



مجلة الأحقاف
للدراستات والبحوث القانونية



مجلة الأحقاف

للدراستات و البحوث القانونية

□

مجلة قانونية محكمة تصدر عن
قسم الشريعة والقانون بجامعة الأحقاف

العدد الأول - اغسطس ٢٠٢٢ م





مجلة الأحقاف للدراست والبحوث القانونية

أعضاء هيئة التحرير

رئيس التحرير	د. أحمد سالم أحمد بن عقيل
مدير التحرير	د. نزار شيخ أحمد القرن
سكرتير التحرير	محمد سقاف أحمد بلفقيه

الناشر

قسم الشريعة والقانون بجامعة الأحقاف

اليمن – حضرموت

البريد الإلكتروني

law.m@ahgaff.edu

فهرس المحتويات

الصفحة	عنوان البحث
٥	كلمة عميد الكلية
٦	كلمة رئيس التحرير
٧	النظام القانوني لأذون الخزانة . د. مكسيم معاون السباعي
٣٢	اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في التشريع اليمني بين الاستخلاف والتوطين والمشروعية . د. هاشم علوي مقبيل
٦٥	دعاوى الحيازة في التشريع اليمني . أ / حسن عوض بامؤمن
٨٣	علامات البلوغ الشرعية وأثرها في المسؤولية الجنائية بين الشريعة الإسلامية والقانون . د. أحمد سالم بن عقيل
١٠٨	التعاقد بالعربون في الفقه الإسلامي والقانون ، دراسة مقارنة . القاضي سعيد رمضان بلوعل
١٣٤	قواعد التصرف عن الغير دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني اليمني . د. عبدالرحمن عبدالله السقاف
١٦٤	السائح بين الضوابط الشرعية والمعايير القانونية . د. علوي سالم ابو فطيم
١٨٦	مسئولية تعويض أضرار الشركات النفطية ، دراسة تأصيلية فقهية قانونية . د. عبدالرحمن بن موسى الحبشي

كلمة عميد الكلية

الحمد لله رب العالمين، الذي أعلَى شأنَ العِلْمِ ورفَعَ قدرَ أهْلِهِ، والصَّلَاةُ والسَّلَامُ عَلَى سَيِّدِ
الأنام، إمام العلماء العاملين، وعلى آلِهِ وصحبِهِ أجمعين.

يسرُّني أن أكتب في عَجَالَةٍ هذه الأسطرَ في افتتاحية العددِ الأوَّلِ من مجلَّةِ الأحقاف
لدراسات والبحوث القانونية، التي تصدَّى لإصدارها قسمُ الشريعة والقانون في كليتنا
(الشريعة والقانون) بجامعة الأحقاف، تلك الكلية التي أخذت على عاتقها، وجعلت أولويات
مهامها بناء أجيالٍ رائدة في التخصصات الشرعية المختلفة، ومن أهمها التخصص في الشريعة
والقانون، ونأمل أن تكون هذه المجلَّةُ رائدةً في نشر أبحاثٍ رصينة ومهمَّةٍ وغير تقليديَّة، تُعنى
بتأصيل القوانين شرعيًّا، ودراستها دراسةً تاريخيَّةً بمعرفة جذورها الأولى، مُتبنيةً فكرةً أنّ
الأصلَ في وضع التشريعات والقوانين للدول هو المصدرُ التشريعيُّ الرئيس (الكتاب والسنة)، مع
الاستفادة القصوى من الموروث الإسلامي، فقهاً وسياسةً شرعيَّةً وعلمَ اجتماعٍ وفلسفةً،
وغيرها من العلوم التي أقامت مؤسساتها الشرعية على أسسٍ علميَّة، وأخلاقٍ مهنيَّةٍ شرعيَّة،
حتَّى جاءت القوانين الوضعيةً مستفيدةً منها، لكن عملت على تجييرها لغلبة المفاهيم الماديَّة
البحثية وغلبة القوي، حتَّى صرنا نحن -المسلمين- نعجبُ بها ونحكِّمها في حياتنا ومجتمعاتنا.

وأرجو أن تسعى هذه المجلَّةُ الفتيَّةُ لنشر أبحاثٍ مقارنَةٍ، لتفنيديَّةٍ خطيرةٍ جُملةً من
القوانين الوضعيةً على معتقداتنا الإسلامية، وتعمل على أمرين مهمَّين:

١- إعادة الثقة بالموروث الإسلامي، مع ضرورة تخليصه من الشوائب التي علقت به، أو القيود التي
كبَّلت الباحثين والدَّارسين في خوض غمار بحث مسائلٍ مهمَّةٍ، عُدد البحثُ فيها مغلقًا، لا يجرؤ
أحدٌ مهما بلغ علمه أن يفندها ويمحصها، مع مراعاة خوف الله تعالى والعمل بالتمهوض بالأُمَّة.

٢- الاستفادة من الأفكار والرؤى والإجراءات في القوانين لمختلف الدول، فالحكمة ضالة المؤمن.
نسأل الله تعالى أن يوفِّق القائمين على هذه المجلَّةِ لما يحبُّه ويرضاه، وتكون مشجعةً
للأقسام الأخرى بنشر مجلاتٍ تنهض بالأُمَّة تعترض مع هذه المجلة.

والله المعين والهادي إلى سواء السبيل

أ.م/ عبد الله عوض عمر بن سميط

القائم بأعمال عميد الكلية

٢٠٢٢/٨/٢٧ م

كلمة رئيس التحرير

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد الذي علم بالقلم علم الإنسان مالم يعلم، والصلاة والسلام على المعلم الأول والمرشد الأكمل سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وسلم تسليما كثيرا
اما بعد : فإن من دواعي السرور البالغ والابتهاج الكبير أن نقدم بين يدي القراء الكرام من العلماء والباحثين وطلاب العلم في كل مكان هذا العدد الأول من مجلة الأحقاف للدراسات والبحوث القانونية التي تصدر عن قسم الشريعة والقانون بكلية الشريعة والقانون جامعة الأحقاف.
يأتي هذا العدد كباكورة لأعداد مجلة الأحقاف التي أنشأت بقرار رئيس جامعة الأحقاف رقم ١٥ لعام ٢٠٢١م هي المجلة التي تخصصت لنشر الأبحاث المحكمة في مجال القانون والقانون المقارن بالشريعة الإسلامية. ولا يخفى على أي مطلع ما بلغته جامعة الأحقاف عموما وكلية الشريعة والقانون خصوصا من مكانة علمية في المجتمع الأكاديمي العلمي في العالم العربي والإسلامي لتكون هذه المجلة تأكيدا على ذلك النهج الرصين، واستمرارا في ذلك الطريق الذي يضيء للسائرين دروب العلم ومجالات الحياة.
وقد أولت الجامعة ممثلة في رئيسها فضيلة البروفيسور عبدالله بن محمد باهارون ونائبه الدكتور صادق بن عمر مكنون أهمية عظمى للمجلة وهيأت كافة الظروف والأسباب المناسبة لإصدارها كونها أول مجلة علمية محكمة تصدر في الجامعة، تؤكد ما بلغته الجامعة من شأو ومكانة علمية صار لها درجة عالية في الاعتماد والجودة الأكاديمية.
كما لا يخفى على كل باحث أهمية مجال القانون ودوره في جميع مجالات حياة الإنسان التي يحتاجها ليحقق الاستقرار ويحسّن التعامل مع غيره من أهله وجيرانه ومعاصريه من الناس، وهو ما كان سببا لإنشاء هذه المجلة وإصدار هذا العدد
يصدر هذا العدد الأول بثمانيّة أبحاث تتوزع على تخصصات عدة من تخصصات القانون شملت المالية العامة والقانون المدني والقانون الجنائي والدولي العام والخاص تم تحكيمها من قبل هيئة إشرافية وتحكيمية من أساتذة لهم الباع الكبير والخبرة الكبيرة في مجال القانون والقانون المقارن.
وتشد هيئة التحرير بالمجلة على أيدي الباحثين من أهل الاختصاص في القانون على تقديم أبحاثهم للمجلة في الأعداد القادمة إسهاما في نشر العلم وتحقيق الفائدة والتوعية بالمجال القانوني وخدمة للقضاة والمحامين والعاملين في مجال القانون والمتخصصين فيه.
كما نتقدم هيئة التحرير بوافر الشكر والتقدير لكل من كان سببا في إخراج هذا العدد وتأمل أن يتوافر فيه وفي الأعداد القادمة ما يشفي غليل الباحثين ويروي نهمهم للاستفادة والاستزادة من العلم والبحث والتحقيق.

د/ أحمد بن سالم بن أحمد بن عقيل

رئيس التحرير

النظام القانوني لأذون الخزانة

(دراسة مقارنة)

د/ مكسيم معاون السباعي

قسم القانون - كلية الحقوق والعلوم الإنسانية - جامعة سيئون - حضرموت - اليمن

makseem13@gmail.com

الملخص

أذون الخزانة هي قرض عام تقوم الحكومة ممثلة بالبنك المركزي اليمني بإصداره بعملية قانونية للحصول على مبلغ تستدينه الدولة من مواطنيها الطبيعيين أو الاعتباريين لتمويل إيراداتها العامة عند عجز موازنتها لتحقيق التوازن الاقتصادي، ويعتبر من أفضل التمويلات لهذه الاستثمارات المحلية، بدلاً عن الديون الخارجية التي تعرض الدول المقترضة لضغوط والتزامات مالية في حالة عدم سدادها، وتكمن أهمية البحث في حداثة مصطلح أذون الخزانة الذي يمثل "سندات حكومية" تعالج بها الدولة مشكلة عجز في موازنتها من خلال امتصاص الأموال من المواطنين، وهدفت الدراسة إلى التعرف على تحديد مفهوم أذون الخزانة وتمييزها عن أسهم الخزانة وتحديد طبيعتهما القانونية، وتمحورت مشكلة البحث في عدم كفاية التنظيم القانوني لأذون الخزانة من خلال ضعف ثقة المواطنين المكتتبين بالدولة لعدم وجود الضمانات القانونية التي تحميه، ومن أجل الوصول إلى هدف الدراسة فقد تم استخدام المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن وفقاً للقانون اليمني رقم (١٨) لسنة ١٩٩٥م بشأن الدين العام، وقانون الشركات التجارية اليمني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧م وقد توصلنا إلى أن المشرع اليمني لم ينظم أذون الخزانة كتنظيم قانوني مستقل وصرح، وتجاهلت النصوص القانونية مصير أذون الخزنة، رغم إنه يتم التعامل بها في الجمهورية اليمنية من ١٩٩٥م وذلك في إطار قانون الدين العام .

الكلمات المفتاحية:

أذون الخزانة ، أسهم الخزانة ، سندات حكومية ، الدين العام ، قيمة اسمية .

Legal protection to guarantee bank Deposits
(comparative Study)
Makseem Mo'awon Al-Seba'ee *

Abstract

Treasury bills is a public loan issued by of the government, represented by the Central Bank of Yemen through a legal process to obtain an amount owed by the country from its legal or natural citizens to finance public revenues when its budget deficit to balance economic. It is considered one of the best funds for these local investments, rather than external debt offering borrowers pressure and financial obligations in the event of non-payment. The importance of this research lies in updating the term 'treasury bills', which represents a "government bonds", so the country deals with the problem of its budget deficit in by absorbing money from citizens. The study aims to identify the concept of treasury bills and to distinguish them from the treasury allotments and determine their legal natures. The research problem focuses on the inadequacy of the legal regulation of treasury bills through the weakness of the citizen subscribers' confidence in the country due to the lack of legal guarantees that protect it. Thus, to achieve the study aim, descriptive, analytical and comparative approach was used according to the Yemeni Law No. 18 for year 1995 about public debt, and the Yemeni commercial companies Law No. 22 for year 1997. The findings reveal that the Yemeni legislature did not regulate treasury bills as a legal, independent, and explicit regulation, and the legal texts ignored the fate of treasury bills, even though they are treated in Yemen Republic from 1995 as part of the Public Debt Law.

Key words: Treasury bills, treasury shares, government bonds, public debt, face value.

* Law Department – College of Law and Human Sciences – Seiyun University – Yemen

المقدمة

جاءت فكرة سياسة أذون الخزانة كأحد المكونات الأساسية لبرنامج الإصلاح الاقتصادي في اليمن للخروج من الأزمات الاقتصادية التي تعاني منها الدول النامية أو المتقدمة وذلك من خلال التحديات المالية والسريعة التي تواجهها تلك الدول، حيث شكل عجز الموازنة للجمهورية اليمنية خلال الفترة من ١٩٩٠م إلى ١٩٩٤م بنسبة ما بين (٥.٥ - ٢٠.٣%) من الناتج المحلي الإجمالي^(١) مما أدى إلى تدهور قيمة العملة المحلية وتنامت معدلات التضخم، وارتفعت مديونية الحكومة للبنك المركزي اليمني من نحو (٧٥) مليار ريال عام ١٩٩٠م^(٢) إلى نحو (١٨٠.٦) مليار ريال عام ١٩٩٤م^(٣) تعتبر أذون الخزانة نوعاً من أنواع الاقتراض الداخلي، وأداة حديثة من حيث إنشائه التاريخية لها، حيث ما يميز مصطلح أذون الخزانة أنها "سندات حكومية" تصدر من قبل إحدى المؤسسات العامة بالدولة بعملية قانونية للحصول على الموارد العامة من خلال استدانة مبلغ من المال لتمويل موازنة الدولة عند عجزها، بدلاً من القروض الخارجية التي تكون صعبة وشديدة الشروط للحصول عليها.....

حيث صدر في مايو القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٨) لسنة ١٩٩٥م بشأن الدين العام، ونصت المادة (٣) على أنه (يخول البنك المركزي نيابة عن الحكومة في إصدار سندات حكومية وتوجه الحكومة قيمتها للأغراض التالية: تمويل المشاريع الاستثمارية، وسحب فائض السيولة النقدية وتوجيهها لأغراض المنفعة الاقتصادية العامة).

وتكون تلك السندات عائد ثابت كنسبة من قيمتها الاسمية، وهي أداة نقدية قصيرة الأجل، حيث قام البنك المركزي اليمني بإصدارها أول مرة في ديسمبر ١٩٩٥م، حيث توالى الإصدارات وبأجال مختلفة، وتطورت المزادات لتصبح أسبوعية، وهذه الخطوة تتيح للمواطنين فرصة المشاركة في عملية التنمية الاقتصادية للبلد، فضلاً على أنها وسيلة من وسائل الادخار للمشاركة في النمو الاقتصادي.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في حداثة مصطلح أذون الخزانة الذي يمثل أسهم أو سندات حكومية يتم إصدارها لتعالج بها مشكلة العجز الحاصلة في الموازنة العامة من خلال امتصاص السيولة النقدية

(١) البنك المركزي اليمني، الإدارة العامة للبحوث والإحصاء، نشرة إحصائية مالية، إبريل - يونيو ١٩٩٤م، ص ٥.

(٢) البنك المركزي اليمني، الإدارة العامة للبحوث والإحصاء، التقرير السنوي لعام ١٩٩٠م، ص ١٠٥.

(٣) البنك المركزي اليمني، الإدارة العامة للبحوث والإحصاء، التقرير السنوي لعام ٢٠٠٢م، ص ٨١.

لدى المواطنين عند طرح أذون الخزانة للاكتتاب العام من قبل الجمهور، للحد من التضخم وتحقيق أقصى قدر ممكن من التوازن الاقتصادي .
مع ضرورة توضيح الاختلاف بين مصطلح أذون الخزانة وأسهم الخزانة من حيث جهة إصدارها حيث إن الأولى تصدر من قبل إحدى المؤسسات العامة في الدولة، بينما الثانية تصدر من قبل الشركة التجارية الناتجة عن عملية شراء لأسهمها .

أهداف البحث:

١. التعرف على تحديد مفهوم أذون الخزانة وتمييزها عن أسهم الخزانة وتحديد طبيعتها القانونية.
٢. تحديد الضمانات التي يمكن أن يحصل عليها الشخص المكتتب سواء كان طبيعياً أو اعتبارياً.
٣. التعرف على الآثار القانونية المترتبة لإصدارات أذون الخزانة.

مشكلة البحث:

تتمثل الإشكالية الرئيسة للبحث في عدم كفاية التنظيم القانوني لأذون الخزانة والنتائج المترتبة على ذلك، من خلال ضعف ثقة المواطن بالدولة عند قيامه بعملية الاكتتاب بسبب الأضرار التي قد تصيبه لعدم وجود ضمانات قانونية تحميه من ذلك.

منهجية البحث:

من أجل الوصول إلى أهداف البحث قد تم اتباع المنهج الوصفي لعرض المفاهيم المتعلقة بأذون الخزانة، كما تم استخدام المنهج التحليلي لدراسة وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث مع اللجوء إلى المنهج المقارن، بهدف الاستفادة من بعض التشريعات ذات الصلة بموضوع البحث.

مخطط البحث:

قمنا بتقسيم هذا البحث إلى أربعة مباحث أساسية وهي كالآتي:

المبحث الأول: مفهوم أذون الخزانة.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لأذونات الخزانة.

المبحث الثالث: شروط وأنواع أذون الخزانة

المبحث الرابع: الآثار المترتبة على أذونات الخزانة .

المبحث الأول ماهية أذون الخزنة

تمهيد:

أجاز المشرع اليمني عملية إصدار أذون الخزنة عن طريق البنك المركزي اليمني بعد تخويل وزارة المالية له، ويكون للدولة إحدى الطريقتين في سبيل تمويل مشروعاتها واستثماراتها وسد عجزها، فيما أن تلجا إلى زيادة إيراداتها للجوء إلى الاقتراض كوسيلة تمويل من خلال إصدار سندات أو أسهم كونهم قابلة للتداول، وفي هذه المبحث سنقوم بدراسة المقصود بأذون الخزنة (المطلب الأول)، والخصائص التي تتسم بها أذون الخزنة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم أذون وأسهم الخزنة وأنواعهما

الفرع الأول: تعريف أذون الخزنة:

يختلف مفهوم أذون الخزنة عن أسهم الخزنة، حيث إن الأولى تعتبر وسيلة اقتراض أو اكتتاب عام تصدر من قبل الحكومة عن طريق وزارة المالية لقيامها بتخويل البنك المركزي بذلك بعد موافقة السلطة التشريعية وهي "سندات حكومية"، أما الأخيرة تعتبر أسهم صادرة عن شركة تجارية قبل شرائها، ومما لاشك فيه أن هذه التسمية لا تطلق إلا بعد عملية الشراء، أي أن أسهم الخزنة هي النتيجة من عملية شراء الشركة لأسهمها.

أولاً: تعريف أذون الخزنة:

وقد تعددت تعريفات أذون الخزنة في كتب التشريعات المالية في مصطلحات عديدها منها سندات الاكتتاب أو السندات الحكومية أو القروض العامة، فأذون الخزنة (هي عبارة عن سندات حكومية يتولى البنك المركزي طرحها في عطاءات تنافسية لتحديد العائد عليها وسعر بيعها على الأفراد أو المؤسسات الاستثمارية)^(١). كما تم تعريفها بأنها (المبالغ النقدية التي تستدينها الدولة أو إحدى الهيئات العامة الأخرى من الأفراد أو من الهيئات الخاصة أو العامة الوطنية)^(٢). وكذا (هي أوراق مالية

(١) سعيد عبده سعيد الشدادى، أهمية إنشاء سوق للأوراق المالية في اليمن ودورها في عملية التنمية، ورقة بحث

منشورة في الموقع www.almerja.com

(٢) يحيى قاسم السهل، السهل في المالية العامة، ص ١٤٧.

قصيرة الأجل تصدرها الحكومات لفترة لا تزيد عن سنة وتكون قيمة شرائها أقل من قيمتها الاسمية^(١) وقد عرفت أيضاً بأنها (دين مستحق على الدولة أو هيئة عامة تتعهد بموجب عقده الذي يصدر به قانون بسداد أصله مع فوائده بشروط محددة)^(٢).

ومهما تعددت تعريفات أذون الخزانة فإنها لا تتعدى كونها عقداً تبرمه الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة مع الجمهور أو مع دولة أخرى تتعهد على سداد أصله وفوائده عند حلول موعد السداد على وفق الإذن الذي يصدر من السلطة المختصة^(٣).

أما من الناحية القانونية نستخلص تعريف أذون الخزانة في نص المادة (٢) من قانون الدين العام^(٤) على السندات الحكومية هي: (ما تصدره الحكومة من سندات مالية بمختلف أنواعها لأغراض هذا القانون). ومن هنا بدأت رحلة أذون الخزانة كركن أساسي في السياسة المالية لليمن في عملية الإصلاح المالي والاقتصادي من خلال إصدار قانون الدين العام اليمني.

ثانياً: تعريف أسهم الخزانة:

أما عن تعريف أسهم الخزانة لم ينص المشرع اليمني صراحة على تسمية الأسهم المشتراه من قبل الشركة المصدرة لها بأسهم الخزانة، ولم يضع تعريفاً لها، كما لم يضع تعريفاً لعملية شراء الشركة لأسهمها. وذلك بخلاف المشرع السوري الذي استخدم هذا المصطلح لأول مرة في القرار رقم (٥٦)^(٥)، والذي أطلق هذا المصطلح على الأسهم الصادرة عن الشركة والمشتراه من قبلها. حين عرف أسهم الخزانة بأنها (الأسهم الصادرة عن الشركة والمشتراه من قبلها)^(٦).

الفرع الثاني: أنواع أذون وأسهم الخزانة:

أولاً: أنواع أذون الخزانة:

بعد التعرف على مفهوم أذون الخزانة يجب علينا أن نوضح أنواعها المتعددة، حيث تختلف

(١) سالم عبد الحسني، صلاح الدين حامد، حوالات الخزينة واستخداماتها في العراق، ورقة بحث منشورة في موقع www.researchgate.net

(٢) يونس أحمد البطريق، اقتصاديات المالية العامة ص ٢٧٢.

(٣) عادل فليح العلي، المالية العامة والتشريع المالي، ص ١٥٣.

(٤) القانون رقم (١٨) لسنة ١٩٩٥ م بشأن الدين العام.

(٥) المادة (١) من القرار رقم (٥٦) الصادر عن مجلس المفوضين في هيئة الأوراق المالية السورية لعام ٢٠١١ م المتعلق بتعليمات شراء الشركات المساهمة للأسهم الصادرة عنها " أسهم الخزانة ".

(٦) المادة (١) من القرار رقم (٥٦)، مرجع سابق.

الأنواع باختلاف المعيار الذي يتم استخدامه للتقييم، وتنقسم أذون الخزانة إلى نوعين هما^(١):

- ١- حسب نوع المالك وتنقسم إلى نوعين هما:
 - أ- سندات أذون خزانة اسمية: وهي تلك السندات التي يتم إصدارها باسم شخص معين، ولا تنتقل ملكيتها إلى شخص آخر إلا وفق إجراءات إعادة تسجيلها باسم الشخص الجديد.
 - ب- سندات أذون خزانة لحاملها: وهي تلك السندات التي لا تحمل اسماً معيناً ولهذا تنتقل ملكيتها بمجرد الحيازة.

- ٢- حسب نوع الاكتتاب وتنقسم أيضاً إلى نوعين هما:
 - أ- تنافسي ويتم عرضها بطريقة المزاد العلني، أي يتم تحديد مبلغ معين يحدد قيمة الأذن ويتم التنافس بين المستثمرين في دفع أعلى للأذن كقيمة فعلية، ويحصل عليها من دفع أعلى قيمة لها، بحيث لا يساوي القيمة الاسمية المحددة للأذن.
 - ب- غير تنافسي: ويتم عرضها بتحديد المبلغ والفائدة والمدة مسبقاً، وكل من دفع المبلغ المحدد يستلم ما يقابله من الأذونات.

ثانياً: أنواع أسهم الخزانة^(٢).

تصدر الشركات المساهمة العامة عدة أنواع من الأسهم عن طريق عملية الاكتتاب العام، إلا أن هناك تساؤلاً هو: هل كل أنواع الأسهم الصادرة عن الشركة المساهمة العامة يمكن أن تكون أسهم خزينة؟

١. من حيث طبيعة الحصة التي قدمها الشريك تنقسم الأسهم إلى أسهم نقدية وأخرى عينية.
 - أ- الأسهم النقدية: وهي تلك الأسهم التي تمثل حصة من النقود، والتي بموجبها أسهم الشريك بنقوده ودفع قيمتها للشركة نقداً، ويجب في هذا النوع من الأسهم أن يذكر نوع السهم في الصك الذي يمثله ويكتب على الصك ما يفيد أن المساهم قد دفع قيمته نقداً، وفق لنص المادة (٩٧/أ) من قانون الشركات التجارية اليمني^(٣).
 - ب- الأسهم العينية: وهي تلك الأسهم تمثل حصة من مال أو حق قابل للتقويم، وفقاً لنص المادة (٩٧/أ) من قانون الشركات التجارية اليمني، ويقصد بالمال هنا كل شيء له قيمة مالية غير النقود كالمجوهرات أو الأصول الثابتة كالعقارات أو الأموال المنقولة وغيرها.

(١) محمد شحود، حكم الاستثمار في أوراق الخزانة، ص ١٤٧.

(٢) عبدالخالق صالح معزب، المبسط في أحكام التشريعات المالية التجارية والمصرفية اليمنية، ص ٦١.

(٣) قانون الشركات التجارية اليمني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧م.

- ولا تختلف قيمة السهم العيني عن السهم النقدي إذ أن جميع الأسهم تحمل قيمة متساوية. بقطع النظر كانت عينية أم نقدية، وفقاً لنص المادة (٥٩) من قانون الشركات التجارية اليمني، كما أن جميع الأسهم تتمتع بحقوق متساوية، وتحمل التزامات متساوية نص المادة (٩٧/ب) شركات تجارية يمني.
٢. من حيث قابلية الحصة للاستهلاك تنقسم إلى أسهم رأس مال وأسهم تمتع.
- أ- أسهم رأس المال: وهي الحصص التي يقدمها المساهمون في رأس مال الشركة، والتي تعتمد عليها الشركة في مباشرة نشاطاتها واستثماراتها، والوفاء بالتزامات، ولا يجوز للمساهم طلب استرداد هذه الحصة نص المادة (١٠٩) شركات تجارية يمني.
- ب- أسهم التمتع: قد يكون غرض الشركة التجارية تنفيذ مشروع لمدة معينة، وقد ينص نظام الشركة على انتقال ملكية الشركة بعد ذلك من المساهمين لشخص آخر، كالدولة أو غيرها.
٣. من حيث شكل السهم تنقسم الأسهم إلى أسهم اسمية وأسهم لحاملها:
- أ- الأسهم الاسمية: وهي الأسهم التي تكون باسم مالكيها، حيث يكتب اسم المالك على الصك الذي يمثل السهم كما يقيد في سجل الأسهم في الشركة.
- ب- الأسهم لحاملها: وهي الأسهم التي لا يذكر اسم صاحبها عليها بل تكون ملكيتها لحاملها.
٤. أسهم قيد الاكتتاب
- الاكتتاب بالأسهم هو عمل قانوني يلتزم بمقتضاه المكتتب بشراء سهم أو أكثر من أسهم شركة مساهمة، ودفع قيمتها الاسمية في المواعيد والنسب المحددة بنظامها الأساسي ليصبح مساهماً فيها بعد اكتمال تأسيس الشركة^(١).

(١) إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية - تأسيس الشركات المغلقة، ص ٢١٩.

الفرع الثاني

خصائص أذون الخزانة

يمكن أن نلخص خصائص أذون الخزانة من خلال الآتي^(١):

- ١- أذون خزانة اختيارية: لا أثر للإكراه فيها، فللمقترض حرية الاكتتاب في القرض أو رفضه، إلا في حالات استثنائية، عند صدور سندات إجبارية وهي استثناء عن القاعدة العامة.
- ٢- ينحصر طرحها على أشخاص القانون العام في الدولة على وفق الشروط والإجراءات التي تتضمن تحقيق الصالح العام، وعلية يتكون العقد من طرفين، الطرف الأول هي الدولة التي تتعهد برد مبلغ القرض مضافاً إليه الفوائد بموجب بيان الاكتتاب، أما الطرف الثاني فهو الدائن الذي يتعهد بإقراض مبلغ من المال إلى الطرف الأول، وعليه يتمتع الدائن بحق استرداد قيمة سنده عند أجل الاستحقاق، فضلاً عن تمتعه بحقوق الدائن جميعها تجاه مدينه على وفق أحكام القانون.
- ٣- تمثل أذون الخزانة ديوناً في ذمة الدولة، لذا لا تصدر إلا بأمر من السلطة التشريعية للدولة، ولا يجوز للسلطة التنفيذية أن تصدرها إلا بإذن مسبق يصدر من السلطة التشريعية، ويتضمن موافقة الشعب أو ممثليه على إصدار أذون الخزانة، وهذا ما يزيد ثقة الأفراد بالدولة ويساعد على نجاح القرض.
- ٤- أذون الخزانة قابلة للتداول كالأسهم بطريقة القيد أو التسليم، ولها أجل لاستيفاء قيمتها، وهذا الأجل إما قليل أو متوسط أو طويل الأمد.
- ٥- أذون الخزانة عبارة عن صكوك متساوية أو مختلفة القيمة، تصدر بقيمة اسمية، ولا تقبل التجزئة أمام الجهة المصدرة لها.
- ٦- أذون الخزانة عبارة عن طريقة للحصول على القرض الداخلي بمقابل معين وهو الفائدة، وعليه فهي مورد من موارد الإيرادات العامة للدولة عند تحصيلها، وهي جانب من جوانب النفقات العامة عند سدادها، تؤثر تأثيراً مباشراً على الموازنة العامة للدولة.

(١) يحيى قاسم السهل، مرجع سابق، ص ١٤٨.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لأذون الخزنة

تمهيد:

يعد إصدار أذون الخزنة في الدول الدستورية الحديثة من الإجراءات المالية التي تستلزم إذن البرلمان لإصدارها كما سبق وأن أوضحنا ذلك، حيث يشترك البرلمان من خلال تقرير الشروط الأساسية للقرض... الخ، أما بخصوص الطبيعة القانونية لأذون الخزنة فقد ثار جدال بين الفقهاء، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

أذون الخزنة عقد إداري

- ١- يرى البعض، أن عقد أذون الخزنة يعد عملاً من أعمال السيادة لا تخضع الدولة فيه لأي سلطان، فليس هناك أي التزام يجبرها على الوفاء بالتزاماتها، بل يقع عليها فقط التزاماً أدبياً^(١). وينتقد هذا الرأي لأن من واجب الشخص سواء كان طبيعياً أم معنوياً (كالدولة) أن تحترم التزاماتها، وسندات الاكتتاب لا تصدر إلا بقانون، وعليه فإن الدولة والأفراد يجب عليهم أن يخضعوا لسيادة القانون، وأن الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى ضعف ثقة الأفراد بالدولة وإهدار حقوق الأفراد التي من واجب الدولة حمايتها والحفاظ عليها.
 - ٢- يذهب الاتجاه الثاني، وهم فقهاء القانون التجاري أن عقد أذون الخزنة عقداً تبادلياً بين المكتتب بوصفه شخصاً طبيعياً وبين الدولة بوصفها شخصاً معنوياً^(٢).
 - ٣- يرى الفريق الثالث، أن أذون الخزنة تصرفاً قانونياً بإرادة منفردة من المكتتب على حدة والدولة، بمقتضاه يحدد كل جانب رغبته في الانضمام بعقد أذون الخزنة^(٣).
 - ٤- ويرى آخرون أن عقد أذون الخزنة من عقود الإذعان لأن شروط بيان الاكتتاب توضع مقدماً والمقرض إما أن يقبلها جمعياً أو أن يرفضها جمعياً^(٤).
- ونجد أن عقد أذون الخزنة لا يتفق مع كونه عقد من عقود الإذعان لأن عقود الإذعان، صفتها الأساسية هي الاضطرار، وهنا لا وجود لمثل هذه الصفة عند شراء أذون الخزنة، فالفرد

(١) عادل أحمد حشيش، اقتصاديات المالية العامة، ص ٢٦٦.

(٢) مصطفى كمال طه، القانون التجاري، ص ٣٩٦.

(٣) محمود سمير الشرقاوي، الشركات التجارية، ص ١٤٧.

(٤) علي البارودي، القانون التجاري، ص ٢٥٧.

حر في شرائه لأذون الخزانة أم عدم شرائها، أما أذون الخزانة الإجبارية فهي حالة استثنائية تضطر الدولة أحياناً لإصدارها بسبب عجز ميزانيتها في حالة الأزمات والحروب والظروف الطارئة، وعليه يمكن القول بأن عقد أذون الخزانة الإجبارية فقط هي عقد من عقود الإذعان.

٥- وقد ذهب الاتجاه الغالب في الفقه المالي بأن عقد أذون الخزانة هو عقد إداري^(١)، فقد كيفت بعض العقود كعقود إدارية على سبيل المثال عقود شغل الدومين العام وعقود القروض العامة^(٢). ولكن يبقى الأمر متروكاً للقاضي الإداري ليقوم بالتكييف الدقيق للعقد وإعطائه الوصف القانوني الحقيقي.

ونتفق مع هذه الاتجاه الذي يعد التكييف القانوني لعقد أذون الخزانة عن طريق إصدار سندات حكومية للاكتتاب عقد إداري لأن شروط إبرام العقد الإداري جميعها متوفرة فيه، لكنه عقد مالي أيضاً كونه جزءاً من الإيرادات العامة عند الاقتراض وجزءاً من النفقات العامة عند السداد.

فلكي يعد العقد إدارياً يجب أن تتوفر فيه شروط معينة^(٣) من خلالها سوف يتم تطبيق تلك الشروط على عقد أذون الخزانة:

- ١- أن يكون طرفا العقد جهة إدارية: إن عقد إبرام أذون الخزانة أحد طرفيه هي السلطة المالية إما وزارة المالية أو البنك المركزي بعد موافقة السلطة التشريعية.
- ٢- أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام: تصدر أذون الخزانة إما لأجل تمويل نفقات عامة مثل المشاريع العامة
- ٣- أن تختار الإدارة إحدى وسائل القانون العام: وهذه الوسائل هي كالآتي^(٤):
 - أ- شكل العقد: يصدر عقد أذون الخزانة عن طريق سندات اكتتاب ويتبع شكل معين كإجراء المزايدات عند عرضه في الأسواق أحياناً.
 - ب- الإحالة إلى نماذج معينة للعقود: تصدر سندات الاكتتاب بنماذج معينة تسمى كوبونات وأحياناً تصدر على شكل كمبيالات أو صكوك.

(١) قبس حسن عواد، المالية العامة والتشريع المالي، ص ١١٥.

(٢) DE Laubader Candre, traite. Theraique et partique des Contrats administratif L.D.I 1983, P373.

(٣) ماهر صالح علاوي، الوسيط في القانون الإداري، ص ٤٠.

(٤) فاروق أحمد خماس، محمد عبدالله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، ص ٢٦.

- ج- شروط غير مألوفة: وهي تلك الشروط التي تمنح أحد الطرفين المتعاقدين حقوقاً أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني والتجاري^(١). وتتضمن أذن الخزانة شروطاً غير مألوفة مثل تحمل الدولة أعباء مالية طويلة الأجل بشروط مرهقة.
- د- الشروط المحددة للاختصاص: الدول التي تأخذ بثنائية النظام القضائي تختص المحاكم الإدارية بالنظر في منازعات العقود الإدارية مثل فرنسا ومصر، أما نظرية العقد الإداري باليمن فلم ترسخ بالشكل الذي وصلت إليه بقية الدول التي تأخذ بنظام ثنائية المحاكم، وعليه فإن القضاء العادي هو صاحب الولاية بالنظر في العقود الإدارية في اليمن، إلا أن هناك قرار مجلس القضاء الأعلى رقم (١١٧) لعام ٢٠١٠م بشأن إنشاء محكمتين إداريتين مختصتين بأمانة العاصمة ومحافظة عدن للنظر في القضايا الإدارية، حيث نصت المادة (٢) من القرار على أنه (مع عدم الإخلال بالاختصاص النوعي للمحاكم الابتدائية المختصة تختص المحكمتان الإداريتان الابتدائيتان بالنظر والفصل فيما يلي : ٢... - العقود الإدارية).
- إذن فإن نظر المنازعات الخاصة بعقود أذن الخزانة هي من اختصاص المحاكم الإدارية المختصة وفق ما تم توضيحه بقرار مجلس القضاء الأعلى .

المطلب الثاني

أذن الخزانة عقد مدني

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أذن الخزانة هي عقد مدني تبرمه الإدارة بإرادتها المنفردة كونها صاحبة الحق التي يخولها القانون بذلك، ولا تتمتع تجاه ذلك بأي امتيازات خاصة من خلال عملية الإبرام.

ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى أن هذا العقد لا تتوفر فيه بعض عناصر العقد الإداري، فهذا العقد لا يتعلق دائماً بمرفق عام حيث إن الحكومة يمكن أن تستخدم المبالغ التي تحصل عليها في أغراض أخرى لا تتصل بالمرافق أو المشاريع العامة التي يستفيد منها المواطنون، ومن هذه الأغراض تمويل عجز الموازنة العامة عندما تكون النفقات أكثر من الإيرادات المتوقعة بسبب أحد أسباب زيادة في النفقات العامة لأن حجم النفقات العامة في ازدياد مستمر سنة بعد سنة أخرى، وذلك بغض

(١) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص ٧٩.

النظر عن النظام السياسي والاقتصادي القائم أو مستوى التقدم والرفق لذلك البلد^(١). أما بخصوص تمتع الإدارة بامتيازات استثنائية فهذا يعتمد على صيغة العقد الذي بينها وبين المتعاقد معها فإذا توفرت فيه هذه الشروط صار عقداً إدارياً وإذا لم تتوافر فيه هذه الشروط فلا تتمتع الإدارة بأي امتيازات خاصة بها، ويترتب على هذا الاتجاه أن أذن الخزنة تخضع لقواعد القانون المدني وتكون النزاعات المتعلقة بها من اختصاص المحاكم المدنية.

إلا أن إصدار حكم شامل لجميع أذن الخزنة ليس بأسلوب صحيح لتحديد الطبيعة القانونية لهذه الإدارة^(٢). فالأقرب للصواب أن لكل دولة حكمها الخاص بها والذي يمكن معرفته عن طريق الرجوع إلى قوانين الدين العام والاقتراض الحكومي ونشرة الإصدار التي تنشرها البنوك المركزية عند إعلانها عن الاكتتاب في أذن الخزنة.

فاذا كانت هذه المرجعيات تتضمن نصوصاً تعطي الحكومة امتيازات خاصة بها وغير مألوفة في العقود المدنية عندها تكون أذن الخزنة في تلك الدولة عقداً إدارياً، أما إذا لم تتضمن أي نص يدل على هذه الامتيازات فتكون أذن الخزنة عندئذ عقداً مدنياً.

وقد ورد في بعض التشريعات العربية نصوص توضح طبيعة التزام الحكومة في أذن الخزنة منها قانون الدين العام الفلسطيني حيث نصت المادة (١٧) منه على أنه (لا يجوز تعديل أي شرط من شروط إصدار السندات الحكومية بعد الإعلان عنها وتداولها)^(٣).

والأفضل اقتصادياً وقانونياً هو أن تنص القوانين على اعتبار أذن الخزنة عقوداً مدنية لأن ذلك سيدفع المواطنين للإقبال عليها دون الخوف من أن تمارس الحكومة صلاحيتها في العقود الإدارية بطريقة تهدد حقوقهم أو تنتقص منها^(٤).

(١) حمزة محمد الأنسي، المالية العامة - النفقات العامة، ص ١١.

(٢) رامي الظبي، أذونات الخزنة وأحكامها في الشريعة والقانون، بحث منشور في معهد القضاء العالي.

(٣) قانون الدين العام الفلسطيني، رقم (٤) لسنة ٢٠٠٥ م.

(٤) رامي الظبي، مرجع سابق.

المبحث الثالث

شروط وأنواع أذون الخزانة

تمهيد:

أذون الخزانة هي إحدى أدوات الدين العام المحلي تستخدمها الحكومة في تمويل عجز الموازنة الموسمي، من خلال سحب فائض السيولة النقدية لدى المواطنين، وكبح جماح التضخم، وتعد أحد أشكال الأوراق المالية التي تصدرها الحكومة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها المحلية ومن خلال ذلك سوف نتعرف في المطلب الأول على شروط إصدار أذون الخزانة أما في المطلب الثاني سوف نوضح أهم أنواع أذون الخزانة.

المطلب الأول

شروط إصدار أذون الخزانة

سوف نتعرف في هذا المطلب على أهم شروط إصدار سندات الخزانة وهي كما يلي:

أولاً: شرط الاستناد للقواعد القانونية :

نلاحظ أن أغلبية الدساتير تنص على ضرورة اعتماد وإجازة السلطة التشريعية وهي جهة الاختصاص على إصدار أذون الخزانة، وأنه لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تقوم بعقد أذون خزانة إلا استناداً إلى إذن مسبق يصدر من قبل السلطة التشريعية ويتضمن موافقة الشعب أو ممثليه على استدانة مبلغ من المال لتغذية الخزينة العامة للدولة. وهو ما تنص عليه المادة (١٦) من دستور الجمهورية اليمنية^(١) على أنه (لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض أو كفالها أو الارتباط بمشروع يترتب عليه إنفاق من خزانة الدولة في سنة أو سنوات مقبلة إلا بموافقة مجلس النواب).

ثانياً: قيمة القرض:

نصت المادة (٩) من قانون الدين العام اليمني على أنه (تشكل لجنة تسمى "لجنة السندات الحكومية" ... وتكون مهمتها ما يلي: أ- تحديد حجم وقيمة نوعية السندات الحكومية التي يصرح بإصدارها خلال العام (محلية - أجنبية - اسمية - لحاملها).

ومن خلال ذلك فقد أعطى القانون للجنة تحديد قيمة القرض لتمويل عجز الموازنة كون أذون الخزانة هو مصدر توفير غير تضخمي.

ثالثاً: سعر الفائدة:

أصدر محافظ البنك المركزي اليمني القرار رقم (٧) لعام ١٩٩٥م بشأن تحديد أسعار الفائدة،

(١) دستور الجمهورية اليمنية المعدل سنة ١٩٩٤م.

حيث نصت المادة (١) منه على تحديد أسعار الفوائد على الودائع لدى البنوك وفقاً للآتي:
أ- الودائع لمدة ٣ أشهر بسعر فائدة ٢٠% ب- الودائع لمدة ٦ أشهر بسعر فائدة ٢١%
ج- الودائع لمدة ٩ أشهر بسعر فائدة ٢١.٥% د- الودائع لمدة سنة ٢٢%
هـ- ودائع الادخار ٢٠%

وقضت المادة (٢) بأن تدفع البنوك فوائد على الودائع بالعملات الأجنبية بسعر الليبور ناقصاً نصف نقطة مئوية واحدة، كما قضى القرار بتحديد فائدة الإقراض، وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة (٧) من قانون الدين العام اليمني على أنه (تستحق السندات الحكومية الصادرة بالعملة الأجنبية عائد استثماري سنوي يعادل أسعار الفائدة المعلنة في سوق السندات (الليبور - لندن) في تاريخ إصدار السند ويدفع هذا العائد في تاريخ الاستحقاق السنوي بالعملة الصادر بها السند).
رابعاً: مدة القرض:

كذلك أصدر محافظ البنك المركزي اليمني القرار رقم (٨) لعام ١٩٩٥م والذي يقضي بقبول البنك المركزي لودائع الأجل للبنوك لمدة ثلاثة أشهر، وستة أشهر، وتسعة أشهر، واثنى عشر شهراً، بفائدة قدرها الفائدة التي تعطها البنوك التجارية على ودائع الجمهور زائداً نقطة واحدة، وفقاً للأجال والفوائد المحددة وفقاً للمادة (١) من القرار السابق رقم (٧) لعام ١٩٩٥م.

المطلب الثاني

طرق إصدار أذون الخزانة

تتعد طرق إصدار أذون الخزانة فتختار الدولة ممثلة بمؤسساتها إحدى هذه الطرق كونه من الأمور المالية الحساسة في ماليتها وهي كالاتي:
أولاً: الاكتتاب العام المباشر:

تعرض الدولة أذون الخزانة مباشرة إلى الجمهور للاكتتاب، بعد أن تقوم بحملة إعلانية تبين فيها شروط الاكتتاب بشكل عام من حيث تاريخ فتحه وانتهائه وفوائده ومدته .. الخ، وقد تطلب دفع قيمة أذون الخزانة كلياً أو دفع نسبة مئوية منه ومبلغ التأمين، وتعلن الدولة أيضاً عن الجهات التي تقدم إليها الاكتتابات، لتقوم تلك الجهات بتلقي المكتتبين من الجمهور^(١)، وتكون تلك الجهات عادة البنوك الحكومية والمؤسسات المالية العامة التي تتقاضى مبلغاً محدوداً كعمولة مقابل القيام بهذه الطريقة، فيتقدم كل من يريد الاكتتاب بطلب الاكتتاب الذي يبين فيه عدد السندات التي يريد شرائها وقيمتها، ويرسل الطلب إلى إحدى تلك الجهات التي تم تحديدها لاستقبال عملية الاكتتاب، وبعد انتهاء المدة

(١) عبدالكريم صادق بركات، النفقات العامة والقروض العامة، ص ٢٩٥.

المحددة تحصى مبالغ القرض، فإذا غطى القرض أكثر من مرة فيمكن للدولة في هذه الحالة أن تتبع سياسة التخصيص التي تخصص لكل مكتب نسبة معينة مما طلبه من السندات، ويسردون المبالغ الزائدة ويستلمون سنداتهم^(١)، أما إذا كانت مدة القرض غير محددة فللحكومة أن تقفل باب الاكتتاب إذا وضعت موعداً محدداً أو أن تمدد أجل الاكتتاب إذا لم يبلغ مقدار الاكتتاب ما تريده الحكومة من القرض.

ثانياً: الاكتتاب المصرفي^(٢):

تنصرف هذه الطريقة إلى بيع السندات للبنوك عن طريق المزادات وترك الحرية لها لإعادة بيعها للجمهور بصفة مباشرة أو عن طريق السوق المالية والاحتفاظ بما لا تستطيع تصريفه منها نظير حصولها على الفرق بين القيمة الاسمية وقيمة شراء السندات من الدولة والتي تكون في العادة أقل من القيمة الاسمية فتحصل بذلك الفرق بين القيمتين الذي يمثل عمولتها ويعيب هذه الطريقة أنها تحمل الدولة عمولة غير أنها تتميز بضمان تغطية القروض وحصول الدولة سريعاً على الأموال التي تريدها واستعمال هذه الطريقة نادراً في الوقت الحاضر، وهي تشبه طريقة الالتزام التي كانت مستعملة في جباية الضرائب .

ثالثاً: الاكتتاب في البورصة:

تصدر الدولة سندات بهذه الطريقة عن طريق طرحها في بورصة الأوراق المالية وعرضها للبيع، شأنها في ذلك شأن الأفراد والشركات والمجموعات الخاصة، وفي هذه الطريقة يتم البيع على شكل دفعات صغيرة بالسعر الذي يحدد في البورصة، حتى لا يؤدي عرض سندات الاكتتاب للبيع دفعة واحدة إلى انخفاض أسعارها ومن ثم ارتفاع المعدل الحقيقي لفائدتها، وما ينطوي على ذلك من ارتفاع الأعباء المالية للدولة، ومن الجدير بالذكر أن الحكومة لا تلجأ إلى هذه الطريقة في عرض سندات الاكتتاب إلا إذا كان مبلغ القرض صغيراً^(٣).

رابعاً: الاكتتاب بالمزادات:

تلجأ الحكومة على وفق هذه الطريقة إلى عرض سندات الاكتتاب على الجمهور والبنوك والمؤسسات المالية كلها على أساس سعر أدنى تحدده لها، بحيث تدعو المكتتبين إلى تقديم عروضهم للحصول على السندات للمكتتبين عن الكمية المعروضة فإن الحكومة تقوم بتخفيض السندات

(١) هاشم الجعفري، مبادئ المالية العامة والتشريع المالي، ص ٢٩١.

(٢) يحيى السهل، مرجع سابق، ص ١٦٢.

(٣) يونس أحمد البطريق، اقتصاديات المالية العامة، ص ٢٧٥.

للمكتتبين المتقدمين بأعلى الأسعار^(١).

ويتضح لنا أن القانون رقم (١٨) لعام ١٩٩٥م بشأن الدين العام اليمني لم يحدد بشكل صريح أحد نوع الطرق لعملية الاكتتاب بل أسند ذلك وفقاً للمادة (٩) لجنة السندات الحكومية التي تكون برئاسة رئيس مجلس الوزراء.

المبحث الرابع

الأثار المترتبة عند إصدار أذون الخزانة

من خلال هذه المبحث يتضح لنا أنه يترتب على شراء أذون الخزانة آثار عديدة سوف نطرق لها في مطلبين أساسيين، حيث سيشمل المطلب الأول ضمانات إصدار أذون الخزانة، أما في المطلب الثاني سوف نوضح كيفية سداد أذون الخزانة.

المطلب الأول

ضمانات إصدار أذون الخزانة

حتى يتمكن المواطن من القيام بعملية الاكتتاب يجب على الدولة ممثله بإحدى مؤسساتها المالية القيام بعملية تشجيع المواطن على ذلك، لزيادة الثقة لديه من خلال العديد من المزايا والضمانات التي تعطى للمكتتبين وهي كالاتي^(٢) ^(٣) ^(٤):

أولاً: تأمين المكتتبين ضد انخفاض العملة الوطنية:

يتم تأمين المكتتبين من خلال تعهد الدولة بسداد القيمة الحقيقية لأصل القرض وفوائده عن طريق ربط قيمة القرض العام بقيمة الذهب أو بعملة أجنبية تتمتع بالاستقرار والثبات في أسعارها وبمتانة مركزها الدولي أو بالأرقام القياسية لبعض السلع، وبذلك تضمن للمقترض بأنه لن ينقص من قدرته الشرائية، ولتبيد مخاوف الأفراد الذين يخشون من انخفاض قيمة النقود التي اقترضوها. كما أوضحنا سابقاً بأن أذون الخزانة هي إحدى أدوات السياسة النقدية التي تستخدمها الدولة للتحكم في العرض النقدي، فيجب على المؤسسات المالية باليمن رفع الوعي المصرفي بأهمية أذون الخزانة حتى يتزايد عدد المكتتبين فيها.

(١) عبدالكريم صادق بركات، يونس أحمد البطريق، المالية العامة، ص ١٧٤.

(٢) عبدالكريم صادق بركات، يونس أحمد البطريق، المرجع السابق، ص ١٧٢.

(٣) محمد دويدار، دراسات في الاقتصاد المالي، ص ٢٨٢.

(٤) فاضل شاکر الواسطي، اقتصاديات المالية العامة، ص ٣٠٩.

ثانياً: مكافأة السداد:

وهي يتحصل عليها بعض أصحاب السندات عن طريق القرعة كاختيار معين من إحدى سندات المكتتبين ودفع قيمته التي تزيد بكثير عن قيمته الاسمية مع فوائده، أو باختيار مجموعة من السندات بالقرعة ومنح أصحابها الجوائز مع الفوائد، وتعمل هذه الميزة على انخفاض سعر الفائدة وبذلك لا تشجع كبار المستثمرين على توظيف أموالهم في القروض الصغيرة ذات الفوائد الضئيلة لأنه يفضلون دائماً توظيف أموالهم في قروض كبيرة ذات فوائد مرتفعة .

ثالثاً: جوائز السداد:

يتم ذلك من خلال تعهد الحكومة بدفع قيمة المبلغ الذي يزيد عن القيمة الاسمية في ميعاد السداد، ويحصل ذلك عند إصدار الدولة سندات بقيمة اسمية معينه تقدر مثلاً ب(١٠٠٠٠) عشرة ألف ريال يمني في حين يكون سعر الإصدار (٩٥٠٠) تسعة ألف وخمسمائة ريال، فعند موعد السداد تدفع الدولة للمواطنين المكتتبين (١٠٠٠٠) عشرة ألف ريال يمني عن قيمة كل سند، و (٥٠٠) ريال تكون بمثابة جائزة عن السداد في الميعاد المحدد.

رابعاً: عدم جواز الحجز على سندات أذون الخزانة لسداد الديون المستحقة على أصحابها:

بأن كل معاملة مالية تتم بشكل مستقل ولا يجوز لإحدى مؤسسات الدولة المالية عمل مقاصة في ذلك، وهذا أيضاً يعتبر من الضمانات والمميزات التي تعطى للمواطنين وتشجعهم للقيام بعملية الاكتتاب .

خامساً: تقرير صلاحية أذون الخزانة:

من خلال سداد قيمة الضرائب بقيمتها الاسمية بدلاً عن النقود، ولكن يترتب على ذلك عدة أضرار منها استهلاك القرض قبل حلول أجله، وحصول خلل في الموازنة العامة للدولة واضطرابها، ونقص في حصيله مبلغ الضرائب، لذا يجب على الدولة أن تضع قيوداً على هذه الميزة، بأن يكون الوفاء بهذه الطريقة مقتصر على نوع معين من الضرائب أو نسبة معينة أو على السندات التي مضت على حياتها مدة طويلة الأمد.

سادساً: إعفاء فوائد قرض أذون الخزانة من الضرائب:

كما هو معروف أن العبء الضريبي يتحدد بناءً على حجم الثروة و الدخل للأفراد ، لذا يجب أن يكون الإعفاء مقتصر على ضريبة واحدة وليس على أنواع الضرائب جميعاً، بحيث لا تسري الضريبة على سندات القرض وفوائدها. وهذا ما اتجه له المشرع المصري فقد أعفى أنواع السندات جميعها من

الضريبة^(١). وهذا ما يتضح لنا من خلال دعم المشرع المصري لهذا النهج حيث قام بإصدار قانون مستقل يتواكب مع تلك التطورات المالية وهو القانون رقم (١٨٢) لعام ٢٠٢٠م بشأن إعفاء السندات السيادية المطروحة للاكتتاب في الأسواق الدولية من كل الضرائب والرسوم العوائد منها، حيث إن القانون الجديد يمنح السندات وأذون الخزانة السيادية التي طرحها الحكومة في الأسواق المالية العالمية استقلالية تامة في الإعفاء من الضرائب والرسوم المقررة على عوائد تلك السندات، حيث يهدف ذلك إلى جذب مزيد من المستثمرين الأجانب للاستثمار في أدوات الدين السيادية المصرية، خصوصاً بعد خفض البنك المركزي المصري متوسط أسعار الفائدة بأكثر من ٣% خلال السنوات الثلاث الماضية^(٢).

المطلب الثاني

سداد أذون الخزانة

تقوم الدولة ممثلة بإحدى مؤسساتها بسداد القيمة النقدية لسندات الاكتتاب لأذون الخزانة من خلال عدة طرق وهي كالآتي:

أولاً: الوفاء: وهي تعتبر إحدى الطرق الطبيعية لسداد أي معاملة مالية أو تجارية وإنهاءها في موعد حلول الأجل وهو تاريخ الاستحقاق، فسداد سندات أذون الخزانة بهذه الطريقة تعني تسديد مبلغ القيمة الاسمية للسند إلى أصحابه أو لحامله، وغالباً ما تسدد السندات بهذه الطريقة إذا كانت قصيرة الأجل. أما قانون الدين العام اليمني فقد نص في المادة (٩) الفقرة (هـ) أنه من صلاحية لجنة السندات الحكومية التي برئاسة رئيس مجلس الوزراء وضع القواعد والشروط المنظمة لاسترداد قيمة السندات قبل موعد استحقاقها، كما نصت المادة (١٠) من ذات القانون على أنه (يقوم البنك المركزي نيابة عن الحكومة بمباشرة المسؤوليات المتعلقة بالدين العام بما في ذلك إصدار السندات ودفع عوائد الاستثمار السنوية المستحقة عليها " والوفاء بقيمتها " في موعد استحقاقها، مع مراعاة ما ورد في قانون البنك المركزي في هذا الشأن).

ويتضح لنا أن الوفاء بقيمة السند في تاريخ استحقاقه من أفضل الطرق للتخلص من قيمة أذن الخزانة الذي يمثل دين على الدولة مما يؤدي إلى زيادة في عبء الموازنة العامة للدولة، كلما زادت مدته زادت فوائده، كذلك بالنسبة للمواطن فعندما توفي الدولة بالتزاماتها المالية يؤدي إلى زيادة الثقة بها وبمركزها المالي ويحث المواطنين على زيادة في حجم الاكتتاب.

(١) البند (٧) المادة (٥٠) من قانون الضريبة الموحدة المصري.

(٢) independentarabia.com/nod

ثانياً: الاستهلاك: هو التخلص من عبء مبالغ سندات الدين الحكومية عن طريق رد قيمتها على شكل دفعات متتالية.

وهناك أساليب للاستهلاك وهي كالآتي^(١):

- الاستهلاك بأقساط سنوية: تنقضي سندات الاكتتاب بهذا الأسلوب عن طريق دفع الدولة كل سنة مبلغاً من أجل الدين مع فوائده السنوية على شكل أقساط باستمرار حتى ينتهي القرض.
 - الاستهلاك بطريقة القرعة: وهذا الأسلوب ينهي عدد من سندات الاكتتاب سنوياً إنهاء تاماً عن طريق من تقع عليه القرعة يدفع له قيمة السند كاملة.
 - الاستهلاك عن طريق الشراء بالبورصة: يستهلك السند بهذا الأسلوب عن طريق شرائه من قبل الدولة من الأسواق المالية وإتلافها، ويعاب هذا الأسلوب بأنه يؤدي إلى ارتفاع قيمة السند إذا أقدمت الدولة على شرائه، ولكن تستطيع الدولة أن تمتص السندات من الأسواق المالية كلما قل سعرها، وبذلك سوف تريح الدولة الفرق بين القيمة الاسمية للسند وبين قيمة شرائه.
- ثالثاً: تبديل سندات الاكتتاب^(٢):

تعني استبدال الدولة لسندات الاكتتاب بسندات أخرى مساوية للأولى في قيمتها النقدية ولكن تقل عنها من حيث سعر الفائدة، مثال أن تستبدل الدولة سنداً بسعر فائدة ٤% إلى سعر فائدة ٣% ويجب على الدولة أن لا تبالغ في خفض مبلغ الفائدة حتى لا تضعف الثقة بينها وبين المواطنين. وهو حق من الحقوق القانونية للدولة بما لها من سيادة، لأن الحكومة هي الأكثر في تنفيذ التزاماتها، ولكن أحياناً تضطر إلى تخفيف عبء الدين للمحافظة على موازنتها العامة. ولا يسري التبديل إلا إذا كان مبلغ القرض مثبتاً أما إذا كان مبلغ القرض سائراً فإنه يخضع للتثبيت وليس للتبديل، حيث يقسم التبديل إلى^(٣):

- ١- التبديل الاجباري: تقوم الدولة باستبدال سندات مكتتب فيها من المواطنين بسندات أخرى تقل عن الأولى من حيث سعر الفائدة، ويعد ذلك انتهاكاً لشروط العقد من الدولة، وتستطيع الدولة أن تلجأ إلى التبديل الاجباري بطريقة مقنعة كأن تعرض ضريبة على فوائد سندات الاكتتاب على أساس أنها دخل، أو تقوم بانخفاض قيمة العملة وبذلك تنخفض القيمة النقدية للسند مما يؤدي إلى انخفاض الفوائد بطريقة غير مباشرة.

(١) فضل شاكر الواسطي، مرجع سابق، ص ٣١٢.

(٢) عادل أحمد حشيش، اقتصاديات المالية العامة، ص ٢٨١.

(٣) هشام صفوت العمري، اقتصاديات المالية العامة والسياسة المالية، ص ٢٨١ - ٢٨٢.

٢- التبدل الاختياري: يتم التبدل الاختياري برضا الدائنين بأن تترك الدولة الخيار للدائن، إما أن يرضى باستبدال سندات وبتخفيض سعر الفائدة أو أن تسدد له القيمة الاسمية للسند، وتحدد الحكومة عادة مهلة للاختيار، بعد انتهائها يعد المكتتب الذي لم يختار موافقاً على سعر الفائدة الجديد للسند.

رابعاً: التثبيت:

هو تحويل دين حل أجل الوفاء به إلى دين طويل أو متوسط أو جعله مؤبداً، والعادة أن تقتضي بهذه الطريقة الديون المالية قصيرة الأجل، ويجب على وزارة المالية أن تدرس حالة الديون فإذا كان سعر الفائدة للديون قصيرة الأجل أعلى من أسعار الفائدة للديون طويلة الأجل فإن التثبيت سوف يوفر مبالغ كبيرة للدولة فالأفضل أن تلجأ لهذه الطريقة^(١).
ويقسم التثبيت إلى قسمين^(٢):

١- التثبيت الاجباري: بمعنى أنها تفرض فرضاً على الدائنين وفيها إخلال لشروط القرض التعاقدية، ويعد إفلاساً جزئياً للدولة من الأفضل أن تتجنبه.

٢- التثبيت الاختياري: وهو حق من حقوق الدولة ويتلخص بأن الحكومة تستبدل القرض الذي حل أجله بقرض طويل أو مؤبد يوازي مبلغ القرض السائد وتقبل بالاكتتاب به بسندات القرض السائد المراد تثبيته ولكي ينجح التثبيت الاختياري يجب أن لا يقل سعر الفائدة الجديد عن سعر الفائدة في السوق أو سعر الفائدة على السند السائر.

الخاتمة

أوضحت دراستنا لموضوع النظام القانوني لأذون الخزانة أنها سندات مالية تصدر من قبل الدولة ممثلة بإحدى مؤسساتها المالية العامة، سنتناول فيما يلي أهم النتائج التي توصلنا إليها في هذه الدراسة، ومن ثم نقوم باقتراح بعض التوصيات التي نرى من نظرتنا القانونية والمالية أنها سوف تساهم في تحسين الوضع القائم للسياسة المالية المتبعة في البلد بشكل عام وهي كالآتي:
أولاً: النتائج:

١- لم ينظم المشرع اليمني أذون الخزانة كتنظيم قانوني مستقل وصريح، وتجاهلت النصوص القانونية مصير أذون الخزنة، رغم أنه يتم التعامل بها في الجمهورية اليمنية من ١٩٩٥م وذلك في إطار قانون الدين العام.

(١) عبدالمعزم فوزي، المالية العامة والسياسة المالية، ص ٣٢١.

(٢) هشام صفوت العمري، مرجع سابق، ص ٢٨٠.

- ٢- يختلف مفهوم أذون الخزانة عن أسهم الخزانة، حيث إن الأولى تعتبر وسيلة اقتراض أو اكتتاباً عاماً تصدر من قبل الحكومة عن طريق وزارة المالية لقيامها بتحويل البنك المركزي بذلك بعد موافقة السلطة التشريعية وهي "سندات حكومية"، أما الأخيرة فتعتبر أسهم صادرة عن شركة تجارية قبل شرائها، ومما لا شك فيه أن هذه التسمية لا تطلق إلا بعد عملية الشراء، أي أن أسهم الخزينة هي النتيجة من عملية شراء الشركة لأسهمها.
- ٣- الهدف من سياسة إصدار أذون الخزانة هو توفير مصدر غير تضخمي لتمويل عجز الموازنة العامة للدولة، وسحب فائض السيولة النقدية، وتوجيهها لأغراض المنفعة الاقتصادية العامة.
- ٤- هناك اختلاف في تحديد الطبيعة القانونية لأذون الخزانة حيث يرى فقهاء القانون العام أنها من العقود الإدارية، إلا أننا نرى والأفضل اقتصادياً وقانونياً هو أن تنص القوانين على اعتبار أذون الخزانة عقوداً مدنية لأن ذلك سيدفع المواطنين للإقبال عليها دون الخوف من أن تمارس الحكومة صلاحيتها في العقود الإدارية بطريقة تهدد حقوقهم أو تنتقص منها.
- ٥- تعتمد المؤسسات المالية في إصدار أذون الخزانة على طريقة الاكتتاب العام المباشر المصرفي، من خلال عرضه في مزاد علي.
- ٦- تقديم ضمانات للمكاتب لتشجيع الاكتتاب وتأمين المكاتبين عند انخفاض العملة، والإعفاء من الضرائب ولم ينص قانون الدين العام اليمني النافذ على أي ضمان من ذلك.
- ٧- لا يوجد هناك نص واضح في قانون الدين العام بشأن طرق سداد القرض والمعاملات المالية وما في حكمها ومن ضمنها أذون الخزانة بل ترك الحرية للجنة التي برئاسة رئيس مجلس الوزراء لتقرر ما تراه مناسباً.

ثانياً: التوصيات:

- ١- نوصي الحكومة اليمنية بتنظيم أذون الخزانة بشكل مستقل وفق قانون الدين العام اليمني رقم (١٨) لسنة ١٩٩٥م لكونه يحل العديد من المشاكل المالية للحكومة عند عجز الموازنة العامة للدولة.
- ٢- نوصي على المشرع اليمني أن يجعل تنظيم أذون الخزانة ضمن العقود المدنية لكي تعطي ثقة أكثر للمكاتبين .
- ٣- نوصي المشرع اليمني رفع أسعار الفائدة على إصدار أذون الخزنة لتشجيع المواطنين على الاكتتاب بالقروض الداخلية، وإعادة ثقة الموطن بالسياسة المالية للحكومة تدريجياً.

- ٤- نوصي الحكومة اليمنية على مراعاة قدرة الإيرادات المختلفة للدولة عند إصدار أدوات الدين العام بحيث يتناسب الدين العام مع مستوى العجز والفائض النقدي، من أجل نجاح تلك العملية وتحقيقها الغاية المطلوبة لتسوية الموازنة العامة للدولة دون حدوث أي عجز أو فائض.
- ٥- نوصي المشرع على تحديد طرائق إصدار أذون الخزانة وكذا تحديد طرق إنتهاء أو سداد أذون الخزانة تحديداً واضحاً ومفصلاً وفق ما تم ذكره في دراستنا أعلاه.

المراجع:

أولاً: الكتب القانونية:

- (١) إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية - تأسيس الشركات المغلقة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ط، ٢٠٠٨م، ص ٢١٩.
- (٢) حمزة محمد الأنسي، المالية العامة - النفقات العامة، صنعاء، دار المجد، الجزء الأول، ١٩٩٧م، ص ١١.
- (٣) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للقعود الإدارية، د.م، دار الفكر العربي، د.ط، ١٩٨٢م، ص ٧٩.
- (٤) عادل أحمد حشيش، اقتصاديات المالية العامة، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية، د.ط، ١٩٨٣م، ص ٢٦٦.
- (٥) عادل فليح العلي، المالية العامة والتشريع المالي، الموصل، الدار الجامعية، د.ط، ٢٠٠٢م، ص ١٥٣.
- (٦) عبد الخالق صالح معزب، المبسط في أحكام التشريعات المالية التجارية والمصرفية اليمنية، د.م، المركز الديمقراطي العربي، الطبعة الأولى، ٢٠١٩م، ص ٦١.
- (٧) عبد الكريم صادق بركات، النفقات العامة والقروض العامة، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر، د.ط، ١٩٩٦م، ص ٢٩٥.
- (٨) عبد الكريم صادق بركات، يونس أحمد البطريق، المالية العامة، الإسكندرية، الدار المصرية الحديثة، د.ط، ١٩٨٢م، ص ١٧٤.
- (٩) عبد المنعم فوزي، المالية العامة والسياسة المالية، بيروت، دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٨٢م، ص ٣٢١.
- (١٠) علي البارودي، القانون التجاري، الإسكندرية، منشأة المعارف، د.ط، ١٩٨٦م، ص ٢٥٧.

- (١١) فاروق أحمد خماس، محمد عبدالله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للقعود الإدارية، جامعة الموصل، د.ط، ١٩٩٢م، ص٢٦.
- (١٢) فاضل شاكر الواسطي، اقتصاديات المالية العامة، بغداد، مطبعة المعارف، د.ط، ١٩٨٣م، ص٣٠٩.
- (١٣) قيس حسن عواد، المالية العامة والتشريع المالي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الموصل، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، د.ط، ٢٠١٠م، ص١١٥.
- (١٤) ماهر صالح علاوي، الوسيط في القانون الإداري، جامعة الموصل، دار ابن الأثير للطباعة، د.ط، ٢٠٠٩م، ص٤٠.
- (١٥) محمد دويدار، دراسات في الاقتصاد المالي، الإبراهيمية، الدار الجامعية، د.ط، م.ت، ص٢٨٢.
- (١٦) محمود سمير الشرقاوي، الشركات التجارية، مصر، دار النهضة المصرية، د.ط، ١٩٨٦م، ص١٤٧.
- (١٧) مصطفى كمال طه، القانون التجاري، مصر، الجديد للنشر، د.ط، ١٩٩٠م، ص٣٩٦.
- (١٨) هاشم الجعفري، مبادئ المالية العامة والتشريع المالي، بغداد، مطبعة سليمان الأعظمي، د.ط، د.ت، ص٢٩١.
- (١٩) هشام صفوت العمري، اقتصاديات المالية العامة والسياسة المالية، بغداد، جامعة بغداد، د.ط، ١٩٨٦م، ص٢٨١ – ٢٨٢.
- (٢٠) يحيى قاسم السهل، السهل في المالية العامة، مطبعة جامعة عدن، د.ط، ٢٠٠٦م، ص١٤٧.
- (٢١) يونس أحمد البطريق، اقتصاديات المالية العامة، د.م، الدار الجامعية، د.ط، د.ت، ص٢٧٢.
- ثانياً: المجالات العلمية:
- (١) رامي الطيبي، أدونات الخزنة وأحكامها في الشريعة والقانون، بحث منشور في معهد القضاء العالي.
- (٢) محمد شجود، يوليو – ديسمبر ١٩٩٩م، حكم الاستثمار في أوراق الخزنة، مجلة الدراسات الاجتماعية، العدد الثامن، ص١٤٧.
- ثالثاً: القوانين:
- (١) دستور الجمهورية اليمنية المعدل سنة ١٩٩٤م
- (٢) قانون الضريبة الموحدة المصري.
- (٣) قانون الدين العام الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠٠٥م.
- (٤) قانون الشركات التجاري اليمني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧م.

رابعاً: التقارير الإحصائية والوثائق الرسمية:

- ١) البنك المركزي اليمني، الإدارة العامة للبحوث والإحصاء، نشرة إحصائية مالية، إبريل – يونيو ١٩٩٤م.
- ٢) البنك المركزي اليمني، الإدارة العامة للبحوث والإحصاء، التقرير السنوي لعام ١٩٩٠م.
- ٣) البنك المركزي اليمني، الإدارة العامة للبحوث والإحصاء، التقرير السنوي لعام ٢٠٠٢م.
خامساً: المواقع الإلكترونية:
- ١) سالم عبد الحسني، صلاح الدين حامد، حوالات الخزينة واستخداماتها في العراق، ورقة بحث منشورة في موقع www.researchgate.net
- ٢) سعيد عبده سعيد الشدادي، أهمية إنشاء سوق للأوراق المالية في اليمن ودورها في عملية التنمية، ورقة بحث منشورة في الموقع www.almerja.com.

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في التشريع اليمني بين الاستخلاف والتوطين والمشروعية الدستورية

أستاذ مساعد : هاشم علوي عبدالله مقبيل

أستاذ القانون الدولي والمنظمات الدولية المساعد بكلية الشريعة والقانون جامعة الأحقاف

الجمهورية اليمنية – حضرموت – تريم

البريد الإلكتروني : hashimalwi34@gmail.com

Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women in Yemeni Legislation Between contention, settlement and constitutional legitimacy

Research submitted by;

Name: Hashim Alawi Abdullah Muqibel

Degree: Assistant Professor

*Job: Assistant Professor of International Law and
International Organizations, Faculty of Sharia Law, University
Republic of Yemen - Hadramawt - Mukalla*

Email: hashimalwi34@gmail.com

الملخص:

تعتبر مسألتا الاستخلاف والتوطين في القانون الدولي من أهم المسائل التي يبني عليها الكثير من التغيرات على الصعيد الداخلي للدول، وتظهر أهمية ذلك عند استحضار مبدأ سيادة الدول وعدم التدخل في الشؤون الداخلية لها. في مقابل قاعدة سمو القانون الدولي على القانون الداخلي، وفي ظل هذا الواقع تبرز لنا اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة كنموذج يمثل مظهراً من مظاهر النصوص الدولية الشائكة لمعارضتها للنصوص الداخلية بل والدستورية لبعض الدول ومنها الجمهورية اليمنية، في حين أن الدولة اليمنية قد مرت بمراحل متعددة من التغيرات السياسية التي كان لها بالغ الأثر في بلورة فحوى هذه الاتفاقية وانتقالها من مرحلة القبول المطلق إلى مرحلة المطالبة بالتحفظ المشروع، وقد سعينا في هذا البحث لتوضيح موقف المشرع اليمني بمرجعياته الدستورية والشرعية في كيفية التعامل مع هذه الاتفاقية من حيث مشروعيتها الدستورية وقابليتها للاستخلاف والتوطين من عدمه، إضافة إلى السعي لإيجاد الحلول المناسبة لتفادي وضع المعارضة القائم بين هذه الاتفاقية وواقعها التطبيقي، وكذلك السعي لبيان جوهر هذه الاتفاقية من خلال التعرض لبعض نصوصها وقراءتها من منطلق مرجعيتها الفكرية.

