية والوظيفة الاجتماعية المنوطة بهذه الأراضي).

ويلاحظ في هذا الإطار أن المشرع الجزائري تبنى معيارا جديدا للتعسف في هذه الحالة وهو معيار الإخلال بالمصلحة العامة، ذلك أن معايير التعسف المنصوص عليها في المادة 124 مكرر من القانون المدني (قصد الإضرار بالغير، قلة الفائدة المتحصل عليها مقارنة بالضرر اللاحق بالغير، عدم مشروعية الفائدة المراد الحصول عليها من الاستعمال) والتي سبق شرحها أعلاه. وإن كانت مذكورة على سبيل الحصر في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، فإن ذلك لا يمنع المشرع من النص على تطبيقات جديدة للتعسف والتدخل في كل مرة بموجب قوانين خاصة لاعتبار فعل ما تعسفا في استعمال الحق مستندا إلى هذا المعيار وهو الإخلال بالمصلحة العامة.

وقد بينت المادة 49 من قانون التوجيه العقاري ما المقصود بعدم استثمار الأراضي الفلاحية بقولها : (تعد أرضا غير مستثمرة في مفهوم هذا القانون كل قطعة أرض فلاحية تثبت بشهرة علنية أنها لم تستغل استغلالا فلاحيا فعليا مدة موسمين فلاحيين على الأقل).

وعموما فإن عدم استثمار الأراضي الفلاحية يشكل فعلا تعسفيا لاعتبارين هما :

✓ الاعتبار الأول : يكمن في أنه إذا كان الأصل في أن المالك حر في استغلال ملكه، فإن استعمال هذا

الحق مشروط بعدم الإضرار بالغير، ومما لا شك فيه أن عدم استثمار الأراضي الفلاحية - على فرض أنه حق - يؤدي إلى ضرر عام يلحق بالمجتمع.

¹ - عصام نجاح، المرجع السابق، ص 167.

² - عواطف زارة، المرجع السابق، ص 85.

³ - سعاد بلحورابي، المرجع السابق، ص 78.

⁴ - القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 49، المؤرخة في 18 نوفمبر 1990، المعدل والمتمم بالقانون رقم 95-26 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 55، المؤرخة في 27 سبتمبر 1995.

✓ الاعتبار الثاني: ويكمن في أن المشرع أخرج حق استثمار الأراضي الفلاحية من نطاق الحقوق وأدخله في نطاق الواجبات، فإذا كان الأصل أن المالك حر في استغلال أو عدم استغلال ملكه كما هو معروف في حق الملكية عموماً؛ فإن هذا الأصل لا ينطبق على ملكية الأراضي الفلاحية، إذ يعد استثمارها واجب قانوني¹. وهو ما تقضي به المادة 02/48 من قانون التوجيه العقاري بقولها: (وفي هذا الإطار يشكل الاستثمار الفعلي المباشر أو غير المباشر واجبا على كل مالك حقوق عينية عقارية أو حائزها، وعلى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس حيازة ذلك عموماً.)، والمشرع في هذا الصدد كان واضحاً بحيث اعتبر استثمار الأراضي الفلاحية واجبا على المالك والحائز على حد سواء، وكذلك على كل شخص طبيعي أو معنوي.

ثالثاً: إثبات التعسف وجزائه :

لا بد من التطرق إلى كيفية إثبات التعسف (1) والجزاء المترتب عنه (2).

1. إثبات التعسف : ونميز في الإثبات بين حالتين :

أ. الإثبات في الحالتين الأولى والثانية أي حالة مضار الجوار غير المألوفة والتعسف في استعمال الحق المرتبط بموارد المياه، فإن عبء الإثبات يقع على المدعي طبقاً للقاعدة التي تقضي بأن البينة على من ادعى، ذلك لأن الأصل في استعمال الحقوق هو المشروعية وعلى من يدعي عدم مشروعية الاستعمال أن يثبت ما يدعيه، فإذا ادعى شخص أن أعمال الحفر التي يقوم بها جاره في العقار تعود عليه بضرر كبير يفوق ما يجنيه جاره من مصلحة، وجب عليه إثبات مقدار الضرر الذي لحقه، ومقدار المصلحة التي تعود على المالك كي يتسنى للقاضي الموازنة بينهما، أما إن ادعى أن تلك الأعمال القصد من ورائها الإضرار به فإن الإثبات يزداد صعوبة لأن قصد الإضرار من البواعث النفسية. غير أن القضاء يعتمد على قرائن للوصول إلى النية ومنها قرينة انتفاء المصلحة في استعمال الحق².

ب. أما في الحالة الثالثة وهي حالة عدم استثمار الأراضي الفلاحية فإن إثبات ذلك يكون من خلال معاينة هيئة معتمدة خاصة، يحدد تكوينها وإجراء تطبيق المعاينة عن طريق التنظيم، طبقاً لنص المادة 50 من قانون التوجيه العقاري.

2. جزاء التعسف :

أ. إن جزاء التعسف في الحالتين الأولى والثانية أي حالة مضار الجوار غير المألوفة وحالة التعسف في استعمال الحق المرتبط بموارد المياه يتخذ ثلاث صور، فإما أن يكون وقائياً وذلك بمنع الضرر ابتداءً عن طريق منع صاحب الحق من أن يستعمل حقه على نحو تعسفي متى كان الضرر متوقفاً أو محتملاً احتمالاً راجحاً³. وإما أن يكون في شكل تعويض عيني إذ يجوز للقاضي أن يحكم به متى كان ممكناً؛ كأن يكون الضرر مثلاً ناجماً عن إقامة المالك لحائط فيحكم القاضي بهدم هذا الحائط مع إمكانية الحكم بتعويض نقدي عن الضرر الذي

¹ - رشيد شمشيم، المرجع السابق، ص 171.

² - أنظر: متى مقالتي، المرجع السابق، ص 66-67.

³ - المرجع نفسه، ص 67.

حدث في الماضي¹. أما الصورة الثالثة والأخيرة للجزء فهي التعويض النقدي الذي يدفعه المتعسف للمضرور جبرا للضرر².

ب. إن الجزء المقرر في حالة عدم استثمار الأراضي الفلاحية هو مانصت عليه المادة 51 من قانون التوجيه

العقاري بقولها: (إذا ثبت عدم استثمار أرض فلاحية ينذر المستثمر ليستأنف استثمارها، وإذا بقيت الأرض غير مستثمرة لدى انتهاء أجل جديد مدته (01) سنة تقوم الهيئة العمومية لهذا الغرض بما يأتي:

- ✓ وضع الأرض حيز الاستثمار لحساب وعلى نفقة المالك أو الحائز الظاهر إذا كان المالك الحقيقي غير معروف.
- ✓ أو عرض الأرض للتأجير.
- ✓ أو بيعها إذا كانت خصبة أو خصبة جدا).

وطبقا للمادة 51 من قانون التوجيه العقاري فإن إجراء وضع الأرض حيز الاستثمار أو تأجيرها يكون في الحالة التي يكون فيها المالك عاجزا مؤقتا عن استغلال أرضه. وفي هذه الحالة يمكن اللجوء إلى هذا الإجراء دون انتظار المهلة المنصوص عليها في المادة 51 السابق الإشارة إليها أعلاه.

أما الإجراء الآخر فهو البيع في الحالة التي تكون فيها الأرض خصبة أو خصبة جدا³، ومما لا شك فيه أن هذا هو أشد صور الجزء المترتب عن التعسف في عدم استغلال الأراضي الفلاحية.

من خلال ماسبق يتبين الإختلاف في طبيعة الجزء في الصورة الأولى عنه في الصورة الثانية، فلجزء في الحالة (أ) أي في حالة مضار الجوار غير المألوفة وفي حالة التعسف في استعمال الحق المرتبط بموارد المياه هو جزء ذو طابع مدني، أما في الحالة (ب) فإن صورة التعسف المتمثلة في عدم استثمار الأراضي الفلاحية يترتب عليها جزء ذو طابع إداري.

الخاتمة :

من خلال هذه الورقة البحثية، يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد كفل للفرد حق الملكية الخاصة، بما فيها الملكية العقارية الخاصة وما يترتب عليها من سلطات مقررة للمالك كحق الاستعمال والاستغلال والتصرف .

ولكن الإنسان وبمحكم طبيعته التي تغلب عليها الأنانية في كثير من الأحوال؛ يسعى إلى تحقيق مصلحته الشخصية فيستعمل حقه بصورة تعسفية تؤدي إلى الإضرار بالغير؛ لذلك فإن أغلب التشريعات ومنها التشريع الجزائري، رسمت حدودا لهذا الاستعمال، فللماك أن يستعمل حقه لكن طبقا لما تقضي به التشريعات والأنظمة المعمول بها ومنها :

¹ - عواطف زرارة، المرجع السابق، ص 71.

² - منى مقلاتي، المرجع السابق، ص 67.

³ - المقصود بالأراضي الخصبة جدا " أي طاقتها الإنتاجية عالية، هي الأراضي العميقة، الحسنة التربة، المسقية أو القابلة للسقي " أنظر: المادة 06 من القانون 90-25 يتضمن التوجيه العقاري، المعدل والمتمم، المشار إليه آنفا، أما المقصود بالأراضي الخصبة " هي الأراضي المتوسطة العمق، المسقية أو القابلة للسقي، أو الأراضي الحسنة العمق غير المسقية، الواقعة في مناطق رطبة أو شبه رطبة، ولا تحتوي على أي عائق طبوغرافي " أنظر: المادة 07 من نفس القانون.

- ✓ أن القاعدة العامة تقضي بجرية استعمال حق الملكية العقارية لكن يجب أن لا يكون هذا الاستعمال بقصد الإضرار بالغير، ولا أن تكون المصلحة التي يجنيها المستعمل ضئيلة بالنظر إلى ما يلحق الغير من أضرار جسيمة، فضلا عن ذلك يجب أن لا يرمي من وراء الاستعمال إلى منفعة غير مشروعة.
- ✓ إن استعمال الحقوق قد بات مقيدا بالأهمية الاقتصادية والاجتماعية لها، أو ما يعبر عنه بمعيار المصلحة العامة، هذا الأخير الذي يتيح للمشرع التدخل بين الحين والآخر بموجب قوانين خاصة، والتقييد من حرية استعمال الحقوق ومن أمثلة ذلك عدم استثمار الأراضي الفلاحية الذي عدلته المشرع فعلا تعسفا بموجب قانون التوجيه العقاري، ذلك أن مصلحة المجتمع ترتبط به ارتباطا وثيقا.
- ✓ إن نظرية التعسف في استعمال الحق تقررت لتدفع وقوع التعسف أو ترفعه في حال وقوعه.

وكإجابة مختصرة على إشكالية هذا البحث يمكن القول إن مدى تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية قد اتسع؛ خاصة في ظل تبني المشرع لمعيار المصلحة العامة، ونقل بعض الحقوق من دائرة الحق إلى دائرة الواجب أو الالتزام بالنظر لما تتمتع به من أهمية اقتصادية واجتماعية.

• قائمة المراجع :

❖ الكتب :

1. ابن المنصور، لسان العرب، بدون طبعة، المجلد الرابع، دار المعارف، مصر - القاهرة، 1981.
2. رشيد شيشم، التعسف في استعمال الملكية العقارية - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية-، بدون طبعة، دار الخلدونية، الجزائر، بدون سنة نشر.
3. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، بدون طبعة، الجزء الثامن (حق الملكية مع شرح مفصل للأموال والأشياء)، دار إحياء التراث العربي، لبنان - بيروت، بدون سنة نشر.

❖ المذكرات والرسائل الجامعية :

1. إيهاب علي محمد عبد العزيز، نظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، 2012.
2. سعاد بلحورابي، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق، 2014.
3. عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية - دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية-، رسالة دكتوراه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، 2010.
4. عمار حنتيت، التعسف في استعمال حق الفسخ في العقود، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2015.
5. عواطف زرارة، عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة في النظام القانوني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، كلية الحقوق، 2008.

❖ المقالات والمجلات والدوريات :

1. سهام عباس، " دور التلاصق في الجوار في تقييد الملكية العقارية الخاصة - دراسة في ظل التشريع العقاري الجزائري -"، بحث مقدم للملتقى الوطني حول: " الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها في التشريع

- الجزائري"، جامعة 08 ماي 1945 قللة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يومي 25 و26 سبتمبر 2013، الجزائر.
2. عصام نجاح، "حقوق الارتفاق الراجعة للانتفاع بالمياه"، بحث مقدم للملتقى الوطني حول: "الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري"، جامعة 08 ماي 1945 قللة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يومي 25 و26 سبتمبر 2013، الجزائر.
3. محمد رأفت عثمان، "التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون"، دورية مجلة الشريعة والقانون، العدد 01، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
4. منى مقلاتي، "التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة"، بحث مقدم للملتقى الوطني حول: "الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري"، جامعة 08 ماي 1945 قللة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يومي 25 و26 سبتمبر 2013، الجزائر.

❖ النصوص التشريعية:

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.
2. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 76، المؤرخة في 08 ديسمبر 1996، المعدل بـ: القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أفريل 2002، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 25، المؤرخة في 14 أفريل 2002، والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 63، المؤرخة في 26 نوفمبر 2008، القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.
3. القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 49، المؤرخة في 18 نوفمبر 1990، المعدل والمتمم بالقانون رقم 95-26 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 55، المؤرخة في 27 سبتمبر 1995.

حماية الطفل من الاستغلال الجنسي بين القانون الدولي والقانون الداخلي المغربي



هنا الذهبية : باحثة في سلك الدكتوراه

تخصص القانون الدولي والعلاقات الدولية

كلية الحقوق أكادال، جامعة محمد الخامس الرباط

مما لا شك فيه أن ظاهرة الاستغلال الجنسي¹ للأطفال أصبحت تشكل هاجسا اجتماعيا و نفسيا وحتى حقوقيا لدى المجتمعات الغربية والعربية على حد سواء، فبتزايد حالات الاستغلال الجنسي التي يتعرض لها الطفل² على مستوى العالم كافة وكذا تشعب وتطور مجالاتها وأهدافها؛ بدأ موضوع التعامل مع الاستغلال الجنسي للأطفال يأخذ اتجاهها آخر بخروجه من الطابوهات المجتمعية المسكوت عنها ليدخل في خانة الآفات الاجتماعية الواجب مواجهتها والحد منها. فحسب الإحصائيات في كل دقيقة هناك طفل يتعرض للاغتصاب والتعذيب والتحرش في العالم، وأكثر من مليون طفل مستغلون جنسيا في لآسيا وتعد الهند الدول الآسيوية الأكثر تضررا بحوالي 400.000 ألف طفل.

¹ - يقصد بالاستغلال الجنسي لغويا يعني استغلال فلان الشيء، أي أخذه، واستغل شخصا أي كلفه أن يغل عليه وفلان يغل على عياله أي يأتهم بالغلة وعلى ذلك فالاستغلال الجنسي هو المتاجرة بالجنس بأنشطته المختلفة التي تشمل الدعارة، التعري والتدليك الجنسي، الأفلام والمنشورات الإباحية، السياحة الجنسية والزواج السياحي - والاستغلال الجنسي للأطفال" هو اتصال جنسي بين طفل وبالغ من أجل إرضاء رغبات جنسية عن هذا الأخير حيث يستخدم القوة ليسيطر على الطفل، مقتطف عن: "الاستغلال الجنسي للفاصل دراسة ميدانية بالمغرب"، منتدى الزهراء للمرأة المغربية طبعة 2013 ص 44.

² - يقصد بالطفل وحسب المادة 1 من اتفاقية حقوق الطفل على أنه: "يعنى بالطفل كل إنسان لم يتجاوز 18 سنة ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه".

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فأكثر من 300.000 طفل معينون بهذه الظاهرة وحوالي 30.000 ألف طفل من جنوب إفريقيا يشتغلون في الدعارة¹.

فبانتشار هذه الظاهرة وتعدد حالاتها وتوسع مجالاتها بانتقالها من حالات للتحرش الجنسي والاعتصاب إلى استغلال مادي يهدف استغلال الطفل في إنتاج المواد والصور والفيديوهات الإباحية قصد الربح المادي، واستغلال تجاري من خلال الاتجار بالأطفال في البغاء عبر توسيع دعارة الأطفال والسياحة الجنسية² التي يكون مقصدها استغلال الأطفال جنسيا؛ وعليه وجد المجتمع الدولي - من دول ومنظمات حقوقية - نفسه أمام ظاهرة أصبح من الصعب السيطرة عليها دون وضع قواعد قانونية واضحة وملزمة تحد من انتشارها وتلزم الدول على تفعيلها حماية للطفل و ضمانا لعيش سالم وآمن له.

ويعتبر المغرب من الدول التي بادرت إلى الانخراط في مسلسل حماية الطفل من الاستغلال الجنسي وذلك نظرا لتزايد انتشار هذه الظاهرة وطنيا، بحيث أصبح يعتبر من الدول المنتجة لهذه الظاهرة فكان لزاما عليه أن ينخرط في مسلسل الحماية الحقوقية للطفل من الاستغلال الجنسي بسن مجموعة من القواعد القانونية الوطنية التي تهدف إلى الحد من الظاهرة.

فماهي إذن المعايير والقواعد القانونية الدولية والوطنية التي وضعت للحد من استغلال الأطفال جنسيا وما هي مميزاتها وفعاليتها؟

وعليه يمكن تقسيم موضوعنا إلى مبحثين رئيسيين :

المبحث الأول : القواعد القانونية الدولية لحماية الطفل من الاستغلال الجنسي .

المبحث الثاني : القواعد القانونية الوطنية لحماية الطفل من الاستغلال الجنسي .

المبحث الأول : القواعد القانونية الدولية لحماية الطفل من الاستغلال الجنسي :

اهتم المجتمع الدولي بقضايا الطفولة وحقوقها منذ فترات تاريخية مبكرة ، وهو ما تجسد في بلورة عدد من المبادئ الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان بشكل عام وإبرام عدد من الاتفاقيات التي تحمي الطفل بشكل خاص وعلى رأسها اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 التي تعد أول اتفاقية تهتم الطفل ذات بعد إلزامي للدول الأطراف فيها، إضافة إلى البرتوكول الاختياري لسنة 2000 الملحق بها والمتعلق ببيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي إنتاج المواد الإباحية والذي شكل النواة القانونية الأولى التي تعنى بحماية الطفل من الاستغلال الجنسي بشكل مباشر .

¹ - "Exploitation sexuelle des enfants –les enfants exploités sexuellement dans le monde- " voir le site : <http://www.humanium.org/fr/exploitation-sexuelle-enfants/?gclid=CMW1ssy37NICFUORGwodcSgLSw> , date de visite : 12/03/2017

² - جريمة جديدة يعتقد أنها ظهرت لأول مرة في سنة 1980 أما الآن فهي جريمة دولية تلقى الإدانة الواسعة إذ أن هناك ملايين من الأطفال من الجنسين مستغلون في هذه السياحة من بينهم ما يزيد على مليونين طفل يتراوح أعمارهم ما بين الخامسة والسادسة وبالتالي تعرف هذه الجريمة بأنها سياحة منظمة غرضها الأساسي تسهيل العلاقات الجنسية من أجل الأغراض الاقتصادية وهذا النوع من الجرائم ينطوي على جرائم مختلفة هي : 1- الجريمة التي ترتكها الوكالة التي تروج لمثل هذه السياحة 2- الجريمة التي يرتكها سماسرة الأعراض الذين يحملون الطفل على ممارسة البغاء 3- الجريمة التي يرتكها المستفيد من هذه الخدمات بأي شكل كانت ،مقتطف عن:" مكافحة السياحة الجنسية "، الدكتور أسامة أولحسن مجاهد نشر دار النهضة العربية سنة 2005 ص 309-310.

كما تم وضع مجموعة من القواعد القانونية الدولية التي تطلبها التطور والتزايد الذي أصبحت تعرفه هذه الظاهرة وارتباطها بتجارة الأطفال وتشغيلهم في مجال الدعارة والمتمثلة في اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 182 المتعلقة بحضر أسوأ أشكال عمالة الأطفال 1999 بستوكهولم و اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكول الخاص بالتجار بالنساء والأطفال لعام 2000 .

وعليه سيتم التطرق في هذا المبحث لمضامين هذه الاتفاقيات الدولية الصادرة في مجال حماية الطفل من الاستغلال الجنسي .

1- الاستغلال الجنسي للأطفال في اتفاقية حقوق الطفل :

لقد جاءت اتفاقية حقوق الطفل منذ سنة 1989 و انطلاقاً من ديباجتها لتؤكد على أهمية توفير الرعاية والمساعدة للطفل منذ ولادته وعلى مدار تكوينه وتربيته، مع التأكيد على أهمية الاعتراف بكرامته وحقوقه داخل الأسرة وخارجها فهي حاجة تطلبها الطبيعة التكوينية للطفل ، باعتبار " أن الطفل بسبب عدم نضجه العقلي والبدني يحتاج إلى إجراءات وقائية ورعاية خاصة بما في ذلك حماية قانونية مناسبة ، قبل الولادة وبعدها ، وذلك كما جاء في إعلان حقوق الطفل¹، ويعد توفير الحماية القانونية للطفل من الاستغلال الجنسي من أبرز الحماية التي تؤكد عليها اتفاقية حقوق الطفل من خلال تقريرها حماية الطفل من كافة أشكال العنف والاستغلال بمختلف صوره ومظاهره لتؤكد على الدول الأطراف أن تتخذ كافة التدابير التشريعية والإدارية وغيرها من التدابير الملائمة لإعمال الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية، ومن أول الحقوق وهي حماية الطفل من الاختطاف والنقل الغير مشروع من خلال اتخاذ تدابير لمكافحة نقل الأطفال إلى الخارج وعدم عودتهم بصورة غير مشروعة.

إلا أن الاتفاقية نصت وبشكل واضح على ضرورة الوقاية وتوفير الحماية للأطفال من الاستغلال الجنسي والانتهاك الجنسي بجميع أشكاله حتى ولو كان الطفل في رعاية الوالدين أو الأوصياء القانونيين أو غيرهم وذلك ما يتضح في المادة 19 حيث تؤكد على اتخاذ جميع التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتعليمية الملائمة لحماية الطفل من كافة أشكال العنف أو الضرر أو الإساءة البدنية أو العقلية والإهمال أو المعاملة المنضوية على إهمال وإساءة المعاملة أو الاستغلال بما في ذلك الإساءة الجنسية وهو في رعاية الوالد (الوالدين) أو الوصي القانوني (الأوصياء القانونيين) عليه أو على أي شخص آخر يتعهد الطفل برعايته.

وجاءت المادة 34 من الاتفاقية لتناول مسألة حماية الطفل من جميع أشكال الاستغلال الجنسي والانتهاك الجنسي حيث تتخذ من خلالها الدول الأطراف بالاتفاقية جميع التدابير الملائمة لمنع حمل أو إكراه الطفل على تعاطي أي نشاط جنسي غير مشروع؛ والاستخدام الاستغلالي للأطفال في الدعارة أو غيرها من الممارسات الجنسية غير المشروعة و في العروض ومواد الدعارة .

لم تكتفي الاتفاقية بذلك بل ألزمت الدول الأطراف في مادتها 35 باتخاذ جميع التدابير الملائمة الوطنية والثنائية والمتعددة الأطراف لمنع اختطاف الأطفال أو بيعهم أو الاتجار بهم لأي غرض من الأغراض وبأي شكل من الأشكال .

¹- ديباجة اتفاقية حقوق الطفل 1989 .

ففي هذا الإطار وتبعاً لمنظمات إجرامية عالمية يتم اختطاف الأطفال فتيان وفتيات قصد بيعهم أو إدخالهم في شبكات لدعارة الأطفال على المستوى العالمي حيث يصبح الطفل كسلعة يباع ويشترى لأهداف مادية تجارية وجنسية. بالتالي يخضع الطفل لأضرار نفسية وجسدية بالغة الخطورة تؤثر بشكل سلبي وعكسي على نموه الجسدي والنفسي وبالتالي خسارة المجتمعات لفئة بارزة وأساسية من فئاته وهي الأطفال وهذا ما لم تنساه اتفاقية حقوق الطفل بتأكيدا على الجانب التأهيلي ما بعد الضرر، كما جاء في المادة 39: باتخاذ جميع التدابير المناسبة لتشجيع التأهيل البدني والنفسي وإعادة الاندماج الاجتماعي للطفل الذي يقع ضحية أي شكل من أشكال الإهمال أو الاستغلال بجميع أنواعه وسوء المعاملة، ويجرى هذا التأهيل وإعادة الاندماج هذه في بيئة تعزز صحة الطفل واحترامه لذاته وكرامته وذلك لضمان شفائهم وإعادة إدماجهم.

من خلال ذلك يمكن اعتبار أن مصطلح الاستغلال الجنسي وحسب ما جاءت به بنود اتفاقية حقوق الطفل هو مصطلح شامل لعديد من الانتهاكات الجنسية للطفل ويعني: الإكراه على النشاط الجنسي، استغلال الأطفال في الدعارة، استغلال الأطفال في العروض والمواد الإباحية، الاتجار بالأطفال للأغراض الجنسية.

إلا أنه ورغم كل ما جاءت به اتفاقية حقوق الطفل من حصر لاستغلال الأطفال بهدف إشباع الرغبة الجنسية كان لزاماً على المجتمع الدولي إصدار قواعد قانونية أكثر دقة وجزئية في تحديد مجالات الاستغلال الجنسي للأطفال نظراً لتسربها وتزايدها وهذا ما جاء به البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وإنتاج المواد الإباحية.

2- البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وإنتاج المواد الإباحية:

تحقيقاً لأغراض اتفاقية حقوق الطفل وتنفيذاً لأحكامها اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 25 من مايو 2000 البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وإنتاج المواد الإباحية¹.

يهدف هذا البروتوكول إلى تقييم التدابير الأساسية لحماية الطفل من البيع والاستغلال الجنسي مؤكداً أنه إذا كانت اتفاقية حقوق الطفل تسلم بحق هذا الأخير في الحماية من الاستغلال الاقتصادي ومن أي عمل قد يشكل خطراً عليه وعلى صحته ونمائه البدني والفكري والاجتماعي فإن تزايد ظاهرة الاتجار الدولي بالأطفال لفرض استغلالهم جنسياً أصبح يشكل هاجساً دولياً يتطلب وضع قواعد قانونية حاسمة للحد من خطر هذه الظاهرة خاصة ما تتعرض إليه فئة الفتيات من استغلال جنسي يجعل من هذه الفئة الأكثر تضرراً، كما أقرت ديباجة البروتوكول على خطر التزايد المستمر لاستغلال شبكة الانترنت في الاستغلال الجنسي للأطفال والمتمثل في الإنتاج المتواصل للمواد الإباحية وتشير في هذا الصدد إلى المؤتمر الدولي لمكافحة المواد الإباحية عن الأطفال على شبكة الانترنت المعقود في فيينا عام 1999 الذي دعي إلى تجريم إنتاج وتوزيع وتصدير وبت واستيراد المواد الإباحية المتعلقة بالأطفال وحيازتها عمداً والترويج لها. وتعتبرت الديباجة بأهمية تنفيذ أحكام برنامج العمل لمنع بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية والإعلام وبرنامج العمل المعتمدين في المؤتمر العالمي لمكافحة الاستغلال الجنسي التجاري للأطفال الذي عقد في ستوكهولم من 27 إلى 31 أغسطس 1996 والقرارات والتوصيات ذات العلاقة بالموضوع الصادرة

¹ - بموجب القرار رقم 263/54 ودخل حيز التنفيذ في 18 يناير 2002.

عن الهيئات الدولية المختصة مع الأخذ بعين الاعتبار التقاليد والقيم الثقافية لكل شعب من أجل حماية الطفل ونمائه بشكل متناسق .

ومن خلال قراءة لمضامين هذا البروتوكول نجد أنه استهل بتقديم تعريف للمفاهيم المعتمدة به وتوضيح للمصطلحات التي لها علاقة بالاستغلال الجنسي للأطفال حيث أشار إلى أنه :

- يقصد " ببيع الأطفال " أي فعل أو تعامل يتم بمقتضاه نقل طفل من جانب أي شخص أو مجموعة من الأشخاص إلى شخص آخر لقاء مكافأة أو أي شكل آخر من أشكال العوض؛
 - يقصد " باستغلال الأطفال في البغاء" استخدام طفل لغرض أنشطة جنسية لقاء مكافئة أو أي شكل آخر من أشكال العوض ؛
 - ويقصد " باستغلال الأطفال في المواد الإباحية" تصوير أي طفل بأي وسيلة كانت يمارس ممارسة حقيقية أو بالمحاكاة أنشطة جنسية صريحة أو أي تصوير للأعضاء الجنسية للطفل لإشباع الرغبة الجنسية أساسا¹ .
- ومن ابرز النقط التي ينص عليها البروتوكول هي ضرورة تغطية الدول الأطراف لكل الأفعال والأنشطة المعنية المنصوص عليها في هذا البروتوكول تغطية كاملة بموجب قوانينها الوطنية (قانون الجنائي - قانون العقوبات) ؛ حيث أكدت المادة 3 منه على أن : تكفل كل دولة طرف أن تغطي كحد أدنى ، الأفعال والأنشطة التالية تغطية كاملة بموجب قانونها الجنائي أو قانون العقوبات فيها سواء أكانت هذه الجرائم ترتكب محليا أو دوليا أو كانت ترتكب على أساس فردي أو منظم :

(أ) ففي سياق بيع الأطفال :

- عرض أو تسليم أو قبول طفل بأي طريقة كانت لغرض من الأغراض التالية : الاستغلال الجنسي للطفل ، نقل أعضاء الطفل توخيا للربح، تسخير الطفل لعمل قسري،
- القيام كوسيط بالحفز غير اللائق على إقرار تبني طفل وذلك على النحو الذي يشكل خرقا للصوصك القانونية الواجبة التطبيق بشأن التبني ؛

(ب) عرض أو تأمين أو تدبير أو تقديم طفل لغرض استغلاله في البغاء .

(ت) و إنتاج أو توزيع أو نشر أو استراد أو تصدير أو عرض أو بيع أو حيازة مواد إباحية متعلقة بالطفل .

وتستطرد المادة 2/3 من البروتوكول بالإشارة إلى أنه رهنا بأحكام القانون الوطني للدول الأطراف ، ينطبق الشيء نفسه على أي محاولة ترمي إلى ارتكاب أي هذه الأفعال أو التواطؤ أو المشاركة في أي منها .

وعلى الدول الأطراف أن تتخذ كل التدابير اللازمة التي تجعل هذه الجرائم موجبة للعقوبات المناسبة والتي تضع في الاعتبار خطورة طابعها .

كما تقوم عند الاقتضاء رهنا بأحكام قانونها الوطني باتخاذ الإجراءات الرامية على تحديد مسؤولية الأشخاص الاعتباريين عن الجرائم المحددة في الفقرة 1 من المادة 3 ورهنا بالمبادئ القانونية لتلك الدولة الطرف قد تكون مسؤولية الأشخاص الاعتباريين هذه جنائية أو مدنية أو إدارية.

¹ - المادة (2) من البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية (أ)(ب)(ج).

وهذا النص يدل على أن هذه الجرائم الخطيرة التي ترتكب بشكل منظم محليا أو عبر الحدود الوطنية تقف وراءها مؤسسات تعتبر من المافيا الدولية التي يجب معرفتها ومحاكمتها جنائيا أو إداريا أو مدنيا¹.

