

المركز الديمقراطي العربي: برلين - ألمانيا

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي



R N/VIR. 336 - 451.B

المركز الديمقراطي العربي

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي



INTERNATIONAL JOURNAL OF LEGAL INTERPRETATIVE JUDGEMENT

R N/VIR. 336 - 451.B



DEMOCRATIC ARABIC CENTER

Germany: Berlin 10315 Gensinger- Str: 112

<http://democraticac.de>

TEL: 0049-CODE

030-89005468/030- 89899419/030-57348845

MOBILTELEFON: 0049174278717

الهيئة المشرفة على المجلة

رئيس المركز الديمقراطي العربي:

أ. عمار شرعان

رئيس التحرير:

د. سهيل الأحمد - عميد كلية الحقوق - جامعة فلسطين الأهلية - فلسطين

نائب رئيس التحرير:

أ. محمد كميل ، أستاذ القانون الجنائي، جامعة فلسطين الأهلية ، فلسطين.

رئيس اللجنة العلمية:

د. ربيعة تمار – المركز الديمقراطي العربي

نائب رئيس التحرير التنفيذي:

أ. كريم عايش – المركز الديمقراطي العربي – ألمانيا – برلين

البريد الإلكتروني للمجلة:

judgement@democraticac.de

registration number

RN/VIR. 336 - 451.B

ISSN 2748-5056

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي

International Journal of Legal
Interpretative Judgement

دورية علمية دولية محكمة

Nationales ISSN-Zentrum für Deutschland

ISSN 2748-5056

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي

International Journal of Legal Interpretative Judgement

مجلة علمية دولية محكمة تصدر عن المركز الديمقراطي العربي- برلين، تعد المجلة بمثابة مرجع علمي للباحثين والمتخصصين لنشر بحوثهم المحكمة في مختلف الشؤون الفقهية والقضائية وسلك القضاء، سواء أكان ذلك في مجال القانون والفقه والقضاء خاصة الاجتهاد القضائي وإجراءات التقاضي، وطرق الإثبات، بالإضافة إلى الفروع القانونية والفقهية المرتبطة بذلك، كعلوم الشريعة والقانون، والسياسة الشرعية والقضائية والأنظمة الدستورية وغير ذلك.

تصدر بشكل دوري ولها هيئة علمية دولية فاعلة تشرف على عملها وتشمل مجموعة كبيرة لأفضل الأكاديميين من عدة دول، حيث تشرف على تحكيم الأبحاث الواردة إلى المجلة. وتستند المجلة إلى ميثاق أخلاقي لقواعد النشر فيها، وإلى لائحة داخلية تنظّم عمل التحكيم، كما تعتمد "المجلة الدولية للاجتهاد القضائي" في انتقاء محتويات أعدادها المواصفات الشكلية والموضوعية للمجلات الدولية المحكمة.



المركز الديمقراطي العربي

لدراسات الاستراتيجية، الاقتصادية والسياسية

Democratic Arabic Center
for Strategic, Political & Economic Studies

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي

International Journal of Legal
Interpretative Judgement

أعضاء اللجنة العلمية:

- أ.د نافع الحسن – أستاذ القانون الدولي- جامعة فلسطين الأهلية. فلسطين
- أ.د ماهر خضير- عضو المحكمة العليا الشرعية- ديوان قاضي القضاة.- فلسطين
- أ.د جمال الكيلاني، أستاذ الفقه والتشريع، عميد كلية الشريعة، جامعة النجاح. فلسطين
- أ.د عودة عبد الله- أستاذ التفسير- جامعة النجاح الوطنية- فلسطين
- د. علي أبو مارية، أستاذ القانون الخاص- عميد البحث العلمي والدراسات العليا، جامعة فلسطين الأهلية. فلسطين
- د. محمد صعبانة، أستاذ القانون الخاص، عميد شؤون الطلبة، جامعة فلسطين الأهلية. فلسطين.
- د. غانم عبد دهش، استاذ مساعد، كلية القانون، جامعة القادسية، العراق.
- د. سلام سميرة، محاضر _ أ، تخصص قانون دولي انساني، جامعة عباس لغرور خنشلة، الجزائر.
- د. ميثم منفي كاظم العميدي، أستاذ مساعد، كلية الحقوق، جامعة الكاظم، العراق.
- د. محمد جمعة، قاضي إستئناف بمجلس الدولة، مصر.
- د.ميسون طه حسين، استاذ مساعد، كلية القانون، جامعته الكاظم، العراق.
- د.يعيش تمام شوقي، رئيس تحرير مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، لجزائر.
- د يوسف سعدون محمد، تخصص قانون مدني وإجراءات قضائية، كلية أقسام ميسان، ، العراق
- د. معداوي نجية، أستاذة مشاركة، كلية الحقوق جامعة البليدة، الجزائر
- د. حكمت عمارنة، أستاذ القانون الجنائي، الجامعة العربية الأمريكية ،فلسطين.
- د. غسان عليان، أستاذ القانون الجنائي، الجامعة العربية الأمريكية ،فلسطين.
- د. علاء السرطاوي، أستاذ الفقه وأصوله، جامعة فلسطين الأهلية. فلسطين.
- د. محمود سلامة، أستاذ القانون الخاص، الجامعة العربية الأمريكية ،فلسطين.

- د.نضال العوادة، دكتوراه في العلوم الجنائية – النيابة العامة الفلسطينية،
- د. أسامة دراج – كلية القانون – جامعة الاستقلال، فلسطين.
- د. مهند استيتي – عميد كلية الشريعة – جامعة الخليل.
- أ. د حسين الترتوري، جامعة الخليل. فلسطين.
- د. جمال أبو سالم – رئيس قسم الفقه – جامعة القدس .
- د. أنس أبو العون- كلية الحقوق- الجامعة العربية الأمريكية.
- د.خير الدين طالب- كلية الحقوق- الجامعة العربية الأمريكية.
- د. حمزة إسماعيل، كلية الحقوق – الجامعة العربية الأمريكية.
- د. سامية عبد اللاوي، أستاذ محاضر، القانون الدستوري، ، جامعة عباس لغرور خنثلة.
- د علي مراد ، أستاذ مساعد ، قانون، علاقات دولية، جامعة بيروت العربية.
- د. عبد اللطيف ربايعة، أستاذ مشارك في القانون الجنائي، جامعة الاستقلال، فلسطين.
- د. محمد بدوسي، أستاذ مساعد في القانون الجنائي، جامعة الاستقلال، فلسطين.

الكلمة الافتتاحية

د. سهيل الأحمد

رئيس التحرير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه بإحسان إلى يوم الدين وبعد؛ فإنه يسعد فريق المجلة الدولية للاجتهاد القضائي أن يضع بني أيدي قرائها الأفاضل العدد الخامس، آذار - مارس 2022، المجلد 2 حيث تضمن العدد مجموعة مميزة من المقالات التي تم انتقاؤها بدقة من ضمن العديد من المقالات الواردة لهيئة التحرير، إذ تعتمد المجلة الدولية للاجتهاد القضائي في انتقائها على المعايير العلمية المتبعة والمعمول بها في الدراسات الأكاديمية المعروفة، وقد اشتمل هذا العدد على مجموعة من الدراسات والأبحاث العلمية المتعددة في بابها القانوني والشرعي والاجتهادي،

فهرس العدد

الصفحة	المحتويات
7	الكلمة الافتتاحية
10	مقاصد المعاملات المالية المتعلقة بالملك والتكسب The purposes of financial transactions related to ownership and profit د.محمد مطلق محمد عساف-أستاذ مشارك في الفقه وأصوله - رئيس قسم الاقتصاد والتمويل الإسلامي في كلية الدعوة وأصول الدين- منسق برنامج دكتوراه الفقه وأصوله، جامعة القدس، فلسطين- ط.د: ناصر عبد القادر محمد التميمي- برنامج دكتوراه الفقه وأصوله / جامعة القدس / فلسطين
28	التدليس في عقد الزواج الالكتروني - دراسة فقهية قانونية م.م زينب رزاق حسين / م.د رجاء حسين عبد الأمير - قسم القانون، كلية الحلة الجامعة، بابل، العراق
42	آياتُ قِيَامِ اللَّيْلِ دِرَاسَةٌ دَلَالِيَّةٌ تَرْبَوِيَّةٌ The verses of Qiyaam al-Layl are an educational semantic study ط.د:عبد الوهاب حنايشة، باحث في الدراسات القرآنية، / د. محسن سميح الخالدي، قسم أصول الدين، جامعة النجاح الوطنية: نابلس، فلسطين
65	مبادئ وطرق إبرام الصفقات العمومية Principles and methods of concluding public deals امراني علوي حافظ باحث في القانون الخاص وخريج الكلية المتعددة التخصصات بالرشيدية، المغرب
78	مقاصد الأوقاف الواردة في سجلات محكمة القدس الشرعية في القرن الحادي عشر الهجري. Waqf objectives as documented in records of the Jerusalem sharia court in the 11th century hijree

	<p>ط.د: رياض منير أمين خويص- برنامج الفقه وأصوله، المشترك بين جامعات القدس والنجاح والخليل/ فلسطين</p> <p>أ.د عروة عكرمة سعيد صبري - عميد كليتي الدعوة وأصول الدين والقرآن والدراسات الإسلامية / جامعة القدس،، فلسطين</p>
98	<p>التوجيهات الاجتماعية المتعلقة بقضية الطلاق في تفسير المنار</p> <p>Social directives related to the issue of divorce in the tafsir of Al-Manar</p> <p>أ.د. عودة عبد عودة عبد الله- / ط.د: محمد دهامشة – جامعة النجاح الوطنية – فلسطين</p>
121	<p>الحماية القانونية لمواكبة التكنولوجيا والتحول الرقمي "</p> <p>Legal protection to keep pace with technology and digital transformation preparation</p> <p>د. باهر محمد عبد الرحمن دكتوراه في القانون العام - كلية الحقوق - جامعة أسيوط – مصر-</p>
137	<p>الحماية الدولية للنساء المدنيات في المناطق المحررة في القانون الدولي الإنساني</p> <p>International protection for civilian women in the liberated areas In international humanitarian law</p> <p>المدرس المساعد: عمر عباس خضير العبيدي- وزارة التربية العراقية/ العراق</p>
155	<p>حرية سفر الحاضنة بالمحضون بين النص والعمل القضائي</p> <p>The freedom of travel of the incubator with the child between the text and the judicial work</p> <p>سرار محمد: طالب دكتوراه.. جامعة محمد الأول، المغرب.</p>
170	<p>الطعن في حكم التحكيم -التشريع الفلسطيني نموذجاً-</p> <p>Appealing an arbitral award Palestinian Legislation as a Model-</p> <p>باسل عيايدة، Bassel Ayayda محامٍ متدرب لدى نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين. طالب دكتوراه، جامعة الحسن الثاني-، المغرب</p>
188	<p>مسالك استخلاص مقاصد الشريعة</p>

	<p>Methods of Extracting the Objectives of Islamic Law (Sharia)</p> <p>د.أحمد خالد شوباش - مفتي محافظة نابلس- دار الإفتاء الفلسطينية- فلسطين</p>
211	<p>شرط المصلحة في الدفع بعدم الدستورية طبقا للتشريع الجزائري</p> <p>The requirement of interest in the defence of constitutionality in accordance with Algerian legislation.</p> <p>ط.د: نورة بلال، طالبة دكتوراه - تخصص قانون دستوري جامعة باتنة-1- الجزائر.</p>
225	<p>قضاء الديون كحق من الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي والقانون</p> <p>Paying off debts as a right related to inheritance in Islamic jurisprudence and law</p> <p>د. علاء الدين محمد مصلح - رئيس قسم الدراسات الإسلامية - جامعة فلسطين الأهلية- فلسطين</p> <p>د. سهيل الأحمد- عميد كلية الحقوق- جامعة فلسطين الأهلية- فلسطين</p>
236	<p>أثر الجائحة في عقدي البيع والإجارة</p> <p>The impact of the pandemic on the sale and lease contracts</p> <p>ط.د: عبد الله جرادات- طالب دكتوراه- جامعة إسطنبول صباح الدين زعيم - تركيا</p>
249	<p>« طرد الأجانب في الجزائريين الأحكام التشريعية والممارسات ذات الصلة »</p> <p>« Expulsion of foreigners in Algeria, between normative provisions and relevant practices »</p> <p>د. لطوف زياد أستاذ محاضر ب، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد بن أحمد وهران 2، الجزائر</p>

مقاصد المعاملات المالية المتعلقة بالملك والتكسب

The purposes of financial transactions related to ownership and profit

د.محمد مطلق محمد عساف-أستاذ مشارك في الفقه وأصوله - رئيس قسم الاقتصاد والتمويل الإسلامي في كلية الدعوة وأصول الدين- منسق برنامج دكتوراه الفقه وأصوله / جامعة القدس / فلسطين

البريد الإلكتروني: m.assaf@staff.alquds.edu

- ط.د: ناصر عبد القادر محمد التميمي- برنامج دكتوراه الفقه وأصوله / جامعة القدس / فلسطين

البريد الإلكتروني: tamimnaser@yahoo.com

ملخص:

يهدف البحث إلى بيان العلاقة بين مقاصد الشريعة والعقود المالية الإسلامية المعاصرة، وبيان أثر هذه المقاصد في الحكم على هذه المسائل، وضرورة تطبيق علم مقاصد الشريعة في مستجدات المعاملات المالية المعاصرة؛ إذ يعد علم المقاصد من الأركان الهامة في الوصول إلى الحكم الشرعي. وقد اتبع البحث المنهجين الوصفي والتحليلي. ومن أهم النتائج التي توصل إليها البحث: بيان أهمية المقاصد في المسائل المستجدة؛ فهي ليست أمرًا مكملًا ولا ثانويًا. ولذلك لا بد من تفعيل البعد المقاصدي في النظر إلى الأحكام الشرعية؛ إذ إن الشريعة الإسلامية إنما جاءت لتحقيق خيري الدنيا والآخرة للإنسان. كما أن اعتبار المقاصد الشرعية، يضيق شقة الخلاف في المسائل الفقهية الخلافية.

الكلمات المفتاحية: مقاصد الشريعة، المعاملات المالية، الفقه الإسلامي.

ABSTRACT:

The purposes of judging these issues, and the research calls for the necessity of applying the science of the purposes of Sharia in the developments of contemporary financial transactions; The knowledge of the purposes is considered an essential pillar in arriving at the legal ruling. The research followed the descriptive and analytical approaches. Among the most important findings of the research: The search for purposes in emerging issues is neither complementary nor secondary. And that it is necessary to activate the objective dimension in looking at the legal rulings As the Islamic Sharia came to achieve the good of the world and the hereafter for the human being. The consideration of legitimate purposes narrows the gap in contentious issues.

Keywords:The purposes of Sharia, Financial transactions, Islamic jurisprudence.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الأمين، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين، ومن سار على دربه واتبع هداه بإحسانٍ إلى يوم الدين، وبعد:

فإن الأمة اليوم أضحت في ميسس الحاجة إلى من يبين لها شرع الله تعالى في شؤون الحياة كلها؛ حتى تكون على بينةٍ من أمرها، وخاصةً في ظل تطورات الحياة ومستجداتها.

وبما أن الإنسان لا يستطيع العيش معزولاً عن واقعه، فلا بد له من التعامل مع الناس في شتى شؤون الحياة قال تعالى: {أَهُمْ يَقْسِمُونَ رَحْمَتَ رَبِّكَ نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُمْ مَعِيشَتَهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سُلْحِيًّا وَرَحِمْتُ رَبِّكَ خَيْرٌ مِمَّا يَجْمَعُونَ} [الزخرف: 32]، وبما أن الحياة دائمة التطور، ولا بد لهذا التطور أن ينتج صوراً للمعاملات جديدة، وبما أن الشريعة صالحة لكل زمان ومكان، فأضحى من الواجب على أهل العلم والاجتهاد أن يبحثوا عن إجاباتٍ وأحكامٍ ملائمةٍ لهذه المستجدات وفق روح الشريعة ومقاصدها، منسجمةٍ مع نصوصها وقطعياتها، وذلك أن أحاد الناس لا يمكنهم القيام بهذا الواجب؛ فلزم أن يقوم به العلماء؛ لينيروا الطريق، ويُبصِّروا العقول، ويهدوا القلوب إلى العبادة الحقة لله تعالى، وقد جاءت هذه الدراسة في هذا الإطار لبحث أثر المقاصد الشرعية في المعاملات المستجدة في دنيا الناس.

أهمية الدراسة:

تأتي أهمية هذه الدراسة في إظهار أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمانٍ ومكانٍ، وهذه الصلاحية تنطلق من معرفة المقاصد المعتمدة التي أقرتها الشريعة، ثم بناء الأحكام في ضوء هذه المقاصد لكل القضايا المستجدة التي لا نصَّ فيها، كما تأتي أهمية الدراسة لدفع عجلة الدراسات المقاصدية؛ لما لهذه المقاصد الشرعية من أثرٍ في تقريب المجتهد من الصواب.

مشكلة الدراسة:

جاءت هذه الدراسة لبحث العلاقة بين مقاصد المال من جهة والمعاملات المالية من جهةٍ أخرى، ولتجيب عن الأسئلة الآتية:

- 1- ما مدى تأثير المقاصد في الشريعة الإسلامية على عقود المعاملات؟
- 2- ما مدى الحاجة لتفعيل البعد المقاصدي في المعاملات المستجدة للوصول إلى حكمٍ صحيحٍ؟
- 3- كيف تؤثر مقاصد حفظ المال في التشريع الإسلامي على أحكام الملك والتكسب؟

الدراسات السابقة:

تحظى الدراسات المقاصدية- بحمد الله تعالى- في عصرنا باهتمامٍ واسعٍ في شتى المجالات، إذ لم تعد دراسة المقاصد أمرًا ثانويًا، بل أضحت ركنًا أساسيًا في الفقه الإسلامي.

ومن أهم الدراسات التي اطلعت عليها:

1. بحث بعنوان: مقاصد الشريعة المتعلقة بالمال، للدكتور يوسف القرضاوي، وقد فصل فيه مقاصد المال تفصيلاً حسناً، والبحث مقدم لمجلس الإفتاء الأوروبي في دبلن عام 2008م.

2. بحث الدكتور أحمد الريسوني بعنوان اعتبار المقاصد في الفتاوى المالية، نشره المعهد العالمي للفكر الإسلامي عام 2012م.

3. مقاصد المعاملات ومراسد الواقعات، للدكتور عبد الله بن بيه، نشره مركز الموطناً عام 2018م.

منهجية الدراسة وخطتها:

تم استخدام المنهجين الوصفي والتحليلي، كما تم تقسيم الدراسة إلى ثلاثة مباحث وخاتمة على النحو الآتي:

المبحث الأول: ويشتمل على تعريف المقاصد وبيان أهميتها.

والمبحث الثاني: يشتمل على تعريف المال وأهميته، وطرق كسبه وتملكه، وأهم مقاصده في الشريعة الإسلامية.

والمبحث الثالث: يتناول علاقة المقاصد بالمعاملات المالية، وأثر المقاصد في بعض القواعد المتفق عليها في المال.

والمبحث الرابع: يشتمل على متفرقات في المعاملات، لبيان أثر تفعيل المقاصد فيها على حكم الفقهاء عليها.

أما الخاتمة: فقد اشتملت على أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: تعريف المقاصد وأهميتها:

المطلب الأول: تعريف المقاصد:

المقاصد لغةً:

القصْد: إتيان الشيء. تقول قَصَدْتُهُ، وقَصَدْتُ لَهُ، وقَصَدْتُ إِلَيْهِ بمعنىً. والمقصد: موضع القصد⁽¹⁾.

(1) الجوهري، إسماعيل بن حماد الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، فصل القاف، مادة قصد، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الطبعة: الرابعة، بيروت، دار العلم للملايين، 1407 هـ- 1987 م، (524/2). مصطفى، إبراهيم، والزيات، أحمد، وعبد القادر، حامد، والنجار، محمد، المعجم الوسيط، باب القاف، تحقيق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، (ص:738).

المقاصد اصطلاحاً:

المقاصد: هي الحكمة من التشريع، أو هي الغاية والأسرار والأهداف الملحوظة، التي وُضعت عند كل حكمٍ من أحكام الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

وغني عن القول إن مصطلح مقاصد الشريعة يُطلق على الأهداف العامة والخاصة التي تسعى الشريعة الإسلامية لتحقيقها في حياة الناس، حيث جاءت الشريعة لتحقيق مصالح العباد في الدارين، بدرء المفسد عنهم وجلب المصالح لهم، فالشريعة مبنية على الحكيم؛ إذ يستحيل على الله تعالى أن يأمر بأمرٍ أو ينهى عن نهيٍ عبثاً بلا حكمةٍ أو مقصدٍ.

المطلب الثاني: أهمية المقاصد:

لا يخفى على ذي لبٍ ما للمقاصد من أهمية وأثر، وخاصة فيما يستجد من قضايا للناس، فلذا اعتبرها الشاطبي شرطاً أساسياً للمجتهد فقال: "إنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين: أحدهما: فهم مقاصد الشريعة على كمالها. والثاني: الممكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها"⁽²⁾.

وإن المتتبع لنصوص الشريعة الإسلامية، وفتاوى الصحابة ومن جاء بعدهم من كبار العلماء، يصل إلى حد اليقين في أن المقاصد ملازمةٌ لهذه الشريعة الغراء تلازم الشيء مع ظله؛ فما وُجدت الشرائع، وما أُرسلت الرسل إلا لتحقيق خيري الدنيا والآخرة للناس كلهم.

وتبين فوائد المقاصد وأهميتها في الجوانب الآتية:

أولاً: إن معرفة المقاصد من الشريعة الإسلامية يُسهل فهم الغايات والأهداف التي أرادت الشريعة تحقيقها، كما تقرب المجتهد من الصواب في الحكم على النوازل التي لا نص فيها، قال العز بن عبد السلام: "ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفسد، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد

أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك"⁽³⁾.

ثانياً: إن العلم بالمقاصد الشرعية هو الأساس العظيم، والسر المتين لديمومة الشريعة وبقائها واستمرارها؛ لأن النوازل والمستجدات من القضايا التي لا بد أن تنزل أول ما تنزل على مقاصد الشريعة الإسلامية وغاياتها مهما اختلف الزمان والمكان.

(1) ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي، الطبعة: الثانية، الأردن، دار النفائس، 1421هـ، 2001م، (ص:51). الفاسي، محمد عدلال، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، 1993م، (ص:3). الزحيلي، وهبة، أصول الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر المعاصر، 1986م، (1017/2).

(2) الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الموافقات، الطبعة: الأولى، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، 1417هـ/1997م، (41/5).

(3) ابن عبد السلام، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، 1414هـ - 1991م، (189/2).

ثالثاً: تسهم مقاصد الشريعة الإسلامية في صياغة رؤية عامة وشاملة وموحدة في بحث القضايا المالية المعاصرة، مما يخلق نظرية اقتصادية عامة تنطلق من نصوص الشريعة ومقاصدها؛ لأن مبنى المعاملات كلها إنما هو على درء المفسد وجلب المصالح للناس

ومع ترجيح القول بتعليل الأحكام الشرعية، إلا أن هذا لا يعني القول بتعليلها كلها، إذ من الأحكام ما لا مدخل لمعرفة المقصد والعلة منه سوى الالتزام والتسليم بأوامر الله تعالى تسليماً مطلقاً، سواءً عرفنا العلة أم لم نعرفها، كما لا يعني القول بالمقاصد، اعتبار المقاصد وفق الأمزجة والأهواء، بل لا بد من بذل الوسع في إثبات ما هو مقصدٌ أو مصلحةٌ شرعاً مما ليس كذلك.

المبحث الثاني: مقاصد حفظ المال في الشريعة الإسلامية:

لقد قامت الشريعة الإسلامية على حفظ الضروريات، ومن هذه الضروريات حفظ المال، فما هو المال؟ وما هي أهميته؟ وما هي طرق كسبه وإنفاقه؟ وكيف حفظته الشريعة الإسلامية؟ وما هي المقاصد التي وُجدَ لأجلها؟

المطلب الأول: تعريف المال:

المال لغةً: هو ما ملكته من جميع الأشياء. قال الأثير: المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة، ثم أُطلق على كل ما يُقتنى ويملك من الأعيان، وأكثر ما يُطلق المال عند العرب على الإبل؛ لأنها كانت أكثر أموالهم⁽¹⁾.

المال اصطلاحاً: هو ما بقدره يكون قدر إقامة نظام معاش أفراد الناس في تناول الضروريات والحاجيات والتحسينيات، بحسب مبلغ حضارتهم حاصلًا بكدح⁽²⁾. أو هو اسمٌ لغير الآدمي، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار⁽³⁾.

المطلب الثاني: أهمية المال في الشريعة الإسلامية:

لقد أولى الإسلام للمال مكانةً مهمةً للفرد والجماعة؛ حتى جعلته الشريعة من الضرورات الواجب إيجادها والحفاظ عليها، فلا يمكن لأحد أن يحافظ على حياته إلا بالمال، فيه يوفر مأكله، ومشربه، وملبسه، ومسكنه، وبه يستطيع صنع سلاحه ليدافع عن نفسه وحرماته، وبه يصنع علاجه ودواءه، وقد اعتبر القرآن الكريم المال (قيامًا) لحياة الإنسان؛ إذ هو عصب الحياة وقوامها، قال تعالى: {وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا} [النساء: 5].

كما لم يذم الإسلام الغنى كما يعتقد البعض جهلاً، بل جاءت توجيهات الحبيب صلى الله عليه وسلمتحت على الكسب الطيب، فقد قال لعمر بن العاص: {يَاعْمُرُو، نِعْمَ الْمَالُ الصَّالِحِ لِلْمَرْءِ الصَّالِحِ} (4)، ومن أدعيته المأثورة عليه الصلاة

(1) ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين بن منظور الأنصاري الرويفي الإفريقي، لسان العرب، فصل الميم، الطبعة الثالثة، بيروت: دار صادر، 1414هـ، (11/636-635).

(2) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية (1/464).

(3) أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، القاهرة: دار الفكر العربي، 1996م، (ص: 47).

(4) البيهقي، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة، الأدب المفرد، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ومذيل بتعليق الألباني، وقد صححه، الطبعة الثالثة، بيروت: دار البشائر الإسلامية، 1409هـ-1989م، (ص: 112).

والسلام: (اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ الْهُدَى وَالتُّقَى، وَالْعَفَافَ وَالْغِنَى) (1)، ومن ذلك الدعاء لأُنس بالبركة، قَالَ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (اللَّهُمَّ أَكْثِرْ مَالَهُ وَوَلَدَهُ، وَبَارِكْ لَهُ فِيْمَا أُعْطِيْتَهُ) (2)،

ومع ذلك فلم يفتح الإسلام الباب على مصراعيه للكسب أو الإنفاق، بل جعل لذلك ضوابط حتى يكون حلالاً طيباً، ويؤتي ثماره ويحقق مقاصده.

المطلب الثالث: طرق التملك والكسب في الشريعة الإسلامية:

إن الأساس في المعاملات المالية وطرق كسب الرزق أنها مباحة ما لم يرد مانع شرعي يمنع من ذلك، فقد أباح الإسلام للإنسان أن يسعى في طلب رزقه بالسبل التي تلائمه، ثم أباح له بعد ذلك أن يملك ما كسبه، ومنع أي اعتداء على ماله أو ملكه. فما هو الكسب؟ وما هو الملك؟ وما هي طرق تحصيلهما؟

الكسب: هو ما يتحرره الإنسان مما فيه اجتلاب نفع، وتحصيل حظٍّ ككسب المال، وقد يُستعمل فيما يظن الإنسان أنه يجلب منفعةً (3). وأصول التكسب ثلاثة: الأرض، والعمل، ورأس المال (4).

والمالك: استِحْقَاقُ التَّصَرُّفِ فِي الشَّيْءِ بِكُلِّ أَمْرٍ جَائِزٍ فِعْلاً أَوْ حُكْماً لَا بِنِيَابَةٍ (5).

والتَّمَلُّكُ: هُوَ ثُبُوتُ مِلْكِيَّةٍ جَدِيدَةٍ، إِمَّا بِانْتِقَالِهَا مِنْ مَالِكٍ إِلَى مَالِكٍ جَدِيدٍ، أَوْ بِالِاسْتِيْلَاءِ عَلَى مُبَاحٍ (6).

ومع أن الإسلام حضَّ على الكسب ورغَّب فيه، إلا أنه شرط أن يكون هذا الكسب مشروعاً طيباً، ورهَّب من الكسب الحرام، فعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (أَيُّهَا النَّاسُ، إِنَّ اللَّهَ طَيِّبٌ لَا يَقْبَلُ إِلَّا طَيِّبًا، وَإِنَّ اللَّهَ أَمْرَ الْمُؤْمِنِينَ بِمَا أَمَرَ بِهِ الْمُرْسَلِينَ، فَقَالَ {يَا أَيُّهَا الرُّسُلُ كُلُّوْا مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَاعْمَلُوا صَالِحًا إِنِّي بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ} [المؤمنون: 51]، وَقَالَ: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُلُّوْا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ} [البقرة: 172]، ثُمَّ ذَكَرَ الرَّجُلُ يُطِيلُ السَّفَرَ أَشْعَثَ أَغْبَرَ، يَمُدُّ يَدَيْهِ إِلَى السَّمَاءِ، يَأْرَبُ، يَأْرَبُ، وَمَطْعَمُهُ حَرَامٌ، وَمَشْرَبُهُ حَرَامٌ، وَمَلْبَسُهُ حَرَامٌ، وَغَدِي بِالْحَرَامِ، فَأَنَّ يُسْتَجَابَ لَدَلِكِ؟ (7).

وقد جعل الإسلام للكسب طرقاً كثيرة، وفتح لطلب الرزق أبواباً واسعة، فقد وصف الله تعالى خير الخلق عليهم السلام بأنهم كانوا يكسبون رزقهم بسعيهم، قال تعالى: {وَمَا أَرْسَلْنَا قَبْلَكَ مِنَ الْمُرْسَلِينَ إِلَّا إِنَّهُمْ لَيَأْكُلُونَ الطَّعَامَ وَيَمْشُونَ فِي الْأَمْشَاقِ} [الفرقان: 20]، وعن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (أَنَّ دَاوُدَ النَّبِيَّ عَلَيْهِ السَّلَامُ، كَانَ لَا يَأْكُلُ إِلَّا مِنْ عَمَلٍ يَدِيهِ) (8)، وقال عليه الصلاة والسلام: (مَا بَعَثَ اللَّهُ نَبِيًّا إِلَّا رَعَى الْغَنَمَ، فَقَالَ أَصْحَابُهُ: وَأَنْتَ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، كُنْتُ أَرْعَاهَا عَلَى قَرَارِيضٍ لِأَهْلِ مَكَّةَ) (9).

وقد حث الإسلام على العمل وأوجبه على القادرين؛ ليعولوا أنفسهم وغيرهم، قال تعالى: {هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَأَمْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ} [الملك: 15]، لا بل جعل الإسلام العمل عبادة لذاته، لا لما يترتب عليه من

(1) مسلم، ابن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، صحيح مسلم كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب التعوذ من شر ما عمل ومن شر ما لم يعمل، حديث رقم (2721)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، (2087/4).

(2) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الدعوات، باب الدعاء بكثرة المال والبركة، حديث رقم (6378)، (81/8).

(3) فارس، طه محمد، ضوابط كسب المال في الشريعة الإسلامية صادر عن دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، منتدى فقه الاقتصاد الإسلامي، 2015م، (ص: 11).

(4) ابن عاشور، مقاصد الشريعة (ص: 462).

(5) الرصاع، محمد بن قاسم الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، الطبعة: الأولى، المكتبة العلمية، 1350هـ، (ص: 466).

(6) الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، الطبعة: الثانية، الكويت: دار السلاسل، 1404-1427هـ، (220/3).

(7) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب قبول الصدقة من الكسب الطيب، حديث رقم: (1015)، (703/2).

(8) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب كسب الرجل وعمله بيده، حديث رقم: 2073، (57/3).

(9) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب رعي الغنم على قراريط، حديث رقم: 2262، (88/3).

العيش فحسب، فعَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: (إِنْ قَامَتِ السَّاعَةُ وَفِي يَدِ أَحَدِكُمْ فَسِيلَةٌ، فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ لَا يَقُومَ حَتَّى يَغْرِسَهَا فَلْيَغْرِسْهَا) (1)، فهو وإن لم يكن هو ولا غيره سيستفيد منها، إلا أنه أمره بغرسها؛ ليبين أن العمل بذاته عبادةٌ يُوجَرُ عليها الإنسان.

وقد ذكر الفقهاء ثلاثةً من أسباب التملك المشروعة:

- (1) أن يختص الإنسان بشيء ليس لأحدٍ فيه حق.
 - (2) أن يعمل في الشيء مع مالكه.
 - (3) عقود المعاوضات كالبيع، أو الانتقال إليه عن طريق التبرع أو الوصية أو الميراث.
- وذكروا من الأسباب غير المشروعة:

- (1) الربا بصوره المختلفة.
 - (2) ربح ما لا يضمن.
 - (3) ما بُني على الحظ والصدفة، كالميسر والقمار.
 - (4) كلما كان عن طريق محرّم فهو ممنوعٌ و باطلٌ.
 - (5) البيوع المنهي عنها الغش أو الغرر، أو أخذ مال الغير بدون رضاه، كالسرقة، أو أخذه ظلماً بغير حق، كالرشوة (2).
- ولا شك أن طرق الكسب واسعةٌ لا حصر لها، لكن الإشارة تكفي.

المطلب الرابع: من أهم مقاصد المال في الشريعة الإسلامية:

لقد جعلت الشريعة الإسلامية حفظ المال من الضرورات لحياة الإنسان، لذا فقد حفظت الشريعة المال كما حفظت سائر الضرورات التي لا تستقيم الحياة إلا بها، وقد اعتمدت الشريعة بتشريعاتها للحفاظ على هذه الضرورات جانبين، يقول الشاطبي: "والحفظ لها يكون بأمرين: أحدهما: ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود. والثاني: ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم" (3).

فمن جانب الوجود، حثت الشريعة على الكسب الطيب، وأباحت العقود والمعاملات التي يحتاج إليها الناس لتيسير حياتهم، وأما من جانب العدم، فقد حرّمت الشريعة كل تصرفٍ يؤدي إلى إتلاف المال لغير منفعة، كما حرّمت التعدي عليه بغير حق، فحرّمت السرقة وقطع الطريق والربا، وأوجبت الضمان على من يتلف المال بغير حق، إلى غير ذلك من التشريعات التي تؤدي إلى إيجاد المال أولاً، ثم حفظه من التلف والضياع بعد إيجاده ثانياً.

فما هي أهم هذه المقاصد؟ وما علاقتها بالمعاملات المالية؟

من أهم مقاصد المال:

(1) البخاري، الأدب المفرد، وصححه الألباني، (ص: 168).

(2) ابن عاشور، مقاصد الشريعة (2/389-390).

(3) الشاطبي، الموافقات (2/18).

قد تحدث العلماء عن مقاصد المال في الشريعة الإسلامية، فكان منهم المضييق والموسع. وقد كان الشيخ ابن عاشور سبّاقاً في ذلك؛ حيث كتب عن هذه المقاصد تحت عنوان "مقاصد التصرفات المالية" فقال: "والمقصود الشرعي في الأموال كلها خمسة أمور هي: الرواج، والوضوح، والحفظ، والثبات، والعدل فيها"⁽¹⁾.

أما الشيخ القرضاوي، فقد عدّد للمال سبعةً وعشرين مقصداً، لكنه وزعها على ستة أنواع رئيسية هي:

1. المقاصد المتعلقة بقيمة المال ومنزلته.

2. ربط المال والاقتصاد بالإيمان والأخلاق.

3. المقاصد المتعلقة بإنتاج المال.

4. المقاصد المتعلقة باستهلاك المال.

5. المقاصد المتعلقة بتداول المال.

6. المقاصد المتعلقة بتوزيع المال⁽²⁾.

ومن أجمع ما تبقي مقاصد المال، ما سُيِّ بالمبادئ القرآنية الثلاثة، وهي:

أ. أن يكون المال قياماً للناس.

ب. أن لا يكون المال دُولَةً بين الأغنياء.

ت. عدم الظلم في المعاملات المالية⁽³⁾.

وليس المقصود هنا تفصيلها وتفصيلها، ولكن الإشارة لما له علاقة بالمقاصد الشرعية.

المبحث الثالث: علاقة المقاصد بالمعاملات الإسلامية:

المطلب الأول: أهمية المقاصد في المعاملات الإسلامية:

إن الناظر اليوم إلى القضايا المستجدة والنوازل التي تحتاج إلى الاجتهاد فيها، يجد أن الغالبية العظمى منها تتعلق بالمعاملات؛ وذلك أن العبادات ليس المجال فيها كبيراً للتطور والتغير، بينما المعاملات متطورة بتطور العلوم، واختلاف أنماط الحياة، وثقافات الشعوب، وهذا التطور يستلزم وجود صورٍ من المعاملات لم تكن موجودةً من قبل، الأمر الذي يستوجب على الفقهاء والعلماء أن يبحثوا عن أحكامٍ متوافقةٍ مع كليات الشريعة ومقاصدها لهذه القضايا المستجدة.

وإن النظر في مقاصد الشريعة - بعد النصوص الشرعية -، لهو الأساس العظيم، والطريق القويم؛ للوصول إلى حكمٍ ملائمٍ لكل حادثةٍ مستجدةٍ؛ وذلك أن الشريعة مبنيةٌ في المعاملات على الحكيم والمعاني، فلا بد أن يدور الحكمُ إذًا مع المقصد ويتكئ عليه، ومن هنا نجد أن الفقهاء قد أبطلوا كثيراً من العقود التي توفرت فيها كل الشروط الصحيحة؛ لأنها مخالفةٌ لمقاصد الشريعة الإسلامية، وقد حكموا كذلك على فعل المكلفين حسب مقاصدهم ونياتهم، فمن عَصَرَ العنب

(1) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، (2/400).

(2) القرضاوي، يوسف، بحث بعنوان: مقاصد الشريعة المتعلقة بالمال، مقدم للدورة الثامنة عشرة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث - دبلن، جمادى الثانية، رجب 1429هـ، يوليو 2008م.

(3) الريسوني، أحمد بن عبد السلام، بحث بعنوان: اعتبار المقاصد في الفتاوى المالية، إسلامية المعرفة، مجلد 18، عدد 70، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 2012م، (ص: 18).

لا شك أن استقرار قيمة النقود (1) هدف لا غنى عنه في الاقتصاد الإسلامي، وذلك أن الإسلام يقوم على العدل والإنصاف في كافة المعاملات الإنسانية، ولقد أوضح القرآن الكريم هذه القاعدة بقوله تعالى: {وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ} [الأعراف: 85]، وتغير قيمة العملة الفاحش لا يعتبر قسماً ولا عدلاً، بل فيه إفساداً لمصالح الناس ومعاملاتهم.

فما معنى تغير قيمة العملة؟ وما هو أثره في الديون؟ وهل يردُّ المدينُّ للدائن مثل دينه أم قيمته عند تغير قيمة العملة؟ إن تغير قيمة النقود يعني: ما يطرأ على العملة من غلاءٍ أو رخصٍ، أو ما يعرض للنقود من كسادٍ أو انقطاعٍ أو فقدانٍ، لا سيما مع ظهور النقود الورقية (2).

وقد اختلف الفقهاء هل يردُّ المدينُّ القيمة أم المثل؟ وقد استدل المجيزون لرد قيمة الدَّين عند التغير الفاحش للعملة على أن من مقاصد الشريعة الإسلامية في المعاملات إقامة العدل ورفع الظلم عن المتعاقدين، سواءً كان الدائن أم المدين، ومن الأدلة التي بنوا عليها رأيهم هذا:

1. قال تعالى: {فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ} [البقرة: 279]، وجه الدلالة: إن الدائن أعطى ما يُنتفع به، فلا يجوز أن نظلمه بإعطائه ما لا يُنتفع به (3).

2. قال تعالى: {وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ} [الأنعام: 152]، فالمقصود من النقود ما تحققه مالمكها من منافع وخدمات، فهي لا تُطلب لذاتها، وليس من القسط ردها بمثلها إذا لم تكن تؤدي نفس المنافع والخدمات عند إقراضها؛ فلذا يجب أن تُردَّ بقيمتها (4).

3. عن أبي سعيد الخدري بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا ضرر ولا ضرار) (5).

وجه الدلالة: إنَّ الأداء بالمثل في حال التغير الفاحش لقيمة النقد يوقع الضرر على الدائن بلا شك، إذ إن المثل في هذه الحالة لا يساوي القيمة الحقيقية للدَّين الذي أداه قبل ذلك.

ومن الأدلة العقلية التي استدلو بها:

إن مقتضى العقد هو القيمة الحقيقية للدَّين لا مجرد المثل، إذ إن التماثل في العدد لا يعني التماثل في القيمة، فمقتضى العقد هو القيمة الحقيقية التي رضها كلا المتعاقدين وقت العقد، وليس القيمة الجديدة بعد التغير (6).

إن الدائن دفع شيئاً منتفعاً به لأخذ عوضٍ منتفعٍ به، فلا يُظلم بإعطائه ما لا يُنتفع به (7).

(1) الاستقرار النسبي البعيد عن التغيرات الفاحشة والمفاجئة؛ لأن التغير اليسير مغتفر، والاستقرار التام لا يمكن تحقيقه.

(2) منصور، محمد خالد، مجلة دراسات، بحث بعنوان: تغير قيمة النقود وتأثر ذلك بنظرية الظروف الطارئة، علوم الشريعة والقانون، مجلد 25، عدد 1، تصدر عن عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، 1419هـ، 1998م، (ص: 147).

(3) الرهوني، محمد بن أحمد بن محمد، حاشية الرهوني على شرح عبد الباقي الزرقاني، الطبعة الأولى، مصر: المطابع الأميرية، 1306هـ، (120/5-121).

(4) علماء نجد الأعلام، الدرر السنوية في الأجوبة النجدية تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الطبعة السادسة، 1417هـ، 1996م، (6/206 و208).

(5) مالك، بن أنس، الموطأ، كتاب المكاتب، باب ما لا يجوز من عتق المكاتب، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، الطبعة الأولى، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، 1425هـ،

2004م، (1078/4). صحَّحه الألباني، في السلسلة الصحيحة، حديث رقم (250)، الرياض: مكتبة المعارف، (1/498).

(6) داود، هائل عبد الحفيظ، تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية، الطبعة الأولى، القاهرة: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 1418هـ، 1999م، (ص: 250).

(7) الرهوني، حاشية الرهوني (120/5-121).

ويتبين في هذه المسألة أثر مقاصد الشريعة في المال؛ حيث دار الحكم مع المقصد، حتى لو خالف الحكم الأصل والقاعدة في المسألة، إذ القاعدة تقول: "إن الديون تقضى بأمثالها"⁽¹⁾، وهي قاعدة أيضاً جاءت لتمنع الناس من الوقوع في الربا- الذي هو عين الظلم- بكل أشكاله، وقد عَقَّبَ الحق سبحانه بعد تحريمه الربا فقال: {فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ} [البقرة: 279]، فالأصل عدم الزيادة أو النقصان على القروض لمنع الظلم، لكن لما ظهر لبعض الفقهاء أن تطبيق هذه القاعدة سيلحق الظلم بأحد العاقدين، وأن الشريعة ما كانت لتقبل الظلم، عدلوا عن هذه القاعدة إلى المقصد الذي رأوه محققاً للعدل ومانعاً للظلم. إذًا فإن النظرة المقاصدية تعتبر القيمة عند التغير الفاحش للعملة⁽²⁾.

ثانيًا: أثر الجوائح في العقود:

الجائحة لغَةً: الجَوْحُ: الاستئصال من الاجتياح، جَاحَتِهِم السَّنَةُ جَوْحًا وَجِيحَةً وَأَجَاحَتِهِم واجتاحتهم استأصلت أموالهم. وفي الحديث: (إِنَّ أَبِي يُرِيدُ أَنْ يَجْتَاحَ مَالِي)⁽³⁾ أَي يَسْتَأْصِلُهُ وَيَأْتِي عَلَيْهِ أَخْذًا وَإِنْفَاقًا⁽⁴⁾.

ومنه الجائحة: للشِدَّةِ والنَّازِلَةِ العظيمة التي تَجْتَاحُ المَالَ من سَنَةٍ أو فِتْنَةٍ. وكلُّ ما اسْتَأْصَلَهُ فقد جَاحَهُ وَاجْتَاكَه. وَجَاحَ اللَّهُ مَالَهُ وَأَجَاحَهُ: بمعنَى أَهْلَكَه بالجائحة⁽⁵⁾.

وأما الجائحة في الاصطلاح فهي: كُلُّ ما لا يُسْتَطَاعُ دَفْعُهُ كَسَمَاوِيٍّ وَجَيْشٍ، وَعَرَفَهَا ابْنُ عَرَفَةَ بِمَا هُوَ قَرِيبٌ مِنْ هَذَا حَيْثُ قَالَ: الْجَائِحَةُ مَا أُتْلِفَ مِنْ مَعْجُوزٍ عَن دَفْعِهِ عَادَةً قَدْرًا مِنْ ثَمَرٍ أو نَبَاتٍ بَعْدَ بَيْعِهِ⁽⁶⁾.

وعرفها آخرون بأنها "كل ما لا يُسْتَطَاعُ دَفْعُهُ أو الاحتراس منه أو تضمينه مما يتلف المبيع أو يعيبه قبل تمام القبض"⁽⁷⁾. ولقد اختلف الفقهاء في وضع الجائحة بين مَضِيٍّ وموسِّعٍ، فابن حزم- مثلاً- يرى أن ارتفاع الأسعار جائحةً، حيث قال: "والخسارة لانحطاط السعر جائحةً بلا شك"⁽⁸⁾.

وأساس هذا المبدأ هو قوله صلى الله عليه وسلم: (لَوِيعَتٌ مِنْ أَخِيكَ تَمَرًا فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا، بِمِ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقِّ)⁽⁹⁾.

ومن الأمثلة على العقود التي تتأثر بالجوائح، ما قد يحدث للشركات الكبرى التي تتعاقد مع الدول لتستورد للدولة أو تنتج لها صنفاً أو أصنافاً معينة لسنواتٍ طويلة، ثم ترتفع أسعار المواد الخام أو أسعار النقل لأسبابٍ معينة ارتفاعاً ليس بمقدور الشركة ردها ولا يد لها فيها، كالكوارث الطبيعية، أو الحروب، فهل يبقى العقد كما هو حتى لو أدى ذلك إلى أن تخسر الشركة خسارةً كبيرةً، أو حتى أنها قد تعلن إفلاسها؟

(1) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار (164/2).

(2) ابن بيه، عبد الله، مقاصد المعاملات ومراصد الوقائع، الطبعة الخامسة، دبي: مسار للنشر والطباعة، 2018م، (ص: 256).

(3) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال أبيه، حديث رقم (2291)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار الفکر، الأحاديث مذيلة بأحكام الشيخ الألباني عليها، (769/2).

(4) ابن منظور، لسان العرب، مادة جوح، (431/2).

(5) الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، تاج العروس، تحقيق: مجموعة من المحققين، مادة جوح، دار الهداية، (354/6).

(6) النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، بيروت: دار الفكر، 1415هـ، (129/2).

(7) المطهرات، عادل مبارك، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظرية الضرورة، جامعة القاهرة، 1422هـ، 2001م، (ص: 17).

(8) ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، (385/8).

(9) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، حديث رقم (1554)، (1190/3).

لو رجعنا إلى فتوى المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الرابعة المنعقدة بمكة المكرمة في عام 1402هـ، لوجدناه قد بنى رأيه في هذه المسألة على قاعدة تحقيق العدل ورفع الظلم عن المتعاقدين، فقد جاء في الفتوى: "هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل- أي التعديل على العقد أو فسخه- المستمد من أصول الشريعة تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنعاً للضرر المرهق لأحد العاقدين بسبب لا يد له فيه، وإن هذا الحل أقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها..."(1).

ثالثاً: التسعير:

التسعير لغة:

السَّعْرُ بالكسر: الذي يَقُومُ عليه التَّمَنُّ، والجمع أسْعَارٌ. والتَّسْعِيرُ: تقديرُ السَّعْرِ(2).

التسعير في الاصطلاح:

قال الشوكاني: "هو أن يأمر السلطان أهل السوق أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا، فيمنع من الزيادة عليه أو النقصان لمصلحة"(3).

حكم التسعير في الإسلام:

ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز التسعير في الوضع العادي الذي لم يكن لأرباب السوق أي دور فيه، بحيث يكون السبب في الغلاء هو العرض والطلب، فإذا كان الناس يبيعون دون ظلم منهم وقد ارتفع السعر إما لقلّة الشيء وإما لكثرة الخلق فهذا إلى الله تعالى، فالزام الناس أن يبيعوا بقيمة يعينها إكراه بغير حق، واختلفوا فيما سواها(4).

أقوال الفقهاء في حكم التسعير:

أولاً: القائلون بعدم جواز التسعير مطلقاً وأدلتهم:

وقد ذهبوا إلى منع التسعير في كل الأحوال، سواءً أكان يتدخل من أرباب السوق، أم بغير ذلك من الأسباب، وممن ذهب إلى هذا القول، الشافعية(5) والحنابلة(6)، واستدلوا لذلك بأدلة منها:

ما ورد عن أنس بن مالك قال: (قال الناس: يَا رَسُولَ اللَّهِ، غَلَا السَّعْرُ فَسَعِّرْ لَنَا. فَقَالَ: إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى هُوَ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرَّازِقُ، وَإِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَلْقَى اللَّهَ وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يُطَالِبُنِي بِمَظْلَمَةٍ فِي دَمٍ وَلَا مَالٍ)(7).

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (ع5، ج3) تصدر عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، فتوى بشأن نظرية الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات، القرار السابع، (ص:1823).

(2) الرِّيْبِي، تاج العروس من جواهر القاموس (12/28)، مادة سعر.

(3) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، الطبعة الأولى، الرياض: دار ابن القيم، والقاهرة: دار ابن عفا، 1426هـ، 2005م، (6/599).

(4) ابن القيم، محمد بن أبي بكر أيوب الزري أبو عبد الله، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية تحقيق: د. محمد جميل غازي، القاهرة: مطبعة المدني، (ص:356).

(5) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، الطبعة الأولى بيروت: دار الكتب العلمية، 1414هـ، 1994م، (5/407).

(6) ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، الطبعة الأولى، بيروت: دار الفكر، 1405هـ، (4/303).

(7) أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في التسعير، حديث رقم(3451)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر. مع الكتاب: تعليقات كمال يوسف الحوت، والأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها. قال الشيخ الألباني: صحيح، (2/293).

وجه الدلالة: لقد علل الامتناع عن التسعير بكونه مظلمة، والظلم حرام(1). وقال الصنعاني: "هذا دليلٌ على أن التسعير مظلمةٌ، والظلم محرّمٌ، وإلى هذا ذهب أكثر العلماء"(2). ولأن إجبار الناس على بيع لا يجب، أو منعهم مما يُباح شرعاً ظلّمهم، والظلم حرامٌ(3). وإذا كان المقصود من التسعير رفع الظلم عن المشتري، فلا يجوز أن يكون ذلك على حساب البائع(4).

فيلاحظ أن مدار المنع عند المانعين هو رفع الظلم وتحقيق العدل بين الناس، وهذا مقصدٌ لا شك عظيمٌ في الشريعة الإسلامية.

ثانياً: القائلون بجواز التسعير في حالة الغلاء:

كان من أبرز العلماء القائلين بالجواز شيخ الإسلام ابن تيمية(5).

ومما بنى عليه القائلون بالجواز رأيهم من المقاصد "رفع الضرر والظلم، وتحقيق المصلحة" فقالوا: إن التسعير يمثل في بعض الحالات ضرورةً عامةً تحقق مصلحة الغالبية من الناس، ولأن في عدم التسعير إضراراً بالناس؛ لأنه إذا زاد البائع تبعه أصحاب المتاع، وإذا نقص أضر بأصحاب المتاع، فيكون التسعير من الإمام رفعا للضرر عن البائعين والمستهلكين(6).

وإلى مثل هذا يذهب ابن القيم فيقول: "التسعير منهما هو ظلّم محرّم، ومنهما و عدل جائزٌ... ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل، فالتسعير ههنا إلزامٌ بالعدل الذي ألزمهم الله به"(7). فنجد أنه قد اعتبر التسعير من العدل الذي أقرته الشريعة الإسلامية وجاءت لتحقيقه.

وقد أجاز بعض الحنفية التسعير إذا تعلق به ضرر العامة، قال الموصلي: "ولا ينبغي للسلطان التسعير على الناس إلا إذا تعدى أرباب الطعام تعدياً فاحشاً في القيمة؛ لأن فيه صيانةً لحقوق المسلمين عن الضياع"(8).

ومن هنا نجد أن من أسباب اختلاف الفقهاء في حكم التسعير النظر إلى مقاصد الشريعة الإسلامية، فالذين قالوا بمنع التسعير إنما استندوا في ذلك على أن الإسلام صان الحقوق والحريات في المعاملات، فلا يجوز الإكراه أو الإجبار في شيءٍ منها، كما أنهم اعتبروا التسعير من الظلم الواقع على الباعة، وأما المجيزون للتسعير فقد انطلقوا من قاعدة رفع الظلم عن المستهلكين؛ لذا أجازوا لولي الأمر أن يتدخل بالتسعير تحقيقاً للعدالة ورفعاً للظلم(9).

(1) ابن قدامة، المغني (303/4).

(2) الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني، سبل السلام، الطبعة الرابعة، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1379هـ، 1960م، (25/3).

(3) ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم الحراني، مجموع الفتاوى، تحقيق: أنور الباز، عامر الجزار، الطبعة الثالثة، دار الوفاء، 1426هـ، 2005م، (56/28).

(4) الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار(599/6).

(5) ابن تيمية، مجموع الفتاوى(57/28).

(6) الهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع تحقيق هلال مصيلحي، مصطفى هلال، بيروت: دار الفكر، 1402هـ، (187/3).

(7) ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، (ص: 355-356).

(8) الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق: عبد اللطيف محمد عبد الرحمن، الطبعة الثالثة، بيروت: دار الكتب العلمية، 1426هـ، 2005م، (172/4).

(9) السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، الطبعة الأولى، الرياض: دار بلنسية، 1417هـ، (ص: 493).

المبحث الرابع: مقاصد أخرى للشريعة كان لها أثرٌ في الحكم على بعض المعاملات:
لقد تم ذكر بعض المعاملات التي كان للمقاصد أثرٌ واضحٌ في توجيه حكمها، وبما أن المجال لا يتسع للإحاطة بها كلها؛ فسوف يتم إلقاء الضوء بشكلٍ سريعٍ على بعض العقود التي كان للمقاصد تأثيرٌ في حكمها، ومنها:

أولاً: مقصد التداول والرواج للمال:

فالرواج يعني دوران المال بين أيدي أكثر من يمكن من الناس بوجه حق(1)، فرواج الأموال مهمٌ في توزيع الثروات بين الناس، ومنع الطبقة المورثة للأحقاد والضعفان في المجتمعات، وحتى لا تتحكم فئة قليلةٌ في أقوات الناس ومعاشهم، فبعد أن ذكر الله تعالى بعض الجهات للإنفاق علل ذلك فقال: {كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ} [الحشر: 7]، ونهى عن الاكتناز فقال: {وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يُنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ} [التوبة: 34]، ولتحقيق هذا المقصد، رغَّب الإسلام في التجارة؛ لأهميتها في تحقيق مقصد الرواج، قال تعالى: {إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُومَهَا يَبْئِتُكُمْ} [البقرة: 282]، وقد عمل كثيرٌ من الصحابة في التجارة حتى برعوا فيها. كما أوجب الإسلام النفقة والزكاة، وشجَّع المواريث، وغير ذلك من التشريعات الكفيلة بتداول المال وتوزيعه، وفي المقابل، نجد أن الإسلام حرَّم بعض المعاملات التي تنافي هذا المقصد، فحرَّم الاحتكار الذي هو ضد التداول والرواج، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لَا يَحْتَكِرُ إِلَّا خَاطِئٌ) (2).

ثانياً: مقصد الحفاظ على الألفة ومنع الفرقة والخلاف:

إن من المقاصد العظيمة للشريعة الإسلامية الحفاظ على وحدة الأمة، وتعزيز الأخوة، وتقوية روابط المحبة والألفة والمودة بين أفراد المجتمع، ولقد امتن الله على عباده بهذه النعمة العظيمة فقال: {وَادْكُرُوا اللَّهَ عَلَيْكُمْ إِذْ كُنْتُمْ أَعْدَاءً قَالَتْ بَيْنَ قُلُوبِكُمْ فَأَصْبَحْتُمْ بِنِعْمَتِهِ إِخْوَانًا} [آل عمران: 103].

ومن العقود التي حرمتها الشريعة الإسلامية لأنها تفضي إلى العداوة والبغضاء، العقود المشتملة على الميسر والقمار، {إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ} [المائدة: 91]، ولهذا فقد استند بعض القائلين بحرمة التأمين التجاري على أن فيه قماراً(3).

الخاتمة:

الحمد لله تعالى أولاً وأخيراً على ما وفق وأعان لإتمام هذا البحث، وكانت أهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها على النحو الآتي:

أولاً: أهم النتائج:

- 1- إن البحث عن المقاصد في المسائل المستجدة ليس أمراً مكماً ولا ثانوياً، بل هو مهمٌ وضروريٌ؛ للوصول إلى الحكم الأقرب للصواب. لذا لا بد من تفعيل البعد المقاصدي في النظر إلى الأحكام الشرعية؛ إذ إن الشريعة الإسلامية إنما جاءت لتحقيق خيري الدنيا والآخرة للإنسان.
- 2- إن للعقود في الشريعة الإسلامية مقاصد وحكم، يجدر بالفقيه أن يأخذها بعين الاعتبار عند النظر في المسألة.

(1) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية (471/3).

(2) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم الاحتكار في الأقوات، حديث رقم (1605)، (1228/3).

(3) ابن ثنيان، التأمين وأحكامه (ص: 222).

3- إن اعتبار المقاصد الشرعية، يضيق شقة الخلاف في المسائل الخلافية.

ثانياً: أهم التوصيات:

1- ضرورة العمل من أجل صياغة نظريات اقتصادية عامة ذات مرجعيات إسلامية، للتسهيل على الباحثين والدارسين.

2- بذل الجهد في إثبات المقاصد العامة والخاصة في المعاملات بشكل خاص، وفي فروع الشريعة المختلفة بشكل عام.

3- لا بد من إعادة النظر فيما يستجد في المعاملات مرة تلو الأخرى، لتحقيق المقاصد الشرعية منها.

وفي الختام نسأل الله تعالى أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، وأن ينفعنا به يوم لا ينفع مالٌ ولا بنون، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

المصادر والمراجع:

1. الألباني، محمد ناصر الدين، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، الناشر: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض.
2. البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة، الأدب المفرد، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ومذيل بتعليقات الألباني، الناشر: دار البشائر الإسلامية- بيروت، الطبعة: الثالثة، 1409-1989.
3. المهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي، مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، 1402هـ.
4. ابن بيه، عبد الله، مقاصد المعاملات ومراصد الوقاعات، مسار للنشر والطباعة- دبي، الطبعة: الخامسة، 2018م.
5. ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم الحراني، مجموع الفتاوى، تحقيق: أنور الباز، عامر الجزائر، دار الوفاء، الطبعة الثالثة، 1426 هـ، 2005 م.
6. ابن ثنيان، سليمان إبراهيم، التأمين وأحكامه، دار العواصم المتحدة، بيروت، الطبعة الأولى، 1414هـ، 1993م.
7. الجوهرى، إسماعيل بن حماد الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الناشر: دار العلم للملايين- بيروت، الطبعة: الرابعة، 1407هـ- 1987م.
8. ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
9. حسان، حسين حامد، حكم الشريعة في عقود التأمين، دار الاعتصام، بدون طبعة أو تاريخ.
10. أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر، مع الكتاب: تعليقات كمال يوسف الحوت، والأحاديث مذيّلة بأحكام الألباني عليها.
11. داود، هايل عبد الحفيظ، تغير القيمة الشرائية للنفود الورقية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1418هـ، 1999م.
12. درادكة، ياسين أحمد، نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية، منشورات وزارة الأوقاف، الطبعة الأولى، 1394هـ- 1974م.
13. ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الناشر: دار الحديث- القاهرة، 1425هـ، 2004م.
14. الرصاع، محمد بن قاسم الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، الناشر: المكتبة العلمية، الطبعة: الأولى، 1350هـ.
15. الرهوني، محمد بن أحمد بن محمد، حاشية الرهوني على شرح عبد الباقي الزرقاني، الطبعة الأولى، المطابع الأميرية، مصر، 1306هـ.
16. الريسوني، أحمد بن عبد السلام، إسلامية المعرفة، مجلد 18، عدد 70، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 2012م.
17. الزبيدي، محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، تاج العروس، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية.
18. الزحيلي، وهبة، أصول الفقه الإسلامي، الناشر: دار الفكر المعاصر، الطبعة: الأولى، 1986م.
19. الزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي، الأعلام، الناشر: دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشرة، 2002م.
20. أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996م.

21. السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، دار بلنسية، الرياض، الطبعة الأولى، 1417هـ.
22. السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، الناشر: دار المعرفة- بيروت، 1414هـ- 1993م.
23. الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الموافقات، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة: الأولى، 1417هـ/ 1997م.
24. شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، الطبعة السادسة، 1427هـ، 2007م.
25. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، دار ابن القيم، الرياض، ودار ابن عفان، القاهرة، الطبعة الأولى، 1426هـ، 2005م.
26. الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني، سبل السلام، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الرابعة، 1379هـ، 1960م.
27. ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي، الناشر: دار النفائس، الأردن، الطبعة: الثانية، 1421هـ، 2001م.
28. ابن عبد السلام، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية- القاهرة، 1414 هـ- 1991م.
29. علماء نجد الأعلام، الدرر السنية في الأجوبة النجدية، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الطبعة السادسة، 1417هـ، 1996م.
30. عمر، أحمد مختار عبد الحميد، بمساعدة فريق عمل معجم اللغة العربية المعاصرة، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى، 1429 هـ- 2008م.
31. فارس، طه محمد، ضوابط كسب المال في الشريعة الإسلامية، صادر عن دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، منتدى فقه الاقتصاد الإسلامي، 2015م.
32. الفاسي، محمد علال، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، الناشر: دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، 1993م.
33. الفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، إشراف: محمد نعيم العرقسوسي، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة: الثامنة، 1426 هـ- 2005م.
34. ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، 1405هـ.
35. القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، الفروق- أنوار البروق في أنواء الفروق، الناشر: عالم الكتب، بدون طبعة.
36. القرضاوي، يوسف، بحث مقدم للدورة الثامنة عشرة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث- دبلن، جمادى الثانية، رجب 1429 هـ، يوليو 2008 م.
37. ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب، إعلام الموقعين عن رب العالمين، علق عليه: أبو عبيدة مشهور آل سلمان، دار ابن الجوزي، السعودية، الطبعة الأولى، 1423هـ.

38. ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: د. محمد جميل غازي، مطبعة المدني، القاهرة.
39. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، كتاب التجارات، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت. الأحاديث مذيلة بأحكام الشيخ الألباني عليها.
40. مالك، بن أنس، الموطأ، كتاب المكاتب، باب ما لا يجوز من عتق المكاتب، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، الطبعة الأولى، 1425هـ، 2004م.
41. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1414هـ، 1994م.
42. محند أو إدير مشنان، الغرر وأثره في التأمين التجاري، مجلة آفاق العلمية، المجلد 11، العدد 2، السنة: 2019، جامعة الجزائر.
43. مسلم، بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.
44. مصطفى، إبراهيم/ والزيات، أحمد/ والنجار، محمد/ وعبد القادر، محمد، المعجم الوسيط، دار الدعوة تحقيق: مجمع اللغة العربية.
45. مطيرات، عادل مبارك، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظرية الضرورة، جامعة القاهرة، 1422هـ، 2001م.
46. ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب، فصل الميم، الناشر: دار صادر- بيروت، الطبعة: الثالثة- 1414هـ.
47. الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق: عبد اللطيف محمد عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، 1426هـ، 2005م.
48. النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، 1415هـ، بيروت.
49. المجالات والمجامع:
50. مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، تصدر عن عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، محمد خالد منصور، بحث بعنوان: تغير قيمة النقود وتأثر ذلك بنظرية الظروف الطارئة، 1419هـ، 1998م.
51. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم 9 في المؤتمر الثاني المنعقد بجدة من 10-16 ربيع الثاني، عام 1406 هـ/ 28-22 ديسمبر عام 1985م.
52. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، الطبعة: الثانية، دار السلاسل- الكويت، 1404-1427هـ.

التدليس في عقد الزواج الالكتروني - دراسة فقهية قانونية

م.م زينب رزاق حسين- قسم القانون، كلية الحلة الجامعة، بابل، العراق

law Department, Hilla university college, Babylon, Iraq

م.د رجاء حسين عبد الامير- قسم القانون، كلية الحلة الجامعة، بابل، العراق

Dr. Rajaa Hussein Abdulameer -law Department, Hilla university college, Babylon,
- rajaa@hilla-unc.edu.iq

الملخص:

تعد الحياة الاسرية نعمة من النعم التي من الله علينا بها، ولا سيما أن الزواج هو الطريق القويم لتكوين الاسرة والتي هي نواة المجتمع القائمة على المودة والرحمة، هذا ويعد الزوجان هما اساس العقد، فيجب أن تبنى العلاقة بينهما على اساس من الصدق والصراحة، كون عقد الزواج مقدس، فاذا لم يقيم على الصدق وعدم الخداع والتدليس بين الزوجين فتكون اثاره مدمرة لكلا الطرفين . لذا فقام البعض من الأزواج بالخفاء العيوب عن بعضهم البعض في عقد الزواج المنعقد عن طريق احدى الوسائل الالكترونية، هو محاولة للغش والتدليس دون وازع ديني أو اخلاقي، لذا لا يجوز الالتجاء للأساليب الملتوية أو كتمان الحقيقة لخداع المتعاقد الاخر ودفعه إلى القيام بعقد الزواج بما لم يكن ليرضى به غيرها . اذ هناك اسباب عدة تدفع الأزواج للتدليس، قد تكون منها بارادتهما وقد تكون خارج ارادتهما، ومهما يكن الامر فان التدليس في عقد الزواج الالكتروني مرفوض سواء كان عادي أم الكتروني، لما يترتب على التدليس فسخ للعقد وفرقة بين الزوجين في بعض الاحيان.

الكلمات المفتاحية: التدليس_ عقد الزواج_ الالكتروني_ دراسة_ فقهية_ قانونية

Abstract : Family life is one of the blessings that God has bestowed upon us, especially since marriage is the right way to form a family, which is the nucleus of society based on affection and mercy. This is the spouses who are the basis of the contract, so the relationship between them must be built on the basis of honesty and frankness, as the marriage contract Holy, if it is not based on honesty, lack of deception and teaching between spouses, its effects will be devastating for both parties.

Therefore, some of the spouses concealed the defects from each other in the marriage contract concluded through one of the electronic means, which is an attempt to cheat and deceive without religious or moral scruples, so it is not permissible to resort to devious methods or conceal the truth to deceive the other contracting party and push him to do the marriage contract in a way that he would not be satisfied with . Otherwise, there are several reasons that push husbands to teach, some of which may be of their own will or it may be outside their will. Whatever the case, fraud in the electronic marriage contract is rejected, whether it is normal or electronic. Because fraud results in the termination of the contract and separation between the spouses in some cases.

المقدمة :

التعامل بين الناس يجب أن يكون قائماً على الصراحة والوضوح، لتستقيم العلاقات بينهم، وتسود أجواء الثقة والاطمئنان، من هنا أكدت تعاليم الشريعة على الوضوح في أي معاملة بين طرفين، بأن يعرف كل طرف ما يأخذ وما يعطي، فلا يكون هناك جهل ولا غرر، وفي هذا السياق حرّمت الشريعة كل ألوان الخداع والغش، وأعتبرته مؤثراً على صحة المعاملة وخادشاً لشرعيتها، ضمن تفصيل تستعرضه أبواب الفقه الإسلامي.

روي عن الرسول (ص): «لا يحل لمسلم إذا باع من أخيه بيعاً فيه عيب ألا يبينه».

وعنه: «ليس منا من غش مسلماً».

وورد عن الإمام علي (ع): «شر الناس من يغش الناس».

ولأن العلاقة الزوجية هي أرقى وأهم أنواع العلاقات، فينبغي أن تُبنى على أساس من الصراحة والوضوح، حتى لا تتعرض لأي اضطراب واهتزاز.

من هنا حثت التعاليم الدينية على الاهتمام بمرحلة الاختيار من قبل كل من الطرفين للآخر، حتى يكون الاختيار ضمن قيم ومواصفات سليمة، وبلاستفادة من آراء الناصحين والمخلصين، وفسحت الشريعة المجال لكل من الطرفين أن يتعرف على شخص وشخصية الآخر.

وقد شهد هذا العصر تطوراً هائلاً وبشكل لم يكن معروفاً من قبل في وسائل الاتصال، فأصبحت هذه الوسائل متداولة وتشهد استخداماً بشكل كبير، مما سهل عملية نقل وارسال المعلومات وحتى اجراء العقود في مدة قصيرة جداً دون حضور اطراف العقد في مجلس واحد، ففي مجال عقد الزواج أصبح بإمكان العاقدين اجراء العقد بينهما على الرغم من بعد المسافة دون عناء، وقد تناولت هذه الدراسة انعقاد الزواج عبر الانترنت، إذ ظهرت آراء تجيز اجراء عقد الزواج عبر المراسلة الكتابية أو عن طريق استخدام الصوت و الصورة، ولكن نتساءل كيف لو حصل تدليس، و الاجابة عن ذلك سوف تكون محور بحثنا والذي بدورنا سوف نقوم بتقسيمه الى ثلاث مباحث حيث ستناول في المبحث الأول التعريف بالتدليس في عقد الزواج، في حين سنبحث في المبحث الثاني مفهوم انعقاد الزواج عبر الانترنت، بينما سننقد المبحث الأخير الى اثر تدليس الزوج في عقد النكاح.

المبحث الأول التعريف بالتدليس في عقد الزواج

ليبيان التعريف بالتدليس في عقد الزواج، سوف نقسم هذا المبحث على اربعة مطالب، نتناول في المطلب الأول تعريف التدليس في عقد الزواج، وفي المطلب الذي نتناول اركان التدليس وشروطه، ويعقد المطلب الثالث لصور التدليس ومعياره في عقد الزواج، اما المطلب الرابع سيعقد لحكم التدليس في عقد الزواج.

المطلب الأول

تعريف التدليس في عقد الزواج

يعرف التدليس في اللغة: مأخوذ من الدلس، وهو الخيانة، ودلس علي كذا: اخفى عيبه، والدولسة بالفتح: الظلمة، والدولسة بالضم: الخديعة والخيانة، والتدليس: عدم تبين العيب، ولا يخص به البيع، فقد عرفه التدليس بألفاظ متنوعة، جاءت كلها حول كتمان العيب في السلعة المباعة، يقول الازهري: "التدليس ان يكون بالسلعة عيب باطن فلا يخبر البائع المشتري لها بذلك العيب الباطن ويكتمه اياه"⁽¹⁾، واقتصر في المطلع على ما نقله اهل اللغة بقوله: "التدليس في البيع: كتمان عيب السلعة عن المشتري"⁽²⁾.

١ انظر: محمد بن مكرم، لسان العرب، ج٦، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ص١١٧

انظر: محمد بن ابي بكر الرازي، مختار الصحاح، المكتبة العصرية للطباعة، بيروت، 1996، ص138.

وعرف التدليس في عقد الزواج على أنه، التدليس هو التغيرير والتمويه، بإخفاء نقص موجود، أو ادعاء كمال مفقود، وغالباً ما يستخدم لفظ التدليس في تزيف صفات الإنسان، ولفظ الغش في تزيف صفات الأشياء.

والتعريف الاصطلاحي للتدليس بأنه، " كتمان احد المتعاقدين عيباً خفياً يعلمه في محل العقد عن المتعاقد الاخر في محل المعاوضة، وعرف بعضهم بانه " اغراء العاقد وخديعته ليقدم على العقد ظناً انه في مصلحته والواقع خلاف ذلك " وفي نظري: ان توسيع دائرة التدليس ليشمل كل عقد اولى من قصره على البيع، لان النهي الوارد عن التدليس يشمل كل تعامل، وليس قاصراً على تعامل دون سواه.

والذي يظهر لي ان مراد المتقدمين من اقتصارهم على البيع في تعريف التدليس انما هو التمثيل بأشهر العقود وأكثرها تعاملًا وهو البيع دون ارادة قصر التدليس عليه.

ولا يخرج تدليس الزوج في عقد النكاح عن هذا المعنى وهو كتمان العيب و اخفاؤه، ويمكن ان يقال في تعريفه: كتمان الزوج عيباً خفياً يخل بشرط صحة العقد أو لزومه. قوله " عيباً خفياً: يخرج العيب الظاهر حساً أو المعلوم للزوجة أو وليها. قوله " يخل بشرط صحة العقد": أي الشروط التي لا يصح العقد إلا بها، كأن يخفي عدم اسلامه وزوجته مسلمة. قوله " أو لزومه": أي الشروط التي يثبت الاخلال بها حق الفسخ لمن له الخيار عند فقده، كأن يكتم عيباً فيه لا تستطيع الزوجة العيش معه الا بضرر متحقق كالجب والعنة¹

المطلب الثاني: اركان التدليس وشروطه

للتعرف على اركان التدليس وشروطه ينبغي علينا تقسيم هذا المطلب الى مسالتين وهما كالآتي:

المسألة الأولى اركان التدليس:

لا يعتبر التدليس متحققاً الا اذا توافرت اركانه، وهي:

أولاً: المدلس، وهو من يقوم بالتدليس.

ثانياً: المدلس عليه، وهو الذي فاته غرض مقصود نتيجة التدليس.

ثالثاً: الوسيلة، وهي الطريقة المستخدمة في التدليس، سواء كانت بالقول أم بالفعل او بالكتمان.

المسألة الثانية: شروط التدليس:

يشترط لتحقيق وقوع التدليس وترتب أثره عليه ثلاثة شروط:

الاول: جهل المدلس عليه بموضوع التدليس.

الثاني: ان يكون التدليس هو الباعث للمدلس عليه الى ابرام العقد، بحيث يكون الكذب او الكتمان من الجسامة بحيث لولاه لما ابرم الطرف الثاني العقد.

انظر: احمد بن محمد الدردير، الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996، ص 194. ¹

الثالث : أن يكون التدليس واقعا من احد المتعاقدين او ان يكون على دراية به في حالة حدوثه من الغير.¹

ويتضح من هذا ان تدليس الزوج الذي يعتد به ، ويكون اثرا معتبرا في الشرع هو الذي يحدو بالعاقدا الاخر ويدفعه

لإجراء عقد الزواج ، سواء كان بقول صادر من ذي صفة معتبرة في العقد وهو الزوج او وكيله بإخباره عن صفات تعد ميزة في نظر الاخر ، او بفعل من الافعال الدافعة للتعاقد ، او بكتمان امر من الامور المؤثرة في رضاه ، كذلك مما ينبغي ان يكون له اعتباره ان التدليس اذا وقع من الغير لا يتحملة المتعاقد إلا اذا علم به عند ابرام العقد ، او كان في استطاعته ان يعلم به لو انه بذل من الحرص ما يبذله الشخص العادي لو كان في مكانه .

وقد جاء في نصوص الفقهاء ما يشير الى بعض هذه الشروط 'ومن ذلك ما جاء في الدر المختار: "الغرر لا يوجب الرجوع الا في ثلاث مسائل : الثالثة : اذا كان الغرور بالشروط كما له زوجة امرأة على انها حرة ، ثم استحقت رجوع على المخبر بقيمة الولد المستحق" (1).

وقال الدردير : "والخيار ثابت بغيرها اي بغير العيوب المتقدمة من سواد ، وقرع ، وعور ، وعرج ، وشلل ، وقطع ، وكثرة أكل من كل ما يعد عيبا عرفا ، ان شرط السلامة منه "

وقال النووي : " اذا رضي أحد الزوجين بعيب صاحبه ، فحدث بمن به العيب عيب اخر ، ثبت الخيار بالعيب الحادث على الصحيح ، وان ازداد الاول فلا خيار على الصحيح ، لان رضاه بالأول رضى بما يتولد منه "

وقال الهوتي : " وان شرطها اي الزوجة مسلمة ، او قيل اي قال الولي للزوج : زوجتك هذه المسلمة ، او ظنها اي ظن الزوج الزوجة مسلمة ولم تعرف الزوجة بتقدم كفر ، فبانت كتابية فله الخيار ، فان عرفت قبل بكفر فلا ، لتفريطه " .

ويظهر من هذه النصوص ان الفقهاء متفقون على ان التدليس يتحقق اذا كان المدلس عليه لا يعلم العيب المدلس به ، وكان التدليس هو الدافع الى التعاقد ، وكان الطرف الاخر هو الذي صدر منه التدليس ، او كان على علم به فيما لو وقع من غيره .

المطلب الثالث : صور التدليس ومعياره في عقد الزواج

في هذا المطلب سنبحث صور التدليس ومعياره ضمن مسألتين :

المسألة الأولى : صور التدليس :

الصورة الأولى : التدليس بالقبول : وهو الكذب الصادر من احد العاقدين لحمل الاخر على التعاقد .

وقد مثل له الفقهاء في عقد الزواج بأمثلة ، منها : ان يدعي الزوج انه ذا نسب معين ثم يظهر بخلافه ، أو انه موسر فيظهر انه فقير ، أو تدعي فتاة انها مسلمة ، أو من اهل الكتاب ، او يدعي احدهما سنا معيناً ، ثم يظهر خلاف ذلك⁽¹⁾

انظر : عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، المصنف-حبيب الرحمن الاعظمي، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، 1983، ص355.

(1) انظر : احمد بن محمد الدردير ، المصدر السابق ، ص196 .

(1) انظر : محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي ، المغني ، مكتبة القاهرة ، مصر ، 1968، ص100.

الصورة الثانية : التدليس بالفعل : ويكون بأحداث فعل في المعقود عليه ليظهر بصورة غير ما هو عليه في الواقع بقصد تضليل العاقد في حقيقة المعقود عليه ، او في صفة من صفاته بما يدفعه الى التعاقد ، وهو ما اشار اليه الحطاب بقوله " أن يفعل البائع في المبيع فعلا يظن به المشتري كمالا فلا يوجد "(2) .

وفي عقد النكاح يتخذ التدليس بالفعل اشكالا عدة ، منها :

وصل الشعر : وذلك بأن تصل المرأة شعرها بشعر غيرها ، او بشعر صناعي ، ومنها : ان يكون احد العاقدين مقطوع عضو او اعضاء من جسده ويقوم بتركيب اطراف صناعية تظهره على خلاف الواقع ، ومنها : ان ينتحل الزوج شخصية مهنة من المهن المرغوبة كمهندس او طبيب ، ويقدم لذلك وثائق مزورة ونحوها ، او ان يرتدي ملابس خاصة بأهل مهنة بعينها كملابس العسكريين او الأطباء ليوهم انه من اهل هذه المهنة ، والواقع انه ليس كذلك .

الصورة الثالثة : التدليس بالكتمان : وقد عرفه البعض بأنه " كتمان احد المتعاقدين عيبا خفيا يعلمه في محل العقد عن المتعاقد الآخر "

والتدليس بالكتمان في عقد الزواج يتحقق بأن يكتتم احد الزوجين عن الاخر امرا خفيا لو اطلع عليه ما رضي بصاحبه ، وقد يحصل ايضا من الولي .

ويتسع نطاق التدليس بالكتمان في عقد النكاح بحيث لا يقتصر على التدليس بالعيب وحده ، بل قد يتحقق ايضا بكتمان امور كان يلزم اظهارها تتعلق بالدين او النسب او المهنة .. الخ وسيأتي بيان ذلك في موضعه .

المسألة الثانية : معيار التدليس المثبت للخيار :

معيار التدليس في الاصل معيار شخصي ينظر فيه الى المدلس عليه لا الى غيره من الاشخاص ، وعليه فانه يختلف من شخص الى اخر ، ويستنبطه حاكم القضية من سن المتعاقد وخبرته وذكائه وعلمه ، فليست العبرة بوسيلة التدليس في ذاتها وفي مدى تأثيرها في الشخص العادي بل العبرة بتأثيرها في المتعاقد نفسه .

ومع كون معيار التدليس معيارا شخصيا في الاصل ، الا ان الفقهاء حاولوا اخضاعه للقواعد العامة في العقود من حيث الاعتداء به وعدمه ، وفي كونه مثبتا للخيار او غير مثبت له ، وباستقراء اراء الفقهاء في ذلك يتضح انهم متفقون على ان العيب المثبت لخيار التدليس هو ما انقص القيمة ، او فات به غرض صحيح في المعقود عليه ، والا يكون ظاهرا لغالب الناس حتى لا ينسب المتعاقد الاخر الى التقصير(1) .

وتطبيق هذه القواعد العامة على عقد النكاح يتضح ان معيار تدليس الزوج الذي يثبت به الخيار يشترط ان يتحقق فيه قوات غرض صحيح من اغراض النكاح يصعب ازالته بلا حرج ومشقة(2) .

المطلب الرابع : حكم التدليس

تعددت الادلة على تحريم التدليس من الكتاب ، والسنة ، والاجماع ، ومنها :

اولا : القران الكريم :

(2) انظر : جلال الدين عبد الله بن نجم أبو محمد، عقد الجواهر ، دار الفلم ، دمشق، 2003، ص88

(1) انظر : د. وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي ، ج7، ط3، دار الفكر ، دمشق ، 1989 ، ص525

(2) انظر : محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية - عقد الزواج واثاره، ط 2 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص30-40

- 1- قوله تعالى : (.. ومن أظلم ممن كتم شهادة عنده من الله وما الله بغافل عما تعملون)⁽¹⁾ .
- 2- قوله تعالى : (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن ان كن يؤمن بالله واليوم الآخر ...)⁽²⁾ .
- 3- قوله تعالى : (يا اهل الكتاب لم تلبسون الحق بالباطل وتكتمون الحق وانتم تعلمون)⁽³⁾ .

دلت الآيات على انه لا ظلم اشد من ان يكتم الانسان امرا اوجب الله بيانه ، ومن ذلك ما يتعلق بشأن الزواج ، ومنه كتمان المرأة لأمر لا يعلم الا من جهتها من حبل او حيض ، كما تضمنت الآية الانكار على اهل الكتاب كتمانهم الحق مما يعرفون من صفات النبي صلى الله عليه واله وسلم الواردة في كتهم ، فالآيات جميعها تحذر من التدليس لما يترتب عليه من الاضرار العظيمة بالفرد والمجتمع .

ثانيا : السنة :

- 1- حديث ابي هريرة ان النبي صلى مر على طعام فأدخل يده فيه ، فنالت اصابعه بللا ، فقال : ما هذا يا صاحب الطعام ، قال : أصابته السماء يا رسول الله ، قال (أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس ، من غش فليس مني)⁽⁴⁾ .
- 2- ما روي ان النبي صلى الله عليه واله وسلم تزوج امرأة من غفار ، فلما دخل عليها وضع ثوبه وقعد على الفراش ، فأبصر بكشحاها بياضا ، فانحاز عن الفراش ، ثم قال : (البسي ثيابك والحقي بأهلك) وفي رواية : " دلستم علي .
- وجه الاستدلال :

دل الحديثان على تحريم التدليس بشتى صورته سواء ما كان منه في البيع ، أو بإخفاء عيب في احد الزوجين كما حدث من الغفارية واهلها ، فالأحاديث صريحة في تحريم التدليس منعا للضرر الذي يلحق بالمتعاقد الآخر.

المبحث الثاني مفهوم انعقاد الزواج عبر الانترنت

للزواج قيمة كبرى في حياة الانسان وفي وجود الاسرة وفي وجهة النظر الشرعية فكلنا أبناء هذا العقد والتناسل بغير ذلك الطريق ومعصية والوجود بدونه وجود قلق وعن طريق الزواج تتكون الأسرة

نحتمي بها بالإضافة الى ما يترتب عليه من نتائج تشريعية واجتماعية . وستناول في هذا المبحث عقد الزواج

واركانه وشروطه ولنتعرف على مفهوم انعقاد الزواج عبر الانترنت سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث وفقا للمطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف عقد الزواج

عرف عقد الزواج تعريفات متعددة فقد عرف بأنه " عقد يفيد ملك المتعه قصداً، أي حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع نكاحها مانع شرعي بالعقد مباشرة او هو عقد وضع لتمليك منافع البضع"¹

وعرف ايضا بأنه عقد وضعه الشارع يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالأخر على الوجه المشروع.

وهناك تعريف دقيق لعقد الزواج يشمل هذه المعاني كلها للشيوخ المرحوم محمد ابو زهره : "أنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الانساني وتعاونهما مدى الحياة و يحدد ما لكلهما من حقوق وما عليهما من واجبات"

⁽¹⁾سورة البقرة : الآية 140

⁽²⁾سورة البقرة : الآية 228

⁽³⁾سورة ال عمران : الآية 71

⁽⁴⁾انظر: وهبة الزحيلي , المصدر السابق , ص528,

انظر: وهبة الزحيلي, المصدر السابق , ص 29

هنا التعريف يكشف عن حقيقة الزواج في نظر الشارع الاسلامي وعقد الزواج كما يطلق عليه لفظ "الزواج" يطلق عليه لفظ النكاح بل استعمال الشارع والفقهاء لمادة النكاح في هذا المعنى أكثر شيوعاً من استعمالهم لفظ "الزواج" ومعنى ذلك ان مدلول كلمتي الزواج في لسان الشرعيين واحد¹

المطلب الثاني: أركان عقد الزواج

نصت المادة/4 من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ " ينعقد الزواج بإيجاب يفيد لغاً أو عرفاً من احد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه"²

من نص المادة يتضح أن للإيجاب لابد من موجب والقبول لابد من قابل وبذلك اكتملت أركان العقد الأربعة.
1- الإيجاب: هو الكلام الصادر أولاً من أحد العاقدين للدلالة على انصراف الإرادة على انشاء العقد او هو اللفظ الصادر من الولي أو من يقوم مقامه, وهذا لمن اشترط وجود ولي في النكاح.

2- القبول هو الكلام الصادر أولاً من الطرف الثاني للدلالة على انصراف ارادته إلى قبول ما أوجبه الطرف الأول .
ونظراً لأهمية عقد الزواج وبالنظر في حكم العلاقة بين الزوجين فقد حرص الفقهاء على صيانتها من كل انواع الاحتمالات التي تؤثر على صحته لذا نجدهم تكلموا في الإيجاب والقبول على أن يكون بصيغة الماضي كما يحقق أيضاً إذا كان احدهما بلفظ الماضي و الآخر بلفظ الامر ويتحقق كذلك إذا كان احدهما بلفظ المضارع و الآخر بلفظ الماضي كما يتحقق ايضاً الإيجاب والقبول بالجملة الاسمية او بلفظي يعبر أحدهما عن الماضي و الآخر عن المستقبل كما وينعقد الزواج بالمضارع فإنه ينعقد بالاستفهام و إلا أن الاحناف قالوا لا ينعقد ما لم يقل الموجب بعدئذ قبلت لان هذا اللفظ استفهام واستخبار يعقد بخلاف صيغته الامر فإنه توكيل ضمني..³

المطلب الثالث : شروط عقد الزواج

عقد الزواج من العقود الهامة في الفقه الإسلامي لأنه يغير سائر العقود فهو ليس عقد تملك او منفعة كعقد البيع و الايجار بل هو عقد وميثاق بين الزوجين به ارتباطاً وثيقاً ومدى الحياة، لذلك اشترط الشارع شروط لعقد الزواج تتعلق في العاقدين بين (الموجب والقابل) وشروط تتعلق في المعقود عليه (الزوجان وشروط في الصيغة (الإيجاب والقبول) كما اشارت الى ذلك المادة السادسة من قانون الاحوال الشخصية والذي يهمننا في بحثنا هي شروط الإيجاب والقبول وكالاتي :

شروط صيغة الإيجاب والقبول

اشترط الفقهاء للإيجاب والقبول الشروط التالية :

اتحاد مجلس الإيجاب والقبول : ويحصل الاتحاد في المجلس اذا لم يصدر من العاقدين او احدهما بعد 1- الإيجاب ما يدل على الاعراض عنه او الاشتغال بغيره ، اما اذا قام احدهما من المجلس بعد الإيجاب وقبل القبول او اشتعل بحديث آخر لا علاقة له بالعقد ثم صدر القبول منه بعد ذلك لم ينعقد العقد لأنه بطل .بانعدام شرط الاتحاد والمرجع في اتحاد المجلس وعدمه الى العرف الجاري⁴

2- موافقة الإيجاب للقبول ومطابقتها له : ينبغي ان يتم الاتفاق وان يرد القبول على موضوع الإيجاب وفي مقدار المهر ان سماه الموجب فإذا اختلفا في ذلك لم ينعقد العقد إلا اذا كان في الاختلاف خير للموجب.⁵

نظام الدين عبد الحميد، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي في أحكام النكاح، ط1، بغداد، 1986، ص17 انظر¹:

انظر : قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ ، رقم 188 لسنة 1959 .²

2انظر : د. احمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، طبعة منقحة، طبعته العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة ، 2007 ، ص39

انظر : علاء الدين الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج3، ط2، دار الكتب العلمية ، 1986 ، ص232⁴

انظر: وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص52.⁵

3- التنجيز في الحال: ويقصد به ان يكون انشاء الزواج في الحال فلا ينعقد العقد اذا علق الايجاب فيه على حصول امر في المستقبل او اضيف الى زمن مستقبل بل يشترط ان يكون العقد منجزاً كأن يقول الرجل لإمره تزوجتك فتقول قبلت.

ولو أردنا ان نعرف الايجاب الذي يتم عبر الوسائل الالكترونية الحديثه بأنه تعبير جازم عن الاراده يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال سواء كانت مسموعة او مرئية او كليهما ويتضمن كافة الشروط والعناصر الاساسية للعقد المراد ابرامه بحيث ينعقد به العقد اذا ما تلاقى معه القبول. أما القبول الالكتروني فإنه لا يختلف عن القبول التقليدي سوى في انه يتم التعبير عنه عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثه ولذلك فهو يخضع بحسب الاصل للقواعد العامه التي تنظم القبول التقليدي وان كان يتميز ببعض القواعد الخاصة به والتي قد ترجع الى انه يتم عبر وسائط ودعائم الكترونية¹ والتعبير عن الايجاب والقبول الالكتروني اما عن طريق البريد الالكتروني او عن طريق المحادثة وعندما يتم التعاقد الالكتروني الذي (website) بصورها المختلفة او عن طريق المواقع الالكترونية (chat) يبدأ بالإيجاب الالكتروني البات وينتهي بانتهاء الانشغال بالتعاقد يتكون مجلس العقد الالكتروني الذي يقترب مفهومه من مفهوم مجلس العقد الحالي اذا ما توفرت شروطه:

1- اجتماع المتعاقدين في مكان افتراضي.

2- الانشغال بصيغة التعاقد وعدم الاعراض عنها

مع الاخذ بنظر الاعتبار ان مفهوم المكان والانشغال بالصيغة وعدم الاعراض عنها يختلف في كلا الحالتين²

المطلب الرابع : مشروعية ابرام عقد الزواج عبر الانترنت

عقد الزواج عبر الانترنت هو عقد الكتروني ينعقد بتلاقي ارادتي الايجاب والقبول ويتم التعبير عن ارادة التعاقد ايجاباً وقبولاً عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثه والتي تعتمد في استخدامها على دعائم الكترونيه و وسائل التعبير عن الإرادة عبر الانترنت قد تكون عن طريق المراسلة الكتابيه أو قد يكون عن باستخدام الصوت او قد يكون باستخدام الصوت والصورة معاً وفي هذا المبحث (chat) طريق المحادثه

سنتناول مدى مشروعية ابرام عقد الزواج عبر هذه الوسائل وذلك من خلال المطالب الآتية :

الأصل في الصيغه ان تكون باللفظ لكن الانسان قد يلجأ احياناً الى الكتابة لعدم قدرته على الكلام لظرف احاط به أو امر اصابه في نفسه أو لغيابه عن المجلس فهل يجوز له بذلك ان يعقد نكاحه عن طريق الكتابه ؟ في هذه الحالة لابد من التمييز بين حالتين:-

١- اذا كان العاقد حاضرين : إذا كان العاقد حاضرين معا في مجلس العقد وكانا قادرين على النطق فلا يصح باتفاق الفقهاء الزواج بينهما بالكتابة لأن اللفظ هو الاصل في الافصاح عما في النفس من المعاني وهي اقوى طرق الدلاله على المقصود للشخص من انشاء العقود وغير ذلك من الاغراض فلا يعدل عنها الى الكتابة³

٢- اذا كان العاقد غائبين:-

انقسم الفقهاء بشأن اجراء عقد الزواج بين غائبين الى قولين:-

١ - القول الاول : منع من اجراء عقد الزواج بالكتابة بين غائبين وهو ما ذهب اليه اغلبية جمهور العلماء من المالكيه والشافعية والحنابلة واستدلوا في ذلك الى عدة من الادلة التي لا مجال لذكرها في بحثنا⁴

انظر: سمير حامد عبد العزيز الجمال , التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثه , ط2, دار النهضة العربية , القاهرة , 2007 , ص105

انظر : د. عقيل فاضل الدهان, الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني, بحث مقدم الى كلية القانون جامعة البصرة , ص1992

انظر: عبد الرحمان الجزيري , الفقه على المذاهب الأربعة , ج4, ط1, دار الفجر للتراث , القاهرة , 2000, ص24³

ص687 انظر : وحيد الدين سوار, التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي , ط2, الشركة الوطنية للنشر, الجزائر , 1979,⁴

٢- القول الثاني : اجاز عقد الزواج بالكتابة بين غائبين وهذا مذهب الحنفيه فإذا كان احد العاقدين غائباً عن المجلس فأن النكاح ينعقد بالكتابة لتعذر المشافهة¹

وقد اشترط الحنفية لصحة عقد الزواج بالكتابة الشروط التالية:

١- ان لا يكون العاقد حاضرا بل غائباً.

٢- ان يشهد العاقد شاهدين على ما في الكتاب عند ارساله.

٣- ان يصرح المرسل اليه بالقبول لفظاً لا كتابه.

٤- ان تقترن الشهادة على الكتابة بقبول الزوجه او وليها لان سماع الشطرين شرط صحة النكاح.

بناءً على ما تقدم فأن النكاح عند الحنفية يصح وتتحقق الشهادة بتلاوة المكتوب على الشهود وقبول من وجه اليه الكتاب , علماً ان المشرع العراقي بقانون الأحوال الشخصية النافذ اخذ برأي الأحناف حيث اجاز عقد النكاح بالكتابة للغائب. المادة 2/6

(ينعقد الزواج بالكتابة من الغائب لمن يريد ان يتزوجها بشرط ان يقرأ عليها الكتاب او تقرؤه على الشاهدين وتسمعهما عباراته وتشهدهما على انه قبلت الزواج منه).²

اثر هذا الخلاف على الزواج بالمراسلة الكتابية عبر شبكة الانترنت إذا توافر في الكتابه عبر شبكة الانترنت الشروط الواجب توافرها في الاحتجاج بالكتابة التي اشترطها فقهاء القانون ، وتوفرت الضمانات اللازمة لنسبتها إلى مصدرها بأن كانت مصحوبة بشهادة تصديق الكتروني أو كلمة سر لا يعرفها سوى طرفيها ونحو ذلك من الضمانات التي تقطع في نسبة الكتابة الى من اصدرها فهل ينعقد بها الزواج شأنه شأن سائر العقود الاخرى كالبيع ونحوه ام ان الزواج مستثنى من جملة هذه العقود.³

المطلب الخامس مدى شرعية الزواج عبر الانترنت عن طريق المراسلة الكتابية

من خلال استطلاع لآراء العلماء المعاصرين فقد لاحظنا اختلافهم في المسألة ويمكن بيان الخلاف على النحو التالي:-
القول الأول : ذهب أصحابه الى عدم جواز اجراء عقد الزواج بواسطة الكتابة عبر الانترنت وممن ، ومجموعة من المفتين بموقع اسلام اون لاين و افتي به مجمع الفقه ويفهم من كلام كثير من العلماء الذين تحدثوا عن الاعلان عن الزواج في مواقع الانترنت.

وقد استدل اصحاب هذا القول بعدة آراء منها : أن عقد الزواج له خطر عظيم وهو عقد فيه معنى العباده والامر فيه يقوم على الاحتياط وقد احتاط جمهور العلماء له فممنوعوا عقد الزواج فيه بالكتابة وذلك احتياط لأمر الزواج والمحاذير الشرعية في الزواج عبر الانترنت اعظم فوجب منعها من باب أولى.

القول الثاني : ذهب أصحابه الى جواز انعقاد الزواج بالكتابة عبر الانترنت وقد استدل اصحاب هذا القول على أساس ما أخذ به الحنفية الذين اجازوا عقد الزواج بواسطة الكتابه فاعتبروا الزواج عبر الانترنت نظير الزواج بالكتابة لا يختلف عنها واشترطوا له ما يشترط للزواج بالكتابة من ولي واشهاد.⁴

رأي الباحث:-

الذي يمكن ان نقوله بشأن اجراء عقد الزواج عبر المراسلة الكتابية فإنه نرى عدم صحة الزواج عبر هذه الطريقة وذلك للأسباب التالية:-

انظر : الكاساني, المصدر السابق, ص 232

انظر : فريد فتیان, شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي مع تعديلاته , القانون واحكام محكمة التمييز , ط 2 , دار واسط² للدراسات والنشر والتوزيع , لندن, 1986.

د. خالد محمود طلال حمادنه, عقد الزواج بالكتابة عن طريق الانترنت , ط 1, دار النفائس , عمان, 2002, ص 89. انظر :³

انظر : خالد محمود طلال حمادنة , المصدر نفسه, ص 89⁴

- ١- إن عقد الزواج يتميز عن سائر العقود بما فيه من قدسيه فهو من اعظم اشكال الارتباط الانساني فيجب التعامل معه بما يستحق من التعظيم لشأنه واثبات كرامة المرأة وكرامة اوليائها وصون حقوق كافة الاطراف .
- ٢- يفتقد المتعاقدان للنكاح عبر الانترنت عن طريق الكتاب لسهولة تبادل وجهات النظر والتفاوض حول العقد.
- ٣- امكانية التلاعب بالبيانات المرسله أو المستقبله او انتحال الشخصيات.
- لما تقدم نرى انه لا يمكن اجراء عقد الزواج بهذه الطريقة.¹

المبحث الثالث : أثر تدليس الزوج في عقد النكاح :

لمعرفة اثر تدليس الزوج في عقد النكاح يستلزم منا الامر تقسم هذا المبحث وفقا للمطالب الآتية:

المطلب الأول : حقيقة خيار الفسخ

لم أجد تعريفا لفسخ النكاح _ فيما اطلعت عليه _ عند المتقدمين ، وقد عرفه بعض المعاصرين بقوله : " نقض عقد الزواج بسبب خلل وقع فيه وقت عقده او بسبب خلل طرأ يمنع من بقاءه واستمراره " .

ومن اهم الفروق بين الطلاق والفسخ:

- 1- ان الطلاق لا يكون الا في نكاح صحيح ، أما الفسخ فقد يكون في نكاح صحيح او غير صحيح كوجود حرمة مصاهرة او رضاع .
- 2- الفسخ لا ينقص من عدد ما يملكه الزوج من التطليقات .
- 3- الفسخ يسقط المهر اذا كان قبل الدخول ، بخلاف الطلاق فيجب نصف المهر .

- 4- ان الفسخ يحل عقدة النكاح في الحال دائما ، فلا يستطيع الزوج ان يعيد زوجته الى عصمته الا بعقد جديد اما الطلاق فمنه ما يحل عقدة الزواج في الحال وهو البائن ، ومنه ما لا يحل عقدة الزواج في الحال وانما يعد انقضاء العدة وهو الرجعي² .

المطلب الثاني : من له حق الخيار:

إذا دلس الزوج في عقد النكاح سواء في ديانتته او نسبة او يساره او حرفته او اصابته بعيب يمنعه من الوطاء او كمال الاستمتاع ، فان حق خيار الفسخ للزوجة ابتداء ، لان الضرر يقع عليها مباشرة ولا سبيل للتخلص من هذا الضرر الا بالفسخ ، لان الطلاق بيد الزوج وحده³

اما الولي فيثبت له حق طلب فسخ نكاح موليته بكل عيب يتعدى اثره اليه ، وضابط هذا العيب ، هو كل ما يلحق بالولي عارا في العرف او يخاف منه العدوى في النسل ، كجنون الزوج او جذامه ، او انعدام الكفاءة او نقصها

أما لا يلحق بالولي عارا في العرف ولا يخاف منه العدوى على النسل ، كالجيب والعنه فليس للولي الحق في الفسخ ، لأنه لا يعبر بذلك ، ولأنه وان حدث ضرر فانه يلحق بالزوجة وحدها فلا ضرر عليه ، ولا يملك الولي اجبارها على المطالبة بالفسخ عند سقوط حقه⁴ .

المطلب الثالث : شروط ثبوت الخيار

اشترط المجوزون لخيار فسخ عقد النكاح اذا دلس فيه من قبل الزوج عدة شروط لثبوت هذا الحق ، وهي الشرط الاول : ان يكون العيب مخلا بأحد مقاصد النكاح ، ولو تحقق معه الاستمتاع كالعقم وشبهه .

انظر: د. وهبة الزحيلي ، المصدر السابق ، ص 52.

انظر : احمد ابن محمد الدردير ، المصدر السابق ، ص 198

انظر : نضام الدين عبد الحميد، المصدر السابق، ص 24

انظر : وهبة الزحيلي، المصدر السابق ، ص 54

الشرط الثاني : ان يكون العيب منفرا بشهادة اهل الخبرة .

الشرط الثالث : ان يكون العيب مما لا يرجى شفاء الزوج منه ، او يرجى شفاؤه ولكن بعد مدة تتضرر منها الزوجة
الشرط الرابع : ان لا يكون الطرف الاخر عالما بالعيب وقت العقد ، لأنه اذا اقدم على العقد مع علمه بالعيب كان ذلك
دليلا على قبوله ، فيكون بذلك مسقطا لخياره .

المطلب الرابع : وقت ثبوت الخيار

اختلف الفقهاء في وقت ثبوت الخيار للزوجة او ولها اذا دلس الزوج في عقد النكاح على قولين :
القول الاول : ان الخيار ثابت على التراخي لمن له الحق فيه ، فله ان يطالب بالفسخ في اي وقت . وهو مذهب الحنفية ،
والمالكية ، والحنابلة¹

القول الثاني : ان الخيار ثابت على الفور ، وينتهي زمنه فور التمكن منه ولم يطالب به . وهو مذهب الشافعية .
ادلة القول الاول :

الدليل الاول : ان خيار فسخ النكاح للتدليس خيار لدفع ضرر متحقق ، فكان على التراخي كخيار القصاص
الدليل الثاني : قد يكون للزوجة غرض صحيح بالتأجيل ، كأن ترجو زوال عيب زوجها ، وهذا لا يلزم منه الرضا بالعيب ،
فيثبت لها حق طلب فسخ النكاح على التراخي .
دليل القول الثاني :

ان الخيار - هنا - سببه العيب ، واذا وجد السبب وهو العيب وجد المسبب وهو الخيار ، فيكون على الفور كخيار
العيب في المبيع²
المناقشة :

نوقش هذا الدليل بالفرق بين العيبين ، فالضرر في فورية فسخ عقد البيع غير متحقق ، لانه قد يكون المقصود من المبيع
ماليته او خدمته ، ويحصل ذلك مع عيبه ، اما النكاح فالمقصود منه : الاستمتاع ويفوت بذلك بعيب³
الترجيح :

الراجح - والله اعلم - هو ما ذهب اليه الجمهور من ثبوت حق فسخ النكاح بسبب تدليس الزوج على التراخي لا على الفور
، وذلك لفوة ادلة هذا القول ، ولان عدم المطالبة بالتفريق فورا لا يدل قطعاً على الرضا بالعيب ، وإنما قد يكون له دوافع
تساعد في اتخاذ قرار صائب بين الزوجين اما بالفرقة او البقاء بما يحقق مصلحة الطرفين .

المطلب الخامس : وسائل اثبات تدليس الزوج

يخضع اثبات التدليس في تعقد الزواج للقواعد العامة في الدعاوى و البيّنات ، فيتحقق ثبوته بأدلة الاثبات المعهودة ،
وتتمثل فيما يلي :
اولا : الاقرار :

وذلك بان تدعي الزوجة على زوجها وقوع التدليس من جانبه مما يعد عيبا او نقصا يلحق بها ضررا ، فيقر الزوج بتدليسه
، ففي هذه الحالة : يثبت التدليس ، ويعطي للزوجة الخيار في فسخ العقد او الابقاء عليه ، كما لو ادعت الزوجة ان
زوجها عنين ، ثم اقر الزوج بذلك وانه اخفى عنها هذا العيب ، ففي هذه الصورة يثبت الخيار للزوجة

انظر : كمال الدين ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1995 ، ص 344 .¹

انظر : علاء الدين الكاساني ، المصدر السابق ، ص 230 .²

انظر : عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، المصدر السابق ، ص 356 .³

ثم انكر امام القاضي ، ففي هذه الحالة يكون حكم القاضي بثبوت تدليسه بالعنة بناء على شهادة الشهود على اقراره ، لا على العنة ذاتها ، اذ لا مجال لإطلاع الشهود على هذا العيب¹

ثالثا : اليمين :

وذلك في حالة ما اذا انكر الزوج المدلس وعجزت الزوجة عن اثبات التدليس بالبينة ، فان اليمين تكون هي الوسيلة لإظهار الحقيقة ، فيوجه القاضي اليمين للزوج فان نكل عن اليمين حكم عليه القاضي بفسخ نكاحه²

رابعا : شهادة أهل الخبرة :

فالخبرة تعتبر وسيلة من وسائل الاثبات إلا أنها لا تكون إلا في امور خاصة ، وذلك لان هناك صورا للتدليس من جانب الزوجين او احدهما قد يصعب اكتشافها ومعرفتها للشخص العادي ، الامر الذي يلزم معه معرفة قول اهل الخبرة في حقيقة وجود العيب المدلس به ، وقد نص الفقهاء على الاستعانة برأي اهل الخبرة في التحقق من العيوب المتعلقة بالزوجين .

قال النووي : " وان استحكام الجذام انما يحصل بالتقطع ، وتردد الامام في هذا ، وقال : يجوز ان يكتفي باسوداد العضو ، وحكم اهل المعرفة باستحكام العلة " ، كما ذكر الفقهاء ان الزوج لو كان قد بقي من ذكره بقية ، واختلف الزوجان هل يمكن الوطاء او لا ؟ فنصوا على الرجوع الى اهل الخبرة في معرفة ذلك ، يقول ابن قدامة : " وان اختلف في القدر الباقي في هل يمكن الوطاء بمثله أو لا ؟ رجع إلى أهل الخبرة في معرفة ذلك " ³

المطلب السادس : نوع الفرقة الواقعة بسبب تدليس الزوج .

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة في المعتمد عندهم على ان الفرقة الواقعة بين الزوجين بسبب التدليس تتوقف على قضاء القاضي ، لأن الأسباب الخفية تحتاج في تقويتها إلى القضاء ، فهي امر يحتاج الى نظر و اجتهاد وتثبت من قبل القاضي . واختلفوا في نوع الفرقة الواقعة بسبب التدليس في عقد النكاح هل هي فرقة فسخ او فرقة طلاق ؟ على قولين :

القول الاول : الفرقة الواقعة بسبب التدليس في عقد النكاح سواء كان ذلك تدليسا في العيوب او تدليسا في الكفاءة فرقة فسخ لاطلاق . وهو مذهب الشافعية ، والجنابلة ، ووافقهم الحنفية فيما اذا كانت الفرقة بسبب التدليس في الكفاءة .

القول الثاني : الفرقة الواقعة بسبب التدليس فرقة طلاق ايا كان نوع التدليس . وهو مذهب المالكية ، ووافقهم الحنفية فيما اذا كانت الفرقة بسبب التدليس في العيوب ⁴ .

أدلة القول الأول :

الدليل الاول : ان الفرقة الحاصلة بسبب التدليس تعد فسخا لا طلاقا ، لان الزوج لم ينطق بالطلاق ولم يرد وقوعه ، والطلاق لا يقع الا بارادة الزوج وتلفظه به ، وهذا منتف في هذا النوع من الفرقة .

الدليل الثاني : ان خيار الفرقة - هنا - انما جاز لاجل العيب ، فكان فسخا كفسخ المشتري لعقد البيع بسبب عيب في المبيع .

دليل القول الثاني :

انظر: خالد محمود طلال حمادنة, المصدر السابق , ص 195

نضام الدين عبد الحميد, المصدر السابق , ص 27 انظر:²

انظر:كمال الدين ابن الهمام , المصدر السابق , ص340³

انظر : وهبة الزحيلي , المصدر السابق , ص430⁴

إن الزوج مطالب بالامساك بمعروف او تسريح باحسان ، فان عجز عن الامساك بمعروف ، فعليه ان يسرح باحسان ، فان لم يفعل ناب عنه القاضي ، وتفريق القاضي لايدفع الضرر عن الزوجة الا اذا كان طلاقا بائنا لا رجعة فيه ، فيتعين كون الفرقة طلاقا لافسحا¹

المناقشة :

يمكن مناقشة بان رفع الضرر عن الزوجة يحصل بالفسخ ولايلزم الطلاق لرفعه ، ولا يكون هذا الفسخ طلاقا لان الزوج المعيب لم يطلق ولو خير ما اختار طلاق زوجته وتسريحها .

الترجيح :

الراجح – والله اعلم – هو القول الاول القاضي باعتبار الفرقة بسبب العيب فسحا لا طلاقا ، وذلك لقوة ادلته ، ولان الزوج قد يشفى من مرضه بعد الفسخ ويرغب الزوجان في العودة ، فلو اعتبرت الفرقة طلاقا بائنا لما امكنا ذلك ، اما على القول بانها فسخ ، فالزوج يتمكن من ارجاع زوجته ن والشرع يتشوف الى هذا الامر .

الخاتمة

ففي خاتمة هذا البحث اذكر أهم النتائج والتوصيات التي انتهت ، فيما يلي :

أولا: النتائج

- 1-تتفق حقيقة التدليس في الاصطلاح مع المعنى اللغوي وهي : ستر العيب وكتمانه .
- 2- يشترط لتحقيق وقوع التدليس وترتب اثره عليه : جعل المدلس عليه بموضوع التدليس ، وان يكون التدليس هو الباعث للمدلس عليه الى ابرام العقد ، وان يكون واقعا من احد المتعاقدين او يكون على دراية به .
- 3- للتدليس صور كثيرة ، منها ما يكون بالقول ، وبالفعل وبالكتمان .
- 4- معيار التدليس المثبت للخيار : هو ما انقص القيمة ، او فات به غرض صحيح في المعقود عليه ، والا يكون ظاهرا لغالب الناس حتى لا ينسب المتعاقد الى التقصير .
- 5- تحريم التدليس في المعاملات والعقود ثابت بالادلة من الكتابة ، والسنة ، والاجماع .
- 6- الديانة والصالح من الامور المعتبرة في الكفاءة ، فاذا دلس بها الزوج على زوجته ، ثم تبين فسقه ثبت للزوجة خيار الفسخ بذلك . ولا يختلف الحكم في هذا بين فسق الجوارح وفسق الاعتقاد .
- 7- اتفقت المذاهب الاربعة على اعتبار الكفاءة في نسب الزوج ، واقل احوالها – عندهم – انها شرط لزوم النكاح .
- 8- اذا دلس الزوج على المرأة وادعى لنفسه نسبا غير نسبة الحقيقي ، وكان نسبة اعلى من النسب الذي ادعاه فلا خيار ، وان كان اقل من النسب الذي ادعاه وادنى من نسبها ثبت الخيار ، وذلك بالاتفاق في الحالتين ، كما يثبت للزوجة الخيار اذا كان كفوًا لنسبها وان كان اقل من النسب المدعى ، على القول الراجح .
- 9- يثبت الخيار للزوجة اذا دلس عليها زوجها بعيب فيه يمنع من تحقيق مقاصد النكاح من الالفة والسكن والمودة .
- 10- حق خيار فسخ النكاح – اذا ثبت- يكون للزوجة ابتداء ، اما الولي فليس له طلب فسخ نكاح موليته الا بعيب يتعدى اثره اليه .
- 11- يشترط لخيار فسخ عقد النكاح عند تدليس الزوج ، عدة شروط
- 12- يثبت خيار فسخ النكاح للزوجة او ولها عند تدليس الزوج على التراخي لا على الفور .
- 13- يتحقق ثبوت التدليس بادلة الاثبات المعهودة : الاقرار ، والبنية ، واليمين ، وشهادة اهل الخبرة .