الكلمات المفتاحية: التوطين – الاستخلاف – المشروعية الدستورية – اتفاقية القضاء على

جميع أشكال التمييز ضد المرأة – التشريع اليمني

Abstract

One of the most important issues underlying many changes at the internal level of States is the issues of succession and settlement in international law. s sovereignty and non-interference in the internal affairs of States, in contrast to His Highness's Rule of International Law on Domestic Law, the CEDAW Convention highlights us as a model of thorny international texts that oppose domestic and even constitutional texts of certain States, including the Republic of Yemen. The Yemeni State has undergone many stages of political change that have had a profound impact on the elaboration of the content of this Convention and its transition from the stage of absolute acceptance to the stage of claiming a legitimate reservation. Having sought to clarify the position of the Yemeni legislature on its constitutional and legitimate terms of reference on how to deal with this Convention in terms of its constitutional legitimacy and its susceptibility to contempt and settlement, In addition to seeking appropriate solutions to avoid the opposition situation between this Convention and its operational realities as well as seeking to demonstrate the essence of this Convention by exposing some of its texts and reading them from their intellectual point of view.

Keywords: Settlement-Disagreement - Constitutional Legality - CEDAW Consensus - Yemeni Legislation

المقدمة

تعتبر المعاهدات الدولية مرجعاً قانونياً للكثير من الالتزامات الدولية، وفي خضم هذه الالتزامات تظهر لنا اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة كمعاهدة ملزمة للدول المصادقة عليها، وسنحاول من خلال هذا البحث إن شاء الله أن نسلط الضوء على واقع التزامات الجمهورية اليمنية وعلاقتها بهذه الاتفاقية من خلال سلوكها الدولي في إطار اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الدولية وكذلك اتفاقية الاستخلاف الدولي للمعاهدات الدولية، ثم سنخرج على مسألة توطين تلك المعاهدة وفقاً لنصوص القانون اليمني.

مشكلة البحث:

تتركز مشكلة البحث حول مسألة التزام الجمهورية اليمنية باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وما يترتب عليها وعليه يمكن عرض هذه المشكلة من خلال التساؤلات التالية:
هل تعتبر الجمهورية اليمنية ملزمة بتطبيق تلك الاتفاقية؟
وهل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة قابلة للاستخلاف الدولي في ظل الواقع اليمني قبل وبعد الوحدة؟
هل معاهدة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة قابلة للتوطين مما يترتب عليه جعلها قانوناً داخلياً وفقاً للتشريع اليمني؟

سبب اختيار البحث:

من أهم الأسباب الداعية لاختيار هذا الموضوع ما نراه اليوم من زخم إعلامي، وانتشار مؤسسي تابع للمنظمات الدولية لمحاولة تطبيق بنود اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من غير مراعاة للجوانب القانونية والسيادة الداخلية للدولة، إضافة إلى محاولة استغلال الوضع السياسي القائم والضغط على ورقة حقوق المرأة من أجل تمرير وتنفيذ بنود هذه الاتفاقية،

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث لترسيخ الهوية الشرعية للدولة اليمنية، ومحاولة إعادة النظر في التزامات الدولة اتجاه المعاهدات الدولية.

أهمية البحث

تبرز أهمية البحث في تسليطه الضوء على مسألة حساسة متعلقة بالجانب الحقوقي، ومحاولة دراسة الالتزام الفعلي المترتب عليه وأثره على الواقع اليمني.

حدود البحث

يتحدد هذا البحث بدراسة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة فقط من خلال علاقتها بالتشريع اليمني من خلال اتفاقية فيينا واتفاقيات المتعلقة بالاستخلاف الدولي وإجراءات التوطين.

منهج البحث

وجب علينا في هذا البحث أن نستخدم عددا من المنهج البحثية، منها المنهج التاريخي وذلك لتتبع واقع المعاهدات الدولية، والمنهج التحليلي للوقوف على معاني بعض النصوص بدقة، كما اعتمدنا في بحثنا هذا على المنهج الاستنباطي عند الحاجة، وكذلك المنهج الاستقرائي عند تتبع جزئيات المسائل والحكم عليها.

خطة البحث

تمهيد: مفهوم المشروعية الدستورية.

المبحث الأول: اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وبيان أسسها الفكرية: المطلب الأول: التعريف باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ، وعلاقة الجمهورية اليمنية بها.

المطلب الثاني: بيان أسس المرجعية الفكرية لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

المبحث الثاني: اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في إطار اتفاقية فيينا للمعاهدات ١٩٦٩م وبيان واقع التشريع اليمني في ضوء ذلك.

المبحث الثالث: الاستخلاف الدولي للمعاهدات

المطلب الأول: مفهوم الاستخلاف

المطلب الثاني: أنواع الاستخلاف

المطلب الثالث: أسباب الاستخلاف

المطلب الرابع: علاقة الاستخلاف الدولي باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وموقف التشريع اليمني منه.

الفرع الأول: موقف العمل الدولي من الاستخلاف -في الدول الاتحادية- وأثره على تطبيق المعاهدات الدولية

الفرع الثاني: موقف اتفاقية فيينا من الاستخلاف -في الدول الاتحادية- وأثره على تطبيق المعاهدات الدولية

المبحث الرابع: توطين المعاهدات الدولية

المطلب الأول: مفهوم التوطين للمعاهدات

المطلب الثاني: آليات التوطين

المطلب الثالث: اجراءات التوطين

المطلب الرابع: التوطين لمعاهدة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وموقف التشريع اليميني منه.

الخاتمة

النتائج

التوصيات

تمهيد: مفهوم المشروعية الدستورية

إن مفهوم المشروعية الدستورية من المفاهيم القانونية المتعلقة بعلاقة الحاكم بالمحكومين، ويعني في بعده الأساسي: الدولة التي تكون السيادة فيها للقانون، وخضوع كل ما في الدولة بجميع هيئاتها وأفرادها لقواعد عامة مجردة وملزمة، موضوعة مقدماً، يحترمها كل من الحاكم والمحكوم على السواء، فكل السلطات تخضع للقانون^(١).

وبالتالي فحين يصف رجال القانون القرار بأنه قرار مشروع يكون مرادهم أنه قد جاء موافقاً لمبدأ المشروعية، والمتمثل في توافق القاعدة القانونية الأدنى للقاعدة الأعلى، وعدم مخالفتها شكلاً وموضوعاً^(٢)، وفي حالة حصول مخالفة فإن القرار يصاب بعيب عدم المشروعية، ويدخل ضمن القرارات المعيبة.

وبناء على ما سبق فالمشروعية الدستورية هي المرجع لكافة القوانين واللوائح والنظم في الدولة، وفي

(١) البوشي، شريف حسن طه، الشرعية الدستورية بين النظم الوضعية والنظام الإسلامي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، ٢٠١٤م، ص ١٢.

(٢) د. زياد عبدالوهاب النعيمي، (٢٠٢٠م/٦/٨)، الفرق بين الشرعية والمشروعية، تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٠٢٢/٤/١٣م، رابط الموقع:

<https://portal.arid.my/ar-LY/Posts/Details/0125f462-2f27-4799-a268-ead1157bb30b?t=%D8%A7%D9%84%D9%81%D8%B1%D9%82-%D8%A8%D9%8A%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%B1%D8%B9%D9%8A%D8%A9-%D9%88-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B4%D8%B1%D9%88%D8%B9%D9%8A%D8%A9>

ظل دولة مرجعيتها النظام الإسلامي^(١) يجب أن تكون كافة المراكز والتصرفات القانونية والدستورية خاضعة للشريعة الإسلامية وأحكامها، وذلك لأن الشريعة الإسلامية هي الأصل والمرجع لكافة القوانين واللوائح التي يجب أن تتماشى معها، وإلا وصفت بعدم الشرعية، وفي حالة مخالفة بعض القوانين لذلك فإنه يجوز وصفها بعدم المشروعية، أو الدفع بعدم مشروعيتها، وتوجب على القضاء أيا كان نوعه أن لا يقبل هذه الأحكام^(٢).

وفي حالة تعارض قانون أو تشريع بنص دستوري فإن السلطة التشريعية تكون قد خالفت مبدأ الشرعية لأنها عارضت في تصرفها هذا القانون الأسى في الدولة.

المبحث الأول:

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وبيان أسسها الفكرية

كما يقال فإن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وبالتالي فلا نستطيع تحليل هذه الاتفاقية إلا بعد عرضها ومناقشة مرجعيتها الفكرية، وسنتعرض لذلك من خلال المطالبين التاليين:

(١) حيث نص دستور الجمهورية اليمنية في المادتين (٢) و(٣) منه على أن:

مادة (٢): الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية.

مادة (٣): الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات.

ونصت المادة (١) من القانون المدني اليمني: أنه إذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون، وكذلك في أكثر من مادة منه على مرجعية الشريعة الإسلامية المادة (١٢) والمادة (١٨) والمادة (٣٤٩). كما نصت على مرجعية الشريعة الإسلامية الكثير من النصوص القانونية في مختلف فروع القانون اليمني منها: قانون الجرائم والعقوبات اليمني في المواد ١٢-١٣-٤٠-٤١-٨١، وقانون الأحوال الشخصية وغيرها

(٢) د. باعوضان، صالح، الفرق بين الشرعية والمشروعية الدستورية، ص ٤٢.

المطلب الأول:

التعريف باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وعلاقة الجمهورية اليمنية بها:

تُعرف اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW) بأنها اتفاقية دولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فيما استمدت هذه الاتفاقية اسمها بربط الأحرف الأولى من جملة:

(The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)^(١)

معاً، والتي تعني بالعربية اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. وقد اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذه الاتفاقية على أنها مشروع قانون دولي لحقوق المرأة، في حين تتألف اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من مقدمة و(٣٠) مادة وضعت لتحديد ما يشكل تمييزاً ضد المرأة من وجهة نظر الجهات المشاركة، وترى هذه الاتفاقية أنه مازال هناك تمييز واسع النطاق ضد المرأة، وتعلن مجدداً أن هذا التمييز يشكل تهديداً لمبادئ المساواة في الحقوق واحترام كرامة الإنسان، لذلك دعت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة إلى التساوي المطلق بين الرجل والمرأة، في جميع الميادين السياسية والاقتصادية والمدنية، في أنها اعتبرت أي فارق في هذه الأدوار أو التشريعات بين الرجل والمرأة يعد تمييزاً منبوذاً!!
بلغ عدد الدول الموقعة على هذه الاتفاقية ١٩٠ دولة منها عشرون دولة عربية، في حين أن هناك سبع دول أعضاء في الأمم المتحدة لم تصادق على المعاهدة منها الولايات المتحدة الأمريكية^(٢).

(١) تسليم الفقيه، (٢٠٢١/٩/٣٠م)، ما هي اتفاقية سيداو، تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٠٢٢/٤/١٣م، رابط الموقع:

https://mawdo3.com/%D9%85%D8%A7_%D9%87%D9%8A_%D8%A7%D8%AA%D9%81%D8%A7%D9%82%D9%8A%D8%A9_%D8%B3%D9%8A%D8%AF%D8%A7%D9%88

(٢) <https://www.alayam.com/alayam/Parliament/571280/News.html>

تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٠٢٢/٥/١٢م.

علاقة الجمهورية اليمنية باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة:

نشرت العديد من المواقع الالكترونية أن الجمهورية اليمنية قد انضمت إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وصدقت عليها عام ١٩٨٤ م، رغم أن من قام بالتصديق الفعلي على الاتفاقية هي جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية سابقاً^(١)، وليست الجمهورية اليمنية، وقد عمل مكتب المبعوث الأممي إلى اليمن وهيئة الأمم المتحدة للمرأة (UN Women) بشكل وثيق من أجل إنشاء مجموعة التوافق النسوي اليمني من أجل الأمن والسلام (تعرف أيضاً باسم "مجموعة التوافق") في أكتوبر/تشرين الأول ٢٠١٥ م، معتمدين على نصوص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وخلال صيف عام ٢٠١٨، قرر مكتب المبعوث الخاص، تحت إشراف مبعوث خاص جديد، اتباع نموذج المجلس الاستشاري للمرأة السورية، على الرغم من التحفظات التي أبدت داخل أروقة الأمم المتحدة وخارجها. ونتيجة لهذا، تم إنشاء الفريق الاستشاري التقني من النساء اليمنيات، جرى استعراض التقدم المحرز والتخطيط لاتخاذ إجراءات جديدة خلال دورة متابعة عقدت في ديسمبر/كانون الأول^(٢) ٢٠٢٠، وأصبح تنفيذ أجندة المرأة والسلام والأمن مسؤولية تقع على عاتق جميع موظفي مكتب المبعوث الخاص، وعيّن خبراء يمنيون لتطبيق الدراسات التحليلية الجنسانية وإعداد بضعة أوراق لتحديد مواقف. وشرع مكتب المبعوث الخاص في عقد اجتماعات شهرية للمجتمع الدولي بشأن قضايا المرأة والسلام والأمن، وبدعم منه بدأت عضوات الأحزاب السياسية في توحيد صفوفهن، كما كثف المكتب من عمليات التشاور مع القيادات النسائية المحلية، وتشمل المسائل المثيرة للقلق: التمويل المحدود لجهود التصدي للعنف القائم على النوع الاجتماعي، وتلبية احتياجات الصحة الإنجابية، والاحتياجات الإنسانية للأسر المعيشية التي تعيلها نساء، وارتفاع معدلات العنف القائم على النوع الاجتماعي، وتضاؤل الحيز المتاح لممارسة أنشطة تعميم مراعاة الاعتبارات الجنسانية وأنشطة السلام في شمالي البلاد. وهناك خطط لزيادة ميزانية مكتب المبعوث

(١) وثيقة الأمم المتحدة CEDAW/SP/2002.

(٢) جوك بورجينا، (٢٩/٩/٢٠٢١ م)، التخطيط الاستراتيجي لما هو أبعد من أجندة المرأة والسلام والأمن في اليمن أهمية اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سيداو، تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٥/٤/٢٠٢٢ م، ولزيادة تفاصيل حول ذلك يرجى زيارة الرابط التالي:

الخاص المخصصة لتوظيف من يمتلكون الخبرة في الشؤون الجنسانية عام ٢٠٢٢م، وأرسل استعراض كامل عن الاستنتاجات والتوصيات إلى فريق الخبراء غير الرسمي في مارس/آذار ٢٠٢١^(١)، في حين حددت لجنة الرصد المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة موعداً لاستعراض التقرير الجامع للتقريرين الدوريين السابع والثامن عن اليمن في جدول أعمال دورتها الثمانين المقرر عقدها في أكتوبر/تشرين الأول ٢٠٢١.

المطلب الثاني:

بيان أسس المرجعية الفكرية لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

إن الناظر لمفهوم الحرية لدى الغرب وما يتبع ذلك من معاهدات تبني على هذه النظرة من غير ضوابط تراعي اختلاف الزمان والمكان، ومحاولة إلزام الآخرين بهذه الرؤية هو تصدير واضح للحرية، ومن خلال تتبعنا لنصوص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة حاولنا جمع أهم الأسس المرجعية والفكرية لتلك الاتفاقية والتي سنجملها كما يأتي:

أولاً: من أهم الأسس الفكرية التي تنادي إليها تلك الاتفاقية التشديد على تطبيق مبدأ المساواة ومحاولة إلزام وفرض هذا المفهوم بصورته التحجيرية والمستمدة من الرؤية الضيقة من مفهومها النابع من التوجه الفكري لواضعي أصول ونصوص تلك الاتفاقية، من غير مراعاة لمختلف التوجهات الفكرية الأخرى في هذا الإطار، إضافة لعدم مناقشة جوهرية هذا المبدأ عند التوجهات الفكرية الأخرى ذات المرجعية الدينية خصوصاً، ومحاولة الصاق تهمة التسلط بشكل واضح عند المعارضة، وهذا التصرف يعتبر خروجاً عن منهجية الحق الإنساني في عرض أفكاره ومناقشتها ومحاولة تصدير ذلك الحق عن طريق الترويج المباشر لمفهوم المساواة والعدالة الجنسانية وتوظيف تلك المصطلحات لتحقيق إلغاء الفوارق بين كافة الأنواع البشرية بكل اختلافاتها الفطرية البيولوجية.

ومن هنا يمكن القول إن تعميم مفهوم المساواة وغيرها من المصطلحات الجارية مجراه كالهوية الجنسانية ينتج عنه الكثير من التناقضات مع أصول التشريع الإسلامي الذي تعتمد عليه دساتير بعض الدول من ضمنها الجمهورية اليمنية، في حين أن الشريعة الإسلامية قد عرضت مبدأ المساواة من

(١) رسالة مؤرخة ١٧ آذار/ مارس ٢٠٢١م موجهة إلى الأمين العام من الممثلين الدائمين لأيرلندا والمكسيك والمملكة المتحدة لدى الأمم المتحدة.

منطلق إعطاء كل ذي حق حقه، فالمساواة لا تعني إلغاء الفوارق وإعطاء المرأة مثل ما يعطى الرجل!! فهذا تخليط وتخبط، فالمرأة فطرياً وبيولوجياً مبنية على فوارق و مهينة للقيام بما يتناسب مع بنيتها وتكوينها الجسدي والعاطفي، ومن هنا يمكن القول إن المساواة من منطلقها الشرعي تتمثل في: منح الحقوق المناسبة مع التكوين البشري، وإن ظهرت هناك فوارق ظاهرها الاختلاف، ولكن عند النظر في تكوينها الجوهرية يظهر لنا مدى تناسبها الواقعي مع الطبيعة البشرية، فليس هناك في نظر الشريعة الإسلامية ما يسمى نقص في حقوق البعض مقابل منحها للآخرين، بل منح الحق لصاحبه بما يتناسب مع طبعه وجنسه الذي هو جوهر الكمال، بل من السذاجة أن يظهر البعض أو يطالب بالمساواة بين الأجناس المختلفة ﴿وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنثَىٰ﴾^(١) من هنا يظهر لنا جلياً مقدار البون الشاسع بين أصول الفكر الغربي وبين حقيقة التشريع الإسلامي الرباني .

ثانياً: العمومية نجد أن من الأسس المرجعية لهذه الاتفاقية أن نصوصها تتصف بالعمومية المضطربة، فالمتأمل في نصوصها يجد أنها تسعى لتطبيق مبدأ المساواة وتحصر على إبرازه وإدماجه في الدساتير والتشريعات الوطنية للدول، في حين أنها لم تتعرض أصلاً لأي تعريف لذلك المصطلح ولا بيان نطاقه ولا كيفية التعامل معه في إطار محل تطبيقه وبالتالي فهذا في حد ذاته يعتبر قصوراً مخلاً ينعكس على الجانبين النظري والتطبيقي.

ثالثاً: تسعى هذه الاتفاقية لتغيير الأنماط الاجتماعية والمتمثلة في التعاملات والعلاقات الثقافية في الفكر والسلوك لكل من الرجل والمرأة، بما يحقق على حد زعمها القضاء على التحيزات والعادات العرفية، في حين أن الكثير من المجتمعات الإسلامية الواعية لا تستحضر مفهوم الدونية بين الرجل والمرأة، ومن أمثلة ذلك مفهوم القوامة الشرعي، فإنه يأتي في سياق حفظ حقوق المرأة من قبل الرجل، فهو حارس وقيم ومرجعية لها في تحقيق حقوقها والمحافظة عليها، ونحن لا ننكر وجود بعض الشذوذ الفكري أو بعض التصرفات غير العقلانية التي قد تصدر، ولذلك فإننا نعتقد بوجود تصحيحها في إطار النص الشرعي الإلهي لا الأغراض الخاصة التي تؤول غالباً إلى إنهاك القيم الإنسانية والأخلاق الفاضلة .

رابعاً: كما نجد أنه من أسس هذه الاتفاقية تحطيم الحواجز والمحظورات المهنية بين الرجال والنساء، في حين أن الواقع العملي يفرض وجود التمايز بين الجنسين في نوعية الأعمال وطبيعتها. ونجد أن هناك الكثير من المواثيق الدولية التي سعت جاهدة لتحفيز مفهوم المساواة بهذا الفهم

(١) [آل عمران: ٣٦].

السقيم بغية تحقيق العدالة الموهومة، ومن أمثلة تلك المواثيق ميثاق نيروبي والذي حمل مسمى المساواة والتنمية والسلام لعام ١٩٨٥، وكذلك مؤتمر كوبنهاجن لعام ١٩٩٥م تحت عنوان مؤتمر القمة العالمية للتنمية الاجتماعية، فضلاً عن نصوص الاستنتاجات عن اللجان المركزية للمرأة وغيرها. ومن وجهة نظرنا فإن السعي لتطبيق هذا النصوص من غير مراعاة لواقع المرأة وطبيعتها وتوجهاتها ورغباتها الفطرية ما هو إلا وسيلة من وسائل سلب الحريات لا منحها، وهو في ذات الوقت يعتبر محاولة لإقحام المرأة في الكثير من الوظائف غير التقليدية والسعي لاستغناء المرأة عن الرجل.

كما نجد في المقابل أن هناك مواثيق دولية تطالب الرجال بالتماس فرص العمل في القطاع الاجتماعي كما نصت على ذلك وثيقة بكين، في حين أن ذلك القطاع يختص غالباً بالمرأة ولا يتناسب مع طبيعة الرجل الفطرية، وبالتالي فإن هذا الاهتمام بتغيير الأدوار بين الرجل والمرأة والسعي لتغيير الصورة النمطية للجنس البشري ما هو إلا مخطط ظاهر المعالم لكسر فطرة التعامل البشري.

ومن آثار هذا الوضع الكارثي أن ثقافة الرجل نفسه قد تغيرت ملامحها، فأصبح يتخلى تدريجياً عن دوره كرجل، وأصبح البعض يستبشر بهذا الفعل لما يعود عليه من مصالح مادية غالباً.

في حين يبرز لنا النظام الإسلامي كمبدأ ديني يسعى للمحافظة على أسس الموروث الطبيعي للذات البشرية والذي هو أساس الدستور اليميني، فالرجل في هذا النظام هو من يمثل نقطة التكليف الشرعي بمباشرة الأعمال وكسب العيش، والقيام بمهمة تجنيب المرأة الكد والشقاء وتحمل أعباء المعيشة، وهذه الوظيفة هي جوهر مبدأ القوامه الذي ذكرته النصوص الشرعية وأكدته في تطبيقها العملي.

وفي حالة تغير هذا النظام وحصول تبادل الأدوار بين الجنسين تظهر لنا الكثير من المشاكل بتصنيفاتها المختلفة وآثارها السلبية على الفرد والأسرة والمجتمع، وتصبح المرأة في حالة التكليف ومباشرة الأعمال والقيام بوظائف كرجل في صورة امرأة فتخرج عن طبيعتها وفطرتها ظناً منها بالمساواة، في حين أن حقيقة المساواة تتمثل في النظر لطبيعة الذات البشرية.

خامساً: نجد أن بعض نصوص هذه الاتفاقية صورية لا فعلية، كالنصوص المتعلقة بالأجرة، فنجد أن هناك صعوبة ملحوظة في تطبيقها حتى في البلدان التي تسعى لتحقيق مفهوم المساواة، فالمرأة لا تعطى أجرها مثل الرجل نظراً لما يعتبرها من تغييرات نفسية شهرية، ونتيجة لما تمر به من مراحل الحمل والولادة وغيرها، وكذلك ما يتبع ذلك من إجازات عمل وغيرها!! فالمطالبة بالمساواة من غير مراعاة لحال المرأة نوع من الظلم تحت مسمى الحرية.

سادساً: ما نصت عليه الاتفاقية من منع التحفظ، فمنع التحفظ يعتبر في حد ذاته مخالفة للقواعد العامة، وخصوصاً كون الاتفاقية تتعلق بحق إنساني، فمن غير المنصف تحجير ذلك الحق في إطار

المنصوص فقط فهناك من الأفكار ما تمنح للمرأة حقوقاً أعظم وأكبر نفعاً مما تم النص عليها في هذه الاتفاقية.

المبحث الثاني:

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في إطار اتفاقية

فيينا لعام ١٩٦٩م وبيان واقع التشريع اليمني في ضوء ذلك

تنظم اتفاقية فيينا الاتفاقيات التي تعقد بين الدول على شكل معاهدات، كما تضع هذه الاتفاقية الإجراءات والقواعد والمبادئ التوجيهية لكيفية نشوء المعاهدة، وصياغتها، وتعديلها وتفسيرها، وجميع ما يتعلق بها من أحكام^(١).

وتعتبر هذه الاتفاقية من أهم الصكوك الدولية في قانون المعاهدات، وهي تشكل دليلاً موثقاً عند نشوء النزاعات الدولية والمتعلقة بتفسير المعاهدة، وتطبق هذه الاتفاقية على المعاهدات التي جاءت بعد إبرامها، وعلى تلك التي تم إبرامها بين الدول، وبالتالي فهي لا تحكم الاتفاقيات بين الدول والمنظمات الدولية أو بين المنظمات الدولية نفسها^(٢).

وعند النظر والتتبع في مواد هذه الاتفاقية نجد أنها توضح كيفية انضمام الدول للمعاهدات الدولية، ومن خلال الوقوف على واقع العلاقة بين موقف الجمهورية اليمنية واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فإن الجمهورية اليمنية بعد الاعتراف بها لم توقع على هذه الاتفاقية، إلا أنه يمكن القول ومن خلال مواد اتفاقية فيينا أن الجمهورية اليمنية لم تبد اعتراضاً صريحاً بعدم موافقتها على نصوص تلك الاتفاقية، في حين أن هذه الاتفاقية قد نصت في المادة (٤٥) منها على أنه: (ليس للدولة بعد وقوفها على الوقائع أن تتمسك بسبب من أسباب إبطال المعاهدة أو انقضائها أو للانسحاب منها أو إيقاف العمل بها طبقاً للمواد من ٤٦ إلى ٥٠ أو المادتين ٦٠ و٦٢ في إحدى الحالتين الآتيتين:

ب- إذا اعتبرت بسبب سلوكها أنها قبلت بصحة المعاهدة أو ببقائها نافذة أو باستمرار العمل بحسب الحال).

وقد يحتج البعض بهذا النص على أن الجمهورية اليمنية أصبحت ملزمة بهذه المعاهدة بسبب سلوكها

(١) أنتوني ، أوست، اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات (١٩٦٩)، موسوعة ماكس بلانك للقانون الدولي، ٢٠٠٦م، (١٠/٩٣).

(٢) أ ب ج المادة (٣) من الاتفاقية.

الدال على قبولها لبنود المعاهدة، إضافة إلى عقد العديد من الندوات الدولية المتعلقة بمدى تنفيذ هذه الاتفاقية في الجمهورية اليمنية، وانتشار العديد من المؤسسات التابعة لها، والساعية لرفع التقارير الدورية عن مدى التزام الجمهورية اليمنية بتنفيذ تلك الاتفاقية.

وبعد عرض ما سبق فإننا لا نقلل من مقدار الضغط الدولي الذي تتعرض له بعض دول العالم الثالث ومنها الجمهورية اليمنية للقبول بتنفيذ معاهدات حقوق الإنسان، فضلاً عن سعي تلك الدول لتحسين صورتها أمام المجتمع الدولي بمباشرة بعض الخطوات المنسجمة مع هذا التوجه.

ولكن نقولها وبكل وضوح إن نص المادة السابق لا يلزم الجمهورية اليمنية بقبول تلك المعاهدة، بل ولا يمكن الاعتداد بجميع ما ذكر، لكون هذه المعاهدة تتعارض مع قواعد أساسية في القانون الداخلي للدولة فضلاً عن معارضتها للنصوص الدستورية للجمهورية اليمنية.

ويؤيد ما قلنا ما أشارت إليه اتفاقية فيينا في الفصل الثاني منها تحت عنوان بطلان المعاهدات، فقد نصت المادة (٤٦) والمتعلقة بنصوص القانون الداخلي بشأن الاختصاص بعقد المعاهدات بقولها:

(١- ليس للدولة أن تحتج بأن التعبير عن رضاها بالالتزام بالمعاهدة قد تم بالمخالفة لحكم في قانونها الداخلي يتعلق بالاختصاص بعقد المعاهدات كسبب لإبطال هذا الرضا إلا إذا كانت المخالفة بينة وتعلقت بقاعدة أساسية من قواعد القانون الداخلي).

ومن خلال هذا النص نجد أن اتفاقية فيينا تؤيد إبطال المعاهدة إذا كانت مخالفتها تعلقت بقاعدة أساسية من قواعد القانون الداخلي، ونجد أن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة قد خالفت المادة الثالثة من الدستور وهي أن الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات، فهذا النص هو قاعدة أساسية من قواعد التشريع والمعتمدة عليه الكثير من قواعد القانون الداخلي، كقانون الأحوال الشخصية وما فيه من نصوص تتعارض بكل وضوح مع نصوص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

ومما سبق يمكن القول وبكل وضوح إن إبطال هذه المعاهدة يستند لنصوص اتفاقية فيينا فيما يتعلق بالواقع اليمني ولا مجال لتبرير وجودها تعلقاً بمبدأ اعتبار السلوك دليل الرضا.

المبحث الثالث:

الاستخلاف الدولي للمعاهدات

في إطار ما تمر به الدول من تغيرات قد تؤثر على كيان الدولية داخلياً وإقليمياً، تبرز لنا مسألة الاستخلاف الدولي للمعاهدات الدولية كواقعة حال يترتب عليها الكثير من الإشكاليات على الصعيد الداخلي والدولي، ومن هذا المنطلق فقد قدمت الجمعية العامة للأمم المتحدة طلباً إلى لجنة القانون الدولي في دورتها السادسة عشرة يتضمن ذلك الطلب دراسة موضوع الاستخلاف الدولي وإدراجه ضمن برامجها ورفع التوصيات المناسبة بشأنه والنظر في المشكلات المتعلقة به ووضع الحلول لتلك المشكلات.

وبناء على ما سبق فسنعرض في هذا المطالب الآتية لتعريف الاستخلاف الدولي وأنواعه وأسبابه كما يلي:

المطلب الأول:

مفهوم الاستخلاف الدولي للمعاهدات الدولية:

أشارت اتفاقية فيينا لخلافة الدول في المعاهدات الدولية ١٩٧٨م في المادة الثانية منها في الفقرة ١/ب إلى تعريف الاستخلاف الدولي للمعاهدات أو خلافة الدول بأنه: "حلول دولة محل دولة أخرى في مسؤولية العلاقات الدولية للإقليم الذي يتناوله استخلاف الدول"^(١)، كما بينت هذه الاتفاقية مفهومي السلف والخلف في الدول، فقد ذكرت في الفقرة ج و د من نفس المادة الثانية المراد بذلك، وبينت أن الدولة السلف هي "الدولة التي حلت محلها دولة أخرى لدى حدوث خلافة الدول"، وأشارت في الفقرة د إلى تعريف الدولة الخلف بأنها "الدولة التي حلت محل دولة أخرى لدى حدوث خلافة الدول"^(٢).

ويمكن القول إن التعريف الذي أوردته الاتفاقية المذكورة قد أحاط بالعناصر الرئيسية لموضوع الاستخلاف الدولي، أي في ما يتعلق بموضوع الحلول والسيادة، كما حدد ذلك التعريف أطراف الحلول وبين نطاقه وما يترتب عليه من آثار.

وقد عقبته لجنة القانون الدولي في تقريرها عن أعمال دورتها السادسة على ذلك التعريف من حيث

(١) المادة (٢)، فقرة ١/ب، اتفاقية فيينا لخلافة الدول في المعاهدات لعام ١٩٧٨م.

(٢) المادة (٢)، فقرة ج ود، اتفاقية فيينا لخلافة الدول في المعاهدات لعام ١٩٧٨م.

إنه قد اقتصر على الاستخلاف بين الدول من بين أشخاص القانون الدولي العام^(١)، كما حدد التعريف محل الاستخلاف بالإقليم دون ربط ذلك بما ينشئ عنه من حقوق وواجبات^(٢). وقد سعى بعض فقهاء القانون الدولي لإيجاد تعريف جامع مانع للتوريث الدولي إلا أنه يمكن القول إن مجموع تلك التعاريف قد ساهم بشكل كبير لتحديد ماهية الاستخلاف وبيان حقيقته. فقد عرفه الأستاذ الدكتور حامد سلطان بقوله "إنه البحث في مصير العلاقات الدولية التي كانت مرتبطة بها مع غيرها من الدول، وتعيين ما ينقص منها بفقدان السيادة فقداً كلياً أو بانتقال جزء من إقليمها إلى سيادة دولة أخرى، وما يظل منها باقياً بالرغم من التغير الذي حدث"^(٣)، في حين عرفه الأستاذ الدكتور محمد طلعت الغنيمي بأنه "دولة تكف على أن تحكم داخل إقليم معين بينما تحل أخرى محلها وينجم عن هذه الحقيقة أن تتعرض العلاقات الداخلية والخارجية في إقليم إلى تغيرات مفاجئة تمس البناء الاقتصادي والاجتماعي القانوني"^(٤). وقد عرفه الدكتور إبراهيم العناني بأنه "التطورات والتغيرات التي طرأت على كيان الدولة الإقليمي وما استتبع ذلك من حلول سيادة محل أخرى في الإقليم الذي أصابه تغيير"^(٥). في حين عرفه الأستاذ محمد المجذوب بأنه "التغيرات الإقليمية التي تتعرض الدولة إليها في أثناء وجودها كالتفكك، أو الاندماج، أو انفصال بعض الأقاليم عن الدول التي كانت تعتبرها جزءاً منها أو أقطاراً خاضعة لانتدابها أو حمايتها أو وصايتها، أو انقسام الدولة الواحدة، أو التحاق جزء من إقليم الدولة بإقليم دولة أخرى، أو انفصال جزء معين وإعلان الاستقلال من الدولة الأصل"^(٦). ومما سبق يمكن القول إن الاستخلاف الدولي يشترط لتحقيقه ما يلي:

- ١- تحقق حلول دولة محل دولة جزئياً أو كلياً.
 - ٢- تحقق انتقال السيادة وما يتبعها من آثار، إضافة إلى انتقال المسؤولية الدولية والحقوق والالتزامات من الدولة السلف إلى الدولة الخلف.
- ونجد أن التعاريف السابقة قد حررت الاستخلاف الدولي باعتبار عمومه، وفي ظل بحثنا نجد أن المعاهدات الدولية داخلية في عموم الآثار المترتبة على تصرفات الدولة السلف حقوقاً وواجبات، وعليه

(١) ذبيان، مها محمد، خلافة الدول والآثار المترتبة عليه، جامعة النهدين، د.ط، بغداد، ٢٠٠٤ م، ص ٤٢.

(٢) إبراهيم، صفاء سمير، المنازعات الناجمة عن خلافة الدول وسبل تسويتها، ط ١، عمان، ٢٠١٢ م، ص ٣٣.

(٣) سلطان، حامد، القانون الدولي في وقت السلم، د.ط، القاهرة، ١٩٧٦ م، ص ٤٤٣.

(٤) الغنيمي، محمد طلعت، الوسيط في قانون السلام، د.ط، الإسكندرية، ١٩٨٢ م، ص ٤٨٣.

(٥) العناني، إبراهيم، القانون الدولي العام، د.ط، القاهرة، ١٩٩٠ م، ص ٢٠٠.

(٦) المجذوب، محمد، القانون الدولي العام، د.ط، بيروت، ٢٠٠٣ م، ص ٢٦٨.

فالاستخلاف الدولي يشمل في جزئياته الاستخلاف للمعاهدات الدولية.

المطلب الثاني:

أنواع الاستخلاف

قسم الفقه الدولي الاستخلاف الدولي إلى استخلاف كلي (عام) واستخلاف جزئي، ولهذا التقسيم أثر بالغ يتمثل في بيان الأهمية المترتبة على تحديد الحقوق والالتزامات التي تنتقل من الدولة السلف إلى الدولة الخلف، ولذلك يجب علينا بيان مفهوم كلا من الاستخلاف الكلي والجزئي وما يترتب على تلك الأقسام كما يلي:

القسم الأول: الاستخلاف الكلي (العام):

يقصد بالاستخلاف الكلي في الاصطلاح الدولي "زوال الدولة السلف ويترتب على ذلك الزوال انتهاء الشخصية القانونية لتلك الدولة بسبب ما تعرضت له من تغيرات أدت إلى انتقال كامل الحقوق والالتزامات إلى الدولة الخلف" (الدولة الجديدة)^(١).

وانعدام الشخصية القانونية أو انتهاءها يتحقق عند فقد الدولة لأحد عناصرها الأساسية المتمثلة في الإقليم أو الشعب أو السيادة، وعند التحقيق نجد أن زوال الدولة بفقدان الشعب أو الإقليم مستبعد الحصول وليس مستحيلاً، في حين أن فقدان الدولة لسيادتها على الإقليم واقع ملموس ويظهر بصورة جلية عند انضمامها طواعية أو إكراها لدولة أخرى أو عند تفككها، في حين أن انعدام الشخصية القانونية للدولة قد يكون مؤقتاً وذلك في حالة الاحتلال من قبل دولة أخرى ثم يحصل الاستقلال للدولة ففي هذه الحالة تسترد هذه الدولة ما فقدته أثناء الاحتلال من سيادة وما يترتب على ذلك من آثار قانونية، وترجع الدولة المستقلة لمركزها القانوني المفقود في حالة الاحتلال.

وبالنظر لواقع الاستخلاف الكلي في المعاهدات الدولية نجد أنه يترتب عليه وجود استخلاف كامل للمعاهدات الدولية التي عقدتها الدولة السلف وفقاً لم ترتبه قواعد الاستخلاف الدولي، مع استحضار انتفاء الاستخلاف في بعض الحالات كما سنبينه لاحقاً.

القسم الثاني: الاستخلاف الجزئي:

ويحصل الاستخلاف الجزئي عندما يتم انتقال جزء من دولة إلى دولة أخرى ويدخل تحت سيادتها، وبالتالي فلا يؤدي هذه الانتقال إلى انتهاء الدولة السلف، ولا يترتب عليه انتهاء شخصيتها القانونية بل تظل قائمة في بقية الأجزاء، ويتحقق الاستخلاف الجزئي في حالة الضم أو تنازل الدولة عن جزء منها

(١) المجذوب، محمد، مرجع سابق، ص ٢٦٧.

لدولة الأخرى^(١)، وقد يظهر الاستخلاف لجزئي للدول عند انفصال بعض أجزائها الإقليمية أو ظهور دول جديدة تحت مبرر التحرر من الاستعمار فتحل الدولة الجديدة محل الدولة المستعمرة في بعض الإقليم.

وبالنظر لواقع الاستخلاف الجزئي في المعاهدات الدولية نجد أنه يترتب عليه وجود استخلاف لبعض المعاهدات الدولية التي يتم تحديدها بموجب اتفاقية تعقد بين الدولة السلف والخلف يحدد بموجبها ما يتم انتقاله من تلك الحقوق والواجبات، ويتم الرجوع لتلك المعاهدات من أجل بيان الآثار المترتبة على انتقال أو ضم تلك الأجزاء من الإقليم، والسعي لتطبيق القواعد الدولية التي تحكم الاستخلاف الدولي.

المطلب الثالث:

أسباب الاستخلاف الدولي:

تتنوع أسباب الاستخلاف الدولي تبعا لتنوع وجودها، في حين أنها تشترك في كونها تحقق نتيجة واحدة متمثلة في وجود بعض التغيرات التي تؤدي بالضرورة إلى تغيرات مباشرة في السيادة يترتب عليها تحقق حلول دولة محل دولة كلياً أو جزئياً أو اندماج دولتين لتشكيل شخصية دولية جديدة، وفيما يلي سنتعرض لذكر أسباب الاستخلاف الدولي كما هو منصوص عليه في القانون الدولي.

أولاً: الاستخلاف عن طريق التنازل:

يمكن أن يعرف التنازل الدولي بأنه: "الاتفاق الدولي الذي ينتقل به إقليم ما أو جزء منه من ولاية الدولة المتنازلة ليدخل في سيادة الدولة الأخرى وقد يكون بعوض أو بغير عوض"^(٢).

وللتنازل صور متعددة، فقد يكون عن طريق التبادل، أو عن طريق المعاوضة المالية، أو دون مقابل، وفي بعض الحالات قد يكون التنازل اجبارياً وخصوصاً في التنازلات المبنية على صراع مسبق.

وقد أشار بعض فقهاء القانون الدولي إلى جملة من الشروط الواجب توافرها لتحقيق التنازل الدولي، ولعل من أهمها وجود اتفاق دولي بالتنازل سواء كان ذلك الاتفاق صريحاً أو ضمناً، إضافة إلى تحقق الأهلية في الدولة المتنازلة بحيث تكون أهلاً لذلك التصرف، مع وجوب أن يكون الإقليم المتنازل عنه موجوداً تحت سيادة الدولة المتنازلة، كما أنه يجب على الدولة المتنازل لها أن تضع يدها على محل

(١) محمد، أشرف وفا، آثار الاستخلاف بين الدول على أعمال قواعد القانون الدولي الخاص، ط ١، القاهرة، دار النهضة، ٢٠٠٥م، ص ٤٨.

(٢) سلطان، حامد، مرجع سابق، ص ٧٨٠.

التنازل بصورة فعلية^(١)، كما يمكن القول إنه يشترط أيضاً في محل التنازل أن يقع على الإقليم البري فقط للدولة، لأن العناصر الإقليمية الأخرى كالإقليم البحري والجوي هي في الأصل تابعة للإقليم البري.

ثانياً: الاستخلاف عن طريق الاتحاد والاندماج:

ويظهر لنا ذلك الاستخلاف في صورة اتحادات يترتب عليها نوع من التفاهم والتقارب والتي تؤدي إلى حل الكثير من النزاعات بالطرق السلمية، وتتنوع صور الاتحاد أو الاندماج تبعاً لطبيعة ذلك الاتحاد وطبيعة الدولة المشاركة فمن تلك الصور الاتحاد الفعلي أو الحقيقي، وكذلك الاتحاد الشخصي إضافة إلى الاتحاد التعاهدي والاتحاد المركزي أو الفيدرالي.

الاتحاد الفعلي (الحقيقي):

يقوم هذا الاتحاد على تكوين هيئات مشتركة بين دول الاتحاد وذلك للممارسة الاختصاصات الدولية لتلك الدول، وما يتعلق بالشأن الدولي من حيث السلم والأمن الدوليان والتمثيل الدبلوماسي والمعاهدات الدولية، ويتصف هذا الاتحاد بوحدة الشخصية القانونية له، بحيث تسري الأحكام على الجميع، وتحقق المسؤولية الدولية عند وقوعها على الجميع أيضاً^(٢)، وتصدر قوانين بين تلك الدول تقر وحدتها في التمثيل الدبلوماسي، والعسكري، والمالي، والسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية.

الاتحاد الشخصي:

ويتكون هذا الاتحاد من اجتماع دولتين أو أكثر تحت حكم رئيس دولة واحد، وأغلب الدول التي تسعى لتطبيق هذا النوع من الاتحادات تكون دول ذات طابع ملكي، وهذه النوع من الاتحادات لا يقوم بالضرورة على وجود روابط سياسية بل ما يربط هذه الدول من الناحية القانونية هو خضوعها لحكم أسرة مالكة واحدة^(٣)، ويترتب على ذلك الاتحاد احتفاظ كل دولة بشخصيتها القانونية المستقلة^(٤).

الاتحاد التعاهدي:

وينشأ هذا الاتحاد من اتفاق عدة دول على إنشاء هيئة مشتركة تتمكن من خلالها الدول من وضع رؤية عامة للدول المتحدة، ويقتضي عمل تلك الهيئة القيام بالمحافظة على استقلال دول الاتحاد، وتدعيم العلاقات السياسية والاقتصادية مع تمتع كل دولة بشخصيتها القانونية الدولية، كما تتمتع الدول

(١) أبو الخير، مصطفى أحمد، الدولة في القانون الدولي العام، ط١، القاهرة، ايتراك للطباعة والنشر، ٢٠٠٩، ص١٠٩.

(٢) أبو هيف، علي صادق، القانون الدولي العام، ط١٢، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٧٥م، ص١٢٥.

(٣) بشير، الشافعي محمد، القانون الدولي العام في السلم والحرب، ط٤، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٧٩م، ص٨١.

(٤) بك، علي ماهر، القانون الدولي العام، القاهرة، مطبعة الاعتماد، ص١٢٢.

المتحدة بكامل سيادتها الخارجية والداخلية^(١).

الاتحاد الفيدرالي:

ويتمحور هذا النوع من الاتحادات في اندماج عدة دول في دولة واحدة، وتسمى بالدولة الاتحادية، وتتحوّل بقية الدول في الأعضاء من دول تتمتع بالشخصية الدولية إلى أشخاص دستورية تخضع للقانون الداخلي للدولة الاتحادية، وتتولى الحكومة المركزية في الاتحاد مهام التمثيل الدبلوماسي، وإبرام المعاهدات الدولية، وغيرها من الالتزامات الدولية^(٢).

ثالثاً: الاستخلاف عن طريق الاستقلال:

وينشأ هذا النوع من الاستخلاف عند تحقق استقلال دولة عن دولة أخرى عن طريق الثورات، بحيث تتمتع الدولة المستقلة حديثاً بالشخصية القانونية، وهنا نجد أن الدولة الأصل قد فقدت سيادتها على ذلك الإقليم الذي أصبح دولة مستقلة^(٣)، ونجد أن ذلك الإقليم المستقل كان سابقاً تابعاً للدولة السلف أو الأصل، وكانت هذه الدولة هي المسؤولة عن كافة العلاقات الخارجية والداخلية له لما كان خاضعاً لاستعمارها أو وصايتها أو انتدابها أو حمايتها، وعليه فإن ذلك الإقليم بعد استقلاله يمثل الدولة الخلف والذي حل محل الدولة السلف الاستعمارية، وبالتالي فنحن أمام صورة توارث جزئي^(٤).

رابعاً: الاستخلاف عن طريق الانحلال:

وتحصل حالة الانحلال عند تفكك الدول الكبرى إلى دول صغيرة ضمن نفس الحدود الإقليمية للدولة السلف، وبالتالي فإن ذلك التفكك ينشأ عنه عدة دول مستقلة كانت جزءاً من الدولة الكبرى أي الدولة السلف^(٥)، ويلاحظ أن هذه الدول سوف تحتاج إلى اعترافات دولية بشخصيتها حتى يتسنى لها ممارسة علاقتها الدبلوماسية مع دول العالم، ويمكن أن نميز بين حالة الانحلال أو التفكك وحالة الانفصال، أن وضع الدولة بعد الانحلال أو التفكك يحتاج إلى وجود اعتراف دولي بها، في حين أن في حالة الانفصال فإن الدولة الأصل لا تكون في حاجة إلى كل ذلك لعدم فقدانها لشخصيتها القانونية وبقائها محتفظة بها^(٦).

(١) بشير، الشافعي محمد، مرجع سابق، ص ٨٥.

(٢) الخطيب، نعمان أحمد، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط ١، عمان، ص ٨٨.

(٣) غانم، محمد حافظ، القانون الدولي العام، ط ١، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٢١٠.

(٤) النقيب، عدنان موسى، تغير السيادة الإقليمية وأثرها في القانون الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، ١٩٨٨م، ص ٢٢٠.

(٥) جويلي، سعيد سالم، الاستخلاف الدولي في المسؤولية الدولية، ط ١، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م، ص ٤٠.

(٦) سلطان، حامد، مرجع سابق، ص ٤٧٠.

المطلب الرابع:

علاقة الاستخلاف الدولي باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وموقف التشريع اليمني منه

بناء على ما سبق وبعد الاطلاع على الواقع التدريجي لتشكيل الجمهورية اليمنية، ودستورها النافذ، ومرجعياته الشرعية، وكذلك ما يرتبط بها من مشروعية، فإن بيان علاقة الاستخلاف الدولي باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في الواقع اليمني، وإيضاح موقف التشريع اليمني منه يستلزم منا تحليل ذلك الاستخلاف من خلال دراسة واقع التعامل الدولي في الدول ذات الاتحاد الاندماجي، وكيفية تعاملها التطبيقي مع المعاهدات الدولية، ثم دراسة واقع ذلك الاستخلاف وأثره على تلك المعاهدة من خلال نصوص اتفاقية فيينا لعام ١٩٧٨م والمتعلقة بخلافة الدول وأثرها على المعاهدات الدولية، وهذا ما سنتعرض له من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول:

موقف العمل الدولي من الاستخلاف-في الدول الاتحادية-و أثره على تطبيق المعاهدات الدولية

تُظهر الممارسات الدولية موقفاً موحداً من حالة الاستخلاف الدولي وأثره على المعاهدات الدولية، يتمثل ذلك الموقف في كون الدولة الجديدة (الخلف) الناتجة من اتحاد دولتين أو أكثر تكون ملزمة بالمعاهدات التي عقدتها دولة السلف، ولكن لا تسري تلك المعاهدات إلا على إقليم الدولة المعنية بالمعاهدة فقط.

ويظهر هذا التصرف بشكل جلي في كثير من المواقف الدولية، فعلى سبيل المثال لا الحصر ما أبرزته لنا الوحدة الألمانية في التعامل مع المعاهدات الدولية السابقة على تلك الوحدة، حيث أصبحت تلك المعاهدات نافذة وملزمة للدولة الوارثة، ولكن ضمن النطاق الإقليمي الذي ساد عند إبرامها، وقد استمرت تلك المعاهدات بالإنفاذ إلى أن ارتأت الدولة الألمانية الجديدة تعارض تلك المعاهدات مع ممارساتها التشريعية فقامت بإلغاء البعض والتحفظ على البعض الآخر^(١)، وكذلك الحال في إطار الوحدة السويسرية، واتحاد الجمهوريات العربية لعام ١٩٧١م^(٢).

(١) صادق، هشام علي، آثار الاستخلاف الدولي في ضوء الوحدة المصرية الليبية، ط١، الإسكندرية، منشأة المعارف، ص ٢٩٠.

(٢) محمد، أشرف وفا، آثار التوارث بين الدول على أعمال قواعد القانون الدولي الخاص، ط١، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٣٦٠.

وإذا أردنا من خلال ما سبق تحليل واقع الجمهورية اليمنية بعد الوحدة وأثر تلك الوحدة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة واستثناساً بالعمل الدولي، فالأصل أن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة تم توقيعها من قبل جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية بتاريخ ٣٠ مايو ١٩٨٤م، ووفقاً للعمل الدولي كما أشرنا سابقاً فاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لن تطبيق إلا على إقليم جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية، ولا يلزم الجمهورية العربية اليمنية قبول تلك الاتفاقية أو تطبيقها.

ولكن الواقع المطبق اليوم هو تعميم تلك الاتفاقية على اليمن عموماً بشطريها، وهذا التصرف يعتبر سابقة مخالفة للعمل الدولي فضلاً عن معارضة تلك الاتفاقية لواقع إعلان الجمهورية اليمنية الذي يدل على ذوبان الشخصية الدولية للدولتين، إضافة إلى إلغاء دستور الدولتين بمجرد المصادقة على اتفاق ودستور الجمهورية اليمنية، في حين أن هذا الإعلان يعتبر أعلى مرتبة وأكثر قوة من الدستور نفسه باعتباره أعلى وثيقة قانونية في الجمهورية^(١)، وهذا يدل على انتهاء الشخصية الدولية لليمن الديمقراطي الذي باشر التوقيع على هذه الاتفاقية، فما هو مبررها الشرعي والقانوني للتطبيق في ظل الجمهورية اليمنية رغم جميع ما ذكرنا؟

وبالتالي فالعمل الدولي في هذه المسألة لا يبرر ولا يبت أصلاً ما نراه اليوم من تعميم لتطبيق اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على اعتبار مفهوم الاستخلاف لعدم وجود مستندها القانوني، فهي في مقام التطبيق من غير موافقة قانونية من قبل دولة الجمهورية اليمنية ولا تصديق ولا قبول يمكن أن يعتد به في الواقع الدولي للمعاهدات الدولية.

الفرع الثاني:

موقف اتفاقية فيينا من الاستخلاف-في الدول الاتحادية-و أثره على تطبيق

المعاهدات الدولية:

عند التعمق في مواد اتفاقية فيينا لعام ١٩٧٨م والمتعلقة بخلافة الدول، والمبينة لحالة التوارث الدولي الناشئ بسبب اتحاد الدول وأثره على المعاهدات الدولية، نجد أن المواد (٣١-٣٢) من هذه الاتفاقية قد بينت ووضحت الفروض المعنية بالتوارث.

وسنركز في بحثنا هذا على الفرض الذي يمكن أن يتناسب مع طبيعة الاتحاد الحاصل في الجمهورية اليمنية، وطبيعة المعاهدة التي تم توقيعها قبل الاتحاد وأثرها بعده، وبالتالي يمكننا القول إن هذا

الفرض والذي بينته المادة (٣١) من الاتفاقية قد أشار إلى ذلك كما يلي:
أنه إذا كنا بصدد معاهدة سارية المفعول في الدولة الخلف فإن تلك المعاهدة تعتبر سارية النفاذ في إطار الدولة الخلف؛ بناء على قاعدة الاستمرارية الواردة في قانون المعاهدات الدولية، وضرورة المحافظة على استقرار العلاقات، ونجد أن هذا المبدأ قد جاء متأثراً بالعرف الدولي المستند على قاعدة الاستمرارية بالنسبة للمعاهدات الدولية.

إلا أن هذه الاستمرارية في المعاهدات الدولية التي قد عقدتها إحدى الدول السلف قد وردت عليها استثناءات متعددة أشارت إليها نفس المادة في فقرتها الأولى كما يلي:

- ١- عندما تنفق الدولة الخلف والدول الأطراف الأخرى على خلاف ما ورد في المتن الأول من المادة.
- ٢- في حال تعارض المعاهدة ذاتها أو ظروف الانتقال في السيادة بين الدول مع استمرارية المعاهدة المعنية، فإن المعاهدة هنا تتوقف عن السريان، أي إذا ما ثبت من الظروف المحيطة بالمعاهدة أو من خلال طريقة أخرى أن تطبيق المعاهدة على الدولة الخلف يتعارض مع موضوعها أو أنه سوف يحدث تغييراً جذرياً في شروطها.

ومن خلال ما سبق عرضه يمكن القول إنه بناء على الأصل فإن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة قد تم توقيعها من قبل جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية ودخلت حيز النفاذ قبل الوحدة اليمنية، والأصل بقاء سريان تلك المعاهدة، وهذا الأصل أدى إلى وجود لبس عند بعض الفئات فقد صرحت بأن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة قد انتقلت بالاستخلاف بناء على اتفاقية فيينا لعام ١٩٧٨م، إلا أن الواقع القانوني يتعارض مع هذا التأصيل لكون هذه الاتفاقية تدخل في عموم الاستثناءات التي أشارت إليها المادة (٣١)، فنجد أن هذه الاتفاقية وبالنظر للظروف المحيطة بالمعاهدة وظهور دولة جديدة بدستور جديد ينص على مرجعيته الشرعية والتي تتعارض جذرياً مع الكثير من موضوع هذه الاتفاقية مما يؤدي إلى وجود تغييراً جذرياً في كثير من موادها، كل المواد التي تتعلق بالأحوال الشخصية وغيرها فإن هذا يؤدي إلى إيقاف سريان المعاهدة وعدم قابليتها للتطبيق فضلاً عن الاستخلاف.

كما يجب التنويه هنا إلى أن نص المادة (٣١) من اتفاقية خلافة الدولة لعام ١٩٧٨م قد أشار في الفقرة الثانية منه إلى أنه في حالة المعاهدة المستمرة لا تطبق إلا على إقليم الدولة الخلف الذي باشر تلك المعاهدة، ويفهم من ذلك عدم تعميم المعاهدة على إقليم الدولة الخلف كاملاً وهذا النص يتوافق مع العمل الدولي الذي أشرنا إليه في الفرع الأول.

كما يجدر بالذكر أيضاً إلى أن نص الفقرة الثالثة من المادة (٣١) قد أشار أيضاً إلى أنه " لا تطبق المعاهدة سارية المفعول إذا تبين من المعاهدة أو ثبت بطريقة أو أخرى إلى أن تطبيق هذه المعاهدة في

كامل الإقليم لن يكون متفقاً مع الهدف والغرض الذي أنشئت من أجله المعاهدة، أو ما من شأنه أن يحدث تغييراً جذرياً في الظروف الملائمة لعملها"^(١)، وبالنظر لواقع اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة فإن تطبيقها على الإقليم اليمني لن يكون متوافقاً مع الغرض الذي أنشئت من أجله لكون منطلق تلك الاتفاقية تحكيم الحرية المطلقة والمساواة الموهومة والمتعارضة مع مفهوم العدالة الشرعية والمجتمعية، وهذا التعارض سيحدث تغييراً جذرياً أثناء تطبيق تلك المعاهدة، بل قد يؤدي الأمر إلى تعارض تلك المعاهدة مع المرجعية الدستورية للدولة.

وبالتالي فلا مجال لإعمال هذه الاتفاقية وتزليلها على أساس الاستخلاف الدولي لها بالنظر للعمل الدولي وكذلك وفقاً لنصوص معاهدة فيينا للاستخلاف لعام ١٩٧٨م.

وخلاصة القول: من وجهة نظر الباحث أن واقع الجمهورية اليمنية يتطلب إعادة النظر في هذه الاتفاقية، وخصوصاً كون الجمهورية اليمنية قد استقر بها التعامل الدولي باعتبارها طرفاً في هذه الاتفاقية وإن قلنا بكونها غير قابلة للاستخلاف، إلا أن مسلك الجمهورية اليمنية اللاحق يدل على الإقرار بها، ولكن لا يبرر هذا الوضع استمرارية الجمهورية اليمنية في هذه المعاهدة دون إبداء بعض التحفظات على كثير من موادها مثلها مثل غيرها من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تحفظت عليها رغم توقيعها من قبل جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية، فقد قدمت اليمن تحفظاً على العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وقد نص هذا التحفظ على أن: "انضمام جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية لهذا العهد لا يعني بأي حال الاعتراف بإسرائيل، ولا يشكل أساساً لإقامة علاقات من أي نوع مع إسرائيل"، ونجد أن تحفظ اليمن على هذه الاتفاقية يعتبر من التحفظات المشروعة، لأن التحفظ لا يخالف موضوع المعاهدة أو هدفها"^(٢)، كما نجد أن اليمن قد أبدت خمسة تحفظات على الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، في حين أننا لو قارنا بين تحفظات اليمن على هذه الاتفاقية وتحفظاتها على الاتفاقيات الأخرى، لوجدنا أنها استندت إلى الشريعة الإسلامية في التحفظ على بعض الحقوق في هذه الاتفاقية، ولم تتحفظ على نفس الحقوق في العهدين الدوليين لحقوق الإنسان وفي اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة !!

(١) ٣١/٣ اتفاقية فيينا لعام ١٩٧٨م.

(٢) أبو هادي، نبيل محمد سعد الله، قانون المعاهدات الدولية وفق الفقه والسوابق والتشريع الدولي بالتركيز على تحفظات اليمن والسودان بشأن بعض المعاهدات الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة النيل، جمهورية السودان، ٢٠١٣م، ص ١٨٦ وما بعدها.

وقد توصلت بعض الدراسات إلى أن أكثر الاتفاقيات التي أبادي عليها تحفظات في إطار الدول العربية هي اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وهذا يُعطي مؤشراً هاماً بأن هذه الاتفاقية هي الأكثر من بين هذه الاتفاقيات لا تتلاءم في بعض نصوصها مع التشريعات الوطنية للدول العربية أو توجهاتها السياسية، ويلمها في الترتيب اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري^(١). وبالتالي ونتيجة للوضع الحساس لهذه الاتفاقية وواقع الدستور اليمني ومرجعياته التشريعية فإنه يجب على الجمهورية اليمنية أن تعيد النظر وبصورة جادة في إبداء التحفظات على هذه الاتفاقية كأقل خطوة يمكن أن تسلكها في هذا الجانب مراعاة لروح دستورها الشرعي وواقعها الديني وحفاظاً على هويتها الشرعية والإسلامية، وعليها أن تبرر موقفها هذا بالرجوع للواقع الذي آلت به هذه الاتفاقية ومخالفتها لواقع قواعد الاستخلاف الدولي فضلاً عن المبررات الأخرى والتي أشرنا إليها سابقاً.

المبحث الرابع:

توطين المعاهدات الدولية

الأصل في الواقع الدولي هو تمتع الدول بكامل السيادة في صورتها الداخلية والخارجية، فلها كامل الحق القانوني في فرض سيطرتها على إقليمها، كما لها الحق في منع تدخل أي دولة في شؤونها الداخلية، إضافة إلى تمتعها بسن قوانينها الداخلية وتطبيقها، كما لها الحق في عقد المعاهدات الدولية وتنمية علاقتها الدبلوماسية.

ولكن قد يحصل في بعض الأوقات نوع من التعارض بين القوانين الداخلية للدول وبعض المعاهدات الدولية، فيستدعي ذلك الأمر أن تتخذ الدولة بعض المحاولات من أجل المواءمة بين تلك المعاهدات والقانون الداخلي.

وبناء على ما سبق فإن الدول تسعى جاهدة بقدر الإمكان لتجنب الاصطدام الذي قد ينشأ بين القوانين الداخلية وبعض المعاهدات الدولية مما قد ينشأ منه سلوك الدولة مسلكاً محايداً من بعض المعاهدات أو لزومها أسلوب التحفظ على بعض بنود المعاهدات مراعاة لقانونها الوطني ومحافظة بذلك على ثقليها الدولي^(٢).

ومن هنا يمكن القول إن هناك آليات متعددة تسلكها الدول من أجل توطين المعاهدات الدولية، إلا أن بعض الدول قد تجاوزت هذه الإشكالية بالنص الصريح على اعتبار المعاهدات الدولية في مرتبة

(١) المرجع السابق.

(٢) سعيد، طارق جمعة، آليات توطين المعاهدات الدولية في القانون الوطني دراسة مقارنة بين التشريع الأردني والتشريع العراقي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠٢٠م، ص ٧١.

الدستور أو في مرتبة التشريع الداخلي، في حين أن بعض الدول قد التزمت السكوت عن بيان مرتبة المعاهدات الدولية بالنسبة لقانونها الوطني؛ ولعل هذا التصرف من بعض الدول هو وسيلة لإتاحة الفرصة للنظر في تلك المعاهدات وتحديد المسلك المناسب الذي تتخذه الدولة في التعامل مع أمثال هذه المعاهدات، وعلى كل حال فإن تحديد الدولة للألية المناسبة في التعامل مع المعاهدات الدولية يبقى في إطار الشأن الداخلي للدولة المحكوم برؤيتها وسيادتها الداخلية، كما يجب الإشارة إلى أن توطین المعاهدة الدولية هو مقدمة لتنفيذها في القانون الوطني، وهذا يعد جوهر إبرام الكثير من المعاهدات الدولية.

المطلب الأول:

مفهوم التوطين للمعاهدات الدولية

إن العلاقة بين القانون الدولي والقوانين الداخلية أو مسألة التدرج بين القانونين تعد في الواقع من أهم القضايا التي عنيت بها الدراسات القانونية لتعلقها المباشر بكيفية تطبيق القانون الدولي في المجال الداخلي للدول^(١).

ولن نتحدث هنا عن نظريات فقهاء القانون التي تبين العلاقة بين القانون الدولي والداخلي عن طريق نظريتي ثنائية القانون ووحدة القانون، وإنما سنركز حديثنا عن الحلول والطرق المباشرة التي تسلكها الدول من أجل تطبيق القانون الدولي في قوانينها الداخلية تحت مسمى التوطين، والمواد بالتوطين في المعاهدات الدولية أي جعل النص الوارد في المعاهدة في صورة قانون وطني أو داخلي، بحيث تدخل المعاهدة في النظام القانوني الداخلي للدول الأطراف فيها وتكون جزءاً منه، ويترتب على ذلك أن تكون أحكام تلك المعاهدة ملزمة لمؤسسات الدولة باعتبارها نصوصاً قانونية دولية وطنية كبقية القوانين الوطنية النافذة، وليس باعتبارها نصاً دولياً مقطوع العلاقة عن القانون الوطني^(٢).

المطلب الثاني:

آليات التوطين

الأصل أن تتمتع الدول بحرية كاملة في اختيار الحلول التي تراها مناسبة لتطبيق القانون الدولي في إطار القانون الداخلي؛ والسبب في ذلك يرجع لعدم وجود قاعدة قانونية دولية توضح بصورة مباشرة كيفية تطبيق القانون الدولي على المستوى الداخلي للدول، ويشير بعض فقهاء القانون الدولي

(١) العواضي، علي مكرد، مرجع سابق، ص ٤٣-٤٤.

(٢) المجذوب، محمد، مرجع سابق، ص ٤٨٣.

إلى أن السبب في عدم وجود تلك القواعد يرجع لكون قواعد القانون الدولي في الغالب هي قواعد عرفية غير مكتوبة، وبالتالي لم تتوفر الدقة الكافية في تلك النصوص لحل كافة الإشكالات التي قد تنتج عند التطبيق في الواقع الدولي وخصوصاً عن تغيير الوقائع ومسبباتها، بينما رجح بعض فقهاء القانون أن الأسباب الأساسية في ذلك تكمن في السيادة الوطنية للدول، وأنه من الصعوبة أن يفرض القانون الدولي سلطته عن طريق إيجاد قواعد مشتركة تتعلق بطرق تطبيقه في القانون الداخلي للدول، لما في ذلك من تقييد مباشر لسيادة الدول.

ونتيجة لما سبق فقد تركز طرق تطبيق القانون الدولي في النظام الداخلي لتقدير الدول، ومن هنا أبرز لنا الواقع الدولي طريقتين لتطبيق قواعد القانون الدولي في إطار القانون الداخلي: الطريقة الأولى: وهي طريقة القبول المباشر لقواعد القانون الدولي في النظام الداخلي. الطريقة الثانية: طريقة القبول غير المباشر، وذلك عن طريق استقبال تلك القواعد عن طريق القانون الداخلي.

وبناء على ما سبق يمكننا عرض آليات التوطين كما يلي:

أولاً: التوطين المباشر:

والمراد به التوطين دون تصديق السلطة المختصة في الدولة وهي السلطة التشريعية، وذلك يكون باختزال خطوات التوقيع والتصديق في خطوة واحدة، وبالتالي ينزل التوقيع منزلة التصديق، ويُعنى هذا التوطين غالباً بالاتفاقيات المبسطة، والتي ترتبط بالعلاقات الدولية، وتهدف الكثير من الأنظمة سلوك هذا المسلك للتهرب من رقابة البرلمان أو السلطة التشريعية^(١)، وقد ظهرت هناك آراء فقهية قانونية تشير إلى أولوية عدم إنشاء أي التزامات يمكن ترتبها عن مثل هذه الاتفاقيات وبهذا الشكل من التوطين لما فيه من الالتزامات التي يمكن أن تؤثر على سيادة الدولة أو وحدتها الإقليمية أو تفرض التزامات مالية عليها أو على حقوقها الخاصة^(٢).

ثانياً: التوطين عن طريق السلطة التشريعية:

والمراد به إلزامية تصديق السلطة التشريعية على كافة الاتفاقيات التي تبرمها السلطة التنفيذية، وهذا التوطين تشترطه بعض الأنظمة الدستورية، كنظام الدستور الفرنسي والأمريكي^(٣).

(١) سرحال، أحمد، قانون العلاقات الدولية، المؤسسة الجانبية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٩٠م، ص ٧٦.
(٢) الشكري، علي يوسف، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية، دراسة مقارنة في الدساتير العربية، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، ٢٩٠/٧.
(٣) كايد، عزيز، الرقابة البرلمانية على المعاهدات التي تبرمها السلطة التنفيذية، بحث منشور، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطنين، ص ٨.

المطلب الثالث إجراءات التوطين

تختلف إجراءات التوطين بحسب الأسلوب الذي تختاره الدولة، فهناك إجراء للتوطين يعرف بالتوطين التلقائي، وفحواه أن المعاهدة بمجرد التصديق عليها ودخولها حيز النفاذ تصبح مصدراً للقواعد الدولية والداخلية، وهذا الأسلوب لا يحتاج لإجراء خاص يتم عن طريقه تحويل النص الدولي لقانون داخلي، ويعتبر نص المعاهدة أو الاتفاقية وفقاً لهذا الأسلوب جزءاً من النظام القانوني الداخلي مباشرة، واشترطت بعض الدول التي تأخذ بهذا الأسلوب أن يطبق الطرف الآخر أو الأطراف الأخرى في المعاهدة ذات الأسلوب^(١).

وهناك إجراء آخر للتوطين يسمى بالتوطين التشريعي ويقصد به إدخال نصوص المعاهدة بقانون خاص في النظام الداخلي، وذلك عن طريق إصدارها في قانون خاص من السلطة التشريعية في الدولة، وهو شرط ضروري لتطبيق المعاهدات أو إصدار دولة لقانون يتضمن قواعد تتفق في محتواها مع القواعد القانونية محل التحويل^(٢)

ونجد أن التوطين التشريعي إما أن يكون توطيناً بالإحالة، أي بإحالة نص المعاهدة وتطبيقه من طرف القاضي الوطني، ويتمثل ذلك بإدخال نص أو بند أو معاهدة في القانون الداخلي، وذلك عن طريق الإحالة أو استخراج نسخة طبق الأصل لنصوص المعاهدة في القانون الداخلي، أو بواسطة جدولة المعاهدة في القانون الداخلي بأن توضع المعاهدة مع ملحق مع القانون المدمج لها. أو يكون التوطين بالانسجام، ويكون توطيناً مباشراً عن طريق إلغاء أو تعديل القانون النافذ، أو توطين غير مباشر من خلال تبني قانون مؤسس على نصوص المعاهدة^(٣).

(١) أحمد، قاسم توفيق، التطبيق الداخلي للمعاهدات الدولية في ظل اتفاقية ١٩٦٩م، رسالة ماجستير، جامعة زيان عاشور، الجزائر، ٢٠١٢م، ص ١٣٨.

(٢) زكية، بهلول، تطبيق معاهدات حقوق الإنسان في بريطانيا، رسالة ماجستير، جامعة فرحات عباس، الجزائر، ٢٠١١م، ص ١٥.

(٣) سعيد، طارق جمعة، آليات توطين المعاهدات الدولية في القانون الوطني دراسة مقارنة بين التشريع الأردني والتشريع العراقي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، ٢٠٢٠م، ص ٧٦.

المطلب الرابع:

التوطين لمعاهدة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وموقف

التشريع اليمني منه

يمكن القول إنه يفهم من بعض النصوص الدستورية كيفية تعامل المشرع اليمني مع إجراءات التوطين من خلال نص المادة الدستورية رقم (٩٢) أنه: (يصادق مجلس النواب على المعاهدات والاتفاقيات السياسية والاقتصادية الدولية ذات الطابع العام أياً كان شكلها أو مستواها، خاصة تلك المتعلقة بالدفاع أو التحالف أو الصلح أو السلم أو تعديل الحدود أو التي يترتب عليها التزامات مالية على الدولة أو التي يحتاج تنفيذها إلى إصدار قانون)، ومن خلال هذا النص نجد أن الدستور قد بين كيفية التعامل مع المعاهدات الدولية بالزامية تصديق مجلس النواب الذي يمثل السلطة التشريعية في الدولة على الاتفاقيات الدولية، ونص على وجوب تصديق مجلس النواب على الاتفاقيات التي سيترتب على تنفيذها إصدار قانون داخلي، وهذا التصديق يعتبر بمثابة مسلك سلكه الدستور اليمني يتوافق مع غيره من القوانين التي تشترط إلزامية تصديق السلطة التشريعية على نصوص الاتفاقيات والمعاهدات الدولية كما أشرنا سابقاً.

إضافة للنص السابق فقد نصت المادة (١١٩) من الدستور على أن يتولى رئيس الجمهورية الاختصاصات التالية:

١٢- إصدار قرار المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات التي يوافق عليها مجلس النواب.

١٣- المصادقة على الاتفاقيات التي لا تحتاج إلى تصديق مجلس النواب بعد موافقة مجلس الوزراء.

كما نصت المادة (١٠٣) من الدستور على أنه (تنشر القوانين في الجريدة الرسمية وتذاع خلال أسبوعين من تاريخ إصدارها ويعمل بها بعد ثلاثين يوماً من تاريخ نشرها ويجوز مد أو قصر هذا الميعاد بنص خاص في القانون).

وهكذا يمكن القول إنه ومن خلال النصوص الدستورية السابقة إن الجمهورية اليمنية تصنف من قبيل الدول التي تلزم لتوطين نصوص الاتفاقيات والمعاهدات الدولية تصديق السلطة التشريعية عليها بمقتضى إجراءات خاصة، و أن دستور الجمهورية اليمنية يعطي المعاهدة بعد اندماجها وتوطينها في القانون الداخلي قوة النص القانوني الداخلي.

الوضع القانوني لتوطين اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في القانون اليمني:

بعد أن علمنا طبيعة تعامل الدستور اليمني مع المعاهدات والاتفاقيات الدولية، يمكن تصنيف اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بأنها اتفاقية يحتاج تنفيذها لإصدار قانون، وهذا ما نصت عليه الاتفاقية في أكثر من مادة، فقد نصت في المادة (١) على: (ادماج مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الأخرى، إذا لم يكن هذا المبدأ قد أدمج فيها حتى الآن، وكفالة التحقيق العملي لهذا المبدأ من خلال التشريع وغيره من الوسائل المناسبة).

كما نصت في المادة (٢٤) على أنه: (تتعهد الدول الأطراف باتخاذ جميع ما يلزم من تدابير على الصعيد الوطني تستهدف تحقيق الأعمال الكامل للحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية).

ومما سبق نعلم أنه لا يمكن توطين نصوص هذه الاتفاقية إلا بعد مرورها بالإجراءات التي نص عليها الدستور وموافقة السلطة التشريعية عليها ثم التصديق عليها من قبل رئيس الجمهورية، في حين أن هذه الاتفاقية لم تمر بهذه الإجراءات والمراحل الواجب سلوكها حتى تنهياً نصوصها للاندماج والتوطين.