وعلى مستوى الولاية القضائية وتبعاً للخطورة الكبيرة التي تشكلها الجرائم المنصوص عليها في هذا البروتوكول يجب على الدول أن تتخذ كل ما هو ضروري من إجراءات لإقامة ولايتها القضائية على هذه الجرائم التي تحدث في إقليمها أو على متن سفينة أو طائرة مسجلة في تلك الدولة وهذا ما أكدته المادة 4 من البروتوكول: " تتخذ كل دولة طرف ما تراه ضروريا من التدابير لإقامة ولايتها القضائية على الجرائم المشار إليها في الفقرة 1 من المادة 3 عندما ترتكب هذه الجرائم في إقليمها وعلى متن سفينة أو طائرة مسجلة في تلك الدولة، كما حددت المادة الحالات التي تقيم فيها الدولة ولايتها القضائية، حيث يجوز لكل دولة طرف أن تتخذ من التدابير ما تراه ضروريا لإقامة ولايتها على الجرائم المشار إليها في الفقرة 1 من المادة 3 عندما يكون المجرم المتهم مواطناً من مواطني تلك الدولة أو شخصا يقيم عادة في إقليمها وعندما تكون الضحية مواطناً من مواطني تلك الدولة؛ وتتخذ كل دولة طرف ما تراه ضروريا من التدابير لإقامة ولايتها القضائية على الجرائم الأنف ذكرها عندما يكون المجرم المتهم موجود في إقليمها ولا تقوم بتسليمه أو بتسليمها إلى دولة طرف أخرى على أساس أن الجريمة ارتكبها مواطن من مواطنيها.

فهذه الجرائم هي على نحو ما ذات طابع دولي كما أن الآثار المترتبة عليه تتجاوز حدود الدولة وتمس الجماعة الدولية، وهو الأمر الذي يبرر اعتبار دولة القبض على الجاني بمثابة نائبة على المجتمع الدولي في ملاحقته وعقابه².

وتبعاً لخطورة هذه الجرائم يؤكد ضرورة ملاحقة مرتكبي هذه الجرائم من قبل الدول الأطراف في هذا البروتوكول وهذا ما أكدته الفقرة 4 من المادة 4 حيث لا يستبعد هذا البروتوكول أي ولاية قضائية جنائية تمارس وفقا للقانون الدولي.

أما على مستوى تسليم المجرمين أو ما يسمى الاسترداد *L' extradition*³ فقد جاءت المادة 5 من البروتوكول لتنص على تسليم المجرمين المرتكبين للجرائم حيث تعتبر الجرائم المشار إليها في الفقرة 1 من المادة 3 مدرجة بوصفها جرائم تستوجب تسليم مرتكبيها في أي معاهدة لتسليم المجرمين قائمة بين الدول الأطراف وتدرج بوصفها جرائم تستوجب تسليم مرتكبيها في كل معاهدة لتسليم المجرمين تبرم في وقت لاحق فيما بين هذه الدول وفقاً للشروط المنصوص عليها في هذه المعاهدات.

إذا تلقت دولة طرف تجعل تسليم المجرمين مشروطاً بوجود معاهدة طلباً لتسليم مجرم من دولة طرف أخرى لا تربطها بها معاهدة لتسليم المجرمين يجوز لها أن تعتبر هذا البروتوكول قانونياً لتسليم المجرم فيما يتعلق بتلك الجرائم. ويجب أن يخضع التسليم للشروط المنصوص عليها في قانون الدولة المتلقية للطلب.

¹ - "مركز الطفل في القانون الدولي العام" للدكتورة فاطمة شحاتة أحمد زيدان سنة 2000، ص 240.

² - نفس المرجع السابق، ص 241.

³ يقصد بتسليم المجرمين أو ما يسمى الاسترداد *L' extradition* مطالبة دولة لأخرى بتسليمها شخصا ينسب إليه ارتكاب جريمة أو صدر حكم بالعقوبة ضده حتى تتمكن هذه الدولة من محاكمة أو من تنفيذ العقوبة في مواجهته، وذلك على أساس أنها صاحبة الاختصاص الطبيعي باتخاذ الإجراءات الناشئة عن الجريمة أو تنفيذ العقوبة الصادرة ضد الشخص المطلوب تسليمه

على الدول الأطراف التي لا تجعل تسليم المجرمين مشروطاً بوجود معاهدة أن تعامل هذه الجرائم بوصفها جرائم تستوجب تسليم مرتكبيها لبعضها البعض رهناً بالشروط المنصوص عليها في قانون الدولة المتلقية للطلب.

تعامل هذه الجرائم، لأغراض تسليم الدول الأطراف للمجرمين بعضها لبعض، كما لو أنها ارتكبت لا في المكان الذي حدث فيه بل في أقاليم الدول المطلوب منها إقامة ولايتها القضائية وفقاً للمادة 4.

إذا ما قدم طلب لتسليم مجرم فيما يتعلق بجريمة من الجرائم الوارد ذكرها في الفقرة 1 من المادة 3 وإذا ما كانت الدولة الطرف المتلقية للطلب لا تسلم أو لن تسلم المجرم، استناداً إلى جنسية المجرم يجب على تلك الدولة أن تتخذ التدابير الملائمة لعرض الحالة على السلطات المختصة فيها لغرض المقاضاة¹.

ويبقى لمصادرة المواد التي تستخدم لارتكاب الجرائم المنصوص عليها في البروتوكول أو لتسهيل ارتكابها أهمية بالغة ضمن ما جاء به البروتوكول وعليه وتبعاً لأهمية مكافحة هذا النوع من جرائم الاعتداءات الجنسية نصت المادة 7 على أنه :

- تقوم الدول الأطراف بتقديم أقصى قدر من المساعدة إلى بعضها البعض فيما يتعلق بعمليات التحقيق أو الإجراءات الجنائية أو إجراءات تسليم المجرم فيما يتصل بالجرائم المحددة في الفقرة 1 من المادة 3، بما في ذلك تقديم المساعدة في مجال الحصول على ما في حوزتها من أدلة لازمة لهذه الإجراءات.

- تفي الدول الأطراف بالتزاماتها بما يتمشى مع ما قد يوجد بينها من معاهدات أو ترتيبات أخرى لتقديم المساعدة القضائية. وفي حالة عدم وجود مثل هذه المعاهدات أو الترتيبات تقدم الدول الأطراف المساعدة لبعضها البعض وفقاً لقانونها المحلي.

رغم ما جاء به البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية من قواعد للحد من ظاهرة الاستغلال الجنسي المادي والتجاري للأطفال تم وضع اتفاقية تهتم بشكل ادق بالهدف التجاري من الاستغلال الجنسي للأطفال والمتمثلة في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكول الخاص بالتجار بالنساء والأطفال لعام 2000.

3- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكول الخاص بالتجار بالنساء والأطفال لعام 2000 :

يعد الاتجار بالأطفال لغرض الاستغلال الجنسي التجاري من الجرائم الدولية التي أصبحت تشكل هاجساً لدى المجتمع الدولي لمدى انتشارها وصعوبة تحديد المسؤول عنها باعتبارها جريمة من الجرائم المنظمة التي تشرف عليها جهات وشبكات منظمة وعالمية وعليه ؛ عقدت المنظمات الدولية والإقليمية المؤتمرات والندوات الدولية لوضع الأسس والمعايير الدولية التي يمكن من خلالها الحد من هذه الجريمة، وتجرم ذلك من خلال إبرام الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف فيما يتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر وحث الدول المختلفة على سن التشريعات الداخلية بها التي

¹ - المادة (5) من البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية سنة 2000

تجرم الوقائع المرتكبة لصور الاتجار بالأطفال ومتابعة الجهود المبذولة من كل دولة وما اتخذته من إجراءات وتدابير لمكافحة هذه النوعية من الجرائم وتقييمها¹.

ويبرام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية وبروتوكولاتها: البروتوكول الخاص بالاتجار بالنساء والأطفال وبروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو²؛ يعبر المجتمع الدولي على حرصه بتعزيز التعاون الدولي في مجال مكافحة الجريمة المنظمة عبر وطنية.

ولقد أقرت ديباجة البروتوكول المتعلق بمنع ومعاينة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال بأن اتخاذ إجراءات فعالة لمنع ومكافحة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال يتطلب نهجا دوليا شاملا في بلدان المنشأ والعبور وإذا توضع في اعتبارها انه على الرغم من وجود مجموعة متنوعة من الصكوك الدولية المشتملة على قواعد وتدابير عملية لمكافحة استغلال الأشخاص وبخاصة النساء والأطفال لا يوجد صك عالمي يتناول جميع جوانب الاتجار بالأشخاص التي مما لاشك يدخل ضمنها الاستغلال الجنسي للأطفال كشكل من أشكال الاتجار بالبشر حيث عرفت المادة 3 من البروتوكول الخاص بالاتجار بالنساء والأطفال الاتجار بالأشخاص على انه : تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو 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

ويتضح من التعريف أنه ينقسم إلى ثلاث عناصر هي :

- 1- الأفعال : أفعال تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم .
 - 2- الوسائل المستخدمة لارتكاب تلك الأفعال : بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها ، أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع ، أو إساءة استعمال السلطة ، أو إساءة استعمال حالة استضعاف ، أو إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على الضحية.
 - 3- لأغراض الاستغلال الذي يشمل استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو السخرة أو الخدمة قسرا أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء³.
- كما نصت نفس المادة في فقرتها الثانية على أنه : لا تكون موافقة ضحية الاتجار بالأشخاص على الاستغلال المقصود في هذه المادة محل اعتبار في الحالات التي يكون قد استخدم فيها أي من الوسائل المبينة في التعريف السابق ، كما يعتبر تجنيد طفل أو نقله أو تنقله أو إيوائه واستقباله لغرض الاستغلال تجارا بالأشخاص .

¹ - " أكمل يوسف السعيد يوسف: " الحماية الجنائية للأطفال من الاستغلال الجنسي " رسالة لنيل شهادة الدكتوراه بجامعة المنصورة بمصر، تحت اشراف

الدكتور غنام محمد غنام السنة الجامعية 2012-2013 . ص 193

² - اعتمدها الجمعية العامة بموجب قرارها 25/55 لعام 2000 .

³ - نفس المرجع السابق رقم 10 ص 207.

وفي إطار تعزيز الحماية الدولية من استفحال ظاهرة الاتجار بالأشخاص؛ اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 2010 خطة العمل العالمية لمكافحة الاتجار بالأشخاص، وحثت الحكومات في جميع أنحاء العالم على اتخاذ تدابير منسقة ومتسقة لهزيمة هذه الآفة الاجتماعية. وحثت الخطة على إدراج مكافحة الاتجار بالبشر في برامج الأمم المتحدة بشكل موسع من أجل تعزيز التنمية البشرية ودعم الأمن في أنحاء العالم. وكانت إحدى الأمور المجمع عليها في خطة الأمم المتحدة هي إنشاء صندوق الأمم المتحدة الاستئماني للتبرع لضحايا الاتجار بالبشر، وخاصة النساء منهم والأطفال.

وفي عام 2013، عقدت الجمعية العامة اجتماعاً رفيع المستوى لتقييم خطة العمل العالمية لمكافحة الاتجار بالأشخاص. واعتمدت الدول الأعضاء القرار رقم A/RES/68/192 والذي أقرت فيه اعتبار يوم 30 تموز/يوليو من كل عام يوماً عالمياً مناهضة الاتجار بالأشخاص. ويمثل هذا القرار إعلاناً عالمياً بضرورة زيادة الوعي بحالات الاتجار بالأشخاص والتوعية بمعاملة ضحايا الاتجار بالبشر وتعزيز حقوقهم وحمايتهم¹.

يبقى لاستغلال الأطفال جنسياً مظاهر وأشكال متعددة ومتنوعة بالإضافة للاتجار بهم وما يسبب لهم ذلك من أذى واستغلال كبير يقع العديد من الأطفال في إطار عمالة الأطفال لاستغلال مماثل وهذا ما جاءت به اتفاقية حضر أسوأ عمالة الأطفال.

4- الاستغلال الجنسي للأطفال في الاتفاقية رقم 182 المتعلقة بحضر أسوأ عمالة الأطفال 1999 :

في ظل الوعي بخطورة عمل الأطفال على صحتهم وسلامتهم وباعتباره انتهاكاً أساسياً لحقوق الطفل عمل المجتمع الدولي سنة 1999 على اعتماد صكوك جديدة ترمي إلى حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والقضاء عليها استكمالاً لعمل منظمة العمل الدولية في مجال الحد من ظاهرة تشغيل الأطفال دون السن القانوني حيث تم إصدار اتفاقية رقم 182 بشأن حضر أسوأ أشكال عمالة الأطفال والإجراءات الفورية للقضاء عليها فجاءت المادة 1 لتؤكد على أن: " تتخذ كل دولة عضوه تصدق على هذه الاتفاقية بسرعة ودون إبطاء تدابير فورية وفعالة تكفل بموجبها حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والقضاء عليها"، وتعرف المادة 3 أسوأ أشكال عمل الأطفال بـ:

- 1) كافة أشكال الرق أو الممارسات الشبيهة بالرق، كبيع الأطفال والاتجار بهم وعبودية الدين والقنانة² والعمل القسري أو الإجباري. بما في ذلك التجنيد القسري أو الإجباري للأطفال لاستخدامهم في صراعات مسلحة.
- 2) استخدام طفل أو تشغيله أو عرضه لأغراض الدعارة. أو لإنتاج أعمال إباحية أو أداء عروض إباحية.
- 3) استخدام طفل أو تشغيله أو عرضه لمزاولة أنشطة غير مشروعة، ولا سيما إنتاج المخدرات بالشكل الذي حددت فيه في المعاهدات الدولية ذات الصلة والاتجار بها.

¹ "الأمم المتحدة"، "اليوم العالمي لمكافحة الاتجار بالبشر"، انظر الموقع الإلكتروني: <http://www.un.org/ar/events/humantrafficking> تاريخ الزيارة

2015/12/13

² - معنى قنن في الصحاح في اللغة القنن: العبد إذا مُلِكَ هو وأبواه، ويستوي فيه الاثنان والجمع والمؤنث.

(4) الأعمال التي يرجح أن تؤدي بفعل طبيعتها أو بفعل الظروف التي تزاوّل فيها إلى الأضرار بصحة الأطفال أو سلامتهم أو سلوكهم الأخلاقي.

ومع ذلك ينبغي ملاحظة ، أن الدعارة وإنتاج الأعمال الإباحية أو أداء العروض الإباحية بوصفها أشكالاً للعمل ، تحط من شأن المفهوم الحقيقي للعمل واستخدام الأطفال في مثل هذه الأمور والأنشطة هو جريمة ضد الطفولة وانتهاك لحقوق الإنسان، فاعتبار الدعارة شكلاً من أشكال العمل يضفي السمة الشرعية على أي نشاط يفترض القضاء عليه ويتناقض تناقضاً أساسياً مع الروح الحقيقية للاتفاقية¹. وعليه تتخذ كل دولة عضو في الاتفاقية كافة التدابير الضرورية لكفالة تطبيق وإنفاذ الأحكام المنفذة لهذه الاتفاقية بشكل فعال، بما في ذلك النص على عقوبات جزائية أو غيرها من العقوبات، عند الاقتضاء، وتطبيقها، كما تتخذ كل دولة عضو، واضعة في اعتبارها أهمية التعليم في القضاء على عمل الأطفال، تدابير فعالة ومحددة زمنياً من أجل :

(أ) الحيلولة دون انخراط الأطفال في أسوأ أشكال عمل الأطفال.

(ب) توفير المساعدة المباشرة الضرورية والملائمة لانتشال الأطفال من أسوأ أشكال عمل الأطفال وإعادة تأهيلهم ودمجهم اجتماعياً.

(ج) ضمان حصول جميع الأطفال المتشغلين من أسوأ أشكال عمل الأطفال على التعليم المجاني الأساسي وعلى التدريب المهني حيثما كان ذلك ممكناً وملائماً.

(د) تحديد الأطفال المعرضين بشكل خاص للمخاطر وإقامة صلات مباشرة معهم.

(هـ) أخذ الوضع الخاص للفتيات بعين الاعتبار

و تعيين كل دولة عضو السلطة المختصة المسؤولة عن تنفيذ الأحكام المنفذة لهذه الاتفاقية².

بالتطرق لقواعد حماية الطفل من الاستغلال الجنسي من خلال المواثيق والاتفاقيات الدولية في المبحث الأول سنتطرق إذاً لمجمل القواعد الوطنية التي تحمي الطفل من الاستغلال الجنسي بالمغرب وفقاً للمبحث الثاني من هذه الدراسة.

المبحث الثاني : القواعد القانونية الوطنية لحماية الطفل من الاستغلال الجنسي :

يعتبر المغرب من الدول التي بادرت إلى الانخراط في مسلسل حماية الطفل من الاستغلال الجنسي، وذلك نظراً لتزايد انتشار هذه الظاهرة وطنياً، بحيث أصبح المغرب يعد من الدول المنتجة لظاهرة استغلال الأطفال سواء في خدمة البيوت أو في الجنس وذلك حسب تقرير وزارة الخارجية الأمريكية لعام 2008 . كما كشف التقرير السنوي الثامن للإتجار بالبشر، والذي تم رفعه إلى الكونغرس الأمريكي: " أن الأطفال المغاربة - صبياناً وصبانياً -

¹ مركز الطفل في القانون الدولي العام" للدكتورة فاطمة شحاته أحمد زيدان سنة 2000 ، ص 251

² المادة 7 من الاتفاقية رقم 182 المتعلقة بحضر أسوأ عمالة الأطفال 1999

يخضعون لنوع من الاستغلال اللاإرادي، ويزداد إقحامهم في السياحة الجنسية يوما عن يوم". كما أشار التقرير إلى ظاهرة تهريب الشباب المغاربة إلى بعض الدول العربية والأوروبية لنفس الأهداف الدنيئة. وأمام هذه التقارير وتقارير أخرى كان لابد للمغرب أن ينخرط في مسلسل الحماية القانونية للطفل من جميع أشكال الإستغلال وعلى رأسها الإستغلال الجنسي، من خلال ؛ أولا: مصادقته على مجموعة من الإتفاقيات والقواعد القانونية الدولية المعنية بحقوق الطفل عامة والحماية من الإستغلال الجنسي خاصة :

■ العهدهان الدوليان الخاصان بالحقوق المدنية والسياسية، والحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية؛ سنة (1979).

■ إتفاقيات حقوق الطفل؛ سنة (1993).

كما صادق على البروتوكولين الإختياريين لاتفاقية حقوق الطفل؛ الأول بشأن إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة سنة (2002)، والثاني بخصوص بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء، والمواد الإباحية سنة (2001). كما أن المغرب طرف في اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 138 و 182.

ثانيا: عبر الإنخراط في الجهود الدولي للقضاء على مختلف أنواع الاستغلال التي يتعرض لها الطفل، من خلال البرامج والمشاريع التي تنجز بشراكة مع جمعيات وطنية ودولية، نذكر منها على الخصوص اليونيسيف، والإتحاد العالمي للشغل من خلال برنامجه العالمي لمحاربة تشغيل الأطفال، والذي يمولى من خلاله مشاريع تهدف إلى محاربة تشغيل الأطفال بشراكة بينه وبين جمعيات عاملة في الميدان.

وعليه سنتعرف من خلال هذا المبحث على المعايير الوطنية لحماية الطفل من الاستغلال الجنسي

1. حماية الطفل من الاستغلال الجنسي من خلال مدونة الأسرة :

هناك سياقات عديدة لاستغلال الأطفال جنسا منها ما ينساق وفق للقيود والعادات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية وحتى الدينية ومن بينها زواج القاصرات الذي يعتبر استغلال صارخا في حق الطفولة في العديد من المجتمعات التي يحدد القانون السن الأدنى للزواج الفتيات مثلا يتم تزويج الفتاة قبل بلوغها الحد الأدنى للسن المحدد ونادرا ما يتم الإبلاغ عن هذه الحالات في مجتمع تلمي عليه تقاليد إمكنية حدوث ذلك .

وعليه جاءت مدونة الأسرة لسنة 2003 بمجموعة من المبادئ والقواعد التي من شأنها ضمان المساواة والتوازن الحقوقي في تحقيق العديد من المكاسب ومن ضمنها المساواة في الأهلية القانونية في إبرام عقد الزواج ورفع سن الرشد إلى 18 سنة حيث نصت المادة 19 من مدونة الأسرة على: "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية" وذلك تماشيا مع الاتفاقيات الدولية¹.

كما اشترطت على الراغبين في الزواج دون السن القانوني بتقديم تفسير وتعليل للدواعي والأسباب لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه،

¹ لقد أباحت اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج ، التي دخلت حيز التطبيق بتاريخ : 9 دجنبر 1964، في مادتها الثانية تزويج القاصرين استثناء عندما يكون الأمر لمصلحة الطرفين ولأسباب جدية .كما أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة توصية في فاتح نونبر 1965 تدعو فيه الدول الأعضاء باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة ، لتعيين حد أدنى لسن الزواج على أن لا تقل عن خمسة عشر عاما .

وبعد ذلك بسنوات اعتبرت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل صادرة بتاريخ 1989/11/20 المصادق عليها بموجب الظهير المؤرخ في 1993/6/14 أن الطفل هو كل إنسان لم يتجاوز بعد الثمانية عشر سنة. وأوجبته المادة 24 من الاتفاقية على الدول اتخاذ كل التدابير الفعالة والمناسبة من أجل القضاء على كل الممارسات التقليدية المضرة بصحة الأطفال. في حين اعتبرت لجنة حقوق الطفل من جهتها ، أن زواج الأطفال والزواج الجبري هي ممارسات تقليدية مضرة.

بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بالخبرة الطبية أو إجراء بحث اجتماعي يقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن¹. الأمر الذي يشكل استغلالاً وانتهاكاً صريحاً لحقوق الطفل، فنجد أنه يبقى زواج القاصرات مرتبطاً بموافقة النائب الشرعي للطفل حسب ما جاء في المادة 21 من مدونة الأسرة:

- زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي.

تتم موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضوره إبرام العقد. إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة بت قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع.

وفي هذا الاتجاه، عرف زواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية ارتفاعاً نسبياً من سنة إلى أخرى حيث انتقل من 18341 زواجا خلال سنة 2004 إلى 39031 زواجا خلال سنة 2011 وهو ما يعني أن عدد هذه الزيجات تضاعف خلال ثماني سنوات، والملاحظ أن أكبر معدل تغيير تم تسجيله سنة 2006 حيث ارتفع هذا الزواج مقارنة مع سنة 2005 بنسبة 22% في حين أن أدنى معدل تغيير عرفته سنة 2008 حيث تم تسجيل نسبة ارتفاع لا تتجاوز 3% ليعاود الارتفاع سنة 2009 بنسبة 8% ثم بنسبة 5% سنة 2010 ثم ليصل معدل التغيير سنة 2011 إلى نسبة 12%²

إن ما قدمته المدونة من جديد في شروط الزواج يعد من الأمور الأساسية في مجال الحد من زواج القاصرات، إلا أنها تحتوي على ثغرات قانونية الشيء الذي جعل من نسبة زواج القاصرات ترتفع من 35000 فتاة قاصر تزوجت سنة 2013 مقارنة مع تاريخ انطلاق المدونة 2004 التي بلغت خلالها 1800 حالة³.

2. حماية الطفل من الاستغلال الجنسي من خلال القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية :

أفرد القانون الجنائي مجموعة من الفصول القانونية خاصة بجرائم إفساد الشباب واستغلالهم جنسيا وذلك من الفصول 497 إلى 504 تناول فيها القانون الجنائي تجريم أفعال التحريض على الدعارة وتشجيع القاصرين عليها أو استدراجهم أو استخدامهم في البغاء وجعل من قصور سن الضحية طرفاً مشدداً في علة جنح⁴.

وفي هذا السياق نص القانون الجنائي المغربي على مجموعة من القواعد والأحكام التي تهم حماية الطفل من الاستغلال الجنسي فحسب تعديل قانون 24.03 تم رفع سن الرشد الجنائي إلى 18 سنة عوض 16 سنة، مع تجريم مجموعة من الأعمال والأفعال التي من شأنها استغلال الطفل لأهداف جنسية سواء تجارية أو مادية :

- نص القانون على معاقبة من حرض أو شجع أو سهل الدعارة للأطفال بصفة عرضية أو معتادة بالحبس من سنتين إلى عشر⁵، ومعاقبة من أعاب أو همى ممارسة البغاء ومن أخذ بأي شكل كان نصيباً أو ربحاً مما

¹ - المادة 20 من مدونة الأسرة.

² - ورقة حول زواج القاصرات المملكة المغربية وزارة العدل والحريات.

³ - يأتي زواج الفتاة، في المرتبة الأولى إلى حين بلوغ الفتاة سن الرشد المحدد في 18 سنة وبالتالي يلجأ الأزواج إلى الاستفادة من " ثغرة قانونية" حسب اعتبار أهل الاختصاص، عن طريق تطبيق المادة 16 من مدونة الأسرة، بتطبيق مسطرة توثيق الزواج، والتي أطلقتها الدولة المغربية من أجل توثيق حالات الزواج التي جاءت دون عقد زواج رسمي "الفتاة" الإجراء الذي مكن من حل العديد من الحالات (...). لكن يستغلها البعض للزواج من القاصرات، بالإضافة إلى المادة 20 و21 من مدونة الأسرة والتي تعطي الحق والصلاحية للقاضي في تزويج القاصرات، بموافقة النائب الشرعي بتوقيعه على العقد.

⁴ - "Mission permanente du Royaume du Maroc Genève" la réponse du gouvernement du royaume du Maroc au questionnaire sur la violence à l'égard des enfants – haut commissariat aux droits de l'Homme /le 2septembre 2004 N°1380 p:6.

⁵ - الفصل 497 من القانون الجنائي المغربي رقم 24.03

يتحصل عليه الغير من البغاء بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبالغرامة من خمسة ألف إلى مليوني درهم¹، وترتفع العقوبة بمقتضى الفصل 499 إلى خمس سنوات إذا ارتكبت أفعال المساعدة والاستغلال المنصوص عليها في الفصل 498 على شخص طفل يقل عمره عن 18 سنة وكذلك إذا كان الفاعل من المكلفين بحكم وظيفتهم بالمساهمة في محاربة ظاهرة البغاء والاستغلال الجنسي أو في حماية الصحة أو الشبيبة أو المحافظة على النظام العام وتصل العقوبة إلى السجن المؤبد متى ارتكبت هذه الجرائم باستعمال وسائل التعذيب².

- وبالنسبة للتجار في الأطفال فقد نص القانون الجنائي المغربي صراحة في الفصل 1-467 على تجريم بيع أو شراء الأطفال انسجاماً مع المادة 35 من اتفاقية حقوق الطفل والمواد 1-2-3 من البروتوكول الاختياري الملحق بها، حيث عاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من خمسة آلاف إلى مليوني درهم كل شخص يقوم ببيع أو شراء طفل تقل سنه عن ثمان عشرة سنة أو حرص الأبوين أو أحدهما أو الكافل أو الوصي أو المقيم أو من له سلطة على طفل أو³ يتولى رعايته على بيع طفل دون سن 18 أو سهل ذلك أو يعين عليه.

- وفيما يخص استغلال الأطفال في المواد الإباحية تم تجريم التحريض أو التشجيع أو تسهيل استغلال أطفال قاصرين في مواد إباحية (بورنوغرافية) وذلك بإظهار أنشطة جنسية بأية وسيلة كانت سواء أثناء الممارسة الفعلية أو بالمحاكاة أو المساهمة أو تصوير الأعضاء الجنسية للأطفال لأغراض ذات طبيعة جنسية⁴. ومعاقبة كل من قام بانتاج أو توزيع أو نشر أو استراد أو تصدير أو عرض أو بيع أو حيازة مواد إباحية من هذا القبيل (الفصل 3-503 من القانون الجنائي).

3. حماية الطفل من الاستغلال الجنسي في مجال الإعلام والصحافة :

يتضمن قانون الصحافة والنشر المغربي، من خلال ظهير 3 أكتوبر 2003، مجموعة من النصوص القانونية الخاصة بحماية القاصرين مما قد يلحقهم من أذى جسدي أو جنسي من خلال الصحافة ووسائل الإعلام، عبر الإشهار أو اللوحات الفنية أو الصور البورنوغرافية أو الأفلام، وكل الأشياء التي تمس بالطفل وخصوصيته.

وفي هذا الإطار عاقب الفصل 59 من هذا القانون كل من يصنع أو يمك أو يتاجر أو يوزع أو يعرض على أنظار العموم مطبوعات أو مكتوبات أو رسومات أو إعلانات أو منقوشات أو لوحات زيتية أو صور شمسية أو أفلام أو صور خليعة أو قوالبها أو جميع الصور وكل الأشياء المنافية للأداب والأخلاق بالحبس من شهر واحد إلى سنة وغرامة تتراوح بين 1200 و6000 درهم لكل من يسمع الناس علانية أغاني أو خطبا تتنافى والأخلاق العامة أو يحرض على الفساد أو يقوم بنشر إعلان أو مراسلة من هذا القبيل كيفما كانت عباراتها.

ورفع الفصل 62 العقوبة إلى حبس تتراوح مدته بين شهر واحد وستين وغرامة تتراوح بين 1200 و100.000 درهم إذا اقترفت الجنحة نحو طفل. كما عاقب الفصل 65 بالحبس من شهر واحد إلى سنة وغرامة تتراوح بين 1200 و5000 درهم كل من اقترح أو قدم أو باع للقاصرين في الثامنة من عمرهم نشرات فيها خطر على الشبان إما لصيغتها الإباحية أو لإخلالها بالمروءة.

¹ الفصل 498 نفس المرجع السابق .

² - مرجع سابق رقم 22 ، ص6.

³ - نفس المرجع السابق ، ص6

⁴ - دليل حقوق الطفل في المغرب / اليونسيف / وزارة العدل (ص35)

هذا إضافة إلى القانون رقم 94/17 المتعلق بأعمال إنتاج أشرطة فيديو نص في الفصل 11 على معاقبة كل من يستغل لأغراض تجارية أشرطة فيديو مبرمجة لا تحمل تأشيرة المركز السينماتوغرافي المغربي ومخلة بالأداب العامة أو نظام الأسرة أو النظام العام بالحبس بين شهر واحد وستة أشهر وغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم¹.

إن الاهتمام الخاص الذي يحضى به الطفل في الترسانة القانونية المغربية، ينبع من كون هذا الكائن الضعيف داخل المجتمع هو الضمانة الحقيقية لتطور المجتمع وسلامته مستقبلاً. فقد توسعت دائرة استغلال الأطفال، وأصبح من الضروري العمل على الحد منها عن طريق الآليات القانونية، إضافة إلى استخدام الطرق الأخرى التي تساهم هي الأخرى في هذا الجهود النبيل (التربية والتحسيس وإشاعة مبادئ حقوق الطفل ومحاربة الفقر...) لإنقاذ البراءة وتحصينها من الاستغلال بكافة أنواعه، وخاصة أخطرهم على صحة ونفسانية الطفل ألا وهو الاستغلال الجنسي².

الخاتمة :

من خلال ما سبق يتضح لنا الدور الهام الذي قام به المشرع المغربي من أجل ملائمة القانون الداخلي والقوانين الوطنية المعنية بحماية الطفل مع المواثيق والاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب في هذا الإطار، إلا أنه بالنظر إلى مدى تزايد انتشار هذه الظاهرة وصعوبة الحد منها أصبح الباحث المغربي يطرح تساؤلاً آخر يخرج عن إطار ملائمة القوانين الوطنية مع المواثيق الدولية إلى مدى فعالية هذه الملائمة ومدى نجاعة تفعيل عمل الآيات القانونية المعنية بحماية الطفل المغربي من الاستغلال الجنسي . بالتالي وجب البحث والدراسة حول الإشكاليات الحقيقية وراء تحقيق حماية فعلية للطفل من كل أشكال وأنواع الاستغلال الجنسي بعيداً عن المستوى التشريعي بل بالتركيز على العمل المؤسساتي .

المراجع المعتمدة :

المراجع باللغة العربية :

✓ المؤلفات والأطروحات :

- مركز الطفل في القانون الدولي العام " للدكتورة فاطمة شحاته أحمد زيدان سنة 2000.
 - أكمل يوسف السعيد يوسف: " الحماية الجنائية للأطفال من الاستغلال الجنسي " رسالة لنيل شهادة الدكتوراه بجامعة المنصورة بمصر، تحت اشراف الدكتور غنام محمد غنام السنة الجامعية 2012-2013.
 - "الدكتور أسامة أولحسن مجاهد"، " مكافحة السياحة الجنسية "، نشر دار النهضة العربية سنة 2005
- ✓ التقارير:
- منتدى الزهراء للمرأة المغربية، " الاستغلال الجنسي لقاصرات دراسة ميدانية بالمغرب " طبعة 2013.

