مفهوم التقادم المكتب للملكية العقارية في القانون الجزائري

د/ عبد الرزاق بوضياف

المركز الجامعي المسيلة

مقدمة:

يعد حق الملكية العقارية حقا عينيا أصليا للإنسان و هو سلطة مباشرة للشخص الطبيعي على شيء بالذات، تحول له الاستئثار باستعماله و استغلاله و التصرف فيه بمختلف التصرفات القانونية بصفة دائمة و مطلقة و هذا ما قطعته المادة 674 من القانون المدني الجزائري أن "الملكية هي التمتع و التصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين و الأنظمة السارية المفعول.

و حق الملكية باعتباره من أهم الحقوق العينية و أوسعها نطاقا يتم كسبه بأسباب متعددة تعود إلى الواقعة المادية أو التصرف القانوني، و الأسباب هذه سبعة نظمها المشرع استنادا لنض المواد 773 إلى المادة 843 من القانون المدني الجزائري و هي: عقد الملكية، الشفعة، و التقادم المكتب بحكم أن التقادم المكسب المقترن بالحيازة ، يعد سببا من أسباب كسب الملكية ، كدليل عملي على الملكية و بالنتيجة يصبح الوضع الفعلي هو المالك و لو لم يكن كذلك من قبل ، و بالتالي تنقلب الحيازة و هي مجرد وضع فعلي إلى ملكية ووضع قانوني مشروع ، و بالتالي يؤدي الى اطمئنان الناس أثناء تعاملهم مع حائز العقار لأنهم يعلمون أن الحيازة إذا دامت مدة معينة طالت أو قصرت إلى ملكية فعلية:

(64) مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد 5 ج2 ص 965 ، و1117، و1127 .

(65) بيع المرابحة كما تجريه المصارف الإسلامية 7 .

(66) سبق تخريج الأحاديث .

(67) أبو داود، كتاب البيوع، باب : "في الرجل يبيع ما ليس عنده"، 105/2، والترمذي كتاب البيوع، باب: "ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده"، 351/2، وابن ماجه، كتاب: التجارات، باب : "النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن"، 737/2، والنسائي، كتاب البيوع، باب : "بيع ما ليس عند البائع"، 334/7.

(68) أبو داود:السنن ، كتاب : البيوع، باب : "ما ورد في النهي عن العينة". 100/2، والبيهقي : السنن ، كتاب : البيوع ، باب :"ما ورد في كراهية التبايع بالعينة"، 316/5، وذكره الزيلعي في نصب الراية، 16/4-17، ورواه أحمد في مسنده: 27/7 برقم 4825، قال الشيخ أحمد شاكر : إسناده صحيح.ورواه الدولابي في الكنى "التصنيف الفقهي لكتاب الكنى و الأسماء"، 331/1 رقم: 593.كما أخرجه أبو نعيم في الحلية، 313/1-314 عن ليث عن عطاء عن ابن عمر بلفظ أحمد في الزهد، قال الألباني: في سلسلة الأحاديث الصحيحة، 42/1 حديث رقم:11 : "هو صحيح بمجموع طرقه"، كما قوّاه ابن تيمية في مجموع الفتاوى، 30/29.

(69) ابن جزيء : القوانين الفقهية، 250، وانظر للفائدة : ابن رشد: بداية المجتهد، 161/2، والقرافي:الذخيرة، 16/5-19، وابن عبد البر: الكافي، 672/2، والخرشي على خليل، 5/ 105، وحاشية الدسوقي، 11/3، والحطاب: مواهب الجليل، 404/4، وشرح الزرقاني للموطإ، 117/3.

(70) الحاكم : المستدرك، كتاب : البيوع ، باب : البيوع 65/2 ، والبيهقي : السنن الكبرى ، كتاب : البيوع ، باب : ماجاء في النهي عن بيع الدين بالدين 141/8 .

(71) القرضاوي : بيع المرابحة للأمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية 96.

(72) مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 5 ، الجزء 2 / 1599 – 1600 .

و مفهوم التقادم المكسب باعتباره سببا في أسباب كسب الملكية العقارية طبقا للقانون المدني الجزائري يتطلب بالضرورة التطرق إلى المواضيع تبعا للمباحث التالية :

المبحث الأول: كسب الملكية العقارية بالتقادم المكتب الطويل المدى .

المبحث الثاني : كسب الملكية العقارية بالتقادم المكسب القصير المدى.

المبحث الأول :

كسب الملكية العقارية بالتقادم المكسب الطويل

التقادم المكسب وسيلة يستطيع بمقتضاه الحائز إذا استمرت حيازته على صنف عيني مدة معينة أن يتمسك بهذا الحق ، و إلى جانب التقادم المكسب يوجد التقادم المسقط و هو وسيلة تؤدي إلى زوال الحق إذا ما سكت صاحبه عن المطالبة به أو استعماله مدة معينة من له مصلحة في هذا الزوال به[1]

أما الشريعة الإسلامية فلا تعتبر وضع اليد مدة طويلة مثبتا للملكية، كما لا تعتبر ترك المطالبة بالحق مدة طويلة مسقطا لذلك لأن الحق لا يزول مهما تقادم ومهما يتطاول الزمن فمضي المدة لا يعطي حقا لواضع اليد و لا يسقط حق ذي حق، و أقصى ما أعطته الشريعة الإسلامية للمدة الطويلة من قوة أنها جعلتها سببا في منع سماع الدعوى عند الإنكار، أما مع الإقرار فالحق ثابت به، الدعوة تكون مسموعة و المدة التي قرر الفقهاء منع سماع الدعوة إذا مضت ولم يطالب صاحب العين أو الحق بها اختلفوا فيها، فقال بعضهم ست وثلاثون قيل ثلاثة وثلاثون سنة و قيل ثلاثون سنة و الأكثرون على ثلاث و ثلاثون سنة[2]

و يشترط أن تتوافر في هذه الحيازة كافة الشروط التي يجب أن تتوافر في الحيازة المكسبة للملك و هي أن تكون علنية هادئة و مستمرة طوال مدة

التقادم، فتقوم هذه الحيازة مدة خمسة عشر سنة كاملة[3]

كما يجب أن يكون العقار أو المنقول قابلا للحيازة لأن ما لا يقبل التعامل فيه لا تنتقل ملكيته و من ثم لا يجوز تملكه بالتقادم، و الأصل أن الشيء الذي لا يجوز التعامل فيه لا يكون قابلا للتصرف فيه و غير قابل للتملك بالتقادم و لكن توجد استثناءات لهذه القاعدة فهناك أشياء غير قابلة للتصرف فيها بموجب شرط مانع من التصرف يتضمنه عقد بيع أو وصية فهذه العين لا يجوز التصرف فيها و هي مع ذلك قابلة أن تكسب بالتقادم المكسب الطويل.

وعل العكس من ذلك قد يكون الشيء قابلا للتصرف فيه و مع هذا يجوز تملكه بالتقادم و من ذلك الارتفاقات غير الظاهرة، لكن قد يكون الشيء قابل للتعامل فيه و مع ذلك لا يكون قابلا للحيازة[4].

و في هذا البحث سوف نتناول شروط تحقق التقادم المكسب الطويل و شروط مدة الحيازة و الحقوق التي يجوز كسبها بالتقادم المكسب و الحقوق التي لا يجوز كسبها بالتقادم المكسب.

و هذا ما نتناوله في المطالب التالية:

- المطلب الأول: شروط تحقق التقادم لمكسب الطويل.
- المطلب الثاني: الحقوق التي يجوز كسبها بالتقادم المكسب.
- المطلب الثالث: الحقوق التي لا يجوز تملكها بالتقادم المكسب.

المطلب الأول

شروط تحقق التقادم المكسب الطويل

قضت المادة 827 من القانون المدني الجزائري على أنه: {من حاز منقولا أو عقار حقا عينيا منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به، صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع}.

يتبين لنا من هذا النص أنه حتى يتحقق التقادم المكسب الطويل، يجب أن يكون هناك حق يمكن كسبه بهذا النوع من التقادم، فيحوزه الشخص حيازة تتوافر فيها الشروط اللازمة و يجب أن تتم مدة التقادم المكسب فتدوم هذه الحيازة خمسة عشر سنة كاملة ، كما يجب أن تتم مدة التقادم و الا ينقطع، كما يستخلص أيضا من هذا النص أن الحقوق العينية وحدها و على رأسها حق الملكية في ملكية العقار و في المنقول على السواء، هي التي يمكن تملكها بالتقادم المكسب الطويل، و يستثني من المنقول على السواء، هي التي يمكن تملكها بالتقادم المكسب الطويل، و يستثني من ذلك الحقوق الشخصية فهي لا تكسب بالتقادم المكسب و إنما تنقضي بالتقادم المسقط.

و لا يكسب الحق الشخصي بالتقادم حتى و لو كان قابلا للحيازة كما هو الشأن في حق المستأجر و يكسب كل حق عيني آخر، فتكسب الملكية الشائعة في العقار و المنقول و حق الانتفاع و حق الاستعمال و حق السكنى في العقار و المنقول و حق الارتفاق الظاهر [5]

الفرع الأول

شروط مشروعية حيازة العقار

يشترط لاكتساب الحق بالتقادم أن تكون هناك حيازة قانونية مستوفية لعنصريها المادي و المعنوي و على ذلك إذا كانت الحيازة عريضة فلا تكون مؤهلة لاكتساب الحق بالتقادم مهما طال الزمن، فلا يستطيع الحائز العرضي أن

يكسب الحق بالتقادم إلا إذا تغيرت صفة حيازته من عريضة إلى حيازة أصلية)6(.

ولقد نصت المادة من 831 القانون المدني الجزائري على أنه : {ليس لأحد أن يكسب خلاف سنده عل أنه لا يُستطيع أحد يغيره بنفسه لنفسه سبب حيازته و لا الأصل الذي تقوم به.

غير أنه يستطيع أن يكسب بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته أما بفعل الغير أو بفعل الغير أو بفعل منه يعتبر معارضة لحق المالك و لكن في هذه الحالة لا تسري مدة التقادم الا من تاريخ هذا التغيير}.

كما يجب أن تكون هذه الحيازة خالية من العيوب التي يمكن أن تشوبها و هذا ما نصت عليه صراحة المادة 808 فقرة ثانية من القانون المدني الجزائري {إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان التباس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عليه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب}.

و يتبين لنا أن الحيازة المعنية بالإكراه أو الخفاء أو اللبس و ان كانت موجودة فهي غير صالحة لأن يترتب عليها آثارها قبل من وقع عليه الإكراه أو اخفت عنه أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب، و لهذا يقتض أن نتعرض لبحث شروط الحيازة لاحقا.

أولا : شرط هدوء الحيازة :

المراد بهدوء وضع اليد هو أن يتمكن الحائز من الانتفاع بالعقار المحوز من غير عنف أو قوة و إلا يقترن وضع اليد بالإكراه المادي أو المعنوي من جانب الحائز و قت بدئه و تكون الحيازة مشوبة بعيب الإكراه إذا

حصل عليها صاحبها بالقوة أو التهديد و كذلك إذا حصل الحائز عليها بالغش و التواطؤ عن طريق استعمال طرق احتيالية، و يظل وضع اليد مشوبا بهذا العيب ما دامت القوة أو التهديد باقية لم تنقطع أما إذا انتقطع الإكراه و بقي الحال بعد انقطاع مستمر في وضع يده و أصبح يده هادئا واضحا فمن وقت زوال التهديد تعتبر الحيازة هادئة و من هنا تعتبر الحيازة صحيحة و تبدأ في إنتاج آثارها من وقت العيب[7].فعيب عدم الهدوء عيب نسبي فلا يكون له أثر إلا قبل من وقع عليه الإكراه[8] و يزول عيب عدم الهدوء بانقطاع الإكراه أو التهديد، فهو عيب نسبي[9]

و لكن يلاحظ أن القانون الروماني يقضي بأن عيب الإكراه لا يزول إلا إذا رجعت العين إلى حيازة الشخص الذي انتزعت منه الحيازة بالإكراه لأن الحيازة بدأت معينة يرى أن القول (Laurent)و تظل هكذا لأن الغضب عيب مطلق لا يزول مطلقا فالفقه بمشروعيه الحيازة التي تقوم على القوة عند زوال أثرها معناه الأخذ بمشروعية القوة، فالقانون الروماني يرى أن العيب عيب مطلق لا يزول أبدا، لكن القانون الفرنسي و المصري لم تأخذ بما جاء به القانون الروماني، هذا و أن تقدير الهدوء يعتبر من المسائل الواقعة التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون أن يكون خاضعا لرقابة محكمة النقض، و يمكن للقاضي أن يستخلص (شرط الهدوء).

ثانيا : شرط ظهور الحيازة :

الحيازة لا تترتب أثارها إذا كانت معيبة بالخفاء و المقصود بالخفاء أن يكون الحائز قد تعمد إخفاء حيازته كما إذا كان الشيء الذي تباشر عليها الحيازة غير ظاهر بل يجب أن يكون وضع اليد أمام الناس[10]

و يغلب أن يكون عيب الخفاء حيازته في المنقولات إذ أن العقار يصعب حيازته خفية و مع ذلك فمن الممكن تصور عيب الخفاء في حيازة العقارات في حالات شاذة، كما في حالة ما إذا تعد الجار المرور في أرض جاره في وقت لا يراه فيه مالكها فالمرور في هذه الحالة يعتبر معيبا بعيب الخفاء مما يمنع معه اكتساب ارتفاق به استنادا إلى الحيازة[11].