234 انظر : علاء الدين الكاساني، المصدر السابق ، ص¹

14- الفرقة الواقعة بسبب التدليس في عقد النكاح سواء كان ذلك تدليساً في العيوب أم تدليساً في الكفاءة فرقة فسخ لاطلاق .

ثانياً : التوصيات :

- 1-وجوب العناية باسـس اختيار الزوجين التي ينبـغي اعمال اقصى درجات التثبـت والتحقق والتـحري فيها ، لان الحياة الزوجية مبنية على السكن والمودة والرحمة ، ولايمكن ان تستقر هذه الحياة في ظل وجود العيوب او الامراض التي تنفر احدها من الاخر .
- 2- اتباع هدي الاسلام في مسألة رؤية كل من الخاطبين لأخر ، لما يحققه ذلك من منافع وفوائد ، من ابرزها : وقوف كل من الزوجين على العيوب التي قد يجدها في الاخر مما يمكنه من اتخاذ القرار في الزواج من عدمه وهو على بينة من امره .
- 4- نشر الوعي وتبصير الأزواج بحقوقهم عند تعرضهم للتدليس عند اجراء عقد الزواج ، والمطالبة بما يرفع عنهم الضرر الواقع عليهم بسبب ذلك التدليس .

المصادر:

أولاً: الكتب

- 1- احمد بن محمد الدردير , الشرح الكبير , دار الكتب العلمية , بيروت, 1996 .
- 2- د. احمد الكبسي , الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته , طبعة منقحة , العاتك – للصناعة الكتاب , القاهرة, 2007 .
- 3- جلال الدين عبد اله بن نجم أبو محمد , عقد الجواهر , دار القلم , دمشق, 2003 .
- 4- د. خالد محمود طلال حمادنه , عقد الزواج بالكتابة عن طريق الانترنت , ط1 , دار النفائس , عمان , 2007 .
- 5- سمير حامد عبد العزيز الجمال , التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة , ط2 , دار النهضة العربية القاهرة , 2007 .
- 6- عبد الرحمن الجزيري , الفقه على المذاهب الأربعة , ج4 , ط1 , دار الفجر للتراث , القاهرة , 2000 .
- 7- عبد الرزاق بن همام الصنعاني , المصنف – حبيب رحمن الاعظمي , ط2 , المكتب الإسلامي , بيروت , 1983 .
- 8- د.عقيل فاضل الدهان , الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني , بحث مقدم الى كلية القانون جامعة البصرة .
- 9- علاء الدين الكاساني , بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع , ج3 , ط2 , دار الكتب العلمية , 1986 .
- 10- فريد فتیان , شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي مع تعديلاته , القانون واحكام محكمة التميز , ط2 , دار واسط للدراسات والنشر والتوزيع , لندن , 1986 .
- 11- كمال الدين بن الهمام , شرح فتح القدير , ج2 , دار الكتب العلمية , بيروت , 1995 .
- 12- وحيد الدين سوار , التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي , ط2 , الشركة الوطنية للنشر , الجزائر , 1979 .
- 13- محمد أبو زهره , الأحوال الشخصية – عقد الزواج واثره , ط2 , دار الفكر العربي , القاهرة .
- 14 – محمد بن مكرم , لسان العرب , ج6 , المكتبة التوقيفية , القاهرة .
- 15- محمد بن ابي بكر الرازي , مختار الصحاح , مكتب العصرية للطباعة , بيروت , 1996 .
- 16- محمد موفق الدين عبد الله بن قدامى المقدسي المغني مكتبة القاهرة , مصر , 1968 .
- 17- د.وهبة الزحيلي , الفقه الإسلامي , ج7 , ط3 , دار الفكر , دمشق , 1989 .

آياتُ قِيَامِ اللَّيْلِ دِرَاسَةٌ دِلَالِيَّةٌ تَرْبَوِيَّةٌ

The verses of Qiyaam al-Layl are an educational semantic study

ط.د:عبد الوهاب حنايشة، باحث في الدراسات القرآنية، جامعة النجاح الوطنية: نابلس

د. محسن سميح الخالدي، قسم أصول الدين، جامعة النجاح الوطنية: نابلس

المخلص:

تقوم هذه الدراسة على تتبع الآيات القرآنية الواردة في قيام الليل، وفق منهجية التفسير الموضوعي، وذلك بهدف فهم هذه الآيات، والوقوف على المعاني والدلالات المتعلقة بها. وقد تبين بعد تتبع الآيات أنها جاءت بصيغ متعددة فمنها ما جاء بصيغة الأمر، ومنها ما جاء بصيغة المضارع، ومنها ما جاء بصيغة الاسم. وقد أفادت كل صيغة من هذه الصيغ جملة من الدلالات، منها أن صيغ الأمر جاءت في آيات مكية دلت على أهمية قيام الليل في مرحلة البناء. وأيضاً تتبع الباحث أسباب النزول الواردة في تفسير آيات قيام الليل، ووجد أن هذه الأسباب حوت جملة من الدلالات ومنها: مراعاة سنة التدرج، سياق الصحابة على الطاعة، إن قيام الليل شرف للمؤمن. وختمت الدراسة بذكر جملة من فوائد قيام الليل، منها فوائد روحية، ومنها أخلاقية، ومنها نفسية.

Summary: This study is based on tracing the Qur'anic verses mentioned in the night prayer, according to the objective interpretation methodology, with the aim of understanding these verses and identifying the meanings and connotations related to them. It became clear after tracing the verses that they came in multiple forms, some of which came in the imperative form, some of them came in the present tense, and some of them came in the noun form. Each of the formulas had a number of indications, including that the command formulas came in Meccan verses indicating the importance of the night prayer in the construction phase. The researcher also traced the reasons for revelation contained in the interpretation of the verses of the night prayer, and found that these reasons contain a number of indications, including: observance of the Sunnah of gradualism, the Companions' race to obey, and the night prayer is an honor for the believer.

The study concluded by mentioning a number of benefits of the night prayer, some of which are spiritual, some are moral, and some are psychological.

مقدمة :

إنّ الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له إلا الله، وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله.

إنّ القرآن الكريم هو البرهان والحجة والآية والمعجز، لا تمل منه النفوس ولا تنقضي عجائبه، ولم تعرف الإنسانية في تاريخها كتاباً يدانيه أو يقاربه، فهو كتاب كل زمان. وإنّ من تدبر القرآن لا بد أن ينظر في آياته متأملاً مستنبطاً منها الدلائل والعبر. وهذا البحث الذي بين أيدينا تناول فيه الباحث آيات قيام الليل، ونظر في صيغها، ومعانيها، وأسباب نزولها، لاستنباط الفوائد والدلالات الكامنة في هذه الآيات.

أهداف الدراسة:

1. بيان المعاني اللغوية والقرآنية من آيات قيام الليل ودلالاتها التربوية.
2. بيان اللمسات البيانية من الآيات.
3. استنباط دلالات من أسباب نزول الآيات.
4. بيان الرسائل التي توجهها آيات قيام الليل للمسلمين.

مشكلة الدراسة:

1. ما المعاني اللغوية للألفاظ الدالة على قيام الليل.
2. ما اللمسات البيانية في آيات قيام الليل.
3. ما دلالات معرفة أسباب نزول آيات قيام الليل.
4. ما الرسائل التي توجهها آيات قيام الليل للمسلمين.

حدود الدراسة: آيات قيام الليل والالفاظ الدالة على قيام الليل في القرآن الكريم وهي عشر آيات.

منهج الدراسة: اعتمدت في بحثي على المنهج الاستقرائي القائم على جمع آيات قيام الليل، ثم المنهج التحليلي القائم على تحليل هذه الآيات، والمنهج والاستنباطي لاستخراج الفوائد والدلالات.

خطة البحث: تقوم الدراسة على المقدمة التي تشمل أهمية الدراسة، ومشكلتها، وأهدافها، وحدودها، ومنهج البحث فيها، تضمنت ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: الصيغ الدالة على قيام الليل معاني ودلالات

المبحث الثاني: لمسات بيانية في آيات قيام الليل

المبحث الثالث: دلالات في أسباب النزول وتوجيهات في آيات قيام الليل

المبحث الأول: الصيغ الدالة على قيام الليل معاني ودلالات.

الناظر في آيات قيام الليل يجد أن مفرداتها وألفاظها جاءت بصيغة الأمر، وبصيغة المضارع، وبصيغة الاسم، وفي هذا المبحث نتعرف على هذه المفردات ومعانيها اللغوية والقرآنية.

المطلب الأول: معاني ودلالات صيغة الأمر في آيات قيام الليل:

عند الاستقراء والتأمل والتدبر لآيات قيام الليل تبين أن صيغة الأمر وردت أربع مرات في خمس آيات على النحو الآتي:

أولاً: فعل "قم" في قوله تعالى: يَا أَيُّهَا الْمُزَّمِّلُ (1) قُمْ اللَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا (2) ¹.

1. في اللغة: فعل يدل على انتصاب، أو عزم، قال الخليل: "قمت قياماً ومقاماً، وأقمت بالمكان إقامة ومقاماً" ²، وأقام الشيء: راعاه وأدامه ³، فهو نقيض الجلوس وضده.

¹ .سورة المزمل: آيات 1,2.

² الفراهيدي، الخليل بن أحمد (175هـ)، العين، تحقيق الدكتور مهدي المخزومي، ط2، مؤسسة دار الهجرة، 1409هـ، 232/5.

³ الجوهري، إسماعيل بن حماد (393هـ)، الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق أحمد عبد الغفور العطار، ط4، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، القاهرة، 1987م، 2017/5.

2. في الآية الكريمة: نداء الى الرسول عليه السلام المتلفف بثيابه للصلاة نصف الليل أو ثلثه أو ربعه¹. والمزمل أصله المتزمل من تزمل بثيابه إذا تكفّف بها، فأدغم التاء بالزاي وقد قرئ بها وبالمزمل مفتوحة الميم ومكسورتها أي الذي زملّه غيره، أو زمّل نفسه².

ثانياً: فعل "سبح" في قوله تعالى: { وَمِنَ اللَّيْلِ فَسَبِّحْهُ (الطور:49)، وقوله تعالى: { فَاصْبِرْ عَلَىٰ مَا يَقُولُونَ وَسَبِّحْ بِحَمْدِ رَبِّكَ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ وَقَبْلَ غُرُوبِهَا } {طه:130}

1. في اللغة: التسبيح: يدل على العبادة والسعي، تقول العرب سبحان من كذا أي: ما أبعد³، قال الخليل: "التسبيح يكون في معنى الصلاة"⁴، والأصل في السبح المر السريع في الماء، وفي الهواء، أو في العبادة، يقال: سبح سبحاً وسباحة، ومنه التسبيح تنزيه الله⁵. وقال سيبويه: زعم أبو الخطاب أنّ سبحان الله كقولك: براءة الله، أي: أبرئ الله تعالى من السوء، وقيل: قوله سبحانك، أي: أنزهك يا رب من كل سوء وأبرئك⁶.

2. في قوله تعالى: { وَمِنَ اللَّيْلِ فَسَبِّحْهُ وَإِدْبَارَ النُّجُومِ (49) }. الطور

يقول ابن عطية إنّ التسبيح هنا يحتمل أن يُفسر على أنّه:

أ- صلاة الليل، إذا فسرنا ادبار النجوم: بصلاة الفجر.

ب- التسبيح المعروف⁷.

وفي قوله تعالى: "ومن أناة الليل فسبح وأطراف النهار لعلك ترضى"، يقول الشعراوي: وأناة جمع إنّي، وهو الجزء

من الزمن، ومعنى التسبيح أناة الليل، أي: أجزاء الليل كله، والتي تختلف باختلاف المقامات والأحوال⁸.

ثالثاً: فعل "اسجد" في قوله تعالى: { ومن الليل فاسجد له وسبحه ليلاً طويلاً } {الإنسان:26}.

¹ الزمخشري، محمود بن عمر الخوارزمي (538هـ)، الكشاف، دار الحديث، القاهرة، 2012م، 4/478-480.

² البيضاوي، القاضي ناصر الدين بن عمر السيراوي (791هـ)، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1988م، 2/537.

³ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 3/125.

⁴ الفراهيدي، العين، 3/152.

⁵ الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى (1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق علي شيري، دار الفكر، بيروت، 1414هـ، 4/77-78.

⁶ الزبيدي، تاج العروس، 4/76.

⁷ ابن عطية، أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام الأندلسي (542هـ)، المحرر الوجيز في الكتاب العزيز، تحقيق عبد السلام عبد الشافي، ط1، 1422هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، 5/192.

⁸ الشعراوي، محمد متولي، تفسير الشعراوي، بلا، ص2460.

1. في اللغة: السجود يدل على تطامن وذل¹، وجعل ذلك دلالة على التذلل لله وعبادته²، ومنه سجد البعير: إذا خفض رأسه عند ركوبه، وسجد الرجل: وضع جبهته على الأرض³.

2. في الآية القرآنية: دعوة للصلاة، والتهجد طائفة طويلة من الليل⁴.

يقول سيد قطب: إن هذا هو الزاد اسجد له، وسبحة ليلاً طويلاً، إنه الاتصال بالمصدر الذي نزل عليك القرآن، وكلفك بالدعوة، وهو ينبوع القوة ومصدر الزاد والمدد الكبير، وهو هناك حيث يلتقي العبد بربه في خلوه وفي نجاه، وفي تطلع طويل، والعبء ثقيل فلا بد من الزاد الكثير، والمدد الكبير، وهو هناك حيث يلتقي العبد بربه في خلوه وفي نجاه، وفي تطلع وأنس، تفيض منه الراحة على التعب، وتفيض منه القوة على الضعف⁵.

رابعاً: فعل (تهجد) في قوله تعالى: { ومن الليل فتهجد به نافلة لك عسى أن يبعثك ربك مقاماً محموداً } [الإسراء:79].

1. في اللغة: التهجد: يدل على ركود في مكان، يقال: هجد إذا نام هجوداً، والهاجد: النائم، وان صلى ليلاً فهو متهجد كأنه بصلاته ترك الهجود عنه، كما يقال رجل أثم، فإذا كره الأثم وانتفى منه قيل متأثم، والعرب تقول: اهجد البعير: ألقى جرانه بالأرض متحريراً للهجود، والمتهجد ليلاً⁶، قال الخليل: "هجد القوم هجوداً" أي قاموا، وتهجدوا: أي استيقظوا لصلاة أو أمر⁷، وقيل: هو من الأضداد، وهجد وتهجد، أي نام ليلاً وهجد تهجد أي سهر⁸، ولما كان الذي يريد التعب لربه في جوف الليل يستيقظ ليصلي عبّر عن صلاة الليل بالتهجد⁹.

2. في الآية الكريمة يقول ابن عطية: "ومن الليل" للتبويض، والمعنى وقتاً من الليل أسهر بالقرآن صلاة وقراءة، والتهجد بعد نومه، أو رقدة، وقوله: "نافلة لك": زيادة لك في الفرض¹⁰.

¹ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 133/3.

² الجوهري، الصحاح، 484-483/2.

* للطلاع: سهم يتجاوز الهدف من أعلاه.

³ الطريحي، أحمد الحسيني (1085هـ)، مجمع البحرين، ط2، مكتب النشر الثقافي الإسلامية، أعاد بناءه على الحرف الأول من الكلمة وما بعده على طريقة المعاجم العصرية، محمود عادل، 338/2.

⁴ البيضاوي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، 545/2.

⁵ سيد قطب، إبراهيم حسين الشاذلي (1966م)، في ظلال القرآن، ط17، دار الشريف، القاهرة، 1992م، 3783/6.

⁶ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 34/6.

⁷ الفراهيدي، العين، 385/3.

⁸ الجوهري، الصحاح، 331/5، 555/2.

⁹ الطريحي، مجمع البحرين، 406-405/4.

¹⁰ ابن عطية، المحرر الوجيز، 478/3.

وذكرت الآية ثوابه في حقه عليه الصلاة والسلام، فقالت: عسى أن يبعثك ربك مقاماً محموداً عندك، وعند جميع الناس، وهي: الشفاعة العظمى، وفيه تهوين لمشقة قيام الليل¹.

خامساً: دلالات فعل الأمر في آيات قيام الليل

عند التأمل في الآيات والنظر في معانيها اللغوية والقرآنية من المعاجم، وكتب التفسير أستنتج منها بعض

الدلالات:

1. الخطاب في الآيات كان موجهاً للرسول عليه السلام "قم، سجد، تهجد"
 2. جميع الآيات وردت في سور مكية مرحله البناء والتأسيس.
 3. صيغة الأمر تفيد الوجوب، مما يؤكد أن أمر قيام الليل كان واجباً، ثم جاءت قرائن من آيات أخرى تنقله إلى الندب.
 4. سياق الآيات التي تحدثت عن القيام بألفاظه المتعددة كان فيه أمر بالصبر وضرورته لمواجهة أعداء الدعوة، أو أعباء الدعوة، مما يؤكد أن القيام هو زاد أساسي وضرورة للانتصار في المعركتين، معركة الأعداء والأعباء بكل تفاصيلها وأبعادها.
- ففي سورة طه (130) يقول تعالى: فَاصْبِرْ عَلَىٰ مَا يَقُولُونَ وَسَبِّحْ بِحَمْدِ رَبِّكَ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ وَقَبْلَ غُرُوبِهَا وَمِنْ آنَاءِ اللَّيْلِ فَسَبِّحْ وَأَطْرَافَ النَّهَارِ لَعَلَّكَ تَرْضَىٰ (130)
- وفي سورة المزمل (1-7) بعد أن ذكر القيام يقول: يَا أَيُّهَا الْمُزَّمِّلُ (1) قُمِ اللَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا (2) نِصْفَهُ أَوْ انْقُصْ مِنْهُ قَلِيلًا (3) أَوْ زِدْ عَلَيْهِ وَرَتِّلِ الْقُرْآنَ تَرْتِيلًا (4) إِنَّا سَنُلْقِي عَلَيْكَ قَوْلًا ثَقِيلًا (5) إِنَّ نَاشِئَةَ اللَّيْلِ هِيَ أَشَدُّ وَطْئًا وَأَقْوَمُ قِيلاً (6) إِنَّ لَكَ فِي النَّهَارِ سَبْحًا طَوِيلًا (7) وفي سورة الطور (48+49) يقول تعالى: (وَاصْبِرْ لِحُكْمِ رَبِّكَ فَإِنَّكَ بِأَعْيُنِنَا وَسَبِّحْ بِحَمْدِ رَبِّكَ حِينَ تَقُومُ (48) وَمِنَ اللَّيْلِ فَسَبِّحْهُ وَإِدْبَارَ النُّجُومِ (49)

¹ ابن عجيبة، أبو العباس أحمد بن محمد بن مهدي بن عجيبة الحسني الأنجري الفاسي الصوفي (1224هـ)، البحر الميزيد، تحقيق أحمد عبد الله القرشي رسلان، طبعة 1419هـ، الناشر: الدكتور حسن عباس زكي، القاهرة، 223/3.

وفي سورة الإنسان (23+24) يقول تعالى: إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْقُرْآنَ تَنْزِيلًا (23) فَاصْبِرْ لِحُكْمِ رَبِّكَ وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ آثِمًا أَوْ كَفُورًا (24) وفي سورة الإسراء (76) يقول تعالى: { وَإِنْ كَادُوا لَيَسْتَفِزُّوكَ مِنَ الْأَرْضِ لِيُخْرِجُوكَ مِنْهَا سِوَاءًا لَّا يَلْبِثُونَ خِلَافَكَ إِلَّا قَلِيلًا }.

5. تظهر الألفاظ الدالة على القيام أنّ النبي عليه الصلاة والسلام والمسلمون من بعده ينبغي أن يكون ليلهم متعدد الأعمال من قيام وتسبيح وسجود وتهجد وتفكر لمعنى الاتصال الدائم مع الله، فالأمر لا يقتصر على الصلاة وحدها.

المطلب الثاني: معاني ودلالات صيغة الفعل لمضارع في آيات قيام الليل .

ورد الفعل المضارع في آيات قيام الليل أربع مرات (يتلون، تتجافى، يهجعون، يبيتون)، لاستنباط الدلالات لا بد من معرفة المعنى اللغوي والقرآني لهذه الأفعال والسياق التي جاءت به.

أولاً: فعل "يتلون" في قوله تعالى: { لَيْسُوا سَوَاءً مِّنْ أَهْلِ الْكِتَابِ أُمَّةٌ قَائِمَةٌ يَتْلُونَ آيَاتِ اللَّهِ آنَاءَ اللَّيْلِ وَهُمْ يَسْجُدُونَ (113) } {آل عمران:113}.

1. المعنى في اللغة: التلاوة لفظ يدل على الاتباع، يقال: تلوته إذا تبعته ومنه تلاوة القرآن لأنه يتبع آية بعد آية¹، قال الخليل: "فلان يتلو القرآن تلاوة، وتلا الشيء تبعه تلوًا"².

2. المعنى في الآية الكريمة: يقول الشعراوي: إن قراءة القرآن مع السجود دليل الخضوع، فما داموا يصلون، فلا بد أنهم يتلون آيات الله آناء الليل، وبخشوع كامل، وهذه في مدارج العملية الإيمانية التي يدخل بها الإنسان إلى مقام الاحسان³.

وأناء ظرف لبيتون أي: في ساعاته، وأناء جمع أي أو إني أو أني، والتعبير بالمضارع دلالة على التجدد، والمعنى يقومون تارة ويسجدون أخرى يبتغون الفضل والرحمة بأنواع ما يكون في الصلاة من الخضوع لله عز وجل⁴.

ثانياً: الفعل "يبيتون" في قوله تعالى: { وَالَّذِينَ يَبِيتُونَ لِرَبِّهِمْ سُجَّدًا وَقِيَامًا } {الفرقان:64}.

¹ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 351/1.

² العين، 134/8.

³ الشعراوي، تفسير الشعراوي، ص 504.

⁴ أبو السعود، محمد بن محمد بن مصطفى العماري (982هـ)، تفسير أي السعود، ارشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم، دار احياء التراث العربي، بيروت، 73+72/20.

1. المعنى في اللغة: بات يفعل كذا، ويبيت وبيات بيتاً وبياتاً ومبيتاً أي يفعله ليلاً وليس من النوم، ومن أدركه الليل فقد بات¹.

2. المعنى في الآية: يقول الزمخشري: البيتوتة: خلاف الظلول، وهو أن يدركك الليل نمت أو لم تنم، وقالوا: من قرأ شيئاً من القرآن في صلاته وإن قلّ فقد بات ساجداً وقائماً، والآية وصف لعباد الرحمن بإحياء الليل أو بأكثره²، وتخصيص العبادة بالليل لأنها أبعد عن الرياء³.

يقول البغوي عند قوله تعالى: "والذين يبيتون لهم" يقال لمن أدرك الليل بات نام أم لم ينم، والمعنى يبيتون لرهبهم بالليل في الصلاة، سجداً على وجوههم، وقياماً على أقدامهم⁴.

ثالثاً: فعل "تجافى" في قوله تعالى: {تجافى جنوبهم عن المضاجع يدعون ربهم خوفاً وطمعاً ومما رزقناهم ينفقون} [السجدة:16].

1. المعنى في اللغة: تجافى: ترتفع⁵، وقيل: تفارق، وقيل: تنحى⁶، وهي متقاربة في المعنى، والمراد ينهضون من فرشهم وأماكن اضجاعهم ونومهم لمناجاة ربهم والوقوف بين يديه سبحانه.

2. المعنى في الآية الكريمة: "تجافى جنوبهم عن المضاجع": يعني بالليل قليلاً ما يهجعون، وقوله: "يدعون ربهم" أي يصلون، فإن الدعاء والصلاة من باب واحد في المعنى، وقوله: "خوفاً وطمعاً" حال أي خائفين طامعين، كأن في الآية إشارة إلى المرتبة العالية وهي العبادة لوجه الله تعالى مع الذهول عن الخوف والطمع، بدليل قوله تعالى: "إذا ذكروا بها خروا سجداً" فإنه عند مجرد الذكر يوجد منهم السجود، وإن لم يكن خوفاً وطمعاً⁷.

¹ الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب بن محمد الشيرازي (817هـ)، القاموس المحيط، تحقيق محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، 2005م، ص148.

² الكشاف، 268/3.

³ البيضاوي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، 146/2.

⁴ البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الغراء البغوي الشافعي (510هـ)، معلم التنزيل في تفسير القرآن (تفسير البغوي)، تحقيق عبد الرزاق المهدي، ط1، 1420هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 455/3.

⁵ أبو عبيدة، معمر بن المثنى التيمي البصري (209هـ)، مجاز القرآن، تحقيق محمد فؤاد سزكين، مكتبة الخانجي، القاهرة، الطبعة (1381هـ)، ص132/2.

⁶ الزجاج، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن السري البغدادي (311هـ)، معاني القرآن وإعرابه، تحقيق عبد الجليل عبدو شلي، ط1، عالم الكتب، 1408هـ، 207/4.

⁷ الرازي، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين (606هـ)، مفاتيح الغيب (التفسير الكبير)، ط3، 1420، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 146/25.

ويقول ابن عاشور: والتجافي هو التباعد والمشاركة والمعنى: أن تتجافي جنوبهم عن المضاجع يتكرر في الليلة الواحدة، أي يكثرون السهر بقيام الليل والدعاء لله، والمضاجع: الفُرش جمع مضجع، وهو مكان الضجع: أي الاستلقاء للراحة والنوم¹.

رابعاً: فعل (يهجعون) في قوله تعالى: {كَانُوا قَلِيلًا مِنَ اللَّيْلِ مَا يَهْجَعُونَ} [الذاريات:17].

1. المعنى في اللغة: هجع: الهجوع: النوم ليلاً، هجع يهجع هجوعاً: نام، وقيل: نام ليلاً، وقد يكون الهجوع بغير النوم².

ويطلق العرب الهجوع على النوم الخفيفة، فيقال: أتيت فلاناً بعد هجعة، أي بعد نومة خفيفة من أول الليل، ويقال للرجل الأحمق الغافل عما يراد به، هَجَعٌ وَهَجَعَةٌ وَهَجَعَةٌ وَمَهْجَعٌ وَأصله من الهجوع: النوم، ورجل هُجَعَةٌ مثل هُمَزَةٌ، وَهَجَعٌ وَمَهْجَعٌ للرجل الغافل السريع الاستنامة³.

2. المعنى في الآية الكريمة: يقول الزمخشري: كانوا يهجعون في طائفة قليلة من الليل إن جعلت قليلاً ظرفاً، ولك أن

تجعله صفة للمصدر أي كانوا يهجعون هجوعاً قليلاً، ويجوز أن تكون (ما) مصدرية أو موصولة على: كانوا قليلاً من الليل هجوعهم أو ما يهجعون فيه، وفيه مبالغت لفظ الهجوع وهو الفرار من النوم⁴.

والمعنى أن نومهم كان قليلاً لأنشغالهم في العبادة، ويقول ابن عاشور أن هذا القيام يدل على شدة طاعتهم لله ببذل أشد ما يبذل على النفس، وهو أمر النفس في وقت اشتداد حاجتها في الراحة، وهو الليل كله خاصة آخره، إذ يكون فيه قائم الليل قد اشتد طلبه للراحة⁵.

خامساً: دلالات فعل المضارع في آيات قيام الليل

عند النظر لفعل المضارع لآيات قيام الليل والتمعن في المعاني اللغوية والقرآنية للآيات استنبط منها بعض

الدلالات:

¹ ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (1393هـ)، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984م، 229/21.

² ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور الأنصاري الرويضي الإفريقي (711هـ)، لسان العرب، ط3، 1414هـ، دار صادر، بيروت، 367/8.

³ المرجع السابق، 367/8.

⁴ الزمخشري، الكشاف، 266/4.

⁵ ابن عاشور، التحرير والتنوير، 348/26.

1. أن الخطاب فيها موجه للمؤمنين بخلاف فعل الأمر في آيات قيام الليل، حيث كان موجهاً للرسول عليه الصلاة والسلام.

2. الآيات جاءت في ثلاث سور مكية (الفرقان، الذاريات، السجدة)، وجاءت في سورة مدنية واحدة (آل عمران)، حيث كان الحديث عند مؤمني أهل الكتاب.

3. صيغة فعل المضارع يرسم لنا صورة حية للمؤمنين في لييلهم بألفاظ متعددة ومتنوعة تدل على تنوع أعمالهم، فهم يتلون آيات الله لأنهم يبيتون سجداً وقياماً، فتتجافى جنوبهم عن المضاجع، لذلك فهم قليلاً من الليل ما يهجعون، فما أجمل هذه الصورة التي تدل على مدى صلهم برهم وعمق اتصالهم به.

4. سياق الآيات التي تحدثت عن القيام جاءت في سياق بيان صفات المؤمنين وقيام الليل كان في قمة هذه الصفات، ففي سورة الفرقان (64) بداية صفات عباد الرحمن كان في قوله تعالى: "والذين يبيتون لربهم سجداً وقياماً" صفة ثانية لعباد الرحمن، وفي سورة آل عمران (113) جاءت صفة "يتلون آيات الله أناء الليل" في الصدارة، وفي سورة السجدة (16): "تتجافى جنوبهم عن المضاجع" هي الصفة الأبرز للمؤمنين، وفي سورة الذاريات (17): "كانوا قليلاً من الليل ما يهجعون" أولى صفات المحسنين.

هذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن البناء الروحي والنفسي والعقلي وحتى الجسدي للمسلم يبدأ من قيام الليل ومن دوام الاتصال بالله، فقيام الليل هو الأساس والمرتكز الذي يقيم عليها المسلم حياته ونجاحه وفلاحه.

المطلب الثالث: دلالات ومعاني صيغة الاسم في آيات قيام الليل:

وردت مفردة الاسم في آيات قيام الليل مرة واحدة في سورة الزمر (9) في قوله تعالى: { مَنْ هُوَ قَانِتٌ آنَاءَ اللَّيْلِ سَاجِدًا وَقَانِمًا يَحْذَرُ الْآخِرَةَ وَيَرْجُو رَحْمَةَ رَبِّهِ قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولُو الْأَلْبَابِ } [الزمر:9].

1. معنى القنوت في اللغة: لفظ يدل طاعة وخير في دين، يقال: قنت يقنت قنوتاً، ثم سميت -مجازاً- كل استقامة في طريق الدين قنوتاً، وقيل لطول القيام في الصلاة: قنوت، فسي السكوت في الصلاة والاقبال عليها قنوتاً¹، قال

¹ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 31/5.

الخليل: "القنوت: الطاعة، وقانتون: أي مطيعون، والقنوت: الدعاء"¹، وقيل القنوت: الإقرار بالعبودية، والقيام بالطاعة التي ليس منها معصية، وقيل: القيام²، لأنه لم يكن قيام بالرجلين، فهذا قيام الشيء بالنية³.

2. المعنى في الآية الكريمة: أذلك الكافر أحسن مالأ و مألأ، أم المؤمن بالله الذي هو مطيع خاشع يصلي لله في ساعات الله، وخشوعه مستمر حال سجوده، وحال قيامه، يخاف الآخرة، ويرجو رحمة ربه، فيجمع بين الخوف والرجاء، وتلك هي العبادة الكاملة التي يفوز بها صاحبها⁴.

والآية دالة على أسرار عجيبة:

ويقول سيد قطب: وهي صورة مرهفة، فالقنوت والطاعة والتوجه وهو ساجد وقائم وهو يحذر الآخرة ويرجو رحمة ربه، تمنح القلب نعمة الرؤيا والاتقاط والتلقي، هذه كلها ترسم صورة مشرقة وضيئة من البشر⁵.

دلالات الاسم (قانت) في آيات قيام الليل.

(1) ان الاسم يدل على الثبات والديمومة، فحتى تؤتي العبادة ثمارها لا بد من الاستمرار فيها، فلا تكون موسمية أو متقطعة.

(2) قرنت الآية بين العمل والعلم، وهذا يدل على أن شخصية المؤمن لا تتزن إلا بجناحي العلم والعمل.

(3) كما أن الآية قرنت بين الرجاء والخوف، فكذلك روح المؤمن لا تحلق بجناحي الخوف والرجاء "يحذر الآخرة ويرجو رحمة ربه".

الآية تلخص الآيات السابقة الدالة على قيام الليل سواء بصيغة الأمر أو الفعل المضارع، حيث اشتملت على القنوت الذي فيه معنى القيام والدعاء والطاعة والسجود بمعانيه المتعددة، فكأن "أناء الليل" ليل المسلم يقضيه بالطاعات المتعددة التي تقربه الى الله من قيام ودعاء وسجود وذكر وطلب علم

¹ العين، 129/5.

² ابن منظور، لسان العرب، 73/2.

³ الزبيدي، تاج العروس، 110/3.

⁴ الزحيلي، محمد وهبة (2015هـ)، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، ط13، دار الفكر، دمشق، 2016، 283/12.

⁵ في ظلال القرآن، 3042/5.

المبحث الثاني : لمسات بيانية في آيات قيام الليل

مما لا شك فيه أن ظاهرة التناسب في المعاني والمباني ظاهرة متميزة في البيان العربي، وسمة أسلوبية في تراكيب اللغة العربية، فهذه اللغة غنية بالتعابير الحقيقية والمجازية، من استعارات وإشارات وكنيات، بالإضافة إلى التعابير التي تسهم في التوازنات الصوتية، وكل هذه التعابير تساعد على توفير خصائص التناسب والتوازن والتلاؤم⁽¹⁾.

وعند النظر و البحث في لمسات بيانية لآيات قيام الليل، وجدت بعض اللمسات وقسمتها إلى أربعة مطالب:

1) بدأ يذكر العمل وختم بذكر العلم، أما العمل فكونه قانتاً ساجداً قائماً، أما العلم فقوله: "هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون"، وهذا يدل على أن كمال الانسان محصور في هذين المقصودين، فالعمل هو البداية والعلم والكاشف هو النهاية.

2) أنه تعالى نبه على أن الانتفاع بالعمل انما يحصل إذا كان الانسان مواظباً عليه.

3) إن جانب الرجاء أكمل وأليق بحضور الله، ففي مقام الخوف قال: "يحذر الآخرة"، وفي مقام الرجاء أضافه الى نفسه.

المطلب الأول: التقديم والتأخير

يقسم التقديم والتأخير إلى قسمين، تقديم اللفظ على عامله مثل (خالداً أعطيت)، وتقديم الألفاظ بعضها على البعض مثل (أعرت خالداً كتابي) و(أعرت كتابي خالداً)⁽²⁾. وهنا يعرض القسم الأول بتقديم اللفظ على عامله والذي غالباً يفيد الاختصاص وأمثله:

1. قوله تعالى: {ومن الليل فتهجد به نافلة لك عسى أن يبعثك ربك مقاماً محموداً} [الإسراء:79].

2. قوله تعالى: {فَاصْبِرْ عَلَىٰ مَا يَقُولُونَ وَسَبِّحْ بِحَمْدِ رَبِّكَ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ وَقَبْلَ غُرُوبِهَا وَمِنْ آنَاءِ

الَّيْلِ فَسَبِّحْ وَأَطْرَافَ النَّهَارِ لَعَلَّكَ تَرْضَىٰ} (130) [طه:130].

(¹) الحجوي، محمد، في رحاب القرآن الكريم (دراسة في البيان والتركيب)، د.ت، منشورات المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة، إيسيكو، 1431، ص201.

(²) السامرائي، فاضل صالح، التعبير القرآني، ط3، دار ابن كثير، 2018، ص61.

3. قوله تعالى: {كَانُوا قَلِيلًا مِّنَ اللَّيْلِ مَا يَهْجَعُونَ} {الذاريات:17}.

4. قوله تعالى: {وَمِنَ اللَّيْلِ فَاسْجُدْ لَهُ وَسَبِّحْهُ لَيْلًا طَوِيلًا} {الإنسان:26}.

5. قوله تعالى: {وَمِنَ اللَّيْلِ فَسَبِّحْهُ وَإِدْبَارَ النُّجُومِ} {الطور:49}

ففي هذه الآيات قدم الجار والمجرور من الليل على عامله (فاسجد، فتهجد، فسبح، يهجعون، فسبحه) لما في قيام الليل من أجر عظيم ففيه:

1. مزيد كلفة وخلوص ومشقة.

2. يدل على علو منزلة القيام وفضله.⁽¹⁾

المطلب الثاني: الاستطراد

وهو نوع من علم البلاغة دقيق المجرى غزير الفوائد، تستعمله الفصحاء، ويعول عليه أكثر البلاغاء ومعناه في مصطلح علم البيان: أن يشرع المتكلم في شيء من فنون الكلام، ثم يستمر عليه فيخرج إلى غيره، ثم يرجع إلى ما كان عليه من قبل، فإن تمادى فهو الخروج وإن عاد فهو الاستطراد.⁽²⁾

وفي آيات قيام الليل نجد هذا الفن في الآيات الآتية:

أولاً: قوله تعالى: أقيم الصلاة لتدلوك الشمس إلى غسق الليل وقُرْآنَ الْفَجْرِ إِنَّ قُرْآنَ الْفَجْرِ كَانَ مَشْهُودًا (78) وَمِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَّكَ عَسَىٰ أَنْ يَبْعَثَكَ رَبُّكَ مَقَامًا مَّحْمُودًا (79) الإسراء

فقد أشار الطالبي⁽³⁾ إلى الاستطراد الرائق في هذه الآية لأنه خرج من ذكر الليل إلى ذكر قرآن الفجر ثم عاد بعده إلى ذكر الليل، وهذه هي فائدة الاستطراد وحقيقته، ومن تأمل آية التنزيل فإنه يجد فيها شيئاً كثيراً من هذه الأمثلة، فأما الخروج من قصة إلى قصة أخرى ومن أسلوب إلى أسلوب آخر فعليه أكثر القرآن.

(1) السامرائي، فاضل صالح، على طريق التفسير البياني، كلية الآداب والعلوم، جامعة الشارقة، 2020، ص191.

(2) الطالبي، يحيى بن حمزة بن علي بن إبراهيم. الحسيني العلوي، الملقب المؤيد بالله: الطراز لأسرار البلاغة وعلوم وحقائق الإعجاز، د.ت، المكتبة العصرية، ط1، بيروت، 1423هـ، 8/3.

(3) المصدر نفسه، 9/3.

ثانياً: قوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الْمَزْمَلُ (1) فَمِ اللَّيْلِ إِلَّا قَلِيلًا (2) نِصْفَهُ أَوْ انْقُصْ مِنْهُ قَلِيلًا (3) أَوْ زِدْ عَلَيْهِ وَرَتِّلِ الْقُرْآنَ تَرْتِيلًا (4) إِنَّا سَنُلْقِي عَلَيْكَ قَوْلًا ثَقِيلًا (5) إِنَّ نَاشِئَةَ اللَّيْلِ هِيَ أَشَدُّ وَطْئًا وَأَقْوَمُ قِيلاً (6) إِنَّ لَكَ فِي النَّهَارِ سَبْحًا طَوِيلًا (7) } [المزمل:1-7].

في هذه الآيات استطراد بالإحالات:⁽¹⁾

1. الإحالة الضميرية: التي تمثل إحالة قبلية مثل الليل والإحالة الخالصة، ونصفه ومثله وتحصوه حيث تسهم ضمائر الغيبة في تحقيق الإحالة داخل النص، وهي تسهم بشكل كبير في الترابط الداخلي للنص بما أنها تخلق من خطوط الإحالة، بحيث يرتبط كل استعمال بالاستعمالات السابقة التي تصل إلى الإحالة الأصلية، وقد أسهمت هذه الإحالات باعتبارها الخيط الدلالي في بناء السورة وتماسكها.

2. الإحالة بالمقارنة: وهي من أنواع التماسك الإحالي ولا تختلف عن الضمائر وغيرها من الإحالات، فهي تسهم في عملية التماسك وهي نوعان:

عامة ويتفرع منها التطابق والتشابه والاختلاف، أي تكون بين شيئين قابلين للمقارنة في صفة معينة من ناحية الكم والكيفية، ومن ذلك الآيات السابقة قوله تعالى: "إِنَّ نَاشِئَةَ اللَّيْلِ هِيَ أَشَدُّ وَطْئًا وَأَقْوَمُ قِيلاً" حيث قارن بين الليل والنهار، فالليل أشد وطئاً من النهار، أي أتيت للعمل وأدوم لمن أراد الاستكثار من العبادة وأقوم قِيلاً، أي أشد استقامة واستمرار على الصواب.

3. إحالة مقامية (إحالة خارج النص)

وفيهما يحيل عنصر في النص إلى شيء خارج النص، ولكي يتمكن من معرفة المحال إليه من الأشياء، والملابسات المحيطة بالنص لابد من معرفة سياق الحال والمواقف التي تحيط بالنص، فعندما يحيل ضمير المتكلم إلى ذات مقامية خارج النص لابد من معرفة من هو المتكلم؟ ولمن يوجه حديثه؟ ففي هذه الآيات من سورة المزمل وردت ضمائر المتكلم محيلة إحالة خارجية إلى الله (انا سنلقي) وإحال بضمائر الخطاب إلى الرسول (قم، ...)، وكان توجيه الخطاب للرسول في البداية بـ (يا أيها المزمل) والنداء هو دعاء المخاطب بأحد أحرف النداء له للإصغاء ولسماع ما يريد المتكلم وهو قيام الليل.

(1) الطالب، الطراز لأسرار البلاغة وعلوم وحقائق الإعجاز، 10/3.

المطلب الثالث: الحذف والذكر

والحذف والذكر قسمان، ما حذف واصله أن يذكر كحذف حرف أو فعل أو اسم مما أصله أن يذكر، وكذلك يدخل في الحذف ما ذكر في موطن ولم يذكر في موطن آخر. (1) وفي آيات قيام الليل نتعرض للقسم الأول.

1. في قوله تعالى: { أَمَّنْ هُوَ قَانِتٌ آنَاءَ اللَّيْلِ سَاجِدًا وَقَائِمًا يَحْذَرُ الْآخِرَةَ وَيَرْجُو رَحْمَةً رَبِّهِمْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولُو الْأَلْبَابِ } [الزمر:9]. يقول ابن عطية يحتمل أن يكون ما يعادل أم متقدماً في التقدير كأنه يقول: "أهذا الكافر خير أم من" (2) فقد حذف إهمالاً وتحقير لشأنه.

2. قوله تعالى: { فاصبر على ما يقولون ، وسبح بحمد ربك قبل طلوع الشمس وقبل غروبها ، ومن آناء الليل فسيح وأطراف النهار لعلك ترضى } [طه:130].

ففي الآية حذف لمفعولين: المفعول به الأول للفعل (فسبح) وتقديره: ربك أو اسم ربك، والثاني: المفعول به للفعل (ترضى) وتقديره (الثواب)، والظاهر أن التركيز على هذين الفعلين لأهمهما مقصودان بالذات، فالأول سلوك، والثاني نتيجة تفضي إليها ذلك السلوك، فالتسبيح وهو إظهار لتزويه المخلوق للخالق ينبغي أن يسير مع حركة الحياة، وأن يكون ديدناً للمخلوق، يقول الزمخشري (3) تعليقا على هذه الآية: بحمد ربك أي وأنت حامد لربك على أن وفقك للتسبيح وأعانك عليه، وأما المفعول به للفعل ترضى فيظهر سر تركه في أن حصول الرضى هو غاية في نفسه ومنتهى المطمع في ذاته، فحصول الرضا بفضل الله يغني عن ذكر ما سواه من النعيم.

المطلب الرابع: الطباق

وفي الطباق يقول الجرجاني: "أما التطبيق فأمره أبين، وكونه معنويا أجلى وأظهر، فهو مقابلة الشيء بضده" (4).

وفي آيات قيام الليل ظهر الطباق في:

1. الليل والنهار:

(1) السامرائي، التعبير القرآني، 93.

(2) ابن عطية، المحرر الوجيز، 522/4.

(3) الكشف، 87/3.

(4) الجرجاني، عبد الظاهر سليمان عبد القوي بن عبد الكريم الصرصري البغدادي، أسرار البلاغة في علم البيان، تحقيق عبد الحميد هندواي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001، ص 25.

(أ) في قوله تعالى: { قوله تعالى: { فاصبر على ما يقولون ، وسبح بحمد ربك قبل طلوع الشمس وقبل غروبها ، ومن آناء الليل فسبح وأطراف النهار لعلك ترضى } [طه:130].

(ب) في سورة المزمل (1-7) { يَا أَيُّهَا الْمَزْمَلُ (1) فَمِ اللَّيْلِ إِلَّا قَلِيلًا (2) نِصْفَهُ أَوْ انْقُصْ مِنْهُ قَلِيلًا (3) أَوْ زِدْ عَلَيْهِ وَرَتِّلِ الْقُرْآنَ تَرْتِيلًا (4) إِنَّا سَنُلْقِي عَلَيْكَ قَوْلًا ثَقِيلًا (5) إِنَّ نَاشِئَةَ اللَّيْلِ هِيَ أَشَدُّ وَطْئًا وَأَقْوَمُ قِيلاً (6) إِنَّ لَكَ فِي النَّهَارِ سَبْحًا طَوِيلًا (7) }.

2. بين الرجاء والحذر في قوله تعالى: { مَنْ هُوَ قَانِتٌ آنَاءَ اللَّيْلِ سَاجِدًا وَقَائِمًا يَحْذَرُ الْآخِرَةَ وَيَرْجُو رَحْمَةً رَبِّهِ قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولُو الْأَلْبَابِ (9) [الزمر:9].

3. النقصان والزيادة في قوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الْمَزْمَلُ (1) فَمِ اللَّيْلِ إِلَّا قَلِيلًا (2) نِصْفَهُ أَوْ انْقُصْ مِنْهُ قَلِيلًا (3) أَوْ زِدْ عَلَيْهِ وَرَتِّلِ الْقُرْآنَ تَرْتِيلًا (4) إِنَّا سَنُلْقِي عَلَيْكَ قَوْلًا ثَقِيلًا (5) إِنَّ نَاشِئَةَ اللَّيْلِ هِيَ أَشَدُّ وَطْئًا وَأَقْوَمُ قِيلاً (6) إِنَّ لَكَ فِي النَّهَارِ سَبْحًا طَوِيلًا (7) [المزمل:1-7].

4. الخوف والطمع في قوله تعالى: { تتجافى جنوبهم عن المضاجع يدعون ربهم خوفاً وطمعاً ومما رزقناهم ينفقون } [السجدة:16].

وختاماً: فإن نداء الرسول عليه السلام بوصف التزمل جاء ملاطفة ومؤانسة من الله سبحانه وتعالى، يقول القرطبي رحمه الله: (وقالت الحكماء) إنما خاطبه بالمزمل والمدثر في أول الأمر؛ لأنه لم يكن بعد أدثر شيئاً من تبليغ الرسالة⁽¹⁾.

فالمزمل والمدثر وصفان للنبي عليه السلام باعتبار الرسالة وما تقتضيه من استعداد لها وليس وصفين لحالة نوم ورعب⁽²⁾. كأن في الوصف يعني الإثارة والحث على الامتثال، فأنت المختار وأنت الخاتم وأنت منقذ العالم، فقم للوظيفة الجديدة وللرسالة الخالدة وليقم من تبعك، فالعالم بحاجة إليك ولرسالتك.

المبحث الثالث: دلالات في أسباب النزول وتوجيهات في آيات قيام الليل

(1) القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح أبو عبد الله القرطبي، (1273هـ)، الجامع لأحكام القرآن الكريم (تفسير القرطبي)، ط1، دار، 1981م، 707/10.

(2) المصدر السابق نفس الصفحة.

لمعرفة أسباب النزول فوائدها بيان الحكمة التي رعت التشريع، وإدراك مراعاة الشرع للمصالح العامة في علاج الحوادث، كما أن معرفة سبب النزول خير سبيل لفهم معاني القرآن⁽¹⁾، لذا لابد من البحث عن أسباب نزول آيات قيام الليل لفهمها ولاستنباط دلالاتها.

المطلب الأول: أسباب نزول الآيات

أولاً: سبب نزول قوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الْمُرْمِلُ (1) فَمِ اللَّيْلِ إِلَّا قَلِيلًا (2) } [المزمل: 1-2]، أخرج مسلم في صحيحه عن سعد بن هشام، قال: قلت لعائشة: أنبئيني عن قيام رسول الله، قالت: أأنت تقرأ هذه السورة: "يَا أَيُّهَا الْمُرْمِلُ"؟! قلت: بلى. قالت: "فإن الله افترض قيام الليل في أول هذه السورة، فقام رسول الله وأصحابه حولاً حتى انتفخت أقدامهم، وأمسك الله خاتمتها في السماء اثني عشر شهراً، ثم أنزل الله التخفيف في آخر هذه السورة، فصار قيام الليل تطوعاً بعد الفريضة"⁽²⁾ وكذا قال أبو بكر السيوطي⁽³⁾.

ثانياً: سبب نزول قوله تعالى: تتجافى جنوبهم عن المضاجع يدعون ربهم خوفاً وطمعاً ومما رزقناهم ينفقون} [السجدة: 16]، ورد في سبب نزول هذه الآية أنها نزلت في المتهمجين الذين يقومون الليل في الصلاة⁽⁴⁾.

ثالثاً: سبب نزول قوله تعالى: ﴿ أَمِنْ هُوَ قَانَتْ أَنْاءَ اللَّيْلِ سَاجِدًا وَقَائِمًا يَحْذَرُ الْآخِرَةَ وَيَرْجُو رَحْمَةَ رَبِّهِ قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولُو الْأَلْبَابِ ﴾ [الزمر: 9]

قال ابن عباس في رواية عطاء نزلت في أبي بكر الصديق رضي الله عنه، وقال ابن عمر نزلت في عثمان بن عفان، وقال مقاتل: نزلت في عمار بن ياسر⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ القطان، مناع خليل، مباحث في علوم القرآن، ط13، مكتبة وصدر القاهرة 2004م، ص 75-76.

⁽²⁾ أخرجه الإمام مسلم بن الحجاج بن مسلم (261هـ) صحيح مسلم، ط1، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث، كتاب (المساجد ومواضع الصلاة)، باب (جامع صلاة الليل ومن نام عن صلاة)، (513/1)، حديث رقم (746).

⁽³⁾ السيوطي، عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، (911هـ)، لباب النقول في أسباب النزول، عناية: أحمد عبد الشافي/ د.ط، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، د.ت، ص 205.

⁽⁴⁾ أبو يحيى التجيبي، القرآن العظيم وهامشه مختصر الطبري، وأبو الحسن النيسابوري، أسباب النزول، ط1، القاهرة 2002، مكتبة الصفا، ص 386.

⁽⁵⁾ الواحدي، أبي الحسن علي بن أحمد النيسابوري (468هـ) أسباب النزول، تخرجه وتوثيقه عصام الحميدان، ط2، 1992، دار الإصلاح، الدمام، ص 368.

رابعاً: سبب نزول قوله تعالى: {لَيْسُوا سَوَاءً مِّنْ أَهْلِ الْكِتَابِ أُمَّةٌ قَائِمَةٌ يَتْلُونَ آيَاتِ اللَّهِ آنَاءَ اللَّيْلِ وَهُمْ يَسْجُدُونَ} [آل عمران:113]

. قال ابن مسعود: أخر رسول الله صلاة العشاء ثم خرج إلى المسجد فإذا الناس ينتظرون الصلاة، فقال: أما أنه ليس من أهل هذه الأديان أحد يذكر الله هذه الساعة غيركم، قال: وأنزلت هذه الآيات⁽¹⁾، والمشهور عن كثير من المفسرين أن هذه الآيات نزلت فيمن آمن من أحبار أهل الكتاب كعبد الله بن حلام، وأسد بن عبيد، أي لا يستوي من تقدم ذكرهم بالذم من أهل الكتاب وهؤلاء الذين أسلموا.⁽²⁾

خامساً: دلالات في أسباب النزول:

1. مراعاة سنة التدرج في الأحكام والتربية، حيث تبين من سبب نزول قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الْمَرْمَلُ" أنها كانت فرضاً في البداية ثم خفف الله عن نبيه والصحابة والمسلمون عندما أنزل خاتمة الصورة، لتبين الحكمة من التدرج في الأحكام والحكمة في تربية الإيمان.
2. تُظهر أسباب النزول حال الصحابة في ليلهم حيث التسابق على القيام والطاعة والعبادة، ويظهر ذلك باختلاف المفسرين فيمن نزلت آية: "أَمَّنْ هُوَ قَانِتٌ آنَاءَ اللَّيْلِ" وقد يكون الاختلاف للتعدد والكثرة وليس للتحديد مما يظهر حالهم ومواظبتهم على عبادة القيام.
3. يتبين من سبب نزول قوله تعالى: "تتجافى جُنُوبُهُمْ عَنِ الْمَضَاجِعِ" أن ليل الصحابة ومن بعدهم من المسلمين هو ليل فيه حركة وليس سكون، فالآية تصور حالهم مع المضاجع والفُرش، بصورة حية ترسم في الذهن الحركة والحياة، وليس السكون والركود، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على حبه لله ودوام اتصالهم به.
4. من خلال معرفة سبب نزول آية (آل عمران:113) "لَيْسُوا سَوَاءً مِّنْ أَهْلِ الْكِتَابِ أُمَّةٌ قَائِمَةٌ يَتْلُونَ آيَاتِ اللَّهِ آنَاءَ اللَّيْلِ وَهُمْ يَسْجُدُونَ" ندرك أن عباده قيام الليل والصلاة في الليل هي من خصائص الأمة الإسلامية، وهي وسام وشرف، بل أن قيام الليل هو شرف للمؤمن حين يكون مع الله وغيره مع أهوائه وملذاته وشهواته أو غافلاً في سباته.

⁽¹⁾ ابن كثير/ إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي أبو الفداء عماد الدين (774هـ)، تفسير القرآن العظيم (تفسير ابن كثير)، دار طيبة، 1999م، (393/1).

⁽²⁾ الواحدي، أسباب النزول، ص 119.

المطلب الثاني: فوائد من آيات قيام الليل

1. فائدة (روحية): قيام الليل وأساس بناء الشخصية المتزنة

يقول الألوسي: والجمهور على أنه ρ لما جاءه الملك في غار حراء بما حاوره رجع إلى خديجة رضي الله عنها فقال:

زملوني فنزلت "يَا أَيُّهَا الْمُدَّثِّرُ وَعَلَىٰ أَثَرِهَا نَزَلَتْ يَا أَيُّهَا الْمُرْتَمِلُ"⁽¹⁾.

ونستنتج من قولك إن البداية تكون بالقراءة "اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ" ثم بعد العلم يكون الزاد الروحي "يَا أَيُّهَا الْمُرْتَمِلُ، فَمِ اللَّيْلِ إِلَّا قَلِيلًا"، وبعده يكون الانطلاق للعمل والدعوة "يَا أَيُّهَا الْمُدَّثِّرُ، فَمُ فَأَنْذِرْ"، هذه الثلاثية بهذا الترتيب وبهذا الانطلاق ركز عليها القرآن وبنى الصحابة من خلالها من أجل أن يكونوا شخصيات متوازنة وقادرة على حمل الرسالة، فحمل الرسالة والدعوة يحتاج إلى غذاء العقل بالعلم وغذاء الروح بالقيام ثم الدعوة والاتصال بالناس.

2. فائدة (أخلاقية): التربية على الصبر

من أهم ما يربي المسلم على الصبر بكل أنواعه سواء كان صبراً على الطاعة أم صبراً عن المعصية أم صبراً على أعباء الدعوة ومشاقها ووعرة الطريق وطوله. هو القيام والوقوف بين يدي الله، فمن لم يستطيع أن يقف بين يدي الله ساعة كيف أن يقف أمام عدوه وأمام شهواته، لذا نجد أن القيام اقترن بالصبر في آيات كثيرة من القرآن.

كقوله تعالى: { فاصبر على ما يقولون ، وسبح بحمد ربك قبل طلوع الشمس وقبل غروبها ، ومن

أناء الليل فسبح وأطراف النهار لعلك ترضى } [طه:130]

وكقوله تعالى: { وَمِنَ اللَّيْلِ فَسَبِّحْهُ وَإِدْبَارَ النُّجُومِ } (49). الطور

وكقوله تعالى: { فَاصْبِرْ لِحُكْمِ رَبِّكَ وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ آثِمًا أَوْ كَفُورًا } (24) { وَأذْكُرِ اسْمَ رَبِّكَ بُكْرَةً وَأَصِيلًا } (25) { وَمِنَ اللَّيْلِ فَاسْجُدْ لَهُ وَسَبِّحْهُ لَيْلًا طَوِيلًا } (26) [الإنسان:24-26].

وفي آيات سورة المزمل بعد الأمر بالقيام يقول تعالى: { واصبر على ما يقولون واهجرهم هجرًا جميلًا } [المزمل:10].

(1) الألوسي، شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني (1270هـ) روح المعاني، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية 1415هـ، 29/15.

فهذه الآيات بهذه السياقات تؤكد الارتباط الوثيق بالقيام والصبر، وأن القيام زاد حقيقي للصبر في مواجهة الحياة بكل تفاصيلها.

فائدة (نفسية): مراعاة أحوال قدرات المسلمين

نلاحظ من آيات القيام والمفردات الدالة عليه أن المسلمين بكل أطرافهم وقدراتهم يستطيعون القيام وأداء الطاعات ليلاً لأن مفهوم الآيات لا يقتصر فقط على الانتصاب والوقوف الطويل الذي لا يستطيعه إلا القليل وإنما فيه التلاوة والتسبيح والسجود والدعاء. مما يوجد عند المسلم دافع إلى أحياء الليل.

فائدة (إدارية): تنظيم وقت المسلم

فحين جعل الله الليل قياماً وهو الوقت الأنسب لشحن النفس جعل النهار ميدان العمل. وكما أن الله قدر الوقت، فقد قدر إنجاز التكاليف فيه، وبذلك نظم الإسلام حياة المسلم ووقته، فقد نظم نومه واستيقاظه، وأدائه للشعائر والعبادات، وانطلاقه إلى ميدان الحياة ليجعل عمله كله لله عز وجل، يقوم على أساس الشعائر كلها، وعلى أساس من ذكر الله الملازم له وبذلك أصبح الوقت في حياة المسلم عبادة ممتدة.⁽¹⁾

وقد حث النبي الأمة على الاهتمام بتنظيم الوقت، وتوجيهه لمعالى الأمور في الحياة الخاصة والعامة، فيقول فيما يرويه عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه، قال: دخل علي رسول الله فقال: "أَلَمْ أُخْبِرْ أَنَّكَ تَقُومُ اللَّيْلَ وَتَصُومُ النَّهَارَ؟ قُلْتُ: بَلَى، قَالَ: فَلَا تَفْعَلْ، فَمَنْ وَنَمَ وَصُمَ وَأَفْطَرَ، فَإِنَّ لِحَسَدِكَ عَلَيْكَ حَقًّا، وَإِنَّ لِعَيْنِكَ عَلَيْكَ حَقًّا، وَإِنَّ لِرِزْوَاجِكَ عَلَيْكَ حَقًّا".⁽²⁾

فالأولى بالمسلم أن لا يخل بهذه الموازنة، بل الواجب عليه أن يوزع وقته للوفاء بهذه الحقوق دون الإخلال بأحدها لصالح الآخر، وليس المقصود توزيع هذه الحقوق بالتساوي وإنما المراد التسديد والمقاربة في الوفاء بها جميعاً قدر الاستطاعة.

الخاتمة:

(¹) الجريسي، خالد عبد الرحمن، إدارة الوقت من المنظور الإسلامي والإداري، بدون بيانات، ص18.

(²) النجاري، محمد بن اسماعيل بن ابراهيم أبو عبد الله (256هـ)، الأدب المفرد، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ط3، دار البشائر، بيروت، 1989م (31/8) رقم (6134).

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبفضله واعانته تكتمل الأمور، وبعد ان وفقني الله تعالى لإتمام هذه الدراسة لا بد من تسجيل النتائج التي توصلت اليها على النحو الآتي:

1. ان صيغة فعل الامر والفعل المضارع والاسم في آيات قيام الليل تختلف دلالاتها في الآيات لاختلاف الصيغ والسياقات التي جاءت فيها. في حين صيغة الامر كانت خطابا موجها للرسول وسياق الآيات التحلي بالصبر، كانت صيغة المضارع تتحدث عن المؤمنين وسياق الآيات يتحدث عن صفاتهم والقيام في رأس الهرم.
2. الآيات التي تحدثت عن قيام الليل عشر آيات في القرآن الكريم موزعة على النحو الآتي (خمس آيات لفعل الأمر وأربع آيات للفعل المضارع وآية للاسم).
3. تنوعت أسباب النزول للآيات مما أعطى مساحة أكبر لاستنتاج الدلالات.
4. تنوعت اللمسات البيانية في آيات قيام الليل من تقديم وتأخير وحذف وذكر واستطراد وطباق.
5. قيام الليل يحمل فوائد مهمة للمسلم صاحب الرسالة والهمة، رسائل متنوعة ومهمة تتعلق بالروح والنفس والأمة.

قائمة المصادر والمراجع

- الألويسي، شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني (1270هـ) روح المعاني، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية 1415هـ.
- البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الغراء البغوي الشافعي (510هـ)، معلم التنزيل في تفسير القرآن (تفسير البغوي)، تحقيق عبد الرزاق المهدي، ط1، 1420هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- البيضاوي، القاضي ناصر الدين بن عمر السبزي (791هـ)، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1988م.
- الجرجاني، عبد الظاهر سليمان عبد القوي بن عبد الكريم الصرصري البغدادي، أسرار البلاغة في علم البيان، تحقيق عبد الحميد هندواوي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001.
- الجريسي، خالد عبد الرحمن، إدارة الوقت من المنظور الإسلامي والإداري، بدون بيانات.
- الحجوي، محمد، في رحاب القرآن الكريم (دراسة في البيان والتركيب)، د.ت، منشورات المنظمة الإسلامية للدراسات والعلوم والثقافة، إيسيكو، 1431..

- الحوهرى، إسماعيل بن حماد (393هـ)، الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق أحمد عبد الغفور العطار، ط4، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، القاهرة، 1987م.
- الرازي، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التميمي الرازي الملقب بفخر الدين (606هـ)، مفاتيح الغيب (التفسير الكبير)، ط3، 1420، دار احياء التراث العربي، بيروت.
- الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى (1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق علي شيري، دار الفكر، بيروت، 1414هـ.
- الزجاج، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن السرى البغدادي (311هـ)، معاني القرآن وإعرابه، تحقيق عبد الجليل عبدو شلي، ط1، عالم الكتب، 1408هـ.
- الزحيلي، محمد وهبة (2015هـ)، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، ط13، دار الفكر، دمشق، 2016.
- الزمخشري، محمود بن عمر الخوارزمي (538هـ)، الكشاف، دار الحديث، القاهرة، 2012م.
- السامرائي، فاضل صالح، التعبير القرآني، ط3، دار ابن كثير، 2018، ص61.
- السامرائي، فاضل صالح، على طريق التفسير البياني، كلية الآداب والعلوم، جامعة الشارقة، 2020.
- أبو السعود، محمد بن محمد بن مصطفى العماري (982هـ)، تفسير أي السعود، ارشاد العقل السليم الى مزايا الكتاب الكريم، دار احياء التراث العربي، بيروت.
- سيد قطب، إبراهيم حسين الشاذلي (1966م)، في ظلال القرآن، ط17، دار الشريف، القاهرة، 1992م.
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، (911هـ)، لباب النقول في أسباب النزول، عناية: أحمد عبد الشافي/د.ط، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، د.ت، ص205.
- الشعراوي، محمد متولي، تفسير الشعراوي، بلا.
- الطالبي، يحيى بن حمزة بن علي بن ابراهيم. الحسيني العلوي، الملقب المؤيد بالله: الطراز لأسرار البلاغة وعلوم وحقائق الإعجاز، د.ت، المكتبة العصرية، ط1، بيروت، 1423هـ.
- الطريحي، أحمد الحسيني (1085هـ)، مجمع البحرين، ط2، مكتب النشر الثقافي الإسلامية، أعاد بناءه على الحرف الأول من الكلمة وما بعده على طريقة المعاجم العصرية، محمود عادل.
- ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (1393هـ)، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984م.
- أبو عبيدة، معمر بن المثنى التيمي البصري (209هـ)، مجاز القرآن، تحقيق محمد فؤاد سزكين، مكتبة الخانجي، القاهرة، الطبعة (1381هـ).

- ابن عجيبة، أبو العباس أحمد بن محمد بن مهدي بن عجيبة الحسني الأنجري الفاسي الصوفي (1224هـ)، البحر المزيّد، تحقيق أحمد عبد الله القرشي رسلان، طبعة 1419هـ، الناشر: الدكتور حسن عباس زكي، القاهرة.
- ابن عطية، أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن نمام الأندلسي (542هـ)، المحرر الوجيز في الكتاب العزيز، تحقيق عبد السلام عبد الشافي، ط1، 1422هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ابن فارس: أبو الحسن أحمد زكريا (395هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، مكتبة الاعلام الإسلامي، 1404هـ.
- الفراهيدي، الخليل بن أحمد (175هـ)، العين، تحقيق الدكتور مهدي المخزومي، ط2، مؤسسة دار الهجرة، 1409هـ.
- الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب بن محمد الشيرازي (817هـ)، القاموس المحيط، تحقيق محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، 2005م.
- القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فُحّ أبو عبد الله القرطبي، (1273هـ)، الجامع لأحكام القرآن الكريم (تفسير القرطبي)، ط1، دار، 1981م.
- القطان، مناع خليل، مباحث في علوم القرآن، ط13، مكتبة وصدر القاهرة 2004م.
- ابن كثير، اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي أبو الفداء عماد الدين (774هـ)، تفسير القرآن العظيم (تفسير ابن كثير)، دار طيبة، 1999م.
- مسلم بن الحجاج بن مسلم (261هـ) صحيح مسلم، ط1، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث.
- ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور الأنصاري الرويفي الإفريقي (711هـ)، لسان العرب، ط3، 1414هـ، دار صادر، بيروت.
- البخاري، محمد بن اسماعيل بن إبراهيم أبو عبد الله (256هـ)، الأدب المفرد، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ط3، دار البشائر، بيروت، 1989م.
- الواحدي، أبي الحسن علي بن أحمد النيسابوري (468هـ) أسباب النزول، تخريج وتوثيق عصام الحميدان، ط2، 1992، دار الإصلاح، الدمام.
- أبو يحيى التجيبي، القرآن العظيم ومهامشه مختصر الطبري، وأبو الحسن النيسابوري، أسباب النزول، ط1، القاهرة 2002، مكتبة الصفا.

مبادئ وطرق إبرام الصفقات العمومية

Principles and methods of concluding public deals

امراني علوي حافظ باحث في القانون الخاص وخريج الكلية المتعددة التخصصات بالرشيدية

alaouihafid130@gmail.com

ملخص البحث:

يهدف هذا البحث الى دراسة مبادئ وطرق إبرام الصفقات العمومية باعتبارها من العقود الإدارية المهمة، فالعقد الإداري بقدر ما يتيح للأطراف المتعاقدة حقوقا ينتج ويترتب عنه مجموعة من الالتزامات المتبادلة التي يتم التنصيص عليها في العقد أو في دفتر التحملات، وفي هذا الصدد حاولنا في البداية من خلال دراستنا للموضوع الوقوف على تعريف الصفقات العمومية مع ذكر أهم المبادئ المؤطرة لإبرام الصفقات العمومية، ثم بعد ذلك قمنا بذكر أهم طرق إبرام الصفقات العمومية والتي تتفرع الى نوعين فهي اما طرق عادية مثل طلب العروض ومسطرة المباراة، أو استثنائية مثل الصفقات التفاوضية و سندات الطلب والمصادقة على الصفقات العمومية ثم في الأخير قدمنا استنتاجات وتوصيات تساهم في معالجة الصعوبات التي تعيق إبرام هذه الصفقات العمومية.

المصطلحات المفتاحية: الصفقات العمومية، طرق إبرام الصفقات العمومية، طلب العروض، مسطرة المباراة، الصفقات التفاوضية، سندات الطلب، المصادقة على الصفقات العمومية.

Abstract:

This research aims to study the principles and methods of concluding public deals, as they are among the important administrative contracts. The administrative contract, in so far as it provides the contracting parties with rights, produces and entails a set of reciprocal obligations that are stipulated in the contract or in the book of assumptions ,and in this regard, we tried at the beginning through our study The topic is to determine the definition of public deals with mentioning the most important principles framing the conclusion of public deals, then after that, we have mentioned the most important methods of concluding public deals, which are divided into two types Finally, we presented conclusions and recommendations that contribute to addressing the difficulties that hinder the conclusion of these public deals.

Key terms : public deals, methods of concluding public deals, request for proposals, match ruler, negotiating characteristics, demand bonds, approval of public deals.

مقدمة:

تعتبر الصفقات العمومية من أهم العقود الإدارية الأكثر تداولاً الى جانب العقود الأخرى فقد تم إصدار مرسوم الصفقات العمومية في 20 مارس 2013 ويأتي ذلك في إطار تنزيل مقتضيات دستور 2011 المرتكزة على أساس الشفافية والنجاعة في تدبير الأموال العمومية والصفقات العمومية من العقود القديمة وليست وليدة اللحظة وتُعرف الصفقات العمومية تشريعياً بأنها العقود التي تبرمها المنشآت أو الدول أو البلديات لتنفيذ خدمات أو مجموعة من التوريدات أو عدّة أشغال بناءً على شروط قانونية، أما قضائياً تُعرف الصفقات العمومية بأنها عقود تربط بين الدول وأدوات أداء الخدمات أو تنفيذ المشروعات¹ وهي تنقسم من حيث طرق إبرامها الى قسمين طرق عادية أو طرق استثنائية والصفقات العمومية حسب المادة 4 من مرسوم 20 مارس 2013² يراد بها أنها عقود بعوض تبرم بين صاحب مشروع من جهة وشخص ذاتي أو اعتباري من جهة أخرى يدعى مقاولاً أو مورداً أو خدماتي، وتهدف إلى تحديد أشغال أو تسليم توريد أو القيام بخدمات ومن أجل تحليل ومناقشة الموضوع سأقوم أولاً بالتطرق الى المبادئ المؤطرة لإبرام الصفقات العمومية ثم ثانياً الى طرق إبرام الصفقات العمومية.

❖ إشكالية البحث:

لقد تشعبت عن إبرام العقود الإدارية ظهور الصفقات العمومية كنموذج يحتذى به والمبادئ المؤطرة لها ثم طرق إبرامها ومن هذا المنطلق سأقوم بطرح الإشكاليات التالية:

- الى أي حد استطاع المشرع المغربي تنظيم المبادئ المؤطرة لإبرام الصفقات العمومية؟

- ماهي أهم طرق إبرام هذه الصفقات العمومية؟

➤ **أهداف الدراسة:** لقد قمت باختيار هذا الموضوع نظراً للمكانة التي يتميز بها في حياتنا اليومية والدور الذي تلعبه الصفقات العمومية الى جانب العقود الإدارية الأخرى.

➤ **أهمية الدراسة:** تكمن أهمية هذه الدراسة نظراً لكون الصفقات العمومية موضوع الساعة ونظراً لكون الصفقات العمومية من العقود الإدارية المهمة الى جانب العقود الأخرى.

➤ **منهجية الدراسة:** لتحليل الموضوع سأقوم بتقسيمه الى مبحثين:

➤ **المبحث الأول:** المبادئ المؤطرة لإبرام الصفقات العمومية

➤ **المبحث الثاني:** طرق إبرام الصفقات العمومية

المبحث الأول: المبادئ المؤطرة لإبرام الصفقات العمومية

¹ مقال حول طرق إبرام الصفقات العمومية منشور في الموقع الإلكتروني: <https://mawdoo3.com/>، تم الدخول يوم 2021/01/06، على الساعة 20:48.

² يونس وحالوا: " نظام الصفقات العمومية على ضوء مرسوم 20 مارس 2013"، دراسة تحليلية لطرق الإبرام، مجلة العلوم القانونية العدد 2014، ص: 49.

من أهم المبادئ المؤطرة لإبرام الصفقات العمومية الواردة في المرسوم المنظم للصفقات العمومية نجد أن أول مرحلة هي نشر البرامج التوقعية للاقتناءات السنوية، ثم اعلانات الصفقات العمومية، إضافة لتكريس قاعدة عمومية هي جلسات تقييم العروض.

الفقرة الأولى: نشر البرامج التوقعية للاقتناءات السنوية والإعلان عن الصفقة
أولاً: نشر البرامج التوقعية للاقتناءات السنوية

طبقاً لمقتضيات المادة¹ 14 من مرسوم 20 مارس 2013، يتعين على صاحب المشروع في بداية كل سنة مالية وقبل متم الثلاثة أشهر الأولى منها على أبعد تقدير، نشر البرنامج التوقعي للصفقات التي يعتزم إبرامها برسم السنة المالية المعنية، في جريدة ذات توزيع وطني على الأقل، وفي البوابة المخصصة للصفقات العمومية²، بإقرار قاعدة نشر البرامج التوقعية عند بداية كل سنة مالية، وبالتالي إلغاء عنصر المفاجئة الذي يطبع بتدبير الصفقات العمومية، فسابقاً لم يكن متاحاً معرفة الصفقات المزمع إبرامها من طرف الإدارات العمومية إلا وقت نشر إعلان الدعوة إلى المنافسة المتعلق بكل صفقة على حدة في الجرائد الوطنية وفي سياق حديثنا على نشر البرامج التوقعية نصت المادة السالف ذكرها على:

يتعين على صاحب المشروع في بداية كل سنة مالية وقبل متم الثلاثة أشهر الأولى منها على أبعد تقدير، نشر البرنامج التوقعي للصفقات التي يعتزم إبرامها برسم السنة المالية المعنية، في جريدة ذات توزيع وطني على الأقل، وفي بوابة الصفقات العمومية. ويمكن لصاحب المشروع أيضاً القيام بنشر هذا البرنامج بكل وسيلة أخرى للنشر ولا سيما بطريقة إلكترونية.

يجب على صاحب المشروع أن يعرض البرنامج التوقعي للصفقات في مقاره طيلة مدة ثلاثين (30) يوماً على الأقل. يمكن نشر برامج توقعية تعديلية أو تكميلية بعد هذا التاريخ عند الحاجة وفق الشروط المقررة أعلاه. يتضمن البرنامج التوقعي، على الخصوص، الإشارة إلى موضوع الدعوة إلى المنافسة وطبيعة العمل ومكان التنفيذ وطريقة الإبرام المزمع اعتمادها والفترة الزمنية المتوقعة لنشر الإعلان عن الدعوة إلى المنافسة المتعلق بالصفقات التي يعتزم صاحب المشروع طرحها برسم السنة المالية المعنية.

ثانياً: الإعلان عن الصفقة

يهدف هذا المبدأ إلى السماح لأكثر عدد من الأفراد للاطلاع على الصفقة المزمع تنظيمها وتمكين الإدارة من توسيع دائرة استفادتها من العروض المقدمة من طرف المتنافسين وذلك لاختيار العرض المناسب من حيث الثمن والجودة، وقد جاءت المادة 15 من مرسوم الصفقات العمومية سنة 2013 لتوضيح مجموعة من الأمور نذكر منها:

هدف طلب إبداء الاهتمام إلى تمكين صاحب المشروع من تحديد المتنافسين المحتملين، قبل الشروع في الدعوة إلى المنافسة.

عندما يقرر صاحب المشروع اللجوء إلى مسطرة طلب إبداء الاهتمام، يكون هذا الطلب موضوع إعلان ينشر في جريدة ذات توزيع وطني على الأقل وفي بوابة الصفقات العمومية لمدة يحددها صاحب المشروع. يتضمن إعلان طلب إبداء الاهتمام على وجه الخصوص:

❖ موضوع العمل المراد إنجازه.

¹ مرسوم رقم 2.12.349 صادر في 8 جمادى الأولى 1434 (20 مارس 2013)، يتعلق بالصفقات العمومية، ثم نشره في الجريدة الرسمية رقم 6140 بتاريخ 4 أبريل 2013.

² عبد الكريم حيضرة: "القانون الإداري المغربي النشاط الإداري"، مكتبة المعرفة، مراكش، الطبعة الثانية، سنة 2017، ص: 160.

❖ الوثائق التي يجب الإدلاء بها من طرف المتنافسين.

❖ مكان سحب الملفات.

❖ مكان استلام الترشيحات.

❖ التاريخ الأقصى لاستلام الترشيحات.

لا يجوز أن يؤدي طلب إبداء الاهتمام إلى حصر عدد المتنافسين.

لا يمنح طلب إبداء الاهتمام أي حق للمتنافسين المحتملين كما لا يبرر اللجوء إلى المسطرة التفاوضية أو طلب العروض المحدود إلا إذا توفرت شروط اللجوء إلى هاتين المسطرتين.

الفقرة الثانية: عمومية جلسات فحص العروض

تتم جلسات فحص العروض بشكل عمومي أمام المتنافسين الذين تقدموا بعروضهم وممثلو الإدارة المبرمة للصفحة فطبعا لمقتضيات المادة 36 من مرسوم الصفقات العمومية نجد أنه تم التنصيص على مجموعة من المراحل وهي كالتالي:

1- تكون جلسة فتح أظرفة المتنافسين عمومية.

وتنعد هذه الجلسة في المكان واليوم والساعة المحددة في نظام الاستشارة، وإذا صادف هذا اليوم يوم عيد أو عطلة، ينعد الاجتماع في نفس الساعة من يوم العمل الموالي.

2- يفتح رئيس اللجنة الجلسة ويدعو المتنافسين الحاضرين الذين لم يودعوا أظرفتهم بعد أن يسلموها على الفور، ويدعو بعد ذلك المتنافسين الذين انتهوا إلى أن ملفاتهم غير كاملة إلى الإدلاء بالوثائق الناقصة في غلاف مغلق يوضح طبيعة الوثائق الناقصة ويحصر نهائيا لائحة الأظرفة التي تم التوصل بها، لا يقبل أي إيداع أو سحب للأظرفة أو تكملة ووثائق بعد استيفاء هذه الشكلية ويتأكد رئيس اللجنة من وجود الأعضاء الذين يعتبر حضورهم إجباريا.

وفي حالة غياب أحد هؤلاء الأعضاء وبعد القيام بالشكليات المشار إليها في الفقرة الأولى من هذا البند يدعو الرئيس الأعضاء الحاضرين للتوقيع بالأحرف الأولى على الأظرفة التي تم التوصل بها في آن واحد على طية الغلاف وعلى الأجزاء التي تلصق عليها، ويجب أن تبقى هذه الأظرفة مغلقة وموضوعة في مكان آمن إلى حين فتحها.

يؤجل الرئيس جلسة فتح الأظرفة بثمان وأربعين (48) ساعة ويخبر المتنافسين وأعضاء اللجنة بالمكان والتاريخ والساعة المقررة لاستئناف الجلسة العمومية لفتح الأظرفة. ويطلب من صاحب المشروع دعوة العضو أو الأعضاء المتغيبين كتابة مع تحديد المكان أو التاريخ والساعة المقررة لاستئناف الجلسة العمومية لفتح الأظرفة.

3- يسلم الرئيس بعد ذلك، أو عند استئناف الجلسة في حالة التأجيل المقرر أعلاه، إلى أعضاء اللجنة المستند المكتوب الذي يتضمن الثمن التقديري لكلفة الأعمال المعد طبقا للمادة 5 أعلاه. يوقع أعضاء اللجنة بالأحرف الأولى على جميع صفحات المستند المذكور أعلاه. ويجب أن يحفظ الرئيس هذا المستند مع ملف طلب العروض.

4- يعلن الرئيس، بصوت عال، عن التجريبتين ومراجع النشر في بوابة الصفقات العمومية، وعند الاقتضاء، المستندات الأخرى التي تم نشر إعلان طلب العروض فيها.

5- يطلب الرئيس من أعضاء اللجنة إبداء تحفظاتهم أو ملاحظاتهم حول العيوب المحتملة التي قد تشوب المسطرة. ولهذه الغاية، يتأكد من صحة هذه التحفظات أو الملاحظات، ويختم المسطرة ويخبر بصوت عال المتنافسين بذلك. وإذا اعتبر الرئيس أن هذه التحفظات أو الملاحظات غير صحيحة، يطلب مواصلة المسطرة تحت مسؤوليته وتدوين التحفظات أو الملاحظات في محضر الجلسة.

6- يفتح الرئيس أظرفة المتنافسين ويتحقق من وجود الأغلفة المشار إليها في المادة 29 أعلاه.

7- يفتح الرئيس بعد ذلك الغلاف الذي يحمل عبارة "الملفان الإداري والتقني" ويعلن، بصوت عال، عن الوثائق المضمنة في ملف كل متنافس ويضع قائمة بذلك.

بعد استيفاء هذا الإجراء، تختتم الجلسة العمومية وينسحب العموم والمتنافسون من القاعة.

8- تتابع اللجنة أشغالها في جلسة مغلقة وتقوم بفحص وثائق الملف الإداري المشار إليها في الفقرة 1 من البند ألف أولاً من المادة 25 أعلاه، والملف التقني والملف الإضافي عند الاقتضاء، وتقصي اللجنة:

(أ) المتنافسين الذين لا يتوفرون على الشروط المطلوبة المحددة في المادة 24 أعلاه.

(ب) المتنافسين الذين لم يتقيدوا بمقتضيات البند (2) من المادة 29 أعلاه فيما يتعلق بتقديم ملفاتهم.

(ج) المتنافسين الذين لم يقدموا الوثائق المطلوبة.

(د) المتنافسين الممثلين بنفس الشخص في إطار الصفقة.

(هـ) المتنافسين الذين قدموا إيصالات الضمان المؤقت أو شهادة الكفالة الشخصية والتضامنية التي تقوم مقامه عندما يكون مطلوباً، غير أصلية، أو الذي لا يتطابق موضوعه مع موضوع طلب العروض أو الذي يكون مبلغه أقل من المبلغ المطلوب أو الذي يتضمن تحفظات أو قيوداً.

(و) المتنافسين الذين تبين أن مؤهلاتهم المالية والتقنية غير كافية بالنظر إلى المقاييس الواردة في نظام الاستشارة المقرر في المادة 18 أعلاه.

9- إذا لاحظت اللجنة وجود أخطاء مادية أو عدم تطابق وثائق الملف الإداري، تقبل عرض المتنافس المعني على أن تدرج التصحيحات الضرورية طبقاً للشروط المقررة في المادة 40 بعده.

10- تستأنف الجلسة العمومية، ويتلو الرئيس لائحة المتنافسين الممكن قبولهم دون الإفصاح عن أسباب إقصاء المتنافسين المبعدين.

ويرجع الرئيس، مقابل إبراء، إلى المتنافسين الحاضرين الذين تم إقصاؤهم، ملفاتهم دون فتح الأغلفة التي تتضمن العرضين التقني والمالي ويدعوهم، عند الاقتضاء، إلى استعادة العينات أو النماذج المصغرة أو الوثائق الوصفية أو البيانات الموجزة أو الوثائق التقنية باستثناء الوثائق التي كانت سبب في إقصاء هؤلاء المتنافسين طبقاً للمادة 44 أدناه.

11- عندما لا يتم اشتراط تقديم عرض تقني أو عرض بديل أو إيداع عينات، تواصل اللجنة أشغالها وتقوم بفتح وفحص العروض المالية للمتنافسين المقبولين طبقاً للشروط المنصوص عليها في المادتين 39 و40 بعده.

12- عندما يتم اشتراط إيداع عينات أو نماذج مصغرة أو وثائق وصفية أو بيانات موجزة أو وثائق تقنية أخرى و/أو تقديم عرض تقني يتضمن أو لا يتضمن عرضاً بديلاً:

(أ) يفتح الرئيس، بحسب الحالة، الأغلفة المحتوية على الوثائق الوصفية أو البيانات الموجزة أو الوثائق التقنية الأخرى و/أو الأغلفة المتضمنة للعروض التقنية للمتنافسين المقبولين. ويعلن عن الوثائق التي يحتوي عليها كل غلاف.

(ب) يوقع أعضاء اللجنة بالأحرف الأولى على الأغلفة المتضمنة للعروض المالية للمتنافسين في آن واحد على طية الغلاف وعلى الأجزاء التي تلتصق عليها. ويجب أن تبقى هذه الأغلفة مغلقة وموضوعة في مكان آمن إلى حين فتحها طبقاً للشروط المبينة في المادة 39 بعده.

(ج) يحدد الرئيس، بتشاور مع أعضاء اللجنة، بحسب الحالة، تاريخ وساعة:

جلسة فحص العينات أو النماذج المصغرة أو الوثائق الوصفية أو البيانات الموجزة أو الوثائق التقنية الأخرى، عند الاقتضاء، و/أو العرض التقني ضمن الشروط المقررة في المادتين 37 و38 بعده ثم يتم استئناف الجلسة العمومية ويبلغهما إلى المتنافسين والعموم الحاضرين.

13- بعد استيفاء هذا الإجراء، تختتم الجلسة العمومية وينسحب المتنافسون والعموم من القاعة.

14- في نهاية هذه الجلسة، يطلب الرئيس من صاحب المشروع القيام بعرض التاريخ والساعة المتفق عليهما لعقد الجلسة العمومية المقبلة في مقاره.

وبعد فحص وثائق الملف الإداري والملف التقني والملف الإضافي عند الاقتضاء، تجتمع لجنة طلب العروض في جلسة مغلقة لفحص العينات أو النماذج المصغرة أو الوثائق الوصفية أو البيانات الموجزة أو الوثائق التقنية الأخرى التي استوجب نظام الاستشارة تقديمها للمتنافسين المقبولين وحدهم ويجوز للجنة قبل اتخاذ قرارها، عند الاقتضاء، استشارة كل خبير أو تقني أو تشكيل لجنة فرعية لتقييم الجودة التقنية للعينات أو النماذج المصغرة أو للوثائق الوصفية أو للبيانات الموجزة أو للوثائق التقنية الأخرى وتضمن استنتاجاتهم في تقارير يعدونها ويوقعون عليها، ويجوز أيضا أن تطلب كتابة من متنافس أو أكثر تقديم توضيحات بشأن العينات أو النماذج المصغرة أو الوثائق الوصفية أو البيانات الموجزة أو الوثائق التقنية الأخرى المقدمة

وتحصر اللجنة لائحة المتنافسين الذين تقدموا بعينات أو نماذج مصغرة أو وثائق وصفية أو بيانات موجزة أو وثائق تقنية أخرى تستجيب للمواصفات المطلوبة. تحصر كذلك لائحة المتنافسين الذين يتعين إقصاء عروضهم مع بيان النقائص التي تمت معاينتها في العينات أو النماذج المصغرة أو الوثائق الوصفية أو البيانات الموجزة أو الوثائق التقنية الأخرى المقدمة، وتحرر محضرا عن أشغالها يوقعه الرئيس وأعضاء اللجنة بعد ذلك تستدعي اللجنة المتنافسين المبعدين لسحب العينات أو النماذج المصغرة أو الوثائق الوصفية أو البيانات الموجزة أو الوثائق التقنية الأخرى الخاصة بهم¹.

بعد ذلك تحرر لجنة طلب العروض خلال الجلسة، محضرا عن كل اجتماع من اجتماعاتها ولا يتم نشر هذا المحضر أو تبليغه إلى المتنافسين ويبين الثمن التقديري الذي وضعه صاحب المشروع ويسجل، عند الاقتضاء، الملاحظات أو الاعتراضات المقدمة خلال عمليات فحص العروض من طرف الأعضاء أو من قبل المتنافسين وكذا رأي اللجنة حول هذه الملاحظات أو الاعتراضات، ويبين هذا المحضر كذلك أسباب إقصاء المتنافسين المبعدين، والعناصر الدقيقة التي اعتمدت عليها اللجنة لتقترح على السلطة المختصة قبول العرض الذي تراه الأفضل على أساس المقاييس الواردة في نظام الاستشارة ويوقع هذا المحضر، خلال الجلسة من طرف الرئيس وأعضاء اللجنة، ويرفق محضر جلسة فحص العروض، عند الاقتضاء، بكل تقرير تم إعداده وتوقيعه بصورة قانونية تحت مسؤولية أعضاء اللجنة الفرعية أو الخبير أو التقني المعين من لدن لجنة طلب العروض ينشر ببوابة الصفقات العمومية مستخرج من المحضر، ويلصق بمقار صاحب المشروع داخل الأربعة وعشرين (24) ساعة الموالية لتاريخ انتهاء أشغال اللجنة وذلك لمدة خمسة عشر (15) يوما على الأقل².

وفي الأخير بعد الانتهاء من عملية فحص العروض تأتي المرحلة النهائية حيث تقوم الإدارة المبرمة للصفقة بإخبار صاحب المشروع المتنافس نائل الصفقة بقبول عرضه برسالة مضمونة مع إشعار بالتوصل، أو بواسطة فاكس مع إثبات الوصول أو بأية وسيلة أخرى للاتصال تعطي تاريخا مؤكدا. ويجب أن توجه إليه هذه الرسالة في أجل لا يتعدى خمسة (05) أيام

¹ المادة 37 من مرسوم الصفقات العمومية السالف ذكره.

² المادة 43 من مرسوم الصفقات العمومية السالف ذكرها.

ابتداء من تاريخ انتهاء أشغال اللجنة ويخبر كذلك، في نفس الأجل، المتنافسين الذين تم إقصاؤهم برفض عروضهم مع ذكر أسباب إبعادهم وذلك بواسطة رسالة مضمونة مع إشعار بالتوصل، وترفق هذه الرسالة بالوثائق المضمنة في ملفاتهم ثم يحتفظ صاحب المشروع، لمدة خمس (05) سنوات على الأقل، بالعناصر التي كانت سببا في إقصاء المتنافسين، باستثناء أصل وصل الضمان المؤقت أو شهادة الكفالة الشخصية والتضامنية التي تقوم مقامه أو العينات أو النماذج المصغرة، عند الاقتضاء، التي ترجع إلى المتنافسين الذين تم إقصاؤهم في أجل خمسة (05) أيام ولا يمكن أن يطالب أي متنافس بتعويض إذا لم يقبل عرضه ولا يجوز للسلطة المختصة أن تغير الاختيار الذي أقرته لجنة طلب العروض¹.

المبحث الثاني: طرق إبرام الصفقات العمومية

تعتبر طرق إبرام الصفقات العمومية من أهم الطرق المهمة في إبرام العقود الإدارية وهي تنقسم إلى نوعين طرق عادية وطرق استثنائية وسنقوم بتحليل ومناقشة كلا الطريقتين كل على حدة.

الفقرة الأولى: الطرق العادية لإبرام الصفقات العمومية

تعتبر الطرق العادية لإبرام الصفقات العمومية من الطرق الأكثر تداولاً ودقة فهي تساهم في تحقيق الشفافية والمساواة بين الأطراف المتنافسة وقد عمد مرسوم الصفقات العمومية إلى حصر الطرق العادية لإبرام الصفقات العمومية في طلب العروض ومسطرة المباراة.

أولاً: طلب العروض

يمكن تعريف مسطرة طلب العروض على أنها عبارة عن أسلوب أو وسيلة لفتح المجال أمام أكبر عدد من المتنافسين بهدف تنفيذ أشغال أو تسليم توريدات أو القيام بخدمات لصالح الدولة وذلك شريطة احترام مجموعة من الإجراءات القانونية والتنظيمية وتعد هذه الطريقة الأكثر وضوحاً ودقة في تحقيق الشفافية في اختيار صاحب المشروع، وتحقيق المساواة بين المتنافسين في الوصول إلى الطلبات العمومية، إضافة إلى خلق أكبر قدر من المنافسة ضماناً للشرعية والنزاهة².

وينقسم طلب العروض إلى عدة أنواع فقد يكون مفتوحاً أو محدوداً وبالانتقاء المسبق:

طلب العروض المفتوح: وهو طلب يكون مفتوحاً عندما يمكن لكل متنافس الحصول على ملف الاستشارة وتقديم ترشيحه بدون تمييز شريطة التوفر على الشروط القانونية الكافية³.

ويقوم طلب العروض المفتوح على مجموعة من المبادئ هي كالآتي:

1- يخضع طلب العروض المفتوح أو المحدود للمبادئ التالية:

(أ) دعوة إلى المنافسة

(ب) فتح الأطراف في جلسة عمومية

(ج) فحص العروض من طرف لجنة طلب العروض

(د) اختيار العرض الأكثر أفضلية من طرف لجنة طلب العروض الواجب اقتراحه على صاحب المشروع.

¹ المادة 44 من مرسوم الصفقات العمومية السالف ذكره.

² مقال حول " طرق إبرام الصفقات العمومية "، منشور في الموقع الإلكتروني: <https://boubidi.blogspot.com/>، تم الاطلاع عليه، يوم 2021/01/07، على الساعة 23:53.

³ المادة 16 من مرسوم الصفقات العمومية السالف ذكره.

هـ) وجوب قيام صاحب المشروع الذي يجري طلب العروض بتبليغ الثمن التقديري المنصوص عليه في المادة 5 أعلاه إلى أعضاء لجنة طلب العروض. ويجب أن يتم هذا التبليغ طبق الشروط الواردة في المادة 36 أدناه.

2- لا يجوز إبرام صفقات بطلب عروض محدود إلا بالنسبة للأعمال التي لا يمكن تنفيذها إلا من طرف عدد محدود من المقاولين أو الموردين أو الخدمتين، اعتباراً لطبيعتها وخصوصيتها وللاهمية الكفاءات والموارد الواجب تسخيرها والوسائل والمعدات التي يتعين استعمالها، على أن يقل مبلغ هذه الأعمال من مليوني (2.000.000) درهم مع احتساب الرسوم.

يجب على صاحب المشروع أن يستشير ثلاثة (3) متنافسين على الأقل يوسعهم الاستجابة على أحسن وجه للحاجات المراد تلبيةها.

يتطلب اللجوء إلى طلب العروض المحدود إعداد شهادة إدارية من طرف السلطة المختصة أو من طرف الأمر بالصرف المساعد توضح الأسباب التي أدت إلى اختيار هذه المسطرة.

3- يمكن أن يكون طلب العروض "بتخفيض أو بزيادة" أو "بعروض أثمان".

بالنسبة لطلبات العروض "بتخفيض" أو "بزيادة" يوقع المتنافسون التزاماً بإنجاز الأشغال أو الخدمات أو تسليم التوريدات التي يقدر صاحب المشروع ثمنها عن طريق تخفيض (أو زيادة) يعبر عنها بنسبة مئوية أما بالنسبة لطلبات العروض "بعروض أثمان"، لا يبين ملف طلب العروض للمتنافسين إلا طبيعة وأهمية الأشغال أو التوريدات أو الخدمات التي يقترح المتنافسون أثمانها ويحصر المبلغ النهائي لعروضهم¹.

بعدها تأتي مرحلة اشهار طلب العروض المفتوح فطبقاً لمقتضيات المادة 20 نجدها نصت على ما يلي:

1. كل طلب عروض مفتوح يجب أن يكون موضوع إعلان يبين ما يلي:

- موضوع طلب العروض مع بيان مكان التنفيذ عند الاقتضاء.
- صاحب المشروع الذي يجري طلب العروض.
- مكتب أو مكاتب صاحب المشروع وعنوانه حيث يمكن سحب ملف طلب العروض.
- مكتب صاحب المشروع وعنوانه حيث يمكن إيداع أو توجيه العروض.
- المكان واليوم والساعة المحددة لانعقاد جلسة فتح الأظرفة، مع الإشارة إلى إمكانية تسليم المتنافسين لأظرفتهم مباشرة إلى رئيس لجنة طلب العروض عند افتتاح الجلسة.
- الإحالة إلى مادة نظام الاستشارة التي تحدد لائحة الوثائق المثبتة الواجب على كل متنافس الإدلاء بها.
- مبلغ الضمان المؤقت عندما يكون هذا الضمان مطلوب.
- تقدير كلفة الأعمال المعد من طرف صاحب المشروع وعند الاقتضاء، المكان واليوم والساعة القصوى لاستلام العينات والنماذج المصغرة والوثائق الوصفية والبيانات الموجزة.
- تاريخ الاجتماع أو زيادة المواقع التي يعتمز صاحب المشروع تنظيمها لفائدة المتنافسين، وعند الاقتضاء، يجب أن يقع هذا التاريخ في الثلث الثاني من الأجل الذي يسري بين تاريخ نشر الإعلان في بوابة الصفقات العمومية والتاريخ المقرر لفتح الأظرفة
- عند الاقتضاء، العنوان الإلكتروني للموقع المستعمل لنشر طلب العروض

¹ المادة 17 من مرسوم الصفقات العمومية السالف ذكره.

- ثمن اقتناء التصاميم و/أو الوثائق التقنية، عند الاقتضاء.
- 2. ينشر الإعلان عن طلب العروض المفتوح في بوابة الصفقات العمومية وفي جريدتين توزعان على الصعيد الوطني على الأقل يختارهما صاحب المشروع، تكون إحداها باللغة العربية والأخرى بلغة أجنبية. ينشر الإعلان عن طلب العروض المفتوح بلغة نشر كل من الجريدتين.
- كما يمكن موازاة مع ذلك تبليغه إلى علم المتنافسين المحتملين وعند الاقتضاء إلى الهيئات المهنية عن طريق الإدراج في نشرة الإعلانات القانونية والقضائية والإدارية بالجريدة الرسمية أو في نشرات متخصصة أو بأية وسيلة أخرى للإشهار ولا سيما بطريقة إلكترونية.
- حدد أجل إشهار إعلان طلب العروض المفتوح في الجريدتين وفي بوابة الصفقات في واحد وعشرين (21) يوما على الأقل قبل التاريخ المحدد لجلسة فتح الأظرفة. ويسري هذا الأجل ابتداء من اليوم الموالي لتاريخ نشر الإعلان في بوابة الصفقات العمومية وتاريخ نشره في ثاني جريدة صدرت.
- يمدد أجل واحد وعشرين (21) يوما المقرر أعلاه، إلى أربعين (40) يوما على الأقل لصفقات الأشغال المبرمة لحساب الدولة والجهات والعمالات والأقاليم والجماعات والمؤسسات العمومية التي يعادل أو يفوق مبلغها التقديري ثلاثة وستين مليون (63.000.000) درهم دون احتساب الرسوم، لصفقات التوريدات والخدمات المبرمة لحساب الدولة التي يعادل أو يفوق مبلغها التقديري مليون وستمائة ألف (1.600.000) درهم دون احتساب الرسوم. بالنسبة لصفقات التوريدات والخدمات المبرمة لحساب المؤسسات العمومية والجهات والعمالات والأقاليم والجماعات التي يعادل أو يفوق مبلغها التقديري ثمانية ملايين وسبعمائة ألف (8.700.000) درهم دون احتساب الرسوم.
- ويمكن تغيير حدود هذه المبالغ بقرار للوزير المكلف بالمالية بعد استطلاع رأي لجنة الصفقات.
- عندما تكون الصفقة مخصصة، يتم تقييم الحدود المشار إليها أعلاه على أساس المبلغ الكلي لجميع الحصص المكونة للعمل.
- طلب العروض المحدود: يكون عندما لا يسمح بتقديم العروض إلا للمتنافسين الذين قرر صاحب المشروع استشارتهم بحيث يتم الاقتصار على أشخاص معينين بعينهم فقط ويقوم طلب العروض المحدود على المبادئ السالف ذكرها في طلب العروض المفتوح طبقا لمقتضيات المادة 17 من مرسوم 20 مارس 2013.
- أما مرحلة اشهار طلب العروض المحدود فتتميز بمايلي:
- يكون طلب العروض المحدود موضوع دورية مضمونة مع إشعار بالتوصل توجه في نفس اليوم إلى جميع المتنافسين الذين يقرر صاحب المشروع استشارتهم.
- وتتضمن هذه الرسالة الدورية البيانات التالية:
- موضوع طلب العروض مع بيان مكان التنفيذ عند الاقتضاء
- صاحب المشروع الذي يجري طلب العروض
- مكتب أو مكاتب صاحب المشروع وعنوانه حيث يمكن سحب ملف طلب العروض
- مكتب صاحب المشروع وعنوانه حيث يمكن إيداع أو توجيه العروض
- المكان اليوم الساعة المحددة لانعقاد الجلسة العمومية لفتح الأظرفة، مع الإشارة إلى إمكانية تسليم المتنافسين لأظرفتهم مباشرة إلى رئيس لجنة طلب العروض عند افتتاح الجلسة.
- مرجع مادة نظام الاستشارة التي تقرر لائحة الوثائق المثبتة التي يتعين على كل متنافس الإدلاء بها
- مبلغ الضمان المؤقت بالقيمة عندما يكون هذا الضمان مطلوبا

- تقدير كلفة الأعمال المعد من طرف صاحب المشروع وعند الاقتضاء، المكان واليوم والساعة القصوى لاستلام العينات والنماذج المصغرة والوثائق الوصفية والبيانات الموجزة.
 - تاريخ الاجتماع أو زيارة المواقع التي يعتزم صاحب المشروع تنظيمها لفائدة المتنافسين، وعند الاقتضاء، يجب أن يقع هذا التاريخ في الثلث الثاني من الأجل الذي يسري بين تاريخ نشر الرسالة
 - الدورية في بوابة الصفقات العمومية والتاريخ المقرر لفتح الأظرفة.
 - ثمن اقتناء التصاميم أو الوثائق التقنية أو هما معا، عند الاقتضاء.
- إضافة إلى أنه يجب أن يتم توجيه الرسالة الدورية المذكورة بخمسة عشر (15) يوما على الأقل قبل التاريخ المحدد لجلسة فتح الأظرفة، ويسري هذا الأجل ابتداء من اليوم الموالي لتاريخ توجيه الرسالة الدورية.
- طلب العروض بالانتقاء المسبق: حسب المادة 16 من المرسوم السالف الذكر فهي طريقة يتم اللجوء إليها عندما لا يسمح بتقديم العروض، بعد استشارة لجنة للقبول، إلا للمتنافسين اللذين يتوفرون على المؤهلات الكافية لا سيما من الناحية التقنية والمالية بحيث يمكن إبرام صفقات بناء على طلب عروض بالانتقاء المسبق عندما تتطلب الأعمال موضوع الصفقة، بحكم تعقدها أو طبيعتها الخاصة، القيام بانتقاء مسبق للمتنافسين في مرحلة أولى قبل دعوة المقبولين منهم لإيداع عروض في مرحلة ثانية.

يخضع طلب العروض بالانتقاء المسبق للمبادئ التالية:

- دعوة إلى المنافسة
- فتح الأظرفة في جلسة عمومية
- فحص العروض من طرف لجنة طلب العروض بالانتقاء المسبق
- اختيار العرض الأكثر أفضلية من طرف لجنة طلب العروض بالانتقاء المسبق والواجب اقتراحه على صاحب المشروع
- وجوب قيام صاحب المشروع الذي يجري طلب العروض بالانتقاء المسبق بتبليغ الثمن التقديري المنصوص عليه في المادة 5 أعلاه إلى أعضاء لجنة طلب العروض بالانتقاء المسبق.

ثانيا: مسطرة المباراة

يعتبر برنامج المباراة المحتوى والحاجات التوقعية التي يتعين أن يستجيب لها العمل ويحدد المبلغ الأقصى للنفقة المخصصة لتنفيذ هذا العمل طبقا لمقتضيات المادة 64 من مرسوم 20 مارس 2013.

كما تتضمن مسطرة المباراة:

- الإعلان عن الهدف المتوخى من المباراة.
- عرض الجوانب الرئيسية التي يجب اعتبارها.
- تعريف مكونات المشروع ومحتواه.
- ينص برنامج المباراة على منح جوائز إلى الخمسة (05) مشاريع الأحسن ترتيبا من بين المشاريع المقبولة. ويحدد مبالغ هذه الجوائز.
- يتم خصم مبلغ الجائزة الممنوحة لنائل الصفقة من المبالغ المستحقة له برسم هذه الصفقة.

ويتم تنظيم المباراة على أساس برنامج يعده صاحب المشروع، ويقتصر إيداع المشاريع على المتنافسين المقبولين من طرف لجنة المباراة إثر جلسة القبول يخبر صاحب المشروع المتنافسين الذين تم اقصاؤهم بأسباب إبعادهم، وذلك بواسطة رسالة مضمونة مع إشعار بالتوصل وفاكس مع إثبات الوصول بأية وسيلة اتصال أخرى تعطي تاريخاً مؤكداً¹. ويجوز للسلطة المختصة إلغاء المباراة دون أن تتحمل أية مسؤولية عن هذا الفعل إزاء المتنافسين وفي أية مرحلة من مراحل مسطرة إبرام الصفقة طبقاً لمقتضيات المادة 83 من مرسوم الصفقات العمومية².

الفقرة الثانية: الطرق الاستثنائية لإبرام الصفقات العمومية

تتميز الطرق الاستثنائية لإبرام الصفقات العمومية بالسهولة بحيث يتم الخروج عن القاعدة الشكلية التي تبرم بها المساطر العادية فهذه الطريقة لا تحتاج إلى طلب العروض أو مسطرة المباراة بل تبقى للإدارة صلاحية اختيار المتعاقد الأنسب للقيام بالأعمال التي ترغب في تنفيذها والطرق الاستثنائية لإبرام الصفقات العمومية نوعان فهي إما صفقات تفاوضية أو سندات الطلب.

أولاً: الصفقات التفاوضية

تعتبر المسطرة التفاوضية طريقة لإبرام الصفقات تختار بموجبها، لجنة تفاوض، نائلاً لصفقة بعد استشارة متنافس أو أكثر والتفاوض بشأن شروط الصفقة وتتعلق هذه المفاوضات على الخصوص بالثمن وأجل التنفيذ أو تاريخ الانتهاء أو التسليم وشروط التنفيذ وتسليم العمل لا يجوز أن تتعلق هذه المفاوضات بموضوع الصفقة ومحتواها ويتم تعيين لجنة التفاوض من طرف السلطة المختصة أو الأمر بالصرف المساعد.

وتتكون هذه اللجنة من رئيس وممثلين عن صاحب المشروع. ويمكن لصاحب المشروع أيضاً استدعاء أي شخص آخر خبيراً أو تقنياً، يعتبر مساهمته مفيدة لأشغال اللجنة وتبرم الصفقة التفاوضية بإشهار مسبق وبعد إجراء منافسة أو بدون إشهار مسبق وبدون إجراء منافسة و يتعين على كل مرشح لنيل صفقة تفاوضية أن يقدم في بداية المسطرة، ملفاً إدارياً وملفاً تقنياً وملفاً إضافياً عند الاقتضاء، يضم مجموع المستندات المنصوص عليها في المادة 25 أعلاه، يستوجب إبرام صفقة تفاوضية، باستثناء الحالة المشار إليها في الفقرة (2) من البند ثانياً) من المادة 86 بعده، من السلطة المختصة أو من طرف الأمر بالصرف المساعد إعداد شهادة إدارية تبين الاستثناء الذي يبرر إبرام الصفقة على الشكل المذكور، وتوضح بوجه خاص الأسباب التي أدت إلى تطبيقه في هذه الحالة ويجوز للسلطة المختصة أو الأمر بالصرف المساعد، دون تحمل أية مسؤولية عن هذا الفعل تجاه المتنافسين، أن تنهي المسطرة في أي وقت بمقرر موقع من طرفها، يحتفظ بهذا المقرر في ملف الصفقة³.

يتم إبرام الصفقات التفاوضية إما بناء على عقد التزام يوقعه الراغب في التعاقد وعلى دفتر الشروط الخاصة وإما بصفة استثنائية، بتبادل رسائل أو اتفاقية خاصة بالنسبة للأعمال المستعجلة المنصوص عليها في حالة الاستثناء الواردة في الفقرة 5 من البند ثانياً) من المادة 86، التي لا يتلاءم إنجازها مع إعداد الوثائق المكونة للصفقة ويبين تبادل الرسائل أو الاتفاقية الخاصة المذكورة على الأقل على طبيعة العمليات وكذا حدود التزامات السلطة المتعاقدة من حيث المبلغ والمدة. ويحدد لها ثمنها نهائياً أو ثمنها مؤقتاً.

ثانياً: سندات الطلب

¹ عبد الكريم حيضرة، مرجع سابق، ص: 164.

² المادة 83 من مرسوم 20 مارس 2013.

³ المادة 84 من مرسوم 20 مارس 2013 المتعلق بالصفقات العمومية .

تمتاز سندات الطلب بكونها أسلوباً في تنفيذ أعمال معينة من الصفقات العمومية بحيث يجوز القيام بناء على سندات طلب، باقتناء توريدات وإنجاز أشغال أو خدمات وذلك في حدود مائتي ألف (200.000) درهم مع احتساب الرسوم ويراعى حد مائتي ألف (200.000) درهم المشار إليه أعلاه في إطار سنة مالية واحدة وحسب نوع الميزانية مع اعتبار كل أمر بالصرف أو أمر بالصرف مساعد وحسب أعمال من نفس النوع.

يتم التنصيص على قائمة الأعمال التي يمكن أن تكون موضوع سندات طلب بالملاحق رقم 4 من هذا المرسوم. ويجوز تغيير أو تميم هذه اللائحة بقرار للوزير المكلف بالمالية باقتراح من الوزير المعني بعد استطلاع رأي لجنة الصفقات، ويجب أن تحدد سندات الطلب مواصفات ومحتوى الأعمال المراد تلبيةها وعند الاقتضاء أجل التنفيذ أو تاريخ التسليم وشروط الضمان.

تخضع الأعمال الواجب إنجازها بسندات طلب موضوع منافسة مسبقة، ما عدا في الحالات التي يستحيل فيها اللجوء إليها أو كانت غير متلائمة مع العمل. لهذه الغاية، على صاحب المشروع أن يستشير كتابة ثلاثة متنافسين على الأقل وأن يقدم ثلاث بيانات مختلفة للأثمان على الأقل مقدمة من طرف المتنافسين المعنيين، ما عدا في حالة الاستحالة أو عدم الملائمة وفي حالة عدم ملائمة إجراء منافسة أو استحالة تقديم ثلاث بيانات للأثمان يعد الأمر بالصرف أو الأمر بالصرف المساعد أو الشخص المؤهل، عند الاقتضاء، مذكرة تبرر هذه الاستحالة أو عدم الملائمة.

بصفة استثنائية ومراعاة لخصوصيات بعض القطاعات الوزارية، يمكن لرئيس الحكومة أن يأذن فيما يتعلق ببعض الأعمال برفع حد مائتي ألف (200.000) درهم مع احتساب الرسوم المنصوص عليه أعلاه بموجب مقرر يتخذه بعد استطلاع رأي لجنة الصفقات وتأشيرة الوزير المكلف بالمالية وذلك دون تجاوز خمس مائة ألف (500.000) درهم مع احتساب الرسوم أما بالنسبة للمؤسسات العمومية، فيمكن رفع حد مائتي ألف (200.000) درهم مع احتساب الرسوم بموجب مقرر لمدير المؤسسة العمومية يتخذه بعد موافقة مجلس الإدارة وتأشيرة الوزير المكلف بالمالية وذلك دون تجاوز خمس مائة ألف (500.000) درهم مع احتساب الرسوم.

خاتمة:

نستنتج مما سبق ذكره أن المشرع المغربي استطاع تنظيم مبادئ وطرق إبرام الصفقات العمومية أحسن تنظيم لكن في مقابل ذلك يجب عليه تعزيز ترسانته القانونية وتحديثها خصوصاً ما يتعلق بمرسوم 20 مارس 2013 المتعلق بالصفقات العمومية ليصير في مصاف الدول المتقدمة وجعل الإدارة والمتعاقد ينفدان التزاماتهما بشكل امن يضمن الشفافية والنجاحة في تدبير المال العام وفي الأخير يمكن اقتراح مجموعة من التوصيات من أهمها:

✚ العمل على جعل العقود المبرمة في إطار الصفقات العمومية الكترونية نظراً للتقدم الذي يعرفه المجتمع وحفاظاً على صحة وسلامة المتعاقد والإدارة المبرمة للصفقة خصوصاً في فترة تفشي الأوبئة مثل جائحة كورونا.

