

# مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاصل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية / المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك، العدد 105 (يوليوز) 2021

❖ مع موايدج العدد 105 لشهر يوليوز :

- دور القانون الدولي في حماية الصحفيين.
- إشكالية الاستقلال البلدي بموريتانيا.
- الأثر التطهيري للرسم العقاري.
- ضوابط عقد السلم وأثرها على المعاملات.
- حرية التنقل في الشريعة الإسلامية .



العدد 105 يوليوز 2021

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعى ضوابط البحث العلمي الأكاديمي.(ترسل في ملفا word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال مشتركاً أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- معلومات الكاتب مع ملخصين بالعربية والانجليزية.
- ألا تقل الصفحات عن 3000 كلمة وأن لا تتجاوز 9000 .
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

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

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

ردمد : 2336-0615

## بسم الله الرحمن الرحيم

### العدد 105 لشهر يوليوز 2021

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 105 لشهر يوليوز 2021 بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكداك.....03

### ✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. دور القانون الدولي الإنساني في حماية الصحفيين أثناء فترة النزاعات المسلحة : أحمد جهاد حنونة ، باحث

بسلك الدكتوراه ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله ، كلية الحقوق فاس - المملكة المغربية.....06

3. الوصاية الإدارية وإشكالية الاستقلال البلدي بموريتانيا : الدكتور أحمد محمد محمد السالك الداه

رئيس قسم ( شعبة ) الإدارة العامة والمناجم بمدرسة الإدارة ENA بموريتانيا - نواكشوط.....18

4. الأثر التطهيري للرسم العقاري والاستثناءات الواردة عليه : عبد الله البدري ، منتدب قضائي بالمحكمة

الابتدائية بالعرائش ، دكتوراه في الشريعة ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله ، كلية الشريعة

بفاس - المملكة المغربية.....42

5. ضوابط عقد السلم وتأثيرها على المعاملات المعاصرة : ذ. مفتاح جعفر سعيد عبد الجواد ، الدرجة العلمية

محاضر ، كلية القانون قسم الشريعة الإسلامية ، جامعة الزيتونة - ليبيا.....53

6. حرية التنقل في الشريعة الإسلامية : الدكتور المحامي ، أحمد عبد المالك سويلم أبو درابي ، دكتوراه في

القانون العام جامعة سوسة - تونس.....81

### ترتيب المقالات يخضع لإعباراته فنية

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

## كلمة العدد 105 لشهر يوليوز 2021



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكالك

Email : [Sl dg55@gmail.com](mailto:Sl dg55@gmail.com)

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، نضع بين أيديكم العدد 105 لشهر يوليوز 2021 من مجلة الفقه والقانون الدولية ، و قد شمل العدد الجديد العديد من الدراسات والأبحاث الهامة من عدة هيئات وجامعات وكليات ومراكز ومعاهد بحث عربية عريقة ونخص بالذكر :

— جامعة سيدي محمد بن عبد الله ، كلية الحقوق فاس- المملكة المغربية.

— جامعة سيدي محمد بن عبد الله ، كلية الشريعة بفاس- المملكة المغربية.

— جامعة الزيتونة ، كلية القانون – ليبيا.

— جامعة سوسة ، كلية الحقوق- تونس.

— مدرسة الإدارة ENA نواكشوط- موريتانيا .

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

ومن بين المواضيع القيمة التي ناقشها العدد الجديد ما يلي :

- دور القانون الدولي الإنساني في حماية الصحفيين أثناء فترة النزاعات المسلحة .
- الوصاية الإدارية وإشكالية الاستقلال البلدي بموريتانيا .
- الأثر التطهيري للرسم العقاري والاستثناءات الواردة عليه .
- ضوابط عقد السلم وتأثيرها على المعاملات المعاصرة .
- حرية التنقل في الشريعة الإسلامية .

ختاما لا تنسوننا من دعائكم وتوجيهاتكم ، وجعلنا العلي القدير مثل البنيان

المرصوص يشد بعضه بعضا .

مع تحيات المدير المسؤول

الدكتور صلاح الدين دكداك

[www.majalah.be.ma](http://www.majalah.be.ma)

# ✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

## دور القانون الدولي الإنساني في حماية الصحفيين أثناء فترة النزاعات المسلحة

The role of international humanitarian  
law in protecting journalists during armed conflict



أحمد جهاد حنونة : طالب باحث بسلك الدكتوراه في العلوم القانونية

جامعة سيدي محمد بن عبد الله / كلية الحقوق فاس / المملكة المغربية

Ahmed jehadhannoona : University of Sidi Mohamed

Ben Abdallah/ Faculty of Law Fez / Kingdom of Morocco

الملخص :

تبحث هذه الدراسة في حماية الصحفيين وفق قواعد القانون الدولي الإنساني أثناء النزاعات المسلحة الدولية و غير الدولية. وذلك من خلال الحديث عن الفئات المشمولة بالحماية بمقتضى اتفاقيات القانون الدولي الإنساني ، وكذا الحديث عن أبرز المنظمات المؤسسية غير حكومية التي تسعى إلى تكريس الحماية للصحفيين وقت الحرب. ولعل ما ابرز ما خلصت إليه هذه الدراسة أن قواعد القانون الدولي الإنساني حاولت أن تلعب دور مهم في الحماية، لكن هناك العديد من الدول لم تحترم تلك القواعد من خلال انتهاكاتها الموجهة ضد الصحفيين وخاصة دولة الإحتلال الإسرائيلي.

الكلمات المفتاحية : القانون الدولي الإنساني ، الحماية ، الصحفيين ، النزاع المسلح.

## Abstract :

This study examines the protection of journalists according to the rules of international humanitarian law during international and non-international armed conflicts. And that is by talking about the groups covered by protection under the conventions of international humanitarian law, as well as talking about the most prominent non-governmental institutional organizations that seek to devote protection to journalists in time of war. Perhaps the most prominent conclusion of this study is that the rules of international humanitarian law tried to play an important role in protection, but there are many countries that did not respect those rules through their violations against journalists, especially the Israeli occupation state.

**Keywords :** international humanitarian law, protection, journalists, armed conflict.

مقدمة :

يزخر القانون الدولي الإنساني بالعديد من المواثيق والمعاهدات الدولية الهادفة إلى حماية حقوق الصحفيين أثناء النزاع المسلح، من أجل ضمان ذلك فرضت مجموعة من العقوبات على الدول لضمان احترامها لهذه الحقوق.

وعلى الرغم من تعدد هذه النصوص القانونية فإن الانتهاكات الدولية لحقوق هذه الفئة المشمولة بالحماية، مازالت عديدة ومختلفة الأشكال؛ فقد عرفت الساحة الدولية انتهاكات جسيمة لحقوق فئة الصحفيين منذ ظهور مهنة "المتاعب"، وكان يصنف هؤلاء خاصة المرافقين لجيش العدو ضمن "الجواسيس"، حيث كان يتم الاعتداء عليهم والتنكيل بهم، إذ أن جميع الاتفاقيات الدولية لم تعط تعريفاً و مركز قانونياً للصحفي إلا في بداية القرن العشرين.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> ومن المعلوم فيما يتعلق بتعريف الصحفي في القانون الدولي الإنساني لم يتضمن أي تعريف لهذا المصطلح، بل اكتفت قواعده بالإشارة فقط إلى بعض أنواع الصحفيين العاملين في مناطق النزاع المسلح دون تعريفها، كالمراسلين الحربيين والصحفيين الذين يؤدون مهاماً مهنية خطيرة. لكن مع ذلك يمكن أن نشير هنا إلى تعريف الصحفي وفق قاموس القانون الدولي في زمن النزاعات المسلحة على أنه "الشخص الذي يسعى للحصول على المعلومات، أو يقوم بالتعليق عليها، أو يستخدمها لغرض نشرها في الصحافة أو الإذاعة أو على الشاشة أو مساعدتهم. راجع جميل حسين الضامن، المسؤولية الدولية عن انتهاك حماية الصحفيين ووسائل الإعلام أثناء النزاعات المسلحة في ضوء أحكام القانون الدولي، دار الكتب القانونية، دارشحات للنشر والبرمجيات، دون طبع، مصر، الإمارات، 2012، ص 30.

وتكمن أهمية هذا الموضوع كونه يناقش قضية أثارت جدالا و نقاشا واسعا بين الحقوقيين والسياسيين نتيجة تزايد استثنائي للنزاعات المسلحة في العصر الحالي، حيث يقوم الصحفيون إبانها بوظيفة دولية تنطوي على مسؤولية كاملة إزاء الرأي العام الوطني والدولي.

فدور الصحفي و الإعلامي يتبلور في كشف انتهاكات قواعد القانون الدولي الإنساني و فضح أطراف النزاع التي تنتهك هذه القوانين الدولية الذي من شأنه أن يضع المجتمع الدولي أمام مسؤولياته، إذ أن الصحافة و وسائل الإعلام تعتبر وسيلة ضغط رهيبية و وقوية على أطراف النزاع، حيث يقوم الإعلاميون بدور مهم في إرغام الأطراف المتنازعة على تغيير طريقة معاملة الضحايا المشمولين بالحماية الدولية ، مما يضعنا أمام قضية أساسية تفرض علينا طرح مجموعة من التساؤلات:

- ما هي الفئات المشمولة بالحماية، وكيف يتحدد مفهومها انطلاقا من القانون الدولي الإنساني؟
- إلى أي حد تمكن القانون الدولي الإنساني من توفير الحماية للصحفيين؟
- ما هي أهم الآليات المؤسسية التي تكفل تطبيق المواثيق و المعاهدات الدولية التي تسعى إلى حماية الصحفيين؟

#### المطلب الأول : الأحكام القانونية الناظمة لحماية الصحفيين وفق قواعد القانون الدولي الإنساني :

الحديث عن حماية الصحفيين يستدعي منا تحديد مفهوم الصحفي من خلال القواعد القانونية.<sup>1</sup>، فبالرجوع إليها نجد أنها لم تعط تعريفا دقيقا لهذا المفهوم و إنما اكتفتفي العديد من الأحيان بالتطرق مباشرة للوضع القانوني لهذه الفئة و الحماية المقررة لها في بعض الجوانب، حيث أنها ميزت هذه النصوص القانونية بين نوعين من الصحفيين العاملين أثناء النزاعات المسلحة وهما: المرسلون الحربيون، والصحفيون الملحقون بالقوات المسلحة، بالإضافة إلى الصحفيين المستقلون ، فما أوجه التمييز بين هذه الفئات (الفرع الأول)، وما هي القواعد القانونية التي تشملهم بالحماية (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> بالرجوع إلى التشريعات الإعلامية في الدول العربية نجد انها قد تطرقت للمفهوم القانوني للصحفي، فعلى سبيل المثال عرفت المملكة المغربية الصحفي من خلال نص المادة الأولى من النظام الأساسي للصحفيين واعتبرته على أنه: "الشخص الذي يزاول مهنته بصورة رئيسية و منتظمة، ومؤدى عنها في واحدة أو أكثر من منشئات الصحافة المكتوبة أو السمعية أو البصرية أو وكالات الأنباء. انظر النظام الأساسي للصحفيين المهنيين بالمغرب الصادر بالظهير الشريف رقم 9-95-1 بتنفيذ القانون رقم 94-21 بتاريخ بتاريخ 22 فبراير 1995، متاح على الموقع الإلكتروني التالي [www.elsehafa.com/http://kamos.htm](http://www.elsehafa.com/http://kamos.htm). كما نشير أيضا إلى التعريف القانوني للصحفي وفق المواثيق الدولية ذات العلاقة، نشير إلى تعريف المقرر الخاص المعني بتعزيز و حماية الحق في حرية الرأي و التعبير: الصحفيون هم الأفراد الذين يراقبون و يصفون الأحداث و الوثائق و التحليلات و السياسات و التصريحات، و أي اقتراحات يمكن أن تؤثر في المجتمع بغية وضع هذه المعلومات في إطار منظم، و جمع الوقائع و التحليلات لإعلام فئة محددة من المجتمع أو المجتمع برمته، ويشمل هذا التعريف الإعلاميين و سائر العاملين في وسائل الإعلام، و موظفي وسائل الإعلام التابعة للمجتمعات المحلية و الصحفيين المواطنين الذين يظلمون بالمهام المحددة اعلاه. انظر بول دودان كلافو آخرون، حفظ الناظم و احترام حرية التعبير (دليل تعليمي) ، منظمة الأمم المتحدة للتربية و العلم و الثقافة (UNESCO) ، الطبعة الأولى، 2014، ص 30.



## الفرع الأول : فئات الصحفيين المشمولين بالحماية :

اوكلت الجمعية العامة للأمم المتحدة للجنة حقوق الإنسان بتحرير مشروع اتفاقية من أجل حماية الصحفيين الذين يقومون بمهام خطيرة في مناطق النزاع المسلح، وذلك من خلال قرارها **2673** الصادر في 9 ديسمبر عام 1970، حيث يميز القانون الدولي الانساني بين عدة انواع من الصحفيين العاملين في مناطق النزاع المسلح دون ان يقدم تعريفا دقيقا لهم، وهم المراسلون الحربيون(العسكريون)، و الصحفيون الملحقون بالقوات المسلحة، والصحفيون المستقلون.

### - المراسل الحربي(العسكري) :

يقصد بالمراسل العسكري، "أشخاصاً مدنيين يرافقون القوات العسكرية دون أن يكونوا جزءاً منها"، علماً انهم يعملون بتفويض و تحت حماية القوات المسلحة، بحيث ينصرف مفهوم المراسل الحربي بإعتباره "الصحفي او المذيع الذي يغطي الأخبار العسكرية لصحيفة ما أو راديو أو تلفزيون".<sup>1</sup>، أو هو المندوب الذي يتم إرساله إلى ميدان القتال في مهمة خاصة أثناء الحرب، بغية في نقل الأحداث ذات الصلة أثناء وقوع العمليات العسكرية إلى وسائل الإعلام.<sup>1</sup>

لذا، كل شخص صحفي متخصص يتواجد في مسرح العمليات بتفويض و حماية القوات المسلحة لأحد الأطراف المتحاربة يطلق عليه وصف المراسل العسكري.

### - الصحفيون المستقلون :

يعتبر الصحفي المستقل هو المراسل المدني الذي يعمل لدى وكالة أنباء ، بحيث يقوم بمهمته بكل استقلالية في تغطية الحروب و النزاعات المسلحة بكل استقلالية و بعيداً عن أية تبعية لأية جهة كانت. وعلى هذا الأساس تدخل هذه الفئة من الصحفيين في حكم المدنيين الذي وجب حمايتهم تبعاً لهذا الوضع شريطة ألا يقوموا بأي عمل يسئ إلى وضعهم كمدنيين.

على اعتبار ان الصحفي المستقل ينتقل بحرية وبعزل عن القوات المسلحة، وفر لهم القانون الدولي الانساني حماية خاصة، هذا ما أشارت إليه اتفاقيات جنيف الرابعة لسنة 1949، و البروتوكول الإضافي الأول المتعلق بحمايا ضحايا المنازعات الدولية الذي دخل حيز النفاذ عام 1978، و البروتوكول الإضافي الثاني لسنة 1997 المتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية و غير الدولية ، وقرار مجلس الامن الدولي رقم 1738 لسنة 2006.<sup>2</sup>

بناءً على ما سبق، يعتبر التمييز بين المراسل الحربي و الصحفي المستقل مرحلة أولى في منح الحماية للمراسلين الحربيين من ثم للصحفيين المستقلين، إلا انه بغض النظر عن ازدواجية التمييز بينهما جاءت المادة

<sup>1</sup> محمود محمد الجوهري، "المراسل الحربي"، القاهرة، دار المعارف، السنة 1958، الصفحة 14.

<sup>2</sup> موسى محمد جميل، "الحماية الدولية للصحفيين في ظل قواعد القانون الدولي الانساني في فلسطين، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، رسالة لنيل

شهادة الماجستير، نابلس، فلسطين السنة 2014، ص 25

79 من البروتوكول الإضافي لحماية الصحفي في النزاعات المسلحة، وبالتالي تختلف قواعد الحماية التي يتم إسقاطها من جانب القانون الدولي الإنساني على هاتين الفئتين ، بحيث يمكننا القول أن الصحفي في مفهوم القانون الدولي الإنساني هو المراسل الحربي و الصحفي المستقل الذي يقوم بمهام معينة وفق التعريف المشار إليه أنفا.

#### – الصحفيون العسكريون الملحقون بالقوات المسلحة :

إضافة لما سبق ذكره، يعتبر الصحفيون " العسكريون الملحقون بالقوات المسلحة " ضمن الفئات التي أشارت إليها قواعد و إتفاقيات القانون الدولي الإنساني إلى حمايتهم، بحيث يقصد بهم " الصحفيون الذين ينتقلون مع القوات العسكرية أثناء وقت الحرب. وتتمثل المهام المسندة لهم في جمع كافة الأعمال و الأخبار التي تساهم في نشر مطبوعات تصدر عن الشؤون العسكرية.<sup>1</sup>

تأسيسا على ما سبق، يمكن اعتبار أن هذه الفئة المشار إليها أعلاه هم بالدرجة الأولى عسكريون يعملون بالنشاط الإعلامي لدى القوات العسكرية، ليس معناه أن تنتقى الحصانة المتعلقة بحمايتهم وقت الحرب، بل نص البروتوكول الإضافي الأول وفق الفقرة الثانية من المادة 79، و اتفاقية جنيف الثالثة وفق المادة 4/4 أن الصحفيون العسكريون من الفئات المشمولة بالحماية القانونية ، خاصة حال وقوعهم أسرى حرب، كما نصت اتفاقية جنيف الثالثة أيضا على حقوق هذه الفئة من المراسلين معتبرتهم أنهم جزءا أصيل من الهيئة العسكرية رغم إرتدائهم زي عسكري، فلا يعتبر جندي عسكري بشكل واضح، إلا أنه يمارس جزء أساسي و بشكل رسمي من قوة عسكرية منظمة ، و يبقى مشمول بالحماية الممنوحة لأسرى الحرب.<sup>2</sup>

#### الفرع الثاني : الإطار القانوني الضامن لحماية الصحفيين :

إن الدور الكبير الذي تلعبه وسائل الإعلام من خلال الصحافة لفضح ممارسات و الانتهاكات التي تقوم بها الدول المتنازعة يجعلها معرضة للتضييق و للخطر أثناء ممارسة عملها، لذلك وجب حمايتها بواسطة الاتفاقيات التي يتضمنها القانون الدولي الإنساني المصادق عليه.

حيث تختلف أنظمة حماية الصحفيين حسب وضعيتهم، إذ يمكن التمييز بين الصحفيين المعتمدين الذين يرافقون قوات المسلحة دون أن يكون جزءا منها، وهؤلاء نصت عليهم اتفاقيات القانون الدولي الإنساني ابتداء من اتفاقيات لاهاي لعام 1899-1907، و كذلك اتفاقيات جنيف لأسرى الحرب لعام 1929، وصولا

<sup>1</sup> وجد هذا النوع من الصحفيين أثناء حرب العراق سنة 2003، بحيث استعانت القوات الأمريكية و البريطانية بعدد كبير من هؤلاء الصحفيين وقت الحرب. يرجى مراجعة: الكسندر بالجي جالوا، حماية الصحفيين و وسائل الإعلام في أوقات النزاع المسلح، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، متوفر على الرابط الإلكتروني التالي: <https://international-review.icrc.org/ar>

<sup>2</sup> مبطوش الحاج، حماية الصحفيين و الإعلاميين أثناء الحروب و النزاعات المسلحة، القاهرة، المصرية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، السنة 2019، ص

إلى اتفاقيات جنيف الأولى و الثانية و الثالثة لعام 1949 من جهة . ومن جهة أخرى هناك الصحفيون غير المعتمدون الذين يباشرون مهام خطيرة في المناطق التي تشهد نزاعا مسلحا ، حيث يتم تحديد قواعد حمايتهم في المادة 79 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 و التي نصت على الحقوق التي قررتها اتفاقيات القانون الدولي الإنساني " للمراسل الحربي " الذي يرافق القوات المسلحة دون أن يكون جزءا منها.ومن ناحية أخرى فإنه لا يمكن الفصل بين الصحفيين باعتبارهم أشخاصا عن الأجهزة و الأماكن التي يستعملونها، ويدخل في هذا المجال وسائل الإعلام بمختلف أنواعها: مثل الصحافة و ووسائل الإعلام السمعي و البصري. حيث نص القانون الدولي الإنساني أيضا في هذا المجال على حماية الأعيان المدنية التي يستخدمها الصحفيين أثناء مزاوله عملهم.

على العموم ، يضمن القانون الدولي الإنساني الحماية الدولية للصحفيين باعتبارهم أفرادا يمارسون مهام خطيرة أثناء تغطيتهم للنزاعات المسلحة، بمعنى متعمهم هذا الأخير بالحماية القانونية التي تشمل جميع المدنيين كونهم اشخاص مدنيون وليسوا أهدافا عسكرية وذلك وفق لنص الفقرة الأولى من المادة (50) من البروتوكول الأول الملحق باتفاقيات جنيف الاربعة لعام 1949، كما وفر لهم حماية خاصة متمثلة في الحصانة من الأعمال الحربية التي ترتكب من قبل الأطراف المتنازعة<sup>1</sup>.

فنظرا لطبيعة أعمالهم الخطرة أثناء تغطيتهم للأعمال العدائية المباشرة وقت النزاعات المسلحة، بالإضافة إلى وقوعهم ضحية للأعمال التعسفية في مناطق العمليات العسكرية ، كفل القانون الدولي الإنساني حماية خاصة للصحفيين وفق التدابير التي أكد عليها البروتوكول الأول في نص المادة 79 والتي نصت على: " يعد الصحفيون الذين يباشرون مهام مهنية خطيرة في مناطق المنازعات المسلحة أشخاصا مدنيين ويجب حمايتهم بهذه الصفة دون الإخلال بحق المراسلين الحريين المعتمدين لدى القوات المسلحة في الاستفادة من الوضع المنصوص عليه في المادة (1/4) من الاتفاقية الثالثة الخاصة بالأسرى، ويجوز لهم الحصول على بطاقة هوية تشهد على صفتهم كصحفيين".

وبالرجوع الي نص المادة 79 المذكورة أعلاه نجد أن الحماية التي كفلها القانون الدولي الإنساني للصحفيين تتمثل في :

- التزام الأطراف المتحاربة في أن يبذلوا ما في وسعهم لمنح الصحفيين قدرا معقولا من الحماية ضد الأخطار التي ينطوي عليها النزاع تطبيقا لقواعد العامة لحماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة، والعمل على تحذير الصحفيين حتى يتبتعدا عن مناطق الخطر، و معاملتهم في حالة اعتقالهم معاملة مطابقة لما تقتضي به اتفاقية جنية الرابعة في المواد (75-135) الخاصة بحماية السكان المدنيين و يعتبر أي هجوم

<sup>1</sup> فريتس كالمسوفن، ليزابيث تسغفيلد، ضوابط تحكم خوض الحرب مدخل للقانون الدولي الإنساني، ترجمة أحمد عبد الحلیم، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، 2006، ص60.

معتمد عليهم يتسبب في جرهم أو قتلهم يعد جريمة حرب، إلا إنهم يفقدون حقهم في الحماية كمدنيي حال مساهمتهم و مشاركتهم في الأعمال الحربية.

– يتمتع الصحفيين الذين يقومون بمهام خطيرة باحترام ممتلكاتهم بكاملها شرط أن لا تكون هذه الممتلكات ذات طبيعة عسكرية، حيث تعتبر وسائل الإعلام أعيانا ذات طابع مدني و تتمتع بالحماية القانونية على غرار الأعيان و الممتلكات الخاصة بالسكان المدنيين و تنطبق عليه قواعد الحماية الخاصة بذلك.

– وجوب تأمين حماية أفضل للصحفيين الذين يباشرون مهام خطيرة و خصوصا المراسلون الصحفيين المعتمدون لدى القوات المسلحة فهم يحتفظون بوضعهم برغم الترخيص الممنوع لهم من الجهات العسكرية، وبالمثل يجب احترام الصحفيين سواء كان بحوزتهم أو لم يكن لديهم بطاقة هوية تثبت أنهم صحفيون مكلفون بمهام خطيرة.

– في حال وقع الصحفيون المعتمدون من قبل وزارة الدفاع أو الذين يعدون مراسلي حرب والذين هم مخولون بالحقاق بجيوش المحاربين في قبضة العدو أثناء سير العمليات العسكرية، يعتبرون أسر حرب و تنطبق عليهم الأحكام الخاصة بعاملة الأسرى بموجب اتفاقية جنيف الثالثة، أما المراسلين المستقلون الذين يعتقلون في بداهم أو أرضهم ، فتطبق عليهم الأحكام الخاصة بالمدنيين المعتقلين في الأراضي المحتلة. أما الصحفيين التابعين لدولة ثالثة و ليست طرفا متحاربا ، فإنهم يستفيدون من القوانين التي تسرى عليهم وقت السلم، ويمكن اعتقالهم إذا كان لدى الدولة الحاجزة تهم كافية لإدانتهم، وإذا لم يكن الأمر وجب إطلاق سراحهم.

تأسيسا على ما تقدم، فإن اتفاقيات القانوني الدولي الانساني وضعت لكل فئة من الفئات المشمولة بالحماية نظاما قانونيا محددًا ومنهم الصحفيين في زمن النزاعات المسلحة. غير أنه لا يمكن تصور حماية الصحفيين دون توفير حماية للمؤسسات الإعلامية باعتبارها اعيانا مدنيا ذات طابع إعلامي تنشط في هذا المجال، رغم عدم وجود نص صريح خاص بحماية المؤسسات الإعلامية زمن النزاعات المسلحة. من هنا إعتبرها القانون الدولي الانساني المؤسسات الإعلامية محمية بموجب هذا القانون ما دامت اهداف مدنية<sup>1</sup> ليست لها أهداف عسكرية وبالتالي لا يجوز أن تكون محلا للاستهداف من أي طرف من أطراف النزاع، فماذا عن المنظمات المؤسسية غير حكومية التي تساعد في تطبيق قواعد الحماية المنصوص عليها في القانون الدولي الانساني. هذا ما سنتطرق بالحديث عنه في الأسطر الموالية.

<sup>1</sup> ينصرف مفهوم الأهداف المدنية وفق للتعريف المقدم من طرف اللجنة الدولية للصليب الأحمر: "هي الأهداف المدنية هل تلك الأهداف المخصصة بصفة أساسية و ضرورية للسكان المدنيين، كالمساكن و المنشآت التي تؤوى السكان المدنيين و التي تحتوي على موارده الغذائية و مصادر المياه. انظر نوال احمد بسبح، القانون الدولي الانساني وحماية المدنيين و الأعيان المدنية في زمن النزاعات المسلحة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2010، ص131.

## المطلب الثاني : المؤسسات الدولية المكلفة بحماية الصحفيين أثناء النزاعات المسلحة :

لعبت العديد من الهيئات الإقليمية و الدولية دورا هاما في حماية الصحفيين والسهر على حرية التعبير و الصحافة أثناء النزاعات المسلحة، باعتبارها تشكل أهم الآليات المسخرة لاحترام و حماية الصحفيين وقت الحرب.

إذ سنقوم باختيار هذه المنظمات وفق معيار أساسي يتعلق بحجم تدخل هذه الهيئات في حماية الصحفيين في الأوضاع الخطرة و مدى اعتراف لهذه الهيئات بهذا الدور الذي تتطلع عليه لحماية الصحفيين ، إذ سنركز على مؤسستين أساسيتين يتعلق الأمر باللجنة الدولية للصليب الأحمر (الفرع الأول)، ومنظمة مراسلون بلا حدود في (الفرع الثاني).

### الفرع الأول : اللجنة الدولية للصليب الأحمر :

تعتبر إحدى المنظمات الدولية غير الحكومية ، تأسست عام 1863 عن طريق السويسري هنري دونان، تضطلع بمهمة إنسانية بحثة تتمثل في الحماية و المساعدة في المجال الإنساني لضحايا النزاعات المسلحة و حالات العنف الأخرى. كما تعمل اللجنة في الوقت ذاته على تعزيز احترام قواعد القانون الدولي الانساني و إدراجه في القوانين الوطنية وذلك عن طريق عملها المباشر عبر أنحاء العالم<sup>1</sup>

تستند اللجنة الدولية للصليب الأحمر نظامها القانوني على المستوى الدولي أثناء قيامها بعملها الإنساني في تقديم الحماية الإنسانية و المساعدة إلى ضحايا حرب النزاعات المسلحة و منهم الصحفيون و مؤسساتهم الإعلامية إلى اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 و بروتوكولاتها الإضافية، و نظامها الأساسي ، وقرارات المؤتمرات الدولية للصليب الأحمر و الهلال الأحمر.<sup>2</sup>

وبناء عليه ، فإن مهمة اللجنة الدولية للصليب الأحمر هي مهمة إنسانية بالدرجة الأولى، متمثلة في حماية أرواح المدنيين في أوقات الحرب، و بما انها تقدم المساعدة لضحايا النزاعات المسلحة دون تمييز فهي تسعى أيضا إلى حماية العاملين في المجال الإعلامي المكلفين بالمهام الخطيرة، و تساهم في تحسين مستوى الحماية المكفولة لهم و بطرق مختلفة، ويرتكز سلوك هذه اللجنة على خدمات المساعدة التي يمكن أن تقدمها للصحفيين مثل معلومات الإيقاف أو القبض على صحفي من الصحفيين، كما تضع هذه المنظمة الدولية خطها الساخن تحت تصرف

<sup>1</sup> تعد اللجنة الدولية للصليب الأحمر جمعية سويسرية تأسست بموجب المادة (60) من القانون المدني السويسري لعام 1915 ، و اعترافا من السلطات السويسرية بنشاط اللجنة: أصدر مجلس الاتحاد السويسري في 25 نوفمبر لسنة 1958 اعلانا يبين فيه طبيعة اللجنة الدولية للصليب الأحمر و المهام الموكلة إليها بموجب اتفاقيات جنيف. انظر نورة يحيوي، حماية حقوق الانسان في القانون الدولي والقانون الداخلي، دارهوم للنشر و التوزيع، الجزائر، طبعة 2004، ص 168.

<sup>2</sup> مشار إليه في الموقع الرسمي للجنة الدولية للصليب الأحمر: <https://www.icrc.org/ar> مطلع عليه بتاريخ 2021/06/02.

الصحفيين الذين يواجهون صعوبات أثناء النزاعات المسلحة، وبإمكان الصحفيين و أصحاب العمل و اقربائهم الاتصال باللجنة الدولية طلبا للمساعدة عندما يصابون بجروح أو يقتلون أو يتعرضون للحجز.<sup>1</sup>

علاوة على ما سبق بيانه، تعمل المنظمة على التعريف بالقانون الدولي الإنساني لدى السلطات المدنية و العسكرية و أطراف النزاعات المسلحة من غير الدول، بغية في نشر القواعد التي تحمي الصحفيين و المدنيين عامة. فنجد هنا المبادرات التي قدمتها اللجنة الدولية للصليب الأحمر للصحفيين في الأراضي الفلسطينية المحتلة والتي تخصص جزءا كبيرا من برامجها التوعوية لهذه الأخيرة، بحيث عملت اللجنة في هذا الصدد بالتعاون مع لجنة دعم الصحفيين ورشة تدريبية "حول السلامة المهنية للصحفيين في الميدان" ، واخذت اللجنة من خلال برنامجها إلى تدريب الطواقم الصحفية و الحث على رفع معنوياتهم اثناء تغطيتهم الاعلامية وقت النزاع المسلح من خلال مدرب معتمد من قبل الاتحاد الدولي للصحفيين ، كما وضحت ايضا اللجنة للصحفيين بالتعريف بقواعد الحماية التي يقدمها لهم القانون الدولي الانساني اثناء النزاع المسلح بهدف المساعدة في تعزيز حمايتهم وزيادة الوعي لدى الصحفيين الفلسطينيين.<sup>2</sup>

#### الفرع الثاني : منظمة مراسلون بلا حدود :

تعتبر منظمة مراسلون بلا حدود<sup>3</sup> إحدى المنظمات المستقلة الرائدة في العالم والتي تعنى بحقوق الصحفيين و تنشط في مجال قضايا المحاكمات الحساسة و التاريخية التي يكون فيها الدفاع عن الصحفيين و مساعدي الإعلام المسجونين بسبب نشاطهم المهني، وتقوم هذه المنظمة أيضا بالإعلان عن المعاملات المنحطة بالكرامة و التعذيب الذي يكون ضحيته هؤلاء الصحفيين.

وتستند منظمة مراسلون بلا حدود أساسها القانوني في العمل إلى نص المادة 19 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص " أن كل إنسان يملك الحق في حرية الرأي و التعبير و أيضا الحق في البحث و استقبال و توزيع المعلومات و الأفكار بغض النظر عن مدى اتساع الحدود التي يصل إليها".

باعتبار المنظمة تمثل خطابا قانونيا و إنسانيا للصحفيين و المؤسسات الإعلامية الذين يعانون من عراقيل اثناء تقديم مهامهم ، تسعى إلى تكريس الحماية للصحفيين في بقاع العالم دون استثناء من تقديم المساعدة لهم ماديا

<sup>1</sup> الخط الساخن، مساعدة الصحفيين القائمين بمهام خطيرة ، إصدارات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، 2011، ص 12.

<sup>2</sup> مشا إليه في الموقع الإلكتروني : <https://www.alwatanvoice.com/arabic/news/2019/09/08/1272858.html>، ومطلع عليه بتاريخ 2021/06/03

<sup>3</sup> هي منظمة دولية غير حكومية تم تأسيسها عام 1985 من طرف روبر مينار، و روني برومان، والصحفي كلودجيليبو في مدينة مونبلي بفرنسا، والتي تعتبر عضوا مؤسسا في شبكة التبادل الدولي لحرية التعبير. راجع:

فارس جميل ابو خليل، وسائط الإعلام بين الكبت وحرية التعبير، داراسامة للنشر و التوزيع، عمان ، الطبعة الأولى 2011، ص 226

و معنويا والتي تكن حسب الأولوية و حسب الحالات الاستعجالية: مثل اسعاف الصحفيين الجرحى و مساعدة عائلاتهم، ثم تأتي المؤسسات الإعلامية وما لهم من مشاكل تتعلق بالحرية و الاستقلالية.<sup>1</sup>

وعليه، تقوم هذه المنظمة بالكشف عن انتهاكات الجسيمة التي يتعرض لها الصحفيون وتكون سندا لهم في الدفاع عن حقوقهم الخاصة في المناطق التي تعرف تضيقا ممنهجا على الصحافة<sup>2</sup>، فعلى سبيل المثال تعتبر ممارسة الصحافة في فلسطين أمرا محفيا بالمخاطر فيما يخص سلامة و أمن الصحفيين في ظل تأجج التوترات السياسية ، و أكدت مراسلون بلا حدود في التقارير الصادرة عنها في مايو من سنة 2018 عن انتهاكات جسيمة مورست من طرف الجيش الإسرائيلي تجاه الصحفيين الفلسطينيين، والذي قام بقتل 3 صحفيين فلسطينيين أثناء استخدام الجيش الإسرائيلي للذخيرة الحية في عمليات تفرق المتظاهرين مشيرة إلى تواصل موجات الاعتقال التي ترعاها القوات الإسرائيلية وتستهدف من خلالها اعتقال الصحفيين الفلسطينيين. ، زيادة على ذلك يدفع الصحفيون الفلسطينيون ضريبة الصراع المحتدم في البلاد ، حيث تنهال عليهم الاعتقالات و الاستجابات العنيفة و الاحتجازات دون اتهام رسمية، ناهيك عن منعهم من تغطية بعض الأحداث.<sup>3</sup>

بالإضافة إلى ذلك، رفعت منظمة مراسلون بلا حدود شكوى أمام المحكمة الجنائية الدولية ضد اسرائيل أثناء عدوانها الأخير على قطاع غزة بتاريخ 17-05-2021 وذلك بعد استهدافها مقرات إعلامية محلية و دولية في قطاع غزة، بحيث اعتبرت المنظمة أن الجيش الاسرائيلي لم يتسبب فقط في إلحاق أضرار مادية كبيرة جدا بأقسام التحرير التي يعد صحفيوها و معداتها و مرافقها محميين بموجب مقتضيات حماية السكان المدنيين، بل أعاق أيضا التغطية الإعلامية لنزاع يؤثر بشكل مباشر و خطير على السكان المدنيين. بالتالي اعتبرت المنظمة ان هذا الاستهداف قد يرقى إلى مصاف جرائم حرب.<sup>4</sup>

خلاصة القول، تعتبر منظمة مراسلون بلا حدود أن الصحفيين يلعبون دورا مهما في المجتمع المدني خاصة في أوقات النزاع المسلح، فهم في كثير من الأحيان الوسيلة المحايدة لجمع المعلومات المتعلقة بالصراع و نشرها ، غير أنه في بعض الأحيان تتعرض هذه الفئة لانتهاكات جسيمة تعيق استمرارية القيام بالدور الذي جاؤوا من أجله. فنشير هنا في هذا الصدد إلى الإحصائيات التي صدرت عن المنظمة في شكل تقارير دورية فيما يخص ما

<sup>1</sup> الموقع الرسمي لمنظمة مراسلون بلا حدود <https://rsf.org/fr/presentation-0>

<sup>2</sup> ومن ضمن الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها المنظمة أيضا :

- تعمل المنظمة على مراقبة دائمة للانتهاكات التي تؤثر على حرية الاعلام في العالم
- دعم الصحفيين المضطهدين و أسرهم معنويا و ماليا.
- تقدم المساعدة المادية لمراسلي الحرب بهدف ضمان سلامتهم.