وعليه فسلوك الدولة هذا المسلك هو شأن داخلي يجب احترامه تحقيقاً لسيادة الدولة وتمتعها بسلطانها الداخلي، وفقاً لقاعدة لا سيادة تعلق على سيادة الدولة، وتمتعها بإرادتها المستقلة، وبالتالي فإنه يجب احترام سيادة الدولة وشخصيتها القانونية عند التعامل مع أمثال هذه الاتفاقيات، ولا يوجد هناك مبرر لإلزام الدولة بمخالفتها دستورها من أجل تنفيذ نصوص هذه الاتفاقية، رغم قابلية نصوصها للعرض على السلطة التشريعية في الدولة.

ومما سبق يمكن القول إن الدولة إذا أرادت توطين أيّاً من نصوص الاتفاقية المشار إليها فإنه يجب أن تمر تلك النصوص بالإجراءات المعتمدة والواجب تطبيقها، مع العلم أن الجمهورية اليمنية قد نصت في المادة (٦) من الدستور على ما يأتي: (تؤكد الدولة العمل بميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان وميثاق جامعة الدول العربية وقواعد القانون الدولي المعترف بها بصورة عامة) وبهذا يتضح أن الجمهورية اليمنية كانت حريصة على تطبيق مبادئ القانون الدولي العرفي والقواعد القانونية التابعة له، الأمر الذي يؤكد دون شك أن الجمهورية اليمنية تعد من بين الدول التي تعترف على الصعيد الوطني بمبدأ سمو قواعد القانون الدولي في السياسة الدولية مع استحضارها لضوابط التعامل مع النصوص ذات العلاقة وفقاً للإجراءات المقررة في ذات الدستور.

الخاتمة

- وفي خاتمة هذا البحث ومن خلال ما تعرضنا له يمكن أن نبين أهم النتائج التي توصلنا إليها:
- ١- أن واقع التشريع اليمني وفقاً لاتفاقية فيينا للمعاهدات الدولية وعلاقته باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة يمنح له الحق في إبراز معارضة تلك الاتفاقية كونها تتعارض مع قواعد أساسية في القانون الداخلي للدولة فضلاً عن معارضتها للنصوص الدستورية للجمهورية اليمنية.
 - ٢- الأصل أن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة تم توقيعها من قبل جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية بتاريخ ٣٠ مايو ١٩٨٤م، ووفقاً للعمل الدولي في الاستخلاف فاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لن تطبيق إلا على إقليم جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية، ولا يلزم الجمهورية العربية اليمنية قبول تلك الاتفاقية أو تطبيقها، ومن باب أولى فلا تطبق على الشخصية الدولية الجديدة والممثلة بالجمهورية اليمنية.
 - ٣- أنه لا يمكن توطين نصوص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة إلا بعد مرورها بالإجراءات التي نص عليها الدستور وموافقة السلطة التشريعية عليها ثم التصديق عليها من قبل رئيس الجمهورية، في حين أن هذه الاتفاقية لم تمر بهذه الإجراءات والمراحل الواجب سلوكها حتى تنهياً نصوصها للاندماج والتوطين.
- كما يمكن إجمال أهم التوصيات كما يلي:
- ١- أنه يجب على الجمهورية اليمنية أن تعيد النظر وبصورة جادة في إبداء التحفظات على هذه الاتفاقية كأقل خطوة يمكن أن تسلكها في هذه الجانب مراعاة لروح دستورها الشرعي وواقعها الديني وحفاظاً على هويتها الشرعية والإسلامية.
 - ٢- كما نوصي الجهات ذات الاختصاص أنها إذا أرادت توطين أيّاً من نصوص الاتفاقية المشار إليها فإنه يجب أن تمر تلك النصوص بالإجراءات المعتمدة والواجب تطبيقها.

المراجع

القران الكريم

- ١- إبراهيم، صفاء سمير، المنازعات الناجمة عن خلافة الدول وسبل تسويتها، عمان، ط٢٠١٢م
- ٢- أبو الخير، مصطفى أحمد، الدولة في القانون الدولي العام، ط١، القاهرة، ايتراك للطباعة والنشر، ٢٠٠٩
- ٣- أبو هادي، نبيل محمد سعد الله، قانون المعاهدات الدولية وفق الفقه والسوابق والتشريع الدولي بالتركيز على تحفظات اليمن والسودان بشأن بعض المعاهدات الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة النيل، جمهورية السودان، ٢٠١٣م
- ٤- أبو هيف، علي صادق، القانون الدولي العام، ط١٢، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٧٥م
- ٥- اتفاقية فيينا لخلافة الدول في المعاهدات لعام ١٩٧٨م.
- ٦- أحمد، قاسم توفيق، التطبيق الداخلي للمعاهدات الدولية في ظل اتفاقية ١٩٦٩م، رسالة ماجستير، جامعة زيان عاشور، الجزائر، ٢٠١٢م
- ٧- أنتوني، أوست، اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات (١٩٦٩)، موسوعة ماكس بلانك للقانون الدولي، ٢٠٠٦م.
- ٨- باعوضان، صالح سعيد، الفرق بين الشرعية والمشروعية، ٢٠١٧م.
- ٩- بشير، الشافعي محمد، القانون الدولي العام في السلم والحرب، ط٤، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٧٩م
- ١٠- بك، علي ماهر، القانون الدولي العام، القاهرة، مطبعة الاعتماد
- ١١- البوشي، شريف حسن طه، الشرعية الدستورية بين النظم الوضعية والنظام الإسلامي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، ٢٠١٤م.
- ١٢- جويلي، سعيد سالم، الاستخلاف الدولي في المسؤولية الدولية، ط١، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م
- ١٣- الخطيب، نعمان أحمد، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط١، عمان
- ١٤- ذبيان، مها محمد (٢٠٠٤)، خلافة الدول والآثار المترتبة عليه، جامعة المهرين، بغداد، بدون ط،
- ١٥- زكية، بهلول، تطبيق معاهدات حقوق الإنسان في بريطانيا، رسالة ماجستير، جامعة فرحات عباس، الجزائر، ٢٠١١م
- ١٦- سرحال، أحمد، قانون العلاقات الدولية، المؤسسة الجانبية للدراسات والنشر، بيروت،

لبنان، ١٩٩٠م

- ١٧- سعيد، طارق جمعة، آليات توطين المعاهدات الدولية في القانون الوطني دراسة مقارنة بين التشريع الأردني والتشريع العراقي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠٢٠م
- ١٨- سعيد، طارق جمعة، آليات توطين المعاهدات الدولية في القانون الوطني دراسة مقارنة بين التشريع الأردني والتشريع العراقي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، ٢٠٢٠م
- ١٩- سلطان، حامد، القانون الدولي في وقت السلم، القاهرة، ط١، ١٩٧٦م
- ٢٠- الشكري، علي يوسف، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية، دراسة مقارنة في الدساتير العربية، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة.
- ٢١- صادق، هشام علي، آثار الاستخلاف الدولي في ضوء الوحدة المصرية الليبية، ط١، الإسكندرية، منشأة المعارف
- ٢٢- العناني، إبراهيم، القانون الدولي العام، القاهرة، ١٩٩٠م
- ٢٣- العواضي، علي مكرد، المنظمات الدولية وحقوق الإنسان، مكتبة مركز الصاق، صنعاء، الجمهورية اليمنية، ٢٠٠٩م
- ٢٤- غانم، محمد حافظ، القانون الدولي العام، ط١، القاهرة، دار النهضة العربية
- ٢٥- الغنيمي، محمد طلعت، الوسيط في قانون السلام، الاسكندرية، ١٩٨٢م
- ٢٦- كايد، عزيز، الرقابة البرلمانية على المعاهدات التي تبرمها السلطة التنفيذية، بحث منشور، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطنرام الله
- ٢٧- المجذوب، محمد، القانون الدولي العام، بيروت، ٢٠٠٣م
- ٢٨- محمد، أشرف وفا، آثار الاستخلاف بين الدول على أعمال قواعد القانون الدولي الخاص، ط١، القاهرة، دار النهضة، ٢٠٠٥م
- ٢٩- محمد، أشرف وفا، آثار التوارث بين الدول على أعمال قواعد القانون الدولي الخاص، ط١، القاهرة، دار النهضة العربية.د.ت
- ٣٠- النقيب، عدنان موسى، تغير السيادة الإقليمية وأثرها في القانون الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، ١٩٨٨م

المواقع الالكترونية

- ١- <https://portal.arid.my/ar-LY/Posts/Details/0125f462-2f27-4799-a268-ead1157bb30b?t=%D8%A7%D9%84%D9%81%D8%B1%D9%82-%D8%A8%D9%8A%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%B1%D8%B9%D9%8A%D8%A9-%D9%88-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B4%D8%B1%D9%88%D8%B9%D9%8A%D8%A9>
- ٢- https://mawdoo3.com/%D9%85%D8%A7_%D9%87%D9%8A_%D8%A7%D8%AA%D9%81%D8%A7%D9%82%D9%8A%D8%A9_%D8%B3%D9%8A%D8%AF%D8%A7%D9%88
- ٣- <https://www.alayam.com/alayam/Parliament/571280/News.html>
- ٤- ولزيادة تفاصيل حول ذلك يرجى زيارة الرابط التالي:
<https://sanaacenter.org/ar/publications-all/main-publications-ar/14933>

دعاوى الحيازة في التشريع اليمني

الباحث/ حسن عوض سعيد بامؤمن

ماجستير في القانون الخاص ، محامي مترافع أمام المحاكم اليمنية

Tenure proceedings in Yemeni legislation.
Researcher/Hassan Awad Said Ba-mumin.
Master's degree in private law.
lawyer pleading before the Yemeni courts.

خلاصة البحث

تناول هذا البحث الموجز مشكلة العصر وهي التنازع في العقارات والأراضي التي تكتظ المحاكم بها ونحن كمحاميين فالأجدد بنا أن ننبه عامة الناس لما قد يقعون فيه من أخطاء وهذا ما استخلصه الباحث من تجاربه في المحاكم.

فتناول الباحث دعاوى الحيازة الثلاث وبين ذلك في ثلاثة مطالب مبينا كل دعوى، وهي دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة.

وبين أن كل الدعاوى إنما شرعت لحماية الحيازة كمركز قانوني وقرينة على الملكية عند بعض القوانين وهذه الدعاوى إنما شرعت لحماية النظام العام لحين التأكد من الملكية (الحائز الأصلي)، وتبعاً لذلك فقط فصل الباحث كل دعوى في أربعة فروع، ففي المطلب الأول دعوى استرداد الحيازة تناول الباحث في الفرع الأول مفهوم دعوى استرداد الحيازة والفرع الثاني تناول شروطها وميعاد تلك الدعوى أما الفرع الثالث والرابع فقد بين الباحث فيهما أطراف الدعوى والقواعد العامة لتلك الدعوى.

كذلك في المطلب الثاني لدعوى منع التعرض ففي الفرع الأول والثاني والثالث تناول الباحث ماهية دعوى منع التعرض من مفهوم وشروط وميعاد الدعوى وأطرافها، أما في الفرع الرابع فتناول الباحث القواعد العامة لدعوى منع التعرض كقاعدة طابع الإستعجال لتلك الدعوى، المطلب الأخير وهي دعوى وقف الأعمال الجديدة سلك الباحث فيها مثلما سبق في المطالب السابقة.

Research summary

This brief research dealt with the problem of the age, which is the conflict in real estate and lands that the courts require. We, as lawyers, should warn the general public about the mistakes they may fall into, and this is what the researcher extracted from his experiences in the courts.

The researcher dealt with the three cases of possession and explained that in three demands, indicating each case, a claim for possession of possession, a claim to prevent exposure, and a claim to stop new business.

He indicated that all cases were initiated to protect possession as a legal status and a presumption of ownership according to some laws, and these cases were initiated to protect public order until the ownership (original holder) was ascertained, and accordingly only the researcher separated each case into four branches. The researcher in the first branch is a concept Possession recovery lawsuit and the second section dealt with its conditions and the date of that lawsuit. As for the third and fourth section, the researcher explained in them the parties to the lawsuit and the general rules for that lawsuit.

Also, in the second requirement of the case for preventing exposure, in the first, second and third section, the researcher dealt with the nature of the lawsuit to prevent exposure from the concept, conditions and date of the lawsuit and its parties. Resear chert is as mentioned in the previous claims.

المقدمة

إن الدعوى وسيلة قانونية يلجأ بمقتضاها صاحب الحق إلى السلطة القضائية، أي يرفع دعواه الى المحاكم لحماية حقه أو المطالبة بحقه وهي بهذا تتميز عن وسائل قانونية أخرى، أجازها المشرع اليميني. _ فإذا كان هذا الاعتداء متمثلاً بسلب الحيابة من الحائز فترفع دعوى استرداد الحيابة أما إذا تمّ التعرض للحيابة وهي تحت يد مالكها بأي شكل من اشكال التعرض أو التهديد فترفع دعوى منع التعرض ، في حين أنه إذا تمّ العمل خارج الحيابة بطريقة قد تضرر بها فترفع دعوى وقف الأعمال

الجديدة^(١)

حيث تعتبر دعاوى الحيازة من الآليات القضائية التي تحمي الحيازة؛ على الرغم من أنها لا تستند إلى حق عيني، ولا تنظر فيما إذا كان الحائز مالكا أم لا (صاحب الحق قانونا) لاعتبار المصلحة الخاصة للحائز لأن الحيازة تشير في جوهرها إلى الممارسة الحقيقية للحق وقرينة عليه ووسيلة لاكتسابه، أي أنّ دعاوى الحيازة تحمي الحائز بأسلوب غير مباشر وإن كان في مواجهة صاحب الحق، أو قد تتم حماية الحيازة لاعتبار المصلحة العامة، التي يتم من خلالها الحفاظ على النظام العام في الدولة.

مشكلة البحث

حافظ التشريع اليمني على الأمن والاستقرار في الدولة، وعلى حقوق الأفراد ومصالحهم من خلال ما يسمى بـ (الحيازة) أو (الثبوت)، وكرس ذلك ضمن أحكام القانون المدني اليمني ٢٠٠٢م في المواد (١١٠٣-١١٥٣) إلا أنه لم يوردها بشكل مفصل مثل بعض القوانين كما أنه اكتفى فقط بذكر بعض دعاوى الحيازة واعتبر أنها من المسائل المستعجلة وذلك في المادة (٢٤٠) من المرافعات اليمني ولم يواكب مجريات تطور فقهاء القانون في دعاوى الحيازة.

أهمية البحث وأهدافه

تنبع أهمية الدراسة من أنها تناقش دعاوى الحيازة في التشريع اليمني، ومما يضاعف من أهمية موضوع البحث إلى حد يجعله من موضوعات الساعة ما صار متفشيا من الاعتداء على حيازة العقارات والأراضي السكنية. وتزايد المنازعات في هذا المجال خاصة في هذه الآونة، وازدحمت المحاكم على اختلاف درجاتها بالعديد من دعاوى الحيازة كما تنبع أهميتها بأنها تتيح الفرصة للباحث بأن يراجع القوانين والتشريعات المقارنة ذات الصلة ليستقي منها جوانب القصور وجوانب التطور في موضوع دعاوى الحيازة.

وكيف لا وأن حيازة العقار من الأركان الأساسية في الاقتصاد القومي للمجتمع واستقرار المعاملات في العقارات والأراضي يستقر الأمن في المجتمع وتتحقق المصلحة الاجتماعية والاقتصادية وتتم المحافظة على استقرار المراكز في المجتمع. وهذا غاية ما يهدف إليه أي نظام في أي مجتمع.

الأهداف

(١) وجدي راغب فهمي. (١٩٨٦م). مبادئ القضاء المدني، ط١. دار الفكر العربي. ص١٦٩. وانظر: كرم عايش حسنين. (٢٠٢٠). الحماية القانونية للحيازة العقارية في فلسطين: دراسة تحليلية مقارنة. رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، غزة. ص٥٨

تهدف الدراسة إلى تحقيق ما يلي:

- ١- البحث في دعاوى الحيازة، من حيث المفهوم والشروط، وميعادها في القوانين العربية والقانون اليمني.
- ٢- إبراز طبيعة دعاوى الحيازة وفقا للقوانين العربية.
- ٣- الكشف عن أنواع دعاوى الحيازة في التشريع اليمني.
- ٤- بيان كيفية معالجة التشريع اليمني لأنواع دعاوى الحيازة وللقواعد العامة لدعاوى الحيازة.
- ٥- بيان القواعد العامة لدعاوى الحيازة في القوانين العربية.

خطة البحث: إن خطة البحث التي سلكها الباحث هي كالتالي:

قسمت خطة البحث إلى ثلاثة مطالب وكل مطلب قسم إلى أربعة فروع:

المطلب الأول: دعوى استرداد الحيازة

الفرع الأول: مفهوم دعوى استرداد الحيازة

الفرع الثاني: شروط وميعاد دعوى استرداد الحيازة

الفرع الثالث: أطراف دعوى استرداد الحيازة

الفرع الرابع: القواعد العامة لدعوى استرداد الحيازة

المطلب الثاني: دعوى منع التعرض

الفرع الأول: مفهوم دعوى منع التعرض

الفرع الثاني: شروط وميعاد دعوى منع التعرض

الفرع الثالث: أطراف دعوى منع التعرض

الفرع الرابع: القواعد العامة لدعوى منع التعرض

المطلب الثالث: دعوى وقف الأعمال الجديدة

الفرع الأول: مفهوم دعوى وقف الأعمال الجديدة

الفرع الثاني: شروط وميعاد دعوى وقف الأعمال الجديدة

الفرع الثالث: أطراف دعوى وقف الأعمال الجديدة

الفرع الرابع: القواعد العامة لدعوى وقف الأعمال الجديدة

تمهيد

تنقسم الدعاوى العينية العقارية إلى دعاوى الحق يقصد منها المطالبة بتقرير أو نفي حق عيني على عقار، أما دعاوى الحيازة فالقصد منها المطالبة بحماية حيازة هذا الحق. فدعاوى الحيازة طريقة مدنية مستعجلة لحماية الحيازة في ذاتها^(١)، دون النظر لما إذا كان الحائز يملك الحق الذي يحوزه أو لا يملكه، فلا مجال في دعاوى الحيازة التطرق لبحث الملكية حيث إن مجال ذلك هو دعوى الاستحقاق وكل ما يطلب في دعوى الحيازة هو أن يثبت الحائز حيازته للحق الذي يحوزه فيستطيع أن يسترد حيازته إذا فقدت أو نزعت منه عنوة أو خلسة، أو يدفع عنها الاعتداء أو التهديد بدعوى منع التعرض، فإذا لم تتعرض حيازته للتهديد أو الاعتداء ولكنها توشك أن تتعرض مستقبلاً لذلك من جراء أعمال بدأ بها الغير ولم تتم فإنه يستطيع وقف هذه الأعمال عن طريق دعوى وقف الأعمال الجديدة^(٢).

المطلب الأول. دعوى استرداد الحيازة

الفرع الأول: مفهوم دعوى استرداد الحيازة

هي وضع مادي يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه. كما عرفها البعض دعوى الحيازة هي حالة واقعية تنشأ عن سيطرة شخص على شيء بصفته مالكا للشيء.

عرفها أحد الفقهاء على أنها "دعوى يرفعها الحائز القانوني ضد الغاصب، يطلب فيها استرداد حيازته للعقار الذي سلب منه بالقوة أو التهديد أو الحيلة"^(٣).

وعرفها آخر بأنها "الدعوى التي يرفعها حائز العقار الذي فقدت حيازته طالبا فيها رد العقار"^(٤). نظم المشرع المصري دعوى استرداد الحيازة في ثلاث مواد (٩٥٨-٩٥٩-٩٦٠ مدني)، ويقصد بها "تلك الدعوى التي يرفعها حائز العقار الذي فقد حيازته ضد الغير طالبا فيها رد حيازته للعقار التي سلبها

(١) ومعنى هذا أن هناك طريقة أخرى وهي الطريق الجنائي لحماية الحيازة وذلك عبر النيابة العامة وهو ليس موضوعنا انظر لكتاب المستشار. عدلي أمير خالد. الحماية المدنية والجنائية لوضع اليد على العقار، الناشر منشأة معارف الأسكندرية، ١٩٩٣ م.

(٢) د. فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٠ م. ص.

(٣) د. محمد السعيد وادي، الحماية الجنائية للحيازة العقارية، بدون دار نشر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠ م، ص ٢٩.

(٤) د. عزالدين الدنا صوري، وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، بدون دار ناشر، الطبعة الخامسة، ١٩٩٦ م، ص ٣١٣.

منه بالقوة" (١).

كما عرفها نظام المرافعات السعودي في المادة (٤/٣١) "هي طلب من كانت العين بيده وأخذت منه بغير حق كغصب أو حيلة إعادة حيازته إليه حتى صدور حكم في الموضوع بشأن المستحق لها. القانون اليمني لم يتطرق لدعوى الاسترداد مثل أغلبية القوانين، لكنه اكتفى بجعلها من المسائل المستعجلة وذلك في المادة (٢٤٠) من القانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م بشأن المرافعات والتنفيذ المدني والباحث يرى أن ما ذهب إليه الدكتور محمد السعيد وادي إلى تعريف دعوى استرداد الحيازة هو الأنسب لنا وذلك لما يتضمنه التعريف من شروط دعوى استرداد الحيازة وحتى يتم قبولها من قبل القاضي وذلك بعد التأكد من ذلك الشرط وهو أن يكون طالب استرداد الحيازة محازا قانونيا ونقصد بالمحيز القانوني هو المالك بملكية تامة أو ناقصة ونقصد هنا بالملكية الناقصة المحيز العرضي كالمستأجر للعقار من انتفاع، والمحيز للعقار بحسن نية.

الفرع الثاني. شروط وميعاد دعوى استرداد الحيازة

شروط دعوى استرداد الحيازة وهي ما أجمع عليها فقهاء القانون غالبا
الشرط الأول: أن يكون المدعي حائزا للعقار حيازة مشروعة.

ونقصد بالحيازة المشروعة هي تلك الحيازة التي تتوافر فيها جميع شروط الحيازة، مثل الهدوء والاستمرار والوضوح والعلنية وعدم الخفية بمعنى آخر حيازة خالية من العيوب، وأيضا حتى تكون مشروعة لا بد أن يكون الشيء المحيز من الأشياء التي تجوز حيازتها أما إذا كان غير ما ذكر سابقا فلا يجوز له المطالبة باسترداده للعقار أو مشوبة بعيب من عيوبها مثل الانقطاع أي عدم الاستمرار فلا يجوز له أيضا رفع دعوى استرداد الحيازة، وعلى القاضي المعروضة عليه الدعوى أن يتأكد من ذلك، وذلك بتحصيل عبء الإثبات على المدعي، وسنوضح من الحائز المدعي وذلك في الفرع التالي والتي يتحدث عن أطراف الدعوى.

الشرط الثاني: أن يكون طلب المدعي في دعواه استرداد حيازته لا غير.

أي أن المدعي إذا طالب بدعوى استحقاق ملكيته لعقاره المسلوب رغم أنه قام بإثبات حيازته فإنه يلزم على القاضي أن يسلك بتلك الدعوى مسلك القضاء العادي وليس القضاء المستعجل.

الشرط الثالث: أن يقع سلب للحيازة.

أي أن تؤخذ ممن يطالب باستردادها بعنف وتهديد وإكراه واستخدام القوة أو الحيلة والخدعة وهو الشرط الجوهري لهذه الدعوى.

(١) القانون المدني المصري.

الشرط الرابع: أن يكون المطالب باسترداد حيازته قد مر عليه سنة من حيازته له. يرى الباحث أن ما ذهب به غالبية فقهاء القانون وغالبية القوانين العربية في شروط دعوى استرداد الحيازة كان صائباً إلا للباحث نظرة أخرى بالنسبة للشرط الأخير فالباحث يرى أنه لا يشترط أن يكون المطالب باسترداد حيازته قد مر عليه سنة من حيازته فلو فرضنا ذلك لكان إجحافاً لمشتري العقار الحائز عليه من قبل البائع (سالب حيازة المشتري بعد العقد ببضعة أيام). ميعاد دعوى استرداد الحيازة أي أن المدعي لا يجوز له اللجوء للقضاء والمطالبة بحيازته للعقار إلا خلال سنة من قوع سلب الحيازة والعلم بها، فإذا انقضت السنة ولم يرفع دعواه باستردادها سقط حقه في رفعها وعليه أن يسلك مسلك القضاء الموضوعي التشريع اليمني لم يتطرق إلى تلك الشروط لأنه في الأصل لم يتطرق إلى حماية الحيازة مدنياً ولا جنائياً.

الفرع الثالث أطراف دعوى استرداد الحيازة

الطرف الأول: المدعي

يتنوع المدعي في دعوى استرداد الحيازة قد يكون مالكا للعقار وقد يكون حائزاً بالعقار عرضياً أي منتفعاً وقد يكون حائزاً له بحسن نية أي بقصد التملك وبمعنى أشمل المدعي في دعوى استرداد الحيازة هو الذي سلبت حيازته للعقار عنوة وبطالب باستردادها.

الطرف الثاني: المدعى عليه

المدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة هو الشخص الذي انتزع حيازة المدعي بالقوة أو التهديد أو الحيلة علناً أو خفية ويجب أن يكون هذا العمل عملاً ايجابياً قد وقع في العقار ذاته الذي يحوزه المدعي، وأن يؤدي إلى قطع الصلة بين الحائز والعقار أو الحق العيني العقاري^(١).

الطرف الثالث: المحل وهو العقار المحيز من قبل المدعي المطالب باسترداد الحيازة.

الفرع الرابع. القواعد العامة لدعوى استرداد الحيازة

القاعدة الأولى. قاعدة طابع الاستعجال

إن ما تتسم به دعوى استرداد الحيازة في مسلكها مسلك القضاء المستعجل كان مرده من قول النبي ﷺ (لا ضرر ولا ضرار).

كما أن من مقاصد الشريعة منع الضرر الواقع أو المتوقع على الأموال.

(١) الوسيط في شرح القانون المدني أسباب الملكية، د. عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، بدون سنة الطبع والنشر، ص (٩٠/٩١).

وكما نصت القاعدة القانونية من الطعن رقم (٢٧.٥٢ ك.) لسنة ١٤٣٤ هـ (مدني) من المحكمة العليا اليمنية " أن الدعوى المستعجلة تبحت الثبوت لا الملك، والحكم المستعجل هو مؤقت يزول بزوال أسبابه أو بحكم جديد في الموضوع.

واستناد تلك القاعدة من المادة (٢٤٠) من القانون رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م بشأن المرافعات والتنفيذ اليمني، والتي جعلت إحدى المسائل المستعجلة في القضاء اليمني دعوى استرداد الحيابة. فدعاوى الحيابة الثلاث بشكل عام تنطوي تحت ذلك المقصد ولأن دعاوى الحيابة المقصد منها المطالبة بحماية حيابة هذا الحق فدعاوى الحيابة جعلت لحماية الحيابة في ذاتها دون النظر لما إذا كان الحائز يملك الحق الذي يحوزه أو لا يملكه، فلا مجال في دعاوى الحيابة التطرق لبحث الملكية حيث إن مجال ذلك هو دعوى الاستحقاق.

وكما أن الحكم الصادر في الدعوى لا حجة فيه إلا بما يتعلق بين المدعي بالحيابة والمدعى عليه سالب الحيابة وذلك لأن الحكم فيها لا يقرر حقا ولا ينفي حقا. وإذا اتضح لقاضي الأمور المستعجلة أن الفصل في دعوى الاسترداد يقتضي بحثا موضوعيا يتطرق إلى أصل الحق المتنازع فيه ففي هذه الحالة يجب على القاضي أن يحكم بعدم الاختصاص أي عدم المساس بأصل الحق.

القاعدة الثانية قاعدة عدم الجمع بين دعوى استرداد حيابة ودعوى الملكية

إن النظر في أصل الملك يغني عن النظر في الحيابة، لأن الملك من أقوى أسباب الحيابة إذا لا يجوز للمدعي المطالب باسترداد حيابته أن يجمع بين مطالبته باسترداد حيابته والمطالبة بالحق^(١).

فلو قام شخص بسلب حيابة المدعي بحيلة أو قوة أو تهديد فقام المدعي (مسلوب الحيابة) بتقديم دعوى استحقاق أو دعوى بتثبيت ملكيته لعقاره المسلوب فحينها يعتبر تنازلا من المدعي عن الطريق المستعجل لاسترداد حيابته وسقط حقه في ذلك الطريق

كما يتمثل الفرق بين دعوى الحيابة ودعوى الملكية، في أن دعوى الحيابة يقصد بها حماية وضع اليد في ذاته بصرف النظر عن أساسه ومشروعيته أما دعوى الملكية فترمي إلى حماية حق الملكية وكل

(١) المستشار. عز الدين الدنا صوري، حامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثالثة، ١٩٩١م. ص ٤٠٨.

ما يتفرع عنه من الحقوق العينية الأخرى بطريقة مباشرة كحق الانتفاع وحق الارتفاق... الخ^(١). كما أن القانون المصري حظر الجمع بين دعاوى الحيازة ودعوى الملكية، نصت المادة (٤٤) من قانون المرافعات المصري " لا يجوز أن يجمع المدعي في دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط ادعاؤه للحيازة، ولا يجوز للمدعى عليه أن يدفع دعوى الحيازة بالاستناد إلى الحق، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل في دعوى الحيازة، وتنفيذ الحكم الذي يصدر فيها إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه وكذلك لا يجوز الحكم في دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه". إذن يحمي المشرع الحيازة في الأصل وبصرف النظر كون الحائز مالكا أو غير مالك، فالحيازة تعبير عن مركز قانوني واقعي مستقل عن الملكية والحكم الصادر في منازعتها، لا يحتج به في ثبوت الملكية للحائز أو لغيره إذ هو حكم تقتصر حجيته فقط على أطرافه في موضوع الحيازة فقط^(٢).

المطلب الثاني. دعوى منع التعرض

الفرع الأول. مفهوم دعوى منع التعرض

والتعرض هو كل عمل مادي مباشر أو غير مباشر أو كل إجراء قانوني يعكس صفو الحيازة أو يعرقلها، ولو لم يترتب عن ذلك أي ضرر للحائز.

نصت المادة (٩٦١) من القانون المدني المصري " أن من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته، جاز له أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض". كما نصت المادة (١١٥٤) من القانون المدني العراقي " من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته جاز له خلال سنة من وقوع التعرض أن يرفع الدعوى بمنع هذا التعرض أمام محكمة البداية" وعرفها المنجي " هي الدعوى التي يرفعها الحائز ضد غيره يطلب منع التعرض له في حيازته للعقار"^(٣).

كما جاء في القاعدة القانونية من الطعن رقم (٤٨٨٣٦-ك) لسنة ١٤٣٤هـ (مدني) " أن دعوى عدم التعرض من الدعاوي المستعجلة التي لا علاقة لها بأصل الحق بل حكم مؤقت بتدبير وقتي أو تحفظي يصدر في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت دون تعرض لأصل الحق، والأصل فيها أن الحكم يمنح الحماية الوقتية بصرف النظر عما يحمله كل طرف من المستندات التي تركها المقنن

(١) د. محمد شريف عبدالرحمن أحمد عبدالرحمن، أسباب كسب الملكية (الحيازة)، القاهرة دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م، ص ٢٨٦.

(٢) الباحث، عبدالله بن راشد بن محمد التميمي، الحماية الجنائية والمدنية، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، رسالة ماجستير من جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ١٤٢٥هـ، ص ١٤.

(٣) د. محمد المنجي، الحيازة دراسة تأصيلية من الناحيتين المدنية والجنائية، ص ٢٢٦.

للمحكمة وهي بصدد مناقشتها للدعوى الموضوعية أو النزاع بشأن أصل الحق. فمن خلال التعريفات السابقة نستخلص هذا التعريف لدعوى منع التعرض وهي الدعوى التي يرفعها الحائز ضد الغير مطالبا القضاء بمنع التعرض له في حيازته للعقار ووقف الاعتداء والأذية والمتمثل في كل عمل مادي من شأنه أن يعرقل انتفاع الحيازة، ومن أمثلة التعرض المادي مثل المرور على عقار الغير بادعاء بحق الارتفاق.

فدعوى منع التعرض للحيازة من قبيل منع الضرر في الحال كما نصت على ذلك اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات رقم (٢/٣١) حيث إن حقيقة هذه الدعوى أن يحاول غير ذي حق الاستيلاء على ما هو للمدعي وذلك بالمضايقة فيرفع صاحب الحق دعوى يطلب فيها منع تعرضه له، وهذه الدعوى لا بد أن يقع فيها تعرض للحيازة، وهي من هذه الناحية تشابه مع دعوى استرداد الحيازة، لأن سلب الحيازة ما هو إلا تعرض للحائز في حيازته، وإن كانت تختلف عنها في الفعل الذي يشكل التعرض والذي يبلغ في السلب حدا يحرم الحائز من الانتفاع بحيازته حرمانا كاملا أو جزئيا. وهي أهم دعاوى الحيازة ويصفها الشراح بأنها دعوى الحيازة العادية، بمعنى أنها ترفع في كل صور التعرض ومن ثمة فهي دعوى الحيازة الرئيسية لأنها تحمي الحيازة في ذاتها^(١).

الفرع الثاني: شروط وميعاد دعوى منع التعرض

ما اتفقت عليه القوانين العربية من شروط لدعوى منع التعرض حتى تحكم المحكمة بقبولها الشرط الأول: أن يكون المدعي حائزا للعقار حيازة مشروعة.

ونقصد بالحيازة المشروعة هي تلك الحيازة التي تتوافر فيها جميع شروط الحيازة مثل الهدوء والاستمرار والوضوح والعلنية وعدم الخفية، بمعنى آخر حيازة خالية من العيوب، وأيضا حتى تكون مشروعة لا بد أن يكون الشيء المحييز من الأشياء التي يجوز حيازتها أما إذا كان غير ما ذكر سابقا فلا يجوز للمدعي رفع دعوى بمنع التعرض أو مشوبة بعيب من عيوبها مثل الانقطاع أي عدم الاستمرار فلا يجوز له أيضا رفع دعوى منع التعرض، وعلى القاضي المعروضة عليه الدعوى أن يتأكد من ذلك، وذلك بتحميل عبء الإثبات على المدعي، وسنوضح من المدعي الحائز وذلك في الفرع التالي والذي يتحدث عن أطراف الدعوى.

الشرط الثاني: أن يكون هناك تعرضٌ لحيازة المدعي.

والتعرض هنا هو كل عمل مادي أو معنوي أو قانوني من شأنه يعرقل حق الانتفاع أو الاستغلال أو التصرف للشيء المحييز، مثال التعرض المادي استعمال الجار (المدعى عليه) بحق المرور للشيء المحييز

(١) د. الدنا صوري، الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية في ضوء الفقه و القضاء، ص ١٥٤.

من قبل المدعي ، والتعرض المعنوي مثل أذية الجار لجاره ، والتعرض القانوني مثل تقديم المدعى عليه بدعوى تمس حيازة المدعي ، إلا ذو دعوى تخص ملكية الشيء المحييز وهو ما سنتناوله في القاعدة الثانية من الفرع الرابع والتي تناولنا فيها عدم الجمع بين دعاوى الحيازة ودعاوى الملكية.

الشرط الثالث: أن يكون التعرض قد وقع على الشيء المحييز للمدعي.

أي وقع التعرض في عقار المدعي.

الشرط الرابع: أن يكون طلب المدعي في دعواه منع التعرض فقط لا غير.

وعلى هذا فإن طالب المدعي بالتعويض فعلى القاضي أن يرفض طلب التعويض لعدم اختصاصه.

الشرط الخامس: أن يكون قد مر عليه سنة من حيازته للعقار.

يرى الباحث أن ما ذهب إليه غالبية فقهاء القانون وغالبية القوانين العربية في شروط دعوى منع التعرض كان صائبا إلا للباحث نظرة أخرى بالنسبة للشرط الأخير فالباحث يرى أنه لا يشترط أن يكون المطالب بمنع التعرض لحيازته قد مر عليه سنة من حيازته فلو فرضنا ذلك لكان إجحافا لمشتري العقار الحائز عليه من قبل البائع (الصادر منه التعرض لحيازة المشتري بعد العقد ببضعة أيام).

ميعاد دعوى منع التعرض أي أن المدعي لا يجوز له اللجوء للقضاء والمطالبة بحيازته للعقار إلا خلال سنة من قوع التعرض لحيازته والعلم بها، فإذا انقضت السنة ولم يرفع دعواه سقط حقه في رفعها وعليه أن يسلك مسلك القضاء الموضوعي.

الفرع الثالث أطراف دعوى منع التعرض

الطرف الأول: المدعي

يتعدد المدعي في دعوى منع التعرض فقد يكون مالكا للعقار وقد يكون حائزا بالعقار عرضيا أي منتفعا وقد يكون حائزا له بحسن نية أي بقصد التملك وبمعنى أشمل المدعي في دعوى منع التعرض هو الذي تعرضت حيازته للاعتداء.

الطرف الثاني: المدعى عليه

المدعى عليه في دعوى منع التعرض هو الشخص الذي يهدد حيازة المدعي بالقوة أو التهديد أو الحيلة علنا أو خفية ويجب أن يكون هذا العمل عملا إيجابيا قد وقع في العقار ذاته الذي يحوزه الحائز، وأن يؤدي إلى قطع الصلة بين الحائز والعقار أو الحق العيني العقاري^(١).

الطرف الثالث: المحل وهو العقار المحييز من قبل المدعي المطالب بوقف ومنع التعرض الواقع به.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٩١٧.

الفرع الرابع. القواعد العامة لدعوى منع التعرض

القاعدة الأولى. قاعدة طابع الاستعجال

إن ما تتسم به دعوى منع التعرض في مسلكها مسلك القضاء المستعجل كان مرده من قول النبي ﷺ (لا ضرر ولا ضرار).

كما أن من مقاصد الشريعة منع الضرر الواقع أو المتوقع على الأموال. وكما نصت القاعدة القانونية في الطعن رقم (٥٠١٥٦) لسنة ١٤٣٣هـ (مدني) "الحكم الصادر في الدعوى التي تنظر بالقضاء المستعجل كدعوى منع التعرض التي يرفعها المدعي ويطلب فيها بإلزام المدعى عليه بعدم التعرض له في انتفاعه بملكه له مدد محددة لإصداره والطعن فيه. ويشترط أن يكون حكماً مؤقتاً أو تحفظياً في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت دون التعرض لأصل الحق".

وكما جاء في القاعدة القانونية رقم (٢٧) لسنة ١٤٣٣هـ في الطعن رقم (٤٩٨٥٤) لسنة ١٤٣٣هـ "أن دعوى منع التعرض هي من الدعاوى المستعجلة التي يصدر فيها حكم مؤقت بتدبير وقتي أو تحفظي دون التعرض لأصل الحق"

أصاب القضاء اليمني حينما أخضع دعوى منع التعرض للقضاء المستعجل وحذا حذو القانون السعودي وبعض فقهاء القانون، رغم أن القانون المصري والقضاء المصري سلكا ما سلكه كثير من القوانين والفقهاء أن دعوى منع التعرض تمس موضوع النزاع (أصل الحق)، ويرى الباحث أن ما ذهب إليه المقنن اليمني من خضوع دعوى منع التعرض للقضاء المستعجل كان صائباً وذلك لوجود سبب الاستعجال والمتمثل بالضرر الواقع.

فدعاوى الحيابة الثلاث بشكل عام تنطوي على ذلك المقصد ولأن دعاوى الحيابة المقصد منها المطالبة بحماية حيابة هذا الحق فدعاوى الحيابة جعلت لحماية الحيابة في ذاتها دون النظر لما إذا كان الحائز يملك الحق الذي يحوزه أو لا يملكه، فلا مجال في دعاوى الحيابة للتطرق لبحت الملكية حيث إن مجال ذلك هو دعوى الاستحقاق.

وكما أن الحكم الصادر في الدعوى لا حجة فيه إلا بما يتعلق بين المدعي بالحيابة والمدعى عليه سالب الحيابة وذلك لأن الحكم فيها لا يقرر حقاً ولا ينفى حقاً.

وإذا اتضح للقاضي المستعجل أن الفصل في دعوى منع التعرض يقتضي بحثاً موضوعياً يتطرق إلى أصل الحق المتنازع فيه ففي هذه الحالة يجب على القاضي أن يحكم بعدم الاختصاص أي عدم المساس بأصل الحق

القاعدة الثانية قاعدة عدم الجمع بين دعوى منع التعرض ودعوى الملكية

المقصود بعدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة والتي نحن بصدد دعاوى منع التعرض ودعوى الملكية هو يحظر على المدعي أن يقيم دعواه بمنع التعرض على أساس المطالبة بالحق وفي الوقت نفسه على أساس حماية الحيازة هذا بالنسبة للمدعي أما بالنسبة للمدعى عليه فلا يجوز له أن يدفع دعوى منع التعرض وذلك بالاستناد إلى الملكية حتى ولو كان المالك الشرعي، وكما لا يجوز للقاضي عند فصله لدعوى منع التعرض أن يستند في حكمه فيحلل الدعوى على أساس ثبوت الحق أو نفيه^(١).

حيث أن مضمون هذه القاعدة إلزام كل من المدعي والمدعى عليه والقاضي بعدم جواز الجمع بين دعاوى الحيازة ودعاوى الملكية والحكمة من هذه القاعدة استكمال حماية الحيازة لذاتها مجردة عن أصل الحق لأن تعرض القاضي لأصل الحق قد يؤدي إلى الحكم على الحائز رغم ثبوت حيازتها استنادا إلى ملكية خصمه.

والمقصود هنا بقاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية هو أنه يحظر على المدعي في دعوى الحيازة أن يقوم برفع دعوى المطالبة بالحق مع توافر الحيازة لخصمه وكذلك لا يجوز الحكم في دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه.

المطلب الثالث: دعوى وقف الأعمال الجديدة

الفرع الأول: مفهوم دعوى وقف الأعمال الجديدة

في القانون المدني المصري جاء النص على دعوى وقف الأعمال الجديدة في المادة (٩٦٢) على أن "من حاز عقارا، واستمر حائزا له سنة كاملة، وخشي لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته، كان له أن يرفع إلى القاضي طالبا وقف الأعمال بشرط أن لا تكون قد تمت ولم ينقض عام على البدء في العمل الذي يكون من شأنه أن يحدث الضرر".

ورد تعريف هذه الدعوى في المادة (١/٢٣٨) من اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية بما نصه (المراد بالأعمال الجديدة: ما شرع المدعى عليه في القيام بها في ملكه ومن شأنها الإضرار بالمدعي).

نصت المادة ٨٢١ من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يجوز لمن حاز عقارا واستمر حائزا له مدة سنة كاملة، وخشي لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته أن يرفع الأمر إلى القاضي طالبا وقف هذه الأعمال بشرط أن لا تكون قد تمت، ولم ينقض عام واحد على البدء في العمل الذي يكون من شأنه أن يحدث الضرر".

(١) عبدالله بن رشاد بن محمد التميمي: الحماية الجنائية والمدنية للحيازة، رسالة مقدمة لجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية العربية للعلوم الأمنية، ١٤٢٥هـ، ص ١٤٦.

دعوى وقف الأعمال الجديدة لم ترد في القانون اليمني ولا القضاء اليمني، وهذا إن دلّ على شيء فإنما يدل على أن القانون اليمني لم يواكب ما جاء به الباحثون القانونيون، وتأسيساً لذلك فإننا نوصي المقنن اليمني بإضافة نص يعرف عن دعوى وقف الأعمال الجديدة مبيناً شروطها وميعادها والحكم فيها.

تعريف الباحث " هي تلك الدعوى الوقائية لحيازة المدعي ضد استحداث عمل جديد في عقار المدعى عليه لو أتم ذلك العمل لكان تعرضاً لحيازة المدعي مستقبلاً.

الفرع الثاني: شروط وميعاد دعوى وقف الأعمال الجديدة

الشرط الأول: أن يكون المدعي حائزاً للعقار حيازة مشروعاً.

ونقصد بالحيازة المشروعة هي تلك الحيازة التي تتوافر فيها جميع شروط الحيازة مثل الهدوء والاستمرار والوضوح والعلنية وعدم الخفية، بمعنى آخر حيازة خالية من العيوب، وأيضاً حتى تكون مشروعة لا بد أن يكون الشيء المحيز من الأشياء التي يجوز حيازتها أما إذا كان غير ما ذكر سابقاً فلا يجوز للمدعي رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة أو مشوبة بعيب من عيوبها مثل الانقطاع أي عدم الاستمرار فلا يجوز له أيضاً رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة، وعلى القاضي المعروضة عليه الدعوى أن يتأكد من ذلك، وذلك بتحميل عبء الإثبات على المدعي، وسنوضح من الحائز المدعي وذلك في الفرع التالي الذي يتحدث عن أطراف الدعوى.

الشرط الثاني: أن يكون العمل المادي قد بدأ به المدعى عليه في عقاره المحيز له.

وهذا الشرط جوهر اختلاف بين دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة أي لا بد أن يكون العمل في عقار المدعى عليه وليس في عقار المدعي، لأنه لو كان في عقار المدعي لكان ذلك تعرضاً في حيازة المدعي ويتطلب منه رفع ذلك الضرر حالاً بدعوى منع التعرض لا دعوى وقف الأعمال الجديدة.

الشرط الثالث: أن يكون ذلك العمل تعرضاً لحيازة المدعي لو أتم.

أي أن ذلك العمل سيشكل تعرضاً لحيازة المدعي مستقبلاً، وهذا قد يكون العمل الجديد الذي استحدثه المدعى عليه لا يكون تعرضاً للمدعي في حالة إتمامه، وعلى القاضي أن يحمل عبء إثبات ذلك على المدعي.

ومن أمثلة أسباب دعوى وقف الأعمال الجديدة إقامة المدعى عليه في حيازته ببناء جدار لو أكمله لسد على المدعي نوافذه أو منعه من حصوله على الهواء أو منعه في استعمال حقه بالمرور

الشرط الرابع: أن يكون طلب المدعي في دعواه بوقف الأعمال الجديدة والمستحدثة لا غير.

وهذا فإن طالب مثلاً بإزالة ذلك العمل المستحدث ولم يطالب بوقفه فقد مس أصل النزاع فعلى

القاضي حينها أن ينظر لها كدعوى موضوعية وليست دعوى مستعجلة بوقف الأعمال الجديدة.

الشرط الخامس: أن يكون المدعي قد مر عليه سنة من حيازته للعقار. يرى الباحث أن ما ذهبت إليه غالبية فقهاء القانون وغالبية القوانين العربية في شروط دعوى وقف الأعمال الجديدة كان صائباً إلا للباحث نظرة أخرى بالنسبة للشرط الأخير فالباحث يرى أنه لا يشترط أن يكون المطالب بوقف الأعمال الجديدة لحيازته قد مر عليه سنة من حيازته فلو فرضنا ذلك لكان إجحافاً لمشتري العقار الحائز عليه من قبل البائع (مستحدث العمل في عقاره الذي باع جزاء من عقاره للمشتري).

ميعاد دعوى وقف الأعمال الجديدة أي متى يحق للمدعي اللجوء للقضاء ورفع دعوى بوقف الأعمال الجديدة؟ وذلك خلال سنة، تبدأ من الشروع بالعمل الجديد والعلم به، فإذا انقضت السنة ولم يرفع دعواه سقط حقه في رفعها وعليه أن يسلك مسلك القضاء الموضوعي.

الفرع الثالث أطراف دعوى وقف الأعمال الجديدة

الطرف الأول: المدعي: يتنوع المدعي في دعوى وقف الأعمال الجديدة قد يكون مالكا للعقار وقد يكون حائزا بالعقار عرضيا أي منتفعا وقد يكون حائزا له بحسن نية أي بقصد التملك وبمعنى أشمل المدعي في دعوى وقف الأعمال الجديدة هو الذي يتوقى الضرر الواقع عليه مستقبلا من قبل العمل الجديد الذي عمله المدعى عليه في حيازته.

الطرف الثاني: المدعى عليه

المدعى عليه في دعوى وقف الأعمال الجديدة هو الشخص الذي يقوم بعمل مادي في عقاره المحيز له والذي من شأنه إذا أتم ذلك العمل المادي شكل تعرضا لحيازة المدعي الطرف الثالث: المحل وهو العقار المحيز من قبل المدعى عليه الذي أقام فيه العمل المادي الذي من شأنه إذا أتم ذلك العمل شكل تعرضا وفقدانا لحق من حقوق جاره المدعي المحيز لعقاره،

الفرع الرابع: القواعد العامة لدعوى وقف الأعمال الجديدة

القاعدة الأولى: دعوى وقف الأعمال الجديدة تحمل طابع الاستعجال

إن ما تتسم به دعوى وقف الأعمال الجديدة في مسلكها مسلك القضاء المستعجل كان مرده من قول النبي ﷺ (لا ضرر ولا ضرار).

كما أن من مقاصد الشريعة منع الضرر الواقع أو المتوقع على الأموال. وكما نصت القاعدة القانونية من الطعن رقم (٢٧.٥٢ ك) لسنة ١٤٣٤ هـ (مدني) من المحكمة العليا اليمنية " أن الدعوى المستعجلة تبحث الثبوت لا الملك، والحكم المستعجل هو مؤقت يزول بزوال أسبابه أو بحكم جديد في الموضوع

فدعاوى الحيازة الثلاث بشكل عام تنطوي من ذلك المقصد ولأن دعاوى الحيازة المقصد منها المطالبة بحماية حيازة هذا الحق فدعاوى الحيازة جعلت لحماية الحيازة في ذاتها دون النظر لما إذا كان الحائز يملك الحق الذي يحوزه أو لا يملكه، فلا مجال في دعاوى الحيازة التطرق لبحث الملكية حيث إن مجال ذلك هو دعوى الاستحقاق.

وكما أن الحكم الصادر في الدعوى لا حجة فيه إلا بما يتعلق بين المدعي بوقف الأعمال الجديدة والمدعى عليه صاحب العمل في حيازته وذلك لأن الحكم فيها لا يقرر حقا ولا ينفي حقا. فإذا قام المدعى عليه باستحداث عمل في عقاره ولو أتم وأكمل ذلك العمل شكل تعرضا لحيازة المدعي حينها يجوز للمدعي رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة، وبمعنى آخر إذا تم العمل الجديد المدعى عليه فليس للمدعي أن يسلك مسلك القضاء المستعجل وذلك لرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة وإنما عليه أن يسلك القضاء الموضوعي.

وإذا اتضح للقاضي المستعجل أن الفصل في دعوى وقف الأعمال الجديدة يقتضي بحثا موضوعيا يتطرق إلى أصل الحق المتنازع فيه ففي هذه الحالة يجب على القاضي أن يحكم بعدم الاختصاص أي عدم المساس بأصل الحق.

القاعدة الثانية: عدم الجمع بين دعوى وقف الأعمال الجديدة ودعوى الملكية.

يشترط المشرع الفرنسي في المادة (١٢٦٥) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد^(١)، عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية وحذا حذوه المشرع المصري في المادة (٤٨) من قانون المرافعات المصري.

إن مضمون قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية هو إلزام المدعي بعدم جمع المطالبة بالحيازة والمطالبة بالحق، وبالالتزام المدعى عليه بعدم دفع الدعوى بالاستناد إلى الحق، وبالتزام القاضي بعدم الفصل في دعوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه

وحتى لا يكون الخلط بين دعوى وقف الأعمال الجديدة وأي دعوى موضوعية أخرى يجب على القاضي أن ينتبه لذلك، وذلك من خلال تأكده على توافر شروط دعوى وقف الأعمال الجديدة وطلب المدعي (الحائز) بوقف الأعمال الجديدة، فإذا توافرت الشروط وكان الطلب بوقف الأعمال الجديدة حينها لا مانع عند القاضي أن يقبلها كدعوى مستعجلة وقف الأعمال الجديدة، فإذا اختلف شرط من شروط دعوى وقف الأعمال الجديدة أو لم يطالب المدعي بوقف الأعمال الجديدة إنما طالب مثلا بإزالتها حينها قد أخل بشرط من شروط دعوى وقف الأعمال الجديدة وأصبحت دعواه تمس أصل

Le nouveau code de procedure civile issue du decret du 12 Mai 1981

(١)

الحق (موضوع النزاع)، فعلى القاضي أن ينظر لها كدعوى موضوعية تسري فيها شروط الدعوى الموضوعية.

الخاتمة وتشمل النتائج والتوصيات

النتائج

- (١) إن لحماية الحيازة طريقتين طريق مدني وهو دعاوى الحيازة الثلاث وهي دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة، وطريق جنائي وهو عبر النيابة العامة.
- (٢) إن دعاوى الحيازة الثلاث تهدف إلى حماية مراكز قانونية للحفاظ على النظام العام لا لحماية الحق.
- (٣) رفع دعاوى الحيازة يتطلب من جميع الأطراف الخوض في الحيازة من ثبوتها وصحتها وشروطها، فمثلا لو رفع المدعي دعوى استرداد حيازته وقام القاضي بتحميل المدعي إثبات ملكيته للعقار لا لإثبات حيازته حينها فقد أبطل القاضي دعوى الاسترداد والقضاء المستعجل.
- (٤) دعاوى الحيازة الثلاث متفقة بشكل كبير من حيث الأطراف والشروط والميعاد، وكما أن أغلبية القوانين العربية متفقة فيها.
- (٥) دعاوى الحيازة الثلاث تسلك مسلك القضاء المستعجل.
- (٦) الحكم في دعاوى الحيازة لا حجة فيه إطلاقا، وإنما تكون حجيته موقته لأطراف الدعوى وفي موضوعها فقط.
- (٧) القانون اليمني لم يتطرق لدعاوى الحيازة مثلما تطرقت لها أغلبية القوانين الأخرى، فقد اكتفى بذكر أن دعوى استرداد الحيازة ومنع التعرض تكون من المسائل المستعجلة وذلك في المادة (٢٤٠) من قانون المرافعات اليمني.
- (٨) إن قاعدة عدم الجمع بين دعاوى الحيازة ودعوى الملكية هو أنه لا يجوز قيام الدعويين في وقت واحد حيث لا ترفع دعوى الحق إلا بعد الفصل في دعوى الحيازة.

التوصيات

- (١) الباحث يوصي المشرع اليمني بإعداد دراسات متخصصة تضم كبار دكاترة جامعات الحقوق وكبار المحامين وقضاة المحكمة العليا بالجمهورية اليمنية بالتنسيق مع كبار هيئة علماء اليمن في حل منازعات الحيازة وتنظيمها على شكل مواد وذلك في القانون المدني اليمني يرجع اليها القضاة والمحامون والدارسون.
- (٢) الباحث يوصي أن يلغي المشرع اليمني الحيازة من الكتاب الثالث (العقود المسماة) من القسم السادس من الباب الأول، ووضعها في كتاب مستقل حتى لا يصل إلى ذهن المطلع على القانون المدني اليمني أن الحيازة عبارة عن عقد.

(٣) يوصي الباحث دكاترة الجامعات بإضافة دعاوى الحيازة في مقررات الدراسة حتى تنشأ أجيال من المحامين والقضاة وعامة الناس تفهم دعاوى الحيازة ونتيجة لهذا ستقل منازعات الأراضي والعقارات.

قائمة المصادر والمراجع

١. القران الكريم
٢. السنة النبوية
٣. د. عز الدين الدنا صوري، وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، بدون دار ناشر، الطبعة الخامسة، ١٩٩٦م.
٤. الوسيط في شرح القانون المدني أسباب الملكية، د. عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، بدون سنة الطبع والنشر.
٥. د. محمد السعيد وادي، الحماية الجنائية للحيازة العقارية، بدون دار نشر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠م.
٦. د. محمد بن عبد الله بن محمد المحميد، (دعوى الحيازة في الفقه الإسلامي ونظام المرافعات في المملكة العربية السعودية)، مكتبة الملك فهد الوطنية، (١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م).
٧. د. فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، مطبعة القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٠م.
٨. د. محمد المنجي، الحيازة دراسة تأصيلية من الناحيتين المدنية والجنائية.
٩. د. وجدي راغب فهيم. (١٩٨٦م). مبادئ القضاء المدني، ط١. دار الفكر العربي.
١٠. الباحث /كرم عايش حسنين. (٢٠٢٠). الحماية القانونية للحيازة العقارية في فلسطين: دراسة تحليلية مقارنة. رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، غزة.
١١. الباحث / عبدالله بن رشاد بن محمد التميمي: الحماية الجنائية والمدنية للحيازة، رسالة مقدمة لجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية العربية للعلوم الأمنية، ١٤٢٥هـ،
١٢. نظام المرافعات السعودي.
١٣. القانون المدني العراقي.
١٤. القانون المدني اليمني.
١٥. قانون المرافعات اليمني.
١٦. القانون المدني الجزائري.
١٧. القانون المدني الصري.

Le nouveau code de procedure civile issue du decret du 12 Mai 1981. ١٨

علامات البلوغ الشرعية وأثرها في المسؤولية الجنائية
بين الشريعة الإسلامية والقانون
د/ أحمد بن سالم بن أحمد مشهور بن عقيل
أستاذ القانون بكلية الشريعة والقانون جامعة الأحقاف

Dr. Ahmed Salem Ahmed bin Aqeel
Assistant Professor of Criminal Law, College of Sharia and
Law, Al-Lahqaf University, Yemen
Legal signs of puberty and their impact on criminal
responsibility Between Islamic Sharia and Law

الملخص:

من المعلوم أن الشرع والقانون جعلاً للمسؤولية مناقلة بمن كان بالغاً مبلغ الإدراك حيث يتعلق به الخطاب ويناط به التكليف، وتحيط به المسؤولية بكل أثارها، وتثور قضية العلامات الشرعية للبلوغ من حيث كونها كافية لبلوغ الإنسان مبلغ التحمل الكامل للمسؤولية في الشريعة والقانون، بحيث يحاسب جنانياً على ما يفعله، ويؤخذ عقابياً على ما اقترفه بما يقتضيه الحق والعدل، وقد اختلف العلماء في الفقه الإسلامي في ذلك اختلافاً بيناً، بينما ذهب القانون إلى اعتبار السن مرجعاً أساسياً لبيان المسؤولية دون التعرض للبلوغ بالعلامات الشرعية مما أدى إلى ظهور حالات اختلاف في الأحكام بينها، يمكن التعرض لها في ثنايا هذا البحث .
تنبع أهمية البحث من حيث كونه يبحث مسألة شائكة يثيرها البعض كخلاف بين الشريعة والقانون، متسائلين عن القانون وعدم اعتباره للعلامات الشرعية كأساس يحكم به القضاة .
سنتعرض للعلامات الشرعية المتفق عليها ومدى اعتبارها مصدراً للمسؤولية الجنائية ومدى التوافق والاختلاف بين الشريعة والقانون في ذلك مستخدمين الأسلوب الاستقرائي للنصوص والأحكام والفقهية والقانونية والأسلوب الوصفي للتوصل إلى بيان مدى التوافق والاختلاف بينهما .

الكلمات المفتاحية: البلوغ، المسؤولية الجنائية، الاحتمام، السن القانوني، القانون الجنائي

Abstract:

It is well-known that the Sharia and the law make the responsibility entrusted to the one who is an adult of the highest level of awareness, as the discourse relates to him and is entrusted with the assignment, and the responsibility surrounds him with all its effects. The issue of legitimate signs of puberty arises in terms of being sufficient for a person to reach the full extent of responsibility in Sharia and law, so that he is held criminally accountable for what he does, and punitive for what he has done as required by truth and justice. Scientists in Islamic had been jurisprudence differed in that, while the law went on to consider age as a basic reference for clarifying responsibility without being exposed to puberty with legal signs, which led to the emergence of cases of difference in rulings between them, which can be exposed in the folds of this research.

The importance of the research stems from the fact that it is looking at a thorny issue that some raise as a dispute between Sharia and the law, asking about the law and its lack of consideration of legal signs as a basis for judges to rule.

We will discuss the agreed legitimate signs and the extent to which they are a source of criminal liability and the extent of compatibility and difference between Sharia and law in this using the inductive method of texts and provisions, jurisprudence, and legal and descriptive methods in order to reach a statement of the extent of compatibility and difference between them.

Key words: puberty, criminal responsibility, Nocturnal emission, legal age

مقدمة

ينيط الشرع والقانون المسؤولية الجنائية بأسباب معينة، يصبح الإنسان بتوفرها أهلا لتحمل الواجبات الملقاة على عاتقه، ويصير بها كاملا يخاطب خطابا يترتب عليه مسألته عن التقصير في أفعاله، أو معاقبته على التجاوز في تصرفاته، فكل ما يصدر منه بعد ذلك يكون في نظر الشرع والقانون محكوما بالقواعد التي تنظمه، فلا عذر له في التصرف المخالف ولا التقصير المخل.

ومعلوم أن الإنسان يتدرج في حياته منذ ولادته بين درجات من المسؤولية الجنائية، يكون بها في بادئ الأمر غير محاسب على تصرفاته، ليصبح بها بعد ذلك محاسبا محاسبة جزئية، وهو ما يسمى بالمسؤولية الجنائية المخففة، حتى تقوم به أسباب تجعله في نظر الشارع والقانون كامل المسؤولية يطالب كما يطالب البالغون، ويحاسب كما يحاسب الكاملون، ويمكن في هذه الحالة أن نقيم عليه العقوبة المقررة لجريمته، ذلك أنه صار مسئولا مسؤولا جنائية كاملة.

ويثور في المجال القانوني والشرعي نقاش وخلاف حول تحديد هذه العلامات التي يكون بها الإنسان كامل المسؤولية الجنائية، وهل هي محصورة في علامات معينة، وكيف يمكن تحديدها؟ فحين ذهب الفقه الإسلامي الى تحديدها في عدد محصور من العلامات منها ما هو متفق عليها ومنها ما هو مختلف فيها، لم يجعل أصحاب القانون لها سوى علامة واحدة وهي بلوغ الإنسان سنا معينة تقدر غالبا بالثامنة عشرة من العمر، وهو ما يثير تساؤلا حول علاقة هذا السن الجنائي بعلامات البلوغ الشرعية التي ذكرها الفقهاء المسلمون، فهل البلوغ بها كاف ليتحمل الإنسان ما يصدر منه من تصرفات جنائية؟ أم أن علامة السن تطغى لتكون هي العلامة الوحيدة في المسؤولية الجنائية فقط.

أهمية البحث

تنبع أهمية البحث في كونه يتناول قضية يهتم بها القضاة والمحامون، وهي علاقة علامات البلوغ في تحديد المسؤولية وقيام التكليف بالبالغ بها، ومدى موافقة القانون للفقه الإسلامي ذلك أو مخالفته.

إشكالية البحث

تكمن إشكالية البحث التي يحاول الباحث معالجتها في الأسئلة الآتية:

- ١- هل لعلامات البلوغ الشرعية أي أثر في المسؤولية الجنائية.
- ٢- ما علاقة العلامات الشرعية بالسن الجنائي القانوني.
- ٣- ما الحكم لو تعددت بالإنسان العلامات الشرعية.
- ٤- هل اختيار القانون في تحديد علامة المسؤولية الجنائية موافق للشرع؟

حدود البحث:

سيتم التطرق لعلامات البلوغ الشرعية وعلاقتها بالمسئولية الجنائية ضمن حدود موضوعية وحدود زمانية.

أما الحدود الموضوعية فالحديث سيقصر على علامات البلوغ الشرعية المتفق عليها فقط ، دون المختلف فيها ، إذ عند الاختلاف يجوز لكل أحد التمسك بما يوافقه من أقوال. ومن ناحية الزمان: فسيتم التطرق هنا لزمان المسئولية الجنائية الكاملة، إذ يوجد في الشرع والقانون مسئوليات ناقصة لا يترتب عليها العقاب الكامل ولذا فهي ليست محل بحثنا هنا.

أساليب البحث

سأسلك في البحث إن شاء الله تعالى الأسلوب الاستقرائي والتحليلي ، حيث أقوم باستقراء النصوص الشرعية والقانونية المتعلقة بعلامات البلوغ الشرعية ، ثم أقوم بتحليلها لبيان علاقتها بالسن القانوني، وبيان مدى توافق الشرع مع القانون أو تخالفهما في ذلك .

خطة البحث

للتوصل إلى تحديد أثر العلامات الشرعية للبلوغ في المسئولية الجنائية يتعين علينا بحث الموضوع ضمن الخطة الآتية :

المبحث الأول: ماهية البلوغ وعلاماته الشرعية

المطلب الأول: البلوغ لغة واصطلاحاً والمصطلحات المشابهة له

المطلب الثاني: حكمة الشارع في ربط التصرفات الجنائية بالبلوغ

المطلب الثالث: علامات البلوغ الشرعية المتفق عليها والمختلف فيها

المبحث الثاني: أثر البلوغ بالعلامات الشرعية في قيام المسئولية الجنائية

المطلب الأول: أثر البلوغ في المسئولية الجنائية في الشرع

المطلب الثاني: أثر البلوغ في المسئولية الجنائية في القانون

المطلب الثالث : مقارنة بين أثر البلوغ في الشرع والقانون

المبحث الأول

ماهية البلوغ وعلاماته الشرعية

تمهيد وتقسيم

يعتمد إدراك تأثير مصطلح ما وانطباقه على الوقائع التي تندرج تحته على معناه اللغوي والاصطلاحي، والذي من خلاله نستطيع الحكم على المصطلح بتأثيره الفعلي على الوقائع أو عدم تأثيره عليها.

ولأن حديثنا هنا عن البلوغ وعلاماته فإنه يلزمنا التعرض للبلوغ بمعناه اللغوي والاصطلاحي الشرعي والقانوني حتى نحيط به إحاطة تامة، لنتعرف بعد ذلك على سبب ربط الشارع التصرفات بالبلوغ، ثم نتعرض للعلامات الشرعية بصورة تفصيلية وهو ما سنتعرض له في هذه المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول

البلوغ لغة واصطلاحاً والمصطلحات المشابهة له

أولاً: البلوغ لغة:

يطلق البلوغ في اللغة على معان متعددة يمكن أن تتحد في معناها العام مع تباين بسيط فيما بينها حيث يقرر علماء اللغة أن البلوغ يعني أحد المعاني الآتية:

- ١- الوصول إلى الشيء، قال في لسان العرب (بلغ الشيء يبلغ بلوغاً وبلاغاً: وصل وانتهى، وبلغ الغلام: احتلم كأنه بلغ وقت الكتاب عليه والتكليف)^(١)، وقال في مقاييس اللغة (بلغ) الباء واللام والغين أصل واحد وهو الوصول إلى الشيء. تقول بلغت المكان، إذا وصلت إليه. وقد تسمى المشاركة بلوغاً بحق المقاربة. قال الله تعالى: {فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف}^(٢).
- وقال في تاج العروس (بلغ المكان، بلوغاً، بالضم: وصل إليه وانتهى، ومنه قوله تعالى: لم تكونوا بالغيه إلا بشق الأنفس)^(٣).

(١) ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة نشر، ج ٨ ص ٤٢٠

(٢) أحمد بن فارس الرازي، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، ١٩٧٩م ج ١ ص ٣٠١

(٣) مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس دار الفكر - بيروت، الطبعة: الأولى / ١٤١٤ هـ

٢- الإدراك : قد يأتي البلوغ في اللغة بمعنى الإدراك، قال تاج العروس (وبلغ الغلام: أدرك، وبلغ في الجودة مبلغاً)^(١). وقال في لسان العرب (وقوله تعالى: فلما بلغ معه السعي؛ أي أدرك معه العمل، وقال الفراء: أطاق أن يعينه على عمله)^(٢).

٣- الكفاية : بمعنى الوصول لنهاية الشيء والاكتفاء به قال في لسان العرب (: البلاغ: ما يتبلغ به ويتوصل إلى الشيء المطلوب. والبلاغ: ما بلغك. والبلاغ: الكفاية)^(٣).

ومن خلال هذه التعاريف اللغوية يتبين لنا المعنى الواضح للبلوغ من حيث كونه يمثل حالة من حالات الكمال حيث يكون من بلغها واصلا لمراده وغايتها ومدركا لما هو فيه ومكتفيا بحالة نفسه وهي المعاني التي نحتاجها للمقارنة بينها وبين المعنى الاصطلاحي الشرعي للبلوغ.

ثانيا : البلوغ اصطلاحا :

تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية في اصطلاحهم على هذا اللفظ لتعريفه بعبارات متعددة تصب جميعها في معنى واحد حيث عرفه ابن عابدين من الحنفية بقوله (والبلوغ لغة الوصول واصطلاحا انتهاء حد الصغر)^(٤). بينما عرفه المالكية بأنه (قوة تحدث للشخص تنقله عن حالة الطفولية إلى غيرها)^(٥).

ونلاحظ في تعريف الحنفية أن الطفل لم يعد صغيرا بل صار كبيرا تنطبق عليه صفات البالغين الكبار من تحمل الواجبات وتحصيل الحقوق بمعنى أنه انتقل بالبلوغ من حالة الصغر إلى حالة الكبر التي تتعلق بها مسؤوليات أخرى تختلف عما يترتب على حالة الصغر،

ويشابه ذلك من قاله المالكية حيث تعني عبارتهم أن الطفل إذا بلغ تحول من حالة الطفولة التي لا مسئولية عليها وصار رجلا يتحمل كافة المسئولية عن تصرفاته كلها ومن ضمنها ما يعلق بالمسئولية الجنائية.

ثالثا : المصطلحات المشابهة للبلوغ

تشبه كثير من المصطلحات بمصطلح البلوغ بحيث يكون هناك التباس في تحقق معناها فيه،

(١) المرجع السابق ج٢٢ ص ٤٤٥

(٢) ابن منظور، مرجع سابق ج١٤ ص ٣٨٥

(٣) ابن منظور، المرجع السابق ج٨ ص ٤١٩

(٤) ابن عابدين، الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر-بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م ج(٦) ص ١٥٣

(٥) محمد الأمير المالكي، ضوء الشموع شرح المجموع، دار يوسف بن تاشفين - مكتبة الإمام مالك [موريتانيا - نواكشوط]

الطبعة: الأولى، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م ج ٣ ص ٢٨٥

ولذلك كان من المهم التعرض لها والتفريق بينها وبين البلوغ ، حيث يمكن حصر الألفاظ المشابهة للبلوغ فيما يأتي :

- (١) الكبر : ويراد به عند الفقهاء أحد معنيين ، إما بلوغ حد الشيخوخة، ومن أدلته اختلاط الشيب وظهوره ، وهذا لا محل له هنا فلا علاقة له بما نحن فيه ، والمعنى الثاني أن الكبر مرادف للبلوغ إذ معناه مرحلة من العمر يكون فيها الانسان ليس صغيرا، وهو ما يؤكد هنا أن البلوغ مرحلة ينتهي بها الصغر ويكون بها الانسان كبيرا^(١).
 - (٢) الحلم: ويراد به ما يراه النائم من حالات تؤدي به إلى إنزال المني ويقال له الاحتلام، وهو بهذا المعنى مرادف للبلوغ لأن الاحتلام علامة من علاماته^(٢).
 - (٣) الرشد: ومعناه عند البعض أن يبلغ الصبي حد التكليف صالحا في دينه مصلحا لماله وهذا عند الشافعية وعند فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة: حسن التصرف في المال، والقدرة على استثماره واستغلاله استغلالا حسنا. وليس للرشد سن معينة، وقد يحصل قبل البلوغ، وهذا نادر لا حكم له، وقد يحصل مع البلوغ أو بعده، وفي استعمال الفقهاء: كل رشيد بالغ، وليس كل بالغ رشيدا^(٣).
 - (٤) التمييز : وهو أن يصير للصغير وعي وإدراك يفهم به الخطاب إجمالا، وهذه المرحلة تبدأ ببلوغ الصبي سبع سنين، وهو سن التمييز كما حدده جمهور الفقهاء، وتنتهي بالبلوغ، فتشمل المراهق وهو الذي قارب البلوغ^(٤).
- ومن خلال هذه المصطلحات المشابهة للبلوغ نجد أن حد البلوغ حد معين يكون به الطفل كبيرا مدركا مميزا وهو ما يعني تأهله للمسؤوليات المختلفة التي تناط به.

المطلب الثاني

حكمة الشارع في ربط التصرفات بالبلوغ

باستقراء الأحكام الشرعية في مختلف المسائل المتعلقة بالتصرفات والأهلية نجد أن الشارع أناط ترتب النتائج الكاملة وآثارها على البلوغ، وهو ما يظهر جليا في الأهلية المدنية والأهلية الجنائية مما

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ، ج ٨ ص ١٨٦

(٢) الفيروزبادي ، القاموس المحيط ، مؤسسة الرسالة ، بيروت - لبنان، الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م ج ١ ص ١٠٩٦.

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية ، مرجع سابق ج ٧ ص ١٦١.

(٤) الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٢٧ ص ٢٠.

يستدعي التساؤل عن الحكمة التي جعلها الشارع في ذلك ، حيث أن إدراك هذه الحكمة يجعلنا أكثر إحاطة بمدى فاعلية اشتراط البلوغ وجعله مستوى نستطيع فيه أن نحاسب الإنسان على تصرفاته وبهذا نستطيع الحكم على علامات البلوغ وجعلها حدا معيناً للمسئولية الجنائية.

وعند التمعن في ما يقترفه الإنسان من تصرفات ويفعله من وقائع ويكتسبه من جنایات نجد أن خطورتها تمس غيره من الناس كما تمس نفسه كذلك، كما أن آثارها من حيث العقوبة التي يمكن أن تمسه والأثر الذي سيترتب على ذلك قد يكون كبيراً وخطيراً، ولذلك نجد أنه لا بد لكي نعتبر التصرفات ونجعل المسؤولية قائمة فيلزم من ربطها بحال يكون فيها الإنسان يستحق أن يحاسب وذلك ببلوغه مرحلة يكون فاهماً وواعياً لما يفعله .

ومن خلال بعض الآيات والأحاديث نجد أن الشارع جعل البلوغ مناط ذلك الإدراك الذي يكون به الإنسان كاملاً ومن من هذه الآيات والأحاديث :

أ - قول الله تعالى: {وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم} (١) جعل البلوغ موجبا للاستئذان.