✚ العمل على تميم مرسوم الصفقات العمومية بنصوص قانونية تساهم في تحقيق نوع من الشفافية بين الإدارة المبرمة للصفقة والمتعاقد.

لائحة المراجع

الكتب

✓ عبد الكريم حيضرة: " القانون الإداري المغربي النشاط الإداري "، مكتبة المعرفة، مراكش، الطبعة الثانية، سنة 2017، ص: 160.

المقالات

✓ يونس وحالوا: "نظام الصفقات العمومية على ضوء مرسوم 20 مارس 2013"، دراسة تحليلية لطرق الإبرام، مجلة العلوم القانونية العدد 2014، ص: 49.

المواقع الإلكترونية

✓ مقال حول طرق إبرام الصفقات العمومية منشور في الموقع الإلكتروني: <https://mawdoo3.com/> ، تم الدخول يوم 2021/01/06، على الساعة 20:48.

✓ مقال حول " طرق إبرام الصفقات العمومية " ، منشور في الموقع الإلكتروني: <https://boubidi.blogspot.com/> ، تم الاطلاع عليه، يوم 2021/01/07، على الساعة 23:53.

القوانين

✓ مرسوم رقم 2.12.349 صادر في 8 جمادى الأولى 1434 (20 مارس 2013)، يتعلق بالصفقات العمومية، ثم نشره في الجريدة الرسمية رقم 6140 بتاريخ 4 أبريل 2013.

مقاصد الأوقاف الواردة في سجلات محكمة القدس الشرعية في القرن الحادي عشر الهجري.

Waqf objectives as documented in records of the Jerusalem sharia court in the 11th century hijree

ط.د: رياض منير أمين خويص- برنامج الفقه وأصوله، المشترك بين جامعات القدس والنجاح والخليل/ فلسطين

Riad Munir Ameen Khweis- PhD student of the principles of jurisprudence joint program, Alquds and Al Najah and Hebron- universities

riadkhweis@gmail.com

أ.د عروة عكرمة سعيد صبري - عميد كليتي الدعوة وأصول الدين والقرآن والدراسات الإسلامية / جامعة القدس.

professor Orwa Ikerma Saeed Sabri- Dean of the Faculties of Dawah and Fundamentals of Religion, Quran and Islamic Studies / AlQuds University.-

osabri@staff.alquds.edu

ملخص:

يتناول هذا البحث مسألة مهمة من مسائل الوقف، وهي مقاصد الأوقاف عموماً، ومقاصد الأوقاف الإسلامية الواردة في سجلات محكمة القدس الشرعية في القرن الحادي عشر الهجري على وجه الخصوص.

ويهدف البحث إلى التوصل إلى مقاصد الواقفين في أوقافهم من خلال تحليل عباراتهم وألفاظهم والاطلاع على شروطهم، والأعيان التي وقفوها والجهات التي وقفوا عليها. وكانت حدود البحث الحجج الوقفية في سجلات محكمة القدس الشرعية في القرن الحادي عشر الهجري، حيث بلغ عدد الحجج التي تم دراستها مئة وتسعون حجة بين وقف ذري أو خيري، وقد تم اتباع المنهج الوصفي في كتابة البحث مع الاستعانة بمنهجي الاستنباط والاستقراء. وبعد النظر المطول في الحجج الوقفية في القرن الحادي عشر الهجري، وكلام أهل العلم في مقاصد نظام الأوقاف في الإسلام، توصل البحث إلى استنباط مقاصد تلك الأوقاف التي سيذكرها في طيات هذا البحث.

الكلمات المفتاحية: علم المقاصد، مقاصد التبرعات، مقاصد الأوقاف، سجلات محكمة القدس الشرعية، إعمار المسجد الأقصى المبارك وتعظيمه، صلة وبر الأقارب والأرحام، المساهمة في توفير حاجات الناس الضرورية، تحقيق التكافل الاجتماعي.

Abstract:

This paper tackles a very important subject concerning Waqf, that is the objectives of Waqf in general, and the objectives of Waqf is in the records of the Jerusalem sharia court of the 11th century hijree.

The paper aims to deduce the objectives of the people who placed their property as Waqf, through analyzing their exact phrases and the terms of their Waqf (hijaz waqfiya), and the property they gave up to waqf and what was the beneficiaries from it.

The limits of the paper where the Waqf records of the sharia court of Jerusalem during the 11th hijree century , Where the number of documents that were studied reached one hundred and ninety document between a charity wqaf and family wqaf, using a descriptive approach in writing the paper, and also deduction and induction method.

After lengthy studying of the documents from the 11th century hijree, and the opinion of the scholars about the objectives of waqf in Islam, the researcher was able to deduce the objectives of the waqf mentioned in this paper.

Key words: knowledge of obectives (maqasid), objectives of charity, objectives of waqf, records of the Jerusalem sharia court, restoration of Al Aqsa mosque, ties of kinship, helping provide peoples essential needs, and maintaining social solidarity.

مقدمة البحث:

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، أما بعد،

فقد أنزل الله دين الإسلام على آخر أنبيائه ورسله محمد صلى الله عليه وسلم، وقد اتسم هذا الدين العظيم بتحقيقه لمصالح العباد في دنياهم من خلال أحكامه وتشريعاته المختلفة في جميع المجالات، ومن هذه الأحكام والتشريعات، نظام الوقف في الإسلام، الذي هو أحد محاسن الإسلام ومميزاته، فهو يحقق مقاصد عظيمة دنيوية وأخرية للواقفين وللجهات الموقوف عليها، ويأتي هذا البحث ليستلض الضوء على مقاصد الأوقاف عموما وعلى مقاصد الأوقاف في سجلات محكمة القدس الشرعية في القرن الحادي عشر الهجري على وجه الخصوص.

مشكلة البحث:

من القضايا المهمة في نظام الوقف، معرفة مقاصد هذا النظام وغاياته، وتأتي هذه الدراسة للإجابة على مجموعة من الأسئلة المتعلقة بهذه المسألة ومنها:

1. ما هي أهمية دراسة مقاصد الأوقاف في الإسلام؟
2. ما هي مقاصد نظام التبرعات في الإسلام؟
3. هل لنظام الوقف في الإسلام مقاصد خاصة؟
4. ما هي مقاصد الأوقاف الواردة في سجلات محكمة القدس الشرعية في القرن الحادي عشر الهجري.

أهمية الدراسة:

من العلوم المهمة المتفرعة عن علم أصول الفقه، علم مقاصد الشريعة؛ لأنَّ هذا العلم يُبين روح الشريعة وأهدافها وغاياتها من وراء تشريع الأحكام للناس، فيظهر للناس أنَّ الشريعة ليست قوانين جافة ليس من ورائها هدف ولا غاية، مما يجعل المكلف يقبل على الأوامر والنواهي بجد واجتهاد ساعيا إلى تحقيق المراد من هذا الأمر أو ذلك النهي، ومن هذه التشريعات والأحكام نظام الوقف في الإسلام، فتهدف هذه الدراسة إلى استنباط مقاصد الأوقاف الواردة في سجلات محكمة القدس الشرعية في القرن الحادي عشر الهجري، من خلال عرض مقاصد نظام التبرعات في الإسلام عموما، ثم

عرض مقاصد الوقف في الإسلام خصوصاً، وصولاً لاستنباط مقاصد الأوقاف الواردة في سجلات محكمة القدس الشرعية في القرن الحادي عشر الهجري.

محددات الدراسة:

المسألة موضوع البحث هي مقاصد الأوقاف الواردة في سجلات محكمة القدس الشرعية في القرن الحادي عشر الهجري، فحد الدراسة الزمني هو القرن الحادي عشر الهجري، وحد الدراسة المكاني هو سجلات الأوقاف في محكمة القدس الشرعية، وهي مقتصرة على أوقاف المسلمين فقط.

الدراسات السابقة:

يوجد العديد من الدراسات السابقة التي تحدثت عن مقاصد نظام الأوقاف في الإسلام عموماً، وبيان هذه الدراسات على النحو الآتي:

1. الوقف: مفهومه ومقاصده، للأستاذ الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان، وهو بحث نشر في ندوة المكتبات الوقفية في المملكة العربية السعودية، وقد جاء البحث في ثلاثين صفحة، تحدث الباحث فيه عن تعريف الوقف ومشروعيته، وأقسامه، ومصارفه ومقاصده ومحاسنه، كما تحدث عن الأوقاف في الحرمين الشريفين.
2. المقاصد الشرعية من الأوقاف الإسلامية: خصائصها وأصولها وقواعدها، للدكتور حمزة حسن محمد الأمين، وهو صادر عن مجلة حوليات الشريعة سنة 2010م، وقد جاء البحث في خمس وثلاثين صفحة، تكلم الباحث عن تعريف الوقف وأدلته وأركانه، وخصائص نظام الوقف، ومقاصده، كما تحدث عن الأصول والقواعد الشرعية للأوقاف الإسلامية.
3. المقاصد الشرعية للوقف الإسلامي، للدكتور الحسن تركوي، وهو كتاب يقع في مئتين وعشرين صفحة، من إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الكويت سنة 2014م، تحدث المؤلف عن أنواع المقاصد الشرعية ومقاصد الأوقاف، كما تحدث عن إسهامات الوقف في تحقيق الضروريات والحاجيات والتحسينيات، وتحدث عن الوقف كونها مؤسسة تمويلية.
4. مشروعية الأوقاف وسبل الانتفاع بها لتحقيق مقاصد الشريعة في ضوء الكتاب والسنة، للدكتور سعيد بن صالح الرقب، وهو بحث من نشر الشبكة الفقهية، وقد جاء البحث في ثلاثين صفحة، تحدث الباحث فيه عن التعريف بالأوقاف والمقاصد الشرعية، ومشروعية الأوقاف من الكتاب والسنة، وكيفية الانتفاع بالأوقاف لتحقيق مقاصد الشريعة.
5. البعد المقاصدي للوقف في الفقه الإسلامي، للباحث عبد الرحمن معاشي، وهو بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في جامعة الحاج لخضر باتنة في الجزائر سنة 2006، تحدث الباحث عن قضايا متعددة في الوقف ومنها: مقاصد الوقف عموماً ودور الوقف في حفظ الضروريات والحاجيات والتحسينيات، والبعد المقاصدي للوقف في آثاره الدعوية والعلمية والاجتماعية والاقتصادية.
6. الأهداف التشريعية لنظام الوقف للدكتور محمد عبده، وهو من منشورات مجلة القدس الدولية للدراسات الإسلامية، وجاء البحث في أربع عشرة صفحة، عرف الباحث الأهداف التشريعية، والوقف ثم تحدث عن أهداف الوقف في الإسلام.

7. المقاصد التشريعية للأوقاف الإسلامية، من إعداد انتصار عبد الجبار مصطفى اليوسف، وهو بحث مقدم لنيل درجة الماجستير من كلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية عام 2007م، جاء فيه التعريف بمفهوم المقاصد والوقف، والتأصيل الفقهي للوقف والمقاصد التشريعية له. وقد تميزت هذه الدراسة بأنها بينت مقاصد التبرعات عموماً، ومقاصد الأوقاف خصوصاً، ومقاصد الأوقاف الواردة في سجلات المحكمة الشرعية في القدس في القرن الحادي عشر الهجري على وجه الخصوص.

منهج البحث:

تم اتباع المنهج الوصفي في كتابة هذا البحث، مع الاستعانة بمنهجي الاستنباط والاستقراء، وقد تم البحث وفق الخطوات الآتية.

1. عزو الآيات القرآنية ببيان اسم السورة ورقم الآية.
2. الرجوع إلى المعاجم اللغوية لبيان معاني الكلمات والألفاظ الغريبة.
3. عزو الأحاديث إلى مصادرها الأصلية، فإن كان الحديث في البخاري ومسلم، يكتفى بعزوه إليهما، وإن لم يكن فمهما يذكر من أخرجه مع بيان درجة الحديث بالاعتماد على حكم أحد علماء الحديث.
4. الرجوع إلى كتب أهل العلم والدراسات المعاصرة في المسألة.
5. الرجوع إلى سجلات محكمة القدس الشرعية في فترة الدراسة، والاطلاع على الحجج الوقفية واستنباط مقاصدها، وقد رمز الباحثان في الهامش للسجل بحرف (س) وبعده رقم السجل وتاريخه ورقم الصفحة.
6. في خاتمة البحث تم إثبات النتائج والتوصيات التي توصل إليها الباحثان.

وقد جاء البحث وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: تعريف مقاصد الشريعة وبيان أهمية دراسة مقاصد الأوقاف وفيه:

المطلب الأول: تعريف مقاصد الشريعة باعتبارها مركباً إضافياً.

المطلب الثاني: تعريف مقاصد الشريعة باعتبارها علماً على علم معين.

المطلب الثالث: أهمية دراسة مقاصد الأوقاف.

المبحث الثاني: بيان مقاصد نظام الأوقاف في الإسلام، ومقاصد الأوقاف الواردة في سجلات محكمة القدس الشرعية في القرن الحادي عشر الهجري، وفيه:

المطلب الأول: مقاصد نظام التبرعات عموماً، والتي يحققها نظام الأوقاف.

المطلب الثاني: المقاصد الخاصة لنظام الوقف في الإسلام

المطلب الثالث: بيان مقاصد الأوقاف الواردة في سجلات محكمة القدس الشرعية في القرن الحادي عشر الهجري.

ثم الخاتمة وفيها أهم النتائج والتوصيات، ثم مراجع البحث.

المبحث الأول: تعريف مقاصد الشريعة وبيان أهمية دراسة مقاصد الأوقاف.

مقاصد الشريعة مركب إضافي، يتوقف معرفة معناه على معرفة معنى ألفاظ هذا التركيب، لذا سيعرف الباحثان في المطلبين الآتيين بألفاظ هذا التركيب وصولاً إلى تعريف علم مقاصد الشريعة.

المطلب الأول: تعريف مقاصد الشريعة باعتبارها مركباً إضافياً.

أول أفاظ هذا التركيب كلمة مقاصد وفيما يأتي بيان معناها لغة.

الفرع الأول: تعريف المقاصد لغة.

المقاصد جمع مقصد، وهو مصدر ميمي مأخوذ من الفعل قَصَدَ، فيقال: قَصَدَ يَقْصِدُ مَقْصِدًا، ولكلمة المقاصد، عدة استعمالات في لغة العرب، تدور حول معان هي:

1. العَدْلُ والتوسط.

2. استقامة الطريق.

3. الاعتزام، والاعتماد، والأَمُّ، وطلب الشيء.

4. الكَسْرُ¹.

الفرع الثاني: تعريف الشريعة لغة واصطلاحاً.

المسألة الأولى: تعريف الشريعة لغةً.

الشريعة في اللغة: مأخوذة من الفعل شَرَعَ، وهو يُطْلَقُ في اللغة على منحدر الماء ومورد الشاربة².

المسألة الثانية: تعريف الشريعة اصطلاحاً.

ما شرع الله تعالى لعبادة من الأحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء، سواء كانت متعلقة بكيفية عمل، أو بكيفية الاعتقاد، ويسمى الشَّرْعُ أيضاً بالدين والملة³، وهذا التعريف يشمل جميع الشرائع السماوية، والمراد هاهنا الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: تعريف مقاصد الشريعة باعتبارها علماً على علم معين.

لم يضع العلماء المتقدمون تعريفاً لمقاصد الشريعة، وإنما اكتفوا بالتنصيص على بعض المقاصد، أو التقسيم لأنواعها، فصَدُرَ هذه الأمة لم يكونوا يتكلمون ذِكر التعريفات، ولا الإطالة فيها؛ لأنَّ المعاني كانت عندهم واضحة في أذهانهم، وتسهيل على ألسنتهم وأقلامهم دون كَدِّ أو مشقة⁴.

وقد عرف العلماء المعاصرون مقاصد الشريعة بتعريفات كثيرة منها:

تعريف الشيخ محمد الطاهر بن عاشور: "هي المعاني والحكم الملحوظة للشارع، في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكُون في نوع خاص من أحكام الشريعة، فيدخل في هذا أوصاف الشريعة وغايتها العامة، والمعاني التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها، ويدخل في هذا أيضاً معاني من الحكَم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام، ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها"⁵.

¹ ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ط3، بيروت: دار صادر، سنة 1414هـ، مادة (ق ص د)، 355/3.

² ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، مرجع سبق ذكره، مادة (ش ر ع)، 175/8.

³ الجبائي، محمد بن علي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، ط1، بيروت: مكتبة لبنان، سنة 1996م، 1018/1.

⁴ البديوي، يوسف بن أحمد، مقاصد الشريعة الإسلامية عند ابن تيمية، ط1، الأردن: دار النفائس، سنة 2000م، ص45، الريسوني، أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ط2، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، سنة 1993م، ص5.

⁵ ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، ط2، الأردن: دار النفائس، الأردن، سنة 2001م، ص251.

تعريف الشيخ اليبوي " المعاني والحكم ونحوها التي راعاها الشارع في التشريع، عموماً وخصوصاً، من أجل تحقيق مصالح العباد".¹

وهذا التعريف قريب جداً من تعريف الطاهر بن عاشور، ولكن مميزته الاختصار مع شمول عبارته لحقيقة المقاصد.

المطلب الثالث: أهمية دراسة مقاصد الأوقاف.

دراسة مقاصد الشريعة عموماً ضرورة ملحة، فدراستها كفيلاً بدوام أحكام الشريعة الإسلامية للعصور التي أتت بعد عصر الرسول صلى الله عليه وسلم²؛ فعلم المقاصد عموماً له أهمية عظمى في عملية الاجتهاد، بل هو شرط من شروط المجتهد³.

ولا ريب في جعل العلم بالمقاصد شرطاً من شروط المجتهد؛ ذلك أنّ علم المقاصد بالنسبة للشريعة هو بمنزلة روحها وفلسفتها التي لا يمكن فهم الشريعة واستيعابها إلا في ضوءه، فإذا كان العلم بمقاصد الشريعة شرط في المجتهد، وإذا علمنا أنّ أكثر أحكام الأوقاف ثبتت بالاجتهاد، ولم تثبت عن طريق النصوص الشرعية، فأحكام الأوقاف أحكام اجتهادية قياسية، للرأي فيها مجال، وجميع تلك الأحكام إنما أخذت من نصوص عامة في القرآن الكريم، ومنها ما تم استنباطه من نصوص السنة النبوية، ومنها ما بني على قواعد فقهية عامة أو على مصالح مرسل⁴؛ فإنّ الاجتهاد في قضايا الوقف، وتجديد النظر فيها يتطلب منا معرفة مقاصد الأوقاف، للبحث عن الوسائل المتنوعة في حفظ الوقف، وتفعيل دوره، وتوجيهه لخدمة المجتمعات المعاصرة، والاستفادة القصوى من الأعيان الموقوفة، لتحقيق الأداء العملي والمكتمل لصور الوقف وكيفيةاته ووسائله، وسائر ما يتعلق بإنجاحه وتفعيله موقوف على دراسة مقاصد الوقف⁵.

فمن أجل أن يقوم الوقف بدوره ورسالته وفقاً لمقاصد الشرع لا بد من بيان هذه المقاصد وتجليتها وتوضيحها، وهذا ما سيوضحه الباحثان في المبحث الآتي.

المبحث الثاني: بيان مقاصد نظام الأوقاف في الإسلام، ومقاصد الأوقاف الواردة في سجلات محكمة القدس الشرعية في القرن الحادي عشر الهجري.

يُعد نظام الوقف في الإسلام نظاماً مميزاً، فهو يعمل على تحقيق مقاصد كثيرة وفي مجالات متعددة، وقد أسهم عبر التاريخ الإسلامي في خدمة المجتمع في جوانب متعددة، وما زالت الأوقاف في بلاد المسلمين تمارس دورها حتى اليوم، وإن قلَّ هذا الدور في العصور المتأخرة، وللوقف مقاصد تتفق مع مقاصد التبرعات؛ باعتباره داخلياً تحتها، وضرباً من ضربها، وسيبين الباحثان في المطلب الأول من هذا المبحث مقاصد نظام التبرعات عموماً والتي يحققها نظام الأوقاف، ثم يبينان في المطلب الثاني المقاصد الخاصة لنظام الوقف في الإسلام، وصولاً إلى استخراج وبيان مقاصد الأوقاف الواردة في سجلات محكمة القدس الشرعية في القرن الحادي عشر الهجري.

المطلب الأول: مقاصد نظام التبرعات عموماً، والتي يحققها نظام الأوقاف.

¹ اليبوي، محمد سعد بن أحمد، مقاصد الشريعة وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ط1، دار الهجرة، سنة 1998م، ص 36.

² ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سبق ذكره، ص 188.

³ الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات، ط1، دار ابن عفا، سنة 1997م، ص 41/5.

⁴ الزرقا، مصطفى، أحكام الأوقاف، ط1، الأردن: دار عمار، سنة 1997م، ص 19.

⁵ الخادمي، نورالدين، الوقف العالمي، جامعة أم القرى بمكة المكرمة، المؤتمر الثاني للأوقاف، سنة 1427هـ، ص 13.

يمكن بيان مقاصد نظام التبرعات في الإسلام، والتي يحققها نظام الأوقاف بما يأتي:

1. تحقيق العبودية لله بامتثال المأمور وترك المحذور، وهذا المقصد هو مقصد سائر التَعَبُّدَات التي شرعها الله عزَّ وجل، ومن ضمنها التبرعات، والوقف مندرجٌ تحتها¹. فحين يتقرب العبد إلى ربه بأي ضربٍ من ضروبِ التبرعات؛ فيخرج جزءاً من ماله مع شديد تعلقه به، ويجعله في سبيل الله، وليس ذلك إلا تقرباً إلى الله، فيتحقق أن يكون المكلف عبداً لله سبحانه حقاً، وبهذا يظهر أثر مقصد تحقيق العبودية.
2. توجيه المؤمن إلى الدار الآخرة، وتعويدته على طلب ثواب الله، فأصحاب الأموال غالباً ما ينشغلون بجمع المال وتنميته؛ فيستولي على حياتهم وتفكيرهم ويتعلقون به، فمن خصائص الإنسان حبه الشديد للمال كما قال تعالى: (وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا)²؛ فلذلك احتاج إلى التذكير والتوجيه للتطلع للآخرة، وذلك من خلال حثهم على إنفاق أمواله في سبيل الخير³.
3. تكثير الأجر والحسنات، فالوقف صدقة جارية يستمر أجرها حتى بعد موت صاحبها، فهو يمثل طريقاً لكسب الأجر الكثيرة والمستمرة للواقف، فقد ورد في الحديث الشريف قوله صلى الله عليه وسلم: "إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثَةٍ: إِلَّا مِنْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ"⁴، والصدقة الجارية محمولة عند العلماء على الوقف⁵.
4. صلة وبر الأقارب والأرحام. فمن مقاصد التبرعات عموماً تحقيق صلة الأقارب والأرحام، لذا جعل الشارع أجر الصدقة على الأقارب أعظم؛ لأنَّ الصدقة عليهم تحقق معنى الصدقة والصلة، ففي حديث لما سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن الصدقة على الأقارب قال: "لها أجران، أجر القرابة وأجر الصدقة"⁶. فالوقف على الذرية والأقارب من أقوى وسائل الشريعة في بناء أواصر المحبة وتمتينها بينهم؛ لأنه يؤمن لهم مصادر معيشة دائمة ويخفف من معاناتهم ويزيد من رفاهيتهم⁷.
5. المواسة بين أفراد الأمة، ومساعدة الفقراء والمقترين، وإعانة أصحاب الكربات والنوائب، وتفريج كربهم وإدخال السرور عليهم⁸، وبذلك يتحقق معنى التعاون والتكافل في المجتمع المسلم وتقوى وتتعمق أواصر المجتمع الإسلامي، مما يؤدي إلى تحقيق معاني الأخوة الإسلامية، الذي هو مقصد من مقاصد الشريعة⁹.

¹ الخطاب، عبد الرحمن، مقاصد الوقف في الشريعة تأصيلاً وتطبيقاً، مجلة وقف، العدد الثالث، سنة 2021م، ص 27

² سورة الفجر: 20.

³ الريسوني، أحمد، الوقف الإسلامي، مجالاته وأبعاده، دار الكلمة للنشر والتوزيع، سنة 2014م، ص 21،

⁴ سبق تخرجه

⁵ الشريبي، محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1994م، 523/3، المناوي، عبد الرؤوف بن تاج، تيسير الوقوف على غواض أحكام الوقوف، ط1، السعودية: مكتبة نزار مصطفى الباز، سنة 1998م، ص 30.

⁶ محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب الزكاة على الزوج والأيتام في الحجر، برقم 1466، دار طوق النجاة، سنة 1422هـ، 121/2. مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين والزوج والأولاد، برقم 1000، القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، سنة 1955م، 694/2.

⁷ قحف، منذر، الوقف الإسلامي تطوره إدارته وتنميته، ط1، دمشق، دار الفكر، سنة 1421هـ، ص 115، رفيع، محماد، المقاصد الشرعية للوقف الإسلامي تأصيلاً وتطبيقاً، بحث منشور على الانترنت: المركز العلمي للنظر المقاصدي في القضايا المعاصرة.

⁸ ابن عاشور، محمد الطاهر، مرجع سبق ذكره، ص 487، الخادمي، نور الدين، علم مقاصد الشريعة، ط1، الرياض: مكتبة العبيكان، سنة 1422هـ، ص 177.

⁹ الزيد، عبد الله بن أحمد، أهمية الوقف وحكمة مشروعيتها، مجلة البحوث الإسلامية، العدد 36، سنة 1977م، ص 309.

إنَّ المسلم حين يتنازل عن حر ماله طواعية فهو يتجاوز ذاته إلى الكل، بانيا الجسد الواحد بكرم العضو، وهذا ما يحقق حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: (مثل المؤمنين في توادهم، وتراحمهم، وتعاطفهم مثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى)¹ وأي مجتمع سيصبح بهذا الوصف، سيغدو مجتمعاً متحاباً متعاوناً متكافلاً.

6. تحقيق القوة والعزة للأمة الإسلامية، مما يسهم في بناء الحضارة الإسلامية.²
فالتبرعات تعمل على تحقيق القوة والعزة للأمة، وهو ما يؤدي بدوره إلى بناء الحضارة الإسلامية؛ لأنَّ الإنسان لن يسعى إلى تحقيق الحاجات العليا إلا إذا توفر له مأكله، ومشربه، ورعايته الصحية، والتعليمية.³

لذلك حرص أعداء المسلمين على بقاء المسلمين ضعفاء عاجزين، غير قادرين على سد حاجاتهم؛ لتبقى الأمة الإسلامية تابعة لهم، فكم تم استخدام الرعاية الصحية ومساعدة الفقراء ذريعة للغزو الفكري لعقول أبناء المسلمين، وهذا يُظهرُ عموماً أهمية وجود مصادر يُنفقُ منها على جوانب مختلفة تخدم المجتمع المسلم، وفي هذا المجال تظهر أهمية الوقف على وجه الخصوص؛ فهو يوفر المصادر الثابتة والدائمة لمجالاتٍ متعددة في المجتمع.

7. إزالة أسباب الكراهية والحقد والتباغض التي قد تنشأ عن ترك الإحسان إلى الآخرين، ووجود طبقات فقيرة مهمشة في وقت توجد فيه طبقات غنية مترفة، فتبرع الإنسان بماله للفقير يشعر الفقير بحرص الغني عليه واهتمامه بحاله؛ مما يسهم في تخفيف مشاعر الكراهية والحسد بالنسبة للفقراء فتصبح علاقات المجتمع قائمة على التعاون والمحبة والتراحم بدل الكراهية والبغض.⁴

8. تربية المسلم على البذل والعطاء والشعور بالآخرين وبمسؤوليته تجاه مجتمعه، فتنمو مع عملية الإنفاق أخلاق البذل والتضحية دون انتظار العائد المادي.⁵

9. تخلص المسلم من الجشع والشح والبخل والأنانية، هذه الصفات التي تناقض قصد الشارع من الأموال وتفضي بصاحبها إلى الطغيان⁶، فجاءت النصوص الشرعية التي تحث العباد على التبرع بأموالهم وتنههم عن الشح والبخل؛ ليتطهروا من آفات النفس فيحصل لهم تزكيتها، قال تعالى: (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكهم بها)⁷.

10. شكر المنعم، فأفضل طرق شكر النعم ما كان من جنسها، فإنفاق المال في مصارفه التي حث عليها الإنفاق منه مظهر من مظاهر شكر نعمة المال، ومن صور هذا الإنفاق الوقف⁸.

11. تحقيق مبدأ تداول المال بين أفراد الأمة؛ حتى لا يكون بيد طائفة معينة قال تعالى: (كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ)⁹ قال ابن كثير: "أي جعلنا هذه المصارف لمال الفياء؛ لئلا يبقى مأكلاً يتغلب عليها الأغنياء ويتصرفون فيها، بمحض الشهوات والأراء، ولا يصرفون منه شيئاً إلى الفقراء"¹⁰.

¹ رواه البخاري في صحيحه، كتاب الأدب، باب رحمة الناس والهائم، برقم 6011، مرجع سبق ذكره، 10/8، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والأدب، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم، برقم 2586، مرجع سبق ذكره، 1999/4

² الخادمي، نور الدين، علم مقاصد الشريعة، مرجع سبق ذكره، ص 177.

³ منصور، سليم، الوقف ودوره في المجتمع الإسلامي المعاصر، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة، سنة 2004م، ص 44

⁴ الخادمي، نور الدين، علم مقاصد الشريعة، ص 177، منصور، سليم، مرجع سبق ذكره، ص 41.

⁵ منصور، سليم، مرجع سبق ذكره، ص 42.

⁶ الريسوني، أحمد، الوقف الإسلامي، مجالاته وأبعاده، مرجع سبق ذكره، 21، الخادمي، نور الدين، علم مقاصد الشريعة، مرجع سبق ذكره، ص 177.

⁷ سورة التوبة: 103.

⁸ الريسوني، أحمد، الوقف الإسلامي، مجالاته وأبعاده، مرجع سبق ذكره، ص 21.

⁹ سورة الحشر: 7.

¹⁰ ابن كثير، إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1419هـ، 97/8.

فالإسلام له تشريعات خاصة تعمل على توزيع الثروات من أجل تحقيق التوازن الاقتصادي، وحتى لا ينشأ الفقر متجنرا في المجتمع، ومن التشريعات التي تعمل على تداول المال وتفتيت الثروة نظام الوقف الذي يحقق مقصد التداول من خلال ما يأتي:

- أ. تداول المنفعة؛ لأنَّ المقصود من تداول المال التوصل إلى المنافع، وهذا ما يتحقق في الوقف، فمنفعة الوقف تنقل من الواقف إلى الموقوف عليهم، وهؤلاء قد يكونون من الذرية والأقارب، وقد يكونون من جهات البر، فيحصل انتقال المال من الأصل إلى فرعه أو إلى غير فرعه¹.
- ب. استثمار الوقف، مما يوسع دائرة تداول المال للمستثمر والمستثمر لهم، ومن خلال هذه النقطة يمثل الوقف مصدر دخلٍ للأطراف الخارجية التي تعمل في الوقف والتي تقوم بدور استثمار الوقف، كما في دفع أرض الوقف للاستثمار، أو نقود الوقف للمضاربة، وغيرها من صور الاستثمار².
- ت. توزيع ريع الوقف على الجهات الموقوف عليها حسب شرط الواقف.
- ث. إعطاء جزء من ريع الوقف للفئات العاملة في الوقف كالمتمولي والناظر.
- ج. يسهم الوقف في توزيع الدخل من خلال ما ينفقه الموقوف عليهم وجميع المستفيدين من ريع الوقف في شراء السلع والخدمات، وهذا يؤدي إلى زيادة الطلب الاستهلاكي مما يدفع إلى زيادة الإنتاج والتشغيل مما يؤدي بدوره إلى زيادة إجمال الدخل المتحقق³.

المطلب الثاني: المقاصد الخاصة لنظام الوقف في الإسلام.

إذا كان الوقف يحقق مقاصد نظام التبرعات باعتباره داخلا تحتها، إلا أنَّ له مقاصد خاصة تميزه عن التبرعات نظرا لكونه قائم على فكرة تملك المنفعة دون العين، وباعتبار ديمومته، وباعتبار أنه أكثر فاعلية في تحقيق ما يريد الإنسان من صدقته في حياته، وبعد مماته، فللوقف مقاصد خاصة يحققها ويتميز بها عن سائر التبرعات، وقد نص غير واحد من أهل العلم على هذه المقاصد والمميزات⁴، وهذه المقاصد هي:

1. المحافظة على المال.

الوقف لا يتم إلا بالمال، وهذا يشمل جميع صور المال: عقاراتٍ أو أراضيٍ أو أموالاً منقولةٍ أو نقوداً أو غيرها من صور الأموال التي أجاز الفقهاء وقفها على خلاف بينهم فلا وقف بلا مال.

يعمل الوقف على إيجاد وسيلةٍ فعالةٍ للحفاظ على الثروات والأموال، فهو يمنع من بيعها والتصرف فيها أو مصادرتها، لذلك نرى الفقهاء منعوا كل تصرف من شأنه أن يحدَّ من المحافظة على مال الوقف؛ فمنعوا صرف ريع الوقف على مستحقيه قبل ترميم الوقف وصيانته، حتى لو اشترط الواقف ذلك؛ لأنَّ ذلك يؤدي إلى اضمحلال الوقف وذهابه مع المدة، وما القول باشتراط التأييد في الوقف عند جمهور العلماء إلا حفاظاً على مال الوقف⁵.

وقد رأينا أمثلة واقعية كيف حفظ الوقف المال، ففي مناطق مختلفة ظلت الأملاك الموقوفة في مأمنٍ من تعسف الحكام أو أصحاب النفوذ أو العدو المحتل، وهذا بدوره مكن الموقوف عليهم من الاستفادة من هذا الوقف.

¹ الخطاب، عبد الرحمن، مرجع سبق ذكره، ص 32

² علي، علي حسين، مقاصد الشريعة الخاصة بالوقف تأصيلاً وتطبيقاً، المؤتمر الثالث للأوقاف، الجامعة الإسلامية، سنة 2009م، ص 525.

³ علي، علي حسين، مرجع سبق ذكره، ص 525.

⁴ ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، ط2، دار الكتاب الإسلامي، 206/5.

⁵ رجال، علاء الدين، والسعد، احمد، الوقف وحفظ مقاصد الشريعة، بحث منشور على الانترنت: دار الإفتاء الأردنية.

لذلك تطالب كثيرٌ من الجهات الإسلامية في فلسطين، أصحاب العقارات في المناطق الحساسة كالبلدة القديمة أو سلوان أو غيرها من المناطق المحيطة بالأقصى، أو القريبة منه بوقف عقاراتهم حتى تمنع سلطات الاحتلال الإسرائيلي من الاعتداء عليها، أو تمنع بعض الورثة الذين قد تسول لهم أنفسهم من تسريب عقاراتهم من المضي فيما يريدون¹. ولا شك أنّ هذا الاقتراح يساعد بشكل كبير على التصدي لظاهرة تسريب العقارات إلى المحتلين، خاصة في الأماكن الحساسة والمهمة.

كما يحفظ الوقف مال المورث بعد وفاته من أن يضيعه الورثة بالإسراف، أو عدم حسن التدبير فيفوت الفرصة على الجهة من إضاعة ما ورثوه فيظل أحدهم بعد ذلك عالة على غيره².

ويتلخص محافظة الوقف على المال من عدة جهات هي:

- أ. إبقاء أصول الأموال محفوظة، فلا تتعرض للفناء؛ لأنّ أصل الوقف قائمٌ على تأييد الأصل وتسبيل المنفعة.
 - ب. تداول المال ومنع تركيزه في يد فئة قليلة يؤدي إلى تنمية المال والحفاظ عليه.
 - ت. تحقيق التنمية في جوانب مختلفة وهذا يسهم في الإنتاج الفعلي لأعيان الأموال الموقوفة³.
2. إدامة استخدام المال لأطول مدة⁴.
- أسهم الوقف في تطويل مدة الانتفاع بالمال وإيصاله إلى الأجيال القادمة، فعن طريق الوقف يمكن إفادة تلك الأجيال اللاحقة بما لا يضر الأجيال السابقة⁵.
- فسائر التبرعات بالأموال تفتى وتذهب، أما الوقف فإنه يطول أمده ويستمر نفعه، وهذا المقصد هو الذي ضمن قدرة الوقف على إنتاج المنافع والخدمات على نحو دائم ومستمر⁶.
3. إيجاد مصادر تمويل دائمة للمؤسسات والمشاريع الخيرية المختلفة⁷.
- فالصدقات المخصصة للاحتياجات الآنية تنقضي وتفتى، على عكس الأوقاف التي تظل قائمة تؤدي وظيفتها لصالح المستحقين⁸.
- لقد مثَّلَ الوقف مصدراً لحيوية المجتمع وفعاليتيه، من خلال محافظته على المؤسسات ونشاطاتها مستقلة لا ترتبط ولا تخضع إلا للشريعة.
- كما أسهمت رعاية الأوقاف للمؤسسات في أن تكون المؤسسات نابعة من صميم المجتمع وحاجاته، وليست مفروضةً عليه؛ لتحقيق أهدافٍ مشبوهةٍ، كما هو حاصل اليوم في كثير من المؤسسات ذات الدعم الغربي، فالمؤسسات الوقفية لها جذورٌ في مجتمعها، فهي نابعةٌ من احتياجاته⁹.

¹ ينظر بيان الهيئة الإسلامية العليا في القدس برقم 2018/249، بتاريخ 2018/10/14.

² الرقب، سعيد بن صالح، مشروعية الأوقاف وسبل الانتفاع بها لتحقيق مقاصد الشريعة في ضوء الكتاب والسنة، بحث منشور على الانترنت: المركز العلمي للنظر المقاصدي في القضايا المعاصرة.

³ الخادمي، نور الدين، إسهام نظام الوقف في تحقيق المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، الكويت، الأمانة العامة للأوقاف، سنة 2015م، ص 60.

⁴ الرقب، سعيد بن صالح، مرجع سبق ذكره.

⁵ الزيد، عبد الله بن أحمد، أهمية الوقف وحكمة مشروعيته، مجلة البحوث الإسلامية، عدد 36، سنة 1997م، ص 309.

⁶ رفيع، محماد، مرجع سبق ذكره.

⁷ الرقب، سعيد بن صالح، مرجع سبق ذكره.

⁸ عبده، محمد، الأهداف التشريعية لنظام الوقف الإسلامي، مجلة القدس الدولية للدراسات الإسلامية، العدد 3، سنة 2015م، ص 106.

⁹ منصور، سليم، مرجع سبق ذكره، ص 68.

4. المساهمة في تحقيق التنمية الشاملة.

فالأوقاف عاملٌ من العوامل المهمة في دفع التنمية الشاملة في مختلف جوانب الحياة: تنمية اقتصادية واجتماعية وتعليمية وسياسية¹، تنمية شملت الجوانب كلها، فأغراض الوقف ليست قاصرة على الفقراء والمساجد فقط، بل شمل ذلك جميع الجوانب والمجالات، ففي المجال الديني كان للوقف دور في بناء المساجد وتنشيط الدعوة إلى الله، وفي مجال التعليم كان له الدور الأكبر من خلال إقامة مدارس العلوم المختلفة، فكان للوقف جامعاتٌ علميةٌ نشرت وحملت رسالة الإسلام إلى الناس، فبسبب الوقف وحده نشطت في البلاد الإسلامية حركة علمية منقطعة النظير، لم تتأثر بالأحداث السياسية والاجتماعية التي سادت بلاد المسلمين؛ فأبرزت نتاجاً علمياً ضخماً، وتراثاً إسلامياً خالداً، وفحولاً من العلماء لمعوا في التاريخ².

وفي المجال الصحي أسهم الوقف في بناء المستشفيات والإنفاق على المرضى، كما عمل على تحصين المجتمع من خلال قيامه باحتياجات المجتمع الأساسية مما حصن المجتمع من الاختراق من الخارج.

لقد عملت أوقاف السابقين من خلال تنوعها في موارد مختلفة، على تنمية حقيقية للمجتمع تجاوزت حاجات المجتمع المسلم وصولاً للكفايات³.

5. تأمين الاحتياجات الأساسية للمجتمع بصورة دائمة ومضمونة.

قد تمر المجتمعات بظروف تقل فيها الصدقات أو تنعدم كحال الكوارث الطبيعية والحروب، وفي مثل هذه الظروف قد تعجز الدول عن توفير متطلبات شعوبها، وهنا تظهر أهمية الأوقاف في أنها تبقى مستمرة العطاء تؤدي دورها ووظيفتها، تغيث الفقراء والمحتاجين ومن أوقفت وحيست عليهم⁴.

لذلك قال الدهلوي: " فلا أحسن ولا أنفع للعامة من أن يكون شيء حبساً للفقراء وأبناء السبيل تصرف عليهم منافعه"⁵.

6. تربية المجتمع على القيام بشؤونه.

فالأوقاف تزرع في الناس فكرة الاعتماد على أفراد المجتمع للقيام بما يحتاجه مجتمعهم، وأن من واجبه القيام بالشؤون العامة للمجتمع، فبدلاً من أن يلقي الفرد بهذا العبء على الدولة، تُشرك الأوقاف أفراد المجتمع في عبء تلبية احتياجاته وهذا لا يعفي الدولة من واجباتها ولا يلقي بشيء من واجباتها على الأفراد، بل يحث الأفراد على المساهمة في حمل عبء حاجات المجتمع، ويخلق فيهم مسؤولية تجاه مجتمعهم إذ قد تعاني الدولة من أزمات اقتصادية، أو حصارٍ، أو كوارث، مما يجعلها غير قادرة على كفاية مواطنيها حتى لو كانت دولاً غنية، كل ذلك يؤكد أهمية مشاركة الأفراد في تلبية احتياجات المجتمع، فالأوقاف تربي الأفراد على ذلك⁶.

7. تخفيف الأعباء الاجتماعية للدولة.

لا شك أن الأعباء الملقاة على عاتق الدولة في تحقيق الكفاية المعيشية للشعوب كبيرة جداً، خاصة إذا كانت هذه الدولة دولة إسلامية تواجه دولاً كافرة تسعى لإضعافها وعرقلة نهضتها، وتسعى هذه الدولة للقيام بمشروع نهضوي، فهذا يضعها

¹ الرقب، سعيد بن صالح، مرجع سبق ذكره، ص 22.

² الكبيسي، محمد، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، بغداد: مطبعة الرشاد، سنة 1977م، 1/138.

³ اليوسف، انتصار، المقاصد التشريعية للأوقاف الإسلامية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، سنة 2007م، ص 20.

⁴ الريسوني، أحمد، الوقف الإسلامي مجالاته وأبعاده، مرجع سبق ذكره، ص 21.

⁵ الدهلوي، أحمد بن عبد الرحيم، حجة الله البالغة، ط 1، لبنان: دار الجيل، سنة 2005م، 2/180.

⁶ الريسوني، الوقف الإسلامي مجالاته وأبعاده، مرجع سبق ذكره، ص 23.

أمام تحديات كبيرة من المجتمع الدولي الذي يحول دون نشأة دولة إسلامية قوية، فيعمل المجتمع الدولي على وضع الكثير من العقبات الاقتصادية من أجل إرغامها على الخضوع، من هنا يبرز دور الوقف كأداة تساعد الدولة في تحقيق الأمن الاجتماعي ويخفف بعض النفقات عن الدولة مما يساعد في تقليل الفقر والبطالة وبالتالي تقل الجرائم في المجتمع¹.

8. إغناء الواقف وذريته من بعده.

مقصد حفظ المال الذي سبق ذكره كأحد مقاصد الأوقاف، يؤدي إلى مقصد آخر وهو إغناء الواقف وذريته من بعده، فيبقى بعض مال الواقف ينتفع منه الواقف في حياته، كما يبقى بعض مال الواقف لا يُتصرف به بأي نوع من التصرفات؛ فالمحافظة على المال تعمل على إيجاد مورد ثابت للواقف وذريته من بعده، فيوفر لهم مصدراً للرزق والحياة الكريمة، خصوصاً الأسر المحتاجة ويفتح لهم أبواباً وفرصاً للعمل².

فالتفكير في الذرية بعد وفاة الإنسان أمر فطر الإنسان عليه، وهذا الشعور يدفع الواقف لتأمين مورد ثابت من بعده لذريته ولعائلته من أجل ضمان مستقبلهم، وصيانة لهم من الفقر والحاجة.

المطلب الثالث: بيان مقاصد الأوقاف الواردة في سجلات محكمة القدس الشرعية في القرن الحادي عشر الهجري.

من خلال الاطلاع على الحجج الوقفية الواردة في فترة الدراسة، وتحليل عباراتها، ودراسة صيغها، يمكن للباحثين الوصول إلى مقاصد وأغراض واقفها، إذ هذه الأغراض يكشفها ويومئ إليها عبارات الواقف، ويمكن تلخيص مقاصد الأوقاف الواردة في الحجج الوقفية في فترة الدراسة بما يأتي:

1. تحقيق العبودية لله والتقرب إليه سبحانه بعمل صالح يستمر أجره ولا ينقطع ثوابه، فالوقف أوضح صور الصدقة الجارية، يُبنى عن هذا المقصد ويوضحه عبارات الواقفين في حججهم، فكثيراً ما نصوا في مقدمة هذه الحجج إلى ما يشير إلى ذلك، ومن أمثلة ذلك ما جاء في حجة وقف الشيخ محمد رضي الدين جمال الدين يوسف أبي اللطف 1017 هـ حيث جاء فيها: "الحمد لله الذي وفق من شاء من عباده فوقف ببابه، وهداه لما اصطفاه فعمل بحكم كتابه، والصلاة على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه وبعد، فلما كان من أفضل القربات الصدقة المستمرة الجارية بعد الممات، والوقف الذي رغب فيه سيد الأنام عليه أفضل الصلاة والسلام حضر لدى..."³

كما يظهر مقصد التقرب إلى الله تعالى من خلال الأوقاف الخيرية التي أنشأها أصحابها ابتداءً على جهات بر، فقد ورد في فترة الدراسة ما يقارب من تسعين حجة وقف خيرى، وقفها أصحابها على جهات بر مختلفة، كالوقف على المساجد ومصالحها، وعلى طلبه العلم، وعلى قراءة القرآن، والمؤذنين، وعلى المدارس ومصالحها في المسجد الأقصى وخارجه، وعلى الفقراء والمساكين والمرضى.

ويظهر قصد القرية أيضاً من خلال الأوقاف الذرية، عند جعل الوقف يعود بعد انقراض الذرية إلى أحد جهات البر التي لا تنقطع، فقد نص الواقفون في الوقف الذري في أغلب الحجج على رجوع وقفهم إلى مصالح المسجد الأقصى، أو الصخرة المشرفة، أو الحجرة النبوية، أو مسجد الخليل إبراهيم عليه السلام، أو إلى الفقراء والمساكين.

¹ مدونة أحكام الفقه الفقهاء، الكويت: الأمانة العامة للأوقاف، سنة 2017م، 1/162

² الرقب، سعيد بن صالح، مرجع سبق ذكره، ص22.

³ س 89، نهاية ذي القعدة 1017هـ.

وقد ذهب بعض الباحثين إلى إنَّ عَوْد الوقف على هذه الجهات لا يدل بالضرورة على نية التقرب والتعبد؛ لأنَّ عودها إلى ما دُكر مشروطاً بانقراض ذرية الواقف من الذكور، وأحيانا من الذكور والإناث، وفي أحيانٍ أخرى إلى انقراض الذكور والإناث وعصبات الواقف وهو احتمال نادر وقليل الحدوث¹.

وهذا وإن كان موجوداً في عدد من الحجج، إلا أنَّه لا يعني بالضرورة وجوده في كل الحجج أو أكثرها، فقد ورد في بعض الحجج عند انقراض ذرية الواقف فقط، وفي هذه الحالات لا يندر عود الوقف إلى جهات البر؛ فقد تكون ذرية الواقف ليست كبيرة، كما ورد في بعض الحجج عند موت الواقف نفسه، فقد وقفت الحاجة نبوية الحاج حسين عقبية 1065 هـ، داراً لها على نفسها، ثم على رجل سمته ينتفع بالدار سكنا وإسكاناً ليقراً ما تيسر من القرآن الكريم في كل يوم ويهدى ثوابها للواقفة ووالديها².

كما وقف الحاج علي المغربي وزوجته الحاجة بنت عائشة طالب المغربية 1048 هـ، داراً بمحلة المغاربة، أنشأها بأرض وقف السادة المغربية بإذن ناظر وقف السادة المغربية، أوقفها هذه الدار على نفسيهما مدة حياتهما، ثم تُوْجر الدار وتصرف أجرتها في كل سنة في شهر ربيع الثاني في ثمن خبز يُوزع على فقراء السادة المغربية بالقدس الشريف³.

2. صلة وبر الأقارب والأرحام، فالوقف الذري الذي شكل أكثر الحجج الوقفية في فترة الدراسة، يُظهر جلياً هذا المقصد، فبالإضافة إلى الوقف على النفس والذرية، وجد الباحثان هذا المقصد من خلال الوقف على غير ذرية الواقف وورثته، كأقاربه وأرحامه.

فمثلاً وقفت رقية محمد علي 1024 هـ، داراً لها بالقدس بباب العامود بخط واد الطواحين، على نفسها ثم من بعدها على أخويها لأُمها، وولدي أحد أخويها، ثم على ذرية أولاد أخويها الذكور دون الإناث⁴.

كما ظهر مقصد صلة وبر الأقارب والأرحام من خلال الأوقاف الخيرية التي اشترط واقفها على الموقوف عليه الدعاء له ولوالديه، أو إهداء ثواب قراءة القرآن له ولوالديه، إذ هذا الشرط ينبه إلى اهتمام الواقف ببر والديه من خلال اشتراط الدعاء لهما.

3. المحافظة على المال من الضياع بسبب الاستخدام الخاطئ من بعض الورثة أو بسبب الاستيلاء عليه من بعض الظلمة أفراداً أو حكاماً، وبحفظ المال عن طريق الوقف يطيل أمد استخدامه ويوصله إلى الأجيال القادمة. يظهر هذا المقصد من خلال ما سطره الواقفون في حججهم حيث كانوا ينصون في هذه الحجج على عدد كبير من الأملاك التي يقفونها خاصة إذا كان الواقف غنياً، وهذا ما جعل بعض الحجج تبلغ صفحات، نظراً لتعدد الموقوف وبين حدوده ومعالمة وأوصافه.

فمثلاً جاء في وقف الشيخ جار الله مفتي الحنفية في القدس 1028 هـ "أنه وقف وحبس وسبّل وأكدّ وأبدّ وتصديق بما هو له وجار في ملكه وحياتته الشرعية ويده واضعة عليه إلى حين صدور هذا الوقف" وكان الموقوف عدداً كبيراً من الكتب، وغراس

¹ محافظة، محمد عبد الكريم، الأشقر، محمود سعيد، الأوقاف العائلية في مدينة بيت المقدس في العهد العثماني، مجلة دراسات بيت المقدس، العدد 10، سنة 2009م، ص33.

² ص 156، ربيع الأول 1065 هـ ص 76.

³ ص 127، 16 صفر 1048 ص 132.

⁴ ص 171، 20 شعبان 1080 هـ.

عنب وتين وزيتون ولوز وجوز وغير ذلك بأرض قرية الطور وأرض السمار وغيرها، وبناء سماه الواقف "قصرًا مبنيا بالحجر والشيد" يشتمل على اصطبل وصهريج وقاعة كبيرة وعلى إيوان¹.

ويؤكد مقصد حفظ المال نص الواقفين في عدد من الحجج على عدم تأجير الوقف إلى صاحب جاه، أو حيلة في العلم، أو ظالم، أو متجوه، أو من يعسر الخلاص منه، أو ذي شوكة، أو من يخشى أن يستولي عليه بالمجان، كما نصوا على عدم استبداله أو المناقلة به؛ حتى لا يستخدم استبدال الوقف أو المناقلة به ذريعة إلى ضياعه وذهابه.

4. إغناء الواقف وذريته من بعده، يظهر هذا واضحاً جلياً من خلال أن النسبة الكبرى من الأوقاف الذرية، وقفها الواقف أولاً على نفسه مدة حياته، وهذا يعني رغبة الواقف في الإفادة من الوقف طيلة حياته، وعدم انتقاله منه إلا بعد مماته، ثم تأتي ذريته من بعده، وهو بذلك يُوجد لهم مصدراً ثابتاً، يدر عليهم المال إذا كان الوقف غراساً، أو عقارات تؤجر، أو أدوات للصناعة كما في المصابن أو معاصر الزيتون أو معامل الحياكة أو غير ذلك. ومن أمثلة ذلك وقف سليمان محمد الرملي سنة 1008هـ فقد وقف حصّة شائعة في دار عامرة في القدس على نفسه مدة حياته، ثم من بعده على أولاده، ثم على أولاد أولاده، ثم على أولاد أولاد أولاده، ونسله وعقبه².

5. الحفاظ على الذرية والزوجات، وهذا الشرط أكثر من أن يحصر في الوقف الذري، فقد نصت أغلب الأوقاف الذرية على أن حق السكن للزوجات والبنات بشرط أن يكن غير متزوجات، والدافع من وراء هذا الشرط الحفاظ على النساء بتوفير مأوى لهن، كما نص بعض الواقفين على إعطاء جزء من ريع الوقف لأبناء أبنائهم الذين ماتوا في حياتهم. ومن أمثلة ذلك وقف الشيخ صالح بن موسى سنة 1008هـ فقد وقف دار بمحلة باب حطة في القدس واشترط لزوجته الحرمة صالحه السكن في الدار وأخذ ثلاثة أسهم من ريع الوقف ما دامت عازبه³.

6. إعمار المسجد الأقصى المبارك وتعظيمه على وجه الخصوص، وإعمار وتعظيم بيوت الله عموماً، العمارة المادية والمعنوية، وخصّ الواقفون المسجد الأقصى المبارك نظراً لمكانته الدينية عند المسلمين، فقد نصّت جُل الأوقاف الذرية على أن يعود الوقف بعد انقراض الموقوف عليهم إلى مصالح المسجد الأقصى المبارك، أو مصالح الصخرة المشرفة، كما وجد الباحثان أن جُل الموقوف عليه في الأوقاف الخيرية، المسجد الأقصى المبارك أو الصخرة المشرفة ومصالحهما، وذلك من خلال رصد ربع عدد من الأوقاف على توفير زيت لإشعال القناديل في تلك البقاع الطاهرة، فقد استحوذت إضاءة الأقصى بالزيت الذي يوضع في القناديل أو الشمع على كثير من الموقوف عليه في الحجج، وكذلك الأوقاف على الخُدام الذي يشعلون تلك القناديل، أو على المؤذنين في المسجد الأقصى المبارك أو الصخرة المشرفة، أو على قراء القرآن فهما في أوقات معينة حددها الواقفون، أو على توزيع الطعام على الواردين للصلاة إليهما أو خلال المناسبات الدينية كالعيدين أو ليلة النصف من شعبان أو عاشوراء، أو قراءة القرآن فهما وتوفير المياه.

إن تلك الأوقاف أسهمت بشكل جلي واضح في عمارة المسجد الأقصى المبارك عمارة مادية ومعنوية، عمارة مادية من خلال توفير عدد من الأشياء التي كان لها دور في إعمارها، كالقناديل والزيت الذي تشعل به تلك القناديل، والسجاد والبسط والماء، والمصاحف وكتب العلم.

والعمارة المعنوية تتحقق من خلال توفير ما سبق ذكره، مما إلى زيادة إقبال الناس وتواجدهم في هذه الأماكن المقدسة.

¹ مس 102، أواخر رجب 1028هـ ص 126-127.

² مس 82، 4 ربيع الثاني 1008هـ، ص 91.

³ مس 80، 15 ذي الحجة 1008هـ، ص 538.

ومن أمثلة تلك الأوقاف وهي كثيرة وقف محمد أغا بن أحمد باشا متولي أوقاف خاصكي سلطان 1037هـ حيث وقف نقودا على أمور عدة منها زيت يوضع في بئر الزيت في المسجد الأقصى المبارك.¹

ووقف على ثمن زيت تسرح به قناديل في قبة الصخرة والمسجد الأقصى الوزير عبد الرحمن باشا 1063هـ.²

وكذلك وقف مصطفى باشا محافظ القدس 1043هـ حيث وقف نقودا وجعل ربحها يصرف على أمور منها توفير الماء في سبيل بالقرب من جامع المغاربة في المسجد الأقصى المبارك لأجل الشرب والوضوء.³

كما ظهر من صور العمارة المعنوية اشتراط الواقفين ربع أوقافهم من أجل تلاوة القرآن الكريم والأدعية والأوراد في المسجد الأقصى المبارك، فلا تكاد تخلو حجة من حجج الأوقاف الخيرية من اشتراط صرف جزء من ريعها إلى قراءة القرآن الكريم.

ولم يقتصر الأمر على المسجد الأقصى المبارك بل تعداه إلى غير ذلك، كالوقف على مصالح الحجر النبوية⁴ وهي الأكثر من حيث العدد بعد المسجد الأقصى، أو مصالح الحرمين الشريفين⁵، أو مسجد الخليل إبراهيم في مدينة الخليل⁶، أو بعض المساجد في بعض القرى كالمسجد الأسعدي⁷ في قرية الطور القريبة جدا من المسجد الأقصى⁸.

فكثيرة هي الأوقاف الذرية التي نص واقفوها على جعلها ترجع إلى مصالح الحجر النبوية بعد انقراض الموقوف عليهم، فقد أحصى الباحثان ما يزيد على ثماني عشرة حجة تعود إليها.

ومن الأوقاف على مسجد الخليل إبراهيم عليه السلام وقف محمد أفندي إسماعيل زادة 1051هـ حيث وقف نقودا وجعل ريعها يصرف في ثمن زيت يسرح في كل ليلة من صلاة المغرب إلى صلاة الصبح بقنديل علقه الواقف بالقبة الصغيرة على باب الغار وعلى من يسرح ذلك القنديل.⁹

إن الأوقاف التي حبست على المساجد وفرت كثيرا من احتياجات المساجد، كتعميرها وإضاءةها وتوفير الماء فيها، وتوفير مصادر دخل للعاملين فيها، وفرشها بل تعدى الأمر أكثر من ذلك فوصل إلى توفير المواد العطرية كماء الورد الذي نص بعض الواقفين على وضعه في "قدم الرسول صلى الله عليه وسلم"¹⁰ أو عند قراءة المولد، أو توزيع السكر على الواردين إلى المسجد الأقصى المبارك في بعض المناسبات¹¹.

7. تحقيق التكافل الاجتماعي ومساعدة الفقراء والمساكين والفئات المعوزة التي تحتاج إلى الرعاية كالمريض أو المساجين¹².

¹ س 113، 15 شعبان 1037، ص 63-64.

² س 147، غرة ربيع الأول 1063هـ، ص 92-93.

³ س 122، غرة رمضان 1043هـ، ص 426-431.

⁴ الأوقاف عليها كثيرة جدا ومنها وقف سليمان محمد الرملي س 82، 4 ربيع الثاني 1009هـ، ص 91.

⁵ ينظر وقف شعبان الينكجري، س 95، 25 رجب 1025هـ، ص 442.

⁶ س 16.133 ربيع الأول، 1053، ص 49-50، س 139، 6 شوال 1056، ص 55، 168، أواسط رجب 1078، ص 17.

⁷ ينسب إلى شيخ الإسلام أسعد أفندي بن سعد الدين التبريزي 1034هـ، وقد أمر ببنائه خلال إقامته في بيت المقدس بعد عودته من رحلة الحج حيث أقام في هذه البلاد مدة من الوقت، ينظر، بركات، بشير، معالم إسلامية على جبل الزيتون، مجلة هدى الإسلام، العدد 248، 1441هـ، ص 21.

⁸ س 107، محرم، 1033، ص 127-130.

⁹ س 132، جمادى الآخرة 1051هـ، ص 143-144.

¹⁰ وهو موضع في الصخرة يعتقد أن به أثر قدم الرسول صلى الله عليه وسلم وهو لا يصح قال ابن قيم الجوزية: "كل حديدي في الصخرة فهو كذيب مُفْتَرَى وَالْقَدَمُ الَّذِي فِيهَا كَذِبٌ مُؤْضُوعٌ مِمَّا عَمِلَتْهُ أَيْدِي الْمُرَوِّينَ الَّذِينَ يَرَوِّجُونَ لَهَا لِيَكْتُمَ سَوَادُ الرَّائِرِينَ" ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، المنار المنيف في الصحيح والضعيف، ط 1، حلب: مكتبة المطبوعات الإسلامية، سنة 1970، ص 87.

¹¹ مثل وقف محمد أغا سنة 1022 هـ، س 94، 13 صفر 1022، ص 193.

¹² س 84، 28 صفر 1013هـ، ص 496.

وظهر ذلك من خلال الأوقاف الذرية أو الخيرية التي تعود إلى الفقراء والمساكين عموماً أو إلى الفقراء المسلمين أو الفقراء القاطنين بالقدس أو الواردين إلى مسجد معين كالمسجد الأقصى أو المسجد الأسعدي¹، أو المقيمين في بعض الأروقة في المسجد الأقصى² أو الذين يأتون إلى بعض أهل العلم³ أو بعض الطرق الصوفية أو الذين ينتمون إلى بلد معين⁴.

فقد رصد ريع كثير من الأوقاف على إطعام الفقراء والمحتاجين أو علاج المرضى أو إطعام المحاييس.

كما حبست بعض الأوقاف على عبيد أعتقهم أصحابهم وعلى ذرية هؤلاء العبيد وهذا من أجل تأمين مستقبلهم في حياتهم الجديدة في ظل الحرية بعد العبودية.

فقد وقف عبد الكريم مصطفى الجوريجي سنة 1096 هـ داراً عامرة في باب حطة على معتقه حسن الأبيض اللون المربوع القامة ينتفع بالدار سكناً وإسكاناً وسائر الانتفاعات الشرعية الوقفية لا يشاركه فيها مشارك ولا ينازعه ما دام حياً ثم من بعده على ذريته وعقبه ونسله، جاء هذا الوقف بعد أن أعتق عبده المذكور في مجلس القضاء وأشهد على ذلك⁵.

كما اشترط الحاج خليل بن إبراهيم الدويك سنة 1089 السكن لمعتقه عبد الله في دار الموقوفة بمحلة الشرف⁶.

8. تعظيم جانب النبي صلى الله عليه وسلم، فقد وجد العديد من الأوقاف التي وقفت على أمور يظهر منها قصد الواقف في تعظيم جناب النبي صلى الله عليه وسلم.

فقد سبق الإشارة إلى الوقف على توفير ماء الورد ليوضع في أثر قدم الرسول صلى الله عليه وسلم، كما وجدت الأوقاف على قراءة المولد الشريف فقد وقف قاضي القدس عبد الله بن محمود أفندي سنة 1045 هـ نقوداً ليرابح بها ويصرف من ربحها على قراءة المولد الشريف في أول ليلة جمعة في ربيع الأول.

9. المساهمة في توفير حاجات الناس العامة، مثل مياه الشرب، والخبز، وأماكن الدفن، فقد وقف الحاج موسى بن مصطفى الرصاص من أنفار قلعة القدس سنة 1098 هـ دكاناً بمحلة اليهود ليؤجر في كل سنة وتصرف أجرته على مصالح سبيل ماء حجر في محلة اليهود أيضاً ليشرب منه الوارد والبادي⁷.

كما وقف أحمد شهاب الدين كريم الدين أبو الوفاء 1013 هـ غراساً، وحصته في مصبنة، على عدة أمور منها وضع الماء في الحبس كل يوم، وعلى وضع الماء في المسجد الأقصى المبارك أيام الجمع وليالي رمضان، وتوزيع الخبز على المحاييس كل ليلة جمعة⁸.

كما وقف يوسف أغا 1091 هـ قطعتي أرض مجاورتين لمقبرة مأمّن الله في القدس وجعلهما وقفاً شرعياً لدفن أموات المسلمين من أهالي القدس وغيرهم من الغرباء الواردين إلى القدس وأذن بالدفن فيهما وألحقهما بتربة مأمّن الله المجاورة لهما، وذلك بعد أن ضاقت مقبرة مأمّن الله⁹.

¹ س 107، محرم، 1033، ص 127-130

² مثل وقف الشيخ عمر إسحاق أبي اللطف على فقراء الشيخ منصور المحلاوي الواردين إلى زاويته في قرية الطور، س 135 محرم 1055 ص 445-447.

³ مثل وقف الشيخ طه موسى العسيلي حيث جعله بعض ريعه على الفقراء الواردين والمريدين للشيخ منصور المحلاوي في رواقه في المسجد الأقصى المبارك. س 132، 20، محرم 1052 هـ ص 334.

⁴ كالوقف على فقراء المغاربة وقد سبق قريباً ذكر بعض هذه الوقفيات.

⁵ س 157، أوائل ذي الحجة، 1096 هـ ص 191.

⁶ س 180 أوائل شعبان 1089 هـ، ص 418-419.

⁷ س 187، أوائل صفر 1098 هـ، ص 562.

⁸ س 84، 28 صفر 1013 هـ، ص 469.

⁹ س 183، أواسط ذي الحجة 1091، ص 425-427.

10. المحافظة على الطرق الصوفية وضمان استمرارها وذلك من خلال الوقف على مشايخها وعلى المنتمين إليها، وعلى زوايا تلك الطرق والواردين إليها، فقد وقف محمد باشا محافظ القدس 1044 هـ حاكورة مشتملة على غراس في باب العامود على السادة المولوية المقيمين في زاويتهم¹.

كما ورد في إحدى الحجج الوقفية سنة 1044 هـ وقف دار باب حطة على منافع زاوية ولي الله الشيخ جلال الهندي² وما زال مقر الزاوية موجودا إلى اليوم ويعرف بزاوية الهنود في باب الساهرة.

ومما يظهر هذا المقصد لدى الواقفين أعني المحافظة على الطرق الصوفية، الوقف على بعض الأوراد والمناسبات التي أنشأتها الطرق الصوفية.

فقد وقف مصطفى فخر الدين عثمان العلي 1062 هـ قبوا على عدة أمور منها من يعمل الثلثية بمئذنة المسجد الأقصى المبارك³.

11. نشر العلم الشرعي من خلال الوقف على المدارس أو أهل العلم أو وقف الكتب. فقد وقف أحمد باشا رضوان سنة 1013 هـ منزلا كبيرا بباب حطة على مدرسة في المسجد الأقصى، وقد نص على تأجير المنزل في كل سنة بأجرة توزع على المدرسين في المدرسة وعلى الطلبة فيها، وعلى زيت لإضاءتها ويحفظ الباقي من أجل ترميمها عند الحاجة⁴.

الخاتمة:

في ختام هذا البحث يمكن إجمال أهم النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

أهم النتائج:

1. لدراسة علم المقاصد أهمية كبيرة في سائر أبواب الشريعة ومنها باب الوقف.
2. اهتم العلماء بذكر مقاصد التبرعات عموما، والوقف خصوصا.
3. لنظام التبرعات في الإسلام مقاصد عديدة يحققها نظام الوقف باعتباره مندرجا تحتها، ومن هذه المقاصد: تحقيق العبودية لله، وتوجيه المؤمن للدار الآخرة، وتكثير أجر المسلم، وصلة الأقارب والأرحام، والمواساة بين أفراد الأمة، وتحقيق العزة للإمة الإسلامية، وتداول المال بين أفراد الأمة، وإزالة أسباب الكراهية، وتخليص المسلم من الجشع.
4. لنظام الوقف مقاصد خاصة تميزه عن مقاصد التبرعات، وتعود هذه الخصوصية لطبيعة نظام الوقف وخصوصيته، ومن هذه المقاصد: المحافظة على المال، وإيجاد مصادر تمويل دائمة للمؤسسات والمشاريع الخيرية، وإغناء الواقف وذريته، وتأمين الاحتياجات الأساسية للمجتمع، والمساهمة في تحقيق التنمية الشاملة.
5. بلغ عدد الحجج الوقفية التي تمت دراستها مئة وتسعون حجة، منها مئة واثنتا حجة وقف ذري، وثمان وثمانون حجة وقف خيرى.
6. ظهر في الأوقاف الواردة في فترة الدراسة الحرص على تحقيق مقاصد التبرعات ومقاصد الأوقاف، كت تحقيق مقصد العبودية لله، وصلة الأقارب والأرحام، وإغناء الواقف وذريته من بعده، والمحافظة على المال، وتحقيق

¹ س 107، 6 ربيع الثاني 1033 هـ، ص 302-303.

² س 124، 27 ذي الحجة 1044، ص 117.

³ س 146 غرة ربيع الأول 1062 هـ، ص 212-213.

⁴ س 85، 15 رمضان 1013، ص 41-42.

التكافل الاجتماعي، والمساهمة في توفير حاجات الناس العامة، كما ظهر اهتمام الواقفين بالمسجد الأقصى على وجه الخصوص وما فيه من مصليات، بحيث عملت الأوقاف على إعمارها العمارة المادية والمعنوية، كما ظهر اهتمام الواقفين بالأماكن المقدسة والتي لها مكانة خاصة عند المسلمين كالحرمين الشريفين، والمسجد الإبراهيمي في الخليل، والحجرة النبوية.

أهم التوصيات:

1. إتاحة سجلات المحكمة الشرعية في القدس للباحثين وتوفيرها بوسائل تكنولوجية متطورة.
2. الاهتمام بدراسة سجلات محكمة القدس الشرعية، فهي كنز نفيس فيه الكثير من الفوائد في جميع المجالات.
3. الاهتمام بدراسة الأوقاف في سجلات المحكمة الشرعية في فترات زمنية أخرى، وبالأخص الفترات المتأخرة؛ وذلك لإظهار هذه الأوقاف لأصحابها والاستفادة منها كحجج لإثبات حقوقهم.
4. نشر نتائج الدراسات المتعلقة بسجلات المحكمة وتقريبها للناس ليستفيد منها عموم الناس.
5. دعوة المقدسين في الأماكن المهمة والقريبة من المسجد الأقصى والتي يستهدفها المحتلون إلى وقف بيوتهم وعقاراتهم وقفاً ذرياً أو خيرياً لما هذا الأمر من دور كبير في الحفاظ عليها من التسريب للاحتلال الإسرائيلي.

• المصادر والمراجع:

القرآن الكريم.

- الأمانة العامة للأوقاف، مدونة أحكام الفقه الفقهية، الكويت، سنة 2017م.
- أيوفي، المعيار الشرعي للوقف، رقم 60، سنة 1441هـ.
- البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، دار طوق النجاة، سنة 1422هـ.
- البدوي، يوسف بن أحمد، مقاصد الشريعة الإسلامية عند ابن تيمية، ط1، الأردن: دار النفائس، سنة 2000م.
- الخادمي، نور الدين، إسهام نظام الوقف في تحقيق المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، الكويت، الأمانة العامة للأوقاف، سنة 2015م.
- التهانوي، محمد بن علي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، ط1، بيروت: مكتبة لبنان، سنة 1996م.
- الخادمي، نور الدين، علم مقاصد الشريعة، ط1، الرياض: مكتبة العبيكان، سنة 1422هـ.
- الخادمي، نورالدين، الوقف العالمي، جامعة أم القرى بمكة المكرمة، المؤتمر الثاني للأوقاف، سنة 1427هـ.
- الدهلوي، أحمد بن عبد الرحيم، حجة الله البالغة، ط1، لبنان: دار الجيل، سنة 2005م.
- الريسوني، أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ط2، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، سنة 1993م.
- الريسوني، أحمد، الوقف الإسلامي، مجالاته وأبعاده، دار الكلمة للنشر والتوزيع، سنة 2014م.
- الزرقا، مصطفى، أحكام الأوقاف، ط1، الأردن: دار عمار، سنة 1997م.

- الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات، ط1، دار ابن عفان، سنة 1997م.
- الشربيني، محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1994م.
- قحف، منذر، الوقف الإسلامي تطوره إدارته تنميته، ط1، دمشق، دار الفكر، سنة 1421هـ.
- الكيبيسي، محمد، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، بغداد: مطبعة الرشد، سنة 1977م.
- ابن كثير، إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1419هـ.
- مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، سنة 1955م.
- المنائي، عبد الرؤوف بن تاج، تيسير الوقوف على غواض أحكام الوقوف، ط1، السعودية: مكتبة نزار مصطفى الباز، سنة 1998م.
- منصور، سليم، الوقف ودوره في المجتمع الإسلامي المعاصر، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة، سنة 2004م.
- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ط3، بيروت: دار صادر، سنة 1414هـ.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، دار الكتاب الإسلامي.
- اليوبي، محمد سعد بن أحمد، مقاصد الشريعة وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ط1، دار الهجرة، سنة 1998م.

• الرسائل العلمية:

1. اليوسف، انتصار، المقاصد التشريعية للأوقاف الإسلامية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، سنة 2007م.

• الأبحاث المنشورة في المجالات:

1. بركات، بشير، معالم إسلامية على جبل الزيتون، مجلة هدى الإسلام، العدد 248، سنة 1441هـ.
2. الخطاب، عبد الرحمن، مقاصد الوقف في الشريعة تأصيلاً وتطبيقاً، مجلة وقف، العدد الثالث، سنة 2021م.
3. الزيد، عبد الله بن أحمد، أهمية الوقف وحكمة مشروعيته، مجلة البحوث الإسلامية، عدد 36، سنة 1997م.
4. عبده، محمد، الأهداف التشريعية لنظام الوقف الإسلامي، مجلة القدس الدولية للدراسات الإسلامية، العدد 3، سنة 2015م.
5. علي، علي حسين، مقاصد الشريعة الخاصة بالوقف تأصيلاً وتطبيقاً، المؤتمر الثالث للأوقاف، الجامعة الإسلامية، سنة 2009م.
6. محافظة، محمد عبد الكريم، الأشقر، محمود سعيد، الأوقاف العائلية في مدينة بيت المقدس في العهد العثماني، مجلة دراسات بيت المقدس، العدد 10، سنة 2009م.

• الأبحاث المنشورة على الانترنت:

1. رجال، علاء الدين، والسعد، أحمد، الوقف وحفظ مقاصد الشريعة، بحث منشور على الإنترنت: دار الإفتاء الأردنية،
2. رفيع، محماد، المقاصد الشرعية للوقف الإسلامي تأصيلاً وتطبيقاً، بحث منشور على الإنترنت: المركز العلمي للنظر المقاصدي في القضايا المعاصرة.

3. الرقب، سعيد بن صالح، مشروعية الأوقاف وسبل الانتفاع بها لتحقيق مقاصد الشريعة في ضوء الكتاب والسنة، بحث منشور على الإنترنت: المركز العلمي للنظر المقاصدي في القضايا المعاصرة. سجلات محكمة القدس الشرعية:

1. س 80، 15 ذي الحجة 1008 هـ، ص 538.
2. س 82، 4 ربيع الثاني 1009 هـ، ص 91.
3. س 84، 28 صفر 1013 هـ، ص 469.
4. س 85، 15 رمضان 1013، ص 41-42.
5. س 94، 13 صفر 1022، ص 193.
6. س 102، أواخر رجب 1028 هـ ص 126-127.
7. س 107، محرم، 1033، ص 127-130.
8. س 107، 6 ربيع الثاني 1033 هـ، ص 302-303.
9. س 113، 15 شعبان 1037، ص 63-64.
10. س 122، غرة رمضان 1043 هـ، ص 426-431.
11. س 124، 27 ذي الحجة 1044، ص 117.
12. س 127، 16 صفر 1048، ص 132.
13. س 132، 20 محرم 1052 هـ ص 334.
14. س 132، جمادى الآخرة 1051 هـ، ص 143-144.
15. س 133، 16 ربيع الأول، 1053، ص 49-50.
16. س 135، محرم 1055، ص 445-447.
17. س 139، 6 شوال 1056، ص 55.
18. س 146، غرة ربيع الأول 1062 هـ، ص 212-213.
19. س 147، غرة ربيع الأول 1063 هـ، ص 92-93.
20. س 156، ربيع الأول 1065 هـ ص 76.
21. س 157، أوائل ذي الحجة، 1096 هـ ص 191.
22. س 168، أواسط رجب 1078، ص 17.
23. س 171، 20 شعبان 1080 هـ.
24. س 180، أوائل شعبان 1089 هـ، ص 418-419.
25. س 187، أوائل صفر 1098 هـ، ص 562.
26. س 183، أواسط ذي الحجة 1091، ص 425-427.

التوجيهات الاجتماعية المتعلقة بقضية الطلاق في تفسير المنار

Social directives related to the issue of divorce in the tafsir of Al-Manar

أ.د. عودة عبد عودة عبد الله- جامعة النجاح الوطنية - فلسطين- Odeh74a@najah.edu

ط.د: محمد دهامشة - جامعة النجاح الوطنية - فلسطين- mdahamshe@gmail.com

الملخص:

تناولت هذه الدراسة قضية الطلاق والتوجيهات الاجتماعية المتعلقة بها من خلال تفسير المنار للشيخ محمد رشيد رضا - رحمه الله - حيث كان الإصلاح الاجتماعي أبرز اهتمامات الشيخ واستأذنه الإمام محمد عبده - رحمه الله - فجاءت الدراسة تبين كيف عالج تفسير المنار قضية الطلاق، من خلال الحد من هذه الظاهرة وتضييقها إلى أبعد الحدود، وكيف حافظ على كرامة المطلقة، وحذر من الإضرار بها، فإذا كان الطلاق مشروعاً فذلك لحكمة وضرورة اجتماعية، فهو بغض لا بد منه أحياناً، وشر ندفع به ما هو أشد شراً. وقد تمحورت هذه الدراسة حول اهتمام تفسير المنار بقضية الطلاق، وتوجيهها اجتماعياً، وبيان دورها في حل الأزمات الاجتماعية المستعصية، فبدأت بخيرها وبإيجابياتها، ويجنبه شرها ومخاطرها وسلبياتها.

Abstract: This study dealt with the issue of divorce and the social directives related to it through tafsir *Al-Manar* by *Sheikh Muhammad Rashid Rida*, where social reform was the most prominent interest for him and his teacher *Imam Muhammad Abdo*.

This study has demonstrated how tafsir *Al-Manar* helped reduce the divorce rates and preserved the dignity of the divorced woman and warned against harming her. If a divorce is lawful, it occurs for some wisdom or social necessity. Although it is evil and hateful, it is inevitable at times.

The question of the study was to what extent tafsir *Al-Manar* was interested in the phenomenon of divorce and dealing with it, and how it brought this issue to light and directed it socially, also how it presented the phenomenon to the society as a solution to intractable social crises, so that people take its good and its positives and avoid its risks and negatives.

مقدمة :

الحمد لله الذي أنزل الفرقان على عبده ليكون للعالمين نذيراً والصلاة والسلام على من أرسله الله داعياً إليه بإذنه وسراجاً منيراً وبعد.

فلا يزال يحمل هذا الدين من كل خلف عدوله ينفون عنه تحريف الغالين، وانتحال المبطلين، وتأويل الجاهلين. يردون الأمة إلى معيها الصافي ونبعها الذي لا ينضب على كثرة الواردين وتعاقب الشاربين، ومن هؤلاء كان الشيخ محمد رشيد رضا صاحب تفسير القرآن الحكيم المعروف بتفسير المنار، فهو التلميذ النجيب للشيخ الإمام محمد عبده مؤسس المدرسة الإصلاحية أواخر القرن التاسع عشر الميلادي، فهو العقل المترجم لأفكار هذه المدرسة وهو القلم المدون لتعاليمها، وجاء تفسيره الذي توقف فيه عند أواخر سورة يوسف جامعاً حاوياً، للتوجيهات والإرشادات والإصلاحات التي نادى بها هذه المدرسة.

لقد كان الإصلاح الاجتماعي أحد أبرز اهتمامات المفسر إن لم يكن هو الأبرز على الإطلاق. إذ كانت هذه المدرسة تؤمن بالإصلاح من القاعدة إلى القمة، وأن التغيير يبدأ من الإصلاح الداخلي في المجتمع، فاستفاض الشيخ في طرح القضايا الاجتماعية وبيان هداية القرآن الكريم فيها وتعامل الإسلام معها، وعلى رأس هذه القضايا قضايا الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والميراث والعلاقات الأسرية وبر الوالدين وتربية الأبناء وصلوة الأرحام.

وقد جاء هذا البحث لبيّن اهتمام الشيخ محمد رشيد رضا بقضية الطلاق وآثارها وجوانبها الاجتماعية من خلال تفسيره المنار، ومعرفة كيف عالج الشيخ هذه المسألة، وما هي الاختيارات الفقهية التي اختارها تماشياً مع هدي القرآن الكريم. وتكمن أهمية ذلك في التعرف على الطريقة التي اتبعها الشيخ في كيفية التخفيف من حدة أضرار هذه الآفة التي انتشرت كالنار في الهشيم في زمن الشيخ ولا زالت في تصاعد من جيل إلى جيل حتى عصرنا الحاضر.

ومما لا شك فيه أن السبب الرئيس في انتشار هذه الآفة هو البعد عن تعاليم الإسلام الحنيف وعن هدي القرآن الكريم، فالقرآن كما فهمه الشيخ ليس كتاب جدل وفلسفة، ولا كتاب تعاويد ورق، وإنما هو كتاب هداية وإصلاح يصلح مجتمعا وبيبي أمة.

واتبع الباحثان في هذه الدراسة المنهج الاستقرائي في الكشف عن فتاوى الشيخ واختياراته الفقهية في قضية الطلاق في تفسير المنار. ثم المنهج التحليلي من أجل استنباط التوجيهات الاجتماعية المتعلقة بقضية الطلاق في تفسير المنار.

وجاء هذا البحث في أربعة مباحث، على النحو الآتي:

المبحث الأول: التعريف بالتفسير وصاحبه

المبحث الثاني: الاهتمام بالحياة الأسرية في تفسير المنار

المبحث الثالث: التنفير من الطلاق وبيان الحكمة من مشروعيته في تفسير المنار

المبحث الرابع: التوجيهات الاجتماعية المستنبطة من تفسير المنار في قضية الطلاق

المبحث الأول

التعريف بالتفسير وصاحبه

المطلب الأول: التعريف بالمفسر صاحب المنار

محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن منلا علي خليفة القلموني، البغدادي الأصل، الحسيني النسب ولد سنة 1865م. قال عنه الزركلي: "أحد رجال الإصلاح الإسلامي، من الكتّاب، العلماء بالحديث والأدب والتاريخ والتفسير"¹.

نشأ في القلمون (من أعمال طرابلس الشام) وتعلم فيها وفي طرابلس. وتنسك، ونظم الشعر في صباه، وكتب في بعض الصحف، ثم رحل إلى مصر سنة ١٣١٥ هـ فلزم الشيخ محمد عبده وتلمذ له. وكان قد اتصل به قبل ذلك في بيروت. ثم أصدر مجلة (المنار) لبث آرائه في الإصلاح الديني والاجتماعي. وأصبح مرجع الفتيا، في التأليف بين الشريعة والأوضاع العصرية الجديدة. ولما أعلن الدستور العثماني سنة ١٣٢٦ هـ زار بلاد الشام، واعترضه في دمشق، وهو يخطب على منبر الجامع الأموي، أحد أعداء الإصلاح، فكانت فتنة، عاد على أثرها إلى مصر. وأنشأ مدرسة (الدعوة والإرشاد) ثم قصد سورية في أيام الملك فيصل بن الحسين، وانتخب رئيساً للمؤتمر السوري، فيها. وغادرها على أثر دخول الفرنسيين إليها (سنة ١٩٢٠ م) فأقام في وطنه الثاني (مصر) مدة ثم رحل إلى الهند والحجاز وأوروبا. وعاد فاستقر بمصر إلى أن توفي فجأة في (سيارة) كان راجعاً بها من السويس إلى القاهرة. ودفن بالقاهرة وكان ذلك عام 1935م².

قال عنه الشيخ محمد الغزالي: "كان محمد رشيد رضا ترجمان القرآن وشارة السلفية الصحيحة والمفتي العارف بأهداف الإسلام والمستوعب لآثاره"³.

ولقد دارت حوله وحول أستاذه الشيخ محمد عبده بعض الشبهات بسبب بعض المواقف التي لم يستوعبها الجميع ولم تفهم على حقيقتها فوجهت إليهم التهم والسهام من شتى النواحي سواء كانوا علمانيين يبغضونهم أو مؤمنين يحسدونهم. وقد رد الغزالي على كل هؤلاء المشككين فقال عنهما: "من أعمدة اليقظة الإسلامية في العصر الحديث، ومدرستهم من أجل المدارس الفكرية في تاريخ الإسلام وهم قادة الفكر الواعي الذي في القرن الأخير. والنقيق العالي الذي يثور ضدهم هو من أشخاص علمهم بالإسلام سطحي ودفاعهم عنه دفاع الدبة التي قتلت صاحبها"⁴.

عده الشيخ الدكتور فضل عباس - رحمه الله - من المجددين العظماء في تاريخ الإسلام فقال: "أقول: إن مثل هذه الشخصية التي اهتمت بكليات الأمور وأحداثها العامة، هي التي يمكن أن تقدم للأمة الخير، وتنتفع الأمة بجهودها، ... وإذا نظرنا نظرة فاحصة في التاريخ، وجدنا العظماء من أمثال الشافعي وأبي حنيفة مروراً بالغزالي، والعز بن عبد السلام، وابن تيمية إلى عصر المنار هم الذين يتوارثون ويورثون الخير النافع للناس"⁵.

¹ - الزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، دمشق (المتوفى: ١٣٩٦ هـ): الأعلام: دار العلم للملايين الطبعة: الخامسة عشر - أيار / مايو ٢٠٠٢ م ج6 ص126

² - المرجع السابق ج6 ص126

³ - الغزالي، محمد: جرعات جديدة من الحق المر، شركة نهضة مصر، الطبعة الخامسة 2005م ج5 ص4

⁴ - المرجع السابق ص86 و90

⁵ - عباس، فضل حسن: التفسير والمفسرون أساسياته واتجاهاته ومناهجه في العصر الحديث، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن الطبعة: الأولى، ١٤٣٧ هـ - ٢٠١٦ م ج2 ص89-90

وقد قال عنه الإمام الأكبر محمد مصطفى المراغي: "من الحق أن نعد السيد رشيد من المجددين، وأن نعهده من المجاهدين في إحياء السنّة، ومن الحق أن نعتبر بما كان للسيد رشيد من أناة وصبر في إحياء البحث والقراءة، والتأليف والفتوى والمناظرة، ومن الحق أن نذكر أن هذه الأعمال الصالحة قام بها احتساباً وأداها في سبيل الله".¹

ترك الشيخ محمد رشيد رضا - رحمه الله - العديد من الآثار والمؤلفات أهمها تفسير القرآن الحكيم الشهير بتفسير المنار فسر فيه إلى قوله تعالى: {رَبِّ قَدْ آتَيْتَنِي مِنَ الْمَلِكِ وَعَلَّمْتَنِي مِنْ تَأْوِيلِ الْأَحَادِيثِ} يوسف/ 101.

المطلب الثاني: التعريف بتفسير المنار

يعد تفسير المنار بداية لمرحلة جديدة في تفسير القرآن الكريم فتحت الباب للخروج من دائرة التفسير التقليدي القديم المقتصر على ما ينقله اللاحق عن السابق سواء في اللغة أو الآثار أو الفقه وحتى العلوم الكونية. فجاء تفسير المنار ليفتح باب الاجتهاد لمن بعده لاكتشاف كنوز القرآن الكريم في شتى المجالات وعلى الأخص في كشف الحلول الاجتماعية للإصلاح وبناء مجتمع فاضل، فقد أيقن صاحبه الشيخ محمد رشيد رضا - رحمه الله - أن لا صلاح لهذه الأمة إلا بفهم القرآن، وهذا لا يأتي إلا بتفسير يلائم أوضاع العصر، وظروف الحياة، فقد كانت تسطير عليه النزعة الإصلاحية، ولقد نمت تلك النزعة حينما اطلع في بلده على بعض أعداد من مجلة العروة الوثقى، التي كان يقرأ فيها تفسيراً لآيات من الكتاب العزيز، تتجلى فيها هداية القرآن، بما لم يره في تفسير من قبل.²

لقد ألحّ الشيخ محمد رشيد رضا على أستاذه الإمام محمد عبده إباحاً مفرطاً أن يكتب تفسيراً عصرياً للقرآن الكريم، ولكن الإمام لم يجد متسعاً للكتابة فاكتفى بدروس التفسير التي تلقفها الشيخ رشيد وبني عليها ونشرها في مجلة المنار بعد مصادقة الإمام عليها، وبعد وفاة الإمام شعر الشيخ رشيد رضا بثقل المسؤولية في إتمام التفسير وإخراجه للناس بأبهى صورة.

لقد أفرغ الشيخ رشيد دروس الإمام في تفسير المنار ولكنه لم يقتصر عليها بل زاد وأضاف وحقق حسب ما يقتضيه البحث والمقام، وفيما أكمله من تفسير المنار لم يلتزم ذات المنهج الذي انتهجه الإمام محمد عبده بل كان له نهج آخر فيحدث بنفسه عن ذلك في مقدمة تفسيره فيقول: "وإني لما استقلت بالعمل بعد وفاته، خالفت منهجه رحمه الله تعالى، بالتوسع فيما يتعلق بالآية من السنّة الصحيحة، سواء كان تفسيراً لها أم في حكمها، وفي تحقيق بعض المفردات والجمل اللغوية، والمسائل الخلافية بين العلماء، وفي الإكثار من شواهد الآيات في السور المختلفة، وفي بعض الاستطرادات لتحقيق مسائل تشتد حاجة المسلمين إلى تحقيقها، بما يثبتهم بهداية دينهم في هذا العصر، أو يقوي حججهم على خصومهم من الكفار والمبتدعة، أو يحل بعض المشكلات التي أعيا حلها بما يطمئن به القلب، وتسكن إليه النفس".³

يقول الدكتور محمد رجب بيومي: "وبمقارنة ما وصل إلينا من تفسير الأستاذ الإمام بما كتب من بعده الأستاذ محمد رشيد نجد أن صاحب المنار قد وفق أكثر من أستاذه، لأن الشيخ محمد عبده كان ذا عقل مستنير وذهن مفكر، وروح شفاف، ولكنه مع ذلك لم يتبحر تبجر السيد رشيد في دراسة الحديث النبوي وكتب الفقه والتشريع فجاء تفسيره مرآة لعقله اللامع وذوقه البصير وأسلوبه الرائق، وجاء تفسير رشيد بحراً خضماً يموج بمختلف الحقائق الإسلامية، ويستند إلى شتى النصوص الدينية".⁴

¹ - البيومي، محمد رجب: النهضة الإسلامية في سير أعلامها المعاصرين، دار القلم، لبنان، الطبعة الأولى 1415 هـ 1995 م ج 1 ص 238

² - انظر: عباس: التفسير والمفسرون، ج 2 ص 97

³ - رضا، محمد رشيد بن علي القلموني الحسيني (المتوفى: 1354 هـ): تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1990 م ج 1 ص 16.

⁴ - البيومي: النهضة الإسلامية في سير أعلامها المعاصرين ج 1 ص 248

وهكذا جاء تفسير المنار موسوعة ثقافية حوت زبدة القديم وأضافت إليه كل جديد ومفيد لحياة عصرية صالحة فيقول الشيخ الغزالي- رحمه الله:- "أتردد على تفسير المنار بين الحين والحين لأتعلم منه ما لم أكن أعلم وهو في نظري موسوعة ثقافية مؤارة بالأبحاث التي تشمل الدين كله... فقد استوعب مذهب المفسرين من تفسير... إلى ما جد في العالم الإسلامي بعد احتكاكه بالمجتمعات الحديثة"¹.

المبحث الثاني

الاهتمام بالحياة الأسرية في تفسير المنار

قبل الحديث عن الطلاق وجوانبه الاجتماعية في تفسير المنار لا بد أن نبين نظرة المنار إلى الحياة الأسرية وبنائها على الأسس السلمية من أجل استدامتها كلبنة متينة صالحة في بنيان المجتمع الفاضل المراد من خلال الفهم السليم والتطبيق العملي لتوجيهات القرآن الكريم، وقد أصاب الشيخ فضل عباس عندما أطلق على مدرسة المنار المدرسة العقلية الاجتماعية² إذ أننا نجد اهتمام التفسير ينصب على القضايا الاجتماعية بشكل كبير بل لا يدع وسيلة وإمكانية لاستخراج السنن الاجتماعية من آيات القرآن الكريم إلا واتبعها، فقد ذكر علم الاجتماع في تفسيره واحدا وعشرين مرة، وقد جعله أحد العلوم الرئيسية التي يجب على الأمة الداعية إلى الخير تعلمها وحملها فقال: "علم الاجتماع... وهو العلم الذي يبحث في أحوال الأمم في بداوتها وحضارتها وأسباب ضعفها وقوتها وتدلّيتها وترقيتها... وقد جاء في القرآن كثير من قواعد هذا العلم فغفل أكثر المفسرين عنه ولم يهتد إلى فقهه بعضه الا القليل"³

المطلب الأول: بناء الحياة الزوجية على المودة والرحمة في تفسير المنار

بين الشيخ محمد رشيد رضا أن العلاقة الزوجية لا بد لها من أسس تقوم عليها فهي ليست مجرد التقاء غريزي بين ذكر وأنثى من أجل استدامة النوع، كما يحصل مع سائر الكائنات الحية غير الانسان، وإن أهم الأسس التي تقوم عليها الحياة الزوجية هي المودة والرحمة فيقول: "المودة والرحمة التي هي أركان الحياة الزوجية، لا فرق بين من لم يقمها وبين ازدواج العجماوات (المهائم)، ونزوان بعضها على بعض"⁴ وكان الشيخ يريد ان يتوسع أكثر في بيان أركان الحياة الزوجية عند وصوله لتفسير قول الله تعالى: {ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا..} الروم/ 21 ولكن قدر الله وعاجله الموت قبل ذلك فيقول: "وقد بيّنا حاجة كلٍّ من الزوجين إلى مودة الآخر، ورحمته، ولا سيّما في حال الضعف والعجز... وربّما نودع ذلك في تفسير قوله - تعالى -: {ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودةً ورحمةً} الروم/ 21"⁵ ثم يبين حكمة الشرع في إقامة الحياة الزوجية فيقول: "وفي الحياة الزوجية الشرعية إحصان كلٍّ من الزوجين الآخر بقصر لذة الاستمتاع عليه وجعله وسيلة للحياة الوالدية التي تُنمّي بها الأمة ويحفظ النوع البشري من الزوال. والخروج عن ذلك إلى جعل الشهوة مقصداً يكثر من وسائلها ما كان أقرب منالاً وأقلّ كلفة، فإذا اعتيد استغنى به عن غيره، ومفاسد ذلك فوق ما وصّفنا"⁶.

¹ - انظر: الغزالي: علل وأدوية، ص 86-ص 90.

² - عباس: التفسير والمفسرون، ج 2 ص 11

³ - انظر: تفسير المنار ج 4 ص 35

⁴ - المرجع السابق ج 4 ص 303

⁵ - انظر المرجع السابق ج 4 ص 375

⁶ - انظر المرجع السابق ج 8 ص 465

وما أجمل ما قاله الشيخ وهو يعالج لغويا معنى التغشي في قوله تعالى: {هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمْلًا خَفِيًّا فَمَرَّتْ بِهِ} الأعراف/189 ويبين في نفس الوقت أهمية مسارعة البالغين الى الزواج للوصول الى السكينة والراحة والاستقرار والستر والعفة فيقول: "وذلك أن المرء إذا بلغ سن الحياة الزوجية يجد في نفسه اضطراباً خاصاً، لا يسكن إلا إذا اقترن بزوجه من جنسه واتحداً، ذلك الإفتتان والاتحاد الذي لا تكمل حياتهما الجنسية المنتجة إلا به، ولذلك قال بعده: فلما تغشاهما إتح. الغشاء غطاء الشيء الذي يستزده من فوقه، والغاشية الظلة تظله من سخابة وغيرها {والليل إذا يغشى} الغاشية/92 أي يحجب الأشياء ويستزها بظلامه، وتغشاهما أتاها كغشيمها ويزيد ما تعطيه صبغة التفعّل من جهد، وهو كناية نزيهة عن أداء وظيفة الزوجية، تشير إلى أن مقتضى الفطرة وأدب الشريعة فيها الستر".¹

المطلب الثاني: المعاشرة بالمعروف في تفسير المنار

لقد أقام الإسلام العلاقة الزوجية على الاحترام المتبادل بين الزوجين وأن يعرف كل واحد منهما ما له وما عليه فيؤدي الذي عليه ويأخذ ما له، وذلك زيادة على المودة والرحمة التي تحدثنا عنها آنفاً، فعندما وصل الشيخ إلى قوله تعالى: {ولهن مثل الذي علمن بالمعروف وللرجال علمن درجة} البقرة/228 استفاض في بيان العلاقة الزوجية والأسرية القائمة على المساواة والتعاون وحفظ الحقوق بين الزوجين، فيقول: "هذه كلمة جليّة جداً جمعت على إيجازها ما لا يؤدي بالتفصيل إلا في سفر كبير، فهي قاعدة كليّة ناطقة بأن المرأة مساوية للرجل في جميع الحقوق إلا أمراً واحداً عبّر عنه بقوله: (ولللرجال علمن درجة) وسيأتي بيانه"²، ومن دقيق ما بينه الشيخ من كلمة (بالمعروف) أن جعل الحقوق التي لهن والتي علمن خاضعة للعرف والزمان الذي يحياه الناس، فيجري علمن ما تعارف عليه الناس في معاشرتهم ومعاملاتهم في أهلهم، فهذه الكلمة تعطي الرجل ميزانا يزن به معاملته لزوجته في جميع الشؤون والأحوال ثم بين أنه إذا هم أن يطالبها بأمر من الأمور أن يتذكر انه يجب عليه مثله بإزائه ونقل عن ابن عباس رضي الله عنهما قوله "إني لأتزين لامرأتي كما تزين لي لهذه الآية..."³ ثم يمضي الشيخ في بيان المساواة التي تعنيها هذه الآية بين الرجل والمرأة في شتى الجوانب فهما متماثلان في الحقوق والأعمال، كما أنهما متماثلان في الإحساس والشعور والعقل ونلاحظ كيف لا ينقص المرأة في عقلها فلها عقل يفكر في مصالحه ولها قلب يحب ما يلائمه ويكره ما لا يلائمه، ثم يحذر الشيخ من بعض المفاهيم الخاطئة فيقول: "فليس من العدل أن يتحكّم أحد الصنفين بالآخر ويتخذة عبداً يستدله ويستخدمه في مصالحه، ولا سيما بعد عقد الزوجية والدخول في الحياة المشتركة التي لا تكون سعيدة إلا باحترام كل من الزوجين الآخر والقيام بحقوقه"⁴.

ثم ينقل عن أستاذه الامام ما قاله في تكريم المرأة وإعلاء منزلتها وما تميز وسبق به الإسلام الغرب والأمم التي تدعي الحضارة والتقدم، فقال: "قال الأستاذ الإمام - قدس الله روحه -: هذه الدرّجة التي رُفِعَ النساءُ إليها لم يرفعهنَّ إليها دينٌ سابقٌ ولا شريعةٌ من الشرائع، بل لم تصل إليها أمةٌ من الأمم قبل الإسلام ولا بعده..."⁵

1 - المرجع السابق ج9ص432

2 - انظر المرجع السابق ج2 ص297-298

3 - هذا الأثر وجدناه في مصنف أبي شيبة عن عكرمة، عن ابن عباس قال: "إني أحب أن أتزين للمرأة، كما أحب أن تزين لي المرأة، لأن الله تعالى يقول: {ولهن مثل الذي علمن بالمعروف} [البقرة: 228]، وما أحب أن أسنظف جميع حقي عليهن، لأن الله تعالى يقول: {ولللرجال عليهن درجة} [البقرة: 228] " انظر ابن أبي شيبة ابو بكر عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواسي العبسي (المتوفى: 235هـ) المصنف في الأحاديث والأثار المحقق: كمال يوسف الحوت الناشر: مكتبة الرشد - الرياض الطبعة: الأولى، 1409 ج4 ص196 ح19263

4 - انظر المرجع السابق ج2 ص298

5 - انظر المرجع السابق ج2 ص298

ويتطرق الشيخ إلى قضية هامة دار فيها لغط كثير وهي ما على الرجل وما على المرأة من أعمال مرجحا قول من قال من الفقهاء إن على المرأة القيام بخدمة بيتها وطاعة زوجها والقيام بأعمال المنزل وفق ما جرى عليه العرف في حين يقوم الرجل بالأعمال الخارجية كي يستطيع النفقة على البيت. فيقول: "والآية تدلُّ على اعتبار العرف في حقوق كلٍّ من الزوجين على الآخر ما لم يُجَلِّ العرف حراماً أو يُحرِّم حلالاً ممَّا عرف بالنصِّ، والعرف يُخْتَلَفُ باختلاف النَّاسِ والأزمنة، ولكنَّ أكثرَ فقهاء المذاهب المعروفة يقولون: إنَّ حقَّ الرجل على المرأة ألا تمنعه من نفسها بغير عذر شرعيٍّ، وحقها عليه النفقة والسُّكْنَى الخ. وقالوا: لا يلزمها عجنٌ ولا خبزٌ ولا طبخٌ ولا غير ذلك من مصالح بيته أو ماله وملكه، والأقرب إلى هداية الآية ما قاله بعضُ المُحدِّثين والحنابلة. قال في حاشية المُقنن بعد ذكر القول بأنه لا يجب عليها ما ذكر، وقال أبو بكر بن أبي شيبة والجوزجاني: عليها ذلك واحتجاً بقضية عليٍّ وفاطمة رضي الله عنهما فإنَّ النبيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قضى على ابنته بخدمة البيت وعلى عليٍّ ما كان خارجاً من البيت من عملٍ... وما قضى به النبيُّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بين بنته وربيبه وصهره (عليهما السلام) هو ما قضى به فطرة الله تعالى، وهو توزيع الأعمال بين الزوجين، على المرأة تدبير المنزل والقيام بالأعمال فيه، وعلى الرجل السُّعْيُ والكسب خارجة. وهذا هو المماثلة بين الزوجين في الجملة"¹.

وما اختاره الشيخ هنا هو ما تراح إليه النفس فالمرأة شريكة للرجل في بناء الأسرة معينة له تأخذ دورها ومسؤوليتها في بناء حياة مشتركة وأسرّة صالحة في المجتمع، وليست مجرد وسيلة استمتاع لا تمنع الرجل نفسها ولها عليه النفقة والسكنى.

وأخيراً لا بد للأسرة من رئيس مسؤول يرجع الأمر في نهايته إليه، ويوضح الشيخ ذلك عند بيان معنى الدرجة التي جعلها الله للرجال على النساء فيقول: "وأما قوله تعالى: (ولللرجال عليهن درجة) فهو يوجب على المرأة شيئاً وعلى الرجال أشياء؛ ذلك أنّ هذه الدرجة هي درجة الرياسة والقيام على المصالح المُفسَّرة بقوله تعالى: (الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم) النساء/34 فالحياة الزوجية حياة اجتماعية ولا بد لكلِّ اجتماع من رئيس؛ لأنَّ المُجتمعين لا بدَّ أن تختلف آراؤهم ورغباتهم في بعض الأمور، ولا تقوم مصالحهم إلا إذا كان لهم رئيس يرجع إلى رأيه في الخلاف؛ لئلا يعمل كلٌّ على ضده الآخر فتتفصم عروة الوحدة الجامعة، ويختل النظام، والرجل أحقُّ بالرياسة لأنه أعلم بالمصلحة، وأقدر على التنفيذ بقوته وماله، ومن ثمَّ كان هو المُطالب شرعاً بحماية المرأة والنفقة عليها، وكانت هي مُطالبة بطاعته في المعروف"².

ويقول في موضع آخر: "والشريعة العادلة الرحيمة هي التي تُراعى فيها السنن الطبيعية والوقائع الفعلية بين الناس، ولا يُصوّر في ذلك أكمل ممَّا جاء به الإسلام؛ فإنه جعل القاعدة الأساسية هي المساواة بين الزوجين في كلِّ شيء إلا القيام برياسة الأسرة والقيام على مصالحها لأنه أقوى بدناً وعقلاً وأقدر على الكسب وعليه النفقة"³.

ويجمل بنا قبل الانتهاء من هذا المطلب أن نذكر ما قاله الشيخ عند قوله تعالى في آخر الآية { تلك حدود الله فلا تعتدوها} فيتحدث عن أثر تعدي حدود الله في العلاقة والمعاملة الزوجية على المجتمع والأمة ككل إذ أن الظلم سبب الهلاك وأفة العمران ومن أخطر الظلم ظلم الأزواج للأزواج فذلك أعرق في الإفساد وأعجل في إهلاك الأمم من ظلم الأمير للرعية وإن قلت لماذا؟ يجيبك الشيخ بقوله: "لأنَّ رابطة الزوجية أمتن الروابط وأحكمها فتلافي الفطرة، فإذا فسدت الفطرة فسأدا أنتكت به هذا القتل، وأنقطع هذا الحبل، فأبى رجاء في الأمة من بعده يمنع عنها غضب الله وسخطه؟ ثمَّ إنَّ هذا الظلم ظلمٌ للنفس يؤدِّي إلى الشقاء في الآخرة، كما أنَّه مُشَقُّ بطبيعته في الدنيا، وقد بلغ التراخي والانفصام في رابطة الزوجية لعهدنا

¹ - انظر المرجع السابق ج 2 ص 300-301

² - انظر المرجع السابق ج 2 ص 301

³ - انظر المرجع السابق ج 5 ص 364

هَذَا مَبْلَغًا لَمْ يُعْهَدْ فِي عَصْرِ مِنَ الْعُصُورِ الْإِسْلَامِيَّةِ، فَاسْرَفَ الرَّجَالُ فِي الطَّلَاقِ، وَكَثُرَ نَشُورُ النِّسَاءِ وَافْتِدَاؤُهُنَّ مِنَ الرَّجَالِ بِالْخُلْعِ، لِفَسَادِ الْفُطْرَةِ فِي الرِّوَجَيْنِ، وَاعْتِدَاءِ حُدُودِ اللَّهِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ¹.

وهكذا نجد الشيخ -رحمه الله- يربط تفسيره للآيات مع الواقع الذي يحياه، وما أصاب المجتمع من انحدار وانحراف وأنه لا حل لهذا الواقع إلا بالتزام حدود الله ولا خروج لهذه الأمة من ظلماتها إلا بالتماس النور المنبعث من معاني القرآن الكريم وفهم آياته على الوجه السليم.

المبحث الثالث

التنفيذ من الطلاق وبيان الحكمة من مشروعيتها في تفسير المنار

المطلب الأول: التنفيذ من الطلاق والتحذير منه في تفسير المنار

بعد بيان اهتمام تفسير المنار بالأسرة ورعايتها والحفاظ على استمراريتها ودوام المودة والرحمة فيها والعشرة بالمعروف بين أركانها الزوج والزوجة، فمما لا شك فيه أن يتعرض التفسير إلى التبغيض بالطلاق والتحذير منه وبيان عواقبه وحماية الأسرة من الوقوع فيه.

وقد توسع الشيخ في التنفيذ من الطلاق في كتاب خاص وضعه تحت عنوان حقوق النساء، ذكر جزءاً منه في معرض حديثه عن المقصد التاسع من مقاصد القرآن الكريم الذي جعله تحت عنوان (إعطاء النساء جميع الحقوق الانسانية والدينية والمدنية) ومما قاله: "وَدَمَّ النَّيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - الطَّلَاقَ بِأَنَّ اللَّهَ يَبْغِضُهُ² لِلتَّنْفِيهِ عَنْهُ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْأَحْكَامِ الَّتِي بَيَّنَّاها فِي تَفْسِيرِ الْآيَاتِ الْمُتَرْتِلَةِ فِيهَا، وَفِي كِتَابِنَا الْجَدِيدِ فِي حُقُوقِ النِّسَاءِ فِي الْإِسْلَامِ"³

وسماه الشيخ البغيض إلى الله عندما تحدث عن كفارة اليمين فقال: "وَأَدْخَلْتُ فِيهِ الْحَلْفَ بِالْبَغِيضِ إِلَى اللَّهِ وَهُوَ الطَّلَاقُ كَمَا ثَبَتَ ذَلِكَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ"⁴

ولم يحذر الشيخ الرجال فقط من الطلاق وإنما حذر النساء كذلك من طلب الطلاق من زوجها أو مخالفته فقال في معرض تفسيره آية { الطلاق مرتان فإمساك بمعروف.. } البقرة/229: " وَقَدْ وَرَدَ فِي كَرَاهَةِ الطَّلَاقِ فِي الشَّرْعِ مَا هُوَ مَشْهُورٌ وَوَرَدَ مِثْلُهُ أَيْضًا فِي طَلَبِ الْمَرْأَةِ لَهُ كَحَدِيثِ ثَوْبَانَ عِنْدَ أَحْمَدَ وَأَبِي دَاوُدَ وَالتِّرْمِذِيِّ وَابْنِ مَاجَهَ وَابْنِ جَرِيرٍ وَالْحَاكِمِ وَالتَّبَهَقِيِّ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: ((أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلْتِ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ مِنْ غَيْرِ مَا بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ⁵)) فَطَلَبَ الطَّلَاقِ وَالْخُلْعِ مَحْظُورٌ فِي غَيْرِ حَالِ الضَّرُورَةِ الْمُتَّصِلَةِ فِي الْآيَةِ، وَلَكِنَّهُ يَقَعُ، قَالَ التَّبَهَقِيُّ: وَالْجُمْهُورُ اسْتَكْرَهُهُ وَلَكِنْ تَقَدُّوه"⁶

¹ - انظر المرجع السابق ج 2 ص 309

² - روي عن النبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قال: "أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ الطَّلَاقُ" انظر: أبو داود، سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني (٢٠٢ - ٢٧٥ هـ): سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٩ م ج 2178 قال الأرنؤوط رجاله ثقات، لكن الصحيح عند الأئمة إرساله.

³ - انظر تفسير المنار ج 11 ص 235

⁴ - انظر المرجع السابق ج 7 ص 148

⁵ - الإمام أحمد بن حنبل (١٦٤ - ٢٤١ هـ) مسند الإمام أحمد بن حنبل المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م ج 37 ص 62 ح 22379 قال الأرنؤوط: حديث صحيح، وهذا إسناد رجاله ثقات رجال الصحيح،

⁶ - انظر تفسير المنار ج 2 ص 310

وحتى لا يكون الطلاق أداة سهلة الاستعمال بل ثقيل الحمل والتكاليف تعرض الشيخ لمعنى جعله في يد الرجل وليس المرأة فقال: "جَعَلَ الْإِسْلَامُ عُقْدَةَ النِّكَاحِ بِيَدِ الرَّجَالِ، وَيَتَّبِعُهُ حَقُّ الطَّلَاقِ لِأَنَّهُمْ أَحْرَصُ عَلَى بَقَاءِ الزَّوْجِيَّةِ بِمَا تُكَلِّفُهُمْ مِنَ النَّفَقَاتِ فِي عُقْدِهَا وَحَلِّهَا، وَكَوْنِهِمْ أَثْبَتَ مِنَ النِّسَاءِ جَأْشًا وَأَشَدَّ صَبْرًا عَلَى مَا يَكْرَهُونَ".¹

وما أجمل ما قاله الشيخ في تفسير قوله تعالى: {وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا} النساء/19 فهو لم يقتصر على جعل الخير فيما ذكره أغلب المفسرين انه الولد. بل ذكر الأولاد النجباء خاصة واستفاض في التحذير من التعجل في الطلاق لمجرد عدم محبة الزوجة وبين كيف يمكن ان يكون الكثير من الخير في صبره على ما يكره فيقول: "فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ لِعَيْبٍ فِي الْخُلُقِ، أَوْ الْخُلُقِ مِمَّا لَا يُعَدُّ ذَنْبًا لِهِنَّ؛ لِأَنَّ أَمْرَهُ لَيْسَ فِي أَيْدِيهِنَّ، أَوْ التَّفْصِيرِ فِي الْعَمَلِ الْوَاجِبِ عَلَيْهِنَّ فِي خِدْمَةِ الْبَيْتِ وَالْقِيَامِ بِشُئُونِهِ مِمَّا لَا يَخْلُو عَنْ مِثْلِهِ النِّسَاءُ وَكَذَا الرَّجَالُ فِي أَعْمَالِهِمْ، أَوْ الْمَيْلِ مِنْكُمْ إِلَى غَيْرِهِنَّ، فَاصْبِرُوا وَلَا تَعْجَلُوا بِمُضَارَّتِهِنَّ، وَلَا بِمُفَارَقَتِهِنَّ لِأَجْلِ ذَلِكَ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا فَهَذَا الرَّجَاءُ عَلَةٌ لِمَا دَلَّ عَلَيْهِ السِّيَاقُ مِنْ جَزَاءِ الشَّرْطِ، وَمِنْ الْخَيْرِ الْكَثِيرِ بَلْ أَهْمُهُ وَأَعْلَاهُ الْأَوْلَادُ النَّجَبَاءُ، فَزَبَّ امْرَأَةً يَمَلِّهَا زَوْجَهَا وَيَكْرَهُهَا، ثُمَّ يَجِيئُهُ مِنْهَا مَنْ تَقَرَّرَ بِهِ عَيْنُهُ مِنَ الْأَوْلَادِ النَّجَبَاءِ فَيَعْلُو قَدْرُهَا عِنْدَهُ بِذَلِكَ، وَقَدْ شَاهَدْنَا، وَشَاهَدَ النَّاسُ كَثِيرًا مِنْ هَذَا، وَنَاهِيكَ بِهِ: {رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ} الفرقان/74.