¹ - "Mission permanente du Royaume du Maroc Genève" la réponse du gouvernement du royaume du Maroc au questionnaire sur la violence à l'égard des enfants – haut commissariat aux droits de l'Homme /le 2septembre 2004 N°1380 p:7.

² - "الإستغلال الجنسي للأطفال : الحماية القانونية منه بالمغرب "انظر الموقع الإلكتروني : <http://www.startimes.com/?t=15067919> تاريخ الزيارة :

- “Mission permanente du Royaume du Maroc Genève” la réponse du gouvernement du royaume du Maroc au questionnaire sur la violence à l’égard des enfants – haut commissariat aux droits de l’Homme /le 2septembre 2004 N°1380

✓ النصوص والوثائق القانونية :

- إتفاقية حقوق الطفل سنة 1989
- البروتوكول الاختياري لإتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء والمواد الإباحية سنة 2000.
- إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية سنة 2000.
- إتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 182 المتعلقة بمحضر أسوأ أشكال عمالة الأطفال 1999.
- الأمم المتحدة، " خطة العمل للأمم المتحدة العالمية لمكافحة الإتجار بالبشر " ، القرار رقم A/RES/64/ 293، سنة 2010.
- مدونة الأسرة المغربية، قانون رقم : 70/03.
- القانون الجنائي المغربي، قانون رقم 07/03
- قانون الصحافة والنشر المغربي، ظهير الشريف رقم 1-02-207، بتاريخ 20 يناير 2003 .

✓ الوبوغرافية :

- " الأمم المتحدة " ، " اليوم العالمي لمكافحة الاتجار بالبشر " ، انظر الموقع الإلكتروني :
- <http://www.un.org/ar/events/humantrafficking>
- - " الإستغلال الجنسي للأطفال : الحماية القانونية منه بالمغرب " انظر الموقع الإلكتروني : <http://www.startimes.com/?t=15067919>
- “Exploitation sexuelle des enfants –les enfants exploités sexuellement dans le monde-“ voir le site : <http://www.humanium.org/fr/exploitation-sexuelle-enfants/?gclid=CMW1ssy37NICFUORGwodcSgLsw>

أقصى أمد الحمل



الدكتور : فايز بن أحمد حابس
أستاذ مشارك في الفقه وأصوله
كلية الآداب والعلوم الإنسانية
جامعة الملك عبد العزيز - جدة

مقدمة :

”إن الحمد لله ، نستعينه ونستغفره ونعوذُ به من شرور أنفسنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله .

﴿يَأَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾⁽¹⁾ . ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَتَّى تُقَاتِيَهُ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾⁽²⁾ . ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾⁽³⁾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾⁽⁴⁾ .

فلا خلاف بين أهل العلم أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، ؛ لذا يقول الماوردي : ”...أما مدة أقل الحمل الذي يعيش بعد الولادة فستة أشهر، استنباطاً من نص، وانعقاداً من إجماع، واعتباراً بوجود...“⁽⁵⁾.

(1) سورة النساء: الآية (1).

(2) سورة آل عمران: الآية (102).

(3) سورة الأحزاب: الآيتان (70-71).

(4) خطبة الحاجة رواها أبو داود (2118) واللفظ له، والترمذي (1105)، والنسائي (3277)، وابن ماجه (1892)، كلهم من حديث ابن مسعود ؓ أنه قال: (

علمنا رسول الله ﷺ خطبة الحاجة) فذكرها . قال الترمذي: "حديث حسن".

(5) الحاوي (314/1).

وهذا أيضا ما اتفق عليه الأطباء قديما وحديثا، قال ابن القيم رحمه الله: "وأما أقل مدة الحمل فقد تظاهرت الشريعة والطبيعة على أنها ستة أشهر.....قال جالينوس⁽¹⁾: كنت شديد الفحص عن مقادير أزمانه الحمل، فرأيت امرأة واحدة ولدت في مائة وأربع وثمانين ليلة. وزعم صاحب الشفاء⁽²⁾ أنه شاهد ذلك"⁽³⁾.

وقد استنبط صحابة رسول الله ﷺ ذلك الحكم من القرآن الكريم؛ حيث قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "واستدل الصحابة على إمكان كون الولد لسته أشهر بقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: الآية (15)] مع قوله: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: الآية (233)] فإذا كان مدة الرضاع من الثلاثين حولين، يكون الحمل ستة أشهر، فجمع في الآية أقل الحمل وتمام الرضاع"⁽⁴⁾.

وقد روي هذا الاستدلال عن علي وابن عباس رضي الله عنهما⁽⁵⁾. قال ابن كثير رحمه الله: "وهو استنباط قوي صحيح"⁽⁶⁾.

وقد نقل الإجماع على ذلك ابن المنذر فقال: "أجمعوا على أن المرأة إذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم عقد نكاحها أن الولد لا يلحق به، وإن جاءت لسته أشهر من يوم عقد نكاحها فالولد له"⁽⁷⁾، وكذا نقل الإجماع ابن عبد البر فقال: "وقد أجمع علماء المسلمين بأن الولد لا يلحق إلا في تمام ستة أشهر من يوم النكاح فما زاد"⁽⁸⁾.

أما أقصى أمد الحمل فقد اختلفت مذاهب الفقهاء فيه، فحاولنا أن نفصل القول في هذه المسألة عبر هذا البحث من خلال تمهيد وثلاثة فصول وخاتمة، جاءت على النحو التالي:

التمهيد: في أقوال الفقهاء في أقصى أمد الحمل.

الفصل الأول: الأدلة النقلية في أقصى أمد الحمل، وفيه ثلاثة أقسام:

أولاً: الأدلة من القرآن الكريم.

ثانياً: الأدلة من الأحاديث المرفوعة.

(1) الحكيم الفيلسوف الطبيعي اليوناني من أهل مدينة فرغاموس من أرض اليونانيين إمام الأطباء في عصره ورئيس الطبيعيين في وقته ومؤلف الكتب الجليلة في صناعة الطب وغيرها من علم الطبيعة وعلم البرهان وهي تزيد على مائة تأليف. قيل: كانت حياة جالينوس بعد المسيح بنحو مائتي سنة وبعد بقراط بنحو ستمائة سنة وبعد الإسكندر بنحو خمسمائة سنة ونيف.

انظر: أخبار العلماء بأخبار الحكماء (ص99) عيون الأنبياء في طبقات الأطباء (109).

(2) أبو علي الحسين بن عبد الله بن سينا، شرف الملك: الفيلسوف الرئيس (370-428هـ)، صاحب التصانيف في الطب والمنطق والطبيعات والإلهيات. أصله من بلخ، ومولده في إحدى قرى بخارى. ونشأ وتعلم في بخارى، وطاف البلاد، وناظر العلماء، ثم صار إلى أصفهان، وصنف بها أكثر كتبه. وعاد في أواخر أيامه إلى همذان، فمرض في الطريق، ومات بها. من أشهر مصنفاته: "الشفاء" في الحكمة قال الزركلي: مطبوع في أربعة أجزاء.

انظر: عيون الأنبياء في طبقات الأطباء (ص437)، وفيات الأعيان (157/2)، سير الأعلام (531/17)، الأعلام للزركلي (241/2).

(3) التبيان في أقسام القرآن (ص339).

(4) مجموع الفتاوى (10/34).

(5) انظر: الموطأ (ص629)، مصنف عبد الرزاق (349/7)، سنن سعيد بن منصور (93/2)، سنن البيهقي (727).

(6) تفسير ابن كثير (158/4).

(7) الإجماع (ص153).

(8) الاستدكار (170/7)، وكذا نقل الإجماع جماعة منهم: الماوردي في الحاوي (314/1)، والقرطبي في تفسيره (286/9)، وابن تيمية في مجموع الفتاوى (10/34)، والشنقيطي في أضواء البيان (226/2).

ثالثاً: الأدلة من الأحاديث الموقوفة.

الفصل الثاني: الأدلة العقلية في أقصى أمد الحمل.

الفصل الثالث: مناقشة الأدلة.

الخاتمة: وقد بينت فيها ما ترجح عندي من أقوال أهل العلم في هذه المسألة بعد مناقشة أدلتهم.

وقد بذلت في هذا البحث ما تيسر من التقدير، وما تقدر من التيسير، فإن كان صواباً فمن الله وحده لا شريك له، وإن كان خطأ فمني ومن الشيطان، والله ورسوله منه برآء. وأسأل الله تعالى أن يتقبل هذا العمل وأن ينفع به، وأن يجعله لي ذخراً عند انقطاع عملي وانتهاء أجلي ﴿يَوْمَ لَا يَنْفَعُ مَالٌ وَلَا بَنُونَ ﴿٨٨﴾ إِلَّا مَنْ أَتَى اللَّهَ بِقَلْبٍ سَلِيمٍ﴾ [الشعراء: الآيات (88-89)].

والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً، وصلى الله على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

❖ أقوال الفقهاء في أقصى أمد الحمل :

اختلفت مذاهب الفقهاء في أطول مدة ممكنة في الحمل، وقبل أن أسوق أقوالهم في هذا الباب يحسن التنبيه إلى أن مراد الفقهاء هنا هو تقدير أطول مدة للحمل يمكن أن يعيش بعدها الولد. أما مع موت الولد فلا تقدير لأكثر الحمل. ولذا يقول ابن حزم رحمه الله: "قد يموت الولد في بطن أمه فيتمادى بلا غاية حتى تلقيه متقطعاً في سنين، فإن صح هذا فإنه حمل صحيح لا تنقضي عدتها إلا بوضعه كله. إلا أنه لا يوقف له ميراث ولا يلحق أصلاً؛ لأنه لا سبيل إلى أن يولد حياً. ولو سعت عند تيقن ذلك في إسقاطه بدواءٍ لكان مباحاً؛ لأنه ميت بلا شك"⁽¹⁾.

وقد اختلفت أقوال الفقهاء في أقصى أمد الحمل الذي يمكن أن يعيش الولد بعده على تسعة أقوال :

القول الأول: أن الحمل لا حدَّ لأمله. وبه قال أبو عبيد⁽²⁾؛ حيث قال: "ليس لأقصاه وقت يوقف عليه"⁽³⁾. وهو رواية عن الإمام مالك⁽⁴⁾، وذهب إليه الشوكاني⁽⁵⁾ حيث قال: "إذا كان ظاهر بطن المرأة أن فيه حملاً؛ كأن يكون متعظماً، ولا علة بالمرأة تقتضي ذلك، وحيضها منقطع، وهي تجد ما تجده الحامل، فالانتظار متوجه ما دامت كذلك وإن طالت المدة"⁽⁶⁾، وكذا قال العلامة الشنقيطي⁽⁷⁾ :

(1) المحلى (10/316).

(2) أبو عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله (224هـ) قال الذهبي عنه في سيره: "الإمام الحافظ المجتهد ذو الفنون...صنف التصانيف المؤنقة التي سارت بها الركبان، وهو من أئمة الاجتهاد".

انظر: المنتظم (11/95)، سير أعلام النبلاء (10/490)، البداية والنهاية (10/291)، تقريب التهذيب (5462)، شذرات الذهب (2/54).

(3) الإشراف على مذاهب العلماء (ص278)، البيان (11/12)، المغني (11/232)، الشرح الكبير (24/24).

(4) تفسير القرطبي (9/287)، أضواء البيان (2/228).

(5) محمد بن علي الشوكاني الخولاني ثم الصنعاني (1250هـ) مفسر محدث فقيه أصولي مؤرخ أديب نحوي منطقي متكلم حكيم. له التصانيف الكثيرة، منها: فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع.

انظر: الأعلام (6/298)، معجم المؤلفين (3/541).

(6) السيل الجرار (2/334).

(7) محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي (1393هـ) مدرس من علماء شنقيط، ولد وتعلم بها وحج سنة (1367هـ) فاستقر مدرساً بالمدينة المنورة. من آثاره: أضواء البيان في تفسير القرآن، المذكورة في أصول الفقه. انظر: الأعلام (6/45)، معجم المؤلفين (3/147).

” أظهر الأقوال دليلاً أنه لا حدٌّ لأكثر أمد الحمل“⁽¹⁾.

القول الثاني: أن أقصى أمد الحمل سبع سنين. وإليه ذهب الزهري، فقال: ”قد تحمل المرأة ستَّ سنين وسبع سنين“⁽²⁾، وبه قال ربيعة⁽³⁾ والليث بن سعد⁽⁴⁾. وهو رواية عن الإمام مالك⁽⁵⁾، قال العمراني⁽⁶⁾ في البيان: ”هو الصحيح عن مالك“.

القول الثالث: أن أقصى أمد الحمل ست سنين، وهو رواية عن الإمام مالك، قال ابن عبد البر: ”روي عن مالك أربع سنين، وروي عنه ست وسبع“⁽⁷⁾،

القول الرابع: أن أقصى أمد الحمل خمس سنين. وبهذا قال عباد بن العوام⁽⁸⁾، والليث بن سعد⁽⁹⁾. وهو رواية عن الإمام مالك⁽¹⁰⁾، وقال ابن عبد البر⁽¹¹⁾: ”أقصى ما تلده النساء خمس سنين عند مالك وطائفة من أهل العلم بالمدينة، ومنهم من يقول أربع سنين، ومن أصحاب مالك من يقول: يلحق الولد إلى ست سنين وإلى سبع سنين، والأول تحصيل مذهبه“⁽¹²⁾.

(1) أضواء البيان (228/2).

(2) الإشراف على مذاهب العلماء (ص278)، البيان (12/11)، المغني (232/11)، الشرح الكبير (24/24)، تفسير القرطبي (287/9).

(3) ربيعة بن أبي عبد الرحمن فرُّوخ القرشي النخعي، المشهور بريعة الرأي (136هـ) قال الذهبي عنه في سيره: ”الإمام مفتي المدينة وعالم الوقت... كان من أئمة الاجتهاد“.

انظر: وفيات الأعيان (288/2)، سير أعلام النبلاء (89/6)، تقريب التهذيب (1911)، شذرات الذهب (94/1).

(4) الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهلي (175هـ) قال الذهبي عنه في سيره: ”كان فقيه مصر ومحدثها ومحتشمها ورئيسها ومن يفتخر بوجوده الإقليم، بحيث أن متولي مصر وقاضيا وناظرها من تحت أوامره، ويرجعون إلى رأيه ومشورته. ولقد أراه المنصور على أن ينوب له على الإقليم فاستعفى“.

انظر: المنتظم (12/9)، سير أعلام النبلاء (136/8)، البداية والنهاية (166/10)، تقريب التهذيب (5684)، شذرات الذهب (285/1).

(5) الكافي لابن عبد البر (293/1)، البيان (12/11)، العزيز (451/9)، الحاوي (318/1).

(6) أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليميني (558هـ) كان شيخ الشافعية ببلاد اليمن وكان إماماً زاهداً ورعاً عالماً خيراً، مشهور الاسم بعيد الصيت، عارفاً بالفقه وأصوله والكلام والنحو، من أعراف أهل الأرض بتصانيف الشيخ أبي إسحق الشيرازي، ويحفظ المذهب عن ظهر قلب، وقيل: انه كان يقرؤه في كل ليلة.

انظر: طبقات الشافعية الكبرى (336/7)، طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة (327/1)، شذرات الذهب (186/4).

(7) الكافي (293/1).

(8) الإشراف على مذاهب العلماء (ص278)، المغني (232/11)، الشرح الكبير (24/24).

وعباد بن العوام هو: عباد بن العوام بن عمر الكلابي (186هـ) نعتة الذهبي في سيره بالإمام المحدث الصدوق، وقال في العبر: ”كان صاحب حديث وإتقان“. وقد حدث عنه الإمام أحمد وغيره، وكان ثقة، وروى عنه الجماعة.

انظر: المنتظم (108/9)، سير أعلام النبلاء (511/8)، العبر (293/1)، تقريب التهذيب (3138)، شذرات الذهب (310/1).

(9) المحلى (316/10)، مختصر اختلاف العلماء (404/2).

(10) المدونة (171/5) (443/5)، البيان (12/11)، الحاوي (318/1)، أضواء البيان (227/2).

(11) أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد النمري القرطبي المالكي الشهير بابن عبد البر (463هـ) الإمام العلامة، حافظ المغرب، شيخ الإسلام، كان موفقاً في التأليف معاناً عليه، فمن مصنفاته: ”التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد“ قال ابن حزم: ”لا أعلم في الكلام على فقه الحديث مثله، فكيف أحسن منه!“، ومنها: ”الاستذكار لمذهب علماء الأمصار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار“، و”الاستيعاب في أسماء الصحابة“، و”جامع بيان العلم وفضله، وما ينبغي في روايته وحمله“.

انظر: وفيات الأعيان (66/7)، سير أعلام النبلاء (153/18)، العبر (257/3)، شذرات الذهب (314/3).

(12) الكافي (289/1)، (293/1).

القول الخامس: أن أقصى أمد الحمل أربع سنين، وهو مذهب الشافعية والحنابلة ورواية عن مالك⁽¹⁾، قال ابن المنذر⁽²⁾: "هو المشهور من قول مالك عند أصحابه، وقد قيل: إنه رجع عنه"⁽³⁾، قال ابن عبد البر: "روي عن مالك أربع سنين، وروي عنه ست وسبع، والأول أصح"⁽⁴⁾، وقال القرطبي⁽⁵⁾: "روي عن مالك في إحدى روايته، والمشهور عنه خمس سنين"⁽⁶⁾. وهو المذهب المعتمد عند المالكية⁽⁷⁾ والشافعية⁽⁸⁾ والحنابلة⁽⁹⁾.

القول السادس: أن أقصى أمد الحمل ثلاث سنين. وبه قال الليث⁽¹⁰⁾.

القول السابع: أن أقصى أمد الحمل سنتان. وإليه ذهب الأوزاعي⁽¹¹⁾ والثوري⁽¹²⁾ وأبو حنيفة وغيرهم⁽¹³⁾، وهو رواية عن الإمام أحمد⁽¹⁴⁾، وعليه مذهب الحنفية؛ حيث قالوا: "أقل مدة الحمل ستة أشهر، وأكثرها سنتان"⁽¹⁵⁾. وبه قال المزني من الشافعية⁽¹⁶⁾.

- (1) الكافي لابن عبد البر (293/1)، البيان (12/11)، العزيز (450/9)، المغني (232/11)، الشرح الكبير (24/24)، الحاوي (318/1).
- (2) أبو بكر محمد بن إبراهيم النيسابوري المعروف بابن المنذر (309هـ) قال الذهبي عنه: "الإمام الحافظ العلامة، شيخ الإسلام، الفقيه وصاحب التصانيف"، وقال ابن خلكان: "صنف في اختلاف العلماء كتباً لم يصنف أحد مثلها واحتاج إلى كتبه الموافق والمخالف".
انظر: وفيات الأعيان (207/4)، سير أعلام النبلاء (490/14)، طبقات الشافعية الكبرى (102/3)، شذرات الذهب (280/2).
- (3) الإشراف على مذاهب العلماء (ص278)، المغني (232/11)، الشرح الكبير (24/24).
- (4) الكافي (293/1).
- (5) محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي القرطبي (671هـ) قال الذهبي عنه في تاريخه: "الإمام العلامة... إمام متفنن متبحر في العلم، له تصانيف مفيدة تدل على كثرة اطلاعه ووفور فضله، وقد سارت بتفسيره العظيم الشأن الركيان وهو كامل في معناه، وله كتاب: "الأسنى في الأسماء الحسنى"، وكتاب: "التذكرة"، وأشياء تدل على إمامته وذكائه وكثرة اطلاعه".
انظر: تاريخ الإسلام (74/50)، طبقات المفسرين للدودي (ص246)، الديباج المذهب (ص317)، شذرات الذهب (335/5).
- (6) تفسير القرطبي (287/9).
- (7) حاشية الدسوقي (401/3).
- (8) مغني المحتاج (390/3)، نهاية المحتاج (138/7).
- (9) شرح منتهى الإرادات (193/3)، كشف القناع (414/5).
- (10) الإشراف على مذاهب العلماء (ص278)، المغني (232/11)، الشرح الكبير (24/24)، تفسير القرطبي (287/9).
- (11) أبو عمرو الأوزاعي عبد الرحمن بن عمرو بن يُحْمَد (157هـ) قال الذهبي عنه في سيره: "شيخ الإسلام وعالم أهل الشام"، وقال ابن كثير: "الإمام الجليل، علامة الوقت، فقيه أهل الشام وإمامهم، وقد بقي أهل دمشق وما حولها من البلاد على مذهبه نحو من مائتين وعشرين سنة".
انظر: وفيات الأعيان (127/3)، سير أعلام النبلاء (107/7)، البداية والنهاية (115/10)، شذرات الذهب (241/1).
- (12) سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري (175هـ) قال الذهبي عنه في سيره: "هو شيخ الإسلام، إمام الحفاظ، سيد العلماء العاملين في زمانه، أبو عبدالله الثوري الكوفي، المجتهد مصنف كتاب الجامع"، وقال ابن كثير: "قال الإمام أحمد: لا يتقدمه في قلبي أحد. ثم قال: تدري من الإمام؟ الإمام سفيان الثوري".
انظر: وفيات الأعيان (386/2)، سير أعلام النبلاء (229/7)، البداية والنهاية (134/10)، شذرات الذهب (250/1).
- (13) شرح مشكل الآثار (288/7)، مختصر اختلاف العلماء (404/2)، الإشراف على مذاهب العلماء (ص278)، البيان (12/11)، المغني (232/11)، الشرح الكبير (24/24).
- (14) المغني (232/11)، الشرح الكبير (24/24)، تحفة المودود (ص79).
- (15) الاختيار لتعليل المختار (179/3)، وانظر: اللباب في شرح الكتاب (90/3).
- (16) الحاوي (318/1).

القول الثامن: أن أقصى أمد الحمل سنة. وبه قال محمد بن الحكم⁽¹⁾ من المالكية⁽²⁾، وإليه ذهب أكثر قوانين الأحوال الشخصية في البلدان الإسلامية منذ (1929م). غير أن المراد بالسنة عند القانونين هنا: السنة الشمسية؛ التي عدد أيامها (365) يوماً⁽³⁾.

القول التاسع: أن أقصى أمد الحمل تسعة أشهر. وبه قال محمد بن الحكم وداود الظاهري⁽⁴⁾ وابن حزم⁽⁵⁾ وعليه مذهب الظاهرية⁽⁶⁾.

❖ الأدلة النقلية في أقصى أمد الحمل:

أولاً: الأدلة من القرآن الكريم

1. قول الله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: الآية (15)].

استدل بهذه الآية فريق من الفقهاء على أن الحمل يستحيل أن يزيد عن ثلاثين شهراً؛ فقال الطحاوي: "قد قال في كتابه العزيز: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾، فكان في ذلك جمع الحمل والفصال في ثلاثين شهراً، فلا يجوز أن يخرجوا ولا واحد منهما عنها"⁽⁷⁾.

وكذا استدل بالآية الذين قالوا بأن أقصى أمد للحمل هو تسعة أشهر، فقال ابن حزم: "ولا يجوز أن يكون حمل أكثر من تسعة أشهر، ولا أقل من ستة أشهر لقول الله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾، وقال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمَ أَرْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: الآية (232)]،

(1) أبو عبدالله محمد بن عبدالله بن عبدالحكم بن أعين المصري (268هـ) قال الذهبي عنه في العبر: "مفتي الديار المصرية تفقه بالشافعي وأشهب، وروى عن ابن وهب وعدة. قال ابن خزيمة: ما رأيت أعرف بأقاويل الصحابة والتابعين منه"، وقال في السير: "كان عالم الديار المصرية في عصره مع المزني... تفقه بمالك ولزمه مدة، وهو أيضاً في عداد أصحابه الكبار".

انظر: الكامل (314/6)، سير أعلام النبلاء (497/12)، العبر (44/2)، البداية والنهاية (42/11)، شذرات الذهب (154/2).

(2) بداية المجتهد (268/2)، تفسير القرطبي (287/9) أضواء البيان (227/2)، هذا هو الأشهر عنه ونقل عنه: أقصاه تسعة أشهر كما سيأتي.

(3) الأحوال الشخصية للشيخ محمد أبو زهرة (ص387). النسب وأثاره للدكتور محمد يوسف موسى (ص14)، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد (ص266).

(4) أبو سليمان داود بن علي بن خلف البغدادي (270هـ) قال الذهبي عنه في سيره: "الإمام البحر الحافظ العلامة عالم الوقت... رئيس أهل الظاهر"، وقال أبو إسحاق الشيرازي: "أخذ العلم عن إسحاق بن راهوية وأبي ثور، وكان زاهداً متقللاً. قال أبو العباس أحمد بن يحيى ثعلب: كان داود عقله أكثر من علمه، وقيل: إنه كان في مجلسه أربع مائة صاحب طيلسان أخضر، وكان من المتعصبين للشافعي ﷺ، وصنف كتابين في فضائله والثناء عليه، وانتهت إليه رئاسة العلم ببغداد".

انظر: طبقات الفقهاء (ص102)، سير أعلام النبلاء (97/13)، البداية والنهاية (47/11)، شذرات الذهب (158/2).

(5) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (456هـ) قال الذهبي عنه في سيره: "الإمام الأوحى البحر ذو الفنون والمعارف... الفقيه الحافظ المتكلم الأديب الوزير الظاهري... تفقه أولاً للشافعي، ثم أداه اجتهاده إلى القول بنفي القياس كله عليه وخفيه، والأخذ بظاهر النص، وعموم الكتاب والحديث، والقول بالبراءة الأصلية، واستصحاب الحال، وصنف في ذلك كتباً كثيرة... وكان يهض بعلم جمة، ويجيد النقل، ويحسن النظم والنثر، وفيه دين وخير ومقاصده جميلة، ومصنفاته مفيدة، وقد زهد في الرئاسة ولزم منزله مكباً على العلم فلا نغلو فيه ولا نجفو عنه، وقد أثنى عليه قبلنا الكبار".

انظر: وفيات الأعيان (325/3)، سير أعلام النبلاء (184/18)، البداية والنهاية (91/12)، شذرات الذهب (299/3).

(6) المحلى (316/10)، مختصر اختلاف العلماء (404/2)، تفسير القرطبي (287/9).

(7) انظر: شرح مشكل الآثار (288/7).

فمن ادعى أن حملاً وفصلاً يكون في أكثر من ثلاثين شهراً قد قال الباطل والحال، وردّ كلام الله عزّ وجلّ جهاراً⁽¹⁾.

وقد رد شيخ المفسرين الطبري⁽²⁾ الاستدلال بالآية في هذا الباب فقال: "...إن قال لنا قائل: فإن الله تعالى ذكره قد بين ذلك بقوله: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ فجعل ذلك حداً للمعنيين كليهما، فغير جائز أن يكون حمل ورضاع أكثر من الحد الذي حده الله تعالى ذكره، فما نقص من مدة الحمل عن تسعة أشهر فهو مزيد في مدة الرضاع، وما زيد في مدة الحمل نقص من مدة الرضاع، وغير جائز أن يجاوز بهما كليهما مدة ثلاثين شهراً كما حده الله تعالى ذكره. قيل له: فقد يجب أن يكون مدة الحمل على هذه المقالة إن بلغت حولين كاملين ألا يرضع المولود إلا ستة أشهر! وإن بلغت أربع سنين أن يبطل الرضاع فلا ترضع؛ لأن الحمل قد استغرق الثلاثين شهراً وجاوز غايته!

أو يزعم قائل هذه المقالة أن مدة الحمل لن تجاوز تسعة أشهر، فيخرج من قول جميع الحجة، ويكابّر الموجود والمشاهد، وكفى بهما حجة على خطأ دعواه إن ادعى ذلك، فإلى أي الأمرين لجأ قائل هذه المقالة وضح لذوي الفهم فساد قوله... فإن الله تعالى ذكره لم يجعل قوله: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ حداً تعبد عباده بأن لا يجاوزوه كما جعل قوله: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْتَمِ الرُّضَاعَةَ﴾ [البقرة: الآية (233)] حداً لرضاع المولود التام الرضاع... وذلك أن الأمر من الله تعالى ذكره إنما يكون فيما يكون للعباد السبيل إلى طاعته بفعله والمعصية بتركه، فأما ما لم يكن لهم إلى فعله ولا إلى تركه سبيل فذلك مما لا يجوز الأمر به ولا النهي عنه ولا التعبد به، فإذا كان ذلك كذلك، وكان الحمل مما لا سبيل للنساء إلى تقصير مدته ولا إلى إطالته، فيضعنه متى شئن ويتركن وضعه إذا شئن، كان معلوماً أن قوله: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ إنما هو خبرٌ من الله تعالى ذكره عن أن من خلقه من حملته أمه وولده وفصلته في ثلاثين شهراً، لا أمرٌ بأن لا يتجاوز في مدة حملته وفصاله ثلاثون شهراً لما وصفنا، وكذلك قال ربنا تعالى ذكره في كتابه: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾⁽³⁾.

2. قول الله تعالى: ﴿اللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثَىٰ وَمَا تَغِيضُ الْأَرْحَامُ وَمَا تَزْدَادُ وَكُلُّ شَيْءٍ عِنْدَهُ بِمِقْدَارٍ﴾ [الرعد: الآية (8)].

ذكر كثير من المفسرين اختلاف الفقهاء في أقصى أمد الحمل عند تفسيرهم هذه الآية، غير أن المفسرين متفقون أن الآية ليست دليلاً في المسألة إلا على سبيل الاحتمال؛ ولذا قال الرازي⁽⁴⁾: "اختلفوا فيما تغيضه الرحم وتزاده على وجوه:

الأول: عدد الولد. فإن الرحم قد يشتمل على واحد واثنين وعلى ثلاثة وأربعة، يروي أن شريكاً كان رابع

(1) المحلى (10/316).

(2) أبو جعفر محمد بن جرير الطبري (268هـ) قال الذهبي في السير: "الإمام العلم المجتهد عالم العصر... كان من أفراد الدهر علما وذكاء وكثرة تصانيف، قلّ أن ترى العيون مثله"، وقال ابن كثير: "صنف التاريخ الحافل، وله التفسير الكامل الذي لا يوجد له نظير، وغيرهما من المصنفات النافعة في الأصول والفروع، ومن أحسن ذلك: "تهذيب الآثار" ولو كمل لما احتيج معه إلى شيء، ولكن فيه الكفاية، لكنه لم يتمه. وقد روى عنه أنه مكث أربعين سنة يكتب في كل يوم أربعين ورقة". انظر: الكامل (8/7)، سير أعلام النبلاء (14/267)، البداية والنهاية (11/145)، شذرات الذهب (2/260).

(3) تفسير الطبري (2/494).

(4) فخر الدين محمد بن عمر التميمي الرازي (604هـ). قال ابن كثير: "أحد الفقهاء الشافعية المشاهير بالتصانيف الكبار والصغار؛ نحو من مائتي مصنف، منها: التفسير الحافل، والمطالب العالية، والمباحث الشرقية، والأربعين، وله: أصول الفقه، والمحصول، وغيره". وقال الذهبي: "العلامة الكبير ذو الفنون...الأصولي المفسر، كبير الأذكياء والحكماء والمصنفين".

انظر: سير أعلام النبلاء (21/500)، الوافي بالوفيات (4/165)، البداية والنهاية (13/55)، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبه (2/65).

أربعة في بطن أمه.

الثاني: الولد قد يكون مخدجاً وقد يكون تاماً.

الثالث: مدة ولادته قد تكون تسعة أشهر وأزيد عليها، إلى سنتين عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وإلى أربعة عند الشافعي، وإلى خمس عند مالك. وقيل: إن الضحاك ولد لسنتين، وهرم بن حيان بقي في بطن أمه أربع سنين؛ ولذلك سمي هرماً⁽¹⁾.

الرابع: الدم فإنه تارة يقل وتارة يكثر.