ب - ومنها قوله تعالى: {وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم} (٢) جعل بلوغ النكاح موجبا لارتفاع الولاية المالية عن اليتيم، بشرط كونه راشداً.

ج - ومنها قول النبي ﷺ لمعاذ لما أرسله إلى اليمن: خذ من كل حالم ديناراً أو عدله معافياً (٣) جعل الاحتلام موجبا للجزية.

د - ومنها ما حصل يوم قريظة، من أن من اشتبهوا في بلوغه من الأسرى كان إذا أنبت قتل، فإن لم يكن أنبت لم يقتل. فجعل الإنبات علامة لجواز قتل الأسير (٤).

هـ - ومنها قول النبي ﷺ: لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار (٥) فجعل الحيض من المرأة موجبا لفساد صلاتها إن صلت بغير خمار. (٦)

(١) سورة النور آية ٢٤

(٢) سورة النساء آية ٦

(٣) عبد الرزاق الصنعاني ، مصنف عبد الرزاق ، المجلس العلمي - الهند، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ، حديث رقم ١٠٠٩٩، ج ٦ ص ٨٩

(٤) أبو داؤود ، سنن أبي داود ، دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م حديث رقم ٤٤٠٤ ، ج ٦ ص ٤٥٦

(٥) ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، حديث رقم ٦٥٥، ج ١ ص ٢١٥

(٦) أبو الحسن الماوردي ، الحاوي الكبير ، دار الفكر. بيروت ج ٦ ص ٧٥٣.

ولذلك نرى أن الشارع أناط التصرفات والمسؤوليات بالبلوغ منطلقا في ذلك من اعتبارات عدة يمكن حصرها في الآتي :

أولا حالة الكبير:

أن البلوغ هو الحالة التي يكون فيها الإنسان كبيرا وانتهت عنده حالة الصغر ولذلك عرّف بعض الفقهاء البلوغ كما تقدم بأنه انتهاء حد الصغر أي الحالة المناسبة لانتقاله من حالة الطفولة الى حالة الرجولة وهو ما يحتم معاملته بما يتناسب مع تلك المرحلة ، فالكبير من الناس مسؤول عن تصرفاته فاهم لما يقول مدرك لما يفعل، وشاهد ذلك أن العقلاء لا يقيمون وزنا إلا لمن كان كبيرا ، ولا يقبلون إلا كلام الكبار من الناس، ومن أدلة ذلك ما ورد في البخاري من حديث عبد الرحمن بن سَهْلٍ أنه جاء وَخَوِّصَهُ وَمُحَيِّصَهُ ابْنًا مَسْعُودٍ إِلَى النَّبِيِّ - ﷺ - فَتَكَلَّمُوا فِي أَمْرِ صَاحِبِهِمْ، فَبَدَأَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ لِيَتَكَلَّمَ، وَكَانَ أَصْغَرَ الْقَوْمِ، فَقَالَ النَّبِيُّ - ﷺ -: "كَبُرَ الْكُبُرُ (وفي رواية: كَبْرٌ، كَبْرٌ) (١)". فطلب أن يتكلم الكبير ومدلول ذلك أن كلام الكبير معتبر وخطابه سائغ ، حيث نرتب على كلامه الأحكام ونرد الخطاب والجواب ، أما الصغير فلا يزال العقلاء يعاملونه بعدم اعتبار وذلك لأن صغره قد يجعله يقع في أمور لا يدركها ولا يحاسب عليها .

ثانيا : البلوغ حالة توسط :

إن حالة البلوغ هي حالة التوسط بين مرحلتين من مراحل حياة الإنسان لا يمكن المساواة بينهما في المسؤولية دون الوقوع في حرج وخطأ فمرحلة الصبا قبل البلوغ مرحلة لا يكون بها الانسان مدركا لما يفعل ولا مستوعبا نتائج تصرفاته ولذلك فليس من العدالة أن نحاسبه محاسبة كاملة كغيره من البالغين ، كما أن مرحلة الكبر بعد البلوغ لو لم نربط بها المسؤولية ومددنا الفترة الزمنية السابقة إلى مرحلة بعد البلوغ فإن هذا يحتم وجود تصرفات من أشخاص كبار لا تدخل تحت المسؤولية مع كون الفاعلين لها قد بلغوا القدر الكافي لتحمل المسؤولية في نظر الشرع، ولذلك نجد في هذا الزمن من يطالب بتغيير السن الجنائي من السن ١٨ وإنزاله إلى السن ١٥ حتى نضمن معاقبة الفاعل بما يستحق مادام قام بفعلته وهو مدرك لها .

ثالثا : البلوغ حالة الإدراك والكمال :

مرحلة البلوغ هي المرحلة التي يكتمل لدى الإنسان فيها الإدراك، قال الإمام الكاساني في أثناء حديثه عن الاحتلام (ولأن البلوغ والإدراك عبارة عن بلوغ المرء الحال وذلك بكمال القدرة والقوة،

(١) الامام البخاري ، الجامع الصحيح المختصر ، دار ابن كثير ، اليمامة - بيروت الطبعة الثالثة ، ١٤٠٧ -

١٩٨٧، حديث رقم ٥٧٩١، ح ٥ ص ٢٢٧٥

والقدرة من حيث سلامة الأسباب والآلات هي إمكان استعمال سائر الجوارح السليمة^(١). وهذا الربط بين كمال الإدراك والبلوغ وبين المحاسبة على التصرفات مهم ولازم إذ لا معنى لبلوغ الإنسان مرحلة الكمال إلا إذا اعتبرنا محاسبته ومسائلته على ما اقترفته يده من أعمال بعد بلوغه تلك المرحلة. ونرى أن هذه الأسباب مقتضية عقلا وشرعا ربط المسؤولية بالبلوغ وهو ما تقرره الشريعة الإسلامية بوضوح في ذلك كما سيأتي بيانه في هذا البحث.

المطلب الثالث

علامات البلوغ الشرعية المتفق عليها والمختلف فيها

لوقوف على التحقق من وجود البلوغ في الإنسان فإنه يلزم الدراسة الوافية للعلامات الشرعية التي ورد ذكرها في كتب الفقهاء للتعرف على مدى تأثيرها في المسؤولية الجنائية بتحقيق البلوغ فعلا. وكما سبق تحديد موضوع هذا البحث فإن المقارنة ستكون ذات فائدة وقيمة بين الشريعة والقانون إذا كانت فيما يتعلق بالعلامات الشرعية المتفق عليها وليس المختلف فيها، إذ يمكن للخصم أن يعتذر عن الاعتبار بعلامة شرعية مختلف فيها بحجة تقليده لقول سائغ في الفقه الإسلامي لا يعتد بها، ولذلك فلا خلاف هنا بين الشريعة والقانون في عدم المسؤولية من هذا الباب. إن المقارنة الملحة إنما ستكون بين العلامات الشرعية التي حصل الاجماع بين الفقهاء والاتفاق بينهم على أنها علامة بلوغ؛ إذ بناء على ذلك لم يعد هناك خلاف بينهم في أن الشخص قد بلغ المرحلة التي يقول الشرع فيها أنه مسؤول ومحاسب، ولذا وجبت المقارنة بين ذلك وبين حكم القانون إذا كان لا يقول بكمال المسؤولية الجنائية في هذه الحالة. وستعرض هنا لكلا النوعين من العلامات ولكن سيكون مرورنا على العلامات المختلف فيها طفيفا وسريعا بينما سيكون حديثنا عن العلامات المتفق عليها أكثر عمقا لعدم الاختلاف في الفقه الإسلامي في علاقتها بالمسؤولية الجنائية.

وقبل تفصيل العلامات نتعرض لعلاقة السن بالعلامات الشرعية بمعنى ما هو السن الأدنى الذي قال الفقهاء إن الطفل يمكن أن يبلغ فيه وتظهر فيه عليه علامات البلوغ الشرعية ويقبل إقراره بالبلوغ عنده، حيث اختلفوا في ذلك إلى أقوال متقاربة، فالملكية والشافعية قالوا بأن السن الأدنى للبلوغ في الذكر: باستكمال تسع سنين قمرية بالتمام، وفي وجه آخر للشافعية: مضي نصف السنة

(١) الكاساني الحنفي. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ -

التاسعة، بينما قال الحنفية: إن سن البلوغ في الذكر اثنتا عشرة سنة. وذهب الحنابلة إلى أنه عشر سنين^(١).

أما الأثنى فقد اتفق الحنفية والشافعية والحنابلة على أن السن الأدنى لبلوغها: تسع سنين قمرية لأنه أقل سن تحيض فيه المرأة، ولحديث: إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة^(٢) وهذا الموضوع مهم حيث يمكننا من خلاله ربط علامات البلوغ بعضها ببعض ومعرفة العلاقة بين السن وبين ظهور العلامات الشرعية المعتمدة.

العلامات الشرعية للبلوغ

ونخوض الآن في تفصيل علامات البلوغ الشرعية على النحو الآتي:

أولاً: العلامات المختلف فيها :

ذكر الفقهاء كثيراً من العلامات التي قالوا إنها دالة على البلوغ ، ونرى أن الخلاف قوي في بعض منها بينما كان في بعضها الآخر مجرد قول لبعض العلماء أو وجه في بعض المذاهب وسنستعرضها فيما يأتي :

١- الإنبات: والمراد به ظهور شعر العانة، وهو الذي يحتاج في إزالته إلى نحو حلق، دون الزغب الضعيف الذي ينبت للصغير.

ويعتبر الإنبات علامة قوية مع اختلاف الفقهاء في اعتبارها على أقوال ثلاثة:

القول الأول: أن الإنبات ليس بعلامة على البلوغ مطلقاً، أي لا في حق الله ولا في حق العباد. وهو قول أبي حنيفة، ورواية عن مالك^(٣).

القول الثاني: أن الإنبات علامة البلوغ مطلقاً. وهو مذهب المالكية والحنابلة^(٤).

القول الثالث: إن الإنبات بلوغ في بعض الصور دون بعض. وهو قول الشافعية، وبعض المالكية. فيرى هؤلاء أن الإنبات يقتضي الحكم ببلوغ ولد الكافر، ومن جهل إسلامه، دون المسلم والمسلمة^(٥).

(١) الماوردى ، مرجع سابق، ج٦ ص ٧٥٣

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ، مرجع سابق ج ٨ ص ١٩٣.

(٣) بدر الدين العيني ، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م ج ١١ ص ١٠٩.

(٤) الحطاب الرعيبي ، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، دار عالم الكتب ، طبعة خاصة ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م، ج ٥ ص ٥٤.

(٥) إمام الحرمين الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب ، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨ هـ-٢٠٠٧ م، ج ٦ ص ٤٣٤.

- ٢- ثقل الصوت وغلظه: وهي علامة قال بها بعض المالكية ولم يقل بها أحد غيرهم
- ٣- نهود الثديين: أي بروزهما في الأنثى، وقال به بعض الحنفية فقط دون غيرهم
- ٤- نبات شعر الابط: وقال بعض الحنفية وبعض الشافعية.
- ٥- نتن الابط: وقال به الإمام القرافي من المالكية دون غيره.
- ٦- ظهور اللحية: وقال به بعض الشافعية دون غيرهم.
- ٧- ظهور الشارب: وهو وجه أيضا عند بعض الشافعية حكاها عنهم الامام الرافي.
- ٨- طول القامة: قال به الإمامية فعندهم أنه إذا بلغ الطفل خمسة أشبار جازت وصيته واقتص منه وأقيمت عليه الحدود كاملة.
- ٩- أرنية الأنف: وقال به القرافي من المالكية أيضا.
- ١٠- ثني الخيط حول الرقبة: وهو قول لبعض فقهاء المالكية.^(١)

فكل هذه العلامات هي علامات فرعية مختلف فيها تدل على البلوغ عند بعض الفقهاء ولا تدل عليه عند الجمهور ولذلك نرى أنه لا اعتبار بها فيما يتعلق بالمسئولية الجنائية ذلك أن المسئولية الجنائية أمر يترتب عليه إقامة الحدود والقصاص وهو حال خطير لا يكون إلا إن ثبت بصورة قطعية وبعلمة تدل على البلوغ بتحقق وبدون خلاف في اعتبارها.

و نرى أن هذه العلامات المختلف فيها لا يتمسك بها أحد في عدم اعتبار القانون لها وذلك أن له مسوغا كونه أخذ فيها بالقول القائل بعدم اعتبارها وهو ما نراه مناسبا واختيارا صحيحا وذلك لضعف هذه العلامات ولكونها غير مطردة فهي لا تحقق معنى المسئولية الجنائية قطعاً.

ثانياً: العلامات المتفق عليها:

نجد أن هناك أربعاً من العلامات الشرعية اتفق فيها العلماء وعدوها علامات معتبرة في بلوغ الطفل حد الكبر والمسئولية، علامتان مشتركتان بين الذكر والأنثى وهما الاحتلام، والسن، وعلامتان خاصتان بالأنثى وهما الحيض، والحبل.

وستعرض لها ولشروط اعتبارها بالتفصيل فيما يأتي:

أولاً: الاحتلام: وهو مأخوذ من الحلم وهو ما يراه النائم في نومه، قال في لسان العرب (والحلم: الرؤيا، والجمع أحلام. يقال: حلم يحلم إذا رأى في المنام.. والحلم: الاحتلام أيضا ويقال: قد حلم الرجل بالمرأة إذا حلم في نومه أنه يبشرها، والحلم والاحتلام: الجماع ونحوه في النوم)^(٢)

(١) تراجع هذه العلامات في الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٨ ص ١٨٨.

(٢) ابن منظور، مرجع سابق، ج ١٢ ص ١٤٥.

وقال في مختار الصحاح (ح ل م: (الحلم) بضم اللام وسكونها ما يراه النائم)^(١)
 أما اصطلاحاً فالاحتلام هو خروج المني قال في المجموع شرح المهذب (الانزال فمتى خرج منه المني
 وهو الماء الأبيض الدافق الذي يخلق منه الولد في الجماع أو في النوم أو اليقظة فهو بلوغ)^(٢).
 وعرفه الامام ابن حجر في فتح الباري بقوله (وهو إنزال الماء الدافق سواء كان بجماع أو غيره
 سواء كان في اليقظة أو المنام)^(٣)
 وعرفته الموسوعة الفقهية الكويتية بأنه (اسم لما يراه النائم من المباشرة، فيحدث معه إنزال
 المني غالباً)^(٤).
 وقد اتفق العلماء على أن الاحتلام علامة من علامات البلوغ قطعاً، ونقل الاجماع على ذلك كثير
 من العلماء منهم الامام ابن حجر العسقلاني في فتح الباري لابن حجر حيث قال (وقد أجمع العلماء
 على أن الاحتلام في الرجال والنساء يلزم به العبادات والحدود وسائر الأحكام)^(٥) وقال في كشف
 القناع عن متن الإقناع (قال ابن المنذر أجمعوا على أن الفرائض والأحكام تجب على المحتلم
 العاقل)^(٦).
 وقال في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (أما معرفة البلوغ بالاحتلام فلما روي عن رسول الله -
 ﷺ - أنه قال: «رفع القلم عن ثلاثة منها الصبي حتى يحتلم» جعل - عليه الصلاة والسلام - الاحتلام
 غاية لارتفاع الخطاب، والخطاب بالبلوغ دل أن البلوغ يثبت بالاحتلام)^(٧)
 وقد استدلل العلماء على أن الاحتلام بلوغ بأدلة منها قول الله تعالى: وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم
 فليستأذنوا)^(٨) ولما روي عن النبي ﷺ { أنه قال: " رفع القلم عن ثلاثة " وذكر منها الصبي حتى يحتلم ،
 والاجماع المنعقد الذي سبق نقله)^(٩).

- (١) زين الدين الحنفي الرازي ، مختار الصحاح، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا الطبعة
 الخامسة، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م ص ٨٠.
 (٢) الإمام النووي ، المجموع شرح المهذب، دار الفكر ج ١٣ ص ٣٦٢.
 (٣) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ج ٥ ص ٢٧٧.
 (٤) الموسوعة الفقهية الكويتية ، مرجع سابق ج ٢ ص ٩٥.
 (٥) ابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، ج ٥ ص ٢٧٧.
 (٦) الإمام الهوتي الحنبلي، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، ج ٣ ص ٤٤٣.
 (٧) الإمام الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مرجع سابق ، ج ٧ ص ١٧١.
 (٨) سورة النور : ٥٩]
 (٩) الإمام الماوردي، الحاوي ، مرجع سابق، ج ٦ ص ٧٥٢.

ثانيا السن : وهو بلوغ الانسان مرحلة عمرية معينة يكون بها قد بلغ حد المسؤولية ولا خلاف بين العلماء في كون البلوغ يكون بالسن وانما الاختلاف بينهم في تحديد السن الذي يكون به البلوغ حيث اختلفوا الى أقوال عدة يمكن إجمالها في الاقوال التالية :

القول الأول يرى الشافعية، والحنابلة، وأبو يوسف ومحمد من الحنفية: (١) أن البلوغ بالسن يكون بتمام خمس عشرة سنة قمرية للذكر والأنثى، كما صرح الشافعية بأنها تحديدية؛ لخبر ابن عمر عرضت على النبي ﷺ يوم أحد، وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني، ولم يرني بلغت، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني، ورآني بلغت.^(١)

القول الثاني : ويرى المالكية أن البلوغ يكون بتمام ثماني عشرة سنة، وقيل بالدخول فيها، وقد أورد الحطاب خمسة أقوال في المذهب، ففي رواية: ثمانية عشر، وقيل: سبعة عشر، وزاد بعض شراح الرسالة: ستة عشر، وتسعة عشر، وروي عن ابن وهب خمسة عشر، لحديث ابن عمر السابق.

القول الثالث : ويرى أبو حنيفة: أن البلوغ بالسن للغلام هو بلوغه ثماني عشرة سنة، وللبنت سبع عشرة سنة لقوله تعالى: {ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده} (٢) قال ابن عباس ﷺ: الأشد ثماني عشرة سنة. وهي أقل ما قيل فيه، فأخذ به احتياطاً، هذا أشد الصبي، والأنثى أسرع بلوغاً فنقصت سنة.

وبناء على ما مر فإنه يتبين أن الإجماع منعقد على اعتبار السن علامة شرعية لإثبات البلوغ والخلاف انما هو تحديد السن بالضبط.

ونرى أن الاختلاف بين القانون والشرع في مسألة التحديد لسن البلوغ سائغة ومعقولة وذلك لوجود الاختلاف الفقهي فبأيها أخذ القانون فله مستند في ذلك ولم يعد الانكار سائغا إلا من باب اختيار القول الأفضل فقط في تحديد السن وهو ليس محل البحث.

ثالثاً: الحيض وهو علامة خاصة بالنساء، وهو لغة: السيلان: تقول العرب: حاضت الشجرة إذا سال صمغها، وحاض الوادي إذا سال. وشرعا دم جبلة أي تقتضيه الطباع السليمة يخرج من أقصى رحم المرأة بعد بلوغها على سبيل الصحة من غير سبب في أوقات معلومة^(٣)، وعرفه بعض الفقهاء بأنه (دم من رحم لا لولادة)^(٣).

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج ٨ ص ١٩٢.

(٢) الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م ج ١ ص ٢٧٧.

(٣) ابن عابدين، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): دار الفكر-بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، ج ١ ص ٢٨٣.

وقد أجمعت الأمة على أن الحيض علامة من علامات البلوغ في الأنثى ونزول الدم منها يجعلها متأهلة لكافة الحقوق والواجبات عليها ، نقل الإجماع في ذلك الإمام ابن قدامة حيث قال في (وأما الحيض فهو علم على البلوغ، لا نعلم فيه خلافا)^(١) وممن نقل الإجماع أيضا الامام القرطبي حيث قال في تفسيره (فأما الحيض والحبل فلم يختلف العلماء في أنه بلوغ، وأن الفرائض والأحكام تجب بهما. واختلف العلماء في أقل سن يمكن أن تحيض فيه المرأة بأقوال كثيرة والجمهور من الفقهاء على أن سن إمكان الحيض للحديث هو تسع سنوات للأدلة الكثيرة الواردة في ذلك مما هو مسطر في كتب الفقهاء وليس هذا محل إيراده^(٢) .

رابعا الحبل : وهو حمل المرأة من عملية الاتصال بينها وبين الرجل وهي علامة دالة على البلوغ لأنها تدل على الاحتمال فالله تعالى أجرى العادة أن الولد يخلق من ماء الرجال وماء المرأة. قال تعالى: {فلينظر الإنسان مم خلق خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب} وقد اتفق العلماء على أن حمل المرأة دال دلالة واضحة على بلوغها بل هو دال على أنها بلغت قبل ذلك^(٣) .

المبحث الثاني

البلوغ بالعلامات الشرعية وأثره في قيام المسؤولية الجنائية

تمهيد وتقسيم

بعد معرفتنا للعلامات الشرعية المختلفة ومدى الاتفاق على كونها علامات للبلوغ من عدمه، فإن الحديث المهم الآن سيكون حول أثر هذه العلامات عند تحققها على قيام المسؤولية الجنائية، مما يساعد القاضي في إصدار الأحكام معتمدا على وجود حالة البلوغ التي يستلزم القانون وجودها في كثير من المسائل والقضايا.

لذلك فإننا سنقسم الحديث عن ذلك إلى ثلاثة مطالب نتحدث في المطلب الأول: عن أثر علامات البلوغ في المسؤولية الجنائية في الشرع بينما نخصص الحديث في المطلب الثاني: عن أثر البلوغ بالعلامات الشرعية في المسؤولية الجنائية في القانون، ليكون حديثنا عن مقارنة بينهما وتفنيدها المسائل

(١) موفق الدين بن قدامة ، المغني ، الناشر: مكتبة القاهرة، بدون طبعة ، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م ، ج٤ ص ٣٤٦.

(٢) ضوابط البلوغ عند الفقهاء ص ٧٤

(٣) المرجع السابق

الشائكة في المطلب الثالث .

المطلب الأول

أثر البلوغ بالعلامات الشرعية على المسؤولية الجنائية في الشرع

لم يكن تقرير الشرع لعلامات البلوغ التي تحدد مراحل الإنسان وحياته عبثاً؛ بل هناك أثر كبير ومهمة عظيمة رتبها الشارع على وجوده، حيث لا يخفى أن الإنسان يمر بحالات يكون من الطبيعي اختلاف تكليفاته فيها وتنوع مسؤوليته بناء على وجودها، فالكبير ليس كالصغير، والشاب ليس كالشائب، والطفل في مراحل الأولى ليس كالبالغ المدرك لما يفعله، وليس من المنطقي أن نعامل الإنسان في مراحل المختلفة هذه بنوع واحد من التعامل، كما لا يمكن بحال أن نهمل أثر بلوغ الإنسان مرحلة معينة وظهور علامة عليه دون نتيجة ولا مسؤولية.

بناء على ذلك فإن الشارع الحكيم رتب على وجود العلامات الشرعية أثراً مهماً و لحظة فارقة في بيان تحول الإنسان من مرحلة الطفولة التي يكون الطفل فيها عديم المسؤولية او ناقصها الى مرحلة الكمال التي يحاسب فيها الإنسان على ما يفعل محاسبة كاملة .

ويجمع الفقه الشرعي على أن البلوغ سبب رئيسي ليكون الإنسان مسؤولاً جنائياً عن فعله حيث ينعقد الاتفاق على أن من لم يثبت له البلوغ بأي علامة من علامات البلوغ فهو طفل قاصر ليس مسؤولاً مسؤولية كاملة، ولذلك يعاقب على ما يرتكبه معاقبة خاصة تقل عن معاقبة البالغ بلوغاً كاملاً.

ويعتمد التبرير الشرعي لجعل البلوغ مرحلة التحمل والمسؤولية على أن الطفل غير البالغ لم يكتمل نموه العقلي بعد اكتمالاً يجعله يتحمل المسؤولية الكاملة، وهو ما يحتم القول بأن تصرفه في مرحلة ما قبل البلوغ تصرف لم ينبني على وعي كامل ولا إدراك واعٍ، فكيف نحمله المسؤولية مع علمنا أنه لا يدري ما يفعل أو لم يبلغ مرحلة تقدير المخاطر المترتبة على فعله؟ فهو إذن في هذه الحالة معذور والله تعالى يقول (ولا يكلف الله نفساً الا وسعها) وقال ﷺ (رفع القلم عن ثلاثة وذكر منهم ... وعن الصبي حتى يبلغ) فجعل المسؤولية مرفوعة عنه مادام لم يبلغ بعد.

وبناء على ذلك وكنتيجة حتمية لما سبق فإن من بلغ بلوغاً كاملاً سواء بالعلامات الشرعية المعتبرة أو بالسن فإنه تقام عليه سائر التكاليف والواجبات وتطبق عليه كافة الأحكام والحدود، ولم تختلف أقوال العلماء في اعتبار البلوغ بذاته منطلقاً للتكليف والمسؤولية حيث وردت الآيات والاحاديث الدالة على ذلك، فالبلوغ هو مناط المسؤولية فحيث وجد فلا مناص من محاسبة صاحبه المحاسبة التامة المترتبة على الكمال الإدراك الكامل.

ومما ورد في ذلك قوله ﷺ في الحديث الذي سبق إيراده (رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ ...) حيث

يدل بوضوح على أن من بلغ لم يرفع عنه القلم، وصار محاسبا على أفعاله وتصرفاته ، ويدل لذلك ما ورد أيضا في قصة بني قريظة السابق ايرادها في البلوغ بالإنبات .
وقد تضافرت عبارات الفقهاء في كتبهم على أن من بلغ بالاحتلام فقد وجبت في حقه كافة الأحكام سواء منها ما يتعلق بالعبادات أو المعاملات او الجنائيات .

قال في الموسوعة الفقهية الكويتية (ذهب الفقهاء إلى أن الشارع ربط التكليف بالواجبات والمحرمات ولزوم آثار الأحكام في الجملة بشرط البلوغ . فهذه الأدلة وأمثالها - مما يأتي في شأن علامات البلوغ - تدل على أن الشارع ربط التكليف ولزوم الأحكام عامة بشرط البلوغ، فمن اعتبر بالغاً بأي علامة من علامات البلوغ فهو رجل تام أو امرأة تامة، مكلف - إن كان عاقلاً - كغيره من الرجال والنساء، يلزمه ما يلزمهم، وحق له ما يحق لهم. وقد نقل بعضهم الإجماع على ذلك، فقال ابن المنذر: وأجمعوا على أن الفرائض والأحكام تجب على المحتلم العاقل. وقال ابن حجر: أجمع العلماء على أن الاحتلام في الرجال والنساء يلزم به العبادات والحدود وسائر الأحكام.)^(١)

كما نرى الفقهاء عندما يتحدثون عن السن ويبينون خلاف العلماء في ضبطه ما بين خمسة عشرة سنة وثمانية عشرة سنة يقيدون ذلك بعدم ظهور شيء من العلامات الشرعية التي يمكن ظهورها قبله ، قال في الفقه الإسلامي وأدلته (فإذا لم يحصل بلوغ طبيعي، ثبت البلوغ بالسن)^(٢) كما يظهر ذلك بصورة تفصيلية في الأحكام الفقهية الفرعية من خلال الشروط التي يشترطها الفقهاء في تنفيذها ، فمثلاً نجد الفقهاء يشترطون لإقامة الحد وقطع اليد على السارق أن يكون بالغاً كما يشترط الفقهاء كذلك نفس الحكم في إقامة الحد على القاذف قال في الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (شروط القاذف: البلوغ؛ فلا يحد القاذف إذا كان صبياً كالمجنون) ، ونفس الشرط كذلك نص عليه الفقهاء في شروط إقامة الحد على السكران حيث قالوا (يشترط لحد المسكرات شروط ومنها أن يكون الشارب بالغاً: فلا يحد الصغير)^(٣).

ومن خلال ما مر نجد أن الشريعة الإسلامية تبين معنى البلوغ بوضوح في علامات معينة متفق عليها ومبينة بالأدلة الشرعية وتجعل من بلغها محاسبا بالمسئولية الجنائية الكاملة سواء كان بلوغه بالسن أم بالاحتلام أم بالحيض، كما تقرر أن من لم يبلغ بأحد هذه العلامات فلا مسؤولية كاملة عليه

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ، مرجع سابق ج ٨ ص ١٩٤ - ١٩٦)

(٢) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر - سورّيّة - دمشق، الطبعة: الرابعة ج ٦ ص ٤٤٧٣ .

(٣) المرجع السابق ، ج ٧ ص ٥٤٠٥ .

المطلب الثاني

أثر البلوغ بالعلامات الشرعية على المسؤولية الجنائية في القانون

عند استعراض نصوص القوانين العربية في خصوص المسؤولية الجنائية ومعاقبة الفاعل للجريمة نجد أنها لا تتعرض من قريب ولا من بعيد لعلامات البلوغ الشرعية سواء الاحتلام أو الحيض أو الجبل، وإنما يقتصر حديثها فقط عن السن كعلامة وحيدة للبلوغ بحيث يترتب على من بلغ السن القانونية أن يكون مسئولاً مسئولاً جنائية كاملة

وتقرر كافة القوانين سن الثامنة عشرة كحد أدنى للمسؤولية الجنائية وذلك من خلال تقسيم مراحل عمر الإنسان إلى أربعة مراحل غالباً تتوزع بين عدم المسؤولية الجنائية مطلقاً إذا كان الطفل أصغر من سبع سنوات والمسؤولية المخففة إذا بلغ السبع سنوات ولازال دون الخامسة عشرة، ومرحلة الحدث الصغير وتنصيف العقوبة إذا زاد عمره على الخامسة عشرة دون أن يبلغ الثامنة عشرة فإن بلغها تبين عندئذ بلوغه حد المسؤولية الجنائية الكاملة .

وقد قرر القانون اليمني ذلك كله في المادة (٣١) من قانون الجرائم والعقوبات التي نصت على أنه (لا يسأل جزائياً من لم يكن قد بلغ السابعة من عمره وقت ارتكاب الفعل المكون للجريمة وإذا ارتكب الحدث الذي أتم السابعة ، ولم يبلغ الخامسة عشرة الفعل أمر القاضي بدلاً من العقوبة المقررة بتوقيع أحد التدابير المنصوص عليها في قانون الأحداث. فإذا كان مرتكب الجريمة قد أتم الخامسة عشرة ولم يبلغ الثامنة عشرة حكم عليه بما لا يتجاوز نصف الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانوناً ، و إذا كانت هذه العقوبة هي الإعدام حكم عليه بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن عشرة سنوات وفي جميع الأحوال ينفذ الحبس في أماكن خاصة يراعى فيها معاملة مناسبة للمحكوم عليهم ولا يعتبر الشخص حديث السن مسئولاً مسئولاً جزائية تامة إذا لم يبلغ الثامنة عشر عند ارتكابه الفعل)

كما نص على ذلك أيضاً القانون العراقي حيث قال في المادة (٦٦) (يعتبر حدثاً من كان وقت ارتكاب الجريمة قد أتم السابعة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة. وإذا لم يكن الحدث وقتئذ قد أتم الخامسة عشرة اعتبر صبياً أما إذا كان قد أتمها ولم يتم الثامنة عشرة اعتبر فتى)
وعلى نفس المسار سار المشرع الأردني في المادة (٩٤) حيث نص على أنه (مع مراعاة ما جاء في قانون إصلاح الأحداث:

- ١- لا يلاحق جزائياً كل من لم يتم التاسعة من عمره.
- ٢- ويعفى من المسؤولية الجزائية كل من لم يتم الثانية عشرة من عمره ، إلا إذا ثبت أنه كان في مقدوره عند

ارتكابه الفعل أن يعلم انه لا يجوز له أن يأتي ذلك الفعل. ونص عليها أيضا القانون الجزائري فقال في المادة 196 مكرر (فيما يخص المخالفات المنصوص عليها في المادتين 195 و 196 المذكورة أعلاه) لا يتخذ ضد الأحداث الذين لم يبلغوا الثامنة عشرة، إلا تدابير الحماية أو التهذيب).

ومما يؤكد هذا الاتجاه وتطبيقا لنصوص القانون فإن أحكام المحاكم تتوافق مع هذا الاتجاه من عدم تجريم الشخص جنائيا إلا بعد بلوغه الثامنة عشرة من عمره ، ومن ذلك ما أصدرته الدائرة الجزائرية بالمحكمة العليا بالجمهورية اليمنية بأمانة العاصمة صنعاء بتاريخ ١٩/١٢٢/٢٠١٤م حيث جاء في بيان حكمها ما يلي: (وحيث أن محكمة الاستئناف استقلت بتقدير سن المتهم على غير الوجه الذي يتطلبه القانون ولم تبين المحكمة أسباب طرحها لتقرير الطبيين الشرعيين اللذين قررا عند إجراء الفحص على المتهم بعد القبض عليه أنه لم يكمل الثامنة عشرة من عمره كما أن المحكمة الابتدائية ذكرت في أسباب حكمها أن المتهم حال ارتكاب الجريمة قبل سنة من تاريخ تقدير سنه بواسطة الطبيين الشرعيين كان عمره ستة عشرة سنة وذلك مما تطمئن إليه النفس كون التقدير صادر من طبيين شرعيين وذلك يتوافق مع ما أبرزه المتهم من شهادات الميلاد والدراسة وهذا لما كانت المادة ٣١ عقوبات قد نصت على انه اذا كان مرتكب الجريمة قد اتم الخامسة عشرة ولم يبلغ الثامنة عشرة حكم عليه بما لا يتجاوز نصف الحد الأقصى للعقوبة واذا كانت العقوبة هي الإعدام حكم عليه بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات فإنه من المتعين نقض الحكم وإعادة لمحكمة الاستئناف لنظر الاستئناف بتشكيل جديد)

المبحث الثالث

مقارنة بين الشريعة والقانون

من خلال ما سبق نجد أن هناك اختلافا واضحا في هذه المسألة ما بين الشريعة والقانون يظهر في كون الشريعة تعتبر بالعلامات الشرعية للبلوغ والتي من ضمنها السن الذي لا يلجأ إليه إلا عند انعدام العلامات الطبيعية الأخرى كالاختلام والحيض والحبل ، أما في حالة وجود علامة شرعية كالاختلام مثلا في وقت إمكانها وفي السن المعترف فيه ظهورها فإن العبرة بها ويتم التعامل مع الشخص باعتبار أنه بالغ بلوغا كاملا ويحاسب على أعاليه محاسبة الكبار حتى من الناحية الجنائية فيقام عليه الحد ويقتص منه ويؤخذ على تصرفاته المدنية والجنائية الصادرة منه وعليه . أما القوانين العربية فقد لاحظنا أنها لم تلتفت للعلامات الشرعية في موادها القانونية المتعلقة بالمسؤولية الجنائية وعلقت البلوغ الكامل والمحاسبة فقط على بلوغ الطفل سنا معينة جعلتها كل القوانين سن الثامنة عشرة .

ورغم أن السن علامة شرعية معتبرة يمكن الاعتماد عليها في البلوغ شرعا وقانونا إلا أن الخلاف يظهر بين الشريعة والقانون في عدم اعتماد القانون على العلامات الشرعية حال وجودها، والاقتصار في المسؤولية الجنائية على السن فقط حيث تم اختيار القول القائل بأن السن ١٨ هو سن البلوغ موافقا لمذهب الحنفية في ذلك.

ولا نرى أن هذه القوانين تنطلق في قولها هذا من تقليدها لقول أبي حنيفة في سن الثامنة عشرة وذلك لعدم تعرضها مطلقا للعلامات الشرعية التي يقرها أبو حنيفة حدا للبلوغ قبل السن حيث لا يجعل السن علامة للبلوغ إلا في حالة عدم وجود أي علامة قبله من علامات البلوغ الشرعية بل نعتقد أن القوانين العربية في أخذها بسن الثامنة عشرة مع أنه ليس القول الراجح في مجمل المذاهب الفقهية إذ يقول الجمهور إن سن البلوغ هو سن الخامسة عشرة كما بينا منطلقة في ذلك من القوانين الدولية التي تعرف الطفل بأنه من لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره وتجعل كل من هو دون ذلك طفلا ناقص المسؤولية لا يجوز إقامة العقوبة البدنية عليه من قصاص أو حدود .
ونعيب على شراح القوانين العربية وخصوصا من له إلمام بالشريعة الإسلامية وفقهها عدم تعرضهم لهذه المسألة ونقدها حيث كان الأخرى بهم أن يذكروا أن البلوغ بالسن ١٨ لا يكون قولاً عن فقهاء المسلمين إلا بعد انعدام أي علامة من علامات البلوغ الشرعية.

وللأمانة فلم أر من خلال بحثي للمراجع واطلاعي عليها من تعرض لهذا بصورة واضحة سوى الدكتور عودة في كتابه التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي حيث قال (وإذا كان البلوغ بالاحتلام فإن بلوغ الغلام يعرف بالاحتلام والإحبال والإنزال، وبلوغ الجارية يعرف بالحيض والاحتلام والحبل، ولما كانت هذه العلامات قد تتقدم وقد تتأخر فقد رئي أن تتحدد البلوغ بالسن، فحدده أغلب الفقهاء بخمسة عشر عاماً للغلام والجارية جميعاً، وحجتهم أن المؤثر في الحقيقة هو العقل وهو الأصل في المسؤولية وبه قوام الأحكام، وإنما جعل الاحتلام حداً للبلوغ شرعاً لكون الاحتلام دليلاً على كمال العقل، والاحتلام لا يتأخر عادة عن خمس عشرة سنة، فإذا لم يحتلم الإنسان حتى هذه السن فذلك يرجع لأفة في خلقته، والأفة في الخلقة لا توجد أفة في العقل، فكان العقل دائماً بلا أفة ووجب اعتبار الشخص بالغا تلزمه الأحكام)^(١)

ويلاحظ أنه ذكر العلامات الشرعية في الفقه وبين أنها سبب للبلوغ إلا أنه رأى عدم انضباطها ولذلك برر التحول المطلق إلى السن فقط وعدم الاعتبار بالعلامات الشرعية .

(١) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، دار الكاتب العربي، بيروت ، ج ١ ص

ونرى أن قوله بعدم انضباط العلامات الشرعية ليس وجيها وهي حجة من حجج عدة يبرر بها بعض المتحدثين بالقانون عدم الاعتبار مطلقا بالعلامات الشرعية وسنتعرض لها حجة حجج ونحاول أن نفندها ونرد عليها .

حجج عدم المعتبرين بالعلامات الشرعية

أورد بعض الباحثين عددا من الحجج والشبهات التي جعلوها منطلقا لعدم الأخذ بالعلامات الشرعية في البلوغ والمسئولية الجنائية يمكن سردها كالآتي :

أولا: العلامات الشرعية للبلوغ غير منضبطة:

يحتج من لم يأخذ باعتبار العلامات الشرعية للبلوغ كونها غير منضبطة ، وذلك لأنها تختلف من شخص لآخر ومن بيئة لأخرى وقد تعتمد أحيانا على مستوى التغذية الجيد والطعام المناسب، فترى مثلا أصحاب المناطق الباردة يختلف بلوغهم بالعلامات الشرعية عن المناطق الحارة، وكذلك المناطق الصحراوية عن المناطق الساحلية، كما نلاحظ اختلافا في بلوغ الاحتمام مثلا عند بعض الناس عن بعضهم الآخر رغم تساوي بنية أجسادهم، وإذا كان هذا حال هذه العلامات فكيف نعتبر بها حيث ستكون النتيجة اختلافا في الأحكام والأقضية في النوع الواحد من الدعاوى ، ولا يمكن بحال أن يختلف الحكم في قضية واحدة باختلاف الأشخاص فيها وحالة بلوغهم بالعلامات الشرعية فاقضى ذلك عدم الاعتبار بها .

ويمكننا أن نجيب عن هذه الحجة بعدم التسليم حيث أن الاختلافات التي تطرأ على العلامات الشرعية في وجودها في الأطفال ليست راجعة لعدم انضباطها وإنما ترجع إلى طبيعة العلامات الشرعية للبلوغ حيث تدل عند وجودها على البلوغ وعند انعدامها على انعدامه، بمعنى أن الله سبحانه وتعالى جعل العلامة الشرعية دالة عند توفرها على كمال عقل الانسان وتحقق مسئولية الجنائية ، ولذلك ننظر لها في كل شخص بحالة منفردة فبي في الأصل منضبطة لأنها تحكم على الأفراد وتوجد فيهم ، فالأمر أصلا يتعلق بوجودها أو عدم وجودها ومن الطبيعي أن تختلف من شخص لآخر وهو ما يؤدي بنا للتفريق أصلا بين الاشخاص من حيث كونهم الغين أم لا .

يضاف إلى ذلك أنه في حالة عدم توفر العلامات الشرعية الطبيعية فإن الشارع قد جعل لنا حدا معيناً من السن يمكن الاعتبار به والوقوف عليه ولا بأس أن يكون السن هو الثامنة عشرة لتوافقها أصلا من قول في الفقه الإسلامي .

ثانيا : صعوبة إثباتها

يذهب البعض إلى أن العلامات الشرعية للبلوغ قد يصعب إثباتها إذ أنها علامات تقوم بالجسم وقد يحصل فيها التزوير وعدم الصدق، ولذلك قد يختلف القضاة في إثباتها مما يؤدي الى اضطراب في

الاحكام وعدم تحقق فيها ، فالاحتلام مثلا قد لا يدركه الطفل ولا يتحدث به ولا يعرف أنه قد بلغ به مرحلة البلوغ ونفس الأمر في الحيض بالنسبة للمرأة فقد تدعي أنه دم مرض وليس حيضا ، مما يستدعي طرح هذه العلامات وعدم اعتبارها وذلك لخطورة ما سيترتب عليها من أحكام فنستلزم قوة السبب حتى نحكم بالمسئولية الجنائية .

والجواب عن هذه الحجة من عدة وجوه : أولها أن دعوى صعوبة الإثبات غير مسلم بها ، حيث يستطيع الطب في هذا الزمان أن يثبت كل ما يتعلق بجسد الإنسان طبيا ويقدم البراهين عليه ، وثاني الوجوه للرد على هذه الحجة هي أن الإنسان لا يمكن أن يثبت ما يقيم دليلا ضده، ولذلك فإن إقراره بالاحتلام قوي وهو ما قرره الفقهاء المسلمون من الزام من ادعى انه قد احتلم بالتكاليف الشرعية وثالث الوجوه أنه يمكن إثبات هذه العلامات كما يتم إثبات السن فحيث اختلفنا في سن الطفل وعمره لجأنا إلى الخبراء في ذلك لتحديد سن البلوغ عنده، وهو ما سنسلكه كذلك لإثبات وجود العلامات الشرعية باليقين أو غلبة الظن، وبهذا يندفع هذا الإشكال وتسقط هذه الحجة.

ثالثا مخالفتها لما عليه المواثيق الدولية

يصرح البعض أن الدول المسلمة اليوم صارت ضمن منظومة عالمية وتخضع لمواثيق واتفاقيات دولية تحدد هذه المواثيق بعضا من المفاهيم والمصطلحات وتلزم الدول باتباعها تبعا لانضمامها للمجتمع الدولي، وقد تتعرض الدول المخالفة لها لهجمات واتهامات بمخالفة العدالة والمجتمع الدولي وحقوق الانسان .

وتعد فكرة الطفل وحمايته ومعاملته بما يتناسب مع ضعفه أحد المواضيع الأساسية التي يعمل عليها من يتوجه هذا الاتجاه وينعى هذا المنعى حيث تقرر المواثيق الدولية أن الطفل هو من لم يتعد عمره الثامنة عشرة ولذلك تمنع إقامة العقوبة البدني عليه باعتبار انه لا ال حدثا ولا تملك الدول هنا الا اتباع النظام الدولي والا اتهمت بمخالفة حقوق الإنسان وغيرها من التهم الجاهزة التي تقيد حرية الدول في اتباع ما تؤمن به في نظامها الداخلي .

ويمكن الرد عن هذه الحجة بأنه قد حان الأوان للاعتا بترائنا الإسلامي وفقهنا المستمد من الشريعة الإسلامية، وخصوصا في مثل هذه المسائل التي تتوافق مع العدالة ، وتتلائم مع الفطرة فكون الطفل قد بلغ مبلغا يكون فيه مدركا لما يفعل فاهما لما يتصرف فما المانع من معاملته معاملة الكبار ومعاقبته معاقبة البالغين؟.

ونشير هنا إلى أن هناك الكثير من البحوث والدراسات تدعوا الى تعديل السن القانوني الجنائي وتخفيضه إلى أدنى من الثامنة عشرة حيث انتشرت جرائم القتل وتهرب القتل من العقوبة بحجة أنهم أحداث صغار، فكيف بشخص قد بلغ السابعة عشرة من عمره قوي البنية كامل الإدراك، يقدم على

جريمة القتل ثم لا نحاسبه محاسبة الكبار؟

إن متابعة المجتمع الدولي في كل ما يمليه علينا ليس جيدا خصوصا عندما يكون لدينا البديل الأفضل فشريعتنا فيها ما يكفيها و نعتقد جازمين اننا لسنا في حاجة لتشريعات تملى علينا وخصوصا عندما تتعارض مع شريعتنا ومبادئنا .

ولذلك نرى أنه لا حاجة عندئذ لتقليد هذا الاتجاه بل نستطيع ان نقدم بديلا يضمن لنا المحافظة على حقوق الإنسان وذلك من خلال فحص كل جريمة قتل على حدة فنستعرض القاتل وتاريخه ومبرراته للقتل وعندئذ نستطيع أن نحكم عليه بما يتناسب مع قدرته على الإقدام على هذه الجريمة ، فلو وجدناه مصرا عامدا عارفا بالجريمة وما يترتب بها فينبغي معاقبته بالعقوبة الكاملة مادام أنه قد بلغ بعلمه شرعية وإن لم يبلغ سن الثامنة عشرة، وإن وجدناه أقرب إلى عدم الإدراك او لم يع بعد خطورة ما أقدم عليه بحيث يكون أقرب إلى الجنون أو الصبا فعندئذ يمكن مراعاة حالته وتخفيف عقوبته .

الخاتمة

في ختام البحث يمكن تلخيص ما توصل إليه الباحث في النقاط الآتية :

أولا النتائج:

- ١) البلوغ هو حالة يكتمل فيها عقل الإنسان وإدراكه، ويصل به الى مرحلة يدرك فيها ما يفعل ويعي ما يترتب على فعله .
- ٢) للبلوغ علامات شرعية مختلف فيها وعلامات متفق عليها، بين الفقهاء المسلمين.
- ٣) تتفق الشريعة الإسلامية مع القوانين في اعتبار بلوغ الإنسان سنا معينة دليل لبلوغه وتحمله المسؤولية الجنائية .
- ٤) تعدد الشريعة الإسلامية بوجود العلامات الشرعية للبلوغ وترتب عليها آثار المسؤولية الجنائية الكاملة.
- ٥) تختلف الشريعة الإسلامية مع القانون في كونها لا تعتد بالسن إلا في حالة عدم وجود علامة من العلامات الشرعية التي يمكن حصولها قبل السن المقررة، بينما لا ينظر القانون مطلقا للعلامات الشرعية ويعتد فقط بالسن الذي أخذ فيه بقول الحنفية الذين قالوا بسن الثامنة عشرة .
- ٦) يمكن التوفيق بين الشريعة الإسلامية والقانون بالنص على أن تدرس كل حالة من حالات الجرائم على حدة لتقرير مدى بلوغ الشخص حالة الإدراك الكامل والوعي الكافي لتحمله المسؤولية الجنائية.

ثانيا : التوصيات



- (١) يوصي الباحث زملاءه الباحثين بدراسة أحكام المسؤولية الجنائية بكل مراتبها ومقارنتها بين الشريعة والقانون.
- (٢) يوصي الباحث المشرعين بإعادة النظر في مسألة مسؤولية الصغير البالغ بالعلامات الشريعة المتفق عليها بين الفقهاء وذلك من خلال تشريع قوانين تتناسب مع العلاقة بين السن والعلامات الشرعية للبلوغ.
- (٣) يوصي الباحث القضاة والأطباء والمحققين الجنائيين بأن تدرس كل حالة من حالات الجرائم على حدة لتقرير مدى بلوغ الشخص حالة الإدراك الكامل والوعي الكافي لتحمله المسؤولية الجنائية.

المراجع

- (١) القرآن الكريم
- (٢) أحمد بن فارس الرازي، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، ١٩٧٩م
- (٣) ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة نشر
- (٤) ابن عابدين، الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر-بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م
- (٥) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الناشر: دار المعرفة - بيروت دون سنة نشر
- (٦) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، حديث رقم ٦٥٥
- (٧) أبو داؤود، سنن أبي داود، دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م حديث رقم ٤٤٠٤، ج ٦ ص ٤٥٦
- (٨) أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، دار الفكر. بيروت دون سنة نشر
- (٩) البخاري، الجامع الصحيح المختصر، دار ابن كثير، اليمامة - بيروت الطبعة الثالثة، ١٤٠٧ - ١٩٨٧
- (١٠) بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م
- (١١) الهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، دون سنة طبع
- (١٢) الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م
- (١٣) الحطاب الرعييني، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، دار عالم الكتب، طبعة خاصة ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م

- ١٤) الخطيب الشربيني الشافعي ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ- ١٩٩٤م
- ١٥) زين الدين الحنفي الرازي ، مختار الصحاح، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا الطبعة الخامسة، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م
- ١٦) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، دار الكاتب العربي، بيروت
- ١٧) عبد الرزاق الصنعاني ، مصنف عبدالرزاق ، المجلس العلمي- الهند، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ
- ١٨) الفيروزبادي ، القاموس المحيط ، مؤسسة الرسالة ، بيروت - لبنان، الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م
- ١٩) الكاساني الحنفي. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية ، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م،
- ٢٠) محمد الأمير المالكي ، ضوء الشموع شرح المجموع ، دار يوسف بن تاشفين - مكتبة الإمام مالك [موريتانيا - نواكشوط]
- الطبعة: الأولى، ١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م
- ٢١) مرتضى الزبيدي تاج العروس من جواهر القاموس دار الفكر - بيروت، الطبعة: الأولى ١٤١٤هـ/
- ٢٢) موفق الدين بن قدامة ، المغني ، الناشر: مكتبة القاهرة، بدون طبعة ، ١٣٨٨هـ- ١٩٦٨م
- ٢٣) الموسوعة الفقهية الكويتية ، صادر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت ، الطبعة: (من ١٤٠٤ - ١٤٢٧ هـ ، ، دارالسلاسل - الكويت ، مطابع دار الصفوة - مصر ، ..الأجزاء ٣٩ - ٤٥: الطبعة الثانية، طبع الوزارة
- ٢٤) محمود شمس الدين الخزاعي، ضوابط البلوغ عند الفقهاء ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م
- ٢٥) النووي ، المجموع شرح المهذب، دار الفكر دون سنة نشر
- ٢٦) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وادلتة ، دار الفكر - سورّيّة - دمشق، الطبعة: الرَّابِعة

التعاقد بالعربون في الفقه والقانون
دراسة مقارنة
القاضي الدكتور/ سعيد رمضان سعيد بلوعل

**Contracting to the deposit in jurisprudence and law
A comparison study
Prepared by the judge, Dr. Saeed Ramadan Saeed Balawal**

المستخلص

التعاقد بالعربون من المعاملات القديمة والتي لازال الناس يتعاملون بها الى وقتنا الراهن، واختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مشروعيتها بين مجوز ومانع، ويرجع سبب الخلاف في النصوص الواردة، وبقاء الناس في التعامل به، ومع وجود هذا الاختلاف في الفقه الإسلامي نجد أن القوانين في الدول العربية قد اختلفت في الاخذ به، فنجد ان القانون اليمني يمنع، لكن الغالب من قوانين الدول العربية قد أجازت هذه المعاملة للحاجة اليها، مثل: القانون الجزائري والمصري وغيرهما، مقدمان المصلحة والحاجة اليها. والتعاقد بالعربون يدخل في كافة العقود الملزمة من الجانبين وليس منحصرأ في عقد البيع، وله دلالتان عند فقهاء القانون: دلالة التأكيد ودلالة العدول، أما عند فقهاء الشريعة الإسلامية فدلالة العربون تعني الخسارة لقيمته إذا ما أراد إنهاء العقد، وله خصائص تميزه عن غيره من المعاملات كالشرط الجزائري مثلا حيث أن الأخير ما هو الا تعويض يتفق الطرفان على تحديد مقداره، كما انه لا يمنع من نافذ العقد، وللقاضي تخفيض مقدار الشرط او زيادته بخلاف العربون فليس للقاضي ذلك. واختلف في تكيف العربون فهل هو عقد معلق على شرط؟ أم أنه بدل في التزام بدلي؟ أم أنه عقد يتضمن اتفاقين متميزين؟ ومن خلال هذه الدراسة فقد توصل الباحث الى عدد من النتائج والتوصيات من اهم تلك التوصيات أنه يوصي المقنن اليمني من تعديل النص الذي يمنع، للحاجة، وللمصلحة.

Abstract

The contracting with the deposit is one of the ancient transactions that people are still dealing with to our time, and jurists Islamic law differed in its legitimacy between permissive and deterrent and the reason for the disagreement is due to the texts received, as people remain in dealing with them, we find that the laws in the Arab countries have differed in their adoption, so we find that the Yemeni law prohibits this, but we find that the majority from the laws of Arab countries may leave this treatment for the need, such as Algerian, Egyptian and others. Submit interest and the need for it. And contracting with the deposit is included in all binding contracts from both sides, and it is not limited to the contract of sale only. It has two indication of law jurists: the significance of affirmation and significance of justice. As for the jurists of Islamic law the deposit indicates the loss of its value if it wants to terminate the contract, and the deposit has characteristics that distinguish it from other dealings as a penalty condition is an example, as the latter is only compensation the two parties agree to determine the amount it also does not prevent the implementation of the contract, and the judge may reduce or increase the amount of the condition, unlike the deposit the judge does not has that. It has also differed in the adaptation of the deposit. Is it a suspended contract on a condition? Or is it instead of in commitment of substitute? Or is it a contract that includes two distinguished agreements? Through this study, the researcher reached a number of results and recommendations are among the most important of these recommendations that he recommends the Yemeni legalize amendment of the text that prevents this dealing to its permissibility for the need for it and the interest.

مقدمة

الحمد لله الذي أوثق العقود بالعهود، وجعل ذلك مقصدا شرعيا محمودا، والصلاة والسلام على سيدنا محمد صاحب الولاء والمقام المحمود وعلى آله وصحبه الركع السجود. أما بعد.

إن التعاقد لكي يتم في صورته النهائية لا بد من تعبير كل من المتعاقدين عن إرادته في إتمام التعاقد، والمقصود بالإرادة هنا الإرادة التي تتجه لإحداث أثر قانوني معين، فيصدر إيجاب يليه قبول مطابق له.

وحتى يصبح الإيجاب باتا لا بد أن يخرج من دور المفاوضات والتعليق وهي أدوار لا بد منها في التعاقد، مع إلزامية أن يقصد صاحبه به إيجاد أثر قانوني جدي. ولا بد أيضا أن يقابل هذا الإيجاب قبول صادر من الطرف الآخر، فإذا توافقت الإرادتان وتتطابق الإيجاب والقبول وفقا لما سبق ولما هو معروف في نظرية العقد فإن التعاقد يأخذ صورته النهائية ويصبح باتا.

لكن قد يسبق مرحلة التعاقد النهائي، مرحلة تمهيدية تؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى المرحلة النهائية، ومن أبرز الصور العملية لهذه المرحلة التمهيدية التعاقد بالعربون. فالتعاقد بالعربون مرحلة لم يأخذ فيها التعاقد صورته النهائية، إذ أن لكل طرف من أطراف التعاقد من حقه أن يعدل عن العقد في الفترة المحددة لذلك، وبالتالي يصبح التعاقد كأن لم يكن. وقد لا يعدل الطرفان فيصبح العقد نهائيا.

والحياة الاقتصادية المعاصرة تتطلب عنصرين مهمين: السرعة في التعامل، والتوثيق، وقد اصطلح الناس من أجل تحقق هذين العنصرين ليطمئن الناس ببيع العربون.

ونجد أن بيع العربون كثر حوله الخلاف من حيث مشروعيته ومدى صحة هذه المعاملة، ونظرا للأهمية القصوى للعربون باعتباره يدخل ضمن المعاملات اليومية رغم حداثة تقنيته، وعدم تناوله من قبل الفقهاء بالبحث والتحليل وقلة قرارات المحكمة العليا بخصوصه وعدم نشرها وواجبنا كقضاة ملزمين بالفصل في النزاعات التي ستطرح بخصوص أحكامه، كل هذه الأسباب دعيتي لتناول موضوع العربون بالدراسة في ظل التشريع اليمني على ضوء الشريعة الإسلامية والتشريعات المقارنة.

سبب اختيار الموضوع:

نظرا لأهمية الموضوع في الحياة العملية، حيث إن المعاملة بالعربون مازال الناس يتعاملون بها وقد كثرت خلافات الفقهاء في تلك المعاملة؛ ولذا لزم بيان حكم هذه المعاملة، كذلك قلة الكتابات في الموضوع.

أهمية الدارسة:

تكمن أهمية الدارسة في كون هذه المعاملة مهمة في الواقع العملي حيث لا زال الناس يتعاملون بها، وكثرت الأسئلة حولها من حيث المشروعية وكذلك أحكامها في مجال الفقه الإسلامي والقانون اليمني.

مشكلة الدارسة:

إن مشكلة الدارسة تكمن في كثرة المعاملة التعاقد بالعربون في الواقع، وعدم وضوح التشريع القانوني بخصوصها؛ مما يقتضي معه الإجابة عن التساؤلات التالية:

ما هو العربون؟ وما المقصود من الإشارة إليه في العقد؟ أي ماهي دلالاته؟

ما هي الأحكام القانونية التي تحكمه؟ وما هو التكييف القانوني للاتفاق عليه، أو التعاقد به؟

منهجية البحث:

سلك الباحث في منهجية البحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن للنصوص.

هيكل الدارسة:

المبحث الأول: ماهية العربون

المطلب الأول: تعريف العربون .

المطلب الثاني: تحديد دلالة العربون .

المبحث الثاني: أحكام العربون

المطلب الأول: أحكام العربون في الفقه الاسلامي.

المطلب الثاني: احكام العربون في القانون.

الخاتمة

النتائج والتوصيات

المبحث الأول ماهية العربيون

تمهيد:

نصت جل التشريعات ومنها التشريع اليمني على العربيون ضمن أحكام القانون المدني، إلا أنها لم تهتم بتحديد مفهومه تاركة ذلك للفقه، في حين ركزت على تحديد دلالاته أي وظيفته، وأحكامه. مع مراعاة أن القانون اليمني قد عرف العربيون كما سيأتي معنا.

إن تحديد ماهية العربيون يقتضي عرض مختلف الآراء الفقهية التي عرفته، ومعرفة معايير تحديد دلالاته، وأخيراً تمييزه عما يشابهه كالشرط الجزائي، وخيار الشرط، إلا أنه لكي يتم التمييز على أحسن وجه وحتى تقوم التفرقة على أساس علمي سليم فلا بد من معرفة الأحكام القانونية للعربون، والتي ستكون من خلال دراسة أحكام العربيون في المبحث الثاني.

بناء على ما تقدم سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين: في المطلب الأول أتناول فيه تعريف العربيون لغة، واصطلاحاً، وفي المطلب الثاني تحديد دلالة العربيون.

المطلب الأول: تعريف العربيون:

أولاً: تعريف العربيون لغة:

جاء في لسان العرب: "العربون، و العربيون، و العربان: الذي تسميه العامة الأريون، تقول منه عربنته إذا أعطيته لك، ويقال رمى فلان بالعربون إذا سلج."^(١)

وفي القاموس المحيط: "والعربان و العربيون بضمهما، و العربيون محرّكة و تبدل عينهن همزة، ما عقد به المبايعة من الثمن."^(٢)

وجاء في الصحاح: "أنه عند العامة بلفظ أريون، و هو عند العامة في بلاد الشام رعبون بتقديم الراء على العين دون حذفها، يقال أعرّب عن بيعه، و عرب، و عربن إذا أعطى العربيون."^(٣)

أما في تاج العروس فقد جاء: "إن للعربون ثمان لغات هي الإعراب، و العربان كعثمان، و العربيون بضمهما، و العربيون محرّكة العين، و الأريون بإبدال العين، و الربون بحذف العين، و العربيون بفتح

١- أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور: لسان العرب - دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان الطبعة الأولى ١٩٩٦م، الجزء ٩ ص ١١٩.

٢- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي: القاموس المحيط، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى ١٩٩١م، الجزء الأول ص ٢٥٣.

٣- إسماعيل بن حماد الجوهري: الصحاح، دار العلم، بيروت الطبعة الثالثة ١٩٨٤ الجزء السادس، ص ٢١٦٤.

فسكون فضم، و ذكر لغة تاسعة حكاها ابن عديس قال أهل الحجاز يقولون أخذ مني عربان بضمين وتشديد الباء. ^(١).

وما نستنتجه من كل هذه التعاريف أنه لا توجد لغة واحدة للعربون، وكلها صحيحة و دارج استعمالها في البلدان العربية، أما في اليمن فإننا نستعمل لغتين: العربون بضم العين، والعربون بفتح العين.

ثانياً: العربون في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية:

١-تعريف العربون عند الحنفية:

(بيع العربان ويقال الأربان وهو أن يشتري الرجل السلعة فيدفع إلى البائع دراهم على أنه إن أخذ السلعة كانت تلك الدراهم من الثمن وإن لم يأخذها فيسترد الدراهم)^(٢)

٢-تعريف العربون عند المالكية:

قال الإمام مالك في الموطأ: « و العربان: أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة، أو يتكاري الدابة، ثم يقول للذي اشترى منه أو تكارى منه: أعطيك ديناراً، أو درهماً أو أكثر من ذلك أو أقل على أني إن أخذت السلعة أو ركبت ما تكاريت منك فالذي أعطيتك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة، وإن تركت ابتياع السلعة، أو كراء الدابة فما أعطيته لك.»^(٣)

و جاء في الشرح الكبير: ” وكبيع العربان اسم مفرد، ويقال أربان بضم أول كل، و عربون، و أربون بضم أولهما، و فتحه و هو أن يشتري أو يكتري السلعة، و يعطيه أي يعطي المشتري للبائع شيئاً من الثمن على أنه أي المشتري إن كره البيع لم يعد إليه ما أعطاه، و إن أحبه حاسبه به من الثمن أو تركه مجاناً.”^(٤)

٣-تعريف العربون عند الشافعية:

جاء في كتاب الروضة للنووي (العربون، وهو أن يشتري سلعة من غيره ويدفع إليه دراهم، على أنه إن أخذ السلعة، فهي من الثمن، وإلا، فهي للمدفع إليه مجاناً. ويفسر أيضاً بأن يدفع دراهم إلى

١ - محمد مرتضى الزبيدي: تاج العروس، الطبعة الأولى الجزء الثالث، ص ٣٧٢.

٢ - أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السُّعدي: النتف في الفتاوى، المحقق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، الناشر: دار الفرقان / مؤسسة الرسالة - عمان الأردن / بيروت لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٠٤ - ١٩٨٤

٣ - الإمام محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني: شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك دار الكتب العلمية - بيروت الجزء الثالث، ص ٣٢٤.

٤ - محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، مطبعة عيسى البابي الحلبي - سوريا. ١٣٧٣هـ الجزء الثالث، ص ٦٣.

صانع ليعمل له خفا أو خاتما أو ينسج له ثوبا، على أنه إن رضيه، فالمدفع من الثمن، وإلا، فهو للمدفع إليه.^(١)

جاء في عمدة السالك: (العربون، بأن يشتري سلعة ويدفع درهما على أنه إن رضي بالسلعة فالدرهم من الثمن، وإلا فهو للبائع مجانا).^(٢)

٤- تعريف العربون عند الحنابلة:

المغنى والشرح الكبير: "العربون في البيع هو أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع درهما، غيره على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن، وإن لم يأخذها فذلك للبائع."^(٣)

ثالثاً: تعريف العربون في اصطلاح فقهاء القانون:

عرف العربون من طرف الأستاذ السنهوري بأنه: "عبارة عن مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر وقت التعاقد، فإن تم التعاقد حسب المبلغ المدفوع من جملة ما هو متفق عليه، وإذا لم يتم التعاقد خسر من عدل قيمة العربون."^(٤)

وقد عرفه الأستاذ محمد شريف أحمد بأنه: "مبلغ من المال، أو أي شيء مثلي آخر يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت إبرام العقد، إما للتأكيد على أن لكل من الطرفين الحق في العدول عن العقد في مقابل تركه ممن دفعه، أو رده مضاعفا ممن قبضه، وإما للتأكيد على أن العقد الذي أبرماه أصبح باتا لا يجوز الرجوع فيه."^(٥)

وبناء على كل التعاريف السابقة يمكن إيجاد تعريف موحد بينها: "العربون مبلغ من المال، أو أي منقول معين تحدد قيمته في العقد يسلمه أحد المتعاقدين للآخر وقت إبرام العقد، إما للدلالة على

١ - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ): روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م، عدد الأجزاء: ١٢، (٣/٣٩٩).

٢ - أحمد بن لؤلؤ بن عبد الله الرومي، أبو العباس، شهاب الدين ابن النقيب الشافعي (المتوفى: ٧٦٩هـ)، عمدة السالك وعدة الناسك: عُني بطبعه ومراجعتيه: خَادِمُ الْعِلْمِ عَبْدُ اللَّهِ بْنِ إِبْرَاهِيمِ الْأَنْصَارِيِّ، الناشر: الشؤون الدينية، قطر، الطبعة: الأولى، ١٩٨٢م، عدد الأجزاء: ١، (١/١٥٤).

٣ - الإمامين موفق الدين وشمس الدين ابن قدامة: المغنى والشرح الكبير، دار الفكر لبنان ١٩٩٤ بدون طبعة، الجزء الرابع، ص ٣١٢.

٤ - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني (الجزء الأول مصادر الالتزام) دار إحياء التراث العربي - بيروت، بدون طبعة، ص ٢٥٩.

٥ - محمد شريف أحمد: مصادر الالتزام في القانون المدني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع لبنان، ١٩٩٩ بدون طبعة، ص ٦٦.

أحقية كل منهما في العدول أو للدلالة على نهائيته و البت فيه، وتأكيده بالبدء في تنفيذه، ودفع جزء من الثمن. ^(١)

ومن خلال هذا التعريف يمكن أن نستخلص بعض خصائص العربون:

١- قد يكون العربون منقولاً، كسيارة مثلاً، إذ ليس هناك نص يحصر العربون في مبلغ نقدي، وإن كان جرى العرف على أن يكون مبلغاً من النقود.

٢- الغرض من تحديد قيمة المنقول في العقد هو درأ الخلاف بين الطرفين حول قيمة العربون إذا كان العدول ممن قبضه، حين يرد المنقول عينه و قيمته المقدرة في العقد.

٣- يمكن أن يصاحب العربون أي عقد إذ أن أحكامه عامة تصدق على سائر العقود، و لكن شاع استعماله في عقدي البيع، و الإيجار.

٤- يجب أن يدفع العربون وقت التعاقد؛ لأنه إن دفع بعد ذلك اعتبر تنفيذا جزئياً للعقد.

٥- لا يكون العربون إلا في العقود الملزمة للجانبين ^(١) باعتباره وسيلة لنقض العقد، فإذا كان في عقد ملزم لجانب واحد كالوعد بالبيع ^(٢) فلا يفيد خيار العدول؛ لأن أحد المتعاقدين و هو الموعود له ليس ملزماً ابتداء بتنفيذ الوعد. ومع ذلك يجوز للواعد دفع العربون، واشترط خيار العدول لنفسه إلا أن الموعود له لا يلزم في حالة عدم استيفاء الوعد برد ضعفه.

٦- قد تكون للعربون دلالة تمام العقد والبدء في التنفيذ، وقد تكون له دلالة عدول عن إتمام التعاقد.

٣- تعريف القانون اليمني للعربون:

عرف القانون اليمني العربون في المادة (٥٧٥) على أن العربون جزء من الثمن، كما في نصها (بيع العربون هو أن يدفع المشتري للبائع جزءاً من الثمن في بيع اتفقا عليه يحتسب من الثمن إذا أخذ المشتري المبيع ودفع باقي الثمن سواء عين وقت لدفع الباقي أم لم يعين).

المطلب الثاني: دلالة العربون (وظيفته)

نجد دلالة العربون في القفة القانوني المعاصر هو أن يدفع أحد المتعاقدين مالياً للآخر عند إبرام العقد على ذمة تنفيذ العقد أو علامة على إتمام التعاقد، فالعربون قد تكون له دلالة تمام العقد، والبدء في التنفيذ، كما لو باع شخص لآخر شيئاً فإنه قد يدفع من ثمنه جزءاً كعربون. وقد تكون للعربون دلالة أخرى هي الرغبة في إتمام التعاقد بحيث إذا عدل المتعاقد عن هذه الرغبة خسر العربون، أو مثله فيصبح العربون جزاءً للعدول عن إتمام التعاقد فإذا باع شخص لآخر شيئاً، واتفقا

١ - عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص ١٤٤.

٢ - رمضان أبو السعود: مرجع سابق، ص ٢٦٢.

على مبلغ كعربون لإتمام العقد النهائي ثم عدل المشتري عن الشراء خسر العربون وإذا عدل البائع عن البيع رد للمشتري العربون ومثله.^(١)

فالعربون إذن له دلالتان، إما دلالة التأكيد، وإما دلالة العدول وتختلف التشريعات في الأخذ بهاتين الدالتين، فتحديد هذه الدلالة هي اتفاق المتعاقدين؛ لأن الأصل في تحديد وظيفة العربون هو إرادة المتعاقدين والحكم القانوني الخاص به مكملاً لإرادتهما فقط وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب نتكلم أولاً لتحديد الدلالة القانونية للعربون، أما الثاني فنخصه لدور الإرادة المشتركة للمتعاقدين في تحديد هذه الدلالة.

أولاً: الدلالة القانونية للعربون:

إن القوانين تختلف فيما بينها في الأخذ بدلالة دون أخرى من دلالات دفع العربون، فمن القوانين ما يعتبر دفع مبلغ العربون بمثابة تأكيد للعقد وبدء لتنفيذه، ومنها ما يعتبره أنه قد دفع بقصد تمكين المتعاقد الذي دفعه من العدول عن العقد.

١- القوانين التي تأخذ بدلالة البت (تأكيد العقد):

إن التشريعات الجرمانية^(٢)، ومعها القانون العراقي^(٣)، والتونسي^(٤) والقانون المغربي^(٥)، تأخذ بدلالة التأكيد والبت، وفي هذه الحالة يعتبر العربون تنفيذاً جزئياً للالتزامات المتعاقد، ولا يجوز لأي من المتعاقدين العدول عن العقد فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه فإن القواعد العامة تجيز للمتعاقد الآخر التمسك بعدم التنفيذ، أو المطالبة بالتنفيذ العيني، أو الفسخ فضلاً عن الحق في التعويض الذي يستقل عن العربون المتفق عليه فقد يزيد، أو ينقص عنه^(٦).

- ١ - عبد الناصر توفيق العطار: مصادر الالتزام، دار الكتاب الحديث القاهرة، بدون طبعة، ص ٤٨
- ٢ - مكي الدين اسماعيل علم الدين: نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية و الشريعة الإسلامية، دار الكتاب الحديث القاهرة، بدون طبعة، البند ١٣٦
- ٣ - المادة ٩٢ من القانون المدني العراقي: « يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه.»
- ٤ - المادة ٣٠٣ من قانون الالتزامات التونسي
- ٥ - ينص الفصل ٢٨٨ من تقنين الالتزامات والعقود المغربي على أن « العربون هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تنفيذ تعهده.»
- ٦ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان: النظرية العامة للالتزام (العقد والإرادة المنفردة في الفقه وقضاء النقض المصري والفرنسي) منشأة المعارف مصر، سنة ٢٠٠٤، بدون طبعة، ص ٦٨.

٢- القوانين التي تأخذ بدلالة العدول:

التشريعات اللاتينية ومنها القانون الفرنسي^(١)، ومعها القانون الجزائري^(٢)، و المصري^(٣)، و السوري^(٤)، و الليبي^(٥)، و الأردني^(٦)، تأخذ بدلالة العدول.

ويفهم من ذلك أن العدول في هذه الحالة استعمال لحق ناشئ عن العقد، والعربون مقابل لاستعماله وليس إخلالا بالالتزام ليكون العربون شرطا جزائيا يجب لاستحقاقه وقوع ضرر^(٧). كما أن العربون دليل للعدول لوقت معين، فلا يجوز العدول بعد انقضاء هذا الوقت، أما إذا لم يعين وقت لجواز العدول فيجوز العدول إلى وقت التنفيذ؛ لأنه ليس من المنطقي أن يترك استعمال حق العدول دون تقييده بوقت معين.

والعدول هنا معناه تعبير المتعاقد عن رغبته في عدم تنفيذ الالتزام دون الغوص في مبررات هذا العدول؛ لأنه حق إرادي يمكن صاحبه من التحلل من العقد بإرادة واحدة، حيث يتم الاتفاق مقدماً بين الطرفين على منح هذا الحق لأحدهما، أو لكليهما فيقوم بالخيار بين استعماله، أو عدم استعماله خلال المدة المحددة. فالحق المنبثق عن العربون حق إرادي يعتمد على إرادة صاحبه بحيث تكون له مكنة القضاء على العلاقة التعاقدية بمقتضى تصرف انفرادي، دون أن يكون للطرف الآخر المعارضة في ذلك ولا يكون لإرادته في رفض ذلك أي أثر قانوني.