• إدانتها للانتهاكات التي يتعرض لها الصحفيين من خلال نشرها في وسائل الاعلام. راجع الموقع الإلكتروني التالي: <http://ar.rsf.org/about/lbid->

<sup>3</sup> انظر التقرير الذي اعتمدته اللجنة بهذا الصدد وفق المرجع الإلكتروني التالي: <https://rsf.org/ar/news/-172>، مطلع عليه بتاريخ 2021/06/04

<sup>4</sup> انظر الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.aljazeera.net/>، مطلع عليه بتاريخ 2021/06/06.

يتعرض له الصحفيين من قتل و احتجاز، بحيث سجلت المنظمة في حصيلتها السنوية لعام 2020 ما لا يقل عن 387 صحفيا بسبب عملها في قطاع الإعلام مقابل 389 في 2019، مما يعني أن عدد الصحفيين المحتجزين حول العالم ظل مرتفعا على نحو قياسي، علما أن أكثر من نصف الصحفيين المحتجزين في العالم (61%) تم في خمس دول فقط، وللعام الثاني على التوالي، تمثل الصين و مصر و المملكة العربية السعودية و فيتنام و سوريا أكبر خمسة سجون للصحفيين في العالم. كما أشار التقرير أيضا إلى ارتفاع عدد الصحفيات المحتجزات على ما يقل عن 35% مقارنة بالعام الماضي: 42% في 2020، مقابل 31% في 2019، بحيث تم تسجيل أغلب الحالات الجديدة في بيلاروسيا التي عاشت موجة قمع غير مسبوقه منذ الانتخابات الرئاسية المثيرة للجدل التي نظمت في 9 اغسطس عام 2020. هذا من جهة، فمن جهة أخرى وثق التقرير أيضا أن عدد الصحفيين الذين تعرضوا للقتل اثناء قيامهم بنشاطهم المهني في اوقات النزاع المسلح الذي احصى عددهم عن 50 صحفيا عام 2020.<sup>1</sup>

الخلاصة :

لاحظنا من خلال البحث المنجز أن القانون الدولي الإنساني سعى إلى توفير حماية اللازمة للصحفيين أثناء تأدية مهامهم وقت النزاعات المسلحة.

لكن في المقابل، فإن العديد من الدول لم تحترم و لم تعمل على تكريس المقتضيات الحمائية المنصوص عليها في القانون الدولي الإنساني، لذلك بات من الضروري على مشرع القانون الدولي الإنساني إرفاق مقتضيات حماية الصحفيين بعقوبات جنائية تطل الدول و الأشخاص المسؤولين عن الانتهاك قواعد الحماية الخاصة للصحفيين ، بالإضافة إلى حثه على دعم الجهود التي تبذلها المنظمات المؤسسية في تفعيل الحماية الدولية للصحفيين اثناء النزاعات المسلحة مثل منظمة مراسلون بلا حدود و لجنة حماية الصحفيين و غيرها من المنظمات الأخرى.

<sup>1</sup> راجع التقرير الصادر عن منظمة مراسلون بلا حدود على الموقع الإلكتروني التالي: <https://rsf.org/ar/news/-304>، مطلع عليه بتاريخ 2021/06/06



❖ لائحة المصادر و المراجع :

✓ المراجع باللغة العربية :

- دودان كلافو آخرون، حفظ الناظم و احترام حرية التعبير (دليل تعليمي) ، منظمة الأمم المتحدة للتربية و العلم و الثقافة (UNESCO) ، الطبعة الأولى، 2014.
- محمود محمد الجوهري، "المراسل الحربي"، دار المعارف، القاهرة، السنة 1958.
- فارس جميل ابو خليل، وسائط الإعلام بين الكبت و حرية التعبير ، دار اسامة للنشر و التوزيع، عمان الطبعة الأولى 2011.
- نورة يحيوي، حماية حقوق الانسان في القانون الدولي والقانون الداخلي، دار هومه للنشر و التوزيع، الجزائر، طبعة 2004.
- نوال احمد بسبح، القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين و الأعيان المدنية في زمن النزاعات المسلحة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2010.
- فريتس كالسهورفن، ليزابيث تسعفلد، ضوابط تحكم خوض الحرب مدخل للقانون الدولي الإنساني، ترجمة أحمد عبد الحليم، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، 2006.
- جميل حسين الضامن، المسؤولية الدولية عن انتهاك حماية الصحفيين و وسائل الإعلام أثناء النزاعات المسلحة في ضوء أحكام القانون الدولي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر و البرمجيات، دون طبعة، مصر، الإمارات.
- موسى محمد جميل، " الحماية الدولية للصحفيين في ظل قواعد القانون الدولي الانساني في فلسطين، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، رسالة لنيل شهادة الماجستير، نابلس، فلسطين السنة 2014.

✓ المواقع الإلكترونية :

- [www.ar.rsf.org](http://www.ar.rsf.org).
- [www.icrc.org](http://www.icrc.org)
- [ww.elsehafa.com](http://ww.elsehafa.com)
- [www.alwatanvoice.com](http://www.alwatanvoice.com)

## الوصاية الإدارية وإشكالية الاستقلال البلدي بموريتانيا

Trusteeship administrative and the problem  
of municipal independence in Mauritania



الدكتور أحمد محمد محمد السالك الداه : رئيس قسم

(شعبة) الإدارة العامة والمناجمت بمدرسة الإدارة ENA بموريتانيا - نواكشوط

Dr. Ahmed Mohamed Mohamed Salek Dah : Head  
of the Department (Division) of Public Administration and  
Mines at the School of Management ENA in Mauritania Nouakchott

ملخص :

إذا كان المقصود باستقلال البلديات (الجماعات المحلية) بموريتانيا كوحدات لامركزية إدارية، هو أن يكون لها حق إصدار قرارات إدارية ومالية نافذة في حدود معينة، من قبل أفراد منتخبين محليا دون أن تخضع في ذلك إلى أوامر السلطة المركزية وتوجيهاتها، فإن ذلك لا يعني البتة عدم خضوع تلك القرارات وأولئك المنتخبين إلى المراقبة الوصائية. ذلك، أن الوصاية هي عنصر ملازم للامركزية، وصلة الوصل بين السلطة المركزية والمجموعات المحلية، وهي الجسر الذي يربط الدولة والهيئات العامة المحلية، فهي تلك السلطات المخولة للدولة بموجب القانون تمارسها على المجموعات المحلية قصد احترام هذه الأخيرة القوانين المنظمة لنشاطها وعدم الخروج عن الأهداف والغايات المحدد لها،

غير أن أي انحراف للممارسة الوصائية من طرف السلطات المركزية على البلديات الموريتانية عن تلك الأهداف والتأخر عنه، قد يلقي بظلال من الشك على درجة الاستقلال الممنوحة لها ومدى مصداقيتها.

## Abstarct :

While the independence of the municipalities of Mauritania as decentralized administrative units aims to have the right to make administrative and financial decisions that are enforceable within certain limits, by local elected officials without being subject to the orders and directives of the central authority, this does not mean that these decisions and the elected officials are not subject to trusteeship control. Moreover, trusteeship is an inherent element of decentralization, the link between the central authority and local groups, and it is the bridge between the State and local public bodies. It is these powers vested in the State by law that it exercises over local groups so that they comply with the laws governing their activities and do not deviate from the goals and objectives set for them. However, any deviation from the practice of trusteeship by the central authorities over Mauritanian communes in relation to these objectives, and the delay in implementing them, may call into question the degree of independence granted to them and the extent of their credibility.

الكلمات المفتاحية : الوصاية؛ الاستقلال؛ المجلس البلدي؛ العمدة؛ الجماعة المحلية؛ الرقابة؛ العوائق.

**Keywords** : Trusteeship, independence, municipal councils, mayor, local community, control, obstacles.

## مقدمة :

لقد شهدت العقود الثلاثة الماضية اهتماما متزايدا بموضوع اللامركزية الإدارية، وقد ترجم هذا الاهتمام في إطار الاتجاه إلى توسيع نطاق مشاركة المواطنين ودورهم في عملية الحكم وتقليص أدوار الدولة ومنح القطاع الخاص ومؤسسات المجتمع المدني دورا أكبر في عملية التنمية، وقد عبرت عن ذلك الاهتمام تقارير المؤسسات الدولية عن التنمية في العالم تحت العديد من العناوين مثل "جعل الدولة أكثر قربا من الناس"، و"التحول إلى المحليات"، و"تحقيق اللامركزية وإعادة التفكير" و"الحكامة الرشيدة". لذا فإن الإدارة المحلية اللامركزية تحتل مركزا هاما في نظام الحكم الداخلي، كما تقوم بدور فعال في تحقيق مطالب التنمية المحلية، وتتميز بأنها إدارة قريبة من المواطنين نابعة من صميم السكان.

فقد أصبح من المتفق عليه أن " اللامركزية الإدارية " تعد أحد أهم النظم التي يمكن من خلالها تمكين المواطنين في المجتمع المحلي، من المشاركة الفعالة والحقيقية في إدارة الشؤون العامة المحلية للمجتمعات التي يعيشون بها، كما أنه بدون تطبيق سليم للامركزية الإدارية لا يمكن القول بإمكانية تحقيق حكامه التنمية المحلية المستدامة ، لاسيما في ظل عجز الحكومة المركزية عن الوفاء بكافة احتياجات المجتمع، وخاصة مع تنامي عدد السكان من ناحية، وندرة أو سوء استغلال الموارد الطبيعية والبشرية من ناحية أخرى . وبدون تلك اللامركزية لا يمكن أيضا الحديث عن الديمقراطية بأشكالها المختلفة وخاصة السياسية والإدارية.

وإذا كان لكل بلد ومجتمع ظروفه الخاصة وخصائصه المحلية التي يفسر على ضوءها عادة الاتجاه نحو النهج اللامركزي، فإن موريتانيا التي وجدت نفسها غداة الاستقلال في وضع لا تحسد عليه، حيث تفتقر إلى أبسط مقومات الدولة الحديثة تنظيميا وخدماتيا، فهي عكس غيرها من الدول المستعمرة لم ترث عن المستعمر الفرنسي أي بنىات إدارية أو عمرانية، ولا أي تجهيزات تحتية تذكر، ولا أي كوادر بشرية مؤهلة<sup>1</sup>، وهو ما جعل الدولة الجديدة تولد منعومة الشرعية نظرا لانعدام تراث الدولة المركزية. ونظرا أيضا لوجود فضاء اجتماعي، ينطع بالانتظام القبلي والنزاعات الأفقية وانعدام البعد التحديثي في هياكله، إذ لم يتعدى عدد الإطارات الجامعية غداة الاستقلال أكثر من خمسة أفراد، ولم تتجاوز نسبة سكان المدن 3% من مجموع السكان عام 1962<sup>2</sup>. فقد جاء اعتمادها للنهج اللامركزي متدرجا وخجولا وبخطى بطيئة، ومتأثرا بالمتغيرات الحاصلة في المجتمع.

فقد صدر أول قانون ينظم الإدارة المحلية في موريتانيا في يناير 1960م، وهو القانون رقم 16-60 والقاضي بإنشاء البلديات الحضرية القائمة على الانتخاب، وقد تبعه القانون رقم 135-60 بتاريخ 25 يوليو 1960م والقاضي بإنشاء البلديات الريفية القائمة على التعيين. غير أن المشرع الموريتاني سرعان ما ألغى هذه القوانين، نظرا لعدم تلاؤمها مع ظروف الدولة الناشئة، وتم استبدالها بمقتضى القانون رقم 242-68 الصادر بتاريخ 30 يوليو 1968م الذي يحل نظام الولايات محل البلديات، حيث أصبحت الولاية بمقتضاه تتمتع بكيانين مزدوجين، فهي من جهة دائرة إدارية تابعة للدولة، ومن جهة أخرى جماعة ترابية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ولها مجلس منتخب بالاقتراع العام.

غير أن هذا القانون هو أيضا لم يعمر طويلا، إذ سرعان ما صدر قانون رقم 163-71 ليسي تلك المجالس الإقليمية باللجان الجهوية، وينص على تعيين أعضائها بدل انتخابهم<sup>3</sup>، والذي تم تغييره هو الآخر بموجب الأمر القانوني رقم 128-83 الصادر بتاريخ 5 يوليو 1983 الذي يقضي بأنه يجب أن تكون هناك

<sup>1</sup> محمد الأمين ولد سيد باب . " مظاهر المشاركة السياسية في موريتانيا " . طبع مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت الطبعة الأولى ، 2005 ص 402.

<sup>2</sup> سيد ولد أباه وآخرون . " موريتانيا الثقافة والدولة والمجتمع " . مركز دراسات الوحدة العربية، سلسلة الثقافة القومية ، العدد 28 ، الطبعة الثانية ، بيروت فبراير 2000 ، ص 28.

<sup>3</sup> باباه عبد الله . " تطور تنظيم الإدارة المحلية في موريتانيا " . المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، العدد 37 ، مارس - ابريل 2001 ، ص 123 .

مجالس إقليمية أقرب إلى المواطنين وأكثر تمثيلا لهم ، وهذا ما أدى إلى إبدال المجالس الإقليمية المعينة بلجان منتخبة من مسؤولي الإنعاش على مستوى المقاطعات. والتي تم استبدالها بوحدة لامركزية منتخبة على المستوى القاعدي وهي البلديات، وذلك من خلال الأمر القانوني رقم 134-86 الصادر بتاريخ 13 أغسطس 1986 والذي حل محله الأمر القانوني 289-87 الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 1987م الذي مازال ساريا رغم التعديلات الطفيفة على بعض مواده والتي تم التأكيد عليها في دستور 20 يوليو 1991 وتعديلاته لاحقا.

كما تم إنشاء مجالس جهوية منتخبة على مستوى الولايات كمستوى ثاني للامركزية الإدارية أعلى من البلديات<sup>1</sup>، وذلك في آخر تعديل للدستور 2017، حيث نصت المادة 98 {جديدة} منه على أن " المجموعات الإقليمية للجمهورية هي البلديات والجهات "، وتطبيقا لذلك صدر القانون 18/010 المنظم للمجالس الجهوية بالبلاد.

إلا أنه نظرا لانعدام تاريخ تنظيمي ومؤسسي بالشكل المعروف حديثا، ونظرا لسيادة التقاليد والأعراف القبلية داخل المجتمع، فقد أخضع المشرع الموريتاني المجالس المحلية (مجالس البلديات) موضوع دراستنا لوصاية قوية تمارسها السلطات المركزية حتى لا تنحرف عن الأهداف العامة المرسومة لها بفعل تلك العوامل، وبغية المحافظة على تماسك الدولة ووحدتها. إذ أن التنظيم الإداري المحكم هو الذي ينجح في تحقيق التوازن الضروري بين المركزية واللامركزية، ذلك أن سلامة العلاقة بين السلطة المركزية والسلطات اللامركزية، يمر من خلال التوفيق بين الحاجة المشروعة للمجالس المحلية في التمتع بقدر من الحرية والاستقلال في تدبير شؤونها، وبين المحافظة على وحدة الدولة وأنظمتها الإدارية<sup>2</sup>. ومن أجل تحقيق ذلك ستخضع المجالس البلدية لصور متعددة من الرقابة، فقد تكون رقابة تشريعية أو قضائية، وقد تكون رقابة سياسية، كما قد تكون رقابة إدارية أو مالية.

إن البحث في درجة هذه العلاقة والتي تتحدد من خلال المجالات التي تمارس فيها الوصاية الإدارية على المجالس البلدية، ستكون الموضوع الرئيسي لمساهمتنا هذه. وهذا الاهتمام له أهميته المشروعة ومبرراته العلمية والموضوعية المتعددة، من ذلك أن الاهتمام العلمي في هذا المجال تركز منذ البداية على الجانب القانوني والتنظيمي للبلديات، إذ أن معظم البحوث والدراسات على المستوى الوطني تكاد تقتصر على الجانب القانوني الوصفي للتنظيم البلدي بصفة عامة، دون الغوص في أعماق العلاقة القائمة بين الأطراف وتسليط الضوء على فعاليتها التديرية من عدمها. ومن جانب آخر فإن أولوية الرقابة الوصائية تنبع من كون هذه

<sup>1</sup> محمد الكبير البشير " نظام الإدارة المحلية في موريتانيا { البلديات والجهات} النشأة ومسار التطور وواقع الممارسة الراهنة" ط، الأولى 2019، مطبعة المنار، نواكشوط، ص 207.

<sup>2</sup> أحمد محمد السالك الداه " اللامركزية الإدارية ومطلب التنمية المحلية - البلديات بموريتانيا- نموذجا" الطبعة الأولى 2014، دار القلم بالرباط. ص

الأخيرة تعد أحد الأركان الأساسية للامركزية الإدارية إلا أنها تثير بعض الإشكالات التي يمكن اختصارها في التساؤلات التالية :

- ماهي طبيعة الوصاية الإدارية الممارسة على أشخاص وأعمال المجالس البلدية؟
  - ماهي درجة تدخلات السلطة المركزية في العمل البلدي إداريا وماليا؟
  - هل هذه التدخلات تعتبر قيودا على حرية البلديات أو معوقا لها في أدائها لأعمالها؟
  - ماهي الصعوبات والمشاكل التي تؤثر على توازن العلاقة بين السلطة المركزية والمجالس البلدية؟.
- إننا قبل تفكيك هذه التساؤلات ومحاولة الإجابة عليها، لأجل التعرف على العوائق القانونية والعملية للمراقبة الوصائية على البلديات الموريتانية وما تعانيه من صعوبات ومشاكل أثناء الممارسة ( المحور الثاني )، سنحاول في البداية التعرف على مفهوم الوصاية الإدارية وما لها من أهمية وتأثير على استقلال البلديات . ذلك أنه من الناحية المنهجية تستلزم منا دراسة رقابة السلطة المركزية أو ما يعرف بالوصاية الإدارية، قبل تناول الإشكالية الرئيسية التي تطرحها المجالات الإدارية والمالية التي تمارس فيها، وعرض الخطوات المتبعة لمعالجة واقعها، التعرف أولا ولو بشكل مختصر على ماهية وأهداف هذه الرقابة الإدارية، وتمييزها عن غيرها، وطبيعة هذه الوصاية الممارسة على أشخاص وأعمال المجالس البلدية.
- وما لذلك من فائدة على أكثر من صعيد، ولاستجلاء أي لبس أو غموض قد يؤدي إلى خلط في المفاهيم لدى القارئ، وواقع ممارستها على البلديات ( المحور الأول) .

### المحور الأول : الوصاية الإدارية على المجلس البلدي :

إذا كان المقصود باستقلال البلديات، هو أن يكون لها حق إصدار قرارات إدارية ومالية نافذة في حدود معينة، من قبل أفراد منتخبين محليا دون أن تخضع في ذلك إلى أوامر السلطة المركزية وتوجيهاتها، فإن ذلك لا يعني البتة عدم خضوع تلك القرارات وأولئك المنتخبين إلى المراقبة الوصائية. ذلك، أن الوصاية هي عنصر ملازم للامركزية، وصلة الوصل بين السلطة المركزية والمجموعات المحلية، وهي الجسر الذي يربط الدولة والهيئات العامة المحلية، فهي تلك السلطات المخولة للدولة بموجب القانون تمارسها على المجموعات المحلية قصد احترام هذه الأخيرة القوانين المنظمة لنشاطها وعدم الخروج عن الأهداف والغايات المحدد لها<sup>1</sup>.

وتتخذ المراقبة الوصائية في المجال الإداري طابع الملاءمة، الذي يخول سلطة الوصاية حق النظر في مدى ملاءمة الأعمال والمقررات البلدية الخاضعة للمصادقة، من الناحية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والمالية من جهة ، كما تأخذ من جهة أخرى، طابع المشروعية أو الشرعية، التي تخول هي الأخرى سلطة الوصاية الحق في مراقبة مدى احترام مقررات المجالس البلدية ورؤسائها، للنصوص القانونية والتنظيمية

<sup>1</sup> . المهدي بنمير. " اللامركزية والشأن العام المحلي أية آفاق في ظل المفهوم الجديد للسلطة ؟ " .المطبعة والوراقة الوطنية ، مراكش، 2000 ، ص 19.

الجاري بها العمل. ذلك أن المشروعية تعتبر الدعامة المثلى والعملية للدولة القانونية، حيث تتجسد أبرز معالمها في الحرص على تطبيق القانون، سواء من طرف السلطة المركزية أو من طرف السلطات البلدية. علما أن المراقبة الوصائية في هذا المجال لا تقتصر على الأعمال البلدية فقط، بل تتجاوزها إلى الرقابة على البنية البشرية المنتخبة التي تتشكل منها تلك المجالس، سواء بشكل فردي أم بشكل جماعي. (الفقرة الثانية). وقبل التعرض لطبيعة تلك الوصاية الممارسة على المجالس البلدية سنتعرف أولا على مفهوم الوصاية الإدارية ودلالاتها القانونية (الفقرة الأولى).

### الفقرة الأولى : مفهوم الوصاية الإدارية :

إن مفهوم الوصاية الإدارية مفهوم واسع ، وهو ما يجعله صعب التحديد، إلا أنه كغيره من مفاهيم العلوم الإنسانية، أمكن الفقهاء والدارسين من إعطائه تعاريف تقريبية، تتقاطع في معظمها قواسم مشتركة، فهناك من عرف الوصاية كالأستاذين ما ستيبول ولاروك بأنها " مجموع السلطات التي يقررها القانون لسلطة عليا على أشخاص الهيئات اللامركزية وأعمالهم بقصد حماية المصلحة العامة"<sup>1</sup>، بينما عرفها البعض الآخر بأنها " رقابة المشروعية أو الملاءمة التي تمارس على الأعمال القانونية الصادرة من جهة لا مركزية بواسطة جهة تتسم بسلطة التصديق والإلغاء ، والوقوف بالنسبة لبعض أعمال الجهة المذكورة فضلا عن تمتعها بسلطة الحل في العمل محل هذه الجهة"<sup>2</sup>. فهي " تلك السلطات المخولة للدولة بموجب القانون، تمارسها على البلديات قصد احترام هذه الأخيرة القوانين المنظمة لنشاطها، وعدم الخروج عن الأهداف والغايات المحددة لها"<sup>3</sup>.

وهكذا يتبين أن لفظ الوصاية الإدارية يستعمل عادة للدلالة على المراقبة الإدارية، التي تمارسها السلطة المركزية أو ممثليها في الأقاليم على السلطات اللامركزية، بهدف حث هذه الأخيرة على القيام بالأعمال المنوطة بها ومنع انحرافها، أو إساءة استخدامها للسلطات المخولة لها بمقتضى القانون. إذ أنه من الطبيعي إذا كان استقلال المجالس المحلية هو المبدأ أن تستثنى منه سلطات المراقبة، وأن يتم التنصيب عليها بصريح العبارة، ذلك أن الحرية نفسها حسب مونتسكيو " في حاجة إلى أن توضع لها قيود ولا شك أن اللامركزية وما تتضمنه من استقلال الهيئات اللامركزية في إدارة شؤونها لا ينبغي أن تكون لا مركزية مطلقة، بل يجب أن تكون مقيدة، وأهم قيد يرد على نظام اللامركزية هو رقابة الدولة"<sup>4</sup>(8).

وتجدر الإشارة هنا أن مفهوم الوصاية الإدارية له أكثر من صياغة، ففي الوقت الذي درج فيه جانب من الفقه الإداري ، وخاصة الفرنسي والمصري على استخدام مصطلح وصاية (Tutelle) للدلالة على ما يباشر

<sup>1</sup> . خالد قباني . " اللامركزية ومسألة تطبيقها في لبنان " . الطبعة الأولى ، منشورات عويدات ، بيروت - باريس 1981م ، ص 94 .

<sup>2</sup> . بكر قباني . " الرقابة الإدارية " . طبع دار النهضة العربية القاهرة 1985 ، ص 74

<sup>3</sup> . بنمير المهدي . " اللامركزية والشأن المحلي ، أية آفاق في ظل المفهوم الجديد للسلطة ؟ " . المطبعة والوراقة الوطنية ، مراكش ، المغرب ، 2000م ،

ص 19 .

<sup>4</sup> . بنمير المهدي . نفس المرجع أعلاه . ص 18 .

من سلطات على أشخاص وأعمال المجالس المحلية من جانب السلطات المركزية، فإن جانباً آخر من هذا الفقه قد فضل استخدام مصطلح رقابة (Contrôle) للدلالة على ذلك المفهوم<sup>1(9)</sup>.

إلا أنه يمكن القول أن الفقه الإداري المعاصر قد زواج بين المصطلحين ليخرج من رهما مصطلحا أكثر دلالة، والأسلم من الناحيتين القانونية والعملية ألا وهو مصطلح "الرقابة الوصائية" ، وهو ما سنركز على استعماله بشكل أكبر خلال هذا المقال، دون أن نغفل باقي المصطلحات الأخرى، والتي تصب كلها في المفهوم العام لموضوع المقال، الذي يدور حول الرقابة الإدارية للسلطة المركزية على المجالس البلدية وما تثيره من إشكالية استقلال هذه البلديات.

إن المراقبة الوصائية تعد مفهوماً لازماً للمركزية الإدارية، وليست إخلالاً بمبدأ استقلال الجماعات المحلية (البلديات)، إذ أنها استثناء طبيعي يتم التنصيص عليه بصريح العبارة استناداً في ذلك إلى الحكمة القائمة على "لا وصاية دون نص يقرها"<sup>2(12)</sup>، ذلك أن الرقابة من لوازم الطبيعة البشرية وهو ما أكدته كافة الأديان، وخاصة ديننا الإسلامي الحنيف حين رسمت منهجاً سويًا للحياة ورأت من موجبات الالتزام الذي فرضته أن تشعر المرء بالرقابة الإلهية عليه، رقابة مستمرة لا تكل ولا تغفل، فسنت الصلوات والعبادات لتكفل بإقامتها استمرار الشعور في وجدان كل إنسان، فإذا كانت الرقابة على هذا النحو لازمة في ميدان الحياة فهي في ميدان النشاط الحكومي ألزم وأوجب<sup>3(14)</sup>.

وانطلاقاً من هذا التخريج الفقهي يتضح لنا أن للوصاية أهداف نبيلة، تسعى بواسطتها السلطات المركزية توجيه العمل البلدي نحو احترام تطبيق القانون وخدمة المصلحة العامة من جهة، ومن جهة أخرى العمل على توفير الوسائل المادية والمعنوية، وخلق الظروف الملائمة لممارسة المجالس البلدية عملها، وتدير شؤونها تدبيراً ديمقراطياً ومستقلاً. ذلك أن استقلال المجالس البلدية يعد من أهم أسس التنظيم اللامركزي، إذ بدونها لا تستطيع تلك المجالس فعل أي شيء، وتبرز أهمية هذا الاستقلال من خلال تنصيص بعض الدول عليه في دساتيرها، إلا أنه يختلف تماماً عن الاستقلال السياسي، فهو استقلال إداري في إطار الوحدة ومقيداً بها تفادياً لأي انحراف محتمل، وهو ما سيجعل أمر الرقابة وارداً في هذا الباب، باعتبارها حسب الأستاذ شارل إزمان "صمام الأمان في الدولة البسيطة والوسيلة التي تملكها الدولة للمحافظة على وحدتها وبدونها لا يمكن القول بوجود لامركزية، وهي الترجمة القانونية للمركزية الإدارية، وفيها تجد مصدرها وغايتها"<sup>4</sup>. غير أن

<sup>1</sup> رمضان محمد بطيخ . " الوسيط في القانون الإداري " . دار النهضة العربية، القاهرة ، 1997م ، ص 194 .

<sup>2</sup> . عزيز مفتاح . " اللامركزية : من التسيير الإداري إلى تدبير التنمية " . أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق : القانون العام ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة محمد الخامس ، أكادال/الرباط ، 2000/2001م ، ص 93 .

<sup>3</sup> . رمضان محمد بطيخ . " الوسيط في القانون الإداري " . دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 193 .

<sup>4</sup> بنمير المهدي . " اللامركزية والشأن المحلي " . م ، س ، س ، د ص 19 .



المخرف الممارسة الوصائية على البلديات الموريتانية عن هذه الأهداف وتأخرها عنها قد ألقى بظلال من الشك على استقلالها ومدى مصداقية تبني الخيار اللامركزي بالبلاد؟

### الفقرة الثانية : الوصاية على الأشخاص والأعمال :

تمارس سلطة الوصاية نوعين من المراقبة الإدارية على المجالس البلدية، يتمثل الأول في الوصاية على الأشخاص (أولا)، بينما يتمثل الثاني في الوصاية على الأعمال (ثانيا).

#### أولا : الوصاية على الأشخاص :

تحتفظ السلطة المركزية تجاه السلطات البلدية بموريتانيا بنوع من السلطة التأديبية التي تتمثل في صلاحية إيقاف أعضاء المجالس البلدية، أو بعزلهم أو بجل هذه المجالس. ولا يسع السلطة المركزية أن تمارس هذه الصلاحيات التي تباشرها بحكم سلطة الوصاية، التي تتمتع بها إلا وفقا للقانون واستنادا إلى نصوص قانونية واضحة وصريحة، إذ "لا وصاية بدون نص ولا وصاية أزيد من النصوص"<sup>1</sup>. فالهدف الأساسي من الوصاية هو حماية المصلحة العامة في مفهومها الواسع، وصيانة مبدأ المشروعية.

ويمكن تقسيم الوصاية على الأشخاص، إلى وصاية على أعضاء المجلس منفردين ووصاية على أعضاء المجلس ككل .

#### 1: الوصاية على أعضاء المجلس بشكل فردي :

تتجلى الوصاية التي تمارسها السلطة المركزية على أعضاء المجالس البلدية بصفة انفرادية، سواء كانوا أعضاء عاديين أم أعضاء مسيرين في إجراءين هما: إجراء الاستقالة والإقالة ، وإجراء التوقيف والعزل.

#### أ: الاستقالة والإقالة :

انطلاقا من المبادئ الديمقراطية التي تكفل للإنسان الحرية في تحديد خياراته، وتوقيف التزاماته بشكل إرادي وحر، يأتي حق الاستقالة لدى المستشار البلدي<sup>2</sup>، منسجما مع تلك المبادئ ، شريطة أن يكون استعمال هذا الحق وفقا للنصوص الشرعية المعمول بها، وتجد الاستقالة الاختيارية للمستشار البلدي،

<sup>1</sup> . سعيد جفري . " الرقابة على المالية المحلية بالمغرب : محاولة نقدية في الأسس القانونية ، السياسية ، الإدارية والمالية " . أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق شعبة القانون العام ، جامعة الحسن الثاني عين الشق ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، الدار البيضاء السنة الجامعية 1998/97 ، ص75 .

<sup>2</sup> . يطلق علي العضو الجماعي " المستشار البلدي " ، وقد يرجع ذلك إلى تأثر المشرع الموريتاني بنظيره الفرنسي، انظر المواد ( 25 ، 43 ، 45 ) من الأمر القانون

سندها الشرعي في الفقرة الأولى من المادة 42 من قانون البلديات 87/289، التي تنص على أنه "يمكن وضع حد لوظائف العمدة ومساعديه عن طريق الاستقالة أو التعليق أو الفصل".

و يتعارض حق الاستقالة الاختياري هذا، مع مبدأ الإقالة الحكومية، الذي يمثل إجراء إداريا يمارس من طرف سلطة الوصاية على الرؤساء وأعضاء المجالس البلدية، ويتسم بطابع عقابي مفروض بحكم القانون. فقد جاء في المادة 24 من قانون البلديات 289/87 على أنه "يعتبر مستقيلا كل عضو مجلس لم يستجيب لثلاث استدعاءات متتالية ممتنعا عن حضور الجلسة بدون عذر مقبول". كما يمكن إقالة كل عضو اتضح أنه أصبح بعد انتخابه في وضعية التنافي أو عدم الأهلية المنصوص عليها في إطار القانون، أو امتنع عن القيام بأحدى المهام المنوطة به بموجب النصوص المعمول بها.

نلاحظ في هذا الجانب، أن المشرع الموريتاني لم يشر صراحة إلى ضرورة تعليق مقرر الإقالة الصادر بحق المستشار البلدي، إذ أن النص على ذلك التعليق لو تم سيشكل ضمانا قانونية هامة للمستشار ضد أي تعسف محتمل للسلطة الوصائية.

### ب: التوقيف والعزل :

منح المشرع الموريتاني سلطات الوصاية الحق في توقيف أو عزل العمدة ومساعديه أو أي عضو آخر إذا لم يتقيد بالشروط والقواعد التي تبينها القوانين واللوائح ، أسوة بباقي التشريعات الأخرى، وذلك بعد الاستماع إليهم ودعوتهم إلى إعطاء توضيحات كتابية حول القضايا المتهمين بها أو الأعمال المنسوبة إليهم. ويتم التوقيف بموجب قرار معلل من وزير الداخلية<sup>1</sup>، كما يتم توقيف العمدة إذا امتنع عن استدعاء المجلس للانعقاد لمدة دورتين عادتين متتاليتين<sup>2</sup>، ولا يمكن أن يتجاوز هذا التعليق شهرين. ويتم عزل العمدة أيضا أو أحد نوابه، وذلك بعد ارتكابهم خطأ جسيما وبعد إجراء تحقيق يؤكد ذلك. إلا أن هذه العمومية التي تطبع عبارات المشرع، وكذلك عدم النص على آليات التحقيق والجهة المسؤولة عنه، سيجعل من العمدة أو المستشار البلدي أمام ضمانات قانونية غير كافية، ستعمل على الحد من استقلالته وقدراته الدفاعية عن الشؤون المحلية في مواجهة السلطة المركزية.

<sup>1</sup> انظر المادة 42 من قانون البلديات 289/87 السابق الذكر.

<sup>2</sup> يجتمع المجلس البلدي وجوبا في دورة عادية كل فصل ، ولا يمكن أن تتجاوز الدورة العادية 10 أيام متتالية، ويمكن أن تمدد هذه المدة بموجب مقرر صادر عن سلطة الوصاية بناء على طلب من العمدة . انظر المادة 08 من الأمر القانوني 289/87 أعلاه .