نِعْمَ الْإِلَهَ عَلَى الْعِبَادِ كَثِيرَةٌ... وَأَجْلُهُنَّ نَجَابَةُ الْأَوْلَادِ

وَمِنْهَا أَنْ يُصْلِحَ خَالَهَا بِصَبْرِهِ، وَحُسْنِ مُعَاشَرَتِهِ، فَتَكُونَ أَعْظَمَ أَسْبَابِ هِنَائِهِ فِي انْتِظَامِ مَعِيَشَتِهِ، وَحُسْنِ خِدْمَتِهِ لَا سِيَّمَا إِذَا أُصِيبَ بِالْمَرَضِ، أَوْ بِالْفَقْرِ، وَالْعَوَزِ. فَكَثِيرًا مَا يَكْرَهُ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ لِبَطَرِهِ بِصِحَّتِهِ، وَغِنَاهُ، وَاعْتِقَادِهِ أَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى أَنْ يَتَمَتَّعَ بِخَيْرِ مِنْهَا، وَأَجْمَلَ، فَلَا يَلْتَبُتُ أَنْ يُسَلِّبَ مَا أَبْطَرَهُ مِنَ النِّعْمَةِ، وَيَكُونَ لَهُ مِنْهَا إِذَا صَبَرَ عَلَيْهَا فِي أَيَّامِ الْبَطَرِ خَيْرٌ سَلْوَى، وَعَوْنٌ فِي أَيَّامِ الْمَرَضِ، أَوْ الْعَوَزِ، فَيَجِبُ عَلَى الرَّجُلِ الَّذِي يَكْرَهُ زَوْجَتَهُ أَنْ يَتَدَكَّرَ مِثْلَ هَذَا وَيَتَدَكَّرَ أَيضًا أَنَّهُ لَا يَخْلُو مِنْ عَيْبٍ تَصْبُرُ امْرَأَتُهُ عَلَيْهِ فِي الْحَالِ، غَيْرَ مَا وَطَّئَتْ نَفْسَهَا عَلَيْهِ فِي الْإِسْتِقْبَالِ، وَقَدْ بَيَّنَّا حَاجَةَ كُلِّ مِنَ الزَّوْجَيْنِ إِلَى مَوَدَّةِ الْآخَرِ، وَرَحْمَتِهِ، وَلَا سِيَّمَا فِي حَالِ الضَّعْفِ وَالْعَجْزِ"²

وعند حديث الشيخ عن آية الإيلاء في سورة البقرة: {الَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ} البقرة/226

نجد منه لفظة جميلة بين فيها كيف رغب الله تعالى في الحفاظ الحياة الزوجية وحذر من الطلاق حيث يقول: "وَقَدْ فَضَّلَ اللَّهُ تَعَالَى الْفَيْئَةَ عَلَى الطَّلَاقِ إِذْ جَعَلَ جَزَاءَ الْفَيْئَةِ الْمُغْفِرَةَ وَالرَّحْمَةَ، وَهَدَى إِلَى مُرَاقَبَتِهِ فِي الْعَزْمِ عَلَى الطَّلَاقِ، وَذَكَرَ الْمُؤَلِّيَ بِسْمِعِهِ تَعَالَى لِمَا يَقُولُ وَعَلِمِهِ بِمَا يُسِرُّهُ فِي نَفْسِهِ وَيَقْصِدُهُ مِنْ عَمَلِهِ"³. فكانه يحذره ويقول له احذر من الظلم وإياك أن تتسرع في وتعزم على الطلاق بغير حق فإن الله مطلع عليك مراقب لك سميع عليم.

المطلب الثاني: الحكمة من مشروعية الطلاق في تفسير المنار

لقد تحدثنا سابقا عن اهتمام المنار في بيان أهمية الحياة الأسرية وكيف تقام على الوَدِّ والرحمة وبيّننا ضرورة المعاشرة بالمعروف وقيام كل جانب بواجبه، ولكن عندما تفقد الأسرة معناها وتزول المودة وكذلك الرحمة بين الزوجين فعندها يبيح الإسلام الطلاق كضرورة، لا رغبة فيه ولكن وسيلة للتخلص مما هو أشد من الطلاق فهو ضرورة من باب أخف الضررين وأهون الشرين. وهكذا يبين صاحب المنار في معرض رده على الشبهات التي يثيرها الغربيون على الإسلام، خاصة قضية

¹ - انظر المرجع السابق ج 11 ص 235

² - انظر المرجع السابق ج 4 ص 375

³ - المرجع السابق ج 2 ص 293

الطلاق وتعدد الزوجات فيقول -رحمه الله-: "وَكُتِبْنَا فِي الرَّدِّ عَلَى لُورْدٍ كُرُومَرٍ فِي.. الْمَنَارِ مَا نَصَّهُ: طَالَمَا انْتَقَدَ الْأُورْبِيُونُ عَلَى الْإِسْلَامِ نَفْسِهِ مَشْرُوعِيَّةَ الطَّلَاقِ، وَتَعَدُّدَ الزَّوْجَاتِ، وَهَمَّا لَمْ يُطَلَّبَا، وَلَمْ يُحْمَدَا فِيهِ، وَإِنَّمَا أُجِيزَا؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ ضَرُورَاتِ الْإِجْتِمَاعِ كَمَا بَيَّنَّا ذَلِكَ غَيْرَ مَرَّةٍ. وَقَدْ ظَهَرَ لَهُمْ تَأْوِيلُ ذَلِكَ فِي الطَّلَاقِ، فَشَرَعُوهُ. وَإِنْ لَمْ يَشْرَعُوهُ لَهُمْ كِتَابُهُمْ (الْإِنْجِيلُ) إِلَّا لِعِلَّةِ الزَّيْنِ"¹.

وهكذا في أكثر من موضع في تفسير المنار نجد أن الطلاق لم يشرعه الإسلام إلا كضرورة من الضرورات عندما تصبح الحياة الزوجية عبئا كبيرا وحملًا ثقيلًا لا يقوى الزوجان أو أحدهما على حمله والاستمرار فيه، فيقول الشيخ في موضع آخر: "الطَّلَاقُ قَدْ يَكُونُ ضَرُورَةً مِنْ ضَرُورِيَّاتِ الْحَيَاةِ الزَّوْجِيَّةِ، إِذَا تَعَدَّرَ عَلَى الزَّوْجَيْنِ الْقِيَامُ بِحُقُوقِ الزَّوْجِيَّةِ مِنْ إِقَامَةِ حُدُودِ اللَّهِ وَحُقُوقِ الْإِحْصَانِ وَالنَّفَقَةِ وَالْمُعَاشَرَةِ بِالْمَعْرُوفِ"².

وقد جعل بعض المستشرقين وكذلك المتغربين من أبناء الشرق جعلوا من الطلاق وبعض المسائل الاجتماعية مثار شبهة على الإسلام وتشريعاته الاجتماعية، فتصدى الشيخ لمثل هذه الشبهات ورد عليه رداً مفحماً في بيان حكمة إباحة الطلاق وتعدد الزوجات، فيقول: "وَأَنْكَرَ كَثِيرٌ مِنْهُمْ بَعْضَ الْمَسَائِلِ الْمُخَالَفَةَ لِتَقَالِيدِهِمْ وَعَادَاتِهِمْ وَتَرْبِيَّتِهِمْ كَالطَّلَاقِ وَتَعَدُّدِ الزَّوْجَاتِ، وَهِيَ فِي الْإِسْلَامِ مِنْ مَسَائِلِ الضَّرُورَاتِ، ثُمَّ قَبِلَتْ جَمِيعُ شُعُوبِهِمْ وَحُكُومَاتِهِمْ حُكْمَ الطَّلَاقِ، وَأَفْرَطُوا فِيهِ بِمَا لَا يُبِحُّهُ الْإِسْلَامُ، وَلَوْلَا فَشُوهُ الزَّيْنِ فِي بِلَادِهِمْ لَأَضْطَرُّوا إِلَى قَبُولِ تَعَدُّدِ الزَّوْجَاتِ أَيْضًا، وَلَا سِيَّمًا أَهْلُ أُوْرْبَةَ الَّذِينَ اغْتَالَتْ حَرْبُ الْمَدِينَةِ الْأَخِيرَةَ زُهَاءَ عَشْرِينَ مَلِيُونًا مِنْ رَجَالِهِمْ"³.

الطلاق قد يكون ضرورة للرجل وقد يكون ضرورة للمرأة.

ثم إن الشيخ يبين أن الطلاق قد يقع بسبب بغض الزوج للزوجة أو العكس أو يكون البغض متبادلاً وهذه مشاعر لا يملك الإنسان سلطة عليها فإذا استبدت بصاحبها لا يستطيع العيش معها في عش الزوجية، وعليه فمن حق الرجل أن يطلق ومن حق الزوجة أن تطلب الفراق (الخلع) وذلك خلال حديثه عن قوله تعالى: {فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقِيْمَا حُدُودَ اللَّهِ} البقرة/ 229، فإذا كان الزوج هو الذي يريد الطلاق بعد أن أبغض المرأة أو فتن بغيرها وأحب فراقها لغير ذنب منها، فهنا لا يجوز له أن يأخذ من مهرها شيئاً، وهذا مبين أيضاً في قوله تعالى: {وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قَنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا} النساء/ 20.

وإن كان المانع من قبلها كأن أبغضته بغضاً لا يستطيع الصبر عليه، والقيام معه بحقوق الزوجية، فمن العدل أن تعطيه ما كانت أخذت منه باسم الزوجية ليحل عقدها، فلا يخسر ماله وزوجته معاً. وقد يكون الكره من الطرفين فيود كل منهما فراق الآخر، فإن اتفقا على الفراق خوفاً من الشقاق ورضيت المرأة أن تعطيه شيئاً صدق عليه انها هي الطالبة للفسخ قال الشيخ: "وَجُمْلَةُ الْقَوْلِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا شَيْئًا إِلَّا بِرِضَاهَا وَاخْتِيَارِهَا مِنْ غَيْرِ إِيدَاءٍ مِنْهُ وَلَا مُضَارَّةً"⁴ ثم ساق حديث البخاري ليدلل على ما سبق عن ابن عباس: "أَنَّ جَمِيلَةَ بِنْتُ عَبْدِ اللَّهِ ابْنِ سَلُولٍ امْرَأَةٌ تَابَتْ بِنُ قَيْسِ بْنِ شَمَّاسٍ أَتَتْ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ تَابَتْ بِنُ قَيْسٍ مَا أَعْتَبَ عَلَيْهِ فِي خُلُقِي وَلَا دِينِي، وَلَكِنِّي لَا أُطِيقُهُ بُغْضًا، وَأَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ (أَي: كُفْرَ نِعْمَةِ الْعَشِيرِ وَحَيَاتِنَتْهُ) قَالَ: أَرْتَدِينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ؟ قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ: أَقْبِلِي الْحَدِيقَةَ، وَطَلَّقِيهَا تَطْلِيقَةً"⁵.

¹ - انظر تفسير المنار ج 4 ص 394

² - انظر المرجع السابق ج 11 ص 235

³ - المرجع السابق ج 10 ص 314

⁴ - المرجع السابق ج 2 ص 309

⁵ - صحيح البخاري ج 7 ص 47 ح 5273

وبين الشيخ أن الشريعة تعطي المرأة الحق في اشتراط جعل عصمتها في يدها وأعطائها حق طلب فسخ عقد الزواج من القاضي إذا وجد سببه من العيوب الخلقية أو المرضية وكذا إذا عجز الزوج عن النفقة¹

المبحث الرابع

التوجيهات الاجتماعية المستنبطة من تفسير المنار في قضية الطلاق

المطلب الأول: الحفاظ على كرامة المطلقة وتشجيعها على الزواج

كما ذكرنا في المبحث السابق إن الطلاق ليس محرماً بل أباحه الله تعالى رغم بغضه له، فأباحه كي يكون سبباً في الخروج من حياة صعبة والوصول إلى حياة أفضل، فالطلاق ليس سبباً ولا عاراً يتوارى الإنسان منه، وهو ليس المشكلة بل هو الحل لمشكلة أكبر في حياة زوجية فاشلة، وغالباً ما تتوجه الأنظار إلى المطلقات بالريبة تارة وبالإشفاق أخرى فتحدث صاحب المنار عنهن بطريقة تحفظ كرامتهن وتبعث فيهن الأمل في استئناف حياة زوجية أفضل، وذلك على النحو الآتي:

تسميتهن بالمطلقات ليس عيباً:

يتحدث صاحب المنار عن المطلقات بالاعتراف بمكانتهن والتشجيع لهن باستئناف الحياة الزوجية والتطلع للمستقبل وعدم اليأس، فعند حديثه عن قوله تعالى {والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء} البقرة/228 يقول: "قال الأستاذ الإمام - قدس الله روحه - المراد بالمطلقات الأزواج اللواتي تحقق فيهن معنى الزوجية وعهدن أن يكنن مطلقات، وأن يتزوجن بعد الطلاق، وهن الحرائر ذوات الحيض بقريته السياق"² فلاحظ كلمته وأن يتزوجن بعد الطلاق وما فيها من تشجيع وبيان لحق المطلقة في تجديد الحياة الزوجية، فقد خصهن الله بكلمة المطلقات لأنهن في فترة من العمر تسمح لهن بالزواج بعد الطلاق، فلا زلن ذوات حيض ويرغب فيهن بخلاف اللواتي ينسن من المحيض أو اللواتي لم يحضن فلم يذكرهن ضمن المطلقات لأن الزواج منهن نادر، ويختم حديثه عن لفظ المطلقات بقوله: "وحاصل ما تقدم أن ما يتبادر في هذا المقام من لفظ المطلقات يفيد أمهن الزوجات المعهودات المستعدات للحمل والنسل الذي هو المقصد من الزوجية فينتظر أن يرغب الناس في التزوج بهن"³

ما في {يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء} من معاني وحكم وزيادة في تأكيد حق المطلقة باستئناف الحياة الزوجية بعد مراعاة مدة العدة والتقيد بها، يعلق صاحب المنار على تعبير {يتربصن بأنفسهن} بكلام جميل هداه الله إليه بعد أن فهم من الآية حق المرأة ورغبتها في الزواج ولا بد لها أن تضبط هذه الرغبة وان تكف جماح نفسها حتى تنقضي العدة، فيقول: "وفي التعبير بقوله: {يتربصن بأنفسهن} من الإبداع في الإشارة، والزهارة في العبارة، ما عهد في كل القرآن، ولم يبلغ مراعاة مثله إنسان، فالكلام في المطلقات وهن معرضات للزواج، وخلو من الأزواج، والأنسب فيه ترك التصريح بما يتشوقن إليه، والإكتفاء بالكناية عما يرغبن فيه، على إقرارهن عليه وعدم إيناسهن منه، مع اجتناب إجحالهن، وتوقي تنفيرهن أو التنفير منهن، وقد جمع هذه المعاني قوله تعالى: {يتربصن بأنفسهن} على ما فيه من الإيجاز، الذي هو من مواقع الإعجاز، فأفاد أنه يجب عليهن أن يملكن رغبتهن، ويكففن جماح أنفسهن، إلى تمام المدة الممدودة، والعدة الممدودة، ولكن بطريق الرمز والتلويح لا بطريق الإبانة والتصريح"⁴ ويشير الشيخ إلى إيجاز القرآن وإعجازه في كلمة جاءت في موضعها وكان لها

¹ انظر تفسير المنار ج 11 ص 235

² - المرجع السابق ج 2 ص 294

³ - المرجع السابق ج 2 ص 294

⁴ - المرجع السابق ج 2 ص 295

الدور في توضيح المعنى المراد بشكل رائع، وهي كلمة {بأنفسهن} ففيها معان دقيقة وإشارات رشيقة فيقول: "، فَإِنَّ التَّرْتِصَ فِي حَقِيقَتِهِ وَظَاهِرِ مَعْنَاهُ التَّرْتِصُ وَالِانْتِظَارُ، وَهُوَ يَتَعَلَّقُ بِشَيْءٍ يُتَرْتَبُ عَنْهُ، وَيُنْتَظَرُ زَوَالُ الْمُدَّةِ الْمُضْرُوبَةِ دُونَهُ، وَلَوْ لَا كَلِمَةُ (بِأَنْفُسِهِنَّ) لَمَا أَفَادَتِ الْجُمْلَةُ تِلْكَ الْمَعْنَى الدَّقِيقَةَ، وَالْكِتَابَاتِ الرَّشِيقَةَ، وَمَا كَانَ لِيَخْطِرَ عَلَى بَالِ إِنْسَانٍ يُرِيدُ إِفَادَةَ حُكْمِ الْعِدَّةِ أَنْ يَزِيدَ هَذِهِ الْكَلِمَةَ عَلَى قَوْلِهِ: " يَتَرْتِصْنَ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ " وَلَوْ لَمْ تُزِدْ لَكَانَ الْحُكْمُ عَارِيًّا عَنْ تَأْدِيبِ النَّفْسِ وَالْحُكْمِ عَلَى شُعُورِهَا وَوُجْدَانِهَا، وَلَعَلَّ الْإِرْشَادَ إِلَى مَا تَنْطَوِي عَلَيْهِ نَفُوسُ النِّسَاءِ مِنْ تِلْكَ التَّرْعَةِ فِي ضَمْنِ الْإِخْبَارِ عَنْهُنَّ بِأَنَّ مِنْ شَأْنِهِنَّ امْتِلَاكَهَا وَالتَّرْتِصَ بِهَا اخْتِيَارًا، هُوَ أَشَدُّ فِعْلًا فِي أَنْفُسِهِنَّ وَأَقْوَى إِلْزَامًا لَهُنَّ أَنْ يَكُنَّ كَذَلِكَ طَائِعَاتٍ مُخْتَارَاتٍ، كَمَا أَنَّ فِيهِ إِكْرَامًا لَهُنَّ وَلُطْفًا بِهِنَّ، إِذْ لَمْ يُؤْمَرْنَ أَمْرًا صَرِيحًا وَهَذَا مِنَ الدَّقَائِقِ الَّتِي نَحْمَدُ اللَّهَ تَعَالَى أَنْ هَدَانَا إِلَى فَهْمِهَا، فَأَتَى لِأَمْتَالِنَا مِنَ النَّبَشْرِ أَنْ يَأْتُوا بِمِثْلِهَا؟"¹

التريص ثلاثة قروء وما فيه من فوائد:

بعد ان بين الشيخ حق المطلقة في الزواج مع المحافظة على كرامتها يكمل حديثه في هذه الآية ليبين حكمها وفوائدها وهو يتعالى على الخلاف الحاصل بين العلماء في معنى القرء هل هو الحيض أم الطهر، فسواء كان المعنى ثلاث حيضات أو ثلاثة أطهار فالمهم هو الحكمة المقصودة من ورائه وهي العلم ببراءة الرحم من الزوج المطلق، وذلك حتى لا تلحق بالزوج الثاني حملا من الزوج الأول، وكانت النساء تفعل ذلك أحيانا في الجاهلية، إذ كانت تتزوج من آخر بعد فراق الأول ثم يظهر حملها فتلققه بالثاني وذلك شر ضرور والغش والزور والمهتان كما يقول الشيخ، حيث ينفي عن القوم من هو منهم ويلحقه بآخرين ليس منهم، وفي ذلك من الباطل والإثم واختلاط النسل والأنساب ما فيه.²

وبين الشيخ ان هذا المعنى والفهم تأخذه من الحكم التالي الذي ينهى المطلقة عن كتمان ما في بطنها حيث قال تعالى: { وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ } البقرة/228 سواء كان ما في بطنها ولدا أو حيضا فالقروء الثلاثة كفيلا بإظهار الحمل إن وجد فلا يجوز للمرأة إخفاء ذلك من أجل إطالة العدة أو تقصيرها، وكما ذكر الشيخ ما كان يحدث في الجاهلية من إخفاء الحمل لتقصير العدة والزواج من آخر تلحق به الولد من زوجها الأول، نجده يتحدث عن ظاهرة سيئة في زمانه وهي إخفاء المرأة حيضتها من أجل إطالة عدتها حيث كانت الحكومة تفرض لهن نفقة على الأزواج ما دمن في العدة، فيطلقن العدة لأخذ نفقة أكثر وبين الشيخ أن ما يأخذنه بعد انقضاء العدة يعد حراما.

فيقول: " وَمَا يَأْخُذْنَهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ حَرَامٌ، وَمَا هُنَّ مِمَّنْ يَتَفَكَّرْنَ فِي ذَلِكَ إِذْ لَا عِلْمَ لَهُنَّ بِأَحْكَامِ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ، وَلَا يُبَالِغْنَ مَا عَسَاهُنَّ يَعْرِفْنَهُ مِنْهَا، لِأَنَّهِنَّ لَمْ يَتَرْتَبْنَ عَلَى آدَابِ الدِّينِ وَأَعْمَالِهِ، بَلْ لَمْ يَلْمَنَّ عَقَائِدَهُ وَلَمْ يَدْكُرْنَ بِآيَاتِهِ، حَتَّى صَارَ أَكْثَرُهُنَّ أَقْرَبَ إِلَى أَهْلِ الْإِبَاحَةِ مِنْهُنَّ إِلَى أَهْلِ الدِّينِ، وَإِنَّمَا يَجْتَنِبُ الْحَرَامَ وَيَتَحَرَّى الْوُقُوفَ عِنْدَ حُدُودِ الْحَلَالِ أَهْلُ الْإِيمَانِ الصَّحِيحِ، وَلِذَلِكَ قَالَ تَعَالَى عَقِبَ النَّبِيِّ (إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ) "³.

ثم يبين الشيخ حكمة أخرى من التريص ثلاثة قروء وهذه الحكمة متعلقة بالزوج المطلق ويكشفها قوله تعالى {وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا} البقرة/228 فالقروء الثلاثة مهلة كافية للزوج وفرصة للمراجعة والتفكير في العاقبة فقد يندم الزوج على طلاقها غير المستحق ويرى أن الحياة بينهما قابلة للاستمرار بعد أن أفضى أحدهما إلى الآخر وعرف كل منهما الآخر بعجره وبجره وربما يكون بينهما الولد الذي يحتاج إلى العناية والرعاية من الأبوين، ولهذا جعل الله العصمة بيد الرجل أعطاه الفرصة للتراجع خلال فترة العدة فيلم الشمل ويحفظ الأسرة. وهذه من أعظم الحكم فيقول

¹ - المرجع السابق ج 2 ص 295

² - انظر المرجع السابق ج 2 ص 296

³ - انظر المرجع السابق ج 2 ص 296

الشيخ: "وَفِي هَذَا بَيَانُ حِكْمَةِ أُخْرَى لِلْعِدَّةِ غَيْرُ تَبْيِينِ الْحَمْلِ أَوْ بَرَاءَةِ الرَّجْمِ وَهِيَ إِمْكَانُ الْمُرَاجَعَةِ، فَعُلِمَ بِذَلِكَ أَنَّ تَرْتِيبَ الْمُطَلَّاقَاتِ بِأَنْفُسِهِنَّ فِيهِ فَائِدَةٌ لَهُنَّ وَفَائِدَةٌ لِأَزْوَاجِهِنَّ، وَإِنَّمَا يَكُونُ بَعْلُ الْمَرْأَةِ أَحَقَّ بِهَا فِي مُدَّةِ الْعِدَّةِ إِذَا قَصِدَ إِصْلَاحُ ذَاتِ الْبَيِّنِ وَحُسْنُ الْمَعَاشِرَةِ"¹.

حق المطلقة بالزواج ممن ترغب.

عندما تبلغ المرأة أجلها في العدة وتخرج من عصمة زوجها تصبح حرة طليقة، لا يجوز منعها من الزواج ممن ترغب به من الرجال ما دام ذلك بالتراضي وبالمعروف الذي لا يخل بالقيم المعهودة في المجتمع. وقد فصل الشيخ هذا الأمر خلال شرحه لقول الله تعالى { وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ } البقرة/ 232 وقد كان للشيخ في هذه الآية لفتات جميلة، فبلوغ الأجل في هذه الآية غير بلوغ الأجل في الآية التي قبلها، فهنا يعني انتهاؤه وانقضائه وهناك يعني قرب انقضائه، وسياق الآيتين يبين ذلك ففي هذه الحديث عن العضل وهذا لا يكون الا بعد انقضاء العدة، وقد كان من عادات الجاهلية أن يتحكم الرجال في تزويج النساء إذ لم يكن يزوج المرأة غلا ولها فقد يزوجها بمن تكره، ويمنعها ممن تحب لمحض الهوى، وقال المفسرون: إن الرجال المطلقين كانوا يفعلون ذلك، فيتحكم الرجل بمطلقته فيمنعها أن تتزوج أنفة وكبرا أن يرى امرأته تحت غيره، فكان يصد عنها الأزواج بضروب من الصد والمنع، فجاء الإسلام فأثبت الولاية للأقربين وحرم العضل وهو المنع من الزواج، وأن يزوج الولي المرأة بدون إذنها، فجمع بين المصلحتين².

والخطاب في الآية موجه للأزواج وللأولياء، ومن قال هو موجه للأولياء فقد استدل بما ورد في سبب نزول الآية من حديث معقل بن يسار قال: "كَانَ لِي أُخْتُ فَأَتَانِي ابْنُ عَمِّ لِي فَأَنكَحْتُهَا إِيَّاهُ فَكَانَتْ عِنْدَهُ، ثُمَّ طَلَّقَهَا تَطْلِيقَةً وَلَمْ يُرَاجِعْهَا حَتَّى انْقَضَتِ الْعِدَّةُ، فَهَوِيَهَا وَهَوَيْتُهُ، ثُمَّ حَطَمَهَا مَعَ الْخُطَّابِ، فَقُلْتُ لَهُ: يَا لُكْعُ أَكْرَمْتِكَ بِهَا وَرَزَوْتُكَهَا فَطَلَّقْتُهَا ثُمَّ جِئْتُ تَخْطُبُهَا؟ وَاللَّهِ لَا تَرْجِعُ إِلَيْكَ أَبَدًا، وَكَانَ رَجُلًا لَا بَأْسَ بِهِ، وَكَانَتِ الْمَرْأَةُ تُرِيدُ أَنْ تَرْجِعَ إِلَيْهِ فَعَلِمَ اللَّهُ حَاجَتَهُ إِلَيْهَا وَحَاجَتَهَا إِلَيَّ بَعْلِيهَا فَأَنْزَلَ اللَّهُ هَذِهِ الْآيَةَ. قَالَ: فَفِي نَزَلَتْ فَكَفَّرْتُ عَنْ يَمِينِي وَأَنكَحْتُهَا إِيَّاهُ وَفِي لَفْظٍ: فَلَمَّا سَمِعَهَا مَعْقِلٌ قَالَ: سَمِعًا لِرَبِّي وَطَاعَةً، ثُمَّ دَعَاهُ فَقَالَ: أَرْوِجُكَ وَأَكْرِمُكَ، وَذَلِكَ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - دَعَاهُ فَتَلَا عَلَيْهِ الْآيَةَ"³.

وهناك وجه ثالث ينقله الشيخ عن أستاذه الإمام وكان الزمخشري قد رجحه⁴ وهو أن الخطاب عام للأمة لأنها متكافلة في المصالح العامة على حسب الشريعة، ونلاحظ اهتمام الإمام بالمجتمع ككل فيريد لكل واحد ان يأخذ مسؤوليته في الحفاظ على طهارة المجتمع فلا يظلم فيه أحد رجلا كان أو امرأة ويضربو لذلك مثلا مما حل ببني إسرائيل عندما سكتوا على المنكر ورضوا به فيقول: "وَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ يَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ حَظَّهُ مِنَ الْخُطَابِ لِلْمَجْمُوعِ، وَتَقَدَّمَ لِهَذَا الْخُطَابِ نَظَائِرٌ، وَمِنْهَا خُطَابُ

¹ - انظر المرجع السابق ج 2 ص 297

² - انظر المرجع السابق ج 2 ص 318

³ - انظر البخاري أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ابن بردزبه البخاري الجعفي صحيح البخاري: جماعة من العلماء طبع بالمطبعة الكبرى الأميرية،

بيوبلاق مصر المحمية، عام ١٣١١ هـ، بأمر السلطان عبد الحميد الثاني. ج 7 ص 16 ح 5130

⁴ - قال الزمخشري: "والوجه أن يكون خطاباً للناس، أي لا يوجد فيما بينكم عضل، لأنه إذا وجد بينهم وهم راضون كانوا في حكم العاضلين." انظر الزمخشري أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، جار الله (المتوفى: ٥٣٨هـ) الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل (مع الكتاب حاشية الانتصاف فيما تضمنه الكشاف) لابن المنير الإسكندري (ت ٦٨٣)، وتخرىج أحاديث الكشاف للإمام الزيلعي) الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت الطبعة: الثالثة - ١٤٠٧ هـ ج 1 ص 278.

بني إسرائيل في عصر التثليل بما كان من آباءهم في زمن موسى وما بعده مُسندًا إليهم. وَالْحِكْمَةُ فِي هَذَا الْخُطَابِ الْعَامِّ هُنَا أَنْ يَغْلَمَ الْمُسْلِمُونَ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى مَنْ عَلِمَ مِنْهُمْ بِوُقُوعِ الْمُنْكَرِ مِنْ أَوْلِيَاءِ النَّسَاءِ أَوْ غَيْرِهِمْ أَنْ يَنْهَوْهُ عَنْ ذَلِكَ حَتَّى يَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ، وَأَتَهُمْ إِذَا سَكَتُوا عَلَى الْمُنْكَرِ وَرَضُوا بِهِ يَأْتُمُونَ، وَالسِّرُّ فِي تَكَافُلِ الْأُمَّةِ أَنَّ الْأَفْرَادَ إِذَا وُكِّلُوا إِلَى أَنْفُسِهِمْ فَكَثِيرًا مَا يُرْجِحُونَ أَهْوَاءَهُمْ وَشَهَوَاتِهِمْ عَلَى الْحَقِّ وَالْمُصْلِحَةِ، ثُمَّ يَفْتَدِي بَعْضُهُمْ بِبَعْضٍ مَعَ عَدَمِ النَّكْبِ، فَيَكْثُرُ الشَّرُّ وَالْمُنْكَرُ فِي الْأُمَّةِ فَهَلِكُ، فَفِي التَّكَافُلِ وَالتَّعَاوُنِ عَلَى إِزَالَةِ الْمُنْكَرِ دِفَاعٌ عَنِ الْأُمَّةِ، وَلِكُلِّ مُكَلَّفٍ حَقٌّ فِي ذَلِكَ: لِأَنَّ الْبَلَاءَ إِذَا وَقَعَ فَإِنَّهُ يُصِيبُهُ سَهْمٌ مِنْهُ. قَالَ تَعَالَى: (لُعِنَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ عَلَى لِسَانِ دَاوُدَ وَعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ ذَلِكَ بِمَا عَصَوْا وَكَانُوا يَعْتَدُونَ كَانُوا لَا يَتَنَاهَوْنَ عَنْ مُنْكَرٍ فَعَلُوهُ لَبِئْسَ مَا كَانُوا يَفْعَلُونَ)¹ المائدة/78-79.

ثم يلحظ الشيخ ملحظًا جميلًا من الآية عند جملة {إذا تراضوا بينهم بالمعروف} فيقول: "وَقَوْلُهُ: (بَيْنَهُمْ) يُشْعِرُ بَأْنَ لَا نُكْرَ فِي أَنْ يَخْطُبَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ إِلَى نَفْسِهَا وَيَتَّفِقُ مَعَهَا عَلَى التَّرْجُوحِ بِهَا وَيَحْرُمُ حِينَئِذٍ عَضْلُهَا، أَي امْتِنَاعُ الْوَلِيِّ أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنْهُ إِذَا كَانَ ذَلِكَ التَّرَاضِي فِي الْخُطْبَةِ بِالْمَعْرُوفِ شَرَعًا وَعَادَةً بَأَلَّا يَكُونُ هُنَاكَ مُحْرَمًا، وَلَا شَيْءٌ يُخَلُّ بِالْمَرْوَةِ وَيُلْجِقُ الْعَارَ بِالْمَرْأَةِ وَأَهْلِهَا، وَقَدْ اسْتَدَلَّ الْفُقَهَاءُ بِهَذَا عَلَى أَنَّ الْعَضَلَ مِنْ غَيْرِ الْكُفِّ غَيْرُ مُحْرَمٍ كَأَنَّ تَرْيِدَ الشَّرِيفَةَ فِي قَوْمِهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ بِرَجُلٍ خَسِيسٍ يَلْحَقُهَا مِنْهُ الْعَضَاضَةُ، وَيَمَسُّ مَا لِقَوْمِهَا مِنَ الشَّرْفِ وَالْكَرَامَةِ، فَيَنْبَغِي أَنْ تُصَرَّفَ عَنْهُ بِالْوَعظِ وَالتَّصْحِيحَةِ"²، وهذه كلام في غاية الروعة والأهمية ندر من يتنبه إليه من المفسرين وفيه كثير من الوسع والتيسير فقد يقع الرجل في حب امرأة أو العكس فيشعرها بذلك بطريقة شريفة عفيفة ثم يتواعدا على الزواج وهذا موافق لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "لم ير للمتحيين مثل النكاح"³.

المطلب الثاني: عدم الإضرار بالمطلقة ورعاية حقوقها في تفسير المنار.

جاء القرآن ليعطي كل ذي حق حقه وليرفع الظلم عن الإنسان ذكرا كان أو أنثى وحيث كانت المرأة في الجاهلية مهضومة الحقوق لا تعدوا كونها متاعا يملكه الرجل يفعل به ما يشاء، فالزوجة بمثابة ألعوبة في يد الرجل يطلقها متى شاء ويراجعها متى شاء، جاء الإسلام لينظم قضية الطلاق ويضع لها ضوابط تمنع الإضرار بالمطلقة كونها الأضعف وتحافظ على حقوقها. وقد بين الشيخ رشيد رضا ذلك في تفسيره المنار خلال حديثه عن آيات الطلاق ونحن نبين ذلك على النحو الآتي:

تقييد الطلاق بمرتين وعدم الإضرار بالمطلقة:

يتحدث الشيخ عن حكمة تقييد الطلاق بمرتين في قوله تعالى: { الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْنًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ } البقرة/229، فيقول: "كان للعرب في الجاهلية طلاق ومراجعة في العدة ولم يكن للطلاق حد ولا عدة فإن كان لمغاضبة عارضة عاد الزوج فراجع واستقامت عشرته، وإن كان لمضارة المرأة راجع قبل انقضاء العدة واستأنف طلاقا، ثم يعود إلى ذلك المرة بعد المرة أو يفئ ويسكن

¹ - انظر تفسير المنار ج 2 ص 320

² - انظر تفسير المنار ج 2 ص 320

³ - ابن ماجه - وماجة اسم أبيه يزيد - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: 273هـ) سنن ابن ماجه ت الأرنبوط المحقق: شعيب الأرنبوط - عادل مرشد - محمد كامل قره بللي - عبد اللطيف حرز الله الناشر: دار الرسالة العالمية الطبعة: الأولى، 1430 هـ - 2009 م ج 3 ص 54 ح 1846 وقال المحقق في الهامش حديث صحيح. وقد أخرجه الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة انظر الألباني أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري (المتوفى: 1420هـ) سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها الناشر: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض الطبعة: الأولى، (لمكتبة المعارف) ج 2 ص 196 ح 624

غضبه ، فكنت المرأة ألعوبة في يد الرجل يضارها بالطلاق ما شاء أن يضارها، فكان ذلك مما أصلحه الإسلام من أمور الاجتماع¹.

وهكذا يبين لنا الشيخ كيف كانت المرأة أسيرة بيد الرجل مقيدة ليس لها من أمرها شيء وكأنها متاع من متاع البيت يفعل به ما يشاء، لا حرية ولا كرامة ولا شأن لها حتى نزلت الآية توقف هذا الامتهان للمرأة وترفع الظلم عنها وتقول: {الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ} ثم يورد حديثاً عن السيدة عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها قالت: "كَانَ الرَّجُلُ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ مَا شَاءَ أَنْ يُطَلِّقَهَا وَهِيَ امْرَأَتُهُ إِذَا ارْتَجَعَهَا وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ وَإِنْ طَلَّقَهَا مِائَةَ مَرَّةٍ وَأَكْثَرَ، حَتَّى قَالَ رَجُلٌ لِامْرَأَتِهِ: وَاللَّهِ لَا أَطَلِّقُكَ فَتَبِينِي، وَلَا أُوِيكَ أَبَدًا، قَالَتْ: وَكَيْفَ ذَلِكَ؟ قَالَ: أَطَلِّقُكَ فَكَلَّمَا هَمَّتْ عِدَّتِكَ أَنْ تَنْقَضِيَ رَاجِعْتُكَ، فَذَهَبَتْ الْمَرْأَةُ فَأَخْبَرَتِ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَسَكَتَ حَتَّى نَزَلَ الْقُرْآنُ (الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)²

ثم ذكر ما قاله الأستاذ الإمام أن المقصود بالمرتين هو الطلاق الرجعي أي الذي يحق للرجل أن يراجع فيه الزوجة³

أما إذا أراد إمساكها فيجب أن يمسكها بالمعروف لا بقصد إيذاها والإضرار بها والاعتداء عليها، ويعرض الشيخ لهذا المعنى بشكل جميل عند قوله تعالى: {وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَعْتَدُوا} ويؤكد أن الإضرار سوف لا يقتصر على الزوجة بل سيلحق الزوج والجميع ويتوسع ليشمل عصبية المرأة وأقربائها وفي ذلك ما فيه من فساد وضرر على المجتمع . ويستنبط ذلك من كلمة ضرارا حيث يقول: "فَالضَّرَارُ بِمَعْنَى الضَّرَرِ، وَذَكَرَ بِالصِّيغَةِ الَّتِي تَأْتِي لِلْمُشَارَكَةِ لِلإِشْعَارِ بِأَنَّ ضُرَّهُ إِيَّاهَا يَسْتَلْزِمُ ضُرَّهَا إِيَّاهُ، فَالرِّجَالُ يَضُرُّونَ أَنْفُسَهُمْ بِإِيْدَاءِ النِّسَاءِ، وَيُوَيِّدُ هَذَا قَوْلُهُ: {وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ} فِي الدُّنْيَا يَسْلُوكُ طُرُقَ الشَّرِّ وَالإِعْتِدَاءِ الَّتِي لَا رَاحَةَ لِضَمِيرِ صَاحِبِهَا، وَيَجْعَلُ الْمَرْأَةَ وَعُصْبَتَهَا أَعْدَاءَ لَهُ يُنَاصِبُونَهُ وَيَنَاقُضُونَهُ، وَالْعَدُوُّ الْقَرِيبُ أَقْدَرُ عَلَى الإِيْدَاءِ مِنَ الْعَدُوِّ البَعِيدِ. وَيَتَنَفِيرُ النَّاسُ مِنْهُ حَتَّى يُوشِكُ أَلَّا يُصَاهِرَهُ أَحَدٌ، وَظَلَمَ نَفْسَهُ فِي الأُخْرَى أَيضًا بِمَا خَالَفَ أَمْرَ اللَّهِ وَتَعَرَّضَ لِسَخَطِهِ"⁴ وهذا استنباط خفي جميل لا يستخرجه إلا الحدائق الناهون من المفسرين.

الإحسان للمطلقة بالمهر والتمتع:

يؤكد الشيخ على حفظ حقوق المرأة والإحسان إليها وعدم الإضرار بها فإذا قرر الرجل طلاق زوجته ولم يرد مراجعتها بعد الطلاق مرتين ففي قوله تعالى {فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان} إشارة إلى ضرورة الإحسان للمطلقة ويوضح ذلك في عدم أخذ شيء من مهرها الذي هو حقها فيقول تعالى: { وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا } فإن أخذ الرجل من مال مطلقته مناف للإحسان، فالأمر بالإحسان يستلزمه، وإنما امر به لمزيد رأفته سبحانه بالنساء، وتأكيد تحذير الرجال الأقوياء من ظلمهن حقوقهن، وأعادنا الشيخ إلى آية مشابهة في سورة النساء هي قوله تعالى: {وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا} النساء / 20 قال: "وَمَحَلُّ هَذَا الْحُكْمِ إِذَا كَانَ الزَّوْجُ هُوَ الَّذِي اخْتَارَ فِرَاقَ الْمَرْأَةِ وَرَغِبَ عَنْهَا"⁵ وهذا هو الإحسان للمرأة عند التفريق.

¹ - انظر المرجع السابق ج 2 ص 302

² - انظر الترمذي ا محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك ، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ) علل الترمذي الكبير المحقق: صبيعي السامرائي ، أبو المعاطي النوري ، محمود خليل الصعيدي الناشر: عالم الكتب ، مكتبة النهضة العربية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤٠٩ ح 174 ص 305
وانظر الحاكم أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: ٤٠٥هـ) المستدرک علی الصحیحین تحقیق: مصطفی عبد القادر عطا الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١١ - ١٩٩٠ ج 2 ص 307 ح رقم 3106.

³ - انظر تفسير المنار ج 2 ص 303

⁴ - انظر المرجع السابق ج 2 ص 315

⁵ - انظر المرجع السابق ج 2 ص 307

وهذا بالنسبة للمطلقة بعد الدخول وقد عرف المهر وتحدد، أما في حال الطلاق قبل الدخول وقد تحدد المهر أو لم يتحدد فهنا يبين الشيخ ما للمرأة من حق وكيفية الإحسان إليها من خلال شرحه لقوله الله تعالى {لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ} البقرة 236-237 وقد ذهب الشيخ إلى ضرورة بل فرضية المتعة دون تحديد مقدارها وذلك بحسب وسع الرجل وقدرته وذلك بالمعروف أي العرف الذي تعارف عليه الناس وبما يليق بهم بحسب اختلاف أصنافهم وأحوال معيشتهم وشرفهم، وجعل ذلك فرضاً لقوله تعالى: {حقاً على المحسنين} ومعناه أنها واجبة حاقة، على أنها إحسان في التعامل لا عقوبة، فإن الحكمة فيها: "جَبُرَ إِخْشَاءُ الطَّلَاقِ؛ كَأَنَّ الْمُعْتَى إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ بِاللَّهِ مُحْسِنِينَ فِي طَاعَتِهِ فَعَلَيْكُمْ أَنْ تَجْعَلُوا هَذَا الْمُتَاعَ لَأَنْفِقُوا مُؤَدِّيًا إِلَى الْغَرَضِ مِنْهُ"¹

ثم يتوسع الشيخ في بيان الحكمة من هذه المتعة المستحقة للمرأة المطلقة قبل الدخول وما فيها من جبر للخواطر وحفاظ على الأعراض فينقل عن أستاذه في بيان الحكمة من هذه المتعة قوله: "إِنَّ فِي هَذَا الطَّلَاقِ غَضَابَةً وَإِبْهَامًا لِلنَّاسِ أَنَّ الرِّوَجَ مَا طَلَّقَهَا إِلَّا وَقَدْ رَأَى مِنْهَا شَيْءٌ، فَإِذَا هُوَ مَتَّعَهَا مَتَاعًا حَسَنًا تَزُولُ هَذِهِ الْغَضَابَةُ وَيَكُونُ هَذَا الْمُتَاعُ الْحَسَنُ بِمَنْزِلَةِ الشَّهَادَةِ بِزَاهِيَّتِهَا، وَالْإِعْتِرَافِ بِأَنَّ الطَّلَاقَ كَانَ مِنْ قِبَلِهِ؛ أَيْ: لِعُدْرِ يَخْتَصُّ بِهِ، لَا مِنْ قِبَلِهَا؛ أَيْ: لَا لِعِلَّةٍ فِيهَا؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَنَا أَنْ نُحَافِظَ عَلَى الْأَعْرَاضِ بِقَدْرِ الطَّاقَةِ، فَجَعَلَ هَذَا التَّمْتِيعَ كَأَلْمِزِهِمْ لِجُرْحِ الْقَلْبِ لِكَيْ يَتَسَامَعَ بِهِ النَّاسُ، فَيُقَالُ: إِنَّ فُلَانًا أُعْطِيَ فُلَانَةً كَذَا وَكَذَا فَهُوَ لَمْ يُطَلِّقْهَا إِلَّا لِعُدْرِ، وَهُوَ أَسْفُ عِلْمِهَا مُعْتَرِفٌ بِفَضِيلِهَا؛ لِأَنَّهُ رَأَى عَيْبًا فِيهَا أَوْ رَأَى شَيْءٌ مِنْ أَمْرِهَا، وَيُقَالُ: إِنَّ سَيِّدَنَا الْحَسَنَ السَّبِطَ مَتَّعَ إِحْدَى زَوْجَاتِهِ بِعَشْرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ وَقَالَ: ((مَتَاعٌ قَلِيلٌ مِنْ حَبِيبٍ مُفَارِقٍ)) لِهَذَا وَكَلَّ اللَّهُ تَعَالَى الْأُمُورَ فِي ذَلِكَ إِلَى أَرْبَعِيَّةِ الْمُؤْمِنِينَ فَلَمْ يُحَدِّدْهُ، بَلْ وَصَفَهُ بِالْمَعْرُوفِ، وَذَكَرَ الْمُطَلِّقَ عِنْدَ إِجَابِهِ بِالْإِحْسَانِ هُنَا وَبِالتَّقْوَى فِي الْآيَةِ الْآتِيَةِ"²

وتأكيداً على وجوب المتعة وحكمة ذلك يزيد الشيخ على أستاذه ببيان أهميتها من حيث أن الطلاق الذي يسبق الدخول بعد التعارف والتواد ثم الخطبة فالعقد، يؤدي إلى ان يظن الناس بالمرأة من الظنون ما لا يظنونها بها بعد الدخول، لأن المعاشرة هي التي تكشف لكل واحد عن طباع الآخر فيحمل الطلاق على تنافر الطباع، وعدم المشاكلة في الأخلاق والعادات، قال: "وَهَذَا وَجْهٌ لِيَجْعَلَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ مُتَّعَةً غَيْرَ الْمُدْخُولِ بِهَا وَاجِبَةً وَمُتَّعَةً غَيْرَهَا مُسْتَحَبَّةً"³

ورحم الله الشيخ إذ تنبه إلى أسباب الخلافات الاجتماعية وأسباب العداوات بين الناس وخاصة في الزمن المتأخر حيث ابتعد الناس عن أخلاق الإسلام وتوجهاته، فجعل من فهمه السليم لأحكام القرآن وتشريعاته حلاً لهذه الآفات والأمراض، فقد علم أن التواد الذي ظهرت بوادره قبل الخطبة وتمكن العقد يتحول إلى عداوة وتباغض، إلا أن يدفع المطلق تلك العداوة بالتي هي أحسن وهي المتعة اللائقة، ولا تتحقق هذه الحكمة إلا بجعل مقدار المتعة إلى اختيار الرجل قال: "مَعَ الْعِلْمِ بِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ عَلَى حَسَبِ الْحَالِ فِي السَّعَةِ، وَأَنَّ الْغَرَضَ مِنْهَا كَذَا، فَلَا يَتَحَقَّقُ الْإِمْتِنَالُ إِلَّا بِتَحْرِي إِصَابَتِهِ، وَمِمَّا رُوِيَ عَنِ الْحَسَنِ السَّبِطِ أَيْضًا أَنَّهُ مَتَّعَ (بِعِشْرِينَ أَلْفًا وَرُقَاقٍ مِنْ عَسَلٍ)، وَكَذَلِكَ كَانُوا يَفْعَلُونَ"⁴

وفي نفس الموضوع يرد الشيخ بكلام جميل على من قال إن التمتع ليس واجبا وإنما هو إحسان من الرجل، فيبين أن الإحسان لا يقتصر على النافلة ولكن أداء الواجب على وجهه يطلق عليه إحسان ثم إن الله تعالى جعله {حقاً على المتقين} وكذلك

¹ - انظر المرجع السابق ج 2 ص 340

² - المرجع السابق ج 2 ص 341

³ - المرجع السابق ج 2 ص 341

⁴ - المرجع السابق ج 2 ص 341

قوله {على الموسع قدره وعلى المقتر قدره} فهي واجبة غير محددة ولذلك حسن ذكر الإحسان لأن مقدار المتعة متعلق بالرجل.

المطلب الثالث: التضييق في وقوع الطلاق في تفسير المنار

لقد حرص الشيخ على عدم التسرع في إيقاع الطلاق وإيجاد المخارج الشرعية لمنع تحققه فقدم استمرارية الحياة الزوجية على انقطاعها وقدم الزواج على الطلاق ونحا نحو العلماء الذين تنبهوا إلى خطورة ظاهرة انتشار الطلاق والمطلقات وأثر ذلك على المجتمع فذهبوا إلى تضييق منافذه أملا في الحفاظ على الأسرة من الهدم وعلى المجتمع من الفساد، وفي هذه المطلب نبين عمل الشيخ على ذلك من خلال هذه الفروع الأربعة الآتية:

1- الطلاق الثلاث لا يقع بمجرد اللفظ ثلاثا

ذهب الشيخ إلى ما ذهب إليه كثير من العلماء في عدم إيقاع الطلاق ثلاثا في المجلس الواحد إلا مرة واحدة وذلك حرصا منه على صيانة الأسرة وإعطاء الفرصة لترميم التصدع الذي حصل في بنائها وعدم المسارعة إلى هدمه لما في ذلك من ضرر على المجتمع بتخريج أفواج من الأبناء المشردين الذين يرضعون لبان العداوة والقطيعة والعنف الكراهية بدلا من الحب والألفة والمودة والرحمة، بل إن هناك خطورة أكبر وهي انتشار ظاهرة التحليل لكثرة إيقاع الطلاق بالثلاث وهذه الظاهرة من أكبر العار على المسلمين.

فعندما يعرض إلى قوله تعالى {الطلاق مرتان} يقول: "وَعَبَّرَ بِالْمُرَّتَيْنِ لِيُفِيدَ أَنَّ الطَّلَاقَيْنِ تَكُونُ كُلُّ مِنْهُمَا مَرَّةً تَحِلُّ بِهَا الْعِصْمَةُ ثُمَّ تُبْرَمُ، لَا أَنَّهُمَا يَكُونَانِ بِلَفْظٍ وَاحِدٍ،"¹ ثم يخوض الشيخ في إثبات صحة ما ذهب إليه من خلال الأحاديث النبوية وأقوال الصحابة وينقل الكثير من أقوال العلماء في هذا الموضوع على غير عادته في الخلافات الفقهية.

فينقل عن ابن عباس أنه جعل كلمة (طلقت ثلاثا) بمثابة قرأت الفاتحة ثلاثا، ثم قال إن الأمور العملية لا تتكرر بتكرر اللفظ المعبر عنها بل ولا القولية أيضا. فمن فسخ العقد مرة وعبر عنها بقوله ثلاثا فهو كاذب، ولو صح ذلك لصح أن يقال الواحد ثلاثة والثلاثة واحد. ثم نقل حديثا رواه النسائي عن محمود بن لبيد، قال: أَخْبَرَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ جَمِيعًا، فَقَامَ غَضَبًا نَأْمًا ثُمَّ قَالَ: «أَلْيَعْبُ بِكِتَابِ اللَّهِ وَأَنَا بَيْنَ أَظْهُرِكُمْ؟» حَتَّى قَامَ رَجُلٌ وَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَلَا أَقْتُلُهُ؟ وعلق بأن ابن كثير قال إسناده جيد والحافظ بن حجر قال رجاله موثقون.² أما الألباني فقد حكم على الحديث بأنه ضعيف.³

ويسهب الشيخ في ذكر أدلة الجمهور وبيان ضعفها واضطرابها، ثم ينقل عن الإمام الشوكاني تفصيله في المسألة في نيل الأوطار وذكر أدلة الجمهور القائلين بوقوع التلفظ بالطلاق ثلاثا طلاقا بائنا لا رجعة فيه وأدلة القائلين بعدم وقوعه، قال: "ثُمَّ ذَكَرَ الشُّوكَانِيُّ الْأَدِلَّةَ وَعَرَضَهَا عَلَى مِيزَانِ التَّعَادُلِ وَالتَّرْجِيحِ، وَرَجَّحَ وَقُوعَ الْوَاحِدَةِ، وَلَهُ أَيُّ لِّلشُّوكَانِيِّ رِسَالَةٌ خَاصَّةٌ فِي تَفْنِيدِ أَدِلَّةِ الْجُمْهُورِ وَأَجْوِبَتِهِمْ عَنِ الْحَدِيثِ الصَّحِيحِ، وَلِشَيْخِ الْإِسْلَامِ ابْنِ تَيْمِيَّةَ مُؤَلَّفٌ خَاصٌّ فِيهَا"⁴. ثم ينتقل إلى ما قاله ابن القيم في إعلام المقعين وكيف أطال في المسألة ورجح رأي شيخه ابن تيمية القائل بعدم وقوعه بائنا وأنه يعد

¹ - المرجع السابق ج 2 ص 303

² - المرجع السابق ج 2 ص 303

³ - النسائي أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، (المتوفى: 303هـ) : المجتبى من السنن = السنن الصغرى للنسائي تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب الطبعة: الثانية، 1406 - 1986 ج 6 ص 142 ح 3401

⁴ - تفسير المنار ج 2 ص 305

طلقة واحدة على أن قال: "إِنَّ الْمَصْلَحَةَ الْأَنْ تَقْضِي بِالرُّجُوعِ إِلَى الْكِتَابِ وَمَا مَضَتْ بِهِ السُّنَّةُ فِي عَهْدِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَالْخَلِيفَةِ الْأَوَّلِ فِرَارًا مِنْ مَفَاسِدِ التَّخْلِيلِ الَّتِي هِيَ مِنْ أَكْبَرِ الْعَارِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ عَلَى أَنَّهَا مُخَالَفَةٌ لِدِينِهِمْ"¹.

وكل هذا الإسهاب والتفصيل لأنه يريد أن يبين أن ما جاء به ليس بدعا من الأقوال، وأن المسألة خلافية وإن كان رأي الجمهور فيها بوقوع الطلاق باللفظ ثلاثا طلاقا بائنا بينونة كبرى، إلا أن القضية ليست إجماعا كما يظن البعض، وإنما الإجماع كان أول الأمر على وقوعه مرة واحدة وهو ما عمل به في حياة الرسول صلى الله عليه وسلم، وفي عهد أبي بكر.

بل إن الشيخ تعامل على المتمسكين برأي الجمهور ووصفهم بالمقلدين الذين يقدمون أقوال كتبهم على كتاب الله وسنة رسول الله، فيقول: "وَأَمَّا أَطْلُنَا فِي ذِكْرِ الْخِلَافِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى تَحَامِينَا فِي التَّفْسِيرِ ذِكْرَ الْخِلَافِ مَا وَجَدْنَا مَنُذُوحَةً عَنْهُ؛ لِأَنَّ بَعْضَ النَّاسِ يَعْتَقِدُونَ أَنَّ الْمَسْأَلَةَ إِجْمَاعِيَّةٌ فِيمَا جَرَى عَلَيْهِ الْجُمْهُورُ، وَمَا تَمَّ مِنْ إِجْمَاعٍ إِلَّا مَا قَالَهُ ابْنُ الْقَيِّمِ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ مَجَادَلَةَ الْمُقَلِّدِينَ أَوْ إِزْجَاعَ الْقَضَاةِ وَالْمُقْتَبِينَ عَنْ مَذَاهِبِهِمْ فِيهَا، فَإِنَّ أَكْثَرَهُمْ يَطَّلِعُ عَلَى هَذِهِ النُّصُوصِ فِي كُتُبِ الْحَدِيثِ وَغَيْرِهَا، وَلَا يَبَالِي بِهَا؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ عِنْدَهُمْ عَلَى أَقْوَالِ كُتُبِهِمْ دُونَ كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى وَسُنَّةِ رَسُولِهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ"².

وهكذا نجد الشيخ يرجح بل يصرح بتصويب قول من قال بعدم وقوع الطلاق بالثلاث لفظا وذلك حرصا منه على إعطاء الزوج والزوجة فرصة للمراجعة والتراجع عما وقعوا فيه وكذلك للتخفيف من كثرة الطلاق والمطلقات وما يتبع ذلك من عواقب وأضرار على الفرد والمجتمع.

2- التحذير من الطلاق الثالث:

يحذر الشيخ من وقوع الطلاق مرة ثالثة لما في ذلك من انقطاع رباط الزوجية البتة ولا رجعة بعده إلا إذا تزوجت بأخر زواجا صحيحا مقصودا يحصل فيه الغشيان المراد من الزواج، ويلحظ ملحظا بلاغيا ينقله عن أستاذه الامام فيقول: "قَالَ الْأُسْتَاذُ الْإِمَامُ: عَبَّرَ عَنِ الطَّلَاقِ الثَّلَاثَةِ بِـ (إِنْ) دُونَ إِذَا لِإِلْشَاعَارِ بِأَنَّهَا لَا يَنْبَغِي أَنْ تَقَعَ مُطْلَقًا، كَأَنَّهُ تَعَالَى لَا يَرْضَى أَنْ يَتَجَاوَزَ الطَّلَاقُ الْمُرْتَيْنِ"³، وزيادة في التنفير من هذا الطلاق يذهب الشيخ إلى ما ذهب اليه جماهير الصحابة والتابعين من أنها لا تحل للأول حتى تنكح زوجا آخر وتقع بينهما المخالطة الزوجية لا مجرد العقد بينهما كما انفرد بذلك سعيد بن المسيب، وقد أخذ ذلك من إسناد النكاح إلى المرأة مع العلم بأن المرأة لا تتولى العقد وكذلك من حديث العسيلة المتفق عليه⁴ ثم بين الحكمة من ذلك وهي ردع الرجل عن الطلاق الثالث لأنه إذا علم الرجل أن المرأة لا تحل له بعد أن يطلقها ثلاث مرات إلا إذا نكحت زوجا غيره سوف يرتدع ويتراجع قال الشيخ: "لِأَنَّهُ مِمَّا تَأْبَاهُ غَيْرَةُ الرِّجَالِ وَشَهَامَتُهُمْ، وَلَا سِيَّمَا إِذَا كَانَ الرَّوْجُ الْأَخْرَجُ عَدُوًّا أَوْ مُنَاظِرًا لِلأَوَّلِ"⁵ كل ذلك ليعلم أن الطلاق الثالث لا يأتي إلا بعد قناعة تامة باستحالة استمرار الحياة الزوجية. فلا بد من التنفير والتحذير منه أشد التحذير، فلا يتعجل الرجل العاقل في إيقاعه.

¹ - المرجع السابق ج 2 ص 306

² - المرجع السابق ج 2 ص 306-307

³ - انظر المرجع السابق ج 2 ص 310

⁴ - عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: جَاءَتْ امْرَأَةٌ رِفَاعَةَ الْفُرْطِي النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَتْ: كُنْتُ عِنْدَ رِفَاعَةَ، فَطَلَّقَنِي، فَأَبَتْ طَلَاقِي، فَتَزَوَّجْتُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الرَّبْرِزِ إِنَّمَا مَعَهُ مِثْلُ هُدْبَةِ النَّوْبِ، فَقَالَ: «أَتُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ؟ لَا، حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَتَذُوقِي عُسَيْلَتِكَ» الحديث متفق عليه رواه البخاري صحيح البخاري ج 3 ص 168 ح 2639 ورواه مسلم أبو الحسين، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (٢٠٦ - ٢٦١ هـ) صحيح مسلم المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي دار إحياء الكتب العربية: فيصل

عيسى البابي الحلبي - القاهرة (وصورؤها: دار إحياء التراث العربي - بيروت) ج 2 ص 1055 ح 1433

⁵ - تفسير المنارج 2 ص 311

3- التحذير من زواج التحليل:

يعود الشيخ ومن باب الحفاظ على كرامة المرأة وعلى سلامة المجتمع من تفشي الفساد والانحلال وحفاظا على استدامة الحياة الزوجية وعدم التهاون بقضية الطلاق، فيحذر مما يسمى زواج التحليل، فمن تزوج بامرأة مطلقة ثلاثا بقصد إحلالها للأول كان زواجه صوريا غير صحيح، ولا تحل به المرأة لأول، وعدّ هذا الفعل معصية من كبائر الذنوب الملعون فاعلمها ونقل عن أستاذه الإمام قوله: "إِنَّ نِكَاحَ التَّحْلِيلِ شَرٌّ مِنْ نِكَاحِ الْمُتَعَةِ وَأَشَدُّ فَسَادًا وَعَارًا"¹

ثم ذكر الشيخ إجازة بعض الفقهاء ذلك مع الكراهة ما لم يشترط ذلك في العقد، لأن القضاء بالظواهر لا بالمقاصد والبواطن، ورد الشيخ على هذا الكلام بأن الدين القيم يجب ان يكون فيه الظاهر عنوانا للبواطن وإلا كان نفاقا، وأن باغي التحليل ليس بمتزوج حقيقة الزواج الذي شرعه الله وبينه لا عند نفسه ولا عند من أراده على التحليل وتواطأ معه عليه، فإن عذر القاضي المنفذ له بجعله للواقع عملا بالظاهر، فلا يعذر به العالم به المقترف له².

وقد أحال الشيخ إلى ابن القيم في إعلام الموقعين حيث وضع ذلك أتم الإيضاح³، وقد حمل في نفس الوقت على من قال بصحة نكاح المحلل كالألوسي وهاجمه بشدة معتبرا ذلك من غرائب الانتصار للتقليد ثم عاد لينقل عن ابن حجر المكي العديد من الأحاديث التي أوردها في (الكبيرة السنون والحادية والثانية والسنون بعد المائتين رضا المطلق بالتحليل وطواعية المرأة ورضا الزوج المحلل له)⁴ مثل: "أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ المُسْتَعَارِ؟ قَالُوا: بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ: هُوَ المُحَلَّلُ، لَعَنَ اللَّهُ المُحَلَّلَ وَالمُحَلَّلَ لَهُ"⁵ وعن عمر رضي الله عنه أنه قال: "لَا أُوتِي بِمُحَلَّلٍ وَلَا مُحَلَّلٍ لَهُ إِلَّا رَجَمَتْهُمَا"⁶.

ويختم الشيخ حديثه في هذا الباب بالتأكيد على ضرورة المحافظة على الأسرة وتضييق منافذ الطلاق مثل الفتوى بأن الطلاق مرة واحدة بلفظ الثلاث يقع ثلاثا فيقول: "وَأَنْتَ تَرَى مَعَ هَذَا أَنَّ رِزِيلَةَ التَّحْلِيلِ قَدْ فَشَتْ فِي الْأُمُورِ الَّذِينَ جَعَلُوا رُخْصَةَ الطَّلَاقِ عَادَةً وَمَتَابَةً، وَلَا سِيَّامًا مَعَ الْفُتُوى وَالْحُكْمِ بِأَنَّ الطَّلَاقَ مَرَّةً وَاحِدَةً بِلَفْظِ الثَّلَاثِ بَقَعُ ثَلَاثًا، اتَّخَذَ غُوغَاءُ المُسْلِمِينَ دِيْبَهُمْ هُرُورًا وَلَعِبًا، فَصَارَ الْإِسْلَامَ نَفْسُهُ يُعَابُ بِهِمْ وَمَا عَيْبُهُ سِوَاهُمْ، وَقَدْ رَأَيْتُ فِي لُبْنَانَ رَجُلًا نَصْرَانِيًّا وَلِعَ بِشِرَاءِ الكُتُبِ الْإِسْلَامِيَّةِ وَغَيْرِهَا وَأَكْثَرَ مِنَ النَّظَرِ فِيهَا، فَاهْتَدَى إِلَى حَقِيَّةِ الْإِسْلَامِ مَعَ الْمُتَيْلِ إِلَى التَّصَوُّفِ، فَأَسْلَمَ، وَقَالَ لِي: لَمْ أَجِدْ

1 - انظر المرجع السابق ج 2 ص 312

2 - انظر المرجع السابق ج 2 ص 312

3 - لقد تحدث بكلام هام بين فيه مفاصد التحليل وجرائم المحلل في كتابه إعلام الموقعين ونقل من ذلك قوله: "ثُمَّ سَلَ مَنْ لَهُ أَدْنَى إِطْلَاقٍ عَلَى أَحْوَالِ النَّاسِ: كَمْ مِنْ حُرَّةٍ مَصُونَةٍ أَتَشَبَّ فِيهَا المُحَلَّلُ مَخَالِبَ إِزَادَتِهِ فَصَارَتْ لَهُ بَعْدَ الطَّلَاقِ مِنَ الْأَخْدَانِ وَكَانَ بَعْلُهَا مُنْفَرِدًا بِوَطْنِهَا فَإِذَا هُوَ وَالمُحَلَّلُ فِيهَا بِبِرْكَةِ التَّحْلِيلِ شَرِيكَانِ؟ فَلَعَنَهُ اللَّهُ كَمْ أَخْرَجَ التَّحْلِيلُ مُخَدَّرَةً مِنْ سُبْرِهَا إِلَى الْبِغَاءِ، وَأَلْقَاهَا بَيْنَ بَرَائِنِ العُشْرَاءِ وَالحُرْفَاءِ؟ وَلَوْ لَا التَّحْلِيلُ لَكَانَ مَنَالُ التُّرْبَانِ دُونَ مَنَالِهَا، وَالتَّدْرُجُ بِالْأَكْفَانِ دُونَ التَّدْرُجِ بِجَمَالِهَا، وَعِنَاقُ الفَنَا دُونَ عِنَاقِهَا، وَالأَخْذُ بِذِرَاعِ الأَسَدِ دُونَ الأَخْذِ بِسَاقِهَا، وَسَلْ أَهْلَ الخَيْرِ: كَمْ عَقَدَ المُحَلَّلُ عَلَى أُمِّ وَابْنَتَيْهَا؟ وَكَمْ جَمَعَ مَاءَهُ فِي أَرْحَامِ مَا زَادَ عَلَى الأَرْبَعِ وَفِي رِجَمِ الأَخْتَيْنِ؟ وَذَلِكَ مُحَرَّمٌ بِاطْلَاقِ فِي المَذْهَبَيْنِ، وَهَذِهِ المُفْسَدَةُ فِي كُتُبِ مَفَاسِدِ التَّحْلِيلِ لَا يُنْبَغِي أَنْ تَفْرَدَ بِالدِّكْرِ وَهِيَ كَمُوجَةٍ وَاحِدَةٍ مِنَ الأَمْوَاجِ، وَمَنْ يَسْتَطِيعُ عَدَّ أَمْوَاجِ البَحْرِ؟، وَكَمْ مِنْ أَمْرَاءٍ كَانَتْ قَاصِرَةَ الطَّرْفِ عَلَى بَعْلِهَا، فَلَمَّا ذَاقَتْ عُسَيْلَةَ المُحَلَّلِ خَرَجَتْ عَلَى وَجْهِهَا فَلَمْ يَجْتَمِعْ شَمْلُ الإِخْصَانِ وَالعِفَّةِ بَعْدَ ذَلِكَ بِسْمَلِهَا، وَمَا كَانَ هَذَا سَبِيلَهُ فَكَيْفَ يَحْتَمِلُ أَكْمَلُ الشَّرَائِعِ وَأَحْكَمُهَا تَحْلِيلَهُ؟ فَصَلِّوا لِلَّهِ وَسَلَامُهُ عَلَى مَنْ صَرَخَ بِلِعْنَتِهِ، وَسَمَّاهُ بِالتَّيْسِ المُسْتَعَارِ مِنْ بَيْنِ فُسَاقِ أُمَّتِهِ، كَمَا شَهِدَ بِهِ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ وَعَبَدُ اللَّهِ بِنُ مَسْعُودٍ وَأَبُو هُرَيْرَةَ وَجَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ وَعُقَيْبَةُ بْنُ عَامِرٍ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ وَأَخْبَرَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ أَنَّهُمْ كَانُوا يُعَدُّونَهُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - سِفَاحًا".

انظر ابن قيم الجوزية محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين (المتوفى: ٧٥١هـ) إعلام الموقعين عن رب العالمين تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م ج 3 ص 40

4 - الهبتي أحمد بن محمد بن علي بن حجر السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (المتوفى: ٩٧٤هـ) الزواجر عن اقتراف الكبائر الناشر: دار الفكر الطبعة: الأولى، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م ج 2 ص 43

5 - ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد الفزوي، وماجة اسم أبيه يزيد (المتوفى: ٢٧٣هـ) سنن ابن ماجة تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي ج 1 ص 623 ح 1936 قال المحقق في الحاشية حكم عليه الألباني حسن.

6 - البيهقي أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجْدِي الخراساني، أبو بكر (المتوفى: ٤٥٨هـ) السنن الكبرى المحقق: محمد عبد القادر عطا الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م ج 7 ص 340 ح 14191

في الإسلام غير ثلاثة عيوب لا يمكن أن تكون من الله. أفبعضها مسألة (التجشيش) أي: التحليل فبينت له الحق فيها فأفتت¹.

4- الحلف بالطلاق يكفي فيه الكفارة:

كثيرا ما نجد صاحب المنار يأخذ عن شيخ الإسلام ابن تيمية وخاصة في ما يسر به وخفف على المسلمين فالحلف بالطلاق عنده يكفي فيه اليمين ولا يلزم حل رباط الزوجية ما لم يرد الزوج ذلك، فعندما جاء الى آية المائدة في حكم اليمين التي انعقد عليها القلب { لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ } فينقل عن ابن تيمية تقسيمه لأنواع اليمين² وما تكفي فيه الكفارة من أجل التحلل منه وذكر من ذلك ما تعود عليه المسلمون من يمين الطلاق كأن يقول الرجل الطلاق يلزمني إن فعلت كذا أو امرأتي طالق إن فعلت كذا فإن كانت نيته الردع والارتداع وليس إيقاع الطلاق حقيقة فكل ذلك يعتبر حلفا ويمينا تكفي فيه الكفارة لمن حنث فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم: "مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ فَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا فَلْيَأْتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ وَلْيُكْفِرْ عَنْ يَمِينِهِ"³ ولا خير اعظم من ان يدع الإنسان الطلاق ويحافظ على حياته الزوجية الأسرية⁴.

الخاتمة

لا يمكن للباحث في تفسير المنار إلا أن يقرّ بتميز هذا التفسير في النواحي الاجتماعية إذ عاش صاحبه فترة قد تردى فيها المجتمع وانحرف بشكل خطير وابتعد الناس فيها عن هدي القرآن إلى حد بعيد. فكان لا بد للمفسر الحاذق أن يبرز للمقارئ الحلول لأهم المشكلات الاجتماعية في زمانه، وان يوجد الدواء الشافي لأخطر الأمراض الاجتماعية التي نخرت في جسد الأمة في عصره. ومما لا شك فيه أن قضية الطلاق كانت إحدى هذه الأدواء التي زعزعت أركان الأسرة وهددت تماسك المجتمع في زمان مفسرنا الشيخ محمد رشيد رضا -رحمه الله - فكان هذا البحث محاولة منا لتوضيح هذه القضية كما رآها شيخنا في تفسيره المنار، ولأجل إبراز اليسر في أحكام الإسلام كما ذكرها الشيخ في تفسيره، وإبراز حرصه على تماسك الأسرة وتجنبها الطلاق، وإن كان الطلاق لا بد واقع فليكن على الوجه الحسن الذي يحفظ لكل إنسان حقوقه وكرامته.

لقد وجدنا من خلال البحث أن قضية الطلاق من أهم القضايا التي تعرض لها تفسير المنار وعالجها علاجا سليما شافيا كافيا وخالصة ذلك على النحو الآتي:

* اهتم الشيخ في بناء الأسرة وضرورة إقامته على المودة والرحمة والستر ولاحظنا جمال التفسير في التغشّي بين الزوج والزوجة عند حديثه عن كلمة (تغشاها).

* أقام العلاقة الزوجية على المعاشرة بالمعروف ومن أجمل ما بينه الشيخ من خلال كلمة (بالمعروف) انها تعطي الزوج ميزانا للتعامل مع زوجته فلها مثل ما عليها ويجري عليها ما يجري على نساء زمانها ومن خلال ذلك تعرض إلى مسألة عمل الزوجة في بيت زوجها وقيامها على الشؤون المنزلية فأخذ بوجوب ذلك لما في ذلك من التعاون والشعور بالمسؤولية تجاه الأسرة والحياة المشتركة

¹ - انظر تفسير المنار ج 2 ص 313

² - انظر ابن تيمية تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: ٧٢٨هـ) الفتاوى الكبرى لابن تيمية الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م ج 3 ص 223

³ - صحيح مسلم ج 3 ص 1271 ح 1650

⁴ - انظر تفسير المنار ج 7 ص 38

* في التنفير من الطلاق كان الشيخ يطلق على الطلاق "البغيض إلى الله" وعندما تحدث عن {وعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا} دعا إلى الصبر على الزوجة ومن جميل ما بينه أنه لم يقصر الخير على مجرد إنجاب الولد وإنما ذكر الأولاد النجباء لأنه كان ينظر إلى الكيف قبل الكم. ومن لفتاته الجميلة أنه في فيئ الرجال عن الطلاق أن الله عقب بالمغفرة والرحمة أما من عزم على الطلاق فعقب عليه بالسمع والعلم والمراقبة من الله تحذيرا وتنبها من عواقب الطلاق.

* في بيان حكمة الطلاق أكد انه قد من ضرورات الحياة الزوجية عند تعذر استمرارها ورد على الغربيين الذين جعلوا منه شبهة ومأخذا على الإسلام. وأكد على ان الضرورة قد تكون من قبل الرجل وقد تكون من قبل المرأة فأجاز لها الخلع وطلب العصمة ليدها.

* أكد على كرامة المطلقة وحقها في استئناف الحيات الزوجية وذلك من خلال ملحظ جميل في لفظ (المطلقات) فهن الزوجات المعهودات المستعدات للحمل والنسل الذي هو المقصد من الزوجية فينظر أن يرغب الناس في التزوج منهن.

* في قوله تعالى: {يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء} هداه الله أن يفهم أن المرأة لها حق في الزواج وترغب به وعليها أن تضبط هذه الرغبة حتى تنقضي عدتها.

* والتربص ثلاثة قروء ليس موجها للمرأة من اجل استبانة براءة الرحم فقط بل فيه فائدة للرجل لعله يراجع نفسه ويفيئ إلى رشده ويتراجع عن طلاقه.

* في النهي عن عضل الزوجة لم يقصر توجيه الخطاب إلى الأزواج والأولياء وإنما نقل عن استاذة الإمام أن الخطاب موجه لعموم الأمة لأنها يجب أن تكون متكافلة في المصالح العامة بعيدة عن الظلم، وهذا يدل على مدى اهتمام الشيخ بالإصلاح الاجتماعي ككل.

* من اجمل ما لاحظته الشيخ عند قوله تعالى: {إذا تراضوا بينهم بالمعروف} أنه لا نكر أن يقع الحب بين الرجل والمرأة وأن يتواعدا على الزواج ويحرم عضلهما حينئذ.

* حذر الشيخ من الإضرار بالمطلقة عند قوله تعالى: {ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا} وذكر العواقب الاجتماعية لهذا الإضرار، وفي كلمة ضرارا لاحظ معنى المشاركة فيلحق الضرر بالجميع زوجا وزوجة، ويتبعه عداوة بين الزوج وعصبة المرأة وهم أقدر على إيذائه وتنفير الناس منه فلا يوشك ان يصاهره أحد.

* اعتبر الشيخ الإحسان إلى المطلقة بعد الدخول بإعطائها مهرها كاملا أما الطلاق قبل الدخول فيجب فيه التمتع واعتبره فرضا لا مجرد مندوب وأخذ ذلك من قوله تعالى {حقا على المحسنين}. وعد ذلك الإحسان الواجب دافعا للعداوة التي قد تحصل بين الطرفين فيتحول الود إلى بغض والالفة والتقارب إلى بغض وتباعد.

* سعى الشيخ إلى توضيح باب الطلاق من خلال عدم إيقاع التلفظ بالطلاق ثلاثا في المجلس الواحد باثنا بينونة كبرى ورجح هذا القول من أقوال العلماء.

* حذر الشيخ مما يسى زواج التحليل وساق الكثير من الأحاديث والأقوال التي تتوعد فاعله وتبين عواقبه وأضراره على المجتمع. وعد فتوى إيقاع الطلاق بالثلاث لفظا طلاقا باثنا من أسباب انتشار مثل هذا الزواج.

* وأخيرا جعل الشيخ الحلف بالطلاق تكفي فيه الكفارة فلا يوقعه طلاقا وإنما هو مجرد يمين.

وكل ذلك من الشيخ من اجل الحفاظ على الروابط الأسرية والاجتماعية، وإعطاء فرصة لاستئناف الحياة الزوجية وعدم التسرع في هدم الأسرة ومن ورائها المجتمع.

قائمة المصادر والمراجع

- 1- القرآن الكريم.
- 2- الزركلي خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، دمشقي (المتوفى: ١٣٩٦ هـ) الأعلام: دار العلم للملايين الطبعة: الخامسة عشر - أيار / مايو ٢٠٠٢ م.
- 3- الغزالي محمد جرعات جديدة من الحق المر شركة نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع. الطبعة الخامسة 2005م.
- 4- العراقي (٧٢٥-٨٠٦ هـ)، تخرّيج أحاديث إحياء علوم الدين دار العاصمة للنشر - الرياض الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧.
- 5- الغزالي محمد علل وأدوية لم أجد عليه رقم الطبعة او دار النشر.
- 6- عباس الدكتور فضل حسن التفسير والمفسرون أساسياته واتجاهاته ومناهجه في العصر الحديث دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن الطبعة: الأولى، ١٤٣٧ هـ - ٢٠١٦ م.
- 7- البيومي الدكتور محمد رجب النهضة الإسلامية في سير أعلامها المعاصرين دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع دمشق والدار الشامية للطباعة والنشر والتوزيع لبنان الطبعة الأولى 1415 هـ 1995م.
- 8- رضا محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن منلا علي خليفة القلموني الحسيني (المتوفى: ١٣٥٤ هـ): تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار) الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة النشر: ١٩٩٠ م
- 9- ابن أبي شيبة ابو بكر عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواسي العبسي (المتوفى: ٢٣٥ هـ) المصنف في الأحاديث والآثار المحقق: كمال يوسف الحوت الناشر: مكتبة الرشد - الرياض الطبعة: الأولى، ١٤٠٩
- 10- أبو داود عن ابن عُمَرَ، عن النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قال: "أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللهِ عَزَّ وَجَلَّ الطَّلَاقُ" انظر سليمان بن الأشعث الأزدي السِّجِسْتَانِي (٢٠٢ - ٢٧٥ هـ) سنن ابي داود المحقق شعيب الأرناؤوط - محمّد كامل قره بللي الطبعة: الأولى، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م
- 11- الإمام أحمد بن حنبل (١٦٤ - ٢٤١ هـ) مسند الإمام أحمد بن حنبل المحقق: شعيب الأرناؤوط - عادل مرشد، وآخرون الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م.
- 12- ابن ماجة - وماجة اسم أبيه يزيد - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: ٢٧٣ هـ) سنن ابن ماجة ت الأرناؤوط المحقق: شعيب الأرناؤوط - عادل مرشد - محمّد كامل قره بللي - عبد اللطيف حرز الله الناشر: دار الرسالة العالمية الطبعة: الأولى، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م.
- 13- الألباني أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري (المتوفى: ١٤٢٠ هـ) سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها الناشر: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض الطبعة: الأولى، (مكتبة المعارف).

- 14- الترمذي ا محمد بن عيسى بن سَورة بن موسى بن الضحاك ، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ) علل الترمذي الكبير المحقق: صبحي السامرائي ، أبو المعاطي النوري ، محمود خليل الصعيدي الناشر: عالم الكتب ، مكتبة النهضة العربية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤٠٩.
- 15- الحاكم أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: ٤٠٥هـ) المستدرک على الصحيحين تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١١ - ١٩٩٠.
- 16- النسائي أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، (المتوفى: ٣٠٣هـ) : المجتبى من السنن = السنن الصغرى للنسائي تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب الطبعة: الثانية، ١٤٠٦ - ١٩٨٦
- 17- البخاري أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ابن بردزبه البخاري الجعفي صحيح البخاري: جماعة من العلماء طبع بالمطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق مصر المحمية، عام ١٣١١ هـ، بأمر السلطان عبد الحميد الثاني.
- 18- مسلم أبو الحسين، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (٢٠٦ - ٢٦١ هـ) صحيح مسلم المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي دار إحياء الكتب العربية: فيصل عيسى البابي الحلبي - القاهرة (وصوّرتُها: دار إحياء التراث العربي - بيروت).
- 19- ابن قيم الجوزية محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين (المتوفى: ٧٥١هـ) إعلام الموقعين عن رب العالمين تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م.
- 20- الهيثمي أحمد بن محمد بن علي بن حجر السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (المتوفى: ٩٧٤هـ) الزواجر عن اقتراف الكبائر الناشر: دار الفكر الطبعة: الأولى.
- 21- البيهقي أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجَرْدِي الخراساني، أبو بكر (المتوفى: ٤٥٨هـ) السنن الكبرى المحقق: محمد عبد القادر عطا الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الثالثة.
- 22- ابن تيمية تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: ٧٢٨هـ) الفتاوى الكبرى لابن تيمية الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م
- 23 الزمخشري أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، جار الله (المتوفى: ٥٣٨هـ) الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل (مع الكتاب حاشية (الانتصاف فيما تضمنه الكشاف) لابن المنير الإسكندري (ت ٦٨٣)، وتخریج أحاديث الكشاف للإمام الزيلعي) الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت الطبعة: الثالثة - ١٤٠٧ هـ.

" الحماية القانونية لمواكبة التكنولوجيا والتحول الرقمي "

Legal protection to keep pace with technology and digital transformation
preparation

د. باهر محمد عبد الرحمن دكتوراه في القانون العام - كلية الحقوق - جامعة أسيوط - مصر - محامى
حروعضو مجلس نقابة المحامين- محاضر قانون ادارى بمعهد المحاماة باسيوط- محور التكنولوجيا
والقانون

Dr. Baher Mohammed Abdul Rahman- PhD in Public Law - Faculty of Law - Assiut
University – Egypt-dr.baherlawyer@gmail.com

ملخص:

نظرا لأهمية التحول الرقمي في أداء الأعمال القانونية والقضائية والإدارية والأعمال المرتبطة بهما، ولما يؤدي اليه من سرعة في إتخاذ القرار وإنجاز الأعمال المطلوبة، سيما أن الإدارة الإلكترونية أصبحت علما له قواعده وأصوله، ولكي تحقق الإدارة أهدافها يلزم وجود نظم معلومات مواكبة للتكنولوجيا الحديثة لممارسة الأعمال القانونية والإدارية المرتبطة بهما ولذلك يجب النص على ضمانات تشريعية كافية لتحقيق التحول الرقمي. وتتمثل الأنشطة الإدارية في التخطيط والتنظيم والاتصال والتنسيق والقيادة والتوجيه والرقابة إلا أن هذه الأنشطة تتداخل فيما بينها حيث تبدأ بالتخطيط الذى يقوم على تحليل البيانات وتنتهى بالرقابة. ويساهم تطبيق التحول الرقمي بواسطة نظم المعلومات الحديثة في توفير القدرة على أداء عمليات كثيرة ومتنوعة بسرعة فائقة وبدقة متناهية وكذا تخزين واسترجاع كم كبير من المعلومات بأساليب برمجة سهلة بسيطة سريعة ودقيقة يجب حمايتها بنصوص قانونية كافية.

ونظرا لما للتكنولوجيا الحديثة من أهمية بالغة في التنمية والتحديث والتعليم والتقاضى والبحث العلمى فقد أستحدث المشرع المصري الإستعانة بالأساليب العلمية الحديثة في الإثبات، والتقاضى عن بعد.

ولذا أصبحت الحماية القانونية لتوفير ضمانات تشريعية لتحقيق التكنولوجيا والتحول الرقمي والتقاضى عن بعد التى تساهم في توزيع السلطات داخل المنظومة القانونية والقضائية والإدارية -محقة بذلك مزايا المركزية واللامركزية- ضرورية بشكل لا يمكن الإستغناء عنه أو إهماله بل يجب تقنينه وحمايته والنص على نصوص و ضمانات تشريعية تكفل الحماية القانونية لمواكبة التكنولوجيا والتحول الرقمي .

الكلمات المفتاحية : (الدستور، القانون، مواكبة التكنولوجيا، الضمانات، الحماية)

Summary: In view of the importance of digital transformation in the performance of legal, judicial and administrative work and the work related to them, and the speed it leads to in decision-making and completion of the required work, especially that electronic management has

become a science with its rules and principles, and in order for the administration to achieve its goals, information systems that keep pace with modern technology are required to practice legal work and the administrative associated with them, and therefore sufficient legislative guarantees must be provided to achieve digital transformation.

Administrative activities are represented in planning, organizing, communicating, coordinating, leading, directing and controlling, but these activities overlap with each other as they begin with planning based on data analysis and end with supervision.

The application of digital transformation through modern information systems contributes to providing the ability to perform many and varied operations very quickly and with extreme accuracy, as well as storing and retrieving a large amount of information using easy, simple, fast and accurate programming methods that must be protected by adequate legal texts.

In view of the great importance of modern technology in development, modernization, education, litigation and scientific research, the Egyptian legislator has introduced the use of modern scientific methods in proof and litigation from a distance.

Therefore, legal protection to provide legislative guarantees to achieve technology, digital transformation and remote litigation that contribute to the distribution of powers within the legal, judicial and administrative system - realizing the advantages of centralization and decentralization - is necessary in a way that cannot be dispensed with or neglected. Legal to keep pace with technology and digital transformation.

key words : (Constitution, law, keeping pace with technology, guarantees, protection)

مقدمة :

تعتبر الحماية القانونية للتكنولوجيا من الآثار الهامة لتحقيق التحول الرقوى فى الواقع القانونى لكن مع تقدم التكنولوجيا وانتشار الإنترنت والأقمار الصناعية وانتشار الفضائيات فأصبح الاستثمار فى التعليم والتدريب والصحة والصناعة والزراعة وغيرها من المجالات الهامة فى المجتمع .

ونتيجة استخدام التكنولوجيا وكافة الوسائل الحديثة والذكاء الاصطناعى فى استغلال مصادر الثروة الطبيعية لتحقيق التنمية ، فقد أدى هذا الثراء إلى خلق نظام حديث للتعليم التقنى ، مثل وسائل التكنولوجيا المختلفة وتطبيقاتها، لذلك أصبح إستخدام تكنولوجيا المعلومات فى التعليم والتقاضى عن بعد والاعمال الادارية والقضائية والتشريعية أحد أهم الاسباب التى تحافظ على دولة المؤسسات .

وإنطلاقاً من التحديث ومواكبة التكنولوجيا الحديثة فى مختلف المجالات المتنوعة وفى ضوء المستجدات القانونية المعاصرة والتحديات التى تواجه مستقبل التنمية بالمنطقة العربية فى التعليم القانونى والتكنولوجيا وخاصة مع تدرى المستوى التعليمى عامة والقانونى خاصة الذى تعاني منه معظم البلاد العربية الأمر الذى اثر سلباً فى مستقبل تعليم ، وترتب عليه عدم الاستفادة من التكنولوجيا الحديثة وما يمثله القانون من أهمية بالغة فى الواقع العملى لتحقيق التحول الرقوى وحمايته وتحقيق التنمية المستدامة المرجوّه .

لاسيما ان المشرع لا يصوغ القواعد القانونية الا ليؤكد بها على حماية امر يجب حمايته ويقرر بموجبها احكاما تواكب التحول الرقى والتكنولوجيا الحديثة ولتحقيق المصلحة العامة التي يشيع بها العدل وتضامن بها الحقوق وترفع بها المظالم ويقنن بها الجزاء الرادع للمخالفين وتتحقق بها الترضية وينعم بها المجتمع ويحقق بها الامن والاستقرار .

أولاً: أهمية البحث :

تأتي أهمية البحث لتحقيق التنظيم والتعاون والتنسيق بين جميع مؤسسات الدولة لكترونيا والحفاظ على المراكز القانونية للمستفيدين والمتضررين من القرارات الالكترونية والتحول الرقى وكذا مواجهة التحديات التي تواجه الاستثمار والتجارة في المنطقة الذي أصبح ناتج عن عدم تحديث التشريعات بما يتناسب مع انتشار التكنولوجيا الحديثة لما لها من اهمية بالغة في تحقيق التنمية، وخاصة لما يمثله القانون من أهمية بالغة في الوقع العملى لحماية وجذب الاستثمار .

ثانياً: إشكالية البحث :

تكمن إشكالية البحث في عدم المواكبة التشريعية السريعة للتكنولوجيا الحديثة والتحول الرقى الذي تشهده كافة القطاعات وعدم مواكبة المستجدات القانونية المعاصرة وضرورة مواكبة القانون للتحول الرقى وحدث ما توصلت اليه من تحولات عالمية، مما ترتب عليه ان تراجع المنطقة العربية في تحقيق معدلات التنمية بها نتيجة عدم التطور التشريعى المناسب للتكنولوجيا الرقمية الحديثة .

ثالثاً :- تقسيمات البحث :-

المبحث الاول : أهمية التكنولوجيا والتحول الرقى .

المبحث الثانى : الحماية القانونية لمواكبة التكنولوجيا والتحول الرقى .

المبحث الثالث : المبادئ الأساسية لمواكبة التكنولوجيا والتحول الرقى.

وذلك على النحو التالى :-

المبحث الاول : أهمية التكنولوجيا والتحول الرقى .

فعلى مدى التاريخ الإنسانى يحتاج المواطنون دائماً إلى المثقفين والمفكرين والمبدعين والمبتكرين والمخترعين والنخب المتعلمة فى القيام بالدور الحيوى فى قيادة عملية التحديث والبحث العلمى والتطوير والتنمية ، ونشر الأفكار الحديثة ، وإشاعة المفاهيم العلمية ، وشق طريق أفضل للحياة ، وترجمة الأفكار الجديدة ونشرها وبعبارة أشمل قيادة عملية التحديث لتشمل المجتمع ككل لتحقيق التنمية .

فعملية التحديث والتطوير التكنولوجي ليست ذات صيغة واحدة ، بل ذات طبائع مختلفة فقد تبدأ التغيير الاجتماعي والسياسي والتشريعي ليتبعه بعد ذلك بالتغيير الاقتصادي وقد يكون العكس .

المطلب الاول: أهمية استخدام تكنولوجيا المعلومات الحديثة.

ذلك أن العلاقة بين التحديث والتنمية والقانون تتبدى بوضوح من خلال القاعدة القائلة بأن للحكومة الدور المركزي في قيادة عملية التشريع والتحديث والتنمية ذلك لأنها هي المؤهلة والتي بالفعل تمتلك كافة القدرات القانونية والتقنية وتوجيها والقيام بدور جوهري وحقيقي لإجراء التغييرات الجذرية لتغيير الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وتعبئة الجهود الشعبية من اجل الوصول الى التنمية والتحول الرقمي.⁽¹⁾

ولذلك يجب التزام الدولة بكافة أجهزتها فضلا عن تعبئة الجهود الشعبية بتوفير جميع البيانات والمعلومات ومصادر المعلومات بين يدي كافة المواطنين باعتبارها ضرورة أساسية لممارسة حقوقهم في تكوين ثقافتهم وتحقيق التحول التكنولوجي من خلال سائر القنوات المشروعة في علانية ووضوح ، وبحرية واستقلال كاملين وذلك من اجل الوصول الى التنمية وتحقيقها واقعا وحمايتها تشريعا .⁽²⁾

الفرع الاول: أهمية التكنولوجيا في فاعلية القضاء والقضاة.

يشهد العالم ثورة هائلة في التكنولوجيا والتحول الرقمي نتيجة تطورها بشكل ملحوظ نتيجة الكم الهائل من المعلومات ، ونظرا لأهمية نظم المعلومات في أداء كافة الأعمال القضائية وتطويرها ، ولما تؤدي له من سرعة في إتخاذ القرار، الأمر الذي استتبع ضرورة تطوير اجهزة الادارة ، وأصبحت الإدارة الحديثة لا تبنى على القدرات الشخصية بل علما له قواعده وأصوله، ولكي تحقق الإدارة الحديثة أهدافها يلزم وجود نظم معلومات مواكبة للعصر للممارسة الانشطة القضائية المرتبطة بها ، فلا يوجد نشاط يتم بنجاح إلا بتوافر البيانات والمعلومات بالقدر والجودة المناسبة وملائم لتحقيق الفاعلية للمنظومة القضائية .⁽³⁾

ويسهم تطبيق تكنولوجيا المعلومات المعاصرة في توفير القدرة على اداء عمليات كثيرة ومتباعدة ومتنوعة بسرعة فائقة وبدقة متناهية وكذا تخزين واسترجاع كم كبير من المعلومات والبيانات في انماط موحدة بأساليب مبرمجة سهلة بسيطة سريعة دقيقة .⁽⁴⁾

والانشطة الادارية تتمثل في التخطيط والتنظيم والاتصال والتنسيق والقيادة والتوجيه والرقابة الا ان هذه الانشطة تتداخل فيما بينها حيث تبدأ بالتخطيط الذي يقوم على تحليل البيانات وتنتهى بالرقابة المتمثلة في متابعة الاداء، ويمثل القرار الالكتروني اهمية بالغة يجب تقنينها لفاعلية اكبر للعملية القضائية .⁽⁵⁾

(1) د. ثناء فؤاد عبد الله : آليات التغيير الديمقراطي في الوطن العربي ، مركز دراسات الوحدة العربية ، ط 97، ص 215

(2) د. مصطفى كامل السيد وآخرون : الإصلاح المؤسسي والتنمية، شركات التنمية للبحوث والاستشارات 2007، ص 5

(3) د. عصمت عبد الله الشيخ : دور نظم وتكنولوجيا المعلومات في تيسير وفاعلية العمل الاداري ، دار النهضة العربية ، ط 1998 ، ص 13

(4) د. عصمت عبد الله الشيخ ، مرجع سابق ، ص 57 وما بعدها

(5) د. عصمت عبد الله الشيخ : ، مرجع سابق ، ص 75 وما بعدها

وتساهم التكنولوجيا ونظم المعلومات في توزيع السلطات داخل المنظومة القضائية والادارية على اساس من التفاعل في ممارسة تلك السلطات محققة بذلك مزايا المركزية واللامركزية في عملية صنع القرار الالكتروني.⁽¹⁾

الفرع الثاني : أهمية التحول الرقمي في الانجاز القضائي.

يعتبر القضاء عنصر هام وحاسم في حل المنازعات التي تثور في المجتمع ولذا فان فاعلية القضاء جزء اساسي من فكرة الامن القانوني ، فاذا كانت السلطة التشريعية هي المسئولة عن ارساء الامن القانوني فان السلطة القضائية هي المسئولة عن تحقيق وتطبيق هذا الامن القانوني واستكمال ما لم تحققه السلطة التشريعية ولن يتأتى هذا الا بقضاء مستقل يعمل على ترميم النصوص مما اعترها من عيوب وذلك عن طريق قضاة ذو خبرة وثقافة قانونية وفهم للقانون والتكنولوجيا والواقع بشكل جيد.⁽²⁾

وتشير العديد من الدراسات لقوة تأثير تكنولوجيا المعلومات في الانجاز القضائي وسرعة البت في القضايا أمام المحاكم وذلك باستخدام التكنولوجيا في الإعلانات القضائية والاستعانة بالانظمة الخبيرة وندب الخبراء وأبحاث التزييف والتزوير وإرسال وإعلان القضايا الكترونيا وغير ذلك من الطرق الميسرة والمساعدة في الإنجاز في العملية القضائية ، وتنقسم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات الى ثلاث مجموعات رئيسية وهي تكنولوجيا الحواسيب وتكنولوجيا الاتصالات وتكنولوجيا الحواسيب والاتصالات من خلال الانترنت والتطبيقات الحديثة التي يجب الاستفادة منها في تطوير وتحديث العملية القضائية.⁽³⁾

ونتيجة التطورات التكنولوجية الحديثة في كافة مجالات الاتصال والحواسبات اصبح من السهل ان يحصل القاضى على ما يحتاجه من معلومات في اى مكان يتواجد فيه وصار سهلا نقل وتخزين المعلومات والبيانات والنصوص والمعلومات المكتوبة والمسموعة من خلال وسائل اتصال متقدمة.⁽⁴⁾

وبذلك يجب استخدام تكنولوجيا المعلومات الحديثة وتطبيقاتها في العملية القضائية والعمليات المتداخلة معها، لما لها من دور متميز في توفير حاجات القضاء في الانجاز، وحاجات القضاة للمعلومات بسرعة متناهية وترشيد عملية اتخاذ القرارات وتحسين دقة وتكامل الملفات وتنسيق المداخل المتعددة للبيانات وتحقيق القضاء الناجز.⁽⁵⁾

ويسهم تطبيق تكنولوجيا المعلومات المعاصرة بواسطة نظم المعلومات الحديثة في توفير القدرة على اداء عمليات كثيرة ومتنوعة بسرعة فائقة وبدقة متناهية وكذا تخزين واسترجاع كم كبير من المعلومات في انماط موحدة ومختلفة بأساليب برمجة سهلة بسيطة سريعة دقيقة.⁽⁶⁾

لذلك نجد وجوب استخدام التكنولوجيا المعلومات الحديثة في العملية القضائية والادارية لما لها من دور متميز في توفير حاجات القضاة للمعلومات بسرعة متناهية وترشيد عملية اتخاذ القرارات الالكترونية وتحسين دقة وتكامل الملفات

(1) د.عصمت عبد الله الشيخ : دور نظم وتكنولوجيا المعلومات في تيسير ، مرجع سابق ، ص 148

(2) د. محمود حمدى عباس عطية : دور دائرة توحيد المبادئ القانونية بمجلس الدولة في كفاءة الامن القضائي ، الطبعة الاولى ، ط 2013 ، ص 26

(3) د. عاطف وليم اندراوس : الفجوة الرقمية ودور الحكومة في معالجتها ، دار الفكر الجامعي ، ص 12

(4) د.عصمت عبد الله الشيخ : دور نظم وتكنولوجيا المعلومات ، مرجع سابق ، ص 59 وما بعدها

(5) د.عصمت عبد الله الشيخ : دور نظم وتكنولوجيا المعلومات ، مرجع سابق ، ص 59 وما بعدها

(6) د.عصمت عبد الله الشيخ : دور نظم وتكنولوجيا المعلومات ، مرجع سابق ، ص 57 وما بعدها

وتنسيق المداخل المتعددة للبيانات وتحقيق القضاء الناجز ، واعادة صياغة البيانات في اشكال اخرى تستوعب الحاجات المتكررة ومواكبة تطور الجريمة الالكترونية .⁽¹⁾

المطلب الثاني : دور التكنولوجيا في تحقيق التنمية .

ان الادارة الالكترونية هي نموذج ادارى جديد يستتبع تغيير شامل في مفهوم الادارة لما نتج عن الادارة الالكترونية من مفهوم حديث في علم الادارة ونتج عنها القرار الادارى الالكتروني وهو وسيلة الكترونية تعبر فيها الادارة عن ارادتها الكترونيا .²

ونظرا لما للتكنولوجيا الحديثة من أهمية بالغة في الانتاج والتنمية والتحديث فقد استحدثت المشرع المصري قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 وذلك لما للتكنولوجيا من أهمية في الانتاج والتنمية ولما تواجه عملية نقل التكنولوجيا مشاكل متعددة لتضارب مصالح الاطراف نتيجة لاختلال موازين القوى بينهما ، وكذا قانون تنظيم التوقيع الالكتروني رقم 15 لسنة 2004 ، وقانون تنظيم الاتصالات رقم 10 لسنة 2003 ،

بيد أن هناك ارتباط وثيق بين التطور التكنولوجي والاكتشافات العلمية الحديثة التي ظهرت حديثا ، وتفترض عملية نقل التكنولوجيا أن تتم بين طرفين " مورد تكنولوجيا " والطرف الاخر " مستورد للتكنولوجيا " وتتم عملية النقل من خلال اتفاق يلتزم بموجبه المورد بإتاحة الفرصة للمستورد باكتساب التكنولوجيا والتي يتم استيعابها واكتساب القدرة على استخدامها واستغلالها في الانتاج وتحقيق التنمية والتحول الرقى .

وكذلك معالجة كافة المشاكل القانونية التي تثيرها استخدام الوسائل الحديثة في التعاملات التجارة الالكترونية وبحث كفاءة نظم الإدارة المحلية ومواكبة التكنولوجيا ودور تقنية المعلومات والتكنولوجيا الحديثة. وكذا دور التحكيم واللامركزية في تحقيق التنمية وجذب الاستثمارات .

واستهدف قانون التجارة حماية المصالح الوطنية دون المساس بالمصالح المشروعة لمورد التكنولوجيا الحديثة وعلى ذلك يلاحظ أن الاحكام التي ورد النص عليها في قانون التجارة وضعت لمواجهة عمليات النقل الدولي للتكنولوجيا ، ورغم ذلك نص على ضرورة تطبيقها على النقل الداخلي للتكنولوجيا الحديثة .

ويعتبر من المسائل الهامة في عقود نقل التكنولوجيا " حق المعرفة " التي يجب ان يلتزم بها مورد التكنولوجيا التي يتم نقلها وان يتضمن العقد كافة عناصر المعرفة محل العقد وتوابعها التي تنتقل الى المستورد ليستفيد منها ويستطيع استغلالها وتطبيقها على ارض الواقع لتحقيق التنمية المسدامة .⁽³⁾

المبحث الثاني : الحماية القانونية لمواكبة التكنولوجيا والتحول الرقمي .

تعمل التشريعات التي تعد من أهم وسائل الضبط المجتمعي على تقويم سلوك البشر عبر توقيع جزاء رادع على من يخالف تلك التشريعات، وتعمل ايضا على حماية وضمان تحقيق التحول الرقى وحماية الابتكارات والاختراعات ومواكبة العالم كافة العلوم الجديدة وحمايتها وضبطها مجتمعيًا.⁴

(1) د. عصمت عبد الله الشيخ : دور نظم وتكنولوجيا المعلومات ، مرجع سابق ، ص 59 وما بعدها

2 د. احمد حسنى الخولى: اثر ادخال الوسائل التكنولوجية الحديثة في دعم واتخاذ القرارات الادارية ، رسالة دكتوراة ، 2019 جامعة اسيوط ، ص 593

(3) د. احمد بركات مصطفى : أحكام عقد نقل التكنولوجيا " ، طبعة 2012 ، ص 5 وما بعدها

4 د. سرى صيام : صناعة التشريع ، الكتاب الاول ، الهيئة المصرية للكتاب ، 2017 ، ص 19 وما بعده

لذلك يجب ان تكون الأسس القانونية للنشاطات الاقتصادية نزيهة وشفافة وفعالة وعادلة فتعميم التنمية الاقتصادية والتحول الرقمي يحتاج إلى تفعيل قوي لحقوق الملكية وقضاء بحمي هذه الحقوق.

وكذا يجب أن يكون سيادة القانون مبدأ تشريعي يكون فيه جميع الأشخاص والمؤسسات والكيانات العامة والخاصة، بما في ذلك الدولة ذاتها، مسؤولة أمام قوانين صادرة، وتطبق بالتساوي على الجميع ويحتكم في إطارها إلى قضاء مستقل، وتتفق مع القواعد والمعايير الدولية، ويقتضي هذا المبدأ اتخاذ كافة التدابير لكفالة الالتزام بالمبادئ القانونية، والمساواة أمام القانون، والمساءلة القانونية والعدل في تطبيق القانون، والمشاركة في صنع القرار، وتجنب التعسف، وتحقيق الشفافية القانونية والإجرائية.⁽¹⁾

فضلا عن أنه لا تتحقق التنمية الا بعد مراجعة شاملة لكافة القوانين للتوافق مع العصر الحديث وفتح افاق قانونية جديدة ومعاصرة قادرة على التوافق مع الاستثمار الالكتروني وتكون جاذبة للاستثمار وإلغاء كافة النصوص التي من شأنه أن تعطل مسيرة التنمية، وكذا التوفيق بين القوانين الاجرائية والقوانين الموضوعية.

المطلب الاول : الحماية الجنائية الموضوعية والاجرائية للتحويل الرقمي .

متى أصبح القاضي متخصص واتجاهه العلمي والثقافي القانون وملم بالتطور التكنولوجي المتسارع فيجب عليه متى وجب ذلك الاستعانة بالتكنولوجيا الحديثة والأخذ بنتائجها عن طريق استخدام اهل الخبرة سيما مع ظهور جرائم من أنواع جديدة لم تكن معروفة من قبل فلذلك يجب حماية المجتمع من ارتكابها وان يكون هناك تطور تشريعي ملائم لتلك الجرائم وكذلك يجب على المشرع تقنين وحماية التوقيع الالكتروني والتصديق الالكتروني والوثيقة الالكترونية والرسائل والاتصالات والاعلانات الالكترونية والتقاضى والمرافعة عن بعد عبر استخدام التكنولوجيا الحديثة.⁽²⁾

وترتبا على ذلك يجب ان يقوم الاثبات والاستعانة بالادلة العلمية الحديثة والاجهزة الخبيرة وكافة النظم الفنية التي تثبت انتساب الجريمة الى المتهم ويجب ان يقوم الخبير بلدور الحاسم في عملية الاثبات من خلال احدث ما توصلت اليه التكنولوجيا الحديثة من خلال بصمة الاصبع والخلية الجسدية وغيرها من الطرق الحديثة باستخدام اجهزة توابك التكنولوجيا الرقمية الحديثة.⁽³⁾

ولذلك يجب مراجعة الكثير من التشريعات التي نجد انها تفتقد الى قواعد تطبيق الاثبات الجنائي الالكتروني والاستعانة بالانظمة الالكترونية الحديثة، وان مجال الخبرة الاثباتية لم يصل للحد الذي يعتبر معه أن الادلة اصبحت توابك التكنولوجيا الحديثة.

المطلب الثاني : الاصلاح التشريعي بما يتواءم مع التكنولوجيا الحديثة.

لابد ان يسير الاصلاح التشريعي جنبا الى جنب مع الاصلاح الاقتصادي والتحول الرقمي وذلك لوجود علاقة وثيقة بينهم ، وبات واضحا ان السياسة القانونية الحالية غير كافية لتحسين مستويات الاداء في نظام اقتصادي يعاني من اختلالات

(1) تقرير الأمين العام: سيادة القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات الصراع (S/2004/616)

(2) دفتى انور عزت : الحماية الجنائية الموضوعية والاجرائية، ط الاولى ، 2018، دار النهضة العربية، ص256

(3) د. فتى انور عزت ، مرجع سابق ، ص244

عميقة الجذور وغير مواكبة للتحول الرقمي، الأمر الذي أدى إلى أن الاقتصاد أصبح عاجز عن الوفاء بالاحتياجات الأساسية للمواطنين وعاجز عن تحقيق التنمية.⁽¹⁾

ويعتبر مواكبة التشريعات للتكنولوجيا الحديثة عنصراً حاسماً في حل المنازعات التي تثور في المجتمع نظراً لتطور الجريمة، ولذا أصبحت فاعلية التشريع وكفاءته جزءاً أساسياً من فكرة الأمن القانوني، فإذا كانت السلطة التشريعية هي المسؤولة عن إرساء الأمن القانوني، فنجد السلطة القضائية هي المسؤولة عن تحقيق وتطبيق هذا الأمن القانوني وإستكمال ما لم تحققه السلطة التشريعية، ولن يتأتى هذا إلا بقضاة مستقلين مدربين موكبين للحدثة يعمل على ترميم النصوص مما اعترها من عيوب وقصور، وذلك عن طريق قضاة ذو خبرة وثقافة قانونية وفهم للقانون والواقع بشكل جيد.⁽²⁾

بيد أن أي نظام اقتصادي يجب أن يلتزم بمعايير التحديث والشفافية والحوكمة، والتنافس وتشجيع وتحفيز الاستثمار، وإزالة كافة المعوقات والعقبات القانونية والتقنية التي تواجه المستثمرين، والبحث عن كافة معاميل النمو المتوازن، ومنع الممارسات الاحتكارية، مع مراعاة الاتزان المالي العادل، وضبط آليات السوق، وكفالة الأنواع المختلفة للملكية الالكترونية. لذلك دائماً ما يهتم المستثمرون بالقوانين المحلية ويأتي على رأس اهتمامات المستثمرين الدستور الذي ينظم العلاقة القانونية داخل الدول ويضبط تصرفاتها القانونية بقوة التشريعات تأتي من قوة الدستور وقوة صياغته وحمايته للتكنولوجيا ولكافة الحقوق والحريات والاستثمارات.

ودليل على ذلك ما نشهده من تخبط واضح في الكثير من القوانين الاجرائية والنص على مواعيد كثيرة ومختلفة في موضوعات كثيرة والتداخل الواضح بين كثير من القوانين الموضوعية، بل نجد الكثير من النصوص تختلف وتتعارض مع غيرها في قوانين اخرى الامر الذي أدى الى تنازع وتعارض الكثير من النصوص بل والقوانين مثل قانون التحكيم الذي نجد نصوص كثير تختلف وتتعارض مع قانون المرافعات بل ونجد أيضاً انه لم يتم التوفيق والتنسيق بين الكثير من نصوص قانون الاستثمار وقانون الشركات وقانون التحكيم الذي يجب على المشرع مراجعتها للتوافق مع المبادئ الأساسية التي يجب مراعاتها للوصول إلى التحول الرقمي.

الفرع الأول: المبادئ الأساسية لتحديث التشريعات.

يرتكز تطوير البيئة التشريعية على عدة عناصر أهمها الالتزام بالتدرج التشريعي وحسن صياغة التشريعات ووضع اجراءات ونصوص واضحة ودقيقة لا تحتمل أكثر من معنى عند تطبيقها وتنفيذها مع وجود ضمانات واقعية لتطبيقها وتنفيذها واقعيًا والعمل على تقويمها وتطويرها مع ما يتواكب من تكنولوجيا العصر الحديث باستمرار، وضمان وصولها للكافة، إضافة إلى إتاحة الفرصة لكافة مؤسسات المجتمع المدني بالمشاركة الفعلية في مشاريع القوانين واقتراح وتقييم نصوص كافة النصوص القانونية في حوار مفتوح.⁽³⁾

لذلك يجب أن تسعى التشريعات إلى تحقيق التحول الرقمي وتحقيق التنمية وأن يتضمن توفير الضمانات التي تحمي المواطن والمستثمر من القرارات التعسفية وأن يتضمن إجراءات تنظيمية على الوجه التالي:-

(1) د. سعيد النجار: تجديد النظام الاقتصادي والسياسي، الجزء الأول، دار الشروق ط 1، 1997، ص 13

(2) د. محمود حمدي عطية: دور دائرة توحيد المبادئ القانونية، مرجع سابق ص 26

(3) منتدى الرياض الاقتصادي: نحو تنمية اقتصادية مستدامة، مرجع سابق، ص 12 وما بعدها

- مناقشة مشروعات القوانين وكافة التشريعات لدى اعدادها من الجهات ذات الصلة بموضوعها ومن الخبراء في مجال التشريع وعقد جلسات استماع لسماع اراء الخبراء وان تلبى طموحات المواطنين.
- يجب أن يدرك المشرع اهمية اتباع التقنيا الحديثة وحصر وجمع التشريعات المنظمة لموضوع واحد وتطوير احكامها وتبسيط نصوصها واعادة صياغتها وجمعها في تقنين واحد .
- انجاز قاعدة بيانات تشريعية ويجاد اطار تشريعي مركزي للتشريع على المستوى القومي والارتقاء بالمستوى القانوني للمواطنين عبر وسائل تكنولوجية حديثة (1).
- الحد من البيروقراطية وخلق أدوات جديدة لتسوية المنازعات وديا لتوفير بيئة قضائية متطورة .
- التقديم الالكتروني علي كافة الخدمات ودفع كافة الرسوم وتقديم كافة الخدمات الكترونيا .
- تحديد الجداول الزمنية للخدمات الاستثمارية بشكل واضح ودقيق .
- حل المشكلات القانونية الادارية والتجارية وتوفير وسائل التقنية وتنظيمها وتأمينها.
- مراجعة القوانين لتوافق التكنولوجيا وتحميها واصدار قانون حرية تداول المعلومات والبيانات .