الخامس: ما ينقص بالسقط من غير أن يتم، وما يزداد بالتمام.

السادس: ما ينقص بظهور دم الحيض. وذلك لأنه إذا سال الدم في وقت الحمل ضعف الولد ونقص وبمقدار حصول ذلك النقصان يزداد أيام الحمل؛ لتصير هذه الزيادة جابرة لذلك النقصان. قال ابن عباس رضي الله عنهما: كلما سال الحيض في وقت الحمل يوماً زاد في مدة الحمل يوماً، ليحصل به الجبر ويعتدل الأمر.

السابع: أن دم الحيض فضلة تجتمع في بطن المرأة، فإذا امتلأت عروقها من تلك الفضلات فاضت وخرجت وسالت من دواخل تلك العروق، ثم إذا سالت تلك المواد امتلأت تلك العروق مرة أخرى.

هذا كله إذا قلنا: إن كلمة: (ما) موصولة. أما إذا قلنا: إنها مصدرية فالمعنى: أنه تعالى يعلم حمل كل أنثى، ويعلم غيض الأرحام وازديادها، لا يخفى عليه شيء من ذلك، ولا من أوقاته وأحواله⁽²⁾.

فتبين مما سبق أن الآية لا تصلح دليلاً على الظاهرية الذين قالوا بأن الحمل لا يزيد على تسعة أشهر؛ ذلك أن حمل الزيادة في الآية على الزيادة في الحمل هو احتمال، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال⁽³⁾.

ثانياً: الأدلة من الأحاديث المرفوعة:

ليس في هذه المسألة من الأحاديث المرفوعة سوى حديث ابن الصياد؛ حيث روي من طريق عبدالواحد بن زياد⁽⁴⁾ عن الحارث بن حصيرة⁽⁵⁾ قال: ثنا زيد بن وهب⁽⁶⁾ قال: قال أبو ذر رضي الله عنه: "لأن أحلف عشر مرار أن ابن سائد هو الدجال أحب إلي من أن أحلف مرة واحدة إنه ليس به؛ وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثني إلى أمه، فقال: سلها كم حملت به؟ فسألته. فقالت: حملت به اثني عشر شهراً. فأتيته فأخبرته. ثم أرسلني إليها المرة الثانية. فقال: سلها عن

(1) ستأتي ترجمة الضحاك وهرم الكلام عن سنين حملهما في الفصل الثاني من البحث.

(2) التفسير الكبير (13/19).

(3) انظر تفصيل الكلام عن هذه القاعدة في: الفروق (87/2)، البحر المحيط (208/4).

(4) عبدالواحد بن زياد العبدي البصري. قال ابن حجر في ترجمته في التقريب (4240): "ثقة، في حديثه عن الأعمش وحده مقال، من الثامنة، مات سنة ست وسبعين، قيل: بعدها، ع".

(5) أبو النعمان الحارث بن حصيرة الأزدي الكوفي. قال ابن حجر في ترجمته في التقريب (1018): "صدوق يخطئ، ورمي بالرفض، من السادسة، وله ذكر في مقدمة مسلم، يخ س".

(6) أبو سليمان زيد بن وهب الجهني الكوفي. قال ابن حجر في ترجمته في التقريب (2159): "مخضرم، ثقة جليل، لم يصب من قال: في حديثه خلل، مات بعد الثمانين، وقيل: سنة ست وتسعين، ع".

صياحه حين وقع؟ فأتيته، فسألته، فقالت: صاح صياح الصبي ابن شهرين...“⁽¹⁾.

وقد نقل الاستدلال بهذا الحديث ابن حزم؛ حيث قال: ”وقد قال أبو حنيفة: يكون الحمل عامين، واحتج له أصحابه بحديث فيه الحارث بن حصيرة - وهو هالك - أن ابن صياد ولد لستين، وهذا كذب وباطل، وابن حصيرة هذا شيعي يقول برجة علي إلى الدنيا“⁽²⁾.

وما نقله ابن حزم عن حمل ابن الصياد في هذه الرواية غريب؛ حيث لم أقف بعد البحث على رواية: أن ابن صياد ولد لستين، بل المروي أن حمله كان اثني عشر شهراً كما تقدم.

وقد رد الطحاوي⁽³⁾ بهذا الحديث مذهب الظاهرية فقال: ”في هذا إخبار أبي ذر رضي الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أم ابن صياد أنها حملت به اثني عشر شهراً، فلم يكن من رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع لذلك، ولو كان محالاً لأنكره عليها ودفعه من قولها، وفي ذلك ما قد دل أن الحمل قد يكون أكثر من تسعة أشهر على ما قد قاله فقهاء الأمصار في ذلك من أهل المدينة وأهل الكوفة ومن سواهم من فقهاء أهل الأمصار سوى هذين المصرين، وإن كانوا يختلفون في مقدار أكثر المدة في ذلك“⁽⁴⁾.

غير أن الاستدلال بهذا الحديث لا يسلم من وجهين:

الأول: ضعف الحارث بن حصيرة⁽⁵⁾، وقد تفرد بالحديث كما قال ابن حزم. ولذا قال البزار: ”وهذا الحديث لا نعلمه يروى عن أبي ذر رضي الله عنه إلا بهذا الإسناد“⁽⁶⁾، وقال العقيلي: ”ولا يتابع الحارث بن حصيرة على هذا. وله غير حديث منكر في الفضائل مما شجر بينهم، وكان ممن يغلو في هذا الأمر. وأما حديث ابن صياد فقد رواه جماعة من أصحاب النبي عليه السلام عنه بأسانيد صحاح“⁽⁷⁾. قلت: قد عقد الإمام مسلم في صحيحه باباً في خبر ابن صياد⁽⁸⁾، فروى خبره من حديث ابن مسعود وأبي سعيد الخدري وجابر بن عبدالله وابن عمر رضي الله عنهم، كما روى البخاري خبر ابن

(1) مسند الإمام أحمد (21645)، وابن أبي شيبة في مصنفه (492/7)، والبزار في مسنده (395/9)، والطبراني في الأوسط (242/8)، والعقيلي في الضعفاء (216/1)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (288/7).

(2) المحلي (316/10).

(3) أحمد بن محمد بن سلامة الجصاص الطحاوي (321هـ)، قال ابن كثير: ”الفقيه الحنفي، صاحب المصنفات المفيدة والفوائد الغزيرة، وهو أحد الثقات الأثبات والحفاظ الجهابذة وطحا بلدة بدير مصر وهو ابن أخت المزني... برع وفاق أهل زمانه، وصنف كتباً كثيرة، منها: أحكام القرآن، واختلاف العلماء، ومعاني الآثار، والتاريخ الكبير، وله في الشروط كتاب وكان بارعاً فيها“.

انظر: وفيات الأعيان (71/1)، سير أعلام النبلاء (27/15)، البداية والنهاية (174/11)، طبقات الحنفية (102/1).

(4) شرح مشكل الآثار (288/7).

(5) حيث قال المزني في تهذيب الكمال (14/2): ”...قال أبو أحمد الزبيري: كان الحارث بن حصيرة وأبو اليقظان عثمان بن عميرة يؤمنان بالرجعة، وقال إسحاق بن منصور عن يحيى بن معين: ليس به بأس، وقال عثمان بن سعيد الدارمي عن يحيى بن معين: خشبي ثقة... وقال أبو حاتم: لولا أن الثوري روى عنه لترك حديثه، وقال النسائي: ثقة، وقال أبو أحمد بن عدي: إذا روى عنه الكوفيون فهو عامة روايات الكوفيين عنه في فضائل أهل البيت، وإذا روى عنه عبدالواحد بن زياد والبصريون فروايتهم عنهم أحاديث متفرقة، وهو أحد من يعد من المحترقين بالكوفة في التشيع. وعلى ضعفه يكتب حديثه“.

وانظر في ترجمته: الجرح والتعديل (72/3)، الضعفاء للعقيلي (216/1)، الكامل لابن عدي (187/2)، ميزان الاعتدال (167/2)، تهذيب التهذيب (121/2).

(6) مسند البزار (395/9).

(7) الضعفاء للعقيلي في (216/1).

(8) صحيح مسلم كتاب الفتن (52) باب ذكر ابن صياد (19).

صياد من حديث جابر بن عبدالله وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم (1)، وليس في شيء من هذه الأحاديث في الصحيحين ولا في غيرها شيء في شأن حمله.

الثاني: أن سكوت النبي صلى الله عليه وسلم عن عما أخبرت به أم ابن صياد في حمله وعدم إنكاره ودفعه لقولها لا يدل على أن الحمل قد يطول إلى سنة، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمن أن يكون ابن صياد الدجال الذي قد أعلمه الله عز وجل خروجه في أمته؛ ونظير هذا ما ثبت في الحديث المتفق عليه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حلف عند النبي صلى الله عليه وسلم أن ابن صياد الدجال، فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك عليه (2)، قال ابن الجوزي: "هذا لأن عمر حلف على غالب ظنه، ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم يتيقن خلاف ذلك؛ فلذلك سكت عن الإنكار" (3).

ثالثاً: الأدلة من الأحاديث الموقوفة:

الحديث الأول:

استدل الحنفية بما أخرجه سعيد بن منصور في سننه (4)، والطبري في تفسيره (5)، والدارقطني في سننه (6)، وعن سعيد بن منصور رواه البيهقي في سننه الكبرى (7)، كلهم من طريق داود بن عبدالرحمن (8) عن بن جريج (9) عن جميلة بنت سعد عن عائشة قالت: (لا يكون الحمل أكثر من سنتين قدر ما يتحول ظل المغزل (10)).

وهذا الأثر لا يثبت عن عائشة رضي الله عنها؛ ففي سننه جميلة بنت سعد، قال الدارقطني: "وجميلة بنت سعد أخت عبيد بن سعد (11)" (12)، وقال فيها ابن حزم: "جميلة بنت سعد مجهولة لا يدري من هي فبطل هذا القول" (13)،

- (1) صحيح البخاري من حديث جابر بن عبدالله (7355)، وابن عباس (6172)، وابن عمر رضي الله عنهم في مواطن عدة منها (1354-1355)، (3057-3055)، (6175-6173).
- (2) روى البخاري (7355) ومسلم (2929) من حديث محمد بن المنكدر قال: "رأيت جابر بن عبدالله رضي الله عنه يحلف بالله: إن ابن صائد الدجال. فقلت: أتحلف بالله! قال: إني سمعت عمر رضي الله عنه يحلف على ذلك عند النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكره النبي صلى الله عليه وسلم".
- (3) كشف المشكل (28/3).
- (4) سنن سعيد بن منصور برقم (2077) (67/2).
- (5) تفسير الطبري (112/13).
- (6) سنن الدارقطني برقم (280-279) (321/3).
- (7) سنن الكبرى للبيهقي برقم (15329) (443/7).
- (8) قال ابن حجر في تقريب التهذيب (1789): "داود بن عبدالرحمن العطار، أبو سليمان المكي، ثقة لم يثبت أن ابن معين تكلم فيه. من الثامنة. مات سنة أربع أو خمس وسبعين، وكان مولده سنة مائة ع".
- (9) قال ابن حجر في تقريب التهذيب (4193): "عبيد بن سعد بن عبدالعزيز بن جريج، الأموي مولاهم المكي، ثقة فقيه فاضل وكان يدلس ويرسل. من السادسة. مات سنة خمسين أو بعدها وقد جاز السبعين، وقيل: جاز المائة ولم يثبت. ع".
- (10) قال صاحب البحر الرائق (157/2): "ظل المغزل مثل لقلته؛ لأن ظله حال الدوران أسرع زوالاً من سائر الظلال، وهو على حذف المضاف تقديره ولو بقدر ظل مغزل. ويروي: "ولو بفلكة مغزل" أي: ولو بقدر دوران فلكة مغزل".
- (11) قال ابن أبي حاتم في الجرح والتعديل (407/5): "عبيد بن سعد الديلمي طائفي، أبو امرأة ابن جريج. سمع عبدالله بن عمر، روى عنه: ابن أبي مليكة وإبراهيم بن ميسرة. سمعت أبي يقول ذلك. نا عبدالرحمن قال: ذكره أبي عن إسحاق بن منصور قال: سئل سأل يحيى بن معين عن عبيد بن سعد الذي روى عنه إبراهيم بن ميسرة فقال: مشهور".
- وانظر ترجمته في: التاريخ الكبير (448/5)، والثقات لابن حبان (136/5).
- (12) سنن الدارقطني (321/3).
- (13) المحلى (316/10).

ونقل الذهبي في ميزان الاعتدال⁽¹⁾ هذا عن ابن حزم ولم يزد عليه. ولم أقف - بعد البحث في كتب الحديث وتراجم الرواة - على أكثر مما نقلته هنا عن جميلة بنت سعد في هذا الأثر!

كما أن الاستدلال بهذا الأثر لا يسلم؛ ذلك أن الحنفية قد جعلوا هذا الأثر من الموقوف الذي يأخذ حكم المرفوع؛ فقال السرخسي⁽²⁾: "مثل هذا لا يعرف بالرأي؛ وإنما قالته سماعاً من رسول الله ﷺ"⁽³⁾، وقال ابن الهمام⁽⁴⁾: "لا يخفى أن قول عائشة رضي الله عنها مما لا يعرف إلا سماعاً"⁽⁵⁾، وكذا قال فخر الدين الزيلعي⁽⁶⁾: "هو محمول على السماع لأنه لا يدرك بالرأي"⁽⁷⁾.

غير أن ذلك لا يسلم؛ فإن مدد الحيض والطهر والحمل لا تعد مما لا يدرك بالرأي؛ بل كل ذلك مما يعلمه النساء من أحوالهن. قال الفقيه الطيب ابن رشد⁽⁸⁾: "وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة"⁽⁹⁾؛ ولذا أنكر هذا الحديث الإمام مالك ﷺ فقد روى الدارقطني في سننه ومن طريقه البيهقي عن الوليد بن مسلم قال: "قلت لمالك بن أنس: إني حدثت عن عائشة أنها قالت: "لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل المغزل"؟ فقال: سبحان الله، من يقول هذا! هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق، وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن في اثني عشر سنة؛ تحمل كل بطن أربع سنين"⁽¹⁰⁾.

(1) ميزان الاعتدال (467/7).

(2) شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي بكر السرخسي (490هـ)، قال ابن أبي الوفاء القرشي: "صاحب المبسوط وغيره، أحد الفحول الأئمة الكبار أصحاب الفنون، كان إماماً علامة حجة متكلماً فقيهاً أصولياً مناظراً... صار أنظر أهل زمانه، وأخذ في التصنيف وناظر الأقران. فظهر اسمه وشاع خبره، أملاً المبسوط نحو خمسة عشر مجلداً وهو في السجن بأوزجند محبوس وعن أسباب الخلاص في الدنيا مأبوس بسبب كلمة كان فيها من الناصحين سالكا فيها طريق الراسخين".

انظر: طبقات الحنفية (28/2)، الأعلام (315/5)، معجم المؤلفين (52/3).

(3) المبسوط (44/6).

(4) كمال الدين ابن الهمام محمد بن عبدالواحد السيواسي ثم القاهري (861هـ)، قال الشوكاني في البدر الطالع: "لم يكثر من علم الرواية وتبحر في غيره من العلوم، وفاق الأقران، وأشير إليه بالفضل التام، حتى قال بعضهم في حقه: لو طلبت حجج الدين ما كان في بلدنا من يقوم بها غيره. وكان دقيق الذهن، عميق الفكر، يدقق المباحث حتى يحير شيوخه فضلاً عن من عداهم؛ بحيث كان يشكك عليهم في الاصطلاح ونحوه حتى لا يدرون ما يقولون".

انظر: شذرات الذهب (298/7)، الضوء اللامع (127/8)، البدر الطالع (201/2)، معجم المؤلفين (469/3).

(5) شرح فتح القدير (362/4).

(6) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي (743هـ)، قال القرشي: "قدم القاهرة في سنة خمس وسبعمائة، فاضلاً ورأس بها ودرس وأفتى وصنف وانتفع الناس به، ونشر الفقه، مات في رمضان بقراة مصر".

انظر: الوفيات للإسلامي (ص436)، طبقات الحنفية للقرشي (ص345)، الأعلام (210/4)، معجم المؤلفين (365/2).

(7) تبين الحقائق (362/4)، وانظر: مجمع الأنهر (157/2)، حاشية ابن عابدين (540/3).

(8) أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، المعروف بابن رشد الحفيد (595هـ)، قال الذهبي في سيره: "العلامة فيلسوف الوقت... مولده قبل موت جده بشهر سنة عشرين وخمسائة... برع في الفقه وأخذ الطب. ثم أقبل على علوم الأوائل وبلابهم حتى صار يضرب به المثل في ذلك. قال الأبار: لم ينشأ بالأندلس مثله كمالاً وعلماً وفضلاً، وكان متواضعاً منخفص الجناح. يقال عنه: إنه ما ترك الاشتغال منذ عقل سوى ليلتين ليلة موت أبيه وليلة عرسه. وإنه سود في ما ألف وقيد نحواً من عشرة آلاف ورقة. ومال إلى علوم الحكماء فكانت له فيها الإمامة، وكان يفرغ إلى فتياه في الطب كما يفرغ إلى فتياه في الفقه... وله من التصانيف: بداية المجتهد في الفقه، والكليات في الطب، ومختصر المستصفي في الأصول، ومؤلف في العربية، وولي قضاء قرطبة فحمدت سيرته".

انظر: سير أعلام النبلاء (307/21)، عيون الأنباء في طبقات الأطباء (530/1)، شذرات الذهب (320/4)، الأعلام (318/5).

(9) بداية المجتهد (268/2).

(10) سنن الدارقطني برقم: (282) (322/3)، السنن الكبرى للبيهقي (443/7).

الحديث الثاني :

واستدل بعض الحنفية⁽¹⁾ أيضاً بما رواه الدارقطني والبيهقي عنه من طريق "الأعمش"⁽²⁾ عن أبي سفيان⁽³⁾ حدثني أشياخ منّا قالوا : جاء رجل إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال : يا أمير المؤمنين، إني غبت عن امرأتي سنتين، فجئت وهي حبلتي؟ فشاور عمر رضي الله عنه ناساً في رجمها. فقال معاذ بن جبل : رضي الله عنه يا أمير المؤمنين، إن كان لك عليها سبيل فليس لك على ما في بطنها سبيل؛ فاتركها حتى تضع. فتركها، فولدت غلاماً قد خرجت ثنياه. فعرف الرجل الشبه فيه، فقال: ابني ورب الكعبة، فقال عمر رضي الله عنه : عجزت النساء أن يلدن مثل معاذ! لولا معاذ لهلك عمر"⁽⁴⁾.

غير أن هذا الحديث لا حجة فيه للحنفية؛ ولذا قال البيهقي : "...وهذا إن ثبت ففيه دلالة على أن الحمل يبقى أكثر من سنتين"⁽⁵⁾. وقد رد الاستدلال بهذا الحديث أيضاً السرخسي رحمه الله فقال : "...ولا حجة في حديث عمر رضي الله عنه؛ لأنه إنما أثبت النسب بالفراش القائم بينهما في الحال أو بإقرار الزوج، وبه نقول. ويحتمل أن معنى قوله أنه غاب عن امرأته سنتين أي : قريباً من سنتين..."⁽⁶⁾.

على أن الحديث لا يثبت أصلاً؛ فإنه مبهم؛ لأن فيه راوياً لم يسم كما هو ظاهر في سننه المتقدم⁽⁷⁾؛ ولذا قال ابن حزم : "وهذا أيضاً باطل؛ لأنه عن أبي سفيان - وهو ضعيفٌ - عن أشياخ لهم وهم مجهولون"⁽⁸⁾.

الحديث الثالث :

واستدل الجمهور بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : "أما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعد أربعة أشهر وعشراً ثم تحل"⁽⁹⁾، فقال البيهقي رحمه الله : "...وقول عمر رضي الله عنه في امرأة المفقود تربص أربع سنين يشبه أن يكون إنما قاله لبقاء الحمل أربع سنين والله أعلم"⁽¹⁰⁾.

(1) شرح فتح القدير (362/4).

(2) قال ابن حجر في تقريب التهذيب (2615): "سليمان بن مهران الأسدي الكاهلي، أبو محمد الكوفي، الأعمش، ثقة حافظ عارف بالقراءات، ورع لكنه يدلّس، من الخامسة، مات سنة سبع وأربعين أو ثمان، وكان مولده أول سنة إحدى وستين، ع".

(3) قال ابن حجر في تقريب التهذيب (3035): "طلحة بن نافع الواسطي، أبو سفيان الإسكافي، نزل مكة، صدوق، من الرابعة، ع".

(4) سنن الدارقطني برقم: (281) (322/3)، السنن الكبرى للبيهقي (443/7).

(5) السنن الكبرى للبيهقي (443/7).

(6) المبسوط للسرخسي (44/6).

(7) وقد يعل أيضاً بتدليس الأعمش وقد عنعن، حيث قال ابن حجر في تهذيب التهذيب (196/4): "...قال أبو بكر البزار: لم يسمع الأعمش من أبي سفيان شيئاً، وقد روى عنه نحو مائة حديث، وإنما هي صحيفة عرفت". غير أن ابن رجب رد ذلك في شرح علل الترمذي (855/2) فقال: "قال الكرابيسي: حدثني علي بن المدني وسليمان الشاذكوني قالوا: روى الأعمش عن أبي سفيان أكثر من مائة لم يسمع منها إلا أربعة. قال علي: سمعت يحيى يقول ذلك، وذكر البزار في مسنده أن الأعمش لم يسمع من أبي سفيان، قال: وقد روى عنه نحو مائة حديث، كذا قال، وهو بعيد؛ وحديث الأعمش عن أبي سفيان مخرج في الصحيح".

(8) المحلى (316/10).

(9) رواه مالك في الموطأ (575/2)، وسعيد بن منصور في سننه (1752)، وعبدالرزاق في مصنفه (12324) كلهم من طريق يحيى بن سعيد القطان عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(10) سنن البيهقي الكبرى (443/7)، معرفة السنن والآثار (66/6).

وكذا استدل بذلك الموفق⁽¹⁾ فقال: "...ولأن عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنين ولم يكن ذلك إلا لأنه غاية الحمل"⁽²⁾. وهذا القضاء مع ثبوته عن عمر رضي الله عنه من طرق عدة⁽³⁾ فإن الاستدلال به في هذا الباب في غاية الضعف؛ وذلك من وجهين:

الأول: إنه معارض بما نصَّ عمر رضي الله عنه عليه في عدة من ارتفع حيضها؛ فقد صحَّ عنه⁽⁴⁾ أنه قال: "أيا امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها فإنها تنتظر تسعة أشهر، فإن بان بها حمل فذلك وإلا اعتدت بعد التسعة الأشهر ثلاثة أشهر ثم حلت"⁽⁵⁾. فظاهره أن الحمل لا يبقى أكثر من ذلك، وبهذا احتج الظاهرية على أن أقصى أمد الحمل تسعة أشهر⁽⁶⁾.

الثاني: أن مدة التربص تتعلق بالمفقود لا بامرأته؛ وإنما كان تقدير السنوات الأربع لرجحان احتمال موته بعدها ويؤكد ذلك أمور منها:

1. أن امرأة المفقود تلزم التربص أربع سنين ولو كان زوجها قد قبل دخوله بها. ولو كان التربص للحمل لما لزمها التربص في هذه الحال.
2. أن التربص لو كان للحمل للزم أن ينتهي لو وضعت المرأة حملها خلاله، ولما لزمها أن تتم مدة التربص.
3. أن جمهور الفقهاء فرقوا في مدة التربص بين أن يكون الزوج المفقود ظاهر غيبته الهلاك أو أن يكون ظاهر غيبته السلامة، وإن اختلفوا في مقدار التربص في كل حال. ولو كان التربص للحمل لما كان لهذا التفريق وجه.
4. أن مدة التربص تبتدئ اتفاقاً منذ انقطاع خبر المفقود. ولو كان التربص للحمل للزم أن تبدأ مدة التربص منذ أمكن حصول الحمل لا من انقطاع خبر المفقود!

(1) موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة (620هـ)، قال الذهبي في سيره: "الشيخ الإمام القدوة العلامة المجتهد شيخ الإسلام... كان من بحور العلم وأذكياء العالم... وكان أهل الشام في زمانه... صنف: المغني عشر مجلدات، والكافي أربعة، والمقنع مجلداً، والعمدة مجليداً، والقنعة في الغريب مجليداً، والروضة مجلداً، والرقعة مجلداً، والتواوين مجلداً، ونسب قريش مجليداً، ونسب الأنصار مجلداً، ومختصر الهداية مجليداً، والقدر جزء، و مسألة العلو جزء، والمتحايين جزء، والاعتقاد جزء، والبرهان جزء، ودم التأويل جزء، وفضائل الصحابة مجليداً، وفضل العشر جزء، وعاشوراء أجزاء، و مشيخته جزآن، و وصيته جزء، ومختصر العلل للخلال مجلداً، وأشياء...". انظر: سير أعلام النبلاء (165/22)، البداية والنهاية (99/13)، المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد (15/2)، شذرات الذهب (88/5).

(2) المغني (232/11)، الشرح الكبير (25/24).

(3) انظر تخریج هذا الأثر في: نصب الرأية (472/3)، الدراية في تخریج أحاديث الهداية (142/2)، التلخیص الحبير (235/3)، وقد قال ابن عبدالبر في التمهيد (182/12) في بعض شواهد: "هذا خبر صحيح من رواية العراقيين والمكيين مشهور، وقد روى معناه المدنيون في المفقود، إلا أنهم لم يذكروا معنى اختطاف الجن للرجل ولا ذكروا تخيير المفقود بين المرأة والصدوق".

(4) قال ابن القيم رحمه الله في زاد المعاد (658/5): "...صح عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه في امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم يرتفع حيضها لا تدري ما رفعه: أنها تربص تسعة أشهر، فإن استبان بها حمل وإلا اعتدت ثلاثة أشهر، وقد وافقه الأكثرون على هذا؛ منهم: مالك وأحمد والشافعي في القديم؛ قالوا: تربص غالب مدة الحمل، ثم تعدد عدة الأيسة ثم تحل للأزواج".

(5) رواه مالك في الموطأ (582/2)، ومن طريقه الشافعي في الأم (213/5)، والبيهقي في السنن الكبرى (419/7) من طريق سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(6) المحلى (316/10).

ولذا قال الزرقاني⁽¹⁾ من المالكية: "وضِعَفَ [يعني: هذا الاستدلال] بقول مالك: لو أقامت عشرين سنة ثم رفعت يستأنف لها الأجل، وبأنها إذا كانت صغيرة أو آيسة أو الزوج صغيراً تضرب الأربع ولا حمل هنا!"⁽²⁾.

❖ الأدلة العقلية في أقصى أمد الحمل :

استدل الفقهاء الذين قالوا: إن الحمل يزيد عن سنتين بالاستقراء⁽³⁾. وقد نصوا على ذلك فقالوا: "أكثر مدة الحمل أربع سنين بالاستقراء"⁽⁴⁾. ولذا قال ابن عبد البر رحمه الله: "هذه مسألة لا أصل لها إلا الاجتهاد، والرد إلى ما عرف من أمر النساء"⁽⁵⁾، وكذا قال موفق الدين ابن قدامة: "أن ما لا نص فيه يرجع فيه إلى الوجود وقد وجد الحمل لأربع سنين...."⁽⁶⁾، وقد حصرت جميع ما ساقه الفقهاء في هذا الباب من أخبار من طال حملها، أعرضها فيما يلي :

الأول : خبر ابن عجلان :

يعد خبر محمد بن عجلان⁽⁷⁾ أشهر الأخبار التي استدلت بها القائلون بأن أقصى أمد الحمل هو أربع سنوات. حيث روى الدارقطني ومن طريقه البيهقي عن الوليد بن مسلم قال: "قلت لمالك بن أنس: إني حدثت عن عائشة أنها قالت: "لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل المغزل"؟ فقال: سبحان الله، من يقول هذا! هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق، وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن في اثني عشر سنة؛ تحمل كل بطن أربع سنين"⁽⁸⁾.

(1) الشيخ محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المالكي (1122هـ)، قال الجبرتي في تاريخه: "الإمام العلامة... خاتمة المحدثين مع كمال المشاركة وفصاحة العبارة في باقي العلوم ولد بمصر سنة خمس وخمسين وألف... وله المؤلفات النافعة: كشرح الموطأ، وشرح المواهب، واختصر المقاصد الحسنة للسخاوي ثم اختصر هذا المختصر في نحو كراسين بإشارة والده وعم نفعها".

انظر: تاريخ الجبرتي "عجائب الآثار" (1/122)، الأعلام (6/184)، معجم المؤلفين (3/383).

(2) شرح الزرقاني (3/257).

(3) قال ابن تيمية في مجموع الفتاوى (6/196): "الاستقراء هو: الحكم على كلى بما تحقق في جزئياته، فإن كان في جميع الجزئيات كان الاستقراء تاماً... والناقص كالحكم على الحيوان بأنه إذا أكل تحرك فكه الأسفل عند المضغ؛ لوجود ذلك في أكثر جزئياته، ولعله فيما لم يستقرأ على خلافه كالتمساح". فالاستقراء ينقسم إلى قسمين:

الأول: الاستقراء الكامل وهو: إثبات الحكم في جزئي لثبوته في الكلي، وهو يفيد القطع اتفاقاً.

الثاني: الاستقراء الناقص وهو: إثبات الحكم في كلى لثبوته في أكثر جزئياته وهذا هو المشهور بإلحاق الفرد بالأعم والأغلب ويختلف فيه الظن باختلاف الجزئيات فكلما كانت أكثر كان الظن أغلب وقد اختلف في الاحتجاج بهذا النوع.

انظر: المستصفى (1/41)، المحصول (5/99) (6/217)، التقرير والتحرير (1/85)، تيسير التحرير (1/46)، البحر المحيط (6/10)، الإبهاج (3/173).

(4) مغني المحتاج (7/138)، نهاية المحتاج (7/138).

(5) تفسير القرطبي (9/287).

(6) المغني (11/232)، الشرح الكبير (24/25).

(7) محمد بن عجلان القرشي أبو عبدالله المدني أحد العلماء العاملين، وكان أبوه عجلان مولى لفاطمة بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة. وقد ولد ابن عجلان في خلافة عبد الملك بن مروان. وكان فقيهاً مفتياً عابداً صدوقاً كبير الشأن له حلقة كبيرة في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم. ومات ابن عجلان سنة ثمان واربعمائة. قال الذهبي في سيره: "قلت: وثق ابن عجلان أحمد بن حنبل ويحيى بن معين، وحدث عنه شعبة ومالك، وهو حسن الحديث وأقوى من ابن إسحاق، ولكن ما هو في قوة عبيد الله بن عمر ونحوه. قال أبو عبدالله الحاكم: "أخرج له مسلم في كتابه ثلاثة عشر حديثاً كلها في الشواهد"، وتكلم المتأخرون من أئمتنا في سوء حفظه، وقد ذكرت ابن عجلان في الميزان؛ فحديثه إن لم يبلغ رتبة الصحيح فلا ينحط عن رتبة الحسن والله اعلم".

انظر: سير أعلام النبلاء (6/317)، ميزان الاعتدال في نقد الرجال (6/258)، الوافي بالوفيات (4/68)، تهذيب الكمال (26/105).

(8) سنن الدارقطني برقم: (282) (3/322)، السنن الكبرى للبيهقي (7/443).

وهذا الخبر لا ريب عندي في ثبوت سننه⁽¹⁾ إلى الإمام مالك رحمته، غير أنه قد رُويت عن ابن عجلان أخبار معلولة السند أو مضطربة المتن؛ فمن ذلك:

- ما رواه الدارقطني في سننه ومن طريقه البيهقي عن المبارك بن مجاهد⁽²⁾ قال: "مشهور عندنا كانت امرأة محمد بن عجلان تحمل وتضع في أربع سنين، وكانت تسمى حاملمة الفيل"⁽³⁾.