## 2: الوصاية على المجلس ككل :

أقر المشرع الموريتاني للسلطات المركزية برقابة على المجلس البلدي ككل، وذلك من خلال آليتين هامتين وهما التعليق والحل.

### أ : تعليق المجلس البلدي :

إن المشرع الموريتاني قد تجاهل النص صراحة على أي ضمانات للمجلس البلدي ضد التعليق أو الحل تاركا لسلطات الوصاية الحرية في تقدير وتحديد العلل والأسباب. حيث يمكن لوزير الداخلية أن يعلق المجلس بمقرر وذلك في الحالات المستعجلة دون توضيح طبيعة ونوعية ودرجة الحالات المستعجلة، وذلك باستثناء الحد الأقصى لمدة التعليق، الذي لا يمكن أن تتجاوز مدته شهرين<sup>1</sup>.

فالتعليق له صورتان، إما أن يكون بحكم القانون، وإما أن يكون بتدخل من سلطة الوصاية، وتتمثل الصورة الأولى في فقدان المجلس نصف أعضائه بسبب استقالة أو وفاة أو أي سبب آخر، وفي هذه الحالة فإن الوزير المكلف بالداخلية يعلن تعليق المجلس تلقائيا حتى يستكمل ذلك النقص<sup>2</sup>.

بينما تتجلى الصورة الثانية لتوقيف المجلس في التعليق الإجباري الذي تتخذه سلطات الوصاية ويكون بمقرر من وزير الداخلية، علما أن المشرع لم يشترط أي تبرير يوضح الأسباب والدوافع التي قادت إلى اتخاذ هذا الإجراء من طرف السلطات الوصية. كما لم يوضح أيضا حالات الاستعجال التي أشار إليها، وهو ما قد يشكل خطرا على استقلال البلديات، إذ أن مجرد التلويح به من طرف السلطات الوصية سيؤثر على استقلالية القرار البلدي.

### ب : حل المجلس البلدي :

لم يشترط المشرع الموريتاني عند تنصيبه على إجراء الحل، ضرورة أن يكون معللا أو مدعما بالأسباب، وإنما اكتفى بالقول بأن المجلس يمكن أن يتم حله بموجب مرسوم متخذ في مجلس الوزراء، وهو الإجراء نفسه بالنسبة للحل العام للمجالس البلدية، وفي هذه الحالة تجرى انتخابات عامة خلال أجل لا يتجاوز ستة أشهر<sup>3</sup>.

إن عدم وضع شروط أو تحديد أعمال سلبية تكون سببا في اتخاذ قرار الحل، سيصعب من إمكانية المجلس البلدي في الدفع أمام القضاء بعدم مشروعية ذلك الحل. ويلاحظ أن المشرع أيضا لم يشترط منع حل

<sup>1</sup> . انظر المادة 22 من قانون البلديات الموريتاني 289/87 ، سبق ذكره .

<sup>2</sup> . انظر المادة 23 من قانون البلديات 289/87 .

<sup>3</sup> . انظر المادة 22 من قانون البلديات 289/87 .

المجلس أكثر من مرة خلال فترة انتدابية واحدة، مما سيثير إشكالات متعددة في حالة معاودة السكان انتخاب نفس المجلس من جديد، ففي هذه الحالة نتساءل، هل ستحاول سلطة الوصاية فرض إرادتها على السكان وحل المجلس مرة أخرى؟ ألا يعتبر ذلك متناقضا مع المبادئ التي تقوم عليها اللامركزية الإدارية، والمشاركة الشعبية في تسيير وتدبير الشؤون المحلية؟

ويؤيد وقوع الاحتمال المذكور -معاودة انتخاب نفس المجلس المنحل- أن النصوص القانونية خالية مما يمنع أعضاءه من الترشح لانتخابات جديدة. إذ أن المنع الوارد في حالة الاستقالة والإقالة لا يعد استثناء على هذه الحالة، باعتباره مسألة شخصية تتعلق بجزية المستشار البلدي في الاستقالة أو في حالة ارتكابه أخطاء أو عدم قيامه بوظائفه الشرعية<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة أن سلطات الوصاية لا تقتصر في مجال تدخلها على حل أو تعليق أشخاص المجلس، بل تذهب أبعد من ذلك كله، حيث تقوم بتعيين مندوبية خاصة يعهد إليها بممارسة وظائف المجلس البلدي وعمدته إلى حين وضع مجلس جديد. ويتراوح عدد أعضاء هذه المندوبية ما بين 6 و9 أعضاء، ويتم تعيينهم بمرسوم صادر عن مجلس الوزراء، وبنفس المرسوم يعين رئيسها الذي يتولى وظائف العمدة طيلة الفترة التي تتولى فيها المندوبية تسيير الشؤون المحلية، والتي يجب أن لا تتجاوز 6 أشهر.

أما من حيث طبيعة الاختصاص وحدوده، فإن المشرع الموريتاني قد أكتفى بالقول بأن المندوبية أو اللجنة المعينة تمارس مهام المجلس ورئيسها يمارس مهام العمدة، ولم يضع أي قيد ولا أي شرط<sup>2</sup>. وهكذا، يمكن القول أن حل المجالس المنتخبة رغم كل الضمانات التي يمكن أن يعطيها القانون تضرب في العمق الاستقلال البلدي والتوجه الديمقراطي نحو الأخذ بأساليب الحكامة الرشيدة.

### ثانيا: الوصاية على الأعمال :

تتجلى الوصاية الإدارية على أعمال المجالس البلدية من خلال مظهرين هما رقابة المشروعية ورقابة الملاءمة، وهو ما سنحاول التعرف عليه من خلال الوصاية على أعمال المجلس ذاته، وكذلك الوصاية على أعمال رئيسه .

<sup>1</sup> . تنص المادة 24 من الأمر القانوني 289/87 علي " لا يسمح للعضو المستقيل بالترشح للانتخابات قبل مضي 5 خمس سنوات ، وكذلك المادة 110 على أن " المستشارون البلديون الذين أعلنت استقالتهم اثر امتناعهم عن أداء إحدى وظائفهم الشرعية وفي هذه الحالة الأخيرة تكون حالة عدم جواز الانتخابات مطلقا 3سنوات " .

<sup>2</sup> . سيد ولد اباتي . " الجماعات المحلية في موريتانيا " . م ، س ، د ، ص 234.

## 1 : الوصاية على أعمال المجلس البلدي :

يمكن التمييز بين مظهرين من مظاهر الوصاية على أعمال المجلس البلدي، يتمثل الأول في مراقبة مدى ملاءمة تلك القرارات للمصلحة العامة، ومن ثم المصادقة أو رفض المصادقة عليها، بينما يتمثل الثاني في مراقبة مشروعية قرارات المجلس، ومن ثم الإعلان عن بطلانها في حالة عدم المشروعية .

### أ : المصادقة على المقررات :

تنقسم المصادقة إلى نوعين: مصادقة صريحة، وتقتضي موافقة سلطة الوصاية صراحة على القرارات الصادرة بخصوص مسائل معينة، وأخرى ضمنية وتقتضي نفاذ بعض القرارات إذا مرت مدة معينة دون أن يتم الاعتراض عليها أو لم يصدر بشأنها قرار بالمصادقة أو بالرفض الصريحين من طرف تلك السلطة :

### ❖ المصادقة الصريحة :

أخضع المشرع جل قرارات المجالس البلدية للمصادقة الصريحة من طرف سلطات الوصاية، وربط قابليتها للنفاذ بضرورة حصول هذه المصادقة، وهي قرارات متعددة، وتتعلق بمجالات مختلفة. ويمكن التمييز بين نوعين من المصادقة الصريحة، تتمثل الأولى في المصادقة المشتركة بين وزير الداخلية ووزير المالية، بينما ينفرد وزير الداخلية بالنوع الآخر. وقد عدت المادة 32 من قانون البلديات 289/87، قائمة بمواضيع القرارات الصادرة عن المجلس البلدي والتي لا تكون نافذة إلا بعد تصديق مشترك من طرف كل من وزير الداخلية والمالية، وهي على النحو التالي :

- ميزانية البلدية.
- القروض المبرمة والضمانات الممنوحة.
- قبول أو رفض الهدايا والوصايا المتضمنة أعباء مالية وتخصيصات خاصة.
- تحويل الاعتمادات من فصل إلى فصل آخر.
- تحديد في إطار النظم والقوانين المعمول بها طريقة الوعاء الضريبي، والتعريفات وقواعد تحصيل مختلف الرسوم والإتاوات والحقوق لصالح البلدية.
- اقتناء أو نقل الملكية أو مبادلة الممتلكات العقارية الخاصة بالبلدية.

\* وبإمكان وزير الداخلية ووزير المالية، أن يفوضا صلاحيتهما بهذا الخصوص إلى السلطات المحلية بواسطة مقرر مشترك.

أما بخصوص المجموعة الثانية من القرارات التي تصدر من المجلس البلدي، والتي لا تصبح نافذة إلا بعد مصادقة وزير الداخلية عليها، فقد تم إدراج مواضيعها في قائمة حصرية عددها المادة 33 من نفس قانون البلديات أعلاه، وهي تشمل:

- المعاوضات في حدود مبلغ سيحدد بمقرر مشترك من الوزيرين المكلفين بالداخلية والمالية.
- تسمية الشوارع والمساحات والبنائات العمومية.
- التنظيمات العامة للشوارع والبناء والصحة الوقائية في إطار القوانين المعمول بها.
- القرارات المتعلقة بالترتيب أو نزع الترتيب وبتحويل الممتلكات العمومية للبلدية.
- النظام الداخلي للبلدية<sup>1</sup>.

كما يجوز لوزير الداخلية أيضا، أن يفوض إلى السلطات الإدارية المحلية صلاحية المصادقة على هذه القرارات. كما تجب الإشارة أن قرارات المجلس البلدي يجب أن ترسل في أجل ثمانية أيام إلى سلطة الوصاية، والتي بإمكانها أن تطلب من المجلس إعادة النظر في مسألة سبق له أن تداول حولها، إذا ارتأت سلطة الوصاية أن ليس بإمكانها المصادقة على القرار المتخذ<sup>2</sup>.

غير أننا نلاحظ هنا أن المشرع لم يوضح الأسباب التي يمكن لسلطات الوصاية أن ترجع بموجبها قرار المجلس البلدي، ولم يشترط ضرورة تعليل تلك المراجعة، كما لم يحدد كم من مرة يتم فيها تجديد المراجعة ومدة الأجل، حيث ترك لسلطات الوصاية سلطات تقديرية واسعة في ذلك.

وأخيرا تتطلب المصادقة الصريحة على قرارات المجلس البلدي جملة من الإجراءات الشكلية، وهو ما يعني أن تكون ملفاتها مستوفية لمختلف الشكليات المطلوبة، ومتوفرة على الوثائق الضرورية، التي من أهمها إيداع تلك القرارات في خمس نسخ لدى سلطة الوصاية المختصة ترابيا: - ثلاثة نسخ تحتفظ بها السلطة الإدارية وتعاد النسخة الرابعة إلى البلدية مع عبارة المصادقة أو الإلغاء، وتستخدم النسخة الخامسة

<sup>1</sup> . على المجلس البلدي أن يضع نظامه الداخلي في أجل أقصاه 60 يوما بعد تشكيله.

<sup>2</sup> . انظر المادة 19 من قانون البلديات 289/87 .

لإثبات الاستلام<sup>1</sup>، الذي يحتسب من تاريخه أجل المصادقة الضمنية، التي تعتبر ضماناً ضد أي تجاهل قد يحدث من طرف الوصاية ضد قرارات المجالس البلدية.

### ❖ المصادقة الضمنية :

إن المشرع الموريتاني حرصاً منه على عدم شل عمل البلديات وتعطيل الحياة فيها، وتفادياً للبطء الشديد والروتين اللذان تتسم بهما أعمال الإدارة المركزية، فقد أقر نوعاً آخر من المصادقة القبلية ذا طابع ضمني، يعرف بالمصادقة الضمنية، التي تتحقق بمجرد مرور وقت معين دون صدور القرار المطلوب من السلطات المختصة بالمصادقة الصريحة.

جاء في المادة 34 من الأمر القانوني 289/87، على أنه تعتبر قرارات المجلس مصادقاً عليها إذا وضعت لدى سلطة الوصاية ولم تعترض عليها في ظرف عشرين يوماً، كقاعدة عامة. إلا أن هذا الأجل يرفع استثناءً إلى 45 يوماً بالنسبة للقرارات المذكورة في المادتين 32 و33 من القانون أعلاه، كما يمكن تعليق أجل المصادقة الضمنية بطلب إعادة النظر من جديد في مداولة أو برسالة ملاحظة موجهة من قبل الوالي أو الحاكم إلى البلدية<sup>2</sup>.

ويستمر أجل المصادقة الضمنية إلى غاية استلام المداولة الجديدة أو الإجابة على الملاحظات<sup>3</sup>.

فإذا كانت المصادقة الضمنية تعتبر من أهم الضمانات التي كرسها المشرع لحماية المجالس البلدية، وضمن استمرارية أعمالها باعتبارها تقدم خدمات أساسية وحيوية للسكان المحلية، وذلك في حالة ما إذا تم إحجام سلطة الوصاية عن الموافقة الصريحة على قرارات المجلس البلدي خلال المدة القانونية المحددة، فإن طول أجل هذه المصادقة يشكل هو الآخر معوقاً حقيقياً للعمل البلدي، وهو ما يستدعي القول بضرورة تخفيض آجال المصادقة وتقصير مددها خاصة إذا ما تم تفويضها محلياً للسلطات الإدارية هناك.

وتجدر الإشارة أن سلطات الوصاية قلما ترفض المصادقة على المقررات البلدية لأسباب تتعلق بالملاءمة، بل إن رفضها غالباً ما يتم لاعتبارات تتعلق بالمشروعية، أي مراقبة مدى مشروعية تلك المقررات ومن ثم الإعلان عن بطلانها في حالة عدم المشروعية.

<sup>1</sup> . تضم قواعد الشكلية قواعد بالنسبة للمداولات والمقررات معا ( اسم البلدية ، التاريخ ، الرقم في سلسلة مستمرة سنويا ، عدد الأعضاء العاملين ، الأعضاء الحاضرين ، الأعضاء الغائبين ، وصحة الوكالات ، نتيجة التصويت ) . انظر دليل مراقبة الشرعية وتقديم الاستشارة للبلديات "الصادر عن وزارة الداخلية والبريد والمواصلات في ابريل 2004 ، ص 6 .

<sup>2</sup> . انظر المادة 19 من الأمر القانوني 289/87 .

<sup>3</sup> . انظر دليل مراقبة الشرعية وتقديم الاستشارة للبلديات ، مرجع سابق الصفحة 7 .

## ب : الإعلان عن بطلان المقررات :

إن المشرع بناء على اختصاصات السلطات التنفيذية الأصيلة والمتمثلة في تنفيذ القانون والسهر على احترامه، منح السلطة المركزية وسيلة هامة وفعالة تمكنها من التحقق من مدى مشروعية أعمال الهيئات المنتخبة، ومواجهة تصرفاتها غير المشروعة بكيفية لاحقة، ألا وهي وسيلة الإعلان عن بطلان المقررات، التي بمقتضاها تستطيع إلغاء كل مقرر غير مشروع<sup>1</sup> بسبب اعتدائه على النصوص القانونية ، أو هدره للمصلحة العامة ، وذلك إما من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من الأطراف المعنية<sup>2</sup>.

ورد في المادة 31 من قانون البلديات 289/87 ثلاث صور تكون قرارات المجلس فيها باطلة (لاغية) وهي :

1. القرارات المتعلقة بموضوع خارج صلاحيات المجلس (عدم الاختصاص الموضوعي)، أو المتخذة خارج المقر الرسمي للمجلس أو خارج الدورات القانونية (مخالفة شكلية إجرائية جوهرية) سواء كانت عادية أم استثنائية<sup>3</sup>.

2. القرارات التي تنتهك نصوصا تشريعية أو تنظيمية (المخالفة الموضوعية للقانون).

3. القرارات التي يشارك فيها أعضاء من المجلس البلدي مستفيدين منها مباشرة أو بواسطة موكل عنهم (الانحراف في استعمال السلطة).

إلا أن المشرع هنا في هذه الحالة الأخيرة لم يبين بوضوح طبيعة المشاركة التي إن حصلت من بعض الأعضاء يمكن أن تجعل المقررات باطلة، فهل تتعلق بالمشاركة في مناقشة الموضوع؟ أم في التصويت عليه؟، أم في مجرد حضور الجلسة؟، كما لم يحدد طبيعة ونوعية الاستفادة، هل هي استفادة مادية أو معنوية؟

<sup>1</sup> . يتم تحديد مدى مشروعية القرار من خلال إجراء نوعين من الرقابة : - تتمثل الأولى في الرقابة الخارجية ، أي الرقابة على الشكل وعلى الإجراءات وعلى صلاحية متخذي القرار - أما الثانية فهي الرقابة الداخلية ، أي التحقق من مطابقة الوثيقة لكل القوانين والتنظيمات ، ومطابقة الهدف المتبع مع صلاحيات صاحب القرار (غياب الانحراف في السلطة ) ، ثم تقوم سلطة الوصاية بعد ذلك بتحرير مقرر الإلغاء أو المصادقة على ورقة رأسية أو تضع على الوثيقة طابع يكتب عليه باليد رقم المقرر والتاريخ والمصادقة أو الإلغاء .

<sup>2</sup> . بوجيدة محمد . " وصاية الدولة على الجماعات الحضرية والقروية بعد ميثاق 30 شتمبر 1976 " . رسالة لنيل دبلوم السلك العالي ، المدرسة الوطنية للإدارة العمومية ، الرباط 1985 ، ص 52 .

<sup>3</sup> . يعقد المجلس البلدي أربع دورات عادية في السنة في أشهر (يناير، ابريل ، يوليو ، أكتوبر) ، كما يمكنه أن يعقد دورات استثنائية كلما كانت هناك حاجة إلى ذلك ، وذلك بطلب من نصف أعضاء المجلس أو بطلب من سلطة الوصاية ، ولا يمكن أن تتجاوز مدة الدورة الاستثنائية (5) أيام . انظر المادة 9 من قانون البلديات 289/87 .



وهكذا، ترك المشرع لسلطات الوصاية سلطات تقديرية واسعة تجاه قرارات المجلس البلدي الغير مشروعة، حيث مكنها من وسيلة قوية تتمثل في إبطال والتخلص من هذه القرارات الغير شرعية، دون أن يعطي للبلديات ضمانات كافية ولا أداة قوية لمواجهة هذه السلطة، بما في ذلك القضاء لأنه ليس هناك تحديد دقيق يمكن الدفع به.

أكتفى المشرع بالنص على حق العمدة أو أي شخص معين أن يرفع دعوى ضد قرارات سلطة الوصاية طبقا للشروط المحددة في مجلة المرافعات المدنية والتجارية والإدارية، دون أن يحدد الجهة القضائية المختصة<sup>1</sup>، مما يرجح اختصاص المحكمة العليا في ذلك استنادا إلى منطوق المادة 115 من الأمر القانوني 289/87 التي تجعلها مختصة بالنظر في الطعون المقدمة ضد قرارات اللجنة الانتخابية.

وهذا ما سينعكس سلبا على استقلال البلديات نظرا لتواجد هذه الأخيرة في العاصمة من جهة، ونظرا لشساعة المساحة الجغرافية للبلاد من جهة أخرى. ويتم إعلان البطلان بقرار مدعم بأسباب يصدره وزير الداخلية ويمكن الإعلان عنه في كل وقت، ويكون هذا القرار إما تلقائيا من الوزير أو بطلب من الأطراف المعنية بالأمر.

وتجدر الإشارة أن الرقابة التي تمارسها سلطات الوصاية على المجالس البلدية تمتد لتشمل المجالات التالية :

- الرقابة على كل مداورات المجلس البلدي، والمحافظة على تناسقها وانسجامها.
- الرقابة على جدول أعمال المجلس البلدي<sup>2</sup>، وفي هذا الإطار فإن سلطة الوصاية لا تباشر غالبا مراقبة الملاءمة في ما يتعلق بالنقاط المدرجة في جدول الأعمال، إلا أنها تلفت انتباه العمدة حول النقاط التي لا تدخل ضمن صلاحية المجلس البلدي، وإن كان لها الحق بتغييره أو إدراج مسائل إضافية فيه تنوي عرضها على المجلس.
- تحضر سلطة الوصاية اجتماع المجلس البلدي دون أن تشارك في التصويت، وبهذه المناسبة تتأكد من توفر النصاب، وحسم الأصوات واحترام جدول الأعمال، وتسجيل المداورات في سجل المداورات، وتسجيل المناقشات في سجل محاضر الجلسات.
- الرقابة على المجلس البلدي من خلال استدعاء المجلس لأول مرة للتنصيب، كما يمكن لها تقديم طلب بسرية الجلسات.

<sup>1</sup> . انظر المادة 92 من قانون البلديات أعلاه .

<sup>2</sup> . انظر المادتين (11، 12) من الأمر القانوني 289 87.

▪ الموافقة على النظام الداخلي للمجلس، الذي يتم إعداده من طرف المجلس نفسه في أجل لا يتجاوز 60 يوما من تاريخ أول جلسة يعقدها<sup>1</sup>.

▪ ثانيا : الوصاية على قرارات العمدة :

نظرا لجسامة المهام المنوطة بالعمدة ميز المشرع بين نوعين من القرارات التي يتخذها، فهناك القرارات التي يتخذها بوصفه جهازا تنفيذيا للبلدية من جهة، وهناك القرارات التي يتخذها وكيلا عن الدولة من جهة ثانية. وبناء على ذلك الفصل بين القرارين تتحدد طبيعة الوصاية الممارسة عليها.

1 : الوصاية على قرارات العمدة كجهاز تنفيذي للبلدية :

يسير العمدة البلدية تحت رقابة سلطة الوصاية، كما تعتبر قراراته نافذة بعد مضي 10 أيام علي وضعها لدى سلطة الوصاية ولم تعترض عليها، وذلك بخصوص الميادين التالية<sup>2</sup>:

▪ عقود الإيجار والبيع والقسمة والمعاوضات.

▪ قبول الهدايا والوصايا وإبرام الصفقات العمومية.

▪ تعيين الموظفين وفصلهم وتحديد رواتبهم .

▪ إعداد الضرائب والرسوم والمستحقات.

▪ قرارات العمدة في ميدان العمران طبقا للنصوص المعمول بها.

أما بقية القرارات، فإنها تعتبر قابلة للتنفيذ فور نشرها أو إبلاغها<sup>3</sup> لدى سلطة الوصاية التي بإمكانها أن تلغيها في حالة انتهاكها للقوانين، كما يحق لها أيضا أن تحل محلها وتقوم بالأعمال الواجبة عليه بمقتضى القانون، كاستدعاء المجلس في حالة امتناعه عن ذلك<sup>4</sup>. وتحدد البلدية بواسطة مداولة المعايير التي يلزم العمدة بتطبيقها في قراراته، فعلى سلطة الوصاية أن تتحقق من أن قرارات العمدة مطابقة

<sup>1</sup> . انظر المادة 12 من الأمر القانوني أعلاه .

<sup>2</sup> . انظر المادتين 46 و52 من الأمر القانوني 289/87.

<sup>3</sup> . في كل الأحوال فإن النشر يكون بواسطة التعليق لدى مبانى البلدية بالنسبة للقرارات ذات الطابع العام ، أو التبليغ إلى المعنيين بالنسبة للقرارات الفردية يعتبر شرطا مسبقا لمرحلة التنفيذ . ويتم التأكد من تنفيذ هذا الإجراء من طرف الحاكم بالتدقيق في لوحة الإعلانات وفي السجل البريدي لدى البلديات . انظر دليل مراقبة الشرعية . م ، س ، د ، ص 8 .

<sup>4</sup> . انظر المادة 9 من الأمر القانوني 289/87 .

للمداوالات المتخذة من طرف المجلس البلدي، كما أن كل خلاف بين العمدة وأغلبية المجلس يرد إليها فتبت فيه<sup>1</sup>.

غير أن هذه الصيغة القانونية يكتنفها الغموض بحيث لم تحدد طبيعة ولا نوعية الخلاف الذي يمكن أن يتم بين المجلس والعمدة، ولا نوعية الإجراءات التي يمكن أن تتبعها سلطات الوصاية في حل تلك الخلافات، مما سيجعل هذه المجالس تحت رحمة السلطات التقديرية لسلطة الوصاية. وغالبا ما ينجم الخلاف بين العمدة والمجلس البلدي حول التصويت على الحساب الإداري، الذي يعرض من طرف العمدة.

## 2 : الوصاية على قرارات العمدة وكيلا عن الدولة :

إلى جانب سلطته التنفيذية والتمثيلية للبلدية، فإن المشرع أسند إلى العمدة طبقا للباب الثاني من قانون البلديات 289-87، مهامها يضطلع بها وكيلا للدولة، حيث يقوم تحت رقابة السلطة الإدارية التسلسلية ومن دون العودة إلى المجلس البلدي بالصلاحيات التالية<sup>2</sup>:

- تنفيذ وتطبيق القوانين والنظم وبصفة عامة جميع القرارات والتعليمات الصادرة عن السلطات العليا.
- القيام بنشر وإبلاغ العقود والقرارات الإدارية ويصدق على التوقيعات.
- يمارس سلطة الشرطة البلدية (الشرطة البلدية هي نفسها الشرطة الإدارية في الميادين المرتبطة باختصاصات البلدية).
- يضمن سلامة النظام والأمن العام والصحة والسكينة والأخلاق العامة داخل تراب البلدية، ولا يجوز له أن يحد من حريات المواطنين إلا في حدود ما يلزم لتحقيق هذه الأهداف.
- تسهر مصالح الدولة المكلفة بالشرطة على تنفيذ قرارات السلطات البلدية المتعلقة بالشرطة البلدية، وفي الحالات المستعجلة بإمكان العمدة أن يطلب مساعدة مصالح الدولة المكلفة بالشرطة ويعلم ممثل الدولة المحلي بذلك فورا.
- إن قرارات العمدة باسمه وكيلا للدولة قابلة للتنفيذ فور إعلانها أو إبلاغها، ويجب أن ترسل فورا إلى السلطة الإدارية المحلية التي يمكن أن تلغيها أو تعدلها في كل وقت ، كما بإمكانها الحل محلها إذا اقتضت الظروف ذلك.

<sup>1</sup> . انظر المادة 53 من الأمر القانوني أعلاه.

<sup>2</sup> . انظر المواد من 54 إلى 58 من الأمر القانوني ، 289/87 .

يجب على العمدة أن يعلل مقرراته في هذا الشأن (مجال الشرطة الإدارية) بوصفه وكيلا للدولة، ولا يمكنه تفويض سلطاته في هذا المجال، كما لا يمكن للمجلس البلدي أن يتداول بشأنها.

وتجدر الإشارة ، أن الإدارة المركزية تمارس وصاية أخرى غير مباشرة على العمدة بوصفه الجهاز التنفيذي للبلدية، وذلك بواسطة الأمين العام للبلدية الذي يتم تعيينه من طرف وزير الداخلية، وهو ما يعني دخول عضو غير منتخب إلى المكتب البلدي<sup>1</sup>.

وتكمن أهمية هذا التدخل في مكانة الأمين العام، التي تجعل منه الشخص الثاني في البلدية بعد العمدة، حيث يسهر على تحضير كل الأعمال الجماعية وتنفيذها. وهو ما يقتضي أن تحتفظ المجالس بممارسة هذه الوظيفة وإسنادها لأحد المستشارين، أو موظف معين من طرف المجلس وخاضعا لسلطته، لأن تعيين الأمناء العميين من طرف السلطات المركزية وتحديد صلاحياتهم، إن كان يمكن من وضع أصحاب القدرات والمهارات والتجربة العملية في خدمة البلدية من جهة، فإنه من جهة أخرى يعد مسا باستقلالية المجموعات المحلية، وتشكيكا في قدرات مجالسها في استيعاب مختلف الاكراهات التي تواجه الحياة السياسية والاجتماعية والإدارية لتلك الوحدات .

وهكذا، إذا كانت درجة استقلال الوحدات اللامركزية الإدارية تقاس بطبيعة وحجم الاختصاصات الممنوحة لها من جهة، وطبيعة الوصاية المطبقة عليها من جهة أخرى، فقد أضحى من اللازم إعادة النظر في المقتضيات القانونية المتعلقة بهذين المجالين التي تضمنها القانون 289/87 بشكل يسمح بالتوفيق بين ضرورة فرض قدر من الوصاية على البلديات حتى لا تنحرف عن أهدافها، أو تنجح إلى ممارسة مسؤولياتها بشكل يضر بالمصلحة العامة ويهدر المشروعية، وبين ضرورة تمتيعها بقدر معقول من الحرية والاستقلال في تصريف الشؤون المحلية بالكيفيات التي تنطبع بإرادتها وتتماشى مع واقعها، وتستجيب لاختياراتها وأحاسيس ومتطلبات سكانها.

### الثاني : إشكالية الاستقلال البلدي في ظل الوصاية الإدارية :

لقد أبانت الممارسة العملية للوصاية الإدارية على البلديات عن جملة من الصعوبات والمشاكل تعاني منها هذه المراقبة، سواء كان ذلك على المستويات الإدارية أو على المستويات المالية، ذلك أن عدم معالجتها قد تهدد مستقبل اللامركزية الإدارية في البلاد.

<sup>1</sup> . نصت المادة 44 من قانون البلديات 289/87 على أن العمدة يستعين في تسيير الشؤون البلدية بمكتب يضم الأمين العام.

## أولا : العوائق والصعوبات في المجال الإداري :

ففي المجال الإداري، فقد تركزت الاختلالات على المستويين القانوني والتنظيمي من جهة، وعلى المستويات الإدارية والبشرية لكل من الإدارتين (المركزية والمحلية) من جهة أخرى. فعلى المستوى القانوني فقد تمثلت أبرز الصعوبات في غموض المفاهيم والمصطلحات المستعملة، التي قد تفتح الباب لسلطات الوصاية في التأويل والتفسير حسب تقديراتها الخاصة، كما يضاف إلى ذلك حضور هذه الأخيرة المكثف على مستوى الاختصاصات، حيث تخضع لها كل الأعمال والمقررات التي تصدر عن المجالس البلدية.

أما على المستوى التنظيمي فتتجلى أهم الصعوبات في ضعف سياسة اللاتمرکز الإداري، وذلك من خلال عدم تفويض وتوزيع السلطات والاختصاصات بين السلطات المركزية وممثليها في الأقاليم من جهة، وفي قلة انتشار المصالح الخارجية للوزارات داخل التراب الوطني من جهة أخرى<sup>1</sup>.

هذا ما يخص المشاكل على المستوى القانوني والتنظيمي، أما ما يخص المشاكل والصعوبات الإدارية والبشرية، التي تواجه الوصاية على مستوى كل من الإدارتين المركزية والمحلية معاً، فإنها ناجمة بالأساس عن سوء التطبيق والتأويل أثناء الممارسة العملية لهذه المراقبة من كلا الإدارتين. فعلى مستوى الوصاية الممارسة من طرف السلطة المركزية تبرز الاختلالات من خلال مظهرين، يتجلى الأول في طابع المرونة السلبية الذي يطبع تصرف السلطة المركزية تجاه البلديات وعناصرها، والمتمثل في التساهل وعدم التشدد في تفعيل بعض مقتضيات القانونية للوصاية الإدارية، مما كانت له إلى حد ما انعكاسات سلبية على درجة تطور الديمقراطية المحلية، ومدى مصداقيتها لدى السكان وضعف حكامه وتسيير الموارد المحلية. بينما يتجلى الثاني في طابع التسلط والهيمنة والاستعلاء من طرف رجال السلطة تجاه الإدارة المحلية، حيث يتدخلون في كل مراحل العمل البلدي ممارسين كل الضغوط المادية والمعنوية على المنتخبين المحليين ليستجيبوا لإملاءاتهم وقراراتهم، ولو كان ذلك خرقاً للنصوص القانونية، وهو ما سيحدد حتماً من استقلالية هذه البلديات.

أما على مستوى المشاكل المرتبطة بالإدارة المحلية للبلديات، فقد شكل تدني المستويات الثقافية للمنتخبين المحليين، وقلة خبرتهم في تدبير الشؤون العامة، وغياب هيكلية إدارية ثابتة ومخصصة للإدارة المحلية، وموارد بشرية مؤهلة وكافية، تبريراً للتدخل السافر لسلطات الوصاية في الشؤون البلدية بحجة تقديم المساعدات

<sup>1</sup> . تقضي الاعتبارات الإدارية التخفيف من حدة التركيز الإداري باعتماد أسلوب عدم التركيز الإداري، إذ ليس من المعقول الرجوع إلى العاصمة للبت في كل القرارات الإدارية الصغيرة والكبيرة. فذلك يشكل تبديداً للمال والجهد من جانب الإدارة العامة والأفراد ويعطل تحقيق المصلحة العامة في الوقت المناسب. كما يصعب من تواجد وانتشار خدمات الدولة إلى أقصى نقطة في مجال التراب الوطني. فعدم التركيز الإداري، يقتضي نقل أو تفويض الوزراء بعض صلاحياتهم إلى ممثلهم في الأقاليم، مع الاحتفاظ بالسلطة الرئاسية وما يترتب عنها من إمكانية التعقيب والتعديل والإلغاء والإقرار للقرارات الصادرة من أولئك الممثلين على المستوى المحلي .

اللازمة لسد هذه الثغرات، مما ستكون له هو الآخر انعكاسات سلبية على استقلال البلديات كأهم ركن تقوم عليه الإدارة اللامركزية.

### ثانيا : العوائق والصعوبات في المجال المالي :

لا يختلف الجانب المالي، هو الآخر عن سابقه من حيث الحضور العمومي، بل يعتبر هذا الأخير (الحضور العمومي) أكثر ثقلا وكثافة في هذا المجال، سواء كان ذلك على المستويات القانونية والتنظيمية، أو على المستويات المادية والبشرية<sup>1</sup>. حيث يلاحظ اتساع الوصاية في المجال المالي وتعدد مجالاتها، بحيث تشمل التصديق على كل المقررات المتعلقة بالتوجه المالي للبلديات، وكل ما يتعلق بالمصالح العمومية المحلية<sup>2</sup>، إضافة إلى الطابع المركز الذي تتميز به تدخلاتها في أكثر من مجال، وخاصة في مجال التصديق على المقررات المالية، علاوة على ضعف التواصل والتنسيق بين الإدارات الوصية المتدخلة في الجانب المالي، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن الصعوبات والمشاكل المادية والبشرية التي تواجه المراقبة الوصائية في المجال المالي، والتي قد تكون لها انعكاسات سلبية تؤدي إلى إفراغ الهيئات اللامركزية (البلديات) من محتواها، تتمحور حول هيمنة سلطات الوصاية على الحياة المالية للبلديات بواسطة مصالحها ووسائلها التقنية، التي تتفوق على نظيرتها في البلدية المفتقرة لها أصلا، أو بواسطة التدخل من خلال تقديم الإعانات وتسهيل القروض، التي تشكل أحد أهم تجسيديات المراقبة غير المباشرة للسلطة الوصية<sup>3</sup>.

وتجدر الإشارة هنا أنه إضافة إلى هذه الاختلالات والمشاكل الأنفة الذكر التي تواجه المراقبة الوصائية وما لذلك من انعكاسات سلبية على استقلال البلديات، توجد صعوبات أخرى لا تقل عنها خطورة، قد تهدد توازن العلاقة بين السلطة المركزية والبلديات، تتجلى في ضعف ونقص العنصر البشري للسلطة الوصية نفسها الذي تناط به ممارسة وترجمة الأعمال الوصائية على الميدان المحلي، سواء كان ذلك على المستوى النوعي أو الكمي وما لذلك من انعكاس أيضا على استقلالية البلديات، نظرا لما يحتله هذا العنصر من مكانة هامة يتوقف عليها نجاح وفعالية الرقابة الوصائية.