الفرع الثاني : الاستقرار المجتمعي واحترام سيادة القانون.

تقع على عاتق الدولة مسؤولية تطبيق وإنفاذ القانون بمساواة وعدالة ونزاهة لضمان الاستقرار المجتمعي، ولكن في ذات الوقت يتحمل كل مواطن مسؤولية ممارسة وترسيخ سيادة القانون في حياته اليومية، وإن مبدأ سيادة القانون جاء ليحقق العدالة والمساواة والشفافية والمساءلة دون استثناء وبالتالي تعزيز الاستقرار المجتمعي، لذا أصبح من الضروري وضع استراتيجية واضحة تعمل على صيانة وتطوير التشريعات ، وتساهم في تعزيز البيئة القضائية الفاعلة والنزيهة، وتهيئة بنية مؤسسية عصرية تليق بالقضاء والمجتمع، وتوفير كوادر خيرة ومتخصصة، وتطوير تشريعات عملية التقاضي عن بعد والاستعانة بالاجهزة والنظم الخبيرة وتوفيرها والارتقاء بها. كما يجب العمل على ترسيخ ثقافة النزاهة في الجهاز القضائي في كافة مراحلها ؛ كما يجب تطوير وتحديث أجهزة الرقابة والتفتيش لكتابة تقارير التفتيش الكترونيا (2).

المطلب الثالث : فاعلية التشريعات في تحقيق التحول الرقمي.

فإذا نظم القانون موضوعا معيناً على نحو ما ، أو حدد أحكاماً خاصة لمعالجة مسألة من المسائل ، فإنه لا يجوز تطبيق أحكام أخرى غير التي حددها القانون ، فلا يجوز الارتجال من السلطة التنفيذية أو غيرها من السلطات بمخالفة النص القانوني ، أو تنفيذ امر غير منصوص عليه في القانون ، والالتزام بأحكام القانون تكون ملزمة لجميع السلطات وأجهزة الدولة المكلفة بتطبيقه . وفي مقدمتها السلطة القضائية (3).

لذلك يجب ان تضمن التشريعات بفضل حسن صياغتها وضبطها وذلك بحسبانها مجموعة من القواعد المجردة التي تتميز بطبيعتها الالزامية متخذة انواع مختلفة من التدابير والجزاءات تندرج في انواعها وجسامتها بقدر اهمية المصالح التي تتكفل

¹ د. سري صيام ، مرجع سابق، ص 157 وما بعدها

(2) عبد الله الثاني ابن الحسين، سيادة القانون أساس الدولة المدنية، الورقة النقاشية السادسة 2018

³ د. سري صيام ، مرجع سابق، ص 17 وما بعدها

بحمايتها وتنوع هذه التدابير ما بين مدنية وجنائية وادارية وينهض التشريع بكفالة كافة الحقوق المترتبة على حماية التكنولوجيا الحديثة وما يترتب عليها من ابتكارات.

وبمعنى اخر فمبدأ سيادة القانون يعنى أن يكون القانون المشرع من قبل السلطة التشريعية ، هو الواجب التطبيق عليها وأن تعتبر أحكام القانون المرجع الأول والأخير للبت في أي خلاف أو موضوع ، وهو مبدأ واجب الاحترام من كافة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية .

الفرع الاول :- ضرورة وضع استراتيجية تشريعية لتحقيق التحول الرقمي.

من المؤكد انه لا تتقدم الدول إلا إذا تم وضع استراتيجية واضحة ولا يكفي ذلك فقط بل يتم وضع الخطة موضع التنفيذ الحقيقي ووضع آليات حقيقية للتنفيذ ، بهدف تحسين جودة حياة المواطنين في الوقت الحاضر والمستقبل، ويجب أن تتضمن الاستراتيجية الأبعاد الأساسية للتحول الرقمي وكافة الأبعاد الاقتصادية والاجتماعية ، ويجب ان يشتمل البُعد الاقتصادي كافة محاور التنمية الاقتصادية ، والابتكار والتعليم الالكتروني والبحث العلمي، وتطوير المؤسسات الحكومية ، وأن يتضمن البُعد الاجتماعي العدالة الاجتماعية ، والتعليم والتدريب ، والثقافة ، كما يشمل كل محور من هذه المحاور رؤية وأهدافا استراتيجية محددة يتم وضعها من قبل علماء وخبراء ومتخصصين وتوضيح البرامج والمشروعات المستهدفة تنفيذها لتحقيق الأهداف الاستراتيجية العامة للتحول الرقمي وحمايته تشريعا .

ودائما ما تهدف الاستراتيجية الى بناء مسيرة تنموية طموحة لوطنٍ مزدهر بسواعد ابنائه، من خلال الاستفادة من المقومات والمزايا التنافسية، وتحقيق النمو الاقتصادي المتوازن من خلال تحقيق النمو في كافة القطاعات التنموية ، النمو الذي يتزامن مع تحقيق أهداف التحول الرقمي وتحقيق العدالة الاجتماعية ، وتمتد آثاره الإيجابية لكافة أطراف المجتمع وفي كافة انحاء الوطن .⁽¹⁾

ودائما ما تصطدم التنمية والتكنولوجيا مع التشريعات الغير ملائمة للتطور التكنولوجي في كافة المجالات وما يحتاج دائما الى توفير وتطوير القوانين واللوائح لتلائم التطور التكنولوجي في كافة مناحي الحياة والتي تحكم وتضبط كافة المجالات والانشطة الاقتصادية والتنموية مع الحرص على وضوحها وتناسقها مع بعضها البعض واصدارها في الوقت الملائم ، ووضع اليات كافية لتنفيذها واشراك العلماء والخبراء والمتخصصين كلا في مجاله مع الجهات المختصة في اعداد مشاريع القوانين، مع اصدار خطة تشريعية تتوافق مع الخطة التنموية للدولة وفق الاليات الاتية :-

- اعداد خطة تنموية من هيئة من خبراء ومتخصصين بالتنسيق مع الجهات الفاعلة وكافة الجهات المعنية.
- تضمين الخطة ما سوف يتم دراسته من مشاريع جديدة وخطط تنموية ووضعها موضع التنفيذ الفعلى .
- رفع مستوى الادارات المحلية في كافة المؤسسات واستخدام التكنولوجيا الحديثة .
- ادخال كافة الوسائل التكنولوجية في كافة المؤسسات وتبسيط وتيسير الاجراءات الادارية والقضاء على ما من شأنه ان يمثل عائق للتنمية او يقف بمثابة حجر عثره في تحقيقها واقعيا.
- توفير الضمانات الكافية للمستثمرين بما يضمن حسن تطبيق وتنفيذ التشريعات.

(1) مقال هاله السعيد ، الرؤية طوح ورغبة وارادة شعب <http://www.ahram.org.eg/NewsQ/611008.aspx>

• التنسيق بين كافة المؤسسات في وضع وتنفيذ الاستراتيجية .⁽¹⁾

الفرع الثاني : دور التشريعات الوطنية في جذب الاستثمارات التكنولوجية .

ذلك أن عمران البلاد ينشأ عن حسن قوانينها ، والعدل في تنفيذها ، وهذا وذاك متعلقان بالحكومة ، فهي التي إذا أرادت عمران البلاد وتقدمها ، جعلت لها قانونا يلائمها ، وأقامت على تنفيذه سلطة لا تأخذها في الحق لومه لائم " .⁽²⁾

وتمثل التشريعات دور بالغ الأهمية في جذب الاستثمارات سواء المحلية او الاجنبية ، التي دائما ما يعكف المستثمرين على دراسات القوانين المحلية ، ويحرص المستثمرين الاجانب دائما على اثبات بنود في عقود الاتفاق تضمن لهم استثماراتهم ، مثل اللجوء للتحكيم الدولي أو غير ذلك من الضمانات .

وتأتي أهمية التشريعات من أهمية القانون في المجتمع ، فلا ينعم أي مجتمع بالسلام والاستقرار ما لم يكن تطبيق القانون والأمن أساسه ، حيث تعمل القوانين على حماية مصالح الأفراد من التعدي عليها مما يمنع وقوع الخلافات والتزاعات ، فيستطيع الأفراد والمنظمات ممارسة أعمالهم بكل ثقة وأمان ، مما يودي الى تطوّر الأعمال في المجتمع وزيادة التنمية وتحققها ، وذلك لأن المجتمع عبارة عن أفراد ، وقد تتعارض مصالحهم معاً فيفصل القانون بين هذه المصالح والرغبات ويوفق بينها ، ويعمل القانون على المحافظة على القيم الاجتماعية وحماية حقوق الملكية الفكرية والإلكترونية ، فعندما يخترق شخص أو جماعة موقعا معينا مملوكا لجهة ما فإنه يحق لهذه الجهة تقديم الشكوى وإيقاع العقوبة بها والقانون هو الوحيد القادر على تنظيم علاقات أفراد المجتمع وضبط سلوك الأفراد في استخدام التكنولوجيا وتوقع جزاء قانوني لكل من تسول له نفسه التعدي على حقوق وحريات الآخرين ، وحماية حقوق الأفراد وملكيته الفكرية وتنظم حق الأفراد في البحث العلمي وتدعم الابتكارات والاكتشافات الحديثة وتحميها تشريعا .

المبحث الثالث : المبادئ الأساسية لمواكبة التكنولوجيا والتحول الرقمي.

بيد أن التعليم هو النواة الأساسية لأي إرادة حقيقية في الحرية والتنمية والتقدم التقني ، وعلى العاملين بالحقل القانوني القيام بدورهم المعهود في تربية النشء عبر المؤتمرات والندوات الثقافية والفكرية والعلمية وأن يسعو جاهدين إلى بث روح العلم والتعلم والفكر والثقافة ومحو الأمية القانونية وأن تتبنى من الرؤى التي من شأنها إصلاح النظام التعليمي بالكامل وفق أسس علمية حديثة وسليمة تتناسب مع التحول الرقمي.

المطلب الاول :- التعليم القانوني والتقني.

التعليم القانوني هو أولى خطوات الإصلاح وبدون تعليم قانوني وفق أسس علمية حديثة ومتقدمة مستخدمة في ذلك كافة وسائل التكنولوجيا الحديثة التي تتناسب التطور التكنولوجي وبدون ذلك سوف يزداد الجهل القانوني والأمية والتطرف .

فالتعليم السلاح الوحيد الذي يحدد قدرتنا على مواجهة تحديات العصر الاقتصادية ، فالتعليم عنصر هام من عناصر الوعي التنموي يساعد على بلورة الوعي التنموي والتقني ، خاصة من خلال التعليم الرقمي والاطلاع على المصادر المتعددة ، الأمر الذي يمكن الطلبة أن يكونوا رأيا خاصا بهم وثقافة علمية وثقافية تساعد في تحقيق التنمية.⁽³⁾ لاسيما أن التعليم كان

(1) منتدى الرياض الاقتصادي : نحو تنمية اقتصادية مستدامة ، مرجع سابق ، ص 24 وما بعدها

(2) د. عزت قرني : العدالة والحرية والحرية في فجر النهضة العربية الحديثة ، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بالكويت ، سلسلة عالم المعرفة ط 2012 ، ص 194

(3) د. ناهد رمزي : قياس الرأي العام في الدول النامية ، 1980 ، ص 30 ، 31 ، د. ناهد رمزي : الرأي العام وسيكولوجيا السياسة مكتبة الأنجلو المصرية القاهرة 1991 ص

ولا يزال من أكثر المهام أهمية، وأعمقها اتصالاً بأمال المواطنين، وطموحاتهم وأوثقها ارتباطاً بمصالح المجتمع ومقياس تقدمها، وعلى الدولة التي تهتم على عناصر التعليم أن توليه جل رعايتها، وأن توفر لدور التعليم والقائمين عليه سبل تقدم ونجاح العملية التعليمية، فالتعليم شريان الحياة الجوهرية التي لا تقوم إلا بالتعليم الجيد.⁽¹⁾

المطلب الثاني:- التدريب على التكنولوجيا الحديثة.

والتدريب هو " مجموعة الاساليب التي تقوم بها المنظمات الادارية لتحقيق فاعليتها من خلال تنمية مهارات وقدرات وسلوكيات الموظف والوظيفة طبقا لسياسات و اوصاف الوظائف التي تتابن وتختلف من مستوى ادارى الى مستوى اخر "⁽²⁾

كما عرف التدريب ايضا بانه النشاط المتزايد والمستمر لتزويد الافراد بالخبرات والقدرات والمهارات والتكنولوجيا والاتجاهات التي تجعلهم صالحين وقادرين لمزاولة اعمالهم على الوجه المطلوب.⁽³⁾

والجميع ويدرك أهمية التدريب في سد فجوة الأداء بما يلبي الاحتياجات التدريبية في المجالات المتعددة ويحقق الاهداف ويعمل على تحقيق التطور والنماء للأفراد والمؤسس ، فالتدريب علم وفن ، فهو علم يدرس ومهارة تكتسب⁽⁴⁾ ويهدف التدريب الى تحقيق عدة أهداف على الوجه التالي :-

- 1- الاعداد والتدريب والتاهيل العلمي والعملية والتطبيقى .
- 2- الارتقاء بالمستوى الفنى والعلمى والعملى لاعوان القضاة والعاملين بالجهات المعاونة للقضاء .
- 3- تدريب القضاة على معرفة التقاضى عن بعد وفروعه المختلفة مثل التحقيق الالكترونى والاستعانة بالنظم الخبيرة فى القضايا وكيفية مباشرة الدعوى القضائية الكترونيا وتسبب الاحكام والقرارات الادارية.
- 4- بث وتعميق احساس القاضى بالقيم والتقاليد القضائية .
- 5- تزويد المتدرب بما يحتاجه فى عمله من معارف ومراجع قانونية وغير قانونية كالتطب الشرعى والادلة المادية وخبرة معرفة التزييف والتزوير فى المستندات والمعينة الفنية لمحل الواقعة .
- 6- تبادل الوثائق والمراجع والمعلومات القضائية والقانونية الكترونيا .⁽⁵⁾

الفرع الاول :- تنمية المهارات القيادات الفاعلة لتحقيق التنمية والتحول الرقى.

ليس بكاف اسناد المناصب القيادية لأفضل العناصر الشبابية فقط بل الاختيار على اساس الجدارة والعلم والثقافة والقدرة على تحمل المسؤولية بل لابد من اطلاعهم وتدريبهم وتمرنهم على احدث النظم والاساليب العلمية الحديثة ومواكبة تكنولوجيا العصر الحديث حتى نصل بهم فى اقصر وقت الى اعلى درجة من درجات العلم والقدرة والكفاية وذلك لإخراج الشباب بالشكل اللائق .

(1) القضية رقم 109 لسنة 27 ق دستورية ، المحكمة الدستورية العليا ، الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول يوليو 2006 حتى آخر يونيو 2009 الجزء الثانى عشر ، المجلد الأول ، ص 510

(2) د/ فرج الله خليل : التنمية القيادية فى الشرطة ، رسالة دكتوراه فى علوم الشرطة ، اكااديمية الشرطة ص 191

(3) من دراسات المجلس القومى للخدمات والتنمية الاجتماعية ، شعبة التنمية الادارية والقوى العاملة ، مجلة العلوم الادارية السن التاسعة والثلاثون ، العدد الاول ، يونيه 2001 ، ص 163

(4) <https://sst5.com/prgdetail/411/19>

(5) المستشار محمود الخضرى : تشريعات السلطة القضائية فى دولة الامارات العربية ، مرجع سابق ، ص 76

وتهدف القيادة الشبابية الفاعلة الى تحقيق المهام الراهنة والمستقبلية وتنفيذها ، فإن ما تحتاجه من مهارات "مرتبط بالمهام المفيدة"، والبدء في التخطيط للتحويل الرقمي ، وتوظيف الوقت، ووضع الأولويات والتخطيط للحاضر والمستقبل.⁽¹⁾

الفرع الثاني :- إتاحة ونشر كافة المعلومات القانونية الكترونيا :

نشر الكتب والمجلات المهتمة بنشر التشريعات الحديثة ، وأعمالها التحضيرية ، وآراء الفقه ، وأحكام القضاء ، فالتكوين المهني للقاضي يحتاج إلى هذه الوسائل لتنمية أفاقه القانونية ، لذلك يجب أن تكون هناك آلية معينة لتجميع الأحكام والآراء التي تصدر عن المحاكم في كافة جهات القضاء الدستوري والعادي والإداري ، وطريقة مناسبة لانتقاء الأحكام الهامة والمتميزة الصادرة عن المحاكم الأخرى .

وكذا نشر وسائل المعلومات الحديثة ، فتتمثل بإنشاء شبكة معلومات إلكترونية متكاملة تربط جميع المحاكم بعضها ببعض ، وكذا إنشاء موقع على شبكة المعلومات تنشر فيه جميع الأحكام الصادرة عن محكمة النقض ، والمحكمة الإدارية العليا ، وأهم الأبحاث الفقهية المنشورة في كل مجال من مجالات القانون وكافة المجالات المتداخلة مع المجالات القانونية كالطب الشرعي وابحاث التزييف والتزوير وغير ذلك من اتاحة برامج حديثة والاستعانة بالنظم الخبيرة في المجال القضائي .⁽²⁾

النتائج والتوصيات :

إصلاح التعليم ومواكبة أحدث ما توصلت إليه التكنولوجيا في نشر الثقافة وكافة علوم المعرفة . من أهم مداخل الإصلاح التقني والثقافي والتعليمي هو الإصلاح التعليمي ، وما تلعبه المؤسسة التعليمية في الثقافة والتنمية والبحث العلمي ، ومن ثم فلا يمكن أن نتصور أن يكون هناك نظاما تعليميا تنموي تقني مواكب للتحويل الرقمي في ظل نظام سياسي استبدادي والعكس صحيح .

ولذلك يجب تغيير استراتيجية التعليم والإعلام لبحث ثقافة تربوية تعليمية على أسس سليمة وترسيخ الديمقراطية والقيم والمبادئ والأخلاق في كافة المعاملات وتعليم النشء عليها منذ نعومة أظافرهم.⁽³⁾

فالتعليم بلا شك عنصر هام من عناصر الوعي الاجتماعي والسياسي ، ولكن ليس معنى ذلك أنه كلما ارتفع المستوى التعليمي للإفراد ارتفع معه الوعي ، خاصة من خلال التعليم والقراءة والاطلاع على المصادر المتعددة، الأمر الذي يمكن الطلبة أن يكونوا رأيا خاصا بهم ويكون واعيا بحقوقهم وواجباتهم.⁽⁴⁾

تدريب القضاء ، ذلك أن السلطة القضائية هي المسؤولة عن تحقيق وتطبيق الامن القانوني وإستكمال ما لم تحققه السلطة التشريعية، ولن يتأتى هذا إلا بقضاة نزيه مستقل مدرب يعمل على ترميم النصوص، وذلك عن طريق قضاة ذو خبرة وثقافة قانونية وفهم للقانون مدرب علما وعملا بشكل جيد.

(1) القيادة الإدارية الفعالة: سلسلة الإدارة العملية بحث في المنتدى العربي لإدارة الموارد البشرية بعنوان " تضمين أهداف التنمية المستدامة في البرامج التدريبية لمعهد الإدارة العامة بتاريخ 11-11-2017 رابط <http://bit.ly/2i3XltzK> :

(2) مجلة الحقوق ، العدد الرابع ، السنة التاسعة والثلاثون ، ربيع الأول 1437هـ - ديسمبر 2015 م ص 454

(3) د. هشام الحديدي : الإرهاب، بذوره وبشوره زمانة ومكانه وشخصه ، الهيئة المصرية للكتاب، 2015، ص 393

(4) د. ناهد رمزي : الرأي العام وسيكولوجيا ، مرجع سابق ص 127

يعد القضاء وكفاءته جزء اساسى من فكرة الأمن القانونى ، فاذا كانت السلطة التشريعية هي المسئولة عن إرساء الأمن القانونى وإستكمال ما لم تحققه السلطة التشريعية ، ولن يتأتى هذا إلا بقضاة نزيه مستقل مدرب يعمل على ترميم النصوص مما اعترأها من عيوب ، وذلك عن طريق قضاة ذو خبرة وثقافة قانونية وفهم للقانون والواقع بشكل جيد.

وكذلك يجب تسهيل وصول رجال القانون والقضاء والكافة إلى ما يحتاجونه من اسطونات مدمجة وبرامج الكترونية وكذا كافة المراجع والكتب والموسوعات والتشريعات والاحكام القضائية والأراء القضائية والفقهية بسهولة ويسر ، وكذلك كافة المجالات القانونية المتخصصة ، سواء التى تصدر عن وزارة العدل أو نقابة المحامين أو مجلس الدولة أو كليات الحقوق او من كافة المركز القانونية المتخصص

يجب ان تواكب السياسة الاجتماعية التحول يان تساهم في ضمان نظام اجتماعي عادلا ، وبذلك تصبح المناقشة حول إصلاح الدولة اقتصاديا واجتماعيا ليست مجرد مسألة تجديد وتحديث ، بل إنها إعادة ترتيب للعدالة الاجتماعية ، ولذلك ينبغي اتباع سياسة إصلاحية في كافة المجالات وكافة العلوم وادخال التدريب التقنى المستمر كمنهج علمي يستفيد منه الكافة .

ويعتبر الاعداد التكنولوجى لشباب القضاة وتكوين الشخصية القضائية الواعية برسالتها واكساب القاضى القدرة على اتخاذ القرار العادل فيما يعرض عليه من وقائع وما يكفل تحقيق تلك الاهداف باساليب متعددة من بينها المؤتمرات والمحاضرات والدراسة التطبيقية والتدريب العملى مع تزويد القضاة بمجموعات متنوعة من المعارف والمجموعات القانونية الورقية والالكترونية وكيفية الاستعانة بالانظمة الخبيرة⁽¹⁾.

اعتماد الدولة للتوقيعات والشهادات والمحركات الالكترونية ذالحجية المقررة للتوقيعات والمحركات الرسمية والعرفية في قانون الاثبات .

(1) المستشار محمود الخضيرى : تشريعات السلطة القضائية في دولة الامارات العربية ، مرجع سابق ، ص 5

قائمة المراجع

أولاً:- المراجع العامة

- د. احمد بركات مصطفى: أحكام عقد نقل التكنولوجيا ، طبعة 2012 دراسة في القواعد الدولية وقانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999
- المستشار الدكتور / فتحي محمد انور عزت : الحماية الجنائية الموضوعية والاجرائية ، ط الاولى ، 2018 ، دار النهضة العربية
- المستشار محمود الخضيري : تشريعات السلطة القضائية في دولة الامارات العربية ، دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ، دار النهضة العربية ، 1996
- المستشار محمود الوضعية ، دار النهضة العربية ، 1996
- د. ثناء فؤاد عبد الله : آليات التغيير الديمقراطي في الوطن العربي ، مركز دراسات الوحدة العربية ، ط 97
- حسام بدرأوى ، محسن يوسف : الشفافية ومحاربة الفساد في قطاع التعليم المصري ، تقديم إسماعيل سراج الدين ، مكتبة الإسكندرية ، 2010
- د. سعيد النجار : تجديد النظام الاقتصادي والسياسي ، الجزء الاول ، دار الشروق ط اولى ، 1997
- د. سري صيام : صناعة التشريع ، الكتاب الاول ، الهيئة المصرية للكتاب ، 2017
- د. عاطف وليم اندراوس : الفجوة الرقمية ودور الحكومة في معالجتها ، دار الفكر الجامعي
- د. عزت قرني : العدالة والحرية والحرية في فجر النهضة العربية الحديثة ، المجلس الوطني للثقافة والفنون والاداب بالكويت ، سلسلة عالم المعرفة ط 2012
- د. عصمت عبد الله الشيخ : دور نظم وتكنولوجيا المعلومات في تيسير وفاعلية العمل الاداري ، دار النهضة العربية ، ط 1998
- د. محمد السيد سعيد : الانتقال الديمقراطي المحتجز في مصر ، الهيئة المصرية العامة للكتاب مكتبة الأسرة ، 2016
- د. محمود حمدي عباس عطية : دور دائرة توحيد المبادئ القانونية بمجلس الدولة في كفالة الامن القضائي ، الطبعة الاولى ، ط 2013
- د. مصطفى كامل السيد وآخرون : الإصلاح المؤسسي والتنمية في مصر ، شركات التنمية للبحوث والاستشارات 2007
- د. ناهد رمزي : الرأي العام وسيكولوجيا السياسة مكتبة الأنجلو المصرية القاهرة 1991
- د. هشام الحديدي : الإرهاب ، بذوره وبثوره زمانة ومكانه وشخصه ، الهيئة المصرية للكتاب ، 2015
- ثانياً:- رسائل علمية
- د. احمد حسني الخولي: اثر ادخال الوسائل التكنولوجية الحديثة في دعم واتخاذ القرارات الادارية ، رسالة دكتوراه ، 2019 جامعة اسيوط
- د/ فرج الله خليل : التنمية القيادية في الشرطة ، رسالة دكتوراه في علوم الشرطة ، اكااديمية الشرطة
- ثالثاً:- مقالات وتقارير ومواقع الكترونية
- تقرير الأمين العام: سيادة القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات الصراع ومجتمعات ما بعد الصراع (S/2004/616)
- [/https://sst5.com/prgdetail/411/19](https://sst5.com/prgdetail/411/19)

تقرير الأمين العام: سيادة القانون وحقوق الانسان والعدالة في مجتمعات الصراع (الفقرة 27.(A/59/2005))
 عبد الله الثاني ابن الحسين، سيادة القانون أساس الدولة المدنية، الورقة النقاشية السادسة 2018
 مقال هاله السعيد ، الرؤية طوح ورغبة و ارادة شعب ، <http://www.ahram.org.eg/NewsQ/611008.aspx> ،
 المحكمة الدستورية العليا ، الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول يوليو 2006 حتى آخر يونيو 2009 الجزء الثاني عشر ،
 المجلد الأول
 القيادة الإدارية الفعّالة: سلسلة الإدارة العملية بحث في المنتدى العربي لإدارة الموارد البشرية بعنوان " تضمين أهداف
 التنمية المستدامة في البرامج التدريبية لمعهد الإدارة العامة بتاريخ 11-11-2017 رابط <http://bit.ly/2i3Xlzk> :
 مجلة الحقوق ، العدد الرابع ، السنة التاسعة والثلاثون ، ربيع الأول 1437هـ - ديسمبر 2015 م
 من دراسات المجلس القومي للخدمات والتنمية الاجتماعية ، شعبة التنمية الادارية والقوى العاملة ، مجلة العلوم الادارية
 السن التاسعة والثلاثون ، العدد الاول ، يونيه 2001
 منتدى الرياض الاقتصادي : نحو تنمية اقتصادية مستدامة
 تقرير الأمين العام: سيادة القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات الصراع ومجتمعات ما بعد الصراع (S/2004/616)
[/https://sst5.com/prgdetail/411/19](https://sst5.com/prgdetail/411/19)
 تقرير الأمين العام: سيادة القانون وحقوق الانسان والعدالة في مجتمعات الصراع (الفقرة 27.(A/59/2005))
 تقرير التنمية البشرية لعام 1990 و 1994 الصادر عن البرنامج الإنمائي للأمم المتحدة.
 محمود أبو لبن، دراسة بعنوان (السلام في العالم والشرق الأوسط) دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني :
www.mepeace.org معهد راول ويلنبرغ لحقوق الانسان والقانون الإنساني، سيادة القانون دليل للسياسيين، 2012،
 مفهوم التنمية المستدامة، وتنمية الموارد البشرية، دراسة نشرت في الموقع الإلكتروني: موقع سيو بالعربي www.se-ar-het :
 ميثم الجنابي، فلسفة الاعتدال السياسي الأمثل في العراق المعاصر، مقالة في الحوار المتمدن (العدد 1244)
 الدكتور غازي العودات، سيادة القانون والتنمية الاقتصادية، دراسة قانونية واقتصادية، نشرت في الموقع الإلكتروني :
www.ammonnews.net .

الحماية الدولية للنساء المدنيات في المناطق المحررة في القانون الدولي الإنساني

International protection for civilian women in the liberated areas In international humanitarian law

المدرس المساعد: عمر عباس خضير العبيدي- وزارة التربية العراقية/ العراق

Assistant teacher: Omar Abbas Khudair Al-Obaidi- Iraqi Ministry of Education / Iraq

Omarabbas93.aa@gmail.com

الملخص :

يمنح القانون الدولي الإنساني للنساء المدنيات حماية مزدوجة، إذ يستفدن من الحماية العامة الممنوحة للأشخاص الذين لا يشاركون في الأعمال الحربية، وحماية خاصة تهدف الى توفير حماية إضافية لهم نظراً لإحتياجاتهم الطبية والفسولوجية المرتبطة غالباً بدورهم في الإنجاب والإعتبارات الخصوصية، فبفضل هذا القانون وحده يمكن حماية مصير النساء المدنيات وحماية حرياتهم عند إندلاع النزاعات المسلحة، والمحافظة عليهم وعلى أسرهم من التفكك، والعمل على إيجاد مكان آمن ملائم للعيش بعيداً عن النزاعات المسلحة.

وبالإضافة إلى ذلك، يجب أن تحظى النساء "بحماية خاصة" من العنف الجنسي. وهذا العنف الجنسي يشمل الاغتصاب والدعارة القسرية، وأي شكل آخر من أشكال الاعتداء غير اللائق، وهي كلها أفعال تشكل جرائم حرب. كما يحظر القانون الدولي الإنساني تهديد النساء بالعنف الجنسي. والنساء المسجونات يجب حبسهن بمعزل عن الرجال لتفادي الاعتداء الجنسي.

وبعد النزاع المسلح تلعب النساء أحياناً دوراً رئيسياً في إعادة بناء المجتمعات المحلية. وفي المناطق الريفية، غالباً ما يكنّ من المستفيدين الرئيسيين من توفير البذور والأدوات والمأشية للنهوض بالأمن الاقتصادي في أعقاب النزاع. والنساء يلعبن أيضاً دوراً محورياً في عمل اللجنة الدولية وغيرها من الجهات في التوعية بالألغام الأرضية ومنع الإصابات الناجمة عن انفجارها، وهي الألغام التي ما زالت تتسبب في الإصابات والموت للأطفال بعد نهاية الأعمال العدائية. الكلمات المفتاحية: النساء، الحماية الدولية، المناطق الآمنة، المناطق المحيدة، الأعمال العدائية، الأسرة، العدو.

Abstract:

International humanitarian law grants civil women dual protection, benefiting from the general protection afforded to persons not taking part in hostilities, and special protection aimed at providing them with additional protection in view of their medical and physiological needs, often associated with their role in procreation and privacy considerations. Civil women and protect their

freedoms in the event of armed conflict, and preserve them and their families from disintegration, and work to find a safe place suitable for living away from armed conflicts.

In addition, women must be "specially protected" from sexual violence. This sexual violence includes rape, enforced prostitution, and any other form of indecent assault, all of which constitute war crimes. International humanitarian law also prohibits threatening women with sexual violence. Women prisoners should be kept separate from men to avoid sexual assault.

After armed conflict, women sometimes play a key role in rebuilding communities. In rural areas, they are often the main beneficiaries of the provision of seeds, tools and livestock to improve economic security in the aftermath of conflict. Women also play a pivotal role in the work of the ICRC and others in raising awareness and preventing injuries from landmines, mines that continue to cause injury and death to children after the end of hostilities.

Keywords: women, international protection, safe areas, neutral areas, hostilities, family, enemy.

مقدمة:

إن السعي إلى حماية النساء ليس مجرد أخلاقي بل أنه تعبيراً عن واقع بشري أصيل هو الحفاظ على النوع الاجتماعي من الإندثار فيما لو أطلق العنان للعنف ليشمل المجتمع، ولعل ذلك التفسير يتفق مع حقيقة تاريخية مفادها ذلك الاتفاق العام حول أن الأحق بالحماية في الإنقاذ في حالات الكوارث أو النزاعات المسلحة هم النساء والأطفال، لأن النساء أمهات الأطفال ومستودع الأجنة، والأطفال هم جيل المستقبل الذي يحافظ على بقاء الأمة والمجتمع، أي أنهم حملة لواء إستمرار بقاء النوع الاجتماعي، والحفاظ عليهم من النزاعات المسلحة الى المناطق الأمنة أو المحررة.

مشكلة الدراسة:

تبرز لنا إشكالية البحث حول عدم وجود نص قانوني أو إتفاقية دولية خاصة بحماية النساء المدنيات في المناطق المحررة، فهناك نصوص قانونية عديدة سواء في إتفاقيات جنيف الأربعة أو البروتوكولين الإضافيين لها تنطبق على الرجال والنساء فلهم نفس المعاملة سواء كانوا مدنيين أو مقاتلين.

أهداف الدراسة: تقوم الدراسة هنا على هدفين، وهما ما يأتي:

- 1- تسليط الضوء على مفهوم الحماية الدولية للنساء المدنيات في المناطق المحررة.
- 2- الوقوف على المحاولات والتدابير الدولية العالمية والإقليمية، والتي تتبعها المجتمع الدولي الحفاظ على وحدة الأسرة والهوية الرامية الى إعادة الروابط العائلية.

أهمية الدراسة:

تتمثل أهمية البحث من خلال زيادة الوعي بحقوق النساء المدنيات ومحاولة تجنبها ويلات الحرب والتشدد على توفير قواعد قانونية تضمن عدم تعرض النساء المدنيات والمقاتلات لإنتهاكات جسيمة أثناء النزاعات المسلحة، حيث يعد موضوع النساء المدنيات من الموضوعات التي أولاهها القانون الدولي إهتمامه، وذلك لتعرض النساء المدنيات لأقصى أنواع المعاملة أثناء النزاعات المسلحة الدولية منها وغير الدولية.

خطة الدراسة:

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للبحث

المبحث الثاني: حماية النساء المدنيات من آثار الأعمال العدائية

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للبحث

في السابق كان توجه القانون الدولي يهدف الى حماية فئة من المقاتلين أي المحاربين ويفرض على الأطراف المتنازعة مجموعة التزامات تجاه المقاتلين، ولم يتم الإلتفات لحماية المدنيين وتنظيمها بموجب قواعد دولية حتى بموجب إتفاقية جنيف الأولى لعام 1949، وعلى الرغم من أن المدنيين هم الفئة الأكثر تعرضاً لخطر النزاعات المسلحة وتضرراً من نيران الحروب والأسلحة التي لا تعرف التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين أو بين الأهداف العسكرية والأهداف المدنية، وهذا الأمر الذي حدا بالمجتمع الدولي الى ضرورة وضع قواعد ثانوية تحمي الأفراد المدنيين وتوفر لهم الحماية بموجب قواعد القانون الدولي الإنساني، خصوصاً بعد ما شهده العالم من ويلات الحرب العالمية الثانية والآثار المدمرة لها، ولم يكن هناك أي نص قانوني يكفل لهم الحماية باستثناء المادة (65) من لائحة لاهاي التي تنظم العلاقة بين المحتل وسكان الأراضي المحتلة، الى أن تكللت الجهود الدولية بإقرار إتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 والمتعلقة بحماية المدنيين في زمن النزاعات المسلحة، حيث تفرض إتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 على الأطراف المتنازعة التمييز بين المدنيين والمقاتلين وبموجب هذه

الإتفاقية فان السكان المدنيون ومتهم النساء المدنيات المشمولون بالحماية يجب أن يكونوا بعيدين عن الأخطار الناجمة عن العمليات العسكرية الدفاعية أو الهجومية من الخصم في مواجهة الطرف الآخر⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس سنين مفهوم الحماية الدولية وبيان أهم شروطها ومقوماتها، والمقصود بالنساء المدنيات والمناطق الآمنة من خلال تقسيم هذا المبحث على مطلبين، وهما ما يأتي:

المطلب الأول: مفهوم الحماية الدولية

المطلب الثاني: المقصود بالنساء المدنيات والمناطق المحررة

المطلب الأول: مفهوم الحماية الدولية

تعتبر الحماية الدولية من المواضيع التي لا تقل أهمية عن غيرها من مواضيع القانون الدولي، ولا تقتصر عن غيرها في إثارة الخلافات الفقهية والقانونية، وذلك للوقوف على حقيقة هذا المصطلح، فالحماية الدولية تمثل في بعض الأحيان فعل من المجتمع الدولي لتجنب إنتهاك حقوق الإنسان، وفي الأغلب ردة فعل على إنتهاك هذه الحقوق، وعلى ما تقدم يعد من الأهمية بمكان توضيح المراد بالحماية الدولية، والتعريف بها وشروطها ومقوماتها.

وسنقسم دراسة هذا المطلب على فرعين، وهما ما يأتي:

الفرع الأول: تعريف بالحماية الدولية

الفرع الثاني: شروط الحماية الدولية ونطاقها

الفرع الأول: تعريف الحماية الدولية

للقوف على الحماية الدولية لا بد أولاً من إستعراض المعنى اللغوي والمعنى الإصطلاحي ثم نبين بعض التعريفات

الدولية:

أولاً: الحماية الدولية لغةً:

تأتي كلمة الحماية من (حَـى) أي: منعه ودفع عنه، وجاء في أحد مصادر اللغة (حى الشيء حَمِيًا وحمايةً ومحمية منعه ودفع عنه)⁽²⁾، ويقال أيضاً (حميت القوم حمايةً، أي نصرتهم وذَبَبْتُ عنهم)⁽³⁾، ويقال في هذا الشيء أيضاً حى أي

(1) د. محمد ناظم داود، نعم لقمان الحيالي: آليات حماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة الدولية، بحث منشور في مجلة مركز الدراسات الإقليمية، ع 38، العراق 2018، ص 247.

(2) محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي: لسان العرب، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 198.

(3) ابن القطاع: كتاب الأفعال، عالم الكتب، بيروت، 1982، ص 243.

محظور لا يقرب، أي توقوه واجتنبوه⁽¹⁾، إما لفظ (الدولية) فمأخوذة من: دال، يدول دولاً، ودولة فهو دائل، أي دال الأمر إنتقل من حال الى حال، ويقال دالت الأيام أي دارت، ودالت دولة الإستبداد، أي زالت، ودال الشيء جعله مداولة، أي تارة لهؤلاء وتارة لهؤلاء، ودولة مفرد جمعها دولات، واليوم الدولية: أي إقليم يتمتع بنظام حكومي وإستقلال سياسي، دولية: هي إسم منسوب الى دول، ودولية إسم مؤنث منسوب الى دول⁽²⁾.

ثانياً: الحماية الدولية اصطلاحاً:

تعمل الحماية الدولية الى ضمان الإحترام الكامل والمتساوي لحقوق جميع الأفراد، وذلك بصرف النظر عن العمر أو الجنس أو النوع أو العرق أو الخلفية الإجتماعية أو الدينية أو غيرها من الخلفيات، ويتطلب ذلك فهما مشتركاً للحماية والوسائل التي تحققت بها، وتعرف الحماية الدولية بأنها: جميع الأنشطة التي تعمل على ضمان الإحترام الكامل لحقوق الأفراد وفقاً للقوانين الدولية ومنها القانون الدولي الإنساني⁽³⁾.

إختلف فقهاء القانون الدولي في تعريف الحماية الدولية، حيث إستخدمت اللجنة الدولية للصليب الأحمر مصطلح الحماية للدلالة على إن الإجراءات المتخذة لحماية فئات معينة من الأشخاص والممتلكات من أي هجوم وغير ذلك من الأعمال الضارة، ويشمل مفهوم الحماية كل الأنشطة الرامية للحصول على الإحترام التام لحقوق الفرد وفقاً للقانون⁽⁴⁾.

ويذهب بعض الفقه الى تعريف الحماية الدولية والقانونية بأنها: قاعدة قانونية أساسية نابعة عن تصميم المجتمع الدولي على منح ضحايا النزاعات المسلحة عدداً من الضمانات، وحمايتهم من الإعتداءات أو سوء المعاملة أو الخطر، والعمل على تلبية حاجته الى الأمان والدفاع عنه في زمن الحرب⁽⁵⁾.

حيث يتبين لنا أن تعريف الحماية الدولية أنها: مجموعة من القواعد والأسس الدولية والرقابية، والتي ترمي الى ضمان وحماية النساء المدنيات في زمن النزاعات المسلحة، وكما هو محدد في الصكوك القانونية الدولية ذات الصلة،

(1) د. إبراهيم أحمد السامرائي: الحماية الدولية لحقوق الانسان في ظل الأمم المتحدة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون جامعة بغداد، 1997، ص 36.

(2) د. أحمد مختار عمر: معجم اللغة العربية المعاصرة، ط 1، عالم الكتب، بيروت، 2008، ص 789.

(3) غالب خلف حمد الجبوري: الحماية الدولية للنازحين أثناء الصراعات الداخلية المسلحة رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة تكريت، 2016، ص 17.

(4) منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر: إعادة الروابط العائلية دليل جمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر الوطنية، جنيف، 2000، ص 141.

(5) د. عمر سعدالله: تطور تدوين القانون الدولي الإنساني، ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1997، ص 190.

والحد من الإنتهاكات والظروف السيئة التي تمر بها، وهو بديل مؤقت للحماية الوطنية إذا عجزت الأخيرة في توفير الحماية المطلوبة.

الفرع الثاني: شروط الحماية الدولية ونطاقها

تتقرر الحماية الدولية للمدنيين في القانون الدولي الإنساني بتوافر جملة من الشروط ومن بينها شروط عامة تتمثل في عدم المشاركة في الأعمال العدائية، أي أن الحماية ضد الهجمات في زمن النزاعات المسلحة لا تمنح إلا لمن يمتنع عن الإتيان بأي عمل عدائي ضد المدنيين، وشروط خاصة مختلفة تتعلق بالحماية المقررة بنصوص قانونية وإتفاقيات مباشرة وغير مباشرة في زمن النزاعات المسلحة كما هو الشأن لمؤتمر القاهرة عام 2006 لحماية المدنيين، وكذلك إتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 لحماية المدنيين في زمن النزاعات المسلحة⁽¹⁾.

أما من حيث نطاق الحماية الدولية حيث ينطبق أثناء قيام حالات الحرب والنزاع المسلح سواء كان ذا طابع دولي أم غير دولي وأثناء حالات الإحتلال⁽²⁾، وستتناول ذلك بإيجاز.

حالة الحرب:

هي نزاع مسلح يتم بين طرفين محددين بمقتضى قواعد القانون الدولي الإنساني، حيث يسعى كل كمنها الى حفظ وصيانة حقوقه ومصالحه في مواجهة الطرف الآخر⁽³⁾

حالة النزاع المسلح:

وسنقسم هذه الحالة على نوعين هما كالآتي⁽⁴⁾:

- 1- حالة النزاع المسلح الدولي: يعتبر بموجب الفقه القانوني التقليدي هو النزاع الذي تكون أطرافه دولاً فقط.
- 2- حالة النزاع المسلح غير الدولي: هو النزاع الذي يدور بين دولة ومواطنيها، وغالبا ما يكون بشكل حركة تمرد أو عصيان أو انفصال أو إنشقاق أو إثارة حرب أهلية تدور في إقليم دولة واحدة.

حالة الإحتلال:

(1) د. عمر سعدالله: القانون الدولي الإنساني، ديوان مطبوعات الجامعية، 2008، ص 11.

(2) د. بدرية عبد الله العويضي: الحماية الدولية للأعيان المدنية وحرب الخليج، مقال منشور في مجلة الحقوق، ع 4، الكويت، 1994، ص 53.

(3) د. علي صادق أبو هيف: القانون الدولي العام، ج 1، ط 12، منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة نشر، ص 779.

(4) د. أحمد سي علي: حماية الأعيان المدنية في القانون الدولي الإنساني، ط 1، دار الكتب الأكاديمية، الدار البيضاء، الجزائر، 2011، ص 40.

وهي إحدى مراحل الحرب التي تلي الغزو مباشرة إذ تتمكن فيها قوات الدولة المحاربة من دخول إقليم العدو ووضعه تحت سيطرتها الفعلية، ويسود الهدوء بعد توقف القتال⁽¹⁾.

حيث نرى من جانبنا إن كل ما تقدم تسري أحكام القانون الدولي الإنساني والمتعلقة بالحماية الدولية ذات الطابع الإنساني في زمن النزاعات المسلحة سواء كانت دولية أو غير دولية فضلاً عن حالة الحرب.

المطلب الثاني: المقصود بالنساء المدنيين والمناطق الآمنة

إن العديد من الإتفاقيات الدولية والبروتوكولات المتعلقة بالنزاعات المسلحة أشارت إلى مصطلح المدنيين، إلا أنها لم تضع مصطلح خاص بالنساء المدنيين، ولم تضع تعريفاً واضحاً ودقيقاً لفئة المدنيين، فمسألة تحديد المدنيين هي مسألة نسبية لعدم وجود معيار وضابط دقيق يمكن الإتفاق عليه في تحديد هذه الفئة، لذا فقد اختلف تحديد المدنيين باختلاف الحقب، وعليه سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب

على فرعين، هما ما يأتي:

الفرع الأول: المقصود بالنساء المدنيين

الفرع الثاني: تعريف المناطق الآمنة وتمييزها عن المناطق المحيطة

الفرع الأول: المقصود بالنساء المدنيين

إن عبارة النساء المدنيين باعتبارها مركبة من مصطلحين مهمين في القانون الدولي الإنساني تتوقف على كل مصطلح منها إنطباق العديد من أحكامه، فإنه من أجل الوقوف على مفهوم هذه العبارة يجب أن نتطرق إلى كل مصطلح على حدة، وهي كالآتي:

أولاً: تعريف الشخص المدني من الناحية القانونية:

فأنه كل شخص لا ينتمي إلى مجموعة أو فئة من المقاتلين بالمعنى الوارد في المادة (4) من إتفاقية جنيف الثالثة لعام 1949 والمادة (43) من البروتوكول الإضافي لعام 1977، وانطلاقاً من هذا التعريف فإن المدنيين يشمل جميع السكان المدنيين الذين لا يمكن تجريدهم من هذه الصفة بسبب وجود أشخاص بينهم لا يسري عليهم تعريف المدنيين⁽²⁾.

ثانياً: تعريف النساء:

(1) حسن محمد صالح الحديدي: الحماية الدولية للبيئة في زمن النزاعات المسلحة، إطروحة دكتوراه، كلية القانون جامعة تكريت، 2014، ص 9.

(2) عمار جبالة: الحماية الخاصة للنساء المدنيين في القانون الدولي الإنساني، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات، ع 23، السنة 14، الجزائر، 2017، ص 186.

فهي كل أنثى لا تعتبر طفلاً، والتي بلغت سنّاً معيناً لا يجوز وصفها بطفلة، حيث إن القانون الدولي الإنساني لم يضع معياراً للتمييز بين النساء والفتيات، وهو يطرح إشكالية⁽¹⁾، وعليه يمكننا تعريف النساء المدنيات بأهن: كل الإناث البالغات سنّاً معيناً، ولا يجوز معه وصف الطفولة، ومع عدم المشاركة في القتال.

حيث تتمثل الحماية الخاصة للنساء المدنيات أثناء النزاعات المسلحة جملة من التدابير تعمل الأطراف المتنازعة على القيام بها من أجل توفير الحماية للنساء أولات الأحمال وأمّهات صغار الأطفال على وجه الخصوص وهي كالآتي⁽²⁾:

1. إنشاء مناطق الإستشفاء والأمان بموجب المادة (14) من إتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 بتلقي العناية في هذه المناطق والإعتراف بها كمناطق آمنة محررة.

2. الإجلاء من المناطق الخطرة والمحصرة حيث تضمنت المادتان (16 و17) من الإتفاقية الرابعة للعمل على إجلاء النساء المدنيات من غير المقاتلات الى المناطق المحررة⁽³⁾ والأمنة.

الفرع الثاني: تعريف المناطق الأمنة وتمييزها عن المناطق المحيدة

أولاً: تعريف المناطق الأمنة:

هي مناطق لا يدور فيها قتال، تنشأ قبل أو بعد نشوب الأعمال العدائية بإرادة الأطراف المتحاربة، أو بمساعدة الدولة الحامية واللجنة الدولية للصليب الأحمر، وتنظم بكيفية معينة تحمي المدنيين المحتاجين بصفة خاصة للحماية، كالمريض والجرحى والأطفال والمسنين والنساء الحوامل⁽⁴⁾.

ثانياً: تمييز المناطق الأمنة عن المناطق المحيدة:

لغرض تمييزها لا بد من تعريف المناطق المحيدة وتمييزها:

(1) زكريا حسين عزمي: من نظرية الحرب الى نظرية النزاع المسلح، إطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، بلا تاريخ، ص372.

(2) عمار جبالة: المصدر السابق، ص187-188.

(3) هي تلك المناطق التي تم السيطرة عليها من قبل قوات الأمنية الشرعية بعد ما كانت هذه المناطق بيد العدو لفترة زمنية غير محددة، ويقصد بالعدو (عدو خارجي، مجاميع إرهابية، متمردين خارجين عن القانون)، وتبدو إدارة هذه المناطق المحررة سهلة نوعاً ما واعتيادية ولا تحتاج سوى دعم وتعزير القطعات العسكرية فيها ورفع الأعلام الوطنية وإعادة النازحين وإعادة البنى التحتية لهذه المناطق وإعادة الأعمار. ظافر الجبوري: إدارة المناطق المحررة، ج1، دراسة منشورة على شبكة الإنترنت عبر الرابط الآتي:

<http://burathaneews.com/arabic/studies/287819>، (آخر زيارة للموقع 2021/10/24، 10:32م).

(4) المادة (14) من إتفاقية جنيف الرابعة عام 1949.

1. تعريف المناطق المحيطة: هي المناطق التي لا يدور فيها قتال، تنشأ بإدارة الأطراف المتحاربة بناء على إقتراح أحد الأطراف على الآخر، إما بصورة مباشرة أو الإقتراح عن طريق دولة محايدة أو هيئة إنسانية، لحماية الجرحى والمرضى من المقاتلين وغير المقاتلين، وحماية المدنيين بصورة عامة دون أي تمييز بينهم⁽¹⁾.
2. تمييزها: كثيراً ما تقترب المناطق الآمنة من المناطق المحيطة، وذلك لأن الهدف لكل منها هو حماية ضحايا النزاعات المسلحة، حيث تختلف المناطق الآمنة (المناطق المحمية بموجب القانون الدولي الإنساني) عن المناطق الآمنة التي تنشأ من قبل مجلس الأمن، إذ أنه في الأخير ينسحب الطرف الذي يحاصرها الى مسافة آمنة ويتوقف عن كل أنواع الهجوم طالما بقيت القوات المسلحة في تلك المناطق، ويسمح مجلس الأمن في هذه المناطق لقوات الأمم المتحدة والقوات الأمنية في استخدام القوات للدفاع عن تلك المناطق، ومن الأمثلة على ذلك هي من المناطق التي إنشأها مجلس الأمن لحماية السكان المدنيين في يوغسلافيا السابقة، في حين إن الأولى يتم فيها إجلاء كل العسكريين وتتوقف فيها كل الأنشطة العسكرية ولا يجوز الدفاع عنها بوسائل عسكرية بأي حالة⁽²⁾.

المبحث الثاني: حماية النساء المدنيات من آثار الأعمال العدائية

إن إتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949، هي أول إتفاقية خصصت بالكامل لحماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة، وهذه الحماية يفتقر اليها المدنيين أثناء الحربين العالميتين، إلا أن الإتفاقية المذكورة إذا كانت قد تضمنت حماية المدنيين من إساءة استخدام سلطة العدو، فأنها لم تتعرض لحماية المدنيين من آثار الأعمال العدائية إلا في المجال الضيق أي حماية الفئات المستضعفة من المدنيين فقط، وهم النساء والأطفال والعجزة، ويجب إبعادهم من المناطق التي تتأثر بالنزاع المسلح وإيداعهم في مناطق آمنة والحفاظ على الأسرة من التشتت وتدعيم الروابط العائلية⁽³⁾.

وفي ضوء ما تقدم سنقسم دراسة هذا المبحث على مطلبين، وهما ما يأتي:

المطلب الأول: الحفاظ على وحدة الأسرة

المطلب الثاني: حماية النساء من إساءة استعمال سلطة العدو

المطلب الأول: الحفاظ على وحدة الأسرة

(1) المادة (15) من إتفاقية جنيف الرابعة عام 1949.

(2) د. أحمد أبو الوفا: الفئات المشمولة بحماية القانون الدولي الإنساني، بحث منشور في القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، ط1، دار المستقبل العربي، القاهرة، 2013، ص195.

(3) حيدر كاظم عبد علي السرياي: حماية النساء والأطفال أثناء النزاعات المسلحة، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بابل، 2004، ص5-6.

يعد الحفاظ على الأسرة أمراً بالغ الأهمية لرفاه جميع الأشخاص، ومنها الحفاظ على مصلحة الأطفال لرعايتهم ومساعدتهم، وتتأثر النساء على نحو خاص بفقدان ذويهم من الرجال، وعادةً ما تأتي المبادرة بطلبات البحث عن المفقودين من جانب النساء، ولعل السبب في ذلك يعود الى الكثير من الرجال يقتلون أو يؤسرون أو يفقدون في سياق النزاع المسلح، ويتعين إعطاء الأولوية في جمع شمل العائلات لأفراد معينين نظراً لظروفهم المحفوفة بالمخاطر، ومن هؤلاء الأفراد على وجه الخصوص الأطفال المفقودون عن أسرهم، والأمهات المفقودات عن أطفالهن الصغار ولغرض الحفاظ على الوحدة الأسرية أو إعادتها لا بد من إتخاذ تدابير عديدة ومتنوعة سنتناولها في تقسيم هذا المطلب⁽¹⁾.

سنتناول تقسيم دراسة هذا المطلب على فرعين، وهما ما يأتي:

الفرع الأول: التدابير الدولية للحفاظ على وحدة الأسرة والهوية.

الفرع الثاني: التدابير الدولية الرامية الى إعادة الروابط العائلية.

الفرع الأول: التدابير الدولية للحفاظ على وحدة الأسرة والهوية

إن ما يخص وحدة الأسرة تقضي إتفاقية جنيف الرابعة لعام (1949) أحكاماً عديدة تنص صراحةً للحيلولة من دون إفتراق الأسرة الواحدة في الأوضاع التي يحتمل فيها حدوث ذلك، كعمليات الإجراء والإعتقال في الأراضي المحتلة، حيث تضمنت المادة (27) على حق الأشخاص المحميين في جميع الأحوال إحترام حقوقهم العائلية في أوضاع الإحتلال، وكذلك إذ تلقي المادة (49) من هذه الإتفاقية على دولة الإحتلال مسؤولية التحقيق من عدم تفريق العائلة الواحدة عند القيام بعمليات النقل والإخلاء، وتشير المادة (82) من الإتفاقية المذكورة على أنه بقدر الإمكان جمع أفراد العائلة الواحدة وبخاصة الوالدين والأطفال في معتقل واحد طوال مدة الإعتقال باستثناء بعض الحالات التي تقتضيها إحتياجات العمل، ويؤكد البروتوكول الإضافي الأول في مادته (75) حيث تضمنت في حال إحتجاز أو إعتقال الأسر فيجب قدر الإمكان أن يوفر لها كوحدات عائلية مأوى واحد، وفي المادة (76) تضمن دعوة أطراف النزاع الى تجنب إصدار حكم الإعدام على أولات الأحمال وأمهات الصغار الأطفال اللواتي يعتمدن عليهن أطفالهن بسبب جريمة تتعلق بالنزاع المسلح⁽²⁾.

أما فيما يخص التدابير الرامية للحفاظ على الهوية يلزم أطراف النزاع وبموجب قواعد واردة في القانون الدولي الإنساني إتخاذ تدابير ترمي تسجيل بيانات هوية الأشخاص الموجودين تحت سيطرتهم، إذ تقضي إتفاقية جنيف الرابعة

(1) د. يوسف حسن يوسف، حقوق المرأة في القانون الدولي والشريعة، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013، ص100-101.

(2) حيدر كاظم عبد علي السرياوي: مصدر سابق، ص39.

بتميز شخصية الأطفال دون الثانية عشر من العمر، وذلك بحملهم لوحة تحقيق الهوية أو بأي وسيلة أخرى⁽¹⁾، حيث إن هذه الإتفاقية تلقي على عاتق دولة الإحتلال إتخاذ جميع الخطوات اللازمة لتسهيل تمييز شخصية الأطفال وتسجيل نسيم، وتنص على عدم جواز تغيير الحالة الشخصية، كذلك أوجب البروتوكول الإضافي الأول في المادة (78) في الفقرة الأولى منه على سلطات الطرف الذي يقوم بإجلاء الأطفال وكذلك سلطات الدولة المضيفة إعداد بطاقة لكل طفل مصحوبة بصورة شخصية ومتضمنة معلومات يتم من خلالها تحديد هوية الطفل الذي تم إجلاءه⁽²⁾.

الفرع الثاني: التدابير الدولية الرامية الى إعادة الروابط العائلية

حرصاً على الروابط الأسرية وتمكين أفرادها من معرفة مصيرهم وهذا ما يسهل إعادة الروابط العائلية بينهم، حيث تشير إتفاقية جنيف الرابعة في المادة (25) بالسماح لجميع الأشخاص المحميين في أراضي أحد أطراف النزاع، أو في أراضي محتلة يتم بواسطتها اعطاء ذات الصيغة الشخصية البحتة الى أفراد عائلاتهم أينما كانوا وإن يتسلموا أخبارهم على أن تسلم الرسائل بسرعة وبدون تأخير، وأوجب على أطراف النزاع اللجوء الى وسيط محايد كالوكالة المركزية للإستعلام عن الأشخاص المحميين في حالة تعذر تبادل المراسلات العائلية بواسطة البريد العادي، حيث تقوم اللجنة الدولية للصليب الأحمر من خلال توفر شبكة عالمية النطاق والمكونة من 180 جمعية وطنية للصليب الأحمر والهلال الأحمر على إستعادة الإتصال العائلي والمحافظة على الروابط العائلية، حيث تقضي اللجنة الدولية للصليب الأحمر وقتاً طويلاً بالإجراءات للحصول على الموافقة الضرورية، تصاريح السفر والتأشيرات، من الأطراف المتحاربة والدول المعنية حيث إن اللجنة الدولية للصليب الأحمر لا تباشر عملها من تلقاء نفسها في جمع شمل العائلات المشتتة بسبب النزاعات المسلحة بل تباشر عملها بعد الحصول على موافقة السلطات المعنية، وحرصاً على الرغبة الشخصية للفرد وأسرته⁽³⁾.

تضمنت المادة (26) من إتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 على أطراف النزاع تجديد الإتصال بين أفراد الأسرة الواحدة، والعمل على إمكانية جمع شملهم مشيرةً الى ضرورة التزام الأطراف بالعمل على تسهيل عمل الهيئات المتخصصة للقيام بهذه المهام وهو ما أكده البروتوكول الإضافي الأول في المادة (74) منه هذا فيما يتعلق بالنزاعات الدولية، أما فيما يتعلق بالنزاعات غير الدولية فبالرغم من عدم وجود ما يشير صراحة في المادة الثالثة المشتركة بين إتفاقيات جنيف ولا في البروتوكول الإضافي الثاني الحق في إحترام الحياة العائلية إلا أن المعاملة الإنسانية المنصوص عليها في المادة الثالثة

(1) المادة (24) من إتفاقية جنيف الرابعة لعام (1949).

(2) شارلوت ليندسي: نساء يواجهن حرب، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، 2002، ص302.

(3) حيدر كاظم عبد علي السريايوي: مصدر سابق، ص41.

المشتركة يمكن أن تكون سنداً للقول بأنه يحظر التشييت القسري لأفراد الأسرة الواحدة، وكذلك يتناول البروتوكول الإضافي الثاني قضايا تتعلق بوحدة الأسرة من خلال تسهيل جمع شمل الأسر التي تشتت لفترة مؤقتة⁽¹⁾.

المطلب الثاني: حماية النساء من إستعمال سلطة العدو

إن الحماية الدولية من آثار الأعمال العدائية التي أقرها القانون الدولي الإنساني للمدنيين ومن ضمنهم النساء المدنيات التي رافقها حماية ضرورية من إساءة إستعمال سلطة العدو عند وقوعهم في قبضته، فمن الممكن أن ينتهك الطرف الخصم مبدأ التمييز بين المدنيين والمقاتلين مما يلحق أضراراً جسيمة بالنساء المدنيات، ويمكن أن يتمادى الطرف الخصم بإعتقال النساء المدنيات وإصدار حكم الإعدام بحقهم، وقد أخذ القانون الدولي الإنساني كل ذلك بالحسبان، فأكد على مبدأ التمييز بين المدنيين والمقاتلين بجعله من المبادئ الأساسية⁽²⁾.

وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين، وهما ما يأتي:

الفرع الأول: الجهود الفقهية والاتفاقيات الدولية في تكريس مبدأ التمييز بين المدنيين والمقاتلين

الفرع الثاني: تطبيقات على انتهاك مبدأ التمييز بين المدنيين والمقاتلين .

الفرع الأول: الجهود الفقهية والاتفاقيات الدولية في تكريس مبدأ التمييز بين المدنيين والمقاتلين

إن مبدأ التمييز بين المدنيين والمقاتلين تعتبر من أهم المبادئ الأساسية للقانون الدولي الإنساني، وهو ما يلزم أطراف النزاع المسلح بالتمييز بين المدنيين والمقاتلين في جميع الأوقات وعدم جعل أشخاص مدنيين هدفاً للهجوم، وقد عبر الفقه الدولي منذ مطلع القرن التاسع عشر عن مبدأ التمييز كما أن الإتفاقيات الدولية قد تعرضت له⁽³⁾، ولقد جاء هذا المبدأ تعبيراً عن النزعة السلمية في فكر روسو الذي لم يكن أقل حساسية من فولتير نحو ويلات الحرب، ولقد إنطلق روسو من نقطة المعارضة لفقه هوبز الذي كان يرى أن الأصل هو حالة العداء والحرب بين الانسان والإنسان، ولا مكان للحرب بين الدول بوصفها منظمات سياسية، وبات فقه روسو سائداً، ومعبراً عنه من جانب معظم فقهاء القارة ووجد

(1) شارلوت ليندسي: مصدر سابق، ص 149؛ حيدر كاظم عبد علي السرياي: مصدر سابق، ص 44.

(2) شريف عتلم: القانون الدولي الإنساني دليل الأوساط الأكاديمية، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، 1992، ص 262.

(3) مجلة الإنساني: اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ع 15، جنيف، 2001، ص 24-25.

ذلك الفقه طريقه الى التطبيق في حروب القرن التاسع عشر، وأصبح ينظر الى الفصل بين المقاتلين وغير المقاتلين من المدنيين المسلمين بوصفه من أعظم إنجازات القانون الدولي⁽¹⁾.

أما على مستوى الاتفاقيات والوثائق الدولية، ونظراً لعدم إحترام الدول المتحاربة لقواعد العرف الدولي المتعلقة بعدم ضرب المدنيين، فقد ظهرت العديد من الوثائق والاتفاقيات الدولية التي توجب عدم ضرب المدنيين الذين ليس لهم أي دور سياسي في العمليات الحربية، حيث تجدر الإشارة أن قانون لير لعام 1864 أبان الحرب الأهلية الأمريكية وعلى الرغم من أن الأخير يعتبر قانوناً داخلياً إلا أنه عُدّ مرتكزا أساسياً على المستوى العالمي القى بظلاله على كل المعاهدات والاتفاقيات الدولية المعنية بإدارة الحرب، وحاولت إتفاقية لاهاي لعام 1908 الخاصة بالحرب البرية أن تحدد العمليات الحربية بالعسكريين فقط ولم تجز ضرب المدنيين والمناطق التي يسكنونها، ونتيجة لعدم إحترام الدول لهذه الوثائق الخاصة بعدم ضرب المدنيين أخذت عصبة الأمم عام 1938 بالمبادئ التي تعد ضرب المدنيين يعد خرقاً لأحكام القانون الدولي، ويجب تجنب الأضرار بالمدنيين الذين يسكنون قرب الأحداث العسكرية⁽²⁾.

لم تتضمن إتفاقية جنيف لعام 1949 نصاً يوجب على الدول المتحاربة عدم ضرب المدنيين وقت الحرب، وإن إيراد نص يحرم ضرب المدنيين في إتفاقيات جنيف يعني إدانة لعملها في تلك الحرب، هذا مع عدم إغفال المجهودات المتعاقبة التي بذلت في إطار حركة العمل على إعادة تأكيد وتطوير القانون الدولي الإنساني المطبق في النزاعات المسلحة التي توجب بالتوقيع على البروتوكولين الإضافيين لعام 1977، إذ تضمنت المادة (48) من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 على أنه تعمل أطراف النزاع على التمييز بين السكان المدنيين والمقاتلين، ومن ثم توجه عملياتها ضد الأهداف العسكرية دون غيرها، وذلك من أجل إحترام وحماية السكان المدنيين، والتي تكون النساء المدنيات جزء منهم⁽³⁾.

وبعد الإستعراض للجهود الفقهية والاتفاقيات الدولية في تكريس مبدأ التمييز بين المدنيين والمقاتلين، حيث تجدر الإشارة الى أن الشريعة الإسلامية قد عرفت مبدأ التفرقة بين المدنيين والمقاتلين قبل أن ينادي به الفقيه جان جاك

(1) د. صلاح الدين عامر: التفرقة بين المقاتلين وغير المقاتلين، بحث منشور في القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، دار المستقبل العربي، القاهرة، 2003، ص136.

(2) د. سهيل حسين الفتلاوي: مبادئ القانون الدولي الإنساني في حماية المدن والمدنيين والأهداف المدنية، مطبعة عصام، بغداد، 1990، ص72.

(3) حيدر كاظم عبد علي السريايوي: مصدر سابق، ص47-49.

روسو بعشرة قرون، إذ قال تعالى في محكم كتابه الكريم: (وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ)⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تطبيقات على انتهاكات مبدأ التمييز بين المدنيين والمقاتلين

إن من الأمثلة التطبيقية الجلية على إنتهاك هذا المبدأ هو ما ذهبت إليه القوات الإيطالية في عام 1916 عندما إرتكبت في طرابلس مجزرة بشرية ذهب ضحيتها ما يقارب أربعة آلاف من الأطفال والنساء والعجزة الليبيين الأبرياء، كما وأثبتت الحرب العالمية الثانية أن الدول المتحاربة لا تتوانى في عدم إحترام الإتفاقيات والوثائق الدولية التي تفرض قيوداً على إستخدام وسائل الحرب مما يعني إنتهاكها لمبدأ التمييز بين المدنيين والمقاتلين⁽²⁾.

أغلب الحروب الحديثة لا يؤخذ مبدأ التمييز بين المدنيين والمقاتلين بعين الإعتبار، وعلى سبيل المثال الهجمات الإسرائيلية عام 1996/4/18 بالمدفعية على مجمع مقر الكتيبة الفيحية التابعة لقوات الأمم المتحدة، وفيه ما يقارب 800 لبناني مدني قد لجئوا الى داخل المجمع في قرية قانا، وقتل من الرجال والنساء والأطفال المدنيين ما يقارب مئة من المدنيين بحجة وجود بعض من رجال المقاومة اللبنانية يختبئون في هذا المجمع من دون الأخذ بالمفهوم الواسع لوجود موظفي الأمم المتحدة واللجئين من المدنيين، وهذا المفهوم تضمنته المادة (50) من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 الذي جاء فيها أن آثار الشك حول ما إذا كان شخصا ما مدنيا أم غير مدني فإن ذلك الشخص يعد مدنياً⁽³⁾.

الخاتمة

أولاً: الاستنتاجات:

- 1- إن الحماية الدولية، هو مفهوم أخذ طريقه الى التطبيق الدولي حديثاً، فهو لا زال في طور النشوء، ولن يصبح مبدأ دولياً له أسسه السليمة قبل مرور وقت ليس بالقصير، ولا شك أن نضوجه هذا سوف يؤثر ويتأثر بما يحيطه في البيئة الدولية.
- 2- أن الواقع العملي أثبت عدم إنشاء مناطق آمنة لحماية النساء كتلك التي نصت عليها المادة (14) من إتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949، ولعل السبب في ذلك هو الصيغة الجوازية التي جاءت بها المادة المذكورة.

(1) القرآن الكريم: سورة البقرة، الآية 190.

(2) عمر محمد المحمودي: قضايا معاصرة في القانون الدولي، ط1، الدار الجماهير للنشر والتوزيع والإعلان، ليبيا، 1989، ص 137-138.

(3) د. يوسف إبراهيم النقي: التمييز بين الهدف العسكري والهدف المدني وحماية الأهداف المدنية والأماكن التي تحتوي على خطورة خاصة وفقاً للقانون الدولي الإنساني، بحث منشور في القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، دار المستقبل العربي، القاهرة، 2003، ص 411-412.

- 3- أثبتت إتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 وأحكام البروتوكولين الإضافيين لها عام 1977، جاءت بحماية خاصة لا يمكن إنكار أهميتها بالنسبة للنساء خصوصاً في زمن النزاعات المسلحة، حيث إن أغلب أحكام هذه الحماية الى النساء الحوامل والنفاس وأمّهات الصغار الأطفال دون سواهن من النساء المدنيات.
- 4- إن تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني يتسم بالقصور وعدم الفاعلية رغم كونها نصوصاً دولية منصوص عليها في إتفاقيات دولية شارعه.

ثانياً: التوصيات:

- 1- ضرورة السعي الى أهمية احترام وتطبيق توصيات وقرارات أجهزة الأمم المتحدة المتعلقة بحقوق المدنيات من خلال إنشاء محكمة خاصة بحماية حقوق النساء المدنيات من خلال بروتوكول يلحق بالميثاق يخولها النظر في القضايا المتعلقة بالحقوق المقررة بالإتفاقية الدولية.
- 2- ندعو كتاب وفقهاء القانون الدولي والعلوم السياسية والجامعات والأكاديميات ومنظمات المجتمع المدني وجميع العاملين في حقوق الانسان الى إجراء المزيد من الأبحاث والدراسات المتعلقة في جانب النساء المدنيات، وهذا الأمر الذي سيؤدي الى خلق وعي قانوني في أوساط النساء لمعرفة حقوقهم وكيفية حمايتهم، وبالتالي زيادة احترام هذه الحقوق ومنع أو الحد من الانتهاكات التي تتعرض لها.
- 3- ضرورة إدخال تعديلات على قواعد القانون الدولي الإنساني المتعلقة بحماية المدنيين أثناء النزاعات الدولية (إتفاقية جنيف الرابعة 1949 والبروتوكول الإضافي الأول 1977) بشكل يجعل نصوصها أكثر الزامية لحماية النساء المدنيات.
- 4- توسيع دور المنظمات الدولية فيما يتعلق بتقديم المساعدات أثناء النزاعات المسلحة ورصد الانتهاكات التي يتعرض لها النساء.

قائمة المصادر

بعد القرآن الكريم

أولاً: المعاجم والكتب:

1. ابن القطاع: كتاب الأفعال، عالم الكتب، بيروت، 1982.
2. د. أحمد سي علي: حماية الأعيان المدنية في القانون الدولي الإنساني، ط1، دار الكتب الأكاديمية، الدار البيضاء، الجزائر، 2011.
3. د. أحمد مختار عمر: معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، عالم الكتب، بيروت، 2008.
4. د. سهيل حسين الفتلاوي: مبادئ القانون الدولي الإنساني في حماية المدن والمدنيين والأهداف المدنية، مطبعة عصام، بغداد، 1990.
5. شارلوت ليندسي: نساء يواجهن حرب، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، 2002.
6. شريف عتلم: القانون الدولي الإنساني دليل الأوساط الأكاديمية، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، 1992.
7. د. علي صادق أبو هيف: القانون الدولي العام، ج1، ط12، منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة نشر.
8. د. عمر سعدالله: تطور تدوين القانون الدولي الإنساني، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1997.
9. عمر محمد المحمودي: قضايا معاصرة في القانون الدولي، ط1، الدار الجماهير للنشر والتوزيع والإعلان، ليبيا، 1989.
10. محمد بن مكرم بن منظور الأفرريقي: لسان العرب، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
11. منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر: إعادة الروابط العائلية دليل جمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر الوطنية، جنيف، 2000.
12. د. يوسف حسن يوسف، حقوق المرأة في القانون الدولي والشريعة، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013.

ثانياً: الرسائل والأطاريح الجامعية:

1. إبراهيم أحمد السامرائي: الحماية الدولية لحقوق الانسان في ظل الأمم المتحدة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون جامعة بغداد، 1997.

2. حسن محمد صالح الحديد: الحماية الدولية للبيئة في زمن النزاعات المسلحة، إطروحة دكتوراه، كلية القانون جامعة تكريت، 2014.
3. حيدر كاظم عبد علي السرياوي: حماية النساء والأطفال إثناء النزاعات المسلحة، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بابل، 2004.
4. زكريا حسين عزمي: من نظرية الحرب الى نظرية النزاع المسلح، إطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، بلا تاريخ.
5. غالب خلف حمد الجبوري: الحماية الدولية للنازحين أثناء الصراعات الداخلية المسلحة رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة تكريت، 2016.

ثالثاً: البحوث والمقالات العلمية:

1. د. أحمد أبو الوفا: الفئات المشمولة بحماية القانون الدولي الإنساني، بحث منشور في القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، ط1، دار المستقبل العربي، القاهرة، 2013.
2. د. بدرية عبد الله العويضي: الحماية الدولية للأعيان المدنية وحرب الخليج، مقال منشور في مجلة الحقوق، ع 4، الكويت، 1994.
3. د. صلاح الدين عامر: التفرقة بين المقاتلين وغير المقاتلين، بحث منشور في القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، دار المستقبل العربي، القاهرة، 2003.
4. عمار جبابلة: الحماية الخاصة للنساء المدنيات في القانون الدولي الإنساني، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات، ع 23، السنة 14، الجزائر، 2017.
5. د. عمر سعدالله: القانون الدولي الإنساني، ديوان مطبوعات الجامعة، 2008.
6. مجلة الإنساني: اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ع 15، جنيف، 2001.
7. د. محمد ناظم داود، نعم لقمان الحياي: آليات حماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة الدولية، بحث منشور في مجلة مركز الدراسات الإقليمية، ع 38، العراق، 2018.
8. د. يوسف إبراهيم النقي: التمييز بين الهدف العسكري والهدف المدني وحماية الأهداف المدنية والأماكن التي تحتوي على خطورة خاصة وفقاً للقانون الدولي الإنساني، بحث منشور في القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، دار المستقبل العربي، القاهرة، 2003.

رابعاً: الإتفاقيات الدولية:

1. إتفاقيات جنيف عام 1949.

خامساً: المصادر الإلكترونية (الإنترنت):

1. ظافر الجبوري: إدارة المناطق المحررة، ج1، دراسة منشورة على شبكة الإنترنت عبر الرابط الآتي:

<http://burathanews.com/arabic/studies/287819>، (آخر زيارة للموقع 2021/10/24، 10:32م).

حرية سفر الحاضنة بالمحضون بين النص والعمل القضائي

The freedom of travel of the incubator with the child between the text and the judicial work

سرار محمد: طالب دكتوراه. تخصص حقوق الإنسان والحريات العامة. جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية، وجدة، المغرب.

Mohammed.serrar@ump.ac.ma

ملخص:

تكتسي هذه الدراسة أهمية خاصة كونها تُعنى بحرية من الحريات اللصيقة بالإنسان ألا وهي حرية التنقل والسفر، والتي شأنها شأن باقي الحريات المنظمة من قبل المشرع المغربي وفقا لمرجعياته الدينية. مع احترام الطابع الكوني للحريات والحقوق بالنسبة للأشخاص العاقلين وكاملي الأهلية. أما بالنسبة للأشخاص عديمي الأهلية والقاصرين فإن المشرع وضع مجموعة من القيود والشروط لاستفادة هذه الفئة من حريتها في التنقل والسفر، وتزداد هذه الشروط تعقيدا في حالات التفكك العائلي والأسري والتي ينتج عنها أطفال قاصرين خاضعين لنظام الحضانة الذي تستفيد منه الأم، هذه الأخيرة اشترط المشرع في حالة رغبتها في السفر والتنقل إلى الخارج ضرورة موافقة الأب أو رئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات في المجال الأسري. وهو ما منحنا مجموعة من الأحكام التي ستحدد لنا توجه القاضي في منح الإذن للحاضنة من عدمه مع إبراز أهم الجزاءات المترتبة عن سفر الحاضنة دون موافقة وليه الشرعي.

الكلمات المفتاحية: حرية السفر. الحاضنة. المحضون. مدونة الأسرة. القاضي. الطفل.

Abstract

This study is of particular importance as it is concerned with one of the freedoms related to the human being, which is the freedom of movement and travel, which is like the rest of the freedoms organized by the moroccan legislator according to his religious reference. With respect for the universal nature of freedoms and rights for sane and fully qualified persons. As for incompetent persons and minors, the legislator has set a set of restrictions and conditions for this category to benefit from their freedom of movement and travel, and these conditions become more complicated in cases of family and family disintegration, which result in minor children subject to the custody system that benefits the mother, the latter stipulated the legislator in the case of her desire to travel and move abroad requires the approval of the father or the head of the court in his capacity as a judge for urgent cases in the family field. This gave us a set of rulings that will determine for us the judge's approach to granting permission to the custodian or not, while highlighting the most important penalties for the custodian's travel without the consent of his legal guardian.

Keywords: freedom of travel. Babysitter. Cuddled. Family's blog. The judge. Child.

مقدمة

تشكل الأسرة النواة الأولى للمجتمع، ويعتبر الطفل محورها وأحد المقاصد السامية للزواج، لذلك نجد حرصا كبيرا من قبل المشرع على تنظيم المسائل المتعلقة بالحضانة في حالة الطلاق، الذي يعتبر من أهم الأزمات التي تعاني منها الأسرة خاصة عند وجود أطفال وما يثيره ذلك من إشكالات قانونية تتعلق بالحضانة. هذه الحضانة التي منحها المشرع للأبوين معا وفي حالة الطلاق تمنح الحضانة للأم أو للأب أو للأم، والمقصود بالحضانة حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ورعاية مصالحه كما جاء في (المادة 163) من مدونة الأسرة المغربية¹، إلا أن الحضانة لا تُخول للحاضنة إلا بعد استيفائها مجموعة من الشروط والتي ذكرها المشرع على سبيل الحصر²، ورتب على مخالفتها سقوط الحضانة. ومن بين المخالفات التي قد تؤدي إلى سقوط الحضانة تنقل الحاضن بالمحزون دون إذن وليه الشرعي مع وجوب إثبات الضرر الذي قد يلحق بالمحزون³. لذلك نجد المشرع المغربي نظم مسألة انتقال الطفل مع الحاضن؛ حيث وضع مجموعة من الضوابط إلا أن هذه الضوابط قد تتعارض مع حق الفرد في التنقل والتجول بحرية، وهو ما يتناقض مع ما جاءت به المواثيق الدولية والدستور المغربي الذي أعطى الحق في التنقل والإقامة لكافة الأشخاص. فالأم الحاضنة قد تجد نفسها غير قادرة على التنقل والسفر من جهة، وهو ما قد يتسبب في الإضرار بمصالح الحاضنة والمحزون من جهة أخرى. وهو ما نتج عنه مجموعة من القضايا والنزاعات التي أثرت أمام القضاء تمحورت حول طلب الموافقة على السفر بالمحزون، وقضايا أخرى طلب أصحابها الإذن باستخراج جواز السفر، ومطالب أخرى ذهبت إلى إسقاط الحضانة عن الحاضنة بسبب سفرها دون إذن الولي الشرعي. والجدير بالذكر أن الأحكام القانونية المنصوص عليه في (المادة 179) من مدونة الأسرة جاءت نتيجة ما عرفه الواقع من مشاكل ومآسي اجتماعية وإنسانية بالنسبة لأفراد الأسرة بفعل ظاهرة النقل الغير المشروع للأطفال والتي أصبحت جد منتشرة في الآونة الأخيرة⁴.

أولا: إشكالية الدراسة

إلى أي حد استطاع المشرع المغربي ضمان حرية تنقل الحاضنة بالمحزون مع ضمان مصلحة الطفل الفضلى؟ وما دور القضاء في منح الحق في السفر إلى الخارج؟ وما هي الجزاءات المترتبة عن نقل الأطفال إلى الخارج دون إذن؟

ثانيا: أهمية الموضوع

تتجلى أهمية الموضوع في أن حرية التجول حرية معترف بها في المواثيق الدولية والدستور المغربي في (الفصل 24)، إلا أن مدونة الأسرة قيدت حرية تنقل الحاضنة بالمحزون عند رغبتها في مغادرة التراب الوطني ولزمتها بمجموعة من الشروط،

¹ - ظهر شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، جريدة الرسمية، عدد 5184 بتاريخ 14 ذي الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص. 418.

² - شروط الحاضن والمتمثلة في: الرشد القانوني لغير الأبوين، الإستقامة والأمانة، القدرة على تربية المحزون وصيانته ورعايته، عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و175 بعده. من مدونة الأسرة المغربية.

³ - جاء في (المادة 178) من مدونة الأسرة: لا تسقط الحضانة بانتقال الحاضنة أو النائب الشرعي للإقامة من مكان لآخر داخل المغرب، إلا إذا ثبت للمحكمة ما يوجب السقوط، مراعاة لمصلحة المحزون والظروف الخاصة بالأب أو النائب الشرعي، والمسافة التي تفصل المحزون عن نائبه الشرعي.

⁴ - ولفات بلباكي، أهلية القاصر في مدونة الأسرة - الزواج والطلاق نموذجا-، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، الموسم الجامعي 2014/2015، ص. 265.

ونفس القانون منح أيضا للقضاء أحقية النظر في وجهة السفر إلى الخارج ومدى استيفاء الحاضنة لهذه الشروط لذلك سنحاول إبراز موقف القضاء، مع إبراز أوجه الحماية المقدمة من طرف القضاء.

ثالثا: أهداف الدراسة

تهدف الدراسة للوصول إلى عدة أهداف ومنها:

- إبراز الحقوق الممنوحة للأطفال في حالة التفكك العائلي على المستوى الدولي والوطني.
- أهم القيود الواردة على الطفل المحضون والممانعة من السفر إلى الخارج بمعية الحاضنة.
- دور القضاء في منح الحق للحاضنة باصطحاب المحضون من عدمه.
- إبراز أهم الإشكالات المتعلقة بسفر المحضون مع الإشارة إلى أهم الجزاءات المترتبة على نقل المحضون بدون إذن الولي الشرعي.

رابعا: منهج الدراسة:

تقتضي طبيعة الموضوع دراسته من خلال سرد لأهم الأحكام القضائية الواردة عن المحاكم المغربية على اختلاف درجاتها، ومنه فإننا في هذا البحث سنحاول الدمج بين مجموعة من المناهج على غرار المنهج التحليلي الاستنباطي والمنهج الوصفي إضافة إلى المنهج التاريخي والذي سنحاول من خلاله إبراز قضية سفر المحضون بين قانون الأحوال الشخصية الملغى ومدونة الأسرة الحالية.

خامسا: التصميم المعتمد:

من خلال ما سبق ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إضافة إلى مقدمة مبحثين رئيسيين وخاتمة.

المبحث الأول: الانتقال والتنقل بالمحضون في الاتفاقيات الدولية والتشريع الوطني

المبحث الثاني: السفر بالمحضون في العمل القضائي

المبحث الأول: الانتقال والتنقل بالمحضون في الاتفاقيات الدولية والتشريع الوطني

يمكن للشخص أن يمارس حقه في التنقل والتجول وهو ما نصت عليه أغلبية النصوص والمواثيق الدولية المعنية بحقوق الإنسان (أولا)، مع وجوب مراعاة الأنظمة القانونية الوطنية الجاري بها العمل عند الرغبة في التنقل داخل التراب الوطني وخارجه (ثانيا).

أولا: الانتقال والتنقل بالمحضون في الاتفاقيات الدولية

مما لا شك فيه أن حقوق الإنسان، يمثل حجر الزاوية في إقامة مجتمع حر وديمقراطي، ولهذا السبب استقر ضمير المجتمع الدولي على وجوب احترام هذه الحقوق بما في ذلك حرية التجول والإقامة، وعليه وكمبدأ عام لا يجوز تقييد حرية أي شخص في التجول أو اختيار مكان إقامته أو استيقافه أو حجزه إلا لضرورة تقتضيها الظروف وفقا لإجراءات قانونية صحيحة ونزيهة. إذ لا سبيل لتقدم مجتمع إلا بالحرية لأن التحرر من الخوف هو نقطة البداية إلى الطريق الصحيح لتقدم

المجتمع ورفقيه، وهي الحرية التي أقرتها أغلب النظم الوضعية المعاصرة تعتبر لازمة وضرورية لقضاء الافراد حوائجهم وإشباع رغباتهم¹. حيث ترتبط الحريات ببعضها البعض إذ لا يمكن للفرد أن يتمتع ببعض منها دون تمتعه بالبعض الآخر²، بل قد يحرم منها إن هو حرم من التمتع ببعضها وهو ما ينطبق على حرية التجول والسفر³ التي بدونها لا يمكن ممارسة باقي الحريات، وهذا ما نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في (المادة 13) " لكل فرد حرية التنقل واختيار محل إقامته داخل الدولة، ولكل فرد حق مغادرة أي بلد بما في ذلك بلده الأصلي والعودة إليه". ونفس المبدأ نص عليه العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في (المادة 12) " لكل فرد يوجد على نحو قانوني داخل إقليم دولة⁴ ما حق حرية التنقل فيه وحرية اختيار مكان إقامته"⁵، إلا أن الفرد الذي يقصده الميثاق والعهد، الفرد العاقل أي الشخص البالغ والقادر على تحمل مسؤولياته. وبناء على ذلك نستشف أن الطفل لا يتمتع بهذا الحق مادام غير قادر على التمييز؛ وبالتالي لا يحق له التنقل والسفر بشكل حر.

وهو ما أكدت عليه الإتفاقية الدولية الخاصة بحماية الطفل⁶ من خلال منح الطفل مجموعة من الحقوق والتي يجب على الأباء الإلتزام بها ومن ذلك الحق في: تسجيل الطفل بمجرد ولادته، واكتساب جنسيته، والحفاظ على هوية الطفل وجنسه واسمه وعلاقاته العائلية (المادة 8) مع عدم إمكانية فصله عن والديه إلا عندما تقرر السلطات ذلك، وفي نفس الوقت ينبغي الاحتفاظ بعلاقات أسرية حتى في حالة الانفصال وإن كان والديه في دولتين مختلفتين (المادة 10 فقرة 1). ومن جهة أخرى شجعت الاتفاقية الدول على مكافحة ومنع نقل الاطفال إلى الخارج. وعدم عودتهم بصورة غير مشروعة وذلك بعقد إتفاقيات ثنائية، وفي حالة عدم توفر رعاية كاملة رأى واضعو الإتفاقية إمكانية أن تشمل الرعاية أمور الحضانه والكفالة وفق القوانين الوطنية أو وفق الأسس الواردة في القانون الإسلامي، أو التبني أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال (المادة 20) مع إمكانية تبنيه في دولة أخرى (المادة 21)، مع تسهيل حصول الطفل على صفة لاجئ سواء صاحبه والداه أو لم يصحبه أو صحبه شخص آخر. وتطرقت اتفاقية حقوق الطفل أيضا إلى الأطفال في وضعية إعاقة والزمّت الدولة بتوفير كافة احتياجاته نظرا لخصوصية هذه الفئة من الأطفال. لذلك نسجل أن الإتفاقيات الدولية كرست مبدأ الحماية لطفل إلا أنها لم تشر إلى وضعية الطفل في حالة التفكك العائلي.

لأجل ذلك عمل المشرع على تنظيم أحكام سفر المحضون خارج التراب الوطني، حيث ميز بين الانتقال والسفر " فمصطلح الانتقال بالمحضون أشار إليه عند انصراف أثر الواقعة داخل التراب الوطني، بينما سفر المحضون تحدث عنه انصراف

¹ - أمقران الطيبي، حرية التنقل في النظام القانوني الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص القانون العام، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الموسم الجامعي 2014/2015، ص. 7.

² - طارق حسن الباقوري، دور الشرطة في حماية حق التنقل مع التطبيق على المنع من السفر، الطبعة الأولى، 2006، ص. 390.

³ - يقصد بحرية التحول حرية الإنسان في التنقل من مكان لآخر، أي كانت وسيلة الانتقال، بحيث يكون للإنسان الحق في الانتقال داخل بلاده وخارجه في الوقت الذي يختاره، وبالوسيلة التي يراها، دون أن تتعرض له السلطة أو تمنعه إلا في الأحوال المحددة قانونا. مأخوذ من نفس المرجع أعلاه، ص. 5.

⁵ - اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 217 ألف (د-2) المؤرخ في 10 كانون الأول/ديسمبر 1948.

⁶ - اعتمدت اتفاقية حقوق الطفل بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25 (د-44) المؤرخ في 20 نوفمبر 1989. تاريخ بدأ النفاذ: 2 ديسمبر 1990. وفقا لأحكام الفقرة الأولى من المادة 49. عدد الأطراف. ص. 195؛ تلتها بعد ذلك قرار اعتماد البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة الجمعية العامة للأمم المتحدة 263 (د-54) المؤرخ في 25 ماي 2000. تاريخ بدأ النفاذ: 23 فبراير 2002، وفقا لأحكام المادة 10. عدد الأطراف. 159. تم قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة باعتماد البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية رقم 263 (د-54) المؤرخ في 25 ماي 2000. تاريخ النفاذ: 18 يناير 2002، وفقا لأحكام المادة 14. عدد الأطراف: 169. وصادق عليها المغرب من خلال الظهير الشريف رقم 1.93.363. صادر في 9 رجب 1417 (21 نوفمبر 1996) بنشر الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989، جريدة رسمية، عدد 4440 بتاريخ 8 شعبان 1417 (21 نوفمبر 1996)، ص. 2847.

الرغبة إلى الإقامة خارج التراب الوطني، فأمام هذا التمييز أصبح المركز القانوني للمحضون بعد انتهاء العلاقة الزوجية بين الابوين يتأرجح بين وضعيته القانونية داخل المملكة والتي يحكمها التشريع الداخلي، ووضعيته بعد السفر إلى الخارج ما يرتب عليه أحيانا خضوعه لنصوص الاتفاقيات الدولية للتعاون القضائي المتعلقة بالأحوال الشخصية¹.

من هذا المنطلق عمل المغرب على عقد مجموعة من الاتفاقيات الثنائية مع الدول الصديقة وخاصة تلك التي تتوفر على جالية مغربية مهمة ففي هذا الصدد أبرم المغرب اتفاقية التعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص الموقعة بالقاهرة²، واتفاقية التعاون القضائي والاعتراف بالمقرارات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة مع المملكة البلجيكية³؛ حيث تطرقت (المادة 1) من الاتفاقية إلى وجوب تأمين الرجوع الفوري للأطفال الذين يتم نقلهم بصفة غير قانونية، مع الاعتراف بالمقرارات القضائية المتعلقة بالحضانة وحق الزيارة الصادرة من إحدى الدولتين المتعاقبتين.

ثانيا: الانتقال والتنقل داخل التراب الوطني في التشريع الوطني

الإنقال بالمحضون داخل المغرب لا يشكل أي إشكال وليست فيه أية مخالفة إذا تعلق الأمر بالسفر العرضي أو التنقل من أجل قضاء حاجة ما، وهو ما يختلف عن الإنقال والإقامة في منطقة ما، خاصة إذا كانت بعيدة عن موطن الولي الشرعي، إلا أنه يمكن التمييز بين مرحلتين أساسيتين في مسألة تقييد حق الحاضن في الإقامة والتنقل داخل التراب الوطني. المرحلة الأولى: بدأت "مع مدونة الأحوال الشخصية الملغاة" والتي تشددت في مسألة إقامة الحاضنة بعيدا عن إقامة الولي الشرعي⁴ تطبيقا (للمادة 107) من "مدونة الأحوال الشخصية الملغاة" والتي كانت تلزم إسقاط الحضانة إذا ما استوطنت الحاضنة ببلدة يعسر فيها على الولي الشرعي للمحضون مراقبة أحواله، تطبيقا للقاعدة الفقهية التي تقول "يجب على الحاضنة الانتقال إلى البلد الذي انتقل إليه الولي تحت طائلة سقوط حضانتها عند الامتناع". وهو ما كان يتناقض بشكل كبير مع ما جاء في النص الدستوري آنذاك وكذا ما جاءت به الإعلانات والاتفاقيات الدولية ومن بينها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي صادق عليه المغرب في 3 ماي 1979⁵، والذان أقر الحق في التنقل والإقامة في أي مكان داخل الدولة، وكذلك الاتفاقيات المتعلقة بحقوق المرأة ومنها "اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة"⁶ خاصة (المادة 15 الفقرة 4) التي أكدت على وجوب أن تمنح الدول الأطراف الرجل والمرأة نفس الحقوق في ما يتعلق بالتشريع المتصل بحركة الأشخاص وحرية اختيار محل سكنهم وإقامتهم.

¹ - إدريس الفاخوري، السفر بالمحضون: أية حماية؟ دراسة في ظل قوانين الأسرة لبلدان المغرب العربي، الجزء الثاني، مداخلة قدمت في الملتقى الدولي حول "حقوق المرأة والطفل في العالم الإسلامي" المنعقدة بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبكر القايد-تلمسان، الجزائر، يومي 07 و08 دجنبر 2011.

² - ظهير شريف رقم 1.99.9 صادر في 10 ربيع الأول 1420 (24 يونيو 1999) بنشر اتفاقية التعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص الموقعة بالقاهرة في 2 صفر 1419 (27 ماي 1998) بين المملكة المغربية وجمهورية مصر العربية، جريدة رسمية، عدد 4718، بتاريخ 10 ربيع الأول 1420 (19 غشت 1999).

³ - اتفاقية بين المملكة المغربية والمملكة البلجيكية بشأن الاعتراف بالمقرارات القضائية وتنفيذها في مادة الالتزام بالنفقة، الموقعة في حرر بروكسيل في 26 يونيو 2002.

⁴ - ظهير شريف رقم 1.57.343 صادر في 28 ربيع الثاني 1377 الموافق (22 نونبر 1957) تطبق بموجبه في سائر المملكة المغربية مقتضيات الكتاب الأول والكتاب الثاني المتعلق أولهما بالزواج والثاني بانحلال ميثاقه، جريدة رسمية، عدد 2354 بتاريخ 6 دجنبر 1957، ص. 2032.

⁵ - ظهير شريف رقم 1.79.186 بتاريخ 17 ذي الحجة 1399 (8 نونبر 1979) المتعلق بنشر الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والميثاق الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية المبرمين بنيويورك يوم 3 رمضان 1386 (16 دجنبر 1966)، جريدة رسمية، عدد 3525 بتاريخ 6 رجب 1400 (21 ماي 1980)، ص. 631.

⁶ - تم اعتماد هذه الاتفاقية بموجب قرار الجمعية، العامة للأمم المتحدة 180. المورخ في 18 ديسمبر 1979، تاريخ بدأ النفاذ 30 ديسمبر 1981، يرمز إلى هذه الاتفاقية ب (CEDAW). ووافق عليها المغرب من خلال الظهير الشريف رقم 1.93.361 صادر في 29 رمضان 1421 (26 ديسمبر 2000) بنشر إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1979، الجريدة الرسمية عدد 4866، ص. 226.

هذه الاتفاقية إضافة إلى اعتمادها بشكل متأخر فإن المغرب تحفظ على مجموعة من المواد منها (المادة 15) السالفة الذكر حيث اعتبر المغرب عدم قدرته على الالتزام أحكامها، وبشكل خاص تلك المتعلقة بحق المرأة في اختيار محل إقامتها وسكنها...، والسبب في ذلك يرجع لمراعاة المغرب لبعض المبادئ المنبثقة عن الدين الإسلامي. فهذا التوجه الذي إعتد به المشرع المغربي في حرمان الزوجة من الانتقال والإستقرار بأريحية كان له ما يبرره وهو مراقبة الولي الشرعي للطفل¹. وهو ما يستدل من خلال الحكم الصادر عن ابتدائية القنيطرة² التي اعتبرت أن للمرأة الحق في التجول عبر أنحاء المعمور حسبما تفيد ديباجة الدستور. إلا أن المطلقة ليس لها الحق في مغادرة التراب الوطني داخل العدة من زواج وطلاق واقع بالمغرب.

المرحلة الثانية: تميزت المرحلة الثانية مع اعتماد "مدونة الأسرة" التي فتحت المجال أمام الكثير من التغييرات على مستوى الأسرة، ومنحت مجموعة من الحقوق للزوجة وهو ما جاء نتيجة مطالبة العديد من الأطراف من أجل تحسين وضعية المرأة بالمغرب والمساواة بينها وبين الرجل في العديد من الحقوق والواجبات، ومن بين الحقوق التي منحت للحاضنة الحق في التنقل والإستقرار داخل التراب الوطني بكل حرية وهو ما يفهم من (المادة 178) من مدونة الأسرة حيث اعتبرت أن انتقال الحاضنة داخل المغرب لا يُعد مبرراً لإسقاط الحضانة إلا إذا تبث للمحكمة ما يوجب سقوطها. وهو ما خلصت إليه المحكمة في أحد أحكامها بحيث اعتبرت أن انتقال الحاضنة إلى مدينة بعيدة عن المحضون يجعلها غير صالحة لمهمتها وهو ما يبرر إسقاط حضانتها³، وما يستشف من هذا الحكم أن القاعدة تتمثل في السماح بالتنقل والانتقال داخل التراب الوطني بكل حرية بينما الإستثناء إعتبار إنتقال الزوجة سبب من أسباب إسقاط الحضانة. وقد ساير المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) هذا التوجه عندما إعتبر سكن المطلقة بمراكش والطفلة المحضونة في مدينة أسفي عند جدتها يُعد إخلالاً منها بواجبها نحو محضونتها في الرعاية والقيام بشؤونها، وفيه خرق لمقتضيات (المادة 169) من مدونة الأسرة التي تنص على أنه من واجب الأم الحاضنة العناية بشؤون المحضون في التأديب والتوجيه الدراسي، وألا تبيت الحاضنة إلا ببيت المحضون وفي حالة وقوع أي خلاف بين الولي الشرعي والحاضنة فالقاضي يبت وفق مصلحة المحضونة⁴.

عموماً فإن سفر الحاضنة أو استيطانها داخل المغرب لا يمكن أن يُعد سبباً لإسقاط الحضانة وذلك راجع إلى تطور وسائل النقل التي سهلت عملية زيارة المحضون⁵، من ناحية ثانية نسجل وجود بعض القيود الأخرى والمتمثل في منع الزوجة والحاضنة من نقل الأطفال من مدرسة إلى أخرى مع العلم أن مدونة الأسرة لم تُشر إلى هذه النقطة والتي تنظمها وزارة التعليم من خلال مجموعة من المراسلات الداخلية الموجهة إلى مديري المدارس والتي تمنعهم من الموافقة على نقل والتصريح بمغادرة التلميذ من مدرسة إلى أخرى إلا بحضور الأب خاصة عند وجود نزاع أمام القضاء. وهو ما يمكن أن نعتبره تقييد لحرية المرأة في الانتقال من مدينة إلى أخرى. ومن منطقة إلى أخرى داخل المدينة إلا بموافقة الزوج⁶. ما يمكن

¹ - تتأسس الولاية الشرعية للأب في كل من المادة 233 والمادة 235 من مدونة الأسرة، أما نيابة المحكمة فتتأسس من خلال المادة 265 وبالتالي فإن المحكمة تبت في كل نزاع بين الحاضنة والولي الشرعي حول مسألة متعلقة بالشؤون الشخصية للقاصر.

² - المحكمة الابتدائية، القنيطرة، ملف استعجالي رقم 410 بتاريخ فاتح غشت 1994، عبد المجيد المهائلي ضد بنعمرو عائشة، مجلة الإشعاع، العدد الثاني عشر-السنة السابعة-يونيو 1995، ص. 96.

³ - المحكمة الابتدائية، الرماني، حكم رقم 264 بتاريخ 6 دجنبر 2005، ملف رقم 04/168، مجلة محكمة، العدد 6، يناير 2006، ص 430.

⁴ - المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، قرار عدد 674 بتاريخ 29 نونبر 2006 في الملف الشرعي عدد 2005/1/2/662، قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة من سنة 1957 إلى 2012، السنة 2013، ص. 558.

⁵ - م. الأعلى، غ. الأحوال الشخصية والميراث، قرار عدد 5289 بتاريخ 2 فبراير 1994، مأخوذ من كتاب محمد الكشور، أحكام الحضانة: دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى. 2004.

⁶ - مدكرة موجهة إلى مديري ومديرات مؤسسات التربية والتعليم العمومي، في شأن تسليم وثائق ومعلومات لأباء وأمهات أولياء التلاميذ والتلميذات، صادر في 15 دجنبر 2017.

أن يؤثر على أحقية الطفل في الدراسة، وهو ما حث على منح الإذن للأُم من طرف وكيل الملك بانتقال طفلين من مؤسسة تعليمية بناء على طلب الأُم، حيث تعود وقائع القضية: إلى أكتوبر 2021 حينما تقدّمت أمّ بطلب للنيابة العامة بالمحكمة الابتدائية بميسور تعرض فيه أنها توجد في خلاف مع زوجها، واضطرت على إثره لمغادرة بيت الزوجية للاستقرار مع عائلتها، مصطحبة معها طفلها، اللذين يتابعان دراستهما. وأضافت أنّها حينما أرادت الحصول على شهادة المغادرة للطفلين من طرف إدارة المدرسة، لتسجيلهما في المدرسة القريبة من محل إقامة عائلتها، تفاجأت برفض مدير المدرسة الذي اشترط ضرورة حضور النائب الشرعي وهو الأب. وأضافت أن من شأن تمسك الإدارة بهذا الشرط أن يعصف بحق الطفلين في متابعة دراستهما، ملتزمة تدخل النيابة العامة¹. هذا الإذن يفتح المجال لتدخل النيابة في منح الإذن في العديد من القضايا والمتعلقة بمنح الإذن باستخراج السفر ووثائق الهوية.

المبحث الثاني: السفر بالمحضون في العمل القضائي

تميز العمل القضائي بعد اعتماد مدونة الأسرة المغربية بنوع من التدبّر (أولاً) في مسألة أحقية سفر الحاضنة بالمحضون، بنوع من التقدير في منح الإذن، بينما عارضت أحكام أخرى هذا التوجه وتشدّدت في منح رخصة التنقل للحاضنة (ثانياً).

أولاً: تدبّر العمل القضائي

إن سبب إلزام الحاضنة بالتوجه نحو القضاء لاستصدار قرار الموافقة على مغادرة التراب الوطني مرده حماية حق الولي الشرعي في مراقبة المحضون، وذلك من خلال تمكينه من حق الرعاية من جهة، ومن جهة ثانية مكافحة ظاهرة نقل الأطفال واختطافهم وإخراجهم من التراب الوطني بشكل غير قانوني خاصة أن الصراعات بين الطليقين قد تتخذ توجهات انتقامية بحرمان الأب أو الأم من زيارة الابن ومنع تربيته، إلا أن هذا القيد يخص الحاضنة (الأم) دون الولي الشرعي (الأب) الذي يمكنه مغادرة التراب الوطني بصحبة المحضون وهو ما يُعد تمييزاً في حق الأم²؛ حيث نصت (المادة 179) من مدونة الأسرة على أنه يمكن للمحكمة بناءً على طلب من النيابة العامة³ أو النائب الشرعي للمحضون أن تُضمن قرار إسناد الحضانة أو في قرار لاحق، منع السفر بالمحضون إلى خارج التراب الوطني دون موافقة نائبه الشرعي وبذلك تقوم النيابة العامة بتبليغ الجهات المختصة مقر المنع والمتمثلة في الخصوص في مناطق العبور من موانئ ومطارات ومعابر حدودية. وذلك قصد إتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان تنفيذ القرار أي أن الطفل لا يمكنه مغادرة التراب الوطني إلا بتوفر تصريح من الأب⁴، أو موافقة من النيابة العامة على ذلك. وما يفهم كذلك إمكانية وضع شرط أو قيد ضمن قرار إسناد الحضانة بمنع المحضون من السفر إلا بموافقة الولي الشرعي، وهو ما يدفع الأم الحاضنة في حالة رغبتها في السفر بالمحضون خارج التراب الوطني أن تلجأ إلى القضاء لتقديم طلب إلى رئيس المحكمة الابتدائية بصفته قاضياً للمستعجلات في المجال الأسري بمقتضى مدونة

¹ المحكمة الابتدائية بميسور، إذن وكيل الملك بتاريخ 10 يناير 2021، المتعلق إذنا بانتقال طفلين من مؤسسة تعليمية بناء على طلب الأم.

² يمكن للأُم أن تلجأ إلى القاضي الاستعجالي من أجل منع الأب باصطحاب الابن والمثال على ذلك الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء الذي جاء فيه: "وحيث أن الدعوى ترمي إلى إصدار أمر بمنع سفر المدعي عليه خارج الوطن على أن تتولى النيابة العامة تبليغ الجهات المختصة قصد تنفيذ ذلك. م. الابتدائية، أمر عدد 104 بتاريخ 2 يونيو 2012، ملف عدد 105-93. غير منشور.

³ تشير في هذا الصدد أن النيابة العامة تتدخل في كافة قضايا الأسرة حيث تعتبر المادة 3 من مدونة الأسرة المغربية النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تحقيق أحكام هذه المدونة، بينما يعبرها قانون المسطرة المدنية في (الفصل 9) طرفاً منضماً، وعليه فإن النيابة العامة تتدخل كطرف أصلي ومنظم في أن واحد. لأجل التعمق أكثر راجع مقال، إدريس الفاخوري، "دور النيابة العامة في المادة الأسرية، مجلة المعرفة القانونية والقضائية، العدد الأول 2017، ص. 24.

⁴ تشير في هذا الصدد مطالبة فريق حزب الأصالة والمعاصرة في مجلس النواب، خلال الولاية التشريعية السابقة، بإدخال تعديلات على مدونة الأسرة حتى تُمكن المرأة الحاضنة من السفر إلى خارج المغرب بدون إذن طليقتها، بالإضافة إلى تمتيعها على غرار طليقتها، بحق "منح الترخيص قصد حصول المحضون على وثائق إثبات الهوية الجنسية وجواز السفر، ويهدف هذا المقترح إلى تغيير المادتين 163 و179 من مدونة الأسرة.

الأسرة وذلك في حالة رفض الأب منح الحاضنة الموافقة على مغادرة التراب الوطني¹. أما في حالة رغبة الحاضنة في استخراج جواز السفر للمحزون فعليها رفع دعوى أمام القضاء وبالتالي فاستخراج جواز سفر المحزون لا يتم إلا من خلال موافقة الولي أو من خلال حكم قضائي²، رغم أن حصول الأبناء القاصرين على جوازات السفر الخاصة بهم مجرد إجراء إداري لأن المشرع خول له حق الاعتراض على سفر المحزون إلى الخارج وليس رفض استخراج جواز السفر³ من جهة، وهو ما أكدت عليه محكمة النقض⁴.

من جهة ثانية ألزمت مدونة الأسرة القاضي عند النظر في كل طلب مقدم قصد التصريح بالسفر بالمحزون مراعاة الشروط المنصوص عليها في التشريع والمتمثل على الخصوص في موافقة الولي الشرعي وإثبات عرضية السفر والمصلحة الفضلى للطفل أو بتوفر أحد هذه الشروط مع منح السلطة التقديرية للقاضي في قبول أو رفض الطلب.

حيث نجد العديد من الأحكام والقرارات التي أيدت حق الحاضنة باصطحاب إبنها مراعاة للمصلحة الفضلى للطفل ومن ذلك الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بفاس⁵ والتي منحت فيه المحكمة الإذن للحاضنة باصطحاب طفلها واستخراج جواز السفر والسفر إلى الخارج خاصة مع تخلف الأب عن الحضور وحيث تبين للمحكمة أن حسن تربية البنت تقتضي تربية المحزون ومراقبته داخل الوطن وخارجه، وفي حكم⁶ آخر سمح القاضي بسفر الحاضنة رفقة طفلها حيث جاء في حيثيات الحكم " وحيث لا يوجد بوثائق الملف ما يثبت رفض الأب أو إعتراضه رغم توصله القانوني بهذا الطلب، وحيث أن الثابت من الملف أن البنيتين إزدادتا بإسبانيا وحيث لا يوجد ضرر بمصلحة الطفل الفضلى التي يتعين مراعاتها دائما طبقا (للفصل 3) من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل فإن هذا الطلب يكون مرتكزا على أساس وتعين الاستجابة له". وفي حكم مشابه صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس⁷ والتي صرحت بالإذن للبننت من أجل مغادرة التراب الوطني والسفر بمعية والدتها المدعية للديار الإيطالية قصد العيش هنالك، وحيث عللت المحكمة حكمها بتدهور صحة والدة المدعية التي كانت تتولى حضانتها الفعلية وعلى اعتبار وجود المدعية واطليقتها أب البننت بالديار الإيطالية، وحيث أن (المادة 186) من مدونة الأسرة جاءت صريحة في أن المحكمة تراعي مصلحة المحزون في تطبيق مواد الحضانة فإن المحكمة بما لها من سلطة تقديرية واسعة في مجال تقييم مصلحة المذكورة إرتأت وجاهة الطلب أمام عجز الجدة عن الاستمرار في واجبات الحضانة.

أما في حالة طلب الإذن بالإقامة خارج التراب الوطني فإن القاضي ملزم بما ورد عليه التشريع وخاصة (المادة 179) السالفة الذكر، التي حددت وعددت الحالات التي يُسمح فيها بطلب مغادرة التراب الوطني للحاضنة رفقة المحزون وهو ما أكد عليه الحكم الصادر عن ابتدائية الناظور⁸ حيث رفض القاضي طلب الحاضنة والمتمثل في مغادرة التراب الوطني والإقامة

¹ - الفقرة الرابعة من (المادة 179)، من القانون 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، صادر بتاريخ 4 فبراير 2004، ص. سبق ذكره.

² - المحكمة الابتدائية، الناظور، قسم قضاء الأسرة. حكم عدد 1280 بتاريخ 2 يوليوز 2018، السيدة فاطمة ضد النيابة العامة، ملف عدد 18/1620/1246

³ - المحكمة الابتدائية، الناظور، قسم قضاء الأسرة. حكم عدد 1336 بتاريخ 7 يوليوز 2018، السدة (ك.ب) ضد السيد (م.د)، ملف عدد 2018/1620/54.

⁴ - محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، قرار عدد 100 صادر بتاريخ 11 فبراير 2014، في الملف الشرعي عدد 2012/1/2/835، مجلة محكمة النقض، عدد 77، ص. 139.

⁵ - المحكمة الابتدائية، فاس، حكم عدد 760 بتاريخ 19 يناير 2012، ملف عدد 05-2733.

⁶ - المحكمة الابتدائية، الناظور، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 1028 بتاريخ 13 ماي 2019، ملف الأحوال الشخصية رقم 19/1620/673. حكم مناقض التوجه أيضا في الحكم الصادر عن نفس المحكمة، حكم رقم 576 صدر بتاريخ 11/103/2019، ملف رقم 18/1620/3390.

⁷ - المحكمة الابتدائية، فاس، حكم عدد 760 بتاريخ 19 يناير 2012، سبق ذكره.

⁸ - المحكمة الابتدائية، الناظور، قسم قضاء الأسرة، حكم عدد 3030 بتاريخ 17 دجنبر 2018، ملف عدد 2018/2764.