ثالثا شرط وضوح الحيازة :

معنى ذلك ألا تكون مشوبة بعيب اللبس و الغموض، وتكون الحيازة مشوبة بعيب اللبس اذا اشتبه أمرها فيما يتعلق بعنصر القصد لأن هذه العيب ينصب على العنصر المعنوي لوضع اليد، و يأتي اللبس من الغموض الذي يشوب نية واضعا ليد نتيجة احتمال هذه النية لأكثر من معنى مما يوقع الغير في غموض وشك بشأن وضع اليد، فيعتبر وضع اليد غموضا متى كان يحتمل الشك و التأويل أو يمكن تفسيره على أكثر من وجه واحد، و من العوامل التي تؤدي إلى حصول اللبس وجود صلة تربط بين صاحب العقار كقريب أو شريك. و كذلك وجود ظروف تحيط بالحيازة تؤدي إلى إيقاع من تحتج عليه بالحيازة، فقد يحمل وضع اليد الشريك المشاع للعقار الشائع على أنه يجوز لحساب نفسه و لحساب باقي الشركاء و قد يحمل على أنه يضع يده لحساب الخاص بنية تملكه لنفسه دون أحد من الشركاء، فاجتماع يد الشريك المشاع مع يد الغير يؤدي إلى مخالطة من شأنها أن تجعل يد الغير غامضة ما لم يتبين من الظروف أنه قد استعمل العين باعتبار المالك الوحيد لها، ففي هذه الحالة يصح أن يؤدي وضع يده إلى اكتساب الملكية بمضي المدة، و عيب عدم الوضوح عيب نسبي بمعنى أن الذي يملك الاحتجاج به هو من التبس عليه أمر وضع اليد ، أما من يلتبس عليه أمره فيحتج عليه به[12].

ذهب إلى أن عيب الغموض عيب مطلق و ليس نسبي، (mazeaud) ألا أن الفقه حيث أن الغموض يهدم وضع اليد ن أساسه، حيث ينفي عنصر القصد و ليس بمجرد عيب يشوب وضع اليد[13].

و قد نصت المادة 02/808 من القانون المدني الجزائري على أنه : {إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها التباس فلا يكون اثر اتجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي يزول فيه هذه العيوب}.

و يتبين كم هذا النص أن عيب الغموض، عيب مؤقت يزول باتفاء اللبس.

رابعا : شرط استمرار الحيازة : يراد باستمرار قيام واضع اليد بأعمال متكررة على العقار بما يطابق طبيعة الحق الذي يدعيه على هذا العقار ، بطريقة منتظمة مستمرة دون أن يعيب انتفاعه نقص، فإذا ادعى أنه واضع يده على قناة للري وجب أن تظهر إمارات وضع اليد من وقت لآخر كما دعت ضرورة الري و ليس من الضروري بالليل و النهار طوال مدة وضع اليد على جلب الماء من القناة و إنما يكفي منه إذا جاء وقت الساقية أن ينتفع بطريقة المناوبة من القناة انتفاعا ظاهرا، و يقرر الفقه أن عيب عدم الاستمرار عيب مطلق يحتج به كل ذي مصلحة على من يدعي وضع اليد [14]

فإذا قامت الحيازة عل أعال متقطعة تكون مشوبة بعيب عدم استمرار أة التقطع و من ثم لا تنتج أثارها القانونية، فيجب أن يتولي الأعمال السيطرة المادية على الشيء في فترات متقاربة منتظمة فيستعمل الحائز الشيء من وقت إلى آخر كلما تقوم الحاجة إلى استعماله، كما يستعمل المالك ملكه في العادة، فإذا مضى بين العمل و الأجرة فترة طويلة من الزمن لا يستعمل فيها الشيء، فان

الحيازة في هذه الحالة غير مستمرة أو متقطعة في تصلح أساسا لدعاوى الحيازة و لا تتملك بالتقادم[15]

الفرع الثاني

شروط مدة الحيازة في التقادم المكسب

الحيازة المؤهلة لكسب الحق بالتقادم يجب أن تدوم فترة من الزمن، هذه الفترة يقدرها المشرع حتى يتيح للمالك الحقيقي الوقت الكافي للاعتراض على هذه الحيازة و استرداد الشيء من الحائز، و يعرف التشريع الجزائري و المصري نوعين من المدد[*] أما القانون المدني الفرنسي قد جعل مدة التقادم بثلاثين سنة بالنسبة المكسب الطويل أما بالنسبة لمدة التقادم المكسب القصير فهي 10، بالنسبة للحاضرين و عشرون سنة بالنسبة للغائبين فهناك تقادم طويل و يحقق كسب الحق إذا استمرت الحيازة مدة خمسة عشر سنة وهذه المدة تعد هي الأصل العام في التقادم و هي تسري في حق الحائز سيئ النية و سواء وردت الحيازة على عقار أو على منقول أما النوع الثاني من التقادم فهو التقادم القصير و هو استثناء من الأصل العام السابق و في هذا النوع يراعي المشرع وجود السبب الصحيح و توافر حسن النية يشفعان للحائز في تقصير المدة اللازمة لكسب الحق [16] و هذه المدة حددها المشرع الجزائري بـ: 10 سنوات و هذه المدة حددها المشرع الجزائري { إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري و كانت مقترنة بحسن النية و مستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فان مدة التقادم المكسب تكون عشرة سنوات }.

أما المشروع المصري فقد حدد مدة التقادم المكسب القصير بخمسة سنوات و يراعي أن مدة التقادم المكسب تعتبر من النظام العام فلا يجوز

الاتفاق على تعديلها و لا بإبطالها و لا بتقصيرها[17] و هذا ما نصت عليه صراحة المادة 02/322 من القانون المدني الجزائري و التي تقابلها المادة 02/488 من القانون المدني المصري : {لا يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه كما لا يجوز التفاعل على أن يتم التقادم في مدة مختلفة عن المادة التي عينها القانون }

أولا : تحديد مدة الحيازة لكسب العقار بالتقادم المكسب :

نصت المادة 827 من القانون المدني الجزائري و تقابلها المادة 968 من القانون المدني المصري على أنه : {من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له، أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمسة عشر سنة}.

فمدة التقادم المكسب الطويل هي إذن كما تبين من النص خمسة عشر سنة كاملة، أما مدة التقادم القصير فهي عشرة سنوات في القانون المدني الجزائري و هذا ما نصت عليه المادة 828 من القانون المدني الجزائري : {إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري و كانت مقترنة بحسن النية و مستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فان مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات} أما القانون المدني المصري فقد نص في مادته بأن مدة التقادم المكسب القصير هي خمسة سنوات.

و يحرم القضاء الفرنسي على إطالة مدة التقادم إذ قد يكون وسيلة إلى النزول على التقادم قبل أن يتم، كما إذا اتفق الطرفان على إطالة مدة التقادم إلى خمسين سنة فيكون هذا بمثابة النزول مقدما عن التقادم من الناحية العملية، لكن

و يدخل في الحساب ما يتخلل هذه الأيام من مواسم وأعياد، وإذا كان التقادم لا يكتمل إلا بانقضاء آخر يوم منه فانه يقع صحيحا ما يتخذ من الإجراءات بشأن طع التقادم في هذا اليوم[20]

ولقد خالف الفقه القانوني أن ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية في بداية اليوم الذي تحسب به مدة التقادم و نهايته، فبداية اليوم في الشريعة الإسلامية يبدأ بغروب شمس اليوم السابق و ينتهي بغروب شمسه ، أما في الفقه القانوني فانه بداية اليوم يبدأ من منتصف الليل الأحق[21]

ثالثا : بدأ سريان مدة التقادم المكسب :

إن مدة التقادم يبدأ سريانها من اليوم التالي لليوم الذي بدأت فيه الحيازة و لكن إذا كان محل الحيازة حق ملكية معلقا على شرط واقف فانه لا يسري في حق المالك التقادم المكسب الا من وقت تحقق الشرط، فقبل تحقق لم يكن حق المالك نافذا و إذا كان موجودا فالعبرة في بدء سريان التقادم بنفاذ الحق لا بوجوده، فإذا باع شخص منزلا تحت شرط واقف كان المشتري مالكا للمنزل تحت شرط واقف، فإذا وضع الغير يده على المنزل قبل تحقق الشرط الواقف بنية تملكه، أمكن لواضع اليد أن يتملك المنزل بالتقادم المكسب و لكن بدأ سريان التقادم لا يكون من وقت الحيازة بل من وقت تحقق الشرط الواقف، حيث تكون الملكية نافذة، فيبدأ سريان التقادم من وقت نفاذها[22]. و هذا ما نصت عليه المادة 315 من القانون المدني الجزائري {لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء

وخصوصا لا يسري التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من اليوم الذي يتحقق فيه الشرط و بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت

الذي يثبت فيه الاستحقاق و بالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت الذي ينقضي فيه الأجل.

و إذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفا على إرادة الدائن سرى التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته}

أما بدأ سريان مدة التقادم بالنسبة إلى الحقوق الإجمالية فهو لا يبدأ سريان التقادم إلا من وقت استكماله لجميع عناصر الجوهرية و صيرورته حقا مجمدا نافذا لأن الحق الإجمالي هو حق ينقصه عنصر من عناصر الجوهرية و الوصف في الحق الاحتمالي هو بالذات نقصان هذا العنصر الجوهري و من أمثلة الحق الإجمالي حق الوعد له بالبيع.

فهذا الحق لا يوجد و لا يستكمل عناصره الجوهرية إلا إذا أبدى الموعود له رغبته في الشراء و لا يعتبر شرطا بل هو عنصر من عناصر الحق[23]

رابعا : ضم المدد في حالة تعاقب الحائزين :

قد يحدث كثيرا أن عدة أشخاص يتعاقبون على حيازة العين، فيعقب الوارث المورث أو يعقب المشتري البائع و عندئذ يكون هناك مجال لضم مدة السلف إلى مدة حيازة الخلف حتى يبلغ مجموع المدد، فإذا أراد الخلف أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فلا بد من توافر ثلاثة شروط:

أولا : أن تكون حيازة السلف صالحة للتقادم الذي يريد الخلف، أن يتمسك به فإذا أراد الخلف التمسك بالتقادم القصير فلا يستطيع أن يظم مدة سلفه إلا إذا كان السلف حسن النية و لديه سبب صحيح و كذلك الخلف.

ثانيا : أن تكون حيازة السلف صالحة لأن تنتج الأثر الذي يريد الخلف

التمسك به، فإذا كان الحائز قد اشترى العقار الذي يحوزه من المستأجر و هو حائز عرضي فليس للمشتري أن يظم إلى حيازته حيازة سلفه البائع، فالحيازة الأخيرة و هي حيازة عرضية لا تصلح كأساس للتقادم المكسب.

ثالثا: أن يكون الحق الذي حازه السلف هو ذات الحق الذي يجوز الخلف، فإذا كان الخلف الخاص يريد التمسك بالتقدم المكسب لملكية العقار فلن يستطيع أن يتمسك بحيازة السلف إذا كان هو حائز العقار بوصفه لصاحبه حق انتفاع فقط[24].

و يجوز للخلف الخاص أن يفصل به وضع يد سلفه ووضع يده هو على العقار و يتمسك بهما معا، فله إذن أن يضم أو لا يضم مدة وضع يد سلفه إلى وضع يده حسب

مصلحته، و في ذلك يشترط أن يكون هناك رابطة قانونية تجيز ضم مدة الحيازتين[25].

و لقد نصت المادة 814 من القانون المدني الجزائري على ذلك : {.....و يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه لبيع التقادم}.

فإذا كان السلف سيئ النية و بقي حائزا للعين مدة عشر سنوات مثلا ثم

باع العين إلى مشتر هو أيضا سيئ النية فللمشتري أن يتملك العين بالتقادم الطويل إذا هو بقي حائز لها مدة خمس سنوات أخرى إذ يضم إلى مدة الحيازة مدة حيازة سلفه و إذا كان البائع حسن النية و لديه سبب صحيح و بقي حائز للعقار مدة سنتين، ثم نقل الحيازة إلى المشتري و كان هذا أيضا حسن النية فللمشتري أن يتملك العقار بالتقادم القصير إذا هو بقي حائزا لها مدة 08

سنوات أخرى إذ يضم مدة حيازته إلى مدة حيازة سلفه و إذا كان البائع سيئ النية بقي حائزا للعقار مدة أربعة عشر سنة مثلا ثم باع العقار إلى مشتر حسن النية فالمشتري يستطيع أن يتملك بالتقادم القصير إذا بقي حائزا للعقار مدة خمس سنوات، و لكنه في هذا الفرض يفصل أن يتملك بالتقادم المكسب الطويل، إذ يستطيع في هذه الحالة أن يتملك العقار اذا بقي حائزا له مدة سنة واحدة بدلا من خمس سنوات لأنه يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه[26]

فحيازة السلف تنتقل إلى الخلف العام كالوراث و الموصي له بجزء شائع في جملة التركة و هي تنتقل بصفاتها التي كانت عليها في يد السلف الذي يستطيع أن يستمر في هذه الحيازة و أن يضم مدة حيازة سلفه الى مدة حيازته تكتمل مدة التقادم الطويل أو القصير على حسب الأحوال[27]

فاذا كان السلف حسن النية أمكن للخلف أن يضم مدة حيازته إلى مدة حيازة سلفه، فإذا توافر السبب الصحيح لدى السلف أمكن أن يتمسك الخلف بالتقادم القصير الذي يشمل مدة حيازة سلفه و حيازته بشرط ألا تقل عن عشر سنوات أما إذا كان السلف سيئ النية انتقلت الحيازة بهذه الصفة على خلف (أي الوارث) حتى ولو كان هذا الأخير حسن النية، فلا يستطيع أن يتملك إلا بالتقادم الطويل و الذي تشمل مدته، مدة حيازته مضافا إليها مدة حيازة السلف حتى تصل إلى خمس عشر سنة[28]

أما إذا كان السلف سيئ النية و لديه السبب الصحيح أو كان حسن النية و ليس له سبب صحيح، فالقاعدة أن وضع اليد ينتقل إلى الخلف العام مقترنا بسوء النية أو مجردا من السبب الصحيح فلا يصلح لاكتساب الملكية إلا بالتقادم الطويل ويضم الخلف العام مدة وضع يد سلفه إلى مدته حتى يستكمل

مدة التقادم الطويل لكي يكسب ملكية العقار بوضع اليد المدة الطويلة، و مثال ذلك أن تكون مدة وضع يد لسلف قد دامت ثلاث عشر سنة ثم انتقلت إلى الخلف العام فانه يكفي أن تستمر سنتان حتى يستكمل مدة الخمس سنوات، أما أراد الخلف اكتساب ملكية العقار بوضع اليد المدة القصيرة و كان السلف لديه السبب الصحيح وحسن النية وقت حصوله عليه فان وضع اليد ينتقل إلى الخلف العام بذات الصفات[29].