<sup>1</sup> . سعيد جفري . " الرقابة على المالية المحلية بالمغرب : محاولة نقدية في الأسس القانونية ، السياسية ، الإدارية والمالية" . أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق شعبة القانون العام ، جامعة الحسن الثاني عين الشق ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، الدار البيضاء السنة الجامعية 1998/97 ، ص 78 .

<sup>2</sup> . أحمد محمد السالك الداخ . " تدبير الميزانية المحلية بموريتانيا " الطبعة الأولى 2016 ، مطبعة: IMS اسطاط، المغرب، ص:119-120 .

<sup>3</sup> . إذ لاشك أن الحرية المقررة للجماعات المحلية تقاس بمقدار ما تكون حرة ومستقلة في اتخاذ مقرراتها، وبدرجة ما تكون هذه المقررات نافذة بذاتها دون تدخل أي مرجع آخر، كما يقاس مدى تدخل سلطة الوصاية بقدر ما تكون هذه السلطة محددة في القانون بصورة حصرية أو بقدر ما تكون عامة وشاملة ومطلقة. للمزيد انظر: ( خالد قباني . " اللامركزية ومسألة تطبيقها في لبنان " . م ، س ، د ، ص 470 .

خاتمة :

وانطلاقاً من قصر عمر التجربة البلدية ومن الضعف الحاصل في أدائها وفي أداء نخبتها المحلية ، ومستوى استيعابها للشأن المحلي وطريقة تدبير المصالح البلدية من جهة ، وانعدام الاختصاص للمحاكم الإدارية المحلية في المنازعات الناشئة بين البلديات والسلطات الوصية من جهة أخرى ، فإنه يبدو من غير المناسب في الوقت الراهن استبدال الوصاية الإدارية بالمراقبة القضائية الصرفة ، لما يمكن أن ينتج عن ذلك من تأثير سلبي على المصلحة العامة . ولكن ما ينبغي هو اتخاذ خطوات متدرجة وسريعة لتحقيق الاستقلال البلدي كأهم ركن ترتكز عليه اللامركزية الإدارية، وكتجسيد لإحدى تجليات الحكامة الرشيدة على المستوى المحلي.

ولن يتحقق ذلك إلى من خلال التخفيف ما أمكن من حدة الوصاية كمرحلة أولى، عبر مجموعة من المقتضيات الخاصة، والتي يتمثل أبرزها في ما يلي :

- التقليل من قائمة المواد الخاضعة للرقابة القبلية ، وحصصها في القضايا الجوهرية التي تعتبر ضرورية للمحافظة على الوحدة الوطنية والمصلحة العمومية الكبرى .
  - إحلال الرقابة المقربة محل الوصاية المركزية، مع توفير الوسائل المادية والبشرية كميًا ونوعيًا للمصالح اللامركزية هناك .
  - تخفيض آجال المصادقة.
  - تعميم قاعدة تعليل قرارات الوصاية.
  - تقوية الرقابة البعدية ، وتعزيزها بإنشاء محاكم جهوية للحسابات على غرار بعض الدول المجاورة كالمغرب مثلاً.
  - التنصيب على استقلال البلديات في الدستور ، مما سيمنحها ضمانة قوية توفر لها الاستقرار وتجعلها في منأى عن كل تهديد قد يمس استقلالها، إثر التقلبات السياسية والاقتصادية للدولة من جهة ، كما ينبغي من جهة أخرى ، التنصيب صراحة في قانون البلديات على الأهداف العامة للوصاية الممارسة على المجالس البلدية ، والتي تتمحور حول تطبيق القانون ، وحماية الصالح العام ، وتأمين ودعم ومساعدة الإدارة البلدية .
- وفي الأخير ، قد يتبادر إلى الذهن التساؤل التالي : هل يعد واقع العلاقة الوصائية بين السلطة المركزية وبين البلديات ، وما تثيره من إشكالات استقلالها الإداري والمالي ، سيكون له تأثير أو انعكاس سلبي هو الآخر على العلاقة الوصائية للسلطة المركزية على الوحدات اللامركزية الجديدة المتمثلة في الجهات؟

## ❖ قائمة المصادر والمراجع :

### • أولا : الكتب :

- أحمد محمد السالك الداہ . " اللامركزية الإدارية ومطلب التنمية المحلية - البلديات بموريتانيا- نموذجاً " الطبعة الأولى 2014 ، دار لقلم بالرباط.
- أحمد محمد السالك الداہ . " تدبير الميزانية المحلية بموريتانيا " الطبعة الأولى 2016 ، مطبعة: ملك IMS اسطاط، المغرب.
- بكر قباني . " الرقابة الإدارية " . طبع دار النهضة العربية القاهرة 1985 .
- بنمير المهدي . " اللامركزية والشأن المحلي ، أية آفاق في ظل المفهوم الجديد للسلطة ؟. " . المطبعة والوراقة الوطنية ، مراكش ، المغرب ، 2000 م .
- خالد قباني . " اللامركزية ومسألة تطبيقها في لبنان " . الطبعة الأولى ، منشورات عويدات ، بيروت - باريس 1981م.
- رمضان محمد بطيخ . " الوسيط في القانون الإداري " . دار النهضة العربية، القاهرة ، 1997م.
- سيد ولد أباه وآخرون . " موريتانيا الثقافة والدولة والمجتمع " . مركز دراسات الوحدة العربية، سلسلة الثقافة القومية، العدد 28 ، الطبعة الثانية ، بيروت فبراير 2000 .
- محمد الأمين ولد سيد باب . " مظاهر المشاركة السياسية في موريتانيا " . طبع مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت الطبعة الأولى ، 2005 .
- محمد الكبير البشير . " نظام الإدارة المحلية في موريتانيا { البلديات والجهات } النشأة ومسار التطور وواقع الممارسة الراهنة " ط، الأولى 2019 ، مطبعة المنار ، نواكشوط .

### • ثانيا : القوانين :

- دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية في مايو 1961 .
- دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية 1991 .
- القانون 68/242 الصادر بتاريخ 30 يوليو 1968 ، المنظم للإدارة الإقليمية بموريتانيا.
- الأمر القانوني 87\289 المنشئ والمنظم للبلديات في موريتانيا الصادر 20 أكتوبر 1987.
- دليل مراقبة الشرعية وتقديم الاستشارة للبلديات الصادر عن وزارة الداخلية 2015.



• ثالثا : البحوث العلمية :

أ- الأطروحات الجامعية :

- سعيد جفري . " الرقابة على المالية المحلية بالمغرب : محاولة نقدية في الأسس القانونية ، السياسية ، الإدارية والمالية " . أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق شعبة القانون العام ، جامعة الحسن الثاني عين الشق ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، الدار البيضاء السنة الجامعية 1998/97 .
- عزيز مفتاح . " اللامركزية : من التسيير الإداري إلى تدبير التنمية " . أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق : القانون العام ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة محمد الخامس ، أكادال/الرباط ، 2001/2000 م .

ب- الرسائل الجامعية :

- بوجيدة محمد . " وصاية الدولة علي الجماعات الحضرية والقروية بعد ميثاق 30 شتمبر 1976 " رسالة لنيل دبلوم السلك العالي ، المدرسة الوطنية للإدارة العمومية ، الرباط 1985 .
- سيد ولد أباتي . " الجماعات المحلية في موريتانيا " . دراسة تحليلية في ضوء الأمر القانوني رقم 87/289 رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام ، جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، عين الشق ، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1997/96 .

• رابعا : المقالات العلمية :

- باباه عبد الله . " تطور تنظيم الإدارة المحلية في موريتانيا " . المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية ، العدد 37 ، مارس - ابريل 2001 .

## الأثر التطهيري للرسم العقاري والاستثناءات الواردة عليه

The cleansing effect of land title and the exceptions listel to it



**عبد الله البدري : مندوب قضائي بالحكمة الابتدائية بالعرانش**

**دكتوراه في الشريعة ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله ، كلية الشريعة بفاس**

Badri abdallah : Judicial delegate at the Court of First Instance of Larache

PhD in Sharia , University of Sidi Mohamed

Ben Abdallah, Faculty of Sharia in Fez

ملخص :

يشكل نظام التحفيظ العقاري أحد أهم دعائم تثبيت حق الملكية العقارية وحمائتها. ومن جملة المبادئ التي يقوم عليها هذا النظام : مبدأ التطهير ، ومفاده : تطهير العقار المحفظ من جميع الحقوق والشوائب التي كانت عالقة به قبل التحفيظ، إذ يصبح ما هو مدونّ بالرسم العقاري هو عنوان الحقيقة، وتشكل نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتكاليف العقارية الكائنة على العقار. ولا يبقى للمتضرر من جراء التحفيظ إلا المطالبة بالتعويض بعد إثبات التدليس.

وقد تدخل المشرع للحد من هذه القوة المطلقة لقاعدة نهائية الرسم العقاري، عبر تكريس مجموعة من الاستثناءات ، من جملتها : التزوير أو استعماله في سند التملك الذي انبنى عليه التحفيظ؛ ولو كان الغير حسن النية ، فإنه يجعله منعدا غير منتج لأي أثر، لأن ما بني على التزوير يعتبر باطلا، والباطل لا يصححه التقييد بالرسم العقاري. ومن أبرز تلك الاستثناءات أيضا: استثناء الخلف الخاص من نطاق التطهير، وجعله قاصرا على الحقوق والاتفاقات المحتج بها من طرف الغير، دون الخلف الخاص الذي تلقى حقه مباشرة من

طالب التحفيظ، بمقتضى تصرف قانوني صحيح. كما لا يمكن الاحتجاج بالتطهير الناتج عن تحفيظ العقار تجاه الأملاك الوقفية العامة وحقوق الارتفاق المقررة لخدمتها، وكذلك الحقوق المدرجة في عداد وأوكل المشرع للأملاك العامة؛ كالحقوق المقررة لأراضي الجماعات السلالية، والحقوق المنجمية، وتلك المكتسبة على المياه العامة، حينما اعتبر أن عدم تسجيلها بالرسم العقاري لا ينال من صحتها، وأفقد كل تحفيظ قرينته القاطعة تجاهها.

الكلمات المفتاحية : مبدأ التطهير ، الرسم العقاري، حق الملكية ، التعويض ، التدليس ، الحق العيني ، التزوير ، حسن النية ، الخلف الخاص ، الأملاك العامة ، الأملاك الوقفية.

#### Abstract :

The system of the real estate registration constitutes on essential on essential factor in the implementation of the real estate property right and protection. This system is based on the principle of cleansing, that is freeing the registered estate from any flow it (the real estate) may have had in the past. Henceforth, all that come with the land title is the unique fact which the aggrieved party shall rely on to claim his/herrights. Yet the legislator interferes to limit this absolute proof of the land title by passing some measures :

Existing proof of forgery in the process of the final deed , The exception of the private posterity from the framework of cleansing and restrict other than the private posterity. Also, it is unlawful to invoke via cleansing any endowed property.

In addition, the legislator mandates that the public endowment properties enjoy the same rights as those of the ordinary and mined lands. In brief, failure to register on estate doesn't affect its validity.

**Key words :** The cleansing principle ; Real estate register ; Right to property ; Reparation /recompensation ; Fraud ; Restitution ; Forgery ; Good faith/good will ; The private successor ; Public property Endowment property.

الرموز والاختصارات :

- (ظ ت ع) : تطهير التحفيظ العقاري. / (ق ل ع) : قانون الالتزامات والعقود. / (م ح ع) : مدونة الحقوق العينية. / (م أ) : مدونة الأوقاف. / (ق ج) : القانون الجنائي. / ف. : الفصل. / م. : المادة.

تقديم :

إن الإنسان مجبول على حب التملك، لكن ذلك يبقى رهينا بالمشروعية وفقا للقانون، فالملكية لا يمكن أن تؤول لصاحبها؛ إلا بعد اعتماد الطرق المحددة شرعا وقانونا، قال تعالى: «يأيتها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل»<sup>1</sup> ذلك أن حق الملكية مضمون بمقتضى ف. 35 من الدستور<sup>2</sup>، ويمنع المساس به والاعتداء عليه؛ إلا وفق الضوابط والإجراءات المنصوص عليها قانونا، تحت طائلة عقوبات زجرية.

كما يعتبر حق الملكية بمقتضى م. 17 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حقا مقدسا لا يجوز انتهاك حرمة، ولا يجوز حرمان صاحبه منه؛ إلا إذا قضت بذلك ضرورة مصلحة عامة ثبتت قانونا، بشرط التعويض العادل والمدفوع مقدما.

وقد اقتضى النظر في هذا المقام نظم الكلام في مطلبين، أفردت الأول منهما للحديث عن الأثر التطهيري للرسم العقاري، على أن كان المطلب الثاني معقودا للحديث عن الاستثناءات الواردة عليه.

#### المطلب الأول : الأثر التطهيري للرسم العقاري :

يشكل نظام التحفيظ العقاري أحد أهم دعائم تثبيت حق الملكية العقارية وحمايتها. ومن جملة المبادئ التي يقوم عليها هذا النظام: مبدأ التطهير.

ومفاده : تطهير العقار المحفظ من جميع الحقوق والشوائب التي كانت عالقة به قبل التحفيظ، وتصبح معدومة لا يمكن الاعتداد بها، إذ يصبح ما هو مدونّ بالرسم العقاري هو عنوان الحقيقة. فتحفيظه يكسبه حجية مطلقة وقوة ثبوتية لا يمكن المساس بها، وتشكل نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية<sup>3</sup> والتكاليف العقارية الكائنة على العقار. وذلك لضمان استقرار المعاملات العقارية وثباتها.

وقد كرس القضاء هذا المقتضى في العديد من القرارات، حيث نص المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) أن المقصود من قاعدة التطهير : « هي تحفيظ وإنشاء رسم عقاري له في اسم من يحتج بها، حيث يطهر العقار المحفظ من كل الحقوق السابقة على التحفيظ، التي لم يقع الإشارة إليها في الرسم العقاري»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> سورة النساء، جزء من الآية: 29.

<sup>2</sup> نص ف. 35 من الدستور على أن: يضمن القانون حق الملكية، ويمكن الحد من نطاقها وممارستها بموجب القانون، إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد. ولا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون.

<sup>3</sup> الحق العيني: هو سلطة مباشرة يقرها القانون لشخص معين على شيء مادي معين بالذات، تخوله القيام بأعمال معينة تتصل بهذا الشيء تحقيقا لمصلحة له. والحق الشخصي: هو سلطة مقررة قانونا لشخص تجاه شخص آخر، تخول للأول (وهو الدائن) أن يجبر الثاني (وهو المدين) على إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام به. للتوسع انظر: المواد 8- 10 من (م ح ع)، ونظرية العقد للعبدلوي: 9-17، ونظرية الحق له أيضا: 45/2-49، والتحفيظ العقاري والحقوق العينية للكزبري: 1/138، والحقوق العينية لابن معجوز: 21-22.

<sup>4</sup> قرار عدد 10/3 الصادر بتاريخ 17 شتمبر 2007 في الملف المدني عدد 07/3/1/3051

وجاء في قرار آخر له أن : «التطهير يطهر العقار المحفظ من جميع الحقوق والشوائب التي كانت عالقة به قبل التحفيظ، ويشكل نقطة الانطلاق الوحيدة في حيازة العقار، حيث يقطع صلته نهائيا بالماضي»<sup>1</sup>.

وفي قرار آخر له أكد فيه: «إن إقامة الرسم العقاري له صفة نهائية لا تقبل الطعن، ويحسم كل نزاع يتعلق بالعقار، ولا يمكن الاحتجاج بأي حق عيني سابق على التحفيظ لم يسجل على الرسم العقاري»<sup>2</sup>.

وهو ما أكده في قرار آخر له جاء فيه: «لا يمكن قانونا التشطيب على رسم عقاري وإعادة إجراء مسطرة التحفيظ، لأن رسم الملك الناتج عن التحفيظ له صفة نهائية ولا يقبل الطعن ولا الإلغاء؛ ولو في حالة التدليس»<sup>3</sup>.

ومن جملة تلك الآثار المترتبة على نهائية الرسم العقاري، أنه يمنع إقامة أي دعوى في العقار بسبب حق وقع الإضرار به من جراء التحفيظ. ولا يبقى للمتضرر إلا المطالبة بالتعويض، بعد إثبات التدليس أثناء سير إجراءات التحفيظ العقاري. وهو ما نص عليه ف. 64 من (ظ ت ع) في فقرته الثانية بقوله: «يمكن للمتضررين في حالة التدليس فقط أن يقيموا على مرتكب التدليس دعوى شخصية بأداء التعويضات».

وهو ما نص عليه المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) في أحد قراراته، جاء فيه: «بعد إنشاء الرسم العقاري، فإن الحقوق المتضررة بسبب عدم تسجيلها خلال مرحلة التحفيظ، لا يمكن لأصحابها المطالبة بها عينا، ويمكن لأصحاب هذه الحقوق اللجوء إلى دعاوى شخصية؛ لجبر الضرر لهم»<sup>4</sup>.

وهذا أمر مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية، التي تمنح حق استعادة حيازة العقار الذي تم فقده بالغصب، عكس نظام التحفيظ الذي يحصن الملكية العقارية حتى وإن أسست على التدليس. واعتبر ابن رشد الجدل أن: «التدليس وغير التدليس سواء في وجوب الرد في القيام أو القيمة في الفوات»<sup>5</sup> كما أن ما بني على باطل، فهو باطل، وأن الغش يفسد الكل.

وقد عرف الكزبري التدليس في إطار (ق ل ع) بأنه : «استعمال خديعة توقع الشخص في غلط يدفعه إلى التعاقد»<sup>6</sup> وهو بهذا المعنى من عيوب الرضى التي تخول إبطال العقد في إطار القواعد العامة.

<sup>1</sup> قرار عدد 1025 الصادر بتاريخ 06 ماي 1990 في الملف المدني عدد 86/187.

<sup>2</sup> قرار صادر بتاريخ 21 أبريل 1972 في الملف الإداري عدد 18271.

<sup>3</sup> قرار عدد 2212 الصادر بتاريخ 01 أبريل 1998 في الملف المدني عدد 95/1/1/2164.

<sup>4</sup> قرار عدد 542 الصادر بتاريخ 14 فبراير 2007 في الملف المدني عدد 2005/983.

<sup>5</sup> البيان والتحصيل: 338/8.

<sup>6</sup> التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، مأمون الكزبري: 98/2.

ويختلف التدليس المنصوص عليه في ف.52 من (ق ل ع)<sup>1</sup> عن المشار إليه في ف. 64 من (ظ ت ع) من حيث الهدف الكامن وراءه ، ففي العقد يستعمل التدليس قصد الوصول إلى إبرام العقد، غير أنه في عملية التحفيظ، يستخدم لأجل اتخاذ قرارات وتأسيس رسم عقاري، قصد تحصين حق عيني وتثبيتته في اسم المدلس وإبعاد صاحبه الأصلي.

وقد استقر العمل القضائي على إعطاء مدلول واسع للتدليس، متوخيا من حدة آثار مبدأ الصفة القطعية للرسم العقاري الذي ينطوي على الإضرار بحقوق الغير، ومحو آثارها العينية.

فقد جاء في قرار : «... ولم يشترط قيام المستفيد من التحفيظ بوسائل احتيالية ملموسة ، بل يكفي أن يكون سيء النية بطلب تحفيظ أرض ليست ملكا خالصا له»<sup>2</sup>.

كما عرف المجلس الأعلى للتدليس في قرار آخر له جاء فيه: «إن التدليس بمفهوم ف.64 من (ظ ت ع) يطال كل عمل يفضي إلى تحفيظ حق عيني وقع الإضرار به في اسم غير مالكة الحقيقي، مع علمه بذلك»<sup>3</sup>.

ويعتبر من صميم أفعال التدليس : بيع العقار، ثم تحفيظه باسم البائع، فقد جاء في قرار للمجلس (محكمة النقض حاليا) : «أن تحفيظ العقار باسم البائع بعد بيعه، يعد تدليسا ضد المشتري، موجبا للتعويض»<sup>4</sup>.

إضافة إلى ذلك، يعد من قبيل الأعمال التدليسية: التستر على واقع العقار، وإخفاء مسطرة التحفيظ الجارية على المشتري.

وهو ما قضت به المحكمة الابتدائية بالناظور في حكم لها، جاء فيه : «يتحقق التدليس بمجرد عدم إعلام البائع للمشتري بمسطرة التحفيظ الجارية؛ حتى يتمكن من الدفاع عن حقوقه»<sup>5</sup>.

وفي قرار آخر للمجلس أكثر مرونة، اعتبر أن «التدليس يتحقق بمجرد ضرر المضرور من جراء عدم تحفيظ العقار في اسمه»<sup>6</sup>.

ومن تم، يعتبر التدليس واقعة مادية، يمكن لمحكمة الموضوع استخلاصها من كافة الظروف والوقائع المعروضة عليها. ولا رقابة عليها من طرف محكمة النقض؛ إلا على مستوى التعليل، فيما يخص تقدير التعويض بحسب حجم الضرر الذي أصاب المالك الحقيقي، من جراء تأسيس رسم عقاري في اسم المدلس.

<sup>1</sup> نص ف. 52 على أن: التدليس يخول الإبطال إذا كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه قد بلغت في طبيعتها حدا بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر...

<sup>2</sup> قرار عدد 1919 الصادر بتاريخ 07 يونيو 2006 في الملف المدني عدد 2560/1/1/2001.

<sup>3</sup> قرار عدد 832 الصادر بتاريخ 23 مارس 2005 في الملف المدني عدد 233/1/1/2003.

<sup>4</sup> قرار عدد 746 الصادر بتاريخ 21 أكتوبر 1978 في الملف المدني عدد 38/868.

<sup>5</sup> قرار عدد الصادر بتاريخ 12 يناير 2006 في الملف المدني عدد 98/2349.

<sup>6</sup> قرار عدد 616 الصادر بتاريخ 13 فبراير 2008 في الملف المدني عدد 2208/1/1/2006.

وتجدر الإشارة إلى أن قاعدة عدم جواز المطالبة بالحقوق المتضررة من التحفيظ عينا ، تعتبر من المقتضيات الأمرة ذات صلة بالنظام العام<sup>1</sup> ، تلزم المحكمة بإثارتها من تلقاء نفسها، دون أن يتوقف إعمالها على التمسك بها في شكل دفع من قبل الأطراف.

وهو ما أقره المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) في قرار له ، حيث جاء فيه : «إن المقتضيات المنصوص عليها في ف.2 و62 و64 من (ظ ت ع) التي تمنع إقامة أي دعوى بحق عيني تضرر منه العقار بالتحفيظ، ولا يبقى للمتضرر إلا أن يطالب بالتعويض... تتضمن قواعد آمرة لها صلة بالنظام العام، يجب أن تثيرها المحكمة تلقائياً؛ كلما تبين لها أن الحق المدعى به قد تضرر منه العقار بالتحفيظ»<sup>2</sup>.

وقد نص ف.64 من (ظ ت ع) في فقرته الأخيرة على أنه : «في حالة إفسار المدلس، تؤدي التعويضات من صندوق التأمين». لكن بالرجوع إلى ف.100 من (ظ ت ع)<sup>3</sup> تجده يضمن عسر المحافظ العام والمحافظين على الأملاك العقارية فقط أداء المبالغ المالية التي قد يحكم بها عليه لصالح الطرف المتضرر، من جراء خطأ في التحفيظ أو في تقييد لاحق، حيث يمكن للمتضرر أن يوجه الدعوى الشخصية الرامية إلى الحصول على تعويض عن الضرر ضد المحافظ، وذلك بحسب إذا ما تعلق الأمر بخطأ مرفقي، أو خطأ شخصي تسبب في ضياع حقوق المتضرر من التحفيظ.

### المطلب الثاني : الاستثناءات الواردة على الأثر التطهيري للرسم العقاري :

لقد تدخل المشرع للحد من القوة المطلقة لقاعدة نهائية الرسم العقاري ، عبر تكريس مجموعة من الاستثناءات؛ أفقد من خلالها الرسم العقاري القرينة القاطعة المقررة لفائدته. منها ما نصت عليها النصوص القانونية صراحة ، ومنها ما قضت بها الاجتهادات القضائية ، حيث حاول القضاء من خلالها التلطيف من صرامة مبدأ التطهير.

ومن جملة تلك الاستثناءات : التزوير أو استعماله. وبالرجوع إلى ف.351 من (ق ج)، تجد المشرع يعرف التزوير في الأوراق بأنه : «تغيير الحقيقة فيها بسوء نية تغييراً من شأنه أن يسبب ضرراً متى وقع في محرر...».

كما أن ثبوت استعمال الورقة المزورة، تكون نتيجته إبطال تقييد الغير حسن النية<sup>4</sup>، والتشطيب عليه من الرسم العقاري.

<sup>1</sup> النظام العام : هي مجموع القواعد الأمرة التي لا يمكن مخالفتها من قبل الأطراف. النظرية العامة للالتزامات: المختار العطار، ص: 206.

<sup>2</sup> قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 29 يناير 1992 في الملف المدني عدد 7.

<sup>3</sup> نص ف. 100 في فقرته الأولى على أنه: يؤسس صندوق التأمين الغاية منه أن يضمن في حالة عسر المحافظ العام أو المحافظين على الأملاك العقارية، أداء المبالغ المالية التي قد يحكم بها عليهم لصالح الطرف المتضرر من جراء خطأ في التحفيظ أو في تقييد لاحق.

<sup>4</sup> حسن النية: هو الشخص الذي انتقل إليه الحق مع جهله للعيوب التي ينطوي عليها السند المنشئ للحق، النظرية العامة للالتزامات للعقاري، ص: 189.

فثبوت التزوير أو استعماله، هو استثناء على الحجية المطلقة لتقييد الغير حسن النية ، على اعتبار أنه لا مجال للاحتجاج بحسن النية ؛ متى ثبت أن التقييد بني على وثائق مزورة. وقد قضى المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) منها :

«إذا كان حق الملكية مضموناً، فإن الأولى بالحماية هو المالك الحقيقي. ونتيجة لذلك، لا مجال للاستدلال بحسن نية المشتري، طالما أن الوكالة التي انعقد البيع الأول على أساسها، ثبتت زوريتها بمقتضى قرار جنحي بات، وأن ما بني على التزوير، لا يترتب عنه أي أثر قانوني، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو لخلفائهما.

إن الالتزام الباطل لا يمكن أن ينتج أي أثر؛ إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذاً له، وما بني على الباطل، فهو الباطل، وأنه لانعدام إرادة المدعي في إبرام الوكالة، تكون هذه الأخيرة باطلة؛ لانعدام أركان الالتزام، مما تكون معه العقود المبرمة لاحقاً تأسيساً على عقد الوكالة باطلة، وكذا جميع إجراءات تسجيلها»<sup>1</sup>.

وأكد نفس التوجه في قرار آخر صادر عنه، حين اعتبر أن: «الباطل لا يصححه التقييد بالرسم العقاري، وأن غاية التقييد هي إشهار الحق الموجود فعلاً، فإن بطلان التصرف الذي بني عليه التسجيل، يجعل هذا التسجيل باطلاً.

ولا تعدد المحكمة بحسن النية المنصوص عليه في ف.66 من (ظ ت ع) إذا تبين لها أن سند تملك الطاعنين باطل؛ لتأسيسه على عقد مزور»<sup>2</sup>.

كما قضت محكمة النقض بأن: «ثبوت زورية عقد البيع، تجعله منعدماً، وغير منتج لأي أثر؛ وإن كان مسجلاً بالرسم العقاري، وكان المشتري حسن النية»<sup>3</sup>.

من خلال هذه القرارات القضائية، يتضح أنه لا مجال للاحتجاج بحسن النية، وأن التقييد بالرسم العقاري لا يمكن أن يضيفي الوجود على عقد غير موجود، وما بني على باطل، فهو باطل.

ومن أبرز تلك الاستثناءات أيضاً: استثناء الخلف الخاص<sup>4</sup> من نطاق التطهير، ذلك أن مشتري العقار في طور التحفيظ، الذي لم يقم بمسطرة الإيداع المنصوص عليها في ف.48 من (ظ ت ع)، هل يواجه بقاعدة التطهير، ويمنع عليه المطالبة بتسجيل شرائه على الرسم العقاري الخاص به، والذي تم تأسيسه دون تصريح البائع بالحقوق التي ترتبت لفائدته؟

<sup>1</sup> قرار عدد 2854 الصادر بتاريخ 23 يوليو 2008 في الملف المدني عدد 2004/1/1/1696

<sup>2</sup> قرار عدد 4258 الصادر بتاريخ 12 أكتوبر 2010 في الملف المدني عدد 2009/2/1/2662

<sup>3</sup> قرار عدد 2691 الصادر بتاريخ 29 ماي 2012 في الملف المدني عدد 2011/2/1/919

<sup>4</sup> الخلف الخاص: هو من يخلف سلفه في ملكية شيء معين، سواء كان منقولاً، أو عقاراً، أو حقاً شخصياً، أو عينياً، كان السلف دائماً به من قبل. الخلف العام: هو من يخلف سلفه في ذمته المالية أو في جزء منها؛ كالوارث والموصى له. انظر النظرية العامة للالتزامات لعبد القادر العرعاري: 213 و216.



بالرجوع إلى الفصول 1 و62 و64 من (ظ ت ع)، تجدها لم تسعف في الجواب على هذا السؤال، حيث جاءت مقتضياتها عامة ومطلقة، تشمل جميع الحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقار وقت تحفيظ، دون تمييز في ذلك ما إذا كانت الحقوق تعود للخلف الخاص أو للغير.

وعلى مستوى الفقه، تجد أيضا تباينا في الرأي حول نطاق تطبيق قاعدة التطهير، وما إذا كانت تسري أيضا ضد الخلف الخاص لطالب التحفيظ.

وهو الأمر الذي كرسه العمل القضائي في العديد من المناسبات، فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) ما يلي :

«يقرر ف.62 و64 من (ظ ت ع) قاعدة أن التحفيظ يطهر العقار من الحقوق السابقة عليه، وهي قاعدة تسري على الجميع، لا فرق بين المشتري وغيره، ولا حسن النية ولا سيئها»<sup>1</sup>.

لكن محكمة النقض عادت مرة أخرى، لتستثني الخلف الخاص من مبدأ التطهير، وذلك في قرار لها جاء فيه: مشتري عقار محفظ خلفا خاصا، وليس من الأغيار. ومن ثم يكون غير مشمول بقاعدة التطهير، حيث جاء في حيثياته : «ينتج عن عقد البيع التزام يقع على كاهل البائع، بنقل ملكية المبيع خلفه الخاص المشتري، بغض النظر عن مقتضيات ف. 83 و84 من (ظ ت ع)، وبذلك، فهو غير مشمول بقاعدة التطهير، التي لا تتعلق الحقوق الشخصية بتحفيظه تجاه المشتري، باعتباره خلفا خاصا له، إذ يبقى ملزما بنقل ملكية العقار المذكور إليه؛ حتى بعد التحفيظ»<sup>2</sup>.

كما اعتبرت محكمة النقض في قرار لها أن : «إن قاعدة التطهير المنصوص عليها، قاصرة على الحقوق والاتفاقات المحتج بها من طرف الغير، ولا يحتج بها على الخلف الخاص، الذي اشترى العقار من طالب التحفيظ، الذي أصبح مالكا للرسم العقاري، والذي لم يزد هذا الرسم العقاري إلا تدعما وتثبيتا للملكية، ويبقى ملزما بتنفيذ التزاماته التي أنشأها على هذا العقار. ومن هذه الالتزامات نقل ملكية المبيع وتسجيل العقد بالرسم العقاري»<sup>3</sup>.

ثم توالى قرارات مناقضة، جعلت من قاعدة التطهير قاعدة عامة ومطلقة وأمرة، يسري أثرها حتى على الخلف الخاص، ولا مجال معها لإعمال أي استثناء.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> قرار عدد 2605 الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 1992 في الملف المدني عدد 91/1186.

<sup>2</sup> قرار عدد 40 الصادر بتاريخ 03 يناير 2012 في الملف المدني عدد 2010/7/1/3870.

<sup>3</sup> قرار عدد 7/153 الصادر بتاريخ 18 مارس 2014. في الملف المدني عدد 2013/7/1/2729

<sup>4</sup> كالقرار عدد 8/440 الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 2014 في الملف المدني عدد 2014/8/1/1881. والقرار عدد 8/447 الصادر بتاريخ 21 يوليو 2015 في

الملف المدني عدد 2015/1/8/849. والقرار عدد 8/464 الصادر بتاريخ 19 شتمبر 2019 في الملف المدني عدد 2016/8/1/7063.

إلى أن جاء القرار الحديث لمحكمة النقض بجميع غرفها، الذي قضى بعدم إمكانية مواجهة الخلف الخاص بقاعدة التطهير، حيث جاء فيه: «إن البائع باعتباره سلفاً للمشتري منه، فإنه لا يعد غيراً بالنسبة لهذا الأخير، وليس له أن يواجهه بعدم إشهار بيعه أثناء سريان مسطرة التحفيظ. وأنه ترتباً على ذلك، فإن البيع المتعلق بعقار في طور التحفيظ، يسري في حق البائع ويلزمه، ويمكن تقييده في اسم المشتري في الرسم العقاري. وأن المحكمة المطعون في قرارها لما لم تراعى ذلك، جاء قرارها فاسد التعليل المنزل منزلة انعدامه، وهو ما عرضه للنقض والإبطال»<sup>1</sup>.

وفي اعتقادي أن استثناء الخلف الخاص الذي تلقى حقه مباشرة من طالب التحفيظ من قاعدة التطهير هو الأجدر بالتأييد، ذلك أن الحقوق غير المضمّنة أو غير المقيّدة الواردة في ف.1 و62 من (ظ ت ع)، والتي تنسحب عليها عدة التطهير، تنصرف أساساً إلى تلك التي يَنزاع بمقتضاها الغير في وجود حق الملكية المقرر لطالب التحفيظ أو في مداه أو حدوده أو موضوعه، عن طريق التعرض على المطلب أثناء جريان مسطرة التحفيظ، ولا تشمل تلك الحالات التي يكون فيها صاحب الحق المطلوب تسجيله، قد تلقى حقه مباشرة من طالب التحفيظ، بمقتضى تصرف قانوني صحيح؛ كالبيع، إذ في هذه الحالة، فإن طالب التسجيل لا يَنزاع في حق ملكية طالب التحفيظ، وإنما يقر به، ويطالب بإتمام التصرف، وتمكينه من حقه الذي استمده منه، لأن قواعد العدل والإنصاف تقضي بإلزام طالب التحفيظ، بتمكين خلفه الخاص من الحق الذي تصرف به إليه؛ وإن كان قد تقاعس في التعريف بحقوقه المكتسبة خلال المرحلة الإدارية للتحفيظ.

فأثر التحفيظ، يتناول فقط الحقوق التي يدعيها أشخاص لا تربطهم أي رابطة بطالب التحفيظ، وذلك ما لم تكن قد ترتبت على هذا الرسم العقاري حقوقاً لفائدة الغير.

ومن الاستثناءات التي أفقدت الرسم العقاري قرينته القاطعة المقررة له بمقتضى ف.62، ما يتعلق بالحقوق المندرجة في عداد الأملاك العامة<sup>2</sup>.

ويقصد بها مجموع الأملاك المملوكة للدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية، والمخصصة للمنفعة العامة؛ إما بالاستعمال المباشر من طرف العموم، أو لتسيير مرفق عام. وهي لا تصلح بطبيعتها للملكية الفردية لكونها مشاعة بين الجميع، وتتولى الدولة أمر تدبيرها.