(1) رجال سننه هم:

- محمد بن مخلد ترجم له الذهبي في سير أعلام النبلاء (256/15)، فقال: "الإمام الحافظ الثقة القدوة أبو عبدالله الدوري ثم البغدادي العطار الخضيب. ولد سنة ثلاث وثلاثين ومئتين... وكتب مالا يوصف كثرة مع الفهم والمعرفة وحسن التصانيف... وكان موصوفاً بالعلم والصلاح والصدق والاجتهاد في الطلب طال عمره واشتهر اسمه وانتهى إليه العلو مع القاضي المحاملي ببغداد. سئل الدارقطني عنه فقال: "ثقة مأمون". قلت: توفي في شهر جمادى الآخرة سنة إحدى وثلاثين وثلاث مئة وله ثمان وتسعون سنة...".
- أحمد بن محمد بن بكر. ترجم له ابن الأثير في اللباب (42/3)، فقال: "أبو العباس أحمد بن محمد بن بكر بن خالد بن يزيد النيسابوري، المعروف بالقصير... سمع أباه وإسماعيل بن موسى الفزاري وغيرهما، روى عنه: موسى بن هارون الحافظ ومحمد بن مخلد وابن السماك وغيرهم. وكان ثقة. مات في ربيع الأول سنة أربع وثمانين ومائتين...". وانظر ترجمته في: الأنساب (515/4)، تاريخ دمشق (224/5)، طبقات الحنفية (99/1).
- داود بن رشيد ترجم له الذهبي في سير أعلام النبلاء (133/11)، فقال: "الإمام الحافظ الثقة أبو الفضل الخوارزمي ثم البغدادي، مولى بني هاشم، رحال جوال صاحب حديث... حدث عنه مسلم وأبو داود وعدد كثير. وثقه يحيى بن معين وغيره. وقال الدارقطني: "ثقة نبيل". قلت: وقد روى البخاري في صحيحه والنسائي عن رجل عنه... توفي سابع شعبان سنة تسع وثلاثين ومئتين، وهو من أبناء الثمانين...".
- الوليد بن مسلم ترجم له الذهبي في سير أعلام النبلاء (211/9)، فقال: "الإمام عالم أهل الشام أبو العباس الدمشقي الحافظ مولى بني أمية... وارتحل في هذا الشأن، وصنف التصانيف وتصدى للإمامة، واشتهر اسمه، وكان من أوعية العلم، ثقة حافظاً لكن رديء التديس فإذا قال: حدثنا فهو حجة... قال محمد بن سعد: كان الوليد ثقةً كثير الحديث والعلم، حج سنة أربع وتسعين ومئة، ثم رجع فمات بالطريق. قال دحيم: كان مولده في سنة تسع عشرة ومئة...".
- وقد عزا الألباني رحمه الله في إروائه (189/7) هذا الحديث إلى البيهقي وقال: "هذا إسناد صحيح إلى مالك، ورجاله كلهم ثقات...". ولأثر طريق أخرى عن مالك لم أقف عليها، غير أن الذهبي والصفدي ذكراها فقالا: "وقال يعقوب بن شيبه في مسند علي حدثنا إبراهيم بن موسى الفراء حدثنا الوليد بن مسلم قال قلت لمالك إني حدثت عن عائشة...".
- انظر: تاريخ الإسلام (280/9)، سير أعلام النبلاء (318/6)، الوافي بالوفيات (68/4).
- (2) أبو الأزهر المبارك بن مجاهد. ترجم له ابن مندة في: "فتح الباب في الكنى والألقاب" (92/1)، فقال: "أبو الأزهر المبارك بن مجاهد الخراساني البلخي المروزي، سكن الري ومات بها، ليس بالقوي عندهم، وكان قديراً، ضعيفاً جداً...". وقال ابن عبد الهادي في تنقيح التحقيق (389/3): "قال ابن أبي حاتم: سألت أبي عنه فقال: ما أرى بحديثه بأساً، لكن قتيبة بن سعيد ضعفه جداً، وقال كان قديراً". وقال ابن حبان: هو منكر الحديث؛ يتفرد عن الثقات بما لا يشبه الأثبات، لا يجوز الاحتجاج به إذا تفرد".
- وانظر ترجمته في: الجرح والتعديل (340/8)، الأنساب (515/4)، تاريخ الإسلام (584/9)، طبقات الحنفية (99/1).
- (3) سنن الدارقطني برقم: (283) (322/3)، السنن الكبرى للبيهقي (443/7)، قال الألباني رحمه الله في إروائه (189/7): "رواه البيهقي من طريقين... ورجال هذا الإسناد ثقات غير المبارك بن مجاهد، وقد ضعفوه سوى ابن أبي حاتم...".

• ما رواه الخطيب البغدادي⁽¹⁾ في تاريخه⁽²⁾ من طريق أبي محمد الخلال⁽³⁾، والثعلبي⁽⁴⁾ في تفسيره⁽⁵⁾ من طريق الحسين بن محمد بن فنجويه⁽⁶⁾ كلاهما عن أبي بكر أحمد بن إبراهيم بن شاذان⁽⁷⁾ عن عبدالعزيز بن أحمد الغافقي المصري⁽⁸⁾ قال سمعت العباس بن نصر⁽⁹⁾ يقول سمعت صفوان بن عيسى⁽¹⁰⁾ يقول: "مكث محمد بن عجلان في بطن أمه ثلاث سنين، فشق بطن أمه، فأخرج وقد نبتت أسنانه".

• نقل الفقهاء وأصحاب التراجم عن الواقدي قال: "سمعت عبدالله بن محمد بن عجلان يقول: حمل بأبي بأكثر من ثلاث سنين"⁽¹¹⁾.

(1) الحافظ أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي (463هـ)، قال ابن خلكان: "صاحب تاريخ بغداد وغيره من المصنفات، كان من الحفاظ المتقنين والعلماء المتبحرين، ولو لم يكن له سوى التاريخ لكفاه؛ فإنه يدل على اطلاع عظيم، وصنف قريباً من مائة مصنف، وفضله أشهر من أن يوصف... وكان فقهاً فغلب عليه الحديث والتاريخ".

انظر: الكامل (390/8)، وفيات الأعيان (92/1)، سير الأعلام (270/18)، شذرات الذهب (311/3).

(2) تاريخ بغداد (143/12).

(3) أبو محمد الخلال: قال الذهبي في سيره (593/17): "الإمام الحافظ الموجود محدث العراق أبو محمد الحسن بن أبي طالب محمد بن الحسن بن علي البغدادي الخلال. ولد سنة اثنتين وخمسين وثلاث مئة. قال الخطيب: "كتبنا عنه، وكان ثقةً له معرفة وتنبه، وخرج المسند على الصحيحين، وجمع أبواباً وتراجم كثيرة. ومات في جمادى الأولى سنة تسع وثلاثين وأربع مئة".

وانظر في ترجمته: تاريخ بغداد (425/7)، شذرات الذهب (262/3).

(4) أبو إسحاق أحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي النيسابوري (427هـ)، قال الذهبي في سيره: "الإمام الحافظ العلامة شيخ التفسير... كان أحد أوعية العلم. له كتاب التفسير الكبير وكتاب العرائس في قصص الأنبياء. قال السمعاني: يقال له: الثعلبي والثعالبي، وهو لقب له لا نسب... وكان صادقاً موثقاً بصيراً بالعربية، طويل الباع في الوعظ"، وقال ابن كثير: "كان كثير الحديث واسع السماع؛ ولهذا يوجد في كتبه من الغرائب شيء كثير"، وقال شيخ الإسلام في مجموع فتاويه (354/13): "الثعلبي هو في نفسه كان فيه خير ودين، وكان حاطب ليل ينقل ما وجد في كتب التفسير من صحيح وضعيف وموضوع...".

انظر: وفيات الأعيان (79/1)، سير الأعلام (435/17)، البداية والنهاية (40/12)، شذرات الذهب (230/3).

(5) أبو عبدالله الحسين بن محمد بن الحسين الحافظ: قال الذهبي في سيره (383/17): "ابن فنجويه، الشيخ الإمام المحدث المفيد بقية المشايخ أبو عبدالله الحسين بن محمد بن الحسين بن عبدالله بن صالح بن شعيب بن فنجويه الثقفي الدينوري. قال شيرويه في تاريخه: كان ثقة صدوقاً كثير الرواية للمناكير حسن الخط كثير التصانيف... وقد حدث عنه أبو إسحاق الثعلبي في التفسير... مات بنيسابور في ربيع الآخر سنة أربع عشرة وأربع مئة".

وانظر في ترجمته: اللباب في تهذيب الأنساب (441/2)، تكملة الإكمال (495/4) وقال: "ثقة صالح"، شذرات الذهب (200/3).

(6) تاريخ بغداد (143/12).

(7) أحمد بن إبراهيم بن الحسن بن محمد: قال الذهبي في سيره (429/16): "الشيخ الإمام المحدث الثقة المتقن أبو بكر أحمد بن إبراهيم بن الحسن بن محمد بن شاذان بن حرب بن مهران البغدادي البزاز... قال الخطيب: كان ثقةً ثباتاً كثير الحديث. ولد في ربيع الأول سنة ثمان وتسعين ومائتين، وسمع وهو ابن خمس سنين... قال الأزهري: كان حجةً ثباتاً. قلت: مات في شوال سنة ثلاث وثمانين وثلاث مئة".

وانظر في ترجمته: تاريخ بغداد (18/4)، تذكرة الحفاظ (1109/3) وقال: "الحافظ المفيد الإمام الثقة..."، شذرات الذهب (104/3).

(8) عبدالعزيز بن أحمد الغافقي لم أقف له على ترجمة سوى أن السمعاني ذكره في الأنساب (204/4) فيمن روى عن بعض الشيوخ، فقال: "...أبو الحسن علي بن شيبه بن الصلت بن عصفور السدوسي مولاهم العصفوري، وهو أخو يعقوب بن شيبه البصري، سكن بغداد مدة، ثم انتقل إلى مصر فسكنها وحدث بها عن يزيد بن هارون... روى عنه عبدالعزيز بن أحمد الغافقي وغيره من المصريين".

وانظر كذلك: التاريخ الكبير (309/4)، الجرح والتعديل (425/4).

(9) عباس بن نصر البغدادي لم أقف له على ترجمة، وقد ذكره الخطيب في تاريخه فلم يزد في ترجمته على أن روى هذا الخبر من طريقه.

(10) صفوان بن عيسى ترجم له ابن حبان في: الثقات (321/8)، فقال: "صفوان بن عيسى الزهري القرشي، كنيته أبو محمد، من أهل البصرة. يروى عن ابن عجلان وزباد بن سعد، روى عنه محمد بن يسار وأهل العراق. مات سنة ثمان وتسعين ومائة، وقد قيل: سنة مائتين، وقد قيل: سنة ثمان ومائتين في أول رجب، وكان من خيار عباد الله".

وانظر ترجمته في: التاريخ الكبير (309/4)، الجرح والتعديل (425/4).

(11) ميزان الاعتدال في نقد الرجال (258/6)، سير أعلام النبلاء (318/6)، تذكرة الحفاظ (165/1)، تهذيب الكمال (105/26).

- وكذا نقلوا عن سعيد بن داود الزنبري⁽¹⁾ قال: "أخبرني محمد بن محمد بن عجلان قال: أنا ولدت في أربع سنين في حياة أبي"⁽²⁾.
 - وكذا نقلوا عن الليث بن سعد عن ابن عجلان: "أن امرأة له وضعت له ولداً في أربع سنين، وأنها وضعت مرة أخرى في سبع سنين"⁽³⁾.
 - وذكر ابن الجوزي من حمل به أكثر من مدة الحمل فقال: "وقال ابن عجلان: إن امرأة ولدت بعد خمس سنين، وأخرى بعد ثلاث"⁽⁴⁾.
- الثاني: خبر مالك بن دينار:**

استشهدوا أيضاً بما روى الدارقطني في سننه وهبة الله اللالكائي⁽⁵⁾ كلاهما عن محمد بن مخلد⁽⁶⁾ ثنا أبو شعيب صالح بن عمران الدعاء حدثني أحمد بن غسان ثنا هاشم بن يحيى الفراء المجاشعي قال: "بينما مالك بن دينار⁽⁷⁾ يوماً جالساً إذ جاءه رجلٌ فقال: يا أبا يحيى، ادع لامرأة حبلى منذ أربع سنين، قد أصبحت في كربٍ شديدٍ فغضب مالك وأطبق المصحف، فقال: ما يرى القوم إلا أنا أنبياء! ثم قرأ، ثم دعا، ثم قال: اللهم هذه المرأة إن كان في بطنها ریح فأخرجه عنها الساعة، وإن كان في بطنها جارية فأبدلها بها غلاماً؛ فإنك تمحو ما تشاء وتثبت وعندك أم الكتاب. ثم رفع مالك يده ورفع الناس أيديهم. وجاء الرسول إلى الرجل، فقال: أدرك امرأتك، فذهب الرجل، فما حط مالك يده حتى طلع الرجل من باب المسجد على رقبتة غلامٌ جعدٌ قططٌ ابن أربع سنين، قد استوت أسنانه ما قطعت سراره"⁽⁸⁾.

وسند هذه الحكاية لا يصح؛ ففيه:

1. أبو شعيب صالح بن عمران الدعاء ذكره الذهبي فقال: "صويلح الحديث وليس بالقوي"⁽⁹⁾.
2. أحمد بن غسان. قال الذهبي: "وقال أحمد بن عبدالله العجلي: "لا بأس به"⁽¹⁰⁾.

(1) قال ابن حجر في تقريب التهذيب (2298): "سعيد بن داود بن أبي زئبر، بفتح الزاي وسكون النون وفتح الموحدة الزنبري، أبو عثمان المدني، صدوق له مناكير عن مالك، ويقال: اختلط عليه بعض حديثه، وكذبه عبدالله بن نافع في دعواه أنه سمع من لفظ مالك، من العاشرة. مات في حدود العشرين. خت".

(2) ميزان الاعتدال في نقد الرجال (258/6)، سير أعلام النبلاء (318/6)، تذكرة الحفاظ (165/1).

(3) المدونة الكبرى (444/5)، تبين الحقائق (45/3).

(4) تلقيح فهوم أهل الأثر (328/1).

(5) أبو القاسم هبة الله بن الحسن بن منصور الطبري الرازي الشافعي اللالكائي (418هـ)، قال الذهبي في سيره: "الإمام الحافظ المجود المفتي... مفيد بغداد في وقته... تفقه بالشيخ أبي حامد الأسفراييني، وبرع في المذهب".

انظر: الكامل (163/8)، سير الأعلام (419/17)، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (197/1)، شذرات الذهب (211/3).

(6) سبق ترجمته (ص 23).

(7) أبو يحيى مالك بن دينار البصري (نحو 130هـ)، كان مولى امرأة من بني أسامة بن لؤي، قال الذهبي في سيره: "علم العلماء الأبرار، معدود في ثقات التابعين، ومن أعيان كتبة المصاحف، كان من ذلك بلغته. ولد في أيام ابن عباس، وسمع من أنس بن مالك فمن بعده، وحدث عنه وعن الأحنف بن قيس وسعيد بن جبير والحسن البصري ومحمد بن سيرين والقاسم بن محمد وعدة. حدث عنه: سعيد بن أبي عروبة وعبدالله بن شوذب وهمام بن يحيى وأبان بن يزيد العطار وعبدالسلام بن حرب والحارث بن وجيه وطائفة سواهم. وليس هو من أساطين الرواية".

انظر: طبقات ابن سعد (243/7)، حلية الأولياء (357/2)، المنتظم (283/7)، سير الأعلام (362/5)، شذرات الذهب (173/1).

(8) سنن الدارقطني برقم: (284) (322/3)، كرامات الأولياء للالكائي برقم (184) (216/1)، وعن الدارقطني رواه البيهقي في السنن الكبرى (443/7)، ومن طريق البيهقي ابن عساكر في تاريخه (429/56).

(9) المغني في الضعفاء (304/1). وانظر في ترجمته: تاريخ بغداد (321/9)، لسان الميزان (175/3).

(10) تاريخ الإسلام (49/16).

3. هاشم بن يحيى الفراء المجاشعي⁽¹⁾. لم أقف له بعد البحث على ترجمة!
الثالث: خبر الإمام مالك بن أنس:

استدلوا⁽²⁾ أيضاً بما روى البيهقي بسنده عن الواقدي⁽³⁾ قال: "سمعت مالك بن أنس يقول: "قد يكون الحمل سنتين، وأعرف من حملت به أمه أكثر من سنتين"؛ يعني: نفسه"⁽⁴⁾.

وكذا روى البيهقي عن الواقدي في ذكر مالك بن أنس: "أن أمه حملت به في البطن ثلاث سنين هذا معنى كلامه"⁽⁵⁾. ولا يخفى ضعف هذا الخبر؛ فإن الواقدي كما قال ابن حجر: "متروك مع سعة علمه..."⁽⁶⁾. ثم إن الرواية قد اضطربت في مدة الحمل؛ ولذا قال ابن عبد البر: "وحمل به سنتين وقيل: ثلاث سنين"⁽⁷⁾.

وبكل حال لا يثبت عند التحقيق من هذه الأخبار شيء، ولذلك فأكثر ما يذكرونه في ترجمة الإمام مالك إنما يرونه بصيغة التضعيف، كما تقدم في كلام ابن عبد البر، وكذا قال ابن حبان: "وقد قيل: إن أمه كانت حاملاً به ثلاث سنين"⁽⁸⁾.

الرابع: خبر الإمام أبي حنيفة:

وهذا الخبر من أعجب ما وقفت عليه في هذا الباب وأضعفه؛ ولذا رده حتى من قال بمقتضاه؛ فقالوا: "وقيل: إن أبا حنيفة حملت به أمه ثلاث سنين، وفي صحته كما قال ابن شعبة نظراً؛ لأن مذهبه أكثر مدة الحمل: سنتان، فكيف يخالف ما وقع في نفسه!"⁽⁹⁾.

الخامس: خبر هرم بن حيان:

مما ذكر الفقهاء⁽¹⁰⁾ من الحكايات في هذا الباب خبر هرم بن حيان⁽¹¹⁾. وهذا الخبر قد بين ابن حجر ضعفه حين

(1) سير أعلام النبلاء (408/9).

(2) الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء (ص12)، ميزان الاعتدال في نقد الرجال (258/6)، سير أعلام النبلاء (318/6)، تليق فهوم أهل الأثر (328/1)، المعارف (594/1).

(3) قال ابن حجر في ترجمته في التقريب (6175): "محمد بن عمر بن واقد الأسلمي الواقدي المدني القاضي، نزيل بغداد، متروك مع سعة علمه، من التاسعة، مات سنة سبع ومائتين وله ثمان وسبعون، ق".

(4) سنن البيهقي الكبرى (443/7).

(5) سنن البيهقي الكبرى (443/7).

(6) تقريب التهذيب برقم: (6175).

(7) التمهيد لابن عبد البر (91/1).

(8) الثقات (459/7).

(9) مغني المحتاج (390/3)، وانظر: حاشية الشرواني (243/8).

(10) انظر: البيان (13/11)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (157/2).

(11) هرم بن حيان العبدي الربيعي ويقال: الأزدي البصري، (في حدود 80هـ)، مختلف في صحبته، روى عن عمر روى عنه الحسن البصري وغيره وكان من سادة العباد ولي بعض الحروب في أيام عمر وعثمان بأرض فارس قال ابن سعد: "كان عاملاً لعمر وكان ثقة له فضل وعبادة".

انظر: الاستيعاب (1537/4)، المنتظم (218/5)، سير أعلام النبلاء (48/4)، الوافي بالوفيات (199/27)، الإصابة في تمييز الصحابة (533/6).

خرجه فقال: "قوله: "وروى القتيبي أن هرم بن حبان حملت به أمه أربع سنين". هكذا ذكره ابن قتيبة⁽¹⁾ في المعارف⁽²⁾ وزاد: "ولذلك سمي هرمًا"، وتبعه ابن الجوزي⁽³⁾ في التلخيص⁽⁴⁾، وذكر ابن المنذر وابن حزم وغيرهما⁽⁵⁾ أنه يروى أنها حملت به سنتين⁽⁶⁾. ولا يخفى أن الخبر عند كل أولئك غير مسند فضلاً عن اضطرابهم في مدة حملها، وقد ذكر هذا الخبر الثعلبي في تفسيره فقال: "...وروى ابن عائشة⁽⁷⁾ عن حماد بن سلمة⁽⁸⁾ قال: إنما سمي هرم بن حبان هرمًا لأنه بقي في بطن أمه أربع سنين"⁽⁹⁾، ولم أقف بعد البحث على سند لهذا الخبر.

السادس: خبر الضحاك بن مزاحم:

ومما تمسك به الفقهاء في ذلك ما روي: "أن الضحاك بن مزاحم⁽¹⁰⁾ ولدته أمه لأربع سنين بعدما نبتت ثنيتها وهو يضحك؛ فسمي ضحاكًا"⁽¹¹⁾.

والعجيب أنني لم أقف على أحد ذكر ذلك في ترجمة الضحاك مطلقاً بل ذكر بعض أصحاب التراجم: أنه ولد وهو ابن ستة عشر شهراً⁽¹²⁾. ولم أقف على ذلك مسنداً، غير أن المروي في أكثر كتب التراجم⁽¹³⁾ وبعض كتب التفسير والفقه⁽¹⁴⁾ أنه مكث في بطن أمه سنتين. وقد روى ذلك من طرق عدة لا يخلوا واحداً منها من مقال:

(1) عبدالله بن مسلم بن قتيبة الدينوري (276هـ)، قال الذهبي في سيره: "العلامة الكبير ذو الفنون الكاتب صاحب التصانيف...ولي قضاء الدينور وكان رأساً في علم اللسان العربي والأخبار وأيام الناس...والرجل ليس بصاحب حديث، وإنما هو من كبار العلماء المشهورين، عنده فنون جمّة وعلوم مهمّة".

انظر: وفيات الأعيان (42/3)، سير الأعلام (296/13)، البداية والنهاية (48/11)، شذرات الذهب (179/2).

(2) المعارف (594/1).

(3) جمال الدين أبو الفرج ابن الجوزي عبدالرحمن بن علي بن محمد القرشي التبيعي البكري البغدادي (597هـ)، قال الذهبي في سيره: "الشيخ الإمام العلامة الحافظ المفسر شيخ الإسلام مفخر العراق...كان رأساً في التذكير بلا مدافعة، يقول النظم الرائق والنثر الفائق بديهاً، ويسهب ويعجب ويغرب ويطنب، لم يأت قبله ولا بعده مثله، فهو حامل لواء الوعظ والقيم بفنونه...وكان بحراً في التفسير، علامة في السير والتاريخ، موصوفاً بحسن الحديث ومعرفة فنونه، فقيماً عليمًا بالإجماع والاختلاف، جيد المشاركة في الطب، ذا تفنن وفهم وذكاء وحفظ واستحضار وإكباب على الجمع والتصنيف...ما عرفت أحداً صنّف ما صنّف".

انظر: وفيات الأعيان (140/3)، سير الأعلام (365/21)، البداية والنهاية (211/13)، شذرات الذهب (329/4).

(4) انظر: تلخيص فهوم أهل الأثر (328/1).

(5) الإشراف على مذاهب العلماء (ص278)، المحلى (317/10)، وكذا قال الذهبي في سير أعلام النبلاء (48/4)، وتاريخ الإسلام (533/5): "وقيل: سمي هرمًا لأنه بقي في بطن أمه سنتين حتى طلعت ثنيتها".

(6) التلخيص الحبير (235/3).

(7) قال ابن حجر في ترجمته في التقريب (4334): "عبيد الله بن محمد بن عائشة، اسم جده حفص بن عمر بن موسى بن عبيد الله بن معمر التبيعي. وقيل له: ابن عائشة والعائشي والعيشي نسبة إلى عائشة بنت طلحة؛ لأنه من ذريتها. ثقة جواد رمي بالقدر ولم يثبت. من كبار العاشرة. مات سنة ثمان وعشرين. د ت س".

(8) قال ابن حجر في ترجمته في التقريب (1499): "حماد بن سلمة بن دينار البصري، أبو سلمة، ثقة عابد أثبت الناس في ثابت وتغير حفظه بأخرة، من كبار الثامنة، مات سنة سبع وستين، خت م4".

(9) تفسير الثعلبي (273/5)، وانظر: تفسير البغوي (8/3)، تفسير القرطبي (287/9)، التفسير الكبير (13/19).

(10) الضحاك بن مزاحم الهلالي من بني هلال بن عامر بن صعصعة، كنيته: أبو القاسم، وقد قيل: أبو محمد، صاحب التفسير، كان من أوعية العلم، لقي سعيد بن جبيرة فأخذ عنه التفسير، ومات سنة ثنتين ومائة وقد قيل سنة خمس ومائة.

انظر: طبقات ابن سعد (300/6)، الثقات (480/6)، المنتظم (100/7)، سير أعلام النبلاء (598/4).

(11) انظر: المبسوط للسرخسي (44/6)، تبين الحقائق (45/3)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (157/2).

(12) المعارف (594/1)، تلخيص فهوم أهل الأثر (328/1).

(13) الأنساب (657/5)، الثقات (480/6)، المنتظم (100/7)، ميزان الاعتدال في نقد الرجال (446/3).

(14) الإشراف على مذاهب العلماء (ص278)، تفسير القرطبي (287/9).

حيث رواه ابن سعد من طريق جويبر بن سعيد الأزدي عن الضحاك⁽¹⁾. وجويبر ضعيف جداً كما قال ابن حجر⁽²⁾.

ورواه أيضاً ابن الجوزي من طريق عبيد بن سليمان الباهلي عن الضحاك⁽³⁾، وعبيد بن سليمان ضعيف أيضاً⁽⁴⁾، لكن قال ابن أبي حاتم: "سئل أبي عن عبيد بن سليمان وجويبر؟ فقال عبيد بن سليمان أحب إلي من جويبر"⁽⁵⁾، وفي سند ابن الجوزي أيضاً محمد بن حميد الرازي قال فيه الذهبي: "هو مع إمامته منكر الحديث صاحب عجائب"⁽⁶⁾.

وكذا روى هذا الخبر ابن عدي من طريق الحسن بن يحيى عن الضحاك⁽⁷⁾، والحسن مقبول كما قال ابن حجر⁽⁸⁾، لكن السند ضعيف أيضاً لأن فيه المسيب بن واضح⁽⁹⁾.

وقد نقل الثعلبي عن هيثم عن حصين قال: "مكث الضحاك في بطن أمه سنتين"⁽¹⁰⁾، ولم أقف على سنده.

السابع: خبر عبدالعزیز الماجشوني:

ومما نقله الفقهاء في ذلك ما روي: "أن عبدالعزیز الماجشون⁽¹¹⁾ ولدته أمه لأربع سنين"⁽¹²⁾، وقال السرخسي رحمه الله: "...وعبدالعزیز الماجشوني رضي الله عنه ولدته أمه لأربع سنين، وهذه عادة معروفة في نساء ماجشون رضي الله عنهم أنهن يلدن

(1) حيث قال في طبقاته (300/6): "أخبرنا قبيصة بن عقبة قال حدثنا جويبر عن الضحاك قال: ولدتي أمي في سنتين. يعني: حملة سنتين. قال: أخبرنا يزيد بن هارون قال: أخبرنا جويبر أو غيره: أن الضحاك ولد لسنتين وقد ثغر. قال يزيد: وأخبرنا جويبر عن الضحاك قال: تلد المرأة لسنتين".

(2) قال ابن حجر في ترجمته في التقريب (987): "جويبر تصغير جابر، ويقال: اسمه: جابر وجويبر لقب، ابن سعيد الأزدي، أبو القاسم البلخي، نزيل الكوفة. راوي التفسير، ضعيف جداً...".

(3) حيث قال في تلخيص فهم أهل الأثر (328/1): "أخبرنا يحيى بن علي قال: أخبرنا جابر بن ياسين قال: حدثنا المخلص قال: حدثنا البغوي قال: حدثنا محمد بن حميد قال: حدثنا أبو تميمة عن عبيد بن سليمان عن الضحاك قال: ولدت وأنا ابن سنتين وقد خرجت ثناباي". وكذا نقله الثعلبي في تفسيره (273/5) عن عبيد بن سليمان.

(4) قال أبو حاتم في الجرح والتعديل (408/5): "فيه نظر"، وكذا قال الذهبي فيه في ميزان الاعتدال (26/5)، وقال ابن حجر في ترجمته في التقريب (4377): "لا بأس به".

(5) الجرح والتعديل (408/5).

(6) سير أعلام النبلاء (503/11).

وانظر في ترجمته: المجروحين لابن حبان (303/2)، الكامل في ضعفاء الرجال (274/6)، ميزان الاعتدال في نقد الرجال (126/6).

(7) حيث قال في الكامل في ضعفاء الرجال (95/4): "حدثنا الحسين بن عبدالله القطان ثنا المسيب بن واضح ثنا ابن المبارك عن الحسن بن يحيى عن الضحاك: أن أمه حملته سنتين".

(8) قال ابن حجر في ترجمته في التقريب (1294): "الحسن بن يحيى البصري، سكن خراسان، مقبول، من السابعة. س".

وانظر في ترجمته: الجرح والتعديل (43/3)، الكاشف (1073)، ميزان الاعتدال في نقد الرجال (279/2).

(9) ذكره ابن حبان في الثقات (204/9) وقال: "كان يخطئ"، وقال ابن أبي حاتم (294/8): "سئل أبي عنه فقال: صدوق كان يخطئ كثيراً فإذا قيل له لم يقبل". وقال ابن عدي في الكامل (387/6): "عامه ما خالف فيه الناس لا يتعمده بل كان يشبه عليه وهو لا بأس به".

وانظر في ترجمته: الجرح والتعديل (43/3)، الكاشف (1073)، ميزان الاعتدال في نقد الرجال (279/2).

(10) تفسير الثعلبي (273/5)، وانظر: التفسير الكبير (13/19).

(11) عبدالعزیز بن عبدالله بن أبي سلمة الماجشون من فقهاء أهل المدينة ممن كان يحفظ مذاهب الفقهاء بالحرمين ويذب عن أقاويلهم ويفرع على أصولهم، قدم بغداد فسكنها وحدث بها إلى حين وفاته سنة (164).

انظر: تاريخ بغداد (436/10)، سير أعلام النبلاء (309/7)، تقريب التهذيب (4104).

(12) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (157/2).

ولم أقف في كتب التراجم على أحد ذكر خبر حمل ابن الماجشون في ترجمته مسنداً ولا مرسلأً! بله ذكر أنه عادة معروفة في نساء ماجشون.

الثامن : خبر محمد بن عبدالله بن الحسن :

ومن ذُكر في من طال حمله محمد بن عبدالله بن حسن بن الحسن بن علي⁽²⁾؛ حيث نُقل أن أمه - وهي: هند ابنة أبي عبيدة بن عبدالله بن زمعة بن الأسود الأسدي - حملت به أربع سنين⁽³⁾، وقال المزي رحمه الله في ترجمته: "....وروي عن عبدالله بن موسى بن عبدالله بن حسن بن حسن قال: حملت جدتي هند بنت أبي عبيدة بعمي محمد بن عبدالله بن حسن أربع سنين، ثم ولدته على رأس الأربع"⁽⁴⁾.

وعلى الرغم من استفاضة الكلام في محمد بن عبدالله بن الحسن في كتب التاريخ والتراجم بسبب فتنة خروجه على المنصور⁽⁵⁾، إلا إن أحداً لم يذكر هذا الخبر في ترجمته مسنداً ولا مرسلأً سوى من ذكرت!

التاسع : خبر منظور بن زبان بن سيار :

ذكر العمراني منظور بن زبان بن سيار⁽⁶⁾ فيمن دام حمله أربع سنين⁽⁷⁾، ولم يورد هذا الخبر مسنداً ولا مرسلأً أكثر أصحاب كتب الطبقات والتراجم، إلا أن ابن حجر في الإصابة لعزاه بسند غاية في السقوط، إذ عزاه إلى كتاب الأغاني!!! فقال: "....وقال أبو الفرج الأصبهاني⁽⁸⁾ في الأغاني⁽⁹⁾ كان منظور سيد قومه وهو أحد من طال حمل أمه به

(1) المبسوط (44/6).