أما وضع يد الخلف العام تكون استمرار لوضع يد السلف و يترتب على هذا حوار ضم مدة ووضع يد الخلف العام حسب مصلحته[30]

المطلب الثاني :

الحقوق التي يجوز كسبها بالتقادم المكسب :

ان الحقوق العينية وحدها و على رأسها حق الملكية في العقار و في المنقول على السواء هي التي يجوز تملكها بالتقادم المكسب، أما الحقوق الشخصية فلا يجوز تملكها بالتقادم المكسب[31] ، غير أنه ليس كل حق عيني قابلا للتملك بالتقادم، بل يجب أن يكون هذا الحق قابلا للتعامل فيه حتى يمكن كسبه بالتقادم و يجب فوق كل ذلك أن يكون حقا من الحقوق التي تقبل الخضوع للحيازة و يجب أن يكون في حيازة الشخص الذي يريد تملكه و أن تكون هذه الحيازة مستوفية لعنصريها المادي و المعنوي و أن تكون خالية من العيوب[32]

الفرع الأول:

الحقوق العينية :

من الحقوق العينية التي يمكن كسبها بالتقادم المكسب حق الملكية و يستوي في ذلك العقار و المنقول و على ذلك يكون قابلا للتملك بالتقادم

العقار و يدخل في ذلك ارض زراعية كانت و أرض فضاء و كان ما تنبته الأرض من ثمار و محصول و زرع وكل ما يغرس فيها من أشجار و كل ما يقدم على الأرض من مبان و منشآت و كل ما يشيد في باطنها كالأنفاق و الآبار و يكسب بهذا التقادم كل حق عيني آخر، فتكسب الملكية الشائعة في العقار و المنقول و ملكية الرقبة في العقار و المنقول و حق الانتفاع و حق الاستعمال و حق السكنى في العقار و المنقول و حق الارتفاق الظاهر، و حق الرهن الحيازي في العقار و المنقول، أما الحق الشخصي و لو كان قابلا للحيازة كما هو الشأن في حق المستأجر[33]

الفرع الثاني:

الحقوق القابلة للتعامل فيها و القابلة للحيازة:

استثناء من حقوق الشخصية التي لا تكسب بالتقادم، هناك حقوق شخصية تتجسد في سنداتها و تصبح هي السند شيء واحد و هذه هي السندات لحاملها فهذه تعامل معاملة المنقول المادي و من ثم يجوز كسبها بالتقادم المكسب الطويل بالرغم من أنها حقوق شخصية[34]

كما يجب أن يكون الحق العيني قابلا للتعامل فيه وقابلا للحيازة، لأن مالا يقبل التعامل فيه لا تنتقل ملكيته و من ثم لا يجوز تملكه بالتقادم، و الأصل أن الشيء القابل لتعامل فيه لا يكون أيضا قابلا للحيازة فالمجموع من المال كالتركة لا تخضع للحيازة باعتباره مجموعا و مع ذلك يكون قابلا لتعامل فيه و من ثم لا تكون التركة كمجموع من المال قابلة للتملك بالتقادم إذ هي و إن كانت قابلة للتعامل في غير قابلة للحيازة، و هناك أشياء غير قابلة للتصرف فيها و مع ذلك يجوز تملكها بالتقادم كمثل العي الموقوفة على شرط مانع من

التصرف و العكس من ذلك يكون الشيء قابلا للتصرف و مع ذلك لا يجوز تملكه بالتقادم كمثل الارتفاق الغير ظاهر[35]

المطلب الثالث :

الحقوق التي لا يجوز تملكها بالتقادم المكسب:

هناك بعض العقارات لا ترد عليها الحيازة المكسبة للتقادم ذلك لأنها خارجة من دائرة التعامل و لا يمكن أن تكون بحكم طبيعتها أو بحكم تخصصها محلا للتصرفات القانونية و ذلك كالعقارات التي يشترك فيها كافة الناس في الانتفاع بها انتفاعا مطلقا و يستحيل على أي فرد أن يختص بها بطبيعته و هناك بعض العقارات أخرجت عن دائرة التقادم المكسب بنصوص خاصة، كالعقارات المخصصة للمنفعة العامة و العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة[36] ، و كذا العقارات التي اجري عليها مسح الأراضي، و نتناول في هذا المطلب الأموال الخاصة و الأموال الموقوفة و الحقوق الميراثية، و أخيرا العقارات التي أجري عليها مسح الأراضي.

أولا :الأموال العامة (الدومين العام):

هي أموال خارجة عن التعامل فيها أصلا، لا تصلح حيازتها وبالتالي لا يجوز تملكها بالتقادم المكسب[37] ولقد نصت المادة 688 من القانون المدني الجزائري {تعتبر أموالا للدولة العقارات و المنقولات التي تخصص بالفعل أو بمقتضى نص قانوني لمصلحة عامة .....}.

و أضافت المادة 689 من القانون المدني { لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم}.

فهذه قيود ثلاثة تحيط بالأموال العامة لحمايتها، فالخشية هي أن يتعدى الأفراد على الشيء العام بوضع اليد أملا في أن يكسب ملكيته بالتقادم و من ثم سد القانون هذا الباب في أوجه المعتدين و حرم تملك الشيء العام بالتقادم[38].

ولقد نص قانون 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية في مادته 04 أن: {الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف و لا للتقادم و لا للحجز}.

و معيار الأموال العامة هو التخصص للمنفعة العامة و يكون ذلك إما بفعل أو بموجب قانون أو قرار، فالأموال العامة تشمل الطرق والشوارع و القناطر و السكك الحديدية و الأنهار و الترع و المصارف العامة و الشواطئ و الحصون و القلاع و المباني الحكومية و الأراضي التي تتكون من طمي النهر[39]

ثانيا : الأموال الخاصة (الدومين الخاص):

لقد كان أهم فرق عملي بين الأموال العامة و الأموال الخاصة هو أن الملك العام لا يجوز تملكه بالتقادم، أما الملك الخاص فيجوز تملكه بالتقادم المكسب، و قد كان الأفراد يضعون أيديهم على بعض أملاك الدولة الخاصة و تنقضي المدة اللازمة للتقادم فيتملكونها بوضع اليد وقد يرى المشرع في ذلك خطرا على أملاك الدولة الخاصة، فانحرفت عن القاعدة التقليدية التي تقضي بقابلية الملك الخاص للتملك بالقادم[40] .

أما المشروع الجزائري فقد نص في المادة 773 من القانون المدني الجزائري على أنه: {يعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي

ليس لها مالك و كذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث أو الذين تهمل تركتهم}.

ويمكن القول بأن هذه المادة تتكلم عن الدومين الخاص للدولة و الذي يؤول إليها إما باستيلاء على الأموال التي لا مالك لها و أما باعتبار الدولة وارثة لمن لا وارث له شرعا.

فإذا خصصت هذه الأموال لمصلحة عامة حسبما ورد في المادة 688 من القانن المدني الجزائري فإنها تصبح من الدومين العام، و إذا فرضنا أنها لم تخصص لمصلحة عامة فإنها تبقى على أصلها ملكا خاصا للدولة[41].

و يظهر من عمومية نص المادة688 من القانون المدني الجزائري أن المشرع الجزائري قد سوى بين أموال الدولة في النوع و في الحكم بأن جعلها جميعا أموالا عامة ورتب على ذلك حكم المادة 689 من القانون المدني الجزائري، فلا يجوز التصرف فيها إلا استثناء و بموجب يبين شروط هذا التصرف بهاتين المادتين نجد أن المشرع الجزائري قد أصدر قانون رقم:81-01 المؤرخ في 07 فيفري 1981 الذي يتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة و الجماعات المحلية و مكاتب الترقية و التسيير العقاري و المؤسسات و الهيئات و الأجهزة العمومية، و تضيف المادة 03 من المرسوم التنفيذي المؤرخ في 1991/11/23 رقم 91/454 تخصص الأملاك العقارية التابعة للأملاك الخاصة بالدولة تخصيصا نهائيا أو مؤقتا.

فالمشرع الجزائري يعتبر أموال الدولة جميعا أملاكا عامة و لو أنه لم يستعمل هذا الاصطلاح القانوني إلا أنه أعطاها حكمة[42]

ثالثا: الأموال الموقوفة:

الأموال الموقوفة أو القف هو مؤسسة إسلامية بحتة أقامها المشرع الإسلامي لإجراء منافع الأموال الموقوفة و غلاتها على جهة بر لا تنقطع و قد كان لها أثر عظيم في حياة المسلمين الاجتماعية و الثقافية لأن أكثر المنشآت الوقفية كانت مرصودة رصدا كاملا على المعاهد العلمية و المستشفيات و الجهات الخيرية المختلفة و قد أجاز المشرع الإسلامي إنشاء حقوق على العقارات الوقفية و الأراضي الزراعية الموقوفة التي يخشى جوارها فمنع الافراد حق استعمالها و استغلالها لمدة طويلة و رتب لهم الحق المرتب على الأراضي و العقارات الوقفية على نوعين ، منه ما يسمي بالاجارتين (الحكم) و منه ما يسمى الإيجار الطويلة (أو المقاطعة)[43]

أما عن القانون الجزائري فانه لم تتضمن نصوص القانون المدني تتحدث عن الاموال الموقوفة،و لم تبين إن كانت هذه الأموال تكسب بالتقادم أم لا كما فعلت التشريعات الأخرى مثل المشرع المصري الذي كان يجيز تملك الأموال الموقوفة

بالتقادم في المادة 970 مدني قبل تعديلها إذ تنص أنه: {في جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة و لا حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاثة و ثلاثين سنة}. حيث كانت الأعيان الموقوفة قابلة للتملك بالتقادم لكن مدة ثلاثة و ثلاثين سنة بدلا من خمس عشرة سنة حماية للوقف، إلا أن هذا الحكم لم يدم طويلا فقد صدر القانون رقم 147 لسنة 1957 الذي يقضي في مادته 2/970 لا يجوز تملك أموال الأوقاف الخيرية بالتقادم شأنها في ذلك شأن الأموال الخاصة المملوكة للدولة كما لا يجوز بالتقادم

كسب أي حق عيني عليه كحق انتفاع أو رهن حيازي[44]

ولكن باستقراء نصوص قانون الأسرة الجزائري نجد المشرع الجزائري قد عرفه في المادة 213 من قانون الأسرة، على أن:{الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد و التصديق}.

وتبين أن المشرع الجزائري لا يجيز لأي شخص تملك المال الموقوف بالتقادم مادام المال الموقوف على سبيل التأبيد والتصديق على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير.

وينص قانون 91-10 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المتعلق بالأوقاف في مادته الخامسة{الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين و لا الاعتباريين و يتمتع بالشخصية المعنوية و تسهر الدولة على احترام إرادة الواقف و تنفيذها}.كما تضيف المادة 23 من نفس القانون السالف الذكر على أنه : {لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به، بأية صفة من صفات سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها}.

ربعا : الحقوق الميراثية :

إن حق الإرث لا يكسب بالتقادم لأنه غير قابل للحيازة و إنما تكسب أعيان التركة كل عين على حدى بالتقادم المكسب إذا حاز العين حائز و أنقضى على حيازته لهما مدة 15 سنة لا ثلاث و ثلاثين سنة، ولكن حق الإرث يسقط بالتقادم المسقط أو بعدم جواز سماع الدعوى إذا سكت الوارث مع التمكن و دون عذر شرعي عن مطالبة سائر الورثة لحقه في الإرث مدة ثلاث و ثلاثين سنة ثم رفع دعوى المطالبة بالارث بعد ذلك.

العقارات الممسوحة:

وهي العقارات التي أجرى عليها مسح الأراضي العام و هذا ما نصت المادة 11 من الأمر 75-74 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العيني العقاري على أنه: {يقوم المحافظ العقاري بتقييم العقارات الممسوحة في السجل العقاري بمجرد استلامه وثائق مسح الأراضي}. و تضيف المادة 13 من نفس الأمر{يعتبر الترقيم مؤقتا لمدة 4 أشهر يجرى سيرانها ابتداء بالنسبة للعقارات التي ليس لمالكيها الظاهرين سندات ملكية قانونية و الذين يمارسون حسب المعلومات الناتجة عن وثائق مسح الأراضي حيازة تمسح لهم باكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب طبقا للأحكام المعمول بها في هذا المجال.

و يبين لنا أن الأراضي التي وقع عليها مسح الأراضي العام لا يجوز للأفراد تملكها بالتقادم المكسب و هذا يؤدي إلى ندرة اكتساب الملكية العقارية بالتقادم.

المبحث الثاني:

كسب الملكية العقارية بالتقادم المكسب القصير:

إن التقادم المكسب القصير شرع أصلا حمايته لمن يتلقى الملكية من غير مالك بسبب صحي و هو حسن النية فيصبح بعد انقضاء المدة القصيرة مالكا للعقار.

و التقادم المكسب القصير لا يسري إلا على العقارات المعينة بالذات أو الحق العيني على عقار، على أن يكون العقار قابلا للتعامل فيه و ترد عليه الحيازة بشروطها[45]

المطلب الأول

الشروط الخاصة لكسب العقار بالتقادم القصير:

يشترط في اكتساب ملكية العقار بالتقادم المكسب القصير، فضلا عن الشروط العامة، شروط خاصة و هي، حسن نية الحائز و استناده إلى سبب صحيح، و هذا ما نصت عليه المادة 828 من القانون المدني الجزائري بقولها : {إذا وقعت الحيازة على عقار أو على عيني عقاري و كانت مقترنة بحسن نية و مستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فان مدة التقادم المكسب تكون 10 سنوات}.

و لا يشترط توافر حسن النية إلا من وقت تلقي الحق.

و السند الصحيح هو تصرف يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم، و يجب إشهار السند، و سنتطرق لاحقا هاذين الشرطين الأساسيين الخاصين بالتقادم المكسب القصير في فرعين تاليين.

الفرع الأول:

حسن النية في التقادم المكسب القصير:

نصت المادة 824 من القانون المدني الجزائري {يفترض حسن النية لمن يجوز حقا و هو يجهل أنه يتعدى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم و إذا كان الحائز شخصا معنويا فالعبرة بنية من يمثله

و يفترض حسن النية دائما حتى يقوم الدليل على العكس}.

و حتى يعتبر الحائز حسن النية يجب أن يجهل أنه يتعدى على حق للغير،

فيتحدد حسن النية لدى الحائز بأنه غلط فيه هذا الحائز ، و يدفعه إلى الاعتقاد بأن التصرف هو مالك للعقار أو صاحب الحق محل الحيازة.