وقد عددها المشرع على سبيل المثال لا الحصر، منها: الحقوق المقررة لأراضي الجماعات السلالية، والحقوق المنجمية، وتلك المكتسبة على المياه العامة. فهذه الأملاك لا تقبل التصرف، ولا يمكن اكتساب ملكيتها بالتقادم<sup>3</sup>، ولا تسري عليها القاعدة التطهيرية.

<sup>1</sup> قرار عدد 2/189 الصادر بتاريخ 30 يونيو 2020 في الملف المدني عدد 2018/2/1/226.

<sup>2</sup> يعود أمر تدبير شؤون أملاك الدولة الخاصة إلى وزارة المالية التي لها الصلاحية لسلوك مسطرة التحديد الإداري الوارد في ظهير 03 يناير 1916. وكذا إمكانية تفويتها للخواص وفق الشروط المحددة قانوناً.

<sup>3</sup> التقادم: هو مرور المدة المحددة قانوناً لممارسة الحق في رفع الدعوى الناشئة عن الالتزام، نظمت أحكامه ف.371-392 من (ق.لج).

كما لا يمكن الاحتجاج بالتطهير الناتج عن تحفيظ العقار تجاه الأملاك الوقفية العامة وحقوق الارتفاق المقررة لخدمة العقارات الوقفية، حيث تنص م. 54 من (م. أ) على أن: «الرسوم العقارية المؤسسة لفائدة الغير، لا تمنع المحكمة من النظر في كل دعوى ترمي إلى إثبات صفة الوقف العام لعقار محفظ، شريطة أن ترفع الدعوى في مواجهة جميع ذوي الحقوق المقيدين».

وإذا ثبت أن العقار المذكور موقوف وفقا عاما بناء على الحكم الصادر بذلك، والحائز لقوة الشيء المقضي به، فإن المحافظ يشطب على كل تسجيل سابق، ويقيّد العقار بالرسم العقاري المتعلق به في اسم الأوقاف العامة. والقضاء بدوره قد تبنى مبدأ عدم مواجهة الأوقاف بالأثر التطهيري الناجم عن مسطرة التحفيظ العقاري، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) أن: «الحبس لا يطهر بالتحفيظ، فيمكن للجهة المحبّس عليها أن ترفع الدعوى بشأن الحبس؛ ولو كان في طور التحفيظ؛ بل حتى لو حصل تحفيظه، لأن ثبوت حبسه يبطل تحفيظه»<sup>1</sup>.

وفي قرار آخر لمحكمة الاستئناف بطنجة جاء فيه: «لا يمكن الاحتجاج بالتطهير الناتج عن تحفيظ العقار تجاه حقوق محبّسة»<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة أن الاستثناء هنا محصور في الأوقاف العامة، والأوقاف المشتركة التي تخضع لنفس الأحكام المطبقة على الأموال الموقوفة وفقا عاما؛ طبقا ل م. 129 من (م. الأوقاف).

أما الوقف المعقب، فهو لا يشكلاستثناء من المبدأ المذكور، ولا يمكن التمسك به للتشطيب على الحق العيني المقيد بالرسم العقاري على ضوء عملية التحفيظ.

كما لا يمكن اكتساب الأملاك الوقفية بالحيازة؛ مهما طال أمدها، وفق صريح م. 261-2 من (م ح ع) أنه: «لا تكتسب بالحيازة الأملاك المحبّسة».

وتجد هذه القاعدة المستثناة من الأصل سندها في الفقه الإسلامي، وهي أنه لا حيازة على الحبس وإن طال. فمتى قامت الحجة على الوقف، فإنه ينتزع ممن هو تحت يده؛ مهما طال مدة حيازته؛ لتعلق حق الحبس بحق الله تعالى، وحق الغائب. وذلك لأن استمرار الوقف في أداء وظيفة الدينية، لا يمكن أن يتحقق إلا بتحسين وضعيته المادية والقانونية، وحمائته من مختلف أشكال الترامي والاعتداء.

وهو ما قرره محكمة الاستئناف بطنجة في أحد قراراتها جاء فيه: «ادعاء المستأنف للحيازة الطويلة الأمد يبقى غير منتج، على اعتبار أن الأملاك الحبسية لا تكتسب بالحيازة الطويلة الأمد؛ ولو استغرقت كل شروطها»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> قرار عدد 688، الصادر بتاريخ 20 فبراير 2008، في الملف المدني عدد 06/2162.

<sup>2</sup> قرار عدد 363، الصادر بتاريخ 12 أكتوبر 1983، في الملف المدني عدد 2/82-358.

<sup>3</sup> قرار عدد 485، الصادر بتاريخ 22 ماي 2008، في الملف الشرعي عدد 07/8/36.

❖ فهرس المصادر والمراجع :

- القرآن الكريم برواية ورش.
- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة: له أيضا ت. محمد حجي وأحمد الشرقاوي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1988.
- التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، مأمون الكزبري، شركة الهلال العربية، الرباط، ط2، 1987.
- شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام (نظرية العقد): إدريس العلوي العبدلاوي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1996.
- نظرية الحق، له أيضا، مطابع قدموس، الجديدة، ط1، 1972.
- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي : عبد القادر العرعاري، مطبعة فضالة، المحمدية، ط1، 1995.
- الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي : محمد ابن معجوز، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1990.
- الدستور المغربي (ظهير 29 يوليوز 2011).
- قانون الالتزامات والعقود (ظهير 12 غشت 1913 الحين 11 يناير 2021).
- مدونة الحقوق العينية (قانون رقم 39.08).
- مدونة الأوقاف (ظهير 23 فبراير 2010).
- ظهير التحفيظ العقاري (قانون رقم 14.07).
- القانون الجنائي (ظهير 26 نونبر 1962 الحين 25 مارس 2019).

## ضوابط عقد السلم وتأثيرها على المعاملات المعاصرة

### Peace contract controls and their impact on contemporary transactions



**الباحث : مفتاح جعفر سعيد عبد الجواد جامعة الزيتونة**

**ليبيا - كلية القانون قسم الشريعة الإسلامية - الدرجة العلمية محاضر**

Muftah Gafar Saed Abdelguad : Al-Zaytoonah University – Libya

Faculty of Law Department of Islamic Sharia ; Lecturer's degree

ملخص البحث :

السلم بيع موصوف في الذمة يلزم فيه تعجيل الثمن وتأخير المثمن، وهو من عقود المعاوضات اللازمة للجانبين ، رخص فيه الشارع استثناء من بيع المذموم، لحاجة الناس إليه، وانتفاعهم به، ووضع له ضوابط تدفع الغرر منها ما يرجع إلى رأس المال والمسلم فيه معاً وهي: أن يكون كل من البديلين مالاً متقوماً، وأن لا يكون البدلان ربويين يشترط فيهما التقابض، ويشترط في رأس المال: أن يكون معلوماً، وأن يقبض في مجلس العقد، ويشترط في المسلم فيه أن يكون ديناً في الذمة، وأن يكون إلى أجل معلوم، وأن يمكن ضبطه بوصفه، ومقداره، وجنسه، ونوعه، وأن يكون مقدور التسليم في محله.

ويترتب على عقد السلم أثر وهو تملك المسلم إليه لرأس المال، واستحقاق المسلم المُسلم فيه في ذمة المسلم إليه؛ لذلك لا يجوز بيعه قبل قبضه لبائعه أو لغيره عند جمهور الفقهاء خلافاً للمالكية الذين أجازوا بيع العروض من غير الطعام قبل قبضها.

الكلمات الافتتاحية : السلم ، ضوابط السلم ، عقد السلم ، الإيصالات المالية.

## Abstract :

Salam is a described sale in which it is necessary to expedite the price and delay the appraiser, and it is one of the contracts of compensation necessary for both sides, in which the street authorized an exception from the sale of the bad one. Because people need and benefit from it, And he set controls for him to pay ambiguity, including what is due to the capital and the Muslim in it together, which are: that each of the two alternatives be money based, and that the two alternatives are not usurious, in which the exchange is required, and the capital is required: that it be known, that it is seized in the contract council, and that it is stipulated in A Muslim should be a debt in his obligation, and for a specific term, and that it can be controlled by its description, amount, gender, and type, and to be able to surrender in its place.

The peace contract has an effect, which is the Muslim's ownership of the capital, and the Muslim's entitlement to it is the responsibility of the Muslim to him. Therefore, it is not permissible to sell it before taking possession of it to its seller or to others according to the majority of jurists, unlike the owners who allowed selling offers other than food before taking them.

**Opening words :** Salam. Peace controls. Salam contract. Financial receipts.

المقدمة :

الحمد لله وكفى ، والصلاة والسلام على عباده الذين اصطفى.

أما بعد :

فالسلم وسيلة من وسائل تنمية المال في المجال الزراعي والصناعي، ويعدّ كذلك طريقاً من طرق تمويل المصارف الإسلامية والشركات التجارية في الوقت المعاصر؛ لكونه يحقق مقاصد شرعية، وأهدافاً اقتصادية تجسّد معنى التعاون في المعاملات المالية، وتهدف إلى رفع الحرج وقضاء حوائج الناس بما يعود عليهم بالنفع في حياتهم الدنيوية، ومراعاة لهذه المصالح وسداً للمفاسد، وصيانة لأموال الناس من الضياع والمخاطرة، وسعيّاً لبثّ الطمأنينة في نفوس المتعاقدين عند الإقبال عليه نجد أن الشريعة الإسلامية حدّدت ضوابطه وبيّنت أحكامه وقواعده، وهذا ما سنتناوله بعون الله - تعالى - في بحثي هذا الموسوم بـ (ضوابط عقد السلم وتأثيرها على المعاملات المعاصرة).

## • إشكالية البحث :

يشترط في المبيع من حيث الأصل أن يكون موجوداً فلا يصح بيع المعدوم، وأجازوا بيع السلم على خلاف القياس نظراً لحاجة الناس إليه، ووضعوا له ضوابط تبين صحة مشروعيته، ومنها: تسليم رأس المال في مجلس العقد، ولكن هل يصح إبرام عقد السلم عن طريق المجلس الإلكتروني؟ وهل يجوز القبض الحكمي في استلام رأس المال؟

إذا كانت الإجابة بـ(نعم) فهل يجوز سداد رأس المال عن طريق البطاقات الائتمانية القرضية؟ أو عن طريق الحوالة المصرفية إذا كان التحويل المصرفي يستغرق مدة تزيد عن ثلاثة أيام، أو كان النظام المصرفي يشترط على بعض المبالغ المالية نظام المقاصة لمدة تزيد على ثلاثة أيام مثلاً؟

وهل الاستثناء في مشروعية بيع السلم من بيع المعدوم يقتصر فيه ولا يتوسع فيه بمعنى أن السلعة المسلم فيها لا يجوز بيعها قبل قبضها دراً للغرر الذي دفعته الشريعة الإسلامية من خلال الضوابط التي وضعتها لتنظيم هذا العقد؟ وهل الحكم من ناحية الجواز أو المنع يتسم بوجه واحد، أو أنه يختلف باختلاف السلعة المسلم فيها؟ وإن كانت الإجابة بـ(نعم) فما وجه هذه التفرقة؟ وما دليله؟ وما القول الراجح في هذه المسألة؟ وما مستنده؟

## الهدف من الدراسة :

إن الهدف من هذه الدراسة يكمن في توضيح الفرق بين بيع السلم وما يشابهه من المعاملات الأخرى، وتخرج الحكم الشرعي للمسألة المطروحة في هذا البحث وبيان كيفية بنائه الفقهي.

## • منهج الدراسة :

جمعت في كتابة هذا البحث بين المنهج الاستقرائي والمنهج الاستنباطي، فالمنهج الاستقرائي واضح من خلال عرض آراء السابقين وأدلتهم، والمنهج الاستنباطي من خلال التخرج الفقهي لهذه المسألة.

## • الدراسات السابقة :

تعددت الكتابات عن عقد السلم وتطبيقاته المعاصرة قديماً وحديثاً إلا أن دراسة الحكم الفقهي لآلية طرق الدفع في عقد السلم بالطرق الحديثة لم تحظ بدراسة عميقة، وكذلك بيع الإيصالات المالية لم يحظ بدراسة وافية على الوجه المطلوب حسبما اطلعت عليه، ولقد تعرض لهذه المسألة/ الصادق الغرياني في كتابه مدونة الفقه المالكي، ولم يفصل القول في المسألة وقال: بعدم جواز بيع الإيصال المالي إذا كانت السلعة المسلم فيها طعاماً، ويجوز إن كانت غير طعام بشرط ألا يبيعه بأزيد من ثمنه<sup>(1)</sup>.

هذه الدراسة لم تفرق بين حكم بيعه لبائعه أو لأجنبي بجنسه أو من غيره، وهل الجواز قبل الأجل أو بعده؟ وما هي شروطه؟

<sup>1</sup> - ينظر: الصادق عبدالرحمن الغرياني. مدونة الفقه المالكي. 3/445-446

## • خطة الدراسة :

قسمت هذا البحث إلى تمهيد ومبحثين، وكل مبحث إلى مطلبين على النحو التالي :

تمهيد : تعريف السلم وتمييزه عن الصور المشابهة له.

المبحث الأول - ضوابط عقد السلم.

المطلب الأول - ضوابط رأس المال في عقد السلم.

المطلب الثاني - ضوابط المسلم فيه

المبحث الثاني : التصرف في المسلم فيه قبل قبضه

المطلب الأول - بيع المبيع قبل قبضه

المطلب الثاني - بيع الإيصالات المالية

الخاتمة.

المصادر والمراجع .

## تمهيد :

تعريف السلم، وتمييزه عن الصور المشابهة له :

قبل الولوج في الحديث عن ضوابط عقد السلم، وبيع المسلم فيه قبل قبضه، نُذكرُ بمفهوم السلم لغة وشرعاً، وتمييزه عن صور المعاملات المالية المشابهة له.

أولاً - تعريف السلم :

السلم لغة : يطلق على معان منها السلف يقال: أسلم الرجل في الطعام أي أسلف فيه، ومن معانيه التسليم يقال : أسلم أمره إلى الله أي سلم<sup>(1)</sup>.

والسلم في الاصطلاح عُرِّف بتعريفات منها :

عرفه الجرجاني بقوله: "اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلاً، وفي المثلث آجلاً"<sup>(2)</sup>.

وعرفه ابن عرفة بقوله: "عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متمائل العوضين"<sup>(3)</sup>.

ثانياً - تمييز عقد السلم عن الصور المشابهة له :

أ - الفرق بين عقد السلم وبيع ما ليس عندك :

من خلال تتبع الأحكام الفقهية لعقد السلم وبيع ما ليس عندك يمكن القول بأن وجه الاتفاق بينهما يكمن في أن المحل في كليهما غائب عن مجلس العقد، ولكن صورة الخلاف بينهما تظهر فيما يلي :

<sup>1</sup> - ينظر: جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور (ت711هـ). لسان العرب. 3/327. مادة (سلم).

<sup>2</sup> - علي بن محمد الجرجاني. (ت816هـ). كتابا التعريفات. ص137.

<sup>3</sup> - محمد الأنصاري أبو عبدالله الرصاع (ت894هـ). شرح حدود ابن عرفة. 2/395.



- 1- السلم بيع مشروع شرع على خلاف القياس عند كثير من الفقهاء، وأما بيع ما ليس عندك فهو بيع ممنوع.
- 2- بيع السلم شرع لكونه يحقق مصالح للناس والحاجة الضرورية دعت إليه، وأما بيع ما ليس عندك غير مشروع؛ لأنه غرر، والغرر منهي عنه<sup>(1)</sup>، والنهي مفسد للعقد.
- 3- بيع السلم وإن كان المبيع غائباً عن مجلس العقد إلا أن شرطه القدرة على تسليم المسلم فيه عند حلول أجله، وأما بيع ما ليس عندك لا قدرة على تسليمه.
- ب - الفرق بين بيع السلم وبيع الغائب على الصفة :  
يتفق بيع الغائب على الصفة وبيع السلم أنهما عقدا معاوضة، ولا يجريان في كل بيع يشترط فيه التقابض في المجلس، ويتجلى الفرق بينهما في النقاط التالية :
- 1- بيع السلم مشروع باتفاق الفقهاء ، وبيع الغائب على الصفة غير جائز عند الشافعية في أصح القولين<sup>(2)</sup>.
- 2- بيع السلم موصوف في الذمة، وبيع الغائب وصف لمبيع موجود لكنه غائب لحظة التعاقد عن مجلس العقد.
- 3- بيع السلم يشترط فيه تعجيل رأس المال في مجلس العقد، بينما بيع الغائب عن الصفة لا يشترط فيه تعجيل رأس المال بل إن المالكية قالوا : إذا كان الوصف من البائع مُنِعَ النقد كان تطوعاً أو بشرط، كان المبيع عقاراً أو غيره<sup>(3)</sup>.
- 4- عقد السلم عقد منجز لا تعليق فيه لازم في حق المتعاقدين، وأما بيع الغائب عن الصفة فالخيار معلق بالرؤية، والمعلق بالشيء لا يثبت قبله؛ لثلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط، ولأنه لو لزم العقد قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عند بعض الفقهاء<sup>(4)</sup>، وبناء على ذلك يتحقق اللزوم في بيع الغائب على الصفة إذا وجد على الصفة المشترطة فالبيع لازم؛ لأن الصفة في بيوع الأعيان حلت محل الرؤية لحظة إبرام العقد.
- 5- بيع الغائب على الصفة عند القائلين به يجوز في العقارات والمنقولات والمطعومات، وأما بيع السلم فلا يصح في الحيوان وإن كان منقولاً عند الحنفية<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - قال ابن جزى: "والغرر الممنوع على عشرة أنواع: النوع الأول: تعذر التسليم... النوع الثاني: الجهل بجنس أو المثلون... النوع الثالث: الجهل بصفته... النوع الرابع: الجهل بمقدار أحدهما... النوع الخامس: الجهل بالأجل... النوع السادس: بيعتان في بيعة... النوع السابع: بيع ما لا ترجى سلامته... النوع الثامن: بيع الحصى... النوع التاسع: بيع المنابذة... بيع الملامسة".

محمد بن محمد ابن جزى، (ت741هـ). القوانين الفقهية. تحقيق: عبدالله المنشاوي. ص206-207.

<sup>2</sup> - ينظر: النووي، معي الدين بن شرف أبو زكريا، المجموع شرح المهذب للشيرازي. 350/9.

<sup>3</sup> - الحبيب بن طاهر. الفقه المالكي وأدلته. 36/5.

<sup>4</sup> - البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، العناية شرح الهداية. 521/3.

<sup>5</sup> - ينظر: ابن عابدين، محمد أمين. رد المحتار على الدر المختار. 457/7.

## ج - الفرق بين بيع السلم وبيع الأجل :

من خلال تتبع الأحكام والضوابط الفقهية لبيع السلم وبيع الأجل يمكن القول أنهما يتفقان في أمور من وجه، ويختلفان من وجه آخر وفيما يلي بيان ذلك :

أوجه الاتفاق :

- 1- يتفق بيع السلم وبيع الأجل في أن العوضين يشترط فيهما أن لا يجري بينهما الربا، فالسلم وبيع الأجل لا يصحان في كل بيع يشترط فيه التقابض في المجلس.
  - 2- يشترط في كل منهما أن يكون الأجل معلوماً ومحددًا.
  - 3- عقد السلم عقد منجز ولازم وكذلك بيع الأجل.
  - 4- يجوز أخذ الضمان سواء كفالة أو رهناً في عقد السلم<sup>(1)</sup>، وكذلك في بيع الأجل.
- وأما وجه الاختلاف بينهما يبرز في النقاط التالية :

- 1- يشترط في بيع الأجل أن يكون البائع مالكا للسلعة، ولا يشترط ذلك في عقد السلم؛ لأنه يبيع موصوف في الذمة.
- 2- يشترط في بيع الأجل أن تكون السلعة مقبوضة عند بائعها، وإن لم يقبضها لا يصح؛ لأنه يبيع معين.
- 3- الثمن في بيع الأجل يكون مؤجلاً كلياً أو جزئياً حسب الاتفاق بين المتعاقدين، بينما الثمن في عقد السلم يدفع في مجلس العقد.
- 4- بيع الأجل يصح في العقارات والمنقولات والمطعمات، وبيع السلم لا يصح في الحيوانات عند الحنفية.
- 5- لا يصح بيع المبيع في بيع الأجل لبائعه بثمن أقل قبل الأجل خوفاً من الوقع في العينة عند المالكية<sup>(2)</sup>، أو بعده بثمن أكثر سداً لذريعة الربا انظرني وأزيدك، بينما يصح بيع المبيع في عقد السلم للمسلم فيه عند بعض الفقهاء بثمن أقل - وسيأتي بيان هذه المسألة في المطلب الأول من المبحث الثاني في هذا البحث -.

بعد لمحة موجزة عن تعريف السلم، والفرق بينه وبين ما يشابهه نتقل للحديث عن ضوابطه في المبحث التالي.

## المبحث الأول - ضوابط عقد السلم :

السلم نوع من البيوع التي أحلها الله لعباده، يشترط فيه ما يشترط في سائر عقود المعاوضات، وقد خصه الشرع الحنيف بضوابط تدفع الغرر، وتخرجه من دائرة بيع المعلوم المنهي عنه إلى البيع المشروع المأذون فيه، وهذه الضوابط منها ما يتعلق برأس مال السلم، ومنها ما يتعلق بالمسلم فيه، وهذا ما سنتناوله - بعون الله تعالى - في المطلبين التاليين :

<sup>1</sup> - ينظر: الشيباني، محمد بن الحسن. الأصل. 383/2. والمعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية. المعيار رقم (10)، ص 171.

<sup>2</sup> - ينظر: الخطاب، حمد بن محمد أبو عبد الله. مواهب الجليل. 6/274 - 275.

## المطلب الأول - ضوابط رأس المال في عقد السلم :

اشترط الفقهاء لرأس المال في عقد السلم عدة شروط، متفق عليها من حيث الجملة، أتناولها في هذا

المطلب بشكل مجمل في ثلاثة فروع :

### الفرع الأول - الضوابط الخاصة برأس المال في عقد السلم :

يشترط في رأس المال في عقد السلم الشروط الآتية :

#### 1- أن يكون متقوماً :

يشترط في رأس المال أن يكون متقوماً وكذلك المسلم فيه، ولا شك أن الفقهاء اختلفوا في معنى المالية والتقوم، وهذا الخلاف يترتب عنه أن المنفعة لا تصلح أن تكون رأس المال في عقد السلم عند الحنفية خلافاً للجمهور<sup>(1)</sup>.

#### 2- أن لا يكون رأس المال والمسلم فيه ربويين يشترط فيهما التقابض في المجلس.

إذا كان رأس المال والمسلم فيه طعامين كتمر في بر<sup>(2)</sup>، أو نقدين كذهب في فضة لا يصح؛ لأنه يؤدي إلى بيع موزون بموزون، أو مكيل بمكيل نسيئة<sup>(3)</sup>، وهذا ربا لا يجوز<sup>(4)</sup>.

#### 3- قبض رأس المال في مجلس العقد :

##### أولاً - تحديد مجلس العقد :

اختلف الفقهاء في تحديد مجلس العقد فذهب الشافعية، والحنابلة إلى أن المجلس هو اجتماع المتعاقدين بأبدانهم، وطالما أنهما لم يفترقا فالمجلس قائم ولا عبرة بطول الزمن<sup>(5)</sup>، وذهب الحنفية والمالكية إلى أن المراد بمجلس العقد اجتماع المتعاقدين بأبدانهم في زمن واحد، ولم يحصل بينهما تفرق طويل لا بالأقوال أو الأبدان<sup>(6)</sup>، وبناء هذا التحديد لمجلس العقد هل يجوز إبرام السلم عن طريق المجلس الإلكتروني<sup>(7)</sup>؟

قرر المجمع الفقهي الإسلامي ما يلي : "

أولاً - إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة... وينطبق هذا على البرق والتللكس والفاكس... ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.

<sup>1</sup> - ينظر: النووي: روضة الطالبين، 267/3، والحطاب. مواهب الجليل شرح مختصر خليل، 480/6.

<sup>2</sup> - البر: الحنطة، وقال ابن دريد: البر أفصح من قولهم القمح والحنطة واحده بُرّة. وقال الجوهري: منع سيويه أن يجمع البر على أبرار؛ سماعي لا اطرادي وجوّزه المبرد قياساً. ينظر: ابن منظور. لسان العرب، 190/1. مادة (بر).

<sup>3</sup> - النسيئة: التأخير، والنسيء: شهر كانت العرب تؤخره في الجاهلية فنبى الله عز وجل عنه. ينظر: ابن منظور. لسان العرب، 174/6. مادة (نساء).

<sup>4</sup> - ينظر: البارتري. العناية شرح الهداية، 711/3، والحطاب. مواهب الجليل شرح مختصر خليل، 492/6، ومنصور بن يونس الهوتوي (ت 972هـ). شرح منتهى الإرادات، 304/2.

<sup>5</sup> - ينظر: الشافعي، محمد بن إدريس. الأم، 56/4.

<sup>6</sup> - ينظر: ابن عابدين. رد المحتار على الدر المختار، 76/4، والدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، 30/3.

<sup>7</sup> - لم يرد تعريف المجلس الإلكتروني في كتب الفقه قديماً، ويمكن تعريفه بأنه: اقتران الإيجاب والقبول عن طريق شبكة المعلومات الدولية سواء المكتوب منها، أو المكتوب والمسموع معاً.

ثانياً - إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين وينطبق هذا على الهاتف والأسلكي فإن التعاقد بينهما تعاقد بين حاضرين...

ثالثاً - إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد عليه، ولا الصرف لاشتراط التقابض، ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال<sup>(1)</sup>.

هذا القرار نص على عدم صحة إجراء عقد السلم بوسائل الاتصال الحديثة سواء تم ذلك بالكتابة، أم باللفظ، ولكن هذا الحكم صدر في سنة (1400هـ - 1990م)، ولا شك أن التطور التقني في يومنا هذا يختلف عن الحقبة الزمنية التي مضت، والأحكام تتغير بتغير الزمان، والفقهاء قديماً أجازوا التعاقد بالكتابة ومن جملة أقوالهم (الكتاب كالحطاب)<sup>(2)</sup>، وبناء على ذلك فإن التعاقد الإلكتروني يعتبر تعاقدًا بين غائبين من حيث المكان، وبين حاضرين من حيث الزمان إلا إذا وجدت فترة زمنية طويلة فصلت بين الإيجاب والقبول فإنه يعتبر بين غائبين مكانًا وزمانًا<sup>(3)</sup>.

وأما تحديد مجلس العقد من حيث البداية والنهاية فيختلف باختلاف الوسيلة التي تم بها التعاقد، ففي التعاقد عبر شبكة الموقع (web) يبدأ مجلس العقد من دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع الصادر منه الإيجاب وبدايته في التفاوض والاختيار ويستمر مجلس العقد حتى خروج القابل من الموقع.

وفي التعاقد بالكتابة بواسطة البريد الإلكتروني (EMAIL) فإن مجلس العقد يبدأ من حين إرسال المكتوب وإطلاع القابل على المعروض عليه ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة أو بتلقيه إشعار بالموافقة على طلبه، أو حسب المعمول به في عرف التجارة الإلكترونية.

وإذا تم التعاقد عبر الحادثة والمشاهدة معاً فيبدأ من حين صدور الإيجاب وينتهي بانتهاء الحادثة<sup>(4)</sup>.

**الفرع الثاني - كيفية إبرام عقد السلم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة ، وحكمه :**

يقوم المشتري بتحديد نوع السلعة ومواصفاتها ومقدارها تحديداً منضبطاً، ثم يرسل طلبه للتاجر عبر وسيلة من وسائل شبكة المعلومات الدولية - التي تقدم ذكرها -، وبعدها يقوم التاجر باستقبال طلب العميل بالشراء ، وبعد ذلك يتم سداد الثمن إما عن طريق الحوالة المصرفية إلى الحساب المخصص للشركة، ويرفق له صورة من قسيمة الحوالة المصرفية لغرض التحقق من تقييد المبلغ لصالح التاجر، وبهذا تكتمل عميلة التعاقد، وإما أن يتم السداد عن طريق البطاقات المصرفية وفق المتعارف عليه في نظام التجارة الإلكترونية.

<sup>1</sup> - قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410هـ الموافق 14-20 آذار 1990م. قرار رقم: 52(3/6) بشأن إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة. مجلة المجمع. العدد السادس. 785/2

<sup>2</sup> - ينظر: الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. 3/3، والخطيب الشريبي. مغني المحتاج. 8/2، ومنصور بن يونس الهوتي. كشاف القناع. 460/2.

<sup>3</sup> - ينظر: عبدالله بن إبراهيم بن عبدالله الناصر. العقود الإلكترونية دراسة فقهية مقارنة. ص12، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد بالإمارات العربية المتحدة ، في المدة من 10-12 مايو، 2003م.

<sup>4</sup> - ينظر: عبدالله بن الناصر. المرجع نفسه. ص18

إن إبرام عقد السلم بالطرق الإلكترونية جائز شرعاً وأن حصل تأخير في سداد رأس المال عن مجلس العقد، والقول بعدم الجواز يجعل المتعاقد في حرج ومشقة، ويكبد مصاريف مالية لغرض السفر بسبب شراء تلك السلعة التي يمكن شرائها من بيته، ولا سيما أن القول بالجواز هو الأقرب في نظري في هذا الزمن؛ لأن بعض الدول لا تسمح قانوناً بإخراج أو إدخال المبالغ المالية التي تزيد عن عشرة ألف دولار، بالإضافة أن القول بالجواز يحقق تعاوناً اقتصادياً كبيراً في ظل الظروف الطارئة، والقوة القاهرة كجائحة كورونا في يومنا هذا، وهذا كله يتفق مع قاعدة "إذا ضاق الأمر اتسع" - والله أعلم -

### الفرع الثالث - تعجيل رأس المال في عقد السلم:

اتفق الفقهاء على أن الأصل تعجيل رأس المال في مجلس عقد السلم، واختلفوا هل يرخص في تأخيره أو لا؟ على قولين:

الأول - ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى القول بصحة السلم إذا تم قبض رأس المال في مجلس العقد قبل الافتراق، وإن افترقا ولم يقبض المسلم إليه رأس المال فسد العقد، وقال ابن عابدين: "فلو انتقض بطل السلم كما لو كان عيناً فوجده معيباً أو مستحقاً ولم يرض بالعيب أو لم يجز المستحق... واستبدل بعد المجلس فلو قبله صح" (1).

الثاني - وذهب المالكية إلى القول بجواز تأخير رأس المال عن مجلس العقد سواء أكان التأخير بشرط أو بدونه خلال مدة لا تزيد عن ثلاثة أيام، وإذا زاد التأخير عن ذلك فإن كان بشرط فسد السلم اتفاقاً كان التأخير كثيراً جداً بأن حلّ أجل المسلم فيه أو لم يكثر جداً بأن لم يجل أجله، وإن زاد التأخير عن الثلاثة أيام بدون شرط فقولان لمالك بفساد السلم وعدمه (2).

وإذا قبض بعض رأس المال في المجلس وتفرقا بطل السلم فيما لم يقبض وسقط بقسطه من المسلم فيه، والحكم في المقبوض كمن اشترى شيئين فتلف أحدهما قبل القبض (3).

وإذا ظهر رأس المال زائفاً جاز للمسلم إليه رده على المسلم وأخذ بدله ولو بعد حلول الأجل، ووجب على المسلم أن يعجل له البديل وإلا فسد ما يقابله وصح الباقي إعطاء للتابع حكم نفسه وهذا مقيد بشروط هي: أن يكون رأس المال عيناً، وأن يقوم المسلم إليه بالزائف، وأن يكون الباقي من الأجل عند قيامه ثلاثة أيام فأكثر، وأما لو قام بعده أو قبله بيومين فلا يفسد ما يقابله ويجب إبداله وأن لا يدخل عند العقد على تأخير بدل ما يظهر زائفاً تأخيراً كثيراً (4).

<sup>1</sup> - ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار. 302/7، وينظر: النووي. روضة الطالبين. 242/3، والبهوتي. شرح منتهى الإرادات. 302/2.

<sup>2</sup> - ينظر: أحمد بن محمد العدوي الدردير (ت1201هـ). الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي. 315/4 - 316.

<sup>3</sup> - ينظر: النووي. روضة الطالبين. 243/3.

<sup>4</sup> - ينظر: الدردير. الشرح الكبير. 318/4 - 319.

## الفرع الرابع - القبض في مجلس السلم :

هل المراد بقبض رأس المال في عقد السلم القبض الحقيقي أو الحكمي؟  
اختلف الفقهاء في تحديد القبض المعبر في السلم هل هو الحقيقي فقط، أو أن القبض الحكمي يحل محله ويصح العقد؟

ذهب الحنفية إلى أن القبض الحكمي يحل محل القبض الحقيقي، وهذا ما يدل عليه قولهم : " وصحت الكفالة، والحوالة والارتهان برأس مال السلم، فإن قبض المسلم إليه رأس المال من المحتال عليه أو الكفيل أو رب السلم في مجلس العاقدين صح، وبعده بطل السلم والحوالة والكفالة"<sup>(1)</sup>.

وذهب الشافعي إلى أن المعبر في السلم القبض الحقيقي، وقال النووي : " ولا يجوز أن يحيل المسلم برأس المال على رجل وإن قبضه المسلم إليه من الرجل في المجلس فلو قال للمحال عليه سلمه إليه ففعل لم يكف لصحة السلم"<sup>(2)</sup>.

ولكن نظراً لكثرة التعامل بالبطاقات المصرفية في شتى أنواع المعاملات المالية في يومنا هذا، فلا بأس بالقبض الحكمي مراعاة للتخفيف على كثير من الناس؛ لأنها أكثر أمناً من تداول النقود بشكل ملموس بين أيدي الناس، كما أن بعض الدول تعاني من تدهور اقتصادي تفاقم أثره وبلغ ذروته، وسبب عائقاً كبيراً في الحصول على السيولة النقدية الملموسة فأصبح الناس يتعاملون بالبطاقات المصرفية، أو الشيكات المصدقة، أو عن طريق التحويل من حساب المشتري إلى البائع، ولا بأس كذلك بالتأخير لمدة تزيد عن ثلاثة أيام حسب الإجراءات المصرفية المتبعة؛ لأن المقاصة من قبيل القبض الحكمي، والغرض منها التحقق والتثبت، وأن القيمة التي تم حجزها خرجت من حساب العميل.

ويجوز سداد رأس المال عن طريق بطاقات الحسم الفوري أي المغطاة قياساً على شراء الذهب والفضة بها بجماع اشتراط التقابض في المجلس في كلا الحالين، ولا يضر التأخير الذي يحصل عادة في عمليات المقاصة الإلكترونية في المدد المتعارف عليها في سوق التعامل كما نص على ذلك في قرار المجمع الفقهي "إذا اقتطع المصرف - بأمر العميل - مبلغاً من حساب له إلى حساب آخر بعملة أخرى، في المصرف نفسه أو غيره، لصالح العميل أو لمستفيد آخر، وعلى المصارف مراعاة قواعد عقد الصرف في الشريعة الإسلامية، ويغتفر تأخير القيد المصرفي بالصورة التي يتمكن المستفيد بها من التسلم الفعلي للمدد المتعارف عليها في أسواق التعامل، على أنه لا يجوز للمستفيد أن يتصرف في العملة خلال المدة المغتفرة، إلا بعد أن يحصل أثر القيد المصرفي بإمكان التسلم الفعلي"<sup>(3)</sup>، وأما البطاقات غير المغطاة فلا يجوز، لأن التعامل بها لا يجوز شرعاً إذا كان التأخر في السداد يترتب عليها زيادة في الدين وهذا من قبيل الربا، والسلم شرع لحاجة الناس، ولم يجعل ذريعة للفساد والربا. - والله أعلم.