بالخارج وبناء حياة جديدة، وقد علل القاضي هذا الرفض بعدم وجود ما يثبت عرضية السفر بل على العكس فإن الحاضنة طلبت مغادرة التراب الوطني قصد الاستقرار بالخارج، وهو ما يتنافى مع الحالات المبررة للسفر بالمحضون خارج التراب الوطني.

ومنه ومن خلال تحليل الأحكام السابقة يتبين أن القاضي عند بثه في أحقية الحاضنة بالسفر بالمحضون عليه مراعاة عرضية السفر والمصلحة الفضلى للطفل في الرعاية والتنشئة في حضن أحد والديه، وبالتالي فإن المشرع حسن فعل عندما منح للقاضي صلاحية البت في عرضية السفر بما يتوافق مع ما جاء به الدستور والاتفاقيات الدولية.

ثانياً: صرامة القاضي في منح الإذن

يمكن للمحكمة أن ترفض منح الإذن للحاضنة بالسفر بالمحضون خارج التراب الوطني ولهذا الرفض ما يبرره والمتمثل إما في رفض الأب أو في عدم إدلاء الحاضنة بما يثبت عرضية السفر، أو مخافة تهريب الطفل ونقله خارج التراب الوطني.

فبالنسبة لرفض الأب نجد أن أغلبية الأحكام الصادرة عن المحاكم المغربية طبقت (المادة 179) من مدونة الأسرة وذلك من خلال الاستماع إلى موقف الولي الشرعي، ومثال ذلك الحكم الصادر عن قسم قضاء الأسرة بالناضور الذي رفض فيه الأب سفر الطفل بحجة حرمانه من حق زيارة المحضون¹، ومخافة تهريب الطفل إلى الخارج والاستقرار هناك وعدم العودة إلى المغرب حيث احتج الأب بكون الحاضنة سبق وأن أخرجت ابنتها الكبرى من التراب الوطني وتحاول حالياً إخراج الابن وحرمان الأب من حق الزيارة، وهو ما أخذ به القاضي ورفض طلب الحاضنة رغم تقديم مجموعة من الوثائق التي تثبت مرض المحضون وعرضية السفر.

من جهة أخرى فإن الحاضنة لا يمكن أن تفرض على الولي الشرعي التصريح لها بالمغادرة وهو ما نستشفه من أحد الأحكام الذي طالبت فيه الحاضنة بإرغام الطليق على الموافقة لها بمغادرة التراب الوطني، وهو ما لم يستجب له القاضي على اعتبار أن موقف الأب الحاسم في مثل هذا النوع من القضايا باعتباره الولي الشرعي حسب ما نصت عليه المادة (163)².

إلا أن موقف الأب لا يكون بنفس الأهمية عندما يكون المحضون مزداد بالخارج أو يتوفر على إقامة دائمة رفقة الأم الحاضنة³، ويواصل دراسته بالخارج وهو ما فيه مراعاة لمصلحة الطفل الفضلى، وهو ما أكد عليه الأمر الصادر من المحكمة الابتدائية بميدلت⁴ حيث تعود فصول القضية إلى "تاريخ 2021/02/15 حينما تقدمت المدعية بمقال استعجالي تعرض فيه بأن لها من طليقها أربعة أبناء وكانوا يقيمون في إسبانيا. إلا أنه بعد الطلاق تم الاحتفاظ بهم لدى جدّهم بالمغرب بالرغم من إسناد الحضانة لها، ونظراً لكون الأبناء نشأوا في الخارج ويتابعون دراستهم هناك ولكون الأب يحتفظ بجوازات سفرهم، فإنها تلتمس من المحكمة الحكم على المدعى عليه بتسليم جوازات سفر الأطفال للأم الحاضنة وإتمام الإجراءات الإدارية والقانونية اللازمة لتمكينها من السفر بهم إلى الخارج، وأجاب المدعى عليه (الأب) بكونه قرر قبل الطلاق العودة إلى المغرب والاستقرار به نهائياً وقد قام بتسجيل الأبناء لمتابعة دراستهم بالمغرب، معتبراً أنّ من شأن الاستجابة لطلب المدعية

¹ - المحكمة الابتدائية، الناظور. قسم قضاء الأسرة. حكم رقم 576 بتاريخ 3 نونبر 2019، ملف رقم 18/1620/3390.

² - المحكمة الابتدائية، الناظور، قسم قضاء الأسرة، حكم عدد 1687 بتاريخ 07 دجنبر 2020، ملف رقم 19/1620/2591.

³ - المحكمة الابتدائية، وجدة، أمر عدد 21 بتاريخ 13 يناير 2005، ملف رقم 08/04/273.

⁴ - أمر رئيس المحكمة الابتدائية بميدلت، أمر عدد 67 بتاريخ 11 مارس 2021، في الملف عدد 21/1101/46، منشور على الموقع www.legal-agenda.com

والإذن لها بالسفر بالأبناء إلى الخارج المسّ بمصلحتهم وتعطيل حقه كأب وولي شرعي في مراقبة أحوال أبنائه، ملتتمسا رفض الطلب" ما دفع القاضي إلى التأكيد على حق الزوجة في اصطحاب أبنائها الأربعة واعتبر أن رفض الزوج تسليم جوازات سفر الأبناء بمثابة عنف نفسي ممارس ضد الأم من شأن استمراره حصول ضرر محقق وأثار وخيمة على حسن نشأتهم. ونفس التوجه سلكه القاضي والذي اعتبر فيه أن مصالح المدعية وأولادها القاصرين مرتبطة بتواجدهم بفرنسا وهو البلد الذي سيستفيدون فيه من الحقوق المترتبة على إقامتهم به خصوصا

وأن الأولاد مازالوا مرتبطين ارتباطا وثيقا بأبهم وأن بقاءهم بالمغرب بعيدا عن والديهم المقيمين بصفة اعتيادية بفرنسا من شأنه أن يعرض مصالحهم وحقوقهم للخطر¹. وهو ما يمكن أن نعتبره من القرارات والأحكام المتنورة التي تركز لمصلحة الأطفال بما يتوافق مع ما جاءت به المواثيق الدولية من جهة ويحد من استفزاز الأب للأم من جهة ثانية.

ونشير إلى أن القاضي سار على نفس التوجه في قضية مشابهة وتتعلق بإدخال الأطفال المحضونين إلى المغرب دون إذن الحاضنة، حيث لم يراعي القاضي الشروط السالفة الذكر (.....) عندما يتعلق الأمر بالحالات التي يقيم فيها الأطفال خارج التراب المغربي حيث اعتمد على مسألة مكان الازدياد والدراسة وهو ما يعد تغليب مصلحة الطفل في الرعاية والعيش الكريم وهو ما نستشفه من خلال أحد الأحكام، حيث قام الأب بنقل الأطفال من موطنهم المعتاد بهولندا إلى المغرب وتسليمهم إلى أشخاص لا حق لهم في الولاية، واعتبره القاضي عملا غير مشروع ومن شأنه الإضرار بالأولاد المحضونين وحرمانهم من عطف وحنان أمهم ومن جهة اعتداء حال على حق الأم في رعاية وحضانة أولادها القاصرين وعلى حقوق هؤلاء في أن ينشأوا في أحضان الأم ورعايتها وحنانها وهي حقوق يجدر الحفاظ عليها في كل وقت وحين ولا تحتل الانتظار مما يكون معه عنصر الاستعجال لحماية الحقوق المذكورة من الاعتداء والتعسف، وإرجاع الأمور إلى الحالة التي كانت عليها، لاسيما وأنه يستشف من ظروف النازلة أن أب الأطفال يتواجد بالديار الهولندية وأن من مصلحته أن يكون أولاده بالقرب منه حتى يسهل عليه التعهد بأحوالهم².

من جهة أخرى لم يرتب المشرع في حالة سفر الحاضنة بالمحزون خارج التراب الوطني دون علم الزوج أي الولي الشرعي أي جزاء، ماعدا إذا طلب هذا الأخير إسقاط الحضانة وهو ما نستشفه من خلال العديد من الاجتهادات القضائية في مختلف المحاكم المغربية.

إلا أن التنقل والسفر إلى الخارج الذي تثبت الحاضنة من خلاله الزوجة عرضية السفر لا يُعد سبب في إسقاط الحضانة ومن ذلك القرار الصادر عن محكمة النقض والذي أكدت فيه أن سفر الحاضنة بالمحزون خارج التراب الوطني قصد العلاج لا يُعد سبب لإسقاط الحضانة مادامت قد أثبتت للمحكمة كونها ما زالت مستقرة رفقة المحزون بالمغرب³ وأنها أثبتت مرضها بشهادتين طبييتين وخضوعها لفحص طبي بالخارج وأنها مازالت تسكن مع المحضونة بعنوانها، وبالتالي نقض القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط القاضي بإسقاط حضانة الأم. والأمر نفسه ينبثق في حالة إقامة الزوجة

¹ - المحكمة الابتدائية، وجدة، أمر عدد 21 بتاريخ 13 يناير 2005، سبق ذكره.

² - محكمة الاستئناف، الحسيمة، قرار عدد 192 بتاريخ 9 أبريل 2013، وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالحسيمة ضد آيت حمو محمد بن شعيب ومن معه، ملف رقم 2012/2-776. أشار إليه حميد الربيعي، حقوق الإنسان في المغرب بين الكونية والخصوصية، مرجع سابق، ص. 315.

³ - محكمة النقض، قرار عدد 342، مريم بنزاها ضد قرار محكمة الاستئناف بالرباط، ملف شرعي عدد 2008/1/2/127.

بالخارج مع المحضون حيث رفضت محكمة النقض¹ طلب المدعي بإسقاط حضانة الأم بذريعة إقامتها بالديار الفرنسية، وإضافة إلى ذلك نقضت القرار الصادر عن استئنافية القنيطرة والمتمثل في منع المحضون من السفر عند ولوجه التراب الوطني. إلا أن الأمر يختلف عند سفر الحاضنة إلى الخارج دون إذن الولي الشرعي وهو ما أكدت عليه محكمة النقض في العديد من الأحكام واعتبرت أن الحضانة تسقط بانتقال الحاضنة بالمحضون إلى خارج المغرب بدون موافقة وليه الشرعي².

خاتمة

وتتضمن أهم النتائج والتوصيات

-النتائج:

- تشدد المشرع وتقييده لحرية تنقل الطفل المحضون سواء على المستوى التشريعي أو من خلال صعوبة استصدار موافقة الخروج من التراب الوطني.
- حماية القضاء للطفل المحضون ومراعاة مصلحته الفضلى عندما يتعلق الأمر بمكان الإقامة الدائمة أو عند نشوب نزاع بين الحاضنة والولي الشرعي.
- تشدد القضاء في حالة استفزاز الولي الشرعي للحاضنة ورفض منحها الإذن لمغادرة التراب الوطني برفقة المحضون بصفة عرضية، وهو ما يعتبر قرار إيجابيا يراعي مصلحة الحاضنة والمحضون.
- السماح للحاضنة باستخراج جواز السفر بغض النظر عن موقف الأب.

التوصيات:

- وجوب تسهيل مسطرة الحصول على الإذن بمغادرة التراب الوطني بالنسبة للأم بمجرد تقديمها الضمانات للعودة للتراب الوطني.
- تقييد حق الولي الشرعي عند رغبته في مغادرة التراب الوطني دون إذن الأم الحاضنة وهو ما يسهل عملية إخراج الأطفال وتهريبهم ومنع الأم من رعاية أبنائها.
- منح الحق للأم الحاضنة باستخراج جواز سفر للمحضون باعتباره وثيقة إدارية لا تعطيه الحق في مغادرة التراب الوطني دون إذن الولي الشرعي أو قرار من المحكمة.
- وضع برمجيات داخل المطارات والموانئ تتضمن كافة المعطيات المتعلقة بالأطفال القاصرين تتيح لرجال الأمن التعرف على وضعية هؤلاء الأطفال من دون استيقاف الأم الحاضنة للتحقق في حال توفرها على الإذن.
- وأخيرا منح مزيد من السلطة التقديرية للقضاة في المسائل المتعلقة بحرية تنقل الحاضنة والمحضون.

• لائحة المراجع

¹ - محكمة النقض، قرار عدد 229 بتاريخ 25 مارس 2014، منير (ق) ضد أمال (و)، في الملف الشرعي 2012/1/2/763، قضاء محكمة النقض، عدد 77، 2014، ص. 95.
² - محكمة النقض، قرار عدد 472 بتاريخ 15 أكتوبر 2008، في الملف عدد 2007/01/02/31، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة من 1957 إلى 2012، الطبعة الأولى، 2013، ص. 566.

✓ الكتب

- حميد اربيعي، حقوق الإنسان في المغرب بين الكونية والخصوصية، منشورات مؤسسة علال الفاسي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2016.
- طارق حسن الباقوري، دور الشرطة في حماية حق التنقل مع التطبيق على المنع من السفر، الطبعة الأولى، 2006.
- محمد الكشور، أحكام الحضانة: دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2004.

✓ أطروحات

- ولفات بلبكاي، أهلية القاصر في مدونة الأسرة - الزواج والطلاق نمزدجا، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، الموسم الجامعي 2014/2015.

✓ مقالات

- إدريس الفاخوري، "دور النيابة العامة في المادة الأسرية"، مجلة المعرفة القانونية والقضائية، العدد الأول 2017.

✓ قوانين

- ظهير شريف رقم 1.99.9 صادر في 10 ربيع الأول 1420 (24 يونيو 1999) بنشر اتفاقية التعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص الموقعة بالقاهرة في 2 صفر 1419 (27 ماي 1998) بين المملكة المغربية وجمهورية مصر العربية، جريدة رسمية، عدد 4718، بتاريخ 10 ربيع الأول 1420 (19 غشت 1999).
- اتفاقية بين المملكة المغربية والمملكة البلجيكية بشأن الاعتراف بالمقررات القضائية وتنفيذها في مادة الالتزام بالنفقة، الموقعة في حرر بروكسيل في 26 يونيو 2002.
- ظهير شريف رقم 1.57.343 صادر في 28 ربيع الثاني 1377 الموافق (22 نونبر 1957) تطبق بموجبه في سائر المملكة المغربية مقتضيات الكتاب الأول والكتاب الثاني المتعلق أولهما بالزواج والثاني بانحلال ميثاقه، جريدة رسمية، عدد 2354 بتاريخ 6 دجنبر 1957، ص. 2032.
- ظهير شريف رقم 1.79.186 بتاريخ 17 ذي الحجة 1399 (8 نونبر 1979) المتعلق بنشر الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والميثاق الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية المبرمين بنيويورك يوم 3 رمضان 1386 (16 دجنبر 1966)، جريدة رسمية، عدد 3525 بتاريخ 6 رجب 1400 (21 ماي 1980)، ص. 631.
- ظهير شريف رقم 1.93.361 صادر في 29 رمضان 1421 (26 ديسمبر 2000) بنشر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1979، الجريدة الرسمية عدد 4866، ص. 226.
- ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، جريدة الرسمية، عدد 5184 بتاريخ 14 ذي الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص. 418.

✓ اتفاقيات دولية

- تم اعتماد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بموجب قرار الجمعية، العامة للأمم المتحدة 180. المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، تاريخ بدأ النفاذ 30 ديسمبر 1981، يرمز إلى هذه الاتفاقية ب (CEDAW).
- تم اعتماد اتفاقية حقوق الطفل بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25 (د-44) المؤرخ في 20 نوفمبر 1989. تاريخ بدأ النفاذ: 2 ديسمبر 1990، وفقا لأحكام الفقرة الأولى من المادة 49. عدد الأطراف. ص. 195.
- تم اعتماد البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 263 (د-54) المؤرخ في 25 ماي 2000. تاريخ بدأ النفاذ: 23 فبراير 2002، وفقا لأحكام المادة 10. عدد الأطراف. 159.
- تم اعتماد البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية، بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة تحت رقم 263 (د-54) المؤرخ في 25 ماي 2000.

✓ أحكام وقرارات

- المحكمة الابتدائية، القنيطرة، ملف استعجالي رقم 410 بتاريخ فاتح غشت 1994، عبد المجيد المهاشي ضد بنعمرو عائشة، مجلة الإشعاع، العدد الثاني عشر-السنة السابعة-يونيو 1995.
- المحكمة الابتدائية، الرماني، حكم رقم 264 بتاريخ 6 دجنبر 2005، ملف رقم 04/168، مجلة محكمة، العدد 6، يناير 2006.
- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، قرار عدد 674 بتاريخ 29 نونبر 2006 في الملف الشرعي عدد 2005/1/2/662، قضاء محكمة النقض في مدونة الاسرة من سنة 1957 إلى 2012، السنة 2013.
- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، قرار عدد 5289 بتاريخ 2 فبراير 1994.
- المحكمة الابتدائية، أمر عدد 104 بتاريخ 2 يونيو 2012، ملف عدد 93-105.
- المحكمة الابتدائية، الناظور، قسم قضاء الأسرة، حكم عدد 1280 بتاريخ 2 يوليوز 2018، السيدة فاطمة ضد النيابة العامة، ملف عدد 18/1620/1246
- المحكمة الابتدائية، الناظور، حكم عدد 1336 بتاريخ 7 يوليوز 2018، السدة (ك.ب) ضد السيد (م.د)، ملف عدد 2018/1620/54.
- محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، قرار عدد 100 صادر بتاريخ 11 فبراير 2014، في الملف الشرعي عدد 2012/1/2/835، مجلة محكمة النقض، عدد 77.
- المحكمة الابتدائية، فاس، حكم عدد 760 بتاريخ 19 يناير 2012، ملف عدد 05-2733.
- المحكمة الابتدائية، الناظور، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 1028 بتاريخ 13 ماي 2019، ملف الأحوال الشخصية رقم 19/1620/673.
- المحكمة الابتدائية، الناظور، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 576 صدر بتاريخ 11/103/2019، ملف رقم 18/1620/3390.

- المحكمة الابتدائية، الناظور، قسم قضاء الأسرة، حكم عدد 3030 بتاريخ 17 دجنبر 2018، ملف عدد 2018/2764.
- المحكمة الابتدائية، الناظور، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 576 بتاريخ 3 نونبر 2019، ملف رقم 18/1620/3390.
- المحكمة الابتدائية، وجدة، أمر عدد 21 بتاريخ 13 يناير 2005، ملف رقم 08/04/273.
- أمر رئيس المحكمة الابتدائية بميدلت، أمر عدد 67 بتاريخ 11 مارس 2021، في الملف عدد 21/1101/46.
- محكمة الاستئناف، الحسيمة، قرار عدد 192 بتاريخ 9 أبريل 2013، وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالحسيمة ضد آيت حمو محمد بن شعيب ومن معه، ملف رقم 2012/2-776.
- محكمة النقض، قرار عدد 342، مريم بنزاها ضد قرار محكمة الاستئناف بالرباط، ملف شرعي عدد 2008/1/2/127.
- محكمة النقض، قرار عدد 229 بتاريخ 25 مارس 2014، منير (ق) ضد أمال (و)، في الملف الشرعي 2012/1/2/763، قضاء محكمة النقض، عدد 77، 2014.
- محكمة النقض، قرار عدد 472 بتاريخ 15 أكتوبر 2008، في الملف عدد 2007/01/02/31، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة من 1957 إلى 2012، الطبعة الاولى، 2013.

الطعن في حكم التحكيم-التشريع الفلسطيني نموذجاً-

Appealing an arbitral award Palestinian Legislation as a Model-

باسل عيايدة، Bassel Ayayda محامٍ متدرب لدى نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين.

طالب دكتوراه، مختبر العلوم القانونية والقضائية. جامعة الحسن الثاني-كلية العلوم

القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالمحمدية

basel.ayayda1995@gmail.com

ملخص:

من الطبيعي أن يكون في حكم التحكيم نقص في تفسير النصوص القانونية أو التأويل أو التطبيق أو غيرها من الحالات الأخرى وهو ما يدعو الى مراجعة هذا الحكم وهذه المراجعة العملية جاءت من خلال المشرع لإحقاق الحق والعدالة وتتم هذه المراجعة في حكم التحكيم من خلال أسلوب الطعن به، وذلك من خلال طلب يذكر فيه الأسباب وراء هذا الطعن ويقدم هذا الطعن خلال مدة معينة وفي حال انقضاؤها دون تقديم هذا الطعن يصبح الحكم قطعياً وقابلاً للتنفيذ على المحكوم عليه. وإن اللجوء الى التحكيم وسيلة لحل النزاع لا يعني عدم إمكانية الطعن في الحكم الحاسم لهذا النزاع، لأن هذا الحكم قد يلحقه عيب يستوجب بطلانه، لكن القوانين اختلفت فيما بينها بشأن طرق الطعن في حكم التحكيم، فبعضها يجيز الطعن في هذا الحكم على نحو واسع لا يختلف عن الأسلوب المتبع في الطعن في أحكام القضاء كالقانون اللبناني، وبعضها يجيز استئناف حكم التحكيم وفق بعض الضوابط كالقانون الكويتي، ومن هذه الضوابط: وجود اتفاق بين الخصوم قبل صدور الحكم على استئناف هذا الحكم، وعدم وجود حالة من الحالات التي لا يجوز الطعن فيها بالاستئناف كحالة التحكيم بالصلح. والطعن في الحكم بالاستئناف يجيز الطعن بطريق النقض على أن يوجه هذا النقض الى الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف لا إلى حكم التحكيم، وذهبت قوانين أخرى الى عدم جواز الطعن في حكم التحكيم بأي طريقة من طرق الطعن لكنها أجازت رفع دعوى ببطلانه في أحوال محددة أمام الجهة القضائية المختصة.

الكلمات المفتاحية: اتفاق التحكيم، انواع التحكيم، شروط الصحة، الطعن بالفسخ، قرار التحكيم.

Abstract:

It is natural for the arbitral award to have a lack of interpretation of legal texts, interpretation, application, or other cases, which calls for a review of this ruling and this practical review came through the legislator to achieve truth and justice. And that is through a request stating the reasons behind this appeal and submitting this appeal within a certain period. And resorting to arbitration as a means to resolve the dispute does not mean that it is not possible to appeal the decisive ruling for this dispute, because this ruling may be affected by a defect that requires its invalidity. On the method used in appealing judicial rulings, such as the Lebanese law, and

some of them allow the appeal of the arbitration ruling according to some controls, such as the Kuwaiti law, and among these controls: the existence of an agreement between the litigants before the issuance of the ruling to appeal this ruling, and the absence of a case in which it is not permissible to appeal by appeal as a case Arbitration by conciliation. The appeal against the judgment of appeal allows the appeal by way of cassation, provided that this cassation is directed to the judgment issued by the court of appeal, not to the arbitration judgment. competent.

Keywords: arbitration agreement, types of arbitration, conditions of validity, annulment appeal, arbitration decision.

مقدمة :

يمثل التحكيم اسلوباً استثنائياً للفصل في المنازعات يقوم اساساً على اختيار اشخاص عاديين للفصل في تلك المنازعات يسمون (المحكمون)، كما ان أطراف النزاع هم الذين يقومون بتحديد عدد المحكمين واسماؤهم ومكان التحكيم واجراءاته والقواعد التي يخضع لها. ويعد التحكيم من أقدم الوسائل التي كان الافراد يلجأون اليها لفض المنازعات التي تنشأ بينهم، إذ كان العرب قبل الاسلام يتبعون هذا الاسلوب لفض المنازعات التي تنشأ بين الافراد او تلك التي تنشأ بين القبائل.¹

وقد جاء الإسلام مؤكداً مشروعية اللجوء الى التحكيم لحسم المنازعات بين الناس، مما جاء في القرآن الكريم من آيات كثيرة تشير الى التحكيم قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾² وقوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَزَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾³.

كما أن الطبيعة الخاصة للعدالة التي يقوم بها المحكم والمستندة في أساسها إلى ارادة الأطراف تضيي على أوجه الرجوع بطرق الطعن على الحكم التحكيمي ذاتية مستمدة من الهدف ومن كيفية تنظيمها من الناحية الفنية ، فهناك طرق للطعن لا يمكن اعمالها بشأن حكم التحكيم بسبب ذاتية عدالة التحكيم ، فعدالة التحكيم هي عدالة صادرة عن قضاء لا يندمج في أي نظام قضائي دائم ومن الأمور المثيرة للدهشة أن هناك اتفاقاً ملحوظاً بين القوانين الوضعية فيما يتعلق بالمبدأ الأساسي الذي تقوم عليه فكرة الرجوع على أحكام التحكيم، صحيح أن بعض الأنظمة القانونية تقرر إلى جانب هذه الوسيلة الموجهة إلى حكم التحكيم، طرق قانونية أخرى للطعن على الحكم التحكيمي.

وهذا ما أخذ به قانونا التحكيم الأردني والمصري، أما قانون التحكيم الفلسطيني فقد أجاز الطعن في حكم التحكيم عن طريق تقديم طلب فسخ في هذا الحكم في أحوال محددة، لذلك ترد الإشكالية التالية حول:

الى أي حد استطاع المشرع الفلسطيني من تحديد طرق ومعايير للطعن في حكم التحكيم؟

¹ يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص6.

² الآية 35 من سورة النساء.

³ الآية 65 من سورة النساء.

للإجابة على الإشكالية السابقة سوف نعمل على تناول الموضوع في مبحثين، نتحدث في (المبحث الأول) عن ماهية التحكيم، وفي (المبحث الثاني) عن طرق الطعن في حكم التحكيم في التشريع الفلسطيني.

المبحث الأول: ماهية التحكيم

يرتكز التحكيم على إرادة الخصوم وإقرار المشرع لهذه الإرادة، حيث يعد اتفاق أطراف النزاع على حله بواسطة التحكيم أول مرحلة من مراحل اللجوء إليه. ويتخذ التحكيم إحدى صورتين فقد يكون الاتفاق على التحكيم على صورة بند في أحد العقود يتفق الطرفان فيه على إحالة المنازعات التي تنشأ عن هذا العقد إلى التحكيم ويطلق على هذا الاتفاق (شرط التحكيم)، أو قد يكون عن طريق اتفاق أطراف نزاع نشأ فعلاً عن حله بواسطة التحكيم وتسمى هذه الصورة (بمشاركة التحكيم).

وعليه سنتناول في هذا المبحث مفهوم التحكيم وطبيعته القانونية في المطلب الأول فضلاً عن أنواع التحكيم في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم وطبيعته القانونية

نتناول في هذا المطلب تعريف التحكيم في الفقرة الأولى، أما الفقرة الثانية نتناول فيها طبيعته القانونية.

الفقرة الأولى: تعريف التحكيم

التحكيم لغةً من الفعل حكم، والحكم بمعنى القضاء ويقال (حَكَمَ) بينهم أي قضى ويقال أيضاً حَكَمَ له وحُكِمَ عليه. والحكم أيضاً الحكمة من العلم، والحكيم العالم وصاحب الحكمة، والحكم أيضاً المُتَنَمِّنُ للأُمُور. وقد (حَكَمَ) أي صار حكيماً و(أَحْكَمَهُ) أَسْتَحْكَمَ أي صار محكماً (الحَكَمَ) بمعنى الحاكم وهو من يختار للفصل بين المتنازعين وحكّموه بينهم امرؤ ان يحكم ويقال حَكَمْنَا فلاناً فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا¹.

أما اصطلاحاً فقد اختلفت التشريعات وتعددت آراء الفقه والقضاء بشأن تعريف نظام التحكيم ومع اختلافها شكلاً إلا أنها اتفقت من حيث المضمون على أنه أحد الوسائل القانونية التي يتم فيها حل المنازعات بطريقة ودية وسريعة، فقد عرف المشرع الفرنسي شرط التحكيم في م/1442 من قانون المرافعات المدنية المعدل بأنه "الاتفاق الذي يتعهد بموجبه أطراف عقد من العقود على حل المنازعات التي تنشأ عنه بواسطة التحكيم"، أما مشاركة التحكيم فقد عرفه في م/1447 من القانون ذاته على أنه "عقد يتفق بمقتضاه أطراف نزاع نشأ بالفعل على إحالة هذا النزاع إلى محكم أو عدة محكمين كي يتولوا الفصل فيه"².

أما المشرع الفلسطيني فقد عرف اتفاق التحكيم بأنه "وسيلة لفض نزاع قائم بين أطرافه وذلك بطرح موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم للفصل فيه"³.

الفقرة الثانية: طبيعة التحكيم

¹ العلامة ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، ج ٢، ط ٣، دار احياء التراث العربي، بيروت- لبنان، بدون سنة طبع، ص ٢٧٠-٢٧٢؛ ومحمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي،

مختار الصحاح، ط ١، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، ١٩٦٧، ص ١٤٨.

² علي عبد الجبار رحيم المشهدي، قانون الاجراءات المدنية الفرنسي (قانون المرافعات)، قانون خاص، كلية القانون، جامعة الكوفة، النجف، 2020.

³ قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000، الوقائع الفلسطينية، العدد 33، 30/06/2000، مادة 1.

اختلف الفقه بشأن طبيعة اتفاق التحكيم حيث ذهب البعض إلى ان التحكيم تطغى فيه الصفة التعاقدية اذ يخضع النزاع لقانون الإرادة فالإرادة هي التي تحدد القواعد والاجراءات التي يخضع لها التحكيم. وذهب رأي آخر إلى أن التحكيم يحتل مركزاً وسطاً بين التعاقد والحكم القضائي، في حين ذهب رأي ثالث الى ان التحكيم له طبيعة خاصة فلا يمكن تفسيره في ضوء المبادئ التقليدية ومحاولة ربط العقد بالحكم القضائي مستنديين في ذلك الى الآتي:

١. إن الهدف من اللجوء الى التحكيم هو السعي الى العدالة بطريق غير تقليدي القضائي.
٢. إن حكم المحكم هو عمل قضائي من نوع خاص لأنه لا يصدر عن السلطة القضائية ولا تُبَعُّ بشأنه الاجراءات القضائية المقررة للأحكام القضائية.

الا ان المحكم لا يطبق قواعد القانون التقليدية وانما قد يرجع بصده الى قواعد العدالة. اما الرأي الرابع فقد ذهب الى ان التحكيم قضاء اجباري ملزم لأطراف النزاع متى اتفقوا عليه وانه يحل محل قضاء الدولة الاجباري فالصفة القضائية هي التي تغلب على اتفاق التحكيم¹.

وبالنسبة للتشريع الفلسطيني فقد نص في المادة الخامسة من فصله الثاني على أنه "6- لا يجوز العدول عن اتفاق التحكيم إلا باتفاق الأطراف أو بقرار من المحكمة المختصة".

كما وتناول الفصل سالف الذكر ما يتعلق برد هيئة التحكيم، وحالة وفاة أحد المحكمين وأعطت الحق للمحكمين بطلب رأي المحكمة المختصة في نقطة قانونية تنشأ خلال نظر النزاع².

أما بالنسبة لطبيعة الحكم الصادر عن هيئة التحكيم فقد أضفى المشرع الفلسطيني طابعاً قضائياً على الحكم الصادر من هيئة التحكيم إذ جاء في المادة 45 من قانون التحكيم الفلسطيني ما يلي:

1- "إذا انقضت المدة المنصوص عليها في المادة (44) من هذا القانون دون الطعن في قرار التحكيم تصدر المحكمة المختصة بناء على طلب أحد الأطراف قراراً بتصديقه وإكسابه الصيغة التنفيذية، ويكون قرار المحكمة نهائياً، وينفذ بالطريقة التي تنفذ بها قرارات المحاكم.

2- إذا قضت المحكمة المختصة برفض طلب الطعن فإنها تقرر صحته واكتسابه الصيغة التنفيذية.

3- إذا قضت المحكمة المختصة بفسخ قرار التحكيم يجوز لها إذا رأت ذلك ملائماً أن تعيد النزاع إلى هيئة التحكيم لإعادة النظر في النقاط التي تحددها المحكمة."

ومما سبق نستطيع القول بان للتحكيم طبيعة مزدوجة او هو عمل قانوني ذو طبيعة مزدوجة، طبيعة عقدية بالنسبة لاتفاق التحكيم وطبيعة قضائية بالنسبة للحكم الصادر من المحكمين.

المطلب الثاني: أنواع التحكيم وأثاره القانونية

الفقرة الاولى: أنواع التحكيم

¹ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، ط5، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1987، ص18-19.

² المواد 11 الى 19، قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

لا يوجد نوع واحد من التحكيم، بل توجد عدة أنواع له، والعبرة في وصف نظام معين بأنه من تطبيقات التحكيم أو لا هي بحقيقة هذا النظام وجوهره، وليس بالمسمى الذي يطلقه عليه المشرع، فقد يطلق المشرع على نظام معين مسمى التحكيم، ولكن الفحص الدقيق لطبيعة هذا النظام يبين انه لا يعد تحكيمياً¹.

وقد أورد المشرع الفلسطيني أنواع التحكيم في قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000 في المادة الثالثة منه.

أولاً: التحكيم الداخلي والتحكيم الخارجي

التحكيم الداخلي أو المحلي هو التحكيم الذي يجري داخل الدولة ويطبق عليه قانونها، أما التحكيم الخارجي فهو ما كان موضوعه نزاعاً يتعلق بمسألة من المسائل الاقتصادية أو التجارية أو المدنية وذلك في الأحوال التي حددها القانون.

ثانياً: التحكيم البسيط والتحكيم مع التفويض بالصلح :

الأصل ان يكون التحكيم بسيطاً ومعنى ذلك ان يقوم المحكمون باصدار حكم في النزاع طبقاً لقواعد القانون سواء اكانت مكتوبة ام غير مكتوبة²، وهذا ما أكد عليه المشرع الفلسطيني³، أما التحكيم مع التفويض بالصلح أو تحكيم العدالة ففيه يفصل المحكم في النزاع وفقاً لقواعد العدل والانصاف دون التقيد بأي قانون، وقد أخذ بهذا النوع من التحكيم كل من فرنسا ومصر والعراق⁴.

ثالثاً: التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري :

الأصل أن يكون التحكيم اختيارياً فأطراف النزاع يملكون الحرية في اللجوء إلى التحكيم أو أي طريق اخر من طرق فض المنازعات كالقضاء مثلاً وقد اخذت بهذا النوع من التحكيم غالبية الدول ومنها العراق اذ يمارس مجلس شوري الدولة العراقي نوعاً من التحكيم الاختياري في جميع المسائل المختلف عليها بين الوزارات او بينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة اذا احتكم اطراف القضية إلى المجلس ويكون، والتحكيم هنا يكون في كافة القضايا مهما كان وجه الخلاف إلا ان هذا التحكيم قرار المجلس ملزماً لها يقتصر على المسائل القانونية دون الوقائع، أما التحكيم الاجباري فانه يقوم على اساس قيام المشرع في بعض صور المنازعات بإجبار طرفي النزاع باللجوء إلى التحكيم لحل هذا النزاع بحيث يصبح التحكيم طريقاً اجبارياً بديلاً عن القضاء⁵.

رابعاً: التحكيم الكلي والتحكيم الجزئي :

يكون التحكيم كلياً اذا اتفق الخصوم على ان يكون التحكيم شاملاً لجميع المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد مهما كانت طبيعتها سواء اكانت ذات طابع قانوني ام ذات طابع فني ام اقتصادي. وقد يكون التحكيم جزئي اذا اتفق اطراف النزاع على ان يشمل التحكيم بعض انواع المنازعات كالمنازعات القانونية أو المنازعات ذات الطابع الفني⁶.

¹ يسري محمد العصار، مرجع سابق، ص 47.

² محمود محمد باقوت، "حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق"، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص 331.

³ المادة 18 من قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000.

⁴ أنظر المواد 1474 و 1497 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسي والفقرة 4 من م/39 من قانون التحكيم المصري و م265 من قانون المرافعات العراقي.

⁵ عبد القادر الطورة، قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية -دراسة مقارنة-، المطبعة الفنية الحديثة، الأردن، 1988، ص 105.

⁶ أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 32.

الفقرة الثانية: آثار حكم التحكيم

تعتبر آثار أي حكم هي الغاية المبتغاة من صدوره، وهي أيضا تمثل الطلبات في أي دعوى بشكل عام ، سوء في الحكم القضائي أو في الحكم التحكيمي .

إلا أن هناك تماثل بين حكم المحكم و الحكم القضائي في أن عناصر القوة التنفيذية لهذا الحكم تتوافر فيه بمجرد صدوره بالإلزام، ويمارس قضاء الدولة نوع من الوصاية القضائية على الإرادة الخاصة ، لحماية الحقوق الفردية فيراقب من الخارج حكم المحكم من حيث سلامته الشكلية الإجرائية دون أن يمس القضاء الصادر عن هيئة التحكيم، ثم يصدر أولا أمر التنفيذ حسب نتيجة فحص حكم المحكم من حيث الشكل ، وبصدور أمر التنفيذ تصير القوة التنفيذية لحكم المحكم صالحة للعمل والنشاط ويمكن التنفيذ الجبري لهذا الحكم بموجبها. وتتمثل آثار صدور الحكم التحكيمي فيما يلي :

أولاً: انتهاء ولاية المحكم

ولاية المحكم هي السلطة الممنوحة له للفصل في أي نزاع يحكم فيه، غير أن هذه الولاية تختلف باختلاف مصدرها فتتقسم إلى : ولاية مصدرها وثيقة التحكيم ، ولاية مصدرها القضاء. فالأولى يتم تعيين المحكم أو لجنة التحكيم من قبل أطراف النزاع ، فتتضمن الوثيقة أسماء المحكمين بالتحديد ، فما أن يوقع عليها جميع الأطراف ومن بينهم المحكمين فإن الولاية تنعقد للمحكمين بموجب هذه الوثيقة وفي إطارها.

وأما الأخرى فهي عادة لا تنشأ إلا في حالات معينة تجبر الأطراف للجوء إلى المحكمة المختصة ، إما لرد المحكم أو لعزله ، فيقوم القاضي بطلب من الخصوم بتعيين محكم يكمل إجراءات التحكيم. وهناك حالة أخرى متعلقة بقرار المحكمة وهي حالة أن تكون القضية منظورة أمام المحكمة فيطلب الخصوم إحالتهم إلى التصالح ، فيقرر القاضي ندهم للصالح وهذا يكون تحكيميا بالصالح تصادق عليه المحكمة عند الاتفاق على إنهاء الخصومة.

ثانيا: حيابة الحكم التحكيمي لحجية الأمر المقضي به

الحقيقة القانونية أن حكم المحكمين له حجية الشيء المقضي به منذ صدوره، ذلك أن التحكيم ولو أنه قضاء خاص و ارتبط بعقد ، إلا أنه لا يمكن إغفال أن المشرع اعترف للمحكمين بصلاحيه الفصل في نزاعات الأفراد ونظم التحكيم واعتبر ما يصدره المحكمون من أحكام لها صفة الأحكام القضائية بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية من قبل المحكمة المختصة ، وأوجب على المحكمين تطبيق نفس الإجراءات القانونية والقواعد العامة وكأن النزاع عرض على المحكمة المختصة تماما .

ثالثا: جواز تنفيذ الحكم التحكيمي :

يتمتع الحكم التحكيمي بقوة الأمر المقضي به إذا نظرنا إلى الأمر من زاوية عدم قابلية الحكم لطرق الطعن؛ أما إذا نظر إليه من زاوية القابلية للتنفيذ أو من ناحية قوته التنفيذية فلا يتمتع إلا بالأمر المقضي لا قوته، وذلك لأنه لا يكتسب قوة تنفيذية ذاتية بل يحتاج إلى أن يذيل أو يمنح الصيغة التنفيذية. لذا فحكم المحكمين وإن كان يحوز حجية الأمر المقضي بمجرد صدوره، ليس له في ذاته قوة تنفيذية تمكن المحكوم له من اقتضاء حقه جبرا. فالقوة

¹ نبيل إسماعيل عمر - التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية ، الطبعة الثانية، الإسكندرية، مطبعة دار الجامعة الجديدة 2005، ص 279 .

التنفيذية لا تلحق حكم المحكمين إلا بصدر أمر خاص بها من قضاء الدولة يسمى بأمر التنفيذ¹، وهو ما أكد عليه المشرع الفلسطيني في المادة 45 من قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000.

رابعاً: صفة الرسمية في الحكم التحكيمي :

لأن المحكم يقوم بخدمة عامة هي منح الحماية القضائية فإن ما يصدر منه يعتبر ورقة رسمية، كذلك يكون لحكم التحكيم قوة الورقة الرسمية بالنسبة لما دونه من أمور وقعت من ذي الشأن في حضور المحكمين، كإثبات إقرار من خصم، أو اطلاع على مستند².

وبالمقابل هناك من له وجهة نظر أخرى تقول ، بأن هناك عدة اعتبارات تدعو إلى القول بأن حكم المحكمين لا يعتبر ورقة رسمية ، حيث لا يتوفر فيه شروط الورقة الرسمية من وجوب تحريرها من طرف موظف مختص ، والحال أن المحكمين هم مجرد أفراد عاديين يتم اختيارهم من قبل الخصوم أنفسهم ، وبناء عليه يمكن القول أن حكم المحكمين لا يعتبر ورقة رسمية تسري عليه أحكامها أو يعتبر كذلك إلا بعد تذييله أو المصادقة عليه من قبل رئيس المحكمة ، وذلك بمنحه الصيغة وأن هذه المصادقة هي التي تعطيه الصفة الرسمية وهي التي تدخله في عداد الأحكام القضائية³.

إلا أن قانون التحكيم الفلسطيني، اتخذ كلا من الاتجاهان إذ نص في فصله الثالث على جواز تشكيل هيئة التحكيم باتفاق الأطراف على اختيار الهيئة، وكذلك نص في نفس الفصل على جواز اختيار هيئة التحكيم من واحد أو أكثر من قائمة المحكمين المعتمدين من وزارة العدل في حالات معينة.

المبحث الثاني: الطعن بالفسخ في حكم التحكيم

تحرص التشريعات على فتح طريق الطعن بالأحكام للتوفيق بين الاعتبارات السابقة، لكنها لم تفتح هذا الطريق إلى مالا نهاية ولم تجزه ضد كل الأحكام؛ بل عمدت على رسم طرق محددة للطعن وبقيود محددة وبهذا التحديد وهذه القيود يمكن المحافظة على ما يجب للأحكام من حجية في مراعاة تسوية ما قد يصدر عن القضاء من أخطاء.

يُعرف الطعن على أنه: "الوسائل القضائية التي ينظمها القانون لمراقبة صحة الأحكام ومراجعتها، وهي تهدف إلى كشف أخطاء الحكم المطعون فيه سواء تعلقت بالقانون الموضوعي أم بالإجراءات"، وأيضاً فإن طرق الطعن تهدف إلى إصلاح الأخطاء ومراقبة أعمال القضاء الذين أصدروا الحكم المطعون به، ولقد فرّق المشرع القانوني في تسمية طرق الطعن من حيث المحاكم التي يتم رفع الطعن إليها، فإذا تمّ الطعن أمام المحكمة نفسها فيسمى وقتها الطعن بأنه اعتراض أو إعادة نظر، أما إذا تم الطعن بالحكم الصادر عن المحكمة لمحكمة أعلى درجة يسمى حينها الطعن بالاستئناف⁴.

أجاز قانون التحكيم الفلسطيني رقم (4) لسنة 2000 في فصله الخامس الطعن في حكم التحكيم لدى المحكمة المختصة، ولكن هذه الإجازة جاءت مضيقه بحيث حدد القانون سالف الذكر أسباباً محددة بتحقيقها يمكن

¹ فتعي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية الطبعة الأولى، 2007، ص480، ف277.

² فتعي والي، مرجع سابق، ص451، ف258.

³ عبد الكريم الطالب - حجية أحكام المحكمين في قانون المسطرة المدنية - مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية- عدد 53- دجنبر 2003.

⁴ اسماعيل نبيل عمر (1998)، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مصر: منشأة المعارف، صفحة 579.

للأطراف الطعن في حكم التحكيم، كما وحصرت التقدم بطلب الطعن لدى المحكمة المختصة بمدة محددة إذا لم يقدم الطلب خلالها يذيل الحكم بالصيغة التنفيذية.

ومنح المشرع الفلسطيني أطراف التحكيم حق الطعن في حكم التحكيم عن طريق تقديم طلب بذلك بهدف الى فسخ هذا الحكم، ويقصد بطلب الفسخ: "الاجراء الذي يتم من خلاله عرض حكم التحكيم على المحكمة المختصة بهدف اصدار قرار بفسخه"¹.

ويقابل تقديم طلب فسخ حكم التحكيم في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رفع دعوى بطلانه في ظل قانوني التحكيم الأردني والمصري حيث نصا على عدم قبول أحكام التحكيم الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المحددة في قانون أصول محاكمات أو مرافعات المدنية والتجارية²، إنما أجازا رفع دعوى بطلان وفقاً لأسباب محددة تحديداً حصرياً، لكن أسباب البطلان لا تشمل كل ما يلحق بحكم التحكيم من عيوب تؤدي إلى بطلانه كحالة صدور الحكم مبنياً على غش أو ورقة ثبت تزويرها بعد الحكم، لذلك يجب تفسير هذه الأسباب باعتبارها الطريق الوحيد للطعن في حكم التحكيم تفسيراً واسعاً لكن لا يجوز قياسها على طرق الطعن في الأحكام القضائية، حيث يمكن الطعن في الحكم الصادر بناءً على غش أو ورقة مزورة استناداً استناداً إلى السبب المتمثل في تعذر تقديم الدفاع لأي سبب خارج عن الإرادة³.

وحدد هذا المشرع الأسباب التي بناءً عليها يتم تقديم طلب الفسخ، وهذه الأسباب واردة على سبيل الحصر⁴ ولا يشترط توافر أكثر من سبب لكي تصدر المحكمة قراراً بفسخ حكم التحكيم، إنما وجود سبب واحد يعد كافياً لإصدار هذا القرار.

وللتوضيح أكثر حول مفهوم الطعن في حكم التحكيم في التشريع الفلسطيني سنتناول هذا المبحث من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: أسباب الطعن بالفسخ

بالرجوع لأحكام المادة 43 من قانون التحكيم الفلسطيني نجده أشار الى الطعن في قرار التحكيم وسيتم تبين ذلك من خلال التالي:

أولاً: أسباب الفسخ المتعلقة باتفاق التحكيم وأطرافه

1- فقدان أحد أطراف التحكيم أهليته أو نقصانها

نصت المادة الثانية من قانون التحكيم الفلسطيني: "مع مراعاة أحكام المادة (4) من هذا القانون تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين يتمتعون بالأهلية القانونية للتصرف بالحقوق أيضاً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع مع مراعاة الاتفاقات الدولية التي تكون فلسطين طرفاً فيها"⁵.

¹ المومني، محمد احمد سعيد، التحكيم في التشريع الاردني والمقارن، دون طبعة، ج 1، دون مكان نشر، دون تاريخ نشر، ص 67.

² المادة 48 من قانون التحكيم الاردني، المادة 52 من قانون التحكيم المصري.

³ بربري محمود مختار احمد، التحكيم التجاري الدولي، ط3، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004، ص 222.

⁴ المادة 43 من قانون التحكيم الفلسطيني.

⁵ نصت المادة 4 من قانون التحكيم الفلسطيني: "لا تخضع لأحكام هذا القانون المسائل الآتية: 1- المسائل المتعلقة بالنظام العام في فلسطين. 2- المسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانوناً. 3- المنازعات بالأحوال الشخصية".

حيث يتضح من هذا النص أنه يُشترط لصحة اتفاق التحكيم أن تتوافر في أطراف هذا الاتفاق أهلية التصرف، ويجب أن يتمتعوا بهذه الأهلية في جميع مراحل التحكيم ابتداءً من الاتفاق عليه وانتهاءً بالحكم النهائي للنازع¹. ويقصد بهذه الأهلية: "صلاحية الشخص لإعمال إرادته إعمالاً من شأنه ترتيب الأثر القانوني الذي ينشده"². وهذه الأهلية قد تكون كاملة أو ناقصة أو معدومة، فإذا كانت كاملة صح التصرف الذي يجريه الشخص وإذا كانت ناقصة كان التصرف قابلاً للإبطال وإذا كانت معدومة كان التصرف باطلاً³.

وتتحدد أهلية التصرف أو الأداء بالتمييز، وهذا التمييز يتأثر بالسن وبغوارض أخرى قد تصيب الشخص كالجنون والعتة، وهي عوارض تصيب العقل، أو بعوارض تفسد التدبير كالسفه والغفلة، وفقد التمييز ليس له أهلية الأداء، ولا يستطيع مباشرة أي من التصرفات القانونية، أما إذا بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد تكون له أهلية ناقصة تخوله مباشرة بعض التصرفات القانونية، فإذا كانت هذه التصرفات نافعة نفعاً محضاً تكون صحيحة وإذا كانت ضارة ضرراً محضاً تكون باطلة أما إذا كانت تدور بين النفع والضرر تكون موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز له التصرف فيها، أما تصرفات المجنون فلا تكون صحيحة إذا صدرت في حالة جنونه، والمعته تكون له أهلية ناقصة وتأخذ تصرفاته حكم تصرفات الصبي المميز، كما أن تصرفات السفه وذي الغفلة تأخذ حكم تصرفات المميز إذا صدرت بعد إعلان قرار الحجر عليهما⁴.

فإذا أصاب أحد أطراف التحكيم عارض من عوارض الأهلية يجب أن يكون ممثلاً تمثيلاً قانونياً سليماً، والتمثيل القانوني لفاقد الأهلية أو ناقصها يتم من خلال الولي أو الوصي أو القيم⁵، لكن لا يجوز لهذا الولي أو الوصي أو القيم اللجوء إلى التحكيم ما لم يكن مأذوناً له بذلك من المحكمة المختصة بمنح ذلك الاذن⁶.

بناء على ذلك يعد فقدان أحد الأطراف أهليته أو نقصانها سبباً لفسخ حكم التحكيم، إلا إذا كان ممثلاً تمثيلاً قانونياً، أما إذا لم يكن هذا التمثيل قانونياً جاز طلب فسخ هذا الحكم⁷.

وهذا السبب يمكن أن يندرج تحت السبب المتمثل في بطلان اتفاق التحكيم لأن هذا الاتفاق يتطلب توافر الأهلية في أطرافه وإلا كان باطلاً.

ثانياً: إصابة أحد أعضاء هيئة التحكيم بعارض من عوارض الأهلية

نصت المادة التاسعة من قانون التحكيم الفلسطيني: "يجب أن يكون المحكم أهلاً للتصرفات القانونية ومتمتعاً بحقوقه المدنية غير محكوم عليه في جنائية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو مفلساً ما لم يرد إليه اعتباره".

يُشترط لصحة حكم التحكيم أن يتمتع أعضاء هيئة التحكيم بأهلية التصرف، ويجب أن يتمتعوا بهذه الأهلية في جميع مراحل التحكيم ابتداءً من الاتفاق عليه وانتهاءً بصدر الحكم النهائي للنازع⁸، حيث: "1_ تنتهي مهمة

¹ خضر، منير حنا سالم، قوة حكم التحكيم الإلزامية وتنفيذه في القانون الأردني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، كلية الحقوق، 1989، ص77.

² سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، ط2، دون مكان نشر، المكتب القانوني، 1998، ص41.

³ سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص42.

⁴ سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص43-47.

⁵ المادة 974 من مجلة الأحكام العدلية الفلسطينية.

⁶ المادة 22 من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني.

⁷ عويضة، ناظم محمد، شرح قانون التحكيم، دون طبعة، دون دار نشر، فلسطين، 2001، ص153.

⁸ البياتي، علي طاهر، التحكيم التجاري البحري دراسة قانونية مقارنة، ط1، دون مكان نشر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006، ص170.

خضر منير حنا سالم، مرجع سابق، ص77.

المحكم إذا تم قبول طلب ردّه أو إذا توفي أو استقال لعذر مقبول أو أصابه عارض منعه من إتمام مهمته، كالمريض أو فقدان الأهلية أو أي سبب آخر. 3_ ويترتب على انتهاء مهمته وقف إجراءات التحكيم والمدد المتعلقة بها إلى أن يتم تعيين محكم جديد".¹ وبالتالي إذا صدر الحكم من هيئة التحكيم التي أصاب أحد أعضائها عارض من عوارض الأهلية 4 فإنه يكون قابلاً للتعطيل فيه بهدف فسخه.

ثالثاً: بطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه بانتهاء مدته

عرف قانون التحكيم الفلسطيني مفهوم هذا الاتفاق وحدد الشروط الخاصة الواجب توافرها فيه وذلك في المادة الخامسة منه التي نصت: "1- اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم في عقد أو اتفاق مستقل، 2- ويجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، 3- يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو تضمنه ما تبادلاه من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة، 4- إذا تم الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع فيجب أن يتضمن الاتفاق موضوع النزاع وإلا كان باطلاً، 5- يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً ولا يتأثر ببطلان العقد أو فسخه أو انتهائه، 6- لا يجوز العدول عن اتفاق التحكيم إلا باتفاق الأطراف أو بقرار من المحكمة المختصة".

واتفاق التحكيم حتى يكون صحيحاً يجب أن تتوافر فيه الشروط العامة اللازمة لانعقاده ولصحته باعتباره عقداً وهي الرضا والمحل والسبب المشروعين²، والشروط الخاصة وهي صدوره مكتوباً ومعيناً لموضوع النزاع³.

ويقصد بالرضا: "تطابق إرادتين واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية تبعاً لمضمون ما اتفقا عليه"⁴، ويتحقق هذا الرضا بتلاقي إرادة الأطراف على اللجوء إلى التحكيم إرادة خالية من العيوب كالغلط والإكراه والتدليس، لأن الرضا بالتحكيم له أثر نسبي قاصر على أطراف الاتفاق دون غيرهم.

ويقصد بالمحل في العقد: "العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء العقد"⁵، والمحل في اتفاق التحكيم يتمثل في الفصل في النزاع من قبل هيئة تحكيم وليس من قبل القاضي المختص أصلاً بنظر هذا النزاع⁶.

أما السبب فهو: "ما يدفع الشخص إلى التعاقد"⁷، واتفاق التحكيم يتمثل سببه في رغبة أطرافه في عدم عرض النزاع على القضاء.

لكن لا يتصور الغلط في قيمة محل اتفاق التحكيم؛ لأن المحل في هذا الاتفاق لا قيمة مالية له⁸، إنما يتصور وجود غلط في شخص أحد المتعاقدين أو في صفة من صفاته، أو قد يتعلق الغلط بالاتفاق الأصلي الذي نشأ النزاع حوله، أو في اتفاق التحكيم ذاته كأن يتصور أحد الأطراف أن حكم التحكيم يقبل الطعن فيه ثم يتبين له عكس ذلك⁹.

¹ المادة 33 من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني.

² شاهين محمد شوقي، الشركات المشتركة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، غير منشورة، جامعة عين شمس، 1987، ص 479.

³ بركات علي، الطعن في أحكام التحكيم، دون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003، ص 50.

⁴ بريري محمود مختار احمد، مرجع سابق، ص 45.

⁵ سلطان أنور، مرجع سابق، ص 105.

⁶ عمر نبيل اسماعيل، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، ط1، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص 41.

⁷ سلطان أنور، مرجع سابق، ص 131.

⁸ عمر نبيل اسماعيل، مرجع سابق، ص 45.

⁹ الجمال مصطفى، في سبيل نظرية عامة موحدة للقانون في العالم العربي والاسلامي، مجلة الشريعة والقانون، العدد 6، الامارات، 1992، ص 404.

واشترط المشرع الفلسطيني لصحة اتفاق التحكيم كتابة هذا الاتفاق وإلا كان باطلا، عادًا هذا الشرط شرط صحة وليس شرط إثبات¹، وأخذ بالمفهوم الواسع للكتابة بحيث تشمل سائر وسائل الاتصال المكتوبة كالفاكس والبرقيات وغيرها، واشترط تحديد موضوع النزاع إذا تم الاتفاق على التحكيم بعد نشوء هذا النزاع، وإلا كان هذا الاتفاق باطلا؛ لأن مشاركة التحكيم تواجه نزاعًا قائمًا ومحققًا بالفعل لحظة الاتفاق على التحكيم. أما فيما يتعلق بشرط التحكيم الذي يشير إلى المنازعات المستقبلية، فإن موضوعها يتم تحديده في بيان الدعوى الذي يجب أن يرسله المدعي إلى المدعى عليه وهيئة التحكيم بحيث يكون شاملًا لادعائاته ومحددًا للمسائل محل النزاع وطلباته²، والحكمة من وجوب تحديد موضوع النزاع تتمثل في عدم سلب اختصاص القضاء إلا بصدد المسائل المحددة في اتفاق التحكيم، وبتحديد هذا الموضوع يتحدد اختصاص هيئة التحكيم وتتمكن المحكمة المختصة بنظر الطعن في حكم التحكيم من التأكد من مدى التزام هذه الهيئة بحدود اختصاصها³. ويجب أن يكون موضوع النزاع من المسائل التي يجوز الفصل فيها بالتحكيم، حيث نص المشرع الفلسطيني: "لا تخضع لأحكام هذا القانون المسائل الآتية: 1- المسائل المتعلقة بالنظام العام في فلسطين 2- المسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانونًا 3- المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية"⁴.

لكن يتميز اتفاق التحكيم بخصوصية معينة وفق ما نصت عليه المادة 5 التحكيم الفلسطيني بأن شرط التحكيم يعد اتفاقًا مستقلًا لا يتأثر ببطلان العقد أو فسخه أو انتهائه، ولا يكون هذا الشرط باطلا إلا في حالات استثنائية، كما لو كان سبب البطلان في الاتفاق الأصلي المنظم لعلاقة أطرافه ينصرف إلى شرط التحكيم وذلك عندما يكون هذا الاتفاق والمتضمن شرط التحكيم قد أبرمه ناقص الأهلية، أو مشوبًا بعيب من عيوب الإرادة، أو كان بطلان الاتفاق الأصلي متعلقًا بمخالفة قواعد النظام العام.

أما ما يتعلق بسقوط الاتفاق بانتهاء مدته فقد حدد المشرع الفلسطيني في المادة 38 من قانون التحكيم المدة الواجب صدور الحكم خلالها وهي: "أ- على هيئة التحكيم إصدار القرار المنهي للخصومة خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان ب- ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك يجب أن يصدر القرار خلال اثني عشر شهرًا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد لمدة لا تزيد على ستة أشهر. 2- إذا لم يصدر قرار التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة (1) أعلاه جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من المحكمة المختصة أن تصدر أمرًا لتمديد ميعاد إضافي أو لإنهاء إجراءات التحكيم ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعوى إلى المحكمة المختصة، 3- تصدر هيئة التحكيم قرارها الفاصل في موضوع النزاع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ حجز القضية للحكم ويجوز تمديد هذه المدة إذا دعت الضرورة إلى ذلك."

يتضح من هذا النص أن المشرع الفلسطيني ألزم هيئة التحكيم احترام إرادة أطراف النزاع بإصدار الحكم النهائي لهذا النزاع خلال الميعاد المتفق عليه من قبل الأطراف، وفي حال عدم وجود مثل هذا الاتفاق يجب عليها إصدار الحكم خلال اثني عشر شهرًا ولهذه الهيئة الحق في مد هذه المدة لمدة أخرى لا تزيد على ستة أشهر، أما إذا لم يصدر الحكم خلال المدة الإضافية يجوز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من المحكمة المختصة أن تصدر أمرًا بتحديد ميعاد إضافي، أو بإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لهم الحق في رفع النزاع إلى هذه المحكمة لتتولى الفصل.

¹ صاوي احمد السيد، التحكيم طبقا للقانون رقم 28 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، ط2، دون دار نشر، دون مكان نشر، 2004، ص233.

² المادة 1/23 من قانون التحكيم الفلسطيني.

³ عمر نبيل اسماعيل، مرجع سابق، ص73.

⁴ المادة 4 من قانون التحكيم الفلسطيني.

فالمشرع لم يرتب على انقضاء ميعاد التحكيم دون إصدار الحكم إنهاء مهمة هيئة التحكيم تلقائياً، إنما جعل ذلك بناء على قرار من المحكمة المختص¹.

لكن قانون التحكيم الفلسطيني تضمن نصوصاً تقضي بوقف الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم، ويقصد بالوقف: "وقف الميعاد المحدد لإصدار الحكم عن السريان نتيجة حدوث عارض قانوني أدى إلى توقف إجراءات التحكيم برمتها، وبانتهاء هذا العارض يعاود ذلك الميعاد السريان من حيث توقف"². حيث نص القانون المذكور على حق أطراف النزاع بتقديم طلب لرد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها إذا وجدت ظروف تثير شكوكاً حول حيادهم واستقلالهم وعلى حقهم بتقديم طعن ضد القرار الصادر برفض طلب الرد، ويترتب على تقديم طلب الرد أو الطعن وقف إجراءات التحكيم³، "ووقف المدد المتعلقة بها إلى حين الفصل في طلب الرد أو الطعن.

ويترتب على انتهاء مهمة المحكم بوفاته أو برده أو بتنحيته أو لأي سبب آخر وقف إجراءات التحكيم، ووقف المدد المتعلقة بهذه الإجراءات لحين تعيين محكم جديد، وإذا عين هذا المحكم بدلاً من المحكم الذي انتهت مهمته امتد الميعاد المحدد لإصدار الحكم ثلاثين يوماً أخرى من تاريخ تعيين المحكم البديل⁴. ونص المشرع الفلسطيني على أن الطعن بالتزوير في مستند جوهري ومرتبب بموضوع النزاع يوقف إجراءات التحكيم لحين الفصل في هذا الطعن إذا أثبت الطاعن أنه تقدم بادعائه إلى الجهة المختصة خلال أسبوع من تاريخ تكليفه بذلك⁵، وجعل المشرع الفلسطيني عدم صدور الحكم خلال المدة المحددة والتي لم يتم تمديدها أو وقفها سبباً من أسباب فسخ الحكم وذلك تحقيقاً للهدف من اللجوء إلى التحكيم بما يحققه من مزايا أهمها سرعة الفصل في النزاع⁶ ولأن الحكم يكون قد صدر بعد انتهاء ولاية هيئة التحكيم.

2- إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم

لم يحدد المشرع الفلسطيني المقصود بإساءة السلوك الأمر الذي دفع المحاكم إلى الاجتهاد في تفسير هذا المصطلح وأوضح أن معناها ينصرف إلى المعنى القضائي الذي يتعلق بالإجراءات أمام المحكم وهي بهذا المعنى تشمل الأسباب الموجبة لفسخ حكم التحكيم⁷.

حيث تضمن قانون التحكيم الفلسطيني نصوصاً عديدة تنظم إجراءات التحكيم بما يكفل السلوك الحسن لهيئة التحكيم فألزمها بالاستماع إلى بينات الخصوم وتدوين وقائع كل جلسة في محضر موقع منها وتسلمهم نسخة عن هذا المحضر بناء على طلبهم⁸، ويجب عليه احترام حقوق الدفاع ومعاملتهم على قدم المساواة وإتاحة الفرصة الكاملة لكل منهم لعرض قضيته⁹.

¹ القصاص عيد محمد، حكم التحكيم دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003، ص 156.

² القصاص عيد محمد، مرجع سابق، ص 149.

³ المادة 14 من قانون التحكيم الفلسطيني.

⁴ المادة 33 من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني.

⁵ المادة 32 من قانون التحكيم الفلسطيني.

⁶ البياتي علي طاهر، مرجع سابق، ص 172.

⁷ الصايغ سعاد رضا، بعض الملامح لقانون التحكيم الفلسطيني، مجلة المحاماة، العدد الثالث، 1997، ص 68.

⁸ المادة 27 من قانون التحكيم الفلسطيني.

⁹ المادة 35 من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني.

حيث أكدت محكمة الاستئناف ذلك حين قضت: "على المحكم أن يستمع إلى جميع البيئات التي تتعلق بالنزاع والتي يرغب الخصوم في تقديمها"¹، وذلك احتراماً لمبدأ المواجهة الذي يكفل لكل طرف من أطراف النزاع الحق في عرض وجهة نظره وبياناته على هيئة التحكيم، والحق في مناقشة حجج خصمه، والحق في العلم بكل العناصر التي جمعها هذا المحكم في إطار التحقيق، ومناقشتها، لكن هذه المواجهة لا تتطلب ضرورة حضور الخصوم أمام هذه الهيئة إنما يكفي أن يكون لكل منهم الحق في ذلك عن طريق الكتابة²، وهذا ما أكدته المشرع الفلسطيني عندما ألزم هيئة التحكيم بتحديد موعد لحضور الخصوم على أن تبلغهم بذلك قبل التاريخ المحدد بوقت كاف وتستمع لهم ويجوز لها الاكتفاء بتقديم المذكرات في حال اتفق الخصوم على ذلك³، ويتم التبليغ قبل التاريخ المحدد للجلسة بسبعة أيام على الأقل⁴.

إضافة إلى أن الحياد والاستقلال من أهم القواعد السلوكية التي يجب أن تلتزم بها هيئة التحكيم 1 حيث ألزم المشرع الفلسطيني المحكم أن يفصح عند قبوله مهمة التحكيم عن أية ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاله أو حياديته وقبوله لهذه المهمة يعني التزامه بالاستمرار في إجراءات التحكيم حتى إصدار الحكم الفاصل في النزاع، فلا يجوز التخلي عن ذلك دون عذر⁵.

والتزام هيئة التحكيم بالمحافظة على أسرار التحكيم مسألة بالغة الأهمية في تحديد سلوكها حيث يتوجب عليها عدم إفشاء هذه الأسرار، حيث نص المشرع الفلسطيني على عدم جواز نشر حكم التحكيم أو جزء منه إلا بموافقة أطراف التحكيم أو المحكمة المختصة⁶.

ثانياً: أسباب الفسخ المتعلقة بحكم التحكيم وإجراءات صدوره

1- مخالفة حكم التحكيم للنظام العام

يعبر النظام العام في الدولة عن المبادئ الأساسية في المجتمع والتي يكفل المشرع حمايتها من خلال وضع قواعد آمنة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وبما أن هذا النظام يهدف إلى المحافظة على المصالح الأساسية فإن للقاضي حق التمسك به من تلقاء نفسه، ولا يجوز لأطراف الاتفاق التنازل عن التمسك بالنظام العام⁷.

وبالتالي إذا كان هذا الحكم مخالفاً للمبادئ الأساسية عد مخالفاً للنظام العام في فلسطين وبالتالي يكون معرضاً للفسخ، مثال ذلك الحكم المبني على تجارة غير مشروعة أو صدر مخالفاً لقواعد الاستيراد والقيود الجمركية أو صدر مخالفاً لحقوق الدفاع ومبدأ المساواة بين الخصوم⁸.

2- بطلان قرار التحكيم أو إجراءات التحكيم:

¹ استئناف حقوق رقم 68/63 المنشور في كتاب القاضي: محمود غالب الحاج، مجموعة القرارات والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة استئناف الضفة الغربية في القضايا الحقوقية من حزيران سنة 1967 لغاية كانون أول سنة 1972، دون طبعة، القدس، مطبعة المعارف، دون تاريخ نشر، ص 321.

² الرفاعي اشرف عبد العليم، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 495.

³ المادة 24 من قانون التحكيم الفلسطيني.

⁴ المادة 45 من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني.

⁵ المادة 1/12 من قانون التحكيم الفلسطيني.

⁶ المادة 41 من قانون التحكيم الفلسطيني.

⁷ الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 188.

⁸ عبد المجيد منير، الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، دون طبعة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص 475.

يهدف هذا السبب إلى مواجهة سائر العيوب التي تشوب حكم التحكيم كعمل قانوني سواء في ذلك قواعد إصداره أم البيانات الواجب توفرها فيه.

حيث تضمن قانون التحكيم الفلسطيني نصوصاً تبين كيفية إصدار حكم التحكيم والبيانات يصدر قرار التحكيم بالإجماع أو بأكثرية / الواجب توافرها فيه، حيث نص في المادة 38 الآراء بعد المداولة إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد أو بقرار من المرجح عند تعذر الحصول على الأكثرية". ونص في المادة 39: "أ- يجب أن يشتمل قرار التحكيم على ملخص لاتفاق التحكيم وأطرافه وموضوعه والبيانات المستمعة والمبرزة والطلبات وأسباب القرار ومنطوقه وتاريخ صدوره ومكانه وتوقيع هيئة التحكيم. ب- تضمن هيئة التحكيم قرارها كل ما يتعلق بالرسوم والمصاريف والأتعاب الناتجة عن التحكيم وكيفية دفعها."

3- صدور قرار التحكيم بطريق الغش أو الخداع:

يكون ذلك باتباع أحد الخصوم طرقاً احتيالية بهدف تغيير الحقيقة كأن يتم تقديم بينه مضللة لهيئة التحكيم وتكون هذه البيئة هي الأساس أو إحدى الأسس التي صدر بناء عليها حكم التحكيم، وبالتالي فإن صدور هذا الحكم بناء على إجراءات قائمة على الغش أو وسائل غير المشروعة يعد سبباً جوهرياً لفسخ قرار التحكيم، بشرط ألا يكون قد تم تنفيذ هذا القرار، أما إذا تم تنفيذه فعلاً فلا يقضى بفسخه مع التأكيد على حق المتضرر بمطالبة الطرف المتسبب في الغش بالتعويض عن الضرر الذي أصابه¹.

المطلب الثاني: طلب فسخ حكم التحكيم :

يتضمن قانون التحكيم الفلسطيني قواعد تنظم أحكام هذا الطلب كالأسباب التي يبني عليها، والمحكمة المختصة بنظر طلب الفسخ وميعاد تقديمه والآثار المترتبة على صدور الحكم في طلب الفسخ ومدى إمكانية الطعن في الحكم الصادر في هذا الطلب.

أولاً: المحكمة المختصة بنظر طلب فسخ حكم التحكيم

حددت المادة 1 من قانون التحكيم الفلسطيني المحكمة المختصة بأنها "المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع المعروض على هيئة التحكيم إذا كان التحكيم محلياً، فإن كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين فهي محكمة البداية التي يجري ضمن اختصاصها المكاني، وإن كان التحكيم أجانبياً فالمحكمة المختصة في تسجيل قرار التحكيم وتنفيذه هي محكمة البداية في القدس عاصمة دولة فلسطين أو في المقر المؤقت في غزة". ويقدم هذا الطلب باستدعاء مرفق به نسخة عن الحكم موقعة من هيئة التحكيم²، ومبيناً فيه الأسباب التي يستند إليها في طلب الفسخ، ويقع على عاتق طالب الفسخ إثبات ما يدعيه. ويقتصر دور المحكمة على فحص الأسباب التي استند إليها الطاعن فيما إذا كانت مؤدية إلى فسخ الحكم أم لا، فرقابة هذه المحكمة تقتصر على رقابة المشروعية أو الصحة، بمعنى أنها تنصب على رقابة إجراءات إصدار الحكم والشكل الذي تم به هذا الإصدار، وليس على مضمون حكم التحكيم وما قضى به مع الأخذ بعين الاعتبار عدم مخالفة النظام العام، فليس لها مراجعة موضوع هذا الحكم حتى لو أخطأت هيئة التحكيم في تفسير القانون أو في نظر الوقائع المعروضة عليها أو تقدير الأدلة والبيانات التي قدمها الخصوم أثناء نظر النزاع، لكن هذا لا يمنعها من التأكد من سلامة الإجراءات وعدم المساس بالنظام العام.

¹ عويضة ناظم محمد، مرجع سابق، ص 158.

² المادة 43 و 49 من قانون التحكيم الفلسطيني.

ثانياً: ميعاد تقديم طلب الفسخ

نصت المادة 44 من قانون التحكيم الفلسطيني: "يقدم طلب الطعن في قرار التحكيم إلى المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ صدور قرار التحكيم إن كان وجاهياً وإلا فمن اليوم التالي لتاريخ تبليغه 2- إذا بني الطعن في قرار التحكيم على الفقرة السابعة من المادة (43) من هذا القانون فيبدأ ميعاد الطعن من تاريخ اكتشاف الغش أو الخداع".

يتضح من هذا النص في حال صدر هذا القرار بحضور الأطراف فإنه يحق لهم تقديم طلب الفسخ خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ صدور القرار أما إذا تغيب أحدهم عن حضور جلسة النطق بالقرار يحق له تقديم هذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ تبليغه الحكم، وإذا صدر بناء على غش أو خداع فإن مدة الطعن تبدأ من تاريخ اكتشاف هذا الغش أو الخداع وليس من تاريخ صدور القرار أو تبليغه للخصوم. ومدة الطعن التي حددها المشرع تتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للأطراف الاتفاق على خلافها.

ثالثاً: الآثار المترتبة على صدور الحكم في طلب فسخ حكم التحكيم

إذا قضت المحكمة المختصة برفض طلب الطعن فإنها تقرر صحة حكم التحكيم وتكسبه الصيغة التنفيذية¹، أما إذا توافر أحد أسباب الفسخ التي حددها المشرع الفلسطيني فإنها تقضي بفسخ هذا الحكم ويجوز لها أن تعيد النزاع إلى هيئة التحكيم لإعادة النظر في النقاط التي تحددها المحكمة، إذا رأت ذلك ملائماً²، لكن هذا المشرع لم يحدد الأسباب التي تستدعي إعادة الحكم إلى هيئة التحكيم إنما ترك تقدير ذلك إلى المحكمة المختصة وفق ما تراه مناسباً، بينما قانون إجراءات المحاكم المدنية لدولة الإمارات العربية الذي تضمن نصاً يقضي بإعادة حكم التحكيم إلى الهيئة التي أصدرته، حدد حالات وأسباب الإعادة.

رابعاً: الطعن في الحكم الصادر في طلب فسخ حكم التحكيم

نص قانون التحكيم الفلسطيني في المادة 46 " مع مراعاة أحكام المادة 44 من هذا القانون بشأن المواعيد، تسري على استئناف الحكم الصادر من المحكمة المختصة قواعد وإجراءات الاستئناف المعمول بها أمام المحكمة المستأنف إليها"، وعليه يكون الحكم الصادر عن محكمة الطعن قابلاً للاستئناف خلال ثلاثين يوماً ما لم ينص القانون على خلاف ذلك³، وتبدأ الثلاثون يوماً "من اليوم التالي لتاريخ صدور الحكم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك أو من تاريخ تبليغ الحكم إلى المحكوم عليه الذي تخلف عن حضور جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يقدم لائحة جوابية أو مذكرة بدفاعه" (...).

خاتمة :

يدور موضوع هذا البحث حول امكانية ابطال حكم المحكم، والأسباب التي تؤدي إلى ذلك، فإن كان الحكم القضائي يمكن ابطاله بواسطة الطعن فيه لدى محكمة أعلى درجة، إلا أن حكم التحكيم يختلف تماماً عما هو عليه حكم القضاء. فالتحكيم كما قلنا هو قضاء خاص، له طبيعة خاصة، تكمن في ارادة الأطراف في الالتجاء اليه والابتعاد عن طريق القضاء، وذلك لما يتسم به هذا النظام من خصائص ومزايا غير موجودة في القضاء العادي، من سرعة في حسم المنازعات والفصل فيها خاصة في المسائل التجارية التي تتطلب دائماً السرعة في الحل، ومن سرية في

¹ المادة 2/45 من قانون التحكيم الفلسطيني.

² المادة 3/45 من قانون التحكيم الفلسطيني.

³ المادة 205 من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني.

موضوع المنازعة أسرار أعمالهم، هذا بالإضافة إلى ميزة الحرية التي يتمتع بها الأطراف في اختيار قضاةهم والقانون الواجب التطبيق على موضوع نزاعهم وعلى اجراءات الخصومة أثناء نظر النزاع.

ونجد أن معظم الأنظمة القانونية قد سنت تشريعاً خاصاً للتحكيم تلبية لمتطلبات هذا العصر، خاصة في الآونة الأخيرة، حيث انتشر التحكيم، وأصبح ضرورياً في معظم المجالات خاصة التجارية منها.

لهذا نجد أن معظم قوانين التحكيم الوطنية، قد عنيت بهذا الموضوع ووضعت ضوابط عامة، وخاصة فيما يتعلق بالبطلان، فرسمت معظم القوانين والاتفاقيات الدولية طرقاً خاصة للطعن بالبطلان بهذا الحكم، وحددت طرق الطعن فيه وحصرت الأسباب التي يبني عليها الطعن بالبطلان، وذلك للحفاظ على هذا النظام وبنفس الوقت تحقيقاً للعدالة فيما اعترى هذا الحكم أي عيب.

لائحة المراجع

أولاً: الكتب

1. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، الطبعة الخامسة، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1987.
2. اسماعيل نبيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مصر، منشأة المعارف، 1998.
3. بركات علي، الطعن في احكام التحكيم، دون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003.
4. بريري محمود مختار احمد، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004.
5. البياتي، علي طاهر، التحكيم التجاري البحري دراسة قانونية مقارنة، الطبعة الاولى، عمان-الاردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006.
6. الرفاعي أشرف عبد العليم، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دون طبعة، مصر، دار الكتب القانونية، 2006.
7. سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي، الطبعة الثانية، عمان-الاردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.
8. شاهين محمد شوقي، الشركات المشتركة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، غير منشورة، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 1987.
9. صاوي احمد السيد، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الثانية، دون دار نشر، دون مكان نشر، 2004.
10. عبد القادر الطورة، قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية-دراسة مقارنة-، الأردن، المطبعة الفنية الحديثة، 1988.
11. عبد المجيد منير، الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، دون طبعة، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2000.
12. العلامة ابن منظور الافريقي، لسان العرب، ج ٢، ط ٣، بيروت- لبنان، دار احياء التراث العربي، بدون سنة طبع.
13. علي عبد الجبار رحيم المشهدي، قانون الاجراءات المدنية الفرنسي (قانون المرافعات)، قانون خاص، كلية القانون، جامعة الكوفة، النجف، 2020.

14. عمر نبيل اسماعيل، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، الطبعة الاولى، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004.
15. عويضة، ناظم محمد، شرح قانون التحكيم، دون طبعة، فلسطين، دون دار نشر، 2001.
16. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2007.
17. القصاص عيد محمد، حكم التحكيم دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003.
18. محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الاولى، بيروت - لبنان، دار الكتاب العربي، 1967.
19. محمود غالب الحاج، مجموعة القرارات والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة استئناف الضفة الغربية في القضايا الحقوقية من حزيران سنة 1967 لغاية كانون أول سنة 1972، دون طبعة، القدس، مطبعة المعارف، دون تاريخ نشر.
20. محمود محمد ياقوت، "حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق"، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.
21. المومني، محمد احمد سعيد، التحكيم في التشريع الاردني والمقارن، دون طبعة، عمان، مطبعة التوفيق، 1983.
22. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، الطبعة الثانية، الإسكندرية، مطبعة دار الجامعة الجديدة 2005.
23. الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني دراسة مقارنة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997.
24. يسري محمد العصار، التحكيم في المنازعات العقدية وغير العقدية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2001.

ثانيا: القوانين

1. قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 الفلسطيني، الوقائع الفلسطينية (الجريدة الرسمية للسلطة الوطنية الفلسطينية). العدد 38 / تاريخ 2001/9/5.
2. قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000، الوقائع الفلسطينية، العدد 33 / تاريخ 2000/06/30.
3. قرار مجلس الوزراء رقم 39 لسنة 2004 باللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

ثالثا: المقالات

1. جمال مصطفى، في سبيل نظرية عامة موحدة للقانون في العالم العربي والاسلامي، مجلة الشريعة والقانون، العدد 6، الامارات، 1992.
2. الصايغ سعاد رضا، بعض الملامح لقانون التحكيم الفلسطيني، مجلة المحاماة، العدد الثالث، فلسطين، 1997.
3. عبد الكريم الطالب، حجية أحكام المحكمين في قانون المسطرة المدنية - مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية- عدد 53- دجنبر 2003.

مسالك استخلاص مقاصد الشريعة

Methods of Extracting the Objectives of Islamic Law (Sharia)

د.أحمد خالد شوباش محمد علي- مفتي محافظة نابلس- دارالإفتاء الفلسطينية- فلسطين

Dr. Ahmed Khaled Shobash Mohamed Ali- Jurist (Mufti) of Nablus
Governorate / Palestinian Dar al-Ifta (Dar al-Ifta Council)**ملخص:**

تحظى مقاصد الشريعة الإسلامية باهتمام العلماء، لما لها من مكانة عظيمة في تنزيل الأحكام الشرعية على الوقائع، ومما يعين على ذلك معرفة طرق الكشف عن تلك المقاصد، وإذا كانت هناك اتجاهات مرفوضة للكشف عن تلك الطرق يمكن وصفها بالتطرف والمغالاة سواء في القراءة الحرفية الظاهرية للنصوص أو القراءة الباطنية، فإن هناك مسالك مقبولة ومعتبرة تتمثل في ظواهر النصوص، والعلة، ومراعاة المقاصد الأصلية والتابعة، ودلالة سكوت الشارع، فضلاً عن الاستقراء، وغيرها، وهذه الدراسة تلقي الضوء على تلك الاتجاهات والمسالك وتوضحها.

Abstract:

The objectives of Islamic Law (Sharia) are of great interest to the scholars and the Islamic learners due to their great roles in applying Sharia into real life, and what helps in that; is knowing the methods of revealing these objectives. There are some refused ways to reveal these methods like exaggerations and extremism on analyzing the texts either literally or by diving into the intended meanings. Indeed, there are acceptable and considerable methods for revealing the Islamic Law objectives including analyzing the text as it is from its form, the purpose of its presence, the consideration of the original and dependent objectives, the proof of silence of instructor -Prophet Mohammed Peace be upon him-, rather than the induction method, and many others. This study aimed to highlight these methods and to clarify them.

مقدمة:

إن معرفة مقاصد الشريعة الإسلامية من خلال نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية حظيت باهتمام العلماء، لكن توجهاتهم اختلفت في السبل الموصلة إلى ذلك، كما أن مواقفهم تباينت في كيفية التعامل مع خطاب القرآن ونصه، والسنة ونصوصها، ثم إنهم ذكروا عدداً من طرق الكشف عن المقاصد ومسالك استخلاصها. وطرق الكشف عن مقاصد الشريعة تعين الباحث في الوصول إلى مقاصد الأحكام، وتتجه به إلى استخلاص المقاصد في مرحلة أولى، ثم تطبيقها على الأحكام الشرعية خاصة في القضايا المستجدة.

وذلك أن علم المقاصد ظل علماً نظرياً، وعند الاجتهاد في استنباط الأحكام وتنزيلها، ظلت قواعد المقاصد حبيسة النفس غير فاعلة، حتى جاء ابن عاشور¹ وعمل على تطبيق تلك القواعد على الأحكام العملية². وهذا يوضح أهمية المقاصد في تنزيل الأحكام الشرعية على الوقائع، أو ترك ذلك، يقول الشاطبي³ في أهمية تطبيق المقاصد: "وهو مجال للمجتهد صعب المورد، إلا أنه عذب المذاق محمود الغب⁴ جار على مقاصد الشريعة"⁵، كما أشار إلى دقة مسلكه بقوله: "إن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ، ولكن، له مأل على خلاف ما قُصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن، له مأل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية، فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى المفسدة تُساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية"⁶. وهذا الأساس الذي انطلق منه ابن عاشور في تطبيق المقاصد على الأحكام الشرعية العملية.

وبناء على ذلك فلا بد للباحث، حتى يستطيع الولوج في التطبيق العملي لمقاصد الشريعة، أن يتعرف على طرق تلك المقاصد، وفي هذا البحث سأوضح تلك الاتجاهات وطرق العلماء في الكشف عن المقاصد ومسالك استخلاصها

عبر المطالب الستة الآتية:

المبحث الأول

الاتجاهات المرفوضة في التعرف إلى المقاصد

برزت عدة اتجاهات في التعرف إلى مقاصد الشريعة الإسلامية، وهي تشكل طرفين ووسطاً، وقد جنح الطرفان بعيداً عن الرؤية الوسطية الأصولية.

الاتجاه الأول: أما الطرف الأول؛ فهو يمثل القراءة الحرفية الظاهرية للنصوص، يطرح الشاطبي سؤالاً عن كيفية التمييز بين ما هو مقصود للشارع مما ليس بمقصود، ثم يجيب حسب نظرة الاتجاه الأول، يقول: "مقصد الشارع غائب عنا حتى

¹ هو محمد الطاهر بن عاشور، ولد بتونس ونشأ في أسرة علمية عريقة، حفظ القرآن الكريم، والتحق بجامعة الزيتونة، فدرس علومها ونبغ فيها، أظهر همة عالية في التحصيل، وعين مدرسا من الدرجة الأولى، ثم عين نائباً أول لدى النظارة العلمية بجامع الزيتونة، فعمل على إصلاح التعليم، أسندت إليه رئاسة جامعة الزيتونة، وكان موسوعي الثقافة، وتولى عدة مناصب؛ في القضاء والإفتاء، أحب علم المقاصد ونبغ في التفسير، من مؤلفاته: التحرير والتنوير، ومقاصد الشريعة الإسلامية، توفي - رحمه الله - سنة ثلاث وتسعين وثلاثمائة وألف للهجرة. انظر: الغالي، بلقاسم: شيخ الجامع الأعظم محمد الطاهر بن عاشور حياته وآثاره، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 1417هـ - 1996م. كحالة، عمر بن رضا بن محمد الدمشقي: معجم المؤلفين: 10/101 دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون طبعة، دون سنة نشر.

² النجار، عبد المجيد: المنحى التطبيقي في مقاصد ابن عاشور، المؤتمر الدولي حول محمد الطاهر بن عاشور، وقضايا الإصلاح والتجديد في الفكر الإسلامي المعاصر. انظر: ملكاوي، فتحي حسن: بحوث المؤتمر الدولي حول الشيخ محمد الطاهر بن عاشور وقضايا الإصلاح والتجديد في الفكر الإسلامي المعاصر رؤية معرفية ومنهجية: 240، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا - الولايات المتحدة الأمريكية، الطبعة الأولى، 1432هـ - 2011م.

³ أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، من أئمة المالكية، كان أصولياً حافظاً، كانت وفاته تسعين وسبعين للهجرة، له مؤلفات نفيسة من أهمها: الموافقات، والاعتصام. انظر: التنيكي، أحمد بابا بن أحمد بن محمد بن الفقيه الحاج أحمد بن عمر التكروري السوداني (المتوفى: 1036هـ): نيل الإبتهاج بتطريز الديباج: 48: ت: 17، عناية وتقديم: عبد الحميد الهرامة، دار الكاتب، طرابلس - ليبيا، الطبعة الثانية، 2000م. كحالة: معجم المؤلفين: 1/118.

⁴ الغب: عاقبة الشيء. الفيروزآبادي: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب (المتوفى: 817هـ) القاموس المحيط: 119. تحقيق: مكتب تحقيق التراث بإشراف: محمد العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثامنة، 1426هـ - 2005م.

⁵ الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي (المتوفى: 790هـ): الموافقات: 5/178. المحقق: أبو عبيده مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة: الأولى، 1417هـ - 1997م.

⁶ ن.م: 5/177 - 178.

يأتينا ما يعرفنا به" ¹، وهذه "مسلمة بديهية يثمنها الشاطبي وكل فعاليات التراث الإسلامي على اختلافها، ممن تداول نص الوحي وتعاوره، لكنهم اختلفوا في كيفية الوصول" ².

يرى أصحاب هذا الموقف أن الطريق للمقاصد يكون عبر "التصريح الكلامي مجرداً عن تتبع المعاني التي يقتضيهما الاستقراء ولا تقتضيهما الألفاظ بوضعها اللغوي" ³.

ومرد ذلك - حسب الظاهري - يرجع إلى أن "الشريعة إنما جاءت لابتناء المكلفين أيهم أحسن عملاً، ومصالحهم تجري على حسب ما أجزاها الشارع، لا على حسب أنظارهم" ⁴.

فمنظور الظاهرية يقتضي حصر نطاق العلم بمقاصد الشارع، في النصوص والظواهر فحسب، ووجه مذهبهم الحمل على الظاهر ⁵.

وهذا ما دفع الشاطبي - متفقاً مع من سبقه من العلماء - إلى القول ببدعية هذا الاتجاه "بدعة ظهرت بعد المائتين" ⁶، وهي ليست بدعة منهجية فحسب بل هي بدعية دينية، فعلى مستوى المنهج أغفلت المعنى أو الباطن - إن صححت التسمية - منحازة إلى الظاهر، وعلى مستوى الدين بلغت حد تحليل الحرام في بعض تجلياتها ⁷، إذ قالوا بتحليل شحم الخنزير كما فهموا من قوله تعالى: {حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالِدَمُّ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ} ⁸ "فلم يحرم شيئاً غير لحمه، ولفظ اللحم يتناول الشحم وغيره" ⁹. فمن نحى هذا الاتجاه لم يحصد غير التناقض والتضارب والتعارض، "ألا ترى أن من جرى على مجرد الظاهر تناقضت عليه السور والآيات، وتعارضت في يديه الأدلة على الإطلاق والعموم" ¹⁰.

فهذا الموقف يعد اتجاهاً مغالياً في العمل بالظواهر دون مراعاة مقاصد الشرع، والشريعة قائمة على اعتبار الظواهر دون إهمالها مع مراعاة مقاصدها.

الاتجاه الثاني: وفي مقابل الطرف الأول، جاء الموقف المعاكس له تماماً، وهو موقف القارئ الغيبي الخارق، كما يسميه مسعود الصحراوي ¹¹.

¹ ن.م: 3/ 132.

² صحراوي، مسعود: تداولية الخطاب القرآني عند الأصوليين، مجلة الخطاب: ع 53/8، دورية أكاديمية محكمة، تعنى بالدراسات والبحوث العلمية في اللغة والأدب، الجزائر، 1 أبريل 2011م.

³ الشاطبي: الموافقات: 3/ 132.

يقول دراز: فالمعاني والحكم والأسرار والمصالح التي تؤخذ من استقراء مصادر الشريعة ما لم تدل عليها الألفاظ بوضعها اللغوي لا يعول عليها في هذا النظر، ولا تعتبر من مقاصد الشارع. انظر: ن.م: في الهامش.

⁴ ن.م: 5/ 230.

⁵ ن.م: 3/ 133.

⁶ ن.م: 3/ 420.

⁷ صحراوي: تداولية الخطاب القرآني عند الأصوليين، مجلة الخطاب: ع 53/8.

⁸ المائدة: 5.

⁹ الشاطبي: الموافقات: 4/ 228.

يقول القرطبي: أجمعت الأمة على تحريم شحم الخنزير. ويوضح ذلك بقوله: "لأن اللحم مع الشحم يقع عليه اسم اللحم، فقد دخل الشحم في اسم اللحم، ولا يدخل اللحم في اسم الشحم. وقد حرم الله تعالى لحم الخنزير فنبأ ذكر لحمه عن شحمه؛ لأنه دخل تحت اسم اللحم". القرطبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي (المتوفى: 671هـ): الجامع لأحكام القرآن: 222/2، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب العلمية، القاهرة، الطبعة: الثانية، 1384هـ - 1964م، عدد الأجزاء: 20 في 10 مجلدات.

¹⁰ الشاطبي: ن.م: 5/ 149 - 150.

¹¹ صحراوي: تداولية الخطاب القرآني عند الأصوليين، مجلة الخطاب: ع 54/8.

وهذا الاتجاه يقع عند الشاطبي على ضربين: فالأول: "دعوى أن مقصد الشارع ليس في هذه الظواهر وإنما المقصود أمر آخر وراءه"¹، وهذا يشمل جميع الشريعة، ولا يمكن التمسك بشيء من ظاهرها، وهو رأي كل قاصد لإبطال الشريعة، وهم الباطنية الذين قالوا بالإمام المعصوم².

والضرب الثاني: ومؤداه أن مقصود الشارع المعنى النظري "فإن خالف النص المعنى النظري أطرح وقدم المعنى النظري، وهو إما بناء على وجوب مراعاة المصالح على الإطلاق، أو على عدم الوجوب، لكن مع تحكيم المعنى جدا حتى تكون الألفاظ الشرعية تابعة للمعاني النظرية، وهو رأي "المتعمقين في القياس"، المقدمين له على النصوص"³. وهذا الضرب هو الواقع في الطرف الآخر للاتجاه الأول - أي الضرب الأول - فالأولى ألا يلتفت إليه لأن فيه الكفر والعياذ بالله⁴.

ومما يوضح الضرب الثاني قول الشاطبي: "فصاحب الرأي يقول: الشريعة كلها ترجع إلى حفظ مصالح العباد، ودرء مفاسدهم، وعلى ذلك دلت أدلتها عموماً وخصوصاً، دل على ذلك الاستقراء⁵، فكل فرد جاء مخالفاً فليس بمعتبر شرعاً؛ إذ قد شهد الاستقراء بما يعتبر مما لا يعتبر، لكن على وجه كلي عام، فهذا الخاص المخالف يجب رده وإعمال مقتضى الكلي العام؛ لأن دليله قطعي، ودليل الخاص ظني فلا يتعارضها"⁶. فهؤلاء اطرحوا خصوصيات الألفاظ، وجردوا المعاني، فنظروا في الشريعة بها⁷.

وهذا صار واضحاً أن الاتجاهين، اتجاه الحرفية الظاهرية، واتجاه الرأي المتعمق المقدم له على النص، قد أخطأ وجانباً الصواب.

وللأسف فإن هاتين النزعتين لم تؤولا إلى الانقراض، بل إنهما متجددتان عبر العصور، ومن ذلك ما نراه من الجمود على ظواهر النصوص في هذا الزمان⁸.

والحق والصواب - وهو الذي أمه أكبر العلماء الراسخين - وبه يعرف مقصد الشارع، بالجمع بين الاتجاهين: أن يقال باعتبار الأمرين جميعاً، على وجه لا يخل فيه المعنى بالنص، ولا بالعكس، لتجري الشريعة على نظام واحد لا اختلاف فيه ولا تناقض⁹.

ويعرف بهذا المذهب الوسطي والاتجاه الحق مقصد الشارع من خلال عدة جهات ومسالك وطرق، وهذا ما سنراه في المطالب القادمة.

المبحث الثاني

مسلك ظواهر النصوص في استخلاص المقاصد

إن معرفة مسالك المقاصد مسألة ناقشها العلماء بالتزامن مع الحديث عنها، لكن، يمكن ذكر أقوال العلماء الذين أسسوا لجعل المقاصد علماً مستقلاً بذاته، فبداية بالإمام الشاطبي ثم من جاء بعده حتى الوقت الحاضر، وربما أشير إلى السابقين.

¹ الشاطبي: الموافقات: 3/ 133.

² ن. م.

³ ن. م: 133 - 134.

⁴ ن. م.

⁵ انظر في الاستقراء المبحث السادس.

⁶ الشاطبي: الموافقات: 5/ 230.

⁷ ن. م.

⁸ النجار، عبد المجيد: مسالك الكشف عن مقاصد الشريعة بين الشاطبي ابن عاشور، مجلة العلوم الإسلامية: ع31/2-32، السنة الثامنة، رمضان 1407 هـ - مارس 1987 م.

انظر: الفاسمي: علال، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها: 164، دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الخامسة، 1993 م، عدد الأجزاء: 1.

⁹ الشاطبي: الموافقات: 3/ 134.

ونظراً لعظم قيمة الكشف عن المقصد وإثباته، فقد قال ابن عاشور: "على الباحث أن يطيل التأمل ويجيد التثبت في إثبات مقصد شرعي. وإياه والتساهل والتسرع في ذلك، لأن تعيين مقصد شرعي كلي أو جزئي أمر تتفرع عنه أدلة وأحكام كثيرة في الاستنباط. ففي الخطأ فيه خطر عظيم"¹.

في هذا المبحث يمكن الحديث عن الطريق الأول أو المسلك الأول في استخلاص المقاصد وهو ظاهر النص، وهو يشمل النص والظاهر² والعام³ ودلالة الأمر والنهي التصريحي، أما مجرد الأمر والنهي فهو محل اتفاق بين العلماء حتى الظاهرية، يقول الشاطبي: "يعرف - أي مقصد الشرع - من جهات: إحداها: مجرد الأمر والنهي الابتدائي التصريحي⁴، فإن الأمر معلوم أنه إنما كان أمراً لاقتضائه الفعل؛ فوقوع الفعل عند وجود الأمر به مقصود للشارع، وكذلك النهي معلوم أنه مقتضى لنفي الفعل أو الكف عنه؛ فعدم وقوعه مقصود له، وإيقاعه مخالف لمقصوده، كما أن عدم إيقاع المأمور به مخالف لمقصوده؛ فهذا وجه ظاهر عام لمن اعتبر مجرد الأمر والنهي من غير نظر إلى علة، ولئن اعتبر العلة والمصالح، وهو الأصل الشرعي"⁵.

ودلالة النص والظاهر توجب عند الأصوليين العمل بمقتضاهما، ولا يشك فيما يفهم من ظاهرهما، إلا من أراد إدخال الشك على نفسه أو الخروج باللغة عن المعتاد⁶.

وفي القرآن مئات الآيات، وفي السنة آلاف من الأحاديث التي تشمل النص والظاهر والعام فضلاً عن الأوامر والنواهي. وقد اعترض عبد المجيد النجار على جعل الشاطبي الأمر والنهي جهة للكشف عن المقاصد وطريقاً من طرق معرفتها إذ يقول: "فهل يصح القول بأن كل تطبيق فعلي للأمر هو في ذاته مقصود للشرع؟ والحال أننا نجد أفراداً من تطبيقات الأوامر تكون مناقضة لمقصود الشارع، أو على الأقل غير محققة لها؟ وذلك كما إذا طبق مقتضى الأمر بقطع يد السارق في حالة المجاعة، وهو ما يجعلنا نتساءل: هل وقوع الفعل الذي يقتضيه الأمر مقصد شرعي في ذاته، أو أن المقصد الشرعي هو ما يحققه ذلك الوقوع فلا يكون إذا الوقوع مقصوداً إذا لم يؤد إلى ثمرته؟"⁷. ويقدر عبد المجيد مقصود الشاطبي قائلاً: "فلعله قصد بما ذكر أن مقصد الشارع من ظاهر الأمر هو إيقاع المأمور به من جهة الانصياع للأمر والنهي والتسليم له، وهو مقصد عام لا تنقضه جزئيات من التحقيقات قد لا تكون مؤدية إلى مقصد من المقاصد القريبة، فتؤخذ حينئذٍ بعين الاعتبار ظروف وملابسات الوقوع من تلك الجهة"⁸. ويختم اعتراضه مبرراً: "وعلى أية حال، فإن هذا المسلك الذي رسمه الشاطبي، إذا كان ينقصه البيان كما ذكرنا، فإن فيه تحوطاً ظاهراً من أن يقع الإخلال في إيقاع مقتضى الأمر والنهي تعلقاً

¹ ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر التونسي (المتوفى: 1393هـ): مقاصد الشريعة الإسلامية: 3/ 138، المحقق: محمد الحبيب بن الخوجة، الناشر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، قطر، دون طبعة، سنة النشر: 1425هـ - 2004م، عدد الأجزاء: 3.

² الظاهر: هو ما دل على معنى بالوضع الأصلي أو العرفي، ويحتمل غيره احتمالاً مرجوحاً. الأمدي، أبو الحسن سيف الدين علي بن أبي علي الثعلبي (المتوفى: 631هـ): الأحكام في أصول الأحكام: 3/ 52، المحقق: عبد الرزاق عفيفي، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، لبنان، الطبعة: دون طبعة، دون سنة نشر، عدد الأجزاء: 4.

³ العام: هو اللفظ الواحد الدال على مسميين فصاعداً مطلقاً معاً. ن. م: 196/2.

وصيغ العموم تشمل لفظ كل، والجمع المعرف بال الاستغرافية، والمعرف بالإضافة، والمفرد المعرف بال التي تفيد الاستغراق، وأسماء الشرط والاستفهام والأسماء الموصولة، والنكرة في معرض النفي، والنكرة الموصوفة بوصف عام.

⁴ يقيد الشاطبي بالابتدائي تحريزاً من الأمر أو النهي الذي قصد به غيره؛ كقوله تعالى: {فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع} [الجمعة: 9]؛ فإن النهي عن البيع ليس نهياً مبتدئاً، بل هو تأكيد للأمر بالسعي، وإنما قيد بالتصريحي تحريزاً من الأمر أو النهي الضمني الذي ليس بمصرح به؛ كالنهي عن أضرار المأمور به الذي تضمنه الأمر، والأمر الذي تضمنه النهي عن الشيء، فالأمر والنهي إن قيل بهما هنا - في حالة كونهما ضمناً وغير مبتدئين - فهما بالقصد الثاني لا بالقصد الأول. انظر: الشاطبي: الموافقات: 3/ 134 - 135.

⁵ ن. م.

⁶ جغيم، نعمان: طرق الكشف عن مقاصد الشارع: 65، الناشر: دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، الطبعة: الأولى، 1423 - 2001م، عدد الأجزاء: 1.

⁷ النجار: مسالك الكشف عن مقاصد الشريعة بين الشاطبي ابن عاشور، مجلة العلوم الإسلامية: ع39/2، السنة الثانية، رمضان، 1407 هـ - مارس 1987م.

⁸ ن. م.

في ذلك بأن المصلحة " أي المقصد الشرعي " لا تكون في ذلك الإيقاع، بل في عدمه، وهو مسلك الباطنية قديماً، ومسلك الدعاة إلى تعطيل النصوص حديثاً، فمن جعل مجرد الإيقاع مقصداً شرعياً قطع لهذه الذريعة"¹.

وقد دافع نعمان جغيم عن الإمام الشاطبي، ودفع اعتراض النجار مبيناً أن الشاطبي يتحدث عن مقاصد الخطاب الشرعي، وليس عن مقاصد الأحكام الشرعية التي هي الحكم والمصالح المرجوة من تطبيق الحكم، أي مقصد الشارع عندما يأمر بشيء حال الأمر بشروطه أو ينهى عن شيء حال الاجتناب عنه بشروطه، ولم يقصد الشاطبي مسألة تحقيق الامتثال بالأمر والنهي للحكمة المقصودة من الأمر أو النهي، كما أنه لم يقصد التحوط وقطع الطرق على ذريعة الإخلال بإيقاع الأمر والنهي بذريعة عدم تحقيق المصلحة² وأنا أوافق على هذا الرد وأراه هو الصواب.

كذلك فإن يوسف العالم قد استشكل هذا الطريق، وارتأى تسميته بالنص الصريح المعلل، يقول: " من المعلوم أن الأمر من الشارع إنما يكون لاقتضائه الفعل، فوقعه مقصود له وإيقاعه مخالف لمقصوده، وكذلك النهي معلوم أنه مقتضي³ لنفي الفعل أو الكف عنه، فعدم وقوعه مقصود له وإيقاعه مخالف لمقصوده، كما أن عدم اتباع المأمور به مخالف لمقصوده، فهذا ظاهر لمن اعتبر مجرد الأمر والنهي، من غير نظر إلى علة⁴، ولمن اعتبر العلة والمصالح أيضاً، فإذا كان مجرد الأمر والنهي يدل على قصد الشارع فدلالتهما مع التعليل أولى وأظهر"⁵.

ثم شرع العالم في ذكر نماذج لأمتثلة على نصوص الشريعة مع عللها المنصوص عليها. ويوسف العالم نقل كلام الشاطبي، إلا أنه قيده بما يرى أن الأمر والنهي ينبغي أن يقع معللاً؛ لتكون دلالاته واضحة في معرفة المقاصد والتعرف إليها، لذلك عنون هذا الطريق بالنص الصريح المعلل. وهذا يرجع إلى أن العالم كما النجار والكثير من المعاصرين ظنوا أن الشاطبي يتحدث عن طريق معرفة مقاصد الحكم وهو يريد مقاصد الخطاب⁶.

ومع تأكيد القول على قيمة هذا الكلام، إلا أن الشاطبي وهو يتحدث عن طرق معرفة مقاصد الشرع في نهاية كتاب المقاصد، كان الأجدر به أن يصرح بمقاصد الأحكام، خاصة وهو يقرر أن مقاصد الشارع ترجع إلى أربعة أقسام وهي: " الأول يعتبر من جهة مقصد الشارع في وضع الشريعة ابتداءً، ومن جهة قصده في وضعها للإفهام، ومن جهة قصده في وضعها للتكليف بمقتضاها، ومن جهة قصده في دخول المكلف تحت حكمها، فهذه أربعة أنواع"⁷. ولعل الشاطبي قد اعتمد قاعدة ذكرها في أكثر من موطن في كتابه، وهي أن تخلف بعض الجزئيات لا يقدح في الكليات⁸، فلا أثر لاعتراضات المعاصرين على كلامه⁹.

وانتقد عز الدين بن رغبة ما وصفه تناقض الشاطبي، بين ما وقع منه من أن حكم الرخصة الإباحة وبين جعل مقاصد الشريعة مجرد الأمر والنهي، إذ يقول الشاطبي في بيان إباحة الرخصة: " إن الرخصة أصلها التخفيف عن المكلف ورفع

¹ ن.م: 40.

² جغيم، نعمان: طرق معرفة مقاصد الشريعة بين الشاطبي والكتاب المعاصرين الملتقى الفقهي، أحد أفرع الشبكة الفقهية على الشبكة العنكبوتية: Feqhweb.com/vb/t22146.html.

³ هكذا وردت في كتاب يوسف العالم، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، والصحيح لغة " نحواً " أن يقال: مفتض.

⁴ سقطت من النص عند العالم، وهو نص منقول عن الشاطبي: الموافقات: 3/ 134.

⁵ العالم، يوسف حامد: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية: 112، الناشر: المعهد العالمي للفكر الإسلامي والدار العالمية للكتاب الإسلامي، الطبعة: الأولى، 1413 هـ - 1993 م، والثانية، 1415 هـ - 1994 م، عدد الأجزاء: 1. سلسلة الرسائل الجامعية (5). الشاطبي: الموافقات: 3/ 134، 421.

⁶ جغيم: طرق معرفة مقاصد الشريعة بين الشاطبي والكتاب المعاصرين، موقع الملتقى الفقهي، أحد فروع الشبكة الفقهية Feqhweb.com/vb/t22146.html.

⁷ الشاطبي: الموافقات: 2/ 8.

⁸ ن. م: 83، 39/ 5 - 40.

⁹ ابن رغبة، عز الدين: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية: 116-117، أصل الكتاب رسالة علمية قدمت لنيل درجة الدكتوراه من جامعة الزيتونة، إشراف: محمد أبو الأجنان، مطابع دار الصفوة، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1417 هـ - 1996 م، عدد الأجزاء: 1.

الخرج عنه، حتى يكون من ثقل التكليف في سعة واختيار، بين الأخذ بالعزيمة، والأخذ بالرخصة، وهذا أصله للإباحة"¹. ويقول: "لو كانت الرخص مأموراً بها ندباً أو وجوباً؛ كانت عزائم لا رخصاً، والحال بضد ذلك"². ونتيجة هذا التناقض هو إخراج الرخص من دائرة المقاصد، خاصة أن الرخص تدخل في حيز المباح، وللتخلص من هذا التناقض يمكن القول إن معرفة مقاصد الشارع في هذا الباب تكون من خلال اعتبار دلالات النصوص الواضحة والثابتة قطعاً أو ظناً يقرب من القطع، وهذا يستوعب مسلك الشاطبي، كما يستوعب الرخص بل المباح بجميع فروعه³. وقد وصف بعض الباحثين الانتقاد بكونه وجهياً، إلا أنه يردّ عليه أن الشاطبي لم يقصد استيعاب الطرق التي تثبت بها مقاصد الخطاب الشرعي.

كما يمكن القول: إن المباح يدخل في دائرة الأمر، فالأمر كما يقع للوجوب والندب يقع للإباحة، قال تعالى: {فَلَمَّ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ}⁴. على أن عز الدين بن زغبة يرجع هذا المسلك للجويني⁵، الذي يقول: "ومن لم يتفطن لوقوع المقاصد في الأوامر والنواهي فليس على بصيرة في وضع الشريعة"⁶، فالكلام من ابتكاره وليس من ابتكار الشاطبي⁷.

ومن هذا المسلك ما ذكره ابن عاشور في مقاصده في طرق إثبات المقاصد الشرعية: "الطريق الثاني: أدلة القرآن الواضحة الدلالة التي يضعف احتمال أن يكون المراد منها غير ما هو ظاهرها بحسب الاستعمال العربي"⁸، والتي منها قوله تعالى: {يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ}⁹. وقوله سبحانه: {وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ}¹⁰، وقوله سبحانه: {وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى}¹¹، ففي كل آية من هذه الآيات تنبيه على مقصد أو تصريح بمقصد شرعي.

¹ الموافقات: 1 / 477.

² ن. م.

³ ابن زغبة: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية: 116 - 117.

⁴ النساء: 43. وفي تفسير القرطبي: أن الله جعل التيمم رخصة. انظر: الجامع لأحكام القرآن - تفسير القرطبي: 219/5.

وروى جابر قال: "خَرَجْنَا فِي سَفَرٍ فَأَصَابَ رَجُلًا مَنَّا حَجْرٌ فَشَجَّهُ فِي رَأْسِهِ، ثُمَّ اخْتَلَمَ فَسَأَلَ أَصْحَابَهُ فَقَالَ: هَلْ تَجِدُونَ لِي رُخْصَةً فِي التَّيْمُمِ؟ فَقَالُوا: مَا نَجِدُ لَكَ رُخْصَةً وَأَنْتَ تَقْدِرُ عَلَى الْمَاءِ فَأَغْتَسَلْتَ فَمَاتَ، فَلَمَّا قَدِمْنَا عَلَى النَّبِيِّ ﷺ أَخْبَرْنَا بِذَلِكَ فَقَالَ: قَتَلُوهُ قَتَلَهُمُ اللَّهُ أَلَا سَأَلُوا إِذْ لَمْ يَعْلَمُوا فَإِنَّمَا شِفَاءُ الْعِيِّ السُّؤَالُ، إِنَّمَا كَانَ يَكْفِيهِ أَنْ يَتَيَمَّمُ وَيَغْصِرَ - أَوْ يَغْصِبَ شَيْئًا مُوسَى - عَلَى جُرْحِهِ خَرْقَةً، ثُمَّ يَمْسَحَ عَلَيْهَا وَيَغْسِلَ سَائِرَ جَسَدِهِ". أبو داود السجستاني: السنن، كتاب الطهارة، باب ما جاء في المجدور يتيمم: 253/1 ح: 236، قال المحقق شعيب الأرنؤوط: إسناده ضعيف. أبو داود السجستاني، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد الأزد (المتوفى: 275هـ): السنن، المحقق شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، 1430هـ - 2009م، عدد الأجزاء: 7.

وصححه الحاكم ووافقه الذهبي، ابن البيع النيسابوري، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدوية بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: 405 هـ): المستدرک على الصحيحين، كتاب الطهارة باب وأما حديث عائشة: 270/1 ح: 585. تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، 1411 هـ - 1990م، عدد الأجزاء: 4.

⁵ هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين وضيء الدين ولد في جوين من نواحي نيسابور وإليها ينسب، رحل إلى بغداد فمكة وجاور فيها أربع سنين، درس وهو دون العشرين أو قريباً منه، بنى له الوزير نظام الملك المدرسة النظامية، وكان يحضر دروسه كبار العلماء، توفي سنة ثمان وسبعين وأربع مائة للهجرة، من كتبه: البرهان، والشامل، وغيرهما.

ابن عساكر، تقي الدين أبو القاسم علي بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساكر (المتوفى: 571 هـ): تبين كذب المفترى فيما ينسب إلى الإمام أبي الحسن الأشعري: 278-285، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة: الثالثة، 1404 هـ، عدد الأجزاء: 1. السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: 771 هـ): طبقات الشافعية الكبرى: 165/5 وما بعدها: ت: 477، المحقق: محمود محمد الطناحي، عبد الفتاح محمد الجلو. الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، 1413 هـ، عدد الأجزاء: 10.

⁶ الجويني، إمام الحرمين أبو المعالي ركن الدين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد (المتوفى: 478 هـ): البرهان في أصول الفقه: 101/1، المحقق: صلاح بن محمد بن عويضة، الطبعة: الأولى، 1418 هـ - 1997م، عدد الأجزاء: 2.

⁷ ابن زغبة: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية: 117.

⁸ ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية: 62/3.

⁹ البقرة: 185.

¹⁰ الحج: 78.

¹¹ الأنعام: 164.

وقد عقد عبد المجيد النجار مقارنة بين مسالك الشاطبي ومسالك ابن عاشور، وفيما يخص هذه الطرق أكد أن هناك اختلافاً وتباعداً بين طريقة عرض كل منهما، ولعل تأسيس الشاطبي وابتكاره لهذا العلم دفعه للتجزئة والتفصيل، فيما جاء ابن عاشور بعد قرون ليقتضي على التثنت، فنزعت مسالكه إلى الكليات والتقنين، وعليه فما رسمه الشاطبي كان مرحلة أولى، فجاء ابن عاشور وبني عليها¹.