ولقد اشترط المشرع الفرنسي في المادة 2265 من القانون المدني الفرنسي لاكتساب ملكية العقار بالمدة القصيرة توافر حسن النية كما نصت على ذلك أيضا المادة 965 من القانون المدني المصري(46)

أولا تعريف حسن نية الحائز:

يراد بحسن النية، الاعتقاد بوجود الحق لدى من صدر منه عقد التمليك، فيعتبر واضح اليد حسن النية إذا ظن أن عقد الملكية الذي يحمله يمنحه ملكية العقار أو ملكية الحقوق العينية التي يرمي تمليكها(47)

و يقصد بحسن النية أن غلطا يقع فيه الحائز يدفعه الى الاعتقاد بأنه يتلقى ملكية العقار أو الحق العيني من المالك صاحب الحق(48)

وقد يكون الغلط الذي يقع فيه الحائز غلطا في الواقع أو غلطا في القانون و من قبيل الغلط في الواقع كأن يتعامل الحائز مع مالك سابق للعقار تكون ملكيته قد أبطلت أو فسخت

و الحائز يجهل ذلك معتقدا أنه لا زال مالكا للعقار(49) .

و من قبيل الغلط في القانون أن يتعامل الحائز مع شخص سند ملكيته للعقار هبة في صورة عقد ابتدائي جاء به أن البائع وهب المن للمشتري، فيعتقد الحائز أن الهبة بهذا الشكل صحيحة دون ورقة رمية ثم تبين بعد شرائه للعقار من الموهوب له أن الهبة باطلة لأنها هبة مكشوفة و ليست مستقرة و لا بد من كتابتها على ورقة رسمية و على ذلك فعلم المتصرف إليه بأن سند من تلقي عنه

الملكية باطل أو قابل للإبطال أو الفسخ أو معرض للإلغاء بأي وجه من الوجوه، ينفي عند الحائز حسن النية، فعلم المتصرف عليه بما أعيب سند المتصرف من عيب ينفي حسن نية الحائز[50]

أما حسن نية في الفقه الإسلامي ، أساسه أن الأصل هو براءة الذمة و بالتالي يفترض حسن النية على الحائز ما لم يثبت العكس، ذلك لأن المفروض أن واضع اليد حسن النية في ابتداء وضع اليد و في دواعها و متى علم الحائز على أساس لوضع يده وجب عليه رد الشيء لصاحبه أو لمن عنه الملك[51]

ثانيا وقت توافر حسن نية الحائز:

نصت المادة 828 من القانون المدني الجزائري :¡لا يشترط توافر حسن النية الا من وقت تلقي الحق¡.

و يتفق التقنين الفرنسي في المادة 2269 و التقنين المصري في المادة 2/969 من القانون المدني الجزائري في هذا الشأن ، فحسن النية يجب أن تتوافر عند الحائز في الوقت الذي كان فيه يتلقى الملكية أو الحق فحتى يمكنه أن يتملك العقار بالتقادم المكسب القصير يجب أن يكون قد اعتقد بحن نية وقت تسجيل عقد البيع و هو الوقت الذي يتلقى فيه ملكية العقار أنه اشترى من مالك و أن الملكية قد انتقلت إليه على هذا النحو بالتسجيل، فلا يشترط أن يبقى حسن النية بعد ذلك طوال السنين اللازمة للتملك بالتقادم القصير، فإذا شخص عقارا من غير مالك و كان يعتقد وقت تسجيل البيع أنه تلقى العقار من مالكه الحقيقي، ثم ظهرت له الحقيقة بعد ذلك، فعرف أن البائع لم يكن مالكا للعقار، فانه يحق له مع ذلك أ، يتمسك بالتقادم القصير في مواجهة المالك الحقيقي[52]

ثالثا تقدير حسن النية و إثباتها :

إن تقدير توافر حسن النية مسألة واقية، يستقل بتقديرها قاضي الموضوع و له استخلاصها من نصوص العقد و من الظروف الملابسة لتحريره لبيان ما إذا كان الغلط مغتفرا فيستقيم مع حسن النية أم غير ذلك، فينفي حسن النية، و يجب لتقدير حسن النية مراعاة الحالة الاجتماعية و درجة ثقافة المتعاقدين و درايتهم بالأعمال و حتى بالنسبة لأهمية العمل القانوني المبرم بينهما، تحديد حسن النية فهي من مسألة القانون الذي يخضع لرقابة محكمة النقض لأن البحث في السبب الصحيح و شرائطه هو بحث قانوني[53]

أما إثبات حسن نية فلقد نصت المادة 824 /03 من القانون المدني الجزائري: {يفترض حسن النية دائما حتى يقوم الدليل العكس } وهذا يلاحظ بان الحائز غير مطالب بإثبات حسن النية؛ فالمفروض فيه أصلا انه حسن النية حتى يثبت العكس.

وعلى هذا فان ادعى المالك الحقيقي إن الحائز لم يكن حسن النية؛فالمفروض فيه أصلا انه حسن النية وانه يعلم وقت تلقي الملكية إن المتصرف غير مالك ،فعليه إثبات ذلك وله أن يثبت سوء النية الحائز بجميع الطرق الإثبات لان سوء النية واقعة مادية ويجوز إثباتها بالبينة والقرائن[54].

الفرع الثاني:

السبب الصحيح

هو تصرف قانوني يصدر من غير المالك على titre juste السبب الصحيح باعتبار انه المالك المقصود باعتباراته المالك ويكون من شانه نقل الملكية لو كان صادرا من المالك ،والمقصود بالسبب الصحيح هو العمل

القانوني الذي هو أساس وضع اليد[55].

ولقد عرف المشروع الجزائري السبب الصحيح في المادة03/828 من القانون المدني الجزائري وتقابله المادة 03/979 من القانون المصري {السند الصحيح هو تصرف يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء او صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم ،ويجب إشهار السند}.

وعلى هذا يشترط في السبب الصحيح أن يكون تصرفا قانونيا صادرا من غير ذلك وان يكون السند حقيقيا وناقلا للملكية أو الحق العيني وان يكون مشهرا.

أولا-وجوب أن يكون السبب تصرفا قانونيا:

يتعين آن يستند الحائز على حيازته إلى عمل قانوني،هذا العمل الذي يجعل الحيازة سليمة من شبهة الغضب في نظر الحائز واعتقاده،وعلى ذلك يجب انو يكون هذا العمل القانوني عقد بيع آو هبة آو وصية أو معارضة أو تبرعا وكذلك الأحكام

القضائية التي تعتبر ناقلة للملكية أو منشئة للحق العيني كحكم مرسى المزاد [56]، وعلى ذلك فالوقائع المادية ليست تصرفا قانونيا، فالإرث مثلا واقعية مادية وليست تصرفا قانونيا وبالتالي فلا يصلح أن يكون سببا صحيحا لتملك العقار بالتقادم المكسب القصير، لأن الوارث ليس إلا خلفا عاما لمورثه يتلقى عنه التركة محملة بجميع مالها من حقوق وما عليها من التزامات، فإذا كان المورث واضعا يده على عقار بدون سبب وكان سيء النية عند وضع يده فلا يستطيع الوارث أن يكسب الملكية بالتقادم القصير حتى لو كان حسن النية لأن يده لم يكن محملا لوضع يده مورثه[57].

ثانيا – وجوب أن يكون التصرف صادرا من غير مالك

أن يكون التصرف صادرا من غير المالك والمتصرف الذي لا يعد مالكا في هذا المجال هو شخص يكون غير مالك للعقار ويستحيل عليه أن ملكيته إلى من تصرف فيه وجه هذا الشريطة أن التقادم يهدف إلى حياة المتصرف إليه من عدم ملكية المتصرف فإن لم يكن هذا مالكا، فلا شأن لمركزه بالنسبة للعقار الذي يتصرف فيه، إذ يستوي في ذلك أن يكون هذا المتصرف حائزا قانونيا أو حائزا عرضيا أو حتى غاضبا[58].

أن المهم في السبب الصحيح هو أن يكون صادرا من غير المالك فيتعاقد بالأصالة عن نفسه ولا تهم بعد ذلك أن كون العقد مشوبا بعيوب أخرى أو مشوب مادام له وجود قانوني[59].

ثالثا – وجوب أن يكون السبب حقيقيا وموجودا

يلزم أن يتوافر في السبب الصحيح ما يتوافر في العمل القانوني الناقل للملكية وعلى ذلك إذا كان العقد موجودا حقيقيا وصحيحا، فإنه يعتبر سببا صحيحا حتى ولو كانت آثاره مهددة بالزوال في يوم مادام شيئا من ذلك لم يحدث قبل تمام 10 سنوات[60].

رابعا – وجوب أن يكون السبب الصحيح ناقلا للملكية

يشترط في السبب الصحيح أن يكون من طبيعته نقل الملكية كالبيع والمقايضة والهبة والوصية والوفاء بمقابل وتقديم حصة من الشركة والأخذ بالشفعة ورسو مزاد العقار المحجوز عليه، وعلى ذلك فكل تصرف قانوني ناقل للملكية إذا صدر من غير صاحب الملكية لشخص آخر فإنه يعر سببا صحيحا،

ويترتب عليه انتقال الملكية بالتقادم المكسب القصير متى كان الحائز حسن النية، وعلى ذلك فالعمل القانوني الذي لا ينقل بطبيعته الملكية لا يعتبر سببا صحيحا كالعقود الناقلة للحيازة المادية والمنشئة لإلتزامات شخصية كالإيجار والعارية والودعة فهذه العقود لا تكسب إلا الحيازة العرضية فهي تصرفات قانونية لا تنقل الملكية فالمستأجر أو المودع عنده أو الوكيل بالنسبة إلى عقار تلقاه من غير مالك لا يستطيع تملك هذا العقار بالتقادم المكسب القصير حتى ولو غير صفة حيازته العرضية إلى حيازة أصلية لأنه لم يكون حسن النية، كما أنه لا يستطيع أن يستند إلى عقد من هذه العقود، ويشترط في العمل القانوني الناقل للملكية أن يكون منجزا فإذا ما كان التصرف القانوني معلقا على شرط واقف فإنه لا يعتبر سببا صحيحا ولا تسري مدة التقادم إلا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط ويترتب على هذا الشرط أن التصرفات التي لا تنقل الملطية لا تعتبر في هذا المجال سببا صحيحا[61].

خامسا - وجوب أن يكون السبب الصحيح مسجلا ومشهرا

يتعين أن يكون التصرف مسجلا، حيث يترتب على التسجيل إنتقال الملكية وكانت هذه المسألة محل خلاف بين الفقه والقضاء سواء في فرنسا أو في مصر، ففي فرنسا كان الرأي الغالب يتجه إلى أن السبب الصحيح لا يشترط تسجيله، كما أن العقود الواجب تسجيلها طبقا للقانون هي العقود الصادرة من المالك أما السبب الصحيح أن يكون مسجلا ولكن يجب ثبوت التاريخ للسبب الصحيح للإحتجاج به على تحديد مبدأ وضع اليد فلا تحسب مدة التقادم إلى إبتداء من التاريخ الثابت[62].

أم المشرع الجزائري ورغبة منه في توفير الثقة بشأن التصرفات في

العقارات رسم إجراءات تستهدف شهرها على الناس كافة حتى يتسنى لكل فرد أن يكون على بينة من أمر العقار الذي يزمع التعامل بشأنه، وأضاف المشرع الجزائري لشهر التصرف وظيفة أخرى بالنسبة للعقود والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو تعديل أو انقضاء حق عيني بأن جعلها لا تنتج آثارها حتى بين المتعاقدين إلا من تاريخ الشهر[63].

ولقد نصت المادة 793 من القانون المدني الجزائري، (لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار).

ونصت المادتين 15و 16 من قانون إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الصادر بالأمر 74- 75 المؤرخ في : 12 سبتمبر 1975 إذا قضت المادة 16 من الأمر المذكور بأن العقود والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو تعديل أو انقضاء أو انقضاء حق عيني لا تنتج أرها حتى بين المتعاقدين إلا من تاريخ شهرها، كما نصت المادة 15 من الأمر السابق الذكر بأن حق الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية الأخرى لا يحتج بها على الغير إلا من تاريخ إشهارها.

وتعتبر القرارات والأحكام القضائية المتضمنة حقوقا عقارية في حكم العقود فيما يتعلق بإجراءات الشهر وهذا ما نصت عليه المادة من الأمر 74- 75 وتختلف طريقة شهر التصرفات العقارية بإختلاف ما إذا كان موضوعا هم حق عيني أصلي أو حق الملكية تشهر بالتسجيل أما تلك التي ترد على الحقوق العينية التبعية كالرهن الأميني أو الحيازي فتشهر بالقيد[64].

سادسا - إثبات السبب الصحيح

أما عن إثبات السبب الصحيح، فإن السبب الصحيح هو شرط مستقل عن حسن النية فلا يفترض توافره، كما يفترض حسن النية.

ولما كان السبب الصحيح تصرف قانوني، فإنه إذا كان عقد بيع مثلا وجب على الحائز أن يثبت هذا البيع بالكتابة أو ما يقوم مقامها في الإثبات[64].

وإن السبب الصحيح في التقادم المكسب القصير شريطة مستقلة ومتميزة عن شريطة جسن النية، فلا بد من توافر الشريطتين معا، فإذا تخلفت إحداهما كما كان السند ظنيا فلا يكفي حسن النية وحده لإكتساب حق تسجيل الملكية بالتقادم القصير[65].

المطلـــــب الثانـــــي

الفروض المختلفة في السبب الصحيح

نستعرض في هذا المطلب إلى الفروض المختلفة في السبب الصحيح لنوضح ما إذا كان التصرف القانوني الناقل للملكية يبقى على إعتباره سببا صحيحا في الفروض التالية :

الفـــرع الأول

التصرفات القانونية الباطلة القابلة للإبطال

1/ التصرفات القانونية الباطلة

التصرف الباطل هو التصرف الذي لا يكون له وجود قانوني ومن ثم لا يصلح أن يكون سببا صحيحا ويستوي فيْ ذلك أن يكون التصرف القانوني باطلا من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع، فإن كان التصرف القانوني باطلا من ناحية الشكل كهبة عقار باطلة لعدم كتابتها في ورقة رسمية أو كوصية لعدم

إستبقائها الكل الواجب قانونيا، ولكن إذا أمكنت إجازة الهبة شكلا، فإنها تنقلب إلى هبة صحيحة ومن ثم تصلح أن تكون سببا صحيحا فإذا نفذ الواهب أو ورثته هبة العقار المملوك للغير تنفيذا إختيار بأن سلموا العقار للموهوب له فقد أصبحت الهبة صحيحة وصارت صالحة لأن تكون سببا صحيحا واستطاع الموهوب له الذي تسلم العقار إذا كان حسن النية أن يملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير[66].