<sup>1</sup> - ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار. 465/7

<sup>2</sup> - النووي. روضة الطالبين. 243/3

<sup>3</sup> - قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد بجدة في دورته السادسة. قرار رقم (6/4/55)

ومن خلال ما تقدم نجد أن قول المالكية بجواز تأخير دفع رأس المال في عقد السلم عن المجلس العقد لمدة تزيد عن ثلاثة أيام إن لم يكن بشرط هو الأقرب في عصرنا الحاضر؛ تماشياً مع الخدمات المصرفية المبتكرة التي تهدف إلى رفع الحرج عن الناس وفق الضوابط الشرعية، إلا أن الزيادة عن ثلاثة أيام وإن لم تكن بشرط ينبغي أن لا يتوسع فيها إلا لضرورة ملحة.

هل يجوز أن يكون الدين رأس المال في عقد السلم؟

لا يجوز أن يكون الدين رأس المال في عقد السلم كجعل القروض النقدية، أو ديون المعاملات المستحقة التي للمؤسسة على العميل رأس مال السلم؛ لأنه يؤدي إلى بيع الدين بالدين وهذا منهي عنه شرعاً<sup>(1)</sup>.

وبعد الحديث عن الضوابط الشرعية لرأس المال في عقد السلم، ننتقل إلى الحديث عن الضوابط الخاصة بالمسلم فيه في المطلب التالي.

**المطلب الثاني : ضوابط المسلم فيه :**

المسلم فيه هو : السلعة المتعاقد عليها كانت من المطعومات أو غيرها سواء أكانت من المثليات للمكيلات، والموزونات<sup>(2)</sup>، والمذروعات، والعديدات المتقاربة التي لا تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به، أم من القيميات كاللحم-مثلاً-، وكما هو معلوم أن لكل عقد أركان يقوم عليها هي : العاقدان، والخل، والصيغة، وشروط يتحقق بها سواء أكانت شروط صحة أو شروط انعقاد، وفيما يلي بيان لشروط المسلم فيه في خمسة فروع على النحو التالي :

**الفرع الأول - أن يكون المسلم فيه ديناً في الذمة :**

اتفق الفقهاء على كون المسلم فيه يشترط أن يكون ديناً في الذمة، وجاء في المدونة ما نصه: "قلت: هل يجوز لي أن أسلف في سلعة بعينها قائمة وأضرب لأخذها أجلاً؟ قال : لا يجوز. قلت : لم كره مالك أن أسلف في سلعة قائمة بعينها وأضرب لأخذها أجلاً؟ قال : لأن ذلك عنده غرر لا يدري أتبلغ تلك السلعة إلى ذلك الأجل أم لا، وهو يقدم نقده فينتفع صاحب تلك السلعة بنقده.."<sup>(3)</sup>، ولكن الشافعية مع اشتراطهم أن المسلم فيه موصوفاً في الذمة لذلك قالوا : بصحة السلم حالاً خلافاً لجمهور الفقهاء<sup>(4)</sup>، لكن جمهور الفقهاء اشترطوا

<sup>1</sup> - ينظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية التي تم اعتمادها حتى ربيع الأول 1425هـ = 2004م. الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية. المعيار العاشر (السلم والسلم الموازي). ص 170

<sup>2</sup> - ضابط تمييز المكيل من الموزون يرجع فيه إلى النص عند بعض العلماء فما ورد نص شرعي بكيله فهو مكيل، وما ورد نص بوزنه فهو موزون، ويرى البعض أن تحديد المكيل من الموزون يرجع فيه إلى العرف، وعادة بلد البيع حالة البيع، وقال بعض الفقهاء المرجع في ذلك إلى عرف أهل الحجاز في عهد النبي - صلى الله عليه وسلم - ينظر: عبدالله بن أحمد أبو عبدالله ابن قدامة (ت 620هـ). المغني 73/6. وعبدالله بن الشيخ حسن الكوهجي زاد المحتاج بشرح المنهاج. 24-23/2.

<sup>3</sup> - سحنون بن سعيد التنوخي. المدونة للإمام مالك عن الإمام عبدالرحمن بن قاسم. 1525/3.

<sup>4</sup> - ينظر: الرملي، شمس الدين محمد أبو العباس. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج 190/4.

الأجل وقيده الحنفية بأن يكون شهراً على الأقل<sup>(1)</sup>، ووافقهم الحنابلة كما نصّ على ذلك ابن قدامة في المغني بقوله: "كالشهر وما قاربه"<sup>(2)</sup>.

وذهب المالكية إلى أن أقلّ أجل السلم نصف شهر ولا حدّ لأكثره إلا ما لا يجوز البيع فيه كمدة التعمير فتأجيل الثمن أو المثمن إليهما مفسد للعقد، وأما ما أجله عشرون سنة ونحوها فمكروه ولا يفسد البيع<sup>(3)</sup>، وبناء على ذلك فإنّ أجل الذي تحدده شركات الإسمنت بقولها: "أن لا يتجاوز موعد التسليم سنتين اعتباراً من هذا التاريخ" يعدّ صحيحاً ولا يقال ببطلان السلم نظراً لجهالة الأجل.

### الفرع الثاني - أن يكون معلوماً :

يشترط في المسلم فيه أن يكون معلوماً ومعروفاً وفق المتعارف عليه في بلد السلم من حيث وصفه، ومقداره، وجنسه، ونوعه، قطعاً للنزاع؛ لأنّ المنظور له اختلاف الأغراض فلا يجوز السلم فيما يتعذر حصره بالصفة<sup>(4)</sup>، ونهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن بيع الغرر، وكل ما يؤدي إلى جهالة تفضي إلى المنازعة، وعلّة ذلك أنه يؤدي إلى بيع وسلف، أو بيع وسلف جر منفعة، وبيان ذلك: أن السلعة غير الموصوفة وصفاً يرفع الجهالة لو وجدت على ما شرط المشتري تم البيع، وإن لم توجد رجع إلى المشتري رأس المال فصار مرة بيعاً ومرة سلفاً، وهذا أيضاً سلف جر منفعة، وبناء على ذلك فإنّ الأوصاف التي يجب بيانها في المسلم فيه هي:

النوع كقمح أو شعير، والصنف ككتان أو قطن أو حرير أو صوف، والجودة والرداءة، واللون فيما تختلف فيه الأغراض كالثياب، والسيارات - مثلاً -، والمكان إن احتيج إليه كتمر المدينة أو الشام، والقدر في الجميع، والسن المستلزم لبيان الصغر والكبر، والذكورة والأنوثة، والقدر المستلزم للطول والقصر والتوسط بينهما، والرقّة والطول والعرض<sup>(5)</sup>، ويضاف إلى ذلك في زمننا هذا بلد الصنع، وعلامته التجارية، وسنة الصنع.

### الفرع الثالث - أن يكون مما يمكن ضبطه عادة :

يشترط في المسلم فيه أن يمكن ضبطه عادة بما جرى به عرف البلد؛ لأنهم إن حملوا على خلافه دخلت الجهالة، والجهالة غرر، والغرر غير اليسير لا يغتفر؛ لأنه طريق إلى أكل أموال الناس بالباطل، فالكيل فيما يكال كالحب، والوزن فيما يوزن كالسمن والعسل، والعد فيما يعدّ كالثياب، أو بالتحري عند عدم آلة وزن أو كيل لا عند وجودهما<sup>(6)</sup>، وهذا دليله قوله - صلى الله عليه وسلم - : " مَنْ أَسْلَفَ فِي تَمْرٍ، فَلَيْسَ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزَنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ "<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> - ينظر: السمرقندي، علاء الدين محمد. تحفة الفقهاء. 11/2-12.

<sup>2</sup> - ابن قدامة. المغني. 6/404.

<sup>3</sup> ينظر: الدردير. الشرح الكبير. 331/4.

<sup>4</sup> - ينظر: الشربيني محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج. 140/2. والمهوتي. شرح منتهى الإرادات. 302/2. والدردير. الشرح الكبير. 4/336-336.

<sup>5</sup> - ينظر: النووي. روضة الطالبين. 259/3-260. وابن عابدين. رد المحتار على الدر المختار. 456/7. والحيبي بن طاهر. الفقه المالكي وأدلته. 311/5-312.

<sup>6</sup> - ينظر: الحطاب. مواهب الجليل. 503/6. والمهوتي شرح منتهى الإرادات. 302/2.

<sup>7</sup> - متفق عليه. خرّجه البخاري في صحيحه. كتاب السلم. باب: السلم في وزن معلوم. الحديث رقم (2240)، ومسلم في صحيحه. كتاب المساقاة والمعاملة بجزء من

من التمر والزرع. باب: السلم. الحديث رقم (1604)



قال ابن عابدين : " فلو أسلم في المكيل وزناً كما إذا أسلم في البر والشعير بالميزان: فيهر وايتان، والمعتمد الجواز لوجود الضبط وعلى هذا الخلاف لو أسلم في الموزون كيلاً"<sup>(1)</sup>.

وذهب المالكية إلى أن ضبط المسلم فيه يكون بما جرت به العادة في بلد السلم من كيل أو وزن أو عدد أو ذراع، فالبيض لا يتقرر إلا بالعدد كالرمان، لكن الرمان في يومنا هذا يباع وزناً لا عدداً، وكذلك التفاح يباع وزناً، وقال ابن يونس : العرف في بلدنا في الجوز الكيل فالسلم فيه على العدد خطر إلا فيما قل.

وبناء على ما تقدم لا يجوز بيع المكيل وزناً؛ لأن نهرغر، وهذا ما نص عليه البلجي بقوله: "لا يصح أن يكون المسلم فيه إلا مقدراً بكيل أو وزن أو عدد مما جرت به عادته"<sup>(2)</sup>.

وذهب الشافعية إلى صحة السلم في المكيل وزناً وكذلك العكس، وفي وجه ضعيف لا يجوز في الموزون كيلاً، وحمل إمام الحرمين إطلاق الأصحاب جواز كيل الموزون على ما يعد الكيل في مثله ضابطاً حتى لو أسلم في فتات المسك والعنبر ونحوهما كيلاً لا يصح، ويجوز السلم في الجوز واللوز وزناً إذا لم تختلف قشوره غالباً، ويجوز كيلاً وهو الأصح ، وكذلك الفستق والبنلق<sup>(3)</sup>.

وأما مذهب الحنابلة إذا أسلم فيما يكال وزناً أو فيما يوزن كيلاً روايتان عن الإمام أحمد: أحدهما لا يصح في المكيل إلا كيلاً وكذلك الموزون إلا وزناً ؛ لأنه مبيع بشرط معرفة قدره فلم يجز بغير ما هو مقدر به في الأصل، والرواية الثانية أنه يجوز السلم في اللبن إذا كان كيلاً أو وزناً وهذا يدل على إباحة السلم في المكيل وزناً، وفي الموزون كيلاً لأن اللبن لا يخلو من كونه مكيلاً أو موزوناً<sup>(4)</sup>.

#### الفرع الرابع - أن يكون الأجل معلوماً :

يشترط في السلم أن يكون أجل تسليم المسلم فيه معلوماً باتفاق الفقهاء من حيث الجملة ؛ لقوله - صلى الله عليه وسلم - : " إلى أجل معلوم"<sup>(5)</sup>، وإن لم يضرب للسلم أجلاً بطل العقد ، وهذا ما نص عليه في المدونة : "قلت : رأيت إن اشترت دابة أو بعيراً بطعام موصوف ولم أضرب له أجلاً، أو ثياب موصوفة ولم أضرب لها أجلاً وليس شيء مما اشترت به البعير أو الدابة عندي، أيجوز ويكون شرائي البعير أو الدابة مضموناً إلى أجل أو يكون نقداً ؟ قال : هذا بيع حرام لا يجوز أن يكون مضموناً إلى غير أجل وهو بيع ما ليس عندك"<sup>(6)</sup>، إلا أنهم اختلفوا في تحديد الأجل بمواقيت الحصاد، وقدوم الحجاج مثلاً هل يصح ذلك أو لا؟

ذهب المالكية، ووافقهم الحنابلة في رواية إلى صحة جواز تحديد أجل السلم بموسم الحصاد مثلاً؛ لأن المعبر زمانه، فإن كان المسلم فيه له أجل في عرف الناس فأجله هو ما تعارف عليه؛ لأن الأيام المتعارف عليها كالمنصوصة، ولا شك أن أرباب الحرف كالمزارعين لهم آجال معلومة كالحصاد للحبوب، وجد الثمار للتمور، ودليل

<sup>1</sup> - ابن عابدين. رد المحتار على الدر المختار. 455/7.

<sup>2</sup> - المواق، محمد بن يوسف العبدي (ت767هـ). التاج والإكليل لشرح مختصر خليل طبع مع مواهب الجليل. 503/6.

<sup>3</sup> - ينظر: النووي. روضة الطالبين. 254/3 - 255.

<sup>4</sup> - ينظر: ابن قدامة. المغني. 400/6.

<sup>5</sup> - تقدم تخريجه. ينظر: ص14 من هذا البحث.

<sup>6</sup> - سحنون. المدونة الكبرى رواية ابن القاسم 1533/3.

ذلك قوله -صلى الله عليه وسلم- : "...إلى أجل معلوم"، ومواسم أرباب الحرف معلومة فيما بينهم لا تتفاوت تفاوتاً فاحشاً، وهذا من الغرر اليسير المعفو عنه في الشرع.

وإذا حُدِّدَ الأجل بثلاثة أشهر - مثلاً - فإن كان في أول الشهر فلا إشكال، وإن كان في أثناء الشهر يكمل شهر الابتداء من الشهر الرابع، وتحسب الأشهر بالأهلة القمرية، وإن كان إلى رمضان مثلاً حلَّ أجل السلم بدخول أول ليلة من الشهر، وإن قال في رمضان يحلُّ أجل السلم في آخره قياساً على من حلف لقيضين دين فلان في الشهر القادم فقضاه في آخره لم يحنث<sup>(1)</sup>.

وذهب الشافعية ووافقهم الحنابلة في رواية إلى أن تحديد الأجل في السلم بالحصاد أو الشتاء أو قدوم الحاج لم يصح، وكذلك إلى أول أو آخر رمضان لوقوعه على نصفه الأول أو الآخر كله، ولو قال في رمضان لم يصح لأنه جعل جميعه ظرفاً فكأنهما قال: لا يحل في جزء من أجزائه وهو مجهول، وإن عيّن العاقدان شهر العرب أو الفرس أو الروم جاز لأنها معلومة، والأصح صحة تحديده بالعيد وجمادى وربيع والفطر ويحمل على الأول لتحقق الاسم به فيحل بأول جزء منه<sup>(2)</sup>.

ولعل الأقرب في ضابط الأجل المعلوم هو: ما تعارف عليه الناس وصار في بلدهم موعداً معلوماً يعرفه الخاص - أي من أهل المهنة - والعام؛ لأن ما لم يرد بشأنه نص يرجع فيه إلى العرف قياساً على طريقة بيع المبيع، فما حدد الشارع بيعه بالكيل يباع كيلاً كالشعير، أو وزناً كالذهب، أو عدداً كالثياب، أو ذراعاً كالقمماش، وما سكت عنه يرجع فيه إلى عرف البلد؛ لأنه صار معهوداً وترتفع به الجهالة بينهم.

**الفرع الخامس - أن يكون المسلم فيه مقدوراً على تسليمه :**

لا يجوز السلم إلا فيما يشترط وجوده غالباً عند حلول أجله المعين بينهما؛ لئلا يكون الثمن تارة سلفاً وتارة بيعاً، ويشترط وجوده في جميع الأجل عند الحنفية، وقال البابرتي : "ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حلول الأجل... خلافاً للمالك والشافعي"<sup>(3)</sup>.

وعلل الحنفية اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد إلى أجل التسليم لتوهم موت المسلم إليه فيحل الأجل وهو منقطع فيتضرر رب السلم، وحد الانقطاع أن لا يوجد في الأسواق التي يباع فيها وإن كان موجوداً محتكراً في البيوت فهو في حكم المنقطع، ولو انقطع عن أيدي الناس بعد المخل قبل أن يوفي المسلم فيه فرب السلم بالخيار إن شاء فسخ العقد وأخذ رأس ماله، وإن شاء انتظر وجوده، ولو كان موجوداً في إقليم دون الاقليم الذي عقد فيه السلم لا يصح لأنه لا يمكن إحضاره إلا بمشقة عظيمة فيدخل في حكم غير المقدور على تسليمه<sup>(4)</sup>.

وأما مذهب مالك وأصحابه فالسلم جائز فيما ينقطع بين أيدي الناس أي لا يشترط عدم انقطاعه من حين العيد إلى أجل التسليم.

<sup>1</sup> - ينظر: خليل بن إسحاق الجندي. التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب. 43/6-44. وابن قدامة. المغني. 403/6 - 404

<sup>2</sup> - ينظر: الرملي. نهاية المحتاج. 190/4 - 191. وابن قدامة. المغني. 403/6 - 404.

<sup>3</sup> - البابرتي. العناية شرح الهداية. 715/3 - 716

<sup>4</sup> - ينظر: ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. 264/6.

وردّ ابن رشد على تعليل الحنفية بأن النظر إلى العقود حال انعقادها فإن سلمت من الغرر وقعت صحيحة، ولا ينظر إلى ما يطرأ عليها بعد ذلك مما لم يكن مقصوداً في الابتداء، ولو اشترط سلامتها مما يطرأ عليها بعد انعقادها ما صحّ عقد ولا سلم ولا بيع بوجه من الوجوه<sup>(1)</sup>.

وإذا مات المسلم إليه قبل حلول أجل التسليم تُوقف التركة ولا يقسم ماله حتى يأخذ المسلم حقه، ولو كان عليه دين يستغرق تركته تحاصوا فيها، وضرب للمسلم بقيمة شيئه في وقته على ما يعرف في أغلب الأحوال من غلاء أو رخص<sup>(2)</sup>.

وذهب الشافعية ووافقهم الحنابلة إلى أن المسلم فيه إذا كان عام الوجود عند الخلل فلا يضر انقطاعه عند العقد، أو قبله أو بعده، وإن كان غير موجود في زمن التسليم كالرطب أو العنب في الشتاء لا يصح، ولو غلب على الظن وجوده ولكنّ تحصيله لا يتحقق إلا بمشقة عظيمة فوجهان أقربهما البطلان، ولو أسلم في شيء لا يوجد في بلده وإنما يوجد في بلد غيره فإن كانت قريبة صحّ وإلا فلا، ولا تعتبر مسافة القصر ضابطاً للبلد القريب والبعيد هنا، وإنما العبرة بما يعتاد نقله إليه في غرض المعاملة<sup>(3)</sup>.

بعد الحديث عن شروط السلم المتعلقة برأس المال ، وشروطه الخاصة بالمسلم فيه، ننتقل إلى الحديث عن مسألة مهمة في هذا الباب ألا وهي التصرف في المسلم فيه قبل قبضه في المبحث التالي.

#### المبحث الثاني : التصرف في المسلم فيه قبل قبضه :

تقدم أن الفقهاء اشترطوا لصحة السلم تحديد أجل استلام المسلم فيه، فهل هذا الشرط يدل على أن المسلم لا يجوز له أن يتصرف في المسلم فيه قبل قبضه؟

للإجابة عن هذا التساؤل نتحدث عن مسألة بيع المبيع قبل قبضه أولاً، ثم ننتقل إلى الحديث عن بيع الإيصالات المالية ثانياً.

#### المطلب الأول - بيع المبيع قبل قبضه :

اتفق الفقهاء على عدم صحة بيع الطعام قبل قبضه، وتعددت أنظارهم في حكم بيع المبيع قبل قبضه إن كان من غير الطعام سواء في المنقولات أو العقارات.

#### الفرع الأول - أقوال العلماء في المسألة :

اختلف الفقهاء في بيع المبيع قبل قبضه على أربعة أقوال هي :

القول الأول- ذهب أصحاب هذا القول إلى صحة جواز بيع المبيع قبل قبضه سواء أكان عقاراً، أو منقولاً أو طعاماً، ونسب هذا القول إلى عطاء بن أبي رباح، وعثمان البتي<sup>(4)</sup> - رحمهما الله - .

<sup>1</sup> - ينظر: ابن رشد. المقدمات الممهدة. 2/23

<sup>2</sup> - ينظر: الجندي. التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب الفرعي. 6/37.

<sup>3</sup> - ينظر: النووي. روضة الطالبين. 3/251، وابن قدامة. المغني. 6/406

<sup>4</sup> - ينظر: ابن حزم، علي بن أحمد ابن حزم. المحلى. 8/520.

وهذا القول يردّ عليه بما قاله ابن عبدالبر بأنه مخالف لما ورد في السنة الصحيحة، ومخالف - أيضاً - لإجماع الفقهاء على منع بيع الطعام قبل قبضه، ولعلّ قائله لم يصله الحديث، ومثل هذا الشذوذ لا يعول عليه<sup>(1)</sup>.

القول الثاني - ذهب أبوحنيفة وأبو يوسف - رحمهما الله - إلى التفرقة بين بيع المنقول والعقار، وقالوا بصحة بيع العقار قبل قبضه، وعدم صحته أي البيع الثاني في المنقول قبل قبضه سواء أكان بيعه بالوزن أو بالكيل أو بالعد، ويستثنى من بيع المنقولات قبل قبضها بيع الطعام جزافاً فإنه يصح قبل قبضه، وهذه التفرقة مبنية على أن منع المبيع قبل قبضه في الطعام لكون الفساد يتسارع إليه أكثر، وقد يترتب عليه انفساخ العقد، وهذا المعنى غير متصور في بيع العقار؛ لأنه لا يتوقع هلاكه غالباً<sup>(2)</sup>.

القول الثالث - ذهب المالكية ورواية عند الحنابلة إلى القول بجواز بيع المبيع قبل قبضه إلا الطعام المكيل أو الموزون أو المعدود، وأما الطعام المبيع جزافاً فيجوز<sup>(3)</sup>، ويستثنى من المنع الوصي أو الأب إذا اشترى لأحد يتيماً أو لأحد ولديه طعاماً من الآخر كان له أن يبيعه لأجنبي قبل قبضه ثانياً حسياً لمن اشتراه؛ لأن الولي لما كان يتولى الطرفين لمحجوره نزل اشتراؤه من أحدهما منزلة القبض، فإذا باعه من أجنبي لمن اشتراه له فكأنه قبضه له بعد قبضه<sup>(4)</sup>.

القول الرابع - ذهب أصحاب هذا الرأي إلى عدم صحة المبيع قبل قبضه مطلقاً سواء أكان المعقود عليه عقاراً أو منقولاً أو طعاماً لا بإذن البائع أو بدونه، سواء قبل أداء الثمن أو بعده وهذا مذهب الشافعية في بيعه لغير بائعه، وإن باعه لبائعه فوجهان أصحهما أنه كغيره<sup>(5)</sup>، ورواية عن الإمام أحمد سواء باعه لبائعه أو لأجنبي<sup>(6)</sup>، ووافقهم محمد بن الحسن من الحنفية<sup>(7)</sup>.

## الفرع الثاني - سبب الخلاف في المسألة :

من خلال تتبع أدلة الفقهاء في هذه المسألة، يتبين أن سبب الخلاف فيها يرجع إلى أمور منها :

1- النصّ ورد خاصاً بالنهي عن بيع الطعام قبل قبضه في قوله - صلى الله عليه وسلم -  
"مَنْ اشْتَرَى طَعَامًا فَلَا يَبِعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ وَيَقْبِضَهُ"<sup>(8)</sup>، فهل التنصيص على الطعام يدل على أن غيره

<sup>1</sup> - ينظر: ابن عبدالبر، يوسف بن عبدالله أبو عمر القرطبي ابن عبدالبر. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد. 34/13.

<sup>2</sup> - ينظر: ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار. 372/7 - 373.

<sup>3</sup> - ينظر: الدردير الشرح الكبير. 356/4، وابن قدامة المغني. 189/6.

<sup>4</sup> - ينظر: الحبيب بن طاهر. الفقه المالكي وأدلته. 233/5.

<sup>5</sup> - ينظر: النووي. روضة الطالبين. 166/3.

<sup>6</sup> - ينظر: ابن قدامة المغني. 191/6، واليهوتي. شرح منتهى الإرادات. 266/2.

<sup>7</sup> - ينظر: ابن نجيم. البحر الرائق. 193/6.

<sup>8</sup> - خرّجه مسلم في صحيحه. كتاب البيوع. باب: بطلان بيع المبيع قبل قبضه. الحديث رقم (1526).

يخالفه في الحكم؟ أو أن التنصيص على الطعام لا ينفي الحكم على غيره، وفائدة التنصيص عليه لكونه خرج مخرج الغالب، أو جاء جواباً عن سؤال سائل فجاز أن يشاركه غيره في الحكم في كل عقود المعاوضات؟

2- هل الضمان يتحقق بالقبض أو بالعقد؟ فإن كان بالعقد يصح البيع لأن ضمانه على من اشتراه، وإن كان بالقبض لا يصح؛ لأنه ضمانه ليس عليه.

3- اختلافهم في السلعة هل بالعقد صارت في ضمان المشتري أو يبقى على البائع حق التوفية والتسليم؟<sup>(1)</sup>.

4- ولعل سبب الخلاف - أيضاً- يرجع إلى مسألة البيع هل ينعقد بالقول أم بالقول والقبض معاً؟ فمن يرى أنه ينعقد بالقول يقول بجواز المبيع قبل قبضه إن لم يكن طعاماً وهذا مذهب المالكية، ومن يرى أنه ينعقد بالقول والقبض معاً فلا يجوز بيع المبيع قبل قبضه؛ لأن القبض من تمام البيع، وهذا مذهب الحنفية والشافعية<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث - الأدلة :

أولاً - دليل الحنفية ومن وافقهم :

قال القدوري : " والمعنى في القبض في المنقولات أن ملك المشتري يستقر بها ألا ترى أن بعد القبض لا يعود إلى ملك البائع من غير فعل أحد ولا يبقى في ملك المتاعله، وإن هلك فينتقض ملكه فيها فيقع هلاكها على ملك البائع فلم يجز التصرف لعدم استقرار الملك، والعقار قبل القبض قد استقر فيه الملك؛ لأنه لا يعود إلى ملك البائع بغير فعل حادث"<sup>(3)</sup>.

ثانياً - دليل المالكية ومن وافقهم :

استدل المالكية على منع الطعام قبل قبضه بالأحاديث الواردة في هذا الباب ، ومنها : قوله - صلى الله عليه وسلم - : " مَنْ ابْتَعَ طَعَامًا فَلَا يَبِعُهُ حَتَّى يَكْتَالَهُ"<sup>(4)</sup>.

وأما غير الطعام فالحديث جاء مقيداً باشترائه بالكيل، فيكون الحكم معلق بما ثبت له حكم الاستيفاء وهو المكيل والموزون والمعدود، فدل دليل الخطاب على أن غيره يخالفه في الحكم.

كما أن علة النهي في الطعام سداً لذريعة الربا وهي ألا يتوصل أهل العينة ببيع الطعام قبل قبضه إلى بيع دنائير بأكثر منها؛ لأن بيع الطعام قبل قبضه مشابه للعينة، ولما كان صاحب العينة قد يتوصل إليها بطريق آخر

<sup>1</sup> - علي بن سعيد الجرجاني، منهاج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، 6/360-361.

<sup>2</sup> - ينظر: الفندلاوي، يوسف بن دناس الفندلاوي، تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك، 3/75.

<sup>3</sup> - القدوري، أحمد بن محمد البغدادي، الموسوعة الفقهية المقارنة، 5/2427.

<sup>4</sup> - متفق عليه. أخرجه البخاري في صحيحه. كتاب البيوع. باب : بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك. الحديث (2135)، ومسلم في صحيحه. كتاب البيوع. باب: بطلان بيع المبيع قبل قبضه. الحديث رقم (1525)، واللفظ لمسلم.

بأن يبيع حنطة بدینار ثم يشتریه بنصف دینار دون استیفاء ولا قصد لیبعه ولا لابتیاعه وهذا غیر وارد فی بیع العقار فجاز بیعه قبل قبضه<sup>(1)</sup>.

ثالثاً - دلیل الشافعیة ومن وافقهم :

استدل الشافعیة علی منع المبیع قبل قبضه مطلقاً بما یلی :

1- المبیع قبل القبض غیر مضمون علی المشتري بدلیل أن ما حدث به من عیب یتحق به المشتري الفسخ ؛ لأنه من ضمان البائع.

2- بیع ما لم یقبض غیر مقدور علی تسلیمه، وبیع ما لا یقدر علی تسلیمه باطل كالعبد الآبق.

وأجاب الشافعیة علی قول الحنفیة أن كل حکم كان القبض فیه معتبراً بالنقل والتحویل إن كان منقولاً كان القبض فیه معتبراً بالتخلية والتمکین إن لم یکن منقولاً، أصلها هبة، ولزوم الرهن، وانتقال ضمان المبیع إلى المشتري یتسوي فیه ما ینقل وما لا ینقل فی اعتبار القبض فیه كذلك البیع<sup>(2)</sup>.

الفرع الرابع - الرأی المختار:

من خلال عرض آراء الفقهاء، وأدلتهم أمیل إلى رأی الشافعیة القائلین بعدم جواز بیع المبیع قبل قبضه سواء فی الطعام بصفة خاصة ، وبقیة المنقولات والعقارات بصفة عامة، وسبب ذلك ما یلی :

1- القبض ینقل الضمان من البائع إلى المشتري؛ لما جاء عن عائشة -رضی الله عنها- أن النبی -صلی الله علیه وسلم- قضی "الخراج بالضمان"<sup>(3)</sup>.

2- القبض یمکن المشتري من التصرف فی المبیع؛ لأن التسليم صار مقدوراً علیه.

3- القول بمنع المبیع قبل قبضه لبائعه یسد ذریعة الربا كما فی بیع العینة.

4- نهی النبی -صلی الله علیه وسلم- عن بیع الطعام قبل قبضه، لا یدل علی أن غیر الطعام یخالفه فی الحكم؛ لأنه ورد أن النهی جاء جواباً عن سؤال كما جاء عن حکیم بن حزام قلتُ : یارسولَ الله، إننی أشتري بیوعاً فما یحلُّ لی منها، وما یحرمُ علیّ؟ فقال : یا ابنَ أخی إذا اشتريتَ بیعاً فلا تبِعهُ حتى تقبضَهُ"<sup>(4)</sup>.

قال الشوکاني : "حدیث حکیم بن حزام المذكور یعم كل مبیع، ویجاب عن حدیث ابن عمر، وجابر اللذین احتج بهما مالک ومن معه بأن التنصيص علی كون الطعام المنهی عن بیعه مکیلاً أو موزوناً لا یتلزم عدم ثبوت الحكم فی غیره، نعم لو لم یوجد فی الباب إلا الأحادیث التي فیها إطلاق لفظ الطعام لأمكن"<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - ینظر: الحیب بن طاهر. الفقه المالکی وأدلته. 231/5، 229.

<sup>2</sup> - المازردی، علی بن محمد أبو الحسن.. الحاوی الکبیر. 211/5 - 222.

<sup>3</sup> - خرجه أبوداود فی سننه. کتاب البیوع. باب فیمن اشتری عبداً فاستعمله ثم وجد به عیباً. الحدیث رقم (3508) وسکت عنه، وقد قال فی رسالته لأهل مكة كل ما سکت عنه فهو صالح، وخرجه الترمذی فی سننه. کتاب البیوع. باب: ما جاء فیمن یشتری العبد ویستغله ثم یجد به عیباً. برقم (1285). وقال: حسن صحیح، وقد روی من هذا الحدیث من غیر هذا الوجه والعمل علی هذا عند أهل العلم.

<sup>4</sup> - خرجه الدارقطني فی سننه. کتاب البیوع. الحدیث رقم (2820).

<sup>5</sup> - الشوکاني، محمد بن علی. نیل الأوطار. 167/5.

واختلف الأصوليون إذا ورد الخطاب جواباً لسؤال سائل هل يعم أو لا؟ وذكر الأمدى الخلاف في المسألة وختم قوله: "والمختار إنما هو القول بالتعميم إلى أن يدل الدليل على التخصيص... وأن أكثر العمومات وردت على أسباب خاصة"<sup>(1)</sup>.

وقال الزركشي: "وإن استقل الجواب بنفسه بحيث لو ورد مبتدأ لكان كلاماً تاماً مفيداً للعموم فهو على ثلاثة أقسام؛ لأنه إما أن يكون أخص أو مساوياً أو أعم، الأول: أن يكون مساوياً له لا يزيد عليه ولا ينقص... فيجب حمله على ظاهره بلا خلاف"<sup>(2)</sup>.

وهذا يؤكده ما أخرجه الشيخان في صحيحهما عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "مَنْ ابْتَعَ طَعَامًا فَلَا يَبْعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ، قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: وَأَحْسَبُ كُلَّ شَيْءٍ مِثْلَهُ"<sup>(3)</sup>.  
وقال ابن حجر: قول ابن عباس<sup>(4)</sup> "يؤيده حديث زيد بن ثابت نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أَنْ تُبَاعَ السَّلْعُ حَيْثُ تُبْتَاعُ حَتَّى يَحْوِزَهَا التُّجَّارُ إِلَى رِحَالِهِمْ"<sup>(5)</sup>.

5- العقد سبب للملك، والقبض دليل على تحقق الملكية وثبوت الضمان على المشتري وقدرته على تسليم المبيع؛ لأن ما لم يقبضه قد يتعذر عليه تسليمه.

6- إذا كان الضمان ينتقل للمشتري بمجرد العقد، والقبض تبع له؛ لذلك صح له أن يتصرف في المبيع قبل قبضه، فإذا حبس البائع المبيع عنده حتى يستوفي ثمنه فهلك في يده بغير فعل المشتري فهل الضمان على البائع أو المشتري؟

بناء على أن الملك ينتقل للمشتري بمجرد العقد وإذا لم يكن للبائع يد في تلف المبيع فالضمان على المشتري، ولكن هذا يتعارض مع قاعدة الضمان تبع للغلة، والغلة في مدة حبس المبيع حتى يستوفى الثمن للبائع، ومخالف أيضاً لقاعدة من له الغنم عليه الغرم - والله أعلم -.  
قال الدردير: "السلعة المحبوسة ضمانها على البائع، وبالقبض يدخل في ضمان المشتري"<sup>(6)</sup>.

وإذا كان الضمان ينتقل للمشتري بمجرد العقد فإن المبيع في أمد الخيار على ملك البائع كان الخيار له أو للمبتاع أو لهما<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> - الأمدى، علي بن أبي علي، الإحكام في أصول الأحكام، 450/2.

<sup>2</sup> - بدر الدين محمد الشافعي الزركشي، (ت 794هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، 199/3.

<sup>3</sup> - متفق عليه، خرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك، الحديث رقم (2135)، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل أن يقبض، الحديث رقم (1525)، واللفظ لمسلم.

<sup>4</sup> - أحمد بن علي ابن حجر (ت 852هـ)، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، 4/422.

<sup>5</sup> - خرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب: في بيع الطعام قبل أن يستوفي، الحديث رقم (3499).

<sup>6</sup> - الدردير، أحمد بن محمد، الشرح الصغير، 3/198.

<sup>7</sup> - ينظر: ابن رشد، المقدمات الممهدة، 2/92، و الدردير، الشرح الصغير، 3/146-147.

وإذا كان الملك يتحقق بمجرد العقد فهل البيع الفاسد ينقل الملكية بالعقد أو بالقبض؟ بمعنى أن المشتري إذا باع المبيع الذي اشتراه بعقد فاسد قبل قبضه يعد تصرفه فواتاً له أو لا؟  
البيع الفاسد تفويته لا يكون فواتاً إلا بعد القبض<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني - بيع الإيصالات المالية :

الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وتأسيساً على ذلك تجدر الإشارة إلى بيان المسألة المطروحة للبحث، ومن ثم بيان حكمها وأسانيده.