(2) أبو عبدالله محمد بن عبدالله بن حسن بن حسن بن علي بن أبي طالب العلوي الهاشمي المدني. يلقب: النفس الزكية. خرج على أبي جعفر المنصور بالمدينة، وغلب عليها وتسمى بالخلافة، وقتل فيها في نصف رمضان سنة (145).

انظر: العبر في خير من غير (198/1)، سير أعلام النبلاء (210/6)، ميزان الاعتدال في نقد الرجال (198/6)، لسان الميزان (363/7)، تقريب التهذيب (6010).

(3) انظر: البيان (13/11)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (157/2)، تلقيح فهوم أهل الأثر (328/1)، البداية والنهاية (95/10)، التحفة اللطيفة في تاريخ المدينة الشريفة (492/2)، تهذيب التهذيب (224/9). وقد تصحف اسمه في طبعة كتاب البيان إلى: "محمد بن عبد الله بن جبير"، فليتنبه.

(4) تهذيب الكمال (470/25).

(5) انظر: تاريخ ابن خلدون (7/4)، تاريخ الطبري (427/4)، شذرات الذهب (213/1).

(6) منظور بن زبان بن سيار بن عمرو الفزاري. شاعر مخضرم. من الصحابة. كان سيد قومه. زوّج بناته الحسن بن علي، ومحمّد بن طلحة، وعبد الله بن الزبير، والمُنذر بن الزبير، وحكي أنّ فيه نزل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: الآية (22)] حين تزوج منظور بن زبان امرأة أبيه مليكة بنت خارجة المزنية.

انظر: التاريخ الكبير (26/8)، الجرح والتعديل (406/8)، الثقات (512/7)، أسد الغابة (496/4)، الإصابة (220/6)، الأعلام (308/7).

(7) البيان (13/11)، وقد تصحف اسمه في المطبوع إلى: "منصور بن ريان"، فليتنبه.

(8) أبو الفرج علي بن الحسين الأصبهاني الأموي (356هـ)، قال الذهبي في ميزان الاعتدال (150/5): "شيعي وهذا نادر في أموي، كان إليه المنتهى في معرفة الأخبار وأيام الناس والشعر والغناء والمحاضرات، يأتي بأعاجيب بحدثنا وأخبرنا...كتب ما لا يوصف كثرة حتى قد اتهم، والظاهر أنه صدوق"، وقال الذهبي في تاريخه (143/26): "رأيت شيخنا ابن تيمية يضعفه ويتهمه في نقله ويستهل ما يأتي به"، وقال ابن كثير في البداية والنهاية (263/11): "كان شاعراً أديباً كاتباً، عالماً بأخبار الناس وأيامهم، وكان فيه تشيع. قال ابن الجوزي: ومثله لا يوثق به؛ فإنه يصرح في كتبه بما بوجب العشق، وهون شرب الخمر، وربما حكى ذلك عن نفسه، ومن تأمل كتاب الأغاني رأى فيه كل قبيح ومنكر".

انظر: وفيات الأعيان (307/3)، لسان الميزان (221/4)، العبر (311/2)، شذرات الذهب (19/3).

(9) الأغاني (193/12).

فولده بعد أربع سنين؛ فسمى منظوراً لطول ما انتظروه⁽¹⁾، وهذا الخبر مع سقوط سنه معارض بخبر آخر في مدة حملة؛ حيث روي: "إنَّ منظوراً حملت به أمه حولين فولد تام الخلق"⁽²⁾.

العاشر: خبر إبراهيم بن نجیح العقيلي:

ذكر العمراني إبراهيم بن نجیح العقيلي⁽³⁾ فيمن دام حملة أربع سنين⁽⁴⁾، وكذا ذكره الموفق فقال: "...حكى ذلك أبو الخطاب"⁽⁵⁾. ولم أقف على كلام أبي الخطاب الكلوذاني في كتابه الهداية، فلعله ذكره في غير هذا الكتاب. أما إبراهيم بن نجیح العقيلي فلم أقف له على ترجمة إلا عند الخطيب والذهبي في تاريخيهما، وليس فيه ذكر لحملة!

الحادي عشر: خبر مولاة عمر بن عبدالله بن عمر بن عبدالعزيز:

ومما ذكره الفقهاء في هذا الباب ما نقلوه عن الليث بن سعد أنه قال: "حملت مولاة لعمر بن عبدالله بن عمر بن عبدالعزيز ثلاث سنين"⁽⁶⁾.

ولم أقف على هذا الخبر مسنداً ولا مراسلاً إلا عند من عزوت الخبر إليهم.

الثاني عشر: خبر عن سعيد بن المسيب:

نقل بعض الفقهاء عن علي بن زيد القرشي⁽⁷⁾ قال: "أراني سعيد بن المسيب رجلاً، فقال: إن أبا هذا غاب عن أمه أربع سنين، فولدت هذا وله ثنانيا"⁽⁸⁾.

(1) الإصابة في تمييز الصحابة (220/6)، وانظر هذا الخبر في الروض الأنف (200/1).

(2) الإكمال لابن ماكولا (242/6)، وانظر نظير هذا الخبر في: ربيع الأبرار ونصوص الأخبار (476/2)، التذكرة الحمدونية (300/8).

(3) إبراهيم بن نجیح بن إبراهيم بن محمد بن الحسين أبو القاسم الفقيه مولى بنى زهرة من أهل الكوفة نزل بغداد وحدث بها. وكان فقيه الكوفة، لا يتقدم عليه، وكان من أحفظ الناس للسنن، وصنف كتاب السنن وإنما عامته من حفظه، وكان صاحب قرآن وخير وفضل وصدق. مات سنة ثلاث عشرة وثلاثمائة ببغداد وجيء به إلى الكوفة فدفن فيها.

انظر: تاريخ بغداد (198/6)، تاريخ الإسلام (450/23).

(4) البيان (13/11).

(5) انظر: المغني (232/11)، الشرح الكبير (25/24).

(6) انظر: الإشراف على مذاهب العلماء (ص278)، المحلى (316/10)، المغني (232/11)، الشرح الكبير (24/24)، تحفة المولود (ص265).

(7) قال ابن حجر في ترجمته في التقريب (4734): "علي بن زيد بن عبد الله بن زهير بن عبد الله بن جدعان، التيمي البصري، أصله حجازي، وهو المعروف بعلي بن زيد بن جدعان؛ ينسب أبوه إلى جد جده، ضعيف، من الرابعة، مات سنة إحدى وثلاثين، وقيل: قبلها بخ م 4".

(8) انظر: البيان (13/11)، الحاوي (323/1)، حاشية الرملي (393/3)، وقد أشار إليه ابن حزم في المحلى (316/10) فقال: "روينا عن سعيد بن المسيب من طريق فيها علي بن زيد بن جدعان، وهو ضعيف".

❖ مناقشة الأدلة :

تقدم أنه ليس في أقصى أمد الحمل دليل يثبت من جهة النقل؛ وقد ذكرت عند عرض الأدلة النقلية مما يعترضها ما يغني عن تكراره هنا. وقد أقرَّ بعدم ثبوت نص صحيح صريح في المسألة أكابر العلماء؛ فمنهم ابن عبد البر حيث قال: "هذه مسألة لا أصل لها إلا الاجتهاد، والرَّدُّ إلى ما عُرِفَ من أمر النساء"⁽¹⁾، وقال الشوكاني: "...لم يرد دليل في حديث صحيح ولا حسن ولا ضعيف مرفوع إلى رسول الله ﷺ أن أكثر مدة الحمل أربع سنين، ولكنه قد اتفق ذلك ووقع كما تحكيه كتب التاريخ..."⁽²⁾، وقال العلامة الشنقيطي: "...أما أكثر أمد الحمل فلم يرد في تحديده شيء من كتاب ولا سنة، والعلماء مختلفون فيه، وكلهم يقول بحسب ما ظهر له من أحوال النساء"⁽³⁾.

ومعلوم أن هذا من الاستقراء الناقص يفيد الظن لا القطع، قال ابن تيمية رحمه الله: "الاستقراء إنما يكون يقينياً إذا كان استقراء تاماً، وحينئذ فتكون قد حكمت على القدر المشترك بما وجدته في جميع الأفراد"⁽⁴⁾؛ أما الاستقراء الناقص ففي إفادته الظن - بله اليقين - خلاف؛ ولذا رَدُّ الاستدلال بالاستقراء في هذه المسألة فريق من العلماء منهم الحنفية والظاهرية كما سيأتي.

ثم على فرض الاحتجاج بالاستقراء الناقص؛ فإننا لا نسلم ما ساقوه في هذه الأخبار والحكايات من وجوه أربعة:

أولاً: أن أكثر هذه الحكايات لا تثبت نسبتها إلى أصحابها كما تبين فيما سبق. ومن المعلوم أن كتب التراجم ونحوها قد حشيت بمثل هذه الأخبار التي لا يصح أن تبنى عليها الأحكام الشرعية قبل تحييصها، ومن ذلك ما ذكر في حكايات من طال حملها؛ ولنضرب المثال هنا بما ذكره ابن قتيبة حين ذكر من حمل به أكثر من وقت الحمل فقال: "...قال الواقدي: سمعت نساء آل الجحاف من ولد زيد بن الخطاب يقلن: ما حملت امرأة منا أقل من ثلاثين شهراً"⁽⁵⁾. فهذا الخبر جمع مع سقوط سنده بطلان متنه؛ ذلك أن الواقع يشهد بتكذيبه؛ إذ إن الخبر يفيد أن طول الحمل إلى هذه المدة كان شائعاً، وهو ما لم يقل به أحد من السابقين أو اللاحقين؛ بل هم متفقون على أن غالب الحمل تسعة أشهر، وأن زيادة الحمل على ذلك في غاية الندرة، وإن اختلفوا في قدر ما يمكن أن يزيد فيه⁽⁶⁾.

ولذا فقد رَدَّ الحنفية ما سيق في هذا الباب من الحكايات، وشككوا في ثبوتها، فقال السرخسي: "لا أصل لما يحكى في هذا الباب؛ فإن الضحاك وعبد العزيز ما كانا يعرفان ذلك من أنفسهما، وكذلك غيرهما كان لا يعرف ذلك؛ لأن ما في الرحم لا يعلمه إلا الله تعالى"⁽⁷⁾. وكذا قال الزيلعي: "والحكايات التي ذكرها غير ثابتة، وهي بنفسها متعارضة، وليست بحجة شرعية في نفسها، فكيف يحتج بها على ثبوت النسب أو نفيه!"⁽⁸⁾.

أما ابن حزم فقد بالغ في رد هذه الحكايات فقال: "وكل هذه أخبار مكذوبة راجعة إلى من لا يصدق ولا يعرف

(1) تفسير القرطبي (287/9)، وتقدم مثل ذلك عن ابن قدامة.

(2) السيل الجرار (334/2).

(3) أضواء البيان (227/2).

(4) مجموع الفتاوى (188/9).

(5) المعارف (594/1).

(6) المبسوط للسرخسي (44/6)، منهاج السنة النبوية (95/6)، تبين الحقائق (45/3)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (157/2).

(7) المبسوط للسرخسي (44/6).

(8) تبين الحقائق (45/3).

من هو، ولا يجوز الحكم في دين الله تعالى بمثل هذا⁽¹⁾، ولا ريب أن هذا التعميم غير صواب، فإن من هذه الحكايات ما تثبت نسبته بلا ريب كما قدمنا.

ثانياً: أنا إن سلمنا ثبوت نسبة بعض هذه الحكايات إلى أصحابها، فإننا لا نسلم أن أيّاً منها يفيد بأن مدة الحمل في الحكاية هو أقصى أمد للحمل؛ ولذا فإن الإمام مالك رحمه الله وقد ردّ حديث عائشة: "لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل المغزل"، وقال: "سبحان الله، من يقول هذا! هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق، وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن في اثني عشر سنة؛ تحمل كل بطن أربع سنين"⁽²⁾، أقول على الرغم من أنه ردّ حديث عائشة بحكاية امرأة ابن عجلان إلا أن الرواية قد اختلفت عنه في أكثر الحمل فروي أربعاً بمقتضى خبر امرأة ابن عجلان، وروي خمساً وروي ستاً وروي سبعمائة وروي: لا حدّاً لأكثره كما تقدم.

ولذا استشكل بعض المالكية ذلك؛ فقال: "واستشكلت المسألة من بعض شيوخ عبدالحق واللخمي بأن تحديد أقصى أمد الحمل بخمس سنين ليس فرضاً من الله تعالى ولا من رسوله ﷺ فينفي الولد وتحذ المرأة بمجاوزته بشهر، وعزا ابن يونس استعظام هذا للقابسي⁽³⁾؛ ونصه: حكى لنا بعض شيوخنا أن أبا الحسن القابسي كان يستعظم أن ينفي الولد عن الزوج الأول وأن تحذ المرأة حين زادت على الخمس سنين شهراً، كأن الخمس سنين فرض من الله ورسوله، وقد اختلف مالك رضي الله تعالى عنه وغيره في مدة الحمل؛ فقال مرة: يلحق إلى سبع سنين، وقال إلى دون ذلك، فكيف ينفي الولد وترجم المرأة والخلاف فيها على ذلك!"⁽⁴⁾.

وما استشكله هؤلاء المالكية مشكلاً عند كل من حدد أقصى أمد الحمل بالاستقراء؛ إذ كيف يقبل قول امرأة جاءت بولد لأربع سنين ويجعل قولها هو أقصى أمد الحمل، ثم يرد به قول كل امرأة جاءت بالولد لأكثر من أربع سنين!⁽⁵⁾.

ولذا قال الشوكاني: "...لم يرد دليل في حديث صحيح ولا حسن ولا ضعيف مرفوع إلى رسول الله ﷺ أن أكثر مدة الحمل أربع سنين، ولكنه قد اتفق ذلك ووقع كما تحكيه كتب التاريخ. غير أن هذا الاتفاق لا يدل على أن الحمل لا يكون أكثر من هذه المدة"⁽⁶⁾، وقال الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ: "...قوله: "وأكثر مدة الحمل أربع سنين؛ لأنها أكثر ما وُجد" هذا تعليل التحديد، وأصحاب هذا القول - وكذلك من يحد بأقل وبأكثر من ذلك - هم لا يقولون: إن المتجاوز لما حدده موقوف في نفس الأمر أنه ليس لاحقاً له، يقولون: من الممكن أن يكون له، لكن نحن محتاجون أن نحد جداً؛ لئلا يضطرب علينا، فنرتكب مفسدة ترك النادر مخافة الوقوع في أعداد كثيرة. هذا معنى ما

(1) المحلى (316/10).

(2) سنن الدارقطني برقم: (282) (322/3)، السنن الكبرى للبيهقي (443/7).

(3) أبو الحسن علي بن محمد بن خلف المعافري القروي القابسي المالكي (403هـ)، قال الذهبي في سيره: "الإمام الحافظ الفقيه العلامة عالم المغرب... كان عارفاً بالعلل والرجال والفقه والأصول والكلام، مصنفاً يقطاً ديناً تقياً، وكان ضريراً، وهو من أصح العلماء كتباً".

انظر: وفيات الأعيان (320/3)، سير الأعلام (158/17)، البداية والنهاية (351/11)، الديباج المذهب (ص199)، شذرات الذهب (168/3).

(4) منح الجليل (307/4).

(5) قال النووي رحمه الله في روضة الطالبين (377/8): "أكثر مدة الحمل أربع سنين فلو أبانها بخلع أو بالثلاث أو لعان ولم ينف الحمل فولدت لأربع سنين فأقل من وقت الفراق لحق الولد بالزوج..... أما إذا ولدت لأكثر من أربع سنين فالولد منفي عنه بلا لعان".

(6) السيل الجرار (334/2).

يقولون، أو لم يقولوه لكنه لازم لهم وإن لم يلفظوا به...“⁽¹⁾.

ثالثاً: أنا إن سلمنا ثبوت نسبة بعض هذه الحكايات إلى أصحابها؛ كحكاية الإمام مالك خبر حمل امرأة ابن عجلان، ثم سلمنا بعد ذلك جدلاً بأن مقتضى الحكاية يفيد أن الحمل لا يزيد عن أربع سنين، فإننا لا نسلم مقتضى هذه الحكاية؛ ذلك أن الحكاية ليست كنص الوحي الذي بعد ثبوت نسبه إلى الشارع لا يتطرق إليه الخطأ، أما الحكاية فإنها بعد صحة نسبتها إلى الإمام مالك يحتمل خطأها، وكون دمها انقطع أربع سنين ثم جاءت بولد، فيجوز أنها امتد طهرها سنتين أو أكثر ثم حبلت، ووجود الحركة مثلاً في البطن لو وجد ليس قاطعاً في الحمل لجواز كونه غير الولد⁽²⁾. ويفصل ذلك الإمام محمد بن الحسن بقوله: "...ولا أعلم ذكرتم ذلك إلا عن امرأة محمد بن عجلان؛ زعمتم أنها كانت تحمل أربع سنين، فكيف علمتم ذلك وزوجها حيٌ مقيم معها؟ والمرأة قد يرفع حيضتها الريح والداء يكون بها. ولو كان هذا كما تقولون لكان من قبلكم أعلم بهذا منكم، ولو كان هذا على ما تقولون لكان الولد حين تلده ينبغي أن يتكلم ويمشي! لان الولد لا يأتي عليه ثلاث سنين حتى يتكلم أو يمشي“⁽³⁾.

ويؤكد ما ذكره الحنفية في هذا الباب ما يسميه الأطباء في عصرنا الحاضر: الحمل الكاذب؛ ومن العجيب أن ابن الهمام رحمه الله ذكره فقال: "...ولقد أخبرنا عن امرأة أنها وجدت ذلك مدة تسعة أشهر من الحركة وانقطاع الدم وكبر البطن وإدراك الطلق، فحين جلست القابلة تحتها أخذت في الطلق، فكلما طلقت اعتصرت ماء، هكذا شيئاً فشيئاً إلى أن انضمر بطنها، وقامت عن قابلتها عن غير ولادة“⁽⁴⁾. يقول الدكتور محمد علي البار: "لا تزال هذه الحكايات رائجة في اليمن الشمالي والجنوبي. وقد وجدت نساءً ممن كن يترددن على عيادتي يزعمن أنهن حوامل لعدة سنوات. وبالفحص تبين أنهن لم يكن حوامل، وإنما كان ذلك الحمل الكاذب“⁽⁵⁾.

وما ذكر هنا في شأن الرد على حكاية امرأة ابن عجلان يرد على كل ما دُكر ويُذكر في هذا الباب من الحكايات قديماً وحديثاً⁽⁶⁾؛ ذلك أن "الحكايات محتملة للغلط؛ لأن عادة المرأة أنها تحتسب مدة الحمل من انقطاع الحيض، والانقطاع كما يكون بالحبل يكون بعد آخر، فجاز أن ينقطع الدم بالمرض بعد سنتين، ثم حبلت فبقي إلى سنتين"⁽⁷⁾.

وما ذكره الحنفية من وقوع الغلط في احتساب مدة الحمل يؤكد الأطباء اليوم؛ إذ يقول الدكتور البار: "تعتبر مدة الحمل الطبيعية (280) يوماً تحتسب من بدء آخر حيضة حاضتها المرأة. وبما أن الحمل يحدث في العادة في اليوم الرابع عشر من بدء الحيض تقريباً فإن مدة الحمل الحقيقية هي: (280-14=266) يوماً....وبما أن الحساب قد يخطئ، وخاصة إذا كانت العادة غير منتظمة؛ فإن بعض الأمهات يتحدثن عن فترة حمل طويلة جداً....أما تأخر الحمل أو تقدمه

(1) فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن إبراهيم (151/11).

(2) انظر: شرح فتح القدير (362/4)، حاشية ابن عابدين "رد المحتار على الدر المختار" (540/3).

(3) الحجة (430/3).

(4) شرح فتح القدير (362/4).

(5) خلق الإنسان بين الطب والقرآن (ص453).

(6) قد تقدم ذكر هذه الأخبار التي نقلها الفقهاء المتقدمون. وقد قال أخونا الدكتور عبدالرشيد قاسم في كتابه: "أحكام المرأة الحامل" (ص122): "حدثني الدكتور

بكر أبو زيد - عضو هيئة كبار العلماء في السعودية - أنه ثبت لديه حين كان قاضياً بالمدينة حملٌ دام أربع سنين، وأن الشيخ عبدالعزيز بن باز - مفتي عام

السعودية - رحمه الله ثبت لديه حمل دام سبع سنين حين كان يشغل منصب القضاء، وحين أورد ذلك على الأطباء في مناقشات مجمع الفقه الإسلامي

حاروا في الجواب".

(7) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (157/2).

أسبوعين عن المدة المحسوبة فهو أمر اعتيادي. وقد يتأخر الحمل - رغم ضبط الحساب - إلى شهر كامل⁽¹⁾.

رابعاً: أن الواقع يكذب ما حفلت به كتب التاريخ والتراجم من هذه الحكايات؛ فقد يسر الله لنا اليوم من علوم الطب ما كشف لنا استحالة الحمل الممتد سنين متطاوله، يقول الدكتور البار: "وينبغي أن ينبه من يدرسون في كتب الفقه على استحالة حدوث هذا الحمل الطويل الممتد سنيناً. وأنه نتيجة لوهم الأم الراغبة في الإنجاب في أغلب الحالات، أو من اختراع القصص وأساطيرهم"⁽²⁾.

وقد شكك الحنفية في أخبار من طال حملها عن السنتين لندرته؛ فقال السرخسي: "ولأن الأحكام تنبني على العادة الظاهرة، وبقاء الولد في بطن أمه أكثر من سنتين في غاية الندرة فلا يجوز بناء الحكم عليه"⁽³⁾، وكذا قال الزليعي: "ولأن أحكام الشرع تبني على الأعم الأغلب، وما زاد على ذلك في غاية الندرة فلا تتعلق بها الأحكام"⁽⁴⁾. ومثل ذلك فعل العمراني الشافعي في الرد على الاستدلال بأخبار من طال حملها عن الأربعة سنين إلى خمس سنين أو أزيد: "لم يثبت هذا متكرراً، فدل على بطلانه، وما روينا [يعني: بقاء الحمل إلى أربع سنين] قد ثبت متكرراً"⁽⁵⁾،

قلت: فما منع هذه الأخبار من التكرار اليوم!!! وقد انتشرت - بفضل الله - اليوم في أرجاء المعمورة المستشفيات المجهزة بأحدث التقنيات الكاشفة عن عمر الحمل في مراحلها المختلفة بدقة عالية، وتحدث في هذه المستشفيات في كل ساعة آلاف حالات الولادة دون أن تسجل حالة واحدة موثقة تطاول فيها عمر الحمل. ولو حدث مثل ذلك لسجلته مراكز البحث العلمي والموسوعات العالمية للأرقام القياسية، ولطارت بحبره وسائل الإعلام التي شغفت بالأخبار الغريبة العجيبة المثيرة. ولذا يقول الشيخ أبو زهرة: "...إن الاستقراء في عصرنا الحاضر لا يجد من الوقائع اليوم ما يؤيد التقدير بخمس ولا أربع ولا سنتين، وإنما الوقائع تؤيد التقدير بتسعة أشهر..."⁽⁶⁾.

الخاتمة:

تبين مما سلف أن كل تحديد لأقصى أمد الحمل بزمن معين لا أصل له في كتاب الله ولا في سنة رسوله، قال العلامة الشنقيطي: "...كل تحديد بزمن معين لا أصل له، ولا دليل عليه"⁽⁷⁾.

وتبين أن أكثر الفقهاء اجتهدوا في تحديد أقصى أمد الحمل بما نقل لهم من أخبار النساء في ذلك، وأن معظم هذه الأخبار لا تثبت عند التمحيص. يقول الدكتور مصطفى الزرقا: "معظم هذه المذاهب مبني على الاستقراء الناقص من أخبار آحاد الناس، وكان ينبغي تمحيص أقوال الناس وألا يسترسل في حُسن الظن بهم، ولا سيما أن مبدأ الحمل لا تتيسر معرفته بالضبط؛ إذ قد تسبقه فترة طويلة أو قصيرة ينقطع فيها الحيض، فيُظن أن المدة كلها للحمل، ويقع

(1) خلق الإنسان بين الطب والقرآن (ص451).

(2) خلق الإنسان بين الطب والقرآن (ص453).

(3) المبسوط (44/6).

(4) تبين الحقائق (45/3).

(5) البيان (13/11).

(6) الأحوال الشخصية (ص387).

(7) أضواء البيان (228/2).

الخطأ والاشتباه في حساب هذا الحمل“⁽¹⁾. ولا ريب أن الاعتماد على هذه الأقوال في إطالة أمد الحمل في غاية الخطورة ، ولذا قال الخطيب الشربيني : ”قال ابن عبدالسلام : وهذا مشكل مع كثرة الفساد في هذا الزمان“⁽²⁾.

كما تبين أن من الفقهاء من لم يرتض تحديد أقصى أمد الحمل بهذه الأخبار، فلم يجد للحمل حداً ما بقيت مظاهره قائمة، قال الشوكاني : ”إذا كان ظاهر بطن المرأة أن فيه حملاً؛ كأن يكون متعاضماً ولا علة بالمرأة تقتضي ذلك، وحيضها منقطع، وهي تجد ما تجده الحامل، فالانتظار متوجه ما دامت كذلك وإن طالت المدة. أما إذا كان ثم حركة في البطن كما يكون في بطن الحامل فلا يقول بأنها إذا مضت الأربع السنين لا يكون له حكم الحمل إلا من هو من أهل الجمود الذين لا يميزون؛ فإن الحمل ما هنا قد صار متيقناً بوجود الحركة التي لا تكون إلا من جنين موجود في البطن، ولا يجوز المصير إلى تجويز أن ذلك المتحرك غير جنين. وأما إذا لم يكن البطن متعاضماً، وليس إلا مجرد دعوى المرأة على الحمل بانقطاع حيضها، أو بغيره من القرائن التي لا تظهر وتحس، فيجب الانتظار إلى انقضاء المدة الغالبة وهي: التسعة الأشهر. فإن مضت ولم يظهر في بطنها ما يدل على الحمل من التعاضم والحركة فلا انتظار بعدها؛ لأن هذه المدة الغالبة لا تنقضي والبطن كما هي في غير الحامل“⁽³⁾.

وقد كشف لنا اليوم من علوم الطب بفضل الله ما بين أن أعراض الحمل قد تظهر على بعض النسوة دون أن يحملن، وذلك لإصابتهم بما يسمى : ”الحمل الكاذب“. يقول الدكتور البار : ”الحمل الكاذب : حالة تصيب النساء اللاتي يبيحثن عن الإنجاب دون أن ينجبن، فتنتفخ البطن بالغازات، وتتوقف العادة الشهرية، وتعتقد المرأة اعتقاداً جازماً بأنها حامل رغم تأكيد الفحوصات المخبرية والفحوصات الطبية بأنها غير حامل. وقد يحدث لإحدى هؤلاء الواهمات بالحمل الكاذب الذي تتصور أنه بقي في بطنها سنيماً، قد يحدث أنها تحمل فعلاً، فتضع طفلاً طبيعياً في فترة حملها، ولكنها نتيجة وهمها وإيهامها من حولها من قبل تتصور أنها قد حملته ثلاث أو أربع سنين“⁽⁴⁾.

ولضعف كثير من أخبار من طال حملها، ولاحتمال الخطأ في البعض الآخر منها رجح ابن رشد قديماً أقرب هذه أقوال إلى المعتاد في حمل النساء فقال : ”وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة، وقول ابن عبدالحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد، والحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر، ولعله أن يكون مستحيلاً“⁽⁵⁾.

وبالرجوع إلى الأطباء - وهم أهل الخبرة في هذا الاختصاص - نجدهم يقررون أن مدة الحمل الطبيعية هي (38) أسبوعاً (266 يوماً) غير أنه يعد من المعتاد أن يتقدم الحمل أو يتأخر أسبوعين (40 أسبوعاً=280 يوماً)، بل قد يتأخر الحمل إلى شهر كامل (42 أسبوعاً=294 يوماً). ثم تتضاءل بعد ذلك نسبة سلامة الجنين يوماً بعد يوم، ومن النادر أن ينجو من الموت جنين بقي في رحم أمه (45) أسبوعاً (315 يوماً). ولاستيعاب النادر والشاذ فإن هذه المدة تمد أسبوعين آخرين (47 أسبوعاً=330 يوماً)، ولم يعرف أن جنيناً امتدت به الحياة بعد بقائه هذه المدة في رحم أمه⁽⁶⁾.

(1) مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما (ص268).

(2) مغني المحتاج (3/390).

(3) السيل الجرار (2/334).

(4) خلق الإنسان بين الطب والقرآن (ص453).

(5) بداية المجتهد (2/268).

(6) خلق الإنسان بين الطب والقرآن (ص451)، الحيض والنفاس والحمل بين الفقه والطب للدكتور عمر الأشقر (1/176)، الموسوعة الفقهية الطبية (ص376).

أحكام المرأة الحامل في الشريعة الإسلامية ليحيى بن عبدالرحمن الخطيب (ص95)، أحكام المرأة الحامل وحملها للدكتور عبدالرشيد قاسم (ص111).

وإلى قريب من هذا ذهب أكثر قوانين الأحوال الشخصية في البلدان الإسلامية، إلا أنها بالغت في الاحتياط فجعلت أقصى مدة الحمل سنة شمسية (365 يوماً)، يقول الدكتور الزرقا: "بعد استفتاء الأطباء الشرعيين جعلت المدة سنة شمسية في التشريعين القائمين في الإقليمين [مصر وسوريا] وهذا تقدير سليم يؤيده رأي محمد بن الحكم، وفيه احتياط كاف للحالات النادرة"⁽¹⁾.

وهذا القول عندي هو أعدل الأقوال في المسألة، وهو ما اطمأنت إليه نفسي. ولو جعلوها سنة قمرية لكان أولى؛ إذًا لطابقوا قول محمد بن الحكم، ولقاربوا ما حدّه الأطباء، ولجأوا أحكام الشريعة المرتبطة بالشهور القمرية، ومنها أحكام العِدِّد. والله تعالى أعلم، والحمد لله رب العالمين.

• لائحة المصادر والمراجع :

- الإبهاج شرح المنهاج، للإمام علي بن عبدالكافي السبكي (756هـ)، بيروت - دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1404هـ.
- الإجماع، للإمام أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر (318هـ)، دراسة وتحقيق: الدكتور فؤاد عبدالمنعم أحمد، الإسكندرية - مؤسسة شباب الجامعة، 1411-1991.
- أحكام المرأة الحامل في الشريعة الإسلامية، ليحيى بن عبدالرحمن الخطيب، الأردن- دار النفائس، ط: الثالثة، 1420هـ.
- أحكام المرأة الحامل وحملها، الدكتور عبدالرشيد قاسم، الرياض- دار الكيان، ط: الأولى، 1426هـ-2005م.
- الأحوال الشخصية، للشيخ محمد أبو زهرة، القاهرة - دار الفكر العربي، ط: الثالثة، 1377هـ-1957م.
- أخبار العلماء بأخبار الحكماء، لجمال الدين أبو الحسن علي بن يوسف القفطي (646هـ)، تحقيق: إبراهيم شمس الدين، بيروت - دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1426هـ-2005م.
- الاختيار لتعليل المختار، للعلامة عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي (683هـ)، علق عليه: الشيخ محمود أبو رقيقة، استانبول - دار الدعوة.
- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، دمشق - المكتب الإسلامي، ط: الثانية، 1405هـ -1985م.
- الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبدالبر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر الأندلسي (463هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوي، بيروت - دار الجيل، ط: الأولى، 1412هـ.
- الاستذكار، لابن عبدالبر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر الأندلسي (463هـ)، تحقيق: سالم محمد عطا ومحمد علي معوض، بيروت - دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1421هـ-2000م.
- أسد الغابة، لعز الدين علي بن محمد بن الأثير الجزري (630هـ)، تحقيق: عبدالله القاضي، بيروت - دار الفكر، الطبعة: الثانية، 1409هـ-1989م.
- الإشراف على مذاهب العلماء، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (318هـ)، تحقيق: أبو حماد صغير أحمد محمد حنيف، الرياض - دار طيبة، ط: الأولى.
- الإصابة في تمييز الصحابة، للحافظ أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني (852هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوي، بيروت - دار الجيل، ط: الأولى، 1412هـ.