وإذا كان باطلا من ناحية الموضوع لم يكن له وجود قانوني أيضا فلا يصلح أن يكون سببا صحيحا، كما إذا كان سبب البطلان هو مخالفة محل العقد أو سببه النظام العام أو الآداب أو كان محله مما لا يجوز التعامل فيه أو كان صادرا من عديم الأهلية كالمجنون أو المعتوه أو الصغير غير المميز، وأيضا العقد المشوب بالإكراه الذي يعدم الرضاء، ففي هذه الحالات لا يصلح العقد أن يكون سببا صحيحا، لأنه لم يكن لينقل الملكية لو أنه صدر من المالك، فالعقد الباطل بطلانا منعدم الوجود ولا ينشئ حقا ولا يترتب إلزاما[67].

2/ التصرفات القابلة للإبطال

التصرف القانوني يكون قابلا للإبطال لنقص في الأهلية أو إذا شابت الإرادة عيب من العيوب المفسدة للإرادة ويكون بطلانا نسبيا، فالتصرف القابل للإبطال اه وجود قانوني ومن ثم يصلح لأن يكون سببا صحيحا لأنه كان ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك، فإذا باع قاصر عقارا مملوك للغير كان البيع قابلا للإبطال لمصلحة القاصر وجاز اعتباره سببا صحيحا، فلو أن المشتري كان حسن النية فإنه يجوز له أن يستند إلى البيع الصادر اه من القاصر بالرغم من أنه بيع قابل للإبطال وأن يعتبره سببا صحيحا، يجوز يجيز له أن يتملك العقار المبيع ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير، ونرى من ذلك أن

التصرف القانوني القابل للإبطال يصلح أن يكون سببا صحيحا في التقادم المكسب القصير، ومن باب أولي يصلح هذا التصرف لأن يكون سببا صحيحا لو أجاز القاصر أو أجازه من تقرر الإبطال لمصلحته، فإن التصرف القانون ينقلب بهذه الإجازة تصرفا صحيحا ويصلح بداهة لأن يكون سببا صحيحا، أما إذا أبطل من تقرير الأبطال لمصلحته التصرف القانوني، فإن هذا التصرف يصبح لا وجود له، فلا يعود صالحا لأن يكون سببا صحيحا[68].

الفرع الثاني

التصرفات الصورية والظنية

التصرفات الصورية

الصورية وصف يلحق تصرفا مخالفا للحقيقة والصورية عدة أنواع، إما صورية مطلقة، إما صورية نسبية بطريق التستر أما صورية نسبية بطريق المضادة .

فالصورية المطلقة تتحقق عندما لا يوجد تصرف إطلاقا، إنما يتظاهر طرفان بوجود تصرف دون أن تتجه إرادتهما إلى جانب أي تصرف.

أما صورية بطريق التستر فتتحقق عندما يتفق الطرفان على إخفاء تصرف حقيقي تحت ستار تصرف صوري يخفي طبيعة ذلك التصرف الحقيقي، كالهبة في صورة عقد بيع، وهذا النوع يصلح لأن سببا صحيحا.

أما الصورية النسبية بطريق المضاد وهذه لا تتناول وجود العقد أو نوعه، بل يتناول ركنا وشرطا فيه كعقد بيع يذكر فيه الثمن أقل من ثمنه الحقيقي، لتخفيف رسم التسجيل أو ثمنا أكبر من الثمن الحقيقي منعا للأخذ بالشفعة، فهذا النوع من الصورية يصلح أن يكون سببا صحيحا للتملك بالتقادم المكسب القصير[69].

2/ التصرفات الظنية

التصرف الظني يقوم على التهم ولا وجود له في الواقع، فهو لا يقوم إلا في ذهن واضع اليد الذي يعتقد على حسن نية بوجوده متخذا منه سببا صحيحا، مل إن يبيع شخص أرضا لا يملكها لمشتر حسن النية ويضع المشتري حسن النية ويضع المشتري يده على أرض أخرى لم يشملها عقد البيع ويعتقد بحسن نية أن عقد البيع قد شملها فعقد البيع فيما يتعلق بهذه الأرض عقد ظني لا وجود له إلا في مخيلة المشتري ومن ثم لا يصلح سببا صحيحا[70].

الفرع الثالث

التصرفات المعلقة على شرط واقف أو على فاسخ

إذا كان التصرف القانوني الناقل للملكية معلقا على شرط واقف فإنه لا ينفذ إلا من وقت تحقق الشرط، وعلى ذلك لا يصلح أن يكون سببا صحيحا إلا من هذا الوقت، فلو أن شخصا باع تحت شرط واقف عقارا غير مملوك له لمشتر حسن النية، فإن هذا البيع لا يعتبر سببا صحيحا يجيز للمشتري تملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير إلا من وقت تحقق الشرط الواقف، فإذا لم يتحقق الشرط الواقف أنعدم التصرف القانوني واعتبر كأن لم يكن ومن ثم لا يمكن اعتباره سببا صحيحا.

أما إذا كان التصرف القانوني معلقا على شرط فاسخ فإن يكون نافذ منذ البداية وعلى ذلك يصلح لأن يكون سببا صحيحا في أول الأمر، فإذا باع شخص عقارا غير مملوك لمشترك حسن النية وكان البيع معلقا على شرط فاسخ، صلح لأن يكون سببا صحيحا منذ انعقاده ويستطيع المشتري استنادا إلى هذا البيع تملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير،

فإذا لم يتحقق الشرط الفاسخ فإن البيع يزول ويعتبر كان لم يكن فينعدم السبب القصير، فإذا لم يتحقق الشرط الفاسخ فإن البيع يزول ويعتبر كان لم يكن فينعدم السبب الصحيح ويجب على المشتري أن يرد العقار للمالك الحقيقي إذا استرده هذا بدعوى الاستحقاق[71].

خاتمة البحث :

لقد اهتم المشرع بموضوع التقادم المكسب للملكية العقارية، و نظمه بنصوص و أحكام خاصة لكون مجال تطبيق العمل بالتقادم ينطبق في الأساس على الحقوق العينية القابلة للحيازة و القابلة للتعامل فيها، إلا أنه استثنى الأموال العامة أو حق الإرث بموجب نصوص صريحة إلا أنه لم يوضح بنص صريح فيما يتعلق بأموال الدولة الخاصة-الدومين الخاص- و مدى جواز اكتساب هذه الأخيرة بالتقادم المكسب كما هو الشأن في المال العام، بالإضافة إلى ذلك فقد أغفل الأموال الموقوفة بحيث لم يدخلها في دائرة الأموال التي لا تمتلك بالتقادم المكسب و هذا في نظري يعود لأسباب تاريخية و تعاقب العديد من الأنظمة على جهاز الدولة الجزائرية -إلا أنه حدد حق الإرث بنص المادة 826 من القانون المدني لذلك كان الأجدر إعادة النظر في موضوع الوقف و إدراجه ضمن حق الإرث و عليه موضوع التقادم ذو أهمية كبيرة مما يتطلب دراسته دراسة شاملة من مواضيع لاحقة بحول الله تعالى.

مراجع البحث:

1- الدكتور عبد الرزاق السنهوري

الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، أحكام الإلتزام، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربية بيروت لبنان 1958.

2- الدكتور عبد الرزاق السنهوري

الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة 1968.

3- الدكتور عبد المنعم البدراوي

الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات، أحكام الإلتزام، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان 1968.

4- الدكتور محمد وحيد الدين سوار

شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، دار الحياة، القاهرة، مصر 1976 – 1977.

5- الدكتور محمد حسنين

الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام وأحكامها، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1983.

6- الدكتور رمضان أبو السعود

الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، الدار الجامعية، بيروت، لبنان 1985.

7- الدكتور محمد حسنين

الوجيز في نظرية الحق بوجه عام المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، الجزء الأول، الدار الجامعية، بيروت، لبنان 1985.

8- الدكتور مصطفى الجمال

نظام الملكية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، الجزء الأول، الدار الجامعية، بيروت، لبنان 1987.

9- الدكتور خليل أحمد حسن قدادة

الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الإلتزام، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 1990.

10- الدكتور عدلي أمير خالد

تملك العقار بوضع اليد، دار الفكر العربي، مصر، القاهرة 1992.

11- الدكتور زهدي يكن

الملكية والحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، منشورات الملكية العصرية، صيدا، بيروت، لبنان.

12- الإمام محمد أبو زهرة

الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر القاهرة.

13- الدكتور برهام محمد عطا الله

دعوى صحة التعاقد على البيع، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر.

النصـــوص القانونيـــة

1- الأمر رقم 58- 75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري.

2- الأمر رقم 74- 75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعادة مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

3- قانون رقم 90- 30 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية.

4- قانون رقم 91- 10 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المتعلق بالأوقاف.

الهوامش:

(1)–د/ محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، دار الحياة،مصر 1676 -1977 ، ص،629

(2)– الإمام محمج أو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الاسلامية، دار الفكر العربي،ص،160 -161

(3)– د/ يرهام محمد عطا الله، دعوة صحة التعاقد على البيع، دار المعارف مصر،ص،117

(1)- د/ عبد الرزاق السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع،دار النهضة العربية مصر القاهرة،ص،1968

(1)- د/ عبد الرزاق السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع،المرجع السابق،ص،995

(2)– د/ رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول ، الدار الجامعية، بيروت لبنان،1985،ص،624

(1)– د/ عدلي أمير خالد ، تملك العقار بوضع اليد ، دار الفكر العربي مصر 1992،ص،263

(2)- د/ عدلي أمير خالد، المرجع السابق،ص،265

(3)- د/ عدلي أمير خالد، المرجع السابق،ص،265

(10) - د/ مصطفى جمال، نظام الملكية ، دار الجامعية، بيروت لبنان 1987،ص،18

(11) -– د/مصطفى جمال، المرجع السابق،ص،18

(12) – د/ عدلي أمير خالد ، تملك العقار بوضع اليد ، المرجع السابق ص ، 274،275

(13) – د/ عدلي أمير خالد المرجع السابق ص ، 276

(14) – د/ زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الاصلية، المرجع السابق ،ص،258

(15) – د/ عبد الرزاق السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع، المرجع السابق،ص،843

(*)– أما التشريع اللبناني يستقل بمدة أخرى لنوع ثالث من التقادم و هو يتعلق بحق التصرف الذي يرد على العقارات الاميرية غير خاضعة لإرادة أملاك الدولة بمرور عشر سنين على وضع اليد بسند أو بدون سند شرطا أن يكون واضع اليد قائما بزراعة الأرض.

(16) – د/ رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الاصلية، الجزء الاول، المرجع السابق ص 626

(17) – د/عبد الرزاق السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع ، المرجع السابق ص، 1013

(18) – د/ عبد الرزاق السهوري، المرجع السابق،ص، 1014

(19) – د/ عدلي أمير خالد، تملك العقار بوضع اليد، المرجع السابق،ص،393

(20) – د/ عبد الرزاق السهوري، الوسيط في في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، المرجع السابق ، ص، 1015

(21) – د/ عدلي أمير خالد، تملك العقار بوضع

(22) د/ رمضان أبو السعود، الوسيطفي الحقوق العينية الاصلية ، الجزء الاول ، المرجع السابق ص 630

(23) – د/ عبد الرزاق السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع، المرجع السابق،ص،1019، 1020

(24) د/ عدلي أمير خالد ، تملك العقار بوضع اليد، المرجع السابق،ص، 485

(25) – د/ عدلي أمير خالد، المرجع السابق ص 486

(26) – د/ عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع، المرجع السابق ص 1025-1026

[27] – د/رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الاصلية، الجزء الاول المرجع السابقص 633

[28] – د/رمضان أبو السعود ، المرع السابق،ص، 633

[29] –د/ عدلي أمير خالد، تملك العقار بوضع اليد، المرجع السابق، ص،496

[30] - د/ عدلي أمير خالد، المرجع السابق، ص،495

[31] –د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، المرجع السابق ، ص،994

[32] - د/ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ، ص 994

[33] - د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، المرجع السابق ، ص،995

[34] - د/ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ، ص،995-996

[35] د/ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ، ص،996-997

[36] - د/ عدلي أمير خالد، تملك العقار بوضع اليد، المرجع السابق، ص،159

[37] – د/وحيد الدين سوار شرح القانون المدني ، المرجع السابق ص634

[38] - د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، المرجع السابق ، ص،998

[39] - د/ عدلي أمير خالد، تملك العقار بوضع اليد، المرجع السابق، ص،160 ، أنظر المواد ،12،13،14،15،16 من القانون 30/90 المؤرخ في 1990/12/01

[40] –د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، المرجع السابق ، ص،1000-1001

[41] –د/ محمد حسنين الوجيز في نظرية الحق بوجه عام المؤسسة الوطنية للكتاب،195،ص،238

[42] –د/محمد حسنين ، المرجع السابق ،ص،239.

[43] –عبد السلام الترماني ، محاضرات في القانون الروماني،العدد 1200 ، 1964 ، 1965 ، ص، 174

[44] –د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، المرجع السابق ، ص،1005

[45] - د/ عدلي أمير خالد، تملك العقار بوضع اليد، المرجع السابق، ص،317

[46] - د/ عدلي أمير خالد، تملك العقار بوضع اليد، المرجع السابق، ص318

[47] –د/ زهدي يكن، الملكية و الحقوق الاصلية علما و عملا، منشورات المكتبة العصرية، صيدا بيروت، الطبعة الثالثة، ص،280

[48] - د/ عدلي أمير خالد، المرجع السابق، ص 320.

[49] - د/ عدلي أمير خالد، تملك العقار بوضع اليد، المرجع السابق، ص320-321

[50] - د/ عدلي أمير خالد، المرجع السابق، ص 321.