٣- دلالة العربون في القانون اليمني:

نجد أن دلالة العربون في القانون اليمني هي تلك الدلالة التي تعرضت لها المذاهب الإسلامية، وهي ما إذا اشترى شخص شيئاً، ودفع عربوناً واشترط أنه إذا اختار البيع كان العربون جزءاً من الثمن، وإن لم يشتر السلعة بقي العربون حقاً للبايع لا يردده للمشتري.

ثانياً: دور الإرادة المشتركة للمتعاقدين في تحديد هذه الدلالة:

نجد أن دور الإرادة المشتركة للمتعاقدين في تحديد دلالة العربون، حيث إن دفع العربون يفيد الحق في خيار العدول عن العقد الذي أبرمه الطرفان، وهذه تعد قرينة بسيطة قابلة لإثبات عكسها

١- المادة ١٥٩٠ من القانون المدني

٢- المادة ٧٢ مكرر من القانون المدني.

٣- المادة ١٠٣ من القانون المدني المصري.

٤- المادة ١٠٤ مدني سوري.

٥- المادة ١٠٣ مدني ليبي

٦- المادة ١٠٧ مدني اردني.

٧- راجع السهوري: مرجع سابق، الجزء الأول، ص ٢٧٧

بإقامة الدليل على اتجاه إرادة المتعاقدين الصريحة، أو الضمنية التي تتضح من ظروف التعاقد إلى غير ذلك بكافة طرق الإثبات كأن يثبت القاضي أن مبلغ العربون كبير مما يحمله على تفسيره بأن هذا المبلغ إنما دفع ليكون جزءاً من الثمن، وما كان الطرفان ليقصدا من ورائه أن يكون لإثبات خيار العدول.^(١)

فإن تحديد دلالة العربون مرده الإرادة المشتركة لكلا المتعاقدين فقد يعتبر المتعاقد أن دفعه لمبلغ العربون لكي يثبت له الحق في العدول ومقابل ذلك فهو يترك الجزء المدفوع كعربون للمتعاقد الآخر فهو بمثابة ثمن دفعه للعدول. وقد يكون قصد المتعاقد من دفع مبلغ العربون لضمان تنفيذه وإظهار النية المؤكدة أمام المتعاقد الآخر، وهنا يعتبر العربون جزءاً من تنفيذ العقد، وبالتالي لا يحق لأحد المتعاقدين أن يعدل عن تنفيذ العقد وإلا ترتبت مسؤوليته العقدية، وللقاضي السلطة التقديرية في الوصول إلى النية الحقيقية للمتعاقد هل قصدا بالعربون دلالة بت أو دلالة عدول في حالة غياب الاتفاق الصريح للمتعاقدين سواء تضمن ذلك العقد الأصلي، أو كان في عقد مستقل، وعليه فالقاضي يستخلص النية الحقيقية للمتعاقدين من ملابسات التعاقد، أو ظروفه، ويشترط أن يبين الأسباب التي من أجلها توصل إلى قناعته في استظهار نية المتعاقدين فإذا لم تتمكن المحكمة من استظهار هذه النية سواء بالاتفاق الصريح، أو الضمني^(٢)

المبحث الثاني

أحكام بيع العربون

بعد التطرق إلى تعريف العربون، و دلالاته نصل إلى المسألة التي يهتم بها أطراف التعاقد وهي: ما مصير هذا العربون الذي تم دفعه سواء في حالة استعمال حق العدول، أو في حالة عدم استعماله؟ يتطلب الجواب التطرق أولاً إلى أحكام العربون في ظل الشريعة الإسلامية والقانون اليمني، مع مقارنة ذلك في التشريعات القانونية الأخرى من منطلق الدلالة التي سبق الحديث عنها.

المطلب أحكام العربون في الفقه الإسلامي:

إن حكم العربون في الفقه الإسلامي يختلف عما رأيناه سابقاً ذلك أن العربون عندما تكون له دلالة تنفيذ العقد يكون أمراً جائزاً في الفقه الإسلامي، فمثلاً إذا باع شخص شيئاً، ودفع من ثمنه جزءاً كعربون دل هذا على تمام تنفيذ العقد، واحتسب العربون من جملة الثمن. لكن العربون الذي تعرضت له المذاهب الإسلامية كانت له دلالة أخرى، فقد كانت صورته ما إذا

١ - راجع السنهوري: مرجع سابق، الجزء الأول، ص ٢٧٧

٢ - السنهوري: الوسيط شرح القانون المدني، مرجع سابق، (٤/١٥٥)

اشترى شخص شيئاً، ودفع عربوناً واشترط أنه إذا اختار البيع كان العربون جزءاً من الثمن، وإن لم يشتر السلعة بقي العربون حقا للبائع لا يردده للمشتري.
لقد اختلف الفقهاء في حكم العربون، فمنعه الجمهور من الحنفية والمالكية، والشافعية، وأجازته الحنابلة.

ويرجع اختلاف الفقهاء إلى تعدد الأحاديث الواردة عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في شأن العربون فمنها ما أجاز العربون ومنها ما أبطله.

وهكذا انقسم الفقه الإسلامي إلى اتجاهين: الاتجاه الأول منع التعاقد بالعربون وهو رأي الجمهور، الاتجاه الثاني أجازته وهو رأي الحنابلة، وسأعرض إلى أدلة كل اتجاه مع مناقشتها لأصل في النهاية إلى ترجيح أحد الرأيين.

أولاً: الرأي الذي يحرمه:

وهو مذهب الأحناف، والمالكية، والشافعية واستدلوا بالكتاب، والسنة، والمعقول.

أ: أدلة هذا الاتجاه:

١ - استدلو بالآية: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ

تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ۝﴾^(١)

وجه الدلالة: عندما تتمعن في هذه الآية نجد أن الله سبحانه وتعالى نهى عن أكل أموال الناس بالباطل أي بغير حق ، ومن أكل المال بالباطل بيع العربان؛ لأنه من باب بيع القمار، والغرر، والمخاطرة، وأكل المال بالباطل بغير عوض، ولا هبة، وذلك باطل بالإجماع.^(٢) قال: ابن جرير حدثني ابن المثنى حدثنا عبد الوهاب حدثنا داود عن عكرمة عن ابن عباس في الرجل يشتري من الرجل الثوب

فيقول إن رضيته أخذته وإلا رددت معه درهما قال هو الذي قال عز وجل فيه ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ۝﴾^(٣) فالعربون على هذا النحو فيه أكل للمال بالباطل؛ لأن المشتري إذا كره السلعة فقد ما دفعه من مال على سبيل العربون فكيف يستحله البائع إذ يكون قد أخذه دون مقابل؟

١ - السورة: النساء، الآية (٢٩)

٢ - الإمام الجليل الحافظ عماد الدين أبو الفداء اسماعيل بن كثير: تفسير القرآن العظيم - مكتبة الدعوة الإسلامية - ١٩٨٠، ج١، ص٤٧٩.

٢- السنة

استدلوا بما رواه أحمد في مسنده، وأبو داود، وابن ماجه، ومالك في الموطأ عن الثقة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « نهى النبي ﷺ عن بيع العربان »^(١)

وجه الدلالة: هذا الحديث صريح في النهي عن التعاقد بالعربون؛ لذلك قال مالك: وتفسير ذلك أن يشتري الرجل، أو المرأة العبد، أو الوليدة الأمة، أو يتكاري الدابة ثم يقول للذي اشتري منه، أو تكاري منه أعطيك دينارا، أو درهما، أو أكثر من ذلك، أو أقل على إني أن أخذت السلعة المبتاعة، أو ركبت ما تكاريت منك، فالذي أعطيتك هو من ثمن السلعة، أو من كراء الدابة، وإن تركت ابتياع السلعة، أو كراء الدابة فما أعطيتك لك، وهو باطل بغير شيء لما فيه الشرط والضرر، وأكل أموال الناس بالباطل فإن وقع فسخ، وإن فات مضى.^(٥)

٣- من المعقول:

واستدلوا من المعقول: بأن العربون منهي عنه؛ لأنه شرط للبائع شيئا بغير عوض فلم يصح كما لو شرطه لأجنبي، ولأنه بمنزلة الخيار المجهول فإن اشترط المشتري أن له رد المبيع من غير ذكر مدة فلم يصح كما لو قال: ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهما وهذا هو القياس. فالعربون على هذا النحو باطل؛ لأن فيه شرطين فاسدين:

الشرط الأول: شرط الهبة

الشرط الثاني: شرط الرد على تقدير أن لا يرضى.

فضلا عما فيه من المخاطرة، وأكل المال بالباطل، وأنه من الميسر، وأن فيه ضررا، وجهالة.^(٢)

ثانيا: الرأي الذي يجيز بيع العربون:

وهو مذهب الإمام أحمد ومحمد ابن سيرين، وفعله عمر بن الخطاب ﷺ، وعن ابن عمر أنه أجازه، وقال ابن المسيب: "لأ بأس إذا كره السلعة أن يردها ويرد معها شيئا، وقال أحمد هذا في معناه."

أ: أدلة هذا الاتجاه

استدل أنصار هذا الاتجاه بما يلي:

١- أخرجه مالك في الموطأ (باب ما جاء في العربان)، وأحمد في مسنده برقم (٦٦٨٤)، وأبو داود في سننه (٣٥٠٢) من طريق مالك بن انس إلا ان الجميع لم يذكر اسم الرواي الذي روى عن مالك غير ابن ماجه في سننه برقم (٢١٩٢)، وفي الحديث عبد الله بن عامر الاسلمي وهو ضعيف. انظر: التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير،: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى ١٤١٩هـ ١٩٨٩م. (٤٤/٣)

٢- ابن قدامة: مرجع سابق، ج ٤، ص ٣١٣.

- ١- ما أخرجه ابن شعبة في مصنفه عن زيد بن أسلم أن رسول الله – صلى الله عليه و سلم - سئل عن العريان في البيع فأحله.^(١)
- ٢- ما رواه البخاري في باب ما يجوز من الاشتراط عن ابن سيرين قال: "قال رجل لكرهه، أرحل ركابك، فإن لم أرحل معك في يوم كذا فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه."^(٢)
- ٣- عن نافع بن عبد الحارث أنه اشترى لعمر دارا للسجن من صفوان بن أمية فإن رضى عمر فالبيع له وإن لم يرضَ فلصفوان أربعمائة.^(٣)
- ٤- قياس العربون على صورة متفق على صحتها وهي أنه لا بأس إذا كره المشتري السلعة أن يردها ويرد معها شيئا حيث قال الإمام أحمد هذا في معناه.^(٤)

ثالثا: الرأي الراجح:

بعد استعراض أدلة الاتجاهين، نستطيع أن نقول بأن ما ذهب إليه أنصار الاتجاه الثاني القائلين بجواز التعاقد بالعربون هو الأولي بالقبول لعدة أسباب منها:

السبب الأول: أن الأحاديث التي استدلت بها أنصار الاتجاهين أحاديث ضعيفة وطالما أن الأمر كذلك فلا بد من البحث عن دليل آخر يقوي حجة أحد الاتجاهين، وقد وجدنا ما يعضد ويقوي حجة أنصار الاتجاه الثاني ألا وهو الأثر المروي عن نافع بن عبد الحارث عندما اشترى دارا للسجن لعمر من صفوان بن أمية بأربعة آلاف فإن رضي عمر كان البيع نافذا، وإن لم يرضَ فلصفوان أربعة مائة درهم، وهي ثابتة سمع بها الصحابة ولم ينكروها فكانت دليل إباحة التعاقد بالعربون.^(٥)

١ - أبو بكر بن أبي شعبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواسي العسبي (المتوفى: ٢٣٥هـ): المصنف في الأحاديث والآثار: المحقق: كمال يوسف الحوت، الناشر: مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٠٩، عدد الأجزاء: ٧، (٧/٥)، برقم (٢٣٢٠٠). الحديث مرسل من مراسيل زيد من اسلم. وفي الحديث هشام بن سعد وقد اختلف فيه فقال يحيى بن معين ليس بشي وقال النسائي: ضعيف، وقال احمد فيه انه ليس بمحكم الحديث، وقال الحاكم اخرج له مسلم في الشواهد، وقال: أبو داؤود اصدق الناس في زيد بن اسلم. انظر: الضعفاء والمتروكون، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (المتوفى: ٥٩٧هـ)، المحقق: عبد الله القاضي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦.

٢ - الإمام البخاري: صحيح البخاري في باب ما يجوز من الاشتراط-دار إحياء التراث العربي، بيروت-سنة ١٤٠٠، الطبعة الأولى، ج ٣، ص ٢٥٩.

٣ - أبو بكر بن أبي شعبة، (٧/٥)، برقم (٢٣١٩٩)، مرجع سابق.

٤ - ابن قدامة: مرجع سابق، ص ٣١٣.

٥ - ومما يقوي هذا الحديث أيضا أن قصة شراء عمر بن الخطاب دارا للسجن بمكة من صفوان بن أمية قد اشتهرت

السبب الثاني: أن هناك صورتين أخريين تقربان من العربون ومع ذلك تصحان دونه في رأي من يقول ببطلانه، أحدهما حالة البيع البات الذي يتلوه تقايل يدفع المشتري في مقابلة شيئاً، والصورة الأخرى عقدان متتاليان في الأول منهما يدفع المشتري إلى البائع قبل البيع درهماً ويقول له لا تبع هذه السلعة لغيري، وإن لم اشترها فالدرهم لك، وفي الثاني يشتريها بعقد مبتدأ ويحسب الدرهم من الثمن، فهذا البيع وهو العقد المبتدأ صحيح لأنه انفصل عن العربون وصار عقداً مستقلاً، فخلا عن الشرط المفسد.

وأصحاب الإتجاه الثاني على حق في تصحيحهم لبيع العربون قياساً على هاتين الصورتين، بل في الصورة الثانية أي صورة العقد المتتاليين عقد العربون، وعقد البيع المبتدأ يصعب فيها القول بأن المشتري إذا كره البيع لم يستحق البائع الدرهم لأنه يأخذه بغير عوض، فالعوض موجود وهو تفويت المشتري على البائع فرصة البيع من شخص آخر ربما كان أفضل سعراً منه.^(١)

السبب الثالث: طالما المشتري اشترط على نفسه فإنه يلتزم بذلك انطلاقاً مما رواه البخاري عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرط"، وما قاله البخاري في باب الشروط في القرض، وقال ابن عمر وعطاء إذا أحله في القرض جاز،^(٢) ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً"^(٣)

والشرط الذي اشترطه المشتري على نفسه في التعاقد بالعربون لا يحل حراماً، ولا يحرم حلالاً فيكون شرطاً مباحاً لهذا قال ابن قيم الجوزية في إعلام الموقعين: "ومن هنا قال الإمام أحمد لا بأس ببيع العربون لأن عمر فعله، وأجاز هذا البيع والشرط فيه مجاهد، ومحمد بن سيرين وزيد بن أسلم، ونافع بن عبد الحارث، وقال أبو عمر وكان زيد بن أسلم يقول أجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم... والمقصود أن للشروط عند الشارع شأناً ليس عند كثير من الفقهاء، فإنهم يلغون شروطاً لم يلغها الشارع، ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فساداً، وهم متناقضون فيما يقبل التعلق بالشروط من العقود وما لا يقبله، فليس لهم ضابط مطرد منعكس يقوم عليه دليل، فالصواب الضابط الشرعي

بين أهل العلم، وبين من كتب في تاريخ مكة مثل: الأزرقي، الفاكهي، وابن شبة، حتى إنها كانت موجودة في عصر الفاكهي وكانت لا تزال سجن مكة. أبو عبد الرحمان عدنان بن علي الأحمدي.

١ - عبد الرزاق السهري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٢، ص ٩٦.

٢ - رواه الترمذي في السنن: برقم (١٣٥٢)، عن عمرو بن عوف المزني، عن النبي صلى الله عليه وسلم، وقال حديث حسن صحيح، ورواه أبو داؤود في سننه، برقم (٣٥٩٤)، من حديث اب هريرة وصححه، وابن ماجه، في سننه: برقم (٢٣٥٣)، وصححه ابن حبان من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

الذي دل عليه النص أن كل شرط خالف حكم الله وكتابه بل الشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله، والالتزام به أوفى من الالتزام بالنذر.^(١)

ويكاد يجمع الاتجاه الجديد إلى الأخذ بجواز التعامل بالعربون لما فيه من مصلحة راجحة، إذ أن عدم اشتراطه قد يسبب خصومات ومفاسد كبيرة خاصة في الاستصناع حيث يصنع العامل للمشتري ما يريد، فيضمن العربون للعامل أخذ المشتري للبضاعة، ويضمن للمشتري عدم غش الصانع، أو بيعه البضاعة لغيره، ومماطلته في حال لو دفع الثمن كاملا، وفي حالة عدم دفع أي شيء من المبلغ المتفق عليه، فأصبح العربون صمام أمان في كثير من المعاملات التجارية، إن لم يكن جميعها.

وقد جرى على هذا العمل بين الناس، فقد قرر المجمع الفقهي المنعقد في دورته الثامنة من ١ إلى ٧ محرم ١٤١٤ هـ في قراره رقم ٧٢ (٨/٣) المؤرخ في ٢٠٠٤/١٢/٠٢ ما يلي:^(٢)

(١) المراد ببيع العربون بيع السلعة مع دفع المشتري مبلغا من المال إلى البائع على أنه إن أخذ السلعة احتسب من الثمن وإن تركها فالمبلغ للبائع.

ويجري مجرى البيع الإجارة لأنها بيع المنافع، ويستثنى من البيوع كل ما يشترط لصحته قبض أحد البديلين في مجلس العقد (السلم)، أو قبض البديلين (مبادلة الأموال الربوية، والصرف) ولا يجري في المراجعة للأمر بالشراء في مرحلة المواعدة ولكن يجري في مرحلة البيع التالية للمواعدة.

(٢) يجوز بيع العربون إذا قيدت فترة الانتظار بزمن محدود ويحتسب العربون جزءا من الثمن إذا تم الشراء ويكون من حق البائع إذا عدل المشتري والله أعلم.

المطلب الثاني أحكام بيع العربون في القانون:

سوف نتناول في هذا المطلب تكييف العربون كمسألة أولى ومن ثم نتحدث عن التفرقة بين العربون والشروط الجزائي، وأخيرا نتحدث عن حكم العربون في القانون اليميني:

أولاً: تكييف عقد العربون:

اختلف الفقهاء حول تحديد تكييف التعاقد بالعربون، يرجع إلى النص القانوني فنجد أن نص المادة ١٠٣ من التقنين المدني المصري على أن ((١ - دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.

٢ - فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر)^(٣) لذلك فمن الفقهاء من جعله عقد معلق على شرط واقف، ومنهم من جعله عقد

١ - ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الحديث الطبعة الأولى ١٩٩٣ م، ج ٣ ص ٣١٢.

٢ - نجد ان نصوص القوانين العربية الأخرى تتبع المصري في ذلك التنصيص بدون أي اختلاف، كالقانون الجزائري

معلق على شرط فاسخ، ومنهم من رأى بأنه البديل في التزام بدلي، وأخيراً رأى البعض بأنه تعاقد يتضمن اتفاقين متميزين على هذا سنناقش هذه الآراء تباعاً في الآتي:

١- التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط:

يرى بعض الفقهاء أن التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط ثم اختلفوا فيما بينهم حول طبيعة، ونوع الشرط المعلق عليه العقد هل هو شرط واقف أم شرط فاسخ؟

أ- التعاقد بالعربون معلق على شرط واقف: يرى بعض الفقهاء أن التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط واقف وهو أن لا يعدل أحد العاقدين عن العقد خلال مدة معينة وهذا التكييف هو الذي يتفق وما تذهب إليه إرادة المتعاقدين، إذ أن خيار العدول يدل على أن رضا المتعاقدين بالعقد ليس نهائياً، وبالتالي توقف جميع الآثار التي ينتجها العقد إلى أن يسقط خيار العدول وبسقوط هذا الخيار بعدم استعماله يتحقق الشرط الواقف، وبالتالي تتحقق كافة الآثار بأثر رجعي إذ أن العقد ينعقد منذ إبرامه لا من الوقت الذي تحقق فيه الشرط، أما إذا تخلف الشرط الواقف، وعدل أحد المتعاقدين عن التعاقد فإن العقد لا ينتج أي أثر من آثاره ويلتزم من عدل برد العربون^(١).

ويرى بعض الفقهاء أن التعاقد بالعربون عقد معلق على شرط فاسخ هو عدول أحد العاقدين عن العقد في مدة معينة.

ب- التعاقد بالعربون معلق على شرط فاسخ:

والالتزام المعلق على شرط فاسخ يوجد في الحال، وينفذ لكن زواله هو الذي يعلق على الشرط فإذا تحقق الشرط زال الالتزام، واعتبر كأن لم يكن، أما إذا تخلف فقد أصبح الالتزام باتاً. وهكذا نجد أن العقد المعلق على شرط فاسخ ينتج جميع آثاره من وقت انعقاده، فإذا عدل أحد العاقدين تحقق الشرط الفاسخ وبالتالي زال كل أثر للعقد فإذا كان الذي عدل هو دافع العربون يفقده، وإذا عدل الذي قبضه رد العربون ومثله معه، أما إذا تخلف الشرط الفاسخ ولم يحدث عدول من أحد الطرفين في المدة المحددة فإن العقد يعتبر نهائياً.

الانتقاد: ويؤخذ على ما ذهب إليه أنصار الرأيين السابقين أنه متى تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ فإنه يترتب على ذلك زوال العقد بجميع آثاره بأثر رجعي فلا يبقى ثمة أي سند قانوني للالتزام من رجوع عن العقد بأن يدفع من ماله إلى المتعاقدين الآخر ما يوازي مقدار العربون، فإذا كان

والتونسي والمغربي وغيرهم.

١ - الشرط الواقف هو الشرط الذي يتوقف على تحقيقه وجود الالتزام وعلى تخلفه تخلف الإلتزام. د/ السنهاوري:

الوسيط، ج٣، ص٢٧.

العقد قد زال بأثر رجعي فكيف يمكن مع هذا القول بأن من عدل عن العقد يلتزم برد ضعف العربون إذا كان هو الذي قبضه والتزم من قدم العربون بتركه كله إذا كان هو الذي عدل(١)

٢- التعاقد بالعربون بدل في التزام بدلي:

يرى بعض الفقهاء أن التعاقد بالعربون عقد ينشئ التزاما بدليا في ذمة كل من طرفيه، فيمكن تكييفه بأنه البديل في التزام بدلي، ومن أنصار هذا الرأي السهوري.

فالالتزام البدلي هو الالتزام غير المتعدد المحال، بل له محل واحد ولكن المدين يستطيع، أو يؤدي شيئا آخر بدلا منه فينتهي بذلك التزامه مثاله كما لو التزم شخص لأخر بإعطائه دارا، واحتفظ لنفسه بالحق أن يعطيه إذا شاء أرضا بدلا من الدار، أو أن يقرض شخص لأخر مبلغا من المال ويتفق معه إذا لم يشأ أن يرد مبلغ القرض عند حلول أجل الدين أن يعطيه بدلا منه دارا أو أرضا معينة، فالدار والنقود في المثالين السابقين هما الأصل، أما الأرض، والدار، أو الأرض هما البديل. ويجب أن يتوفر في المحل الأصلي جميع الشروط الواجب توفرها في محل الالتزام وإلا كان الالتزام باطلا. أما البديل فإن توافرت فيه الشروط أمكن أن يقوم مقام الأصل، وإلا سقط هو ويبقى الالتزام بمحله الأصلي قائما ولكن يصبح التزاما بسيطا ذا محل واحد دون بديل، من ذلك يتضح أن البديل ليس محلا للالتزام، فليس هو الشيء الذي يمكن للدائن أن يطالب به ولكنه شيء يقوم مقام المحل الأصلي في الوفاء.

والالتزام البدلي كوصف للالتزام كالعربون سواء بسواء لا فرق بينهما إذا كان العربون قد اتفق عليه ليكون وسيلة للرجوع في العقد لا للتأكيد، ذلك أن العربون في هذه الحالة يعطي الفرصة للمدين أن يؤديه بدلا من التزامه الأصلي فيبدأ بتأديته، ففي عقد البيع مثلا إذا كان المشتري قد دفع عربونا يكون ملتزم أصليا بتنفيذ الصفقة فيأخذ الشيء المبيع ويعطي الثمن، ويستطيع أن يبرأ من هذا الالتزام الأصلي إذا هو أدى العربون فيكون العربون بدلا من التزامه الأصلي، كذلك البائع الذي أخذ العربون يلتزم بتنفيذ الصفقة فيأخذ الثمن، ويعطي الشيء المبيع كالتزام أصلي يلتزم به، ويستطيع مع ذلك أن يبرأ هذا الالتزام الأصلي إذا هو تنازل عن العربون الذي دفعه فيكون العربون إذن بدلا عن التزامه الأصلي(٢).

الانتقاد: اعترض البعض على تكييف العربون بأنه البديل في التزام بدلي، بأن الالتزام البدلي يكون التزاما واحدا ذا محلين متعادلين أحدهما أصلي، والثاني يجوز للمدين أن يفي به بدلا من المحل الأصلي

١ - السهوري: الوسيط، ج٤، ص ٩١، هامش ١.

٢ - عبد الرزاق السهوري: الوسيط، ج٣، ص ١٧٦، ١٧٨، ١٧٩.

وليس الأمر كذلك في البيع بالعربون لأن الالتزامات التي ينشئها البيع البات في ذمة البائع متعددة، ولكل منها محله الخاص، ويجوز للبائع في البيع بالعربون أن يبرأ منها جميعا بمجرد عدوله عن البيع على أن يحل محلها التزام آخر يختلف عنه وهو إلزامه بدفع العربون فلا يستقيم القول باعتبار ذلك التزاما بديلا. وأجيب عن هذا الاعتراض بأنه ليس هناك ما يمنع أن يكون المحل الأصلي في الالتزام البدي محالا متعددة بينما يكون البديل محلا واحدا^(١)

٣- التعاقد بالعربون يتضمن اتفاقين متميزين:

يرى بعض الفقهاء أن التعاقد بالعربون يتضمن اتفاقين متميزين أولهما الاتفاق على التعاقد مقترنا بشرط واقف، أو فاسخ بحسب قصد المتعاقدين، والثاني اتفاق على تعيين ثمن لاستعمال الحق في العدول يلتزم بمقتضاه من يستعمل هذا الحق أن يدفع مبلغا يوازي قيمة العربون (٣) ويعتبر هذا الاتفاق الأخير باتا أيا كانت طبيعة الشرط المقترن به العقد فإذا استعمل أي من المتعاقدين حقه في العدول تحلل من التعاقد ووجب عليه دفع ما يوازي قيمة العربون وإلا فلا يجب عليه.

قد يتجه الرأي بناء على ذلك إلى تكييف التعاقد بالعربون بأنه يتضمن اتفاقين متميزين أولهما الاتفاق على التعاقد مقترنا بشرط فاسخ أو واقف بحسب قصد المتعاقدين، والثاني اتفاق على إنشاء التزام بدفع ما يوازي قيمة العربون مقترنا بشرط عكس الشرط الأول، أي شرط واقف إذا كان الأول فاسخا، وشرط فاسخ إذا كان الأول واقفا، فإذا كان الشرط فاسخا للتعاقد فإنه إن تحقق انعدم التعاقد وبالتالي تحقق الشرط الواقف للالتزام بالعربون، وأصبح العربون واجبا في ذمة من عدل، وإن تخلف الشرط الفاسخ تحقق التعاقد واعتبر ذلك تخلفا للشرط الواقف للالتزام بالعربون، وانعدم هذا الأثر الأخير حيث يعتبر العربون جزءا من الثمن.

أما إذا كان الشرط واقفا للتعاقد، فإن تحقق نفذ التعاقد بأثر رجعي أي من لحظة التعاقد لا من لحظة تحقق الشرط، وتحقق في نفس الوقت الشرط الفاسخ للالتزام بالعربون فأصبح هذا الالتزام لا وجود له واعتبر كأن لم يكن، أما إذا تخلف الشرط الواقف انعدم التعاقد وأصبح كأن لم يكن، وفي نفس الوقت تخلف الشرط الفاسخ للالتزام بالعربون وأصبح هذا الالتزام مستحق الأداء نهائيا في ذمة من عدل.

الانتقاد: ولكن يعترض على هذا بأنه وإن كان هذا التكييف يستقيم في حال اعتبار العدول شرطا فاسخا للتعاقد إلا أنه لا يستقيم في حالة اعتبار عدم العدول شرطا واقفا للتعاقد لأن الالتزام

١ - سليمان مرقس: شرح القانون المدني (العقود المسماة عقد البيع) - عالم الكتب بيروت، سنة ١٩٨٠ الطبعة الرابعة، ص ٧٦، ٧٧.

بالعربون يعد حينئذ مقررا في ذمة كل من الطرفين تحت شرط فاسخ هو عدم العدول ويقتضى ذلك أنه يجوز لكل من الطرفين منذ إبرام العقد أن يطالب الآخر بقيمة العربون على أن يرده إذا تحقق عدم عدول، وتأييد التعاقد وهو أمر غير مستساغ بالإضافة إلى أنه مخالف لقصد العاقدين.^(١)

ثانياً: التمييز بين الشرط الجزائي والتعاقد بالعربون:

يختلف العربون في كل ذلك عن الشرط الجزائي. فان الشرط الجزائي تعويض، اتفق على تقديره المتعاقدان، عن الضرر الذي ينشأ عن الإخلال بالعقد. ومن ثم جاز للقاضي تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، بل جاز له ألا يحكم به أصلاً إذا لم يلحق الدائن أي ضرر، وهذا كله بخلاف العربون.

ويرجع فيما إذا كان ما اتفق عليه المتعاقدان هو شرط جزائي أو عربون إلى نيتهما مستظهرة من ظروف الدعوى ووقائعها، مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض.^(٢)

ثالثاً: احكام العربون في القانون اليميني:

وسوف نتناول أحكام عقد العربون في القانون اليميني في الاتي^(٣):

١- العربون جزء من الثمن: نصت المادة (٥٧٥) على أن العربون جزء من الثمن، كما في نصها (بيع العربون هو أن يدفع المشتري للبائع جزءاً من الثمن في بيع اتفقا عليه يحتسب من الثمن إذا أخذ المشتري المبيع ودفع باقي الثمن سواء عين وقت لدفع الباقي أم لم يعين).

٢- عدم جواز العربون إذا كان دلالة العدول مع فقدان مبلغ العربون: لا يجوز الاتفاق على خلاف الحكم الوارد في المادة السابقة، وهو بهذا يأخذ بمذهب جمهور الفقه الإسلامي للتعاقد بالعربون، حيث نصت المادة (٥٧٦) (إذا اتفق على أنه في حالة العدول عن الصفقة يبقى العربون للبائع فلا يصح البيع).

١ - سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٧٧. هامش ١.

٢ - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، ج٣، ص ١٧٦، ١٧٨، ١٧٩، مرجع سابق.

٣ - القاضي الدكتور سعيد رمضان: محاضرات في القانون المدني: ص ٢٨. د. ط.

الخاتمة

إن التعاقد المصحوب بالعربون أصبح في عصرنا الحاضر أساسا للارتباط في التعامل التجاري الذي يتضمن التعهد بتعويض ضرر عن التعطل و الانتظار، و بذلك أصبح العربون صمام أمان في كثير من المعاملات التجارية إن لم يكن جميعها ؛ لأنه يعطي الفرصة لكل من طرفي التعاقد في اتمام التعاقد، أو عدم اتمامه، ولكن نظرا لأن الشيء محل التعاقد يظل مرهونا لحين انتهاء المدة المحددة المتفق عليها فإن من يعدل عن التعاقد يخسر مقدار العربون، فإذا كان البائع هو الذي عدل فإنه يلتزم برد العربون و مثله معه لأنه ربما يكون فوت على المشتري فرصا كثيرة، وإذا كان المشتري هو الذي عدل فإنه يخسر العربون الذي دفعه لأنه أيضا يكون فوت على البائع فرصا كثيرة لبيع سلعته ، وخسارة العربون تعني أن من عدل عن التعاقد قدر أن مصلحته في العدول حتى و لو خسر مقدار العربون؛ لأنه وضع في اعتباره أنه لو أقدم على التعاقد و تمت الصفقة فسيخسر أكثر .

و تجدر الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية في مبادئها من الكمال الإلهي الذي ليس فيه من تفریط في شيء، مما يجعلها صالحة للتطبيق الكامل و المنظم لسائر جوانب الحياة الاجتماعية، و دقائقها، و تفصيلاتها و جزئياتها في كل عصر، و في كل زمان ، و بالتالي فإن ما انتهى إليه المجمع الفقهي المنعقد في دورته الثامنة من ١ إلى ٧ محرم ١٤١٤ هجري في قراره رقم ٧٢ (٨/٣) المؤرخ في ٢٠٠٤/١٢/٠٢ من جواز التعاقد بالعربون شرعا يتماشى مع ما ذهب إليه بعض التشريعات العربية مثل القانون الجزائري والمصري ، أما المشرع اليمني فقد ذهب إلى ما ذهب إليه الجمهور من فقهاء الشريعة الإسلامية من منع التعامل بها، وإن كنا قد رجحنا مذهب القائل بحل تلك المعاملة وفق الضوابط المذكورة. وقد توصل الباحث لعدة نتائج وتوصيات كالتالي:

أولاً: النتائج :

- ١- بيع العربون صورة معاملة مختلف فيها بين فقهاء الشريعة الإسلامية وكذلك في التشريعات القانونية.
- ٢- دلالة العربون لها دلالتان إما التوثيق وتأكيد العقد أو دلالة عدول عن العقد.
- ٣- ذهب المقنن اليمني إلى منع المعاملة بالعربون.

ثانياً: التوصيات:

يوصي الباحث المقنن اليمني بتعديل النص الذي يمنع التعامل بالعربون لكون المعاملات العصرية تتطلب العمل به لما له من فائدة.

قائمة المراجع:

أولاً: القرآن الكريم

كتب التفسير:

١- الإمام الجليل الحافظ عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير: تفسير القرآن العظيم - مكتبة الدعوة الإسلامية-١٩٨٠.

ثانياً: السنة النبوية:

١- أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٨٩م.

٢- أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (المتوفى: ٢٣٥هـ) مصنف في الأحاديث والآثار: المحقق: كمال يوسف الحوت، الناشر: مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٠٩، عدد الأجزاء: ٧

٣- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: ٢٧٥هـ)، سنن أبي داود: المحقق: شعيب الأرنؤوط - محمّد كامل قره بللي، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م

٤- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: ٢٧٣هـ)، سنن ابن ماجه ت الأرنؤوط: ابن ماجه - وماجة اسم أبيه يزيد - المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد - محمّد كامل قره بللي - عبد اللطيف حرز الله الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م

٥- الإمام أحمد بن حنبل: المسند- مطبعة دار الحديث- الطبعة الأولى ، ج٦.

٦- الإمام البخاري: صحيح البخاري في باب ما يجوز من الاشرطاط-دار إحياء التراث العربي، بيروت- سنة ١٤٠٠، الطبعة الأولى.

٧- محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي (المتوفى: ٣٥٤هـ)، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان: ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي (المتوفى: ٧٣٩هـ)، حقه وخج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م

٨- محمد بن عيسى بن سَورَة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ) سنن الترمذي: تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر (ج ١، ٢) ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج ٣): وإبراهيم

عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف (ج ٤، ٥): الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى

البابي الحلبي – مصر: الطبعة: الثانية، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م

ثالثاً: كتب اللغة:

١- أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور: لسان العرب - دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان
الطبعة الأولى ١٩٩٦ م. ٢-

٢- إسماعيل بن حماد الجوهري: الصحاح، دار العلم، بيروت الطبعة الثالثة ١٩٨٤.

٣- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي: القاموس المحيط، دار إحياء التراث العربي،
بيروت لبنان، الطبعة الأولى - ١٩٩١ م

٤- محمد مرتضى الزبيدي: تاج العروس، الطبعة الأولى

رابعاً: كتب الفقه الإسلامي:

١- ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين « الجزء الثالث»- دار لحديث - سنة ١٩٩٣-
الطبعة الأولى.

٢- أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السُّعْدي، حنفي (المتوفى: ٤٦١هـ)، النتف في الفتاوى:
المحقق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، الناشر: دار الفرقان / مؤسسة الرسالة - عمان
الأردن / بيروت لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٠٤ - ١٩٨٤.

٣- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ): روضة الطالبين وعمدة المفتين:
تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، الطبعة: الثالثة،
١٤١٢هـ / ١٩٩١م، عدد الأجزاء: ١٢.

٤- أحمد بن لؤلؤ بن عبد الله الرومي، أبو العباس، شهاب الدين ابن النُّقَيْب الشافعي (المتوفى:
٧٦٩هـ): عمدة السالكِ وعدة النَّاسِكِ: عُني بطبعه ومُراجَعته: خَادِمُ العِلْمِ عبدُ الله بن إبراهيم
الأنصاري، الناشر: الشؤون الدينية، قطر، ، الطبعة: الأولى، ١٩٨٢ م، عدد الأجزاء:.

٥- الإمام محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني : شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك دار الكتب
العلمية - بيروت.

٦- الإمامان موفق الدين و شمس الدين ابن قدامة : المغنى و الشرح الكبير، دار الفكر لبنان
١٩٩٤ بدون طبعة .

٧- محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدرديري، مطبعة عيسى البابي الحلبي
- سوريا. ١٣٧٣هـ.

خامساً: كتب القانون

- ١- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان: النظرية العامة للالتزام (العقد والإرادة المنفردة في الفقه وقضاء النقض المصري والفرنسي) منشأة المعارف مصر، سنة ٢٠٠٤ ، بدون طبعة.
- ٢- رمضان أبو السعود: الموجز في شرح العقود المسماة عقود البيع والمقايضة والتأمين (دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني) - الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت-١٩٩٤ بدون طبعة.
- ٣- سليمان مرقس: شرح القانون المدني (العقود المسماة عقد البيع) - عالم الكتب بيروت ، سنة ١٩٨٠ الطبعة الرابعة.
- ٤- عبد الحكم فودة : الوعد والتمهيد للتعاقد و العربون وعقد البيع الإبتدائي - دار الفكر العربي، القاهرة-١٩٩٢ الطبعة.
- ٥- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني (الجزء الأول مصادر الالتزام) دار إحياء التراث العربي - بيروت ، بدون طبعة.
- ٦- عبد الناصر توفيق العطار: مصادر الالتزام ، دار الكتاب الحديث القاهرة ، بدون طبعة .
- ٧- القاضي : سعيد رمضان :محاضرات في القانون المدني، الطبعة: بدون.
- ٨- محمد شريف أحمد : مصادر الالتزام في القانون المدني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر و التوزيع لبنان، ١٩٩٩ بدون طبعة.
- ٩- محي الدين إسماعيل علم الدين: نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية و الشريعة الإسلامية ، دار الكتاب الحديث القاهرة ، بدون طبعة.

سادساً: القوانين:

- ١- قانون الالتزامات التونسي.
- ٢- القانون المدني الأردني.
- ٣- القانون المدني الجزائري.
- ٤- القانون المدني العراقي.
- ٥- القانون المدني المصري.
- ٦- القانون المدني اليمني.
- ٧- قانون المعاملات المدنية المغربي.

سابعاً: المجالات والدوريات:

- قرر المجمع الفقهي المنعقد في دورته الثامنة من ١ إلى ٧ محرم ١٤١٤ هـ في قراره رقم ٧٢(٨/٣) المؤرخ في ٢٠٠٤/١٢/٠٢
قائمة فهرس الموضوعات

المحتويات

- مقدمة: ١١٠
- المبحث الأول: ماهية العربون ١١٢
- المطلب الأول: تعريف العربون: ١١٢
- أولاً: تعريف العربون لغة: ١١٢
- ثانياً: العربون في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية: ١١٣
- ١- تعريف العربون عند الحنفية: ١١٣
- ٢- تعريف العربون عند المالكية: ١١٣
- ٣- تعريف العربون عند الشافعية: ١١٣
- ٤- تعريف العربون عند الحنابلة: ١١٤
- ثالثاً: تعريف العربون في اصطلاح فقهاء القانون: ١١٤
- المطلب الثاني: دلالة العربون (وظيفته) ١١٥
- أولاً: الدلالة القانونية للعربون: ١١٦
- ١- القوانين التي تأخذ بدلالة البت (تأكيد العقد): ١١٦
- ٢- القوانين التي تأخذ بدلالة العدول: ١١٧
- ٣- دلالة العربون في القانون اليمني: ١١٧
- المبحث الثاني: احكام بيع العربون ١١٨

- المطلب احكام العربون في الفقه الإسلامي: ١١٨
أولاً: الرأي الذي يحرمه: ١١٩
ثانياً: الرأي الذي يجيز بيع العربون: ١٢٠
ثالثاً: الرأي الراجع: ١٢١
المطلب الثاني أحكام بيع العربون في القانون: ١٢٣
أولاً: تكييف عقد العربون: ١٢٣
ثانياً: التمييز بين الشرط الجزائي والتعاقد بالعربون: ١٢٧
ثالثاً: احكام العربون في القانون اليمني: ١٢٧
الخاتمة ١٢٨
أولاً: النتائج: ١٢٨
ثانياً: التوصيات: ١٢٨
قائمة المراجع: ١٢٩

قواعد التصرف عن الغير دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني اليمني

للاستاذ المساعد / عبدالرحمن بن عبدالله بن عبدالقادر السقاف
رئيس قسم الفقه وأصوله بكلية الشريعة والقانون جامعة الأحقاف

**Rules of acting on behalf of others between Jurisprudence
and Yemeni Civil Law**
Assistant Professor/ Abdul Rahman bin Abdullah bin
Faculty of Sharia and Law – Ahqaf / Abdul Qadir Al-Saqaf
University

الملخص

هدف هذا البحث إلى بيان القواعد الفقهية الضابطة للتصرف عن الغير سواء أكان تصرفاً قولياً أو فعلياً بذكر جزئياتها الموضحة لها ، وبيان مدى أخذ القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م بهذه القواعد .
وقد استعمل الباحث المنهج الاستقرائي والوصفي لحل إشكالية البحث ، حيث توصل إلى أن التصرف عن الغير يمكن ضبطه في خمس قواعد تشكل رؤية متكاملة عن الموضوع ، فلا تصرف عن الغير إلا بإذن ، ولا بد أن يكون الإذن ممن يملك التصرف ، ولا بد أن يكون تصرفه بمقتضى المصلحة ، مع ملاحظة أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة ، وأنه لا يتولى واحد طرفي التصرف .
و توصل البحث إلى أن القانون المدني اليمني قد أخذ بجميع هذه القواعد ولم يغفل منها شيئاً ، ولكنها جاءت على مراتب مختلفة منها ما نص عليه صراحة ومنها ما أخذ بها القانون ضمناً ، ومنها ما كان منصوباً عليه ضمن القواعد العامة والكلية في تطبيق القانون ، ومنها ما كان مبنوئاً في نصوص القانون الأخرى .

الكلمات المفتاحية: قواعد ، الفقه ، التصرف ، القانون ، المدني

summary

The aim of this research is to indicate the jurisprudence rules governing to act on behalf of somebody , whether it is verbal or actual, by mentioning the parts that are explained to them, and to indicate the extent to which the Yemeni Civil Code No. (14) of 2002 with these rules. The researcher used the inductive and descriptive approach to solve the research where he found that , act on behalf of somebody It can problem, be set in five rules that form an integrated vision of the subject, so do not act on behalf of others without permission.

Permission must be given by those who have the disposition, and must act by virtue of the interest, noting that the special mandate is stronger than the general mandate, and that one of the parties does not act.

The research found that, The Yemeni Civil Code has taken all these rules and has not overlooked them, but it came on different levels, some of which were expressly stipulated and others implicitly taken by the law, some of them were stipulated within the general and total rules in the application of the law, some of them are contained in other provisions of the law.

Keywords: Rules / law / civil / Jurisprudence / Behave

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه صلاة وسلاما دائمين متلازمين إلى يوم الدين .

وبعد : فمن المعلوم أن قواعد الشريعة قسما^(١) : أصول الفقه التي بواسطتها تستنبط جزئيات الفقه من الدليل التفصيلي ، والقواعد الفقهية التي تضبط هذه الجزئيات المستنبطة من الأدلة التفصيلية ، قال الأستاذ الجليل محمد أبو زهرة في كتابه أصول الفقه : " إنه يجب التفرقة بين علم أصول الفقه ، وبين القواعد الجامعة للأحكام الجزئية ، وهي التي مضمونها يصح أن يطلق عليها النظريات العامة للفقه الإسلامي " ^(٢) ، ثم قال بعد ذلك ، "...أما القواعد الفقهية فهي مجموعة الأحكام المتشابهة التي ترجع إلى قياس واحد يجمعها أو إلى ضابط فقهي يربطها كقواعد الملكية في الشريعة وكقواعد الضمان وكقواعد الخيارات وكقواعد الفسخ بشكل عام ... فيربط بين هذه الجزئيات المتفرقة برباط هو القاعدة التي تحكمها أو النظرية التي تجمعها " ^(٣) ، ثم قال بعد ذلك وهو يفرق بين القواعد الفقهية وأصول الفقه "... وعلى ذلك نقول أن القواعد دراستها من قبيل دراسة الفقه ، لا من قبيل دراسة أصول الفقه ، وهي مبنية على الجمع بين المسائل المتشابهة من الأحكام الفقهية ، ولذا نستطيع أن نرتب تلك المراتب الثلاث التي يبني بعضها على بعض ، فأصول الفقه يبني عليه استنباط الفروع الفقهية ، حتى إذا تكونت المجموعات الفقهية المختلفة أمكن الربط بين فروعها وجمع أشتاتها في قواعد عامة جامعة لهذه الأشتات ، وتلك هي النظريات الفقهية " ^(٤).

وبناء على ذلك فقد جاء هذا البحث الذي أسميته : " قواعد التصرف عن الغير بين الفقه والقانون المدني اليميني " ؛ ليجمع القواعد المتعلقة بالتصرف عن الغير بحيث يتكون من الإمام بتلك القواعد رؤية متكاملة في نظرية التصرف عن الغير في الفقه الإسلامي ، والقانون المدني اليميني المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية. ^(٥)

-
- (١) ذكر القرافي في مقدمة كتابه الفروع أن الشريعة أصول وفروع ، وأصولها قسما : أصول الفقه و القواعد الفقهية ينظر : القرافي ، الفروع ، ج١ ص٢٠٠ .
 (٢) محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ، ص١٢٠ .
 (٣) المرجع السابق ، ص١٢٠ .
 (٤) المرجع السابق ، ص١٣٠ .
 (٥) القواعد الفقهية تعد أساس تكوين النظريات الفقهية عند من يرى المغايرة بين القواعد والنظريات الفقهية .

أهداف البحث :

يهدف هذا البحث إلى تحقيق الأمور الآتية :

- (١) استخلاص القواعد الفقهية المتعلقة بالتصرف عن الغير .
- (٢) تصنيف هذه القواعد وتبويبها بحيث يتكون منها وحدة موضوعية متكاملة عن التصرف عن الغير.
- (٣) عرض التطبيقات الفقهية والأمثلة العملية لتلك القواعد .
- (٤) تقديم نظائر فقهية يستعين بها القاضي في الإلحاق عند فقد النص الخاص .
- (٥) بيان وجهة القانون المدني اليميني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م حول قواعد التصرف عن الغير .

أهمية البحث

تبرز أهمية هذا البحث من أهمية القواعد الفقهية ؛ إذ هي رونق الفقه وبها تتضح معالمه وتحصر، وتكون صالحة لكل زمان ، وبها تثبت كلية الفقه وعظمة القانون الإسلامي المستمد منه .

مشكلة البحث:

يمكن تحديد إشكالية البحث في الأسئلة الآتية:

- (١) ماهي القواعد المتعلقة بالتصرف عن الغير ؟
- (٢) ماهي قيود أعمال تلك القواعد ، وما الذي يستثنى منها ؟
- (٣) هل يمكن تصنيف هذه القواعد تصنيفاً موضوعياً وعرض تطبيقاتها الفقهية؟
- (٤) ما الذي أخذ به المقنن اليميني منها ؟ .

حدود المشكلة:

إشكالية هذا البحث محددة بالقواعد الفقهية التي لها تعلق بالتصرف عن الغير من حيث قيود أعمالها وتطبيقاتها وما الذي أخذ به المقنن اليميني ، وعليه فإنه لن يتعرض لغيرها من القواعد ، كما أنه لن يتناول كل ما يتعلق بهذه القواعد من التدليل والتعليل إلا ما لا بد منه لتوضيح القاعدة .

فرضية البحث

يفترض البحث أن القانون المدني اليميني قد أخذ بكافة قواعد التصرف عن الغير ولم يغفل منها شيئاً ، فجاء هذا البحث ليؤكد صحة هذه الفرضية من عدمها .

الدراسات السابقة

لم يقف الباحث على بحث حول قواعد التصرف عن الغير لا في الفقه ولا في القانون .

منهج البحث :

اعتمد هذا البحث على المناهج الآتية :

- أ. المنهج الاستقرائي : وذلك باستقراء القواعد الفقهية المتعلقة بالتصرف عن الغير في الفقه الإسلامي ، والتطبيقات الفقهية المتفرعة عنها من جهة منطوق القاعدة أو مفهومها ، مع الإشارة إلى المستثنيات من القواعد إن وجدت .
- ب. المنهج الوصفي : وذلك من خلال بيان معنى القاعدة وضوابط الأخذ بها ، وتصنيفها تصنيفاً موضوعياً ، وبيان ما أخذ به المقنن اليمني منها .

خطة البحث :

- وقد قسمت البحث على تمهيد ومبحثين وخاتمة
- التمهيد في بيان مفردات العنوان .
- المبحث الأول : القواعد الفقهية الضابطة للتصرف عن الغير ، وفيه خمسة مطالب :
- المطلب الأول : لا يتصرف في مال معصوم إلا بإذن ربه
- المطلب الثاني : من لا يملك تصرفاً لا يملك الإذن فيه
- المطلب الثالث : التصرف عن الغير منوط بالمصلحة
- المطلب الرابع : الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة
- المطلب الخامس : لا يتولى واحد طرفي التصرف
- المبحث الثاني : موقف القانون المدني اليمني من قواعد التصرف عن الغير ، ويشتمل على ثلاثة مطالب
- المطلب الأول : التعريف بالقانون المدني اليمني
- المطلب الثاني : تقنين القواعد الفقهية
- المطلب الثالث : قواعد التصرف عن الغير في القانون المدني اليمني
- خاتمة : تشتمل على أهم نتائج البحث وتوصياته .

تمهيد في بيان مفردات العنوان

- أولاً : التعريف بالقاعدة الفقهية
- القاعدة لغة : الأساس «قواعد البيت أساسه»^(١) .
- والقاعدة اصطلاحاً : قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها ، وتسمى الجزئيات فروعاً ، واستخراجها منها تفريراً^(١) .

(١) الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، مادة قعد .

والقضية الكلية تختلف مسمياتها باختلاف الاعتبارات؛ فمن حيث إنها يسأل عنها تسمى مسألة، ومن حيث يطلب حصولها: مطلباً، ومن حيث تستخرج من البراهين: نتيجة، ومن حيث يتبنى عليها الشيء: أصولاً^(٢)، ومن حيث أنها منطبقة على جزئيات موضوعها تعرف أحكامها منها: قاعدة^(٣)، ومن حيث يتألف منها الحجة: مقدمة وقضية، ومن حيث تحتل الصدق والكذب: خبراً، واختلاف العبارات باختلاف الاعتبارات.^(٤)

وأما تعريف القاعدة عند الفقهاء فنجد تاج الدين السبكي أكتفى بالتعريف الاصطلاحي للقاعدة حيث قال: " القاعدة: الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منها، ومنها ما لا يختص بباب كقولنا: اليقين لا يرفع بالشك، ومنها ما يختص كقولنا: كل كفارة سبها معصية فهي على الفور، والغالب فيما اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابطاً، وإن شئت قل: ما عمّ صوراً فإن كان المقصود من ذكره القدر المشترك الذي به^(٥) اشتركت الصور في الحكم فهو المدرك، وإلا^(٦) فإن كان القصد ضبط تلك الصور بنوع من أنواع الضبط من غير نظر في مأخذها^(٧) فهو الضابط، وإلا^(٨) فهو القاعدة"^(٩).

فيستفاد من كلام التاج السبكي أن المقصود الأساس من القاعدة هو حصر وضبط الصور المتشابهة من خلال النظر في مأخذها.

(١) ينظر: أبو البقاء الكفوي، الكليات، ص ٧٣٤.

(٢) والأصل: هو أسفل الشيء، ويطلق على الراجح بالنسبة إلى المرجوح، وعلى القانون، والقاعدة المناسبة المنطبقة على الجزئيات، وعلى الدليل بالنسبة إلى المدلول، وعلى ما ينبنى عليه غيره... وحمل المفهوم الكلي على الموضوع على وجه كلي بحيث يندرج فيه أحكام جزئياته يسمى أصلاً وقاعدة، وحمل ذلك المفهوم على جزئي معين من جزئيات موضوعه يسمى فرعاً ومثالاً، والأصول من حيث إنها مبنى وأساس لفرعها سميت قواعد، ومن حيث إنها مسالك واضحة إليها سميت مناهج. ينظر: أبو البقاء، الكليات، ص: ١٢٢.

(٣) ينظر: أبو البقاء الكفوي، الكليات، ص ٧٢٨.

(٤) التفتازاني، التلويح على التوضيح، ج ١ ص ٢٠.

(٥) أي: بسببه.

(٦) أي وإن لم المقصود من ذكر ما عم القدر المشترك الذي بسببه اشتركت الصور في الحكم.

(٧) المأخذ والمدرك يرادف الدليل؛ إذ منها تؤخذ الأحكام وتدرك. ينظر: الباحثين، القواعد الفقهية، ص ٦٩-٧٠.

(٨) بأن كان المقصود هو الضبط من خلال النظر في المأخذ.

(٩) التاج السبكي، الأشباه والنظائر، ج ١ ص ١١.

وبناء على ما تقدم فلا فرق بين القاعدة والضابط والمدرک من حيث العبارات ، وإنما الفرق بينها من حيث الاعتبار ، واختلاف العبارات باختلاف الاعتبارات .

ثانيا: التصرف

التصرف لغة : التقلب في الأمور ^(١)

وفي الاصطلاح : ما يصدر عن الشخص بإرادته من الأقوال والأفعال ويرتب عليه الشارع أحكاما كالعقود والغصب والإحياء والقبض. ^(٢)

ثالثا : أنواع التصرفات

التصرفات أنواع ذكرها العز بن عبد السلام ^(٣) ، وتابعه القرافي ^(٤) ، وابن جزي ^(٥) ، والعلائي ^(٦)

وهذه التصرفات هي كالآتي ملخصة :

الأول : إنشاء ملك في غير مملوك كالاصطياد وإحياء الموات.

الثاني : نقل ملك من ذمة إلى ذمة ، فقد يكون بعوض كالبيع والإجارة والسلف ، وبغير عوض كالهبة والصدقة والعمري والغنيمة .

الثالث: إسقاط حق ، فقد يكون بعوض كالخلع والعفو عن الجاني على مال ، وبغير عوض كالعفو لوجه الله والعتق.

الرابع: القبض ، وهو إما بإذن الشارع كاللقطة ، أو بإذن غيره كقبض المبيع بإذن البائع ، وقبض الرهون وغيرها .

(١) الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ، ج ١ ص ١٣٧ .

(٢) ينظر : القرافي ، الفروق ، ج ١ ص ٢٠٤ . وفيها أيضا بين الفرق بين الأسباب الفعلية كالاختطاب والاحتشاش والاصطياد ، وبين الأسباب القولية كالبيع والهبة والصدقة والقراض وكل ما هو في الشرع من الأقوال سبب انتقال الملك ، وافترقت هاتان القاعدتان من وجوه : أحدها أن الفعلية تصح من السفه المحجور عليه دون القولية ، الثاني أن الفعلية لا تقع إلا نافعة مفيدة غالبا بخلاف القولية ، الثالث أن الفعلية قد تكون لها داعية تدعو لها من جهة الطبع بخلاف القولية ، الرابع أن الفعلية لا تستعقب مسبباتها والقولية تستعقبها ، الخامس أن الملك بالفعل على أصل مالك - رحمه الله تعالى - ضعيف يزول بمجرد زوال ذلك الفعل وفي القولية قوي لا يزول إلا بسبب ناقل ، وليس الأمر كذلك على أصل الشافعي .

(٣) العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام إلى مصالح الأنام ، ج ٢ ص ١٤٩ .

(٤) القرافي ، شرح تنقيح الفصول ، ص ٨١١ .

(٥) ابن جزي ، تقريب الوصول إلى علم الأصول ، ص ١٠١-١٠٢ .

(٦) العلالي ، المجموع المذهب ، ج ١ ص ١٩-٢٤ .

الخامس: الإقباض ، وهو الدفع ، وهو أن يكون ممن عليه الحق كإقباض المبيع والموهوب والمسلم فيه ، وقد لا يكون ممن عليه الحق كبيع الحاكم مال المفلس وإقباضه من له عليه دين ، ثم الإقباض بالمناولة أو بالنقل أو بالتخلية باختلاف المقبض .

السادس: الالتزام ، كالندور والضمان.

السابع: الخلط ، وهي الشركة على اختلاف وجوهها.

الثامن: الاختصاص بالمنافع كإقطاع الأراضين.

التاسع: الإذن ، إما في الأعيان كالضيافة أو في المنافع كالعارية.

العاشر: الإتلاف ، وهو لإصلاح الأجساد كأكل الأطعمة وذبح الهائم ، أو للدفع كقتل الحيوان المؤذي ، أو لحق الله تعالى كقتل الكفار المحاربين .

الحادي عشر: التأديب والزجر ، وهو إما مقدر كالحدود ، أو غير مقدر كالتعزير.

وحكمة مشروعية هذه التصرفات : أن الإنسان مكلف بعبادة الديان باكتساب في القلوب والحواس والأركان ما دامت حياته ، ولم تتم حياته إلا بدفع ضروراته وحاجاته من المأكّل والمشرب والملابس والمناكح وغير ذلك من المنافع ولم يتأت ذلك إلا بإباحة التصرفات الدافعة للضرورات والحاجات .^(١)

رابعاً : ولاية التصرف عن الغير

الولاية :- بالكسر - معناها لغة: السلطة والتمكن^(٢) .

وشرعاً : نفوذ التصرف على الغير شاء أو أبى^(٣) .

ثم إن الولاية إما عامة وإما خاصة ، أما العامة فتكون في الدين والدنيا والنفس والمال ، وهي ولاية الإمام الأعظم ونوابه ، فإنه يلي على الكافة تجهيز الجيوش ، وسد الثغور ، وجباية الأموال من حلها وصرفها في محلها ، وتعيين القضاة والولاة ، وإقامة الحج والجماعات ، وإقامة الحدود والتعازير ، وقمع البغاة والمفسدين ، وحماية بيضة الدين ، وفصل الخصومات وقطع المنازعات ، ونصب الأوصياء والمتولين ومحاسبهم ، وتزويج الصغار والصغائر الذين لا ولي لهم وغير ذلك من صوالح الأمور.

(١) العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام إلى مصالح الأنام ، ج٢ ص١٤٩ .

(٢) الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ، ج١ ص١٣٤٤ .

(٣) الحموي ، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ، ج١ ص٤٥٥ .

وأما الخاصة فعلى أضرب :

الأولى : ولاية الأب والجد ، وهي وصف ذاتي لهما ، ولو عزلنا أنفسهما لم ينعزلا.^(١)
الثانية : وهي السفلى وهي ولاية مستفادة من الإذن ومقيدة بامتثال أمر الموكل ، ولكل من الموكل والوكيل العزل .

الثالثة : الوصية ، وهي بين المرتبتين ؛ فإنها من جهة كونها تفويضا تشبه الوكالة ، ومن جهة كون الموصي لا يملك التصرف بعد موته ، وإنما جوزت وصيته للحاجة ؛ لشفقته على الأولاد وعلمه بمن هو أشفق عليهم تشبه الولاية ، وأبو حنيفة لاحظ الثاني ؛ فلم يجوز له عزل نفسه ، والشافعي لاحظ الأول ؛ فجوّز له عزل نفسه على المشهور من مذهبه .

الرابعة : ناظر الوقف يشبه الوصي من جهة كون ولايته ثابتة بالتفويض ، ويشبه الأب من جهة أنه ليس لغيره تسلط على عزله ، والوصي يتسلط الموصي على عزله في حياته بعد التفويض بالرجوع عن الوصية.^(٢)

والولي الخاص قد يكون وليا في المال والنكاح كالأب والجد ، وقد يكون في النكاح فقط كسائر العصابة وكالأب فيمن طرأ سفهها ، وقد يكون في المال فقط كالوصي.^(٣)

المبحث الأول

القواعد الفقهية الضابطة للتصرف عن الغير

التصرف عن الغير يمكن ضبطه في خمس قواعد تشكل رؤية متكاملة عن الموضوع ، فلا تصرف عن الغير إلا بإذن ، ولا بد أن يكون الإذن ممن يملك التصرف ، ولا بد أن يكون تصرف المأذون له بمقتضى المصلحة ، مع ملاحظة أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة ، وأنه لا يتولى واحد طرفي التصرف ، وسوف نفضل الحديث فيما يتعلق بهذه القواعد في المطالب الآتية :

المطلب الأول : لا يتصرف في مال معصوم إلا بإذن ربه

هذه هي القاعدة الأولى من قواعد التصرف ، وقد نص على القاعدة بهذا اللفظ العز بن عبد السلام^(٤) ، ويعبر عنها أيضا : " لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه "^(٥) ، والمال المعصوم^(١) : هو مال المسلم ، وملتزم الأحكام في الجملة بذمة أو عهد أو أمان^(٢) .

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ص ١٣٤ .

(٢) السيوطي ، الأشباه والنظائر ص ١٥٥ .

(٣) المرجع السابق ، ص ١٥٤ .

(٤) العز بن عبد السلام ، الفوائد في اختصار المقاصد ، ٩٣ .

(٥) أبوسعيد الخادمي ، مجامع الحقائق ، ص ٤١٧ . وهي المادة (٩٦) من مجلة الأحكام العدلية . ينظر : أحمد الزرقا ،

ومعنى القاعدة في منطوقها نفي الجواز والصحة في أي تصرف في أي مال معصوم من غير إذن ربه أي مالكة ومستحقه ، ومفهومها إثبات جواز وصحة التصرف عن الغير إذا كان بإذنه ، وسواء كان الإذن بوكالة أو ولاية عليه ؛ فللولي والوصي حق التصرف بلا إذن الشخص الذي هو تحت ولايته أو وصايته ؛ لأن تصرف الولي والوصي نافذ^(٣) .

ويرى الحنفية أن (الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة) ، وعليه فالإجازة اللاحقة للعقود الموقوفة في حكم الوكالة السابقة ، مثاله : لو باع أحد مال الآخر فضولاً ثم أخبر صاحبه فأجازه يكون كما لو وكله أولاً^(٤) .

ومن تطبيقات القاعدة :

- (١) حيازة الأموال بغير إذن من الشرع ولا من المستحق مفسدة موجبة لضمان العين إذا تلفت ، وضمان النقص إذا حصل نقص ، وضمان المنفعة بأجرة المثل^(٥) .
- (٢) فاسد العقود لا يقتضي الضمان إذا كان صحيحها لا يقتضي الضمان ؛ لأن واضح اليد أثبتها بإذن المالك ولم يلتزم بالعقد ضماناً ، مثال ذلك : عقد الإجارة الصحيح لا يقتضي ضمان العين المؤجرة فكذا عقد الإجارة الفاسد لا يقتضي ضمان العين المؤجرة^(٦) .
- (٣) يلزم أن يكون الأجر متصرفاً بما يؤجره ، أو وكيل المتصرف ، أو وليه ، أو وصيه وإلا لم يصح تصرفه ؛ لعدم وجود الإذن^(٧) .
- (٤) إذا أراد شخص أن يبني بناء محاذياً لحائط بناء إنسان فليس له أن يستعمل حائط ذلك الشخص بدون إذنه^(٨) .

شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٦١ .

- (١) والأصل في الأموال التحريم لقوله - ﷺ - «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم» فالأصل تحريم كل مال حتى يتحقق سبب يدل الشرع على إباحته أو إباحة الاعتياض فيه ومهما شككنا فالمطلوب بالدليل مدعي الإباحة لا مدعي التحريم . ينظر : التقي السبكي ، الفتاوى ، ج ٢ ص ٤٢٢ .
- (٢) لأنها تجري على أهل الذمة أحكام المسلمين . ينظر السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ٢٥٤ .
- (٣) علي حيدر ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، ج ١ ص ٩٧ .
- (٤) المرجع السابق ، ج ٣ ص ٥٠٠ .
- (٥) العز بن عبدالسلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، ج ٢ ص ٨٤ .
- (٦) الرملي ، نهاية المحتاج ، ج ٤ ص ٢٨٢ .
- (٧) سليم رستم ، شرح المجلة ، ج ١ ص ٦١ . وانظر المادة (٤٤٦) من مجلة الأحكام العدلية .
- (٨) علي حيدر ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، ج ١ ص ٩٦ .

٥) ليس لأحد أن يدخل دار الآخر أو مزرعته المسيجة بدون إذنه ؛ لأنه بدخوله الدار أو المزرعة يكون قد استعملها ، كذلك ليس لأحد الشركاء أن يركب الحيوان المشترك أو أن يحمل علمها متاعا بدون إذن الشريك الآخر فإذا ركبها أو حمله وتلف يكون ضامنا حصة الشريك ، كذلك لو كانت حائط مشتركة بين اثنين واتفقا على نقضها وأراد أحدهما أن يزيد ارتفاعها عما كانت عليه قبلا فيحق للشريك الآخر أن يمنعه عن ذلك ^(١).

مايستثنى من القاعدة :

ويستثنى من القاعدة : وجود الإذن من الشارع في التصرف ، مثال ذلك التصرف في أموال الأطفال والمجانين ، وما يخشى ضياعه وتلفه من الأمانات ^(٢) ، و تصرف الملتقط بالتملك وبيع ما يسرع فساده. ^(٣)

وكذا يستثنى حال الضرورة ؛ فإن الضرورات تبيح المحظورات جاء في درر الحكام : " أما إذا وجد ضرورة فيجوز لكل إنسان التصرف في ملك الغير بدون إذنه كما لو سقط رداء شخص على دار جاره وخاف من الجار أن يخفيه فلصاحب الرداء دخول الدار بدون إذن صاحبها وإن عد ذلك منه تصرفا فيما ليس له فيه حق فقد جوز للضرورة " ^(٤).

المطلب الثاني : من لا يملك تصرفا لا يملك الإذن فيه

هذه هي القاعدة الثانية من قواعد التصرف عن الغير ، وقد نص على القاعدة العز بن عبد السلام ^(٥) ، والزركشي ^(٦) ، والتاج السبكي ونص عبارته : " من لا يجوز تصرفه لا يجوز توكيله ولا وكالته " ^(٧).

ومعنى القاعدة : بما أن الأصل أنه لا يجوز التصرف في أموال الآخرين إلا بإذنهم كما أفادته القاعدة السابقة فهذه القاعدة تبين بأنه لا بد أن يكون الإذن ممن يملك التصرف ، فمنطوقها يفيد نفي صحة الإذن ممن لا يملك التصرف ، و مفهومها يفيد إثبات صحة الإذن ممن يملك التصرف ، ولذا كان :

(١) علي حيدر ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، ج ١ ص ٩٦.

(٢) ينظر : العز بن عبد السلام ، الفوائد في اختصار المقاصد ، ص ٩٣ وقواعد الأحكام ، ج ٢ ص ٨٣.

(٣) العز بن عبد السلام ، الفوائد في اختصار المقاصد ، ص ٩٣.

(٤) علي حيدر ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، ج ١ ص ٩٧.

(٥) العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، ج ٢ ص ٨٣.

(٦) الزركشي ، المنثور في القواعد الفقهية ، ج ٣ ص ٢١١.

(٧) التاج السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ص ٣٢٥.

الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل "وهي إحدى قواعد مجلة الأحكام العدلية"^(١)، ويفهم منها أنه إذا أمر شخص آخر بالتصرف في ملك الآخر فالأمر غير صحيح ولا معتبر ولا يترتب عليه حكم من الأحكام.^(٢)

ومن تطبيقات القاعدة :

- (١) لا يصح توكيل صبي ولا مجنون ولا مغى عليه في شيء ولا سفيه في نحو مال؛ لأنهم إذا عجزوا عن تعاطي ما وكلوا فيه فنائبهم أولى.^(٣)
- (٢) لا يصح توكيل المحرم بالحج والعمرة لجلال ليعقد النكاح له أو لموليته حال إحرام الموكل؛ لأنه لا يباشره، أما إذا وكله ليعقد عنه بعد تحلله فيصح؛ لأنه تصح منه حينئذ مباشرة النكاح.^(٤)
- (٣) يصح التوكيل والإذن لمن يشتري خمرا بعد تخللها؛ لأنه يصح مباشرة بيعها بعد تخللها.^(٥)
- (٤) إذا أمر إنسان آخر بأن يتصرف فيما يملكه من مال أو غيره فأمره صحيح، فلو ندم الأمر على أمره وطلب تضمين المأمور فلا ضمان عليه.^(٦)
- (٥) لو أمر إنسان ببناء بفتح باب في حائط وفعل الرجل ثم علم بأن الحائط ليست للأمر؛ لأن الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل، وعليه فالضمان على المأمور وليس له أن يرجع به على الأمر، بخلاف إذا قال الأمر: افتح لي بابا في حائطي أو كان ساكنا في البيت الذي فيه الحائط وقال افتح بابا في هذه الحائط فللبناء أن يرجع بالضمان على الأمر.^(٧)

ومما يستثنى من القاعدة :

- ويستثنى من ذلك المرأة فإنها لا تملك النكاح وتملك الإذن فيه .
وكذلك الأعمى لا يملك البيع والإجارة على العين ويملك الإذن فيهما.^(٨)

(١) أبوسعيد الخادمي، مجامع الحقائق، ص ٣٨٣. وهي المادة (٩٥) من مجلة الأحكام العدلية. ينظر: علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج ١ ص ٩٥.
(٢) علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج ١ ص ٩٥.
(٣) ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج ٥ ص ٢٩٥.
(٤) المرجع السابق، ج ٦ ص ٢٣٥.
(٥) الجمال الرملي، نهاية المحتاج في شرح المنهاج، ج ٥ ص ٢٩٥.
(٦) علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج ١ ص ٩٦.
(٧) المرجع السابق، ج ١ ص ٩٦.
(٨) العز بن عبدالسلام، قواعد الأحكام، ج ٢ ص ٣٠٨.

المطلب الثالث : التصرف عن الغير منوط بالمصلحة

هذه هي القاعدة الثالثة من قواعد التصرف عن الغير ، وقد نص عليها الزركشي^(١) والسيوطي^(٢) ، وابن نجيم^(٣) بلفظ : "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة " ، وعبر السبكي عن هذه القاعدة بقوله : " كل متصرف عن الغير فعليه أن يتصرف بالمصلحة " ^(٤) .

ومعنى القاعدة : أن كل متصرف عن الغير يجب أن يكون تصرفه مقترناً بالمصلحة ، وما لم يكن كذلك لا يكون جائزاً ، وهذه القاعدة تشمل كل متصرف عن الغير بأي نوع من أنواع التصرفات سواء كان ذا ولاية عامة أو خاصة ، قال العز بن عبد السلام : " يتصرف الولاية ونوابهم بما ذكرنا من التصرفات بما هو الأصلح للمولى عليه ؛ درء للضرر والفساد ، وجلبا للنفع والرشاد ، ولا يقتصر أحدهم على الصلاح مع القدرة على الأصلح إلا أن يؤدي إلى مشقة شديدة ، ولا يتخيرون في التصرف حسب تخيرهم في حقوق أنفسهم مثل أن يبيعوا درهما بدرهم ، أو مكيلة زبيب بمثلها ؛ لقول الله تعالى :

﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾ ^(٥) ، وإن كان هذا في حقوق اليتامى فأولى أن يثبت في حقوق عامة المسلمين فيما يتصرف فيه الأئمة من الأموال العامة ؛ لأن اعتناء الشرع بالمصالح العامة أوفر وأكثر من اعتنائه بالمصالح الخاصة ، وكل تصرف جر فساداً أو دفع صلاحاً فهو منهي عنه كإضاعة المال بغير فائدة ... " ^(٦) ، وقال السيوطي : " هذه القاعدة نص عليها الشافعي وقال منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم .. " ^(٧) .

ومن تطبيقات القاعدة :

١) لا يقطع الإمام من أرض الموات إلا شخصاً قادراً على إحياء ذلك الموات و يكون ما يقطعه له قادراً يقدر على إحيائه ؛ لأن تصرف الإمام منوط بالمصلحة ^(٨) .

(١) الزركشي، المنتور في القواعد ، ج ١ ص ٣٠٩ .

(٢) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ص ١٢١ .

(٣) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٠٤ .

(٤) التاج السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ ص ٣١٠ .

(٥) الأنعام : ١٥٢ .

(٦) العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، ج ٢ ص ١٥٨ .

(٧) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ١٢١ .

(٨) الخطيب ، المغني ، ج ٣ ص ٥٠٧ .