ثم إن مسلك مجرد الأمر والنهي طريق لمعرفة المقاصد يمكن أن يتسم بالكلية، لكن الشاطبي، لم يأخذه بعين الاعتبار تحوطاً من السقوط في الظاهرية، ولو اعتبره لكانت مسالكه أثري، ومن هنا فإن الجمع بين مسالك الرجلين يوفي بغرض المسلمين اليوم، وينقذهم من الحرفية المجحفة والمقاصد الوهمية التي تهدر النصوص².
وقد ذكر مسلك الشاطبي دون تعديل، محمد اليوبي، وقد جعله الطريق الثالث في الكشف عن مقاصد الشريعة³، كما ذكره النجار طريقاً أول من مسالك العلم بمقاصد الشريعة تحت عنوان مسلك الأمر الإلهي، لكنه جعله معرفاً بها على وجه الإطلاق لا على وجه التعيين⁴.

المبحث الثالث

مسلك العلة⁵ في استخلاص المقاصد

المسلك الثاني من مسالك معرفة مقاصد الشريعة الإسلامية هو العلة، وهي ركن القياس في تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع في أصول الفقه، يقول الشاطبي: "الثانية: اعتبار علل الأمر والنهي، ولماذا أمر بهذا الفعل؟ ولماذا نهى عن الآخر؟ والعلة إما أن تكون معلومة أو لا، فإن كانت معلومة اتبعت، فحيث وجدت وجد مقتضى الأمر والنهي من القصد أو عدمه، كالنكاح لمصلحة التناسل، والبيع لمصلحة الانتفاع بالمعقود عليه، والحدود لمصلحة الازدجار، وتعرف العلة بمسالكها المعلومة⁶، في أصول الفقه، فإذا تعيّن، علم أن مقصد الشارع ما اقتضته تلك العلة من الفعل أو عدمه.

¹ النجار: مسالك الكشف عن مقاصد الشريعة، مجلة العلوم الإسلامية: ع 48-47/2. السنة الثانية، رمضان 1407 هـ - مارس 1987.

² ن. م: 49.

³ اليوبي، محمد سعد بن أحمد مسعود: مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية: 165 - 166، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1418 هـ - 1998 م، أصل الكتاب رسالة دكتوراه تقدم بها المؤلف إلى قسم أصول الفقه بكلية الشريعة بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، وقد نوقشت بتاريخ: 1415/10/28 هـ وأجيزت، عدد الأجزاء: 1.

⁴ النجار، عبد المجيد: مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة: 27 - 28، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثانية، 2008 م، عدد الأجزاء: 1. كما ذكر نعمان جغيم الطريق الأول لاستخلاص المقاصد من ظواهر النصوص وجعل فيها دلالة الأمر والنص والظاهر والعام، وذكر أمثلة متعددة على كل واحد من هذه الأنواع. انظر: جغيم: طرق الكشف عن مقاصد الشارع: 62 وما بعدها.

⁵ عرف الغزالي العلة بقوله: (اعلم أنا نعي بالعلة في الشرعيات مناط الحكم، أي: ما أضاف الشرع الحكم إليه، وناطه به، ونصبه علامة عليه). الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الطوسي (المتوفى: 505 هـ): المستصفى: 281، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، 1413 هـ - 1993 م، عدد الأجزاء: 1.

ويقول الشاطبي في تعليق الأحكام: "إن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والأجل معاً، وهذه دعوى لا بد من إقامة البرهان عليها صحة أو فساداً، وليس هذا موضع ذلك، وقد وقع الخلاف فيها في علم الكلام، وزعم الفخر الرازي أن أحكام الله ليست معللة بعلة البيت، كما أن أفعاله كذلك، وأن المعتزلة اتفقت على أن أحكامه تعالى معللة برعاية مصالح العباد، وأنه اختيار أكثر الفقهاء المتأخرين، ولما اضطر في علم أصول الفقه إلى إثبات العلة للأحكام الشرعية، أثبت ذلك على أن العلة بمعنى العلامات المعرفة للأحكام خاصة". الموافقات: 9/2 - 11.

⁶ عدّ الرازي "الطرق الدالة على عيئة الوصف في الأصل وهي عشرة: النص والإيماء والإجماع والمناسبة والتأثير والشبه والدوران والسير والتقسيم والطرده وتنقيح المناط، ثم قال: وأمور أخرى اعتبرها قوم وهي عندنا ضعيفة". الرازي، أبو عبد الله فخر الدين محمد بن عمر بن الحسن التبيي الملقب فخر الدين الرازي (المتوفى: 606 هـ): المحصول: 137/5 وما بعدها، دراسة وتحقيق: طه جابر العلواني، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثانية، 1418 هـ - 1997 م، عدد الأجزاء: 6. وانظر: الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الطوسي (المتوفى: 505 هـ): شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل: 456 وما بعدها، المحقق: محمد الكبيسي، أصل الكتاب: رسالة دكتوراه، الناشر: مطبعة الإرشاد، بغداد، الطبعة: الأولى، 1390 هـ - 1971 م، عدد الأجزاء: 1. ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني (المتوفى: 728 هـ): مجموع الفتاوى: 168/20 - 184، المحقق: عبد الرحمن بن محمد قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، الطبعة: دون طبعة، سنة النشر: 1416 هـ - 1995 م، عدد الأجزاء: 35. والسعدي، عبد الحكيم عبد الرحمن أسعد: مباحث العلة في القياس عند الأصوليين: 339 وما بعدها، الناشر: دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، 1421 هـ - 2000 م، عدد الأجزاء: 1. جغيم: طرق الكشف عن مقاصد الشارع: 153 وما بعدها.

وإن كانت غير معلومة فلا بد من التوقف عن القطع على الشارع أنه قصد كذا وكذا¹.
وأحكام الله وأفعاله تشتمل على الحكم والمصالح باتفاق فقهاء المسلمين²، وهذا ما نص عليه ابن عاشور في معرض تفسير قوله تعالى: {هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا}³، يقول: "وفي هذه الآية فائدتان: الأولى: أن لام التعليل دلت على أن خلق ما في الأرض كان لأجل الناس، وفي هذا تعليل للخلق وبيان لثمرته وفائدته، فتثار عنه مسألة تعليل أفعال الله تعالى وتعلقها بالأغراض، والمسألة مختلف فيها بين المتكلمين اختلافا يشبه أن يكون لفظياً، فإن جميع المسلمين اتفقوا على أن أفعال الله تعالى ناشئة عن إرادة واختيار وعلى وفق علمه، وأن جميعها مشتمل على حكم ومصالح، وأن تلك الحكم هي ثمرات لأفعاله تعالى ناشئة عن حصول الفعل، فهي لأجل حصولها عند الفعل تثمر غايات، هذا كله لا خلاف فيه"⁴.
والأغراض التي يريدها الشارع إنما هي لأجل الإحسان إلى الخلق، فلا تتعارض مع كماله سبحانه، وإنما تدل على كمال علمه وإرادته⁵.

فأحكام الشرع معللة، وتلك العلة طريق لمعرفة المقاصد واستخلاصها، وفي هذا المقام فقد أورد عبد المجيد النجار تساؤلاً أو إشكالاً واستغراباً على الشاطبي بقوله: "إلا أنه مما يلفت الانتباه أن الشاطبي لم يجعل في هذا الصدد علل الأحكام المبحوث عنها مقاصد في ذاتها، والحال أنها في الحقيقة مقاصد، وإن لم تكن مقاصد قريبة، بل جعلها كالعلاقة على المقاصد، أما المقاصد في ذاتها فهي مقتضى العلة من إيقاع الفعل أو عدم إيقاعه، وهذا ما يوافق ما جاء في المسلك الأول من اعتبار المقاصد في إيقاع الأفعال أو عدم إيقاعها، وجعل مجرد الأمر والنهي طريقاً لمعرفة⁶".
وقد أجاب عن هذا التساؤل ورفع هذا الإشكال نعمان جغيم بقوله: "والواقع أن الشاطبي يشير بهذه الحجّة إلى ثبوت الأحكام الشرعية بالقياس القائم على معرفة العلة، وليس بصدد الإشارة إلى الحكم والمصالح المقصودة من الأحكام"⁷.
والأحرى أن يقال إن الشاطبي ذكر علل الأوامر والنواهي في معرض تعداد الجهات التي بها تعرف المقاصد، لأن العلة ليست المقاصد ذاتها.

¹الموافقات: 3/ 135.

² يقول الأمدي: "أئمة الفقه مجمعة على أن أحكام الله تعالى لا تخلو من حكمة ومقصود".

الإحكام في أصول الأحكام: 3/ 285، ويقول القرطبي: "لا خلاف بين العقلاء أن شرائع الأنبياء قصد بها مصالح الخلق الدينية والدينية". الجامع لأحكام القرآن - بتفسير القرطبي: 2/ 64.

وقد أنكر هذا الإجماع ابن السبكي، يقول: (قد ادعى بعضهم الإجماع على أن الأحكام مشروعة لمصالح العباد، وذلك إما بطريق الوجوب عند المعتزلة أو الإحسان عند الفقهاء من أهل السنة وهذه الدعوى باطلة؛ لأن المتكلمين لم يقولوا بتعليل الأحكام بالمصالح لا بطريق الوجوب ولا الجواز وهو اللائق بأصولهم، وكيف ينعقد الإجماع مع مخالفة جماهير المتكلمين والمسألة من مسائل علمهم). السبكي، تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي (المتوفى: 756هـ)، وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب (المتوفى: 771هـ): الإجماع في شرح المنهاج (منهاج الوصول إلى علم الأصول للفاضل البيضاوي): 3/ 62، وهو يقصد بالمتكلمين: الأشاعرة. الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: دون طبعة، سنة النشر: 1416هـ - 1995م، عدد الأجزاء: 3.

والموافق أن الاتفاق وقع من الفقهاء كما قال الأمدي، والله أعلم، وهو قول عند المتكلمين، نقله الشاطبي. انظر: الشاطبي: الموافقات: 2/ 9.

³ البقرة: 29.

⁴ ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفى: 1393هـ): ابن عاشور: التحرير والتنوير: وهو تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد 1/ 379 - 380، الناشر: الدار التونسية للنشر، الطبعة: دون طبعة، سنة النشر: 1984م، عدد الأجزاء: 30، تونس.

وأما الفائدة الثانية: يقول: "أخذوا من قوله تعالى: {هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً} (البقرة: 29) أن أصل استعمال الأشياء فيما يراد له من أنواع الاستعمال هو الإباحة حتى يدل دليل على عدمها". ابن عاشور: التحرير والتنوير: 1: 381.

⁵ ابن عاشور: التحرير والتنوير: 1/ 379 - 380.

⁶ النجار: مسالك الكشف عن مقاصد الشريعة بين الشاطبي ابن عاشور: مجلة العلوم الإسلامية: ع/ 40-41، السنة الثانية، رمضان 1407هـ ما رس 1987م.

⁷ جغيم: طرق معرفة مقاصد الشريعة بين الشاطبي والكتاب المعاصرين، الملتقى الفقهي أحد فروع الشبكة الفقهية على الشبكة العنكبوتية.

www.feqhweb.com/vb/t22146.html

والعلماء المعاصرون لهم اتجاهان في اعتبار العلل في الأوامر والنواهي، فمنهم من اعتبرها طريقاً للوصول إلى مقاصد الشرع، ومنهم من خلط بين العلل وبين النص¹.

والصحيح أنهما طريقان مستقلان؛ أحدهما يعتمد على منطوق النص، والآخر يعتمد على معقول النص، وهو ما يعرف بالقياس من خلال تعدية حكم الأصل إلى الفرع وبناء العلة المشتركة بينهما، والعلة قد تكون معلومة أو غير معلومة، وقد تتعدى، وقد تكون قاصرة وهذا محل البحث والنظر².

المبحث الرابع

مراعاة مقاصد الشرع الأصلية والتابعة

قد ثبت أن للشارع في شرع الأحكام العادية والعبادية مقاصد أصلية ومقاصد تابعة³، وهذه الطريق هي الجهة الثالثة في معرفة مقاصد الشريعة الإسلامية عند الشاطبي.

ويمكن تعريف المقاصد الأصلية بقول الشاطبي: "هي التي لا حظ فيها للمكلف، وهي الضروريات المعتبرة في كل ملة، وإنما قلنا: إنها لا حظ فيها للعبد من حيث هي ضرورية؛ لأنها قيام بمصالح عامة مطلقة، لا تختص بحال دون حال، ولا بصورة دون صورة، ولا بوقت دون وقت، لكنها تنقسم إلى ضرورية عينية، وإلى ضرورية كفائية"⁴.

وأما المقاصد التابعة "فهي التي روعي فيها حظ المكلف، فمن جهتها يحصل له مقتضى ما جبل عليه من نيل الشهوات والاستمتاع بالمباحات، وسد الخلات، وذلك أن حكمة الحكيم الخبير، حكمت أن قيام الدين والدنيا إنما يصلح ويستمر بدواع من قبل الإنسان تحمله على اكتساب ما يحتاج إليه هو وغيره"⁵.

وقد ضرب الشاطبي مثلاً على المقاصد الأصلية والتابعة، فالنكاح مشروع للتناسل على المقصد الأصلي الأول، ويليه طلب السكن والازدواج، كما يتبعه التعاون على المصالح الدنيوية والأخرية؛ منها الاستمتاع بالحلال، والنظر إلى ما خلق الله من محاسن النساء، والتجمل بمال المرأة، فضلاً عن قيامها عليه وعلى أولاده، والاحتراز من الوقوع في المحذور من شهوة الفرج ونظر العين، إضافة إلى الزيادة من الشكر بمزيد نعم الله على العبد، وغير ذلك، فجميع هذا مقصود للشارع من شرع النكاح، فمنه ما هو منصوص عليه ومنه ما هو مشار إليه، ومنه ما علم بدليل آخر أو بمسلك استقرئ من تلك المنصوص، وهذه المقاصد التوابع المنصوص عليها مثبتة للمقصد الأصلي، ومقرّبة لحكمته ومستدعية لإدامته، ومستجلبة لتوالي التعاطف والتراحم والتواصل الذي يحصل به المقصد الأصلي للشارع من التناسل، ويستدل بها على أن كل ما لم ينص عليه مما شأنه ذلك مقصود للشارع أيضاً، وأما ما يكون مناقضاً لهذه الأمور فهو مضاد لمقاصد الشارع بإطلاق، ومؤد إلى انحرافها، فوجب إسقاطه، فما كان من النكاح خالياً من المواصلة والموافقة والسكن ينبغي منعه، كما إذا نكح امرأة مطلقة ثلاثاً ليحلها للأول؛ لأنه مضاد لمقصد المواصلة، ومثله كل نكاح على هذا السبيل⁶.

فمقصد الشارع إلى فعل كل ما يخدم المقاصد الأصلية، ويقصد إلى ترك كل ما يهدم المقاصد الأصلية أو يضعفها.

¹ فابن عاشور جعل العلل طريقاً للوصول إلى الاستقراء، انظر: ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية: 56/3 وما بعدها، ومن اعتبر العلل طريقاً مستقلاً البيوي، انظر: مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية: 129، ونعمان جعيم، انظر: طرق الكشف عن مقاصد الشارع: 153، ومن خلط بينها وبين المسلك الأول العالم، انظر: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية: 112، وابن زغبية، انظر: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية: 118.

² جعيم: طرق معرفة مقاصد الشريعة بين الشاطبي والكتاب المعاصرين: الملتقى الفقهي أحد فروع الشبكة الفقهية على الشبكة العنكبوتية: www.feqhweb.com/vb/t22146.html، وانظر الشاطبي: الموافقات: 135/3.

³ الشاطبي: ن. م: 3/139.

⁴ ن. م: 2/300.

⁵ ن. م: 302 - 303.

⁶ ن. م: 3/139 - 140.

وقد اعترض بعض الباحثين على اعتبار المقاصد التابعة طريقاً للكشف عن مقاصد الأحكام الشرعية، من الحكم والمصالح، وإنما يمكن اعتبارها حيث تخدم المقصد الأصلي بأن تحكم بالمشروعية، وإن كانت هادمة فيحكم لها بعدم المشروعية¹.

ويمكن أن يجاب عنه، بأن الشاطبي قد جعل المقاصد التابعة من المقاصد الأصلية ثلاثة مواضع، - سواء في العبادات أو العادات - مما يستدعي معرفتها ودقة الاستفادة منها، في الكشف عن مقاصد الشريعة، وهي:

الأول: ما يقتضي تأكيد المقاصد الأصلية، وربطها، والوثوق بها، وحصول الرغبة فيها؛ فلا إشكال أنه مقصود للشارع؛ فالقصد إلى التسبب إليه بالسبب المشروع موافق لقصد الشارع فيصح.

الثاني: ما يقتضي زوالها عينا؛ [فلا إشكال أيضا في أن القصد إليها مخالف لمقصد الشارع عينا]؛ فلا يصح التسبب بإطلاق.

والثالث: ما لا يقتضي تأكيدا ولا ربطا، ولكنه لا يقتضي رفع المقاصد الأصلية عينا؛ فيصح في العادات دون العبادات، أما عدم صحته في العبادات؛ فظاهر، وأما صحته في العادات؛ فلجواز حصول الربط والوثوق بعد التسبب، ويحتمل الخلاف؛ وهنا لا بد من مسلكين:

أ- فإنه قد يقال: إذا كان لا يقتضي تأكيد المقصد الأصلي، وقصد الشارع التأكيد، فلا يكون ذلك التسبب موافقا لمقصد الشارع؛ فلا يصح.

ب- وقد يقال: هو وإن صدق عليه أنه غير موافق يصدق عليه أيضا أنه غير مخالف، إذ لم يقصد انحتام رفع ما قصد الشارع وضعه، وإنما قصد في التسبب أمرا يمكن أن يحصل معه مقصود الشارع، ويؤكد ذلك أن الشارع أيضا مما يقصد رفع التسبب؛ فلذلك شرع في النكاح الطلاق².

والحكم في هذه الحالة محل اجتهاد المجتهد ونظره³.

المبحث الخامس

دلالة سكوت الشارع على مقاصد الشريعة

إذا كانت المسالك السابقة تعرف بها مقاصد الشريعة في الأقوال والأعمال، فإن هذا المسلك تعرف به المقاصد في تركها⁴.

والأصل أن الأحكام التي يراد معرفة مقصد الشارع فيها لا تخلو من ثلاثة أحوال⁵:

الأول: ما أثبتته الشارع بطريق من طرق إثباتها ومشروعيتها، وذلك بطلبها بالأمر الصريح أو الترغيب فيها بمدحها أو مدح أهلها القائمين بها والثناء عليهم، أو بذكر فضائلها أو بالأخبار لكونها محبوبية لله مرادة له أو أنها سبب للثواب في العاجل والأجل، أو بدم تركها أو تاركها، فهذه الأوامر يراد منها الوجوب أو الندب وقد بلغت نيفا وثلاثين نوعا⁶.

الثاني: ما نفاه الشرع بالنهي عنه أو ترتيب الوعيد عليه، أو أي طريق من طرق النفي المعروفة، كدم الفعل أو الفاعل أو لعنه أو مقتته، أو نفي المحبة أو الرضا عنه أو غير ذلك، مما يبلغ نيفا وأربعين طريقاً، ويفيد الحرمة أو الكراهة، مما يقصد الشرع عدم إيقاعه لأنه يخالف مقصوده⁷.

¹ جغيم: طرق معرفة مقاصد الشريعة الإسلامية بين الشاطبي والكتاب المعاصرين، الملتقى الفقهي أحد فروع الشبكة الفقهية على الشبكة العنكبوتية www.feqhweb.com/bb/t22146.html.

² الشاطبي: الموافقات: 154/3 - 155.

³ ن. م: 156.

⁴ ابن رغبة: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية: 122.

⁵ البيوي: مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية: 73.

⁶ العز بن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السليبي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (المتوفى: 660 هـ): الإمام في بيان أدلة الأحكام: 87، المحقق: رضوان مختار بن غربية، الناشر: دار البشائر الإسلامية، بيروت، الطبعة: الأولى، 1407 هـ - 1987 م، عدد الأجزاء: 1. ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين: بدائع الفوائد: 4/4، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، الطبعة: دون سنة نشر، عدد الأجزاء: 4.

⁷ العز بن عبد السلام: ن. م: 105 - 106. ابن قيم الجوزية: ن. م: 4-5.

الثالث: السكوت عن شرع التسبب في العادات أو عن شرعية العمل في العبادات، مع قيام المعنى المقتضي له، فيسكت الشرع عن الحكم، ولا يتعرض له بإثبات ولا بنفي، وهذا على ضربين¹:

الضرب الأول: ما يسكت عنه الشارع لأنه لا داعية له تقتضيه، ولا موجب يقدر لأجله؛ كالنوازل التي حدثت بعد رسول الله ﷺ؛ ولم تكن في عهده، فإنها لم تكن موجودة وسكت عنها، فاحتاج أهل الشريعة إلى النظر فيها وإجرائها على ما تقرر في كليتها، وما أحدثه السلف الصالح راجع إلى هذا القسم؛ كجمع المصحف، وتدوين العلم، ونحو ذلك، مما لم يجر له ذكر في زمن رسول الله ﷺ، ولم تكن من نوازل زمانه، ولا عرض للعمل بها موجب يقتضيها؛ فهذا القسم جارية فروعه على أصوله المقررة شرعاً بلا إشكال.

الضرب الثاني: ما سكت عنه الشارع مع قيام موجبه المقتضي له، فلم يقرر فيه حكم عند نزول النازلة، على ما كان في ذلك الزمان؛ فهذا الضرب السكوت فيه كالنص، على أن قصد الشارع ألا يزداد فيه ولا ينقص؛ لأنه لما كان هذا المعنى الموجب لشرع الحكم العملي موجوداً ثم لم يشرع الحكم دلالة عليه؛ كان ذلك صريحاً في أن الزائد على ما كان هنالك بدعة زائدة، ومخالفة لما قصده الشارع؛ إذا فهم من قصده الوقوف عند ما حد هنالك، لا الزيادة عليه ولا النقصان منه.

ومن ثم، فإن ما سكت عنه الشارع مع قيام مقتضاه وانتفاء المانع، يعد غير مشروع، وأن هذا موضع قصد الشارع، قال ابن تيمية: "والترك الراتب: سنة، كما أن الفعل الراتب: سنة بخلاف ما كان تركه لعدم مقتض أو فوات شرط أو وجود مانع، وحدث بعده من المقتضيات والشروط وزوال المانع، ما دلت الشريعة على فعله حينئذ كجمع القرآن في المصحف وجمع الناس في التراويح على إمام واحد. وتعلم العربية وأسماء النقلة للعلم وغير ذلك، مما يحتاج إليه في الدين، بحيث لا تتم الواجبات أو المستحبات الشرعية إلا به، وإنما تركه ﷺ لفوات شرطه أو وجود مانع. فأما ما تركه من جنس العبادات مع أنه لو كان مشروعاً لفعله أو أذن فيه ولفعله الخلفاء بعده والصحاب: فيجب القطع بأن فعله بدعة وضلالة ويمتنع القياس في مثله وإن جاز القياس في النوع الأول"².

وسكوت الشارع عن قول أو فعل وقع أمامه، أو في غيابه ونقل إليه وسكت، يسمى الإقرار أو التقرير³ في مصطلح الأصوليين والمحدثين، وهو جزء من السنة عندهم، ومعناه: "أن يسكت النبي ﷺ عن إنكار قول أو فعل قيل أو فعل بين يديه أو في عصره وعلم به، فذلك منزل منزلة فعله في كونه مباحاً، إذا لا يقر على باطل"⁴.

¹ الشاطبي: الموافقات: 3/ 157 - 158، وانظر للمؤلف: الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي (المتوفى: 790): الاعتصام: 1/ 467 - 468، تحقيق: سليم بن عبد الهادي، الناشر: دار ابن عفان، السعودية، الطبعة: الأولى، 1412 هـ - 1992 م، عدد الأجزاء: 2 في ترقيم مسلسل واحد.

² مجموع الفتاوى: 26/ 172، وانظر للمؤلف: القواعد النورانية الفقهية: 150، حققه وخرج أحاديثه: أحمد محمد الخليل، الناشر: دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1422 هـ، عدد الأجزاء: 1. وله أيضاً: اقتضاء الصراط المستقيم لمخالفة أصحاب الجحيم: 2/ 103، المحقق: ناصر عبد الكريم العقل، الناشر: دار عالم الكتب، بيروت - لبنان، الطبعة: السابعة، 1419 هـ - 1999 م، عدد الأجزاء: 2.

وهذا السكوت (أصل عظيم يفرق فيه بين البدع والمصالح المرسله وغيرها مما قد يلتبس على بعض الناس، فترى بعضهم يجعل البدعة من قبيل المصالح المرسله، وآخر يجعل المصالح المرسله من قبل البدعة وكلا الطرفين قد ضلّ سواء السبيل).

اليوبي: مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية: 174.

³ يرفض محمد سليمان الأشقر تعريف الإقرار "بالسكوت عن الإنكار"؛ لأنه ﷺ قد يسكت بلسانه ولكنه يغير بيده، كما فعل لابن عباس لما قام في الصلاة عن يساره فأقامه عن يمينه، والأولى أن يقال: "كف النبي ﷺ عن الإنكار على ما علم به من قول أو فعل". انظر: الأشقر، محمد سليمان: أفعال الرسول ﷺ ودلالاتها على الأحكام الشرعية: 2/ 90، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة: السادسة، 1424 هـ - 2003 م، عدد الأجزاء: 2.

ويجاب عنه بأن السكوت يأتي بمعنى عدم النطق، ويأتي بمعنى السكون وترك الحركة، قال الزبيدي: سكت الرجل، يسكت، سكتا: إذا سكن. وسكت، يسكت، سكتا، وسكتا: إذا قطع الكلام. انظر: الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض الملقب بمرتضى الزبيدي (المتوفى: 1205 هـ): تاج العروس من جواهر القاموس: 4/ 562، المحقق: مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداية، الطبعة: دون طبع، دون سنة نشر، عدد الأجزاء: 40. ابن منظور الإفريقي، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن علي (المتوفى: 711 هـ): لسان العرب: 2/ 43، الناشر: دار صادر، بيروت، الطبعة: الثالثة، 1414 هـ، عدد الأجزاء: 15.

⁴ الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر (المتوفى: 794 هـ): البحر المحيط في أصول الفقه: 6/ 54، الناشر: دار الكنتي، الطبعة: الأولى، 1414 هـ - 1994 م، عدد الأجزاء: 8.

ونقل الزركشي عن الحارث المحاسبي تعريفاً آخر وهو: (هو أن يراههم أو بعضهم يفعل الفعل، أو يخبر عنهم أو بعضهم، وذلك الفعل لا يحتمل إلا الطاعة من عمل في فرض أو عمل لا يحتمل إلا الحل أو التحريم عندهم، لا ينههم عنه، كأكلهم الضب بحضرته ونحوه). انظر: الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه: 6/ 54.

ويكون الإقرار بالسكوت عن القول، كما يكون بالكف عن الفعل¹.

شروط حجية التقرير وصحة دلالاته:

لا يكتفي الأصوليون بمجرد السكوت، ليكون حجة في الشرع، بل لا بد أن يشتمل السكوت على عدة شروط وضوابط، يمكن إيجازها بالآتي²:

1- أن يعلم النبي بالفعل ويطلع عليه بالمشاهدة أو السماع أو النقل عند غيبته، فإن فعل في عصره ولم يطلع عليه، فلا حجة فيه³.

2- أن يكون المقر له على الفعل مسلماً منقاداً للشرع سامعاً مطيعاً، أما الكافر، فلا يعد إقراره على الفعل إباحة له، واختلف في المنافع على قولين⁴.

3- أن يكون قادراً على الإنكار، ولا يسقط عنه وجوب إنكار المنكر بالخوف على نفسه لدليلين:

الأول: أن الله ضمن له الظفر والنصر بقوله: {إِنَّا كَفَيْنَاكَ الْمُسْتَهْزِينَ}⁵.

الثاني: إن تركه الإنكار خوفاً يوهم الجواز ونسخ النبي.

4- ألا يكون قد علم من ماله إنكاره لذلك الفعل قبل وقوعه وبعد وقوعه، حتى استقر ذلك شرعاً ثابتاً وحكماً راسخاً لا يحتمل التغيير ولا النسخ⁶.

5- ألا يكون المقر ممن يزيد الإنكار سوءاً، ويغريه بشرٍ مما هو فيه⁷.

¹ الأشقر: أفعال الرسول ودلالاتها على الأحكام الشرعية: 89/2 - 90.

كما يكون الإقرار على الأقوال والأفعال، يقول أبو شامة المقدسي: "إذا رأى النبي ﷺ فعلاً صادراً عن مسلم مكلف أو سمع منه قولاً أو بلغه ذلك ولم ينكره، مع فهمه له، دل على رفع الحرج في ذلك الفعل؛ فإنه لو كان منكراً لأنكره، فإن الله وصفه بأنه يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر وأنه بشير ونذير".

أبو شامة المقدسي، شهاب الدين أبو القاسم عبد الرحمن بن إسماعيل بن إبراهيم المقدسي الدمشقي الشافعي (المتوفى: 665 هـ): المحقق من علم الأصول فيما يتعلق بأفعال الرسول: 452. تحقيق: محمود صالح جابر، الناشر: الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، عمادة البحث العلمي، المملكة العربية السعودية، سلسلة الرسائل الجامعة، 129، الطبعة: الأولى، 1432 هـ - 2011 م، عدد الأجزاء: 1.

² الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه: 56/6 وما بعدها.

³ لا يشترط ابن حجر علم النبي لدلالة الإقرار، بل يكتفي أن يضيف الصحابي الفعل إلى زمن الرسول ﷺ فيكون حكمه حكم الرفع، يقول: "وحي عن قوم خلافه لاحتمال أنه لم يطلع، وهو ضعيف، لتوفر دواعي الصحابة على سؤالهم إياه عن الأمور التي تقع لهم ومنهم، ولو لم يسألوه لم يقرأوا على فعل غير الجائز في زمن التشريع، فقد استدل أبو سعيد وجابر على إباحة العزل بكونهم كانوا يفعلونه والقرآن ينزل ولو كان منهيًا لنهى عنه القرآن".

ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني (المتوفى: 852 هـ): فتح الباري شرح صحيح البخاري: 1/299، الناشر: دار المعرفة، بيروت، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، صححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، علق عليه: عبد العزيز بن باز، الطبعة: دون طبعة، تاريخ النشر: 1379 هـ، عدد الأجزاء: 13.

ويرى الأشقر أن اشتراط العلم معتبر وهو مذهب الجمهور، يقول: "إن اشتراط العلم معتبر وهو الصواب، وما نسب ابن حجر إلى جابر الراجح أنه لا يصح منه إلا لفظ "كنا نعزل والقرآن ينزل" دون قوله "لو كان شيئاً ينهى عنه لنهى عنه القرآن" وبأنه قد صح عن جابر عند مسلم أن ذلك بلغ النبي ﷺ فلم ينههم عنه، كما ذكره ابن حجر نفسه في موضع آخر، فكيف يحتج بما بلغه على ما لم يبلغه ولم يعلم به؟" الأشقر: أفعال الرسول ﷺ ودلالاتها على الأحكام الشرعية: 2/104، وحديث جابر قال: "كنا نعزل على عهد رسول الله ﷺ فعلم ذلك نبي الله ﷺ فلم ينهنا". النيسابوري: صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب حكم العزل: 2/1065، ح: 1440. النيسابوري: أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري (المتوفى: 261 هـ): المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، المشهور اختصار ب صحيح مسلم، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: دون طبعة، دون سنة نشر، عدد الأجزاء: 5.

ابن حجر: فتح الباري شرح صحيح البخاري: 9/306.

⁴ يقول ابن تيمية في ترجيح عدم اعتبار إقرار المنافق في دلالته على حكم الشرع وقبول فعله من المسلمين: (إقرار النبي ﷺ لعبد الله بن أبي وأمثاله من أئمة النفاق والفجور لما لهم من أعوان، فإزالة منكره بنوع من عقابه مستلزمة إزالة معروف أكثر من ذلك بغضب قومه وحميتهم؛ وينفور الناس إذا سمعوا أن محمداً يقتل أصحابه). مجموع الفتاوى: 131/28.

⁵ الحجر: 95.

⁶ الأشقر: أفعال النبي ﷺ ودلالاتها على الأحكام الشرعية: 2/175.

⁷ يرى العلماء أن تأثير إنكار المنكر في المعصية على أربع درجات: الأولى: أن تزول ويخلفها ضدها، الثاني: أن تفل وإن لم تزل بجملتها، الثالثة: أن يخلفها ما هو مثلها، الرابعة: أن يخلفها ما هو شر منها، فالدرجتان الأولىتان مشروعتان، والثالثة: موضع اجتهاد، والرابعة محرمة، كفاستق اجتماع على لئو ولعب فإن نهيته تفرغ لما هو أشد منه كالقتل مثلاً فتركه أولى.

وهذا في حق إنكار غير النبي.

أما في حقه فقد اختلف العلماء فيه على قولين:

الأول: أنه كغيره فلا يجب عليه الإنكار، وهو قول المعتزلة، فلا يكون إقراره حجة إذا علم من حال المقر أنه يغيره الإنكار.

الثاني: أنه يجب عليه الإنكار ولو علم ذلك، ليزول بالإنكار توهم الإباحة، وهذا فالنبي ρ مخالف لغيره، وهو قول منسوب إلى الأشعرية.

6- أن لا يمنع من الإنكار مانع سوى ما تقدم، فإن وجد مانع صحيح أمكن إحالة الإقرار عليه فلا يكون حجة¹.

7- وشرط بعض أهل العلم تكليف المقر له؛ حتى يكون ترك الإنكار حجة، والظاهر دخول غير المكلف².

وخلاصة هذه الشروط، أن يقال: "إن حاصل ضبط هذا الباب أن نقول: كل فعلٍ أقر عليه ولا مانع من الإنكار أفاد جوازه، فإن كان قد سبق دليل تحريمه أفاد النسخ أيضاً، إلا فيما علم من دينه إنكاره أبداً، وإن كان ساكناً، كأديان الكفرة فإن سكوتها لا أثر له"³.

المبحث السادس

مسلك الاستقراء في استخلاص المقاصد

يقرر العلماء - قديماً وحديثاً - أن الاستقراء طريق من طرق الكشف عن مقاصد الشريعة في الجملة⁴، وإن اختلفوا في التفاصيل.

ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب (المتوفى: 751هـ): إعلام الموقعين عن رب العالمين: 4 / 339 - 340، قدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه وأثاره: أبو عبيدة مشهور حسن سلمان، شارك في التخرين: أبو عمر أحمد عبد الله أحمد، الناشر: دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1423هـ، عدد الأجزاء: 7.

وانظر ابن تيمية: مجموع الفتاوى: 20 / 57 - 61، وللمؤلف: الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر: 13 - 14، الناشر: وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1418هـ، عدد الأجزاء: 1. وله أيضاً: الاستقامة: 2 / 217 - 218، المحقق: محمد رشاد سالم، الناشر: جامعة الإمام محمد بن سعود، المدينة المنورة، الطبعة: الأولى، 1403هـ عدد الأجزاء: 2.

وانظر: القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس (المتوفى: 684هـ): الفروق - أنوار البروق في أنواء الفروق: 4 / 257 - 258، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: دون طبعة، دون سنة نشر، عدد الأجزاء: 4.

¹ ودليل هذا ترك النبي ρ نقض الكعبة، كما جاء في الحديث عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: "قال رسول الله ρ : "لَوْلَا خَدَائَةُ قَوْمِكِ بِالْكَفْرِ لَنَقَضْتُ الْبَيْتَ، ثُمَّ لَبَيْتُهُ عَلَى أَسَاسِ إِبْرَاهِيمَ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - فَإِنَّ قُرَيْشًا اسْتَفْصَرَتْ بِنَاءَهُ وَجَعَلَتْ لَهُ خَلْفًا، قَالَ أَبُو مُعَاوِيَةَ: حَدَّثَنَا هِشَامٌ خَلْفًا يَعْنِي تَابًا". البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل الجعفي (المتوفى: 256هـ): صحيح البخاري، الجامع الصحيح المختصر من أمور رسول الله ρ وسننه وأيامه، كتاب الحج، باب فضل مكة وبنائها: 146/2 - 147: ح: 1585، المحقق: محمد ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، 1422هـ، عدد الأجزاء: 9. وقد يكون المانع انتظار الوحي، فلا يؤخذ من سكوتها حكم بل يؤخذ الحكم من موقفه بعد نزول الوحي، روى الترمذي "عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: جَاءَتْ امْرَأَةٌ سَعْدِ بْنِ الرَّبِيعِ بِابْنَتَيْهَا مِنْ سَعْدٍ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ρ ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، هَاتَانِ ابْنَتَا سَعْدِ بْنِ الرَّبِيعِ، قِيلَ أَبُوهُمَا مَعَكَ يَوْمَ أُحُدٍ شَهِيدًا، وَإِنَّ عَمَّهُمَا أَخَذَ مَالَهُمَا، فَلَمْ يَدَعْ لِهَيْبَتِهِمَا مَالًا وَلَا تُنْكَحَانِ إِلَّا وَلَهُمَا مَالٌ، قَالَ: يَقْضِي اللَّهُ فِي ذَلِكَ، فَتَزَلَّتْ: آيَةُ الْمِرَاثِ، فَتَبَعَتْ رَسُولَ اللَّهِ ρ إِلَى عَمَّهُمَا، فَقَالَ:

أَعْطِ ابْنَتِي سَعْدِ الثَّلَثَيْنِ، وَأَعْطِ أُمَّهُمَا الثُّمْنِ، وَمَا بَقِيَ فَهُوَ لَكَ". قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. الترمذي، محمد بن عيسى بن موسى بن الضحك الترمذي أبو عيسى (المتوفى: 279 هـ) السنن، أبواب الفرائض، باب ما جاء في ميراث البنات: 4/414: ح: 2092، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر، الجزء: 1-2، محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء: 3، وإبراهيم عطوة، الجزء: 4-5، الناشر: شركة مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة: الثانية، 1395 هـ-1975 م، عدد الأجزاء: 5.

وقال الألباني: حسن. انظر: الألباني: محمد ناصر الدين (المتوفى: 1420 هـ): إرواء الغليل في تخرين أحاديث منار السبيل: 6 / 122: ح: 1677. إشراف: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثانية، 1405 هـ - 1985 م، عدد الأجزاء: 9.

² العطار، حسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي (المتوفى: 1250هـ): حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع: 2 / 129، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: دون سنة نشر، عدد الأجزاء: 2.

³ أبو شامة المقدسي، المحقق من علم الأصول فيما يتعلق بأفعال الرسول ρ : 463.

⁴ فمن السابقين الغزالي: المستصفى: 41. والعز بن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام: 2 / 189، والشاطبي: الموافقات: 2 / 81. مع العلم أن الشاطبي لم يذكر الاستقراء في طرق معرفة مقاصد الشريعة، غير أن الريبوني جزم أن الاستقراء هو أهم طرق معرفة المقاصد وإثباتها وهو أقواها، وقد استشهد به الشاطبي ونوه بقيمته في حوالي مائة موضع.

انظر: الريبوني، أحمد: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي: 307 - 308، تقديم: طه جابر العلواني، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، الطبعة الرابعة، 1416 هـ - 1995 م، ابن تيمية: مجموع الفتاوى: 29 / 16، وانظر: القرضاوي، عبد الرحمن يوسف عبد الله: نظرية مقاصد الشريعة بين شيخ الإسلام ابن تيمية

وتحتة ستة مطالب:

المطلب الأول: معنى الاستقراء وأنوعه

الاستقراء في اللغة مأخوذ من الفعل الثلاثي قرأ، وهو يأتي بمعنى الجمع والضم¹، وبمعنى التتبع والتقصي². والاستقراء: استفعال، مصدر استفعل، وهو أحد أوزان الفعل الماضي الثلاثي المزيد فيه ثلاثة أحرف، ومن معانيه الطلب، نحو استرحم الله تعالى، أي طلب إليه الرحمة³.

فيكون المعنى طلب الجزئيات وتتبعها واستقصاءها، من أجل ضم بعضها إلى بعض، في قاعدة واحدة أو قضية واحدة. وفي اصطلاح علماء أصول الفقه، عرفه الغزالي⁴ بقوله: "هو عبارة عن تصفح أمور جزئية لنحكم بحكمها على أمر يشمل تلك الجزئيات"⁵.

وعرفه القرافي⁶ بقوله: "هو تتبع الحكم في جزئياته على حالة يغلب على الظن أنه في صورة النزاع على تلك الحالة"⁷. وقد عرفه إسماعيل الحسيني بقوله: "حاصل دلالة الاستقراء: أنها انتقال ذهني من النظر في حالات وأحكام جزئية إلى حكم عام، فنحكم على النوع بما حكمنا به على الأفراد، ونحكم على الجنس بما حكمنا به على الأنواع"⁸. وعرفه الخادمي بقوله: "هو تقرير أمر كلي بتتبع جزئياته"⁹.

وهناك علاقة وثيقة وتكامل بين الاستقراء والاستنباط: فهما يظهر المختفي من المعاني، ولا يحصل ذلك إلا من باحث حصيف خبير، إذ بهما يثري بحثه، وتبرز شخصيته، ويكشف عما كان خافياً أو غامضاً على كثير من الناس، فكانا أساس البحث، وقد جاءت الكلمة الأولى من الفعل الثلاثي قرأ، وجاءت الثانية من استنبط، أي استخراج، ثم تحول في الاصطلاح إلى استخراج المعاني بفرط الذهن وقوة القرينة¹⁰.

وجمهور الأصوليين دراسة مقارنة من القرن الخامس إلى القرن الثامن الهجري: 311. رسالة ماجستير، إشراف محمد بلتاجي، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، سنة النشر 2000. وعلى رأس المعاصرين ابن عاشور، وقد وصف الاستقراء بأنه أعظم الطرق، انظر: مقاصد الشريعة الإسلامية: 56/3، ثم العالم: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية: 115، واليوي: مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية: 128، والنجار: مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة: 32 - 33، وجغيم: طرق الكشف عن مقاصد الشارع: 295 وما بعدها، والخادمي، نور الدين مختار: الاستقراء ودوره في معرفة المقاصد الشرعية: 39، مكتبة الرشد، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1428م - 2007م.

¹ الجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حماد الفارابي (المتوفى: 393هـ): الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: 64/1، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الناشر: دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة: الرابعة، 1407هـ - 1987م، عدد الأجزاء: 6. ابن منظور: لسان العرب: 1/128.

² مصطفي، إبراهيم؛ والزيات، أحمد بن عبد القادر بن حامد. والنجار، محمد: مجمع اللغة العربية بالقاهرة: المعجم الوسيط: 322/2، الناشر: دار الدعوة، الطبعة: دون طبعة، دون سنة نشر، عدد الأجزاء: 2. وفي القاموس المحيط: القرو: القصد والتتبع كالاقتراء والاستقراء. الفيروزآبادي: القاموس المحيط: 1324.

³ يعقوب، إميل بديع؛ وعاصي، ميشال: المعجم المفصل في اللغة والأدب، م/1، 95، الناشر: دار العلم للملايين، مؤسسة ثقافية للتأليف والترجمة والنشر، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، سبتمبر 1987م، عدد الأجزاء: 2.

⁴ الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد بن أحمد الطوسي، ولد في طوس، ورحل في طلب العلم، فيلسوف متصوف فقيه، له نحو مائتي مصنف منها: إحياء علوم الدين، والاقتصاد في الاعتقاد، والمنحول في علم الأصول، توفي في طوس بخراسان سنة خمس وخمسمائة من الهجرة. انظر: السبكي: طبقات الشافعية الكبرى: 191/6.

⁵ المستصفي: 41.

⁶ هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي القرافي، نسبتة إلى صنهاجة قبيلة من بربارة المغرب، وإلى القرافة وهي المحلة المجاورة لقر الإمام الشافعي - رحمه الله - بالقاهرة، مصري المولد والمنشأ والوفاء، وصدرت له مصنفات جليلة، منها: أنوار البروق في أنواء الفروق، والذخيرة، وشرح تنقيح الفصول، توفي سنة 684هـ ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد اليعمري برهان الدين (المتوفى: 799هـ): الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب: 236 / 1 - 239، تحقيق: محمد الأحمد، دار التراث، القاهرة، دون طبعة، دون سنة نشر. كحالة: معجم المؤلفين: 158/1.

⁷ القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس (المتوفى: 684هـ): شرح تنقيح الفصول: 448، المحقق: طه عبد الرؤوف، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة الأولى، 1393هـ - 1973م. وانظر: عثمان، محمود حامد: القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين: 51، دار الزاحم، الرياض، الطبعة الأولى، 1423هـ - 2002م.

⁸ الحسيني، إسماعيل: نظرية المقاصد عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور: 354، الناشر: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا - الولايات المتحدة الأمريكية، الطبعة: الأولى، 1995م، عدد الأجزاء: 1.

⁹ الاستقراء ودوره في معرفة المقاصد الشرعية: 18.

¹⁰ التونجي، محمد، المعجم المفصل في الأدب: 90/1، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 1419هـ - 1999م، وانظر: الجرجاني: التعريفات: 18، 22. عثمان: القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين: 52.

بيد أن الاستنباط ينتقل به الباحث من العام إلى الخاص أو من المبدأ إلى النتائج، أما الاستقراء فهو عكس ذلك إذ ينتقل من الوقائع إلى القانون العام¹.

ويكاد يعتبر مستحيلاً إقامة حد فاصل بين الاستقراء والاستنباط، ففي حين أنّ الاستقراء يعتبر الاجراءات التي نكوّن بها تعميمات وجودية، نجد أن الاستنباط يعد الإجراء المختص بالعلاقات التي تربط القضايا الكلية المجردة في مجرى التفكير النظري².

والاستقراء نوعان: تام وناقص³.

فالاستقراء التام: هو الاستقراء بالجزئي على الكلي، ويكون عند تقرير الكلي بتتبع جميع جزئياته، ويسمى القطعي. والاستقراء الناقص: هو تقرير أمر كلي بتتبع أغلب جزئياته أو بعضها ويسمى المظنون، فيكون قسمين: أغلبي أو أكثرى وهو المتبوع فيه أغلب جزئياته، وبعضه وهو المتبوع فيه بعض جزئياته.

المطلب الثاني: حجية الاستقراء

الاستقراء التام حجة باتفاق العلماء، ويفيد القطع، وأما الناقص فجمهور العلماء برون حجيته وإن اعتبره ظنياً لا يفيد القطع⁴.

قال ابن مفلح⁵: "الاستقراء: دليل؛ لإفادته الظن"⁶.

وطلب الاستقراء التام قد يكون متعذراً؛ فإن تحصيل الاستقراء التام غير ممكن في أكثر القواعد العامة غير متناهية الأفراد⁷.

وفي تقرير حجية الاستقراء الناقص - وهو رأي الجمهور - يقول الغزالي: "فإن قيل: لم لا يقال للفقهاء استقراؤك غير كامل فإنك لم تتصفح محل الخلاف؟ فالجواب: أن قصور الاستقراء عن الكمال أوجب قصور الاعتقاد الحاصل عن اليقين، ولم يوجب بقاء الاحتمال على التعادل كما كان، بل رجح بالظن أحد الاحتمالين، والظن في الفقه كاف وإثبات الواحد على وفق الجزئيات الكثيرة أغلب من كونه مستثنى على الندور"⁸، وقد أيد ذلك ابن عاشور ونصره، يقول عند تعرضه لتعريف الاستقراء: "هو تتبع الجزئيات لإثبات حكم كلي، وإنما اعتبر دليلاً، لأن الكلية لم تكن ثابتة ولا دليل عليها إلا بتتبع الجزئيات، ولأنها بعد ثبوتها يستدل بها على أحكام جزئيات مجهولة"⁹.

¹ موي: بول: المنطق وفلسفة العلوم: 346، ترجمة فؤاد حسن، دار نهضة مصر، القاهرة، دون طبعة، دون سنة نشر.

² ديوي: جون، المنطق نظرية البحث: 659.

³ البدخشي، محمد بن الحسن (المتوفى: 922 هـ): مناهج العقول، والإسنوي، جمال الدين عبد الرحيم بن حسن (المتوفى: 772 هـ): شرح الإسنوي المسمى نهاية السؤل، كلاهما شرح مناهج الوصول إلى علم الأصول للفاضل البيضاوي: 3/ 133، مطبعة علي صبح وأولاده، مصر، دون طبعة، دون سنة نشر. الفتوح، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز (المتوفى: 972 هـ): شرح الكوكب المنير: 4/ 418، المحقق: محمد الزحيلي ونزيه حمّاد، مكتبة العبيكان، الطبعة الثالثة، 1418 هـ - 1997 م. الكفوي، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني (المتوفى: 1094 هـ): الكليات: 106، المحقق: عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، دون طبعة، دون سنة نشر. الزركشي: المحيط في أصول الفقه: 8/ 6، وانظر: الخادمي: الاستقراء ودوره في معرفة المقاصد الشرعية: 19 - 20.

⁴ البدخشي: مناهج العقول: 3/ 133، ابن النجار: شرح الكوكب المنير: 4/ 418، الكفوي: الكليات: 106، الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه: 8/ 6، إلا أن الشاطبي يرى أن الاستقراء الناقص يفيد القطع أيضاً، انظر: الريسوني: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي: 308، يقول الشاطبي: (الاستقراء المفيد للقطع): الموافقات: 1/ 18.

⁵ هو محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج أبو عبد الله شمس الدين المقدسي الراميني، ولد ونشأ ببيت المقدس، فقيه أصولي محدث، توفي بصالحية دمشق سنة ثلاث وستين وسبعمائة للهجرة، من تصانيفه: أصول الفقه، والآداب الشرعية، وغيرها.

ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني (المتوفى: 852 هـ): الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة: 6/ 14، ت: 2069، مراقبة: محمد عبد المعين، مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد - الهند، الطبعة الثانية، 1392 هـ - 1972 م.

⁶ ابن مفلح، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج الراميني (المتوفى: 763 هـ): أصول الفقه: 4/ 1449، تحقيق: فهد السدحان، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى، 1420 هـ - 1999 م.

⁷ المظفر، محمد رضا، المنطق: 265، الناشر: دار التعارف للمطبوعات، لبنان، الطبعة: الثالثة، 1427 هـ - 2006 م.

⁸ معيار العلم في فن المنطق: 163.

⁹ ابن عاشور: محمد الطاهر (المتوفى: 1393 هـ): حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح على شرح تنقيح الفصول في الأصول للقرافي: 2/ 224. مطبعة النهضة - تونس، الطبعة الأولى، سنة 1431 هـ.

المطلب الثالث: الاستقراء طريق عظيمة للكشف عن المقاصد

برز اهتمام العلماء بالاستقراء كطريق هام في الكشف عن المقاصد من خلال عدة اعتبارات، فالشاطبي يبرز عنايته بالاستقراء منذ اللحظة الأولى لوضع كتابه، يقول: "ولما بدا من مكنون السر ما بدا، ووفق الله الكريم لما شاء منه وهدى، لم أزل أقيّد أوابده¹، وأضم من شوارده تفاصيل وجملا، وأسوق من شواهد في مصادر الحكم وموارده مبينا لا مجملا، معتمدا على الاستقراءات الكلية، غير مقتصر على الأفراد الجزئية، ومبيّنا أصولها النقلية بأطراف من القضايا العقلية، حسبما أعطته الاستطاعة والمنة، في بيان مقاصد الكتاب والسنة"².

كما أثبت الشاطبي بالاستقراء أن الشريعة جاءت لمصالح العباد، يقول: "والمعتمد إنما هو أنا استقرينا من الشريعة أنها وضعت لمصالح العباد استقراء"³.

وهو بالاستقراء يثبت كليات الشريعة بكل تدرجاتها "كون الشارع قاصدا للمحافظة على القواعد الثلاث: الضرورية، والحاجية والتحسينية... ودليل ذلك استقراء الشريعة، والنظر في أدلتها الكلية والجزئية، وما انطوت عليه من هذه الأمور العامة على حد الاستقراء المعنوي الذي لا يثبت بدليل خاص، بل بأدلة منضاف بعضها إلى بعض، مختلفة الأغراض، بحيث ينتظم من مجموعها أمر واحد تجتمع عليه تلك الأدلة"⁴.

كما جعل الشاطبي الاستقراء طريقاً من طرق العموم، يقول: "العموم إذا ثبت؛ فلا يلزم أن يثبت من جهة صيغ العموم فقط، بل له طريقان:

أحدهما: الصيغ إذا وردت، وهو المشهور في كلام أهل الأصول.

والثاني: استقراء مواقع المعنى حتى يحصل منه في الذهن أمر كلي عام؛ فيجري في الحكم مجرى العموم المستفاد من الصيغ، والدليل على صحة هذا الثاني وجوه:

أحدها: أن الاستقراء هكذا شأنه؛ فإنه تصفح جزئيات ذلك المعنى ليثبت من جهتها حكم عام؛ إما قطعي، وإما ظني، وهو أمر مسلم عند أهل العلوم العقلية والنقلية؛ فإذا تم الاستقراء حكم به مطلقاً في كل فرد يقدر، وهو معنى العموم المراد في هذا الموضوع.

والثاني: أن التواتر المعنوي⁵ هذا معناه"⁶.

¹ يُقال للقرس الجواد الذي يلحق الطرائد من الوحش قيد الأوابد. والمعنى: أنه يلحق الوحش بجودته، فكأنها مقيدة له. الأزهري، محمد بن أحمد بن الأزهرى البروي أبو منصور (المتوفى: 370 هـ): تهذيب اللغة: 9/193، المحقق: محمد عوض مرعب، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: الأولى، 2001م، عدد الأجزاء: 8.

² الموافقات: 1/9، وانظر: الريسوني: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي: 309.

³ الشاطبي: ن. م: 12/2.

⁴ ن. م: 79 - 81.

⁵ هو أن ينقل جماعة يستحيل تواطؤهم على الكذب وقائع مختلفة تشترك في أمر، فيتواتر ذلك القدر المشترك.

كما إذا نقل رجل عن حاتم مثلاً أنه أعطى جملاً، وآخر أنه أعطى فرساً، وآخر أنه أعطى ديناراً، وهلم جرا؛ فيتواتر القدر المشترك بين أخبارهم، وهو الإعطاء، لأن وجوده مشترك من جميع هذه القضايا.

انظر: السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (المتوفى: 911هـ): تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي: 2/631، حقه: أبو قتيبة نظر محمد الفارياي، الناشر: دار طيبة، الطبعة: دون طبعة، دون سنة النشر، عدد الأجزاء: 2، ومعه التقريب والتيسير للنووي بأعلى الصفحة.

⁶ الموافقات: 4/57.

يمثل الشاطبي لهذه الأمور قضية رفع الحرج، يقول: "إذا فرضنا أن رفع الحرج في الدين مثلاً مفقود فيه صيغة عموم؛ فإننا نستفيده من نوازل متعددة خاصة، مختلفة الجهات متفقة في أصل رفع الحرج، كما إذا وجدنا التيمم شرع عند مشقة طلب الماء، والصلاة قاعداً عند مشقة القيام، والقصر والفطر في السفر، والجمع بين الصلاتين في السفر والمرض والمطر، والنطق بكلمة الكفر عند مشقة القتل والتأليم، وإباحة الميتة وغيرها عند خوف التلف الذي هو أعظم المشقات، والصلاة إلى أي جهة كانت لعسر استخراج القبلة، والمسح على الجبائر والخفين لمشقة النزح ولفرع الضرر، والعفو في الصيام عما يعسر الاحتراز منه من المفطرات كغبار الطريق ونحوه، إلى جزئيات كثيرة جداً يحصل من مجموعها قصد الشارع لرفع الحرج؛ فإننا نحكم برفع الحرج في الأبواب كلها، عملاً بالاستقراء، فكأنه عموم لفظي، فإذا ثبت اعتبار التواتر المعنوي ثبت في ضمنه ما نحن فيه". ن. م: 58 - 59.

وقد ثبت العموم اللفظي في كتاب الله في أكثر من موضع، منها قوله تعالى: { مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ } (المائدة: 6). وقوله سبحانه: { وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ } (الحج: 78). وفي الكثير من المواضع في السنة.

وقد جعل ابن عاشور استقرار الشريعة في تصرفاتها- وقد وصفه بأعظم طرق إثبات المقاصد - على نوعين¹: النوع الأول: استقرار الأحكام المعروفة عللها، الأئبل إلى استقرار تلك العلل المثبتة بطرق مسالك العلة، ففي ذلك حصول العلم بمقاصد الشريعة بسهولة، فيستخلص من العلل الكثيرة المتماثلة حكمة واحدة مضبوطة بتلك العلل، ومثاله إبطال الغرر في المعاوضات، ودوام الأخوة بين المسلمين، وغير ذلك². فمجموع العلل في هذا النوع ضابط في استخلاص حكمة شرعية هي مقصود الشارع الحكيم.

النوع الثاني: استقرار أدلة أحكام اشتركت في علة، بحيث يحصل لنا اليقين بأن تلك العلة مقصدٌ مرادٌ للشارع. ومثاله رواج الطعام وتيسير تناوله والحرية وغير ذلك³.

وقد ذكر ابن عاشور في كتابه مقاصد الشريعة الإسلامية عدة مجالات لاستخدام الاستقرار في الشريعة الإسلامية وهي مبنوثة في كتابه⁴.

المطلب الرابع: غاية الاستقرار

الهدف المنشود من الاستقرار هو الجانب العملي التطبيقي، وذلك من خلال: أولاً: استخلاص القانون العام والقاعدة الكلية:

يقول الميداني⁵: "ثم يأتي الفكر بعد عمليات الاستقرار، فيحاول استنباط تفسير للظواهر التي توصل إليها وقيدتها، وهذا التفسير يدور في فلك قوانين العلل والمعلولات، والأسباب والمسببات، ثم يستخلص ما ثبت لديه أو ما ترجح لديه من ضوابط وقواعد، أو قوانين كلية عامة، تتعلق بالمجال الذي تتبع جزئياته بعمليات الاستقرار"⁶.

ثم يأتي ثانياً: إلحاق الفرع بأصله والجزئي بالكلية التي تشملها، يقول الحسني: "إن استقرار المصالح الكلية طريق معتبر في حجية قياس مصلحة كلية حادثة في الأمة لا يعرف لها حكم، على كلية ثابت اعتبارها في الشريعة باستقرار أدلتها"⁷.

وبهذا وصلنا إلى نهاية المطاف في المسالك المعتبرة لاستخلاص مقاصد الشريعة، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل.

خاتمة:

1. القراءة الحرفية للنصوص بدعة دينية ومنهجية، ولا تعين على معرفة مقاصد الشريعة، بل إنها توقع طالب العلم في التناقض.
2. المغالاة في اعتبار المعاني واطراح النصوص مرفوض شرعاً، ومعارض لمقاصد الشريعة المعتبرة.
3. ظواهر النصوص مسلك معتبر للكشف عن مقاصد الشريعة.
4. أحكام الشرع معللة، والعلل طريق معتبر لمعرفة المقاصد واستخلاصها.

¹ نقل العالم هذين النوعين عن ابن عاشور. العالم: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية: 115 وما بعدها.

² ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية: 56/3.

³ ن. م: 59.

⁴ ن. م: ومن هذه المجالات:

1- نبد الأوهام والتخيلات وعدم مراعاتها: 2. 172. 2- مقصد السماحة: 3. 188. 3- مقصد التشريع العم وهو حفظ نظام الأمة: 4. 194. 4- إبطال التخيل الذي يسلب الحكمة المقصودة للشرع: 5. 323. 5- مقصد سد الذرائع: 6. 337. 6- كون التشريع منوطاً بالضبط والتحديد: 7. 346. 7- مقصد الشريعة في تعميم الحرية وإبطال العبودية: 373، وانظر: للمؤلف: أصول النظام الاجتماعي في الإسلام: 168، الناشر: الشركة التونسية للتوزيع، تونس، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، الطبعة: الثانية، دون سنة نشر، عدد الأجزاء: 1. 8- تعليل الأحكام الشرعية خاصة أحكام المعاملات: 9. 386. 9- إثبات واجب الاجتهاد: 10. 393. 10- مقاصد النكاح: 11. 427. 11- مقصد النسب المشروع: 12. 436. 12- مقصد حفظ المال: 13. 460. 13- مقاصد الأموال: 14. 473. 14- مقاصد الشريعة في المعاملات المنعقدة على عمل الأبدان: 15. 494. 15- مقاصد الشريعة في عقود التبرعات: 19. 506. 19- مقاصد الشارع من تنصيب الحكام: 518.

⁵ هو عبد الرحمن بن حسن حبنكة الميداني، ولد في دمشق، نشأ في بيت علم، عمل مدرساً في جامعة أم القرى ومشرفاً على الرسائل العلمية، من مؤلفاته: ضوابط المعرفة موصول الاستدلال والمناظرة، والعقيدة الإسلامية وأسسها، توفي سنة خمس وعشرين وأربعمائة وألف للهجرة.

المجنوب، محمد: علماء ومفكرون عرفتهم: 67-59/3، الناشر: دار الشواف للنشر والتوزيع، الرياض - القاهرة، الطبعة: الرابعة، 1992م، عدد الأجزاء: 3.

⁶ ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة: 188.

⁷ نظرية المقاصد عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور: 364 - 365.

5. المقاصد التابعة معتبرة حيث جاءت مؤكدة للمقاصد الأصلية في العادات والعبادات، ومعتبرة في العادات وإن لم تأت مؤكدة على أن لا تقتضي رفعها.
6. سكوت الشارع مسلك معتبر للكشف عن مقاصد الشريعة إذا كان منضبطاً بضوابطه الشرعية.
7. الاستقراء بنوعيه التام والناقص حجة في تقرير مقاصد الشريعة، وإن كان التام يفيد القطع والناقص يفيد الظن.

قائمة المراجع

1. القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.
2. الأثقر، محمد سليمان: أفعال الرسول ﷺ ودلالاتها على الأحكام الشرعية، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة: السادسة، 1424هـ - 2003م، عدد الأجزاء: 2.
3. الأمدي، أبو الحسن سيف الدين علي بن أبي علي الثعلبي (المتوفى: 631هـ): الإحكام في أصول الأحكام، المحقق: عبد الرزاق عفيفي، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، لبنان، الطبعة: دون طبعة، دون سنة نشر، عدد الأجزاء: 4.
4. البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل الجعفي (المتوفى: 256هـ): صحيح البخاري، الجامع الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، المحقق: محمد ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، 1422هـ، عدد الأجزاء: 9.
5. البدخشي، محمد بن الحسن (المتوفى: 922هـ): مناهج العقول، والإسنوي، جمال الدين عبد الرحيم بن حسن الإسنوي (المتوفى: 772هـ): شرح الإسنوي المسمى نهاية السؤل، كلاهما شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي، الناشر: مطبعة علي صبح وأولاده بالأزهر بمصر، الطبعة: دون طبعة، دون سنة نشر، كتاب الإسنوي بالأعلى ويليه كتاب البدخشي مفصلاً بينهما بفاصل.
6. الترمذي، محمد بن عيسى بن موسى بن الضحاك الترمذي أبو عيسى (المتوفى: 279هـ) السنن، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر، الجزآن: 1-2، محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء: 3، وإبراهيم عطوة، الجزآن: 4-5، الناشر: شركة مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة: الثانية، 1395 هـ - 1975م، عدد الأجزاء: 5.
7. التنبكتي، أحمد بابا بن أحمد بن الفقيه الحاج أحمد بن عمر التكروري السوداني (المتوفى: 1036هـ): نيل الأبتهاج بتطريز الديباج، عناية وتقديم: عبد الحميد عبد الله الهرامة، الناشر: دار الكاتب، طرابلس - ليبيا، الطبعة: الثانية، 2000م، عدد الأجزاء: 1.
8. التهانوي، محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد الفاروقي الحنفي (المتوفى: 1158هـ): كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق: علي دحروج، تقديم وإشراف ومراجعة: رفيق العجم، الناشر: مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، نقل النص إلى العربية: عبد الله الخالدي، الترجمة الأجنبية: جورج زيناني، الطبعة: الأولى، 1996م، عدد الأجزاء: 2.
9. التونجي، محمد، المعجم المفصل في الأدب، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، 1419هـ - 1999م، عدد الأجزاء: 2.
10. ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني (المتوفى: 728هـ): مجموع الفتاوى، المحقق: عبد الرحمن بن محمد قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، الطبعة: دون طبعة، سنة النشر: 1416هـ - 1995م، عدد الأجزاء: 35.

11. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم: القواعد النورانية الفقهية، حققه وخرج أحاديثه: أحمد محمد الخليل، الناشر: دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1422هـ، عدد الأجزاء: 1.
12. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم: اقتضاء الصراط المستقيم لمخالفة أصحاب الجحيم، المحقق: ناصر عبد الكريم العقل، الناشر: دار عالم الكتب، بيروت - لبنان، الطبعة: السابعة، 1419 هـ - 1999 م، عدد الأجزاء: 2.
13. جفيم، نعمان: طرق الكشف عن مقاصد الشارع، الناشر: دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، الطبعة: الأولى، 1423 - 2001 م، عدد الأجزاء: 1.
14. جفيم، نعمان: طرق معرفة مقاصد الشريعة بين الشاطبي والكتاب المعاصرين، موقع الملتقى الفقهي، أحد فروع الشبكة الفقهية Feqhweb.com/vb/t22146.html.
15. الجويني، إمام الحرمین أبو المعالي ركن الدين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد (المتوفى: 478هـ): البرهان في أصول الفقه، المحقق: صلاح بن محمد بن عويضة، الطبعة: الأولى، 1418 هـ - 1997 م، عدد الأجزاء: 2.
16. ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني (المتوفى: 852هـ): فتح الباري شرح صحيح البخاري، الناشر: دار المعرفة، بيروت، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، صححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، علق عليه: عبد العزيز بن باز، الطبعة: دون طبعة، تاريخ النشر: 1379هـ، عدد الأجزاء: 13.
17. الحسني، إسماعيل: نظرية المقاصد عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور، الناشر: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا - الولايات المتحدة الأمريكية، الطبعة: الأولى، 1995 م، عدد الأجزاء: 1.
18. الخادمي، نور الدين مختار: الاستقراء ودوره في معرفة المقاصد الشرعية، الناشر: مكتبة الرشد ناشرون، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1428 هـ - 2007 م.
19. الرازي، أبو عبد الله فخر الدين محمد بن عمر بن الحسن التيمي الملقب فخر الدين الرازي (المتوفى: 606هـ): المحصول، دراسة وتحقيق: طه جابر العلواني، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثانية، 1418 هـ - 1997 م، عدد الأجزاء: 6.
20. الريسوني، أحمد: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، تقديم: طه جابر العلواني، الناشر: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، الطبعة: الرابعة، 1416 هـ - 1995 م، عدد الأجزاء: 1.
21. الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر (المتوفى: 794هـ): البحر المحيط في أصول الفقه، الناشر: دار الكتب، الطبعة: الأولى، 1414 هـ - 1994 م، عدد الأجزاء: 8.
22. ابن زغيب، عز الدين: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، أصل الكتاب رسالة علمية قدمت لنيل درجة الدكتوراه من جامعة الزيتونة، إشراف: محمد أبو الأجنان، مطابع دار الصفوة، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1417 هـ - 1996 م، عدد الأجزاء: 1.
23. السبكي، تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي (المتوفى: 756هـ)، وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب (المتوفى: 771 هـ): الإبهاج في شرح المنهاج (منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي) الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: دون طبعة، سنة النشر: 1416 هـ - 1995 م، عدد الأجزاء: 3.
24. السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: 771 هـ): طبقات الشافعية الكبرى، المحقق: محمود محمد الطناحي، عبد الفتاح محمد الحلو. الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، 1413 هـ، عدد الأجزاء: 10.
25. السجستاني، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد الأزدي (المتوفى: 275هـ): السنن، المحقق شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، الناشر: دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، 1430 هـ - 2009 م، عدد الأجزاء: 7.

26. السعدي، عبد الحكيم عبد الرحمن أسعد: مباحث العلة في القياس عند الأصوليين، الناشر: دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، 1421 هـ - 2000 م، عدد الأجزاء: 1.
27. الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي (المتوفى: 790 هـ): الموافقات، المحقق: أبو عبيده مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة: الأولى، 1417 هـ - 1997 م، عدد الأجزاء: 7.
28. الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي (المتوفى: 790): الاعتصام، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، الناشر: دار ابن عفان، السعودية، الطبعة: الأولى، 1412 هـ - 1992 م، عدد الأجزاء: 2 في ترقيم مسلسل واحد.
29. أبو شامة المقدسي، شهاب الدين أبو القاسم عبد الرحمن بن إسماعيل بن إبراهيم المقدسي الدمشقي الشافعي (المتوفى: 665 هـ): المحقق من علم الأصول فيما يتعلق بأفعال الرسول P، تحقيق: محمود صالح جابر، الناشر: الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، عمادة البحث العلمي، المملكة العربية السعودية، سلسلة الرسائل الجامعة 129، الطبعة: الأولى، 1432 هـ - 2011 م، عدد الأجزاء: 1.
30. صحراوي، مسعود: تداولية الخطاب القرآني عند الأصوليين، مجلة الخطاب: ع: 8، دورية أكاديمية محكمة، تعنى بالدراسات والبحوث العلمية في اللغة والأدب، الجزائر، 1 أبريل 2011 م.
31. ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفى: 1393 هـ): التحرير والتنوير: وهو تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد، الناشر: الدار التونسية للنشر، الطبعة: دون طبعة، سنة النشر: 1984 م، عدد الأجزاء: 30، تونس.
32. ابن عاشور: محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر: حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح على شرح تنقيح الفصول في الأصول للقرافي، الناشر: مطبعة النهضة - تونس، الطبعة: الأولى، سنة 1431 هـ، عدد الأجزاء: 2.
33. ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر: مقاصد الشريعة الإسلامية، المحقق: محمد الحبيب بن الخوجة، الناشر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، قطر، دون طبعة، سنة النشر: 1425 هـ - 2004 م، عدد الأجزاء: 3.
34. العالم، يوسف حامد: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، الناشر: المعهد العالمي للفكر الإسلامي والدار العالمية للكتاب الإسلامي، الطبعة: الأولى، 1413 هـ - 1993 م، والثانية، 1415 هـ - 1994 م، عدد الأجزاء: 1، سلسلة الرسائل الجامعية (5).
35. عثمان، محمود حامد: القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين، الناشر: دار الزاحم للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة: الأولى، 1423 هـ - 2002 م، عدد الأجزاء: 1.
36. العطار، حسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي (المتوفى: 1250 هـ): حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: دون طبعة، دون سنة نشر، عدد الأجزاء: 2.
37. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الطوسي (المتوفى: 505 هـ): معيار العلم في فن المنطق، المحقق: سليمان دنيا، الناشر: دار المعارف، مصر، الطبعة: دون طبعة، سنة النشر: 1961 م. عدد الأجزاء: 1.
38. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الطوسي: شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، المحقق: محمد الكبيسي، أصل الكتاب: رسالة دكتوراه، الناشر: مطبعة الإرشاد، بغداد، الطبعة: الأولى، 1390 هـ - 1971 م، عدد الأجزاء: 1.
39. الفاسي: علال، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الخامسة، 1993 م، عدد الأجزاء: 1.

40. الفتوحى، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز المعروف بابن النجار (المتوفى: 972 هـ): شرح الكوكب المنير، المحقق: محمد الزحيلي ونزيه حمّاد، الناشر: مكتبة العبيكان، الطبعة: الثالثة، 1418 هـ - 1997 م، عدد الأجزاء: 4.
41. الفيروزآبادي: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب (المتوفى: 817 هـ) القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسى الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت - لبنان الطبعة: الثامنة، 1426 هـ - 2005 م عدد الأجزاء: 1.
42. القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس (المتوفى: 684 هـ): الفروق - أنوار البروق في أنواء الفروق، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: دون طبعة، دون سنة نشر، عدد الأجزاء: 4.
43. القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس (المتوفى: 684 هـ): شرح تنقيح الفصول، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة: الأولى، 1393 هـ - 1973 م، عدد الأجزاء: 1.
44. القرضاوي، عبد الرحمن يوسف عبد الله: نظرية مقاصد الشريعة بين شيخ الإسلام ابن تيمية وجمهور الأصوليين دراسة مقارنة من القرن الخامس إلى القرن الثامن الهجري. أطروحة لنيل درجة الماجستير، تحت إشراف محمد بلتاجي حسن، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة، سنة النشر 2000، عدد الأجزاء: 1.
45. القرطبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي (المتوفى: 671 هـ): الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب العلمية، القاهرة، الطبعة: الثانية، 1384 هـ - 1964 م، عدد الأجزاء: 20 في 10 مجلدات.
46. ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين: بدائع الفوائد، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، الطبعة: دون طبعة، دون سنة نشر، عدد الأجزاء: 4.
47. ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب (المتوفى: 751 هـ): إعلام الموقعين عن رب العالمين، قدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه وأثاره: أبو عبيدة مشهور حسن سلمان، شارك في التخرّيج: أبو عمر أحمد عبد الله أحمد، الناشر: دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1423 هـ، عدد الأجزاء: 7.
48. كحالة، عمر بن رضا الدمشقي (المتوفى: 1408 هـ): معجم المؤلفين، الناشر: مكتبة المثنى، بيروت، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: دون طبعة، دون سنة نشر، عدد الأجزاء: 15.
49. الكفوي، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني القريبي الكفوي الحنفي (المتوفى: 1094 هـ): الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، المحقق: عدنان درويش، محمد المصري، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: دون طبعة، دون سنة نشر، عدد الأجزاء: 1.
50. ابن مفلح، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج الراميني (المتوفى: 763 هـ): أصول الفقه، حققه وعلق عليه وقدم له: فهد بن محمد السدحان، الناشر: مكتبة العبيكان، الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 1999 م، عدد الأجزاء: 4 في ترقيم مسلسل واحد.
51. ابن منظور الإفريقي، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن علي (المتوفى: 711 هـ): لسان العرب، الناشر: دار صادر، بيروت، الطبعة: الثالثة، 1414 هـ، عدد الأجزاء: 15.
52. الميداني، عبد الرحمن حسن حبنكة: ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة، الناشر: دار القلم، دمشق، الطبعة: الرابعة، 1414 هـ - 1993 م، عدد الأجزاء: 1.
53. النجار، عبد المجيد: المنحى التطبيقي في مقاصد ابن عاشور، المؤتمر الدولي حول محمد الطاهر بن عاشور، وقضايا الإصلاح والتجديد في الفكر الإسلامي المعاصر، رؤية معرفية ومنهجية: ملكاوي، فتحي حسن: بحوث المؤتمر

- الدولي حول الشيخ محمد الطاهر بن عاشور وقضايا الإصلاح والتجديد في الفكر الإسلامي المعاصر رؤية معرفية ومنهجية، الناشر: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا – الولايات المتحدة الأمريكية، الطبعة: الأولى، 1432 هـ - 2011 م، عدد الأجزاء: 1.
54. النجار، عبد المجيد: مسالك الكشف عن مقاصد الشريعة بين الشاطبي ابن عاشور، مجلة العلوم الإسلامية: ع: 2، السنة الثانية، رمضان 1407 هـ - مارس 1987 م.
55. النجار، عبد المجيد: مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثانية، 2008 م، عدد الأجزاء: 1.
56. النيسابوري: أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري (المتوفى: 261 هـ): المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله، المشهور اختصار بصحيح مسلم، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: دون طبعة، دون سنة نشر، عدد الأجزاء: 5.
57. اليوبي، محمد سعد بن أحمد مسعود: مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1418 هـ - 1998 م، أصل الكتاب رسالة دكتوراه تقدم بها المؤلف إلى قسم أصول الفقه بكلية الشريعة بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، وقد نوقشت بتاريخ: 1415/10/28 هـ وأجيزت، عدد الأجزاء: 1.

شروط المصلحة في الدفع بعدم الدستورية طبقا للتشريع الجزائري.

The requirement of interest in the defence of utionality in accordance with Algerian legislation.

ط.د: نورة بلال/ طالبة دكتوراه - تخصص قانون دستوري جامعة باتنة-1- دولة الجزائر .

الملخص :

تعد المصلحة في الدفع بعدم الدستورية شرط أساسي لقبوله كغيره من الدفوع القضائية، ويقصد بالمصلحة في مجال الدفع بعدم الدستورية الارتباط القائم بينها وبين المصلحة في الدعوى الموضوعية وذلك عن طريق تأثير الحكم الفاصل في المسألة الدستورية على ما أبدي من طلبات في الدعوى الموضوعية، وبانتفاء ذلك الارتباط لا تقبل الدعوى الدستورية، كما أن المصلحة في الدعوى الدستورية يقتصر مضمونها على مخاصمة النص التشريعي محل الدفع بعدم الدستورية ووجوبية قيام الضرر المباشر الذي لحق بالمدعي ويشترط في المصلحة ان تكون ذات أوصاف محددة قانونا تتمثل في القانونية والشخصية والمباشرة وان تكون حالة وقائمة

الكلمات المفتاحية: الدفع بعدم الدستورية- المصلحة- الجدية- الأوصاف.

Abstract :

The interest in the push for unconstitutionality is a prerequisite for its acceptance Of judicial defenses. The interest in the defense of unconstitutionality is the link between them And the interest in the substantive case. This is through the influence of the decisive ruling on the constitutional issue on Requests made in the substantive proceedings. The absence of such a link does not accept constitutional action. The interest in constitutional proceedings is also limited to a dissugis The legislative text in question is the pretexts of unconstitutionality. The direct injury to the plaintiff and the interest is required to have legally defined legal, personal, direct, state and list descriptions.

Key words: Pushing unconstitutionality - interest - seriousness - descriptions.

مقدمة :

اعتمدت معظم الدول على كفالة نوع من الرقابة على الأعمال القانونية، الصادرة عن السلطين التشريعية و التنفيذية للتحقق من مطابقتها واحترامها لأحكام الدستور، ويعتبر القضاء الدستوري اسمى مراتب قضاء القانون العام على اساس أن الخصم فيه هو السلطة العامة، والغاية الأساسية لهذا القضاء هي تكريس الشرعية الدستورية وحماية الدستور من خرق أحكامه وترسيخ مفهوم الديمقراطية بتأكيد السيادة الشعبية وكفالة الحقوق والحريات العامة.

وبالتالي فإن إسناد مهمة الرقابة الدستورية إلى القضاء يحقق لهذه الرقابة فعاليتها على أساس استقلالية وحياد الجهة التي تمارسها، بالإضافة إلى الضمانات المكفولة للدعوى القضائية وعلى سبيل المثال علانية الجلسة وحرية التقاضي وحرية الدفاع وتسبب الحكم وغيرها.

أولاً-التعريف بموضوع الدراسة وبيان أهميتها:

وباعتبار أن الدفع بعدم الدستورية، هو أحد آليات ممارسة الدعوى الدستورية في إطار الرقابة القضائية على دستورية القوانين، والتي تبناها المؤسس الدستوري الجزائري بموجب تعديل دستور 2016، وأكدها التعديل الدستوري لعام 2020، بتكريس حق الفرد في الاتصال بالمحكمة الدستورية عن طريق اثاره مسألة أولية تتعلق بمدى دستورية القانون المراد تطبيقه على النزاع الموضوعي، المثار بشأنه تلك المسألة الأولية للدستورية، وهذا ما ترتب عنه اضعاف طبيعة قانونية خاصة لوسيلة الدفع بعدم الدستورية عن باقي الدفوع القضائية الأخرى، على أساس أن موضوعه قائم على مخاصمة النص القانوني بالإضافة إلى الباعث في الحصول على فائدة شخصية من خلال إلغاء القانون المخالف للدستور، وهذا ما يجعل الدفع بعدم الدستورية يجمع بين الطابع العيني والشخصي، وهنا تبرز نقطة الاختلاف بين الدفع بعدم الدستورية (الدعوى الدستورية) والدفوع الأخرى في مجال القضاء العادي والتي تنصب على تحقيق مصلحة شخصية على عكس الدفع بعدم الدستورية الذي يزاوج بين المصلحة الموضوعية والمصلحة الشخصية.

وتكريسا للقاعدة القانونية والمتمثلة في ان مناط الدعوى هو المصلحة ولا دعوى بغير مصلحة، وتماشيا مع خصوصية القضاء الدستوري الذي يهدف الى حماية الشرعية الدستورية، وتفادي الوقوع في فراغ قانوني من جراء التوصل إلى إلغاء النصوص القانونية المخالفة للدستور، مما اقتضى ضرورة تكريس شروط خاصة لممارسة الدفع بعدم الدستورية تتماشى والغاية من وجود القضاء الدستوري وفي مقدمة هذه الشرط عنصر المصلحة لدى الطاعن، تفاديا لكل دفع كيدي.

وتبعاً لذلك يتعين توفر المصلحة كشرط شكلي جوهري لقبول الدفع بعدم الدستورية، ولكن ليس معنى ذلك أن أوصاف تلك المصلحة هي ذاتها المطبقة على المصلحة في الدعوى العادية، لان الطبيعة الخاصة للدعوى الدستورية تقتضي ضرورة اتسام المصلحة بأوصاف خاصة-شروط خاصة-.

وتتمثل أهمية البحث في موضوع المصلحة في الدفع بعدم الدستورية في مايلي:

-اشتراط المصلحة في الدفع بعدم الدستورية بغرض تفادي دعاوى الكيدية، لتفادي إرهاب المحكمة الدستورية بدعاوى غير جدية الغرض منها إطالة أمد الفصل في النزاع.

-توفر شرط المصلحة في الدفع بعدم الدستورية، يترتب عنه قيام حالة الارتباط بينه وبين المصلحة في الدعوى الموضوعية، اي أن يكون الحكم الفاصل في المسألة الدستورية الأولية لازماً للفصل في الدعوى الموضوعية، وهذا ما دفعني الى البحث في مفهوم هذا الارتباط لاستجلاء الغموض الذي قد يكتنفه في غياب النص القانوني الموضح لمعايره.

-الغموض الذي لا يزال يكتنف شرط المصلحة في مجال الدفع بعدم الدستورية، بسبب عدم ضبطه بدقة من قبل المشرع الجزائري والإحالة بشأنه الى قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيا-هدف الدراسة:

تتجسد أهداف الدراسة في ضبط مدلول شرط المصلحة في مجال الدفع بعدم الدستورية، وأوصافه القانونية بغرض استخلاص العناصر التي تميزه عن عنصر المصلحة في دعاوى القضاء العادية، ثم تحديد معيار الارتباط القائم بينه وبين عنصر المصلحة في الدعوى الموضوعية.

ثالثا-تساؤلات الدراسة:

لعل أهم التساؤلات التي تطرحها هذه الدراسة تتمثل في:

التساؤل الرئيسي:

ما مدى اعتبار المصلحة في الدفع بعدم الدستورية شرطا لقبوله؟ وما وجه الاختلاف بينها وبين شرط المصلحة في دعاوى العادية؟

التساؤلات الفرعية:

ما المقصود بمصطلح المصلحة في الدفع بعدم الدستورية؟

-فيما تتمثل الأوصاف القانونية لشرط المصلحة في مجال الدفع بعدم الدستورية؟

-ماهي الحالات التي ينقضي فيها شرط المصلحة؟

رابعا-نطاق الدراسة:

يشمل نطاق الدراسة على القانون التنظيمي رقم 16/18 المحدد لشروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

خامسا:منهج الدراسة:

اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج التحليلي والوصفي من خلال استقراء النصوص القانونية بغرض التوصل الى مدى اشتراط المشرع توفر عنصر المصلحة في مجال الدفع بعدم الدستورية في غياب النص الصريح عليه والاكتفاء بالإحالة على القواعد العامة المتمثلة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

سادسا-خطة الدراسة:

ولمعالجة إشكالية الموضوع اتبعت الخطة المبينة أدناه:

المبحث الأول:مفهوم المصلحة.

المطلب الأول:تعريف المصلحة بصفة عامة.

المطلب الثاني:تعريف المصلحة في الدفع بعدم الدستورية.

المبحث الثاني:أوصاف المصلحة في الدفع بعدم الدستورية.

المطلب الأول: ارتباط المصلحة في الدفع بعدم الدستورية بالمصلحة في الدعوى الموضوعية.

المطلب الثاني: شروط المصلحة .

المطلب الثالث: وقت تقدير المصلحة في الدفع بعدم الدستورية.

المبحث الثالث: حالات انتفاء المصلحة.

المطلب الأول: التنازل عن الحق المطالب به في الدعوى الموضوعية.

المطلب الثاني: سبق صدور حكم بشأن دستورية النص محل الطعن بعدم الدستورية.

المطلب الثالث: عدم تأثر الدعوى الموضوعية بالفصل في المسألة الدستورية.

المبحث الأول: مفهوم المصلحة.

إن أهم وسائل حماية الحق أو المركز القانوني للفرد هو الدعوى، وعلى الرغم من أهميتها إلا أن المشرع لم يكرس لها أي تعريف، بل اقتصر القانون على تحديد شروط قبولها وأنواعها، ويعد شرط المصلحة أساسياً لقبول الدعوى القضائية، ولكن في ظل غياب تعريف قانوني لها سواء في مجال القضاء العادي أو القضاء الدستوري وسوف نتطرق ضمن هذا المبحث للتعريفات التي وضعها الفقه للمصلحة بصفة عامة ثم للمصلحة في الدعوى الدستورية.

المطلب الأول: تعريف المصلحة بصفة عامة.

تكريماً للقاعدة العامة التي مفادها أنه لا دعوى بدون مصلحة وذلك على أساس أهمية المصلحة من خلال تبادي الدعاوى الكيدية وعدم اساءة استعمال الحق في التقاضي، وحتى يكون للحكم الصادر اثر قانوني من الناحية العملية يرتبه لفائدة الخصم، وقد اختلف الفقه في تعريف المصلحة ونورد هذه التعريفات كالآتي:

جانبا من الفقه يعرف المصلحة بأنها "الفائدة أو المنفعة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلانها كلها أو بعضها"، وهذا التعريف يتفق مع قاعدة لا دعوى بدون مصلحة، وبموجبه تعتبر المصلحة مناط الدعوى والضمان لجديتها وعدم انحرافها عن الغاية القانونية التي كرسها المشرع من اجلها وهي اعتبارها وسيلة لحماية الحق⁽¹⁾.

اما جانب آخر من الفقه اعتمد في تعريف المصلحة على معيار التفرقة بين المصلحة بمعنى الباعث والمصلحة بمعنى الغاية، فعرفوا الدعوى بناء على المعنى الأول بأنها "الحاجة الى حماية القانون"، أما بالمعنى الثاني، فهي "ما ينشده المدعي من رفع الدعوى إلى القضاء، وتتمثل الغاية عنده في تحقيق الحماية القانونية"، ويعتبرون أن المصلحة كغاية ليست هي الرغبة في الحصول على مجرد منفعة مادية أو أدبية فالمنفعة التي يتحصل عليها المدعي من الحكم له لا تعد غاية في حد ذاتها بل لانها الوسيلة لتحقيق حماية القانون.⁽²⁾

لكن ما يعاب على هذا التعريف أنه من الصعب التفرقة بين الباعث والغاية وفي العديد من الأحيان قد يندمجان فيكون احدهما سببا والآخر نتيجة، كما ان اشتراط المصلحة لقبول الدعوى يتعلق بالنظام العام ولا يتعلق

1 - ابراهيم محمد علي، المصلحة في الدعوى الدستورية، القاهرة، دار النهضة العربية، (بدون سنة نشر)، ص15.

2 - ابراهيم محمد علي، نفس المرجع، ص58.

بوظيفة القضاء والتي هي منح الحماية القانونية لمن يستفيد من الدعوى، ويترتب على اعتبار المصلحة من النظام العام ان المحكمة تقضي في حال انتفاءها بعدم قبول الدعوى تلقائيا ولو لم يثر الأطراف هذا الدفع.

المطلب الثاني: تعريف المصلحة في الدفع بعدم الدستورية.

لم ينص القانون المنظم لعمل المجلس الدستوري الجزائري، وكذا القانون التنظيمي رقم 16/18 المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية، على تعريف شرط المصلحة تاركا ذلك على عاتق الفقه والقضاء.

ومن هذا المنطلق فقد جرى الفقه على اعتبار الدفع بعدم الدستورية دعوى قضائية، ذات طابع عيني تستهدف التشريع المطعون بعدم دستوريته، وتوجه أصلا إلى الجهة التي أصدرته.

كما أن الدفع بعدم الدستورية يعد دعوى مستقلة عن دعوى الموضوع، وذلك على أساس اختلاف موضوعهما، فالدفع بعدم الدستورية يعتمد على الفصل في التعارض المدعى به بين نص تشريعي وقاعدة في الدستور، أما الدعوى الموضوعية فإنها تتعلق بحقوق مدعى بها في نزاع يدور حول اثباتها أو نفيها عند الاعتداء عليها، وبالتالي فالمحكمة الدستورية هي صاحبة الاختصاص الأصيل بشأن الدفع بعدم الدستورية، ولا تعد جهة طعن بالنسبة لمحكمة الموضوع والتي تعد صاحبة ولاية الفصل في الدعوى الأصلية.

⁽¹⁾ فإذا كانت القاعدة العامة تقضي بأنه لا دعوى بدون مصلحة وان المصلحة هي مناط الدعوى، وبالتالي فإن المصلحة في الدعوى العادية تستهدف حماية حق ذاتي لرافع الدعوى، أما في الدفع بعدم الدستورية فلا يشترط أن يستند الطاعن على حق شخصي اعتدي عليه، بل يتعلق الأمر بمراكز قانونية عامة أو موضوعية وينحصر إدعائه فيه بوجود نصوص تشريعية مخالفة لقواعد الدستور.

ويستخلص مما تقدم أن المصلحة في الدفع بعدم الدستورية، تهدف إلى حماية الشرعية الدستورية وكفالة السيادة والسمو لأحكام الدستور، وذلك عن طريق إهدار النصوص القانونية المطعون بعدم دستوريته.

إن ما يميز الدفع بعدم الدستورية عن باقي الدعاوى الأخرى بشأن شرط المصلحة، يتمثل في أن الحق الذي يحميه هو حق يكفله الدستور، والاعتداء الواقع عليه هو عمل للمشرع يتجسد في نصوص القانون المطعون بعدم دستوريته، وبوقوع الاعتداء تنشأ المصلحة التي تخول صاحب الحق اتخاذ إجراءات الطعن بعدم الدستورية.

ولا يكفي لتوفر هاته المصلحة مجرد إنكار أحد الحقوق المنصوص عليها في الدستور، أو وجود خلاف حول مضمون الحق، بل يستوجب أن يكون النص التشريعي محل الطعن بتطبيقه على المدعي قد أخل بأحد الحقوق المكفولة بمقتضى الدستور، على نحو يلحق به ضررا مباشرا.

الا أن السؤال الذي يمكن طرحه هو هل يقتضي القانون وجود ارتباط بين المصلحة في الدفع بعدم الدستورية والدعوى الموضوعية؟

1 - صلاح الدين فوز، الدعوى الدستورية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993، ص 1

المستقر عليه قضاء أن لكل من الدفع بعدم الدستورية والدعوى الموضوعية ذاتهما ومقوماتهما وشروط قبولهما، وكذلك استقلالان من حيث موضوعهما، إلا أنه ثمة ارتباط بين المصلحة في الدفع بعدم الدستورية والدعوى الموضوعية، وذلك من خلال أن يكون للحكم الفاصل في المسألة الدستورية تأثير فيما أبدي من طلبات في الدعوى الموضوعية، أما إذا لم يكن للحكم الصادر بشأن دستورية النص محل الطعن أثر على النزاع الموضوعي انتفت المصلحة في الدفع بعدم الدستورية.

وبالتالي الارتباط بين الدفع بعدم الدستورية والدعوى الموضوعية، أيضا يمكن أن نفسره بمعنى أدق هو أن يكون الحكم الفاصل في المسألة الدستورية لازما للفصل في مسألة كلية أو فرعية تدور حولها الخصومة بمجملها أو في جزء منها بشأن الدعوى الموضوعية فإذا انتفى تأثير الحكم الصادر بإقرار دستورية أو عدم دستورية النص محل الدفع على مجريات الدعوى الموضوعية فالنتيجة المترتبة عن ذلك هي انتفاء المصلحة في الدفع بعدم الدستورية.⁽¹⁾

وعليه فإن شرط المصلحة يقيد تدخل القضاء الدستوري ممثلا في المحكمة الدستورية، حسب ما تبناه كل دولة في الخصومة الدستورية، وذلك من خلال التزامها بالفصل فيما من حيث جوانبها العملية وليس من خلال معطياتها النظرية، وكذلك ضبط اختصاص المحكمة الدستورية فلا يمتد لغير النصوص المطعون فيها والتي يؤثر الحكم بصحتها أو بطلانها على الدعوى الموضوعية وبالقدر اللازم للفصل فيها.

المبحث الثاني: أوصاف المصلحة في الدفع بعدم الدستورية.

إن قاعدة لا دعوى بدون مصلحة وأن المصلحة مناط الدعوى، هي قاعدة أصولية تنطبق على كافة الدعاوى سواء أكان ذلك في نطاق القانون الخاص أو العام بدون حاجة إلى نص يقرها، ومنه يستوجب لقبول الدفع بعدم الدستورية وجود المصلحة، وانتفائها يترتب عنه انتفاء الحق في تحريك الدفع بعدم الدستورية.

وباعتبار الدفع بعدم الدستورية ذا طابع عيني، إلا أن ذلك لا يقتضي التحلل من شرط المصلحة الشخصية المباشرة، والألا جاز للفرد رفع دعوى أصلية بالطعن بعدم الدستورية استقلالا عن الدعوى الموضوعية فالمؤسس الدستوري لم يمنح الفرد هذا الحق إلى حد الآن.

وبحكم الطبيعة الخاصة للدفع بعدم الدستورية فقد اتسمت أيضا شروطه بطابع خاص وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

- ارتباط المصلحة في الدفع بعدم الدستورية بالمصلحة في الدعوى الموضوعية.

- المصلحة يجب أن تكون قانونية وشخصية ومباشرة وقائمة.

المطلب الأول: ارتباط المصلحة في الدفع بعدم الدستورية بالمصلحة في الدعوى الموضوعية.

اعتمد المؤسس الدستوري على أسلوب الدفع بعدم الدستورية، كوسيلة لتحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وتمارس هذه الآلية من قبل الفرد أمام محكمة الموضوع والذي يثير دفعا مفاده عدم دستورية النص

¹ - علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، الاسكندرية، دار الجامعات المصرية، 1978، ص56.

المراد تطبيقه على النزاع المعروض أمامها، فتتولى هذه الأخيرة إحالته على الجهة المختصة (المحكمة العليا أو مجلس الدولة) للفصل فيه، وهو ما يسمى بنظام التصفية، وفي حال تقدير جدية الدفع تتولى الجهة المختصة السابق ذكرها إحالته على المحكمة الدستورية.

وهذه الآلية تقتضي وجود دعوى موضوعية معروضة على إحدى الجهات ذات الاختصاص القضائي⁽¹⁾ واستقر القضاء الدستوري على أن مناط المصلحة في الدفع بعدم الدستورية يقتضي وجود ارتباط بينه وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وأن يكون من شأن الحكم في الدفع بعدم الدستورية التأثير فيما أبدي من طلبات في الدعوى الموضوعية.

المستخلص من ذلك أن للمصلحة في الدفع بعدم الدستورية وجهان هما:

-الوجه الأول:الارتباط بالمصلحة في الدفع بعدم الدستورية.

الوجه الثاني:مدى تأثير الحكم في الدفع بعدم الدستورية على الحكم في الدعوى الموضوعية.

-الوجه الأول:الارتباط بالمصلحة في الدفع بعدم الدستورية.

سبق القول أن أسلوب الدفع بعدم الدستورية يقتضي وجود دعوى موضوعية، ويختص قاضي الموضوع دون سواه بتقدير جدية الدفع بعدم الدستورية، ولزومه للفصل في الدعوى الموضوعية.

الوجه الثاني:مدى تأثير الحكم في الدفع بعدم الدستورية على الحكم في الدعوى الموضوعية.

هذه المسألة في الأصل تتولاها محكمة الموضوع، إلا أن المحكمة الدستورية، لا بد أن تتأكد من أن الفصل في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات المطروحة أمام محكمة الموضوع، ويتحقق ذلك من خلال البحث من توفر شرط المصلحة اللازم لقبول الدفع بعدم الدستورية.

إلا أن التساؤل يطرح بشأن كيفية قيام الارتباط بين المصلحة في الدفع بعدم الدستورية والدعوى الموضوعية؟.

ان تبيان هذا الارتباط في أسلوب الدفع بعدم الدستورية، كآلية لتحريك الدعوى الدستورية يقتضي دراسة المصلحة الجدية ومعيارها وتحديد ما إذا كان اختصاص قاضي الموضوع بالفصل في جدية الدفع مفاده أنه يفصل في دستورية القوانين، ثم تحديد طبيعة الدفع بعدم الدستورية، وأخيراً التطرق لفكرة عدم جواز رفع دعوى أصلية مباشرة بعدم الدستورية وهذا ما سنعالجه على النحو الآتي:

أولاً:التعريف بالدفع الجدي ومعياره.

ثانياً:مدى اختصاص قاضي الموضوع عند الفصل في جدية الدفع بالفصل في دستورية القوانين.

ثالثاً:طبيعة الدفع بعدم الدستورية.

رابعاً:عدم جواز رفع دعوى أصلية بعدم الدستورية.

¹ - صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، مرجع سابق، ص 117.

أولاً: التعريف بالدفع الجدي ومعياره.

إن الدفع بعدم الدستورية يثير مسألة أولية أساسية، لا يمكن لمحكمة الموضوع الفصل في الدعوى الأصلية مالم تحسم تلك المسألة الأولية والمتمثلة في دستورية أو عدم دستورية النص محل الدفع بعدم الدستورية، إلا أن المحكمة المثار أمامها الدفع لا تستجيب له إلا إذا قدرت جدية الدفع.

وبطبيعة الحال فقد اختلف الفقه بشأن مدلول جدية الدفع، فاتجه رأي إلى أنه ينبغي تفسير شرط تقدير القاضي لجدية الدفع المثار أمامه بعدم دستورية القانون على أنه استبعاد من القاضي للدفع التي تبدو من ظاهرها أنها كيدية بقصد تعطيل الفصل في الدعوى، والدفع التي تبدو غير مؤثرة في الفصل في الدعوى أو أن يكون القانون محل الدفع لا صلة له بالمنازعة في موضوع الدعوى.⁽¹⁾

أما جانب من الفقه يرى أن تقدير جدية الدفع، يعني أنه على القاضي التأكد من مطابقة القانون المطعون فيه للدستور من عدمه، بحيث إذا تيقن من دستورية القانون وأنه لا وجه للطعن في عدم دستوريته كان من سلطته رفض الدفع بعدم الدستورية.⁽²⁾

أما الفقيه محسن خليل يعتبر أن الجدية يقصد بها "أن يتبين للمحكمة من البحث الظاهري للنص أن هناك أسباب معقولة ترجح عدم دستوريته".

وحسب رأي الباحث فإن تقدير جدية الدفع يجب أن يستند على ثلاث ضوابط يجب على قاضي الموضوع مراعاتها عند بحثه لجدية الدفع وهي:

* على المحكمة التحقق من عدم كيدية الدفع، وأنه ليس وسيلة لتعطيل الفصل في دعوى الموضوع، وانتفاء الأضرار بالخصم نتيجة هذا التعطيل.

* أن يكون الفصل في المسألة الدستورية المثارة منتجاً للفصل في الدعوى الموضوعية، بمعنى أن النص المدفوع بعدم دستوريته يمكن تطبيقه على النزاع، وأن الحكم بعدم الدستورية سيستفيد منه من آثار الدفع.

* أن تتكرس لدى القاضي شبهة قوية حول دستورية النص محل الدفع بعدم الدستورية، لأن الأصل في النصوص القانونية هو حملها على قرينة الدستورية بافتراض مطابقتها للدستور، ولا يشترط أن يسود لدى القاضي فكرة ترجيح أن المحكمة الدستورية إذا رفع إليها الأمر ستقضي بعدم الدستورية، لأن اشتراط ذلك يترتب عنه إشراك محكمة الموضوع في تقدير دستورية القوانين، وهذا الاختصاص مناط فقط بالمحكمة الدستورية.

ثانياً: مدى اختصاص قاضي الموضوع عند الفصل في جدية الدفع بالفصل في دستورية القوانين.

وتتمثل سلطة قاضي الموضوع اتجاه الدفع بعدم الدستورية إذا ثبت له عدم جدية الدفع، أن يقضي برفضه والقرار الصادر بشأن الجدية لا يكتسب الطابع النهائي بل يجوز للمتقاضين الذي أثار الدفع الطعن بالطرق المقررة قانوناً، وإذا

1 - طعيمة الجرف، القضاء الدستوري، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، 1991، ص 144.

2 - طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص 145.

- إبراهيم محمد علي، المصلحة في الدعوى الدستورية، القاهرة، دار النهضة العربية، (بدون سنة نشر)، ص 113-114-115.

تطابق قرار جهة الطعن مع قرار قاضي الدرجة الأولى-محكمة الموضوع-بشأن عدم جدية الدفع يصبح القرار نهائياً وبالنتيجة يترتب عنه رفض احالة الدفع على المحكمة الدستورية.

وبالتالي سلطة قاضي الموضوع تقتصر على تقدير جدية الدفع أي أن يتحقق من وجود شك أو شبهة حول النص القانوني محل الدفع، دون أن يحسم في مسألة دستوريته من عدمها لأنه اختصاص أصيل للمحكمة الدستورية.⁽¹⁾

وحسب رأي الباحث أن تبني المؤسس الدستوري لنظام تصفية الدفوع بعدم الدستورية على درجتين، وهما محكمة الموضوع وجهة الطعن سواء المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحالة، راجع لرغبته في تفادي الدفوع الكيدية وتعطيل الفصل في الدعاوى الأصلية، إلا أنه عند احالة الدفع على الدرجة الثانية للتحقق من جديته من عدمها وصدر قرار عنها بتأييد ما انتهى إليه قاضي الدرجة الأولى بشأن عدم جدية الدفع فيترتب عنه رفض احالة الدفع على المحكمة الدستورية ولكن كان من الأفضل على المؤسس الدستوري في هذه الحالة تبني ما اعتمد المؤسس الدستوري الكويتي والذي يجيز للمعني الطعن في الحكم الصادر بعدم جدية الدفع أمام لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية خلال شهر من صدوره وتفصل تلك اللجنة في الطعن على وجه الاستعجال وإذا قضت بالغاء الحكم المطعون فيه أحالت النزاع على المحكمة الدستورية وهذا هو الحل المناسب عن طريق جعل الفصل في جدية الدفع في المرحلة الثانية من نظام التصفية من اختصاص لجنة لفحص الطعون بالمحكمة الدستورية، بدلا من محاكم الطعن ممثلة في المحكمة العليا ومجلس الدولة.

ثالثا: طبيعة الدفع بعدم الدستورية.

إن الدفع بعدم الدستورية يعد دفعا موضوعيا، ولا يتعلق بالنظام العام أي لا يجوز للقاضي اثارته تلقائيا حسب ما تبناه المشرع الجزائري.

رابعا: عدم جواز رفع دعوى أصلية بعدم الدستورية.

لم يكرس المؤسس الدستوري الجزائري للفرد حق إثارة مسألة الدستورية بدعوى أصلية، لأن الأصل هو دستورية القوانين والاستثناء مخالفتها لأحكام الدستور، ومنه تخوف المؤسس الدستوري من اتساع دائرة التشكيك في القوانين بغير ضوابط، ولكن حسب رأي الباحث يمكن تفادي هذا التخوف من خلال تكريس آلية مباشرة للفرد للدعوى الأصلية بعدم الدستورية مع وضع نص قانوني يقتضي ضرورة توفر المصلحة الشخصية المباشرة لمن يباشر تلك الدعوى وان يجعل مناهها متعلقا بمركز قانوني يمسه النص المطعون فيه.

المطلب الثاني: شروط المصلحة .

المصلحة في الدفع بعدم الدستورية تتميز بأوصاف تتمثل في: أنها مصلحة قانونية وشخصية ومباشرة وقائمة.

فالمقصود بالمصلحة القانونية أنها مصلحة يصونها ويحميها الدستور، أو بمعنى آخر أن يكون موضوعها التمسك بحق أو مركز قانوني كفله الدستور.

1 - اتركين محمد، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، 2013، ص55.

ويتميز الدفع بعدم الدستورية عن الدعوى العادية في مجال شرط المصلحة، في أن الحق الذي يحميه الدفع بعدم الدستورية يعد مكفولاً بموجب الدستور، وأن الاعتداء الواقع على هذا الحق هو من عمل المشرع ويتجسد في نصوص القانون المطعون بعدم دستوريته وبوقوع هذا الاعتداء تنشأ المصلحة التي تخول لصاحب الحق اتخاذ إجراءات الطعن بعدم الدستورية وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً.

وبناء على ذلك إذا تبين أن نصوص الدستور تحمي نوع المصلحة المطلوبة، تحققت صفة القانونية في المصلحة، والحكمة من ذلك أن وظيفة القضاء الدستوري هي حماية الشرعية الدستورية وبالتالي حماية الحقوق والمراكز القانونية التي كفلها الدستور⁽¹⁾.

والمقصود بالمصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى العادية، أن يكون المدعي هو صاحب الحق المراد حمايته أو من يقوم مقامه، أما في مجال الدفع بعدم الدستورية فيقصد بها وجود ارتباط بين المصلحة في الدفع بعدم الدستورية والدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون من شأن الحكم في المسألة الدستورية أن يؤثر فيما أبدي من طلبات في دعوى الموضوع، كما لا يكفي لقبول الدفع بعدم الدستورية أن يكون النص القانوني محل الدفع مخالفاً للدستور، بل يتعين لتوفر المصلحة أن يكون هذا النص بتطبيقه على المدعي قد أخل بأحد الحقوق التي كفلها الدستور على نحو ألحق به ضرراً مباشراً.

بالإضافة إلى أن شرط المصلحة الشخصية يتحدد بموجب عنصرين يحددان مضمونها وهما:

- 1- أن يقيم المدعي وفي حدود الصفة التي اختصم بها النص القانوني المطعون فيه، الدليل على أن ضرراً واقعياً قد لحق به، ويتعين أن يكون الضرر مباشراً مستقلاً بعناصره يمكننا ادراكه ومواجهته بالحل القضائي الذي تقتضيه أحكام الدستور عند وقوع الاعتداء على الحقوق التي كفلها⁽²⁾.
- 2- أن يكون مرجع الضرر هو النص التشريعي المطعون فيه، بما مؤداه قيام علاقة سببية بينهما تستوجب أن يكون الضرر المدعى به ناشئاً من هذا النص مترتباً عليه.

أما في حال عدم تطبيق النص القانوني محل الطعن على المدعي أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، ترتب عن ذلك انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة.

كما أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يتصل بالحق في إثارة الدفع بعدم الدستورية، ويرتبط بالخصم الذي أثار المسألة الدستورية، كما أن هذا الشرط يبلور فكرة الخصومة في الدعوى الدستورية، وكاشفاً عن ضرورة أن تكون المنفعة التي يقرها القانون هي محصلتها النهائية ومنفصلاً عن مطابقة النص القانوني المطعون فيه لأحكام الدستور أو مخالفته لها.

1 - إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص.ص 121، 120.

- عيد أحمد غفلول، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم 724 لسنة 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2010، ص.115.

2 - محمد سلمان، إجراءات الدعوى الدستورية، الجزء الأول، القاهرة، دار سعد سمك، 2015، ص.88.

أما المقصود بأن تكون المصلحة قائمة وحالة هو وقوع ضرر بالفعل على الحق أو المركز القانوني المراد حمايته، سواء أكان ذلك الضرر وشيكاً يهدده، أم كان قد وقع فعلاً، فيتحقق الضرر الذي يبرر حق الالتجاء للقضاء، ولكن استثناء عن الأصل قد أجاز القانون بالنسبة للدعوى العادية أن تكون المصلحة محتملة، والفائدة من إقرار هذه الأخيرة هو دفع ضرر محقق أو التوثيق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع، وبالتالي نكون أمام دعوى لم يقع بشأنها الضرر فعلاً ولكن يحتمل وقوعه، لكن بالنسبة للمصلحة المحتملة في الدفع بعدم الدستورية لم ينص القانون عليها ولكن حسب رأي الباحث فهي الأخرى تكفي لقبول ذلك الدفع، على أساس الغرض الذي قررت من أجله تلك المصلحة والمذكور أعلاه كما أنها تتفق والطبيعة العينية للدفع بعدم الدستورية وما يهدف إليه من إعلاء الشرعية الدستورية، وإهدار النصوص المخالفة للدستور.

المطلب الثالث: وقت تقدير المصلحة في الدفع بعدم الدستورية.

نظراً لحدثة موضوع الدفع بعدم الدستورية في الجزائر فقد استعنت بما استقر عليه اجتهاد القضاء المصري على أن المصلحة تقدر وقت إثارة الدفع بعدم الدستورية، لا وقت ابداء الدفع أمام محكمة الموضوع، كما جرى قضاء المحكمة العليا بمصر على أن تظل المصلحة قائمة ومصاحبة لحين الفصل فيها، ويتربط على اشتراط ذلك أنه إذا زالت المصلحة بعد رفع الدعوى وقبل الحكم فيها فإن المحكمة تقضي بعدم قبول الدعوى.⁽¹⁾

لكن حسب رأي الباحث ان اشتراط استمرار المصلحة حتى الحكم في الدعوى، لا يتوافق مع طبيعة الدفع بعدم الدستورية بحكم طابعه العيني، توجه فيه الخصومة الى النصوص القانونية المطعون بعدم دستورتها، وبالتالي يكفي توافر المصلحة عند إثارة الدفع بعدم الدستورية، دون استلزام استمرارها حتى الفصل فيه.

وعدم اشتراط شرط الاستمرارية المذكور أعلاه يضمن للفرد فرصة أوفى لإثارة المسألة الدستورية، وذلك بغرض إسقاط القوانين المخالفة للدستور وبالتالي تحقيق الشرعية الدستورية.

المبحث الثالث: حالات انتفاء المصلحة.

كما سبق ذكره فإن القضاء الجزائري يشترط استمرار شرط المصلحة قائماً حتى الفصل في الدفع بعدم الدستورية ويتربط على زواله عدم قبول ذلك الدفع، فما هي إذن حالات انتفاء شرط المصلحة في مجال الدفع بعدم الدستورية؟
نورد هذه الحالات فيما يلي:

المطلب الأول: التنازل عن الحق المطالب به في الدعوى الموضوعية.

ان التنازل عن الحق الشخصي المطالب به في الدعوى الموضوعية، هو عمل قانوني يتم بالارادة المنفردة، وينتج أثره القانوني في إسقاط هذا الحق، ويتربط عنه انتفاء المصلحة في الدفع بعدم الدستورية، لأن قرار المحكمة الدستورية بشأن المسألة الدستورية المثارة لم يعد لازماً للفصل في الدعوى الموضوعية، وذلك على أساس أن مدلول المصلحة في الدفع

1 - صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993، ص 179.

بعدم الدستورية يستوجب قيام حالة الارتباط بين الدفع بعدم الدستورية والدعوى الموضوعية، وأن يكون من شأن الحكم الصادر في الدفع بعدم الدستورية التأثير على الطلبات المقدمة بشأن الدعوى الموضوعية.

المطلب الثاني: سبق صدور حكم بشأن دستورية النص محل الطعن بعدم الدستورية.

يترتب على سابقة صدور حكم بشأن دستورية النص المطعون فيه بعدم الدستورية انتفاء المصلحة بالنسبة للمدعي في الدفع بعدم الدستورية، وبالنتيجة تقضي المحكمة بعدم القبول، سواء كان الحكم قد صدر بعدم الدستورية أم بالفرض والسبب في ذلك هو طبيعة الدفع بعدم الدستورية كونه دفع ذات طابع عيني توجه الخصومة فيه الى النصوص القانونية محل الطعن، وما يستتبع ذلك تقرير الحجية المطلقة للحكم الصادر من المحكمة الدستورية، بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم بل ينصرف هذا الأثر الى الكافة كما تلتزم به جميع سلطات الدولة.