[51] - د/ عدلي أمير خالد، المرجع السابق، ص 326-325.

[52] –محمد وحيد سوار، شرح القانون المدني ، الحقوق الاصلية الطبعة الثانية، مطبعة دار الحياة1976-1977 ، ص،688

[53] - د/ عدلي أمير خالد تملك العقار بوضع اليد، المرجع السابق، ص331

[54] -/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، المرجع السابق ، ص،1113

[55] -- د/ عدلي أمير خالد تملك العقار بوضع اليد، المرجع السابق، ص338

[56] د/ عدلي أمير خالد، تملك العقار بوضع اليد، المرجع السابق، ص، 345

[1] د/ عدلي أمير خالد، المرجع السابق، ص، 346.

[57] د/ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص، 672.

[58] د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، المرجع السابق، ، 1086.

(60) د/ عدلي أمير خالد، تملك العقار بوضع اليد، المرجع السابق، ص، 348.

(61) د/ عدلي أمير خالد، تملك العقار بوضع اليد، المرجع السابق، ص، 360، 359، 358، 357، 356، 355.

(62) د/ عدلي أمير خالد، تملك العقار بوضع اليد، المرجع السابق، ص، 363، 364.

(63) د/ محمد حسين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب 19858، ص، 261، 262

(64) د/ محمد حسنين، الوجيز في نظرية بوجه الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب 1985، ص، 263، 264

(64) د/ عدلي أمير خالد، تملك العقار بوضع اليد، المرجع السابق، ص، 369.

(65) د/ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص،676.

(66) د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، المرجع، ص، 1095.

(67) د/ عدلي أمير خالد، تملك العقار بوضع اليد، المرجع السابق، ص، 351، 352.

(68) د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص، 1097، 1098.

(69) د/ عدلي أمير خالد، تملك العقار بوضع اليد، المرجع السابق، ص، 353.

(70) د/ عدلي أمير خالد، المرجع السابق، ص، 3551، 354.

(71) د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص، 1099، 1098.

المقاصد الاجتماعية للشريعة الإسلامية

أ/ الحاج طاس

بجامعة الأمير عبد القادر

مقدمـــة

إن هدف الشريعة و غايتها هو مصلحة الإنسان ، كخليفة في الأرض و كائن مكرم و مفضل عند الله ، و كمسؤول أمامه في يوم لا ينفع فيه لا مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم ، لان الله عز و جل استخلفه على إقامة العدل و الإنصاف و عمارة الأرض ، و غاية الغايات هي تحقيق السعادة في الدنيا و في الآخرة لمن اتبع هداه و أتعاد لأمره و نهيه . و للشريعة الإسلامية الغراء التي تعد خاتمة الشرائع و أعظمها كمالا على الإطلاق ، مقاصد كلية عامة بنيت على الفردية وهي الضرورات الخمسة :

حفظ الدين ،و حفظ النفس ، و حفظ النسل و حفظ المال و حفظ العقل [1].

و تلي المقاصد الكلية مقاصد شرعية اجتماعية أو فيما عرف بالضرورات الواجبة [2] ، و في مقدمتها الديموقراطية و حقوق الإنسان ، والحريات العامة والعدالة و التكافل الاجتماعي وما حكمها مما يماثلها .

و قد كان الإمام ابن عاشور واعيا عميق الوعي بضرورة الاهتمام بالمقاصد الاجتماعية للشريعة ، فدعا إلى إدراجها ضمن ترتيب المقاصد المأثورة [3]

ولا يخفى على أحد ما آل إليه الوضع الراهن للمسلمين من تعقيد و تأزم في جوانبه الفكرية و السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية ، و ما يشكو منه من

علل و أمراض أصابت الفرد و المجتمع في الصميم ، مما دفعني إلى اختيار موضوع " الديموقراطية و حقوق الإنسان مقصدا اجتماعيا للشريعة و فريضة شرعية واجبة على الأمة حكاما و محكومين في كافة نواحي السلوك الإنساني ، في علاج علل الواقع الإسلامي الراهن و تسليح المسلم المعاصر بما يعينه على النهوض بتبعات النهضة الحديثة و إذا رجعنا إلى منطق القواعد الفقهية في الإسلام ، نجد أن هناك قاعدة عظيمة مفادها: ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب " **فهل يمكن أن تتم الفرائض المطلوبة هنا ، كالأمر بالمعروف و النهي عن المنكر و قول الحق ، و تجميع الناس لبيان ما يرونه حقا أو يعتقد ونه باطلا ، في ظل غياب الديموقراطية و انعدام الحريات العامة ؟** .

انطلاقا من هذه التساؤلات ، تقسم دراستنا للديموقراطية و حقوق الإنسان من المنظور الإسلامي إلى أربعة مباحث نخصص الأول لمفهوم الديموقراطية وضعا و شرعا ، و نبين في الثاني حكمها الشرعي و نتناول في الثالث صور الديموقراطية ، لنفق في المبحث الرابع عند شروط تطبيقها .

المبحث الأول:

مفهوم الديموقراطية وضعا و شرعا:

إن الديموقراطية هي التعبير العصري عما نسميه بلغة العصر و الثقافة الإسلامية بالشورى ، فهي ليست تصورا فكريا و لا شعارا سياسيا فارغ المحتوى ، بل هي مفهوم حضاريا ذو محتوى سياسي و اجتماعي و اقتصادي .

و لا يعود أساسها النظري كما يدعي البعض من رواد الفكر الدستوري الحديث أمثال " جون لوك " ، " جان جاك روسو " و " منتسكو " الذين يقيمون نظام الحكم على مبدأ الديموقراطية أو الإرادة الجماعية للامة .

لقد سبق الإسلام منذ أربعة عشر قرنا هؤلاء المفكرين الغربيين في هذا الصدد حيث جعل الشورى مبدأ عاما لنظام الحكم في الإسلام وفنا من فنونه [4] و لم تتضمن الحياة السياسية حتى الآن فكر أرقى من الفكر الإسلامي ، و لم تعرف ما هو اكثر منه صلاحية لحكم البشرية [5]

إن الديموقراطية بمعناها الواسع ، تعني مكانة سياسية و تصورا أخلاقيا و حالة اجتماعية ، و يكاد ينعقد الإجماع ، على أن الديموقراطية نسق للحياة وسياسة العمل . و تقوم الديموقراطية على التنظيم النهائي للمنفعة المشتركة ، و يقضي هذا التنظيم على أن تتذرع الأقلية بالمنفعة العامة في دفاعها عن منفعتها الخاصة . و ساد الاعتقاد في أواخر القرن الثامن عشر بوجود توافق بين الديموقراطية السياسية و الديموقراطية الاقتصادية ، و لتحقيق هذه المعادلة تم الانسجام بين الديموقراطية السياسية و الديموقراطية الاقتصادية في صيغة الحكم ، إذ تم توزيع السلطة السياسية بين المواطنين بالتساوي .

لكن التقدم التقني المفاجئ و التوسع الاقتصادي الهائل غيرا هذه المعادلة المنسجمة من حيث المبدأ : فهيمن رجال المال و أصحاب المشاريع الضخمة على السلطة الاقتصادية ، فعادت الإقطاعية من جديد و اتسعت الهوة بين مالكي الإنتاج و الأجراء البروليتاريين .

أمام هذا المشهد المؤلم تكونت لدى ماركس و انجلزو و اتباعه قناعة مفادها : انه من أجل اقتلاع التفاوت الاقتصادي و القضاء على أسباب الحرمان و هضم حقوق الناس في المجالين الاقتصادي و الاجتماعي ينبغي القضاء على الملكية الفردية لوسائل الإنتاج و استبدالها بملكية جماعية فإذا كان هذا هو معنى الديموقراطية في الفكر السياسي الغربي ، **فماذا عن الشورى في مورثنا**

الإسلامي ؟

و ما هي حجتها ؟ و هل هي ملزمة للحكم ؟ و من هم أهل الشورى ؟ وما هي الموضوعات التي تجب فيها المشورة ؟

هذا ما سنجيب عنه بإيجاز في المحاور التالية :

أولا : معنى الشورى

يقصد بالشورى اصطلاحا : اجتماع الناس على استخلاص الصواب بطرح جملة أراء في مسالة لكي يهتدوا إلى قرار.

أما شرعا : فقد فرق الشارع في هذا الصدد بين الشورى و المشورة ، فالشورى هي اخذ الرأي مطلقا أما المشورة فهي اخذ الرأي على سبيل الإلزام .

و لم يقف الإسلام من الشورى عند اعتبارها من حقوق الإنسان و إنما ذهب ابعد من ذلك ، حيث جعلها فريضة شرعية واجبة على كافة الأمة ، حكاما و محكومين ، و التي بدونها لا يكون الحكم إسلاميا [6]

ثانيا : أدلة مشروعية الشورى :

لقد ثبتت مشروعية الشورى التي هي لب الديموقراطية و اصلها ، بالكتاب و السنة و إجماع الصحابة ، و جاء الشرع بنظام خاص محدد لكيفية ممارسة هذه الفريضة الشرعية الواجبة و فيما يلي عرض ما أجزناه بشيء من التفصيل :

الدليل الأول : القران الكريم

انحصرت أدلة مشروعية الشورى في القران الكريم في آيتين [7] .

الآية الأولى قوله تعالى : "فيما رحمة الله لنت لهم و لو كنت فظا غليظ القلب لا نفضوا من حولك فاعف عنهم و استغفر لهم و شاورهم في الأمر فإذا عزمت فتوكل على الله إن الله يحب المتوكلين " [8]

الآية الثانية : قوله تعالى : " و الذين استجابوا لربهم و أقاموا الصلاة و أمرهم شورى بينهم و مما رزقناهم ينفقون " [9]

فالإسلام لم يكن ، و لا يمكن أن يكون اقل شانا من الدساتير المعاصرة في حماية الفرد من الاستبداد

جاء الآية الثانية في معرض بيان السمات الأساسية للمؤمنين الذين استجابوا لربهم و صلوا و زكوا و جعلوا أمرهم بينهم شورى .

و قد أبى جل شانه إلا أن يقرن بين الصلاة و الشورى في آية واحدة .فتحددت أهمية الشورى و مكانها و قد قرنت بالصلاة ، فكما إن الصلاة في الإسلام عماد الدين فان الشورى للمسلمين - من عمد دينهم كالصلاة تماما .

و قد حملت السورة كلها اسم " سورة الشورى " لأنها كما يقول الإمام الأكبر الشيخ محمود شلتوت ، فقد جعلت الشورى من عناصر الشخصية الإيمانية الحقة .

فمجتمع المؤمنين كما يميزه الإيمان بالله و التوكل عليه ، و اجتناب كبائر الإثم و الفواحش ، و إقامة الصلاة ، يميزه أيضا أن يأخذ بمبدأ الشورى ، فيكون أمره شورى بين أفراده .

أما الآية الأولى التي تتضمن دليل المشروعية الذي جعل الأمر بين المسلمين شورى ، بهذا النص الجازم " و شاورهم في الأمر " يقرر الإسلام هذا

المبدأ في نظام الحكم في ولاية محمد رسول الله (صلعم) ، و هو نص قاطع ، لا يدع للامة المسلمة شكا في أن الشورى مبدأ أساسي لا يقوم نظام الحكم بدونه [9]

الدليل الثاني : السنة

إن المتتبع لسيرة المصطفى (صلعم) يجد انه كان يمارس الشورى في معظم شؤون المسلمين و هذه أمثلة و نصوص تدل على ذلك : فلقد روى عن انس بن مالك أن النبي صلى الله عليه و سلم قال :"ما خاب من استخار ، و ما ندم من استشار ، و لا عال من اقتصد " [10] .

وروى عن أبى هريرة انه قال :

" ما رأيت أحد قط كان اكثر مشورة لأصحابه من رسول الله (صلعم)" [11] في سياسة الرسول و قيادته لشؤون الحرب و معارك القتال- و هي مظنة التفرد بالرأي من رسول يأتيه نبا السماء كانت شجاعته القتالية تجعله الحمى الذي يحتمي به أصحابه إذا حمى الوطيس و اشتد القتال ، لكنا نجد الشورى فريضة متبعة ، و نهجا يلتزمه النبي صلى الله عليه و سلم ، في كل شؤون الحرب و القتال ، ففي اختيار موقع نزول الجيش بغزوة بدر : عدل الرسول عن رأيه ،و اخذ برأي الصحابي الحباب بن المنذر بن عمر بن الجموح .

و هكذا كانت الشورى فريضة واجبة و نهجا ألتزمه الرسول صلى الله عليه و سلم في شؤون الحرب و قيادة الجيش و تعيين الأمراء

الدليل الثالث : إجماع الصحابة

بعد أن استقرت الشورى في القران الكريم ، و في السنة النبوية الشريفة

فلسفة في الحكم و فنا من فنونه ، لم تذهب بانتقال الرسول ، صلى الله عليه و سلم إلى جوار ربه ، بل ظلت الشورى سمة واضحة لنظام الحكم في دولة الخلافة الراشدة ، بل لا يكاد يبرم أمره إلا بعد التشاور ، و هو ما جرى فعلا في سقيفة بني ساعدة لانتخاب رئيس الدولة الإسلامية [12] .

فلقد تأسست هذه الدولة بالشورى التي كانت سبيل الاختيار والبيعة لأبى بكر خليفة أول على المسلمين بعد وفاة الرسول عليه السلام .

و قال البخاري (كانت الأئمة بعد النبي صلى الله عليه و سلم يستشرون الأمناء من أهل العلم في الأمور المباحة ليأخذوا بأسهلها ، فإذا وضع الكتاب أو السنة لم يتعدوه إلى غيره اقتداء بالنبي "صلعم")و قد كان الخليفة الأول رضي الله عنه ، إذا ورد عليه أمر نظر في كتاب الله ، فان وجد فيه ما يقضي به قضي بينهم ، و إن علمه من سنة رسول الله " صلعم" قضى به ، و إن لم يعلم خرج فسال المسلمين عن السنة ، فان أعياه ذلك، دعا رؤوس المسلمين و علماءهم و استشارهم [13] .