### الفرع الأول - تصوير المسألة :

إذا حجز شخص سلعة معينة ككمية من الاسمنت، أو سيارة أو غير ذلك من شركة أو مصنع، ودفع ثمن السلعة، ووعد باستلامها بعد مدة معلومة كسنة أو شهر، أو ستة أشهر مثلاً فباع الإيصال فهل هذا البيع يجوز أو لا يجوز؟

### أنواع الإيصالات :

أ - قد يصدر الإيصال من الجهة المصنعة للمبيع.

ب - قد يصدر الإيصال من الجهة الموردة للمبيع كالإيصالات التي تصدر عن وكلاء الشركات، وفي كلتا الحالتين قد يكون المبيع موجوداً ويتم تسليمه بعد أجل معلوم، وقد يكون غير موجود، وفي الصورتين قد يكون المبيع طعاماً، أو عرضاً، أو عقاراً.

### الفرع الثاني - تكييف المسألة :

هل بيع الإيصالات المالية من قبيل بيع الغائب على الصفة، أو من قبيل بيع الموصوف في الذمة، أو بيع المعدوم؟

لا يمكن الوصول إلى معرفة حكم بيع الإيصالات قبل معرفة تكييف البيع الأول الذي اشترت به السلعة وسلم للمشتري إيصال الاستلام.

- إذا كان الإيصال المالي صادراً عن الجهة المصنعة كمصنع الاسمنت أو الحديد مثلاً، وحُدّد زمناً معلوماً لاستلام السلعة، ودفع المشتري ثمنها في مجلس العقد، وكان موصوفاً في الذمة فهذا يعد من قبيل عقد السلم، والبعض يرى أنه عقد استصناع إلا أن عقد الاستصناع عند غير الحنفية يسمونه بالسلم في المصنوعات<sup>(2)</sup>، ولكن حقيقة الفرق بينهما تكمن في أن عقد الاستصناع لا يشترط فيه دفع رأس المال في مجلس العقد بخلاف السلم فيشترط أجاز المالكية تأخيرها اليومين، والثلاثة بلا شرط<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - ينظر: الدردير. الشرح الصغير. 3/198، والرجاجي. منهاج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها. 6/314

<sup>2</sup> - ينظر: ابن رشد. المقدمات المهمات. 2/32.

<sup>3</sup> - ينظر: الدردير. الشرح الصغير. 3/262.



وقال أبو حنيفة : الاستصناع إذا ضرب له أجلاً يصير سلماً، لأن الاستصناع بيع عين موصوفة في الذمة فليس بيع عمل، ولا إجارة على عمل<sup>(1)</sup>.

- وإذا كان إيصال المبيع صادراً عن الجهة الموردة وكانت السلعة غير موجودة في مجلس العقد، وإنما يتم شراؤها بناء على الوصف ووعد المشتري باستلامها خلال أجل معلوم ودفع ثمنها فهذا يعد من قبيل بيع السلم أيضاً.

- وإذا كان الإيصال صادراً عن الجهة الموردة وكانت السلعة موجودة في مستودع يبعد عن مجلس العقد قليلاً، ودفع المشتري ثمنها في المجلس فهذا من قبيل بيع الغائب على الصفة سواء أكان المبيع عرضاً أم طعاماً.

### الفرع الثالث - حكم بيع الإيصالات المالية :

إذا كان الإيصال استلم نظير بيع الغائب على الصفة فإن كان المبيع طعاماً فلا يجوز بيع الإيصال المالي؛ لأن التصرف في الطعام بعوض قبل قبضه لا يجوز بالاتفاق، وإن كان المبيع على الصفة غير طعام فيجوز بيعه قبل قبضه عند المالكية من غير الذي اشتراه منه بشروط هي: أن لا يكون بعيداً جداً، وأن لا يكون قريباً جداً كالحاضر في البلد، وأن يصفه غير بائعه، وأن لا يشترط نقد ثمنه، وأن يحرص الأوصاف المقصودة كلها،<sup>(2)</sup> فإذا تحققت هذه الشروط فإن بيع الإيصال في هذه الحالة يكون جائزاً على هذا المذهب إن كان البيع بالخيار وجاء المبيع حسب الوصف المتفق عليه وإلا فلا.

وإن كان الإيصال نظير عقد استصناع لإنشاء عقار فيجوز بيعه عند من يقول ببيع العقار قبل قبضه كما نص على ذلك ابن عابدين بقوله: "صح بيع عقار لا يخشى هلاكه قبل قبضه من بائعه"<sup>(3)</sup> أي قبل أن يقبضه من البائع وليس يبعه لبائعه.

وورد إلى مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا سؤالاً عن موضوع عقد الاستصناع فأجاب بما يلي :

"أما ما يتعلق بحكم التعاقد على شراء الشقة قبل بنائها فهذا العقد يكيّفه الفقهاء على أنه عقد استصناع، وعقد الاستصناع من العقود الجائزة الصحيحة، ولا ينبغي اعتباره سلماً؛ لأن السلم يلزم فيه تعجيل الثمن كله، ولا يجوز فيه بيع السلعة المسلم فيها قبل قبضها، بخلاف الاستصناع فإنه يجوز فيه ذلك"<sup>(4)</sup>.

### الفرع الرابع - بيع الإيصال المالي في السلعة المسلم فيها قبل قبضها :

<sup>1</sup> - ينظر: ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار. 476/7.

<sup>2</sup> - ينظر: الدردير. الشرح الصغير. 42/3 - 43 - 44.

<sup>3</sup> - ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار. 369/7.

<sup>4</sup> - نقلاً عن الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة. إعداد: مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة. 581/2.

السلعة المسلم فيها قد تكون طعاماً، أو عرضاً آخر، والبيع قد يكون للمسلم إليه - وهو البائع، أو لغيره، وقد يكون البيع قبل حلول أجل المسلم فيه، وقد يكون بعد حلول الأجل وقبل القبض، وقد يكون بجنسه أو بغير جنسه.

اتفق جميع الفقهاء على عدم جواز بيع السلعة المسلم فيها قبل قبضها إذا كانت طعاماً؛ لنهيه - صلى الله عليه وسلم - عن بيع الطعام قبل قبضه كما مرّ سابقاً، وبناء على ذلك فمن أسلم في مائة قنطار من القمح لا يجوز له بيع الإيصال المالي لا للمسلم إليه ولا لغيره قبل قبضه للطعام سواء بجنسه أو بغير جنسه، قبل الأجل أو بعده.

وإذا كانت السلعة المسلم فيها غير طعام ككمية من الإسمنت - مثلاً - فاختلف الفقهاء في صحة بيعها قبل قبضها على أقوال :

الأول - ذهب الحنفية ووافقهم الشافعية والحنابلة إلى أنه لا يصح التصرف للمسلم إليه في رأس المال، ولا لرب السلم في المسلم فيه قبل القبض؛ لأن المسلم فيه مبيع، ورأس المال مستحق القبض في مجلس العقد، والتصرف فيه مفوت له فلم يجز سواء أكان التصرف شركة كأن يقول لآخر: أعطني نصف رأس المال ليكون نصف المسلم فيه لك، أو تولية كأن يقول لآخر: أعطني مثل ما أعطيت المسلم إليه حتى يكون المسلم فيه لك، أو مراجعة وصورة ذلك أن يأخذ زيادة على ما أعطى<sup>(1)</sup>.

وقال النووي: "لا يجوز بيع المبيع قبل القبض، عقاراً كان أو منقولاً لا بإذن البائع ولا دون إذنه، لا قبل أداء الثمن، ولا بعده"<sup>(2)</sup>.

عقد البيع يرتب نقل الملكية من البائع إلى المشتري بتمام العقد المجرد عن الخيار، ولكن الفائدة من قبض المبيع تكمن في منح المشتري حق التصرف فيه، بالإضافة إلى أن ضمان المبيع قبل قبضه على بائعه<sup>(3)</sup>.

ومن المعلوم أن قبض المبيع يختلف باختلاف نوعه فالعقار يتحقق قبضه بالتخلية، والطعام بالكيل فيما يكال والوزن فيما يوزن، وما بيع جزافاً فقبضه يكون بتحويله من مكان إلى آخر وكذلك الثياب، والسيارة باستخراجها من مستودع البائع، أو بتسليم الأوراق التي تثبت ملكيتها للمشتري<sup>(4)</sup>.

والضابط فيما يجوز التصرف فيه قبل قبضه وما لا يجوز هو: "كل عوض ملك بعقد يفسخ بهلاكه قبل قبضه فالتصرف فيه غير جائز"<sup>(5)</sup>.

وأما الإيصال فحقيقته وسيلة إثبات بالقيمة المدفوعة نظير السلعة المباعة، فلا يعد قبضاً حقيقة ولا حكماً؛ لأن القبض هو القدرة على استلام المبيع بلا كلفة<sup>(1)</sup>، وهذه الإيصالات بعضها قد يكون مزوراً في حقيقته، أو في تاريخ استلامه وإصداره.

<sup>1</sup> - ينظر: المقدسي. شمس الدين محمد بن مفلح. كتاب الفروع. ص 915. وابن نجيم. البحر الرائق. 6/274. وابن عابدين. رد المحتار على الدر المختار. 7/467.

<sup>2</sup> - النووي. روضة الطالبين. 3/166.

<sup>3</sup> - ينظر: النووي. المرجع السابق. 3/159، وينظر: ابن مفلح. كتاب الفروع. 6/278.

<sup>4</sup> - ينظر: النووي. روضة الطالبين. 3/175.

<sup>5</sup> - ابن قدامة. المغني. 6/191، وابن عابدين. رد المحتار على الدر المختار. 7/369.

وبناء على هذا القول لا يجوز بيع الإيصال المالي قبل قبض السلعة سواء لبائعه أو لغيره، بجنسه أو بغيره. القول الثاني - ذهب المالكية كما سبق إلى صحة بيع المبيع قبل قبضه إن لم يكن طعاماً، ولم يرد تفصيلاً حول بيع الإيصال المالي في عقد السلم، وقال الصادق الغرياني: "بشرط ألا يبيعه بأزيد من ثمنه من أهل العينة الذين لا يريدون السلعة، وإنما يجعلونها صورة ليتوصلوا منها إلى بيع نقد بأزيد منه كما هو حالنا اليوم فلا يجوز لأن العينة من الربا"<sup>(2)</sup>.

الفرع الخامس - وجهة نظر الباحث في بيع المسلم فيه قبل قبضه.

ولعل الأقرب إلى الصواب أن نفرّق بين بيع السلعة للمسلم إليه ولغيره :

إذا كانت السلعة المسلم فيها من غير الطعام فيجوز بيعها إلى المسلم إليه بشرطين :

1- أن يأخذها برأس مالها أي ثمنها الذي دفعه في مجلس العقد؛ لأنه إن أخذها بأقل من ثمنها الذي دفعه في مجلس العقد لا يجوز؛ لشبهة الربا فكأنه أقرضه إلى أجل كذا وإن دفع قبل الأجل أسقط عنه جزءاً من الثمن وهو ما يعبر عنه الفقهاء بـ(ضع وتعجل).

2- أن لا يأخذها بأكثر من ثمنها فإن أخذها بأزيد منه قبل الأجل والقبض لم يجز لسببين :

أولهما - سداً لذريعة الربا؛ لأنه يتهم أن يكون أقرضه دنائير إلى أجل كذا بأكثر منها، ويكون السلم الذي سمّاه لغواً، ودليل ذلك عمل أهل المدينة كما أخبر الإمام مالك عن ذلك بقوله: "الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن سلف في رقيق أو ماشية أو عروض فإذا كان كل شيء من ذلك موصوفاً فسلف فيه إلى أجل فحلّ الأجل فإن المشتري لا يبيع من ذلك الذي اشتراه منه بأكثر من الثمن الذي سلفه فيه قبل أن يقبض ما سلفه فيه وذلك أنه إذا فعله فهو الربا صار المشتري إن أعطى الذي باعه دنائير أو دراهم فانتفع بها فلما حلت عليه السلعة ولم يقبضها المشتري باعها من صاحبها بأكثر مما سلفه فيها فصار أن رد إليه ما سلفه وزاده من عنده"<sup>(3)</sup>.

ثانيهما : البيع قبل القبض بأزيد من رأس المال يدخل في ربح ما لم يضمن<sup>(4)</sup>، وهذا منهي عنه بقوله -صلى الله عليه وسلم- : "لا يحلُّ سلفٌ وبيعٌ، ولا شرطانٍ في بيعٍ، ولا ربحٌ ما لم يضمن، ولا بيعٌ ما ليس عندك"<sup>(5)</sup>.

وإذا قيل المبيع ينتقل ضمانه إلى المشتري بمجرد العقد يجب عنه بأن المبيع في عقد السلم غير مُعيّن فكيف ينتقل ضمان شيء غير مُعيّن وليس موجوداً لحظة إبرام العقد إلى المشتري؟ وإذا صحّ ذلك فلماذا يفسخ العقد إذا كان المبيع قيمياً وهلك في يد بائعه؟.

<sup>1</sup> -ينظر: ابن عابدين. رد المحتار على الدر المختار. 96/7.

<sup>2</sup> - الغرياني. مدونة الفقه المالكي. 345/3-346.

<sup>3</sup> - خرجه مالك في الموطأ برواية يحيى بن يحيى الليثي. كتاب البيوع: باب السلفة في العروض. ص. 402.

<sup>4</sup> - المراد ربح ما لم يضمن هو: "أن يبيعه سلعة قد اشتراها ولم يكن قبضها بربح، فلا يصح البيع ولا يحل الربح؛ لأنهما في ضمان البائع الأول. وليست من ضمان الثاني فربحها وخسارتها للأول". ابن الأثير، مجد الدين أبي السعادات المبارك. النهاية في غريب الحديث والأثر. 182/2.

<sup>5</sup> - خرجه الترمذي في سننه. كتاب البيوع. الحديث رقم (1234). وقال: حسن صحيح.

وإذا كان لا يصح إجارة المسلم فيه قبل قبضه؛ لأن الأجرة تدفع مقابل المنفعة، والعين المؤجرة غير قائمة قبل قبض المبيع، فكذلك لا يجوز بيعه؛ لأن الإجارة بيع المنافع، وعقد البيع وارد على بيع الأعيان أي الذوات، ووجه القياس أن كلا العقدين عقد معاوضة ملزم للجانبين.

3- يجوز بيع المسلم فيه إلى المسلم إليه بثمنه الذي دفعه رب السلم في مجلس العقد بغير جنسه إن كان ربويًا خوفًا من الوقوع في ربا النسيئة، وبشرط عدم المماثلة من البائع في تسليم السلعة في الأجل المحدد؛ لأنه إذا تبين من قرائن الأحوال أن السلعة راجت وغلت أثمانها في السوق والبائع يماطل في تسليمها بقصد شرائها منه بثمنها الأول ثم يبيعه في السوق ويحصل على ربح مضاعف أحيانًا فهذا لا يجوز والحالة هذه؛ لأنهم قبيل أكل أموال الناس بالباطل، وركن الرضا غير متحقق في البيع فكأنه باع له سلعته مكرهًا.

4- يشترط أن يقبض ثمنها حال العقد وأن لا يؤخره؛ لئلا يكون دينًا بدين.

5- ألا يؤدي إلى الصرف المؤخر والربا، كما إذا كانت السلعة المترتبة دينًا قد اشترت بذهب أو نقود، فلا يجوز استبدالها بفضة أو نقود من عملة أخرى لأنه يترتب عليه التأخير في الصرف وهذا ربا، والسلعة تعبر في حكم اللغو.

6- أن يكون البديل المأخوذ عوضًا عن السلعة المسلم فيها مما يجوز بيعه بالدين المستبدل كأن يكون الدين ثيابًا فيؤخذ عنه نقود أو طعام، لا إن كان الدين المترتب مما لا يجوز بيعه بجنسه كأن الدين لحمًا فيأخذ مكانه حيوانًا من جنسه؛ لأنه لا يجوز بيع الحيوان باللحم من جنسه للنهي عنه<sup>(1)</sup>.

قال ابن رشد: "إذا لم يكن المسلم فيه طعامًا فأخذ عوضه المسلم ما لا يجوز أن يسلمه فيه رأس ماله مثل أن يكون المسلم فيه عرضًا والثلث عرضًا مخالفًا له فيأخذ المسلم من المسلم إليه إذا حان الأجل شيئًا من جنس ذلك العرض الذي هو الثمن، وذلك أن هذا يدخله إما سلف وزيادة إن كان العرض المأخوذ أكثر من رأس مال السلم، وإما ضمان وسلف إن كان مثله أو أقل"<sup>(2)</sup>.

وأما بيع المسلم فيه لغير المسلم إليه فيجوز بشروط هي:

- 1- أن يكون حلول الأجل قريبًا؛ لأن ما قارب الشيء يعطى حكمه، والقرب والبعد يتحدد بحسب الزمن في كل بيع، وفائدة اشتراط قرب الأجل تكمن في استقرار ثمنه خوفًا من الغبن، وتعذر القدرة على تسليمه.
- 2- أن يكون المسلم فيه موجودًا لحظة بيعه أي: أن لا يكون منقطعًا؛ لتهمة أن بيعه إياه كان بسبب انقراضه في السوق مما يتعذر تسليمه في حينه، أو يتأخر جدًا.
- 3- أن تدعو الضرورة لبيع المسلم فيه قبل قبضه كأن يحتاج إلى ثمنه لنفقة، أو علاج، أو تسديد دين وما شابه ذلك.

<sup>1</sup> - ينظر: الغرياني، الصادق عبد الرحمن. قضايا فقهية ومالية معاصرة. ص 226.

<sup>2</sup> - ابن رشد. محمد بن أحمد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. 222/3.

4- أن يبيعه قبل حلول الأجل برأس ماله، أو أقل منه بشرط أن ينقد المشتري الثاني ثمنه إذا كان البيع على البت؛ لثلا يكون من قبيل بيع الدينين، وإن كان البيع على الخيار فلا يصح اشتراط نقد الثمن للتردد بين السلفية والشمية - والله أعلم - .

5- أن يبعها بعد حلول الأجل بأزيد من رأس المال الذي دفعه؛ لأن حلول الأجل يقتضي استلامها من المسلم إليه ودخولها في ضمان رب السلم، وهذا التأخير في التسليم لا ذنب للمشتري فيه حتى ندخله في دائرة ربح ما لم يضمن، إذا لم يكن هناك ظرفاً طارئاً أو قوة قاهرة حالت بينه وبين تسليم السلعة المسلم فيها.

6- لا يجوز بيع المسلم فيه لغير بئعه إذا علم رب السلم أن المشتري الثاني بينه وبين البائع الأول عداوة قد تنتج عنها منازعة. - والله أعلم -

#### الخاتمة :

وفي ختام هذا البحث نحمد الله العلي القدير الذي وفقني في إعداد، والله أسأل أن يثيبني أجر الاجتهاد إن فاتني أجر الإصابة.

من خلال هذه الدراسة توصلت إلى جملة من النتائج وهي :

- المسلم إليه مدين للمسلم، ولا بأس بأخذ الضمان على المدين لتنفيذ التزامه، سواء أكان الضمان رهناً أو كفالة أو غيرهما.
- يجوز تأخير رأس المال عن مجلس العقد مدة ثلاثة أيام، لا سيما في المعاملات المصرفية التي تتطلب إجراءاتها نوعاً من التحقق وأخذ الحيطة والحذر.
- يجوز بيع المسلم فيه للمسلم إليه بنفس الثمن، ولغيره إن دعت الضرورة بثمنه أو أقل منه إذا كان المبيع عرضاً غير مطعوم.
- العقد يثبت الملك، والقبض ينقل الضمان من البائع إلى المشتري؛ لذا لا يجوز الربح فيما لم يضمن، ولا بيع ما يتعذر عليه تسليمه إن كان يتغير حاله مما يغاب عليه.

#### ❖ قائمة المصادر والمراجع :

- أحمد بن علي العسقلاني ابن حجر (ت: 852هـ)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط1، القاهرة: مكتبة الصفا، 1424هـ، 2003م.
- أحمد بن محمد العدوي الدردير (ت: 1201هـ).
- الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، تحقيق: محمد عبدالله شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2011م.
- الشرح الصغير. القاهرة: دار المعارف. د.ت.
- أحمد بن محمد البغدادي القدوري (ت: 428هـ)، الموسوعة الفقهية المقارنة، تحقيق: محمد أحمد سراج، وعلي جمعة، ط2، القاهرة: دار السلام، 1428هـ، 2006م.

- بدر الدين محمد الشافعي الزركشي (ت:794هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، ط2، الكويت : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1413هـ، 1992م.
- جمال الدين محمد بن مكرم، ابن منظور (ت: 711هـ)، لسان العرب، ط1، بيروت : دار صادر، 1997م.
- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلتها، ط1، بيروت: دار المعارف، 1430هـ، 2009م.
- خليل بن إسحاق الجندي (ت776هـ)، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تحقيق: أحمد بن عبدالكريم، القاهرة : منشورات مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط1429هـ - 2008م.
- زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجم (ت:970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: زكريا عميرات، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ، 1997م.
- سليمان بن الأشعث السجستاني أبو داود (ت 275 هـ)، سنن أبي داود ، الرياض ، مكتبة المعارف ، الرياض - د.ت.
- شمس الدين محمد أبو العباس الرملي (ت1004هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت: دار الكتب العلمية، طبعة سنة 1414هـ، 1993م .
- شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي (ت:763هـ)، كتاب الفروع، الأردن: بيت الأفكار الدولية.
- الصادق عبدالرحمن الغرياني.
- قضايا فقهية ومالية معاصرة. ط1. زليتن - ليبيا: دار ومكتبة بن حمودة، (2009م).
- مدونة الفقه المالكي، دارالريان، بيروت.
- عبدالله بن أحمد أبو عبدالله ابن قدامة المقدسي (ت:620هـ)، المغني، تحقيق: عبدالله التركي، وعبدالفتاح الحلو، ط3، الرياض: دار عالم الكتب، 1417هـ، 1997م.
- عبد الله بن الشيخ حسن الكوهجي ، زاد المحتاج بشرح المنهاج ، تحقيق : عبدالله بن إبراهيم الأنصاري ، ط1، قطر : طبع على نفقة الشؤون الدينية، 1402هـ، 1982م.
- علي بن أبي علي الأمدي (ت:631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام. تحقيق إبراهيم العجوز ط6، بيروت دار الكتب العلمية، 1432هـ، 2011م.
- علي بن أحمد ابن حزم (ت 456هـ)، المحلى، تحقيق: أحمد محمد شاكر. د.ت
- علي بن سعيد الجراجي ، منهاج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها ، ط1، بيروت : دار ابن حزم ، 1428هـ، 2007م.
- علي بن عمر الدارقطني، (ت:385هـ) سنن الدارقطني ، ط1 بيروت ، مؤسسة الرسالة ، 1424هـ - 2004م.
- علي بن محمد الجرجاني، (ت : 816هـ)، كتاب التعريفات، تحقيق : عبد المنعم الحفني، دار الرشد، القاهرة، د.ت.

- علي بن محمد أبو الحسن الماوردي، (ت:456هـ)، الحاوي الكبير، تحقيق: علي معوض، وعادل عبد الموجود، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1414هـ، 1994م.
- علاء الدين محمد السمرقندي (ت:539هـ)، تحفة الفقهاء، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1405هـ، 1982م.
- المدونة الكبرى رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن عبدالرحمن بن قاسم، ط1، بيروت - دار الفكر 1419هـ - 1998م.
- الموطأ برواية يحيى بن يحيى الليثي، ط1، بيروت: دار الفكر، 1419هـ، 1998م.
- مجد الدين أبي السعادات المبارك ابن الأثير، (ت:606هـ)، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: محمود الطناحي، وظاهر الزاوي، ط1، المكتبة الإسلامية، 1383هـ - 1963م.
- محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، ط3، بيروت: دار الكتب العلمية، 2011م.
- محمد الأنصاري أبو عبدالله الرصاع، (ت: 894هـ)، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الأجفان، والظاهر المعموري، ط1، تونس: دار الغرب الإسلامي، 1993م.
- 29- محمد بن أحمد أبو الوليد ابن رشد (ت:520هـ)، المقدمات الممهدة، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، ط1، بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1408هـ، 1988م.
- محمد بن أحمد بن جزي (ت:741هـ)، القوانين الفقهية، تحقيق: عبد الله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة: دنت
- محمد بن أحمد بن رشد الشهير بالحفيد (ت:595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: فريد الجندي، القاهرة: دار الحديث، سنة الطبع 1425هـ - 2004م.
- محمد بن إسماعيل البخاري (ت:256هـ)، صحيح البخاري، حققه: محب الدين الخطيب وآخرون، القاهرة، المكتبة السلفية.
- محمد بن علي الشوكاني (ت:1255هـ)، نيل الأوطار، تحقيق عصام الدين الصبابي، القاهرة، دار الحديث، طبعة 1426هـ - 2005م.
- محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، (ت:279هـ)، سنن الترمذي، ط1، الرياض، دار السلام 1420هـ - 1999م.
- محمد بن محمد الخطيب الشربيني (ت:977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تحقيق: محمد خليل عيتاني، ط1، بيروت: دار المعرفة، 1418هـ، 1997م.
- محمد بن محمد أبو عبدالله الخطاب، (ت:954هـ)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، تحقيق: زكريا عميرات، ط2، بيروت: دار الكتب العلمية، 1428هـ، 2007م.
- محمد بن محمد بن محمود البابر تي (ت:786هـ)، العناية شرح الهداية، تحقيق: أبو محروس عمرو بن محروس، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1427هـ، 2007م.

- محمد بن يوسف العبدري المواق (ت: 767هـ)، التاج والإكليل لشرح مختصر خليل طبع مع مواهب الجليل.
- محي الدين بن شرف أبو زكريا النووي (ت: 671هـ).
- روضة الطالبين، تحقيق: عادل عبدالموجود، وعلي معوض، الرياض: دار عالم الكتب، طبعة خاصة، 1423هـ - 2003م
- المجموع شرح المذهب للشيرازي، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، جدة: مكتبة الإرشاد، د.ت.
- منصور بن يونس البهوتي (ت: 972هـ)، شرح منتهى الإرادات، تحقيق: عادل بن سعد أبوعبد الرحمن، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1426هـ، 2005م.
- الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة، إعداد: مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، ط1، 1435هـ، 2014م.
- يوسف بن دونالد الفندولاي (ت: 543هـ)، تهذيب المسالك في نصره مذهب مالك. تحقيق: أحمد البوشيخي، ط2. تونس: دار الغرب الإسلامي، 2011م.
- يوسف بن عبدالله أبو عمر القرطبي ابن عبدالبر، (ت: 463 هـ)، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب. د: ت.



## حرية التنقل في الشريعة الإسلامية

### Freedom of movement in Islamic law



إعداد الدكتور المحامي : أحمد عبد المالك سويلم أبودرابي

دكتوراه في القانون العام جامعة سوسة – تونس

(Ahmed A. S. Abu Darabi)

PhD in Public Law, University of Sousse - Tunisia

الملخص :

أشرقت الشريعة الإسلامية منذ القرن الميلادي السابع بنصوص ومبادئ عظيمة كان لحرية التنقل ذات المكانة البارزة في حياة الإنسان نصيباً من عدلها وإنصافها غير أنّ هذه الإشراقات لا تحظى باهتمام واحترام يرقى إلى مكانتها؛ من هنا جاءت هذه الدراسة تبيين تكريس الشريعة الإسلامية لحرية التنقل في نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية على نحو مستقيم راعت به احتياج الإنسان لها وضرورة ضبطها كون الحرية المطلقة مفسدة مطلقة؛ ليكون لنا في محصلة هذا التكريس أن نستغل ما أشرقت به الشريعة الإسلامية في تصحيح وتقويم ما وصلت إليه هذه الحرية الأساسية اليوم من حالة تقييد وتشديد وفي ذات الوقت يجب علينا بعد فخرنا بما تزخر به الشريعة الإسلامية أن نبرز هذا التكريس لغايتين هامتين هما: الاستفادة منه وإفادة البشرية به، ومواجهة حملات التشويه الممارسة ضد الشريعة الإسلامية.

الكلمات المفتاحية : (الشريعة الإسلامية-حرية التنقل-القرآن الكريم-السنة النبوية).

## Abstract :

Islamic Sharia has been shining since the seventh century AD with great texts and principles. The freedom of movement, which has a prominent place in human life, has had a fair share of its justice and fairness. However, these radiances do not receive attention and respect that rise to its prestige. From here came this study showing the dedication of Islamic law to the freedom of movement in the texts of the Noble Qur'an and the Sunnah in a straight manner that took into account the human need for it and the need to control it, since absolute freedom corrupts absolutely.

In order for us, as a result of this devotion, to take advantage of what the Islamic Shari'a has brought to light in correcting and evaluating what this basic freedom has reached today in terms of restriction and tightening. Humankind and confronting the distortion campaigns against Islamic law.

**Keywords :** (Islamic law - freedom of movement - the Noble Qur'an - the Sunnah of the Prophet).

## المقدمة :

تعتبر حرية التنقل من الحقوق الأساسية للإنسان وهي ذات اهتمام عظيم من قبل القانون الدولي الذي أخصها بتكريس واسع في الشرعة الدولية لحقوق الإنسان وغيرها من الاتفاقيات الدولية ذات الاهتمام الحقوقي ما انعكس إيجاباً على الدساتير التي تتفاوت نظرتها في تصنيف الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرًا للتشريع<sup>1</sup>، وفي ذات النسق اعتبر القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 الشريعة الإسلامية مصدرًا أساسيًا<sup>2</sup> للتشريع في فلسطين<sup>3</sup>، بذلك أوجب على المشرع الفلسطيني أخذ نصوص الشريعة الإسلامية بعين

---

1 وجود الدستور هو ضماناً للحقوق والحريات العامة في الدولة، بتكريسه لها في نصوصه المتسمة بالرفعة والسمو، مغلّق الباب أمام أي تشريعات ماسة بالحقوق والحريات العامة. بذلك تكون الدساتير قد قامت بالوظيفة الأسى التي وُجدت من أجلها ألا وهي صيانة الحقوق والحريات العامة سيما منها الحق في التنقل. إسحق. ممدوح مجيد: "قواعد المنع من السفر"، القاهرة، المكتبة التوفيقية، 2010، ص 27.

2 " مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع " تعني أن الشريعة الإسلامية تعد مصدرًا رئيساً للتشريعات إلى جانب مصادر أخرى رئيسة يمكن أن يلجأ إليها المجلس التشريعي الفلسطيني، وهذا يعني أن مبادئ الشريعة يتم اللجوء إليه عند إعداد القوانين، مع إمكانية وجود مصادر رئيسة أخرى يمكن أن يلجأ إليها المشرع، لكن دون أن تخالف تلك القوانين مبادئ الشريعة الإسلامية.

3 أكد نص الفقرة الثانية من المادة الرابعة على أن: " مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع ". القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، مرجع سابق.

الاعتبار في إصدار التشريعات المنظمة لحرية التنقل<sup>1</sup>. الأمر الذي شكل رافعة لحرية التنقل في فلسطين فالشريعة الإسلامية كفلت هذه الحرية وأكدت على ضرورة ضمانها للفرد والمجتمع عبر عديد النصوص الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية وهي نصوص طبقتها الخلافة الإسلامية، وإن دل ذلك فإنما يدل على مكانة حرية التنقل في الشريعة الإسلامية، فهي أساس من أسس تأدية الفرد للعبادات المفروضة عليه كما أنها ضرورة من ضروريات الحياة البشرية فليس بوسع أحد منا التخلي عنها، وقد تميزت الشريعة الإسلامية بضوابط مقيّمة تعمل على تقويم تصرفات الأفراد وسلوكهم بالتوازي مع تمتعهم بحرية التنقل .

#### • الأهمية :

تحظى حقوق الإنسان بوجه عام وحرية التنقل بوجه خاص باهتمام أزلي، ويأتي اهتمام الشريعة الإسلامية بهذه الحرية كأعرق وأفضل من كرس هذه الحرية الأساسية، لكن حين وضعت الشريعة الدولية لحقوق الإنسان وضعت من قبل الدول المنتصرة في الحروب العالمية وللأسف كانت الدول الإسلامية مغيبة تماماً عن أي دور في ذلك وبالتالي غُيب هذا التكريس الأعرق والأفضل لحرية التنقل<sup>2</sup>؛ بذلك تكمن أهمية هذا البحث في إبراز التكريس المثالي الذي خصت به الشريعة الإسلامية حرية الفرد في التنقل التي تعتبر حرية أساسية ذات أهمية قصوى في حياة الإنسان<sup>3</sup>.

#### • الأهداف :

- بيان حقيقة تكريس حرية التنقل في الشريعة الإسلامية.
- إظهار مكانة حرية التنقل في الإسلام.
- تأكيد أحقية الشريعة الإسلامية في أن تكون مصدراً أساسياً للحقوق والحريات العامة حول العالم.
- الاستفادة المثلى من مبادئ الشريعة الإسلامية كونها مصدر أساسي للتشريع في تعزيز حقوق الإنسان.
- تصحيح الفهم الخاطئ لبعض ضوابط حرية التنقل في الإسلام.

1 في هذا الصدد يذكر أن الفقه الدستوري تباينت آراؤه حول القيمة القانونية لذكر الشريعة الإسلامية في أغلب ديباجات دساتير الدول العربية والإسلامية، فمنهم من رأى أنه ذات حجية ويجب أن تلتزم الدول بها، ومنهم من قال إنها غير ملزمة وإنما تم ذكرها للتعبير عن الخلفية الثقافية والاجتماعية والدينية لأفراد الشعب، ونحن نرى غلبة الرأي الأول. أنظر: المكّي. الناصر: "الإسلام والدستور"، تونس، مجمع الأطرش، 2014، ص28. لكن ما لا خلاف عليه هو إلزامية نص المادة الدستورية المكرس لمبادئ الشريعة الإسلامية.

2 ولم يُبرز في المحافل الدولية والإقليمية إلا حديثاً من خلال إعلان القاهرة لحقوق الإنسان في الإسلام 1990، الذي كرس الحق في التنقل في مادته الثانية عشر: " لكل إنسان الحق في إطار الشريعة حرية التنقل، واختيار محل إقامته داخل بلاده أو خارجها وله إذا اضطره حق اللجوء إلى بلد آخر وعلى البلد الذي لجأ إليه أن يجيره حتى يبلغه مأمنه، ما لم يكن سبب اللجوء اقتراف جريمة في نظر الشرع" أنظر: المادة 12 من إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام، تم إجازته من قبل مجلس وزراء خارجية منظمة مؤتمر العالم الإسلامي، القاهرة، 5 أغسطس 1990، مكتبة حقوق الإنسان جامعة منيسوتا، مرجع سابق.

3 الحق في تنقل الأشخاص ذو أهمية بمكان فهو أساس لتأدية الواجبات وسبيل لتحقيق الأهداف وتلبية الاحتياجات وطريق الوصول إلى الرغبات، فهو متطلب أساس لجميع دروب الحياة التي لا تختلف من مكان إلى مكان ولا من زمان إلى زمان وإن اختلف شكلها الخارجي فإنها ثابتة من حيث المضمون.