لكن التساؤل المطروح هو هل تقضي المحكمة في حال سبق صدور حكم بعدم دستورية النص محل الطعن بعدم قبول الدفع بعدم الدستورية أم تقتضي بانقضاء الخصومة؟

هناك من يرى أن عدم القبول يقتضي عدم توفر شرط المصلحة في الدعوى منذ البداية أي عند رفعها ولكن زوال المصلحة بسبب سبق الحكم بعدم الدستورية يقتضي أن يكون الحكم الذي يصدره القاضي يقضي بانقضاء الخصومة، لأن المصلحة كانت متوفرة في بداية رفع الدعوى.

لكن حسب رأينا وطبقا لنص المادة 64 قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري فإن عدم القبول يتعلق بعدم وجود حق للخصم في رفع الدعوى ومنه فالدفع بعدم القبول لا يوجه الى إجراءات الخصومة، ولا يوجه الى الحق المطالب به بل يوجه الى الحق في رفع الدعوى، كما أن الحجية المقررة للحكم الصادر بتقرير عدم دستورية القانون محل الطعن يترتب عنه عدم امكانية ممارسة الحق في رفع الدعوى للمرة الثانية عن ذات النص القانوني محل سبق الفصل بالدستورية وبالتالي فالأمر يتعلق بالقبول كما أن حالات انقضاء الخصومة محددة طبقا للقواعد العامة بالصلح والتنازل والقبول بالحكم.

أما في حال سبق صدور حكم بدستورية النص محل الطعن فإن ذلك الحكم يكتسب حجية نسبية، تقتصر فقط على أطراف النزاع وبالتالي يمكن ان يرد الطعن بعدم الدستورية بشأن نفس القانون الذي سبق تقرير دستوريته، وذلك راجع للأسباب التالية:

- أن التشريع يبقى قائما في حال تقرير دستورية النص محل الطعن.

- اقتصار الحجية النسبية للحكم على أطراف النزاع فقط.

- كذلك تغير الظروف السائدة قد يجعل من الممكن الحكم بعدم الدستورية.

المطلب الثالث: عدم تأثر الدعوى الموضوعية بالفصل في المسألة الدستورية.

إذا كان النص محل الدفع بعدم الدستورية، لا يترتب عنه فائدة للمدعي يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدفع عما كان عليه عند رفعه، ففي هذه الحالة تنتفي المصلحة ويترتب عنه عدم قبول الدعوى الدستورية

الممارسة عن طريق الدفع الفرعي، لأنه يشترط ان تتوفر المصلحة الشخصية المباشرة للمدعي في الدعويين الدستورية والموضوعية، على الوجه السابق تفصيله عند تطرقنا لمسألة الارتباط بين المصلحة في الدعويين الدستورية والموضوعية.

الخاتمة :

تعد المصلحة في الدفع بعدم الدستورية احد الشروط الشكلية الجوهرية لقبوله، ونظرا لتبني المؤسس الدستوري الجزائري لألية الدعوى الدستورية والتي كرس مباشرتها عن طريق الدفع بعدم الدستورية، كضمانة لحماية الحقوق والحريات المكفولة دستوريا فكان من الضروري التطرق للبحث في هذا الموضوع بالتحديد في جزئية منه المتمثلة في شرط المصلحة وما يميز هذا الشرط في باقي الدعاوى القضائية .

وانتهجت خطة قائمة على تعريفها وبيان أوصافها أو ما يطلق عليه بشروطها ثم حالات انتفاءها وما يترتب عنه من أثر قانوني واستعنت بما استقر عليه القضاء المصري بحكم حداثة الموضوع في القضاء الجزائري.

وقد توصلت الى النتائج التالية:

اعتماد المشرع الجزائري على نظام تصفية جدية الدفع بعدم الدستورية على درجتين هما محكمة الموضوع ومحاكم الطعن ممثلة في مجلس الدولة والمحكمة العليا الا ان الازدواجية لا تتماشى مع مركزية الرقابة على دستورية القوانين التي تمارسها المحكمة الدستورية ويترتب عنها اطالة أمد النزاع.

-لم ينص المشرع الجزائري صراحة على وجوبية توفر شرط المصلحة لقبول الدفع بعدم الدستورية بل احوال بشأنه الى قانون الاجراءات المدنية والادارية وبالتالي تطبيق القواعد العامة بشأنه.

-لم يتضمن القانون العضوي رقم 16/18 المحدد لشروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية ما يمنع قبول المصلحة المحتملة متى كان الغرض منها هو الخشية على ضياع الدليل لحق عند النزاع فيه أو الاحتياط لضرر محقق، وهذا ما يتوافق مع عينية الدعوى الدستورية القائمة على تكريس وحماية الشرعية الدستورية وضمان الحقوق والحريات التي كفلها الدستور.

-ان شرط المصلحة ينتفي بسبب سبق الفصل بعدم دستورية النص محل الطعن على أساس اكتساب الحكم الصادر بهذا الشأن الحجية المطلقة في حين أنه في حال سبق الحكم بدستورية النص محل الطعن فإنه يجوز اعادة اثاره الدفع بعدم الدستورية حول ذات النص الذي قضي بدستوريته لأن ذلك الحكم يكتسب حجية نسبية فقط.

الهوامش:

أولاً:النصوص القانونية.

-قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لعام 2008.

-القانون رقم 16/18 المؤرخ في 2018/09/02 ، يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

ثانياً:الكتب.

1. ابراهيم محمد علي، المصلحة في الدعوى الدستورية، القاهرة، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر .
2. اتركين محمد، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، 2013.
3. صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993.
4. عيد أحمد غفلول، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم 724 لسنة 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2010.
5. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، الاسكندرية، دار الجامعات المصرية، 1978.
6. طعيمة الجرف، القضاء الدستوري، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، 1991.

قضاء الدين كحق من الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي والقانون

Paying off debts as a right related to inheritance in Islamic jurisprudence and law

د. علاء الدين محمد مصلىح - رئيس قسم الدراسات الإسلامية - جامعة فلسطين الأهلية- فلسطين

Dr. Alaa Eddin Mohammad Musleh/ Chair of Islamic Studies Department

Palestine Ahliya University/ Palestine

البريد الإلكتروني : sartawe@paluniv.edu.ps

د. سهيل الأحمد- عميد كلية الحقوق- جامعة فلسطين الأهلية- فلسطين

Dr. Sohail Al-ahmed/ dean of Law Faculty / Palestine Ahliya University/ Palestine

sohail@paluniv.edu.ps

الملخص:

تناولت هذه الدراسة قضاء الديون كحق من الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي والقانون، هادفة إلى التعرف على ماهية الديون وأسباب نشوئها، وكذلك طبيعة أنواعها من منظور شرعي، حيث ظهر أن قضاء الديون من الحقوق المهمة التي تتعلق بالتركة وأن أنواع الديون قد يتقدم بعضها على الآخر حال التزام ووفق مرجحات، وتبين أن الوفاة قد تؤثر على أجل الدين، وبأن الفقهاء قد اختلفوا في طبيعة هذه الوفاة، سواء أعلقت بالمدين أم الدائن، وقد تناول البحث قسمة التركة سواء أكانت مدينة أم خالية من الديون، وفق مظاهر وتفصيلات عالجتها هذه الدراسة. الكلمات المفتاحية: الديون، التركة، الوفاة، الميراث، الحقوق.

ABSTRACT:

This study dealt with debt settlement as one of the rights related to the inheritance in Islamic jurisprudence and law, aiming to identify the nature of debts and the reasons for their emergence, as well as the nature of their types from a legal perspective, as it appeared that debt settlement is one of the important rights related to the inheritance and that the types of debts may precede each other The case of crowding and according to probabilities, and it was found that the death may affect the term of the debt, and that the jurists have differed in the nature of this death, whether it is related to the debtor or the creditor.

Key Words: Debt, inheritance, death, inheritance, rights.

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد سيد الخلق أجمعين وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد؛ فإن الناظر المتفحص في التشريعات الإسلامية المتعلقة بالتركة والحقوق المرتبطة بها يجد أنها في حالة من الدقة والتوازن، وإعمال فلسفة العدل في مراعاة الحقوق المتقابلة لكل طرف من أطراف التعامل مع التركة والمطالب بمعرفة حقه ومستحقه من الحصاص الشرعية وذلك بتكامل موضوعي يكفل للإنسانية العدالة والاستقرار والبعد عن التناقض في تطبيق التشريعات ومعرفة الأحكام، حيث كان من جملة هذه التشريعات الإسلامية ما جاء منها لتنظيم أحكام الحقوق

المتعلقة بالتركة، وهذه مسائل تولت النصوص الشرعية بيانها ومعالجتها، وهذا لاستشعار مدى الاهتمام التشريعي الإسلامي بأحكام علم الفرائض والميراث ومتعلقاته بما يرسم للبشرية منهج حياة فيه رشدها وصلاحتها. إن قضاء الديون قد انتظم في التشريعات المتعلقة بالتركة، وهو مجال واسع ومحدد للمعالجة العلمية الشرعية كي يعرف العامة والخاصة ما لهم وما عليهم من جملة هذه الحقوق، حيث يعرف الدين بأنه ما وجب في الذمة من الأموال والحقوق التي تقوم بمال بسبب موجب، وحسب ثلاثة أسباب تنشأ عنها الديون على سبيل الأجمال، أما السبب الأول منها فهو: العقد الذي يشمل كل ما ثبت، وكان مصدره الإرادة، سواء أكان إنشاؤه بإرادتين كعقد البيع، والإجارة، والقرض، أو بإرادة واحدة كالوقف والوصية، ويتعلق السبب الثاني بالفعل: كالإضرار بالغير وإتلاف ممتلكاتهم ويأتي السبب الثالث بارتباطه بالنصوص الشرعية الملزمة، كالتنفقات التي تجب للقريب على قريبه، أو كمقدار الزكاة الواجب في المال.

ولأهمية هذه الديون وقضاياها، وتعلقها بالتركة وحقوق الناس من حيث الحق والواجب؛ جاء تناول ذلك في هذا البحث بغية معالجة متعلقاته بموضوعية شرعية وعلمية تحت عنوان: "قضاء الديون كحق من الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي والقانون". وقد وقف البحث كذلك على طبيعة الوفاة وأثرها على أجل الدين سواء أكانت هذه الوفاة خاصة بوفاة المدين أم متعلقة بوفاة الدائن.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

وتبرز أهمية الموضوع وأسباب اختياره فيما يأتي:

1. تعلق هذا الموضوع بالحقوق المتعلقة بالتركة وخاصة قضاء الديون كحق من هذه الحقوق من المنظور الشرعي والقانوني.
2. إظهار أهمية الوقوف على طبيعة الديون وأنواعها وأسباب نشوئها ومحاو ذلك في المفهوم الشرعي.
3. بيان أنواع الديون وأسباب نشوئها من ناحية التشريع الإسلامي.
4. تحديد المفهوم الشرعي للديون وأحكامها وكذلك الحالات الشرعية الخاصة بتقسيم التركة التي يتعلق بها دين أم لا.
5. مساس هذا الموضوع بالواقع المعاصر، وأهمية ما يرتبط به من مسائل موضوعية توجب على الدراسات الشرعية والقانونية أن تقف على هذه المسائل بهدف المعالجة العلمية.
6. تناول جزئيات التشريع الإسلامي والقانوني المرتبط بذلك بناء على صلاحية التشريع لكل زمان ومكان.

أهداف البحث:

وهي متمثلة بما يأتي:

1. تحديد ماهية الديون وأسباب نشوئها في المفهوم الشرعي.
2. بيان أنواع الديون من حيثيات متعددة وفق المفهوم الشرعي.
3. الوقوف على أثر الوفاة على أجل الدين سواء أكانت الوفاة مرتبطة بالمدين أم الدائن وفق المنظور الشرعي وذلك بقصد التعرف على ذلك بدقة ووضوح.

أسئلة البحث:

وهي متمثلة بأمور هي:

1. ما حقيقة الديون وأسباب نشوئها على اعتبار أنها من الحقوق المتعلقة بالتركة في المفهوم الشرعي؟
2. هل يوجد أنواع للديون وما هي حيثيات ذلك في الفقه الإسلامي؟
3. كيف تؤثر الوفاة على أجل الدين؟
4. هل تستوي الوفاة في التأثير على أجل الدين من حيث وفاة الدائن أم وفاة المدين في المفهوم الشرعي؟

منهجية البحث:

ولقد كان منهج البحث كالاتي:

1. الاعتماد على المنهج الوصفي، وذلك ببيان ماهية الديون وأنواعها في القفه الإسلامي وكذلك تحديد أسباب نشوء هذه الديون، بهدف الوقوف على متعلقات البحث بدقة ووضوح.
 2. الرجوع إلى المراجع المتخصصة في موضوعات البحث.
- محتوى البحث:

وقد جاءت هذه الدراسة - إضافة للمقدمة والخاتمة - في أربعة مطالب، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف الدين وأسباب نشوئه، وأنواع الديون

الفرع الأول: تعريف الدين وأسباب نشوئه

الفرع الثاني: أنواع الديون

المطلب الثاني: حكم أداء الديون، وأحكام تزاممها

الفرع الأول: الحكم المتعلق بأداء الديون على اختلاف أنواعها

الفرع الثاني: الحكم المتعلق بتزامم الديون

الفرع الثالث: الحكمة في تقديم قضاء الديون على تنفيذ الوصية

المطلب الثالث: أثر الوفاة على حلول أجل الدين في الفقه الإسلامي

الفرع الأول: أثر وفاة المدين على حلول أجل الدين

الفرع الثاني: أثر وفاة الدائن على حلول أجل الدين

المطلب الرابع: تقسيم التركة وقد تعلق بها دين

الفرع الأول: تقسيم التركة الخالية من الديون

الفرع الثاني: تقسيم التركة المدينة (قسمة الغرماء)

وأخيراً: فهذا غاية جهد الباحثين، فإن كان ثم توفيق فيفضل الله تعالى، وإن كانت الأخرى فمن عجز وتقصير ونستغفر الله العظيم.

المطلب الأول: تعريف الدين وأسباب نشوئه، وأنواع الديون

فقد يكون على المورث حق يتعلق بتركته كالدين فما معنى هذا الأمر، وما هي أنواعه، بيان ذلك فيما يأتي من فروع:

الفرع الأول: تعريف الدين وأسباب نشوئه

يعرف الدين: بأنه ما وجب في الذمة من الأموال والحقوق التي تقوم بمال بسبب موجب⁽¹⁾، والأسباب التي تنشأ عنها الديون ثلاثة على سبيل الأجمال⁽²⁾، وهي:

1. العقد: بمعناه العام الذي يشمل كل ما ثبت، وكان مصدره الإرادة، سواء كان إنشأؤه بإرادتين كعقد البيع، والإجارة، والقرض، أو بإرادة واحدة كالوقف والوصية.
2. الفعل: كالإضرار بالغير وإتلاف ممتلكاتهم.
3. النص: أي نصوص الشريعة الملزمة، كالنفقات واجبة للقريب على قريبه، وكذلك مقدار الزكاة الواجب في المال.

الفرع الثاني: أنواع الديون

والديون التي على المورث على أنواع هي⁽³⁾:

أولاً: حسب جهة الاستحقاق والمطالبة

وهي على نوعين بناء على تقسيم الحق إلى حق الله وحق العبد (الأدمي):

1 - ابن عابدين، الحاشية، 57/5، وقيل هو: وجوب مال في الذمة بدلاً عن شيء آخر.

2 - فضل عباس، وعبد الناصر أبو البصل، فقه الأحوال الشخصية 2، ص 11.

3 - فضل عباس، وعبد الناصر أبو البصل، فقه الأحوال الشخصية 2، ص 11 - 12.

1. دين الله تعالى، فهو ليس له مطالب معين من جهة الخلق، مثل الكفارات، والزكاة، أو يجب عليه نذر أو حج، ...
2. دين العباد، وهو الذي له مطالب من جهة العباد، كأن نقول لسعيد على عمرو مائة دينار.

ثانيًا: دين الصحة ودين المرض

والتمييز بينهما حسب قوة ثبوت الدين، وبيان ذلك عند الحنفية⁽¹⁾:

1. أن دين الصحة: وهو الدين الثابت بالبينة أو الإقرار في حال الصحة، أو الذي ثبت بالإقرار حال المرض ولكن سببه معلوم وثابت⁽²⁾، فهو في هذه الحالة لا يثير شكوكًا لدى الورثة أو الدائنين أو المورث أو المدين ينوي تضييع أموال التركة، ولذلك فهو يعد دين صحة لا دين مرض.
2. وأما دين المرض: فهو الدين الثابت بإقرار المريض مرض الموت في أثناء مرضه أو من هو في حكم مريض مرض الموت، كمن خرج لينفذ فيه حكم القصاص. والإقرار في هذه الحالة يجعل الدين دين مرض، وتكون مرتبته أقل من دين الصحة؛ لأنه يورث شكًا في صدق المقر أو سبب الدين.

ثالثًا: الديون العينية والديون المرسلة

1. فالدين العيني: وهو الذي يتعلق بعين من أعيان التركة، كالدين المضمون برهن، فالدائن المرتهن له الحق باستيفاء دينه من العين المرهونة قبل أي دائن آخر.
2. أما الدين المرسل (المطلق): فهو الدين أو الحق الثابت في ذمة المتوفى وليس متعلقًا بعين من التركة.

الفرع الثالث: الحكمة في تقديم قضاء الديون على تنفيذ الوصية

ويكون قضاء الديون المستحقة وسدادها مقدمًا على تنفيذ الوصية مع أنّ الله سبحانه وتعالى قد قدّم الوصية على الدّين في القرآن الكريم؛ فقال سبحانه وتعالى: ﴿من بعد وصيةً توصون بها أو دين﴾⁽³⁾، وقال أيضًا: ﴿من بعد وصيةً يوصى بها أو دين﴾⁽⁴⁾.

ففي الآيات الكريمات أنّ الوصية مقدّمة على الدين، مع أنّ الحاصل أنّ الدين مقدّم عليها، ولذا تُقضى ديون الميت أولاً، ثمّ تُنفذ وصيته. وهذا قضاء رسول الله ﷺ وحكمه؛ فقد روي أن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب قال: إنكم تقرؤون هذه الآية: ﴿من بعد وصيةً توصون بها أو دين﴾، وإنّ رسول الله قضى بالدين قبل الوصية".

والحكمة من تقديم الوصية على الدين في الآية أنّ الدين حقّ ثابت في ذمّة المدين قبل الوفاة وبعدها، وله مطالب، أمّا الوصية فهي تبرّع محض وبرّ وصلة، وليس لها مطالب. فحتى لا يتهاون الناس في أمرها قدّمها الله تعالى في الذكر، منهيًا على وجوب العناية بها كالعناية بالدين، والوصية حظ مساكين ضعفاء فقدمت لهذا الغرض، بخلاف الدين ثابت مؤدى ذكر أم لا.

المطلب الثاني: حكم أداء الديون، وأحكام تزامنها

فقد يرد سؤال حول حكم أداء الديون وطبيعة أحكامها حال التزام، وطبيعة الحكم المتعلق بأدائها، وذلك فيما يأتي من فروع:

الفرع الأول: الحكم المتعلق بأداء الديون على اختلاف أنواعها

أولاً: ديون الله تعالى:

1 - ابن عابدين، الحاشية، 760/6، البحر الرائق، 558/8، وركن العبادات النية والفعل، والنية من الميت سقطت بموته، وفعلهم وحده لا يقوم مقام فعله هو إلا إذا أذن لهم بذلك، ووصيته بأن تؤدي عنه إذن بفعلها، لأن حقوق الله مبنية على المسامحة، خلافاً لحقوق العباد في مبنية على المشاحنة.

2 - مثل أن يفترض المريض في حال مرضه بدلاً عن مال ملكه أو استهلكه، كمن يشتري طعاماً أو دواءً يتداوى به، فضل عباس، وعبد الناصر أبو البصل، فقه الأحوال الشخصية 2، ص12.

3 - [النساء: 12].

1. فقد ذهب الحنفية إلى سقوطها لاعتبارها عبادات⁽¹⁾، وهذه تسقط بالموت إلا إذا أوصى بها وعندها يصبح حكمها حكم الوصية، من حيث أنه تكون بحدود ثلث التركة، وإن زادت عنه فلا يطالب الورثة بالزيادة. ويرى الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة⁽²⁾ أن ديون الله وحقوقه لا تسقط بالموت بل يجب على الورثة أن يقوموا بأدائها من التركة كسائر الديون، على اعتبار أن دين الله ثابت في الذمة، كدين العبد، ولا فرق بينهما من هذه الناحية.

ثانياً: ديون العباد بأنواعها

فهذه باتفاق يجب أداؤها من تركة المتوفى، ويكون ذلك عند الحنفية بتقديم ديون العباد على ديون الله التي تسقط عندهم بالموت، وديون العباد التي في حال الصحة تتقدم على التي في حال المرض⁽³⁾. ويجب أن لا يكون هناك دينٌ يستغرق التركة كلها، فإن وجد دينٌ يستغرق كل التركة، فلا مُلْكِيَّةَ خَلْفِيَّةَ.

الفرع الثاني: الحكم المتعلق بتزاحم الديون

وإذا كانت التركة تفي بالتجهيز والديون بجميع أنواعها، فلا إشكال في ذلك، وإنما يحصل ذلك إذا كانت التركة أقل من مجموع هذه الحقوق، وفي هذه الحالة (تزاحم الديون) يكون توزيع التركة للوفاء بالالتزامات عليها كما يأتي⁽⁴⁾:
أولاً: فالحنفية على تقديم الدين العيني على التجهيز ثم الدين العادي المرسل، ويقدم في الدين المرسل دين الصحة على دين المرض.

ثانياً: ويرى الجمهور تقديم الدين العيني، ثم التجهيز، فإن فضل شيء ينظر؛ فإن كان الدائن واحداً، فإن له أخذ الباقي لعدم وفاء التركة بجميع الحقوق، وأما إذا تعددوا؛ فإنهم يشتركون في الباقي، بقسمته قسمة محاصصة حسب نسبة دين كل واحد⁽⁵⁾.

ثالثاً: وأما الحنابلة فيقدمون التجهيز ثم الدين العيني ثم الدين العادي سواء أكان لله أم للعبد، وأصحاب الديون العادية إن لم يكف الباقي يقتسمونه قسمة محاصصة. فقد رتب الحقوق كما يأتي:

1. التجهيز

2. الديون العينية

3. الديون العادية، ثم الوصية، ثم الميراث

المطلب الثالث: أثر الوفاة على حلول أجل الدين في الفقه الإسلامي

وتكون الوفاة إما: تحقيقاً؛ وذلك بمشاهدة، أو بشهادة عدلين وهذه هي مسألة الموت العادي لمن مات بالمرض أو بحادث، أو بأي أمر ظاهر معروف لدى الناس أو الأطباء⁽⁶⁾.

أو أن تكون الوفاة حكماً؛ وذلك بأن يصدر حكم قضائي من المحكمة المختصة بموته، ومثاله المفقود الذي يعد ميتاً من تاريخ الحكم. أو أنها قد تكون تقديراً؛ وذلك كأنفصال الجنين عن أمه ميتاً بسبب الاعتداء عليها؛ فإن الشارع في حالة

1 - ابن عابدين، الحاشية، 760/6.

2 - حاشية الدسوقي، 458/4، مغني المحتاج، 5/6، كشاف القناع، 447/4.

3 - وأما الجمهور فإنهم يقدمون الديون العينية على التجهيز، وعلى الديون العادية، خلافاً للحنابلة الذي يجعلون التجهيز في المرتبة الأولى ثم الديون العادية المرسله سواء أكانت حقاً لله أم للعبد، حاشية الدسوقي، 458/4، مغني المحتاج، 5/6، كشاف القناع، 447/4.

4 - حاشية ابن عابدين، 760/6، حاشية الدسوقي، 458/4، مغني المحتاج، 5/6، كشاف القناع، 447/4.

5 - مع ملاحظة أن المالكية: يقدمون دين العبد المرسل على دين الله، خلافاً للشافعية الذين يقدمون دين الله على دين العباد، حاشية الدسوقي، 458/4، مغني المحتاج، 5/6.

6 - فضل عباس وأبو البصل، فقه الأحوال الشخصية، 2، ص 78.

الجنانية هذه قد أوجب على الضارب أو على عاقلته عقوبة مالية تسمى غرة، وهي نصف عشر الدية الكاملة سواء أكان الجنين مذكراً أو مؤنثاً⁽¹⁾.

ويفرق في مسألة أثر الوفاة على حلول أجل الدين بين وفاة المدين ووفاة الدائن، وبين ذلك فيما يأتي من فروع:

الفرع الأول: أثر وفاة المدين على حلول أجل الدين

فإذا كانت الوفاة الحاصلة هي وفاة المدين؛ فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: لجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية وهورواية عند الحنابلة⁽²⁾ وفيه؛ أن الدين المؤجل يحل بوفاة المدين، لأنه لا يخلو إما أن يبقى في ذمة الميت أو الورثة أو يتعلق بالمال.

ولا يجوز بقاءه في ذمة الميت، لخرابها وتعذر مطالبته بها، ولا في ذمة الورثة، لأنهم لم يلتزموها ولا رضي صاحب الدين بدمهم وهي مختلفة متباينة، ولا يجوز تعليقه على الأعيان وتأجيله، لأنه ضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع للورثة فيه⁽³⁾.

وبناء على ذلك؛ فإنه يجوز للدائن أن يطالب الورثة بدينه الذي في ذمة المتوفى، ولو كان الدين مؤجلاً.

ومن الأدلة على حلول أجل الدين؛ أن النبي ﷺ قال: "نفس المؤمن معلقةً بدينه حتى يُقضى عنه"⁽⁴⁾.

ولأن الله تبارك وتعالى لم يبح التوارث إلا بعد قضاء الدين، فالورثة في ذلك بين أحد أمرين: إما أن لا يريدوا أن يؤخروا حقوقهم في الموارث إلى محل أجل الدين، فيلزم أن يجعل الدين حالاً، وإما أن يرضوا بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون، فتكون الديون حينئذ مضمونة في التركة خاصة، لا في ذمهم⁽⁵⁾.

جاء في بدائع الصنائع: "إن موت من عليه الدين يبطل الأجل وموت من له الدين لا يبطل"⁽⁶⁾.

وفي كتاب الأم للشافعي: "أنه إذا مات الرجل وله على الناس ديون إلى أجل فهي إلى أجلها لا تحل بموته، ولو كانت الديون على الميت إلى أجل فلم أعلم مخالفاً حفظت عنه ممن لقيت بأهلها حالة يتماس فيها الغرماء، فإن فضل كان لأهل الميراث ووصايا إن كانت له"⁽⁷⁾.

ولا يحل الأجل عند المالكية بشرطين هما⁽⁸⁾:

1. أن يكون المدين قد توفي بعدوان من الدائن؛ لأنه إن قتله فقد استعجل الشيء قبل أوانه فعوقب بحرمانه،

وبالتالي يحرم هنا من سقوط الأجل فقط.

2. أن يكون المدين قد اشترط على الدائن عدم حلول الدين بوفاته، فإن الشرط صحيح ولازم.

وقد جاء في كتب المالكية: "فلو طلب بعض الغرماء بقاء دينه مؤجلاً لم يجب لذلك لأن للمدين حقاً في تخفيف ذمته بحكم الشرع، وأما لو طلب جميع الغرماء بقاء ديونهم مؤجلة كانت لهم ذلك"⁽⁹⁾.

1 - ويرى الحنفية هنا أنه يرث ويورث على تقدير الحياة فيه وقت الجنانية وتقدير موته بسببها. وهذه الغرة أو الدية تورث عنه كما يورث غيرها لأنها جنانية على حي، انظر: حاشية ابن عابدين، 758/6، ويرى الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة أن الغرة تكون للجنين وتورث عنه، ولكنهم قالوا أنه لا يورث عنه سواها من الأموال، وهو لا يرث شيئاً للشك في حياته، إلا أن ربيعة شيخ الإمام مالك يقول بملك الغرة للأُم تعويضاً لها عما أصابها من ضرر، لأن الجنانية على جزء منها كالجنانية على سنها أو عينها، وبالتالي لا يرث الجنين هنا ولا يورث، الشرح الكبير، 486/4، مغني المحتاج، 28/3، المغني، 203/7، داود، الحقوق المتعلقة بالتركة، ص 274.

2 - البدائع، 13/5، بداية المجتهد لابن رشد، 215/2، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، 39/5، 40، مغني المحتاج، 147/2، المغني، 525/4، الإنصاف، 307/5، شرح منتهى الإرادات، 468/3.

3 - أما الميت فلأن النبي ﷺ قال: "الميت مرتهن بدينه حتى يُقضى عنه" وأما صاحبه فيتأخر حقه وقد تلف العين فيسقط حقه، وأما الورثة فإنهم لا ينتفعون بالأعيان ولا يتصرفون فيها، وإن حصلت لهم منفعة فلا يسقط حظ الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم، المغني، 525/4.

4 - رواه الترمذي، وقال: حديث حسن، وفي رواية "مرهونة بدينه". فهو p قد أخبر أن نفس المؤمن معلقة بدينه فوجب حلول الدين حتى يؤدي عنه فتراها ذمته، وفي إبقاء الدين إلى أجله إضرار به.

5 - بداية المجتهد 231/2-232.

6 - الكاساني، بدائع الصنائع، 213/5.

7 - الشافعي، الأم، 216/3.

8 - حاشية الخريفي، 267/5.

9 - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 266/3.

وعندهم كذلك: "وحل به (أي بالفلس) وبالموت للمدين ما أجل عليه من الدين لخراب ذمته فهما ما لم يشترط المدين عدم حلوله بهما، ولم يقتل الدائن المدين عمداً فلا يحل كموت رب الدين"⁽¹⁾.

القول الثاني: أن الدين المؤجل لا يحل بموت المدين بشرط توثيقه برهن أو كفيل مليء بالأقل من قيمة التركة أو الدين، فإن لم يوثق بذلك حل، لأنّ الورثة قد لا يكونون أملياء، ولم يرض بهم الغريم، فيؤدّي إلى فوات الحق، فإن تعذر التوثيق حل الدين، وإليه ذهب الحنابلة على الرواية الثانية للمذهب⁽²⁾.

وحجّتهم أنّ الموت ما جعل مبطلاً للحقوق، وإنّما هو ميقات للخلافة، وعلامة على الورثة، وعلى هذا يبقى الدّين في ذمّة الميّت كما كان، ويتعلّق بعين ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه، فإن أحبّ الورثة التزام الدّين وأداءه للغريم على أن يتصرفوا في المال، لم يكن لهم ذلك إلا أن يرضى الغريم، أو يوثقوا الحقّ بضمين مليء أو رهن يثق به لوفاء حقّه⁽³⁾.

جاء عند ابن قدامة في المغني: "ومن مات وعليه دين مؤجل، لم يحل الدين بموته إذا وثق الورثة أو وثق غيرهم برهن أو كفيل مليء على أقلّ الأمرين من قيمة التركة أو الدين، لأنّ الأجل حق للميت فورث عنه كسائر حقوقه وكما لا تحل الديون التي له بموته"⁽⁴⁾.

جاء في القانون المدني الأردني في المادة (406) ما نصه: "الدين المؤجل لا يحل بموت الدائن ويحل بموت المدين إلا إذا كان موثقاً توثيقاً عينياً".

الفرع الثاني: أثر وفاة الدائن على حلول أجل الدين

وأما إذا كانت الوفاة الحاصلة هي وفاة الدائن؛ فقد اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على قولين:

الأول: لجمهور الفقهاء وفيه أنه لا أثر لوفاة الدائن في الديون المؤجلة، وبالتالي فهي لا تحل بوفاة وإنما تبقى لوقتها المحدد والمتفق عليه بين الدائن والمدين، لأنّ الديون عندهم تنتقل إلى الورثة بالصّفة التي كانت عليها حال حياة الدائن، فما كان منها حالاً أنتقل إلى الورثة حالاً، وما كان منها مؤجلاً أو مقسّطاً أنتقل كما هو مؤخراً إلى أجله، وبالتالي فالوفاة لذاتها لا تؤثر على أجل الدين، وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني في المادة (406) منه.

جاء عند الكاساني: "إن موت من عليه الدين يبطل الأجل وموت من له الدين لا يبطل"⁽⁵⁾.

وفي كتاب الأم: "أنه إذا مات الرجل وله على الناس ديون إلى أجل فهي إلى أجلها لا تحل بموته، ولو كانت الديون على الميت إلى أجل فلم أعلم مخالفاً حفظت عنه ممن لقيت بأنها حالة يتماس فيها الغرماء، فإن فضل كان لأهل الميراث ووصايا إن كانت له"⁽⁶⁾.

وأما الثاني: فهو للظاهرية، حيث قالوا أن الديون المؤجلة تحل بوفاة الدائن، لأنّ الأجل كان اتفاقاً بين الدائن والمدين بناء على الثقة بينهما، فإذا توفي الدائن أو المدين فإنّ الأجل تسقط ويطلب صاحب الحق حقه.

وذلك: أن المدين إذا توفي سقط الأجل عند الجمهور، والتساوي في الحقوق والواجبات يوجب أن يكون الموت سبباً لسقوط الأجل، سواء أكان الأجل حقاً للمتوفي أم كان حقاً عليه، وليس بسائغ أن يجعله سبباً لسقوط الأجل في حال دون آخر، ثم إن الأجل كان من كسب الميت سواء كان دائناً أو مديناً، ولما كان عقد الغرماء في تأجيل ما عليهم أو تأجيل ما على الميت إنما

¹ - الدردير، الشرح الكبير وبهامشه حاشية الدسوقي، 266/3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ورأي المالكية القائل بحلول الدين بموت المدين يمثل الرأي المشهور عندهم، وهناك رأي آخر لديهم وهو يذهب إلى أن الأجل لا يحل بموت المدين مثله كمثل موت الدائن، انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، 265/3.

² - ابن قدامة، المغني، 566/6، المرادوي، الإنصاف، 307/5.

³ - شرح منتبهى الإرادات، 286/2، ابن قدامة، المغني، 485/4-486.

⁴ - ابن قدامة، المغني، 485/4-486.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع، 213/5.

⁶ - الشافعي، الأم، 216/3.

كان بلا شك بينهم وبين المتوفى إذا كان حياً، وقد انتقل الآن المال عن ملكه إلى ملك غيره؛ فلا يجوز كسب الميت عليهم فيما قد سقط ملكه عنه⁽¹⁾.

"وكل من مات وله ديون على الناس مؤجلة، أو للناس عليه ديون مؤجلة؛ فكل ذلك سواء وقد بطلت الأجال كلها وصار كل ما عليه من دين حالاً، وكل ماله من دين حالاً سواء في ذلك القرض والبيع وغير ذلك"⁽²⁾

المطلب الرابع: تقسيم التركة وقد تعلق بها دين

جاء في المادة (535) من الأحكام الشرعية: من كان عليه دين مستغرق لماله، فلا تجوز وصيته إلا أن يبرئه الغرماء أو بإجازتهم⁽³⁾.

وهنا يظهر أن تقسيم التركة قد يكون وفق حالتين بيانهما في الفروع الآتية:

الفرع الأول: التركة الخالية من الديون

1. مثال: توفيت عن زوج وابن وبنت، وتركة مقدارها 1000 دينار

1000	4		
250	1	زوج	4/1
500	2	ابن	ق.ع
250	1	بنت	

تقسيم التركة يكون كما يأتي:

مقدار التركة يقسم على سهام المال (أصل المسألة) = مقدار السهم، ثم نضرب هذا المقدار بسهام صاحب كل فرض، ومثالها:

$1000 \div 4 = 250$ ، ثم نضرب الناتج بسهم كل صاحب فرض

وهنا الناتج $250 \times 1 = 250$ دينار للزوج

$250 \times 2 = 500$ دينار للابن

$250 \times 1 = 250$ دينار للبنت

2. مثال: توفي عن زوجة وابن وأم، وتركة مقدارها 24000 دينار

24000	24		
3000	3	زوجة	8/1
4000	4	أم	6/1
17000	17	ابن	ق.ع

$1000 = 24 \div 24000$

¹- الإبياني بيك، محمد زيد، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدرى باشا، ط4، 1924م.

²- ابن حزم، المحلى، 359/6، أطفيش، شرح النيل، 71/9.

³- ابن حزم، المحلى، 359/6.

$$3000 = 3 \times (1000) \text{ دينار للزوجة}$$

$$4000 = 4 \times (1000) \text{ دينار للأم}$$

$$17000 = 17 \times (1000) \text{ دينار للابن}$$

3. مثال: توفي عن زوجة و3 أبناء وبنيتين، وتركها مقاديرها 64000 دينار

64000	64	8		
8000	8	1	زوجة	8/1
14000	14	7	ابن	ق.ع
14000	14		ابن	
14000	14		ابن	
7000	7		بنت	
7000	7		بنت	
		نصح $8 \times$		

الفرع الثاني: "التركة المدينة" قسمة الغرماء

نقسم التركة الموجودة على مجموع الديون على التركة ثم نضرب الناتج في دين كل دائن، وبيان ذلك:

1. مثال: توفي وترك مالا مقداره 1500 دينار والتركة مدينة حسب دين كل دائن بمجموع 3000 دينار، والدائنون ومقدار ديونهم كما يأتي:

1500 (التركة الموجودة)	3000 (مجموع الديون)	
500	1000	أحمد
375	750	محمد
125	250	محمود
200	400	سالم
300	600	سعد

$$1500 \div 3000 = 5, \text{ دينار، ثم نضرب هذا الناتج بمقدار دين كل دائن وبيانه:}$$

$$5, \text{ دينار} \times 1000 = 500 \text{ دينار}$$

$$5, \text{ دينار} \times 750 = 375 \text{ دينار}$$

$$5, \text{ دينار} \times 250 = 125 \text{ دينار}$$

$$5, \text{ دينار} \times 400 = 200 \text{ دينار}$$

$$5, \text{ دينار} \times 600 = 300 \text{ دينار}$$

2. مثال: توفي وترك مالا مقداره 2000 دينار والتركة مدينة حسب دين كل دائن بمجموع 5000 دينار، والدائنون ومقدار ديونهم كما يأتي:

2000 (التركة الموجودة)	5000 (مجموع الديون)	
------------------------	---------------------	--

ليلى	1500	600
علي	2000	800
سامية	1200	480
سلوى	300	120

2000 ÷ 5000 = 4, دينار، ثم نضرب هذا الناتج بمقدار دين كل دائن وبيانه:

$$4, \text{ دينار} \times 1500 = 600 \text{ دينار}$$

$$4, \text{ دينار} \times 2000 = 800 \text{ دينار}$$

$$4, \text{ دينار} \times 1200 = 480 \text{ دينار}$$

$$4, \text{ دينار} \times 300 = 120 \text{ دينار}$$

خاتمة:

وبعد هذه المحطة في تناول موضوع قضاء الديون كحق من الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي والقانون فإنه يمكن تلخيص أهم ما جاء في هذا البحث من نتائج وذلك فيما يأتي:

- يفرق الفقهاء والقانون بين طبيعة الوفاة المؤثرة على أجل الديون، وذلك من حيث تعلقها بوفاة المدين أم وفاة الدائن وفق حالات وأدلة وترجيحات.
- إن قضاء الديون قد انتظم في التشريعات المتعلقة بالتركة، وهو مجال واسع ومحدد للمعالجة العلمية الشرعية كي يعرف العامة والخاصة ما لهم وما عليهم من جملة هذه الحقوق.
- يعرف الدين بأنه ما وجب في الذمة من الأموال والحقوق التي تقوم بمال بسبب موجب.
- تنشأ الديون عن ثلاثة أسباب هي على سبيل الأجمال، العقد الذي يشمل كل ما ثبت، وكان مصدره الإرادة، سواء أكان إنشاؤه بإرادتين كعقد البيع، والإجارة، والقرض، أو بإرادة واحدة كالوقف والوصية، والفعل: كالإضرار بالغير وإتلاف ممتلكاتهم، والنص: أي ارتباطه بالنصوص الشرعية الملزمة، كالنفقات التي تجب للقريب على قريبه، أو كمقدار الزكاة الواجب في المال.
- قد يأتي تقسيم التركة مع خلو من الديون أو عدم ذلك، حيث قد يلجأ إلى قسمة الغرماء حال أن كانت التركة مدينة بخلاف التركة الخالية من الدين.
- نظر التشريع الإسلامي إلى أهمية الأحكام المتعلقة بالتركة والحقوق المرتبطة حيث يجد الناظر أنها في حالة من الدقة والتوازن في مراعاة الحقوق المتقابلة لأطراف التعامل مع التركة وذلك بتكامل موضوعي يكفل للإنسانية العدالة والاستقرار والبعد عن التناقض في تطبيق التشريعات ومعرفة الأحكام.

وأخيراً؛ فإننا نتوجه إلى الله سبحانه بخالص الدعاء أن يوفقنا لتحصيل العلم، وأن يعلمنا ما ينفعنا، وأن ينفعنا بما علمنا، وأن يزدنا علماً، إنه سميع مجيب الدعاء.

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم
- الإبياني بيك، محمد زيد، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط4، 1924م.

- الهوتي، منصور، كشف القناع على متن الإقناع، المطبعة الشرفية، القاهرة، ط1.
- ابن حزم، محمد علي، المحلى، الطباعة المنيرية، مطبعة النهضة، مصر.
- الخرشي، محمد بن عبد الله، شرح الخرشي على متن خليل، دار صادر، بيروت.
- الخطيب، محمد الشريبي، مغني المحتاج، المطبعة الميمنية، القاهرة، 1308هـ.
- داود، أحمد محمد، الحقوق المتعلقة بالتركة، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2009م.
- الدردير، أبو البركات أحمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك، القاهرة، مطبعة عيسى البابي الحلبي.
- الدسوقي، محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط1، مطبعة السعادة، القاهرة.
- ابن رشد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة الاستقامة، القاهرة، د.ط، 1938.
- الصاوي، أحمد بن محمد، حاشية الصاوي، الموسومة: ببلغة السالك إلى أقرب المسالك هامش الشرح الصغير للدردير، القاهرة، مطبعة عيسى البابي الحلبي.
- ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار للحصكفي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ط.
- عباس، فضل، وأبو البصل، عبد الناصر، فقه أحوال شخصية (2)، جامعة القدس المفتوحة، 2013م.
- ابن قدامة، عبد الله بن محمد، المغني، دار الحديث، القاهرة، ط1، د.ت، تحقيق عبد الفتاح الحلو.
- الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتاب العربي، ط2، 1982م.
- المرادوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان، الانصاف في معرف الراجح من الخلاف، ط2، القاهرة: دار إحياء التراث العربي، 1400هـ/1980م.
- الموصلي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة حجازي، القاهرة، د.ت.
- الميرغناني، علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة.
- ابن النجار، محمد بن أحمد الفتوح، معونة أولى النهى شرح المنتهى (منتهى الإرادات) تحقيق: د.عبد الملك بن دهيش، بيروت، لبنان، دار خضر، ط1، 1416 هـ - 1995 م.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت.

أثر الجائحة في عقدي البيع والإجارة

The impact of the pandemic on the sale and lease contracts

ط.د: عبد الله جرادات- طالب دكتوراه-جامعة إسطنبول صباح الدين زعيم - تركيا

Abdallah jaradat PhD student Istanbul Sabahattin Zaim University Turkey

الملخص:

جاء هذا البحث بعنوان "أثر الجائحة في عقدي البيع والإجارة" للبحث في ماهية الجائحة، وما هو الاعتبار الشرعي لهما، ثم تحدثت عن أنواع الجوائح، والمقدار المعتبر منها، ثم تناول البحث تأثير الجوائح على عقد البيع وعقد الإجارة كما تناولها الفقهاء، مع الترجيح بينها.

وقد هدف البحث للإجابة عن كل التساؤلات السابقة، موضحًا إياها بشيء من التفصيل، خاصة ما يتعلق بجانب المعاملات المالية منها، حيث خرج البحث بنتائج عديدة منها: إن فكرة الجائحة وجدت نواتها في شريعتنا الإسلامية من خلال القواعد الأصولية والمبادئ الكلية التي تقرها، ويُعتد الفقهاء المسلمون أول من عرف تطبيقات مفهوم الجائحة ومتعلقاتها العلمية والشرعية.

وهنا أوصى الباحث بعدة توصيات منها: إجراء المزيد من الأبحاث الخاصة بهذا الباب الفقهي المهم ومعالجة مفرداته العلمية من خلال بحوث ودراسات متخصصة، وخاصة ما يتعلق بالجانب المصرفي والمالي المعاصر، والتركيز كذلك في طبيعة الأزمات المالية وهل تعد من قبيل الجوائح المعتبرة أم لا.

الكلمات المفتاحية: جائحة، عقد، بيع، إجارة، معاملات مالية.

Abstract: This research came under the title “The Impact of the Pandemic on the Sale and Leasing Contracts” to examine what the pandemic is, and what is the legal consideration for them, then I talked about the types of pandemics, and the amount of what is considered from them, then the research dealt with the impact of the pandemics on the sale contract and the lease contract as dealt with by the jurists, with weighting between them.

The research aimed to answer all the previous questions, explaining them in some detail, especially with regard to the aspect of financial transactions from them, as the research came out with many results, including: The idea of the pandemic found its nucleus in our Islamic law through the fundamental rules and the universal principles that it decides, and Muslim jurists are considered The first to know the applications of the concept of the pandemic and its scientific and legal implications. Here, the researcher recommended several recommendations, including:

conducting more research on this important jurisprudential section and addressing its scientific vocabulary through specialized research and studies, especially with regard to the contemporary banking and financial aspect, and focusing as well on the nature of financial crises and whether they are considered pandemics or not.

Keywords: pandemic, contract, sale, leasing, financial transactions.

مقدمة :

الحمد لله الأعز الأكرم، الذي علم بالقلم، علم الانسان ما لم يعلم، والصلاة والسلام على محمد بن عبد الله الرحمة المهتدة، وبعد؛

فإن الشريعة الإسلامية قائمة على حفظ حقوق العباد وتحقيق مصالحهم في الحياة، ورفع الضرر والحرص عنهم، فهي أي أحكام الشريعة الإسلامية بعمومها قائمة على مقصد رفع الضرر والضرار ودرء المفاسد وجلب المنافع، التي لا بد للناس وحياتهم من طلبتها والعمل على تحقيقها، وهنا لتحقيق هذا المقصد وتطبيقه في الحياة الإنسانية بشكل واقع ومؤثر؛ فقد أولت الشريعة السمحاء جانباً مهماً من أحكامها للنظر في هذا الباب، وتبنت قواعدها ومبادئها ذلك بما يراعي صلاحيتها وواقعيتها لكل زمان ومكان.

ولذلك فعند تعلق الجوائح بأموال الناس وحقوقهم المالية، فإن الشريعة الإسلامية لن تغفل عن ذلك، حيث أولت الشريعة أهمية كبيرة للجانب المالي من حياة الناس، وجعلته من الضرورات الخمس، التي لا تستقيم الحياة إلا بحفظها.

ومن هنا، فقد جاء هذا البحث لينظر في مفهوم الجائحة وقت الظروف الطارئة، وللحديث كذلك عن ما هي آثارها وضوابطها وفق المنظور الشرعي والفقهي المالي.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

وتبرز أهمية الموضوع وأسباب اختياره من خلال الآتي:

1. الفائدة العلمية المترتبة على البحث، وأنه يتعلق بموضوع مهم من مواضيع المعاملات المالية المعاصرة.
2. إظهار أهمية عنصر العدالة في الشريعة الإسلامية، وخصوصاً المعاملات، وهي تعالج اختلال التوازن في تنفيذ العقد، وتعطي كل ذي حق حقه.

أهداف البحث:

وهي ممثلة بما يأتي:

1. تبين مفهوم الجائحة.
2. الوقوف على أقسام الجائحة وموقف العلماء منها.

3. تحديد آثار الجائحة على عقدي البيع والإجارة.

مشكلة / أسئلة البحث

تتمثل مشكلة البحث بالأسئلة الآتية:

1. ما هو مفهوم الجوائح وأقسامها؟
2. ما هو موقف العلماء من الجوائح؟
3. هل هناك أي آثار للجوائح تؤثر على عقدي البيع والإجارة؟

منهجية البحث

1. الاعتماد على المنهجين الوصفي والتحليلي، وذلك ببيان مفهوم الجائحة والظروف الطارئة، وتوضيح أقسامها وضوابطها، والوقوف على آثارها.
2. الرجوع إلى مصادر البحث المتعلقة بالموضوع وخاصة الحديثة منها.
3. دراسة أقوال الفقهاء، وعرض أدلتهم والترجيح المستند إلى قوة الدليل، وروح الشريعة.

محتوى البحث:

وقد جاء هذا البحث -إضافة للمقدمة والخاتمة- في ثلاثة مباحث، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم الجائحة لغة واصطلاحًا

المطلب الأول: مفهوم الجائحة في اللغة

المطلب الثاني: مفهوم الجائحة في الاصطلاح

المبحث الثاني: أنواع الجوائح وموقف العلماء من وضع الجائحة

المطلب الأول: أنواع الجائحة

المطلب الثاني: موقف العلماء من وضع الجوائح

المبحث الثالث: أثر الجوائح في عقدي البيع والإجارة

المطلب الأول: أثر الجوائح في عقد البيع

المطلب الثاني: أثر الجوائح في عقد الإجارة

وأخيراً: فهذا غاية جهد الباحث، فإن كان ثم توفيق فبفضل الله تعالى، وإن كانت الأخرى فمن عجز وتقصير وأستغفر الله العظيم.

المبحث الأول: مفهوم الجائحة لغة واصطلاحًا

المطلب الأول: مفهوم الجائحة في اللغة

الجائحة في اللغة: وهي الشدة، والنازلة العظيمة التي تجتاح المال، وهي مأخوذة من الجوح الإهلاك والاستئصال، وفي الحديث (إن أبي يجتاح مالي)¹ أي يستأصله ويأتي عليه أخذًا وإنفاقًا²

الظرف الطارئ في اللغة: الظروف من ظرف يظرف ظرفًا، الظاء والراء والفاء كلمة صحيحة والظروف جمع ظرف³، والطارئة في اللغة هي الداهية التي لا يعرف من أين أتت، والجمع طوارئ.

المطلب الثاني: مفهوم الجائحة في الاصطلاح

الجائحة هي ما لا يستطيع دفعه ولو علم به⁴ وهي من المصائب كلها كانت سماوية أو من الأدميين وهي في كل ما ترك من الثمار وترك حتى يبلغ أوانه.⁵

وعرفها الجرجاني بأنها الآفة التي تهلك الثمار وتجتاح الأموال وتستأصلها، وهي كل مصيبة عظيمة وفتنة كبيرة⁶

وعرفها الشافعي بقوله: "والجائحة من المصائب كلها كانت من السماء أو من الأدميين وهي في كل ما اشترى من الثمار، وترك حتى يبلغ أوانه، وعرفها الحنابلة: أن الجائحة كل آفة لا صنع للأدميين فيها كالريح، والبرد، والجراد، والعطش.

7

المبحث الثاني: أنواع الجوائح وموقف العلماء من وضع الجائحة

المطلب الأول: أنواع الجائحة

أولاً: جائحة السماء

لا خلاف بين العلماء الذين قالوا بوضع الجائحة أن ما أصاب الثمرة من السماء، هو جائحة كالبرد، والقحط، والريح، والثلج، والغرق بالسيل، والطير الغالب، والمطر المضر، والدود، والعفن، والجراد، وغير ذلك من الأمور السماوية.

ثانياً: جائحة الأدميين :

كما بينت سابقاً أنه لا خلاف بين العلماء على ما أصاب الثمر من السماء، ولكن اختلفوا فيما يقع بفعل الأدميين على قولين:

القول الأول: لم يعتبروا جائحة الأدميين

¹ ابن ماجه، محمد بن يزيد، السنن، 769/2، باب مال الرجل من مال ولده، رقم الحديث 229، بيروت/ دار الفكر

² السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، 1/82-1، بيروت/ دار الكتب العلمية/1403هـ

³ الفيروز آبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ص834 مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان/2005م ط8

⁴ الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، 1405هـ/ط3، 122

⁵ الذهبي، سير أعلام النبلاء، 1/656، المرجع السابق.

⁶ الجرجاني، التعريفات الفقهية، 73، علي بن محمد بن علي الزين الشريف، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، 1403هـ/ط1

⁷ ابن قدامة، عبد الرحمن محمد بن احمد، المغني والشرح الكبير، 4/216 ط2، مصر، طبعة المنار

وقالوا: الجائحة هي كل آفة لا صنع للأدمي فيها كالريح والبرد، والجراد، والعطش، واعتمد القائلون بهذا القول ايضاً ظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم (أرأيت إن منع الله الثمرة). وهذا الكلام هو أحد قولي المالكية والحنابلة. وقال بهذا القول ايضاً الإمام الشافعي، وهو الذي لا يقول بوضع الجوائح فقال: " لو ثبت الحديث عندي بوضع الجوائح لقلت بوضعها في كل قليل وكثير أصيب من السماء بغير جناية أحد.¹

القول الثاني: اعتبروا جائحة الأدميين

وهو المعتمد في مذهب المالكية والحنابلة أنه من أتلف الثمرة من الأدميين ممن لا يمكن تضمينه، ولا دفعه، كالجيوش التي تنهبها، واللصوص الذين يخربونها، فهؤلاء جائحة، ولهذا لو كان المتلف جيوش الكفار، أو أهل الحرب كان ذلك كالآفة السماوية والجيوش واللصوص وإن فعلوا ذلك ظلماً، ولم يمكن تضمينهم فهم بمنزلة البرد في المعنى، ولو كانت الجائحة قد عيبته، ولم تتلفه، فهو كالعيب الحادث قبل التمكن من القبض، واستثنى البعض من أصحاب هذا القول اللص، لإمكانية التحرز منه.²

الترجيح: والذي أراه من خلال عرضي لهذين القولين هو ترجيح القول الثاني، وهو اعتبار فعل الأدميين جائحة، تشبيهاً بجائحة السماء؛ لأن الضرر يكون أشد، وأكثر خاصة إذا كانت الجائحة بسبب الجيش الحربي الذي إذا دخل أرضاً أهلك الحرث، والنسل فيها.

وخلاصة القول في الموضوع أن الجائحة تشمل الأمور السماوية وأفعال الأدميين إذا توفر فيها الضوابط التالية:

- 1- تشمل الأمور السماوية التي لا يمكن دفعها أو التحرز منها، فلو أصيبت الثمرة بآفة أمكن الاحتراز منها، من خلال رشها بالمبيدات الحشرية ولم يفعل المشتري ذلك فلا يعتد بالجائحة وأن المشتري قصر في رعاية الثمرة والاهتمام بها.
- 2- تشمل أفعال الأدميين إذا كان لا يمكن دفعها أو الاحتراز منها أو تضمين فاعلها، فالص يمكن الاحتراز منه أما الجيش فلا يمكن دفعه أو الاحتراز منه أو تضمينه.

المطلب الثاني: موقف العلماء من وضع الجوائح

اختلف العلماء فيما بينهم بين قائل بوضع الجوائح، مؤيدين قولهم هذا بالأدلة، وفي المقابل القائلون بعدم وضع الجوائح أيدياً رأبهم بالأدلة. وسأوضح خلال هذا المطلب أدلة كل فريق خاتماً هذا المطلب بنتيجة أرى ترجيحها، من خلال أدلة كل من الفريقين.

القائلون بوضع الجوائح وأدلتهم: من اشترى ثمراً قد بدا صلاحه، فأصابته جائحة أتلفته قبل كمال صلاحه، فإنه يتلف من ضمان البائع، عند فقهاء المدينة كمالك وأصحابه، وفقهاء الحديث كأحمد، وأصحابه، وهو قول معلق للشافعي على صحة الحديث³، وعمدة من قال بوضع الجائحة:

¹ الشافعي، محمد بن إدريس، الأم 57/3 ط2/ بيروت، دار المعرفة، 1993م

² ابن تيمية، فتاوى، 457/15 ابن رشد، بداية المجتهد، 187/2

³ الشافعي، الأم/ 3/58

1. حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (لو بعث من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق)، وما روي عنه انه قال (أمر الرسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح).¹

2. القياس: قياس الشبه أنه مبيع، بقي على البائع فيه حق توفيقته، بدليل ما عليه من سقيه إلى أن يكمل، فوجب أن يكون ضمانه منه. والاعتبار يؤيد هذا القول فإن المبيع تلف قبل تمكن المشتري من قبضه، فأشبه ما لو تلفت منافع العين المؤجرة قبل التمكّن من استيفائها فإذا قيل هذه الثمرة تلفت بعد قبض الثمرة التي لم يكمل صلاحها من جنس قبض المنافع فإن المقصود إنما هو جذاذها بعد كمال الصلاح، ولهذا إذا شرع المشتري في قبضها بعد كمال الصلاح، كانت من ضمانه، وقد تنازع الفقهاء، هل يجوز له أن يبيعها قبل الجذاذ، هما روايتان عن أحمد: أحدهما: لا يجوز؛ لأنه بيع للمبيع قبل قبضه، إذ لو كانت مقبوضة لكانت من ضمانه الثاني: يجوز بيعها، وهو الصحيح؛ لأنه قبضها القبض المبيع للتصرف، وإن لم يقبضها القبض الناقل للضمان، كقبض العين المؤجرة فإنه إذا قبضها جاز له التصرف، وإن كانت إذا تلفت تكون من ضمان المؤجر وعليه فإن الجائحة توضع حتى لو شرط البائع البراءة من الجائحة، لم ينفعه ذلك.

القائلون بعدم وضع الجوائح وأدلتهم:

ما جاء في الصحيحين² أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: إن ابني اشترى ثمرة من فلان، فأذهبها الجائحة فسألته أن يضع عنه فتألى ألا يفعل، فقال النبي صلى الله عليه وسلم "تألى فلان ألا يفعل خيراً" فسمع بذلك رب المال فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله هو له. ولو كان واجبا لأجبره عليه؛ لأن التخلية يتعلق بها جواز التصرف، فتعلق بها الضمان، كالنقل، والتحويل، ولأنه لا يضمنه إذا أتلفه آدمي كذلك لا يضمنه بإتلاف غيره. وعليه فالنبي عليه الصلاة والسلام ندب إلى خير لا واجب.

الترجيح: احتج القائلون بعدم وضع الجوائح بأحاديث تؤيد ما ذهبوا إليه ففي قول النبي صلى الله عليه وسلم: (تألى ألا يفعل خيراً) والخير قد يكون واجباً وقد يكون مستحباً، ولم يحكم عليه لعدم مطالبة الخصم، وحضور البيعة، أو الإقرار، ولعل التلف كان بعد كمال الصلاح، ويحتمل أن سؤاله الوضعية كان على وجه الرغبة إليه، وما جرت عليه العادة أن يستوضع الناس بعضهم بعضاً عند المتاجرة، فذلك لا بأس به، أو أنه سأله أن يضع عنه بقدر الجائحة التي تثبت له، على وجه استدعاء الحق والرغبة، أو أنه سأله أن يسقط عنه ما يجب عليه إسقاطه من الجائحة.

والذي أراه من خلال ما سبق ترجيح رأي القائلين بوضع الجوائح؛ لأنها ثابتة بالنص، وهو قوله عليه الصلاة والسلام في حديث جابر: (لو بعث من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق) وهذا الحديث أخرجه مسلم عن جابر وما روى عنه أنه قال "أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح" و أيضاً القول بالجائحة ثابت بالعمل القديم الذي لم يُعلم فيه مخالف من الصحابة، و التابعين، و بالقياس الجلي، والقواعد المقررة، بل عند التأمل الصحيح ليس في العلماء من يخالف هذا الحديث على التحقيق. وذلك أن القول هو مذهب أهل المدينة، قديماً وحديثاً، وعليه العمل عندهم من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى زمن مالك، وغيره، فهو مذهب

¹ مسلم، مسلم بن حجاج، دار طيبة/2006م، كتاب الطلاق، باب فضل الغرس والزرع، ص1554

² مسلم، مسلم بن حجاج، دار طيبة/2006م، كتاب الطلاق، باب فضل الغرس والزرع، ص1554، 1990

مالك، وأصحابه، وهو مذهب فقهاء الحديث كالإمام أحمد، وأصحابه، والشافعي في قوله القديم، وأما في الجديد فإنه علق القول به على ثبوته؛ لأنه لم يعلم صحته، فقال رضي الله عنه: لم يثبت عندي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح، ولو ثبت لم أعده، فقد أخبر أنه يجزم به؛ لأنه لم يعلم صحته، وعلق القول به على ثبوته، فقال لو ثبت لم أعده، والحديث ثابت عند أهل الحديث، لم يقدح فيه أحد من علماء الحديث، بل صححوه، ورووه في الصحاح.

المبحث الثالث: أثر الجوائح في عقدي البيع والإجارة

المطلب الأول: أثر الجوائح في عقد البيع

أولاً: الجوائح السماوية: من آثار عقد البيع أن البائع يلزمه تسليم المبيع إلى المشتري، ولا يسقط عنه هذا الحق إلا بالأداء، ويظل البائع مسؤولاً عن المبيع حتى يسلمه للمشتري، فإذا هلك المبيع كله بأفة سماوية قبل القبض انفسخ العقد؛ لاستحالة التنفيذ، وبذلك على ضمان البائع، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن ربح ما لم يضمن)، وعليه إن تلف المبيع كله بأفة سماوية انفسخ البيع وسقط الثمن عن المشتري لاستحالة تنفيذ العقد، لأن من آثار عقد البيع تسليم البائع للمبيع للمشتري.

ذلك إن هلك المبيع كله بأفة سماوية، كما لو كان حيواناً، أما إن تلف بعض المبيع، وترتب على الهلاك نقصان المقدار، كما لو اشترى غنمتين وتلفت احدهما، فإن المشتري على الخيار، إما أن يأخذ ما بقي من صفقة البيع ويرجع إليه ثمن ما هلك منها، وإما أن يفسخ البيع كلياً، لتفريق الصفقة عليه، وهذا ما يسمى خيار تفرق الصفقة عن الأحناف والحنابلة.

"أما إن كان النقص في الوصف، وهو ما يدخل في البيع تباعاً بلا ذكر، كما لو كان المبيع دابة فتلفت يدها، فإن المشتري بين خيارين، إما أن يفسخ البيع أو أن يمضيه دون أن يسقط من الثمن شيء؛ لأن الأوصاف لا يقابلها شيء في الثمن."¹

ثانياً: الجوائح غير السماوية: والجوائح غير السماوية إما أن تكون بفعل البائع أو المشتري أو بفعل أجنبي، فإن كانت بفعل البائع، فهو كالهلاك بفعل آفة سماوية، بحيث ينفسخ العقد لاستحالة تسليم البائع للمبيع للمشتري، إما إذا كان الهلاك بفعل المشتري، استقر الثمن عليه، وكان كالقبض؛ لأنه تصرف فيه وهذا متفق عليه.²

وإذا كان الهلاك بفعل أجنبي لم يبطل العقد، وللمشتري إما أن يفسخ العقد لتعذر التسليم ويسقط عنه الثمن، أو أن يتمسك بالعقد ويرجع على المشتري بالثمن، ورجوعه على الأجنبي بالقيمة إن كان قيمياً، أو بالمثل إن كان مثلياً، وهو مذهب الحنفية والحنابلة والشافعية، أما عند المالكية فلا خيار للمشتري، فلا يحق له فسخ العقد، وله عوض التلف عند الأجنبي.

أما مقدار الحد الضابط لوضع الجائحة فقد اختلف فيه العلماء، فالمالكية والحنابلة يقولون بأن حد الثلث - كضابط لوضع الجائحة - يتسم بالمعقولية، وهذا الحد هو الذي يمثل ارهاقا فعلياً للمشتري، هو الذي يؤيده الشرع،

1- نعيم، رائف، الظروف الطارئة على الالتزام التعاقدية، مصر/دار السلام للنشر والتوزيع

والمعقول. في حين يرى فقهاء المذهب الشافعي، والحنفي، وبعض الحنابلة أن اعتبار حد الثلث كضابط لا يؤيده شرع ولا معقول.¹

أدلة الفريقين:

أولاً: القائلون باعتبار حد الثلث كضابط لوضع الجائحة، يرى فقهاء المذهب المالكي، وبعض الحنابلة أن من اشترى ثمراً، فأصابته جائحة، فإنه يوضع عنه من الثمن، مقدار ما أصابته الجائحة، بشرط أن تبلغ الثلث، واستدلوا بما يأتي:

1- قوله عليه السلام: (إذا باع المرء الثمرة فأصابها عاهة، فذهبت بثلث الثمرة، فقد وجب على صاحب المال الضمان)²

2- قوله عليه الصلاة والسلام في الوصية (الثلث والثلث كثير) فيدل هذا الحديث أن الشارع قد اعتبر حد الثلث، كمعيار للتفرقة بين القليل، والكثير، فما كان دون الثلث فهو قليل، وما كان الثلث فصاعداً فهو كثير.

3- المعقول: أن الثمار لا تسلم من يسير العفن، وأكل الطير، ونثر الريح، فلم يكن بد من ضابط، وعليه فلو كان يصح للمشتري الرجوع على البائع عند الجائحة بما دون الثلث لما صح بيع ثمر أبداً؛ لأنه لا يسلم جميعه.

ثانياً: القائلون بعدم اعتبار حد الثلث كضابط لوضع الجائحة، يرى القائلون بعدم اعتبار حد الثلث، كضابط لوضع الجائحة، أنه لم يثبت في حد الثلث، كمعيار للقلّة والكثرة في وضع الجوائح، خبر، ولا قياس، ولا معقول.³

الظاهر في مذهب الحنابلة أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها، إلا ما جرت العادة بتلف مثله، كالشيء اليسير الذي لا ينضببط، فلا يلتفت إليه، ودليلهم عموم الأحاديث⁴، فإن النبي صلى الله عليه وسلم "أمر بوضع الجوائح" وما دون الثلث داخل فيه، فيجب وضعه، ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها، فكان ما تلف منها من مال البائع، وإن كان قليلاً كالتّي على وجه الأرض، وما أكله الطير، أو سقط، لا يؤثر في العادة، ولا يسمى جائحة، فلا يدخل في الخبر، ولا يمكن التحرز منه، فهو معلوم الوجود بحكم العادة، فكأنه مشروط.

يرى فقهاء المذهب الحنفي أنه إذا قبض المشتري ما اشترى، وخلى البائع بينه، وبينه، فصار في ضمانه، فما هلك منه من قليل، أو كثير، فهو من مال المشتري، وإذا لم يقبض المشتري ما اشترى، فما ذهب منه من قليل، أو كثير فهو من مال البائع.

والذي أراه من خلال ما سبق أن حد الثلث الذي تبناه المالكية، كضابط لوضع الجائحة، يتسم بالمعقولية؛ لأن هذا الحد هو الذي يمثل إرهاقاً فعلياً للمشتري، وما دون الثلث هو ضرر يسير، يتوازن مع ضرر البائع، عدا عن أن الشرع اعتبر الثلث، معياراً للقلّة والكثرة، كما في الوصية، أما القول بوضع كل قليل وكثير يترتب عليه إجحاف بحق البائع، فليس من العدل أن نحمله كل ما أصاب الثمرة حتى وإن كان أقل من الثلث، وعليه فلا بد من توزيع العبء على كلا المتعاقدين، حتى تتحقق العدالة المنشودة.

2- مطيرات، عادل، أحكام الجوائح وصلتها بنظري الضرورة والظروف الطارئة، مصر/دار السلام للطباعة والنشر، 2006م/2ط

² مسلم، المسند الصحيح، 3/1191

³ العدوي، مصطفى، أصول المعاملات، بيروت/مؤسسة بحسوت، 1988م/1ط

⁴ انظر: ابن قدامة، الشرح الكبير، 4/260. وانظر: علي المنبجي، اللباب، 2/5

المطلب الثاني: أثر الجوائح في عقد الإجارة

لا نزاع بين الأئمة أن منافع الإجارة إن تعطلت، قبل استيفاء المنفعة منها، سقطت الأجرة، وكذلك إن تلفت عقب قبضها، وقبل التمكين من الانتفاع.¹

أما من استأجر أرضاً للزراعة، فزرعها وهلك الزرع بجائحة، كالسيل أو الجراد أو شدة الحر والبرد، لم يكن له الفسخ ولا حط عنه شيء من الأجرة؛ لأنه الجائحة لحقت مال المكتري لا منفعة الأرض، كما لو اكترى دكاناً لبيع الملابس، فاحترقت الملابس، فلا تنفسخ إجارة الدكان، لأن الهلاك لحق بمل المكتري وهو الملابس، ولا علاقة للمال المستأجر وهو الدكان بالهلاك.

ولو تلفت الأرض بجائحة، أبطلت قوة الإنبات، انفسخت الإجارة في المدة الباقية، مثل الدار يستأجرها سنة فتهدم بأول السنة أو آخرها، فيكون عليه من الأجرة بقدر ما سكن، ويسقط عنه ما بقي.

وأما إن نقصت المنفعة فإنه يسقط من الأجرة بقدر ما يسقط من المنفعة، فيقال كم أجرة الأرض مع حصول الماء المعتاد، فيقال ألف درهم، ويقال كم أجرتها مع هذا النقص المعتاد من الماء، فيقال خمسمائة، فيسقط عنه نصف الأجر، فإن تلف بعض المنفعة المستحقة بالعقد قبل التمكين من الاستيفاء منها، فهو كما لو تلفت بعض المبيع قبل التمكين من قبضه، وقال الحنابلة والمالكية والشافعية يجب التفرقة بين جائحة الزرع والثمر وجائحة الزرع في الأرض المستأجرة.

قال الحنابلة،² فالمشتري للزرع والثمر ملك بالعقد نفس الزرع والثمر، فإذا تلفت قبل التمكين من القبض، تلفت من ملك البائع، وأما المستأجر وإنما استحق بالعقد الانتفاع بالأرض، وأما الزرع نفسه فهو ملكه الحادث على ملكه، لم يملكه بعقد الإجارة، وإنما ملك بعقد الإجارة المنفعة التي تنبته إلى حين كمال صلاحه، فيجب التفرقة بين جائحة الزرع والثمر للمشتري، وبين الجائحة في منفعة الأرض المستأجرة المزروعة.

ونظير الأرض المستأجرة للزرع، الأرض المستأجرة للغراس والبناء، فإن المؤجر لا يضمن قيمة الغراس والبناء إن تلف، ولكن لو حصلت آفة منعت كمال المنفعة المستحقة بالعقد مثل أن يستوفي عدو يمنع الانتفاع بالغراس أو البناء، أو حصل ريح يهدم الأبنية، فعنا نقصت المنفعة المستحقة بالعقد، نظير نقص المنفعة في الأرض المزروعة.

وقال الشافعي رحمه الله في موضع التفرقة بين الجائحتين،³ جائحة الزرع والثمر المشتري بعد بدو صلاحه وقبل أن يجذ، وجائحة الزرع في الأرض المستأجرة، قال: إن من وضع الجائحة في الأولى فإنما يضعها في الخبر، وبأنه إن كان البيع جائزاً في شراء الثمرة إذا بدا صلاحها، وتركها حتى تجذ، فإنما يتزلهما بمنزلة الإيجار الذي يقبض به الدار، ثم تمر به أشهر، ثم تلفت الدار، فيسقط عنه الإيجار من يوم تلفت، وذلك أن العين التي اكترى واشترى تلفت، وكان الشراء في هذا الموضع غنماً يتم بسلامته إلى أن يجذ، والمكتري الأرض لم يشتر من رب الأرض زرعاً، وإنما اكترى أرضاً، ألا ترى أنه لو تركها، فلم يزرعها حتى تمضي سنة، كان عليه كراؤها، ولو تكرارها حتى إذا استحصدت، فأصاب الأرض حريق فاحترق الزرع، لم يرجع

¹ السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، بيروت/دار الكتب العلمية، 1403هـ/ط1

² انظر ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 288/30، و2/30

³ الشافعي، الأم 2/77

على رب الأرض بشيء من قبل أنه لم يتلف شيء كان أعطاه إياه، إنما تلف شيء يضعه الزارع من ماله، كما لو تكرر منه دأراً للبر فاحترق البر، ولا مال له غيره، وبقيت الدار سالمة، لم ينتقص سكنها كان الكراء له لازماً.

وخلاصة القول في المسألة أن تلف الزرع في الأرض المستأجرة يكون من ضمان مالكة باتفاق العلماء. أما إذا نقصت المنفعة، فنص المالكية، والحنابلة على أنه ينقص من الأجرة بقدر ما نقصت المنفعة، وقال الشافعية له الخيار بين أن يأخذ بجميع الأجر، أو أن يفسخ الإجارة، وليس له شيء من الأجر مقابل نقص المنفعة.

موقف العلماء من فسخ عقد الإيجار بسبب الجوائح

يرى جمهور العلماء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة،¹ أن الإجارة عقد لازم من الطرفين، وذلك لأنها عقد معاوضة، فكان لازماً كالبيع، ولزومها يقتضي تملك المؤجر الأجرة، والمستأجر المنافع فإذا فسخ المستأجر الإجارة، قبل انقضاء مدتها، وترك الانتفاع اختياراً منه، لم تنفسخ الإجارة، والأجر لازم له، ولم يزل ملكه عن المنافع، وهذا القدر متفق عليه بين الفقهاء.

وأما فسخ الإجارة بالأعذار، فاختلف العلماء فيها بين مجيز ومانع، وفيما يلي أقوالهم في المسألة وأدلة كل فريق:

القول الأول: وهو قول جمهور العلماء من الشافعية، والمالكية، والحنابلة، أن الإجارة لا تنفسخ بالأعذار، ولا تنفسخ إلا بما تفسخ به العقود اللازمة، من وجود العيب، وتعذر استيفاء المنفعة واستدلوا بما يلي:

أولاً: قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"

ثانياً: الإجارة عقد معاوضة، فلا يجوز فسخها بالأعذار، قياساً على البيع

القول الثاني: وهو قول الحنفية، وابن حزم، قالوا:² إن الإجارة تفسخ بالأعذار، واستدلوا بما يلي:

أولاً: قوله تعالى "وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه" وقوله تعالى: "وما جعل عليكم في الدين من حرج

فإن اضطرت المستأجر إلى الرحيل عن البلد، أو اضطرت المؤجر إلى ذلك، فإن الإجارة تنفسخ إذا كان في بقاءها ضرر على أحدهما، كمرض مانع، أو خوف مانع، أو غير ذلك

ثانياً: قول عمر "إن البيع صفقة، أو خيار" فجعل البيع نوعين: نوعاً لا خيار فيه، ونوعاً فيه خيار. والإجارة بيع فيجب أن تكون نوعاً ليس فيه خيار الفسخ، ونوعاً فيه خيار الفسخ، ولأنها معاوضة، عقدت مطلقة، فلا ينفرد أحد العاقدين فيها بالفسخ، إلا عند العجز عن المضي في موجب العقد من غير تحمل ضرر، كالبيع.

ثالثاً: إن فسخ الإجارة بسبب العيب ليس لعين العيب، وإنما لدفع الضرر، فإذا تحقق الضرر في إيفاء العقد، يكون ذلك عذراً في الفسخ، وإن لم يتحقق العيب في المعقود عليه.

¹ انظر: ابن عابدين، الدر المختار وحاشية ابن عابدين، رد المحتار 4/ 563

² نعيم، رائف، الظروف الطارئة على الالتزام التعاقدية، مصر/دار السلام للنشر والتوزيع

رابعاً: إن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر، إذ لو لزم العقد عند تحقق العذر، للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد العذر كما يرى الحنفية قد يكون في جانب المستأجر، وقد يكون في جانب المؤجر، وقد يكون في جانب المستأجر (بفتح الجيم):

الأول: عذر من جانب المستأجر: فنحو أن يفلس فيقوم من السوق، أو يريد سفراً، أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة، أو من الزراعة إلى التجارة، أو ينتقل من حرفة إلى حرفة، لأن المفلس لا ينتفع بالحنوت، فكان في إبقاء العقد من غير استيفاء المنفعة إضرار به، ضرراً لم يلتزمه بالعقد، فلا يجبر عليه. وإذا عزم السفر ففي ترك السفر مع العزم عليه ضرر به، وفي إبقاء العقد مع خروجه إلى السفر ضرر به أيضاً، لما فيه من لزوم الأجرة من غير استيفاء المنفعة، والانتقال من عمل لا يكون إلا للإعراض عن الأول، ورغبته عنه، فإن منعه من الانتقال أضررتنا به، وإن أبقينا العقد بعد الانتقال لألزمناه الأجرة من غير استيفاء المنفعة، وفيه ضرر به، ولو أراد أن ينتقل من حانوت إلى حانوت ليعمل العمل بعينه في الثاني بسبب أن الثاني أوسع، وأرخص، لم يكن ذلك عذراً؛ لأنه يمكن استيفاء المنفعة من الأول من غير ضرر. وكذلك من أستأجر دابة ليسافر، ثم قعد عن السفر، فله ذلك لأنه ربما ذهب للحج، فذهب وقته، أو طلب غريم فحضر، أو للتجارة فافتقر.

الثاني: عذر من جانب المؤجر: وذلك نحو أن يلحقه دين فادح، كما لو أجر دكاناً أو داراً، فأفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها، إلا بئمن المستأجر (بفتح الجيم) فيحق له فسخ الإجارة، إذا كان الدين ثابتاً قبل عقد الإجارة، أما إذا كان ثابتاً بعد الإجارة بالإقرار، فلا يجوز له الفسخ به عند الصاحبين؛ لأنه متهم في هذا الإقرار، ويحق له عند الإمام. لأن الإنسان لا يقر بالدين على نفسه كاذب، وبقاء الإيجار مع لحوق الدين الفادح العاجل، إضراراً بالمؤجر، لأنه يحبس به إلى أن يظهر حاله، ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد.

ولو انهدم منزل المؤجر، ولم يكن له منزل آخر سوى المنزل المؤجر (بفتح الجيم)، فأراد أن ينقض الإجارة ويسكنها ليس له ذلك؛ لأنه يمكنه أن يستأجر منزلاً آخر أو يشتري، فلا ضرورة إلى فسخ الإجارة.¹

الثالث: عذر من جانب المستأجر (بفتح الجيم): وذلك كالصبي أجره عليه فبلغ في مدة الإجارة، فهو عذر يخوله فسخ العقد؛ لأن في إبقاء العقد بعد البلوغ ضرراً به، وكذلك في غلاء أجر المثل في إجارة الوقف، يفسخ متولي الوقف الإجارة، ويجدد العقد في المستقبل على سعر الغلاء، وفيما مضى يجب المسعى بقدره، أما إذا رخص أجر المثل فلا يفسخ؛ مراعاة لمصلحة الوقف.

وأما العذر في استئجار الظئر فنحو ألا يأخذ الصبي من لبنها، أو تحبل الظئر؛ لأن لبن الحامل يضر بالصبي، أو تكون سارقة، لأنهم يخافون على متاعهم، أو تكون فاجرة، بينة الفجور، أو أرادوا أن يسافروا بصبيهم، وأبت الظئر أن تخرج معهم لأن في إلزامهم ترك المسافرة إضراراً بهم، وفي إبقاء العقد بعد السفر إضراراً أيضاً، أو تمرض الظئر، لأن الصبي يتضرر بلبن المريضة والمرأة تتضرر بالإرضاع في المرض.

وتفسخ الإجارة بالعيب أيضاً إذا كان العيب مما يضر بالانتفاع بالمستأجر، فإذا كان لا يضر الانتفاع بالمستأجر بقي العقد لازماً، ولا خيار للمستأجر، وإن كان العيب مما يضر بالانتفاع وقبل به المستأجر يجب عليه جميع المسعى، لأنه

¹ الأهواني، حسام الدين كامل، النظرية العامة للالتزام، 1995م/ط 2

رضي بالمعقود عليه مع العيب، وإن زال العيب كجدار انهدم، فبناه المؤجر، فلا خيار للمستأجر؛ لأن العيب زال والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود، إلا بضرر يلحقه في نفسه، أو ماله، يثبت له حق الفسخ.

من خلال ما سبق نستنتج أن فقهاء المذهب الحنفي تميزوا بدقة الملاحظة فيما يتعلق بفسخ الإجارة بالأعدار. فالحق جل وعلا قد نظم إحكام العقد بين المتعاقدين وجعل الالتزام الناشئ عن العقد واجب التنفيذ محترماً بقوة الشرع والقانون ونظم ذلك وأقامه على أساس الرضا والتوازن في الالتزامات بين طرفي العقد فإذا اختل الرضا الذي هو ركن الانعقاد واختل التوازن بين المتعاقدين عاد الخلل على أصل وتكوين العقد رغم قيامه. والعقد الذي اختل فيه الرضا أو اختل التوازن بين طرفيه وإن وجد فإنه يوجب ملكاً خبيثاً.

الخاتمة

يجدر بي وأنا في نهاية هذا البحث أن أذكر أبرز النتائج والتوصيات وهي على النحو التالي

- 1- أن فكرة الظروف الطارئة التي تشتق منها فكرة الجوائح وجدت نواتها في شريعتنا الإسلامية من خلال الأحاديث النبوية والاجتهادات الفقهية، ويعتبر الفقهاء المسلمون أول من بحث في العديد من التطبيقات لمفهوم الظروف الطارئة
- 2- يمكن اعتبار فكرة وضع الجوائح أسلوباً من أساليب تحقيق العدالة وإعادة التوازن الاقتصادي بين المتعاملين
- 3- إن فكرة الجوائح المستخلصة من مجموعة النصوص والاجتهادات الشرعية لها دور كبير في تخفيف الكثير من الآثار الضارة التي قد تلحق بطرفي العقد أو أحدهما نتيجة التغير الظروف
- 4- الحكم بوضع الجائحة رخصة تسمح للقاضي التدخل في شؤون العقد وتعديل بعض أحكامه بما يعيد لهذا العقد التوازن الاقتصادي الذي اختل بسبب الجائحة
- 5- اعتماد قول القائلين بوضع الجوائح إذا بلغت الثلث فأكثر في عقد بيع الثمار والزروع بعد بدو صالحها وبيان أن الذي يتحمل تبعه الجائحة إذا توفرت شروطها، هو البائع في الغالب؛ وذلك لرفع الحرج عن المشتري

قائمة المصادر والمراجع:

- 1- الأهواني، حسام الدين كامل، النظرية العامة للالتزام، 1995م/ط2
- 2- ابن عابدين، الدر المختار وحاشية ابن عابدين، رد المحتار 4
- 3- نعيم، رائف، الظروف الطارئة على الالتزام التعاقدية، مصر/دار السلام للنشر والتوزيع
- 4- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، بيروت/دار الكتب العلمية، 1403هـ/ط1
- 5- العدوي، مصطفى، أصول المعاملات، بيروت/مؤسسة بحسوت، 1988م/ط1
- 6- مطيرات، عادل، أحكام الجوائح وصلتها بنظرتي الضرورة والظروف الطارئة، مصر/دار السلام للطباعة والنشر، 2006م/ط2
- 7- مسلم، مسلم بن حجاج، دار طيبة/2006م، كتاب الطلاق، باب فضل الغرس والزروع، ص1554، 1990م
- 8- ابن ماجه، محمد بن يزيد، السنن، 2/769، باب مال الرجل من مال ولده، رقم الحديث 229، بيروت/دار الفكر

- 9- الفيروز أبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ص834 مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان/2005م ط8
- 10- الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، 1405هـ/ط3
- 11- الجرجاني، التعريفات الفقهية، 73، علي بن محمد بن علي الزين الشريف، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، 1403هـ/ط1
- 12- ابن قدامة، عبد الرحمن محمد بن احمد، المغني والشرح الكبير، 216/4 ط2، مصر، طبعة المنار

« Expulsion des étrangers en Algérie, entre dispositions normatives et pratiques pertinentes »

« طرد الأجانب في الجزائر بين الأحكام التشريعية والممارسات ذات الصلة »

« Expulsion of foreigners in Algeria, between normative provisions and relevant practices »

د/ لطوف زياد- Dr. Ziad LATTOUF

أستاذ محاضر ب، كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة محمد بن احمد وهران 2، الجزائر

Faculty of Law and Political Science- University Mohamed Ben Ahmed, Oran
2, Algeria- ziadlattouf@yahoo.fr

Résumé :

Pour entrer en Algérie, l'étranger doit accomplir quelques formalités. Etre détenteur d'un titre de voyage dont la durée minimale de validité est de 06 mois. Etre muni d'un visa en cours de validité, ainsi que le cas échéant, des autorisations administratives. Durée du visa est de 2 ans maximum. A titre exceptionnel, un visa dit de régularisation peut être délivré par la police algérienne des frontières. Il doit justifier de moyens de subsistance suffisants pour la durée de son séjour sur le territoire algérien. Assurance de voyage. Le séjour maximal autorisé à chaque entrée en Algérie est de 90 jours. Toutefois, un recours gracieux est possible en cas de refus de la délivrance du visa consulaire. 15 jours avant l'expiration du visa, tout étranger qui désire prolonger son séjour en Algérie peut demander une carte de résident.

Mots-clés : Etranger, visa, conditions d'entrée, de séjour et de circulation, expulsion, régularisation, conventions, lois, ordonnances, recours, effet suspensif.

ملخص :

لدخول الجزائر ، يجب على الأجنبي إكمال بعض الإجراءات. يجب أن يكون لديه وثيقة سفر صالحة لمدة لا تقل عن 06 شهراً. أن يكون بحوزته تأشيرة صالحة، وكذلك، عند الاقتضاء، التفويضات الإدارية. مدة التأشيرة سنتين كحد أقصى. بشكل استثنائي، يمكن إصدار ما يسمى بتأشيرة التسوية من قبل شرطة الحدود الجزائرية. يجب على الأجنبي تقديم دليل على وسائل العيش الكافية طوال مدة إقامته على الأراضي الجزائرية مع وثيقة تأمين السفر. الحد الأقصى للإقامة المصروح به في كل دخول إلى الجزائر هو 90 يوماً. ومع ذلك، يمكن تقديم تظلم أو طعن في حالة رفض إصدار التأشيرة القنصلية. قبل 15 يوماً من انتهاء التأشيرة، يمكن لأي أجنبي يرغب في تمديد إقامته في الجزائر التقدم بطلب للحصول على بطاقة إقامة.

الكلمات المفتاحية : الأجنبي ، التأشيرة ، شروط الدخول ، الإقامة والتنقل ، الطرد ، التسوية ، الاتفاقيات ، القوانين ، المراسيم ، الطعون ، أثر موقوف

Abstract:

To enter Algeria, the foreigner must complete some formalities. Hold a travel document with a minimum validity of 06 months. Be in possession of a valid visa, as well as, where applicable, administrative authorizations. Duration of the visa is 2 years maximum. Exceptionally, a so-called regularization visa can be issued by the Algerian border police. He must provide proof of sufficient means of subsistence for the duration of his stay on Algerian territory. Travel insurance. The maximum stay authorized on each entry into Algeria is 90 days. However, a graceful appeal is possible in the event of refusal to issue the consular visa. 15 days before the expiry of the visa, any foreigner who wishes to extend his stay in Algeria can apply for a resident card.

Key-words: Foreigner, visa, conditions of entry, stay and movement, expulsion, regularization, conventions, laws, ordinances, appeals, suspensive effect.

Introduction :

Lors du cours régional de droit international à Addis Abeba (Ethiopie) du 6 février au 2 mars 2012, organisé par le bureau des affaires juridiques des Nations Unies pour traité des questions posées par la Commission du droit international des Nations Unies afin d'identifier et d'inclure dans un dossier les dispositions normatives, la jurisprudence et la pratique pertinente de « l'Expulsion des étrangers » dans nos pays d'origine de chaque participant¹. Nous avons à notre charge en tant que participant de partager l'expérience de l'Algérie en matière d'expulsion d'étrangers en présentant une contribution en essayant de répondre aux questions de la Commission du droit international adressé aux états dans son rapport de 2011 (A/66/10)².

D'ailleurs, si on revient à la tenue de la cinquante-sixième session de la Commission du droit international en 2004 (A/67/10)³ et notamment dans la partie introductive de son rapport :

«La Commission du droit international a tenu sa soixante-quatrième session à son siège, à l'Office des Nations Unies à Genève, du 7 mai au 1er juin 2012 pour la première partie de la session et du 2 juillet au 3 août 2012 pour la seconde partie de la session. La session a été ouverte par M. Maurice Kamto, Président de la Commission à sa soixante-troisième session. »

¹ Voir, La liste des participants, Cours régional de droit international, Ethiopie, 6 février – 6 mars 2012. Document consulté sur le lien suivant : https://legal.un.org/poa/rcil/africa/participants_2012_f.pdf

² Voir, Annexe : Extraits du rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session des 26 avril-3 juin et 4 juillet-12 août 2011 (A/66/10), Assemblée générale. Documents officiels. Suppléments n° 10 du Rapport de la Commission du droit international. Nations Unies, New York, 2012. ISSN 0251-8589. Documents consultés sur le lien suivant : <https://legal.un.org/ilc/reports/2011/french/addendum.pdf>

³ Voir, Rapport de la Commission du droit international, Soixante-quatrième session (7 mai-1er juin et 2 juillet-3 août 2012) sous le Chapitre IV « L'expulsion des étrangers », Assemblée générale. Documents officiels, Soixante-septième session Supplément n° 10 (A/67/10), Nations Unies, New York, 2012, pp. 9 et suiv. ISSN: 0251-8589. Documents consultés le lien suivant : <https://undocs.org/pdf?symbol=fr/A/67/10>

Et dans son ordre du jour le point 12, la Commission à sa 3132^e séance le 22 mai 2012, comprenait parmi les points adoptés, le point 2 « L'expulsion des étrangers »¹.

Donc, c'est à partir de 2004 que la Commission du droit international était saisie du huitième rapport (A/CN.4/651) du rapporteur spécial sur le sujet de : « L'expulsion des étrangers »² et qui donnait un aperçu des commentaires sur le sujet en question par les Etats à :

« L'occasion des débats sur le rapport de la Commission du droit international qui avaient eu lieu à la Sixième Commission lors de la soixante-sixième session de l'Assemblée générale. »³

Cette démarche au sein de la Commission du droit international s'inscrit en vue d'élaborer un projet d'articles sur l'expulsion des étrangers.

C'est pourquoi, notre contribution porte sur : « l'Expulsion des étrangers en Algérie, entre dispositions normatives et pratiques pertinentes », j'aborderai dans un premier temps (partie I), les dispositions normatives de l'Algérie en matière d'Expulsion des étrangers en Algérie (section I) Définition de l'étranger d'après la loi du 25 juin 2008 (les cas d'expulsion) et les cas de recours contre une décision d'expulsion en Algérie (Les cas de recours en droit Algérien) (section II) d'une part, et d'autre part, dans un deuxième temps (partie II), je développerai les pratiques pertinentes et l'effectivité des recours (section I) Les autorités compétentes pour examiner le recours (section II), les travailleurs migrants et les membres de leur famille (section III), et pis, je terminerai par une conclusion.

Partie I : les dispositions normatives de l'Algérie en matière d'Expulsion des étrangers en Algérie :

a-Dispositions conventionnelles :

L'Algérie après avoir ratifié la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles par décret présidentiel n° 04-441 du 29 décembre 2004⁴, l'Algérie a pris des mesures législatives importantes dans le but d'harmoniser sa législation nationale sur les migrations avec cet instrument international.

b-Dispositions législatives :

Les dispositions législatives relatives à « l'Expulsion des étrangers » en Algérie porte sur deux textes de lois :

- loi n° 08-11 du 25 juin 2008 relative aux conditions d'entrée, de séjour et de circulation des étrangers en Algérie⁵.
- loi n° 09-01 du 25 février 2009⁶ modifiant et complétant l'ordonnance n° 66-156 du 8 juin 1966 portant Code pénal.

¹ *Idem*, p.3.

² *Idem*. p.5.

³ *Idem*.

⁴ Voir, Journal officiel de la République Algérienne n° 02 du 05 janvier 2005.

⁵ Voir, Journal officiel de la République Algérienne n° 36 du 02 juillet 2008.

⁶ Voir, Journal officiel de la République Algérienne n° 15 du 08 mars 2009.

Tout d'abord, pour la première fois, l'entrée et le séjour des étrangers ont été réglementés par l'ordonnance n°66-211 du 21 juillet 1966¹, modifiée et complétée.

Ensuite, une nouvelle ordonnance a été adoptée en abrogeant la loi 1966, qui a pour objet de définir les conditions d'entrée, de séjour et de circulation des étrangers en territoire algérien. Il s'agit de la loi n° 08-11 du 25 juin 2008². Cette loi définit les conditions d'entrée, de séjour et de circulation des étrangers sur le territoire algérien, sous réserve de conventions internationales et d'accords de réciprocité. Elle est articulée autour de chapitres traitant des conditions d'entrée et de sortie des étrangers, des conditions de séjour des non-résidents, des conditions de séjour des résidents étrangers, des conditions de circulation des étrangers, de la déclaration d'emploi et d'hébergement des étrangers, de l'expulsion et de la reconduite à la frontière (l'étranger faisant l'objet d'une décision d'expulsion peut exercer un recours judiciaire).

Une année après, une autre loi n° 09-11 du 25 février 2009³ a introduit deux nouvelles sections ; la première intitulée « La traite des personnes » (articles 303 bis 4 à 303 bis 15), la seconde « Le trafic illicite des migrants » (articles 303 bis 30 à 303 bis 41).

Section 1- Définition de l'étranger d'après la loi du 25 juin 2008⁴ :

En vertu de l'article 3 qui définit l'étranger comme suivant : « Et considéré comme étranger, tout individu qui a une nationalité autre qu'algérienne ou qui ne possède aucune nationalité ».

1-Cas d'expulsion en droit Algérien :

a- Le premier cas : Retrait de carte de résident :

En vertu de l'article 22 de la loi susmentionnée, « La carte de résident peut être retirée à tout moment à son titulaire s'il est établi définitivement qu'il a cessé de remplir l'une des conditions exigées pour son attribution. (Voir chapitre IV conditions de séjour des résidents étrangers et notamment articles 16, 17, 18, 19 et 21)⁵. Dans ce cas l'intéressé est mis en demeure de quitter le territoire algérien dans un délai de trente jours (30) à compter de la date de notification de la mesure ». Toutes fois, à titre exceptionnel et sur demande motivée, il peut lui être accordé, un délai supplémentaire qui ne saurait dépasser quinze (15) jours conformément à l'article 22 alinéa 2. La carte de résident peut également être retirée au résident étranger dont les activités s'avèrent au regard des autorités concernées contraires à la morale et à la tranquillité publique ou portant atteintes aux intérêts nationaux ou ayant conduit à sa condamnation pour des faits en relations avec des activités. Dans ce cas, l'expulsion de l'étranger est immédiate dès l'accomplissement des démarches administratives ou judiciaires. Ici le législateur n'a pas déterminé quelles sont les démarches administratives et judiciaires. Et si on comprend bien que les démarches administratives ouvrent le droit à un recours devant l'administration (recours administrative, recours gracieux) et judiciaire d'intenter une action en annulation de la décision de l'expulsion devant le tribunal administratif conformément au nouveau code de procédure civil et administrative de 2008⁶.

¹ Voir, Journal officiel de la République Algérienne n° 64 du 29 juillet 1966.

² Op. Cit., JORA n° 36 du 2 juillet 2008, pages 4 et suivantes.

³ Op. Cit., JORA n° 15 du 08 mars 2009. 8 Voir, Loi n° 08-11 du 25 juin 2008.

⁴ Op. Cit., JORA n° 36 du 2 juillet 2008, pages 4 et suivantes.

⁵ Idem.

⁶ Voir, Code de procédure civile et administrative, Algérie, année 2008. Document consulté sur le lien suivant : <https://www.joradp.dz/TRV/FPCivil.pdf>

b- Le deuxième cas : Expulsion et reconduite à la frontière :

Les conditions d'expulsions et reconduites à la frontière d'un étranger sont mentionnés dans le chapitre VII de la même loi citée au-dessus et notamment l'article 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36 et 37.

Conformément à l'article 30 de la loi de 2008¹ : « l'expulsion d'un étranger du territoire algérien peut être prononcée par arrêté du ministre de l'intérieur dans les cas suivant :

- 1- Lorsque les autorités administratives estiment que sa présence en Algérie constitue une menace pour l'ordre public et/ou une menace à la sécurité de l'Etat;
- 2- Lorsqu'il a fait l'objet d'un jugement ou d'une décision de justice définitive comportant une peine privative de liberté pour crime ou délit ;
- 3- Lorsqu'il n'a pas quitté le territoire algérien, dans les délais qu'ils lui sont impartis conformément aux dispositions de l'article 22² (alinéa 1er et 2) de la même loi, à moins qu'il ne justifie que son retard est du à un cas de force majeure.

Et conformément à l'article 31³, la décision d'expulsion prend effet à compter de la notification de l'arrêté d'expulsion du territoire algérien. Et selon la gravité des griefs qui lui sont reprochés, il bénéficie d'un délai de 48 heures à 15 jours pour quitter le territoire à compter de la notification de l'arrêté d'expulsion.

Section 2-Cas de recours contre une décision d'expulsion en Algérie? Les cas de recours en droit Algérien : Il y a quatre cas :

Le 1er cas : Recours contre une décision d'expulsion émise par le ministre de l'intérieur :

En application du paragraphe 2 de l'article 31⁴, l'étranger faisant l'objet d'une décision d'expulsion hors du territoire algérien, émise par le ministre de l'intérieur, peut introduire une action devant le juge des référés, compétent dans les affaires administratives dans un délai maximal de cinq 5 jours à compter de la date de notification de la décision. Quel type d'action, est-ce que c'est une action en suspension, ou une action en annulation de la décision d'expulsion? Ensuite, le juge statue sur l'action dans un délai maximal de 20 jours, à compter de la date de l'enregistrement du recours. Le recours a un effet suspensif d'exécution. Ça veut dire, que le juge des référés statue sur l'action au fond et non en la forme.

Le 2ème cas : Dans le cadre de la loi de 2008 le législateur Algérien a distingué entre plusieurs catégories : les catégories A, B et C ne bénéficient pas de l'effet suspensif de la décision.

La catégorie « A »⁵ d'étrangers qui constitue une menace pour l'ordre public et/ou à la sécurité de l'Etat conformément à l'article 31 alinéa 1. Application de l'article 13 du code pénal algérien⁶ qui cite que : « L'interdiction de séjour peut toujours être prononcée en cas de condamnation pour crime ou délit », qui nous renvoi à aux règles internationales applicable aux étrangers et notamment expulsion pour motif d'ordre ou sécurité publics.

¹ Op. Cit., Loi n° 08-11 du 25 juin 2008

² Idem.

³ Idem.

⁴ Idem.

⁵ Ibid, Loi n° 08-11 du 25 juin 2008.

⁶ Op. Cit., Loi n° 09-01 du 25 février 2009 modifiant et complétant l'ordonnance n° 66-156 du 8 juin 1966 portant Code pénal.

La catégorie « B »¹ d'étrangers qui a fait l'objet d'un jugement ou d'une décision de justice définitive comportant une peine privative de liberté pour crime ou délit. Application de l'article 13 du code pénal. Qui nous renvoi à aux règles internationales applicable aux étrangers et notamment expulsion pour motif d'ordre ou sécurité publics.

La catégorie « C »² d'étrangers qui portent atteintes à la sécurité de l'Etat, à l'ordre public, à la morale et à la législation relative au crime organisé. Application de l'article 13 du code pénal Algérien qui nous renvoi à aux règles internationales applicable aux étrangers et notamment expulsion pour motif d'ordre ou sécurité publics.

Le 3ème cas : les catégories D et E bénéficient de l'effet suspensif de la décision d'expulsion.

La catégorie « D »³ d'étrangers qui bénéficient de la protection familiale et privée conformément à l'article 31, le délai de l'introduction du recours suscité est prolongé de trente (30) jours pour les personnes suivantes ; l'étranger(ère) marié(e) au moins deux (2) ans avec un (une) algérien(ne), à condition que le mariage ait été contracté conformément à la législation et à la réglementation en vigueur et qu'ils soient établi qu'ils vivent ensemble conformément à l'article 31 alinéa 1. Le recours a un effet suspensif. Aussi bien, que « l'Etranger qui justifie par les moyens légaux de sa résidence habituelle en Algérie avant l'âge de dix huit (18) ans, avec ses parents qui qualités de résidents ... » conformément à l'article 31 alinéa 2. Egalement, pour l'Etranger titulaire d'une carte de résident d'une validité de dix (10) ans.

Le 4ème cas : la dernière catégorie qui bénéficient de la protection par ricochet le juge des référés peut ordonner une suspension provisoire de l'exécution de la décision de d'expulsion, en cas de force majeure.

La catégorie « E »⁴ d'étrangers qui bénéficient de la protection par ricochet conformément à l'article 32 du deuxième paragraphe alinéa 1 relative au père étranger ou mère étrangère de l'enfant algérien mineur résident en Algérie, s'il est établi qu'il (elle) contribue à l'éducation de cet enfant et à la subvention à ses besoins. Ensuite l'alinéa 2 concerne l'étranger mineur à la prise de décision d'expulsion, également, l'étranger orphelin mineur et enfin la femme enceinte lors de la prise de la décision d'expulsion.

Partie 2 : Pratiques pertinentes.

Section 1- L'effectivité du recours :

Le premier cas : Retrait de carte de résident :

A titre exceptionnel et sur demande motivée, il peut lui être accordé, un délai supplémentaire qui ne saurait dépasser quinze (15) jours conformément à l'article 22 alinéa 2. Produit un effet suspensif.

Le deuxième cas : Expulsion et reconduite à la frontière revête deux formes:

¹ *Op. Cit.*, Loi n° 08-11 du 25 juin 2008.

² *Idem.*

³ *Idem.*

*Idem.*⁴

La première forme :

Décision d'expulsion émise par le ministre de l'intérieur : L'étranger à droit au recours en forme d'une action devant le juge des référés dans un délai de cinq (05) jours à compter de la date de notification de la décision Parce que l'étranger constitue une menace pour l'ordre public et/ou une menace à la sécurité de l'Etat. Ne produit pas effet suspensif. Un délai de 48 heures à 15 jours à compter de la notification de l'arrêté d'expulsion du territoire Algérien.

La deuxième forme :

Dans le cadre de la loi de 2008 le législateur Algérien a distingué entre plusieurs catégories : les catégories A, B et C. L'étranger à droit au recours en forme d'une action devant le juge des référés dans un délai de cinq (05) jours à compter de la date de notification de la décision, mais ne bénéficie pas de l'effet suspensif de la décision. Parce que l'étranger a fait l'objet d'un jugement ou d'une décision de justice définitive comportant une peine privative de liberté pour crime ou délit. Ne produit pas effet suspensif. Un délai de 48 heures à 15 jours à compter de la notification de l'arrêté d'expulsion du territoire Algérien.

Le troisième cas :

Les catégories D et E. Droit au recours, bénéficient de l'effet suspensif de la décision d'expulsion. Droit au recours. Recours prolongé à trente (30) jours pour ces catégories. Produit un effet suspensif.

Le quatrième cas : la dernière catégorie qui bénéficie de la protection par ricochet :

Droit au recours et le juge des référés peut ordonner une suspension provisoire de l'exécution de la décision de d'expulsion, en cas de force majeure...etc. Il faudrait déterminer la force majeure. Produit un effet suspensif.

Section 2- Les autorités compétentes pour examiner le recours :

Les mécanismes judiciaires compétents pour examiner les plaintes formulées par les travailleurs migrants et les membres de leur famille, même lorsqu'ils sont dépourvus de documents ou en situation irrégulière, sont ceux prévus par la législation nationale, à savoir : le dépôt de la plainte au niveau d'un service de la police judiciaire (police ou gendarmerie) ou au niveau d'un parquet de la République, ou le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile entre les mains d'un juge d'instruction.

Ces trois mécanismes connaissent leur épilogue, après enquête préliminaire ou information judiciaire, par une décision rendue par une juridiction qui se prononcera aussi bien sur l'action publique pour l'application de la loi pénale à l'encontre de l'auteur de l'infraction, que sur l'action civile pour la réparation du préjudice subi par la victime. Le délai d'examen du recours est de 20 jours.

Section 3-- Les travailleurs migrants et les membres de leur famille :

Même lorsqu'ils sont dépourvus de documents ou en situation irrégulière, peuvent exercer un recours contre la décision administrative d'expulsion prise à leur encontre par voie de référé judiciaire administratif. À titre de complément d'information sur cette question, il y a lieu de souligner que les décisions d'expulsion des étrangers en situation irrégulière sur le territoire national sont individuelles.

Par ailleurs, aux termes des articles 31, 32 et 33 de la loi n°08-11¹ relative aux conditions d'entrée, de séjour et de circulation des étrangers en Algérie, le recours a un effet suspensif de la décision d'expulsion.

1- Visant un étranger se trouvant légalement sur le territoire Algérien :

Les travailleurs migrants étrangers et les membres de leur famille établis en Algérie sont informés de leurs droits à recourir à l'assistance de leurs autorités consulaires en cas de détention. En effet, en application des dispositions contenues dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires, ainsi que les conventions consulaires signées et ratifiées, les ambassades et consulats étrangers accrédités en Algérie sont informés régulièrement, dans des délais n'excédant pas les huit jours, de toutes les mesures restrictives de liberté prises par les autorités nationales à l'encontre des étrangers se trouvant sur le territoire algérien. Concernant l'assistance d'un avocat au migrant étranger poursuivi pénalement, elle est garantie par la Constitution (article 151), consacrée par la loi algérienne (Code de procédure pénale, loi relative à l'assistance judiciaire, loi relative à la profession d'avocat) et observée effectivement par les juridictions nationales. Ces mêmes juridictions commettent d'office des interprètes pour permettre d'assurer un procès équitable au migrant étranger poursuivi pénalement. (Voir CMW/C/DZA/1, par. 154.)²

Le nouveau texte de loi n°09-02 du 25 février 2009³ modifiant et complétant l'ordonnance n°71-57 du 5 août 1971 relative à l'assistance judiciaire, accorde le bénéfice de l'assistance judiciaire, en matière autre que pénale, à « ...tout étranger en séjour régulier sur le territoire national et dont les ressources sont insuffisantes pour faire valoir ses droits en justice ».

Cette assistance judiciaire ou juridique peut être accordée à titre exceptionnel aux personnes qui ne remplissent pas les conditions exigées, lorsque leurs situations apparaissent dignes d'intérêt au regard de l'objet du litige porté devant une juridiction ordinaire ou administrative ou lors qu'il vise l'obtention d'un acte juridictionnel gracieux ou conservatoire.

2- Visant un étranger se trouvant illégalement sur le territoire Algérien:

Concernant l'infraction de facilitation directe ou indirecte de l'entrée, la circulation, le séjour ou la sortie de façon irrégulière d'un étranger, l'article 46 de la loi n° 08-11 prévoit et réprime ce délit qui peut devenir une infraction qualifiée de crime passible d'une peine de réclusion criminelle à temps et des peines complémentaires (confiscation et interdictions) lorsqu'elle est commise avec l'une des circonstances aggravantes suivantes :

- « - port d'armes- utilisation de moyens de transport, de télécommunication et autres équipements spécifiques
- commission de l'infraction par plus de deux personnes, lorsque le nombre d'immigrants clandestins introduits est supérieur à deux personnes

¹ Op. Cit., Loi n° 08-11 du 25 juin 2008.

² Voir, Réponses écrites du gouvernement Algérien concernant la liste des points à traiter (CMW/C/DZA/Q/1) reçues par le comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs famille à l'occasion de l'examen du rapport initial de l'Algérie (CMW/C/DZA/1). CMW/C/DZA/Q/1/Add.1 15 janvier 2010, Nations Unies. Document consulté le 10/02/2012 sur le lien suivant : file:///C:/Users/ACER/Downloads/CMW_C_DZA_Q_1_Add.1-FR.pdf

³ Voir, Journal officiel de la République Algérienne n° 09-02 du 29 safar 1430 correspondant au 25 février 2009 relative à l'assistance judiciaire.

- lorsque l'infraction est commise dans des circonstances qui exposent directement les étrangers à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente
- lorsque l'infraction a pour effet de soumettre les étrangers à des conditions de vie, de transport, de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité de la personne humaine
- lorsque l'infraction a comme effet, pour des mineurs étrangers, de les éloigner de leur milieu familial ou de leur environnement traditionnel. »

Conclusion :

Le recours contre une décision d'expulsion produit un effet suspensif en Algérie dans les cas cités auparavant, d'ailleurs un avis de la commission du droit international¹ devrait reconnaître, à titre de *lex lata*, l'effet suspensif d'un recours par lequel l'intéressé peut raisonnablement invoquer un risque de torture ou mauvais traitements dans l'Etat de destination. L'Etat a l'obligation de ne pas envoyer une personne dans un Etat où elle encourt un tel risque existe dans tous les cas.

Références bibliographique :

- 1- Code de procédure civile et administrative, Algérie, année 2008. Document consulté sur le lien suivant : <https://www.joradp.dz/TRV/FPCivil.pdf>
- 2- Journal officiel de la République Algérienne n° 64 du 29 juillet 1966.
- 3- Journal officiel de la République Algérienne n° 02 du 05 janvier 2005.
- 4- Journal officiel de la République Algérienne n° 36 du 02 juillet 2008.
- 5- Journal officiel de la République Algérienne n° 09-02 du 29 safar 1430 correspondant au 25 février 2009 relative à l'assistance judiciaire.
- 6- Journal officiel de la République Algérienne n° 15 du 08 mars 2009.
- 7- Loi n° 08-11 du 25 juin 2008 relative aux conditions d'entrée, de séjour et de circulation des étrangers en Algérie
- 8- Loi n° 09-01 du 25 février 2009 modifiant et complétant l'ordonnance n° 66-156 du 8 juin 1966 portant Code pénal.
- 9- Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session (26 avril – 3 juin et 4 juillet – 12 août 2011), Documents Officiels de l'Assemblée générale, soixante sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10). Nations Unies, New York, 2012. ISSN 0251-8589. Documents consultés le 02/02/2012 sur le lien suivant : <https://legal.un.org/ilc/reports/2011/french/addendum.pdf>
- 10- Rapport de la Commission du droit international, Soixante-quatrième session (7 mai-1er juin et 2 juillet-3 août 2012) sous le Chapitre IV « L'expulsion des étrangers », Assemblée générale. Documents officiels, Soixante-septième session Supplément n° 10 (A/67/10), Nations Unies, New York, 2012, pp. 9 et suiv. ISSN: 0251-8589. Documents consultés le lien suivant : <https://undocs.org/pdf?symbol=fr/A/67/10>
- 11- Réponses écrites du gouvernement Algérien concernant la liste des points à traiter (CMW/C/DZA/Q/1) reçues par le comité pour la protection des droits de tous les

¹ Voir, extrait du rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session (26 avril – 3 juin et 4 juillet – 12 août 2011), Documents Officiels de l'Assemblée générale, soixante sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10). Documents consultés sur le lien suivant : <https://legal.un.org/ilc/reports/2011/french/addendum.pdf>

travailleurs migrants et des membres de leurs famille à l'occasion de l'examen du rapport initial de l'Algérie (CMW/C/DZA/1). CMW/C/DZA/Q/1/Add.1 15 janvier 2010, Nations Unies. Document consulté le 10/02/2012 sur le lien suivant : file:///C:/Users/ACER/Downloads/CMW_C_DZA_Q_1_Add.1-FR.pdf

النشر:

المركز الديمقراطي العربي
للدراستات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية
ألمانيا / برلين

Democratic Arab Center
For Strategic, Political & Economic Studies
Berlin / Germany

لا يسمح بإعادة إصدار هذه المجلة أو أي جزء منها أو تخزينها
في نطاق استعادة المعلومات أو نقلها بأي شكل من الأشكال، دون إذن مسبق خطي من الناشر.
جميع حقوق الطبع محفوظة

All rights reserved

No part of this book may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in
any form or by any means, without the prior written permission of the publisher.

المركز الديمقراطي العربي
للدراستات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية ألمانيا/برلين

Tel: 0049-code Germany

030-54884375

030-91499898

030-86450098

البريد الإلكتروني

book@democraticac.de





المحادثات الإستراتيجية والسياسية والإقتصادية



D.A.C

المركز الديمقراطي العربي