و كان عمر رضي الله عنه يطوف بالمدينة ذات ليلة فسمع امرأة تنشد :

ألا طال هذا الليل و اسود جانبه و ارقني إن لا حبيب ألا عبه

فوالله لولا الله لا شيء غيره لزعزع من هذا السرير جوانبه

مخافة ربي و الحياء يكفني و إكرام بعلي أن تنال مراكبه

فلما كان الغد إستدعاها عمر ، و سألها : أين زوجك ؟

قالت : بعثت به إلى العراق ، فاسدعا نساء ، فسألهن عن المرأة ، كم مقدار ما تصبر عن زوجها ؟ فقلن شهرين و يقل صبرها في ثلاثة اشهر و ينفذ

صبرها في أربعة اشهر فجعل عمر رضي الله عنه مدة غزو الرجل أربعة اشهر فإذا مضت استرد الفازين ووجه آخرين [14]

تلك هي الشورى الإسلامية التي جعلها الإسلام منهجا لسياسة الرعية وفريضة شرعية واجبة ، و ليست مجرد حق من حقوق الإنسان .

المبحث الثانـــي

حكم الشورى

إذا كانت مشروعية الشورى مؤكدة في القران الكريم و السنة النبوية الشريفة و إجماع الصحابة ، و إذا كان الإسلام قد جعلها أصلا عاما لشؤون المسلمين و عاصما من الاستبداد السياسي ، **فهل يصبح الالتجاء إلى الشورى ، إجباريا بالنسبة للحاكم أم انه أمر اختياري ؟**

لاشك أن الالتجاء إلى الشورى يعد أمرا واجبا بالنسبة للحاكم . فإذا أجيز للحاكم - منذ البداية- أن يستشير أولا يستشير فانه يفضل بلا تردد عدم الاستشارة . و الدستور نفسه إذا أراد أن يكون متسقا مع أحكام الإسلام يجب أن لا يخرج من مجال الشورى في معظم الشؤون السياسية.

و إذا لجا الحاكم إلى الشورى فهل تعد نتيجة الشورى ملزمة ؟ .

الجواب بالإيجاب ، لان الشورى تعمل هنا كأساس من أسس الحكم ، فتجعل للشعب الكلمة الأخيرة في شؤون الحكم ، و من هنا فان الحكام أنفسهم يجب أن يلتزموا برأي الشعب .

فالشورى كما يقول القرطبي في تفسيره :" من قواعد الشريعة و عزائم الأحكام ، من لا يستشير آهل العلم و الذين فعزله واجب "[15]

هذا الرأي يستند إلى الآية الكريمة المشار إليها "و أمرهم شورى بينهم "فلكي يكون الأمر شورى فعلا فلا يجب أن يكون القرار قد صدر بناء على الشورى الأمر الذي يتعين معه أن تكون نتيجة الشورى ملزمة .

و إذا كان هناك نفر من علماء الإسلام يرى بان الآية المذكورة : " و شاورهم في الأمر " تفيد الندب لا الوجوب ، و عليه فلا تكون نتيجة الشورى ملزمة للحاكم ، فهو حر في أن يأخذ بها أو لا يطرحها .

و الرأي المختار ، إن الشورى في الإسلام واجبة على الحاكم و ليست مندوبة و إلا اصبح الأمر احتكار للحكم و انفراد بالسلطة [16]

فمن هم أهل الشورى ؟ و ما هي مجالاتها ؟ .

أولا: من هم أهل الشورى ؟

يرى بعض المفكرين الذين يصدوا ، للكتابة في موضوع الشورى و أهل الشورى ، إن القران الكريم قد حدد من تجب مشاورتهم بأولى الأمر عملا بقوله تعالى :" يا أيها الذين أمنوا أطيعوا الله و أطعوا الرسول و أولى الأمر منكم ، فان تنازعتم في شيء فردوه إلى الله و الرسول إن كنتم تؤمنون بالله و اليوم الآخر ، ذلك خير و احسن تأويلا " (النساء 59).

و يقول الله تعالى : " و إذا جاءهم أمر من الأمن أو الخوف إذا عوابه و لو ردوه إلى الرسول و إلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم " .

و المقصود من أولى الأمر من الأمة " هم أصحاب الرأي و قادة الفكر من كل جانب من جوانب الحياة ، و أهل الاختصاص و التخصص و النظر العميق و البحث الدقيق في سائر مصالح الأمة و شؤونها المختلفة : شؤون

السياسة الداخلية و الخارجية و شؤون الحرب و السلام و شؤون المال و الاقتصاد ، و شؤون القضاء و فصل الخصومات و شؤون الدين و الإسلام و غير هذا كثير . ففي كل أمر من هذه الأمور رجال عرفوا بنضج الرأي و عمق التفكير و قوة البحث و حسن الإنتاج ، تعرفهم الأمة بآثارهم و إنتاجهم العلمي و الفكري ، و يمنحهم الرأي العام ثقته و تقديره . و مجموع هؤلاء الرجال الأعلام الأفذاذ هم أولوا الأمر من الأمة وهم وسيلتها و عمادها في سياسية أمورها و تدبير شؤونها .[17]

هذا الرأي يضيق من نطاق الشورى إذ يجعلها مقصورة على مجموعة قليلة من الناس . وهو أمر لا يمكن التسليم به . فالإسلام عندما جعل " أمرهم شورى بينهم " لم يرد أن يجعل أمر الأمة شورى بين قلة من أبنائها ، حتى و إن كانوا اكثر الناس تخصصا و ثقافة في مجال علمهم .

لقد خلط هذا الرأي أيضا بين "الفتيا" و " الشورى " و بين " التخصص الفني " و " المشاركة السياسية " في تدبير أمر الجماعة .فأهل الاختصاص و التخصص و النظر العميق و البحث الدقيق ، في جانب معين من جوانب الحياة يصلحون بغير شك للفتيا في الشؤون المتصلة بمهنتهم و لكن إذا تعلق الأمر بالمشاركة في تدبير أمر بالمشاركة في تدبير أمر الجماعة فان الشورى لا يجب أن تقتصر على هؤلاء وحدهم بل تمتد لتشمل سائر المواطنين في الدولة بلا استثناء .

فأولي الأمر حسب الآيتين المتقدمتين المتعلقتين بالشورى هم الأمراء و الحكام كيفما كان شانهم.

ثانيا : مجال أمور الشورى

جعل الإسلام الحنيف الشورى أصلا عاما لشؤون الحكم في دولة الخلافة الراشدة ، كما لم يجعلها قاصرة على فئة بذاتها من أبناء الأمة و لا على مجال دون آخر .

ولكن ما هي الأمور التي تعرض على الشورى ، هل هي الأمور الدينية والدنيوية ، أم الأخيرة وحدها ؟

المسالة خلافية بين فقهاء الشريعة ، و حل الخلاف يكون بوضع الأشياء في وضعها الصحيح .

فأما الأمور الدينية المحضة فهي التي تتصل بصميم العقيدة و العبادات كالصلاة و الصيام و الزكاة و الحج ، و بوجه عام الأحكام الشرعية التي تقضي بان يكون الشيء واجبا أو مندوبا أو محرما أو مكروها أو مباحا .

هذه الأمور الدينية ما كان الرسول - صلى الله عليه و سلم - يستشير فيها أحدا ، فهو وحده الذي يبينها و يوضحها للناس مبلغا إياهم قران ربه و شارحا لهم آياته و مفصلا لهم أحكامه .فهذه الأمور لا يمكن أن تقرر بالمشاورة بين الناس و إلا لكان الدين من صنع البشر .

فالإسلام المعجز بلفظه و معناه ينبغي أن تكون أحكامه الأساسية كلها من عند الله . و لقد قال الرسول صلى الله عليه و سلم في ذلك ": ما كان من أمر دينهم فهو لي ، و ما كان من أمر دنياهم فانتم اعلم به مني "[18] .

أما إذا اتصل الأمر بالشؤون الدنيوية ، فان الإسلام قد جعل الشورى مبدأ عاما لكل شؤون المسلمين ، و لم يقصرها على مجال دون آخر سواء كانت

هذه الشورى عامة تتجه إلى المواطنين جميعا، أو خاصة تتجه إلى المجتهدين و أهل الفتيا وحدهم ليقدموا للامة استشارة فنية بحكم تخصصهم العلمي سواء في العلوم الشرعية أو في أي فرع أخر من فروع المعرفة .

المبحث الثالث: صور الديموقراطية :

يتفق الفقه الدستوري على أن الديموقراطية تأخذ صورا ثلاثة هي :

الديموقراطية المباشرة و الديموقراطية غير المباشرة أو النيابية ، و شبه المباشرة .

فيما يلي عرض ما أوجز ناه بشيء من التفصيل على النحو الآتي :

01/ الديمقراطية المباشرة :

ساد هذا النوع من الديموقراطية في اليونان ، حيث كان المواطنون يجتمعون في جمعية شعبية لاتخاذ القرارات المتعلقة بسن القوانين و تنفيذها ، و الحسم في القضايا على هذا الأساس ، إذ ينفرد الشعب في الديموقراطية المباشرة بممارسة السلطة السياسية للدولة دون نيابة ، حيث يتولى بنفسه السلطات الثلاث : التشريعية و التنفيذية و القضائية .

ووصف روسو الديموقراطية المباشرة على أنها المثل الأعلى للمبدأ الديموقراطي و النتيجة المنطقية لسيادة الأمة [19]

ولم يعد لهذه الديموقراطية وجود فعلي في الوقت الحاضر إلا في بعض المقاطعات السويسرية الثلاث و هي : ابنزل (APPENZELLE) و كلاريس (GLARIS) ، و انترولد (UNTERWALD)

02/ الديموقراطية غير المباشرة او النيابية :

يعد هذا النموذج من الديموقراطية ، نظاما تسند فيه السلطة السياسية لنواب الشعب ، و تقوم الديموقراطية النيابية على برلمان منتخب لمدة معينة يباشر فيها سلطة فعلية حقيقية في شؤون الحكم .

و يمثل عضو البرلمان في هذا النوع من الديموقراطية ، الأمة جمعاء لا الولاية أو الدائرة التي انتخبته ، و على هذا الأساس نصت المادة السادسة من الدستور الفرنسي بان ، " النائب الأمة بكاملها لا الدائرة التي انتخبته " ، و عليه فإذا حدث أن انسلخ إقليم هذه الدائرة التي انتخبته بسبب حرب يستمر النائب محتفظا بصفته النيابية عن الأمة .

و يقتضي المبدأ الديموقراطي في الديموقراطية النيابية استقلال النائب عن البرلمان و لا يخضع النائب إلا لسلطات ضميره في ممارسة السلطة ، و عليه فلا يكفي عنصر الانتخاب لاخفاء الصفة النيابية على المجالس المنتخبة التي تعد مجرد مجالس استشارية لا وزن لها في شؤون الحكم .

03/ الديموقراطية شبه المباشرة :

أخذت الديموقراطية شبه المباشرة تنتشر في العديد من بلدان العالم منذ الحرب العالمية الأولى ، و على وجه الخصوص في سويسرا و الولايات المتحدة الأمريكية ،

فما المقصود بالديموقراطية شبه المباشرة ،و ما هي أهم مظاهرها ؟.

يقصد بالديموقراطية شبه المباشرة ، نظام الحكم الذي تكمن

فيه السلطة في يد النواب و الشعب معا ، إذ يقوم الشعب بإختيار ممثليه لممارسة الجزء من السلطة و يحتفظ لنفسه بحق ممارسة الجزء الآخر منها

و يكون للناخبين في هذا النوع من الديموقراطية وسائل قانونية مختلفة يشاركون بها في شؤون الحكم و هي على سبيل الإيجاز: الأستفاء الشعبي ، الاقتراع الشعبي ، الاعتراض الشعبي و الحل الشعبي [20]

و الأخذ بالنظام الديموقراطي شبه المباشر في أي بلد من بلدان العالم يتوقف على جملة من العوامل السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية، فنجاح هذا النظام في سويسرا و الولايات المتحدة لا يعني حتما نجاحه في بلد آخر ، إذ أن تطبيقه يتطلب قدرا كافيا من العلم و الثقافة السياسية لدى الناخبين [21] .

و سنتعرض لهذا العنصر بشيء من التفصيل في موضعه .

و من مظاهر الديموقراطية شبه المباشرة المعمول بها في النظام السياسي الجزائري : الاستفتاء الدستوري ، إذ ينص الدستور الجزائري الحالي (1996) في المادة : 174 على ما يلي :

لرئيس الجمهورية حق المبادرة بالتعديل الدستوري ، و بعد أن يصوت عليه المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة بنفس الصيغة حسب الشروط نفسها التي تطبق على نص تشريعي ، يعرض التعديل على استفتاء الشعب خلال الخمسين (50) يوما الموالية لاقراره.

يصدر رئيس الجمهورية التعديل الدستوري الذي صادق عليه الشعب .

الخلاصة

إذا كان الشعب في الديموقراطية المباشرة يتولى ممارسة السلطة بنفسه ، و بواسطة نوابه في الديموقراطية النيابية ، فإنه يتقاسم السلطة مع النواب في الديموقراطية شبه المباشرة.

و إذا عدنا إلى الإسلام الحنيف ، نجده يأخذ بمبدأ الشورى كفريضة شرعية واجبة و عنصر من عناصر الشخصية الإيمانية الحقة كما يقول الإمام الأكبر محمود شلتوت[22] .

ولكن الإسلام لم يحدد أسلوبا معينا للشورى فأكتفت الآية السابقة بوضع المبدأ العام ، ولم يثبت النبي صلى الله عليه و سلم قد حدد الجزئيات و التفصيلات الخاصة بهذا المبدأ . فلم يرو عنه أنه بين كيف تكون الشورى ، **و كيف يكون نظامها ؟ .**

و لقد كان ذلك أمرا طبيعيا يتفق و عبقرية هذا الدين القيم ، الذي أراده الله أن يكون خاتم الرسالات السماوية ، يحكم البشر جميعا.