(1) مشروع قانون الأحوال الشخصية (ص 268).

- أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، لمحمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي (1393هـ)، مصر - مطابع المدني بمصر.
- الأعلام، لخير الدين الزركلي (1396هـ)، بيروت - دار العلم للملايين، ط: السادسة، 1984م.
- الأغاني، لأبي الفرج علي بن الحسين القرشي الأصفهاني (356هـ)، بيروت - دار إحياء التراث العربي.
- الإكمال في رفع الارتباب عن المؤلف والمختلف في الأسماء والكنى والأنساب، لسعد الملك، أبي نصر علي بن هبة الله بن جعفر بن ماکولا (475هـ)، بيروت - دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1411هـ - 1984م.
- الأم، للإمام أبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي (204هـ)، أشرف على طبعه وباشر تصحيحه: محمد زهري النجار، القاهرة - مكتبة الكليات الأزهرية، ط: الأولى، 1381 - 1961.
- الانتقال في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء، للحافظ أبي عمر يوسف بن عبدالبر (463هـ)، بيروت - دار الكتب العلمية، ط: بدون.
- الأنساب، لأبي سعد عبدالكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني (562هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين، نشر: بيروت - محمد أمين دمج، ط: أولى وثانية، 1400_1405هـ - 1980 - 1984م.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للعلامة زين الدين بن إبراهيم بن محمد الحنفي المعروف بابن نجيم (970هـ)، تحقيق: زكريا عميرات، بيروت - دار الكتب العلمية.
- البحر المحيط في أصول الفقه، لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي (751هـ)، تحقيق: الدكتور محمد محمد تامر، بيروت - دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1421هـ - 2000م.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي (595هـ)، بيروت - دار الفكر.
- البداية والنهاية، لأبي الفداء إسماعيل بن كثير (774هـ)، بيروت - مكتبة المعارف، الطبعة: الثانية، 1977م.
- البدر الطالع، للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني (1250هـ) بيروت - دار المعرفة.
- البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير العمراني الشافعي اليميني (558هـ)، تحقيق: قاسم محمد النوري، بيروت - دار المنهاج، ط: الأولى.
- تاريخ الجبرتي (عجائب الآثار في التراجم والأخبار)، للعلامة عبدالرحمن بن الحسن الجبرتي الزيلعي العقيلي المصري الحنفي (ت1237هـ)، بيروت - دار الجيل.
- تاريخ ابن خلدون، للعلامة عبدالرحمن بن محمد ابن خلدون (808هـ)، بيروت - دار القلم، ط: الخامسة، 1984م.
- تاريخ الإسلام، للحافظ شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي (748هـ)، تحقيق: الدكتور عمر عبدالسلام التدمري، بيروت - دار الكتاب العربي، ط: الأولى، 1407هـ - 1987م.
- تاريخ الطبري (تاريخ الأمم والملوك)، لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري (310هـ)، بيروت - دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1407هـ.
- التاريخ الكبير، لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري (256هـ)، نشر: بيروت - دار الفكر، تصوير طبعة حيدر آباد الدكن بالهند.
- تاريخ بغداد، للحافظ أبي بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي (463هـ)، بيروت - دار الكتاب العربي.
- تاريخ مدينة دمشق، للإمام الحافظ ابن عساكر أبي القاسم علي بن الحسن بن هبة الله (571هـ)، تحقيق: محب الدين عمر بن غرامة العمروي، ط: بدون، 1415هـ.

- التبيان في أقسام القرآن، لابن القيم الجوزية شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب (751هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، بيروت - دار المعرفة.
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، للعلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي (743هـ)، مصر - المطبعة الأميرية ببولاق، ط: الأولى، 1313هـ .
- التحفة اللطيفة في تاريخ المدينة الشريفة، لشمس الدين محمد بن عبدالرحمن السخاوي (902هـ)، بيروت - دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1414هـ-1993م.
- تحفة المودود بأحكام المولود، لابن القيم الجوزية شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب (751هـ)، تحقيق: عبدالقادر الأرنؤوط، الرياض - دار عالم الكتب، ط: الأولى، 1412-1992.
- تذكرة الحمدونية، لأبي المعالي بهاء الدين محمد بن الحسن بن محمد بن علي بن حمدون البغدادي (562هـ)، نشر: بيروت - دار صادر، ط: الأولى، 1417هـ.
- التذكرة الحفاظ، للإمام محمد بن طاهر بن القيسراني (507هـ)، تحقيق: حمدي عبدالمجيد السلفي، نشر: الرياض - دار الصمعي، ط: الأولى، 1415هـ.
- تفسير البغوي (معالم التنزيل)، للإمام أبي محمد الحسين بن مسعود البغوي (516هـ)، تحقيق: خالد عبدالرحمن العك، مراجعة: نظير الساعدي، بيروت - دار المعرفة.
- تفسير الثعلبي، لأبي إسحاق أحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي النيسابوري (427هـ)، تحقيق: الإمام أبي محمد بن عاشور، مراجعة: نظير الساعدي، بيروت - دار إحياء التراث العربي، ط: الأولى، 1422هـ-2002م.
- تفسير الطبري (جامع البيان عن تأويل القرآن)، لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري (310هـ)، بيروت - دار الفكر، 1405هـ.
- تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن)، للإمام أبي عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (671هـ)، مصر - الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط: الثالثة، 1987م.
- التفسير الكبير، للإمام فخر الدين محمد بن عمر التميمي الرازي (604هـ)، بيروت - دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1421هـ-2000م.
- تفسير الكشاف، للإمام محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي (538هـ)، تحقيق: عبدالرزاق المهدي، بيروت - دار إحياء التراث العربي.
- تفسير المراغي، للشيخ أحمد بن مصطفى المراغي (1371هـ)، القاهرة - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ط: الأولى، 1365هـ-1946م.
- تقريب التهذيب، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني (852هـ)، تحقيق: الشيخ محمد عوامة، نشر حلب - دار الرشيد، ط: الثالثة، 1411هـ - 1991م.
- التقرير والتحبير على كتاب التحرير، لابن أمير الحاج (879هـ)، بيروت - دار الفكر، 1417هـ - 1996م.
- تكملة الإكمال، لأبي بكر محمد بن عبدالغني البغدادي (629هـ)، تحقيق: د. عبدالقيوم بن عبد رب النبي، مكة المكرمة - جامعة أم القرى، ط: الأولى، 1410هـ.
- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، للحافظ أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني (852هـ)، تحقيق: د. شعبان محمد إسماعيل، القاهرة - مكتبة الكليات الأزهرية.

- تلقيح فهوم أهل الأثر، لأبي الفرج عبدالرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي (597هـ)، بيروت - دار الأرقم بن أبي الأرقم، ط: الأولى، 1997م.
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، للحافظ أبي عمر يوسف بن عبدالبر (463هـ)، توزيع: مكة المكرمة - المكتبة التجارية، ط: بدون.
- تهذيب التهذيب، لابن حجر أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (852هـ)، تحقيق: إبراهيم الزبيق وعادل مرشد، بيروت - مؤسسة الرسالة، ط: الأولى، 1416هـ.
- تهذيب الكمال في أسماء الرجال، لجمال الدين أبي الحجاج يوسف المزي (742هـ)، تحقيق: الدكتور بشار عواد معروف، بيروت - مؤسسة الرسالة، ط: الأولى، 1418هـ.
- تيسير التحرير، للشيخ محمد أمين المعروف بأمير باد شاه (نحو 972هـ)، بيروت - دار الفكر.
- الثقات، لابن حبان محمد بن حبان البستي (354هـ)، تحقيق: السيد شرف الدين أحمد، بيروت - دار الفكر، ط: الأولى، 1395هـ.
- الجرح والتعديل، لابن أبي حاتم عبدالرحمن بن محمد بن إدريس الرازي (327هـ)، بيروت - دار إحياء التراث العربي، ط: الأولى، 1371هـ.
- حاشية الدسوقي على مختصر خليل، للشيخ محمد بن أحمد عرفة الدسوقي (1392هـ)، بيروت - دار الفكر.
- الحاوي (كتاب العِدَد)، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (450هـ)، تحقيق: وفاء معتوق حمزة فراش، معلومات النشر: بدون، ط: الأولى، 1413هـ - 1993م..
- الحجة على أهل المدينة، للإمام أبي عبدالله محمد الحسن الشيباني (189هـ)، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني، حيدر أباد الدكن بالهند - لجنة إحياء المعارف العثمانية، 1389هـ-1969م.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للشيخ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (1230هـ)، بيروت - دار الفكر.
- حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، للشيخ عبدالحميد الشرواني (؟هـ)، بيروت - دار الفكر.
- حلية الأولياء، لأبي نعيم أحمد بن عبدالله الأصبهاني (430هـ)، بيروت - دار الكتاب العربي، ط: الرابعة، 1405هـ.
- الحيض والنفاس والحمل بين الفقه والطب، للدكتور عمر بن سليمان الأشقر، (مطبوع ضمن كتاب دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة)، الأردن- دار النفائس، ط: الأولى، 1993م.
- خلق الإنسان بين الطب والقرآن، للدكتور محمد بن علي البار، جدة - الدار السعودية للنشر والتوزيع، ط: الثالثة، 1402هـ-1981م.
- دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، تأليف: أ.د. عمر بن سليمان الأشقر، أ.د. محمد عثمان شبير، د. عبدالناصر أبو البصل، د. عارف علي عارف، عباس أحمد الباز. الأردن- دار النفائس، ط: الأولى، 1421هـ-2001م.
- الدراية في تحريج أحاديث الهداية، للحافظ أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (852هـ)، تصحيح: السيد عبدالله هاشم اليماني المدني، المدينة المنورة، السيد عبدالله هاشم اليماني المدني، ط: الأولى، 1384هـ - 1964.
- الديباج المذهب، لإبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي (؟هـ)، بيروت - دار الكتب العلمية.
- ربيع الأبرار ونصوص الأخيار، لجار الله محمود بن عمر الزنجشري الخوارزمي (538هـ)، تحقيق: عبدالرزاق المهدي، بيروت - مؤسسة الأعلمي، ط: الأولى، 1412هـ.

- رد المختار على الدر المختار، للعلامة محمد أمين الشهير بابن عابدين (1252هـ)، بيروت - دار إحياء التراث العربي، ط: الثانية، 1407هـ - 1987م.
- روضة الطالبين، للإمام يحيى بن شرف النووي (676هـ)، بيروت - المكتب الإسلامي، ط: الثانية، 1405هـ.
- الروض الأنف، للإمام عبدالرحمن بن عبدالله السهيلي (581هـ)، معلومات النشر: بدون.
- زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن القيم الجوزية شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب (751هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعبدالقادر الأرنؤوط، بيروت - مؤسسة الرسالة، الكويت - مكتبة المنار الإسلامية، ط: الثالثة، 1402هـ - 1982م.
- سنن ابن ماجه، لأبي عبدالله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني (273هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، القاهرة - دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي.
- سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني (275هـ)، تحقيق: عزت عبيد الدعاس، عادل السيد، حمص - دار الحديث، ط: الأولى، 1388هـ - 1969م.
- سنن الترمذي، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة (279هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، محمد فؤاد عبدالباقي، بيروت - دار إحياء التراث العربي.
- سنن الدارقطني، للإمام علي بن عمر الدارقطني (385هـ)، بيروت - عالم الكتب، ط: الثانية، 1403هـ - 1983م.
- سنن الدارمي، للإمام أبي محمد عبدالله بن عبدالرحمن بن الفضل بن بهرام الدارمي (255هـ)، تحقيق: الدكتور مصطفى ديب البغا، دمشق - دار القلم، ط: الأولى، 1412هـ - 1991م.
- السنن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي (458هـ)، بيروت - دار المعرفة.
- السنن الكبرى، للإمام أحمد بن شعيب النسائي (303هـ)، تحقيق: عبدالغفار البنداري، بيروت - دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1411هـ.
- سنن النسائي (المجتبى)، للإمام أحمد بن شعيب النسائي (303هـ)، حلب - مكتبة المطبوعات الإسلامية، ط: الثانية، 1406هـ - 1986م.
- سنن سعيد بن منصور، لسعيد بن منصور بن شعبة الخراساني (227هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، نشر: بيروت - دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1405هـ - 1985م.
- سير أعلام النبلاء، للحافظ شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي (748هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين، بيروت - مؤسسة الرسالة، ط: الأولى، 1401هـ - 1981م.
- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، للإمام محمد بن علي الشوكاني (1250هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين، القاهرة - لجنة إحياء التراث الإسلامي بالجلس الأعلى للشئون الإسلامية بوزارة الأوقاف الإسلامية، ط: الثانية، 1403هـ - 1982م.
- شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لعبدالحى بن العماد الحنبلي (1089هـ)، بيروت - دار الأفق الجديدة.
- شرح الزرقاني على مختصر خليل، للشيوخ محمد بن عبدالباقي الزرقاني (1122هـ)، بيروت - دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1411هـ.
- الشرح الكبير، لشمس الدين أبي الفرج عبدالرحمن بن أبي عمر المقدسي (682هـ)، تحقيق: الدكتور عبدالله بن عبدالحسن التركي، القاهرة - دار هجر للطباعة والنشر، ط: الأولى، 1416هـ - 1996م.

- شرح علل الترمذي، للإمام عبدالرحمن بن رجب الحنبلي (795هـ)، تحقيق: الدكتور همام عبدالرحيم سعيد، الأردن - مكتبة المنار، ط: الأولى، 1407هـ-1987م.
- شرح فتح القدير، للإمام كمال الدين ابن الهمام محمد بن عبدالواحد السيواسي (861هـ)، بيروت - دار الفكر للطباعة والنشر، ط: الثانية.
- شرح مشكل الآثار، للإمام أحمد بن محمد بن سلامة الجصاص الطحاوي (321هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، بيروت - مؤسسة الرسالة، ط: الأولى، 1408هـ-1987م.
- شرح منتهى الإرادات (دقائق أولي النهى لشرح المنتهى)، لمنصور بن يونس البهوتي (1051هـ)، نشر: بيروت - دار الفكر.
- صحيح البخاري، لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري (256هـ)، اعتنى به: أبو صهيب الكرمي، الرياض - بيت الأفكار الدولية للنشر، 1419هـ - 1998م.
- صحيح مسلم، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري (261هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، نشر: القاهرة - دار إحياء الكتب العربية.
- الضعفاء، للإمام أبي جعفر محمد بن أحمد بن عمر العقيلي (322هـ)، تحقيق: عبدالمعطي أمين قلعجي، بيروت - دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1404هـ-1984م.
- الضوء اللامع، لشمس الدين محمد بن عبدالرحمن السخاوي (902هـ)، بيروت - دار مكتبة الحياة.
- طبقات الحنفية، للعلامة عبدالقادر بن أبي الوفاء القرشي (775هـ)، كراتشي - مير محمد كتب خانة.
- طبقات الشافعية، لأبي بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شعبة (851هـ)، تحقيق: الدكتور الحافظ عبدالعليم خان، بيروت - عالم الكتب، ط: الأولى، 1407هـ.
- طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين عبدالوهاب بن علي السبكي (771هـ)، تحقيق: الدكتور عبدالفتاح محمد الحلو والدكتور محمود محمد الطناحي، مصر - دار هجر للطباعة والنشر، ط: الثانية، 1413هـ.
- طبقات الفقهاء، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (476هـ)، تحقيق: خليل الميس، بيروت - دار القلم.
- الطبقات الكبرى، لمحمد بن سعد بن منيع (230هـ)، تحقيق: د. إحسان عباس، نشر: بيروت - دار صادر، 1405-1985.
- الطبقات المفسرين، لأحمد بن محمد الداودي (توفي في القرن الحادي عشر)، تحقيق: د. سليمان بن صالح الخزي، نشر: المدينة المنورة - مكتبة العلوم والحكم، الطبعة: الأولى، 1417هـ-1997م.
- العبر في خبر من غبر، للحافظ شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي (748هـ)، تحقيق: فؤاد سيد، الكويت - دائرة المطبوعات والنشر، 1961م.
- العزيز شرح الوجيز، لأبي القاسم عبدالكريم بن محمد الرافعي القزويني (623هـ)، تحقيق وتعليق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبدالموجود، بيروت - دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1417هـ - 1997م.
- عيون الأنباء في طبقات الأطباء، لموفق الدين أبي العباس أحمد بن القاسم بن خليفة بن يونس السعدي الخزرجي (668هـ)، تحقيق: الدكتور نزار رضا، بيروت - دار مكتبة الحياة.
- فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ (395هـ)، جمع وترتيب: محمد بن عبدالرحمن بن قاسم النجدي، مكة المكرمة - مطبعة الحكومة، ط: الأولى، 1399هـ.

- فتح الباب في الكنى والألقاب، للإمام أبي عبدالله محمد بن إسحاق بن مندة الأصبهاني (395 هـ)، تحقيق: أبي قتيبة نظر محمد الفاريابي، السعودية - دار الكوثر، ط: الأولى، 1417 هـ - 1996 م.
- فتح الباري بشرح صحيح الإمام البخاري، للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (852 هـ)، القاهرة - المطبعة السلفية ومكبتها، ط: الثالثة، 1407 هـ.
- الفروق (أنوار البروق في أنواع الفروق)، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (684 هـ)، بيروت - عالم الكتب، ط: (بدون).
- الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة، للحافظ شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي (748 هـ)، تحقيق: محمد عوامة وأحمد محمد نمر الخطيب، نشر: جدة - دار القبلة للثقافة الإسلامية، ط: الأولى، 1413 هـ.
- الكافي، لابن عبد البر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر الأندلسي (463 هـ)، بيروت - دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1407 هـ.
- الكامل في التاريخ، لعز الدين علي بن محمد بن الأثير الجزري (630 هـ)، تحقيق: عبدالله القاضي، بيروت - دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، 1415 هـ.
- الكامل في ضعفاء الرجال، لابن عدي عبدالله بن عدي الجرجاني (365 هـ)، تحقيق: يحيى مختار غزاوي، بيروت - دار الفكر، ط: الثالثة، 1409 هـ.
- كرامات الأولياء، لهبة الله بن الحسن بن منصور الطبري اللالكائي (418 هـ)، تحقيق: د. أحمد بن سعد حمدان، الرياض - دار طيبة، ط: الأولى، 1412 هـ.
- كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي (1051 هـ)، مراجعة وتعليق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، بيروت - عالم الكتب، ط: 1403 هـ - 1983 م.
- كشف المشكل، لأبي الفرج عبدالرحمن بن علي الجوزي (597 هـ)، تحقيق: علي حسن البواب، الرياض - دار الوطن، 1418 هـ - 1997 م.
- اللباب في تهذيب الأنساب، لعز الدين ابن الأثير الجزري (630 هـ)، نشر: بيروت - دار صادر، 1400 هـ - 1980 م.
- اللباب في شرح الكتاب، للشيخ عبدالغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، تحقيق: محمود أمين النواوي، بيروت - دار الكتاب العربي.
- لسان الميزان، لابن حجر أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (852 هـ)، بيروت - مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، ط: الثالثة، 1406 هـ.
- المبسوط، لشمس الأئمة أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (490 هـ)، بيروت - دار الفكر.
- المجروحين، لابن حبان محمد بن حبان البستي (354 هـ)، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، حلب - دار الوعي، ط: بدون.
- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لشيخ زاده عبدالرحمن بن محمد بن سليمان الكليولي (1078 هـ)، خرج آياته: خليل عمران المنصور، بيروت - دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1419 هـ - 1998 م.
- المجموع شرح المهذب، للإمام يحيى بن شرف النووي (676 هـ)، حققه وعلق عليه وأكمله بعد نقصانه: الشيخ محمد نجيب المطيعي (1406 هـ)، جدة - مكتبة الإرشاد.
- مجموع فتاوي شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم وابنه محمد، أمر بطبعه: خادم الحرمين الشريفين الملك فهد بن عبدالعزيز آل سعود، 1404 هـ.

- الحصول، للإمام محمد بن عمر بن الحسين الرازي (606هـ)، تحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، الرياض - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط: الأولى، 1400هـ.
- المحلى، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم القرطبي (456هـ)، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، بيروت - دار الآفاق الجديدة.
- مختصر اختلاف العلماء، للإمام أحمد بن محمد بن سلامة الجصاص الطحاوي (321هـ)، تحقيق: الدكتور عبدالله نذير أحمد، بيروت - دار البشائر الإسلامية، ط: الثانية، 1417هـ.
- المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس الأصبحي (179هـ)، بيروت - دار صادر، ط: بدون.
- المستدرک على الصحيحين، لأبي عبدالله محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري (405هـ)، بيروت - دار المعرفة.
- المستصفي في أصول الفقه، لحجة الإسلام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي (505هـ)، تحقيق: محمد عبدالسلام الشافي، بيروت - دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1413هـ.
- المسند، للإمام أحمد بن محمد بن حنبل (241هـ)، الرياض - بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، ط: الأولى، 1419هـ-1998م.
- مسند البزار، للإمام أبي بكر أحمد بن عمرو بن عبدالحق البزار (292هـ)، تحقيق: الدكتور محفوظ الرحمن زين الله، المدينة المنورة - مكتبة العلوم والحكم، ط: الأولى، 1409هـ.
- مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، تم وضعه على يد لجنة خاصة برئاسة الدكتور مصطفى الزرقا ما بين (1959-1961م)، بيروت - دار القلم، ط: الأولى، 1416هـ-1996م.
- المصنف في الأحاديث والآثار، لعبدالله بن محمد ابن أبي شيبة (235هـ)، تحقيق: عامر العمري الأعظمي ومختار أحمد الندوي، بومبلي - الدار السلفية.
- المصنف، لعبدالرزاق بن همام الصنعاني (211هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، بيروت - المكتب الإسلامي، ط: الثانية، 1403هـ - 1983م.
- المعارف، لابن قتيبة عبدالله بن مسلم بن قتيبة الدينوري (276هـ)، تحقيق: د. ثروت عكاشة، القاهرة - دار المعارف.
- المعجم الأوسط، للإمام أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني (360هـ)، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد وعبدالمحسن بن إبراهيم الحسيني، القاهرة - دار الحرمين، 1415هـ.
- معجم المؤلفين، للأستاذ عمر رضا كحالة، اعتنى به: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بيروت - مؤسسة الرسالة، ط: الأولى، 1414هـ - 1993م.
- معرفة السنن والآثار، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي (458هـ)، تحقيق: الدكتور عبدالمعطي أمين قلعجي، بيروت - دار قتيبة للطباعة والنشر، ط: الأولى، 1412هـ.
- مغني المحتاج إلى معاني ألفاظ المنهاج، للشيخ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (977هـ)، بيروت - دار الفكر.
- المغني في الضعفاء، للحافظ شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي (748هـ)، تحقيق: الدكتور نور الدين عتر، ط: بدون.
- المغني، تحقيق: د. عبدالله التركي، د. عبدالفتاح الحلو، القاهرة - هجر للطباعة والنشر، ط: الأولى، 1406_1411هـ / 1986_1990م.
- مفردات ألفاظ القرآن، للعلامة الراغب الأصفهاني (في حدود 425هـ)، تحقيق: صفوان عدنان داوودي، دمشق - دار القلم، بيروت - الدار الشامية، ط: الأولى، 1412هـ - 1992م.

- المقصد الأرشدي في ذكر أصحاب الإمام أحمد، لبرهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح (884هـ)، تحقيق د. عبدالرحمن العثيمين، الرياض - مكتبة الرشد، ط: الأولى، 1410هـ - 1990 م.
- المنتظم في تاريخ الملوك والأمم، لأبي الفرج عبدالرحمن بن علي الجوزي (597هـ)، نشر: حيدر آباد - دائرة المعارف العثمانية، ط: الأولى، 1357هـ.
- منح الجليل شرح مختصر خليل، للشيخ محمد بن أحمد عيش (1299هـ)، بيروت - دار الفكر، 1409هـ - 1989م.
- منهاج السنة النبوية، لشيخ الإسلام أحمد بن عبدالحليم بن عبدالسلام ابن تيمية (728هـ)، تحقيق: الدكتور محمد رشاد سالم، بيروت - مؤسسة قرطبة، ط: الأولى، 1406هـ.
- الموسوعة الفقهية الطبية، لأحمد محمد كنعان، بيروت - دار النفائس، ط: الأولى، 1420هـ - 2000م.
- الموطأ، لإمام الأئمة وعالم المدينة مالك بن أنس رضي الله عنه (179هـ)، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبدالباقي، مكة المكرمة - المكتبة التجارية.
- ميزان الاعتدال في نقد الرجال، للحافظ شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي (748هـ)، تحقيق: علي معوض وعادل عبدالموجود، بيروت - دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1995م.
- النسب وآثاره، للدكتور محمد يوسف موسى، القاهرة - دار المعرفة، معهد البحوث والدراسات الغربية بجامعة الدول العربية، ط: الثالثة، 1988م.
- نصب الراية لأحاديث الهداية، لجمال الدين عبدالله بن يوسف الزيلعي (762هـ)، الهند - المجلس العلمي، ط: الثانية، 1393هـ.
- نهاية المحتاج، للشيخ محمد بن أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي (1004هـ)، بيروت - دار الفكر، 1404هـ - 1984م.
- النهاية في غريب الحديث والأثر، لمجد الدين أبي السعادات المبارك محمد بن الأثير (606هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، دار الفكر - طبعة بالأوفست عن الطبعة الأولى، ط: 1383هـ - 1963م.
- الوافي بالوفيات، لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي (764هـ)، تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى، بيروت - دار إحياء التراث العربي، ط: الأولى، 1420هـ - 2000م.
- الوفيات، لأبي المعالي محمد بن رافع السلامي (774هـ)، تحقيق: صالح مهدي عباس ود. بشار عواد معروف، بيروت - مؤسسة الرسالة، ط: الأولى، 1402هـ.
- وفيات الأعيان وأنبياء أبناء الزمان، لشمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان (681هـ)، تحقيق: د. إحسان عباس، بيروت - دار صادر.

سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي



أمل ملاحى : دكتوراه في القانون الخاص

مختبر الدراسات في الطفل والأسرة والتوثيق

جامعة سيدي محمد بن عبد الله المملكة المغربية

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-فاس

مقدمة :

أدى التطور المستمر والمتلاحق الذي يشهده المجتمع في المجالين الاقتصادي والتقني إلى اختلال في التوازن العقدي إذ غالبا ما يستغل أحد المتعاقدين الذي يتمتع بسلطة أو نفوذ مهني أو معرفي أو اقتصادي وضعه المتفوق في وضع شروط قد تكون مجحفة بالنسبة للطرف الآخر الذي يضطر للقبول لحاجة أم لجهل بجيئات العقد ما يضعه في موقع الطرف الضعيف في العقد، فالاتفاق المبرم بين الطرفين يحقق منفعة لهذا المتعاقد أكبر بكثير من المنفعة التي يحققها المتعاقد الآخر وهذا هو مضمون الشرط الجزائي.

والشرط الجزائي رغم كونه شرطا مجحفا إلا أن له دورا كبيرا في إضفاء صفة الإلزامية على العقود الأمر الذي يساعد على تنفيذها، هذا بالإضافة إلى أنه يؤدي إلى التقليل من المنازعات التي تثور بشأن ركن الضرر وحجم التعويض المستحق، وهذا بطبيعة الحال يؤدي إلى الحيلولة دون تدخل القضاء أحيانا وتحكمه في التقدير سواء من خلال القاضي نفسه أو من خلال الاستعانة بالخبراء مما يؤدي إلى توفير الوقت والجهد والمال الواقع سواء على عاتق المتعاقدين أو على عاتق القضاء.

والأصل في هذا الشرط هو تنفيذه كما اتفق عليه الطرفان أي يجب على المدين دفع ما التزم به بموجب هذا الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي، إلا في حالات معينة أجاز المشرع للقاضي التدخل لتعديل العقد المقترن بالشرط الجزائي بإنقاصه أو بزيادته حسب الأحكام التي جاء بها المشرع، لذا نبحت في مطلب أول مفهوم الشرط الجزائي والدور المنوط به وفي مطلب ثاني سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي. ففيما يمثل هذا

الشرط يا ترى؟ وما هي شروط استحقاقه؟ وبما أن أبرز جهاز يعول عليه لحماية الاطراف الضعيفة هو جهاز القضاء، فمن خلال قراراته و احكامه التي تمثل المستوى العملى للقاعدة القانونية بإمكانه ان يلعب دورا مهما في تحقيق التوازن العقدي و التخفيف من حدة الاجحاف و الاستغلال الممارس على الاطراف الضعيفة، فإلى أي حد تمتد سلطة القاضي على صحة وتقدير الشرط الجزائي؟

للإجابة عن هذه التساؤلات سنتناول الموضوع وفق التصميم التالي :

المبحث الأول : مفهوم الشرط الجزائي والدور المنوط به.

المطلب الأول : مفهوم الشرط الجزائي.

المطلب الثاني : الدور المنوط به.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.

المطلب الأول: تأثير مبدأ سلطان الإرادة على سلطة القضاء في تعديل الشرط الجزائي.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في مراجعة الشرط الجزائي من خلال القانون المغربي والاجتهاد القضائي.

المبحث الأول : مفهوم الشرط الجزائي والدور المنوط به :

يقضي منا الحديث عن الشرط الجزائي بيان مفهومه في مطلب أول، ثم تحديد الدور المنوط في مطلب ثان.

المطلب الأول : مفهوم الشرط الجزائي :

يعرف الشرط الجزائي بعبارة تعريفات متعددة تتفق في النهاية على أنه بند عقدي يدرجه المتعاقدان في عقدهما أو في اتفاق لاحق لضمان احترام العقد وكفالة تنفيذه بحيث إذا أحل المتعاقد بالتزامه أدى مبلغا معيناً للمتعاقد الآخر، فهو في الحقيقة تقدير اتفاقي للتعويض قد يتمثل في مبلغ نقدي أو في عمل أو امتناع عن عمل وقد يكون تقصيرا لميعاد أو تغيير لمكان تنفيذ الالتزام¹.

ويعرف أحد الفقهاء المغاربة الشرط الجزائي بأنه اتفاق بمقتضاه يحدد طرفا العقد مسبقا مقدار التعويض المستحق للدائن في حالة إخلال المدين جزئيا أو كليا بالتزاماته التعاقدية أو تأخره في تنفيذها؛ فهو إذن تقدير اتفاقي للتعويض الواجب أدائه للدائن في حالة تقاعس المدين عن الوفاء².

وبالرجوع الى مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 264 من قانون الالتزامات والعقود المغربي لا نجد تعريفا دقيقا لمفهوم الشرط الجزائي لكن نستنتج من خلال قراءة هذه المعطيات أن المدين يكون ملتزم بالتعويض عن الضرر الحاصل للدائن إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر عن تنفيذ الالتزام والأصل أن تقدير الظروف الخاصة لكل حالة يرجع إلى سلطة المحكمة التي ألزمتها القانون بتقدير التعويض حسب درجة خطأ المدين أو تدليسه وهو المبدأ الذي أقرته الفقرة الأولى من المادة السالفة الذكر.

1- محمد شتا أبو سعد: التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية. دار الجامعة الجديدة للنشر. طبعة 2001. ص 64

2- أحمد ادريوش: الاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الالتزامات والعقود. سلسلة المعارف القانونية. ع:4. سنة: 1997، ص 143

أما الفقرة الثانية من المادة 264 فجاءت لتقرر مبدأ قانوني من خلاله سمح المشرع المغربي للأطراف حرية الاتفاق على الاضرار التي تلحق الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام الاصيلي كلياً او جزئياً او التأخير في تنفيذه. وعليه فإن الشرط الجزائي هو بمثابة تعويض للالتزام يتم من خلال تحديد قيمة التعويض الواجب أدائه في حالة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير في تنفيذه.