- (٢) الأصل أن الولي لا يبيع عقار محجوره؛ لأنه لا مصلحة له في البيع، إلا إذا وجدت المصلحة، ومن صور الجواز: زيادة الثمن الذي أريد بيعه به على ثمن مثله وهو يجد مثله ببعضه أو خيرا منه ب كله^(١).
- (٣) يلزم الناظر أن يتصرف بالمصلحة لرعاية مقصود الوقف وبقاء عينه، ولذا فإن الإجارة الطويلة لا تجوز إلا لحاجة أو مصلحة تعود للوقف؛ لأنه يجب على كل متصرف عن الغير أن يتصرف بالمصلحة، فإن كان فيه مصلحة ومفسدة واستويا لم يتصرف^(٢).
- (٤) للوالي أن يعطي من طريق الجادة أحدا ليبني عليه إذا كان لا يضر بالعامه، وإن كان يضر ليس له ذلك^(٣).
- (٥) لا تعتبر تصرفات القاضي في الأمور العامة وأحكامه ما لم تكن مبنية على المصلحة. مثال ذلك: لو أمر القاضي شخصا بأن يستهلك مالا من بيت المال أو مالا لشخص آخر فإذا نه غير صحيح حتى أن القاضي نفسه لو استهلك ذلك المال يكون ضامنا، وكذلك لا يجوز للقاضي أن يهب أموال الوقف وأموال الصغير؛ لأن تصرفه فيها يجب أن يكون مقيدا بمصلحتها^(٤).
- (٦) لا يجوز أن يتصرف الحاكم في الوقف مخالفا لشرط الواقف، مثاله: لو نصب حاكم مخالفا شرط الواقف فرأشا في مسجد فكما أن أخذ الأجرة حرام على الفراش فالحاكم أيضا يكون ارتكب حرمة بنصبه^(٥).

المطلب الرابع: الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة

القاعدة الرابعة من قواعد التصرف عن الغير، ونصَّ على القاعدة الزركشي^(٦) والسيوطي^(٧)، وابن نجيم^(٨)، ومعنى القاعدة: أن صاحب الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة فالوكيل والوصي على

(١) زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، ج٢ ص ٢١١.

(٢) الف الشيخ ابن حجر الهيتمي كتابا حافلا بين أحكام إجارة الأوقاف وأسماء: الإنحاف ببيان أحكام إجارة الأوقاف وهو موجود ضمن فتاويه الفقيهية الكبرى، ومن جملة ما فيه هذه المسألة. ينظر: بن حجر الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، ج٣ ص ٢٢٧.

(٣) سليم رستم، شرح المجلة، ج١ ص ٤٣.

(٤) علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج١ ص ٥٧-٥٨.

(٥) علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج١ ص ٥٧-٥٨.

(٦) الزركشي، المنتور في القواعد، ج٣ ص ٣٤٥.

(٧) السيوطي، الأشباه والنظائر ص ١٥٤.

(٨) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ١٣٣.

اليتيم وناظر الوقف ولايتهم خاصة ؛ فليس لذي الولاية العامة كالإمام والسلطان ونوابهم معهم تصرف إلا بالمنع من التعدي^(١).

ومن تطبيقات القاعدة :

- ١) لا يجوز للقاضي أن يتصرف في مال الصغير مع وجود الوصي الخاص ولو كان معيناً من قبله ، وإذا تصرف لم ينفذ تصرفه^(٢).
- ٢) ليس للناظر العام وهو القاضي أو الوالي الناظر في أمر الأوقاف وأموال المساجد مع وجود الناظر الخاص المتأهل^(٣) ، فلا يتصرف القاضي مع وجود الوالي الخاص وأهليته؛ لأن الوالي الخاص أقوى من الوالي العام^(٤).
- ٣) ليس لولي الأمر أن يزوج امرأة بغير كفاءٍ وإن رضيت^(٥) ؛ لأن حق الكفاءة للمسلمين ، وهو كالتائب عنهم ، فلا يقدر على إسقاطه^(٦) ، بخلاف مالو أذنت للولي الخاص أن يزوجها بغير كفاء ففعل صح ؛ إذ الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة^(٧).
- ٤) ليس لولي الأمر العفو عن القصاص مجاناً؛ لأنه خلاف المصلحة ، بل إن رأى المصلحة في القصاص اقتص أوفي الدية أخذها^(٨) ، بخلاف الوالي الخاص فله العفو على الدية ، و العفو مجاناً ؛ إذ الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة^(٩).
- ٥) لو زوج الإمام لغيبة الوالي ، وزوجها الوالي الغائب بآخر في وقت واحد ، وثبت ذلك بالبينة ، قديم نكاح الوالي ؛ إذ الأصح أن تزوج الإمام بالنيابة بدليل عدم الانتقال إلى الأبعد ، والولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة^(١٠).

(١) السيوطي، الأشباه والنظائر ص ١٥٤.

(٢) سليم رستم ، شرح المجلة ، ج ١ ص ٤٣.

(٣) عبدالرحمن بن محمد المشهور ، بغية المسترشدين ، ج ٢ ص ٢٦٦-٢٦٧ .

(٤) الزركشي ، المنثور في القواعد ، ج ٣ ص ٣٤٥.

(٥) وخالف أكثر علماء اليمن كالشهاب المزجد والرداد والطنبداوي ، وابن زياد ، وغيرهم فيما إذا كان برضاها يجوز . ينظر : الجرهمي ، المواهب السنية بهامش الفوائد الجنية ، ج ٢ ص ١٢٨ وما بعدها .

(٦) السيوطي، الأشباه والنظائر ، ج ١ ص ١٢١ .

(٧) المرجع السابق ، ص ١٥٤ .

(٨) السيوطي، الأشباه والنظائر ، ج ١ ص ١٢١ .

(٩) المرجع السابق ، ص ١٥٤ .

المطلب الخامس : لا يتولى واحد طرفي التصرف

هذه هي القاعدة الخامسة ، وقد نص على القاعدة بهذا اللفظ العز بن عبدالسلام في مختصر القواعد^(٢) ، ويعبر عنها أيضا بقاعدة: "اتحاد الموجب والقابل ممنوع"^(٣) ، وقاعدة: "اتحاد القابض والمقبض ممنوع"^(٤) ، ومعنى القاعدة: أن الأصل في التصرفات اللفظية أنها لا تتم إلا بتوافق إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول ؛ "لأن الشخص الواحد ليس له قدرة شرعية إلا في شطر العقد الذي يتكون من شطرين وفي اعتبار العقد منعقدا بعبارة تحميل لها قوة الشطرين وإعطاء الجزء حكم الكل"^(٥) ، وكذا فالأصل أنه لا يتولى واحد طرفي التصرف من القبض والإقباض ؛ "لأنه إذا كان قابضا لنفسه احتاط لها ، وإذا كان مقبضا ، وجب عليه وفاء الحق من غير زيادة ، فلما تخالف الغرضان والطباع لا تنضبط امتنع الجمع"^(٦) .

ومن تطبيقات القاعدة :

(١) عقود المبادلة كالبيع والشراء والإجارة والمزارعة والمساقاة لا تنعقد من طرف واحد ؛ لأن هذه العقود الأصل فيها تعدد العاقد^(٧) ، وبناء عليه فليس للوكيل بالبيع والشراء أن يبيع أو أن يشتري لنفسه ، وليس له أن يبيع أو يشتري لولده الصغير ونحوه من محاجيره ، ولو أذن له فيه ؛ لتضاد غرضي الاسترخاض لهم والاستقصاء للموكل^(٨) .

(٢) لو وكل أحدا في هبة أو تزويج أو استيفاء حد أو قصاص أو دين من نفسه لم يصح ؛ لاتحاد طرفي التصرف^(٩) .

(١) إذا وكله في البيع وأذن له في البيع من نفسه وقدر الثمن ونهاه عن الزيادة فجمهور الشافعية على أنه لا يصح ؛ لعموم القاعدة ، وخالف من الشافعية ابن الرفعة فرأى الصحة ؛ لأن العلة في عدم جواز اتحاد الموجب والقابل هي التهمة ، وفي هذه المسألة حيث قدر الثمن ونهاه عن الزيادة انتفت

(١) المرجع السابق ، ص ١٥٤ .

(٢) العز بن عبدالسلام ، الفوائد في اختصار المقاصد ، ص ٩٣ .

(٣) السيوطي ، الأشباه والنظائر ص ٢٨٠ .

(٤) المرجع السابق ، ص ٢٨٠ .

(٥) محمد أبوزهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، ص ٣٤٣ .

(٦) السيوطي ، الأشباه والنظائر ص ٢٨٠ .

(٧) ينظر : محمد أبوزهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، ص ٣٤٣-٣٤٦ .

(٨) الخطيب ، المغني ، ج ٣ ص ٢٤٥ .

(٩) الخطيب ، المغني ، ج ٣ ص ٢٤٥ .

التهمة^(١) ، ومذهب الحنابلة أنه إذا أذن الموكل للوكيل أن يشتري من نفسه جاز له ذلك وإن لم يقدر الثمن وإن لم ينهه عن الزيادة؛ لأن علة المنع التهمة ، وقد صرح له بالإذن^(٢) .

(٣) لو وكّل الراهن المرتهن في بيع الرهن لأجل وفاء دينه لم يجز ؛ لأجل التهمة ، واستعجال البيع^(٣) .

(٤) لو وكّل البائع رجلا في الإقباض ثم وكله المشتري في القبض لم يصح توليته لهما معا ؛ لاتحاد القابض والمقبض^(٤) .

ويستثنى من القاعدة صورتها :

(٢) أجاز الحنفية^(٥) والزيدية^(٦) والمالكية^(٧) والحنابلة^(٨) اتحاد الموجب والقابل في النكاح بأن كانت له ولاية العقد من الجانبين؛ لأن العاقد في النكاح سفير محض^(٩) ، واستثنى الشافعية فقط تزويج الجد بنت ابنه بابن ابنه الآخر؛ لقوة ولايته وشفقته دون سائر الأولياء^(١٠) .

(٣) من المستثنيات أيضا أنه يجوز شراء الأب مال ولده لنفسه وبيع ماله لولده فيتولى الصيغة عن نفسه ولده القاصر وبهذا قال الحنفية ، ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل ، خلافا لرفر^(١١) .

(٤) يرى الحنابلة أنه إذا أذن للوكيل أن يشتري من نفسه ، جاز له ذلك؛ لأن علة المنع هي التهمة؛ ومع وجود الإذن تنتفي التهمة^(١٢) .

(١) السيوطي ، الأشباه والنظائر ص ٢٨٠ .

(٢) ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ص٨٦ .

(٣) السيوطي ، الأشباه والنظائر ص ٢٨١ .

(٤) زكريا الأنصاري ، أسنى المطالب ، ج٢ ص٨٩ .

(٥) المرغناني ، الهداية شرح البداية ، ج١ ص١٨٥ .

(٦) الشوكاني ، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ، ص ٣٥٩ وما بعدها .

(٧) ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص ١٣٤ .

(٨) الهوتي ، كشاف القناع ، ج٥ ص٦٢ .

(٩) ينظر : محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، ص ٣٤٦-٣٤٣ .

(١٠) ابن حجر ، تحفة المحتاج ، ج٧ ص٢٧٤ .

(١١) ينظر موضع الاتفاق والخلاف : ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ص٨٦ .

(١٢) ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ص٨٦ .

المبحث الثاني

موقف القانون المدني اليمني من قواعد التصرف عن الغير

من أجل بيان موقف القانون المدني اليمني رقم (٢٠) لعام ٢٠٠٢م من قواعد التصرف عن الغير نعرف أولاً بالقانون المدني اليمني ، ومن ثم نتعرض لتقنين القواعد الفقهية ، ومن ثم نبين قواعد التصرف عن الغير في القانون المدني اليمني ، وذلك فيما يأتي :

المطلب الأول : التعريف بالقانون المدني اليمني

القانون هو مجموعة القواعد التي تنظم وتحكم النشاط الاجتماعي الظاهر وتوقع السلطة الجزاء على من يخالفها^(١) ، وينقسم بحسب موضوعاته إلى فرعين : القانون العام والقانون الخاص ، فما ينظم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان فهو القانون العام ، وما ينظم علاقات الأفراد فيما بينهم أو بينهم وبين الدولة لا باعتبارها شخصاً عاماً وإنما باعتبارها شخصاً عادياً فالقانون الخاص ، ويتضمن القانون المدني نوعين من الروابط هما :

- ١- بعض روابط الأحوال الشخصية المتعلقة ببيان الأهلية والشخصية القانونية واسم الشخص وأنواع القرابة ودرجاتها .
- ٢- تنصب موضوعاته على روابط الأحوال العينية حيث تندرج تحتها قسمين كبيرين هما : الحقوق الشخصية والعينية .

ويعد القانون المدني هو أصل القانون الخاص ، وعنه تفرعت فروع القانون الخاص الأخرى ومنها القانون التجاري والوقف والهبة والوصية والأحوال الشخصية ؛ ولذا فإنه يجب الرجوع إليه في كل المسائل الخاضعة للقانون الخاص إذا لم يكن لها نص خاص بها يمكن تطبيقه على المسألة المتنازع عليها^(٢) .

والقانون المدني اليمني لا يختلف من حيث ماهيته التنظيمية عن غيره من القوانين المدنية ، ولكنه امتاز بالخصائص الجوهرية الآتية :

- ١) أنه مأخوذ من الشريعة الإسلامية : حيث نص في المادة الأولى منه بأنه مأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية ويسري على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظاً ومعنى^(٣) .

(١) محمد حسين الشامي ، مدخل القانون ، ص ١٤ .

(٢) ينظر المواد (١٣١ ، ١٣٢ ، ١٣٤ ، ١٣٥) من القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م .

(٣) المادة (١) من القانون المدني : يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية يسري على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظاً ومعنى ، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون ، فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعاً ، فإذا لم

- (٢) أنه تضمن حماية امتناع الإلغاء والتعديل للقوانين الشرعية إذا كان دليل الحكم صريحاً من الكتاب والسنة لا يحتمل التأويل، أو كان ثابتاً بالإجماع، أو كان الهدف من الإلغاء أو التعديل العدول عن الحكم الشرعي إلى حكم يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية^(١).
- (٣) أنه لم يلتزم ويقف عند مذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي، ولذا جاءت نصوصه متنوعة المصدر ومواكبة للتطورات ولطبيعة العلاقات المعاصرة ومرنة في مواكبة كل المستجدات، ومع ذلك فهو كثير التأثير بالمذهب الزيدي بل يعد المصدر التاريخي للقانون، وهذا ملاحظ في الصياغة القانونية في كثير من مواده^(٢).
- (٤) اشتماله في مقدمته على عدد من القواعد الكلية للفقه الإسلامي كما سيأتي بيانه.

المطلب الثاني : تقنين القواعد الفقهية

تقنين الفقه هو صياغة الأحكام الفقهية على شكل مواد مرقمة ومسلسلة ومختصرة، ومن ثم صدور أمر ولي الأمر بالعمل بمقتضاه، فغاية التقنين الإسلامي أنه عبارة عن كتاب فقهي مضبوط سهل المآخذ عاري من الاختلاف حاوي للأقوال المختارة سهل المطالعة على كل أحد أمر ولي الأمر باعتماده في القضاء أو السلطة التي خولها الدستور ذلك^(٣)، وهكذا كانت مجلة الأحكام العدلية فهي عبارة عن قانون مدني مستمد من الفقه على المذهب الحنفي، وتشتمل على مجموعة من أحكام المعاملات والدعاوى والبيانات، وضعتها لجنة علمية مؤلفة من ديوان العدلية بالأستانة برئاسة ناظر الديوان سنة 1286 هـ، وصاغت الأحكام التي اشتملت عليها في مواد ذات أرقام متسلسلة على نمط

يوجد عرف فبمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية جملة ويستأنس برأي من سبق لهم اجتهاد من علماء فقه الشريعة الإسلامية، ويشترط في العرف أن يكون ثابتاً ولا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامة.

(١) المادة (٢) من القانون المدني: لا يجوز إلغاء أو تعديل القوانين الشرعية في الأحوال الآتية:

- ١- إذا كان دليل الحكم نصاً صريحاً من الكتاب أو السنة النبوية الصحيحة لا يحتمل التأويل أو الترجيح.
- ٢- إذا كان دليل الحكم إجماعاً.
- ٣- إذا كان الهدف من الإلغاء أو التعديل العدول عن الحكم الشرعي إلى حكم يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وفيما عدا ذلك يجوز الإلغاء أو التعديل ابتغاء الوصول إلى حكم شرعي آخر أقوى دليلاً و أوفى بالمصلحة..

(٢) إسماعيل محمد المحاقري، دراسات ومبادئ وقواعد وضوابط قانونية وفقهية في القانون المدني والفقه الإسلامي ج١ ص٩.

(٣) سن القوانين من وظيفة الدولة، والدستور هو الذي يبين الهيئة التي تمارس هذه الوظيفة، ولاشك أن الهيئة تختلف باختلاف شكل ونظام الحكم. ينظر: الشامي، مدخل القانون، ص ٨٩.

القوانين الحديثة؛ ليسهل الرجوع إليها، والإحالة عليها، وجاء مجموعها في (١٨٥١ مادة)، ورتبت مباحثها على الكتب والأبواب الفقهية المعروفة، وجاء في خاتمة التقرير المرفوع إلى السلطان العثماني لإقرار المجلة ما نصه: "وإذا استصوبت حضرتكم العلية هذه المعروضات المبسوطة وشحوا على المجلة الملقوفة بالخط الشريف الهمايوني والأمر لولي الأمر^(١)."

وقد صُدرت مجلة الأحكام العدلية - أول تقنين للفقهاء الإسلاميين على مذهب الحنيفة - بتسع وتسعين قاعدة فقهية حيث وضعت في نصوص قانونية، وقد حذا القانون المدني اليميني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م حذو مجلة الأحكام العدلية حيث تضمن في الكتاب الأول المسمى "الأحكام العامة في المعاملات" في القسم الأول منه المسمى "القانون وتطبيقه"، وفي الباب الأول منه المسمى: "القواعد الأصولية والكلية في تطبيق القانون"، ويقصد بها القواعد التي يسري حكمها على كل نصوص القانون باعتبارها جزئيات، وتعتبر القواعد الأصولية والكلية بمبدأ المشروعية لكل النصوص الجزئية وما يتفرع عنها من المستجدات التي لم تتناولها النصوص بالتفصيل لحدائثها أو التوابع التي لا تفرّد بالحكم، كما تتفرع عنها أيضا مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ولا رقابة عليه من المحكمة العليا متى كان التسبب سائغا ومقبولا، ووجه القبول أن يكون الاجتهاد متفرعا من أي القواعد الكلية^(٢).

وبناء على ما تقدم فالقواعد الفقهية تمثل مبادئ^(٣) الفقه الإسلامي، وهي المناظرة لما يسمى بمبادئ القانون^(٤)، ووظيفتها الاستئناس بها والرجوع إليها عند عدم وجود النص الخاص^(٥)، ووجوب تسبب الأحكام إذا خالفت القواعد الكلية؛ إذ حكم الحاكم ينقض إذا خالف القواعد الكلية^(٦).

(١) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ١ ص ٩-١٣.

(٢) محمد حسين الشامي، البداية في شرح القانون المدني اليميني، ص ٣.

(٣) المبادئ مرادفة للقواعد، جاء في المعجم الوسيط، ج ١ ص ٤٢: "ومبادئ العلم أو الفن أو الخلق أو الدستور أو القانون: قواعده الأساسية التي يقوم عليها ولا يخرج عنها".

(٤) إذ من المبادئ تطلق على قاعدة قانونية يقيّمها نص في تعابير عامة معدة لإيحاء تطبيقات متنوعة تفرضها سلطات عليا، وللمبادئ إطلاقات أخر جاء في معجم المصطلحات القانونية: أن المبادئ تطلق على عدد من الاطلاقات منها: (١) القاعدة والمعيار العام بدون طابع قانوني يمكن أن تستنتج منها معايير قانونية. (٢) قاعدة قانونية يقيّمها نص في تعابير عامة معدة لإيحاء تطبيقات متنوعة تفرضها سلطات عليا. (٣) وعلى مبدأ عام قانوني ملزم قانونا حتى ولولم يكن واردا في نص تشريعي، (٤) وعلى اسم يعطى لمبدأ عام قانوني غير قابل للانتهاك ويعد قاعدة مطلقة، (٥) وعلى قاعدة عامة يجب في حال غياب نص خاص أن تسوس نوعا من الحالات. ينظر: معجم المصطلحات القانونية لجيرار كورنو، ج ٢ ص ١٣٦٥-١٣٦٦.

(٥) أما إذا وجد النص الخاص فالعبرة بالنص الخاص كما في التقرير المرفوع إلى السلطان العثماني لإقرار المجلة. ينظر

ويجب على القاضي إعمال القواعد الفقهية وفقاً للنص فهي تعد أدوات القاضي لاستنباط الأحكام وخصوصاً في المسائل التي لا نص فيها أو إذا احتاج النص للتفسير^(١). وهذه القواعد الحاكمة لقانون المعاملات تمثل أخلاقيات القانون وتطابقه مع قيم المجتمع وعقيدته وأدابه، و عدالة القانون وتوازنه في تحقيق المصلحة العامة والخاصة^(٢). وهذه القواعد تدل أيضاً على أصالة القانون المدني اليميني وأنه لم يعتنق أي نظرية صماء، وإنما سار على نهج الشريعة الإسلامية واتخذ ما أمر الله به ونهى مذهباً له فغلبت مصلحة الجماعة حيث يجب تغليبها، وغلبت منفعة الفرد فيما لا يتعارض مع مصلحة الجماعة، وهو مذهب يمكن أن يوصف بأنه المذهب الوسط أو مذهب العدل؛ لأنه في كل نصوصه لم يتعصب ولم يتحيز لفقهاء مذهبي معين^(٤).

والقواعد الفقهية التي تضمنها القانون المدني في مقدمته بحسب المواد هي:

- ١) الشريعة الإسلامية مبنية على رعاية مصالح الناس ودرء المفسد عنهم، والتيسير في معاملاتهم وعدم تكليفهم بما يشق عليهم ويوقعهم في الضيق والحرَج بما يخالف الشريعة الإسلامية. (م ٣)
- ٢) الضرر يجب أن يزال، ودرء المفسد مقدم على جلب المصالح عند التعارض (م ٤).
- ٣) ما حرم لذاته ولسد الذريعة مباح عند الضرورة، والضرورات تبيح المحظورات التي لا تندفع إلا بها (م ٥).
- ٤) الأمور بمقاصدها، والعبارة في الكنايات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني (م ٦).
- ٥) لا ينسب لساكت قول إلا ما أستثنى بنص شرعي (م ٧).
- ٦) يجب إعمال الكلام في مقاصده (م ٨).
- ٧) اليقين لا يزال بالشك فما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين (م ٩).
- ٨) الظن البين خطؤه لا عبرة به (م ١٠).

: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ١ ص ١١.

(١) أحمد الحجي الكردي، القواعد الفقهية الكلية، ص ٨-٩.

(٢) إفتكار المخلافي، الوجيز في القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الخمسة والقانون اليميني، ص ٥١.

(٣) إسماعيل محمد المحاجري، دراسات ومبادئ وقواعد وضوابط قانونية وفقهية في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، ج ١ ص ١٠.

(٤) محمد حسين الشامى، مدخل القانون، ص ٣٧-٣٨.

٩) الأصل الظاهر (العدم) فمن تمسك به فالقول قوله ، ومن أدعى خلافه فالبينه عليه، والأصل بقاء ما كان حتى يثبت غيره ، والأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم الدليل على تحريمها، وما حرم أخذه حرم إعطاؤه ، والأصل براءة الذمة حتى يثبت غيرها (م ١١).

١٠) الأصل في المعاملات وأنواعها وكيفيةها ما أقره الشرع، ثم ما جرى به عرف الناس وتراضوا عليه ما لم يخالف حكم الشرع من تحليل حرام أو تحريم حلال، وإذا اجتمع التحليل والتحريم غلب جانب التحريم ، وكل حكم مبني على عرف أو عادة يتغير بتغير ذلك العرف ويزول بزوال تلك العادة (م ١٢).

١١) العقد ملزم للمتعاقدين، والأصل في العقود والشروط الصحة حتى يثبت ما يقتضي بطلانها، والغش يبطل العقود، والضرر اليسير فيها الذي لا يمكن الاحتراز عنه عادة لا يكون مانعاً من صحة العقد (م ١٣).

١٢) يجب في العقود والشروط الوفاء بها ما لم تتضمن تحليل حرام أو تحريم حلال فإنه لا يعمل بها، وكل حكم ربط بسبب أو شرط فإنه ينتفي بانتفاء سببه أو شرطه (م ١٤).

١٣) تصرف الدولة منوط بالمصلحة، والولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة (م ١٥).

١٤) الخراج بالضمان، فكل من كان ضامناً لشيء وعليه تبعة هلاكه يستحق غلته في فترة ضمانه له إلا في الرهن فخرجه للملكه. (م ١٦)

١٥) من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر، أما من استعمل حقه استعمالاً يتنافى مع الشرع والعرف فإنه يكون مسؤولاً عما يترتب على استعماله غير المشروع من ضرر ، ويكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

- ١- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.
- ٢- إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بالقياس إلى ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
- ٣- إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة. (م ١٧).

المطلب الثالث : قواعد التصرف عن الغير في القانون المدني اليميني

لقد اتضح لنا أن قواعد التصرف انتظمت في خمس قواعد تمثل رؤية متكاملة حول التصرف عن الغير في الفقه الإسلامي، وسنبين هنا موقف القانون المدني منها وذلك كالآتي :

أولاً : قاعدة لا يتصرف في مال معصوم إلا بإذن ربه

لم ينص عليها القانون صراحة ولكن يمكن القول بأنها من القواعد المطردة التي لم يستثن منها شيء من الفروع، و التي مضمونها موجود في القانون، وخصها بأحد أنواع التصرف وهو التعاقد؛ إذ التعاقد نوع منه، وتظهر هذه القاعدة في جزئيات القانون الآتية:

- (١) يشترط في التعاقد إذا باشر العقد عن غيره أن يكون ذا ولاية أو صفة. (م ١٦٢ مدني).
- (٢) بيّن أن التعاقد عن الغير يكون بأحد أمرين: إما باتفاق مع صاحب الشأن أو بناءً على نص في القانون الشرعي. (م ١٦٤ مدني)، والذي يظهر للباحث أن المراد بالقانون الشرعي كل ما جاز التصرف فيه بناءً على إذن الشارع كما تقدم بيانه في بيان ما يستثنى من القاعدة.
- (٣) بيّن أنه إذا فقد الإذن المأخوذ من صاحب الشأن عرفاً أو فقد الإذن الشرعي فإنه يعد غاصباً، ويترتب عليه الضمان، ومن ذلك ضمان المنافع بأجرة العين المغصوبة ولولم ينتفع بها ولو كانت مما لا يجوز تأجيرها كالمسجد. (م ١١١٩، ١١٢٢، ١١٣١ مدني).
- (٤) لا يجوز البسط على الوقف من أي شخص أو جهة إلا بإذن المتولي وبعد الاستئجار منه. (م ٦٣ وقف).

(٥) الإجازة اللاحقة لتصرف سابق في حكم الوكالة السابقة. (م ٩٠٩ مدني)؛ إذ تصرفات الفضولي عن غيره تتوقف على إجازة صاحب الشأن ما لم ينص القانون صراحة على بطلان تلك التصرفات (م ١٧٠ مدني)، ومن ذلك: بيع الفضولي وهو من لا يملك المال وليس بوكيل لمالكة ولا ولي أو وصي عليه موقوف على إجازة مالك المال أو وليه أو وصيه. (م ٤٦٧ مدني).

ثانياً: قاعدة من لا يملك تصرفاً لا يملك الإذن فيه

هذه القاعدة وردت في القانون صريحة وذلك في باب الوكالة وقد عرفت الوكالة كما في القانون بأنها إقامة الغير مقام النفس حال الحياة في تصرف معلوم جائز شرعاً فيما يصح للأصيل حق مباشرته بنفسه، وأن كل تصرف يجوز للموكل أن يعقده بنفسه يجوز له أن يوكل فيه غيره إلا ما استثني، (م ٩٠٥، ٩٠٦ مدني)، وبيّن القانون ما لا تجوز الوكالة فيه ونصه: "ولا تجوز الوكالة في أمر متعلق بشخص الموكل كاليمين واللعان، ولا في محذور، ولا في تأدية الشهادة إلا على وجه الإرعاء، ولا في الإحياء والتحجر إلا في حدود ما يسد حاجته وحاجة من تلزمه نفقته".

وفي هذه المستثنيات بهذا السياق يظهر تأثر المقنن اليمني بالمذهب الزيدي، ونص متن الأزهاري: "لا تصح الاستنابة في إيجاب ويمين ولعان مطلقاً وقربة بدنية إلا الحج لعذر، ومحذور ومنه الظهار

والطلاق البدعي ، ولا في إثبات حد وقصاص ، ولا استيفائهما إلا بحضرة الأصل ، وفي الشهادة إلا الإرعاء ، ولا في نحو الإحياء وما ليس للأصل توليه بنفسه في الحال غالباً^(١) .
وهذا يؤكد ما ذهب إليه المحقري من أن أغلب المبادئ والقواعد الحاكمة للقانون اليميني والمحددة لتوجهاته مصدرها الفقه الزيدي^(٢) .
وقد بين القانون أنه تسري على الوكالة أحكام النيابة عن الغير المبينة في المواد من (١٦٥ - ١٦٩) من هذا القانون .

ثالثاً: قاعدة التصرف عن الغير منوط بالمصلحة

وهذه القاعدة نصَّ عليها القانون صراحة، بل هي من القواعد الكلية التي استفتح بها القانون، والقانون نص عليها بلفظ: "تصرف الدولة منوط بالمصلحة" (م ١٥ مدني) ، ولعل المقنن اليميني استبدل الإمام بالدولة، وكان الأولى التعميم؛ لأن التصرف بالمصلحة ليس خاصاً بالدولة وعمالها ، بل في كل من يتصرف عن الغير سواء أكان ذا ولاية خاصة أو ولاية عامة، ولذا فإن تعبير السبكي عن القاعدة هو الأولى وهو أن كل متصرف عن الغير عليه أن يتصرف بالمصلحة .

ومن جزئيات القانون المدرجة في القاعدة :

- ١) يجوز للاب والجد عند فقد الأب مصلحة الصغير وبموافقة القاضي أن يرهن مال الصغير لنفسه (م ٩٨٧ مدني) .
- ٢) لا يصح عقد الولي النكاح للولد الصغير إلا لثبوت مصلحة (م ١٥ شخصي)
- ٣) للحاكم أن يأذن لولي المجنون أو المعتوه بإيقاع الطلاق عنه إذا وجد سبباً يدعو لذلك وتحققت المصلحة (م ٦٠ شخصي) .
- ٤) إذا اختلف من لهم الكفالة غير الأب والأم أختار القاضي من فيه المصلحة للولد بعد استطلاع رأيه (م ١٤٨ شخصي) .
- ٥) كل تصرف من الوصي في كرائم الأموال في العقار متوقف نفوذه على صدور إذن المحكمة مسبقاً في ضوء ما يثبت لديها من المصلحة للقاصر (م ٢٩٠ شخصي) .
- ٦) التصرف بالوقف منوط بتحقيق المصلحة، وكل تصرف انطوى على غبن فاحش على الوقف فهو باطل (م ٥٧ وقف) .

(١) أحمد بن قاسم العنسي ، التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار في فقه الإئمة الأطهار ، ج٤ ص ١٢٠- ١٢١ .
(٢) إسماعيل محمد المحاجري ، دراسات ومبادئ وقواعد وضوابط قانونية وفقهية في القانون المدني والفقه الإسلامي ، ج٩ ص ١٠٠-١٠١ .

رابعا: قاعدة الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة

هذه القاعدة منصوص عليها و مطردة ، بل هي من القواعد الكلية التي استفتحت بها القانون ، والقانون نص عليها بلفظ: "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة" (م ١٥ مدني) ، وقد تقدم بيان الولاية العامة والولاية الخاصة ،

ومن تطبيقات القانون المدرجة في القاعدة :

(١) لا ولاية لوزارة الأوقاف ولا للقضاة ولا من يعينه أحدهما مع وجود الولي الخاص المتأهل وقد نص قانون الوقف الشرعي في المادة (٤٩): "الولاية على الوقف للواقف ، ثم لمنصوبه وصياً أو ولياً ، ثم للموقوف عليه ، ثم لذي الولاية العامة والحاكم أو من يعينه أحدهما لذلك ."

(٢) إنما يتولى القاضي عقد النكاح عند فقد الولي الخاص من الأبوة والبنوة والعصوبة (م ١٦ و ١٧ شخصي)

(٣) الوصي هو الذي يقيمه المورث في تركته لتنفيذ وصاياه بقضاء ديونه ورعاية قصاره وأموالهم ، والوصي مقدم على القاضي ، وإذا مات ولم يوص في رعاية الصغار وأموالهم يقدم الأب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ، و تعين المحكمة منصوباً (وصياً) لمن لا وصاية له (م ٢٦١ و ٢٦٢ و ٢٦٣ شخصي)

خامسا : قاعدة : لا يجوز لواحد تولي طرف التصرف

لم ينص القانون عليها صراحة ، ولكن ضمناً؛ فإنها قاعدة مطردة في القانون ، وذلك ظاهر جلي من خلال جزئيات القانون الآتية :

(١) منع أن يتعاقد الوكيل مع نفسه لنفسه باسم من ينوب عنه إلا فيما يجيزه القانون (م ١٦٩ مدني) ، ولم يظهر للباحث صورة يجوز فيها ذلك إلا في النكاح ؛ فيصح أن يتولى عقد الزواج عن طرفية شخص واحد ينطق بصيغة الإيجاب والقبول في مجلس العقد (٢٠ شخصي).

(٢) شدد القانون حتى في بيع الوالد لولده والعكس ، ومع أنه لم يجز له تولي الطرفين ، فقد أناط القبول من منصوب القاضي الذي يقبل البيع عن الصغير ثم يسلمه بعد ذلك لوالده ليحفظه لولده ، واشترط القانون أن لا يكون البيع منطوياً على حيلة (م ٤٦٤ مدني) ، ولعل المقتن رأى في ذلك فساد الزمن وإن كان سائر الأئمة ماعدا زفر يجيزه .

(٣) منع بيع الوصي المنصوب ماله للمشمول بوصايته ، وكذا شراء مال المشمول بوصايته لنفسه إلا بإذن القاضي (م ٤٦٥ مدني).

(٤) جَوِّزَ للأب وكذا الجد عند فقد الأب أن يرهن مال الصغير لنفسه ، وقيده بأن يكون لمصلحة الصغير وأن يكون بموافقة القاضي (م ٩٨٨ مدني) .

٥) لا يجوز للوصي رهن ماله عند من له الولاية عليه ولا ارتهان مال من له الولاية عليه لنفسه (م ٩٨٨ مدني).

٦) لا يجوز لمن ينوب عن غيره بموجب اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري لنفسه مباشرة أو باسم مستعار، ولو بطريق المزاد العلني بما نيظ به بيعه بموجب هذه النيابة، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في القانون بخلاف ذلك (م ١٠٣ تجاري)، وكذا لا يجوز للسماسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار (م ١٠٤ تجاري)، ومع ذلك فقد رأى القانون أن ذلك يجوز إذا أجازه من تم البيع لحسابه (م ١٠٥ تجاري).

الخاتمة

في نهاية هذا البحث أحمد الله وأشكره على ما منَّ به علي، وأسأله سبحانه وتعالى أن يجعل ما ذهبت إليه صواباً، وأن أكون قد وفقت لحل مشكلة البحث.

وهنا أقف لبيان أهم نتائج البحث، وذلك كما يأتي:

أولاً: التصرف عن الغير في الفقه الإسلامي يمكن ضبطه في خمس قواعد تشكل رؤية متكاملة عن الموضوع، وهي:

القاعدة الأولى: لا يتصرف في مال معصوم إلا بإذن ربه.

القاعدة الثانية: من لا يملك تصرفاً لا يملك الإذن فيه.

القاعدة الثالثة: التصرف عن الغير منوط بالمصلحة.

القاعدة الرابعة: الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة.

القاعدة الخامسة: لا يتولى واحد طرفي التصرف.

ثانياً: بالنسبة لمدى أخذ القانون المدني اليمني رقم (١٤) لعام ٢٠٢٢م بها فقد تبين الآتي:

١) أخذ القانون صراحة بقاعدتي التصرف عن الغير منوط بالمصلحة والولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة، وضمنها القواعد الأصولية والعامة والكلية في تطبيق القانون، إلا أن القانون خص التصرف عن الغير بالدولة فقط.

٢) أخذ القانون ضمناً بقاعدتي: لا يتصرف في مال معصوم إلا بإذن ربه، وقاعدة من لا يملك تصرفاً لا يملك الإذن فيه.

٣) تشدد القانون في قاعدة لا يتولى واحد طرفي التصرف واحد حيث أنط مستثنيات القاعدة التي ذكرها الفقهاء بالقضاء.

ويوصي الباحث بالآتي:

- ١) دراسة قواعد التصرف عن الغير في الفقه والقانون برسالة علمية مستقلة .
- ٢) يوصي المقنن اليمني : بتضمين كافة قواعد التصرف عن الغير ضمن القواعد الأصولية والكلية والعامّة في تطبيق القانون ، وباستعمال العموم في قاعدة التصرف عن الغير بدلا من تخصيصه بالدولة ، واستبدال التعاقد بالتصرف ، إذ التصرف أعم .

قائمة المراجع

- ١- القرآن الكريم .
- ٢- إبراهيم مصطفى و أحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار، المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية، استانبول، د.ط، دت .
- ٣- ابن جزى ، أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى ، القوانين الفقهية ، المكتبة الشعبية ، بيروت ، لبنان ، د.ط، دت .
- ٤- ابن جزى أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى ، تقريب الوصول إلى علم الأصول ، اعتنى بها محمد علي محمد الأزهرى ، دار أصول الدين ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الأولى ، ١٤٤١هـ - ٢٠٢٠م .
- ٥- ابن حجر ، شهاب الدين أحمد بن محمد بن محمد ابن حجر الهيتمي أبو العباس ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م .
- ٦- أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي الحنفي ، الكليات ، تحقيق عدنان درويش ومحمد المصري ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م .
- ٧- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، المغني ، مكتبة القاهرة ، د م ، د.ط ، ١٣٨٨هـ ١٩٦٨م .
- ٨- أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، صححه وعلق عليه مصطفى أحمد الزرقا ، دار القلم ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م .
- ٩- أحمد الحجي الكردي ، القواعد الفقهية الكلية ، دار الطاهرية ، الكويت ، الكويت ، الطبعة الأولى ، ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م .
- ١٠- أحمد بن قاسم العنسي ، التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار ، دار الحكمة اليمانية ، صنعاء ، اليمن ، د.ط ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م ،
- ١١- أحمد بن محمد الحموي الحنفي ، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .
- ١٢- أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، المصباح المنير ، دار الحديث ، القاهرة، مصر. الطبعة الأولى

١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

١٣- إسماعيل محمد المحاقري ، دراسات ومبادئ وقواعد وضوابط قانونية وفقهية في القانون المدني والفقه الإسلامي ، الجزء الأول ، مكتبة الجيل الجديد ، صنعاء ، اليمن ، الطبعة الأولى ، ٢٠٢٠م .

١٤- إفتكار مهيبوب دنوان المخلافي ، الوجيز في شرح القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الخمسة والقانون اليمني ، مكتبة الصادق ، صنعاء ، اليمن ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٦م .

١٥- تاج الدين عبدالوهاب بن علي السبكي ، الأشباه والنظائر ، تحقيق عادل أحمد عبدالموجود ، وعلي محمد معوض ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٤١١هـ-١٩٩١م .

١٦- تقي الدين علي بن عبدالكافي السبكي أبوالحسن، فتاوى السبكي ، دار المعرفة، بيروت ، لبنان ، د.ط ، د.ت .

١٧- جيرار كورنو ، معجم المصطلحات القانونية ، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٨م ،

١٨- الحافظ صلاح الدين خليل كيكليدي العلائي الشافعي ، المجموع المذهب في قواعد المذهب ، دراسة وتحقيق مجيد علي العبيدي و أحمد خضير عباس ، دار عمار ، عمان ، الأردن ، ١٤٣٥هـ-٢٠٠٤م .

١٩- الخطيب الشربيني ، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، د.ط ، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م .

٢٠- زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري أبويعحي ، أسنى المطالب شرح روض الطالب ، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة ، مصر ، د.ط، د.ت .

٢١- زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي ، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م

٢٢- سعد الدين مسعود ابن عمر التفتازاني ، شرح التلويح على التوضيح ، طبعة مصورة للمكتبة الأزهرية للتراث ، القاهرة ، مصر ، د.ط ، د.ت .

٢٣- سلطان العلماء أبي محمد عزالدين عبدالعزيز بن عبدالسلام السلمي ، الفوائد في اختصار المقاصد ، تحقيق إياد خالد الطباع، دار الفكر ، دمشق ، سورية ، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ-

١٩٨٦م

- ٢٤- سلطان العلماء أبي محمد عزالدين عبدالعزیز بن عبدالسلام السلي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق د نزيه حماد ود عثمان ضميرية، دار القلم، دمشق، سورية، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.
- ٢٥- سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ط، د.ت.
- ٢٦- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأخيرة، ١٤٠٤هـ- ١٩٨٤م.
- ٢٧- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، عالم الكتب، بيروت، لبنان، د.ط، د.ت.
- ٢٨- عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م.
- ٢٩- عبدالرحمن بن محمد بن حسين المشهور، بغية المسترشدين في تلخيص فتاوى بعض الأئمة من العلماء المتأخرين، تشرف بخدمته لجنة التحقيق بدار المنهاج، دار المنهاج، جدة، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٣٩هـ- ٢٠١٨م.
- ٣٠- عبدالله بن سليمان الجرهمي، المواهب السنية شرح الفرائد الفقهية في نظم القواعد الفقهية مطبوع أعلى الفوائد الجنية، الطبعة الثانية، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ١٤١٧هـ- ١٩٩٦م.
- ٣١- علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ط، د.ت.
- ٣٢- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهيم الحسيني، دار الجيل، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة ١٤١١هـ- ١٩٩١م.
- ٣٣- قانون الأحوال الشخصية رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م.
- ٣٤- القانون التجاري، رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١م.
- ٣٥- القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م.
- ٣٦- قانون الوقف الشرعي، رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٣م.
- ٣٧- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول، شركة الطباعة الفنية المتحدة، د.م، الطبعة الأولى، ١٣٩٣هـ- ١٩٧٣هـ.
- ٣٨- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د.ط، د.ت.
- ٣٩- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة،

مصر، د.ط، ١٩٩٦م.

- ٤٠- محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، المنثور في القواعد، تحقيق د تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، الكويت، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
- ٤١- محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.
- ٤٢- محمد بن محمد بن مصطفى الخادمي المشهور بأبي سعيد الخادمي الحنفي، مجامع الحقائق والقواعد وجوامع الروائق والفوائد في أصول الفقه والقواعد الفقهية، دراسة وتحقيق خالد غريزي، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٣٧هـ-٢٠١٦م.
- ٤٣- محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
- ٤٤- محمد حسين الشامي، البداية في شرح القانون المدني اليمني، دن، د.م، د.ط، ١٤٢٥هـ،
- ٤٥- محمد حسين الشامي، الوجيز في مدخل القانون، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، اليمن، الطبعة السادسة، ١٤٣٢هـ-٢٠١٢م.
- ٤٦- منصور بن يوسف المهوتي الحنبلي، كشاف القناع على متن الإقناع، تحقيق محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
- ٤٧- يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، القواعد الفقهية، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، الطبعة الخامسة، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.

السائح بين الضوابط الشرعية والمعايير القانونية

إعداد: د. علوي بن سالم أبوفطيم

The Tourist Between Islamic and Legal Standards **Dr. Alwi Salem Abuftaim** **Professor of Islamic Jurisprudence (Fiqh) and its** **Sciences, Faculty of Sharia and Law College, Al-Ahqaf** **University**

ملخص البحث

يتناول البحث "ضوابط شرعية ومعايير قانونية" فارقة لمنهج السائح المسلم أثناء سياحته في أرجاء المعمورة، تجعله يسير في الأرض على بصيرة من أمره وهدى من ربه. وقد ركز البحث في مبحثه الأول على تحرير مفهوم السائح عند المفسرين والفقهاء والقانونيين، وبيان الأغراض الصحيحة لسفر السائح ودوافعه المعتبرة، كما أشار إلى أبرز ضوابط السائح المسلم في سياحته الداخلية والخارجية، وضوابط غير المسلم حين سياحته للبلاد الإسلامية مما ينبغي أن ينص عليها القانون.

وتعرض البحث في المبحث الثاني إلى نماذج تطبيقية من المعايير القانونية والآليات الضابطة لأمن السائح وحمايته وحرياته في التنقل والترفيه والتملك والاستثمار والتقاضي، كما تطرق إلى توصيف نماذج من الانتهاكات والجرائم التي يرتكبها السائح، أو يقع ضحيتها مما عاقب عليها القانون. وقد خلص البحث في خاتمته إلى أنّ صناعة السائح المسلم لا تتم إلا من خلال تجسيده الإسلام في ذاته، وتطبيقه ما شرع الله في أيّ مكانٍ يذهب إليه، وأي بقعة يأويها، وأوصى بحصر المعايير الضابطة لسلوك السائح وتصرفاته؛ ليسهل تقنينها في قوانين الدول الإسلامية.

The research is covering the wide area of Islamic and legal criteria for the approach of the Muslim tourist during his travel around the world. These criteria make the Muslim follows Allah's commands while traveling.

The first part of this research focuses on the concept of tourist according to Islamic jurists and lawyers, and explaining the accurate purposes of the tourist's travel reasons and motives. Moreover, the research will cover the topic of what the non Muslim tourist should do and follow while visiting a Muslim country, which should be a part of the legal system of the Islamic country.

The second part of the research will cover a real life examples from the legal standards and mechanisms controlling the security of tourists and their freedom of movement, entertainment, ownership, investment and litigation. Moreover, this part will mention some legal violations that the non Muslim tourist could commit and punishable by law. The research conclusion will have more recommendations about what the Muslim tourist and a Muslim state should do.

الكلمات المفتاحية: السائح، النزهة، الضوابط، المعايير، الغرض، السفر.

Key words: tourist, entertainment, foreign investor, freedom, purpose, and travel.

مقدمة البحث

الإنسان منذ القدم يسيح في الأرض ويطوف في أصقاعها سعياً للرزق وبحثاً عن أمنه واستقراره وسعادته، إلا أنه قد اتسع غرضه في عالمنا المعاصر وتنوعت رغبات سفره وتنقله في البلدان بين الأغراض المحمودة والمدمومة وفي غالبيتها للنزهة والثقافة والاستكشاف والمتعة والاستجمام.

اشكاليات البحث: ذكر القرآن الكريم لفظ السائحين والسائحات، ولكن تعددت آراء المفسرين في مدلوله ومعناه؛ فنتج اضطراباً يحتاج إلى تحرير وضبط. كما وردت عن الفقهاء مسائل قيّمة تكشف حقيقة السائح المسلم وما ينبغي أن يكون عليه؛ ولكنها نصّت أن الشخص الذي يكون غرضه من السفر مجرد رؤية البلاد يعتبر سفره معصية؛ فلا يجوز بسفره رخص السفر الشرعية من قصر الصلاة وجمعها وإفطار الصائم ونحو ذلك، كما اختلفت أنظار الفقهاء فيمن كان غرضه من السفر التبرُّه، وهل مقصد النزهة والتعرُّف على البلدان بمعنى أم بينهما اختلاف؟ وينبغي على ذلك اختلاف في الأحكام.

ومن الناحية القانونية فإن قوانين السياحة للدول - ومنها دولنا الإسلامية - سمحت للسائح التنقل فيها بحريّة تامة، وأتاحت له مختلف سبل الترفيه والمتعة والرفاهية، واهتمت بمردوده الاقتصادي والحيوي؛ ولكنها لم تكترث بتأثيره القيمي والفكري الذي يحدثه في مجتمعاتها؛ فلم تحدد في غالب قوانينها معايير ضابطة لتلك الحريات المخولة للسياح؛ الأمر الذي أدّى إلى فساد الشعوب المسلمة، وانتشار الخمر والعُري، و أماكن الرقص وبيوت الدعارة، وانحلال فكري وانخلاع عن الفطرة!!

ومن خلال هذا يمكن بلورة التساؤلات في الآتي:

- كيف يمكن صناعة السائح المسلم المنضبط بتعاليم دينه الحنيف وقيمه الأصيلة.
- وما هي الآليات القانونية التي تضبط حرية السياح وتصرفاتهم، وتحصّن المجتمعات مما تحدثه السياحة من سلبيات.

أهمية البحث:

تتجلّى أهمية البحث فيما يمثّله السائح من أهمية كبرى في رفع اقتصاد الدول وإنعاش الاستثمار، وتأثيره سلباً وإيجاباً في الأفراد والمجتمعات.

أهداف البحث: يهدف البحث إلى:

- إبراز أسس شخصية السائح المسلم.
- معرفة أهم المعايير والضوابط أثناء السياحة الداخلية أو الخارجية.

- تشخيص سلبيات بعض السياح الأجانب في هدم المجتمعات الإسلامية، ومعرفة
مكامن الداء وعلاجه.

خطة البحث:

انتظم البحث في مقدمة، ومبحثين، وخاتمة.
المبحث الأول في مفهوم السائح وضوابطه المرعية؛ وقد احتوى على مطلبين:
المطلب الأول: في تحرير مصطلح السائح.
المطلب الثاني: في ضوابط السائح وأخلاقياته.
المبحث الثاني: في المعايير القانونية الضابطة لحرية السائح وجرائمه، واشتمل على مطلبين:
المطلب الأول: في معايير ضبط حرّيات السائح،
المطلب الثاني: في ضبط الجرائم التي تقع من السائح أو تقع عليه.
الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات.
هذا وأسأل الله أن يكون هذا العمل مقرباً إليه، ونافعاً لي ولغيري؛ إنه على ذلك قدير
وبالإجابة جدير.
وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه، ومن سار على دربه، والحمد لله رب العالمين.

❖ المبحث الأول: مفهوم السائح وضوابطه المرعية:

■ المطلب الأول: تحرير مصطلح السائح:

أصل السائح الذاهب في الأرض، ومنه يقال: ساح الماء إذا جرى على وجه الأرض، و (السيح) الماء الجاري. و (ساح) في الأرض يسيحُ (سيحا) و(سيوحا) و (سياحة) و (سيحانا) بفتح الياء، فهو سائح ، فالسياحة في اللغة: مطلق الذهاب في الأرض سواء كان للعبادة أو غيرها، وجعلها ابن منظور للذهاب في الأرض للعبادة خاصة^(١) وقد انتقده مرتضى الزبيدي وقال إنه محل تأمل، إذ تقييدها بالعبادة اصطلاح^(٢) ، ومن الخطأ الشائع أن بعض الناس يجمعون سائحاً على سواح، وهم الضاريون في الأرض للتفرج والزهوة؛ وهذا وهم ظاهر، والصواب أن يقال: سيّاح؛ لأنه مشتق من الفعل ساح الماء يسيح

^(١) ابن منظور، محمد بن مكرم: لسان العرب، دار صادر بيروت، ط ٣، ١٤١٤هـ، مادة(سيح)،(٢/٤٧٦).

^(٢) مرتضى الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس، مجموعة من المحققين، دار الهداية، مادة (س ي ح)، (٦/٤٩٠).

سياحة^(١).

وقد ورد لفظ السياحة في القرآن في ثلاثة مواضع: الأول: في سورة التوبة في قوله تعالى: ﴿فَسِيحُوا فِي الْأَرْضِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾^(٢)، والموضع الثاني في نفس السورة وهو قوله تعالى: ﴿التَّائِبُونَ الْعَمِيدُونَ الْحَمِيدُونَ الْمُخْلِصُونَ الْمَكْتُوبُونَ السَّاجِدُونَ وَالْمُهَلِّبُونَ فِي الْمَسَاجِدِ الَّذِينَ يُحْمَلُونَ إِلَى مَوَاقِدِ أُولَئِكَ أَصْحَابُ الْأَعْرَابِ أُولَئِكَ هُمُ السَّيِّئُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّكَاثُمُونَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَالْحَافِظُونَ لِحُدُودِ اللَّهِ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ﴾^(٣)، والثالث: في سورة التحريم قوله عز وجل: ﴿عَسَى رَبُّهُ إِنْ طَلَّقَكُنَّ أَنْ يُبَدِّلَهُ أَزْوَاجًا خَيْرًا مِنْكُنَّ مُسْلِمَاتٍ مُؤْمِنَاتٍ قَنَاطٍ تَنَبَّاتٍ وَعَمِيدَاتٍ سَيَجْعَلُ لَكُم مَخْرَجًا وَمَا كُنَّا بِمُعْظِمْكُمْ فَكْرًا وَأَنْتُمْ مُسْلِمَاتٌ﴾^(٤).

وقد اختلف المفسرون في المراد من هذا اللفظ الوارد في القرآن على أقوال: القول الأول: أنهم الصائمون، وهو قول جمهور المفسرين. قال ابن عباس: «كل ما ذكر في القرآن من السياحة فهو الصيام»، وخصه الحسن بصوم الفرض، وقيل هم الذين يديمون الصيام^(٥).

وسبب تفسير السائح بالصائم ثلاثة أوجه:

الأول: أن الذي يسبح في الأرض متعبدا لا زاد معه، كان ممسكا عن الأكل، والصائم يمسك عن الأكل، فلهذه المشابهة سمي الصائم سائحا. الثاني: أن أصل السياحة الاستمرار على الذهاب في الأرض كالماء الذي يسبح والصائم يستمر على فعل الطاعة، وترك المشتهى، وهو الأكل والشرب والوقوع، والثالث: أن الإنسان إذا امتنع من الأكل والشرب والوقوع وسد على نفسه أبواب الشهوات، انفتحت عليه أبواب الحكمة، وتجلت له أنوار عالم الجلال، فيصير من السائحين في عالم جلال الله المنتقلين

^(١) الحريري: القاسم بن علي البصري، درة الغواص في أوهام الخواص، تحقيق عرفات مطرجي، مؤسسة الكتب الثقافية-بيروت، ط١، ١٩٩٨م، ص ٢٦٦.

^(٢) سورة التوبة، آية: ٢.

^(٣) سورة التوبة، آية: ١١٢.

^(٤) سورة التحريم، آية: ٥.

^(٥) الطبري، محمد بن جرير: جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م، (٥٠٤/١٤).

من مقام إلى مقام، ومن درجة إلى درجة، فيحصل له سياحة في عالم الروحانيات^(١).
والقول الثاني: أن المراد من السائحين طلاب العلم، ينتقلون من بلد إلى بلد في طلب العلم، وهو قول عكرمة^(٢).

والثالث: أنهم المجاهدون في سبيل الله، وهو قول عطاء^(٣): لحديث النبي ﷺ: «إِنَّ سِيَاحَةَ أُمَّتِي الْجِهَادُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى»^(٤).

والقول الرابع: أنهم المهاجرون، وعزاه القرطبي لعبد الرحمن بن زيد^(٥).
والقول الخامس: أنهم السائحون السائرون في الأرض، وهو مأخوذ من السيح، سيح الماء الجاري، والمراد به من خرج مجاهدا مهاجرا، ذكر هذا القول الرازي عن أبي مسلم^(٦).

والمعنى الذي يميل إليه الباحث هو مطلق السير في الأرض إذا كان بقصد الاتعاظ والادكار؛ لأنه يؤيده أصل الوضع اللغوي، والأصل حمل اللفظ على حقيقته، كما تعضده الآيات الكثيرة الأخرى التي تحت على السير في الأرض والتفكر في بديع صنعه عز وجل؛ للتأمل وأخذ العبرة والاتعاظ من أجل زيادة الإيمان وترسيخه وتوحيد الخالق وتعظيمه كما في قوله تعالى: ﴿قُلْ سِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَانظُرُوا كَيْفَ بَدَأَ الْخَلْقَ ثُمَّ اللَّهُ يُنشِئُ النَّشْأَةَ الْآخِرَةَ إِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾^(٧)، وقوله تعالى: ﴿أَوَلَمْ يَنْظُرُوا فِي مَلَكُوتِ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا خَلَقَ اللَّهُ مِنْ شَيْءٍ وَأَنْ عَسَىٰ أَنْ يَكُونَ قَدِ اقْتَرَبَ إِلَهُمْ فَيَأْتِيهِمْ حَدِيثٌ بَعْدَهُ يُؤْمِنُونَ﴾^(٨)، وقوله عز وجل: ﴿قُلْ سِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَانظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الْمُجْرِمِينَ﴾^(٩)، وقوله تعالى:

^(١) الرازي: التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي-بيروت، ط ٣، ١٤٢٠هـ، (١٥٤/١٦).

^(٢) الطبري، محمد بن جرير: جامع البيان في تأويل القرآن، مرجع سابق، (٥٠٤/١٤).

^(٣) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية-القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٦٤م، (٢٧٠/٨).

^(٤) أبو داود: سنن أبي داود، باب في النهي عن السياحة، (٥/٣)، حديث رقم ٢٤٨٦.

^(٥) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، (٢٧٠/٨).

^(٦) الرازي: التفسير الكبير، مرجع سابق، (١٥٣/١٦).

^(٧) سورة العنكبوت، آية: ٢٠.

^(٨) سورة الأعراف، آية: ١٨٥.

^(٩) سورة النمل، آية: ٦٩.

﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامشَوْا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾^(١)

وقد ذكر الإمام الرازي في تفسيره فوائد يستقيها السائح أثناء سياحته في الأرض فقال: (إنَّ للسياحة أثر عظيم في تكميل النفس؛ لأنه يلقاه أنواع من الضر والبؤس، فلا بُدَّ له من الصبر عليها، وقد ينقطع زاده، فيحتاج إلى التوكل على الله، وقد يلقى أفاضل مختلفين؛ فيستفيد من كل أحد فائدة مخصوصة، وقد يلقى الأكابر من الناس، فيستحقر نفسه في مقابلتهم، وقد يصل إلى المراتب الكثيرة، فينتفع بها، وقد يشاهد اختلاف أحوال أهل الدنيا بسبب ما خلق الله تعالى في كل طرف من الأحوال الخاصة بهم فتقوى معرفته، وبالجملة فالسياحة لها آثار قوية في الدين)^(٢).

والفاحص لتاريخ الأمم السالفة يرى أن دوافع الارتحال والهجرات والأسفار يفرضها واقعهم المعيشي أو الاجتماعي، ولاسيما حاجتهم الضرورية إلى الغذاء والأمن، إضافة إلى مقصد طلب العلم والتجارة ونشر مشاعل النور والهداية التي حملتها رسالة الإسلام الخالدة عند الرحالة المسلمين، بينما انحطَّ كثير من تلك الأغراض والدوافع في الأسفار بعد اكتساح مفاهيم العولمة في العصر الحديث، وتحويل التعامل الراقي والقيم المثلى إلى مصالح شخصية وأشياء جوفاء، وتزييف لحقائق الوعي وثوابت القيم واستبدالها بحملات دعائية لإثارة الغرائز واستحسان سلوك عصر الحضارة الغربية في أحطِّ مراحلها.

لذا نصَّ فقهاؤنا الأجلاء في كتبهم على اشتراط "الغرض الصحيح" لجواز رخص السفر من قصر الصلاة، والجمع بين الصلاتين، والصلاة على الراحلة، وإفطار الصائم ونحوها، سواء كان الغرض دينياً كالذهاب إلى الحج وطلب العلم وصللة الأرحام وعبادة المرضى وزيارة الأنبياء والصالحين، أو دنيوياً كغرض التجارة ونحوها.

كما استبشعوا سفر المسلم للأغراض الفاسدة كقصد إشباع النزوات والغرائز المحرّمة، وألحقوا بهذا الذي يسيح في الأرض تابعاً نفسه ودابته بالركض بلا غرض^(٣) أو كان غرضه الوحيد مجرد رؤية البلاد والتعرّف عليها، قال ابن حجر الهيتمي: «ومن سفر المعصية أن يتعب نفسه ودابته بالركض من غير غرضٍ أو يسافر لمجرد رؤية البلاد والنظر إليها»^(٤)؛ لأن قصد السفر لبلدة معينة بغرض أن ينظر بناءها فقط أو هل هي صغيرة أو كبيرة ونحو ذلك فإنه بالعبث أشبه، وفيه إعتاب

^(١) سورة الملك، آية: ١٥.

^(٢) الرازي: التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي-بيروت، ط ٣، ١٤٢٠هـ، (١٥٤/١٦).

^(٣) إذ إعتاب النفس بالسفر لغير غرض حرام. البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب، (١٦٩/٢).

^(٤) ابن حجر: تحفة المحتاج وحواشي الشرواني والعبادي (٣٨٧/٢).

لنفسه ودابته من غير فائدة^(١)، بخلاف السفر بقصد التنزه؛ فقد اعتبر الشيخ ابن حجر السياحة بدافع التنزه من الأغراض الصحيحة المعتبرة^(٢)؛ حيث يقصد في العادة للتداوي ونحوه كإزالة العفونات النفسية واعتدال المزاج، إذ أنّ التنزه هو: إزالة الكدورات النفسية برؤية مستحسن يشغلها به عنها^(٣)، وهو في رأي الباحث سببٌ كافٍ لشد الرحل وبذل المال من أجله. لذا فقد تعددت دوافع السياحة في الوقت المعاصر إلى أنواع؛ أهمها:

١. السياحة الدينية.
٢. السياحة العلاجية.
٣. السياحة التجارية.
٤. السياحة العلمية.
٥. السياحة الثقافية.
٦. السياحة الرياضية.
٧. السياحة الترفيهية.

وقد قررت لجنة الخبراء المختصين في عصابة الأمم بجنيف في تقريرها إلى مجلس العصبة عام ١٩٣٦م الأشخاص الذين يعتبرون سائحاً وهم:

- (١) الأشخاص الذين يسافرون للترويح عن النفس، ولأسباب عائلية.
- (٢) الأشخاص الذين يسافرون لحضور الاجتماعات الدولية، أو لتمثيل بلادهم أياً كان نوع ذلك التمثيل علمياً أو دبلوماسياً،
- (٣) أرباب الأعمال الذين يسافرون لأسباب تتعلق بأعمالهم.
- (٤) الأشخاص الذين يسافرون في رحلات ولو كانت إقامتهم أقل من أربع وعشرين ساعة^(٤).

(١) ابن حجر: الفتاوى الفقهية الكبرى، جمع تلميذه عبدالقادر الفاكهي المكي، الناشر المكتبة الإسلامية، الطبعة الأولى، (٢٣٢/١).

(٢) واعتمد الرملي والخطيب الشربيني عدم التفريق بين التنزه ورؤية البلاد؛ فليس عندهما بغرضين معتبرين ابتداءً، فإذا كان واحدٌ منهما سبباً لأصل السفر فلا يجوز له قصر الصلاة، وإن كان للعدول إلى السفر الطويل فيقصر. ينظر: الرملي: نهاية المحتاج (٢/٢٦١)؛ والخطيب الشربيني: مغني المحتاج (١/٥٢٤).

(٣) ابن حجر: تحفة المحتاج، مرجع سابق، (٢/٣٨٧).

(٤) حلمي محمد نجم: مقال بعنوان أضواء على ندوة السياحة العربية، المنعقدة في الفترة ١٠-١٢ فبراير ١٩٨٣م بالقاهرة، تحت إشراف الهيئة المصرية العامة للتنشيط السياحي. قصاصة ورقة موجودة بمكتبتي الخاصة.

ومن خلال هذا الحصر اتضح أنه لا يعتبر سائحاً من يفد للبلاد بقصد التوطن، وكذا الطلاب الغرباء الذين يلتحقون بمؤسسات تعليمية سواء أقاموا في أقسامها الداخلية أو أقاموا في فنادق، والأشخاص الذين يقيمون على الحدود ويعملون في أراضي دولة أخرى، والشخص العابر ولو بلغ توقّفه الطارئ أكثر من أربع وعشرين ساعة.

وقد انتقد توصيف عصابة الأمم هذا ولاسيما المتعلق بالدراسة والأعمال؛ فلم يُدخَل بعضُ المشتغلين بالسياحة الأشخاص الذين يسافرون للعمل أو للهجرة ضمن تعريف السائح؛ كما في تعريف هاشم ناقر حيث عرفه بأنه: "المسافر لأي مكان، ولأي غرض، غير هجرة وعمل"^(١) ولهذا في مؤتمر الأمم المتحدة للسفر والسياحة الدوليين المنعقد بإيطاليا عام ١٩٦٣م صدر تعريف آخر للسائح وهو أنه: أي شخص يزور دولة غير الدولة التي اعتاد الإقامة فيها، لأي سبب، غير السعي وراء عمل في الدولة التي يزورها^(٢).

كما انتقد بند الإقامة فيمن أقيم إقامة دائمة، أو مؤقتة أقل من أربع وعشرين ساعة؛ ونلاحظ التنبيه لاعتبار المدة جلياً في تعريف السائح الذي اعتمده جملة من المعاصرين بأنه: "كل مسافر يمكث مؤقتاً لفترة زمنية لا تقل عن أربع وعشرين ساعة بعيداً عن موطنه بغرض الترفيه والترويح، أو قضاء حاجة خاصة أيّاً كانت"^(٣) فاشتراط المعاصرون أن لا تقل مدة الإقامة عن يوم، وأن لا تزيد عن ثلاثة أشهر إلى سنة في غاية تقدير، كما هو مبين في تفاصيل المؤتمر الدولي لإحصاءات السفر والسياحة المنعقد في (أوتاوا) كندا عام ١٩٩١م^(٤).

وقد نص القانون اليمني على تعريف السائح بأنه: كل شخص طبيعي ذكراً كان أم أنثى، وطنياً أم أجنبياً، يستهدف تحقيق غرض أو أكثر من أغراض السياحة^(٥)، كما أنّ علماء القانون ينظرون في توصيفهم للسائح من ناحية الإجراءات الرسمية الخاصة بالانتقال، وكيفية الدخول، ومدة الإقامة المسموح بها؛ حتى يمكن تمييز السائح عن العابر من جهة، وعن المهاجر من جهة أخرى، وهكذا تعددت التعريفات عند المشتغلين بالسياحة تبعاً لتعدد اهتماماتهم، وخلصت بعض الدراسات إلى

(١) هاشم ناقر: أحكام السياحة وآثارها دراسة شرعية مقارنة، أطروحة ماجستير في جامعة أم القرى، بتاريخ ١٢/٢٢/١٤٢٢هـ، ص ٧.

(٢) د. ربهام يسري السيد: أسس صناعة السياحة، ص ٨٧.

(٣) محمد رواس قلعي وحامد صادق: معجم لغة الفقهاء، ص ٢٣٧.

(٤) د. ربهام يسري السيد: أسس صناعة السياحة، مرجع سابق، ص ٨٧.

(٥) المادة ٢، من القانون اليمني رقم ٢٢، لسنة ٢٠٠٩م بشأن السياحة.

ثلاثة وأربعين تعريفاً لمصطلح السائح والزائر^(١).

وقد سعت منظمة السياحة العالمية إلى توضيح مفهوم السائح المعاصر واعتمدت "مدونة للسائح" في دورتها السادسة المنعقدة في صوفيا بتاريخ ٢٦ سبتمبر ١٩٨٥ م، وقرار جمعيتها العامة بشأن تيسيرات السفر وأمن وسلامة السائحين وذلك في دورتها التاسعة المنعقدة في بوينوس أيريس بتاريخ ٤ أكتوبر ١٩٩١ م^(٢).

❖ المطلب الثاني: ضوابط السائح وأخلاقياته:

أولاً: ضوابط السائح المسلم في سياحته الداخلية والخارجية:

سبق أن عرفنا أنّ سياحة المسلم ينبغي أن تكون لأغراض كريمة، وتحقق له أهدافاً معتبرة سواء دينية أو دنيوية.

والأصل في سياحة المسلم أن تكون داخل بلاد المسلمين، ولا يسيح في بلاد الكفار إلا لضرورة نحو علاج، أو حاجة معتبرة من علم أو تجارة أو دعوة إلى الله، وسبب تضييق سفر المسلم خارج بلاد الإسلام خشية أن يصيبه ضرر في دينه.

ومن هنا كان تحريم جمهور العلماء إقامة المسلم في ديار الكفار، وإيجابهم الهجرة على كل قادر عليها غير متمكّن من إظهار دينه.

ثانياً: ضوابط السائح غير المسلم في سياحته للبلاد الإسلامية:

تنتمي معظم البلدان الإسلامية إلى العصور القديمة والحضارات العريقة التي شهدت إرسال الرسل وما صاحب ذلك من بناء للعمران وإقامة دول كبرى وحضارات متعاقبة، وما نتج عنها من نضج معرفي وتلاقح للأفكار وتبادل للثقافات؛ وخَلُفتْ آثاراً كثيرة ومثيرة وذات قيمة تاريخية، وأصبحت مصدر جذب للسياح من جميع أصقاع المعمورة^(٣).

ومن جملة هؤلاء السياح أجانب غير مسلمين، كفل الإسلام أمنهم وحمايتهم، وتحدّث الفقهاء عنهم وعقدوا لهم بحوثاً وأحكاماً محررة مثل: حكم دخولهم البلاد المقدسة كمكة والمدينة، أو الأماكن المقدسة كالمساجد، ويبتنوا لهم شروطاً في مسائل (المستأمنين)؛ فأوجبوا عليهم -كغيرهم ممن لا يدين بالإسلام في ديار الإسلام- جملةً من الشروط أبرزها:

^(١) هاشم ناكور: أحكام السياحة وآثارها دراسة شرعية مقارنة، مرجع سابق، ص ٧.

^(٢) المدونة العالمية لأداب السياحة، الصادرة عن منظمة السياحة العالمية، التابعة للأمم المتحدة، ١٩٩٩ م، ص ٥.

^(٣) أحمد الرييش: جرائم السياحة في ضوء الشريعة والقانون -دراسة مقارنة-، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد ٢٢، العدد ٤٣، ص ٧٨.

١. ألا يرغّبوا في دينهم، ولا يدعون إليه أحداً من المسلمين وغيرهم بأي وسيلة كانت.
٢. ألا يتعرضوا لدين الإسلام بتنقّص أو تكذيب أو شتم ونحوه.
٣. ألا يتعرضوا لأعراض المسلمين بأذى من فعل أو قول.
٤. ألا يظهرُوا صليبياً بلبس أو حمل أو غيره.
٥. ألا يظهرُوا شعائر دينهم أمام المسلمين ويجاهروا بها.
٦. ألا يلبسوا الملابس التي تظهر عوراتهم، ومفاتنهم، ويلزموا جانب الحشمة والحياء والأدب في كل مكان، وخاصة على الشواطئ والأماكن العامة.
٧. ألا يجلبوا معهم لحوم الخنزير، والخمور، وبييعوها أو يروجوا لها في بلاد المسلمين.
٨. ألا يكونوا عيوناً وجواسيس لبني قومهم.
٩. ألا يأكلوا ويشربوا في نهار رمضان أمام الناس.^(١)

ووجوب حماية السائح المستأمن وعدم الاعتداء عليه مطلوبٌ سواء اعتبرنا بلاده بلاد حرب ضد المسلمين؛ أو بلدته بلد سلّم؛ فعلى الاعتبارين يحرم على جميع المسلمين التعرض للسائح غير المسلم بأي نوعٍ من أنواع الأذى والعدوان؛ وأصل المسألة هذه ترجع إلى أن العلاقة بين المسلم والكافر هل هي الحرب أو السلم؟، ومنه يتضح لنا معرفة دار الإسلام من دار الكفر، ولا يخفى خلاف الفقهاء في المسألة؛ حيث قسّم الجمهور غير الشافعية الدنيا إلى دارين: دار حرب ودار إسلام^(٢)، وأمّا الشافعية فإلى ثلاثة أقسام: دار إسلام، ودار حرب، ودار عهد^(٣).

كما لا يخفى أيضاً أن تقسيم الدُور في الفقه الإسلامي إلى دار إسلام ودار حرب ودار عهد يعود إلى الصدر الأول، وفي سياق حالة الحرب وهي حالة استثنائية؛ إذ أنّ الإسلام يقرّر أنّ الأصل في العلاقة بين المسلمين وغيرهم هو التعايش السلمي^(٤).

وإلى هذا أشار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع "علاقات الدولة الإسلامية بغيرها

^(١) هاشم ناقدون: أحكام السياحة وآثارها دراسة شرعية مقارنة، مرجع سابق، ص ١٨١.

^(٢) مالك بن أنس: المدونة، دار الكتب العلمية، ١٩٩٤م (٢٢/٢)، السرخسي: المبسوط، دار المعرفة-بيروت، ١٩٩٣م (١٠/١١٤)، الهوتي: كشف القناع، دار الكتب العلمية (٤٣/٣).

^(٣) الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، مرجع سابق (٢٢٣/٤)، البجيرمي: حاشية البجيرمي على الخطيب، مرجع سابق (٢٢٠/٤).

^(٤) ابن بية: صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص ٢٩١.

وبالمواثيق الدولية " بالقرار التالي:

«إنَّ العلاقة بين الدول الإسلامية والدول الأخرى المكونة للمجتمع الدولي تقوم على: السلام ونبذ الحروب والاحترام المتبادل والتعاون بما يحقق المصالح المشتركة الانسانية في إطار المبادئ والأحكام الشرعية، والدولة الإسلامية لا تعادي أي دولة أخرى لمجرد الخلاف في الدين، وإنما تعادي من يتدبرها بعدوان أو يسيء إلى رموزها ومقدساتها؛ وذلك لأنَّ الحرب في الإسلام هي وسيلة أخيرة يتم اللجوء إليها للدفاع عن النفس ولردِّ أيِّ عدوان»^(١).

إذاً: فالتقسيم ليس له مستند نصي - كما قال د. وهبة الزحيلي-، وإنما هو توصيف لما يحدث بسبب اشتعال الحرب بين المسلمين وغيرهم، فهو وصف طارئ وحكاية لواقع حادث، فالأصل أنَّ الدنيا دار واحدة، فإذا اختلَّ الأمن وحلَّت الحرب محل السلام وُجدت منطقتان: أحدهما سلمية، وأخرى حربية^(٢).