فالإسلام دين صالح لكل زمان و مكان ، و من هنا فإنه من مبادئه التشريعية مراعاة ما تقتضيه اختلاف البيئات ، و تباين الأزمنة ، من اختلاف و تباين في القواعد التي تحكم هذا المجال أو ذاك متن مجالات الحياة البشرية ، فجاء عاما في مبادئه و مرنا في فروعه . ففي مجال العبادات مثلا جاءت الأحكام فيه – من القران الكريم و السنة المطهرة – على درجة عالية من التفصيل ، أما في المجالات الأخرى حيث يتصور أن تختلف أوضاع الحياة باختلاف البيئات و الأزمنة فقد اقتصرت الأحكام المنظمة لها على وضع المبادئ العامة و القواعد الأساسية تاركة التفصيلات لكل أمة تضعها بما

يلائم ظروفها – حتى تكون كل أمة – على امتداد الزمان كله – في سعة من أمرها تشرع و تفرع دون أن تحس بقدر من الضيق أو شيء من الحرج . و هذا هو شأن الأحكام الدستورية.

و مبدأ الشورى أو الديموقراطية السياسية من المبادئ التي يختلف أسلوب تطبيقها من بدل إلى بلد و من عصر إلى عصر.

فلا يعقل أن تكون الشورى – في شبه الجزيرة العربية – و رسول الله صلى الله عليه و سلم بين ظهرانيهم كالشورى بعد إ نتقاله إلى الرفيق الأعلى و انقطاع الوحي.

المبحث الرابع

شروط تطبيق الديموقراطية :

يتوقف نجاح تطبيق النظام الديموقراطي في الحياة السياسية على عدة عناصر أساسية هي : الحرية ، التعددية السياسية ، الثقافة الشعبية، و أخيرا عدم احتكار وسائل الإعلام.

و فيما يلي شرح ما أوجز ناه بشيء من التفصيل

أولا : الحريـــة

الحرية فطرة فطر الله الناس عليها ، و هي حق طبيعي للإنسان و الإطار الوحيد لخلق البيئة الخصبة للعمل الديموقراطي .هذه الضرورة الإنسانية الواجبة التي استعذب العذاب في سبيلها المصلحون الأحرار.

و بقدر ما تصون الحكومات هذا الحق ، من اللعب به ، بقدر ما يكون لها من منزلة في نفوس الشعب .

و لا تناقض بين السلطة و الحرية ، بل لا بد من تدخل الدولة لخلق الظروف و البيئة الملائمة لازدهار الحرية و الارتقاء بها إلى مرتبة الضرورات الإنسانية الواجبة .فحرية الفكر و حرية القول و حرية الاجتماع و غيرها مما يماثلها من الحريات العامة هي قوام الحياة الديموقراطية .

فبدون المعرفة الصحيحة للأنباء الهامة ، و بدون تدبرها و مناقشتها لا يمكن أن نصل إلى رأي سليم في القضايا الهامة و المساهمة في شؤون الوطن و الرقي بالمواطن.

يرى جورج فدل ،أن الإيديولوجية الكامنة في أساس الديموقراطية واحدة هي الحرية ، و النظام الديموقراطي مهما كان نوعه ليبراليا أو ماركسيا هو نظام يهمه تحقيق الحرية ، إلا أن الحرية في حد ذاتها مفهوم مركب و معقد ، فعلى الصعيد الفردي تتلخص الحرية في القدرة المتاحة لكل فرد في أن يحدد سلوكه و طريقه بنفسه دون أن تتدخل في ذلك الضغوط الخارجية ، و على الصعيد الجماعي و الاجتماعي ، يعتبر المجتمع السياسي حرا إذ تولى مجموع أعضاء الجماعة تحديد تصرفاتهم الجماعية و تشمل الحرية عند العميد فدل مفاهيم ثلاثة هي : الحرية الفردية و الحرية السياسية الاستقلال الوطني .

فالحرية كما يقول الدكتور محمد عمارة / فريضة شرعية و ليست مجرد حق من الحقوق و هي مناط التكليف في أمور الدين و شؤون الدنيا على السواء [23] .ذلك هو مبلغ الحرية و مكانتها في الإسلام ، فهي واجبة لتحقيق و صيانة الحياة ، التي هي واجبة ، بل مقدسة فما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

ثانيا: التعددية السياسية :

تعد الأحزاب السياسية ظاهرة من ظواهر التنظيم السياسي المعاصر ، و كان استروجرسكي أول من أفتتح البحث المنهجي للأحزاب في دراسة له نشرها عام 1902 ، و ضمنها تحليلا قيما للأحزاب في الولايات المتحدة .

و قد تساءل البعض ما علاقة الديموقراطية بالأحزاب السياسية ؟

هل يمكن أن نتصور نظاما ديموقراطيا دون تعددية سياسية ؟

يرى جانب من العلماء الغربيين أن الأحزاب شرط من شروط الديموقراطية و لا وجود للديموقراطية بدون أحزاب سياسية ، و هذا ما أكده العلامة الألماني : كلسن بقوله :" إنه من الوهم أو النفاق القول بأن الديموقراطية يمكن أن توجد بدون الأحزاب ،ذلك أنه مما لا يحتاج إلى بيان أن الفرد و هو منفرد لا يكون له أي نفوذ حقيقي في تكوين الإرادة العامة ، فالديموقراطية هي دولة الأحزاب " .

وذهب البعض الأخر من المفكرين السياسيين إلى نفي العلاقة بين الديموقراطية و الأحزاب السياسية و منهم العلامة الفرنسي موريس دوفرجيه حيث قال :" إن القول بأنه لا يمكن تكوين رأي و القيام باختبار حقيقي في الانتخابات و قيام حكومة تعبر عن ذلك كله بدون أحزاب سياسية يتناقض مع التطور المعاصر للأحزاب السياسية و الذي يتجه إلى سيطرة أقلية على هذه الأحزاب مما يتنافى مع حقيقة الديموقراطية ، و بذلك يحدث التناقض بين الديموقراطية و الأحزاب السياسية " .

واضح من هذا الاختلاف الاجتهادي ، أن رأي موريس دوفرجيه على

النحو المذكور لا يستند إلى أساس لكونه مأخوذ من أفكار جان جاك روسو المعروضة في كتابه " العقد الاجتماعي" وخلاصتها:

" أن الديموقراطية المطلقة لا تستقيم إلا في مجتمع لا حربي " .

و الرأي الراجح أن الأحزاب السياسية ركن من أركان الديموقراطية و أداة الرأي العام ، و حقيقة اجتماعية و تنظيم سياسي مسلم به في كل الديموقراطيات المعاصرة ذات الاتجاهات المختلفة .

فما موقف الإسلام من قضية التعددية السياسية أو المعارضة المنظمة ؟

المسألة خلافية في نظر علماء الشريعة الإسلامية ، إذ ذهب البعض منهم إلى القول بعدم مشروعية التعددية الحزبية في الإسلام ، بينما يرى البعض الآخر بأنها ضرورة إنسانية واجبة ليس فيها ما يخالف أحكام الإسلام أو نصوصه القطعية .

و استند القائلون بتحريم التعددية الحزبية في الفكر السياسي الإسلامي إلى حجتين هما :

الحجة الأولى:أن الإسلام لا يعرف الحزبية، وهي حجة تفتقر إلى سند ،إذ لا دلالة في العدم. لأن عدم معرفة الإسلام لظاهرة التعددية الحزبية تعني أحد الأمرين: إما عدم ورود نص مقرر لها في أصول الإسلام و إما أن المسلمين لم يمارسوها في تاريخهم.

فإذا كان المقصود هو المعنى الأول، فإن سكوت النصوص هنا يعني الجواز لا الحظر، لأن مسألة التعددية السياسية ليست من الأمور التي لا يستقل العقل بإدراكها (كالعبادات) حتى يفسر سكوت النصوص على أنه دليل على

رسوله فيصدق بشأنها وصف الله تعالى للضالين بأنهم " حزب الشيطان".

و في رائي ، إن وجود الأحزاب السياسية في المجتمعات الإسلامية ضرورة شرعية لتقدمها ، و لحرية الرأي فيها ، و لضمان عدم استبداد الحكام بالمحكومين ، و هو استبداد واقع في جل هذه المجتمعات أوكلها.

03-الثقافة الشعبية "العلم"

إذا كان لا بد من مهارات سياسية لكل من يضطلع إلى ممارسة السلطة السياسية ، فمن البديهي أن يتوافر الحد الأدنى من المعرفة العلمية أو الثقافة المدنية لدى الناخبين، لأن العلم هو الذي يقدم لنا الحقائق التي تمكننا من اختيار البرامج الصالحة، و انتقاء الرجال الأكفاء الجديرين بتجسيد طموحات الجماهير ميدانيا.

و قد أمرنا الله عز وجل في القران الكريم بالقراءة ،حيث بدأ في " سورة العلق " بلفظ اقرأ ، دليل على حكمة بالغة الأهمية تهدف إلى حث الناس على التعلم و التثقيف و الاستنارة ، فالقراءة تفتح أمام الجاهل صفحات جديدة للحياة الكريمة و تأخذ بيده إلى الحقائق بل تصل به إلى جوهر القيم و تضعه على المسار الصحيح .

إن الديموقراطية في حاجة ماسة إلى العلم و المعرفة العليا التي لا تتوافر لدى معظم الناس ، وذلك بسبب انتشار الأمية ، و تدني المستوى الثقافي و سيادة الثقافة التجارية و غياب الإبداع و تخلي المثقفين عن دورهم الرئيسي في توعية الشعب و تهيئته لمواجهة أشكال القهر و الطغيان التي تمارس ضده من قبل الحكام .

و قد استغلت بعض الأنظمة العربية هذا التخلف الثقافي فهمشت

الجماهير الشعبية سياسيا و منعتها من مناقشة المسائل السياسية الهامة و إبداء الرأي فيها.

إن العلم هو الذي يقدم لنا الحقائق الأساسية للتطبيق السليم للديموقراطية الحقة .

04/ عدم احتكار وسائل الإعلام :

إن أشد خطر تتعرض له الديموقراطية في الوقت الحاضر هو احتكار وسائل الإعلام أو السيطرة عليها من قبل السلطة الحاكمة [31]

و نعني بذلك عدم تركيز التوجيه الإعلامي في أيدي الأقلية سواء كانت هذه الأقلية فردا أو هيئة أو حزبا ،ذلك أن وسائل الإعلام أو " السلطة الرابعة " تعد سلاحا سياسيا قويا إلى جانب أجهزة الشرطة والمخابرات و السجون التي تشكل في جملتها القاعدة الأساسية التي تستند إليها السلطة السياسية في إقامة حكمها.

و نظرا لما لوسائل الإعلام و الاتصال من دور فعال في توجيه الرأي العام، ينبغي على السلطة الحاكمة أن تتيح لكافة القوى الحية في البلاد استعمال وسائل التعبير من إذاعة و تلفزيون و صحف ، و غيرها حتى لا تلجأ هذه القوى إلى استعمال وسائل أخرى غير قانونية .

و لكن كثيرا، ما تعمد بعض الحكومات و لا سيما في دول العالم الثالث إلى استخدام هذه الوسائل لغرض الموافقة على فلسفتها في الحكم و مقاومة أي انتقاد لها . فمثل هذا السلوك غير ديموقراطي ، قد تنجر عنه صراعات حادة يصعب ضبطها و التحكم في نتائجها .

الهوامش:

01 / مقاصد الشريعة الإسلامية ، محمد الطاهر بن عاشور ، الطبعة الأولى 1978 تونس ص 51 و ما بعدها .

02/ المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ، يوسف حامد العالم ، الطبعة الثالثة 1997 القاهرة ص80و مابعدها .

03/ مقاصد الشريعة ، محمد أنيس عبادة ، دار الطباعة المحمدية سنة 1966ص 9 و مابعدها.

04/ خصائص الشريعة الإسلامية ، عمر سليمان الأشقر ، البليدة – الجزائر بدون تاريخ النشر ص 35 و ما بعدها ..

05/ الإسلام نظام إنساني مصطفى الرافعي ، منشورات دار مكتبة الحياة بيروت الطبعة الأولى بدون تاريخ النشر ص 75 و ما بعدها .

06/ الإسلام و حقوق الإنسان، محمد عمارة ، سلسلة عالم المعرفة ، الكويت 1985 ص 31و ما بعدها

07/ قواعد نظام الحكم في الإسلام ، محمد الخالدي جامعة اليرموك الطبعة الأولى 1991 ، مؤسسة الإسراء قسنطينة الجزائر ص141.

08/ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، و موفق التشريع الإسلامي منه سيد محمد أحمد باناجة الطبعة الأولى 1985 بيروت ص 15 و ما بعدها.

09/ عناصر القوة في الإسلام – السيد سابق – دار الكتاب العربي بيروت الطبعة الثانية 1978 ص 177/ 178.

10/ حوار حول مشكلات حضارية – سعيد رمضان البوطبي – الطبعة الثالثة 1990 الجزائر 127 /128 .

11/ محمود الخالدي المرجع السابق ص 143- 149

12/ الخصائص العامة للإسلام – يوسف القرضاوي – دار الشهاب للطباعة و النشر الجزائر 1977 ص 114 و ما بعدها.

13/ قواعد نظام الحكم في الإسلام، المرجع السابق ص148.

14/ تفسير القرطبي الجزء الرابع ص 252.

15/ محمود الخالدي، المرجع السابق ص 152.

16/ ابن القيم الجوزية، اعلام الموقعين 375/4.

17/ الإسلام عقيدة و شريعة ، محمود شلتوت ص 460 و ما بعدها

18/ مكونات الواقع العربي الراهن، و أزمة ممارسة الديموقراطية، أحمد الأصفر اللحام ، المستقبل العربي ، العدد 1995/198 بيروت ص 5-6

19/ النظريات و النظم السياسية ، محمد عبد المعز نصر ، دار النهضة العربية بيروت 1981ص164.

20/ القانون الدستوري و المؤسسات السياسية ، الجزء الأول ، اندريه هوريو طبعة أولى بيروت 1974، ص 319 و ما بعدها .

21/ محمود شلتوت ، المرجع السابق ، ص 455 و ما بعدها

22/ محمد عمارة، المرجع السابق ص 30.

23/ التعددية السياسية من منظور إسلامي، محمد سليم العوا ، مجلة المستقبل العربي ، العدد الثاني – الجزائر 1991 ،ص 73 و ما بعدها

24/ سورة المؤمنين الآية : 53

25/ سورة مريم الآية : 37

26/ سورة غافر الآية : 05

27/ سورة الأنعام الآية : 159

28/ سورة المائدة الآية : 56

29/ سورة المجادلة الآية :22

30/ الإسلام و الأحزاب السياسية ، صفي عبد الرحمان ، القاهرة 1987 ص 93/22.