وعبارة "قد تلحق" الواردة في الفقرة الثانية من الفصل 264 تفيد أن الاتفاق على التعويض لا بد ان يكون سابقاً على واقعة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه كما أن تطبيق التعويض الاتفاقي مرتبط بمحدث الضرر إلا أن الإشكال الذي يطرح في الموضوع هو أن المشرع المغربي لم يحدد أولاً الكيفية القانونية التي يتم فيها الاتفاق على تحديد التعويض الاتفاقي فهو لم يحدد لا الحد الأدنى أو الأقصى لهذا الاتفاق.

وعموما تبقى مسألة الاتفاق على تحديد التعويض تخضع للمبادئ الأخلاقية حتى لا تتحول الحرية التعاقدية ومبدأ القوة الملزمة للعقد إلى وسائل قانونية تساهم في تكريس استغلال القوي للضعيف وهو السبب الذي جعل المشرع المغربي يعطي للقاضي سلطة التعويض الاتفاقي.

إذن وانطلاقاً من المفاهيم المذكورة أعلاه يلاحظ على أن الشرط الجزائي، الذي يعني البذل عن العطل والضرر، يؤديه المدين في حالة إخلاله بالتزاماته العقدية، أو تفاقم مخاطر إعساره وعجزه عن مواجهة الأعباء المالية الناشئة عن العقد، دون اضطرار الدائن إلى ملاحقة المدين أمام القضاء وإجباره على التنفيذ العيني أو مطالبته بالتعويض عن العطل والضرر، وما تخضع له هذه المطالبة من أصول شكلية قد تطول مدتها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن التعويض عن العطل والضرر المتوجب للدائن المحدد بواسطة القضاء يخضع لمقتضيات الفصلين 263 والفقرة الأولى من المادة 264 من قانون الالتزامات والعقود بحيث يجب ألا يزيد التعويض عن قيمة الخسارة اللاحقة بالدائن مضافاً إليها ربحه وكسبه الفائت.

فهذا التقدير القضائي للتعويض عن العطل والضرر أثار كثيراً من الجدل للأسباب التالية :

صعوبة التمييز بين الأضرار المباشرة وغير المباشرة.

صعوبة تقدير الضرر لخضوعه لمعارف فنية خاصة يضطر معها القضاة إلى الاستعانة بالخبراء وما يترتب عن ذلك من بطء في التنفيذ وزيادة في النفقات.

صعوبة إثبات الضرر للحصول على التعويض لأن عبء الإثبات يقع على الدائن الذي يتطلب منه إثبات نكول المدين وإخلاله بالالتزامات المترتبة عليه.

يتمتع القضاة بسلطة واسعة في تقرير فداحة الضرر الذي يعني فوات الكسب والربح وما لحق الدائن من خسارة وكذا تقدير التعويض المناسب دون أن يخضعوا في تقديرهم هذا لرقابة المجلس الأعلى، وقد يؤدي ذلك إلى عدم تمكن الدائن من الحصول على ما كان يأمله من تعويض مهما قدم من حجج لدعم وجهة نظره التي تثبت حقه.

هذه الأسباب وغيرها، دفعت للمتعاقدين إلى الاتفاق على تحديد بدل العطل والضرر حيباً، بموجب بند جزائي يدرج في متن العقد أو في اتفاق لاحق له، إذا نكل المدين أو تأخر عن تنفيذ الموجب المترتب عليه. والأصل في هذا

الشرط هو تنفيذ كما اتفق عليه الطرفان أي يجب على المدين دفع ما التزم به بموجب هذا الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي، إلا في حالات معينة أجاز المشرع للقاضي التدخل لتعديل العقد المقترن بالشرط الجزائي بإنقاصه أو زيادته حسب الاحكام التي جاء بها المشرع.

المطلب الثاني : الدور المنوط بالشرط الجزائي :

إن تضمين العقود شروطا جزائية يشكل عاملا مهما لضمان السلامة العقدية، من حيث إن هذا الشرط أصبح يشكل تقنية ناجحة لحمل المتعاقدين على الوفاء بالتزاماتهم العقدية، إذ بالنظر للتعقيد الذي أصبح يطبع عالم التجارة والأعمال وبالنظر للصعوبات والتعقيدات وضياع الوقت الذي ينطوي عليه اللجوء إلى القضاء في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالالتزامات الناتجة عن العقد، ظهرت الحاجة إلى تضمين العقود ذاتها بعض التقنيات الكفيلة بالحث على الوفاء بها. ومن أهم هذه التقنيات الشروط الجزائية التي أصبحت بالنظر لما أبانت عنه من فعالية في هذا المجال تشكل أداة أساسية للسلامة العقدية في أنواع جديدة من العقود مثل عقود الائتمان الإيجاري، حيث إن هذه العقود تعتمد أساسا على الشروط الجزائية كعامل لحمل المدينين على الوفاء بالتزاماتهم العقدية، بالنظر إلى أن طبيعة الخدمات التي توفرها المؤسسات المالية المختصة في مثل هذه العقود، لا تسمح بالمخاطرة، وتحتّم توفير الضمانات الكافية لتنفيذ العقد، لأنه بدون ذلك سيتعرض نشاطها المالي والاقتصادي لهزات خطيرة قد تؤثر على سيرها واستمرارها.

من هنا كانت الوظيفة الأساسية التي تضطلع بها الشروط الجزائية في الوقت الحالي هي توفير السلامة العقدية، أي دعم الضمانات الكفيلة بتنفيذ العقد والوفاء بالالتزامات العقدية، باعتبارها تشكل عامل تهديد وإكراه، وحافزا للمدين على تنفيذ التزامه، إذ عندما يحدد مقدار الجزاء في مبلغ مرتفع، فإن المدين يكون مدفوعا للتنفيذ لتفادي أداء مبلغ يفوق مقدار الضرر المتوقع¹.

وهنا نتساءل هل يمكن اعتبار الشرط الجزائي الذي يتم تضمينه في العقود خاصة التجارية منها قائما على العدل بحيث يستطيع المتعاقد من خلاله ضمان حقوقه في حالة إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته التعاقدية؟ أم أنه شرط مجحف وظالم في حق هذا الطرف خاصة إذا كان معسرا أو مفلسا؟

نص العلماء على قاعدة كبيرة من القواعد الهامة في الشريعة الإسلامية، وهي أن الضرر يزال، فقد يكون زوال هذا الضرر بالتعويض المالي كي يزول، وفي جواز هذا التعويض يقول مصطفى الزرقا: ولا شك أن تأخير الحق عن صاحبه عمدا ومطلا وبطلانا دون عذر شرعي هو ظلم وجور بشهادة الأحاديث النبوية² وفيه ضرر لصاحب الحق بحرمانه من منافع حقه أو ماله مدة التأخير التي قد تطول كثيرا، فهذا المدين الظالم بالتأخير، والمماطل في الوفاء رغم

¹ - فؤاد معلال، الشرط الجزائي في القانون المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، السنة الجامعية 1413-1992، ص 33

² - كقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار» حديث حسن رواه أحمد في مسنده عن ابن عباس، وابن ماجه في سننه عن عبادة ابن الصامت، وتلقاه الأئمة والفقهاء كافة بالقبول، وهذا يوجب تعويض المضرور عن ضرره على حساب من سبب هذا الضرر وأحدثه لغيره لأنه مسؤول، وإن القاعدة الفقهية المستمدة من هذا الحديث النبوي تقول: «الضرر يزال»، ولا إزالة لهذا الضرر عن لحقه بلا مسوغ إلا بالتعويض عليه، حيث إن معاقبة المسبب لا تفيد المضرور شيئا دون التعويض عليه، فهو وحده الذي يزيل الضرر عنه. مصطفى الزرقا، هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، م 2، ع 2، سنة 1405 هـ 1985 م، جامعة الملك عبد العزيز، ص 107

قدرته، إذا لم يلزم بتعويض صاحب الحق عن ضرره من هذا التأخير كانت النتيجة أن هذا الظالم العاصي يتساوى في النتيجة مع الأمين العادل المطيع الذي لا يؤخر حقا عليه، ولا يسبب ضررا، والجزاء الأخروي بمعاقة هذا الظالم لا يفيد صاحب الحق المهضوم المحروم شيئا في هذه الدنيا، والحقوق المالية الثابتة في نظام المعاملات الشرعية جعلت لها حماية وضوامن قضائية في هذه الدنيا قبل الجزاء الأخروي، هذه سياسة الشريعة الحكيمة.

فإذا تساوى معطي الحق ومانعه، معجله ومؤخره كان هذا مشجعا لكل مدين أن يؤخر الحقوق ويماطل فيها بقدر ما يستطيع ليستفيد من هذا الظلم أكبر قدر ممكن دون أن يخشى طائلة أو محذورا، ما دام لن يؤدي في النهاية إلى أصل الحق، وهذا خلاف مقاصد الشريعة وسياستها الحكيمة قطعاً¹.

إذن يعتبر الشرط الجزائي شرطا مشروعا ولا يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي مادام مبلغ التعويض المتفق عليه لا يتجاوز الضرر الفعلي الحاصل للدائن. ولكن إذا استغل احد طرفي العقد مركزه وخبرته الفنية أو القانونية لفرض شروط جزائية الهدف منها الحصول على مزايا وتحقيق الأرباح على حساب الطرف الآخر، فإن الوظيفة الأصلية للشرط الجزائي تتحول من وظيفة تعويضية إلى وظيفة تهديدية ووسيلة للاستغلال والإثراء على حساب التوازن العقدي. الأمر الذي يجعلها تعسفية يجوز للقاضي التدخل من اجل تعديلها حسب الأحوال لإعادة التوازن إلى الالتزامات التعاقدية حماية للمدين وهو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وتمكين المستهلك من هذه الإمكانية في مراجعة الشرط الجزائي قضائيا وبطلان الشرط المخالف لمقتضيات الفصل 264 من ق ل ع .

فمن خلال استقراء بعض الاتفاقات التي انصبت على شروط جزائية، والتي كانت محل نظر من قبل القضاء المغربي، يُلاحظ أن الشرط الجزائي في مفهوم المتعاقدين المغاربة هو أداة تهديد وإكراه، وهذا ما يظهر جليا من خلال التمعن في المبلغ الذي يتم الاتفاق عليه بمقتضى هذا الشرط. ومن خلال الوقوف عند العقود التي يرد عليها²، وهو ما يلاحظ من خلال قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء الذي جاء فيه " ...حيث أن الثابت من الكشف الحسابي المدلى به من طرف الطاعنة أنه يتضمن مبلغ 272.121,24 درهم من قبل واجبات الكراء الحالة وغير المؤداة عن المدة من 1997/05/25 إلى 1999/03/25 ومبلغ 54.995,90 درهم من قبل فوائد التأخير ومبلغ 78.466,07 درهم من قبل الأقساط المتبقية.."³.

وفي قرار آخر صادر عن نفس المحكمة نفسها " وحيث أنه فيما يتعلق بخصوص هذه النقطة بالذات فإنه لا يمكن للمستأنف أن ينازع في الدين المتخذ المتخذ بذمة المدينة الأصلية شركة... لأنه دين ثابت بمقتضى الحكم المذكور أعلاه والذي قضى على الشركة المعنية بأدائها لفائدة المستأنف عليها 4.573.380,33 درهم مع الفوائد الاتفاقية بسعر 2% ابتداء من 98/03/30 مع تعويض قدره عشر آلاف درهم مع الصائر والنفذ المعجل في حدود أصل الدين وبالتالي فإن مبلغ المديونية وما ترتب عنه من فوائد وتعويض ثابت بحكم قضائي أصبح نهائيا وامتنعت الشركة المذكورة عن تنفيذ ما قضى به ولا يمكن المنازعة في قيمة الدين أو مناقشته أو الطعن فيه بأي مطعن وإن كل

¹ - الزرقا، هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟، م س، ص 107

² - فؤاد معلال، م س، ص 110

³ - قرار رقم 2004/3922، بتاريخ 2004/12/21، ملف عدد 9/2003/3584، محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، غير منشور

الدفع وإن كانت كل الدفع بموجب هذا الباب تعتبر غير جدية ولا يمكن الالتفات إليها¹.

وأمام هذه المبالغة في استعمال الشرط الجزائي، نتساءل عن موقف المشرع المغربي منه؟ وإلى أي مدى يمكننا اعتبار هذا الشرط شرعياً وقانونياً؟ إذا إلى أي حد استطاع القضاء المساهمة في حماية الأطراف الضعيفة وتحقيق التوازن العقدي؟ هل كان تدخله فعالاً واستطاع استثمار الآليات المتاحة له قانونياً؟ أم ان تدخله كان محدوداً واعوزته الوسائل؟ ثم ما حكم الشريعة الإسلامية في هذه النازلة المستجدة؟ وهل يمكن الحكم عليها بأنها ربا حسب قواعد الفقه الإسلامي للربا؟

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي:

إن للقضاء دوراً أساسياً وكفيلًا بتحقيق توازن عقدي يتعدى أمر الشرط الجزائي ليصل إلى حد تفعيل نصوص القانون واستحضار آليات قانونية وأخلاقية لضمان تكافؤ العلاقة التعاقدية، وفي هذا المبحث سنتناول حدود سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.

المطلب الأول: تأثير مبدأ سلطان الإرادة على سلطة القضاء في تعديل الشرط الجزائي:

مما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية من حيث المبدأ تأخذ بقاعدة الحرية التعاقدية، وتعترف للإرادة بالدور البارز في إنشاء الالتزامات التي يتعين على المتعاقدين احترامها بدليل قوله عز وجل: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)².

وفي القانون المغربي فقد كرس مبدأ سلطان الإرادة الذي يؤدي إلى جعل العقد شريعة المتعاقدين من خلال مجموعة من الفصول في قانون الالتزامات والعقود، منها الفصول 2، 19، 21، 39، ثم الفصل 230 الذي أقر مبدأ سلطان الإرادة بشكل بارز حين نص على أن " الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معاً، أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

ويظهر جلياً من خلال هذا النص على أن المشرع المغربي قد سوى بين الالتزامات التعاقدية وتلك التي تنبعث من القانون، أي أن الالتزام المنبثق من العقد يعادل في قوته الالتزام الناشئ من القانون ما دام لا يجوز للفرد أن يتحلل من التزام فرضه القانون، فلا يمكنه التحلل من التزام أنشأه العقد كان هو طرفاً فيه.

وعدم إلغاء العقد إلا برضا المتعاقدين هو نتيجة مباشرة لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وتطبيقاً لذلك فالقاضي تكون حريته مقيدة ولا يمكنه المساس بالعقد أو إنهاؤه لانعدام التوازن سواء في التكوين أو في تنفيذه باسم العدالة وباسم إرادة المتعاقدين.

وإذا كانت القاعدة العامة، تبين أن العقد شريعة المتعاقدين، ومن الواجب تنفيذه بجميع ما اشتمل عليه، وأن

¹ - قرار رقم 4133/2005، بتاريخ 15/11/2005، ملف عدد 9/2002/3502، محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، غير منشور.

انظر أيضاً القرار رقم 142/2005، بتاريخ 12/01/2005، ملف عدد 9/2004/2396، محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، غير منشور. والقرار رقم 4000/2004، بتاريخ 28/12/2004، ملف عدد 9/2003/3583.

² - سورة المائدة، الآية 1

يتضمن قوة تحتم على طرفيه الرضوخ له في كل ما يحتويه العقد بالنسبة لطرفيه، وفي كل حدود تنظيم العلاقات التي يحكمها القانون، فلا يستطيع أحدهما أن يستقل بنقضه ولا بتعديله ما لم يصرح له الاتفاق أو القانون بذلك، والقاضي أيضا يطبق العقد كما لو كان يطبق القانون، لأن العقد يقوم مقام القانون، فيمنع عليه وفقا لذلك القيام بأي دور مباشر في أي تعديل على ضوء تغيير الظروف الاقتصادية، لأن تدخله سيؤدي إلى عدم الاستقرار في العلاقات التعاقدية التي تكرسها. لكن أمام تفاقم الاختلال التعاقدية، الناتج عن التطورات والاختراعات الحديثة، التي أفرزت نوعا من الاحتكار على مستوى المعارف الفنية، وتملك المعارف والكفاءة رغم تدخلات المشرع المتزايدة في سبيل التوجيه والترشيد، الأمر الذي فتح للقاضي باب التدخل في العقود من خلال منحه العديد من الماكينزمات والتقنيات والنوافذ¹.

فمثلا في عقود الائتمان الإيجاري المكتري المستفيد للمعدة المسلمة إليه من قبل إحدى شركات الائتمان الإيجاري، والملمزم في كل آن بأن ينفذ موجباته من حيث استعماله لهاته المعدة وصيانتها ودفع بدلات الإيجار في الآجال المتفق عليها، يمكن ألا ينفذ تعهداته أو ينفذها بصورة عاطلة، ويصادف أحيانا أن يلاحظ، أثناء استعماله للمعدة، أنه لم يعد له بها تلك الحاجة التي كان يعتقددها، وأن الأقساط الشهرية تفوق إمكاناته المالية، فتحدثه نفسه حينئذ في إعادة المعدة والتوقف عن الدفع.

لذلك، فإن مؤسسات الائتمان الإيجاري ترتقب في عقودها إمكانية فسخ العقد من طرف واحد في حالة نكول نكوص المستأجر². ومن ذلك ما ينص عليه البند التاسع المتعلق بفسخ الكراء :

فلاحظ أن المكري الممول يشترط بنص صريح أن عقد الكراء يفسخ بدون دون قيد ولا شرط وبدون ودون إجراءات قضائية أو غير قضائية، وبذلك يمكن للمكري أن يوقف الكراء فورا، عندما يلاحظ أن المكري لم ينفذ أحد التزاماته.

والشرط الجزائي مقرونا ببند فسخ العقد بدون دون قيد ولا شرط، يكون قد بلغ بذلك التجاوزات غير المحتملة أشدها، فعن طريق الفسخ، يستعيد البائع ملكيته للشيء، ومؤجر التجهيزات يستعيد استعمالها، فإذا كان الشيء لم يخسر كثيرا من ثمنه فقد يستطيع البائع أو المؤجر أن ينظم مع الغير عقدا جديدا بشروط قريبة بعض الشيء من شروط العقد المفسوخ، ولكنه بسبب وجود البند الجزائي، قد يقدم البائع والمؤجر على مطالبة المشتري أو المكري الأول بالثمن المتفق عليه، وبذلك يكون ذات الشيء قد دفع ثمنه مرتين³، مرة عينا، ومرة عن طريق التعويض.

ومع ذلك يمكن للقضاء أن يستند على أساس قانوني لتقرير الحجية المطلقة للشرط الجزائي، المتمثل في القوة الملزمة للاتفاقات التعاقدية المنصوص عليها في الفصل 230 ق ل ع الذي يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، حيث أن إن القاضي ملزم بإعمال العقد بين طرفيه، فهذا الارتباط الذي يبدو منطقيا للوهلة الأولى بين المادة 230 وبين الشرط الجزائي يجب هدمه، ذلك أن الدور الذي يراد إعطاؤه لإرادة الأطراف، في مثل هذه الحالة، يظل محل نظر، لأن

¹ - العربي الشادلي، الالتزام العقدي بين مبدأ سلطان الإرادة والتوجه الحديث للعقد، أطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، السنة الجامعية 2006/2007، ص 445

² - طلال المهتار، البند الجزائي في القانون المدني، أطروحة دكتوراه، جامعة باريس للحقوق الاقتصادية والعلوم الاجتماعية، سنة 1974، ص 272

³ - طلال المهتار، م س، ص 273

الشرط الجزائي لا يصبح فقط أداة لتقدير التعويض بل أيضا وسيلة لمنع المتقاضين من اللجوء إلى العدالة، وهو ما لا يمكن القبول به، وإذ من الناحية القانونية كل شرط يمنع من الالتجاء إلى العدالة هو فهو شرط باطل¹.

ومن ناحية ثانية فإن الاستناد على مبدأ سلطان الإرادة لإعمال الشرط الجزائي بحذافيره، قد ظهر منذ وقت ليس بقليل عدم ملاءمته لأنه عند وضعه كان الاعتقاد السائد هو أن الحرية يستفيد منها الجميع²، إلا أن الاستغلال الذي نتج عنه أدى إلى أفوله، وأصبحنا نرى ظهور مجموعة من القوانين الأمرة أحل المشرع بمقتضاها المصلحة الجماعية محل مصلحة الفرد، لذلك ففيما يتعلق بالشرط الجزائي، فإن إدخال التقييد على سلطان الإرادة فيه يجد سنده ومبرره في المخاطر التي ينطوي عليها ذلك الشرط باعتباره أصبح يشكل أحد الأدوات القانونية للاستغلال والظلم، وهو تقييد - اعتبره الأستاذ فؤاد معلال - أصبح ضرورة ملحة لإقامة التوازن والمساواة الحقيقيين، ذلك أن الإبقاء على مبدأ سلطان الإرادة يؤدي إلى الخلط بين الوسيلة والغاية، فإذا كانت الغاية هي الوصول إلى إقرار نوع من المساواة بين المتعاقدين، فإن ذلك المبدأ ليس بالتأكيد الوسيلة التي من شأنها أن تحقق ذلك، وليس الإصرار على تقييده إلا من قبيل خلط الأوراق، إذ من المفروض أن ما يهم هو تحقيق الغاية، وما دام أن مبدأ سلطان الإرادة لم يعد في ضوء المعطيات الجديدة للشرط الجزائي قادرا على تحقيق تلك الغاية فيجب إهماله أو على الأقل تقييده على النحو الذي يمكن من تحقيقها³.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في مراجعة الشرط الجزائي من خلال القانون المغربي والاجتهاد القضائي:

في ظل المساواة والطابع التعسفي اللذين يتسم بهما الشرط الجزائي جاء تدخل المشرع المغربي ليمنح القاضي سلطة مراجعته، بعد أن اعترف بشرعيته صراحة، وذلك من خلال القانون رقم 95 - 27 بتاريخ 13 يوليوز 1995 الذي عدل وتم بموجبه الفصل 264 من ق ل ع الذي كان يتحدث فقط عن تعريف الضرر والسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في تحديد التعويض، وأصبح على الشكل التالي في فقرته الثانية: "يجوز للمتعاقد أن يتفقا على التعويض عن الأضرار التي قد تلحق الدائن من جراء عدم الوفاء بالالتزام الأصلي كليا أو جزئيا أو التأخير في تنفيذه.

ويمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا، ولها أيضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي، ويقع باطلا كل شرط يخالف ذلك". فهذا النص سعى المشرع المغربي إلى الحيلولة دون استعمال الشرط الجزائي كأداة عقدية للاستغلال والتحكم من جهة والحفاظ لذلك الشرط على حيويته ودوره الوقائي ضمن النظام التعاقدي⁴.

إلا أنه يجب أن نشير إلى أن هذه السلطة تنحصر في المراجعة، وليس في الحلول محل إرادة المتعاقدين، بمعنى أن القضاء لا يملك سلطة إبطال الشروط الجزائية المبالغ فيها بحيث يسترد سلطته في تقدير التعويض، بل تنحصر تلك السلطة في التخفيض أو الزيادة في مبلغ الشرط الجزائي الذي يتبين من خلال ظروف كل قضية أنه مبالغ فيه كثيرا

¹ - فؤاد معلال، م س، ص 260

² - محمد شيلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي: أسسه ومظاهره في نظرية العقد، رسالة دبلوم، الرباط، سنة 1983، ص 90

³ - فؤاد معلال، م س، ص 160-161

⁴ - رياض فخري، الآليات القانونية المميزة لعقد الإيجار التمويلي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2000، ص 471

أو ضئيل كثيرا، وهذا يعني أن إرادة الأطراف لا زال لها دور مهم حتى بعد إقرار سلطة القضاء في المراجعة.

وأصبحت هذه السلطة الممنوحة للقاضي بمقتضى التعديل الجديد في المراجعة من النظام العام، إذ أن هذا النص منع كل اتفاق مخالف لمقتضياته، وهو ما أقره قرار المجلس الأعلى عدد 489 الصادر بتاريخ 2006/5/17 حين اعتبر أنه " عملا بالفصل 264 من ق.ل.ع فإن كل شرط يتم تضمينه في العقد بأن يتفق طرفاه على تحديد تعويض يؤدي يؤدي عند عدم الوفاء بالالتزام كلياً أو جزئياً أو في حالة التأخر في التنفيذ، يعتبر شرطا جزائياً، يكن للمحكمة تعديله في إطار سلطتها التقديرية، ولو لم يطلب ذلك المتضرر لعدم النص بالمقتضى المذكور على ما يوجب ألا يتم ما ذكر إلا بطلب من طرف هذا الأخير"¹، إلا أن هذا لا يعني أن القاضي ملزم بإجراء المراجعة كلما لاحظ أن المبلغ المتفق عليه مبالغ فيه أو زهيد².

لكن وحسب الزرقا، استحقاق هذا التعويض على المدين مشروط بأن لا يكون له معذرة شرعية في هذا التأخير، بل يكون مليئاً بماطلا يستحق الوصف بأنه ظالم كالغاصب³.

وإذا كان الزرقا وبعض الفقهاء المعاصرين الآخرين قد فرقوا بين المعسر والمماطل في إقرار جواز الشرط الجزائي، فإن قرارا المجمعات الفقهية قد جعلته شرطا باطلا، ومن ذلك قرار المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشر عشرة الذي جاء فيه: الدائن إذا شرط على المدين، أو فرض عليه أن يدفع له مبلغا من المال غرامة مالية جزافية محددة أو بنسبة معينة إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما، فهو شرط أو فرض باطل، ولا يجب الوفاء به بل ولا يحل، سواء كان الشارط هو المصرف أو غيره، لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه⁴.

لكن قد يتساءل السائل: كيف يكون هذا الشرط غير جائز وهو شرط وافق عليه المدين (المستأجر) قبل إبرام العقد طواعية دون إكراه، لقول شريح " من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه"⁵.

ومن جهة أخرى فهو يعتبر، كما سبق، ضمانا للدائن (المؤجر) من أجل وفاء المدين بكل الأقساط، لكن وحسب استقرائنا لخصوصية الشرط الجزائي في عقود الائتمان الإيجاري تبين لنا أنه شرط مبالغ فيه، ويزيد من ثقل مديونية المستأجر المدين، كما أنه لا يميز في إلزامه إياه بين أن يكون موسرا أو معسرا، فبمجرد توقفه عن السداد، يلزم بدفع باقي الأقساط مضافا إليها التعويض الذي يحدد في نسبة معينة في العقد وهذا مخالف لمقتضيات العدل التي تقوم عليه العقود في الشريعة الإسلامية، لأنه شرط فيه ظلم في حق المستأجر، حتى وإن كان ماطلا في الأداء، فالضرر لا يزال بالضرر⁶.

¹ - قرار عدد 489، بتاريخ 2006/5/17، ملف عدد 2004/1/3/1314، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، ع 68، سنة 2008، مطبعة الأمنية، الرباط، ص 111

² - العربي الشاذلي، م س، ص 466

³ - الزرقا، مرجع سابق، ص 112

⁴ - المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، الدورة 11، سنة 1409 هـ / 1989 م، ص 266

⁵ - ذكره البخاري في صحيحه، في كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار والشروط التي يتعارف الناس بينهم، ط: 1414 هـ / 1993 م، دار

ابن كثير

⁶ - السيوطي، الأشباه والنظائر، م س، ص 82

لهذا أصدر مجلس الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشر عشرة بالرياض قرارا بشأن الشرط الجزائي جاء في بعض حيثياته:

يجوز أن يكون الشرط الجزائي مقترنا بالعقد الأصلي، كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحق قبل حدوث الضرر.

يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً، فإن هذا من الربا الصريح.

وبناء على هذا يجوز هذا الشرط مثلاً في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه.

ولا يجوز مثلاً في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية سواء كان بسبب الإعسار أو المماطلة، ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه.

الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المادي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي والمعنوي.

لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد.

يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك أو كان مبالغاً فيه¹.

والملاحظ من خلال الفقرة الأخيرة من هذا القرار أن المجمع أناط للقاضي بالقاضي مهمة تعديل مبلغ التعويض إذا كان مبالغاً فيه أو لأي مبرر آخر حسب السلطة التقديرية للقاضي. يقول مصطفى الزرقا: إن القضاء هو صاحب السلطة الوحيد في تقدير التعويض، وتقدير ضرر الدائن وتقدير عذر المدين في التأخر².

ونحتم بالقول بأن درجات العدل والظلم في المعاملات تختلف بحسب كل واحدة، ولهذا يقع الخلاف في بعض العقود، هل هي من العدل أم لا، لهذا يجب الرجوع إلى الأصل، وهو أنه لا يجرم على العباد من المعاملات التي يحتاجون إليها إلا ما نص الشارع على تحريمه بدليل من الأدلة المعتبرة³.

الخاتمة :

وفي ختام هذا البحث نخلص إلى القول بأن الشرط الجزائي رغم الدور المهم الذي يلعبه في مجال الأعمال، لكونه يعتبر تدبيراً احترازياً وعلامة من علامات الأمان والاطمئنان، إلا أن المبالغة في تقديره جعلت منه شرطاً

¹ - مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مجلة المجمع، ع 12، ج 2 صادرة عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة 12، الرياض، المملكة العربية السعودية، سنة 1421هـ 200 م، قرار رقم 3/12/109، بشأن الشرط الجزائي، ص 91

² - مصطفى الزرقا، هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟، م س، ص 112

³ - عبد السلام الحصين، القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية جمعاً ودراسة، ج 2، الطبعة الأولى: 1422 هـ / 2002 م، دار التأصيل، القاهرة، ص 181

تعسفا، توجب على القضاء التدخل لأجل تعديله حتى يتحقق التوازن العقدي المطلوب بين الأطراف، وتجنباً لتعسف الطرف القوي وبذلك فهذا الشرط قد يدخل عليه القاضي إما زيادة أو نقصاناً بغية الوصول للتقدير المناسب لهذا الضرر.

• لائحة المصادر والمراجع :

– أحمد ادريوش : الإجهاد القضائي المغربي في ميدان الالتزامات والعقود، سلسلة المعارف القانونية.ع:4، سنة: 1997

– العربي الشادلي، الالتزام العقدي بين مبدأ سلطان الإرادة والتوجه الحديث للعد، أطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، السنة الجامعية 2006/2007.

– المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، الدورة 11، سنة 1409 هـ / 1989 م.

– رياض فخري، الآليات القانونية المميزة لعقد الإيجار التمويلي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2000.

– طلال المهتار، البند الجزائي في القانون المدني، أطروحة دكتوراه، جامعة باريس للحقوق الاقتصادية والعلوم الاجتماعية، سنة 1974 طلال المهتار، البند الجزائي في القانون المدني، أطروحة دكتوراه، جامعة باريس للحقوق الاقتصادية والعلوم الاجتماعية، سنة 1974.

– عبد السلام الحصين، القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية جمعاً ودراسة، ج2، الطبعة الأولى: 1422 هـ / 2002 م، دار التأصيل، القاهرة.

– فؤاد معلال، الشرط الجزائي في القانون المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، السنة الجامعية 1413-1992.

– مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مجلة المجمع، ع 12، ج 2 صادرة عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة 12، الرياض، المملكة العربية السعودية، سنة 1421 هـ 200 م، قرار رقم 109 / 12 / 3، بشأن الشرط الجزائي.

– محمد شتا أبو سعد: التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية. دار الجامعة الجديدة للنشر. طبعة 2001.

– محمد شيلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي: أسسه ومظاهره في نظرية العقد، رسالة دبلوم، الرباط، سنة 1983.

– مصطفى الزرقا، هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، م 2، ع2، سنة 1405 هـ 1985 م، جامعة الملك عبد العزيز.

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615