❖ المبحث الثاني: المعايير القانونية الضابطة لحرّيات السائح وجرائمه،

ويحتوي على مطلبين:

■ المطلب الأول: معايير ضبط حرّيات السائح:

أولاً: معايير حرّية التنقل والترفيه.

لا يستطيع السائح التنقل بحرّية إلا إذا توفّر عنصر الأمن، كونه الركيزة الأساسية للعملية السياحية التنموية، والمقوم الرئيس لتحقيق الأهداف الاستراتيجية للسياحة، لاسيما أن السائح يغادر منطقته، فيحتاج للأمن أكثر من غيره؛ وحينئذٍ لا بد لتشريعات السياحة أن تأخذ بُعداً أمنياً للمحافظة على أمن السياح، فلا يكونوا ضحايا للإرهاب والاستغلال المادي والمعنوي، كما يجب المحافظة على أمن ممتلكاته من السرقة، وأمن غذائه ومكان إقامته وما يرتبط به بالقدر الذي تصان به كرامته باعتباره إنساناً فلا يُعتدى عليه أو تُعرّض حياته للخطر^(٣).

كما تهنيء وكالات السياحة ونحوها للسياح مختلف وسائل الراحة والترفيه والتسلية، وتقترح لهم الزمان والمكان المناسبين، وتهيئ ما يرغبون فيه من وسائل الراحة والمتعة.

(١) السالوس: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، ص ٩٤١.

(٢) وهبة الزحيلي: قضايا الفقه والفكر المعاصر، دار الفكر- دمشق، ط ١، ٢٠٠٧م، ص ٦١٣.

(٣) بركات كامل المهيبرات: الأمن السياحي والتشريعات السياحية، دار الفكر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، ص ٤١.

ولا يخفى ما يحدث أثناء إعطائهم الحرية المطلقة في التنقل والترفيه من أفعالٍ لبعضهم محرّمة مشينة، وأزياء وتصرفات تتعارض مع الدين وتتصادم مع العادات والتقاليد؛ لذا كان من الضروري ضبطها وتقنينها.

ومن النماذج التطبيقية لضبط هذه الحريات ما أصدرته الدولة السعودية عام ١٤٣٩هـ من دليل توعوي تضمّن حقوق السائح وواجباته مستندة في ذلك إلى ما ورد في نظام السياحة ولوائحه التنفيذية^(١) تحت مسمى (الدليل التوعوي في حقوق وواجبات المستهلك في نظام السياحة ولوائحه التنفيذية) وحينما تفحصته وجدته تضمن إحدى وخمسين مادة، تنصب مجملها على الأخذ بالاحتياطات الأمنية ونظم تسهيلات الإيواء لنُزل السياح ورحلاتهم السياحية، وحسن استقبالهم سواء في لغة التخاطب أو نظافة المظهر أو جودة المكان...^(٢). وهي بالفعل نقاط جوهرية يحتاجها السائح في سلامته من المخاطر وتذليل عقباته، ولكنها أغفلت كثيراً من تفاصيل النُظم القيمة لأدبيات التنقّل وجوانب الترفيه المنضبط بديننا الإسلامي وعاداتنا الأصيلة.

وقد شاع حديثاً مصطلح "حرية السياحة الجنسية" والتأكيد على احترامه في النظم السياحية؛ وهي أخطاء كارثية يرتكبها بعض السياح بدءاً من الصور العارية والقبيلات الجنسية والتحرّيش على الفسق والفجور والشذوذ الجنسي، ووصولاً إلى الفعل الفاضح العلني وارتكاب جرائم الزنا واللواط التي تخدش الشعور العام وتنتهك أعراض الشعوب وتقضي على تديّنها ورتقي أخلاقها. وممّا يندى له الجبين أنّ قوانين أكثر الدول الإسلامية -للأسف- تهيء انتشار جرائم السياح اللاأخلاقية هذه؛ لكونها لم تجرّمها في قوانينها، أو جرّمتها ولكن بعقوبات ساذجة غير رادعة، كما في القانون المصري فقد نصت المادة (٢٧٨) عقوبات على أن (كل من فعل علانية فعلاً فاضحاً مخلاً بالحياء يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سنة، أو غرامة مالية لا تتجاوز ثلاثمائة جنيه). وأمّا جريمة الزنا فلم يجرمها بما بينته شريعتنا الإسلامية الغراء، بل تأثر بقانون العقوبات الفرنسي مادة (٣٣٦-٣٣٩) الذي يحدد الزنا في الوطء الذي يحدث من شخص متزوِّج حال قيام الزوجية فعلاً أو حكماً، أمّا

(١) وهي: لائحة مرافق الإيواء السياحي، ولائحة وكالات السفر والسياحة، ولائحة مكاتب حجز وحدات الإيواء السياحي وتسويقها، ولائحة منظمي الرحلات السياحية، ولائحة المرشدين السياحيين.

(٢) إدارة الشئون القانونية: الدليل التوعوي لحقوق وواجبات المستهلك، الهيئة العامة للسياحة والتراث التوعوي، الصادر عام ١٤٣٩هـ.

إذا كان الرجل والمرأة غير متزوجين فعلاقتهم لا يطلق عليها زنا!!^(١).

وهكذا شرب الخمر لا يعدُّ جريمة لكثير من الدول الإسلامية التي تحكمها القوانين الوضعية غير المستمدة من الشريعة الإسلامية؛ فلا يعد شرب الخمر -في نظر تلك القوانين- جريمة إلا إذا وصل الشارب إلى حالة السكر البين، وضُبط في مكان أو طريق عام، أمَّا شربه لها داخل المنشآت السياحية كالفنادق والملاهي والأندية الليلية فمسموح به، وفي حالة تجريمه فلا تتجاوز عقوبته الحبس أو الغرامة^(٢)، وهذا يتنافى مع الشريعة الإسلامية التي جعلته من المحرمات المنكرة، والجرائم الحديّة وعقوبته الجلد.

وممّا يُشاد به في القانون اليمني تأكيده للمنشأة السياحية (بحظر ارتكاب أي فعل من الأفعال المخلة بالحياء والآداب العامة، أو التفاوضي عنه، وللوزارة أو مكاتبتها في حالة مخالفة ذلك إخلاء المنشأة مؤقتاً لمدة تحددها اللائحة أو إغلاقها على أن لا يترتب على الإغلاق منع من يعملون فيها من الدخول أو الخروج، فضلاً عن توقيع العقوبة المقررة بموجب هذا القانون والقوانين النافذة)^(٣). وإضافة المقنن في آخر المادة (والقوانين النافذة) تحيل الفعل إلى حقيقته في قوانين اليمن الأخرى التي نصت صراحة بتجريم الزنا والخمر ونحوهما بما شرع الله تعالى.

ثانياً: معايير حرية التملك والتقاضي:

سمحت كثير من الدول باستثمار السائح الأجنبي أمواله في دولها، والمراد بالاستثمار الأجنبي عند فقهاء القانون أنه انتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدول المضيفة بغية تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي، وبما يكفل زيادة الإنتاج والتنمية في الدول المضيفة^(٤). وقد تعترض المستثمر الأجنبي عقبات ومخاطر تحول دون تدفُّق ماله إلى البلد الخارجي، وتأتي في قائمة هذه المخاطر: مخاطر الحرب والفتن الداخلية، والمخاطر التجارية، والمخاطر السياسية المتمثلة في اجراءات التأميم ونزع الملكية والمصادرة. ومن حق الدول المضيفة اتخاذ اجراءات أخذ الملكية بصورها المتنوعة في مواجهة الاستثمارات

^(١) قانون العقوبات المصري من المادة (٢٧٣) حتى المادة (٢٧٧).

^(٢) أحمد الرييش: جرائم السياحة في ضوء الشريعة والقانون -دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص ٨٩، وفؤاد علّام: أخطار السياح، ص ٩٧.

^(٣) المادة ٢١، من القانون اليمني رقم ٢٢، لسنة ٢٠٠٩م بشأن السياحة.

^(٤) د. محمد المخلافي: تأثير العولمة على التنمية في البلدان الأقل نمواً، منشورات مركز الدراسات والبحوث اليمني، ٢٠٠٢م، ص ٢٦.

الأجنبية الخاصة، وهذا مستمد من سيادتها الإقليمية، ولكن لا يعني هذا الحق ممارستها لاختصاص مطلق لا حدود له أو الاعتراف لها بسلطة تحكمية في ذلك؛ لأن الأحكام العرفية للقانون الدولي تفرض على الدولة قيوداً على هذه الحرية، اصطُح على تسميته بـ "الحد الأدنى لمعاملة الأجانب"، وهو يقضي بأن لكل أجنبي يقيم على إقليم الدولة أن يتمتع بقدر من الحقوق يعتبر الحد الأدنى لما يجب على كل دولة أن تعترف لهم به وفقاً للمبادئ العامة في القانون الدولي^(١).

وهكذا الحال فيما تتخذه بعض الدول من قرار التأميم باعتباره من قرارات السيادة داخل إقليمها، إلا أن التعسّف أحياناً في استعمالها هذا الحق يخولها للمساءلة من خلال ما قد تقوم به من تأميم أموال الأجنبي دون دفع أي تعويض مقابل ذلك. وفي هذا صدر قرار الأمم المتحدة في ١٢ ديسمبر عام ١٩٧٤م، رقم (٣٢٨١) في ميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصادية حيث نصت المادة الثانية في جزئها الثالث على ما يلي: "من حق أي دولة تأميم، أو مصادرة أملاك أجنبية، لكن يجب دفع تعويض ملائم".

وفي هذه الحالة فإن القاعدة العامة تقضي بأنه ليس أمام المستثمر الأجنبي إلا أن يلجأ إلى الوسائل القضائية المتاحة داخل الدول المضيفة للاستثمار للمطالبة بتعويضه عن ممتلكاته التي تمّ تأميمها، وإذا أخفق في تحقيق ذلك أو تعرّض لإنكار العدالة أمام قضاء الدولة المضيفة، فيجوز له أن يلجأ إلى دولته لحمايته بالوسائل السياسية والدبلوماسية بما تسمّى بنظرية "الحماية الدبلوماسية" المعروفة في فقه القانون الدولي العام^(٢).

وتُعرّف الحماية الدبلوماسية المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية بأنها: الإجراء الذي تلجأ إليه دولة المستثمر سعياً لتأمين حقوق استثمار هيئة أو فرد ينتمي إليها بجنسيتها لدى دولة أخرى بعد إقدام الأخيرة على المساس به بالمخالفة لالتزاماتها وفق قواعد القانون الدولي^(٣).

وفي نظر الباحث ينبغي أن تتوفر في قوانين الدول - بخصوص المستثمر الأجنبي - المبادئ التالية:

(١) د. عمر هاشم محمد صدقة: ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ص ٧٢-٧٤.

(٢) د. عمر هاشم محمد صدقة: ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، مرجع سابق، ص ٧٤.

(٣) زيداني فتح الله: الضمانات القانونية للاستثمار السياحي في الجزائر، رسالة ماجستير في الحقوق من جامعة محمد خيضر بالجزائر، للعام الجامعي ٢٠١٥/٢٠١٦م، ص ٤٥.

- مبدأ المساواة في المعاملة؛ بحيث يتمتع المستثمر الأجنبي بالحقوق والضمانات والمزايا بما يتمتع به المستثمر الوطني.
 - ومبدأ حرية الاستثمار بما لا يتعارض مع الإطار القانوني للدولة.
- وقد أنشأت الأمم المتحدة وكالات دولية تعمل على توفير ضمانات الحماية اللازمة للمستثمرين؛ كالوكالة الدولية لضمان الاستثمار التي أنشأها البنك الدولي للإنشاء والتعمير بهدف حماية حقوق المستثمر الأجنبي وصونه من الضياع^(١).

■ المطلب الثاني: ضبط الجرائم التي تقع من السائح أو تقع عليه:

مما اتفق عليه الأصوليون أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يرد دليل على تحريمه؛ فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وما جاء النص بتحريمه إنما يعتبر جريمة بتقرير عقوبة عليها؛ حداً كانت العقوبة أو تعزيراً^(٢)، ولهذا عرّف الماوردي الجرائم بأنها: (محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحدٍ، أو تعزير)^(٣)، وعرّفها بعض القانونيين بأنها: (عمل أو امتناع يرتب القانون على ارتكابه عقوبة)^(٤)، وبأنها: (كل أسلوب إنساني غير مشروع، إيجابياً كان أو سلبياً، عمدياً أو غير عمدي، يرتب له القانون جزاء جنائياً)^(٥).

ويقصد بالجرائم السياحية: القيام أو الامتناع عن الأفعال والسلوكيات التي ينتج عنها الإضرار بالسائح أو بالمناطق والمواقع والمرافق السياحية، أو التي يرتكبها السائح ضد أحد الأشخاص أو الأماكن، ويترتب عليها ضرر مادي أو معنوي، وتكون هذه الأفعال محرمة شرعاً أو عرفاً أو قانوناً، ويعاقب عليها القانون^(٦).

والسائح الأجنبي ليس معصوماً من ارتكاب الجرائم فقد يرتكب أفعالاً شنيعة يحرمها الشرع

^(١) قرني ياسين: ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، في كلية الحقوق بجامعة محمد خيضر بالجزائر، عام ٢٠٠٨م، ص ٨٠.

^(٢) سلام مذكور: المدخل إلى الفقه الإسلامي، ص ٥٠.

^(٣) الماوردي: الأحكام السلطانية، ص ١٩٢، وذكر التعريف أيضاً أبو يعلى محمد بن الحسين الفراء في أحكامه السلطانية، وحققه حامد الفقي، بدار الكتب العلمية، ط ٢، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م، ص ٢٥٧.

^(٤) محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، ص ٥.

^(٥) عبد الفتاح خضر: الجريمة وأحكامها العامة، ص ١٢-١٣.

^(٦) عادل خير: الجرائم السياحية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، ط ٢، ١٩٩٣م، ص ٨.

ويعاقب عليها القانون ، فالخطأ منه واردٌ والحكم عليه شامل شأنه شأن غيره من أهل البلد، فيخضع لقانون الدولة المضيفة التي يرتكب جريمته فيها، وتطبَّق عليه العقوبة المقررة في تشريعات تلك الدولة وقوانينها، دون النظر إلى قانون دولته التي ينتمي إليها ويحمل جنسيتها^(١).

وقد نصّت كافةً قوانين الدول العربية والإسلامية في قوانينها على سيادة الدولة في إقليمها، واعتبار أن الجريمة واقعة في الدولة سواء ارتكبت فيها كلها أو بعضها، وسواء تمَّ فعل الإسهام في الداخل أو في الخارج^(٢)، بل قد نصَّ القانون الدولي على قاعدة الإقليمية التي تعني أن التشريعات والقوانين التي تسنّها الدولة تحكم كل ما يقع على إقليم الدولة من الجرائم أيّاً كانت جنسية مرتكبها^(٣).

وبناء على هذا فثمة جرائم يرتكبها السائح يعاقب عليها القانون، وجرائم أخرى ذكرت عقوبتها القوانين ممّا يقع ضحيتها السائح في أغلب الأحيان. فمن أمثلة الأول:

١. جرائم تهريب المخدرات حيث تعد من الجرائم التي يعاقب عليها القانون في جميع دول العالم، كما أنّ لكل ما يندرج فيها في الجريمة من حيازتها وجلبها وتعاطها وزراعتها وإنتاجها وتصديرها وترويجها... عقوبة مقررة لها في القوانين؛ قد تختلف في مقدارها ولكن تنص معظمها بعقوبة السجن والأشغال الشاقة المؤقتة أو المؤبدة^(٤).

٢. جرائم التجسس؛ حيث يستغل بعض عملاء الاستخبارات سهولة حركة السياح وصرف النظر عن مراقبتهم في مزاولة أعماله التجسسية وجمع المعلومات الاستخباراتية السياسية والاقتصادية والعسكرية التي تضر بمصالح تلك الدولة لدولة أخرى معادية لها، وقد فصلت

(١) أحمد الربيش: جرائم السياحة في ضوء الشريعة والقانون - دراسة مقارنة-، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد ٢٢، العدد ٤٣، ص ٨٣.

(٢) كنص القانون المصري عليه في المادتين الأولى والثانية من قانون العقوبات، والقانون العراقي في مادته السادسة، والقانون الليبي في مادته الرابعة والخامسة، والقانون الجزائري في مادته الثالثة، والقانون الكويتي في مادته الحادية عشرة، والقانون السوري في مادته الخامسة عشرة، وينظر للتوسُّع في الموضوع: سمير فهمي، الأمن السياحي وأثره على الدخل الوطني، ص ٥٨.

(٣) فؤاد علّام: أخطار السياح، مرجع سابق، ص ٧٨.

(٤) أحمد الربيش: جرائم السياحة في ضوء الشريعة والقانون - دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص ٨٤.

القوانين جريمة التجسس وعقوبتها بناء على نوعها ووقوعها زمن السلم أو الحرب بأحكام تتراوح بين السجن والأشغال الشاقة والإعدام^(١).

٣. جرائم النصب والاحتيال: يتمكّن السائح من الحصول على مال غيره بوسائل يشوبها التدليس والخداع، وباستخدام طرق احتيالية كاذبة، وقد تضمّنت المادة (٣٣٦) عقوبات مصري أركان هذه الجريمة؛ فجعلها منحصرة في أركان أربعة: أولها الركن المادي، وهو المتعلق بوسيلة النصب؛ كاستعمال طرق احتيالية، واتخاذ اسم كاذب، أو التصرف في مال غير مملوك للجاني وليس له حق التصرف فيه. وثانيها: الاستيلاء على مال غيره كله أو بعضه بدون وجه حق. وثالثها: علاقة السببية بين الوسائل وتسليم المجني عليه للمال موضوع الجريمة. ورابعها: توافر القصد الجنائي. وتنحصر عقوبة جريمة النصب والاحتيال هذه غالباً في الحبس والغرامة المالية^(٢).

ومن أبرز الجرائم التي تقع على السائح وتعرضه للمخاطر:

١. عمليات الخطف: التي تستهدف السائح لإرغام أهله بدفع مبالغ طائلة باعتبارها فدية له، أو إرغام دولته على تغيير موقف سياسي معيّن من حيث تبنيّه أو التخلي عنه. ومن أكبر صور الخطف الجماعية للسياح اختطاف الطائرات وما تحدثه من جرائم نكراء في إزهاق أرواحهم البريئة، وإتلاف أموالهم الطائلة، وإرهاب سلطاتهم.

ولا غرو أن يستحسن السياح السفر بالطائرات؛ كونها وسيلة النقل الأسرع في العالم، ولكن العجب والاستنكار منصب على أفعال الخاطفين المشينة غير المبالين بمصير الركّاب الأبرياء، فيعمد هؤلاء القرصنة لاختطاف الطائرة لما تحدثه لهم من دوي إعلامي ولما تحققه من تسليط الضوء عليهم والنظر في مطالبهم ومآربهم، ولهذا اشتهر مفهوم اختطاف الطائرات بالقرصنة الجوية التي عرفته هيئة الأمم المتحدة في قرارها رقم (٢٥٥١) بتاريخ ١٢/٢٢/١٩٦٩ م بأنه: (تغيير مسار الطائرات المدنية أثناء طيرانها)، وعدّل مجلس الأمن الدولي هذا التعريف ليصبح (الاستيلاء غير المشروع على الطائرات المدنية، وتغيير مسارها بالقوة أثناء التحليق)^(٣).

وقد أكد شرّاح القانون أنّ جريمة خطف الطائرات جريمة قرصنة وأشاروا إلى أحقيّة الدولة صاحبة الطائرة المختطفة، والدولة التي تم الاختطاف في أرضها أو في مجالها الجوي في ردع الخاطفين

(١) فؤاد علّام: أخطار السياح، مرجع سابق، ص ٨٧.

(٢) فؤاد علّام: أخطار السياح، مرجع سابق، ص ٩١، عبود السراج: جرائم العرض والمال، ص ٢٨٨.

(٣) خالد البشر، المواجهة الجنائية والأمنية لخطف الطائرات، ص ١٩.

- وعقابهم جزاء الجرائم التي تقع على متن الطائرة^(١).
٢. عمليات الاحتيال: التي تقع على السياح من قِبَل بعض الشركات المنظمة للرحلات باختلاق درجات الفنادق أو تقصير مدة الإقامة أو زيادة الأجرة بعد الوصول إلى محل الإقامة؛ وإذا ثبت هذا الاحتيال والتدليس فثمة اجراءات وعقوبات بحق هذه الشركات والفنادق؛ مثل إغلاقها، وسحب التراخيص، وفرض الغرامات، وتعويض السياح مادياً، والاعتذار منهم أديباً^(٢).
٣. جرائم انتهاك حقوق السائح: حيث يقوم بعض أصحاب الفنادق والشاليهات بالتلصص على السياح ووضع كاميرات تصوير ومراقبة في غير موضعه؛ بهدف ابتزاز السياح بأنهم رأوهم في أوضاع مشينة مزرية، وتهديدهم بنشر صورهم على الملأ؛ فيضطر السائح ذكراً كان أو أنثى لدفع أموال من أجل الحفاظ على سرية خصوصياته. وقد حرّم الإسلام انتهاك خصوصيات السائح، وحرّم امتهان كرامته والتجسس بكافة صوره وأشكاله بنص قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَجْتَبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّكُ بَعْضُ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا يَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بََعْضُكُم بََعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ﴾^(٣). كما أكد القانون احترام ذلك ورتب العقاب على المتطاولين عليه^(٤).

الخاتمة

- أولاً: النتائج:** في ختام هذا البحث أضع بين يدي القارئ تلخيصاً لأهم النتائج التي خرجت بها، وهي:
- ترجيح إطلاق السياحة المعتبرة على كل سفر وتطواف في الأرض قد احتوت على قصد صحيح شرعاً من السائح، وأن رُخص الشارع التعبدية للسائح منوطة بالغر ض الصحيح الباعث على السياحة.
 - تتم صناعة السائح المسلم من خلال تجسيده الإسلام في ذاته، وتطبيقه ما شرع الله في أي مكان يذهب إليه، وأي بقعة يأويها؛ ومن أجل تحقيق ذلك يلزمه أن يستحضر مراقبة الله تعالى

^(١) خالد البشر، المواجهة الجنائية والأمنية لخطف الطائرات، مرجع سابق، ص ٢٢.

^(٢) فؤاد علام: أخطار السياح، مرجع سابق، ص ٨٠.

^(٣) سورة الحجرات، آية ١٢.

^(٤) أسامة مجاهد، مكافحة السياحة الجنسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص ١٠٩.

له في حلّه وترحاله، وأن يسافر لمقصد صحيح معتبر، وأن يكون على دراية بالأحكام الشرعية المنوطة به لاسيما المتعلقة بسفره وإقامته.

- الأصل في سياحة السائح المسلم أن تكون داخل إقليم الدولة الإسلامية، ويُمنع خارجها إلا لضرورة أو حاجة معتبرة من نحو علاج أو تعلّم، كما يُسمَح للسائح غير المسلم السياحة في البلدان الإسلامية بضوابط المستأمن التي نص عليها الفقهاء وأشرنا إلى أبرزها في ثنايا بحثنا.
- جرائم السياح الجنسية لم تجزّمها مجمل قوانين الدول الإسلامية أو جزّمها ولكن بعقوبات ساذجة غير رادعة وغير مستمدة من الشرع الحنيف.
- تعترض المستثمر الأجنبي بعض القوانين التعسفية التي تحد من حمايته وحريته في التملك والاستثمار والتقاضي والتعويض عن ممتلكاته التي تمّ تأميمها؛ فيجب أن تُضبط حرية السياح بضوابط شرعية، ومعايير قانونية منصوص عليها في القانون؛ كآلية تقنين حرية تنقل السائح وترفيهه وضبطها بتفاصيل النظم القيمية لأدبيات التنقل وجوانب الترفيه المنضبط بديننا الإسلامي وعاداتنا الأصيلة، وتقيّد حرية التملك بعدم التعسف في قرار تأميم أموال السائح الأجنبي باعتباره من قرارات سيادة الدول داخل إقليمها، ووجوب مراعاتها للحد الأدنى في معاملة هؤلاء الأجانب، وأن تقنّن حرية استثمار السائح بما لا يتعارض مع الإطار القانوني للدولة.

ثانياً: التوصيات: يوصي الباحث بالآتي:

- عمل دراسات استقرائية شاملة لحصر المعايير الضابطة لسلوك السائح وتصرفاته، وتفعيلها في قوانين الدول الإسلامية.
- نشر الوعي بين أوساط المسلمين بمقاصد السياحة، ومجالات الاستفادة منها، وعمل برامج توعوية ودورات فيما ينبغي أن يكون عليه السائح المسلم في حلّه وترحاله تستهدف المؤسسات التعليمية وقطاع العمل الخاص والعام، من أجل الرقي بالوعي السياحي وجعله ثقافة رائدة. والله أعلى وأعلم، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم، والحمد لله رب العالمين.

مراجع البحث:

١. القرآن الكريم.
٢. أحمد الرييش: جرائم السياحة في ضوء الشريعة والقانون - دراسة مقارنة-، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد ٢٢، العدد ٤٣.
٣. إدارة الشؤون القانونية: الدليل التوعوي لحقوق وواجبات المستهلك، الهيئة العامة للسياحة والتراث التوعوي، الصادر عام ١٤٣٩هـ.
٤. أسامة مجاهد، مكافحة السياحة الجنسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
٥. بركات كامل المهيبرات: الأمن السياحي والتشريعات السياحية، دار الفكر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
٦. ابن حجر، أحمد بن محمد: تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي، صححت على عدة نسخ (د.ط)، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، ١٩٨٣م.
٧. ابن حجر، أحمد بن محمد: الفتاوى الفقهية الكبرى، جمع تلميذه عبدالقادر الفاكهي المكي، الناشر المكتبة الإسلامية، الطبعة الأولى، (د.ت).
٨. الحريري: القاسم بن علي البصري، درة الغواص في أوهام الخواص، تحقيق عرفات مطرجي، مؤسسة الكتب الثقافية-بيروت، ط ١، ١٩٩٨م.
٩. خالد سعود البشر، المواجهة الجنائية والأمنية لخطف الطائرات، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، ط ١، ١٩٩٣م.
١٠. الخطيب الشربيني: مغني المحتاج في شرح المنهاج، دار الفكر - بيروت، (د.ط، د.ت).
١١. أبو داود: سنن أبي داود، تحقيق محمد معي الدين عبدالحميد، المكتبة العصرية، بيروت، (د.ط، د.ت).
١٢. الرازي: التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي-بيروت، ط ٣، ١٤٢٠هـ.
١٣. الرملي، محمد بن أحمد: نهاية المحتاج في شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ.
١٤. زيداني فتح الله: الضمانات القانونية للاستثمار السياحي في الجزائر، رسالة ماجستير في الحقوق من جامعة محمد خيضر بالجزائر، للعام الجامعي ٢٠١٥/٢٠١٦م.
١٥. سلام مذكور: المدخل إلى الفقه الإسلامي- تاريخه ومصادره ونظرياته العامة، ط ١، الكويت،
١٦. سمير فهمي، الأمن السياحي وأثره على الدخل الوطني، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ط ١، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.

١٧. الطبري، محمد بن جرير: جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م.
١٨. عادل خير: الجرائم السياحية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٩٣م.
١٩. عبدالفتاح خضر: الجريمة وأحكامها العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقهاء الإسلاميين، معهد الإدارة العامة والبحوث، السعودية، ١٩٨٥م.
٢٠. عمر هاشم محمد صدقة: ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.
٢١. فؤاد علام: أخطار السياح، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، ١٩٩٢م.
٢٢. قرفي ياسين: ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، في كلية الحقوق بجامعة محمد خيضر بالجزائر، عام ٢٠٠٨م.
٢٣. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية-القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٦٤م.
٢٤. الماوردي: الأحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة، (د.ط، د.ت).
٢٥. محمد رواس قلعي وحامد صادق: معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر، ط٢، ١٩٨٨م.
٢٦. محمد المخلافي: تأثير العولمة على التنمية في البلدان الأقل نمواً، منشورات مركز الدراسات والبحوث اليمني، ٢٠٠٢م.
٢٧. المدونة العالمية لأداب السياحة، الصادرة عن منظمة السياحة العالمية، التابعة للأمم المتحدة، ١٩٩٩م.
٢٨. مرتضى الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس، مجموعة من المحققين، دار الهداية.
٢٩. ابن منظور، محمد بن مكرم: لسان العرب، دار صادر بيروت، ط٣، ١٤١٤هـ.
٣٠. هاشم ناقور: أحكام السياحة وآثارها دراسة شرعية مقارنة، أطروحة ماجستير في جامعة أم القرى، بتاريخ ١٤٢٢/١٢/٢٧هـ.
٣١. أبو يعلى محمد بن الحسين الفراء: الأحكام السلطانية، حققه حامد الفقي، بدار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م.

النظام القانوني لمسؤولية تعويض أضرار الشركات النفطية العاملة باليمن دراسة مقارنة

الباحث: د. عبدالرحمن علي أحمد الحبشي

دكتوراه من جامعة الزيتونة – تونس/ شريعة وقانون، جهة العمل: مدير الشؤون القانونية
بمكتب وزارة النفط والمعادن/ سيئون أستاذ مساعد بكلية العلوم الشرعية والقانونية بجامعة
الوسطية الشرعية للعلوم الإسلامية والإنسانية – اليمن حضرموت، إيميل:
aabnmusa3@gmail.com ، العنوان: تريم – عيديد/ تلفون: 418972 – 773374554.

Research Title:

**The legal system for the liability to compensate the damages
of oil companies operating in Yemen (A comparative study).**

Researcher: Dr. Abdul Rahman Ali Ahmed Al-Habashi

PhD from Al-Zaytoonah University - Tunisia / Sharia and Law, Employment:
Director of Legal Affairs in the Office of the Ministry of Oil and Minerals / Sayun Assistant
Professor at the Faculty of Sharia and Legal Sciences, Al-Wasatiyah Sharia University of
Islamic and Human Sciences - Yemen, Hadhramaut, Email: aabnmusa3@gmail.com,
Address: Tarim - Aided / Tel: 773374554 - 418972

ملخص البحث:

يصاحب أنشطة الشركات النفطية أضرار متعددة ملازمة لها، ذات طبيعة خاصة ومعقدة؛ وعند بحث أحكامها في التشريعات اليمنية؛ لم نجد نصوصا خاصة تتناولها؛ لذا تهدف هذه الدراسة إلى بحث نظامها الخاص، بما يتناسب مع طبيعتها، وإيجاد حلولاً تشريعية لمشكلتها؛ من خلال إجابة التساؤلات التالية:

- ١- ما تعريف التعويض، والضرر، وما أنواع خصائص أضرار الشركات النفطية؟.
 - ٢- ما تأصيل مسؤولية تعويض أضرار الشركات النفطية فقها وقانون؟ ومن المكلف والملتزم بالتعويض؟.
 - ٣- ما هي القواعد الخاصة لقيام مسؤولية تعويض أضرار الشركات النفطية البيئية العامة؟، ما شروط قيام مسؤولية تعويض أضرارها.
- لتحقيق أهداف البحث سلكت: المنهج الوصفي، والمنهج التحليلي، والمنهج التأصيلي، مع المقارنة بين الفقه الإسلامي، والقانون اليمني.
- ويتكون البحث من مقدمة، وتمهيد، وثلاثة مباحث: تناولت في المبحث الأول: التعريفات، وبينت في المبحث الثاني: التأصيل الفقهي والقانوني لمسؤولية الشركات، وفي المبحث الثالث: بحث شروط قيام المسؤولية، ومن ثم الخاتمة: وفيها النتائج والتوصيات، مشفوعة بالمصادر.
- وقد توصلت الدراسة إلى: أن مسؤولية تعويض الأضرار الخاصة تخضع لقواعد نظام المسؤولية المدنية؛ بينما تخضع مسؤولية تعويض الأضرار البيئية، لنظام قانوني خاص، وهو نظام المسؤولية الموضوعية البيئية، ونظام المسؤولية المحدودة، وأنظمة التأمين من مخاطر الشركات الصناعية، والتحمل الجماعي؛ وتحمل الشركات النفطية، مع الجهات الرقابية؛ مسؤولية هذا التعويض. وبالله التوفيق.

Research Summary:The activities of the oil companies are accompanied by multiple inherent damages, of a special and complex nature. When examining its provisions in Yemeni legislation; We did not find specific texts dealing with it; Therefore, this study aims to examine its own system, commensurate with its nature, and to find legislative solutions to its problem. By answering the following questions:

- 1- What is the definition of compensation and damage, and what are the types of characteristics of the damages of oil companies?
- 2- What is the rooting of the responsibility of compensating the damages of oil companies in jurisprudence and law? Who is responsible and obligated to compensate?
- 3- What are the special rules for establishing liability for compensation for public environmental damages by oil companies? What are the conditions for establishing liability for compensation for their damages?

To achieve the objectives of the research, I took the descriptive approach, the analytical approach, and the original approach, with a comparison between Islamic jurisprudence and Yemeni law.

The research consists of an introduction, a preface, and three sections: I dealt with in the first topic: definitions, and indicated in the second topic: the jurisprudential and legal rooting of corporate responsibility, and in the third topic: the conditions for establishing responsibility, and then the conclusion: which includes the results and recommendations, accompanied by sources.

The study concluded: that the liability for compensation for private damages is subject to the rules of civil liability; While the liability for compensation for environmental damages is subject to a special legal system, which is the environmental objective liability system, the limited liability system, the industrial companies' risk insurance systems, and the collective liability; The oil companies, with the regulatory authorities, bear the responsibility; responsibility for this compensation. God luck.

المُقَدِّمة

الحمد لله رب العالمين، وبه نستعين على أمور الدنيا والدين، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبة وسلم . وبعد:

لقد شهد العالم في الوقت الحاضر تطورا علميا تكنولوجيا نتج عنه ثورة صناعية في مجالات متعددة؛ ومن أهمها الصناعة النفطية استكشافا وإنتاجا وتكريرا، وقد حرصت عليها الدول واهتمت بها اهتماما كبيرا، وأسست لذلك وزارات مستقلة، وهي وزارات النفط والمعادن، أو البترول والطاقة وغيرها من المسميات؛ لأنها تعتبر إيرادا ماليا قويا وسريعا يغذي خزينة الدولة، ويعزز الاقتصاد الوطني، ويساهم بصفة أساسية في تحقيق التنمية والاستقرار ورفاهية المجتمعات .

ولكن هذا التطور الصناعي له آثار سلبية مصاحبة له ولا تنفك عنه، تسبب أضرارا متعددة على الإنسان والحيوان والنبات والبيئة بصفة عامة ، وتتصف هذه الأضرار بالخطورة والمعقدة والغامضة والمستمرة لسنوات طويلة ، تحتاج إلى مهنة عالية في تحديدها والتعامل معها، بل تتجاوز بعضها حدود الدول؛ فأصبحت من القضايا الهامة على مستوى العالم؛ ترتب عليها مشاكل قانونية في تحديد طبيعة المسؤوليات المترتبة عن هذه الأضرار.

وتعتبر المسؤولية المدنية من أهم محاور القانون المدني، يلتزم بموجبها كل من ارتكب خطأ أو ضررا بالغير بتحمل تبعاته ، وتعويض أضراره، وهي بهذا المعنى سهلة ولا إشكال فيها.

ولكن الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية عن أضرار شركات الصناعة النفطية تتخذ شكلا آخر أكثر تعقيدا ولا تنطبق عليها القواعد العامة للمسؤولية المدنية المنصوص عليها في القانوني المدني انطباقا تاما؛ إذ أن طبيعة أضرار الصناعة النفطية تختلف عن الأضرار المتعارف عليها؛ باعتبار أن بعضها غير مترتب على خطأ؛ وإنما هي أضرار مصاحبة للصناعة النفطية، وبعضها طويلة المدى وغير مباشرة والعلاقة السببية بين المسؤول والمضرور غامضة ومعقدة ومستمرة؛ يصعب إثباتها ونسبتها إلى شخص مسؤول معين، وكذا شخص مضرور معين لتضرر البيئة بصفة عامة كتلوث الهواء، والمياه الجوفية، وفساد التربة، بل بعضها عامة وتتعدى نطاق القانون المدني، وتتداخل مع أحكام القانون الدولي، والإداري ، والجنائي^(١).

(١) عبدالتواب معوض - جرائم التلوث من الناحية القانونية والفنية - طبعة منشأة المعارف ، الإسكندرية - صفحة (١٥٤).

أهمية البحث :

تبرز أهمية البحث باعتبار أن موضوع مسؤولية التعويض من أهم المواضيع الفقهية والقانونية المرتبطة بسلوك الأشخاص، مع ضرورة تحديد نظام خاص لتعويض أضرار الشركات النفطية يتوافق مع طبيعتها الخاصة؛ حفظاً لحقوق الأفراد والأجيال والمجتمعات في التعويض العادل عن هذه الأضرار الحالية والمستقبلية.

سبب اختيار البحث:

تم اختيار هذا الموضوع للأسباب التالية:

- ١- أهمية الموضوع كما تمت الإشارة إليها آنفاً.
- ٢- توافق موضوع البحث مع ميول الباحث، وطبيعة عمله في فرع وزارة النفط والمعادن – وادي حضرموت – اليمن؛ كون الباحث من أبناء محافظة نفطية تواجدت فيها العديد من الشركات الوطنية والأجنبية .
- ٣- عدم وجود الدراسات في القانون اليمني في موضوع البحث؛ ما دفع الباحث إلى اختياره.
- ٤- كثرة الشكاوي والمطالبات بتعويض الأضرار الشركات النفطية.

أهداف البحث:

من خلال دراسة هذا الموضوع أسعى إلى تحقيق ما يلي:

- ١- تقديم دراسة من الناحية الفقهية والقانونية في هذا الموضوع؛ ليسترشد بها المقنن اليمني في تشريعاته، وغيره من المهتمين، والجهات الرسمية المختصة بموضوع البحث، للقيام بمهامها وتعويض المتضررين من أضرار الشركات وفقاً للشرع والقانون.
- ٢- تعمق الدراسة في موضوع البحث بتعريف تعويض أضرار الشركات وتأصيل مسؤوليتها وبيان قواعدها العامة والخاصة، وشروط قيامها فقها وقانوناً.

مجالات ونطاق البحث:

يقتصر نطاق البحث على دراسة موضوعه من ناحيتين:

- الناحية الفقهية: من خلال دراسة التأصيل الفقهي لمسؤولية تعويض الأضرار.
- ومن الناحية القانونية: باقتصارها على القوانين والأنظمة اليمنية بصفة أساسية، مع المقارنة عند الحاجة والاستشهاد ببعض القوانين العربية والدولية.

إشكالية البحث:

تكمن إشكالية البحث في الإجابة على الأسئلة الآتية:

- ١- ما مفهوم تعويض أضرار الشركات النفطية؟
- ٢- ما التأصيل الفقهي والقانوني لمسؤولية تعويض أضرار شركات الصناعة النفطية، وأساس مشروعيتها، ومن هم الأشخاص المسؤولون عنها؟
- ٣- ما شروط قيام مسؤولية الشركات النفطية عن التعويض؟.
- ٤- ما هي قواعد القوانين والأنظمة اليمنية العامة والخاصة لقيام مسؤولية تعويض أضرار الشركات النفطية: كالقانون المدني، وقانون حماية البيئة، ومدى كفايتها في استيعاب أحكامها، أم هي بحاجة إلى تعديل أو إصدار نصوص خاصة، تستثنى من القواعد العامة لتعويض الضرر؟.
- ٥- ما هي الحلول القانونية التي أوجدتها بعض التشريعات لمواجهة الطبيعة الخاصة لمسؤولية تعويض أضرار الشركات.

منهج البحث:

لتحقيق أهداف البحث سلكت المناهج الآتية:

- المنهج الوصفي الاستقرائي؛ بتتبع جزئيات موضوع البحث، وتأصيل مسائله من مصادر الفقهية والقانونية، وكذا وصف الوقائع والظواهر المتعلقة به.
- المنهج التحليلي: بتحليل مسائل موضوع البحث، والقواعد العامة والنصوص الخاصة الشرعية والقانونية المتعلقة بمسؤولية تعويض أضرار الصناعة النفطية؛ لمعرفة حقيقتها.
- المنهج المقارن: وذلك بالمقارنة بين الشريعة الإسلامية، والتشريعات اليمنية الخاصة بالقانون المدني وقانون حماية البيئة، والإشارة والتعريض بالمقارنة ببعض القوانين العربية والأجنبية، في بعض الحالات التي يلجأ إليها.

الدراسات السابقة في الموضوع:

- بعد البحث وسؤال المختصين - على حد علمي - ، لم أجد دراسة، أو رسالة علمية خاصة، في موضوع نظام المسؤولية المدنية عن أضرار شركات الصناعة النفطية في القوانين اليمنية المرتبطة بموضوع البحث، وبالمناهج التي سلكتها، إلا أنه توجد بعض الدراسات مرتبطة بموضوع البحث بصفة عامة ولبعض القوانين العربية وغيرها، يمكن التعرف على بعضها من خلال الاطلاع على قائمة المصادر.

صعوبات البحث:

أبرز الصعوبات التي واجهتني أثناء البحث كما يلي:

- ١- عدم وجود الأبحاث والدراسات اليمنية المتعلقة بموضوع البحث، والفرغ التشريعي في الجانب النفطي بعدم وجود قانون النفط، وعدم وجود قرارات رئاسية أو وزارية ولوائح تنظم عمل الشركة الوطنية للبترول.
- ٢- صعوبة التحليل والمقارنة بين نصوص القانون المدني وقانون حماية البيئة اليمني، وانعدام الأحكام والقرارات القضائية اليمنية في موضوع البحث.
- ٣- صعوبة الحصول على المعلومات بموضوع البحث من الجهات المعنية والمختصة؛ وذلك لحساسية الموضوع وما يترتب عليه من تحمل المسؤوليات وتبعاتها.

خطة البحث:

لإنجاز هذا البحث؛ وتحقيقا للتوازن بين موضوعاته، وصفحاته؛ وللإحاطة بموضوعاته فقد قسمته إلى مقدمة، وتمهيد، وثلاثة مباحث، وخاتمة.

وذكرت في التمهيد موجزا تعريفا بالقطاعات والصناعة النفطية بوادي حضرموت - اليمن، وتطرقت فيه لخطورة أضرار أعمال شركات إنتاج واستكشاف ونقل وتكرير النفط والغاز. تناولت في المبحث الأول: المفاهيم والمصطلحات، وبينت في المبحث الثاني: التأصيل الفقهي والقانوني لمسؤولية تعويض أضرار الشركات النفطية، وبحث المسؤول عنها، وفي المبحث الثالث: بحثت شروط قيام المسؤولية فقها وقانونا، ومن ثم الخاتمة: وفيها النتائج والتوصيات، مشفوعة بقائمة المصادر.

أسأل الله التوفيق... آمين.

تمهيد:

الصناعة النفطية بمحافظة حضرموت

في بداية هذا البحث أقدم نبذة تعريفية عن محافظة حضرموت والقطاعات النفطية فيها؛ تمهيدا لموضوع بحثنا المخصص ببحث مسؤولية تعويض أضرار الشركات النفطية المشغلة لهذه القطاعات والعاملة بالمحافظة؛ بغية الوصول إلى نتائج وحلول قانونية لمشكلة البحث، وذلك كما يلي:

أولاً: تعريف موجز بمحافظة حضرموت :

تعتبر محافظة حضرموت أكبر المحافظات اليمنية مساحة التي تبغ مساحتها: (190.000) كيلو متر مربع، فهي تمثل 35% من مساحة الجمهورية اليمنية.

ومع كبر مساحتها تتنوع فيها التضاريس الجغرافية ساحلا وواديا وهضبة، مع تتمتع بموقع جغرافي

هام فهي تطل على بحر العرب جنوبا، ويحدها من الشرق سلطنة عمان، ومن الشمال المملكة العربية السعودية.

ومن أعظم من الله عز وجل على هذه البلاد المباركة ما أودعه في باطن أرضها من الثروات المائية والنفطية والغازية والمعادن.

أما بالنسبة للثروة المائية فتقع حضرموت فوق أكبر حوض في اليمن للمياه العذبة الصالحة للشرب والزراعة، في الطبقة الرملية الممتدة إلى خارج حدود اليمن إلى المملكة السعودية والسلطنة العمانية، تخزن طبقة المياه الجوفية فيه حوالي 10 ملايين متر مكعب، وهي منطقة زراعية بامتياز تتنوع فيه المحاصيل الزراعية^(١).

ثانيا: التعريف بالقطاعات النفطية بالمحافظة والشركات المشغلة لها:

تتميز محافظة حضرموت بامتلاكها أكبر أحواض النفط الرئيسية في اليمن، وهو حوض المسيلة - سينون، وتبلغ مساحته: (25.000) كيلو متر مربع، يحتوي على: (80 %) من احتياطي النفط اليمني، تقع معظم حقول النفط في الهضبة الشمالية للمحافظة^(٢)، تتوزع أهم هذه القطاعات النفطية على المديرية كما يلي:

القطاعات رقم: (10)، (14)، (51)، (53)، وتديره حاليا شركة بترومسيلة الوطنية، ويقع على

(١) لمزيد من المعلومات ينظر: فان دير جن، جاك وعبدول، أحمد، "موارد اليمن المائية: ملخص للمعلومات المتاحة"، ١٩٩٥، DOI: 10.13140/RG.2.1.2616.1362 - إدارة المياه الجوفية في اليمن: مسودة التقرير المجمع"، منظمة الأغذية والزراعة للأمم المتحدة، روما، ٢٠٠٩

http://www.groundwatergovernance.org/fileadmin/user_upload/groundwatergovernance/docs/Country_studies/Yemen_Synthesis_Report_Final_Groundwater_Management.pdf

اليمنية، آخر تحديث عام ٢٠١٤ - <https://yemen-nic.info/gover/hathramoot/brife>

(٢) ريتشارد هاريس، مارك كوبر، إيان شوك - التركيز على استكشاف النفط والغاز في شرق اليمن باستخدام صور الأقمار الصناعية وبيانات الارتفاع - RECORDER - الجمعية الكندية للجيوفيزيائيين الاستكشافيين، المجلد ٢٨، العدد ٢. (كالجاري، كندا)، فبراير/شباط ٢٠٠٣

<https://csegrecorder.com/articles/view/focusing-oil-and-gas-exploration-in-eastern-yemen-using-satellite-images>. إدارة معلومات الطاقة الأمريكية، آخر تحديث

في ٦ يوليو/تموز ٢٠١٧

https://www.eia.gov/international/content/analysis/countries_long/Yemen/yem.en.pdf

لدراسات الإستراتيجية ٢١ / فبراير / ٢٠٢١م - صفحة (٩).

مسافة: (300 - 200) كيلومتر مربع شمال غرب المكلا ، ويعتبر هذه القطاعات أقدم إنتاجا نفطيا في المحافظة يضم عدة حقول نفطية، وكانت حقولا منتجة بلغ متوسط إنتاجها إلى: (200000) برميل يوميا، وذلك عام: 2003م ، بينما يبلغ متوسط إنتاجه في الفترة 2014م - 2021م إلى: (10.000) برميل يوميا^(١).

القطاع رقم: (9) ، الشركة المشغلة له هي: شركة كالفالي بتروليم قبرص المحدودة، الممنوح لها بموجب اتفاقية المشاركة في الإنتاج المبرمة بينها وبين وزارة النفط والمعادن اليمنية، ويعتبر هذا القطاع أكبر القطاعات النفطية الواعدة بالإنتاج النفطي والغازي بالمحافظة، تقدر مساحته بـ (2.000) كيلو متر مربع ، يقع غربا من القطاعات السابقة، في مديريات حريضة والعبر ووادي العين وحوره ، يبلغ متوسط إنتاجه في الفترة الراهنة 2012م، (5.000) برميل يوميا يتم نقلها عبر ناقلات النفط إلى خزانات القطاعات السابقة، ليتم ضخ جميع الإنتاج النفطي من المحافظة عبر الأنبوب إلى ميناء الضبة النفطي^(٢).

المبحث الأول:

مفهوم تعويض أضرار الشركات النفطية

تمهيد:

قبل الشروع في البحث عن موضوعات بحث مسؤولية تعويض أضرار الشركات، أقدم في هذا المبحث تعريفاً بماهية التعويض، وتعريفاً بماهية الأضرار، وتعريفاً بأنواعه، وسأقسّم هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول: تعريف ماهية التعويض، المطلب الثاني: تعريف ماهية الأضرار.

(١) لمزيد من المعلومات ينظر: الأصول والمرافق، شركة بتروميلا - تم الاطلاع في ٢٧ أغسطس/آب ٢٠٢٠. <https://petromasila.com/assets-facilities>. عادل الجعي، الخضر إبراهيم، حسين الفيقي، مصطفى قناوي، ناصر العريفي، عارف لاشين - التحقيق في الآبار الجيولوجية العميقة باستخدام الانعكاس الزلزالي وجذوع الآبار - حقل الطويلة النفطي - اليمن. الآثار المترتبة على الوضع الهيكلي وخصائص البئر النفطي - مجلة علوم وهندسة البترول، المجلد ١٧٦. ص. ١٠١٨-١٠٤، ٢٠١٩.

<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0920410519301573?via%3Dihub>. التحديث الاقتصادي الشهري لليمن - البنك الدولي، ديسمبر/كانون الأول ٢٠١٩ - <http://pubdocs.worldbank.org/en/360391580209593452/Yemen-Update-Dec-2019.pdf>.

(٢) لمزيد من المعلومات ينظر: العمليات: الإنتاج الحالي - شركة كالفالي للبترول المحدودة (قبرص)، تم الاطلاع في ٢٧ أغسطس/آب ٢٠٢٠. <https://www.calvalleypetroleum.com/new-current-production>.

المطلب الأول:

تعريف ماهية التعويض

سيتم تعريف ماهية التعويض من خلال تعريفه لغة وفقها وقانونا، وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف التعويض لغة وفقها:

١- التعريف لغة:

التعويض: مصطلح شائع: أي الأعواض، فهو مشتق من مادة العوض، والتعويضات جمع ومفردة: عوض: وهو لغة: البدل، والخلف، يقال: أخذت الكتاب عوضا عن نقودي، وعوضه تعويضاً، وعأوضه وأعاضه: أي أعطاه العوض، واعتاض وتعوض أخذ العوض أي البدل^(١).

٢- التعريف فقها:

أ- تعريف فقهاء الشريعة المتقدمين:

لم يشتهر عند فقهاء الشريعة استعمال مصطلح التعويض؛ وإنما عرف واستعمل بمصطلح الضمان، وعرفوه بما يلي:

تعريف الحنفية: رد ما كان مثليا، أو قيمته إن كان قيميا، كما عرف في بدائع الصنائع بأنه: إيجاب التالف إن أمكن، أو قيمته، نفيًا للضرر بقدر الإمكان^(٢).

تعريف المالكية: شغل ذمة أخرى بالحق^(٣).

تعريف الشافعية: التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار عين مضمونة، أو بدن من يستحق حضوره^(٤).

تعريف الحنابلة: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق^(٥).

وورد تعريفه في مجلة الأحكام العدلية: بأنه إعطاء الشيء إذا كان من المثليات، وقيمه إذا كان من

(١) مرتضى الزبيدي، محمد الحسيني، المتوفى: ١٢٠٥ هـ - تاج العروس من جواهر القاموس - طبعة دار الهداية - (٤٥٠/١٨). أبو عبدالله محمد أبوبكر الحنفي الرازي - مختار الصحاح - طبعة المكتبة العصرية، بيروت الطبعة الخامسة ١٩٩٩م - (٢٢١/١).

(٢) ابن نجيم، أحمد محمد مكي الحسني الحنفي - غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر - طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى سنة: ٢٠٠٨م - (٧/٤). الكاساني، أبوبكر بن سعود - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - دار التراث العربي، لبنان، الطبعة الأولى: ١٩٩٧م - (١٦٨/٧).

(٣) جواهر الإكليل للأبي، شرح مختصر سيدي خليل - (١٠٩/٢).

(٤) أحمد عمر الشاطري - الياقوت النفيس في مذهب ابن ادريس - طبعة دار المنهاج - (٢٣).

(٥) ابن قدامة، عبدالله بن احمد - المغني - طبعة دار عالم الكتب، الرياض، ١٤١٧هـ - (٧١/٧).

القيميات^(١).

وتبين من هذه التعريفات أن تعريف التعويض في الاصطلاح الشرعي الفقهي يشابه معناه اللغوي، واستعمال الفقهاء له بمعنى عام؛ فأطلقوه على كفالة النفس والمال، وغرامة المتلفات والمغصوب، والعيوب، كما يطلق على ضمان الأموال، والالتزام بالعقود وغيرها، وشغل الذمة والحق الثابت في الذمة.

ب- تعريف المعاصرين:

تطرق بعض الفقهاء المعاصرين إلى تعريف التعويض بتعريفات عدة نذكر منها ما يلي:
عُرف بأنه: "الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية"^(٢).

و عُرف بأنه: المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال أو شرف^(٣).
و عُرف أيضاً بأنه: "أداء المسؤول للمضرور مثل الحق أو قيمته"^(٤).

ويلاحظ على التعريفات ما يلي:

أنها تدخل في تعريفات المتقدمين.

وبالنظر في التعريف الأول يتضح أنه عرف التعويض بالالتزام؛ لذا فهو عرف حكم التعويض بالوجوب، ومن ثم بين أنواع الضرر.

أما التعريف الثاني: فإنه وإن كان قد شمل التعويض عن الضرر المادي والمعنوي؛ لكنه قصر تعريفه بنوع واحد وهو التعويض القضائي؛ من خلال قوله: هو حكم.

أما التعريف الثالث: فقد تميز بالعموم للضرر بالتعبير بالمضرور، وحاول بيان أنواع التعويض العيني والمالي؛ إلا أن تعبيره بالحق فيه تكرار لدخول القيمة في الحق.

(١) د. علي حيدر - درر الحكام في شرح مجلة الأحكام - مكتبة النهضة - بيروت - بغداد - ت ط بدون ، صفحة: (٣٧٨).

(٢) الزحيلي، وهبة - نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة - دار الفكر، دمشق الطبعة الثامنة ٢٠٠٨ م - (١٥).

(٣) شلتوت، محمود - المسؤولية المدنية والجنائية عن فعل الغير في الشريعة الإسلامية - مكتبة الجامع الأزهر للشؤون العامة، القاهرة - (٣٥). بو ساق ، محمد المدني - التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي - دار أشبيليا الرياض ، الطبعة القانية ١٤٢٨ هـ - (١٥٥).

(٤) المتبهي، عبدالعزيز محمد - دعوى التعويض الناشئة عن المسؤولية التقصيرية والعقدية، وتطبيقاتها في الفقه والقضاء الإداري - رسالة دكتوراه - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية ١٤٢٤ هـ - (٤/١).

ومما تقدم يمكننا تعريفه بالتعريف الثالث مع تجاوز التكرار بالقول بأنه: "جبر الضرر بالعين أو القيمة"، واكتفيت بذلك ليشمل جميع أنواع الضرر الخاص و العام.

الفرع الثاني: تعريف التعويض في القانون:

اشتهر استعمال مصطلح التعويض في القوانين الوضعية المدنية، وقد تقاربت ألفاظ فقهاء القانون في تعريفهم للتعويض، فعرف بما يلي:

عرفه بعضهم بقوله: بأنه الأثر المترتب على توافر أركان المسؤولية المدنية، المتمثلة في الخطأ، الضرر، العلاقة السببية، ويكون وظيفته جبر الضرر الذي أصاب المضرور^(١).

وعرفه آخر بأنه: "وسيلة القضاء لمحو الضرر أو تخفيف وطأته، إذا لم يكن محوه ممكناً والغالب أن يكون مبلغاً من المال يحكم به للمضرور على من أحدث الضرر، ولكنه قد يكون شيئاً آخر غير المال، كالنشر في الصحف، أو التنويه بحق المدعي في الحكم"^(٢).

ولم يعرف القانون المدني اليمني التعويض، وإنما فصل أحكامه في الباب الثالث، إلا أنه يفهم من نصوصه: أن التعويض جزاء عيني أو نقدي مترتب على المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، يتقرر عند وجود الضرر، ويتحدد بنص القانون، أو باتفاق المتعاقدين، أو بتقدير القاضي إذا لم يوجد نص أو اتفاق^(٣).

ومن خلال التعريفات السابقة فإن أركان التعويض كما يلي:

- ١- الدائن: وهو الشخص الذي وقع عليه الضرر، والمستحق للتعويض.
- ٢- المدين: وهو الشخص الذي صدر منه الضرر، وهو المسؤول عن التعويض.
- ٣- الدين: وهو محل الإلتزام بالتعويض، سواء كان عيناً، أو نقداً.
- ٤- الضرر: سواء كان مادياً أو أدبي، وسيأتي بحث تفاصيله في المطلب اللاحق.

(١) د. محمد حسين الشامي: - ركن الخطأ في المسؤولية المدنية - ١٩٩٠ م، دار النهضة العربية- القاهرة ١٩٩٩ م، صفحة: (٢٥٧).

(٢) د. سعدون العامري - تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية - بغداد - ت ط ١٩٨١ - منشورات مركز البحوث القانونية، رقم الإيداع في المكتبة الوطنية ببغداد ٦٩٧/١٩٨١ م، صفحة: (١٤٣).

(٣) القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢ م بشأن القانون المدني - الجريدة الرسمية العدد السابع - الصادر بتاريخ ١٥ إبريل ٢٠٠٢ م مكتبة خالد بن الوليد - صنعاء.

المطلب الثاني:

تعريف ماهية الأضرار

الفرع الأوّل: تعريف الأضرار لغة وفقها وقانونا:

١- تعريفها لغة:

الأضرار جمع مفرد لها ضرر، أو الضرّ والضُرُّ، بالضم والفتح لغتان، وهو ضد النفع، ويطلق ويراد به النقصان، والمفسدة، وسوء الحال، الفقر، والضيّق، والشدة^(١)، ومنه قوله تعالى: قوله تعالى: "وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنبِهِ أَوْ قَاعِدًا أَوْ قَائِمًا"^(٢).

٢- تعريفها فقها:

أ- تعريف الفقهاء المتقدمين:

معنى الضرر في اصطلاح فقهاء الشرع يتوافق مع المعنى اللغوي، وهو ما يقابل النفع، وهو النقصان، والأذى والمفسدة، سواء كان معنويا كالقذف والشتم، أو ماديا في المال أو النفس، وغيرهما مما ينسب إليه^(٣).

وهذا المعنى عرفه بعض فقهاء الشريعة ونذكر من ذلك التعريفات التالية:

عند المالكية عُرّف الضرر بأنه: ما لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة، وأما الضرر فهو ما ليس لك فيه منفعة وعلى جارك مضرة^(٤).

وتعريف الشافعية: بأنه الأذى، أو المفسدة الملحقة بالغير مطلقة^(٥).

وعند الحنابلة: "أن يدخل على غيره ضررا بما ينتفع هو به"^(٦).

(١) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الزاوي - مختار الصحاح، مادة (ض ر ر) - المكتبة العصرية، بيروت، ٢٠٠٦م - (٣٦٢/١).

(٢) سورة يونس، الآية رقم: (٢١).

(٣) محمد عميم الإحسان المجددي البركتي - التعريفات الفقهية - الناشر: دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م) - الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م - صفحة: (١٣٣).

(٤) الطرابلسي، علي بن خليل - معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام - طبعة الحلبي، القاهرة الطبعة الثانية، ١٩٧٣م - (٢١٢). الباجي، سليمان بن خلف بن سعد - المنتقى شرح الموطأ - دار السعادة، القاهرة، الطبعة الأولى ١٣٣١هـ - (٤٠/٦).

(٥) النووي، يحيى بن شرف بن مري - تحرير ألفاظ التنبيه - دار القلم، دمشق - الأولى ١٤٠٨هـ - (١٢٨). السيوطي، عبدالرحمن بن الكمال - شرح سنن ابن ماجة - طبعة قديمي كتب خانة، كراتشي - (١٦٩).

(٦) ابن رجب، عبدالرحمن بن شهاب الدين - جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم - دار الخير، بيروت، الأولى ١٩٩٦م - (١٢٠/٢).

وعند الإمامية بأنه: "النقص في المال أو العرض أو النفس أو أي شأن من شئونه بعد وجوده"^(١).

ب- تعريف المعاصرين:

عرّف بعض الفقهاء المعاصرين الضرر بما يلي:

بأنه: "كل إيذاء يلحق الشخص، سواء أكان في ماله أو جسمه أو عرضه، أو عاطفته"^(٢).

كما عرّف بأنه: "كل إيذاء يلحق الشخص، سواء أكان في مال متقوم محترم أو جسمه، أو جسم معصوم، أو عرض مصون"^(٣).

ويلاحظ على هذه التعريفات: أنها شملت الأذى المادي والمعنوي، والتعريف الأول شمل الأذى المشروع كالحدود، وغير المشروع، بينما التعريف الثاني قيده بالمشروع، كما يفهم بتقييده بالمحترم والمعصوم والمصون.

ويمكن اختصار هذه التعريفات مع الجمع والمنع بالقول: بأنه الأذى غير المشروع مادياً أو معنوياً.

ومن خلال استعمال فقهاء الشريعة الإسلامية لمصطلح الضرر؛ يمكننا استخلاص صورته الآتية:

أ- الإتلاف، والتلف: الأول يكون مع التعدي بفعل الغير: والثاني من غير تعدي: وهو زوال عين الشيء من غير تحقيق مصلحة، بتغيير حالة الشيء من كونها منتفع به إلى غير منتفع به كلياً عادة، ومثاله: الإتلاف بالحرق، ومثّل له فقهاء المالكية باصطياد الحيوان عبثاً؛ فقالوا بتحريمه^(٤).

ب- الإهلاك والهلاك: الأول يكون مع التعدي بفعل الغير: والثاني من غير تعدي: وهو زوال عين الشيء مع تحقيق مصلحة غير مطلوبة شرعاً، ومثّل له فقهاء المالكية: باصطياد الحيوان للهو، وقالوا بكراهته^(٥).

ت- الاستهلاك: ويستعمل عند زوال عين الشيء بفعل الغير مع تحقيق مصلحة مشروعة، ومثاله: حرق الأشجار للتدفئة، وشرب الماء، ومثله الاستعمال لكنه قد يفرق بينها أن الاستهلاك فيه تعدي على مال الغير من غير رخصة، والاستعمال تصرف مباح لا تعدي فيه ولا ضرر.

ث- الإفساد والفساد: الأول بتعدي والثاني بغير تعدي، وهو النقص في عين الشيء؛ بما يؤدي إلى نقصان المصلحة الثابتة شرعاً.

(١) محمد تقي آل الفقيه العالمي - القواعد الفقهية - طبعة دار المعارف، بدون معلومات الطبع - (١٧٨/١).

(٢) الزحيلي نظرية الضمان - مرجع سابق - (٢٣).

(٣) بو ساق التعويض عن الضرر - مرجع سابق - (٢٨).

(٤) ابن جُزي، محمد بن أحمد بن محمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي - القوانين الفقهية - دار القلم، بيروت، لبنان، بدون تاريخ - (١٨٨/١).

(٥) القوانين الفقهية - المرجع السابق - (١٨٨/١).

ج- الغصب: وهو أخذ مال الغير من غير إذن ولا حق.

ح- القذف والشتم: وهو التعدي على العرض أو الشرف، وهو معنوي غير مادي.

٣- تعريفها قانوناً:

عرف بعض فقهاء القانون الضرر بعبارات لا تخرج عن التعريف اللغوي والشرعي، من ذلك تعريف السنهوري بأنه: الإخلال بحق أو مصلحة^(١).

إلا أنه يلاحظ في القوانين الوضعية، ومؤلفات فقهاء القانون شدة اعتنائهم بالتفريق بين أقسام الضرر إلى ما يلي:

١- الضرر الأدبي:

وعرفه د. الشامي بأنه: "الأذى الذي يصيب الإنسان في شرفه أو في حق من حقوقه الأدبية"^(٢). والمقصود بالحقوق الأدبية حقوق الملكية الفكرية؛ كحق المؤلف والفنان والمخترع، فهي مصلحة خاصة لا يجوز التعدي عليه بالانتحال مثلاً.

٢- الضرر المادي:

عُرّف بأنه: الضرر الواقع على جسم الإنسان أو ماله^(٣).

ومن تعريف الضرر المتقدم عند فقهاء الشريعة؛ يفهم: أن الضرر ينقسم عندهم أيضاً إلى القسمين المتقدمين: المادي والمعنوي؛ وإنما كان للقوانين الوضعية اهتمام كبير بالتقسيم؛ للحقوق الأدبية التي تعتبر من القضايا المعاصرة، وتبين مما تقدم سبق التشريع الإسلامي للإسلامية في تقنين أحكامها.

وأما تعريف الضرر في القانون المدني اليميني: فقد عرّفه بشكل عام من غير تفرقة بين الضرر المادي والمعنوي، كما ورد في المادة: (٣٠٤) مدني يميني، على أن: "كل فعل أو ترك غير مشروع، سواء كان ناشئاً عن عمد أو شبه عمد أو خطأ؛ إذا سبب للغير ضرراً يلزم من ارتكبه بتعويض الغير عن الضرر الذي أصابه، ولا يخل ذلك بالعقوبات المقررة للجرائم؛ طبقاً للقوانين النافذة".

وبالرجوع إلى شرح المادة (٢٩٩)، والمذكرة الإيضاحية الصادرة من السلطة التشريعية؛ نجدتها قسمت الضرر إلى القسمين المذكورين؛ حيث نصت هذه المادة على: "وقد تنشأ عن الفعل غير

(١) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. الجزء الثاني في الألتزامات. الطبعة الثالثة.

منشورات الحلبي. سنة الطبع ١٩٥٦م – (٩٧/١).

(٢) د. محمد حسين الشامي: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني-مرجع سابق- (١/٣٩٨ – ٣٩٩).

(٣) د. السنهوري – الوسيط – (٥٧/١). د. الشامي، النظرية العامة للالتزامات، (١/٥٠٨).

المشروع مسؤوليتان: مسؤولية جنائية، ومسؤولية مدنية... والمسؤولية الجنائية: تنشأ في الأحوال التي يعاقب فيها الشرع مرتكب الفعل بالعقوبات المقررة له، وقد تجزئ المضرور فيما أصابه من ضرر في نفسه وجسمه وعرضه^(١).

الفرع الثاني: أنواع أضرار الشركات النفطية:

١- التعريف بأنواع أضرار الصناعة النفطية:

تعتبر الصناعات النفطية من أهم الصناعات المعاصرة؛ لما لها من مكاسب اقتصادية كبيرة وسريعة؛ لحاجة الدول لمصادر الطاقة الحديثة.

وهذه الصناعة لها أضرار متعددة ومعقدة وذات طابع خاص؛ لا تنطبق على أغلبها قواعد المسؤولية المدنية؛ فكانت الحاجة الماسة إلى بحث أسس قانونية خاصة لتحديد مسؤولية تعويض هذه الأضرار الذي هو موضوع بحثنا، وقبل بحث تفاصيله نقدم البحث عن أنواع هذه الأضرار فيما يلي:

أولاً: التعريف بأضرار الشركات النفطية:

تعتبر أغلب أضرار الشركات النفطية اضراراً بيئية؛ وعرفت بأنه: الأذى الذي لحق الموارد الطبيعية، أو صحة الإنسان والكائنات الأخرى، أو يعرقل النشاط لاقتصادي، أو يعيق الاستخدام المشروع للبيئة^(٢).

كما عرفت بأنها: الأذى الناجم عن مجموعة من الأنشطة الإنسانية، التي تغير من صفات المحيط البيئي، لمجموعة من الأشخاص بصورة مباشرة أو غير مباشرة، يعرضهم للإصابة في أجسامهم أو أموالهم أو عاطفتهم أو غير ذلك مما يلزم تعويضه، أو أن يلحق الأذى بكائنات أخرى حية وغير حية^(٣).

فالضرر البيئي من أعمال الشركات النفطية بالمعنى هذا أعم من التلوث البيئي، فالضرر البيئي مطلق الأذى المترتب على نشاط الشركة خلال قيامها بالعمليات النفطية، كالمسح والاستكشاف والإنتاج والنقل والتكرير والتصفية، المغيرة من صفات البيئة البرية والبحرية والجوية، وتستهدف الإنسان

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني رقم: (١٠) لسنة ١٩٧٩م الصادر من مجلة مجلس الشعب التأسيسي- مطابع وزارة التربية والتعليم، صنعاء، بدون تاريخ، الفصل الأول من الباب الثالث من الكتاب الثاني – (١١٤/١).

(٢) د. عباس عل محمد الحسيني – المسؤولية المدنية البيئية في ضوء لنصوص المدنية والتشريعات البيئية – بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد الثالث، سنة ٢٠١٠م – صفحة (٢٥).

(٣) محمود فخر الدين عثمان، استقراء لمعالم الضرر البيئي، دراسة مقارنة معززة بالتطبيقات القضائية، مجلة جامعة كركوك للدراسات الإنسانية، عدد ١، المجلد ٣، جامعة كركوك، العراق، ٢٠٠٨، صفحة: (٢٣٣).

والجماد والنبات والحيوان، والهواء، وهذا الأذى قد يكون مباشرا أو غير مباشر، وطويل المدى أو قصير المدى، محققا أو محتملا، ماديا أو معنويا كالشعور بالحرمان.

أما التلوث البيئي: فيقصد به تشويه أو تدمير النقاء الطبيعي للبيئة؛ لذا يرى البعض أن الضرر البيئي هو نتيجة التلوث البيئي وأنه لا مجال للحديث عن التلوث البيئي إلا إذا أحدث ضررا^(١).
ثانياً: خصائص أضرار الشركات النفطية:

تتسم أضرار الشركات النفطية بخصائص وميزات، تميزها عن سائر أضرار الصناعات الأخرى، ومن أهمها:

أ- أنها أضرار كبيرة وشديدة الخطورة وواسعة: فهي تتعدى حدود مناطق العمليات؛ ولربما تسببت بمشاكل عالمية ونزاع بين الدول، وليست محلية فقط، وأضرارها شاملة للبيئة المحيطة بها، وتستهدف حياة الإنسان وصحته وممتلكاته^(٢).

ب- أنها أضرار مستقبلية غير فورية: أي أن أثارها تتراخى وتمتد إلى المستقبل، ولا تظهر مباشرة بعد تحقق سبب الضرر^(٣).

ت- أنها أضرار احتمالية غير مؤكدة: وذلك لتداخل بعض أسباب أضرار الصناعة النفطية مع أسباب أخرى؛ ما يجعل أضرارها غير يقينية؛ فالتلوث للماء أو الهواء أو التربة المحيطة بالقطاعات النفطية؛ قد يكون له أكثر من سبب بعضها يكون نتيجة تراكمات لمواد وعوامل ملوثة أخرى تتفاعل فيما بينها بعد مضي فترة من الزمن^(٤).

ث- أنها أضرار غير مباشرة: حيث أنها غير مباشرة لنشاط المسؤول، وتنتج بتداخل عدة عوامل من خلال تفاعل المواد الملوثة مع مصادر مختلفة طبيعية وغير طبيعية، فيصعب حينئذ تحديد العلاقة المباشرة بين أسباب الأضرار وأثارها، وعلى سبيل المثال: الأمراض التي قد تنتشر في

(١) د. سعيد سعد عبدالسلام – مشكلة تعويض أضرار البيئة التكنولوجية، دار النهضة العربية، القاهرة بدون سنة الطبع - (١٤).

(٢) اسماعيل محمد محمد عبدالحفيظ - فكرة الضرر في قانون البيئة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٨ - (٤٣).

(٣) د. سعدون العامري – مرجع سابق - (١٤).

(٤) د. يحيى ياسين د. خالد سليمان جواد – الطبيعة الخاصة للضرر البيئي وأثرها في قيام المسؤولية الدولية – بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية- مجلد ٤، عدد ٢٣-٢٤، سنة ٢٠١٤م - (٢٥٨). د. سمير حامد الجمال – الحماية القانونية للبيئة – دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م - (٣٠٣).

- مناطق العمليات النفطية كالسرطانات، والفضل الكلوي، والعقم - أعاذنا الله منها - ، يصعب فيها نسبتها مباشرة إلى الأنشطة والوقائع المرتبطة بنشاط الشركات النفطية^(١).
- ج- أن أضرارها طويلة المدى ومستمرة وغير مقدر، وتكون غالبا في الأضرار غير المرئية: وعلى سبيل المثال تقدير الأضرار الناتجة من تلوث المياه الجوفية والبحار، بسبب أنشطة الشركات النفطية، واستمرار تلوث الهواء بعمليات تكرير النفط والغاز^(٢).
- ح- صعوبة التعويض العيني في بعضها كالتي تصيب الهواء وغير ذلك؛ فإصلاح المضرور هنا مستحيل.
- خ- أن بعض أضرارها حتمية أي لا تنفك عنها وملازمة لها؛ كأضرار تقييد حرية المواطنين بالارتفاع بأراضيهم، وبعض أضرار التلوث البيئي المصاحب لعمليات الشركات النفطية، كالنفايات والغازات السامة، والضوضاء، وغيرها وبيانها فيما يلي من الأنواع.

ثانياً: أنواع أضرار الشركات النفطية:

تتنوع أضرار الشركات النفطية إلى خاصة: وهي التي تصيب الإنسان في جسده أو ممتلكاته، مادية كان أو معنوية .