• الإشكالية :

يُظهر الغرب اليوم نفسه كراعي وحيد لحقوق الإنسان وحرياته عبر الشريعة الدولية التي أقرها وعديد موثيق وإعلانات حقوق الإنسان التي بدت في الظهور نهاية القرن الثامن عشر، غير أن حقيقة الأمر مغايرة لذلك فالشريعة الإسلامية ومنذ القرن الميلادي السابع كانت صاحبة الفضل والسبق في تكريس حقوق الإنسان سيما منها حرية التنقل وذلك في نصوص القرآن الكريم والسنة الشريفة وكذلك أعمال الخلفاء الراشدين؛ من هنا كانت إشكالية البحث متمثلة في تغييب وعدم وضوح تكريس الشريعة الإسلامية لحرية التنقل، وبذلك تتلخص مشكلة البحث في التساؤل التالي: كيف كرست الشريعة الإسلامية حرية التنقل؟

• أسئلة الدراسة :

- أين تكمن ضمانات حرية التنقل في الشريعة الإسلامية؟
- ما مكانة حرية التنقل في الإسلام؟
- لماذا عنيت الشريعة الإسلامية بحرية التنقل؟
- ما مدى موازنة الشريعة الإسلامية بين حاجة الإنسان للتنقل تأدية للعبادة وحاجته لها لأغراضه الدنيوية؟
- كيف ضبطت الشريعة الإسلامية حرية التنقل؟

• منهج البحث :

أعتمد الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي الذي من خلاله تم وصف تكريس حرية التنقل من قبل الشريعة الإسلامية من خلال تحليل نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية ومناقشة أعمال الخلافة الإسلامية لنصل إلى فهم واضح ودقيق لطبيعة تكريس حرية التنقل في الإسلام.

• المخطط :

الفرع الأول : ضمانات حرية التنقل.

أولاً : نصوص القرآن الكريم والسنة.

ثانياً : أعمال الخلافة الإسلامية.

الفرع الثاني : مكانة حرية التنقل.

أولاً : حرية لازمة.

ثانياً : ضوابط مقومة.

## الفرع الأول : ضمانات حرية التنقل في الإسلام.

لم تغفل الشريعة الإسلامية تنظيم وحماية حقوق الإنسان سيما منها الحق في التنقل، فقد كانت نصوص القرآن الكريم وسنة النبي محمد " صلى الله عليه وسلم"<sup>1</sup>، ومسلك الخلفاء الراشدين<sup>2</sup> نبراساً يضيء طريق الإنسان نحو حرية التنقل، غير أن ظهورها في الشريعة الإسلامية كان ضمن ظروف خاصة تختلف عن واقع حرية التنقل الآن، فلم يكن في الدولة الإسلامية حدود تفصل الأمصار عن بعضها البعض بل كانت مفتوحة أمام الأفراد للتنقل فيها ومنها وإليها دون قيد أو شرط<sup>3</sup>، مما ركز اهتمام الدولة الإسلامية على حماية الأفراد أثناء تنقلهم وتوفير سبل الراحة لهم، حيث أطلق الإسلام للأفراد حرية الانتقال ولم يكتف بذلك فحسب، بل ضمن للفرد هذه الحرية في نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية (أولاً) كما شهد زمن الخلافة الإسلامية أعمالاً (ثانياً) فيها من الرقي والعدل والحرية ما يضمن للفرد ممارسة التنقل بشكل يسر.

## أولاً: نصوص القرآن الكريم والسنة.

زخرت الشريعة الإسلامية بضمانات جمة تدل على حماية حقوق الإنسان بعناصرها جمعاء، من خلال صيانتها للضروريات الخمس<sup>4</sup> التي في صيانتها ضماناً للحقوق والحريات العامة<sup>5</sup>، وفي ذات النسق كرس الإسلام الحق في التنقل وأحاطه بالضمانات الكفيلة بحمايته سابقاً بذلك إعلان " الجنا كارتا" في إنجلترا وإعلانات الحقوق الصادرة عن الثوار الفرنسيين والأمريكان باثني عشر قرناً، حين وجد هذا الحفاساسهفي القرآن الكريم والسنة النبوية المشرفة<sup>6</sup>.

حيث أكد القرآن الكريم على أن التنقل من الحقوق الطبيعية الملازمة لطبيعة الإنسان وفطرته فقال تعالى : (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً<sup>7</sup>) فشرّف الله الإنسان وكرمه ويسر له سبل التنقل المختلفة وكذلك وسائله المتنوعة كالخيول والحميز والسفن والنواميس وجعلها متوافقة وطبيعة الإنسان، وبهذا التوافق قامت الحياة الإنسانية التي كان

11 الأسطل. إسماعيل أحمد: "حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني بين الشريعة والقانون"، غزة، مكتبة الأمل التجارية، الطبعة الأولى، 2004، ص229.

12الذنيبات. محمد جمال: "النظم السياسية والقانون الدستوري مع شرح تحليلي للنظام الدستوري الأردني-الحقوق والحريات العامة وتنظيم السلطات الثلاث"، عمان، دار الثقافة، 2003، ص335.

3على خلاف ما هو حادث اليوم من وجود حدود وسدود ومعابر وقيود كبيرة على حركة الأفراد. عثمان. محمد فتحي: "حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والفكر الغربي"، عمان، دار الشروق، الطبعة الأولى، 1982، ص83.

4وهي الدين والنفوس والعرض والعقل والمال. راجع: الزحيلي. وهبة: "نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي"، بيروت: مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة، 1985، ص69.

5 في حفظ هذا الحقوق الخمسة حفظاً لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية المادية منها والمعنوية. راجع: الحاج. ساسي سالم: " المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان"، بيروت، دار الكتاب الجديدة المتحدة، الطبعة الثانية، 2004، ص114.

6 راجع في ذلك: الذنيبات. محمد جمال: " النظم السياسية والقانون الدستوري مع شرح تحليلي للنظام الدستوري الأردني-الحقوق والحريات العامة وتنظيم السلطات الثلاث"، مرجع سابق، ص301.

7 الآية رقم (70) من سورة الإسراء.

أساسها حرية التنقل والترحال التي لأزمت الإنسان منذ خَلَقَهُ، حين استغل ما سخره الله له من أرض مبسوطة وبحار ممدودة ومخلوقات معدودة في تمتعه بجزية التنقل والترحال<sup>1</sup>.

كما حرص القراءان الكريم على تأمين الطرق للمسافرين ومنع التعرض لهممن خلال تحريم التعرض للمسافرين وإيقاع أشد العقوبات على قاطعي الطرق، وجاء ذلك في آية الحِرابَة (قطع الطريق) من كتاب الله عز وجل حينما قال: (إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ)<sup>2</sup>3.

أتى ذلك متزامناً مع عديد الأحاديث والتوجيهات النبوية الهادفة إلى تعزيز وضمأن حرية الفرد في التنقل نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

الأمر بإعطاء الطريق حقه بعدم الجلوس فيه دون حاجة، وبغض البصر ورد السلام، وحظر أي عمل من شأنه إعاقة أو عرقله حرية الأفراد في غدوهم ورواحهم وقد جاء ذلك في قوله "صلى الله عليه وسلم": (ياكم والجلوس في الطرقات، قالوا يا رسول الله هي مجالسنا ما لنا منها بد، قال فإن كان كذلك فأعطوا الطريق حقه، قالوا: وما حقه؟، قال: غض البصر، وكف الأذى، ورد السلام، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر) في الحديث يتجلى حرص الإسلام على تنظيم الانتقال وتسهيل المرور في الشوارع والطرقات في الذهاب والإياب، سعياً لتمتع الفرد بحقه في حرية التنقل دون معارضة أو تعدي من أحد<sup>4</sup>.

حَثَ الأشخاص على إمطة الأذى عن الطريق وجعل هذا العمل عبادة يتقرب بها العبد إلى الله ويؤجر عليها حين اعتبر رسول الله "صلى الله عليه وسلم" إمطة الأذى عن الطريق أحد شعب الإيمان بقوله "صلى الله عليه وسلم" في الحديث المشهور: (الإيمان بضع وسبعون شعبه أفضلها لا إله إلا الله وأوضعها إمطة الأذى عن الطريق والحياء شعبة من الإيمان)<sup>5</sup>.

بهذه النصوص القراءانية والتوجيهات النبوية تجد حرية التنقل طريقها نحو الضمان في الإسلام فالقراءان الكريم والسنة النبوية يعتبران بمثابة الدستور للمسلمين، وهنا نشير أن تعليمات الشريعة وخاصة ضمانات حرية التنقل لا تخص المسلمين فقط بل هي واجبة في حق المسلمين تجاه البشر جمعاء من مسلمين وغير مسلمين مما يصبغ هذه الضمانات بالصبغة العالمية فالشريعة الإسلامية صالحة ومصلحة لكل زمان ومكان.

1 حسين. محمد بكر: "الحقوق والحريات العامة- حق التنقل والسفر"، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2008، ص133.

2 الآية رقم (33) من سورة المائدة.

3 الطعيمات. هاني سليمان: "حقوق الإنسان وحرياته الأساسية"، عمان، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2006، ص139.

4 مانع. أمحمد محمد: "أثر تكنولوجيا المعلومات على ممارسة الحقوق والحريات العامة"، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2012، ص38.

5 عبيد الستار. فوزي: "الإسلام وحقوق الإنسان"، القاهرة، دار النهضة العربية، 2007، ص77.

## ثانياً : أعمال الخلافة الإسلامية.

لم يقتصر تكريس حرية التنقل في الإسلام على نصوص القرءان الكريم والسنة بل كانت أعمال الخلفاء الراشدين وتصرفاتهم تتوافق مع هذه النصوص وتعزز ضمان هذه الحرية، فهذا خليفة المسلمين عمر بن عبد العزيز<sup>1</sup> قرر حرية التنقل بكافة الوسائل المتاحة في عصره، ودعا ولايته لتيسير أمر تنقل المواطنين حين قال: دعوا الناس تتجر بأموالها في البر والبحر ولا تحولوا بين عباد الله ومعايشهم، وفي ذلك دلالة واضحة على تكريس حرية التنقل في الدولة الإسلامية، وتكفل والي أمر المسلمين بحمايتها بجميع صورها سواء البرية أو البحرية، ولم تكن صورة التنقل الجوية موجودة في ذلك الزمان وإلا لكانت من جملة الصور المكفولة لحرية التنقل<sup>2</sup>. كما جاء في الأثر أن عمر بن الخطاب قال: والله لو عثرت بغلة في العراق لسألني الله عنها لما لم تمهد لها الطريق<sup>3</sup> وبذلك إعتبر الإسلام حماية تنقل الأشخاص وتوفير الوسائل اللازمة لذلك واجب على والي أمر المسلمين يُسأل عنه أمام الله وأمام الرعية.

لم تكتفِ الخلافة الإسلامية بتكريس حرية التنقل وحمايتها وتوفير جميع السبل اللازمة لتمتع المواطنين بها، بل حرصت المواطنين على التنقل بين أمصار الدولة الإسلامية وإلى خارجها، فقد حرص الفاروق عمر ابن الخطاب "رضي الله عنه" على ذلك حين قال : (إن الحجاز ليس لكم إلا بدار نعجة، سيروا في الأرض التي وعدكم الله في الكتاب أن يورثكموها)<sup>4</sup>.

كما حرص الخلفاء الراشدين "رضي الله عنهم" على حرية التنقل شديد الحرص طوال حقبتهم، على الرغم من الأحداث العظام التي شهدتها الدولة الإسلامية من فتن وانقلابات وخروج على الحكام، وقد سطر الإمام علي بن أبي طالب "رضي الله عنه وأرضاه" أروع الأمثلة في حفاظ الحاكم على تمتع المواطنين بحرية التنقل في الظروف الاستثنائية التي قد يجعلها البعض مبرراً لانتهاك حقوق المواطنين وحررياتهم الأساسية، فحرص الإمام علي على حرية تنقل المواطنين أثناء فتنة تنازع الخلافة سواء كانوا معارضين له أو من أنصاره أو مواطنين أو أجانب، ولم يصد أحد ممن كانوا يذهبون إلى من ينازعه الحكم وهو معاوية بن أبي سفيان<sup>5</sup>.

يتبين من ذلك أن الإمام علي رضي الله عنه لم يجعل الظروف الاستثنائية مبرراً للحرمان من حرية التنقل ما دام تمتع الشخص بها لا يُسبب ضرراً لغيره من الأشخاص الذين يتقاسمون معه المعيشة في ذات

1 لم يأت عمر بن عبد العزيز بعد الخلفاء الأربعة الذين خلفوا رسول الله صلى الله عليه وسلم مباشرة بعد وفاته لكن فقهاء الشريعة الإسلامية اعتبروه خليفة للمسلمين لأن حكمه كان مطابقاً لحكم الخلفاء الراشدين فقد ساد العدل والرحمة والنزاهة والاستقامة في حكمه.

2موسى. محمد فتحي: "التربية وحقوق الإنسان في الإسلام"، الإسكندرية، دار الوفاء، الطبعة الأولى، 2006م، ص 64.

3النبلسي. محمد راتب: "سيدنا عمر بن الخطاب". الندوة الثانية العشرون من برنامج فسألوا أهل الذكر، منشور على الصفحة الإلكترونية " موسوعة

النبلسي " تم الإطلاع عليها بتاريخ 28 مايو 2021، على الرابط: <http://www.nabulsi.com/web/article/7606>

4غزوي. محمد سليم محمد: "الحرية العامة في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية والغربية والماركسية". الإسكندرية، جامعة الإسكندرية، أطروحة دكتوراة، 1977، ص 37.

5 أنظر: الصمد. حمد محمد: "نظام الحكم في عهد الخلفاء الراشدين"، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 1994، ص 159.

الأرض، وفي واقعة طلحة والزبير<sup>1</sup> لم يقيد حريتهما للسبب الخفي وهو الغدرة لوجود سبب ظاهر مشروع فلا يجوز للدولة حرمان الأشخاص من حرياتهم الأساسية أو تقييدها لأسباب خفية<sup>2</sup>.

بذلك انعكست دلالات نصوص القرآن الكريم والسنة المشرفة على أعمال الخلفاء الراشدين ليكون ذلك قاعدة فقهية يبنى عليها أساس متين قادر على تكريس حرية التنقل على الوجه الأمثل الذي يحقق العدالة والكرامة، ليكون ذلك سبقاً عظيماً في ضمان حرية التنقل يجب أن يبرز ويستفاد منه على الوجه الأمثل، فحرية التنقل تحظى بمكانة عظيمة في الإسلام كما جعل الأخير من ضبطها شعاع نور يصحح الاعوجاج ويوقف الانحراف.

### الفرع الثاني : مكانة التنقل في الإسلام.

كرست الشريعة الإسلامية حرية التنقل منذ عشرات القرون على نحو فيه من الثبات الكافي لإقرار قواعد متينة يستند إليها الأفراد في ممارسة حريتهم في التنقل فلقد كان الإسلام دين شمول ومثالية تستقيم فيه مبادئ العدالة والإنصاف؛ لذا سنبحث في ضوء ذلك مكانة الحق في تنقل الأشخاص بين نصوص الشريعة الإسلامية التي يسرت لهم سبيل ذلك كون حرية التنقل تحظى بمكانة عظيمة فهي لازمة لتأدية العبادات وتحقيق مآرب الحياة (أولاً)، وفي ذات الوقت ضبطت الشريعة الإسلامية حرية التنقل ضبطاً عادلاً (ثانياً) هدف إلى الحفاظ على الصالح العام وتقويم سلوك الأفراد دون التعدي على حريتهم في التنقل.

#### أولاً : حرية لازمة.

تجلى تكريم الله لعباده بخلقهم احراراً يتمتعون بكافة الحقوق والحريات على وجه العدل والمساواة، ويعتبر إقرار حرية التنقل جزءاً من هذا التكريم، في ضوء ذلك تبرز مكانة حرية التنقل فهي لازمة لكل إنسان لممارسة حياته الطبيعية التي جعلها الله لغاية مزدوجة هي عمارة الأرض وعبادة الله، وهما أمران من الصعب تحقيقهما دون توافر الحرية في التنقل.

فقد فرض الله عبادات واجبة على المسلم لا يستطيع القيام بها إلا بتمتعه بجزية التنقل والحركة، وبذلك ارتبط تأدية الفرد لعبادته بمدى تمتعه بجزية التنقل لتكون تلك الجزية جزءاً لا يتجزأ من عبادة الله عز وجل وفي هذا الصدد نذكر بعض العبادات التي لا يمكن أن تؤدي إلا بتمتع الفرد بجزية التنقل على سبيل الذكر لا الحصر:

**فريضة الحج :** حيث شرع الإسلام فريضة الحج وأوجبها على كل مسلم عاقل بالغ مقتدر، فقال تعالى في آيات الذكر المبين : (وَأَذِّنْ فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالًا وَعَلَى كُلِّ ضَامِرٍ يَأْتِينَ مِنْ كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ<sup>3</sup>).

1 حيث أنه لم يمنع طلحة والزبير حين استأذناه بالخروج من المدينة والذهاب إلى مكة بحجة أداء العمرة، بل أذن لهم مع أنه كان يعلم بأن نيتهم كانت الانضمام إلى صف معاوية في مكة حيث قال حينها: (والله ما تريدان العمرة إنما تريدان الغدرة).

12الأسطل. إسماعيل أحمد: "حقوق الإنسان في الشريعة والقانون"، غزة، الجامعة الإسلامية كلية الشريعة، 1996، ص 229.

3 الآية رقم (27) من سورة الحج.



كما فرض الله عبادة الجهاد فقال تعالى : (انْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ<sup>1</sup>) فكيف للإنسان أن ينفر دون تمتعه بحرية التنقل، من خلال هذا الطرح يتضح لنا أن الإسلام لا ينظر إلى حرية التنقل على أنها حق مكرسٌ ومحميٌ فقط بل ينظر إليها على أنها أمرٌ واجبٌ، فالقاعدة الفقهية تقول ما لا يقوم الواجب إلا به فهو واجب، فالجهاد والحج وصلة الرحم وزيارة القبور وعود المريض والذهاب لصلاة الجمعة في المسجد وغيرها من العبادات لا تقوم إلا بتمتع الشخص بحرية التنقل.

وشرعَ التنقل بقصد زيارة الأرحام والإخوان في الله ففي الحديث عن رسول الله "صلى الله عليه وسلم" قال : (زار رجل أخاً له في قرية فأرسل الله ملكاً على مدرجته، فقال أين تريد؟ قال: أريد أخاً لي في هذه القرية فقال هل لك عليه من نعمة تؤدها؟ قال: لا، إني أحبه في الله تعالى، قال إني رسول الله إليك، بأن الله أحبك كما أحببتَه) ولا يقل أهمية ما جاء عن الرسول الله "صلى الله عليه وسلم" في زيارة البقاع المقدسة عن غيرها من العبادات، ظهر ذلك في حديث النبي "صلى الله عليه وسلم" : (لا تشد الرحال إلا إلى ثلاث مساجد المسجد الحرام ومسجدي هذا والمسجد الأقصى)<sup>2</sup>.

يعتبر الحق في تنقل الأشخاص أحد الحقوق الشخصية التي تعني قدرته على التصرف في شؤونه الخاصة أمناً من الإعتداء على نفسه وماله أو عرضه وعقله، وهي التي كان الإسلام سبباً في حمايتها لمساعدة الأفراد على العيش بحرية وكرامة تؤمن لهم تحقيق أهدافهم المعيشية<sup>3</sup>، فهو ذو أهمية بمكان كونه أساس لتأدية الواجبات وسبيل لتحقيق الأهداف وتلبية الاحتياجات وطريق للوصول إلى الرغبات، بذلك تكمن مكانته كمتطلب أساس لجميع دروب الحياة التي لا تختلف من مكان إلى مكان ولا من زمان إلى زمان نذكر منها بعض ما ورد في كتاب الله عز وجل على سبيل المثال لا الحصر :

حرص الإسلام على حث الأشخاص على طلب الرزق من خلال السعي والتنقل في الأرض حيث قال تعالى : (فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ<sup>4</sup>) وفي هذا دلالة واضحة على تشجيع الأشخاص على التمتع بحرية التنقل ذهاب وإياب حيث شأؤوا في أقطار الأرض والتردد في أقاليمها وأرجائها تحقيقاً لأهدافهم.

أكد الإسلام ضرورة التمتع بحق التنقل بغيره طلب الرزق في موضع آخر فقال تعالى : (هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ<sup>5</sup>) وفي ذلك بياناً لتكريس الإسلام للحقوق والحريات في سبيل الخير والصلاح، فالإسلام جاء معزز للقيم والأخلاق الحميدة التي كانت موجودة في قريش

1 الآية رقم(41) من سورة التوبة.

2 الطعيمات. هاني سليمان: "حقوق الإنسان وحرياته الأساسية"، المرجع سابق، ص139.

3الحاج. ساسي سالم: "المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان"، مرجع سابق، ص127.

4 الآية رقم(10) من سورة الجمعة.

5 الآية رقم(15) من سورة الملك.

قبل بعثة النبي محمد "صلى الله عليه وسلم" فقد كان العرب في قريش أصحاب تجارة وتنقل بين الأمصار؛ لتبادل السلع والمنتجات فكرس القرآن الكريم هذا العمل في قوله تعالى: (لِيَلْفِ قُرَيْشٍ (1) إِيْلَافِهِمْ رِحْلَةَ الشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ<sup>1</sup>) فكانت رحلات العرب التجارية في فصل الصيف تنطلق من مكة إلى الشام وفي فصل الشتاء تنطلق من مكة إلى اليمن، فهي مترامية الأطراف ومتعددة الجهات<sup>2</sup>.

قد يرى البعض أن الآيات السابقة تدل على عبادة الله وليس على مكانة حرية التنقل، كما يتحدث بذلك بعض من دعاة التصوف، ولكن هذا الرأي مخالفاً لأحكام ومقاصد الشريعة الإسلامية التي تحمل أهداف سامية وجليلة، لعل أبرزها إعمار الأرض والسعي نحو طلب الرزق، زد أن فقهاء الشريعة الإسلامية لهم تحفظات وملاحظات على نهج التصوف ككل وليس على أرائهم فحسب، وهذا يقدر أيضاً في صحة ما ذهب إليه المتصوفون<sup>3</sup>.

وهنا لا يخفى حرص الإسلام على طلب العلم بجميع فروعهِ سواء كان علماً شرعياً أو علماً دنيوياً، وتَوَجَّ الإسلام هذا الحرص بكفالة حرية التنقل لطالب العلم حيث قال تعالى: (وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ<sup>4</sup>) كما حث النبي "صلى الله عليه وسلم" على طلب العلم، حتى ولو كان في أبعد الأمصار فقال: (اطلبوا العلم ولو في الصين، فإن طلب العلم فريضة على كل مسلم) أخرجه الخطيب وابن عبد البر<sup>5</sup>، البر<sup>5</sup>، ولقد نهج المسلمون على ذلك النهج، ورأينا ذلك جلياً في سيرة علماء المسلمين وفقهائهم، فنقرأ في سيرهم أن العالم الفلاني ولد في بلد كذا وعاش في بلد كذا وطلب العلم في بلد كذا وعلم الناس في بلد كذا، فهذا ابن خلدون أندلسي حضرني الأصل تونسي المولد تخرج من جامعة الزيتونة وتنقل إلى عديد المدن التي كان من بينها مدينة بسكرة وقرنطة وبجاية وتلمسان ثم توجه إلى مصر وتولى فيها قضاء المالكية ومات ودفن في القاهرة.

ثانياً: ضوابط مَقُومَةٍ.

قد يرى البعض في ضوابط الحقوق والحريات بوجه عام وحرية التنقل بوجه خاص اعتداء على كرامة الإنسان وكيونته ونرى أنهم محقون خاصة في ظل ما نشهده اليوم من تعدد صارخ على حرية التنقل في عالمنا العربي إلا أننا نؤكد أن نهج الشريعة الإسلامية مغايراً لذلك، فقد جعل الإسلام من ضوابط حرية التنقل خيوطاً يُنسج بها ثوب الأخلاق والأدب، فحارب جريمة الزنا كونها أعظم المهديدات للأمن والسلم المجتمعي،

1 الآيات رقم (1) و(2) من سورة قريش.

2 غزوي. محمد سليم محمد: "الحريات العامة في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية والغربية والماركسية"، مرجع سابق، ص33.

3 غزوي. محمد سليم محمد: "الحريات العامة في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية والغربية والماركسية"، المرجع سابق، ص34.

4 الآية رقم (122) من سورة التوبة.

5 السيوطي. جلال الدين: "رسائل من التراث الإسلامي، جزء فيه طرق حديث طلب العلم فريضة على كل مسلم"، قدّم لها وضبط نصوصها وعلق عليها: علي حسن علي عبد الحميد، عمان، دار عمار، الطبعة الأولى، 1988، ص20.

يُنْتَهَكُ بِهَا أَعْرَاضُ الْمُسْلِمِينَ، وَتُخْلَبُ بِالْأَخْلَاقِ وَالْآدَابِ الْعَامَةِ، لِذَا كَانَ الْجِزَاءُ مِنْ جِنْسِ الْعَمَلِ أَنْ عَوْقِبَ الزَّانِي بِالْجُلْدِ مِائَةَ جَلْدَةٍ وَالتَّغْرِيبَ لِمُدَّةِ عَامٍ (كأحد قيود حرية التنقل) إذا كان أعزب غير محصن وذلك لقوله تعالى: (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشِهْدَ عِدَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ)<sup>1</sup>، وقول النبي "صلى الله عليه وسلم" حينما جاء أحد الصحابة ليشفع لابنه الزاني بمائة شاه وخادمة: (والذي نفس محمد بيده لأقضين بينكما بكتاب الله جل ذكره، المائة شاه والخادمة رد عليك، وعلى ابنك جلد مئة وتغريب عام)<sup>2</sup>.

روي عن عمر بن الخطاب أثناء سيره في الليل بين شوارع المدينة يتفقدته شؤون الرعية إذا به يسمع امرأة تقول: (هل من سبيل إلى الخمر فأشربه، أو من سبيل إلى نصر بن حجاج)، فلما جاء الصبح علم الفاروق أن نصر بن حجاج هو أحد شباب المدينة ومن شعرائها المشار إليهم بالبنان، فلما أحضره وجده شاب شديد الجمال، فحلق له شعره فزاد حسناً، فنقله إلى البصرة وزوده بمال كي يتجر به لينشغل عن النساء وتنشغل النساء عنه<sup>3</sup>.

يرى البعض أن الإسلام قيد حرية المرأة بالتنقل لدواعي أخلاقية، لكن حقيقة الأمر مغايرة لذلك فالإسلام كفل للمرأة حرية التنقل ولم يميز بينها وبين الرجال في ذلك، لكن ما يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار أن حجم الخطر المترتب على سفر المرأة لوحدها في القدم كان ذا أثر سلبي كبير على نفسها وعرضها، كما يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار الفوارق المتعلقة بطبيعة الزوجة وخصوصيتها، وكذلك التزاماتها الأسرية، لذلك منح الإسلام للزوج إقرار بعض الضوابط على حرية تنقل زوجته، كالاستئذان قبل مغادرة البيت وما على شاكلته، وجعل لهذا التقييد ثمن يفوقه ألا وهو إلزام الرجل بتوفير جميع احتياجاتها وهي جالسة في بيتها، بذلك لا تحتاج المرأة الخروج من بيتها إلا للضرورة كالعلاج، أو زيارة والديها وأرحامها، وعيادة المرضى، وطلب العلم، فهذه الأمور سُمح للمرأة الخروج بها من البيت، أما غيرها من الأمور فيحق لها الخروج لكن بما لا يتعارض مع ضوابط الاستئذان من الزوج والتزاماتها الأسرية تجاه زوجها وأبنائها<sup>4</sup>.

لا تعد ضوابط سفر المرأة في الإسلام، كأن تكون بصحبة أحد المحارم من قبيل تقييد المرأة، بل من قبيل إلزام الرجال بأن يقوموا بحماية محارمهم من النساء أثناء رحلاتهم البعيدة، وفي الإجمال نرى أن الإسلام قد كفل للمرأة حقها في حرية التنقل والحركة، لكنه وضع ضوابطاً لتلك الحرية، لا تتعدى إلى مرحلة التقييد أو الحرمان، بل ضوابط متوازنة هدفها الحفاظ على خصوصية المرأة وعرضها، للحفاظ على العرض من

1 راجع: سورة النور آية رقم (2).

2الأسطل. إسماعيل أحمد: "حقوق الإنسان في الشريعة والقانون"، مرجع سابق، ص 208.

3 فعل ذلك الفاروق رضي الله عنه وهو يعلم أن جمال الشخص لا يستدعي إبعاده إلا أن النساء كُنَّ يفتنن بجماله فهذا من شأنه الإخلال بالأخلاق والآداب العامة، ودرأ المفسدات أولى من جلب المصالح، وإبعاده كان دفعاً لمفسدة إفتتان النساء به بغيب أزواجهن ففترات طويلة لإنشغالهم بالجهاد في ذلك الوقت، تفضيلاً على مصلحته ببقائه في المدينة، وعض الفاروق هذا الصحابي عن فوات مصلحته بمنحه مال وفير للتجار به. أنظر: الطعيمات. هاني سليمان: "حقوق الإنسان وحرياته الأساسية"، عمان، مرجع سابق، ص 143.

4الأسطل. إسماعيل أحمد: "حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني بين الشريعة والقانون"، مرجع سابق، ص 233.

الضروريات الخمسة في الإسلام<sup>1</sup>، وكذلك مراعاة للالتزامات الملقاة على عاتقها تجاه الزوج والأبناء فهي ملزمة بتربية الأبناء وكذلك تهيئ المأكل والمشرب والفراش لزوجها لأن في ذلك حفاظاً على الأسرة.

شُرعت عقوبة النفي في الإسلام كعقوبة لجريمتين عظيمتين هما: الزنا والحراقة والمدقق للأمر يجد أن الإسلام عاقب بتقييد حرية التنقل من إعتداء على حق الغير في التنقل فكانت عقوبة النفي لمن يقومون بقطع الطرق، ويراد بالنفي الطرد أو الإبعاد، نفاه من بلده أي أخرجه منها، والبلد الذي يُنفى إليه يعرف بالمنفى، ويقول تعالى: (إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ)<sup>2</sup> والإمام مُخير في اختيار العقوبة المناسبة للمحاربين من بين العقوبات التي نصت عليها الآية الكريمة، فإن اختار النفي طردهم إلى غير البلد التي أفسدوا فيها، أو حبسهم في دار الجناية، وهذا ما قال به أبو حنيفة وأكثر أهل الفقه حينما اعتبروا أن الحبس هو نفي<sup>3</sup>.

#### خاتمة :

يظهر من ذلك أن ضوابط حرية التنقل في الإسلام قد شرعت لتقويم السلوك وتنظيم العلاقات بين الأفراد بشكل يضمن عدم تعدي أحدهم على الآخر وليس بهدف التعدي على حرية الأفراد واستغلال سلطة الضبط لتحقيق مصالح فئة معينة على حساب حقوق الأفراد وحرمتهم في التنقل، وهنا يتضح الفرق الشاسع بين مبادئ الشريعة الإسلامية وقيمها المثلى ونصوص القانون الوضعي التي يساء استخدامه نظراً لضعفها وتحكم الفئة الحاكمة في وجودها منذ البداية ومن ثم تطبيقها وتعديلها، من هنا يمكننا التأكيد على أن الشريعة الإسلامية هي شريعة حرية وعدل ومساواة لا شريعة قتل وإجرام مثلما يروج عنها، وقد خلصت هذه الدراسة إلى النتائج والتوصيات التالية :

#### النتائج :

- كرسّت الشريعة الإسلامية حرية التنقل على نحو فيه من العدل والمساواة.
- صلاحية ضمانات حرية التنقل في الشريعة الإسلامية لضمانها في وقتنا الحاضر رغم ورودها منذ قرون.
- تناسقت ضمانات حرية التنقل في الشريعة الإسلامية بشكل يعطيها ضماناً متيناً.
- ظهرت مكانة حرية التنقل في الشريعة الإسلامية كونها حرية لازم ديني ومتطلب حياتي.
- ضبّطت الشريعة الإسلامية حرية التنقل ضبطاً مقيماً للسلوك البشري.

1الطعيمات. هاني سليمان: "حقوق الإنسان وحرياته الأساسية"، مرجع سابق، ص143.

2 أنظر سورة المائدة آية رقم (33).

3الأسطل. إسماعيل أحمد: "حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني بين الشريعة والقانون"، مرجع سابق، ص232.

## التوصيات :

- مواجهة حملة التشويه ضد الشريعة الإسلامية من خلال إبراز نصوصها ومبادئها المكرسة لحقوق الإنسان.
- الاستفادة من تكريس حرية التنقل ليكون رافعة شرعية قانونية لها في فلسطين والعالم العربي والإسلامي.
- أخذ ضوابط حرية التنقل الواردة في الشريعة الإسلامية كحدود لا يمكن تجاوزها لما فيها من العدل والمساواة.

## ❖ المراجع :

- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 : الوقائع، العدد الممتاز 2، 19 مارس 2003.
- إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام: تم إجازته من قبل مجلس وزراء خارجية منظمة مؤتمر العالم الإسلامي، القاهرة، 5 أوت 1990، م.إ: مكتبة حقوق الإنسان-جامعة منيسوتا.
- إسحق. ممدوح مجيد: " قواعد المنع من السفر"، القاهرة، المكتبة التوفيقية، 2010.
- الأسطل. إسماعيل أحمد: "حقوق الإنسان في الشريعة والقانون"، غزة، الجامعة الإسلامية كلية الشريعة، 1996.
- الأسطل. إسماعيل أحمد: "حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني بين الشريعة والقانون"، غزة، مكتبة الأمل التجارية، الطبعة الأولى، 2004.
- الحاج. ساسي سالم: " المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان"، بيروت، دار الكتاب الجديدة المتحدة، الطبعة الثانية، 2004.
- حسين. محمد بكر: " الحقوق والحريات العامة حق التنقل والسفر"، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2008.
- الذنبيات. محمد جمال: " النظم السياسية والقانون الدستوري مع شرح تحليلي للنظام الدستوري الأردني-الحقوق والحريات العامة وتنظيم السلطات الثلاث"، عمان، دار الثقافة، 2003.
- الزحيلي. وهبة: " نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي"، بيروت: مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة، 1985.
- السيوطي. جلال الدين: " رسائل من التراث الإسلامي، جزء فيه طرق حديث طلب العلم فريضة على كل مسلم"، قَدَمَ لها وضبط نصوصها وعلق عليها: علي حسن علي عبد الحميد، عمان، دار عمار، الطبعة الأولى، 1988.
- الصّمد. حمد محمد: " نظام الحُكم في عهد الخلفاء الراشدين"، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 1994.
- الطعيمات . هاني سليمان: " حقوق الإنسان وحرياته الأساسية"، عمان، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2006.

- عبد الستار. فوزي : " الإسلام وحقوق الإنسان" ، القاهرة، دار النهضة العربية، 2007.
- عثمان. محمد فتحي : " حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والفكر الغربي" ، عمان، دار الشروق، الطبعة الأولى، 1982.
- غزوي. محمد سليم محمد : " الحريات العامة في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الغربية والماركسية" ، الإسكندرية، جامعة الإسكندرية، أطروحة دكتوراة، 1977.
- مانع. أحمد محمد أحمد: " أثر تكنولوجيا المعلومات على ممارسة الحقوق والحريات العامة" ، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2012.
- المكيني. الناصر: " الإسلام والدستور" ، تونس، مجمع الأطرش، 2014.
- موسى. محمد فتحي : " التربية وحقوق الإنسان في الإسلام" ، الإسكندرية، دار الوفاء، الطبعة الأولى، 2006.
- النابلسي. محمد راتب : " سيدنا عمر بن الخطاب" . الندوة الثانية العشرون من برنامج فسألوا أهل الذكر، منشور على الصفحة الإلكترونية " موسوعة النابلسي" تم الإطلاع عليها بتاريخ 28 مايو 2021، على الرابط : <http://www.nabulsi.com/web/article/7606>

مجلة الفقه والقانون  
[www.majalah.be.ma](http://www.majalah.be.ma)

**ردمد : 2336-0615**