وعامة: وهي التي تصيب الطبيعة والبيئة المحيطة بالإنسان، كالهواء والماء والتربة، ويتضرر الإنسان منها لوجوده في ذلك المحيط، وتفصيلها فيما يلي:

أ- الأضرار الخاصة:

يتعرض المواطنين للكثير من الأضرار الناتجة من أعمال الشركات النفطية، تستهدف أجسامهم وأموالهم، ضررا ماديا أو معنويا.

ويعتبر الضرر الجسدي أخطر الأضرار الخاصة سواء كان بإزهاق الروح أو النقص في سلامتها، أو بإصابة الناس بالأمراض ، و أخطرها السرطانات والعقم والفضل الكلوي، والتشوهات الخلقية؛ نتيجة تعرضهم للإشعاعات، واستنشاقهم للغازات السامة، وقد حظيت هذه الأضرار بالمزيد من الاهتمام نتيجة انتشار هذه الأضرار، وهي أضرار متنوعة وأسبابها معقدة^(٣).

الأضرار المالية: وهي التي تصيب أموالهم، وما يترتب عليها من: خسارة، أو كسب فائت.

وتعتبر الأضرار المالية هي الأكثر من حيث المطالبة؛ لانتشارها وظهورها وسهولة إثباتها؛

(١) د. يحيى ياسين د. خالد سليمان جواد - الطبيعة الخاصة للضرر البيئي المرجع السابق - (٢٥٨).

(٢) د. يحيى ياسين- المرجع السابق - (٢٥٩). د. عباس الحسيني - مرجع سابق - (٢٦).

(٣) ره نج رسول حمد - المسؤولية المدنية عن تلوث البيئة - دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٦ - صفحة (٩٧).

بحيث يستحق المضرور التعويض نتيجة الفعل الضار الناتج من أعمال الشركات النفطية. وأبرز هذه الأضرار: احتجاز العقارات كالمزارع والأراضي المملوكة للمواطنين، وتقييد حرياتهم من الاستفادة منها واستغلالها؛ تغليباً للمصلحة العامة، حتى تتمكن الشركات النفطية من قيامها بالعمليات النفطية، وكذا تعرضها للتلوث البيئي نتيجة إنتاج النفط ونقله، والغازات السامة مما يؤدي إلى موت المحاصيل الزراعية والحيوانات^(١).

ويدخل ضمن الأضرار الخاصة: الأضرار المعنوية: وهي التي تصيب سمعة وشرف واعتبار المضرور، أو تؤذيه في شعوره، فتسبب له الألم النفسي والحزن المترتب عن الحرمان، وكذا الآلام المترتبة على الأمراض والتشوهات الخلقية، وغير ذلك، فالضرر المعنوي حكمه حكم الضرر المادي، من وجوب تعويض المضرور عنه، استقلالاً عن الضرر المادي^(٢).

ب- الأضرار العامة:

وهي أخطر الأضرار التي تصيب البشرية؛ لعمومها فهي تستهدف الطبيعة ويتضرر الإنسان بتضررها؛ ولصعوبة إصلاح الأشياء المتضررة، لذا تزايد اهتمام المنظمات والمجتمع الدولي بحمايتها.

وتتسبب الشركات النفطية في هذه الأضرار بتلوث البيئة من خلال العمليات التالية:

١- عمليات استكشاف وإنتاج النفط: حيث تستهدف الشركات مناطق واسعة في هذه المرحلة، ويتم استخدام كميات كبيرة من المياه في الحفر التي يتخلص منها ومن نفايات إلى الخارج؛ فتحدث أضراراً عامة بتلوث وتسمم المياه والتربة والزراعة، وتنتقل إلى الإنسان والحيوان، وكذا في عمليات الإنتاج التي يصاحب النفط فيها المياه، وتتم إعادة حقنها فتتسبب بتلوث المياه الجوفية في حالة عدم معالجتها وتنقيتها من الشوائب والمواد السامة.

٢- التلوث في عمليات نقل النفط من مواقع الشركات إلى الخزانات أو إلى الموانئ أو إلى شركات التكرير، سواء كان عبر الأنابيب أو الصهاريج والبواخر، حيث تسبب تلوثات بيئية بتسرب كميات كبيرة إلى الخارج.

(١) نضال عطا بدوي الدويك، التعويض عن الأضرار المادية المستقبلية الناجمة عن الإصابات الجسدية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١٦ - صفحة (٥٣).

(٢) عبير عبد الله احمد درباس - المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة الناتجة عن تلوث البيئة في فلسطين - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين، ٢٠١٤ - صفحة (٩٣).

٣- التلوث في عمليات التكرير وتحويل النفط الخام إلى مشتقاته بترول وديزل وغيرها؛ حيث يصاحبها انبعاث الغازات السامة كغاز ثاني أكسيد الكربون، والمركبات المتطايرة، وتأثر المناطق المجاورة بها.

٤- الضوضاء العامة التي تعكر صفو الحياة وتقيد حريات مواطني المناطق المجاورة، وخضوعهم للإجراءات الأمنية المشددة^(١).

٢- أنواع أضرار شركات الصناعة النفطية بمحافظة حضرموت:

لا تخلو الصناعة النفطية من أضرار بيئية لا تنفك عنها؛ لم تسلم منها كبرى الدول الصناعية فضلا عن البلدان النامية كاليمن، وفيما تقدم بيان أضرار الشركات النفطية بصفة عامة. أما بالنسبة للصناعة النفطية في محافظة حضرموت، تبعا لطبيعتها الخاصة، فإن مواقع القطاعات النفطية فيها تتصف بالحساسية الشديدة والخطورة الكبيرة؛ وذلك لوقوعها في الهضاب في الأغلب، وجزء منها في الوديان، كما يمتد أنبوب النفط إلى البحر للتصدير، ويتم نقل إنتاج بعض القطاعات (كقطاع 9)، عبر الناقلات التي تمر وسط المدن من الوديان إلى الهضاب.

وتقع هذه القطاعات في مناطق مأهولة بالسكان، وتوجد فيها مساحات زراعية شاسعة، وكما تتجمع في هذه المناطق كميات كبيرة من مياه الأمطار، تغذي المياه الجوفية والوديان؛ ما يترتب على ذلك زيادة نسبة المخاطر من التلوث البيئي وتضرر المواطنين في صحتهم وممتلكاتهم والحيوانات والتربة والنبات والمياه، بجميع أشكال التلوث المحددة فنيا.

وأشد هذه المخاطر تلوث التربة الزراعية، والمياه الجوفية شريان الحياة، ورأسمال المحافظة الأهم والأساس مع ما تشهده المنطقة من فيضانات جراء سقوط الأمطار، ازدادت في السنوات الأخيرة متأثرة بالتغيرات المناخية.

وألخص أهم هذه المخاطر فيما يلي:

- ١- التلوث الهوائي للمناطق المجاورة للحقول بسبب حرق الغاز الطبيعي.
- ٢- تلوث المياه الجوفية العذبة بحقن النفايات السائلة المصاحبة للحفر والإنتاج بكميات كبيرة في الأحواض الأرضية غير المغلقة.

(١) إسماعيل أحمد محمد عبدالحفيظ - فكرة الضرر في قانون البيئة - مرجع سابق - (٧١). عبدالله تركي حمد العيال الطائي - الضرر البيئي وتعويضه في المسؤولية المدنية - الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣ - (٥٦).

- ٣- تلوث التربة بالمياه المصاحبة للإنتاج والملوثة، في حالة عدم التخلص منها بطريقة سليمة، كتجميعها في أحواض مفتوحة بلا عوازل أو عوازل تالفة، أو تعرضها للجرف بسبب الأمطار ومياه السيول.
 - ٤- عدم التقيد بالشروط المهنية في التخلص السليم من النفايات الصناعية.
 - ٥- تعرض أنابيب وناقلات وأحواض النفط من تسرب النفط منها، وكذا من الآبار النفطية.
- فيما تقدم أخطر الأضرار الفنية التي تهدد المحافظة من أعمال شركات الصناعة النفطية^(١).
- وإضافة إليها أذكر جملة من المخاطر القانونية والحقوقية التي لا تقل أهمية عما سبق ذكره، ولا يزال يعاني من حرمانها المجتمع الحضرمي وإلى الآن، بالرغم من تعرضه للمخاطر الفنية، وألخصها فيما يلي:
- ٦- تقييد حرية المواطنين الساكنين في مناطق الحقول من استخدام والاستفادة من ممتلكاتهم كزراعة الأراضي، والسكنى، وتعرضها للهدم جراء عمليات المسح والاستكشاف، وعدم تعويضهم تعويضا عادلا على ذلك.
 - ٧- تقييد حرية التنقل بين المناطق وحظر التجول في كثير من المناطق، وتشديد الحراسة، واتخاذ إجراءات أمنية مشددة، وتعرضهم دوما للتفتيش والمساءلة والمحاسبة كونها مناطق عمل، ما يعرضهم للتعدي على حرياتهم من حبس واعتقال وتحويل مناطق أعمالهم إلى ثكنات عسكرية.
 - ٨- تعريض حياتهم وممتلكاتهم للخطر جراء استهداف المنشآت النفطية للعمليات الإرهابية وللصراعات القبلية والانفلات الأمني؛ كونها أكثر تعرضا من غيرها من المنشآت الأخرى، ما يقلق سكنتهم ويسلمهم حياة الطمأنينة.

(١) لمزيد من الاستفادة يمكن الرجوع إلى بحث الكاتبة الشجاعة ياسمين الإيراني، بعنوان أثار استخراج النفط على الصحة والبيئة وسبل العيش في حضرموت، وقد فصلت فيه هذه المخاطر بتقارير مدعمة بكثير من وقائع الأحوال بالأدلة؛ تزيد من مخاوف وجود ملوثات بيئية خطيرة؛ تنذر بمخاطر صحية جسيمة على الأرض والإنسان الحضرمي، مع عدم وجود رقابة حقيقة من وزارة النفط والمعادن وفروعها في المحافظة، وتهميش دور السلطة المحلية، وعدم الشفافية في الإفصاح في تقارير تقييم الأثر البيئي وغيرها. ياسمين صبري - أثار استخراج النفط على الصحة والبيئة وسبل العيش في حضرموت | مركز صنعاء للدراسات الإستراتيجية ٢١/ فبراير / ٢٠٢١م - صفحة (٣ وما بعدها).

- ٩- حرمان مواطني مناطق الامتياز وبصفة عامة مواطني المحافظة، من الحقوق والامتيازات في توظيفات العمل في الأعمال العضلية والمهنية، وكذا حرمانهم إعطاءهم المقاولات الأعمال والخدمات في الشركات، وعدم التقيد بنسبها حسب التزام وتوجيهات رئاسة الجمهورية والحكومة.
- ١٠- حرمان المجتمع الحضري ومناطق الامتياز من النسب الملتزم بها من قبل الحكومة وضعفها، وهي: (٢٠%) من عائدات الإنتاج النفطي الخام المصدر من المحافظة؛ المخصصة: لتنفيذ مشاريع تنموية في مناطق الامتياز ومديريات المحافظة.
- كل ما تقدم ذكره من مخاطر على محافظة حضرموت؛ يدل على الأهمية البالغة لبحث مسؤولية تعويض أضرار أعمال شركات الصناعة النفطية فيها.

المبحث الثاني:

التأصيل الفقهي والقانوني لقيام مسؤولية تعويض أضرار الشركات النفطية

تمهيد:

بعد تعريف التعويضات والأضرار وبيان أنواعها أنتقل إلى بحث تأصيل مسؤولية التعويض في الفقه الإسلامي والقانون، وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول:

النصوص الشرعية والتكليف الفقهي

اهتمت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بتعويض الأضرار اهتماما كبيرا؛ لتعلقه بحقوق الإنسان، والمسؤولية المدنية؛ فحرمت التعدي عليها وإهمالها، ويبرز ذلك الاهتمام جليا من خلال النصوص الشرعية الواردة، ومباحث كتب المذاهب الفقهية، وشرح القانون، وتفصيله فيما يلي:

الفرع الأول: النصوص الشرعية على مشروعية التعويض:

أكدت نصوص الشريعة الإسلامية في كثير من النصوص على مشروعية التعويض للأضرار التي تصيب الغير، وقرر ذلك الحق في النصوص القرآنية والسنة النبوية، ومنها ما يلي:

١- النصوص القرآنية:

أ- قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ۗ فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ﴾ الشورى: (٤٠).

ب- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ۖ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾، النحل: (١٢٦).

ت- قوله تعالى: ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَتُ قِصَاصٌ ۚ فَمَنْ أَعَدَّى عَلَيْكُمْ فَأَعِدُّوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعَدَّى عَلَيْكُمْ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾، البقرة: (١٩٤).

ث- قوله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَمْحُكُمَا فِي الْغُرِّ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحَكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾، الأنبياء: (٧٨).

فدلت هذه الآيات الكريمة: على وجوب تعويض المضرور المعتدى عليه؛ بما يجبر الضرر ويرفع الأذى عنه، عن طريق المماثلة من غير نقص ولا زيادة؛ كما أجاز الشارع أخذ المقابل المالي جبراً للضرر بأخذ الدية من الجاني.

وكما دلت الآية الأخيرة على مشروعية تعويض الضرر؛ بما حكته وقررت من حكم نبي الله داوود وسليمان عليهما السلام؛ بأن تدفع الغنم إلى صاحب الزرع فينتفع بها مقابل ما أفسدته من الزرع، ويدفع الزرع لصاحب الغنم ليقوم عليه، فإذا عاد الزرع إلى حالة السنة القادمة يرد كل واحد منهما المال لصاحبه^(١).

٢- النصوص النبوية:

دلت السنة النبوية في كثير من الأحاديث على مشروعية التعويض، ومنها:

أ- ما ورد في تعويض المتلفات: حديث أنس - رضي الله عنه - قال: "أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وآله وسلم طعاماً في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - "طعام بطعام وإناء بإناء"^(٢).

(١) القرطبي، محمد بن أحمد - الجامع لأحكام القرآن - دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى ١٩٨٨ م - (٣٠٧/١١).

(٢) أخرجه الإمام الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى - سنن الترمذي - الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر - الطبعة: الثانية، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م - كتاب الأحكام - باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء (٦٤/٣) برقم: (١٣٥٩)، وقال حسن صحيح. وأصل الحديث في صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي - صحيح البخاري - المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر - الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) - الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ هـ - كتاب النكاح - باب الغيرة - (٨٧٧/٢)، برقم: (٢٣٤٩).

ب- ومما ورد في مشروعية التعويض وضمان الضرر: حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من أوقف دابة في سبيل من سبيل المسلمين، أو استوقفهم فأوطت بيد أو رجل فهو ضامن"^(١).

أ- ومن ذلك حديث سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم: قال: "على اليد ما أخذت حتى تؤدي"^(٢).

الفرع الثاني: التكيف الفقهي:

من خلال ما تقدم من النصوص الشرعية، وما تقدم في التعريفات؛ قرر الفقهاء حرمة الإضرار بالآخرين، وفي حالة وقوعه فإنه يجب تعويض المضرور، تعويضا عادلا برفع الضرر عنه، و إعادة الحال إلى ما كان عليه إن أمكن، وإلا بدفع المثل أو القيمة؛ لذا فإن التكيف الفقهي للتعويضات كما يلي:

حكما الوجوب: بالإلزام بجبر الضرر، ولا تبرأ الذمة إلا به.

طبيعتها بدلية: بالتعويض بالمثل إن أمكن أو بالقيمة

صفتها مقدرة: بمقدار الضرر من غير زيادة ولا نقصان.

وفي ذلك قال الكاساني: إذا تعذر نفي الضرر من حيث الصورة، فيجب نفيه من حيث المعنى؛ ليقوم الضمان مقام المتلف^(٣).

ولذلك وضع فقهاء الشريعة قواعد فقهية عامة لتعويض الأضرار؛ صيانة للحقوق وجبرا لما فات منها، ومن هذه القواعد: الضرر يزال، الضرر لا يزال بالضرر، المباشر ضامن وإن لم يتعمد^(٤).

(١) أخرجه الإمام أحمد، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني - المسند - المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون - الناشر: مؤسسة الرسالة - الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م. - (٢٢١/٤)، برقم: (١٧٩٦٩). وقال الأرنؤوط: إسناده صحيح، وأخرجه أبو داود في السنن - كتاب الأدب - باب من أخذ الشيء على المزاح - (٧١٩/٤)، برقم: (٥٠٠٣).

(٢) أخرجه الإمام البيهقي في سننه الكبرى - (٥٩٧/٨)، برقم: (١٧٦٩٤)، وأخرجه الدار قطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي - سنن لدارقطني - حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شليبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم - الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان - الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م - (١٧٩/٣)، برقم: (٢٨٥). المتقي الهندي، علاء الدين علي بن حسام الدين ابن قاضي خان القادري الشاذلي - كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال - المحقق: بكري حياني - صفوة السقا - الناشر: مؤسسة الرسالة - الطبعة الخامسة، ١٤٠١ هـ/١٩٨١ م - (١١٥/١٥)، حديث: (٤٠١١١).

(٣) بدائع الصنائع - مرجع سابق - (١٦٥/٧).

(٤) بدائع الصنائع - مرجع سابق - (١٦٥/٧).

وهذه القواعد والأحكام تنطبق على الطبيعة الخاصة بأضرار الشركات النفطية، وتعتبر أصلاً لها ويتحتم على المقنن والقاضي والفقهاء والباحث الشرعي والقانوني، مراعاتها والعمل بموجبها، عند الوقوف على تفاصيلها، وتزليل أحكامها عليها بعد التحقق من وقوعها وإثباتها.

المطلب الثاني:

التأصيل القانوني لقيام مسؤولية تعويض أضرار الشركات النفطية

تعويض الأضرار بصفة عامة من آثار المسؤولية المدنية التي فصلت أحكامها وقواعدها في القانون المدني اليمني وغيره.

والمقصود بالمسؤولية المدنية: التزام الشخص المسؤول بتعويض الأضرار التي أحدثها للغير، سواء كان مصدره العقد وهي المسؤولية التعاقدية، أو مصدره الفعل غير المشروع وهي المسؤولية التقصيرية^(١).

لأضرار الصناعة النفطية طبيعة خاصة تنفرد بها - وتقدم الكلام عنها في المبحث الأول؛ ما يتعدى تطبيق هذه القواعد والأحكام؛ وهنا تبرز مشكلة تأصيلها من الناحية النظرية، وهي من أسباب البحث في موضوعها للتوصل إلى الحلول التشريعية لها، وسأتناول ذلك كما يلي:

الفرع الأول: التأصيل القانوني إجمالاً:

بالرجوع إلى ما تقدم تقسيمه من أضرار الشركات النفطية إلى أضرار خاصة يتضرر منها المواطنون ضرراً مادياً أو معنوياً، وأضرار عامة وهي التي تضر بالبيئة بشكل عام، ويتضرر بذلك الإنسان وغيره؛ فإنه يمكن تأصيل مشروعية التعويض عن هذه الأضرار على سبيل الإجمال بما يلي:

١- كل من ارتكب أفعالاً نتج عنها ضرر خاص أصاب شخصاً أو أشخاصاً محددين، أو ارتكب ضرراً عاماً أصاب البيئة بصفة عامة؛ يكون بذلك ملزماً بالتعويض؛ بموجب المسؤولية المدنية التقصيرية.

٢- كل من خالف الالتزامات البيئية المنصوص عليها في العقد أو القوانين المحلية أو الدولية أو العرف الدولي؛ يتحمل الضرر الناتج عنه بموجب المسؤولية المدنية التعاقدية.

المشكلات الواردة على هذا التأصيل:

يرد على هذا التأصيل العام بعض المشكلات العملية نتيجة الطبيعة الخاصة لبعض أضرار شركات الصناعة النفطية؛ حيث أنه لا يمكن دخولها فيه؛ مما يتوجب بحث طبيعة قانونية خاصة بها، وأهم المشكلات التشريعية الواردة على طبيعة المسؤولية المدنية لأضرار شركات الصناعة

(١) د. السهوري الوسيط - مرجع سابق - (٨٤٢)، وما بعدها.

النفطية، ما يلي:

- ١- حدوث بعض أضرار الشركات النفطية من أعمال مشروعة، وليست من ارتكاب خطأ، أو مخالفة للقوانين النافذة والمعمول بها، بل تحمل هذه الشركات تراخيص لمزاولة أعمالها، وتراعي الشروط والالتزامات المفروضة عليها؛ ما دفع فقهاء القانون إلى بحث أساس آخر غير الخطأ لتعويض المتضررين^(١).
- ٢- صعوبة تحقق قيام المسؤولية المدنية وإثبات خطأ الشركات النفطية في الأضرار العامة: حيث أن التعقيد في هذه الأضرار نتج عنه عدم كفاية القواعد العامة في إثبات المسؤولية المدنية عن أضرار الشركات، وعلى سبيل المثال: عدم تحقق الضرر دفعة واحدة وإنما بعد فترة من الزمن، وتعدد أسبابه بتعدد الأنشطة الملوثة والمضرة بالبيئة، وصعوبة إصلاح الأضرار باعتبار بعضها غير مرئية وعامة، وعدم توفر الوسائل التكنولوجية الحديثة والإمكانيات المادية لكشف الضرر؛ ما يمكن للشركات النفطية من دفع مسؤولياتها عن الأضرار، أو نسبتها إلى سبب اجنبي أو قوة قاهرة، أو الحدث الفجائي، أو خطأ الغير^(٢).
- ٣- ازدواجية التشريع: حيث أن بعض أضرار الشركات النفطية وبالأخص الأضرار البيئية العامة تخضع لقوانين حماية البيئة الوطنية والقوانين والاتفاقيات والأعراف الدولية، والعقود التي تبرمها الدولة مع الشركات الأجنبية؛ ما ينتج غالبا تعارضها؛ ما يستوجب على المقتن اليميني والباحثين تعميق النظر فيها منعا لذلك التعارض ومعالجة الواقع منه باستمرار تبعا لتعديل هذه التشريعات.
- ٤- غموض الصفة في دعوى مسؤولية أضرار الشركات النفطية: وذلك في حالة الأضرار البيئية العامة كالتى تحدث أضرارا بالمياه الجوفية والهواء؛ فمن له الحق في رفع الدعوى القضائية ضد المتسبب بهذه الأضرار، وفي بعض حالات الأضرار العامة يصعب أيضا تحديد صفة المدعي عليه المسؤول عن الضرر؛ لتعدد الأنشطة والعوامل الصناعية وغيرها وتربطها؛ ما يترتب عليه صعوبة نسبة الضرر لشخص معين^(٣).

(١) د عطا سعد محمد حواس - الأنظمة الجماعية لتعويض أضرار التلوث - دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ٢٠١٢م - (١٩١).

(٢) الأنظمة الجماعية لتعويض أضرار التلوث - مرجع سابق - (١٩٤).

(٣) الأنظمة الجماعية لتعويض أضرار التلوث - مرجع سابق - (١١٨).

الفرع الثاني: القواعد الخاصة لتعويض أضرار الشركات النفطية:

تستوجب الطبيعة الخاصة لأضرار الشركات النفطية البحث عن حلول تشريعية وقواعد خاصة لمعالجتها؛ حتى يتم تعويض المتضررين تعويضا عادلا، وخصوصا في حالات تعذر قيام المسؤولية المدنية، وبما يتوافق مع النصوص والقواعد والمقاصد الشرعية والقانونية العامة، ومن هذه القواعد ما يلي:

١- تأسيس المسؤولية عن أضرار الصناعة النفطية على نظرية الخطأ المفترض وجوده منها؛ ترتكز المسؤولية المدنية على أساس نظرية الخطأ الواجب إثباته على المتضرر وهي النظرية العامة التي وضعها القانون المدني اليمني وغيرها من التشريعات الوضعية، وتتحقق هذه المسؤولية بعدم التزام الشركات النفطية بالقوانين والاتفاقيات، أو بفعلها الخاطئ، وفي هذه الحالة على المتضرر الإثبات بالأدلة الصحيحة بأن نشاط الشركات النفطية كان مخالفا للقوانين أو للاتفاقيات، أو إسناد الخطأ والفعل الضار إلى نشاطها^(١).

إلا أنه ومع التطور الصناعي النفطي وما يحدثه من أضرار عامة وخاصة ملازمة له؛ ولما تقدم ذكره، أصبحت هذه القواعد قاصرة وعاجزة عن تعويض المتضررين من الأنشطة الصناعية النفطية؛ وترتب على ذلك عجز التعويض القضائي في مثل هذه الحالات في كثير من القضايا^(٢)؛ لذلك اتجه فقهاء القانون لبحث نظرية الخطأ المفترض.

ويقصد بها: الضرر الذي لا يكلف المتضرر إلى إثباته، ويفترض المقنن وجوده استنادا إلى قرينة يفترضها ويعتقد كفايتها لإقامة المسؤولية، ولذلك فإن المتضرر يستحق التعويض من غير إقامة الدليل.

ويترتب على من نسب إليه الخطأ المفترض في حالة قابليته للعكس أن ينفيه بطريقتين: إثبات قيامه بوسائل السلامة والحيطه، أو إثبات السبب الأجنبي، لكن الخطأ المفترض إذا كان غير قابل للعكس لا ينفيه عنه إلا بإثبات السبب الأجنبي^(٣).

(١) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون حماية البيئة، دراسة تأصيلية في الأنظمة الوطنية والاتفاقية، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٧م - (٤٢٩).

(٢) لمعرفة نماذج أحكام المحاكم في هذا الشأن يرجع إلى: حسام عبيس عودة - المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي لشركات تكرير النفط والغاز الطبيعي - رسالة ماجستير، جامعة القادسية، كلية القانون، سنة ٢٠١٧م - (٩٤).

(٣) د. نبيل إبراهيم سعد ود. محمد حسن قاسم - مصاد الإلتزام دراسة مقارنة - الطبعة الأولى، منشورات الحلبي،

تعتبر نظرية الخطأ المفترض مقررة في القوانين المدنية ولكنها بصفة خاصة وفي حالات محددة، والأساس القانوني لتطبيقها على مسؤولية الشركات النفطية عن تعويض أضرار؛ باعتبار الفقه والقضاء أن أضرار الصناعة النفطية ومخلفاتها في غاية الخطورة؛ وتحتاج إلى عناية خاصة للتعامل معها، كما طبقت النظرية في كثير من قضايا منازعات التلوث البيئي، وأنشطة الشركات النفطية^(١).

٢- نظرية الضرر المجرد:

يتوقف التعويض في نظرية الخطأ المفترض على عدم قدرة الشركات على إسناد الضرر إلى سبب أجنبي، ويبدو أن ذلك ليس صعبا عليها؛ وذلك لتعدد الأسباب وتعقيدها فبإمكانها التهرب منها، ونسبتها إلى القوة القاهرة، أو الحادث الفجائي أو فعل الغير؛ ما يجعل نظرية الخطأ المفترض أيضا عاجزة وقاصرة في تعويض المتضررين من أضرار الشركات النفطية.

لذا فالواقع القانوني والقضائي بحاجة إلى التطوير ووضع القواعد الخاصة لتعويض أضرار الصناعة النفطية وغيرها من الأنشطة الضارة التي لا يتحقق فيها ركن الخطأ مع تحقق الضرر؛ لذلك ظهرت فكرة قيام المسؤولية المدنية على أساس الضرر وحده، أو ما تسمى بنظرية المسؤولية الموضوعية البيئية.

والمقصود بها: قيام مسؤولية تعويض المتضرر بمجرد وجود الضرر، وإن لم يرتكب المسؤول خطأ، ولا يمكنه دفع مسؤولية التعويض بانتفاء الخطأ، أو نفيه عنه أو إثباته السبب الأجنبي^(٢). وتعتبر هذه النظرية إحدى تطبيقات نظرية تحمل التبعة، أو المسؤولية المادية المشهورة في الفقه الإسلامي، والقانون المدني الوضعي، التي فصلت أدلتها ومبرراتها العقلية والنقلية في مصادرهما، ومن أهمها: قاعدة الغنم بالغرم^(٣).

وتطبيقا لهذه النظرية فإن قيام مسؤولية تعويض أضرار الصناعة النفطية تتحقق بتحقق الضرر، وإن لم يصدر منه خطأ أو مخالفة للأنظمة والقوانين؛ إذ أن توقف التعويض على إثبات ذلك الخطأ يترتب عليه حرمان المتضررين من التعويض؛ لعجزهم المؤكد من إثباته، لذا فهذه

بيروت، ٢٠١٠م - (٢٠٢).

(١) معرفة نماذج أحكام المحاكم وأقوال شراح القانون في هذا الشأن يرجع إلى: المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي - مرجع سابق - (٩٩).

(٢) د. محمد سعيد عبدالله الحميدي - المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة البحرية والطرق القانونية لحمايتها وفقا لقانون دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨م - (٣٣٢).
د. سمير حامد الجمال - الحماية القانونية للبيئة - مرجع سابق - (٣١٣).

(٣) للتفاصيل يرجع: المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي - مرجع سابق - (١١٠).

المسؤولية مترتبة عن وجود الضرر لا عن الخطأ^(١).

ومن خصائص هذه النظرية سهولة وسرعة حصول المتضررين على التعويض؛ كما أن ذلك التعويض يكون محددًا، بوضع حد أقصى له، يتناسب مع حجم النشاط، ومدى الضرر المحتمل والناشئ منه في الاتفاقيات الدولية والتشريعات التي أخذت بهذه النظرية؛ تجنبًا للإجحاف بحق المسؤول^(٢).

٣- نظام المسؤولية المحدودة:

أيضًا من قواعد قيام المسؤولية عن تعويض أضرار الشركات النفطية بموجب نظام المسؤولية المحدودة.

وذلك بوضع حد أقصى للتعويض الذي يحكم به عند حدوث أضرار بيئية ناتجة عن نشاط الشركات النفطية، وبالرغم من أن هذا النوع من التعويضات لا يجبر الأضرار كاملة إلا أنه أقر من بعض الدول كوسيلة سريعة اقتضتها الضرورة الاقتصادية لمواجهة هذه الأضرار^(٣).

ومثال ذلك: ما نصت عليه الفقرة الأولى: من المادة: (٣) من اتفاقية بروكسل لعام: ١٩٦٩م، المتعلقة بالمسؤولية عن أضرار التلوث بالبترو، والتي بدأت سريانها عام: ١٩٧٥م، حيث حددت مسؤولية مالك السفينة؛ بأن يلتزم بدفع ألفي فرنك عن كل طن من حمولة السفينة، على أن تكون المسؤولية لا تتجاوز: (٢١٠ ملايين فرنك)^(٤).

٤- نظام التأمين من مخاطر أضرار الصناعة النفطية:

من أنظمة قيام مسؤولية التعويض عن الأضرار المتبعة في الدول أنظمة وشركات التأمين ضد المخاطر الصناعية، ويدخل في ذلك التأمين من مخاطر الصناعة النفطية، وغيرها مما له تبعات بيئية على الإنسان والممتلكات والطبيعة؛ والهدف منها تحقيق ضمان حماية المتضررين من مخاطر الشركات النفطية أثناء ممارسة أنشطتها.

ولخطورة الصناعة النفطية، ولما لأضرارها من تبعات جسيمة على البيئة، حددت بعض التشريعات شروطًا له: منها: مدى قابلية خطر التلوث البيئي للتأمين من الناحية القانونية والفنية:

(١) د. عباس الحسيني - المسؤولية المدنية البيئية - مرجع سابق - (١٨).

(٢) للإطلاع على نماذج الاتفاقيات والقوانين والأحكام القضائية يرجع إلى: المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي - مرجع سابق - (١٠٦، ١١٣).

(٣) بوفلجة عبد الرحمن، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية ودور التأمين - رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠١٦م - صفحة: (١٨٤).

(٤) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون حماية البيئة - مرجع سابق - صفحة: (٤٧).

بأن يكون الخطر محتمل الوقوع لا محققا، وأن يكون وقوعه مستقبلا بعد إبرام العقد، وأن يكون مستقلا عن إرادة الطرفين بعدم إمكانية منعه؛ كالتأمين على الفيضانات والسرقه^(١).

كما تتبع بعض تشريعات الدول أنظمة التأمين الإجباري أو الاختياري من المخاطر البيئية، ومع أهمية النظام الإجباري لتحقيق العدالة للمتضررين في حالة إفسار المسؤول عن الأضرار وغيرها، وعزوف الشركات عن التأمين إذا كان اختياريا؛ فتحت المجال بعض الأنظمة للتأمين الاختياري كالنظام السعودي^(٢).

وأما بالنسبة للنظام اليمني فقد قرر هذا التأمين بطريقة خاصة كما نص عليه في قانون حماية البيئة النافذ في المادة: (٨١) بقوله: "يجوز للجهة المختصة إلزام المشروعات القابلة لإحداث الضرر البيئي بإيداع ضمانات مالية تكفي لتغطية الأضرار المحتملة".

٥- التحمل الجماعي:

من القواعد الخاصة لقيام مسؤولية التعويض عن الأضرار التحمل الجماعي؛ بإنشاء صندوق تعويض أضرار الشركات النفطية، من خلالها يتم جمع المبالغ التعويضية عن أضرار الشركات النفطية البيئية العامة؛ لتحل محل المسؤول عن الضرر - مع عدم إعفاء المسؤول عن الضرر من المسؤولية-، في الحالات التي يصعب تعويضها بموجب قواعد المسؤولية المدنية.

الأساس القانوني لقيام المسؤولية الجماعية للتعويض:

هو مبادئ المسؤولية المدنية العامة والخاصة بأضرار الشركات النفطية، التي توجب تعويض المضرور، بالإضافة إلى تقنينها في معظم التشريعات الوضعية؛ فأنشأت الصناديق التعويضية، وما يسمى بصناديق حماية البيئة، وهو التوجه المعاصر؛ لمعالجة القضايا البيئية بصفة عامة، التي تقوم على أساس الضمان المالي الجماعي؛ لتعويض الأضرار؛ والقيام بالدور الوقائي للبيئة.

ومنها المقنن اليمني، فقرر في المادة (٥، ٨٢، ٩٢)، من قانون حماية البيئة: إنشاء صندوق حماية البيئة اليمنية، بقرار من مجلس حماية البيئة، الذي ينشأ بقرار من مجلس الوزراء؛ يتولى وضع السياسة العامة الوطنية لحماية البيئة، والرقابة عليها، والقيام بالتنسيق مع الجهات المختصة لتنفيذ تلك السياسة، بعد إقرارها من مجلس الوزراء، وعلى كل جهة مختصة التقيد والالتزام

(١) للمزيد عن التأمين الإطلاع: رحموني محمد - آليات تعويض الأضرار البيئية في التشريع الجزائري - رسالة ماجستير، جامعة محمد لمين دباغين، الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠١٦م - صفحة: (٩٨ وما بعدها).

(٢) نبيلة اسماعيل رسلان - التأمين ضد أخطار التلوث - دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧م - صفحة: (٢٢) وما بعدها).

بالتنفيذ للقرارات والتوصيات الصادرة من المجلس، وكما يستنتج من هذه التعريفات أن الصناديق التعويضية مكملة لأحكام المسؤولية المدنية وأنظمة التأمين^(١).
وأخيرا فإن موضوع مسؤولية تعويض الأضرار، بحاجة إلى البحث المستمر للمسائل المتعلقة بأضرار الشركات النفطية، بما يتوافق مع التطور الصناعي، وتغير القوانين والأعراف البيئية الدولية؛ وتعديل القوانين المحلية والاتفاقيات بما يتلائم معها، وكذا تعمق البحث لإيجاد قواعد قانونية تكفل حق المتضررين من أخذهم التعويض العادل، وتشديد الرقابة على أنشطة الشركات النفطية وإثباتها؛ حتى لا يبقى المتضرر منها من غير حماية قانونية.

المطلب الثالث:

المسؤول عن التعويض

بعد تقرير مسؤولية تعويض أضرار الشركات النفطية الخاصة على قواعد المسؤولية المدنية العامة، وأضرارها العامة على قواعد خاصة وهي المسؤولية الموضوعية البيئية؛ فمن هو المسؤول عن هذه الأضرار، وما أساسها القانوني؟، وهذا ما سأبحثه فيما:

الفرع الأول: مسؤولية الشركات النفطية:

الأساس القانوني العام لتحديد المسؤول على التعويض هو الشخص الذي صدر منه الخطأ أو الشخص المخالف للالتزام قانوني معين؛ ونتج عن ذلك إضرار بالغير، وهو الذي يقع عليه عبء التعويض ويلزم به قضائيا.

وبناء عليه فإن الشركات النفطية باعتبارها الجهة المشغلة للعمليات النفطية؛ هي المسؤولة عن التعويض في الأضرار الخاصة الخاضعة لقواعد المسؤولية المدنية، عند تحقق شروط قيام مسؤولية التعويض التي سيأتي بيانها.

ولكن هذا الأساس العام لا ينطبق على كافة أضرار الشركات النفطية، كما تقدم بيانه وتقرر وجوب تعويض الأضرار البيئية العامة بمجرد حصول الضرر، تبعا للمسؤولية الموضوعية البيئية؛ لذا فإن المسؤول عن تعويض أضرارها، هي الشركات النفطية، عند تحقق الرابطة السببية، بربط ذلك الضرر بنشاط الشركات النفطية.

الفرع الثاني: مسؤولية الشركات النفطية عن أعمال التابعين لها، ومسؤولية متولي الرقابة على الشركات النفطية:

(١) الأنظمة الجماعية لتعويض أضرار التلوث - مرجع سابق - (٨٣). المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي - مرجع سابق - (٩٩).

الأصل أن الشخص لا يسأل إلا عن سلوكه فقط؛ إلا أنه قد توجد علاقة ما بين مرتكب الضرر وبين شخص آخر تبرر مساءلة الأخير عن سلوك الأول؛ استثناء من هذا الأصل؛ ويترتب على ذلك جواز الرجوع بالتعويض على غير مرتكب الضرر^(١).

ومن ذلك الاستثناء العام: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، وبيانها كما يلي:
استنادا إلى القواعد العامة للقوانين المدنية، ونصوص القانون المدني اليميني النافذ في المواد: (٣١١-٣١٤)؛ فإن المتبوع مسؤول عن أعمال تابعه إذا توفرت الشروط التالية:

١- وجود سلطة فعلية للمتبوع على تابعه، سواء كان متبوع واحد أو عدة متبوعين في وقت واحد، وتكون مسؤوليتهم تضامنية.

والمراد بالسلطة: سلطة الرقابة^(٢) على التابع، وإصدار الأوامر والتوجيهات، ولو كانت عامة غير تفصيلية، أو كانت رقابة إدارية غير فنية، ولو لم يكن للمتبوع سلطة اختيار التابع.
والعبرة بكونها فعلية: بغض النظر عن مصدر هذه السلطة سواء كان عقد عمل أو عقد مقاوله أو غيرها، أو كان مصدرها القانون؛ بل لو كان مصدرها سلطة فعلية من غير سند قانوني، أو لها سند قانوني باطل^(٣).

٢- وقوع خطأ من التابع وإحداث الضرر بالغير، وفي حالة الأضرار البيئية العامة يكتفى بحدوث الضرر ووجود العلاقة السببية – كما تقدم^(٤).

٣- تعلق خطأ التابع بعمل من أعمال وظيفته؛ كما لو اصطدم سائق ناقلة نפט تابع للشركة النفطية بسيارة أخرى، أو تسرب منها النفط أثناء النقل، أو حصل ذلك عند التخلص من النفايات النفطية، سواء كان ذلك عمدا أو غير عمد، وسواء كان بأمره أو مع رفضه، ولو بغير علمه، فإذا كانت هذه الأخطاء لا تتعلق بالوظيفة فلا يتحملها المتبوع^(٥).
واستنتاجا من هذه الشروط فإن المسؤول عن الأضرار هم:

(١) د. مصطفى محمد الجمال – مبادئ القانون – ١٩٧٩م – ١٩٨٠م، بدون طبعة – صفحة (٢١٩).

(٢) والمراد بالرقابة: هي الإشراف والتوجيه واتخاذ الاحتياطات المعقولة لمنع من هو تحت الرقابة من الإضرار بالغير. د. عبد العزيز اللصاصمة، المسؤولية المدنية التقصيرية - الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ٢٠٠٢م – (٢٢٠).

(٣) د. محمد حسين منصور – النظرية العامة للإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٦م، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية – (٦٥٠).

(٤) السنهوري، الوسيط – مرجع سابق – (١٠٢٣).

(٥) د. محمد حسين، النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق – (٦٦٤).

١- الشركات القائمة والمشغلة بالعمليات النفطية المحدثة للضرر: وهي تتحمل الأضرار التي يحدثها الأشخاص التابعين لها والخاضعين لرقابتها، وسواء كانوا أفراداً أو شركات تابعة لها، أو منفذة لأعمالها بموجب عقد المقاولة من الباطن.

ويضاف إلى ذلك الأشخاص القائمين بأعمال الرقابة والإشراف على أعمال الشركات النفطية. ٢- وزارة النفط والثروات المعدنية اليمنية: وذلك لما لها من إشراف ورقابة على جميع الشركات النفطية؛ كما هو مصرح به في المادة: (١٢/٢) من لائحته التنظيمية^(١)، وكذا الوحدات التابعة الممثلة لها والقائمة ولو ببعض مهامها سواء كان ذلك بتفويض عام أو خاص، أو بسلطة فعلية. وقد نص قانون حماية البيئة على تحديد مسؤوليتها في المادة: (٧٩)، بقوله: "كل من تسبب بفعله أو إهماله في إحداث ضرر للبيئة أو للغير نتيجة مخالفة الأحكام الواردة بهذا القانون أو اللوائح أو القرارات الصادرة تطبيقاً له أو للقوانين يعد مسئولاً بمفرده أو بالتضامن مع غيره عن جميع التكاليف الناجمة عن معالجة أو إزالة هذه الأضرار وكذلك بالتعويضات التي تترتب على هذه الأضرار".

إضافة إلى ما تقدم بيانه من أسس مسؤولية التعويض عن الأضرار، فإن أساس التزام الشركات النفطية بالتعويضات والتابعين لها، وكذا وزارة النفط والمعادن والتابعين لها؛ نظريات عدة^(٢)، وهي:

- نظرية الخطأ المفترض: وهي افتراض خطأ المتبوع في الرقابة والإشراف والتوجيه والاختيار.
- ونظرية التحمل: أي كما يجني المتبوع من تابعه الربح؛ فعليه تحمل الخسارة وهو ما يعرف لدى الفقه الإسلامي بقاعدة الغرم بالغنم.
- نظرية النيابة: أي أن التابع ينوب عن المتبوع نيابة شرعية وقانونية، لذا يتحمل المتبوع تصرفات تابعه.
- نظرية الضمان: فالمتبوع هو الكفيل والضامن للتابع؛ لذا يتحمل تبعاته.

الفرع الثالث: الملتزم بالتعويض قضائياً:

مما تجدر الإشارة إليه، وبناء على ما تقدم؛ فإن الأصل أن مسؤولية تعويض أضرار الشركات

(١) الصادرة بقرار جمهوري رقم: (٤٠)، لسنة ٢٠٠٠- الجريدة الرسمية، إصدار وزارة الشؤون القانونية، العدد الرابع، لسنة ٢٠٠٠ - صفحة (٤).

(٢) للمزيد من التفاصيل يرجع: د. زبير مصطفى حسين، الأساس القانوني لمسؤولية القائم بالعمليات النفطية عن أعمال تابعه، دراسة تحليلية مقارنة - بحث منشور بالمجلة العلمية لجامعة جهمان، السلیمانية، العراق، المجلد ٢، العدد ٢، ٢٠١٨م - صفحة: (٢١١)، وما بعدها.

النفطية تتحملها الشركات المشغلة والجهات الرقابية عليها كوزارة النفط؛ والأصل أن تعويض المضرورين يتم مباشرة من قبل الأشخاص المسؤولة.

إلا أنه قد يلزم بالتعويض قضائياً جهات أخرى غير المسؤول عنه، وهي صناديق التعويض، - المتقدم الإشارة إليها-؛ ولكن في الحالات الاستثنائية التي يتعذر فيها قضائياً مطالبة المسؤول عن ذلك الضرر.

كما أن اتفاقيات المشاركة في الإنتاج التي تبرمها وزارة النفط اليمنية مع الشركات الأجنبية تشترط فيها على هذه الشركات توريد مبالغ أضرارها إلى حساب الوزارة؛ لتتولى تعويض المضرورين، ومثاله: اتفاقية المشاركة في الإنتاج بين وزارة النفط اليمنية، وشركة كالفالي بتروليوم الكندية، المبرمة بتاريخ: ٢٣ / فبراير / ١٩٩٧م، واتفاقية المشاركة في الإنتاج بين وزارة النفط اليمنية، وشركة دوف للطاقة المحدودة البريطانية، المبرمة بتاريخ: ١٢ / يناير / ١٩٩٧م، حيث نصت في المادة: (١٥) من الاتفاقيتين بنص موحد: على أن: "يتحمل المقاول والشركة القائمة بالتشغيل بالإجماع أو الانفراد، المسؤولية بالكامل أمام القانون في مواجهة الغير عن أي ضرر قد يحدث نتيجة لعمليات المقاول وكذا الشركة القائمة بالتشغيل، وعليها تعويض الوزارة عن كافة الأضرار التي تقع مسؤوليتها على عاتقهما لأي طرف ثالث بسبب هذه العمليات"^(١).

ولذلك شكلت لجان تعويض أضرار الشركات النفطية بالمحافظات النفطية تتولى تعويض الأضرار الخاصة بالأشخاص وممتلكاتهم.

المبحث الثالث:

شروط قيام مسؤولية تعويض أضرار الشركات النفطية فقها وقانوناً

بعد تأصيل مسؤولية تعويض أضرار الشركات النفطية فقها وقانوناً، باعتبارها الأساس الذي يبنى عليه غيره من الأحكام والقواعد، أختتم ذلك التأصيل من خلال بحث شروط قيام مسؤولية تعويض أضرار الشركات النفطية عن الأضرار الخاصة غير البيئية العامة؛ وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية العامة.

أما بالنسبة للأضرار العامة فلا تنطبق عليها أحكامها، وإنما تخضع للقواعد الخاصة وهي مسؤولية الشركات النفطية الموضوعية البيئية، التي لا يشترط فيها سوى حصول الضرر، ونسبته إلى الشركات النفطية، وتفصيلها فيما يلي:

(١) ينظر: اتفاقية المشاركة في الإنتاج مع شركة كالفالي صفحة- (٣٦) اتفاقية المشاركة في الإنتاج مع شركة دوف - صفحة - (٤٠)، لدى مكتب فرع وزارة النفط والمعادن بالوادي والصحراء.

المطلب الأوّل:

شروط قيام مسؤولية التعويض فقها:

وضع فقهاء المذاهب الفقهية شروطا لقيام مسؤولية التعويض، وما يترتب عليها من استحقاق المضرور بصفة عامة للتعويض، سنذكرها باعتبارها شروطا عامة تنطبق على مسؤولية تعويض الشركات النفطية، في حالة وقوع الأضرار الخاصة سواء كانت مادية أو معنوية، وهي كما يلي:

الفرع الأول: شرط مشروعية التعويض:

يقصد من ذلك تحقيق مصلحة وفائدة شرعية من التعويض، بأن يصيب الضرر حقا مشروعاً؛ لذا فيشترط أن يكون المضرور معصوماً، وقد حددت صورته في الكتب الفقهية، ومن ذلك ما قاله الإمام الكاساني: "أن يكون في الوجوب فائدة فلا ضمان على المسلم بإتلاف مال الحربي، ولا على الحربي بإتلاف مال المسلم في دار الحرب، وكذا لا ضمان على العادل إذا أتلّف مال الباغي، ولا على الباغي إذا أتلّف مال العادل؛ لأنه لا فائدة في الوجوب؛ لعدم إمكان الوصول إلى الضمان لانعدام الولاية"^(١).

وقال الرملي الشافعي: "ولا يضمنه ... ما أتلّفه باغ على عادل وعكسه حال القتال، وحربي على معصوم، وقرن غير مكاتب على سيده، ومهدر بنحوردة، أو صيال أتلّف وهو في يد مالكة"^(٢).

الفرع الثاني: شرط تحقق الضرر واستمراره:

يقصد بالتعويض جبر الخلل والنقص الذي حصل للمتضرر؛ لذلك يشترط أن يكون ذلك الأذى محققاً؛ فلا يجب التعويض بمجرد وجود الفعل الضار، ولا يجب التعويض للضرر المحتمل، وكذلك إذا لم يستمر الضرر بأن زال قبل التعويض، فلا يجب، وفي ذلك قال الإمام الكاساني عند كلامه على وجوب الضمان: "شرط الوجوب وهو العجز عن الانتفاع على طريق الدوام"^(٣).

الفرع الثالث: شرط أهلية المتلف للتعويض:

أي يشترط فيمن تسبب بالضرر أن يكون من أهل الضمان والتعويض، ودخل في ذلك كل إنسان، وخرج به الحيوان إذا لم يكن بسبب التقصير من مالكة في حفظه، وفيه قال الإمام الكاساني: "حتى

(١) بدائع الصنائع - مرجع سابق - (١٦٨/٧).

(٢) الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت - الطبعة: الأخيرة - ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م - (١٥٢/٥).

(٣) بدائع الصنائع - مرجع سابق - (١٥٧/٧).

لو أتلقت مال إنسان بهيمة لا ضمان على مالكها...^(١).

المطلب الثاني:

شروط قيام مسؤولية التعويض قانونا:

لا تختلف شروط مسؤولية تعويض أضرار الشركات النفطية في شكلها العام عن شروط مسؤولية أي تعويض مترتب عن المسؤولية المدنية بنوعها التعاقدية والتقصيرية، وإنما تخالفها في الأضرار البيئة العامة من حيث طبيعتها الخاصة؛ لذا فإنه يشترط لتحقيق مسؤولية تعويض أضرار الشركات النفطية في إطارها العام ما يلي:

الفرع الأول: شرط حصول الضرر:

يعتبر الضرر الشرط الأساس لقيام مسؤولية التعويض، سواء كان الضرر خاصا أو بيئيا عاما، وسواء كان معنويا أو ماديا على النحو الذي تم تعريفه وبيانه في المبحث الأول؛ إذ الغاية من التعويض هي جبر ذلك الضرر^(٢).

ويشترط في الضرر وفقا لقواعد المسؤولية المدنية العامة ما يلي:

- ١- أن يكون محققا: أي وقع فعلا، ويدخل في ذلك ما تحقق وتأخرت آثاره في المستقبل، وهو ما يسمى بالضرر المستقبلي، وأما الضرر المحتمل فلا تعويض عنه، وقد نص على هذا الشرط القانون المدني اليمني صراحة في المادة: (٣٥١) بقوله: "... ما لحق صاحب الحق من ضرر محقق..."^(٣).
- ٢- أن يكون مباشرا: أي نتيجة لنشاط المسؤول، من خلال فعله الضار أو عدم الالتزام، وأما إذا لم يكن باستطاعته توقيه كالقوة القاهرة فلا تعويض عنه، وتطرق المادة رقم: (٣٥١) من القانون المدني اليمني إلى هذا الشرط بقولها: "... ويكون التقدير على أساس ما لحق صاحب الحق من ضرر محقق بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالحق أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة صاحب الحق أن يتوقاه ببذل جهد معقول..."^(٤).
- ٣- أن يصيب الضرر مصلحة أو حقا مشروعاً للمضرور.

هذه الشروط الثلاثة للضرر لا إشكال في اشتراطها في أضرار الشركات النفطية غير البيئية

(١) بدائع الصنائع - مرجع سابق - (١٦٨/٧).

(٢) د. سعدون العامري - مرجع سابق - (٥).

(٣) د. سعدون العامري - مرجع سابق - (١٤).

(٤) عبدالمجيد الحكيم، وعبدالباقي البكري، ومحمد طه - الوجيز في نظرية الإلتزام، المكتبة القانونية، بغداد، بدون

معلومات طبع - (٢١٤).

العامة، والتي تستهدف الأموال والممتلكات، وغير ذلك؛ وأما اشتراطها في الأضرار البيئية العامة فهو أمر غير مفيد؛ لصعوبة تحققها فيما لمالها من خصوصية؛ لذا فإنه تطبق عليها ما تقرر سابقا وهو المسؤولية الموضوعية البيئية للشركات؛ ولذلك قرر المقنن اليمني جواز أخذ الضمانات المالية للأضرار البيئية المحتملة فنصت المادة: (٨١): من قانون حماية البيئة النافذ على أنه: "يجوز للجهة المختصة إلزام المشروعات القابلة لإحداث الضرر البيئي بإيداع ضمانات مالية تكفي لتغطية الأضرار المحتملة".

الفرع الثاني: شرط قيام العلاقة السببية:

يشترط لتحقيق المسؤولية للتعويض عن أضرار الشركات النفطية وقوع الخطأ منها مع وجود العلاقة السببية التي تربط ذلك الضرر الحاصل بهذا الخطأ الواقع، هذا في الإطار العام لأضرار الشركات النفطية.

وأما بالنسبة للأضرار البيئية فلا حديث فيها عن الخطأ، ومع ذلك لا يستغنى معها عن العلاقة السببية بين الأضرار البيئية وربطها بنشاط الشركات النفطية؛ حيث أنه إذا لم تتحقق الرابطة السببية فلا مسؤولية لها عن التعويض، ويقع عبء إثباتها على المتضرر^(١).

الفرع الثالث: شرط صحة صفة مدعي التعويض:

يشترط للاستحقاق صحة صفة المدعي له، بأن يكون أصيلا عن نفسه أو وكيفا عن المتضررين، أو من ورثته الذي استحق التعويض وأصبح جزءا من تركته، أو ممن أصابهم الضرر شخصياً بالتبعية نتيجة وفاة الشخص المنفق عليه.

هذا في غير الأضرار البيئية العامة، وأما الحال فيها تتحقق الصفة عن طريق فكرة التحمل الجماعي عبر صناديق أو لجان أو مؤسسات حماية البيئة، كما تقدمت الإشارة إليها سابقا^(٢).

الفرع الرابع: شرط ألا يكون الضرر قد سبق تعويضه:

إذا سبق التعويض عن الضرر؛ فلا يحق للمتضرر المطالبة به مرة أخرى، لنفس الضرر؛ وذلك لأن الغاية من التعويض هي جبر الضرر، وليس المقصود منه إثراء المتضرر، ولكن لا مانع من أن يكون التعويض عن هذا الضرر على حسب دفعات حسب المصلحة كأن يكون التعويض عن احتجاز الأراضي شهريا أو سنويا إلى حين الانتهاء من العمليات النفطية، كما ان المتضرر يستحق التعويض في

(١) السهوري، الوسيط - مرجع سابق - (٩٩٠). عباس الحسيني، المسؤولية المدنية مرجع سابق - (١٤٨).

(٢) عبدالله تركي الطائي - الضرر البيئي وتعويضه في المسؤولية المدنية - مرجع سابق - (٤٨).

حالة تكرر ذلك الضرر^(١).

الفرع الخامس: التفريق بين مسؤولية تعويض أضرار الشركات والمسؤوليات الأخرى:

بما أن أضرار الشركات النفطية الخاصة تدخل في الإطار العام لقواعد المسؤولية المدنية؛ لذا فإن التفريق بين مسؤولية تعويض أضرار الشركات النفطية، وغيرها من المسؤوليات؛ يتقرر بما قرره فقهاء وشراح القانون المدني من التفريق بين أحكام وقواعد المسؤولية المدنية، وبين غيرها من المسؤوليات كالمسؤولية الجنائية.

ومما ورد من أحكام ونصوص في القانون المدني اليمني يتبين أن التعويض المدني من آثار المسؤولية المدنية، وغايتها إصلاح ما لحق بالمضرور وهو الدائن من ضرر وتحمل آثاره؛ وبناء على ذلك، يستنتج ما يلي:

١- أن التعويضات المدنية لا عقوبة فيها على المدين؛ وإنما هو مطالب بالتعويض أو إعادة الحال إلى ما قبل وقوع الضرر، وقد قرر القضاء ذلك بالقول: "أن التعويض الذي يحكم به للمتضرر لا يصح اعتباره عقاباً على الخصم الآخر أو مصدر ربح للمتضرر وإنما هو لجبر الضرر"^(٢). واستنتت تشريعات حماية البيئة، المتسبب بوقوع أضرار بها، وقررت عقوبات على المخالفين لقواعدها، ومنها قانون حماية البيئة اليمني، فنص على منع وإنهاء نشاط الشركة وسحب ترخيصها وفسخ الاتفاقيات المبرمة معها، وأكد على ذلك قانون حماية البيئة اليمني، المادة: (٧٩/ج). ولم يقتصر المقتنن اليمني على ذلك بل أكد على الإجراءات الوقائية لمنع الأضرار، وقرر عقوبات على الشركات المخالفة، فنصت المادة: (٥٧) من قانون حماية البيئة: على وزارة النفط والثروات المعدنية، والمؤسسات العامة ذات العلاقة الالتزام بالعمل على أن تتضمن هذه العقود الشروط الجزائية، والالتزام بنفقات إزالة الأضرار البيئية. وكذلك التعويض عنها، فضلاً عن العقوبة المقررة". وحددت المادة رقم: (٨٥) منه عقوبة كل من تسبب بإحداث ضرر بيئي أو قام به: "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن عشر سنوات مع الحكم بالتعويضات المادية المناسبة.

٢- أن التعويضات المدنية مترتبة على الضرر لا الخطأ؛ فلا تعويض إلا في حالة تحقق الضرر؛ لذا إذا وقع الخطأ ولم يترتب عليه ضرر، فلا تعويض، بخلاف ما يترتب عن المسؤولية الجنائية فإنه

(١) عبدالله تركي الطائي - الضرر البيئي وتعويضه في المسؤولية المدنية - مرجع سابق - (٤٨).

(٢) د. سعدون العامري: تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية - مرجع سابق - صفحة: (١٤٣).

يتقرر بمجرد الشروع في الجريمة، وإن لم يتحقق الضرر، وتزداد العقوبة كلما زاد الخطأ؛ بينما التعويض المدني يزداد كلما زاد الضرر^(١).

٣- أن التعويضات المدنية يقدرها القاضي، بخلاف العقوبة فهي محددة بالنص القانوني؛ لذا فإن التعويضات المدنية لا تسقط بوفاة المدين، وإنما ينتقل حق الدائن المضرور إلى ورثته، فهي خاضعة لمبدأ: أن كل فعل يلحق ضرراً بالغير يلزم بالتعويضات على من أحدث الضرر^(٢).

٤- أن التعويضات المدنية يتحملها من كان مسؤولاً عن مرتكب الضرر، بينما العقوبة والمسؤولية الجنائية تخضع لمبدأ شخصية العقوبة؛ فلا يحكم بها إلا على مرتكب الجريمة^(٣).

الخاتمة

أولاً: النتائج:

مما تقدم بحثه توصلت إلى النتائج الموجزة في النقاط الآتية:

- ١- اهتمام الشريعة الإسلامية وفقهاء المذاهب الإسلامية بتقرير مشروعية التعويض عن الأضرار، سواء كانت مادية أو معنوية، وفصلت أحكامها ضمن مسائل الضمان في كتب الفروع الفقهية.
- ٢- تنوع مخاطر أضرار الشركات النفطية إلى أضرار خاصة، وهي التي تضر بالأشخاص المحددين وممتلكاتهم، وإلى أضرار بيئية عامة تضر بالبيئة العناصر الطبيعية المحيطة بالإنسان الغير مملوكة لمعينين؛ كالهواء، والبحار، والمياه الجوفية، وهي أشد الأضرار خطراً وأكثرها تعقيداً.
- ٣- تخضع مسؤولية تعويض الأضرار الخاصة؛ لقواعد وأحكام وشروط نظام المسؤولية المدنية من وجوب تحقق الخطأ والفعل الضار، وإثبات الرابطة السببية بينهما.
- ٤- تخضع مسؤولية تعويض أضرار الشركات النفطية البيئية العامة، لقواعد خاصة؛ وهي نظام المسؤولية الموضوعية البيئية؛ نظراً لعجز شروط وقواعد المسؤولية المدنية؛ لتحقيق عدالة تعويض المتضرر؛ نتيجة التطور العلمي والتكنولوجي الصناعي؛ لذا يكتفى فيها بتحقق وقوع الضرر لقيام مسؤولية الشركات النفطية عن تعويض الأضرار.

(١) د. حسام الدين كامل الأهواني - النظرية العامة للالتزامات - الجزء الأول مصادر الالتزام - المجلد الثاني - المصادر غير الإرادية ١٩٩٧م - ١٩٩٨م، صفحة (٤٧)، وما بعدها.

(٢) د. حسن حنتوش رشيد الحسنواي - التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية دراسة مقارنة - ١٩٩٩م الناشر (بدون)، - صفحة (٤٤).

(٣) التعويض القضائي - المرجع السابق، - صفحة (٤٤).

- ٥- من القواعد الخاصة لتعويض أضرار الشركات النفطية البيئية العامة نظام المسؤولية المحدودة، وأنظمة التأمين من مخاطر الشركات الصناعية، والتحمل الجماعي، ومن خلالها يضمن المتضرر الحصول على التعويض العادل عما أصابه من ضرر.
- ٦- من القواعد الخاصة المحققة للعدالة، والملائمة لطبيعة مسؤولية تعويض أضرار الشركات النفطية البيئية؛ نظام صناديق التعويضات؛ التي تلتزم بالتعويض في حالة تعذر قضائياً؛ وقد أقرها المقنن اليمني وجعلها تابعة لمجلس حماية البيئة.
- ٧- تعتبر الشركات النفطية المشغلة للقطاعات النفطية والقائمة بالعمليات النفطية هي الشخص المسؤول عن تعويض الأضرار الناتجة عن أنشطتها، ولو كانت من أحد عمالها أو الشركات التابعة لها، أو المقاولين من الباطل؛ تبعاً للقواعد والأسس القانونية لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.
- ٨- تعتبر الدولة ممثلة بوزارة النفط والمعادن اليمنية مسؤولة عن تعويض هذه الأضرار؛ باعتبارها جهة إشرافية ورقابية على هذه الشركات النفطية الوطنية التابعة لها؛ بموجب قواعد المسؤولية المدنية التي تقرر مسؤولية الجهات الإشرافية والرقابية عن تعويض أضرار الجهات الخاضعة لرقابتها وإشرافها، وكذلك في حالة كانت الشركات أجنبية فإن وزارة النفط هي الملتزمة بالتعويض بموجب نصوص اتفاقيات المشاركة في الإنتاج.
- ثانياً: التوصيات:

- ١- أوصي المقنن اليمني، والمسؤولين في الحكومة والمؤسسات الرقابية على القطاع النفطي: بمزيد بالاهتمام بالإجراءات الوقائية من أضرار الشركات النفطية، والأخذ بنظرية المسؤولية الموضوعية البيئية لتعويض المتضررين، ومعالجة القصور التشريعي في الجانب النفطي، من خلال إصدار قانون النفط، والتشديد على نصوص حماية البيئة من أضرار الصناعة النفطية، ونصوص التعويضات في اتفاقيات المشاركة في الإنتاج، وتفعيل صندوق حماية البيئة من أضرار الشركات النفطية، وتقييم الأثر البيئي في المناطق النفطية.
- ٢- أوصي الباحثين: بالاهتمام بالدراسات الشرعية والقانونية الخاصة في القطاع النفطي اليمني؛ لبحث مشكلات القصور التشريعي فيه؛ وضعف الجهات الرقابية، وبحث مسائل حماية البيئة والمواطنين وممتلكاتهم من أضرار الشركات النفطية، وتوافقها من التطور الصناعي، وتغير القوانين الدولية؛ بما يحقق العدالة الكاملة للمواطنين والمتضررين، والتنمية الاقتصادية بصفة عامة.

ثالثاً: قائمة المراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: السنة النبوية:

- ١- ابن رجب، عبدالرحمن بن شهاب الدين - جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم - دار الخير، بيروت، الأولى ١٩٩٦ م.
 - ٢- أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني - المسند - المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون - الناشر: مؤسسة الرسالة - الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م.
 - ٣- الباجي، سليمان بن خلف بن سعد - المنتقى شرح الموطأ - دار السعادة، القاهرة، الطبعة الأولى ١٣٣١ هـ.
 - ٤- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي - صحيح البخاري - المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر - الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، ط١، ١٤٢٢ هـ.
 - ٥- الترمذي، محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى - سنن الترمذي - الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر - الطبعة: الثانية، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م.
 - ٦- الدار قطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي - سنن لدارقطني - حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم - الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان - الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م.
 - ٧- السيوطي، عبدالرحمن بن الكمال - شرح سنن ابن ماجه - طبعة قديمي كتب خانة، كراتشي.
 - ٨- المتقي الهندي، علاء الدين علي بن حسام الدين ابن قاضي خان القادري الشاذلي - كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال - المحقق: بكري حياني - صفوة السقا - الناشر: مؤسسة الرسالة - الطبعة الخامسة، ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م.
- ثالثاً: كتب المذاهب الفقهية:
- ١- ابن جُزي، محمد بن أحمد بن محمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي - القوانين الفقهية - دار القلم، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.

- ٢- ابن قدامه، عبدالله بن احمد - المغني- طبعة دار عالم الكتب ، الرياض، ١٤١٧هـ.
- ٣- أحمد عمر الشاطري - الياقوت النفيس في مذهب ابن ادریس - طبعة دار المنهاج.
- ٤- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت- الطبعة: الأخيرة- ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.
- ٥- الطرابلسي، علي بن خليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، ط٢ الحلبي، القاهرة، ١٩٧٣م.
- ٦- القرطبي، محمد بن أحمد - الجامع لأحكام القرآن - دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى ١٩٨٨م.
- ٧- الكاساني، أبوبكر بن سعود - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - دار التراث العربي، لبنان، الطبعة الأولى: ١٩٩٧م.
- ٨- محمد تقي آل الفقيه العالمي - القواعد الفقهية - طبعة دار المعارف، بدون معلومات الطبع.
- ٩- النووي، يحيى بن شرف بن مري - تحرير ألفاظ التنبيه - دار القلم ، دمشق - الأولى ١٤٠٨هـ.

رابعاً: المراجع اللغوية:

- ١- ابن نجيم، أحمد محمد مكي الحسني الحنفي- غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر- طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى سنة: ٢٠٠٨م.
- ٢- أبو عبدالله محمد أبوبكر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، طبعة المكتبة العصرية، بيروت الطبعة الخامسة ١٩٩٩م.
- ٣- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرّازي - مختار الصحاح، المكتبة العصرية، بيروت، ٢٠٠٦م.
- ٤- مرتضى الزبيدي، محمد الحسيني، المتوفى: ١٢٠٥هـ- تاج العروس من جواهر القاموس - طبعة دار الهداية -

خامساً: القوانين والإتفاقيات:

- ١- إتفاقية المشاركة في الإنتاج مع شركة كالفالي صفحة- (٣٦) إتفاقية المشاركة في الإنتاج مع شركة دوف، لدى مكتب فرع وزارة النفط والمعادن بالوادي والصحراء - اليمن.
- ٢- القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م بشأن القانون المدني اليمني - الجريدة الرسمية العدد السابع - الصادر بتاريخ ١٥ إبريل ٢٠٠٢م مكتبة خالد بن الوليد - صنعاء.

- ٣- القانون رقم (٢٦) لسنة ١٩٩٥م بشأن حماية البيئة اليمني - الجريدة الرسمية العدد الثاني - الصادر بتاريخ ١٠ إبريل ١٩٩٥م مكتبة خالد بن الوليد - صنعاء.
- ٤- القانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م بشأن المرافعات والتنفيذ المدني اليمني - الجريدة الرسمية ١٩ - سنة: ٢٠٠٠م، مكتبة خالد بن الوليد - صنعاء.
- ٥- اللائحة التنفيذية لوزارة النفط اليمنية - الصادرة بقرار جمهوري رقم: (٤٠)، لسنة ٢٠٠٠- الجريدة الرسمية، إصدار وزارة الشؤون القانونية اليمنية، العدد الرابع، لسنة ٢٠٠٠.
- ٦- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني رقم: (١٠) لسنة ١٩٧٩م الصادر من مجلة مجلس الشعب التأسيسي- مطابع وزارة التربية والتعليم، صنعاء، بدون تاريخ، الفصل الأول من الباب الثالث من الكتاب الثاني.

سادساً: الكتب والأبحاث.

- ١- أحمد حسين الشامي :- ركن الخطأ في المسؤولية المدنية - ١٩٩٠م ، دار النهضة العربية- القاهرة ١٩٩٩م.
- ٢- أحمد عبدالكريم سلامة، قانون حماية البيئة، دراسة تأصيلية في الأنظمة الوطنية والاتفاقية، ط١، ١٩٩٧م.
- ٣- إسماعيل أمجد محمد عبدالحفيظ - فكرة الضرر في قانون البيئة - دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٨ .
- ٤- بوساق ، محمد المدني - التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي - دار أشبيليا الرياض ، الطبعة الثانية ١٤٢٨هـ.
- ٥- حسام عيسى عودة - المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي لشركات تكرير النفط والغاز الطبيعي - رسالة ماجستير ، جامعة القادسية، كلية القانون، سنة ٢٠١٧م .
- ٦- حسن حنتوش الحسنواوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية دراسة مقارنة، ١٩٩٩م بدون ناشر .
- ٧- رحموني محمد، آليات تعويض الأضرار البيئية في التشريع الجزائري، ماجستير، جامعة ملين، الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠١٦م .
- ٨- ريتشارد هاريس، مارك كوبر، إيان شوك - التركيز على استكشاف النفط والغاز في شرق اليمن باستخدام صور الأقمار الصناعية وبيانات الارتفاع.

- ٩- الزحيلي، وهبة - نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة - دار الفكر، دمشق الطبعة الثامنة ٢٠٠٨ م.
- ١٠- زبير مصطفى حسين، الأساس القانوني لمسؤولية القائم بالعمليات النفطية عن أعمال تابعه، دراسة تحليلية مقارنة - بحث منشور بالمجلة العلمية لجامعة جيهان، السليمانية، العراق، المجلد ٢، العدد ٢، ٢٠١٨ م.
- ١١- سعدون العامري - تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية - بغداد - ت ط ١٩٨١ - منشورات مركز البحوث القانونية ، رقم الإيداع في المكتبة الوطنية ببغداد ٦٩٧ / ١٩٨١ م .
- ١٢- عادل الجعي، الخضر إبراهيم، حسين الفيحي، مصطفى قناوي، ناصر العريفي، عارف لاشين - التحقيق في الآبار الجيولوجية العميقة باستخدام الانعكاس الزلزالي وجذوع الآبار - حقل الطويلة النفطية - اليمن. الآثار المترتبة على الوضع الهيكلي وخصائص البئر النفطية - مجلة علوم وهندسة البترول، المجلد ١٧٦.
- ١٣- عباس عل محمد الحسيني - المسؤولية المدنية البيئية في ضوء لنصوص المدنية والتشريعات البيئية - بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد الثالث، سنة ٢٠١٠ م.
- ١٤- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد . الجزء الثاني في الألتزامات. الطبعة الثالثة. منشورات الحلبي. سنة الطبع ١٩٥٦ م.
- ١٥- عبدالتواب معوض - جرائم التلوث من الناحية القانونية والفنية - طبعة منشأة المعارف ، الإسكندرية.
- ١٦- عبدالله تركي حمد العيال الطائي - الضرر البيئي وتعويضه في المسؤولية المدنية - الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣ .
- ١٧- عطا سعد محمد حواس - الأنظمة الجماعية لتعويض أضرار التلوث - دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ٢٠١٢ م.
- ١٨- محمد حسين الشامي : النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني (المعاملات الشرعية) - الجزء ٢ - أحكام الالتزام - مكتبة الجيل الجديد- الطبعة السادسة - صنعاء سنة: ٢٠٠٤ م.

- ١٩- محمد عميم الإحسان المجددي البركتي - التعريفات الفقهية - الناشر: دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان ١٤٠٧هـ- ١٩٨٦م) - الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣ م.
- ٢٠- ياسمين صبري - آثار استخراج النفط على الصحة والبيئة وسبل العيش في حضرموت | مركز صنعاء للدراسات الإستراتيجية ٢١/ فبراير / ٢٠٢١ م.
- ٢١- يحيى ياسين د. خالد سليمان جواد - الطبيعة الخاصة للضرر البيئي وأثرها في قيام المسؤولية الدولية - بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية- مجلد ٤، عدد ٢٣- ٢٤، سنة ٢٠١٤ م.
- سابعاً: المواقع الإلكترونية:
- ١- الجمعية الكندية للجيوفيزيائيين الاستكشافيين، المجلد ٢٨، العدد ٢. (كالجاري، كندا)، فبراير/شباط ٢٠٠٣ - <https://csegrecorder.com/articles/view/focusing-oil-and-gas-exploration-in-eastern-yemen-using-satellite-images>
- ٢- المركز الوطني للمعلومات، الجمهورية اليمنية، آخر تحديث عام ٢٠١٤ - نبذة تعريفية عن محافظة حضرموت - <https://yemen-nic.info/gover/hathramoot/brife>.
- ٣- http://www.groundwatergovernance.org/fileadmin/user_upload/groundwatergovernance/docs/Country_studies/Yemen_Synthesis_Report_Final_Groundwater_Management.pdf
- ٤- شركة كالفالي للبترول المحدودة (قبرص)، العمليات: الإنتاج في ٢٧ أغسطس/ آب ٢٠٢٠ - <https://www.calvalleypetroleum.com/new-current-production>
- ٥- البنك الدولي، التحديث الاقتصادي الشهري لليمن - ديسمبر/ كانون الأول ٢٠١٩ - <http://pubdocs.worldbank.org/en/360391580209593452/Yemen-Update-Dec-2019.pdf>
- ٦- إدارة معلومات الطاقة الأمريكية، آخر تحديث في ٦ يوليو/تموز ٢٠١٧ - https://www.eia.gov/international/content/analysis/countries_long/Yemen./yemen.pdf